

الله اکبر

# مدرسہ حقوق

شماره ۹۵ مهرماه ۱۳۹۴



- ۱ کوهر مقصود یا موج خون نشان؟ (اکاوی ماده ۶۶ قانون آین دادرسی کیفری)  
دکتر محمد رضا عظیمی
- ۷ شمولی حق  
دکتر علی رادان جلی
- ۱۱ حبس محاکوم علیه مدعی انصار در قانون نحوه اجرای محاکومیت‌های ...  
نوشین فراهانی، هاجر راعی هدقی
- ۲۱ مطالعه تطبیقی حقوق متهم در قانون آین دادرسی کیفری جدید و قدیم  
ملیحه علیزادی
- ۳۳ وکیل تسبیری: نمود واقعی حق دفاع و دادخواهی  
مصطفی مقدمی
- ۳۹ دفاع اکوهاد در حقوق کیفری ایران و افغانستان و تأثیر آن در مسؤولیت ...  
مجتبی فرهنگی، سیروس افضلی
- ۵۱ مناقشه‌ای در مردم دریافت و کالت از راهن و اقدامات مبنی بر آن  
حسن پنقره‌آورانی
- ۵۳ «بدھجایی» چگونه مجازات می‌شود؟  
کوچک گردی
- ۵۶ نقش کارشناس در دعواهای مسؤولیت مدنی با تأکید بر روی قضایی  
دکتر عاصی میرسکاری
- ۶۳ استغفاری و کمل  
فاطمه نظری، محمد رضا قنبریان
- ۶۶ مطالعه تطبیقی زمان و مکان انعقاد فراردادهای غیرحضوری  
محمد عارفی
- ۷۱ مصادیق و موضوعات احوال شخصیه در حقوق ایالات متحده آمریکا با ...  
سمیه قربانی، دکتر ناصر مسعودی
- ۸۳ حمایت‌های کیفری از بزهده و شهود در قانون آین دادرسی کیفری ...  
رضادیش، سید محمد اقبالی
- ۸۹ کلا و صندوق حمایت و کلا  
حسن رستمکار
- ۹۲ طنز حقوقی  
محمد رضا محمدی جرجوبیان، لاله چراگی

شناسنامه

ماهانه خبری آموزشی مدرسه حقوق
صاحب امتیاز: کانون وکلای دادگستری اصفهان
مدیر مسئول: دکتر احمد محمدی
سردبیر: دکتر داود نصیریان
روزنامه: خبری امور ارشی
ترتیب انتشار: ماهنامه
امور اداری: سیدمهدي خاتون آبادي
امور اجرایی: رهراکی ای هر چنانی
گرافیک و ساخته آرایی: انتشارات جنگل
لیتوگرافی و چاپ: انتشارات جنگل
نشانی: اصفهان، خیابان کوالالامبور، ساختمان کانون وکلای
کد پستی: ۸۱۳۴۶۳۵۱۹۵
تلفن: ۰۳۱-۳۲۲۳۳۹۶
فکس: ۰۳۱-۲۲۲۰۴۷۶
بسته الکترونیکی:
madreseyehoghough@isfahanbar.org

آراء نویسنده‌گان، دیدگاه «مدرسه حقوق» نیست.

نقل مطالب «مدرسه حقوق» با ذکر مأخذ و نام نویسنده بلا مانع است.

نشریه «مدرسه حقوق» در وبسایت کانون وکلای اصفهان در دسترس می‌باشد.

## شیوه‌نامه «مدرسه حقوق»

۱. مقالات ارسالی نباید قبلًا در نشریه‌ای چاپ شده باشد.
۲. هیأت تحریریه در چاپ و اصلاح و تلخیص و ویرایش مقالات آزاد است.
۳. نام، نام خانوادگی، میزان تحصیلات، سمت یا عنوان علمی، نشانی دقیق پستی، تلفن تماس و نشانی الکترونیکی نویسنده در پایان مقاله قید شود.
۴. مقالات ارسالی در محیط word2013 با فونت b zar ۱۴ تنظیم و به نشانی الکترونیکی «مدرسه حقوق» ارسال شود.
۵. مطلوب است که تعداد صفحات حداقل ۵ و حداکثر ۱۰ صفحه باشد. مقاله‌های بیشتر از ۷ صفحه باید دارای چکیده (حداکثر ۱۰۰ کلمه) باشد.
۶. ارجاع به منابع در متن مقالات به این صورت نوشته شود: (نام خانوادگی نویسنده، تاریخ انتشار، شماره صفحه).
۷. در پایان مقاله فهرست منابع استفاده شده در مقاله به ترتیب حروف الفباًی نام خانوادگی نویسنده به این شکل ذکر شود:  
کتاب: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، نام کتاب، نام مترجم (در صورتی که کتاب ترجمه باشد)، شماره جلد، ناشر، نوبت چاپ، تاریخ انتشار.  
مقاله: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، عنوان مقاله (داخل گیومه نوشته شود)، نام مترجم (اگر ترجمه باشد)، نام مجله، سال انتشار، شماره مجله.

# گوهر مقصود یا موج خون فشان؟ (و کاور ماده ع ع قانون آبین دادرسی کفری)

دکتر محمد رضا عظیمی

یکی از نوآوری‌های قانون آبین دادرسی کفری مصوب ۱۳۹۲/۰۴/۰۱ که در امسال لازم‌الاجرا شد، ماده ع ع آن است که به حق دادخواهی سازمان‌های مردم‌نهاد<sup>۱</sup> اشاره دارد. تصویب این ماده که طی تضمیمی جالب توجه و همچون تبصره ماده ۴۸ (درباره حق برخورداری از وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی) کمتر از یک هفته مانده به لازم‌الاجرا شدن قانون، به ناگاه به وسیله کمیسیون قضایی مجلس شورای اسلامی اصلاح شد و به تأیید شورای نگهبان رسید، خوشحالی غالب سمن‌ها را به دنبال داشت؛ زیرا چنین تصریحی به حق دادخواهی آن‌ها تا پیش از این قانون، وجود نداشت و همگان گمان می‌برند که دستاوردهای نوین به نفع تشکل‌ها و فرستنی استثنایی برای فعالیت جدی‌تر و کارکرد مؤثرتر آن‌ها ایجاد شده است. این سویه خوشبینانه و اولیه‌اما، هرگز در شعاع اصول کلی حقوقی و رویه قضایی راجع به موضوع، شکل نگرفت و دیده نشد و چنین پنداشته شد که قانون جدید، ارمغانی ارزشمند را ارزانی کرده است که سزاوار سپاس است و آفرین. آن‌چه در این نوشتار آمده است، پرتویی است تاییده از زاویه‌ای متفاوت که مسبوق به تجربه‌های مهم عملی در دادگستری است و بر قانون اساسی و اصول کلی حقوقی اتکا دارد و نشان می‌دهد که با وجود این ماده قانونی، «چمن خوش است ولیکن چو غنچه نتوان زیست» و «حال» این قانون، «فراوان داستان دارد»!<sup>۲</sup>

ماده ۶۶ مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۰۴<sup>۳</sup> پیش از اصلاحیه ۱۳۹۲/۰۳/۲۴ از این قرار بود: «سازمان‌های مردم‌نهادی که اساسنامه آن‌ها درباره حمایت از اطفال و نوجوانان، زنان، اشخاص بیمار و ناتوان ذهنی یا جسمی، محیط‌زیست، منابع طبیعی، میراث فرهنگی، بهداشت عمومی و حمایت از حقوق شهروندی است می‌توانند نسبت به جرایم ارتکابی در زمینه‌های فوق اعلام جرم کنند و در تمام دادرسی جهت اقامه دلیل شرکت و نسبت به آرای مراجع قضایی اعتراض نمایند».

۱. «چو عاشق می‌شدم گفتم که بُدم گوهر مقصود/ ندانستم که این دریا چه موج خون‌فشان دارد». حافظ، غزل شماره ۱۲۰.  
وکیل پایه یک دادگستری و مدرس دانشگاه.

۲. NGO (Non-governmental organization) یا طبق معادل فارسی: سمن (سازمان مردم‌نهاد) لایحه قانون آبین دادرسی کفری در تاریخ ۱۳۹۲/۱۲/۰۴ مصوب شد و در تاریخ ۱۳۹۲/۱۲/۲۶ به تأیید شورای نگهبان رسید و اگرچه در اول اردیبهشت ماه ۱۳۹۳ از سوی رئیس جمهور برای اجرا بلاغ شد، اما اجرای آن به علت فراهم نبودن امکانات و مقدمات لازم به این‌تاریخ تیرماه ۱۳۹۴ موکول گردید. با وجود این، قبل از لازم‌الاجراشدن، اصلاحیه ۳۸ ماده‌ای بر این قانون به قید فوریت در ۱۳۹۴/۰۳/۲۴ به تصویب کمیسیون قضایی مجلس رسید که در ۱۳۹۴/۰۳/۲۷ مورد تأیید شورای نگهبان قرار گرفت و ماده ۶۶ هم بی‌نصیب از این اصلاحیه نبود.



پس از اصلاحیه مورخ ۱۳۹۴/۰۳/۲۴ این ماده به ترتیب زیر تغییر کرد: «سازمان‌های مردم‌نگاری که اساسنامه آن‌ها در زمینه حمایت از اطفال و نوجوانان، زنان، اشخاص بیمار و دارای ناتوانی ذهنی یا جسمی، محیط‌زیست، منابع طبیعی، میراث فرهنگی، بهداشت عمومی و حمایت از حقوق شهروندی است می‌توانند نسبت به جرایم ارتکابی در زمینه‌های فوق اعلام جرم کنند و در تمام دادرسی شرکت نمایند».

در تبصره ۳ ماده که بدون تغییر مانده است همچنین آمده است که: «اسامی سازمان‌های مردم‌نگاری که می‌توانند در اجرای این ماده اقدام کنند در سه ماهه اول هر سال توسط وزیر دادگستری با همکاری وزرات کشور تهیه و به تصویب ریس قوه قضائیه می‌رسد».

ملاحظه می‌کنید که کلیت ماده، مشابه متن قبل از اصلاحیه است: جز اینکه این سازمان‌ها می‌توانستند در همه مراحل دادرسی برای اقامه دلیل شرکت کنند، که پس از اصلاحیه، «جهت اقامه دلیل» از متن حذف شده است؛ حق اعتراض به آرای قضایی را هم داشتند که این امکان نیز پس از اصلاحیه حذف شده است! لذا نهایت امکانی که در حال حاضر برای اجرای حق دادخواهی سمن‌ها وجود دارد، این است که این سازمان‌ها صرفاً می‌توانند در زمینه جرایم ارتکابی مربوط به موضوع فعالیتشان به دادگستری اعلام جرم کنند نه شکایت. می‌دانیم که در حقوق کیفری مفهوم شکایت، متفاوت از مفهوم اعلام جرم است. به درخواست تعقیب جرمی که صرفاً دارای حیثیت و جنبه عمومی باشد، اعلام جرم می‌گویند؛ یعنی هر شخصی می‌تواند اعلام جرم کند و تعقیب مجرم را از دادستان بخواهد؛ اما اگر جرمی جنبه شخصی یا خصوصی داشته باشد فقط شاکی خصوصی می‌تواند شکایت کند و در صورت عدم شکایت، تکلیفی برای دادستان ایجاد نمی‌شود. بنابراین، مفاد ماده ۶۶ مبنی بر حق شرکت سمن‌ها در تمام مراحل دادرسی بدون حق مداخله در فرایند دادرسی و امکان اقامه دلیل و اعتراض به تصمیمات یا آرای قضایی، چیزی در حد امکان تماسای روند دادرسی به عنوان یک تماساچی است! از سوی دیگر، نه تنها اصل ماده هیچ حق جدیدی به سمن‌ها نداده است، که تبصره ۳ ماده نیز برخلاف قانون اساسی تضییقی غیرقابل توجیه در راه حق دادخواهی آن‌ها ایجاد کرده است. یعنی ممکن است یک سازمان مردم‌نگاری که اساساً طبق اصل ۲۶ قانون اساسی نیازی به اخذ مجوز ندارد، حتی اگر مجوز تأسیس را از وزارت کشور هم گرفته و به اعتبار قانون احراز، یا آینین نامه اجرایی سازمان‌های مردم‌نگار، موجودیت قانونی و حقوقی هم داشته باشد، در این لیست تهیه شده توسط وزارت کشور قرار نگیرد؛ یا اگر هم در لیست پیشنهادی وزارت کشور قرار گرفت، اما ممکن است نام و موجودیت او به تصویب ریس قوه قضائیه نرسد و این گونه از همین حق اعلام جرم هم محروم شود!

بر این مبنای است که باید اعلام نمود این قانون یک عقبگرد زیانبار و یک عدول غیرقابل قبول از اصول ۳۴، ۱۵۹ و ۱۵۶ قانون اساسی است که حق دادخواهی را برای هر کسی (شخصی) به رسیمهٔ شناخته و دادگستری را مرجع تظلمات عمومی معرفی کرده است. فرض کنیم که این قانون به تصویب نرسیده بود؛ آیا اشخاص حقوقی غیردولتی می‌توانستند نسبت به جرایمی که جنبه عمومی داشت اعلام جرم کنند؟ پاسخ این است که طبق اصول و ماده قانونی نه تنها می‌توانستند اعلام جرم کنند که حق شرکت در تمام مراحل دادرسی و اعتراض به آراء و تصمیمات قضایی را نیز داشتند و رویه قضایی هم در این خصوص تردیدی نداشت. زیرا در داشت حقوق، اصولاً سخن از «شخص» و حقوق و تکالیف او می‌شود و شخص اعم است از شخص حقیقی و حقوقی. شخصیت حقوقی، بنابری تئوری‌ها شخصیت اعتباری و فرضی و بنابر برخی دیگر، شخصیتی واقعی است که در هر صورت، دارای تمام حقوق و تکالیف است که یک فرد انسانی می‌تواند از آن برخوردار باشد. در ماده ۵۸۸ قانون تجارت در بیان حقوق و وظایف شخص حقوقی چنین آمده است:



«شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قابل است، مگر حقوق و وظایفی که بالطبعیه فقط انسان ممکن است دارای آن باشد، مانند حقوق و وظایف ابوت (پدری)، بنوت (پسری) و ...».

یعنی جز این قبیل وظایفی که فقط مختص شخص انسانی است، این شخصیت اعتباری که قانون فرض می‌کند و به آن شخصیت می‌بخشد، می‌تواند دارای همه حقوق قانونی از جمله حق دادخواهی به دادگستری باشد. لهایه، طبق ماده ۵۸۹ قانون تجارت، شخص حقوقی دارای این تفاوت است که تصمیمات آن «به وسیله مقاماتی که به موجب قانون یا اسناده صلاحیت اتخاذ تصمیم دارند گرفته می‌شود». از طرف دیگر در حقوق، قاعده‌ای عام و اصلی بینادین و جهان‌شمول وجود دارد که به موجب آن «هر کسی حق دادخواهی دارد» که در مواد ۸ و ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر و اصل ۳۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران هم متجلی است:

«دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هر کس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع نماید. همه افراد ملت حق دارند این گونه دادگاهها را در دسترس داشته باشند ...».

دادگستری هم که طبق اصل ۱۵۹ «مرجع رسمی تظلمات و شکایات» است، البته که بهتر بود در نصوص قانونی به جای «فرد» و «کس» از واژه دقیق «شخص» استفاده می‌شود که شخصیت‌های حقوقی را نیز در بر بگیرد. در مباحث آکادمیک همیشه در مورد آن نصوصی که از کلمه «فرد» و «کس» استفاده شده است این انتقاد وجود دارد. اما کاربرد همین دو کلمه به همین صورت هم، نافی حقوق اشخاص حقوقی نیست؛ چرا که این حقوق به رسمیت شناخته شده است و تمامی شرکت‌هایی که به ثبت قانونی رسیده‌اند، اعم از اتفاقی و غیر اتفاقی و سایر مؤسسات، همگی دارای تمام حقوق (جز استثنایات مختص طبیعت انسان) هستند.

از جنبه دیگر، بر اساس مبانی حقوق جزای ایران و طبق تعریف ماده ۸ قانون آین دادرسی کیفری جدید: «محکومیت به کیفر فقط ناشی از ارتکاب جرم است و حرم که دارای جنبه الهی است (همه جرایم دارای جنبه الهی می‌باشند) می‌تواند دو حیثیت داشته باشد: بند (الف) حیثیت عمومی از جهت تجاوز به حدود و مقررات الهی یا تعدی به حقوق جامعه و اخلاق در نظام عمومی؛ بند (ب) حیثیت خصوصی از جهت تعدی به حقوق شخص یا اشخاص معین». طبق ماده ۹ همین قانون: «ارتکاب جرم می‌تواند موجب طرح دعوا شود: بند (الف) دعوای عمومی برای حفظ حدود و مقررات الهی یا حقوق جامعه یا نظام عمومی. بند (ب) دعوای خصوصی برای مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم یا مطالبه کیفرهایی که به موجب قانون حق خصوصی بزهده است، مانند حق غصب و قصاص» در ماده ۱۱ هم آمده است که: «تعقیب متهم و اقامه دعوا از جهت حیثیت عمومی بر عهده دادستان یا مدعی‌العموم است و اقامه دعوا و تعقیب متهم از جهت حیثیت خصوصی با شاکری و مدعی خصوصی است».

بر مبنای مواد فوق، برخی جرایم طبق قانون مجازات اسلامی واحد جنبه عمومی دانسته شده‌اند و در خصوص آن‌ها هر شخصی می‌تواند اعلام جرم کند، چون ذی‌تفع آن‌ها جامعه است و هر فرد از افراد جامعه حق دارد نسبت به آن‌ها دادخواهی کند و دادستان را مشغول التکلیف سازد. لذا در مورد جرایمی مثل جرایم علیه میراث فرهنگی و محیط‌زیست که از قبل هم جنبه عمومی داشتند هر شخصی اعم از حقیقی یا حقوقی می‌توانست و می‌تواند طبق قانون اقامه دعوا و اعلام جرم کند. پس ماده ۶۶ چه چیزی را اضافه کرده است؟ از منظری عام‌تر، طبق اصل ۸ قانون اساسی:

«در جمهوری اسلامی دعوت به خیر، امر به معروف و نهی از منکر وظیفه‌ای است قانونی و متقابل، بر عهده مردم نسبت به یکدیگر، دولت نسبت به مردم و مردم نسبت به دولت؛ شرایط و حدود آن را قانون اعلام می‌کند».



بيان اصل ۸ نه فقط محدود به زمينه خاصی نشده است، که حتی فراتر از امور و مسائل عمومی را نیز در بر می‌گیرد. محتوای دقیق و مترقبی این اصل در قضیه برج جهان نما و به ویژه، پرونده عبور مترو از خیابان چهارباغ اصفهان، منظر متفاوتی از حق مطالبه‌گری مردم و سازمان‌های مردم‌نهاد را به نمایش گذاشت. ایرادی که در این پرونده‌ها از طرف قضات به سمت قانونی شاکی گرفته شده بود این بود که طبق ماده ۵۶۷ قانون تعزیرات در جرایم علیه میراث فرهنگی، سازمان میراث فرهنگی به عنوان شاکی خصوصی تعیین شده بود. در این ماده آمده است:

در کلیه جرایم مذکور در این فصل (فصل نهم از کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی) سازمان میراث فرهنگی کشور یا سایر دوایر دولتی بر حسب مورد، شاکی یا مدعی خصوصی محسوب می‌شود».

این ایراد در وضعیتی مطرح شد که نه تنها سازمان دولتی متولی امر برخلاف قانون، از انجام وظایف قانونی از جمله طرح شکایت استکاف کرده بود، که به نوعی معاونت در جرم هم کرده بود! می‌دانید که اولین گام در هر رسیدگی قضایی، احراز ذی نفع بودن طرفین در دعواست؛ و قاضی فقط در صورت ذی نفع بودن طرفین می‌تواند وارد ماهیت دعوی و بررسی دلایل شود. در پرونده برج جهان نما قاضی شعبه ۳۸ دادگاه عمومی اصفهان در سمت شاکی غیردولتی تشکیک نکرد و بعد از سه ماه، نهایتاً دستور توقف و تعطیل ساخت و ساز برج را صادر کرد. یعنی شکایت ثبت شد، مداخله شاکی در دعوی و لواجو اپذیرفته شد و بر اساس آن‌ها دستور توقف ساخت و ساز داده شد. ولی بعد از انجلاش شعبه ۳۸ و جایگزین شدن شعبه ۱۰۶ به جای آن (در اثر احیای نظام دادسراه‌ها)، قاضی جدید با استناد به ماده ۵۶۷ اعلام کرد که چون شاکی خصوصی این موضوع، سازمان میراث فرهنگی است و این سازمان هم اقدامی نکرده است، لذا شاکی سمتی ندارد و در نهایت، دیگر به شاکی اجازه مداخله و اقامه دلیل در روند دادرسی داده نشد. تا این که بعد از ۷ ماه، بالآخره سازمان میراث فرهنگی از شهرداری شکایت کرد و به هر حال، قضیه از مجرای قضایی خارج شد، چون به قول خود آقایان، بنا بود مشکلات از طریق گفتوگویی بین دو دستگاه حل و فصل شود! از چگونگی فیصله یافتن مشکل جهان نما که بگذریم، در ادامه وقتی در سال ۸۵ شکایت دیگری علیه شهرداری اصفهان و سازمان میراث فرهنگی در دادسرای اصفهان مطرح شد، باز همان ایراد مذکور مطرح شد، زیرا این بار هم آقای دکتر دادخواه به وکالت از نهادهای غیردولتی و ۲۰۳۵ نفر از افراد مردم، به شکایت از شهرداری برخاسته بودند و باز هم، سازمان میراث فرهنگی در انفعال و سکوت به سر می‌برد! در این پرونده اما، بازپرس آگاه و مستقل شعبه ۵ دادسرای اصفهان (جناب آقای محمدرضا محمدی جزویه‌ای)، برای یافتن راه حل این شیوه خلاً قانونی، استعلامی از اداره کل حقوقی قوه قضاییه به عمل آورد و با استناد به مستندات و مبانی دعوای شاکی (ماده ۲۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر و اصل ۸ قانون اساسی ایران) چنین سوال کرد که اگر شهرداری بر اساس اجازه سازمان میراث فرهنگی، عملیاتی را انجام داده باشد که موجب تزلزل بنیان میراث فرهنگی شده باشد و کسی از اقدامات آن‌ها شکایت کند، آیا دادگستری موظف به رسیدگی هست یا خیر؟ پاسخی که اداره کل حقوقی قوه قضاییه به این پرسش (نظریه مشورتی) داد، رویه‌ای را در دادگستری ایجاد کرد و راهی را به نفع مردم و سمن‌ها باز کرد که دیگر نه در آن پرونده و نه در پرونده‌های بعدی مثل جنبش ملی جلوگیری از آبگیری سد سیوند، این ایراد مطرح نگردید. طبق نظریه مشورتی شماره ۷/۳۰۰۸/۴۵۰ مورخ ۸/۲۵/۴۰۰۷: «... آن چه دولت به صورت مالکیت عمومی در اختیار دارد، متعلق به عموم مردم یعنی ملت است؛ به بیان دیگر، دولت به نمایندگی از ملت آن را در اختیار دارد و توسط دولتمردان آن را تصدی و اداره می‌کند و چنان‌چه هر یک از دولتمردان در اداره و تصدی اموال عمومی

موصوف مرتکب تعدی و تفريط شود، هر یک از افراد ملت من باب امر به معروف و نهی از منکر حق اعتراض و بر این اساس اختیار دارد به دادستان که ... حافظ حقوق عمومی است مراجعه و دادخواهی کند. دادگستری مرجع تظلمات عمومی است و هر یک از منضرران از اقدامات غیرقانونی مسؤولان مملکتی و سایر افراد جامعه می‌توانند به دادگستری مراجعه - عند الزوم با پرداخت هزینه‌های قانونی - اعلام شکایت کنند. بنابراین چنان‌چه شهرداری بر اساس اجازه سازمان میراث فرهنگی و گردشگری مرتکب اقداماتی شده باشد که سبب تزلزل بنیان آثار فرهنگی - تاریخی گردد، بنا به دادخواهی هر یک از افراد ملت، دادستان محل مکلف به رسیدگی و تعقیب متهمین به ارتکاب جرم - اعم از مباشر و معاون - بر اساس ماده ۵۶<sup>۱</sup> قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ خواهد بود». با توجه به این دستاورده عملی است که سوگمندانه باید گفت ماده ۶۶ آینین دادرسی کیفری جدید، عقبگردی تمام عیار و در حکم مقاومت قانون‌گذار در مقابل رویه‌ای است که به نفع مردم شکل گرفته بود. چون تا پیش از این، لازم نبود وزرات کشور لیستی از سازمان‌های مردم‌نهاد در زمینه‌های واحد جنبه عمومی ارائه دهد تا قوه قضاییه تصویب کند و تازه بر اساس آن، حق دادخواهی برای سمن‌ها ایجاد شود؛ ولی متأسفانه در حال حاضر با توجه به ماده ۶۶ که ترتیبات شکلی آینین دادرسی را مشخص کرده است و برای قضات، آمره‌گی دارد، چنان‌چه دعواهی از سوی سمنی مطرح شود، قضی ابتدا سراغ لیست وزارت کشور و تأییدیه قوه قضاییه باید برود و اگر سمنی در این لیست مورد تأیید نباشد، برخلاف قانون اساسی حق دادخواهی شخص (حقوقی) از بین رفته است! پُر روش است که چنین ترتیبی وقتی در قانون پیش‌بینی می‌شود، مسیوی به اراده قبلی حاکمیت است که می‌خواهد این مجال به ظاهر قانونی را داشته باشد که در راه دادخواهی‌های اشخاص در بعضی زمینه‌های حقوق عمومی، محدودیت ایجاد کند. بنابراین سمن‌های مستقل باید همواره نگران عملکرد خود باشند تا مبادا در لیست سیاه حاکمیت قرار بگیرند و بخش مهمی از حقوق خود را از دست بدتهند! و این مگر معنا و نتیجه‌ای جز دولتی شدن نهادهای غیردولتی دارد؟ متأسفانه در تبصره اصلاحی ماده ۴۸ قانون آینین دادرسی کیفری نیز به رغم اطلاق اصل ۳۵ قانون اساسی، همین نگاه ناموجه در خصوص حق برخورداری از وکیل در برخی جرایم محل حساسیت حاکمیت مثل جرایم سیاسی و امنیتی وجود دارد که باید از وکلای مورد تأیید رئیس قوه قضاییه استفاده بشود.

اما بحث را باید از منظری فراتر نگیریست. در تمام نظمات مبتنی بر حقوق نوشته، قانون اساسی شالوده و استخوان‌بندی نظام و در رأس سلسله مراتب قوانین است و هرگز هیچ مقررهای اعم از قوانین عادی یا بخش‌نامه و آینین‌نامه‌های اجرایی تاب برتری بر آن یا یاری مخالفت با آن را ندارد و هر وضعیت حقوقی مخالف آن محکوم به بطلان و توقف اجراست. در اصول اسلامی هم می‌خوانیم که «کُل امِّير يرجع إلى الاصْل» و یا این که امِّيرَ اهْمَ بِ امِّيرِ مَهْمَ مقدم و اولی است (الْأَهْمَ فَالْأَهْمَ). به همین دلیل است که بر اساس اصل نود و یکم قانون اساسی به منظور پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی از نظر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با آن‌ها، شورایی به نام شورای نگهبان تشکیل شده است. ولی شورای نگهبان برخلاف اصل ۲۶ قانون اساسی<sup>۱</sup>، قانون احزاب مصوب سال ۶۰ را که تشکیل احزاب را منوط به درخواست از کمیسیون ماده ۱۰ وزارت کشور و تصویب آن کرده است مورد تأیید قرار می‌دهد. یعنی قانون احزاب، اگرچه ظاهراً طبق تشریفات قانونی

۱. «احزاب، جمیعت‌ها، انجمان‌های سیاسی و صنفی و انجمان‌های اسلامی یا اقلیت‌های دینی شناخته شده آزادانه، مشروط به اینکه اصول استقلال، آزادی، وحدت ملی، موارزین اسلامی و اساس جمهوری اسلامی را نقض نکنند. هیچ‌کس را نمی‌توان از شرکت در آن‌ها منع کرد و یا به شرکت در یکی از آن‌ها مجبور ساخت.»

معتبر است اما، بر اساس تحلیل حقوق اساسی برخلاف اطلاق اصل ۲۶ قانون اساسی است که بهطور کلی تشکیل یافتن احزاب و جمیعت‌ها را بدون قید و شرط آزاد دانسته است. طبق این اصل، قانون‌گذار عادی مجوز ندارد که موجودیت و رسمیت نهادهای مردمی و غیردولتی را به تصویب دولت موکول کند، چون دیگر از فلسفه وجودی نهاد مردمی خارج می‌شود. ثبوت نهادهای مردمی را نمی‌توان به اثبات دولت گره زد! موجودیت و رسمیت یا تشخّص تشکیل‌های مردمی طبق اصل ۲۶ قانون اساسی هیچ ربط یا وابستگی‌ای به دولت ندارد و عملاً هم نباید داشته باشد. لذا با این تحلیل، هم قانون احزاب و هم آینین نامه اجرایی سازمان‌های مردم‌نهاد و هم ماده ۶۶ قانون آینین دادرسی کیفری جدید برخلاف قانون اساسی است. البته چون مدت زیادی از لازم‌اجرا شدن قانون آینین دادرسی کیفری نگذشته است، فعلًاً باید منتظر ماند و دید به چه شکل اجرا می‌شود، اما ماده ۶۶ تبع برنده‌ای را در اختیار دولت و قوه قضاییه نهاده است که به صورت بالقوه می‌تواند به محو و حذف حق دادخواهی سمن‌های مستقل بینجامد و پیامدهای نامیدکننده‌ای برای جامعه مدنی به دنبال داشته باشد.

به نظر می‌رسد تدوین کنندگان ماده ۶۶ گوشة چشمی به تجربیات ناشی از پرونده‌های پرحاشیه‌ای مثل برج جهان‌نما و مترو چهارباغ و سد سیوند داشته‌اند و تا حدی جلوگیری از تکرار تجربه‌هایی از این دست را که عامل اصلی و موثر محركة آن‌ها، آگاهی‌بخشی‌ها و حرکت‌آفرینی‌های سمن‌ها بوده است، دنبال می‌کرده‌اند که البته علت و زمینه آن هم دور از ذهن نیست. تاریخ نشان داد که پرونده‌های حول محور میراث فرهنگی و محیط‌زیست چه قابلیت بزرگ و وحدت‌بخشی برای ایجاد همبستگی مردمی و تشکیل جبهه اعتراضی در مقابل کجری‌ها داشته و دارند. نکته اصلی تشکیل این محورها نیز این است که به نسبت برخی مسائل دیگر، هزینه‌سیاسی محسوسی برای مشاکت کنندگان در بر ندارد، اگرچه همیشه در پس پشت تمام دست‌اندازی‌ها به میراث فرهنگی و محیط‌زیست، سیاست در مفهوم منفی کلمه، حضور سنگین و تعیین کننده‌ای داشته و دارد. اما در تاریخ دادگستری سابقه نداشته است که جمعیت‌های ۲۰۳۵ نفری و ۴۳۵۰ نفری مردم به شکایت از اقدامات برخی مسئولان عالی مملکتی برخیزند و با هجمة سنگین خود، راه را بر ادامه تخلفات بینندن یا دست‌کم، از آسانی تحلف کردن کم کنند.

اگر تاکتون باشگی از هیچ بنگاهی برنیامده است، بیشتر از آن روست که این قانون نوپاست و هنوز آثار عملی آن دیده و احساس نشده است. آن زمان که نام برخی سمن‌ها در فهرست طلایی وزارت کشور و قوه قضاییه قرار نگرفت و حق دادخواهی به محاک رفت، آن گاه اوامر اعتراض‌ها شنیده خواهد شد. اکنون اما، نباید منتظر روز مبادا ماند و باید حساسیت و آگاهی عمومی سمن‌ها را نسبت به مخاطرات این ماده قانونی جلب کرد و با روشنگری، تغییر اصولی یا حذف آن را به مطالبه‌ای اجتماعی تبدیل کرد تا مجلس به اصلاح مصوبه خود مجاب شود. نمایندگان سمن‌ها باید به اتفاق فکر مجلس راه پیدا بکنند و امید داشته باشند که با تشکیل مجلس جدید و تغییر ترکیب آن، روزنه چاره‌سازی برای این مشکل گشوده شود.

ژئوگرافی  
دانشگاه اسلامی  
دانشگاه اسلامی

کمیت از گوش ارگوست ویرانگری داشت!

# شولار حقوق

دکتر علی رادان جبلی

هنوز مشروطه نیامده بود که زبان و فرهنگ فرانسوی در میان نخبگان ایرانی، رایج شد. حس تنفر نسبت به روس متjaوز و انگلیس غدار، سبب شد که نیازهای علمی و هنری ایران از جانب یک کشور اروپایی بی طرف تأمین شود؛ کشوری که حافظه تاریخی ایرانی او را طمع کار نسبت به خود نیافته بود و کدام کشور بهتر از فرانسه، فرانسویان هم، به تمایی با ایرانیان همدلی نداشتند؛ تاریخ به یاد می آورد که وارثان انقلاب کبیر، در بحبوحه جنگ‌های ایران و روس، قرارداد تسليح سپاهان ایران را نقض کرده و ناپلئون در بنگاه معركه پشت ما را خالی ساخت. با این همه، چون عالم سیاست داخلی و بین‌المللی همیشه پر بوده و هست از نامردی و بی‌وفایی، این عهدشکنی چنان غریب جلوه نکرد.

نفوذ فرهنگی فرانسه چنین آغاز شد: پادشاهان ایران از عهد ناصرالدین شاه به بعد (جز رضا شاه پهلوی) زبان فرانسه می‌دانستند و مدرسان فرانسوی شدند پای ثابت تدریس در دارالفنون و رمان‌های عاشقانه آنان باب طبع مردم رقیق‌القلب ایران. بیش‌تر محصلان ایرانی که از دوره عباس میرزا عازم اروپا شدند، سر از فرانسه درآورده و در آنجا طب و مهندسی فرا گرفتند و البته حقوق. نخستین حقوق‌دان ایرانی تحصیل کرده در خارج، با حقوق فرانسه آشنا شدند و چون جمع بستن میان قواعد فقهی با حقوق مدنی فرانسه آسان‌تر بود، کار اخذ و اقتباس از حقوق فرانسه که خود را وراث حقوق روم می‌دانست، به پل بستن میان حقوق روم باستان و اسلام تعییر شد.

مشروطه که آمد، همه جا صحبت از حکومت قانون بود و به لحاظ عقب ماندگی تاریخی ایرانیان، چاره‌ای جز اخذ و ترجمه از قانون خارجی نبود. کار ترجمه مقررات مورد نیاز به سرعت آغاز شد و در نخستین اقدام، اصول محاکمات حقوقی با الهام از قانون آینین دادرسی مدنی فرانسه، به تصویب رسید. بی‌گمان در گرته برداری، مترجمان ایرانی دست بسته نبودند و گاه ذوقی به خرج داده و ابداعی می‌نمودند، ولی چارچوب‌ها بی‌کم و کاست فرانسوی بود. در این میان نمی‌توان یک حقوق‌دان فرانسوی را که بیش از ده سال ایرانیان را در تنظیم مقررات قانونی یاری نمود، فراموش کرد. مسیو آدولف پرنی که به عنوان مستشار حقوقی دولت ایران از سال ۱۹۱۱ به استخدام درآمد، بعدها مدرس مدرسه عالی حقوق و طراح بعضی از قوانین تأثیرگذار در آخرین سال‌های زمامداری قاجاریه شد.

سردار سپه که بعدها رضا شاه پهلوی شد، عدلیه هم رخت کهنه به درآورد و شد دادگستری. علی اکبر خان داور به کرسی وزارت نشست و کلنگ اصلاحات قضایی را به زمین زد. محاکم و دادسراهای شکل فرانسوی به خود گرفت و دیوان تمیز و سپس دیوان عالی کشور با تقلید از دیوان کشور فرانسه آراسته شد.

در غوغای تصویب قوانین، ساختن اینه و بالا بردن ستون‌های دادگستری نوین، و کلای دادگستری هم بی‌نصیب از تغییرات نبودند. در سال ۱۳۱۵ دیگر داور وزیر دادگستری نبود که قانون وکالت به تصویب رسید و سال بعد آئین نامه آن. در میان همه الزاماتی که آئین نامه به آن پرداخته بود، فصل پنجم لباس و کلا را توصیف می‌کرد. و کلا مکلف شدند در محاکمات جنایی و سایر محاکماتی که قصاصات با لباس قضایی حضور داشتند با لباس مخصوص حاضر شوند. این لباس عبارت بود از لباده و کلاه مشکی با دستمال گردن سفید چین‌دار و نیز شلوار و کفش و جوراب مشکی. هیأت مدیره کانون نیز علاوه بر این لباس می‌باشد اپی تر (شال اویزان) حمایل نمایند. با آن لباس که ذکرش رفت، هیأت ظاهری و کیل دادگستری رسمی شد و در چشم عموم هیبت یافت. و کلا از مرد و زن با آن جامه خاص در دادگاه حاضر شده و بدین صورت در وقت محاکمات از دیگران ممتاز می‌شدند.

سال ۱۳۵۷ که صدای اعتراضات مردم بلند شد، دادگستری خود را آماده تغییرات دیگری می‌کرد. با واژگویی نظام سلطنتی و تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی، وضع دادگستری دگرگون گشت. مجتهدین شرع بالاترین مقام‌های مدیریتی را در دادگستری به عهده گرفتند و کشتیبان را سیاستی دگر آمد. بی‌اعتمادی میان مدیران جدید دادگستری و هیأت مدیره کانون و کلا خیلی زود خود را نشان داد. چندی نگذشت که ابرهای کدورت و نقار در آسمان روابط طرفین پدیدار شد. نتیجه برخورد قابل پیش‌بینی بود، اما تأثیر آن بر سرنوشت کانون و کلا چندان روش نمی‌نمود. هیأت مدیره کانون سلب اختیار شد و قانون وکالت و آئین نامه بدل شد به قانون متروک. تکلیف لباس و کیل هم زود روش نمود؛ جامه‌های مخصوص به کمدها سپرده شد و بعد از آن هیچ وکیلی با ردای وکالت در دادگستری دیده نشد.

فلسفه کنار گذاردن لباس رسمی قضا را قطعاً باید در دیدگاه انقلابی و غرب سنتیز حاکم بر کشور جستجو نمود. شعار انقلاب بازگشت به خویشتن و به صحته درآوردن اسلام در جامعه معنا می‌شد و عجیب نبود که هر چه رنگ بیگانه مابی و غیرستایی داشت با بی‌مهری مواجه شود. زمان، دوره تاخت و تاز اندیشه‌هایی بود که مظاهر تمدن غرب را به هیچ می‌گرفت و مانیفست این سنتیز و تقابل، نظرات جلال آل احمد در کتاب غرب زدگی بود. پس چگونه می‌شد استفاده از لباسی که پیشینه هزار سال محاکمات کلیسايی در فرانسه را زنده می‌کرد و حقوق عملی رومی ژرمی را به نمایش می‌گذاشت، تحمل کرد؟ بی‌تردید وقتی تن پوش مخصوص دادرسان از انظار غایب شد چه جایی برای ردا و دستمال و کلاه و کلا بود که جز اسباب انقیاد خودی و مطابوعت از فرهنگ غیرخودی، گمان دیگری به آن نمی‌رفت.

با رفع تعليق از کانون‌های وکلا در سال ۱۳۷۶، به تدرج احیای لباس رسمی وکالت در دستور کار قرار گرفت. مدتی نگذشت که اعضای هیأت مدیره کانون با لباس مخصوص در محافل و کلا حاضر شده و کارآموزان به هنگام تحلیف، لباس قانونی بر تن نمودند. تاکنون قوه قضائیه به سکوت و تماشا



بر این رفتارها نظاره کرده ولی همچنان اجازه حضور و کلا با البسه و شمايل خاص را به دادرسي ها نداده است.

اینک می توان به اين سؤال اساسی پاسخ داد که آيا و کلای دادگستری نيازمند لباسی خاص هستند و اگر آري، چگونه؟ پاسخ آسان نیست اما به نظر مى رسد که چون هميشه، اعتدال در راي، بهتر است و ميانه روی، شيوهای پستديده.

لباس و کالت در جهان معمولاً رسمي است. و کلای کشورهای جهان اول که مبدأ اقتباس ديگر کشورها هستند، وضعیت یکسانی ندارند. گرچه بيش تر آنان به وقت محاکمه لباس مخصوص دارند اما بعضی ديگر هم پوشش عادي مردم خود را به بر مى كنند. اگر و کلای آلماني، انگليسي و فرانسوی را يار بلند و کالت را زيب پيکر خود مى سازند، وکيل آمريكيابي در دادرسي های مدنی یا كيفري لباس و پژوههای با خود به دادگاه نمى آورد. در کشورهای اسلامی هم وضع یکسانی حاکم نیست. در شرق جهان اسلام وکيل پاکستانی با پيروري از رسوم قضائي بریتانیايی، لباس و کلای انگليسي را به تن مى كند و در غرب اين قلمرو، وکيل مصری لباسی همچون وکيل فرانسوی دارد. دليل اين تقليد هم آشكار است، زيرا وقتي با پيروزي نظامي انگليسي ها در هند و فرانسوی ها در شمال آفريقا علاوه بر خاک، دиде و قلب مردم اين مناطق به تسخیر فرهنگ و آداب زيست خارجي درآمد، شيوه تحصيل، تربيت و البسه قاضي و وکيل نيز، سرنوشتی چون ديگر اجزای تمدن ملت مغلوب پيدا کرده است. در ايران با گذشت نزديك به چهار دهه از چيرگي قضائي اسلامي بر قضائي عرفی، وکيل همانند قاضي لباس ممتازی ندارد. اين درست است که بى اعتباری قانون و آين نامه و کالت از سوي هيج مرجع رسمي اعلام نشده، اما باید دست از اين لفظگرایي کشید و اسیر ظواهر نشد. حال اين قوانين به بيماري مى ماند که چند دهه را به حال اغما گذرانيد و هيج يك از ياران و دوستان، بيداري دوباره اين خفته چند را باور ندارند.

با اين همه نمى توان از نياز به وجود لباس خاص برای وکلا به آسانی گذشت. کار قضا جايگاه بلندی در ادبیات دینی و ملي ما دارد. همین حساسیت اين شغل کافی است تا حکم به داشتن البسه ای از نوع ديگر، برای دادرسان و وکيلان خردمدانه به نظر آيد. اين لباس، حشمت دادرس و وکيل را دو چندان ساخته و ميان ظاهر شغل و باطن استغال الفت برقرار خواهد نمود. اين رأي عاقلانه نمى تواند مخالفتی را نزد مشرعيه برانگيزد، چون اين عرصه، منطقه الفراغ است و قلمرو اباجه، مى ماند نوع رنگ و اندازه لباس، بهصورتی که گمان تقليد در آن نزود و انگشت اتهام تلبیس به جامه بیگانگان به آن نشانه نشود. حتماً اينجا، عرصه ذوق و طبع ظريف است و هوشمندي تاریخي ايراني مى تواند گره از اين مشكل بگشайд.

دوخت و دوز آن لباس و آراستن اعضای يك صنف، امری دشوار نخواهد بود، قسمت سخت پوشش حقيقي وکيل است که آرایه تفكير و عمل او مى باشد. سخن از لباسی است که زينت شغل وکيل باشد و دوختن اين شولا نه کاري است خُرد، ذوقی سليم مى خواهد و روحی لطيف؛ لباسی که با پارچهای از تعهد و مسؤوليت‌شناسي، آستری از خردمندی و بخیه‌هایی از دانش کافی و وقار پديد آمده باشد. خرقهای به اين قرار و رايی با اين اعتبار، متعار هر دکانی نیست، چه خیاط و مشتری هر دو بيش از يك تن نیستند. طرفه آن که لباس بدلي هم زود بى اعتبار مى شود و عيوب صاحب خود را دوچندان به نمایش مى گذارد.

باری، چون کار وکیل حق ستانی و باری رساندن به دادخواهان است و این مرتبت رفیع و اشتغال منبع، اقتضای جامه‌ای در خور را دارد، حُله‌ای می‌خواهد که خلیه باشد، خواه لباس ظاهر وکیل خاص باشد یا معمولی، فاخر یا کم بها. حُله‌ای تنیده از راستی در گفتار و بافته با درستی در کردار. حُله‌ای که آب و آتش متضاد به او گزند نرساند و تار و پود و نقش آن برآمده از حکمت و سلامت نفس صاحبیش باشد. و به راستی جز این، کدام لباس می‌تواند در مقابل آتش سوزان شرارت درون و زمهریر تباہی بروند تاب آورد؟

در این بازپسین دم مقال، جمعیت و کلاهم می‌توانند با کاروان فرخی سیستانی شاعر خوش سخن قرن پنجم همسفر شوند. چون او نیز به قصد حِله عراق از سیستان عازم سفری شد که در آن سرمايه شاعر، لباس معنوی خرد، هنر و شیدایی بود. ما را نیز اگر همتی است و عزمی، چرا همراه این کاروان نباشیم، با لباس خوبان و یک رویان، استوار بر قامتمان آن چنان که نه چشم سر، که چشم عقل بر او خیره گشته باشد. لباسی آن گونه که سراینده این شعر به خوبی از عهده وصف آن برآمده است.

با حُله تنیده ز دل بافته ز جان  
نه حُله‌ای که آتش آرد بر او زیان  
نه نقش او فروسترد گردش زمان  
این را تو از قیاس دگر حُله‌ها مدان  
نقاش بود دست و ضمیر اندر آن بیان

با کاروان حِله بر قدم ز سیستان  
نه حُله‌ای که آب رساند بر او گزند  
نه رنگ او تباہ کند تربیت زمین  
این حُله نیست بافته از جنس حُله‌ها  
این را زبان نهاد و خرد رشت و عقل بافت



# جس محاکوم علیه مدعی اعسار

## در قانون نحوه اجرار محاکومیت ها را مصوب ۱۳۹۴

نوشین فراهانی روحانی ■ هاجر راعی دهقان ■

### چکیده

قانون نحوه اجرای محاکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷ مشتمل بر مقرراتی بود که مغایر با قانون اساسی تلقی گشته و با تعهدات بین‌المللی کشور از جمله ماده ۱۱ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۵ در تضاد بود. لذا قانون گذار در ۱۳۹۴/۰۴/۲۱ قانونی تصویب کرد که در راستای قانون اساسی و تعهدات بین‌المللی کشورمان قرار دارد و حقوق محاکوم‌علیهم مدعی اعسار را تا حدود زیادی تأمین می‌کند. با این وجود باید توجه داشت که حمایت از حقوق مدیونین مدعی اعسار، نباید موجب تضییع حق جامعه و طلبکاران گردد. لذا قانون گذار به وضع سازوکارهایی در جهت تضمین حقوق محاکوم‌له پرداخته، که اکثر این موارد از جمله نوآوری‌های این قانون محسوب شده و سابقه قانون گذاری نداشته است.

وازگان کلیدی: جس، اعسار، محاکوم‌علیه، محاکوم‌له، اجرای محاکومیت‌های مالی

### مقدمه

قانون گذار ایران سراججام در تاریخ ۱۳۹۴/۰۴/۲۱ پس از مدت ۱۷ سال، قانون جدیدی در خصوص نحوه اجرای محاکومیت‌های مالی تصویب نمود و با وضع این قانون، پس از ۴۲ سال به موضوع «ماده واحده منع توقیف اشخاص در قبال تخلف از انجام تعهدات و الزامات مالی» مصوب ۱۳۵۲ عقبگرد کرد. مطابق ماده ۲ قانون نحوه اجرای محاکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷، اصل بر ملاحت محاکومین مالی قرار داشت و اعسار نیازمند اثبات بود و مدیون در فاصله اجرایی شدن حکم تا زمان صدور حکم قطعی اعسار

■ دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی.

■ دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل عمومی، کارآموز وکالت.

۱. ماده ۲. هر کس محاکوم به پرداخت مالی به دیگر شود، چه به صورت استرداد عین یا قیمت یامثل آن و یا ضرر و زیان ناشی از جرم یا دیه و آن را تأديه نموده و چنان چه مالی از او در دسترس باشد آن را خبیط و به میزان محاکومیت، از مال ضبط شده استیقاً می‌نماید و در غیر این صورت بنا به تقاضای محاکوم‌له، ممتنع را در صورتی که مسخر نباشد تا زمان تأديه جس خواهد کرد.



حبس می شد و در آینه نامه اجرایی این قانون اثبات اعسار موخر بر محاکومیت به حبس قرار گرفت و به موجب رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور در سال ۱۳۸۲ اقامه دعوى اعسار منوط به زندانی بودن متهم نبود و با اصلاح آینه نامه اجرایی قانون نحوه اجرای محاکومیت های مالی مصوب ۱۳۹۱، مفروض انگاشتن اعسار و لزوم اثبات ملائت، بار اثبات دعوای اعسار تغییر کرد. اگرچه در طول زمان با این اصلاحات این اصل تا حدودی کثار گذاشته شد، با این حال نیاز به تصویب قانون جدیدی که تمامی این اصلاحات را در بر داشته باشد، مشهود بود. در نتیجه قانون جدید نحوه اجرای محاکومیت های مالی در ماده ۷ خود، در این باره قائل به تفکیک شده است، به این صورت که در مورد دیون که فرد مديون در قبال آن مابهایی دریافت کرده و همچنین در کلیه مواقعی که وضعیت سابق مديون حاکی از ملائت وی است، تمكن وی استصحاب گشته و اعسار و عدم تمكن او نیازمند اثبات است. اما در سایر موارد مانند جنایات و خسارات که مديون در قبال دین، مالی تحصیل و یا دریافت نکرده، اصل بر اعسار وی است و تمكن او نیازمند اثبات است<sup>۱</sup>. با این وجود، مطابق ماده ۳ قانون جدید، چنان‌چه محاکوم علیه تا سی روز پس از ابلاغ اجراییه، ضمن ارائه صورت کلیه اموال خود، دعوای اعسار خویش را اقامه کند، حبس نمی‌شود.

این ماده در راستای قانون اساسی و همسو با مواضع والزمات حقوق بشری و ماده ۱۱ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نگاشته شده که از این حیث قانونی مدرن و پیشرفته محسوب می‌گردد. با این وجود عدم اجرای صحیح و دقیق این قانون در طول زمان، ممکن است منجر به کاهش امنیت اقتصادی در جامعه گشته و مراواتات و معاملات اقتصادی را بدون پشتونه و پناهگاه قضایی، رها کند. در نتیجه فعالیت‌های مولد و حقیقی از بین رفته و سرمایه افراد به بخش‌های غیر مولد جامعه سرزایش شود. در این مقاله سعی داریم با تفحص در اصول قانون اساسی، الزامات و مواضع حقوق بین‌الملل و حقوق بشری، احکام و قواعد فقهی و همچنین نیازهای جامعه، به بررسی قانون مذکور از حیث حبس افراد مديون پرداخته و میزان تطابق این قانون با منابع و اصول مذکور را مورد توجه قرار داده و سازوکارهای جایگزین حبس در این قانون را بررسی نماییم و در نهایت پیشنهادهایی در جهت مطلوب شدن هرچه بیشتر قانون اخیر التصویب مطرح کنیم.

## ۱. حبس محاکومین مالی از دادگاه قانون اساسی

«قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نسبت به حقوق و آزادی‌های افراد اهمیت زیادی قائل است و برای حفظ و حراست قانونی از آن‌ها تمهیدات فراوانی پیش‌بینی کرده و سلب آن‌ها را فقط در صورتی جایز شمرده است که فرد مرتکب جرم شده و جرم او در دادگاه صالح مطابق قانون، اثبات شود.»<sup>۲</sup> (فخر، ۱۳۸۴: ۱۷۵) ماده ۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ هر رفتاری اعم از فعل و ترک فعل که در

۱. ماده ۷. در مواردی که وضعیت سابق مديون دلالت بر ملائت وی داشته یا مديون در عوض دین، مالی دریافت کرده یا به هر نحو تحصیل مال کرده باشد اثبات اعسار بر عهده است مگر اینکه ثابت کند آن مال تلف حقیقی یا حکمی شده است در این صورت و نیز در مواردی که مديون در عوض دین، مالی دریافت نکرده یا تحصیل نکرده باشد هرگاه خوانده دعوای اعسار تواند ملائت فعلی یا سابق او را ثابت کند با ملائت فعلی یا سابق او نزد قاضی محجز نباشد ادعای اعسار با سوگند مديون مطابق تشریفات مقرر در قانون آینه دادرسی مدنی پذیرفته می‌شود.
۲. اصل ۳۶ و ۳۷ قانون اساسی.

قانون برای آن مجازات تعیین شده را جرم دانسته است. این در حالی است که مطابق با نص صریح اصل دوم قانون اساسی، بیان جمهوری اسلامی بر پایه ایمان به خدا و اصول اسلام و کرامت و ارزش والای انسان و آزادی توأم با مسؤولیت او در برابر خداوند استوار است. همچنین هیچکس نمی‌تواند اعمال حق خوبیش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.<sup>۱</sup> لذا اعسار و عدم تمكن مالی افراد مطابق هیچ یک از اصول قانون اساسی و مواد قانونی جرم تلقی نشده تا فرد معسر و بدھکار مستحق جبس باشد. علی‌رغم وجود این احکام، ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷ باعث روانه شدن عده زیادی از محکومین مالی به زندان گشته بود که این موضوع ناسخ اصول قانون اساسی قلمداد می‌شد. با تصویب قانون جدید نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در سال ۱۳۹۴ جواز جبس بی‌حد و حصر محکومین مالی به صرف اعسار و عدم تمكن مالی از بین رفته و لذا تصویب این قانون گام جدیدی در راستای عمل به اصول قانون اساسی تلقی می‌گردد.

## ۲. جبس محکومین مالی مطابق موازین بین‌المللی

دولت ایران در تاریخ ۱۳۵۴/۲/۱۷<sup>۲</sup> میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی را تصویب نموده است.<sup>۳</sup> مطابق ماده ۲ این میثاق، دول عضو متعهد گشته‌اند که حقوق شناخته شده در این میثاق را درباره کلیه افراد مقیم در قلمرو تابع حاکمیتشان بدون هیچ‌گونه تمایزی از قبیل نژاد، رنگ، جنس، زیان، مذهب، عقیده سیاسی یا عقیده دیگری، اصل و منشأ ملی یا اجتماعی، ثروت، نسب یا سایر وضعیت‌ها محترم شمرده و تضمین کنند. لذا دولت ایران به لحاظ بین‌المللی ملتزم به اجرای مفاد این قانون است. ماده ۱۱ میثاق بین‌المللی بیان می‌دارد: «هیچ کس را نمی‌توان تنها به این علت که قادر به اجرای یک تعهد قراردادی خود نیست زندانی کرد». منظور ماده ۱۱ تعهدات قراردادی، حقوق مدنی در حوزه حقوق خصوصی است، اعم از آنکه موضوع آن تعهدات تأثیه دین، انجام کار یا تسلیم مال باشد و تعهدات ناشی از قانون خارج از حیطه ممنوعیت فوق جای می‌گیرد. (زمانی، ۱۳۸۵: ۱۱) اشاره به عدم توانایی در ایفای تعهد تا حدودی همان اعسار است (عدم کفایت دارایی یا عدم دسترسی به مال خود) و و ممتنع از ایفای تعهدات قراردادی را از قالب ماده ۱۱ خارج می‌کند. در ماده ۴ این میثاق، مقرره مذکور در ماده ۱۱ غیر قابل تعلیق تلقی شده و حتی در شرایط استثنایی و فوق العاده نیز انحراف از مفاد ماده ۱۱ تجویز نشده است، بنابراین کشورها حتی در موارد بحرانی نیز مجاز به تعلیق این حق نیستند. علی‌رغم التزام ایران به میثاق، ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷ در تعارض کامل با مقررات مندرج در میثاق بین‌المللی قرار داشت. «قانون گذار بی‌اعتنای به تعهدات بین‌المللی کشور، دست به اقدامات تقنی زده بود که از منظر حقوق بین‌الملل نقض تعهدات دولت به شمار می‌آمد» (زمانی، ۱۳۸۵: ۸۷) و مسؤولیت بین‌المللی آن را دامن می‌زد. با تصویب قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در سال ۱۳۹۴ و موضع متاخره در ماده ۳ این قانون، هماهنگی زیادی میان تعهد بین‌المللی کشور مندرج در ماده ۱۱ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی با حقوق داخلی کشور به وجود آمده است.

۱. اصل ۴۰ قانون اساسی.

۲. هرچند این قانون در زمان حکومت سابق در ایران به تصویب رسیده است، وجود «اصل دوام دولتها» در حقوق بین‌الملل، حاکی از انتقال تعهدات دولت سابق به دول بعدی است.

۳. همان طور که مطابق با ماده ۹ قانون مدنی نیز مقررات عهودی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد، در حکم قانون است.

### ۳. حبس محاکومین مالی با توجه به مبانی فقهی

ایه شریفه «وَ إِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرْهُ إِلَى مَيْسِرِهِ» (بقره/ ۲۸۰)، دلالت دارد بر اینکه «بدهکارانی که در عسرت و مشقت زندگی را می‌گذرانند، می‌توانند بدھی خود را به تاخیر بیفکنند تا عسرت آن‌ها برطرف شود و به پسر برستند». (یتری، ۱۳۸۵: ۸۴) همچنین بعضی روایات و متون فقهی نیز بر همین معنا دلالت دارند. برای مثال در روایت سکونی از امام صادق (ع) از پدرش امام علی (ع) نقل شده است: «إِنْ أَمْرَاهُ أَسْتَعْدَتْ عَلَى زَوْجَهَا إِنَّهُ لَا يَنْفَقُ عَلَيْهَا وَ كَانَ زَوْجَهَا مُسْرِرًا، فَابْيَ أَنْ يَحْسِبَهُ وَ قَالَ: أَنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا» (مووارید، ۱۴۱۰، ۸/۱۱). به این معنی که زنی علیه شوهرش به دلیل عدم پرداخت نفقة دادخواهی نمود، در حالی که شوهرش معسر بود. لذا امام از حبس زوج خودداری نمود فرمودند: قطعاً با هر سختی، گشايشی همراه است. همچنین در متون فقهی آمده است که «جایز نیست برای کسی که می‌داند بدھکار او بی‌چیز است، او را حبس کند» (ابوصلاح حلبي، ۱۴۰۳: ۴۴۳)، علی‌رغم وجود منابع فوق الذکر باید اظهار داشت که منظور از عدم جواز حبس در مواردی است که عسرت و تنگ دستی بدھکار مشخص و ثابت باشد. در مواردی که ملاتت فرد آشکار است، وی بنابر قواعد و اصول لنزوم وفای به عهد از جمله آیه شریفه اوفوا بالعقود (مائده/ ۱)، مجبور به تأدیه دین خود است و در صورت عدم تأدیه، حاکم مدیون را ملزم به پرداخت دین اش می‌نماید و در صورت امتناع، حاکم وی را حبس می‌کند تا اینکه به پرداخت دینش راضی شود. حدیث نبوی «لَمْ يَأْجُدْ يَحْلَّ عَقْوَبَتِهِ»، به این معنی که بدھکار مالدار عقوبتش جایز است، نیز موید همین مطلب است (حرعاملی، ۱۴۰۳، ۹۰/۱۳). همچنین در حدیثی از امام صادق (ع) نقل شده است که فرمود: «إِنَّمَا عَلَى فَرْدٍ إِذَا امْتَنَعَ مِنْ كِرْدَهِ حَبْسٌ مَّا نَمْوَدْ وَ سَبْسٌ دَسْتُورٌ مَّا دَادَهُ كَمَالٌ خُودَ رَأَيَ طَلَبَكَارَانَ بِنَسْبَتِ تَقْسِيمٍ كَنْدَ وَ اَكْرَ خُودَارِيَ مَمْكُرَهُ، آنَ رَأَيَ فَرُوكَتَ وَ بَيْنَ آنَهَا تَقْسِيمٌ مَّا كَرَدَ» (شیخ صدقوق، ۱۴۰۱، ۱۹/۳). این مختص مواردی است که مال داری مدیون محرز باشد. در مواردی نیز که اعسار مدیون محرز باشد، باید او را تا زمان ملاتت آزاد گذاشت و یا با تقسیط بدھی او، زمینه برایت ذمہاش را فراهم نمود (یتری، ۱۳۸۵: ۱۰۰).

سؤال اساسی در مورد شک در اعسار مدیون است، یعنی موقعی که اعسار و یا ملاتت مدیون محرز نیست. در این مورد نظر واحدی میان فقهاء وجود ندارد. عده‌ای معتقدند چنان‌چه بدھکار مدعی اعسار شود ولی صحت ادعای او معلوم نباشد، ادعای وی پذیرفته می‌شود و لازم نیست برای اثبات آن بیئنه اقامه کند ولی طلبکاران می‌توانند از او برای اثبات اعسار، سوگند طلب کنند (حقیق حلی، ۱۴۰۹/۲: ۳۵۰) و خوانساری، ۱۳۶۴: ۲۶/۶). این نظر بر مبنای اصل عدم، و قاعده «البینه على المدعى واليمين على من انکر» بنا شده است، به این ترتیب که چون قول مدیون موافق اصل عدم ملاتت است، وی منکر محسوب می‌شود و بر مدعی ملاتت است که تمکن مدیون را ثابت کند و بر عهده مدیون چیزی جز سوگند نیست. در مقابل مشهور فقهاء معتقدند که حبس مدیون مدعی اعسار تا زمان اثبات اعسار وی جایز است و اگر اعسار وی ثابت شود بلافضله آزاد می‌شود و برای ادادی دین به او مهلت داده می‌شود (صاحب جواهر، ۱۳۹۴، ۲۵/۳۶۱ و خمینی، ۱۴۰۴، ۴۱۷/۲ و فاضل لنکرانی، ۱۳۷۶، ۱۱۵). شهیدثانی در این مورد موضع بینایی را اتخاذ کرده است. به این صورت که «يُجَسَّسُ لَوْلَدَعْنِ الْاعْسَارِ حَتَّى يُثْبَتَهُ» (امینی، ۱۳۹۰، ۲۲۱). یعنی کسی که مدعی اعسار است، حبس می‌شود تا آن را اثبات کند. و در ادامه می‌گویید:



«حبس مديون در صورت ادعای اعسار در صورتی است که اصل دين او مال بوده باشد نظیر قرض، یا عوض از مال باشد مانند ثمن مبيع، بنابراین اگر هر دو مورد متفق باشد مثل ارتکاب جنایت یا اتلاف مال که ذمہ‌اش در برایر طرف مقابل مشغول شده است، مجرد ادعایش مسموع است که البته سوگند هم باید یاد کند زیرا اصل عدم مال است». (لطفي، ۱۳۹۳: ۱۸۹).

قانون نحوه اجرای محاکومیت‌های مالی در سال ۱۳۷۷ مطابق با نظر مشهور فقهاء در زمینه حبس فرد مشکوک‌الاعسار نگاشته شده بود. با این توضیح که مطابق ماده ۲ آن قانون، مديوني که اعسار یا ملائت وی محرز نبود، به درخواست محاکومله تا زمان اثبات ادعای اعسارش حبس می‌شد. مطابق با ماده ۳ قانون اخیرتصویب چنان‌چه محاکوم‌علیه در مدت ۳۰ روز از تاریخ ابلاغ اجراییه، ضمن ارائه صورت کلیه اموال خود، دعوای اعسار خود را اقامه کرده باشد، حبس نمی‌شود. که این شیوه، هرچند مخالف با نظر مشهور فقهاء است، ولی با موازین فقهی مخالف نیست. بلکه همسو با نظر عده‌ی دیگران از فقهاء است (خوانساری، ۱۳۶۴، ۲۶/۶ و محقق اردبیلی، ۱۴۰۴: ۱۳۵).

با این وجود به نظر می‌رسد که اتخاذ شیوه بینابین در زمینه حبس محاکوم‌علیه مشکوک‌الاعسار، در فضای جامعه کنونی قادر به برقراری توازن بیشتری خواهد بود. به این نحو که مطابق با نظر شهیدثانی در صورتی که اصل دین محاکوم‌علیه مال بوده باشد و در ازای مابهازی مالی بر عهده وی ثابت شده باشد (اظیقرض یا ثمن بیع)، تمكن وی استصحاب می‌شود و در صورت ادعای اعسار به تقاضای محاکوم له تا زمان ادعای اعسارش حبس می‌شود. در مقابل در صورتی که در برایر دین، مابهازی مالی به مديون تعلق نگرفته باشد، مانند مواردی که دین بر اثر اتلاف، دیه یا مهریه بر ذمه فرد مديون قرار می‌گیرد، اصل بر اعسار مديون است و به همین دلیل مديون در صورت ادعای اعسار حبس نمی‌شود و حبس وی تنها در صورت اثبات ملائت وی و امتناع از پرداخت ممکن است.

در قانون نحوه اجرای محاکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴، در مورد بار اثبات اعسار و ملائت، تفکیک فوق صورت گرفته است.<sup>۱</sup> یعنی در دیونی که مابهازی مالی دارد، ملائت مديون استصحاب می‌شود و در دعوای اعسار، وی مدعی محسوب گشته و بار اثبات اعسار بر عهده اوست. اما در دیونی که بدون دریافت مابهازی مالی بر عهده مديون قرار گرفته، اصل بر عدم تمكن است و محاکوم‌له باید ملائت وی را ثابت نماید. تفکیک فوق با وجود اعتدال و میانه‌روی و مبنای فقهی، فقط در مورد بار اثبات دعوای فرد مشکوک‌الاعسار مورد توجه قانون گذار قرار گرفته و در مورد حبس او، این تفکیک انجام نشده و در صورت ادعای اعسار توسط مديون در مهلت مقرر، فرد مديون مطلقاً حبس نخواهد شد.

گفته شد در مورد دیون بدون مابهازی مالی، یعنی جنایت، اتلاف، مهریه و ضمانت اصل بر عدم تمكن است. در صورتی که در این موارد نیز می‌توان قالب به تفکیک شد. به این صورت که در مورد مهریه و ضمانت و موارد مشابه که مديون در زمان اشتغال ذمه، به نوعی اعتراف به ملائت کرده است نیز می‌توان تمكن او را استصحاب نمود و اعسار را نیازمند اثبات بدانیم، در حقیقت مديون با بر عهده گرفتن این دیون، بر ضرر خود اقدام نموده و قاعده اقام جاری می‌شود. در صورتی که در موارد اتلاف و جنایت، هیچ‌گونه سابقه تمنک یا اقرار ضمانتی مديون بر ملائت وجود نداشته و لذا اصل بر عدم ملائت است. با این حال قانون نحوه اجرای محاکومیت‌های مالی، این تفکیک را قبول نکرده، و ملاک را صرفاً «ما بازی مالی» دانسته است، نه اقرار ضمانتی مديون و یا قاعده اقدام.

**۴. بررسی قانون نحوه اجرای محاکومیت‌های مالی ۱۳۹۴ با شرایط جامعه کنونی**

گفته شد که مطابق با قانون اساسی و فقه میان اسلام و همچنین موازین حقوقی بشری و تعهدات بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، حبس محاکوم علیه در امور مالی جایز نیست و باید به معسر مهلت داد تا با کسب روزی، موقعیت اعسار را پشت سر بگذارد. در عین حال باید توجه داشت که منظور از اعسار، اعسار حقیقی و واقعی است و باید ثابت شود که اعسار حقیقتاً وجود دارد. در واقع صرف ادعای اعسار کافی نیست و قانون نحوه اجرای محاکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ و قواعد فوق الذکر نباید به عنوان راهی برای فرار متخلوفین مالی از ادای دیونشان مورد سواستفاده قرار گیرد. در جامعه کنونی که مراودات اقتصادی افراد موضوعی مبتلا به است و افراد از طرق مختلف با یکدیگر روابط و معاملات مالی دارند، جامعه و افراد نیازمند نوعی امنیت اقتصادی می‌باشند که محاکم قضایی می‌توانند در این راستا گام برداشته و به تضمین این امنیت کمک کنند. در حالی که اگر ادعای اعسار را محمول بر صحبت دانسته و آن را با شهادت دو شاهد قابل اثبات بدانیم، این تالی فاسد را در پی خواهد داشت که افراد مديون به راحتی ادعای اعسار کرده و با آوردن دو شاهد ادعای خود را اثبات می‌نمایند و در نتیجه این دائن است که متحمل ضرر می‌گردد. در نتیجه این امر، امنیت اقتصادی در جامعه رو به کاهش می‌رود و مردم در عوض فعالیت‌های اقتصادی مولد و حقیقی، سرمایه خود را در بخش‌های غیر مولد به کار می‌گیرند. برای مثال با وجود سودهای کلان بانکی و امنیت نسبی آن‌ها، مردم به جای سرمایه‌گذاری ریسکی و پرخطر در بخش‌های مولد یا با اشخاص حقیقی، سرمایه خود را در بانک‌ها قرار داده که در نتیجه این امر بخش تولیدی کشور با مشکلات عدیده‌ای روبرو خواهد شد و تبعات اقتصادی گربیان جامعه را خواهد گرفت. در نتیجه باید توجه داشت که وضع و اجرای قوانینی از این دست، هرچند مطابق با اصول فقهی و حقوقی و بین‌المللی است، نباید روندی یک سویه به خود بگیرد و بدون توجه به نیازهای جامعه کنونی، اسباب ضرر به افراد و جامعه را فراهم آورد. لذا قانون در کنار مقرره عدم حبس افراد در صورت ادعای اعسار در مهلت ۳۰ روزه، باید سازوکارهایی بنیان نهد که از اضرار به افراد و جامعه جلوگیری گشته و شرایط اقتصادی جامعه را دستخوش تغییر قرار ندهد.

## ۵. اقدامات جایگزین حبس در جهت تضمین حقوق طلبکاران

در راستای تضمین حقوق محاکوم‌لهم، قانون‌گذار از دو طریق اقدام به جایگزین‌سازی برای حفظ حقوق دائین کرده است. در طریق اول قانون‌گذار به ایجاد تکالیفی برای دادگاه در انجام «اقدامات تأمینی» به نفع طلبکار پرداخته است. مطابق با ماده ۳ و ۸ این قانون محاکوم علیه در ضمن اقامه دعوای اعسار مکلف به ارائه صورت کلیه اموال خود است. بنابر ماده ۱۰ این قانون، «پس از ثبت دادخواست اعسار، دادگاه مکلف است فوراً با استعلام از مراجع ذی ربط و به هر نحو دیگر که ممکن باشد نسبت به بررسی وضعیت مالی محاکوم علیه جهت روشن شدن اعسار یا ایسار او اقدام کند». لزوم فوریت اقدام در این ماده قابل تأکید است. همچنین این ماده اقدام دادگاه را منحصر به موارد خاصی نکرده، بلکه دادگاه را مکلف به انجام هر عملی (مانند تحقیقات محلی) در راستای تعیین وضعیت اعسار مديون نموده است. ماده ۱۹ این قانون نیز مرجع اجراکننده رأی را موظف کرده که در صورت درخواست محاکوم علیه، به بانک مرکزی دستور دهد که فهرست کلیه حساب‌های محاکوم علیه در بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری را به دادگاه

تحویل نماید. همچنین دادگاه مجری رأی به درخواست محاکومله به مراجع ذی ربط از قبیل ادارات ثبت محل و شهرداری‌ها دستور می‌دهد که بر اساس نشانی کامل ملک یا نام مالک، پلاک ثبتی ملکی که احتمال تعلق آن به محاکوم علیه وجود دارد را برای توقیف به مرجع مذکور تسليم کند. این در حالی است که در زمان حکومت قانون قبلی رویه به این نحو بود که محاکومله باید پلاک ثبتی متعلق به محاکوم علیه را برای توقیف اعلام می‌نمود. حال آنکه دستیابی به پلاک ثبتی در موارد عدیده‌ای عملاً غیر ممکن بود.

مراجع مذبور در ماده ۱۹ همچنین مکلف به تحویل فهرست نقل و انتقالات و هر نوع تعییر دیگر در اموال محاکوم علیه از زمان یک سال قبل از صدور حکم قطعی به دادگاه هستند.<sup>۱</sup> (تبصره ۱ ماده ۱۹) علاوه بر موارد مذکور، در ماده ۲۳ مرجع اجرائی‌نده رای، ملزم به صدور قرار منوع الخروجی محاکوم علیه به درخواست محاکومله شده است. اقدامات تأمینی ذکر شده در مواد ۱۰ و ۱۹ و ۲۳ این قانون، در قانون نحوه اجرای محاکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷ وجود نداشت. در حقیقت قانون مصوب ۱۳۹۴ هم‌زمان با حذف مقرره جواز حبس محاکوم علیه مدعی اعسار، اقدام به وضع راهکارهای دیگری برای جلوگیری از سواستفاده مدیونین نموده است. که این اقدامات از نوآوری‌های این قانون محسوب می‌گردد. این اقدامات همچنین می‌تواند پشتوانه قضایی مناسبی را برای طلبکاران به وجود آورد. در عین حال باید توجه داشت که قید «فوریت» در اجرای موارد فوق ضروری است. به این معنا که علاوه بر وجود این اقدامات در مرحله تقدیم، در مرحله اجرا نیز انجام فوری این اقدامات، بر کارایی بیشتر قانون اختیارات‌تصویب می‌افزاید. در کتاب این اقدامات تأمینی، قانون‌گذار به عنوان راهکار دوم در جهت حفظ حقوق طلبکاران، اقدام به وضع «ضمانت اجراهای کیفری» نموده است. مطابق ماده ۱۶ محاکوم علیه که به منظور فرار از اجرای حکم از اعلام کامل اموال خود خودداری کند و یا پس از صدور حکم اعسار مشخص شود که برخلاف واقع خود را معسر قلمداد کرده است، محاکوم به حبس تعزیری درجه ۷ می‌گردد. در ماده ۱۷ نیز برای فردی که با هدف فرار از پرداخت دین مرتکب تقصیر شده تا موجب اعسار وی گردد، محرومیت‌هایی در نظر گرفته شده است. ماده ۱۸ نیز مدیونی را که پس از صدور حکم اعسار از وی رفع عسرت شده یا مدیونی که برخلاف واقع خود را معسر قلمداد کرده، در صورت تقاضای محاکوم له، مستحق حبس دانسته است. در این ماده مشخص نشده که منظور از مدیونی که برخلاف واقع خود را معسر قلمداد کند،

۱. این در حالی است که محاکوم علیه مطابق ماده ۸ این قانون باید فهرست نقل و انتقالات و هر نوع تعییر دیگر در اموال خود را از زمان یک سال قبل از دعوای اعسار به دادگاه تقدیم نماید. در حالی که تبصره ۱ ماده ۱۹ ملاک را ۱ سال قبل از زمان قطعیت حکم دانسته است.

۲. ماده ۱۷. دادگاه رسیدگی کننده به اعسار ضمن صدور حکم اعسار، شخصی را که با هدف فرار از پرداخت دین مرتکب تقصیر شده است تا موجب اعسار وی گردد با توجه به میزان بدھی، نوع تقصیر، تعدد و تکرار آن به مدت شش ماه تا دو سال به یک یا چند مورد از محرومیت‌های زیر محاکوم می‌کند:

۱. منوعیت خروج از کشور

۲. منوعیت تأسیس شرکت تجاری

۳. منوعیت عضویت در هیأت مدیره شرکت‌های تجاری

۴. منوعیت تصدی مدیر عاملی در شرکت‌های تجاری

۵. منوعیت دریافت اعتبار و هرگونه تسهیلات به هر عنوان از بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری عمومی و دولتی به جز وام‌های ضروری  
۶. منوعیت دریافت دسته‌چک



چیست؟ منظور فردی است که ادعای اعسار می‌نماید، لیکن ادعای وی رد می‌شود؟ یا ماده صرفاً مشمول مدیونی می‌شود که حکم اعسارش به اثبات رسیده، اما بعداً مشخص می‌شود که ادعای وی خلاف واقع بوده است؟ با توجه به ماده ۳ به نظر می‌رسد که منظور از این ماده محکوم‌علیه‌ی است که ادعای اعسارش رد شده. چرا که ماده ۱۶ تکلیف افرادی که پس از صدور حکم اعسار، ملاحت‌شان احراز می‌شود را مشخص کرده است و حبس مندرج در این دو ماده ۲ دسته مدیون مختلف را در بر می‌گیرد. در واقع حبس مندرج در ماده ۱۶ نوعی ضمانت اجرای کیفری برای اظهار خلاف واقع مدیون است. در حالی که حبس مذکور در ماده ۱۸ ضمانت اجرای حقوقی است برای مدیون متمکنی که حاضر به ادائی دین خود نشده است (ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴).

ماده ۲۱ این قانون نیز مجازات مدیونی که به انگیزه فرار از ادائی دین اقدام به انتقال مال خود کرده است را حبس تعزیری یا جزای نقدی درجه شش یا جزای نقدی معادل نصف محکوم‌به یا هر دو مجازات دانسته و منتقل‌الیه عالم را نیز در حکم شریک جرم قلمداد کرده است. در قانون مصوب ۱۳۷۷ مجازات معامله به قصد فرار از دین حبس از ۴ ماه تا دو سال بود. در قانون مصوب ۱۳۹۴ این مجازات تشدید شده و حداقل حبس برای جرم مجبور بیش از ۶ ماه تا ۲ سال است. همچنین مجازات جزای نقدی نیز به حبس افزوده شده و دادگاه مخیر است که در مواردی هردو مجازات حبس و جزای نقدی را برای معامله‌کننده به قصد فرار از دین در نظر بگیرد.

## ۶. ارائه پیشنهاد

قانون جدیدالتصویب نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، راه نوینی را در جهت همسویی با قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، سیاست‌های کلی نظام در جهت کاهش مجازات زندان و همچنین تعهدات بین‌المللی کشور پیموده است. به این نحو که در مورد محکومیت‌های مالی به حبس‌زدایی جدی پرداخته و از سوی دیگر نیز راهکارهایی برای جبران مجازات حبس ابداع کرده است.

با این حال، در جامعه کنونی ما، عدم وجود نهادهایی مانند مؤسسات اعتبارستانجی<sup>۱</sup> به چشم می‌خورد. وجود این مؤسسات می‌تواند همسو با سیاست‌های کلی نظام، همچون مقررات بانکی در خصوص صدور چک و امکان اعتبارستانجی آن از سوی دارنده یا گیرنده در راستای قوانین کشور گام بردارد.<sup>۲</sup>

همچنین در زمینه راهکارها و اقدامات تأمینی که در جهت کنترل اموال و حساب‌های فرد محکوم‌علیه به وجود آمده، لازم است با حذف بروکراسی اداری که نتیجه‌های به جز اتلاف زمان و هزینه و نیروی انسانی ندارد، از ظرفیت الکترونیکی موجود در ادارات و مؤسسات ذی‌ربط تا حد امکان بهره جست تا با تسريع اقدامات تأمینی، کارآمدی و ثمربخشی این قانون دوچندان شود. در حال حاضر رویه دادگاهها برای کنترل حساب افراد به این نحو است که مرجع مجری رأی به شورای هماهنگی بانک‌ها دستور می‌دهد که کلیه حساب‌های محکوم‌علیه بررسی شود. این شورا به سرپرستی شبکه بانک‌ها دستور کنترل حساب فرد را می‌دهد. سپس سرپرستی شبکه هر بانک به سایر شبکه خود

۱. اعتبارستانجی روشی است مبتنی بر علم آمار، که به وسیله آن تاریخچه حساب افراد بررسی می‌شود و در نتیجه میزان ریسک موجود در اعطای اعتبار یا وام به افراد براورد می‌گردد.

۲. رک: زندی نیا، پرویز، اعتبارستانجی در آمریکا و اروپا، تازه‌های اقتصاد، بهار ۱۳۸۶، شماره ۱۱۵، صص ۱۳-۳.

دستور بررسی حساب‌های فرد را می‌نماید. پس از این بررسی، کل پروسه مذکور برگشت می‌شود. که این روند حداقل ۲ الی ۳ ماه به طول می‌انجامد. درصورتی که این زمان برای فرار محاکوم‌علیه از ادای دین خود، مهلت زیادی محسوب می‌شود. درحالی که با توجه به الکترونیک شدن سیستم‌های بانکی، می‌توان امکان دسترسی مسؤولین دست‌اندرکار در شورای هماهنگی بانک‌ها و یا سرپرستی شعب هر بانک را به اطلاعات تمام حساب‌های فرد محاکوم‌علیه فراهم نمود و زمان این روند را تا حد ممکن کاهش داد.

همچنین گفته شد قانون‌گذار در مواردی ضمانت اجراهای کیفری برای ادعای اعسار برخلاف واقع و یا معامله به قصد پرداخت دین و غیره در نظر گرفته است. ضمانت اجرای دیگری که می‌تواند تا حدود بیش‌تری ادعاهای افراد را منطبق بر واقع کند، در نظر گرفتن ضمانت اجرای کیفری برای شاهدی است که به دروغ و یا بدون آگاهی واقعی از وضعیت معيشی مديون، در دادگاه حاضر شده و بدون علم واقعی شهادت بر اعسار محاکوم‌علیه می‌دهد. در موارد ادای شهادت دروغ، قانون مجازات‌اسلامی در بخش تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ در ماده ۶۵+ ضمانت اجرای کیفری در نظر گرفته و مجازات کسی که در دادگاه نزد مقامات رسمی شهادت دروغ بدهد را سه ماه و یک روز تا دو سال جبس و یا یک میلیون و پانصد هزار تا دوازده میلیون ریال جزای نقدی در نظر گرفته است.

پیشنهاد مورد نظر به این نحو است که در صورتی که مديون ادعای اعسار کند و برای ادعای خود بینه بیاورد، در صورتی که متعاقباً محرز گردد که وی معاشر نبوده است، علاوه بر مجازات مديون مطابق ماده ۱۶ قانون نحوه اجرای محاکومیت‌های مالی، شاهد نیز به مجازات مندرج در ماده ۶۵+ کتاب تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ محاکوم گردد. به این نحو که برای قاضی تکلیف ایجاد شود که در صورت اثبات عدم اعسار مديون، قاضی نسبت به شهودی که برخلاف واقع (یا در بهترین حالت بدون آگاهی واقعی)، بر اعسار محاکوم‌علیه شهادت داده‌اند، اعلام جرم نماید.

## نتیجه‌گیری

قانون نحوه اجرای محاکومیت‌های مالی، در راستای قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و سیاست‌های کلی نظام و همچنین موازین فقهی تبیین شده است. این قانون همسو با تعهدات بین‌المللی کشور ایران در میثاق حقوق سیاسی و مدنی است. و از این رو قانونی پیشرفت‌های محسوب می‌شود. حذف ماده ۲ قانون سابق در جهت امکان جبس محاکوم‌علیه پیش از اعسار وی، بدون جایگزین نمانده و قانون جدید در نبود امکان جبس مديون مدعی اعسار، اقدامات تأمینی و ضمانت اجراهای کیفری را جایگزین آن نموده است. قانون نحوه اجرای محاکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴، نسبت به قوانین سابق در این‌باره، نوآوری‌هایی داشته است. از قبیل؛ الزام قانونی محاکوم‌علیه مدعی اعسار به تحويل صورت کامل اموال و دارایی مطابق با ماده ۳ و ۸ این قانون. تقسیم شدن بار اثبات اعسار بر عهده طرفین دعوا در موارد مختلف و عدول قانون‌گذار از مطلق گرایی در اثبات اعسار (ماده ۷)، تکلیف مرجع اجرای حکم برای دستور به بانک مرکزی جهت معرفی حساب‌های محاکوم‌علیه (ماده ۱۹)، تکلیف دادگاه مجری رأی به ادارات ثبت و شهرداری و سایر مراجع ذی‌ربط جهت اعلام پلاک ثبتی ملکی که احتمال تعلق آن به محاکوم‌علیه وجود دارد (ماده ۱۹)، تکلیف مراجع مذکور در مورد استعلام نقل و انتقالات در اموال

## منابع

۱. ابن بابویه، محمد بن علی بن حسین (شیخ صدوق)، من لا يحضره الفقيه، تحقيق موسوی خراسانی، بیروت، دار صعب، ۱۴۰۱ ق.
۲. امینی، علیرضا و سید محمد رضا آیتی، تحریر الروضه فی شرح اللمعه، جلد اول، سمت، چاپ شانزدهم، ۱۳۹۰.
۳. حلبی، ابوصلاح، الکافی فی الفقه، تحقیق رضا استادی، اصفهان، مکتبه امیرالمؤمنین، ۱۴۰۳ ق.
۴. حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن محقق، شرایع الاسلام، ج ۲، تهران، انتشارات استقلال.
۵. خوانساری، سیداحمد، جامع المدارک، ج ۶ قم مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۶۴.
۶. زمانی، سید قاسم، «موازنین بین المللی حقوق بشر و بازداشت محکومین مالی در ایران»، مجله حقوقی حقوق بین المللی، پاییز و زمستان ۱۳۸۵، شماره ۳۵، صص ۸۷۱-۸۷۸.
۷. زندی نیا، پرویز، اعتبارسنجی در آمریکا و اروپا، تازه‌های اقتصاد، بهار ۱۳۸۴، شماره ۱۱۵.
۸. عاملی، محمد بن حسن حر، وسائل الشیعه، جلد سیزدهم، بیروت، دار احیا التراث العربی، چاپ پنجم، ۱۴۰۳ ق.
۹. فاضل لنگرانی، محمد، تفصیل الشریعه فی شرح تحریرالوسیله، کتاب انقضا و الشهادات، قم، مرکز فقه الائمه الاطهار، چاپ اول، ۱۳۷۶.
۱۰. فخر، حسین، «حبس گرایی در قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی»، فصلنامه علامه، فلسفه و کلام، پاییز ۱۳۸۴، شماره ۷، صص ۱۶۷-۱۹۰.
۱۱. لطفی، اسدالله، ترجمه مباحث حقوقی شرح لمعه، مجد، چاپ یازدهم، ۱۳۹۳.
۱۲. محقق اردبیلی، احمدبن محمد، مجمع الفائد و البرهان، تحقیق مجتبی عراقی، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۱۳. مروارید، علی اصغر، سلسله الینابیع الفقهیه، بیروت، دارالاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۱۴. موسوی خمینی (امام)، روح الله، تحریرالوسیله، جلد ۲، قم، مؤسسه نشرالاسلامی، چاپ هشتم.
۱۵. نجفی اصفهانی، محمدحسن (صاحب جواهر)، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۵، تهران، دارالمکتبه الاسلامیه، الطبعه اсадسه، ۱۳۹۴ ق.
۱۶. یثربی، سید محمدعلی، «قاعده اعسارات مستند عمومی رخصت‌های قانون گذار و قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷»، پژوهش‌های فقهی، شماره ۳، زمستان ۱۳۸۴، صص ۸۱-۱۰۶.

# مطالعه قضیقی حقوق متهم

## در قانون آینین دادرسی کیفر مرجدید و قدیم

ملیحه عابدی

### چکیده

قانون آینین دادرسی کیفری در ۵۷۰ ماده و ۲۳۰ تبصره در تاریخ ۱۳۹۲/۱۲/۴ توسط مجلس شورای اسلامی تصویب شد و در تاریخ ۱۳۹۲/۱۲/۲۶ به تأیید شورای نگهبان رسید و سرانجام در تیرماه ۱۳۹۴ اجرا شد.

از آنجا که حلود یکصد ماده از این قانون به حقوق متهم اشاره کرده است، در این مقاله به بررسی این حقوق و مقایسه آن با قانون آینین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ می پردازیم، بدین منظور، حقوق متهم را در سه بخش تحقیقات مقدماتی، رسیدگی در دادگاهها و اجرای احکام کیفری بررسی می کنیم و به حقوق متهمان اطفال و نوجوان نیز به صورت خاص اشاره خواهیم کرد.

### بخش اول: حقوق متهم در تحقیقات مقدماتی

☒ رعایت حقوق متهم؛ اولین ماده که از نوآوری های این قانون است، برخلاف ماده یک قانون قدیم، به صراحت، رعایت حقوق متهم را مورد توجه قرار داده است. یکی از اهداف اساسی آینین دادرسی کیفری، حفظ حقوق و آزادی های اساسی افراد است. به عبارت دیگر، نباید به نام تأمین امنیت، حقوق دفاعی متهم نادیده گرفته شود.

☒ اصل برائت؛ طبق ماده ۴، این اصل، مسؤولیت ارائه دلیل مجرمیت را بر عهده دادستان گذاشته است. چرا که اصل بر بیگناهی متهم است و این مقتضای قاعده «البینة على المدعى» است.

☒ اصل ترافعی بودن؛ ماده ۵ به اصل ترافعی بودن رسیدگی های کیفری اشاره دارد. طبق این ماده متهم باید در اسرع وقت، از موضوع و ادله اتهام انتسابی آگاه شود. علاوه بر این مطابق ماده ۶ متهم باید از حقوق خود در فرایند دادرسی آگاه و بهره مند گردد.

☒ رعایت حقوق شهروندی؛ ابداع دیگر قانون جدید، اشاره به حفظ و رعایت حقوق شهروندی در تمام مراحل رسیدگی کیفری طبق ماده ۷ این قانون است و ضمانت اجرای نقض این حقوق در ماده ۵۷۰ قانون تعزیرات ۱۳۷۵ بیان گشته است.

- توبه متهم؛ توبه پیش‌بینی شده در این قانون، از جمله موارد موقوفی تعقیب بوده که برابر ماده ۱۳ قانون جدید نسبت به سایر موارد متدرج در قانون سابق اضافه شده است.
- بازجویی از زنان و افراد نابالغ متهم؛ این مورد یکی از مشکلات سیستم قضایی ایران بود که با نوآوری قانون جدید، این امر باید توسط ضابطان آموزش دیده زن با رعایت موازنی شرعی انجام شود. اگرچه تخلف از این ماده ضمانت اجرایی حکومیت از خدمات دولتی را دارد، اما طبق ماده ۴۲ این قانون، ضمانت اجرا زمانی باید قابل اجرا داشت که امکان وجود ضابطان آموزش دیده زن موجود باشد.
- بازداشت متهم؛ ماده ۴۴ اختیار ضابطان دادگستری در جرایم مشهود را در خصوص جلب و بازداشت اشخاص برخلاف قانون سابق محدود کرده است. طبق این ماده ضابطان فقط در صورتی می‌توانند متهم را بازداشتند که قرائن و امارات قوی در ارتکاب جرم مشهود توسط وی وجود داشته باشد. علاوه بر این ماده ۳۰ به تحصیل کارت ویژه ضابطان دادگستری اشاره دارد. احراز عنوان ضابط دادگستری، علاوه بر وثائق و مورد، اعتماد بودن منوط به فرآگیری مهارت‌های لازم با گذراندن دوره‌های آموزشی زیر نظر مرجع قضایی مربوط و تحصیل کارت ویژه ضابطان دادگستری است. تحقیقات و اقدامات صورت گرفته از سوی اشخاص فاقد این کارت، ممنوع و از نظر قانونی بدون اعتبار است.
- ابلاغ و تنهیم اتهام؛ از وظایف ضابطان طبق ماده ۴۶ قانون، ابلاغ و تنهیم کتبی و فوری موضوع اتهام و ادله آن است. برخلاف ماده ۲۴ قانون سابق، اصل بر این است که ضابطان نمی‌توانند متهم را تحت نظر قرار دهند، مگر در جرایم مشهود که قرائن و امارات قوی مبنی بر ارتکاب جرم وجود داشته باشد و نگهداری متهم برای تکمیل تحقیقات ضروری باشد.
- رسیدگی در اسرع وقت؛ از دیگر نوآوری‌های قانون جدید در راستای وظایف ضابطان، ماده ۴۷ قانون است، که طبق آن هرگاه فردی خارج از وقت اداری تحت هر یک از عناوین مجرمانه تحت نظر قرار گیرد، باید حداقل‌ظرف یک ساعت مراتب به دادستان یا قاضی کشیک اعلام شود. این پیش‌بینی روند رسیدگی به موضوع را سریع‌تر کرده و از اطلاع دادرسی جلوگیری می‌کند.
- حق داشتن وکیل؛ از مهم‌ترین مواد قانونی جدید در تحقیقات مقدماتی ماده ۴۸ این قانون است. مقررهایی که در قانون سابق صراحتاً مشخص نشده بود. متهم می‌تواند با شروع تحت نظر قرار گرفتن تقاضای حضور وکیل نماید. همچنین متهم می‌تواند تا یک ساعت با وکیل خود ملاقات نماید. وکیل نیز می‌تواند ملاحظات کتبی خود را برای در پرونده ارائه دهد. اگرچه طبق تبصره این ماده در بعضی جرایم تا یک هفته از شروع تحقیقات، متهم حق داشتن وکیل نخواهد داشت.
- حق اطلاع خانواده متهم از وضعیت وی؛ طبق ماده ۴۹، به محض اینکه متهم تحت نظر قرار گرفت، حداقل‌ظرف یک ساعت، مشخصات، نشانی و علت تحت نظر قرار گرفتن توسط دادستان شهرستان در دفتر مخصوص و رایانه، ثبت و فهرست کامل آنان اعلام می‌گردد تا والدین، همسر، فرزندان و خواهر و برادر این اشخاص از طریق دادسرای از آنان اطلاع یابند. و از طرفی پاسخگویی به این اشخاص تا حدی که با حیثیت اجتماعی و خانوادگی فرد تحت نظر منافات نداشته باشد، ضروری است. همچنین شخص تحت نظر می‌تواند به وسیله تلفن یا هر وسیله ممکن، افراد خانواده یا آشنایان خود را از تحت نظر بودن آگاه کند. طبق ماده ۵۰ مساعدت لازم در این خصوص تکلیف ضابطان است. این ماده تأکید دیگری بر حفظ حقوق شهرنondی مطابق ماده ۷ این قانون است.
- حق معاینه پزشکی؛ این حق برای اولین بار در ماده ۵۱ مورد تأیید مقنن قرار گرفته و بنابراین ماده بنا به درخواست متهم یا یکی از نزدیکان وی، یکی از پزشکان به تعیین دادستان، از متهم معاینه به عمل می‌-

آورد. ضابطان دادگستری طبق ماده ۵۲ مکلفند این حقوق را به متهم تفهیم و بهصورت کتبی در اختیار وی قرار داده و رسید دریافت کنند. ضمانت اجرای عدم انجام این تکلیف به موجب ماده ۶۳ همین قانون، سه ماه تا یکسال انفال از خدمات دولتی است.

حق آزادی متهم در پاسخگویی؛ ممنوعیت اجبار و اکراه متهم در اصل ۳۸ قانون اساسی و ماده ۱۲۹ قانون آین دادرسی کیفری قدیم و همچنین ماده ۶۰ قانون جدید مورد تأکید مقنن است. بهطوری که اظهارات متهم در پاسخ به چنین سوالاتی معتر نیست.

توقف تعقیب در برخی جرایم؛ در جرایم تعزیری درجه ۷ و ۸، چنان‌چه شاکی وجود نداشته یا گذشت کرده باشد، در صورت فقدان سابقه محکومیت کیفری مؤثر با توجه به وضعیت اجتماعی و سوابق متهم و اوضاع و احوال موقع وقوع جرم، طبق ماده ۸۰، متهم می‌تواند فقط یک بار از این شانس استفاده کند که تعقیب متوقف و پرونده باقیانی گردد.

از سویی دیگر طبق ماده ۸۱ در جرایم تعزیری ۶ و ۷ و ۸ که مجازات آن‌ها قابل تعقیب است، با شرایط پیش‌بینی شده در این ماده رضایت متهم در تعقیب، شرط اساسی است.

مهلت دادن به متهم جهت تحصیل رضایت شاکی؛ از دیگر ناآوری‌های این قانون، ماده ۸۲، راجع به مهلت دادن به متهم در جرایم تعزیری ۶ و ۷ و ۸ که قابل تعقیبند، به منظور تحصیل گذشت شاکی یا جبران خسارت است. همچنین ابزار میانجیگری توسط شورای حل اختلاف یا شخص یا مؤسسه‌ای دیگر در مدت سه ماه پیش‌بینی شده تا در صورت توافق، متهم بتواند از تعقیب استفاده کند.

حق درخواست مهلت برای تعیین وکیل و تدارک دفاع؛ در مواردی که بدون کیفرخواست و به‌طور شفاهی با تکمیل تحقیقات، رسیدگی در دادگاه آغاز می‌گردد، طبق ماده ۶۸ از تکالیف دادگاه است که حق درخواست مهلت برای تعیین وکیل و تدارک دفاع را به متهم تفهیم کند. تفهیم و پاسخ متهم باید در صورت مجلس دادگاه قید شود.

ممنوعیت انتشار تصویر؛ انتشار تصویر و سایر مشخصات مربوط به هویت متهم در کلیه مراحل تحقیقات مقدماتی توسط رسانه‌ها و مراجع انتظامی و قضایی طبق ماده ۶۶، ممنوع است، مگر در موارد بند «الف» و ب«این ماده در مورد جرایم عمدى ماده ۳۰۲ و مرتكبان چند فقره جرم، آن هم تحت شرایطی.

حمایت از خانواده متهم؛ برای نخستین بار در نظام آین دادرسی کیفری، ماده ۹۷ به حمایت از خانواده متهم پرداخته است. در این خصوص، بازرس اقدامات احتیاطی را در صورت ضرورت به ضابطان دادگستری دستور می‌دهد.

حق درخواست تحقیق محلی؛ همان‌طور که در قانون سابق پیش‌بینی شده بود، طبق ماده ۱۲۳ قانون جدید نیز متهم، حق درخواست تحقیق محلی یا معاینه محل را دارد.

تشrifات خاص تدقیش؛ به دلیل عالی رتبه بودن برخی مقامات و جایگاه آن‌ها در جامعه، ماده ۱۳۸، در صورت ایراد اتهام به آنان، تشریفات خاصی را برای تدقیش و بازرسی منزل و محل کار آن‌ها پیش‌بینی کرده است. بدین ترتیب مجوز تدقیش باید به تأیید رئیس کل دادگستری استان برسد و این امر با حضور مقام قضایی اجرا گردد.

حفظ حریم خصوصی متهم؛ همان‌گونه که در ماده ۱۰۳ قانون سابق آمده بود، در ماده ۱۴۶ نیز قانون گذار به لزوم حفظ حریم خصوصی متهم اشاره کرده و بیان داشته از اوراق، نوشته‌ها و سایر اشیای متعلق به متهم فقط آن‌چه راجع به جرم است تحصیل می‌شود.

همچنین طبق ماده ۱۴۷، در توقیف اموال و اشیا تنها وسایلی توقیف می‌شوند که مرتبط با کشف جرم یا اقرار متهم باشد. علاوه بر این، حق اعتراض به تصمیم بازپرس یا دادگاه در مورد اشیاء موضوع جرم برای متضرر وجود دارد، هرچند قرار بازپرس یا دادگاه نسبت به امر کیفری قابل اعتراض نباشد. این حق در تبصره ۲ ماده ۱۴۸، مورد تأکید قرار گرفته است.

ممنوعیت کنترل ارتباطات مخابراتی، بانکی و مراحلاتی: ماده ۱۵۰، کنترل ارتباطات مخابراتی برای افراد را ممنوع اعلام می‌کند، مگر در موارد خاص مصرح در ماده آن هم با شرایطی. در تبصره ماده ۱۰۴ قانون سابق نیز این نکته آمده بود. تبصره ۲ ماده ۱۵۰، با ایجاد مقرره جدیدی، کنترل ارتباطات مخابراتی محکومان را جز به تشخیص دادگاه نخستین که رأی زیر نظر آن اجرا می‌شود یا با قضیی اجرای احکام ممنوع اعلام کرده است.

کنترل حساب‌های بانکی افراد نیز فقط در موارد ضروری، آن هم برای کشف جرم یا دستیابی به ادله وقوع جرم به دستور بازپرس و تأیید رئیس کل دادگستری استان صورت می‌گیرد. (ماده ۱۵۱) ممنوعیت و بازرسی مراحلات پستی مربوط به متهم نیز طبق ماده ۱۵۲ در مواردی است که ظن قوی به کشف جرم یا دستیابی به ادله وقوع جرم یا شناسایی متهم وجود داشته باشد. بازپرس آن‌ها را در حضور متهم یا وکیل او برسی و صورت مجلس تهیه کرده و به امضای متهم می‌رساند. مشابه این مقرره در ماده ۱۰۱ قانون سابق وجود داشت.

حق درخواست کارشناسی: برخلاف قانون قدیم، در مورد انجام کارشناسی ماده ۱۵۵ قانون جدید به صراحة حق تقاضای ارجاع امر به کارشناسی را برای متهم شناخته و مقام تشخیص این امر را بازپرس دانسته است. طبق ماده ۱۶۷ نیز هرگاه یکی از طرفین دعوا از تخلف کارشناس متضرر گردد، می‌تواند مطابق قوانین مربوط از کارشناس مطالبه جبران خسارت کند.

ممنوعیت احضار و جلب بدون دلایل کافی: ماده ۱۶۸ به احضار یا جلب متهم با وجود دلیل کافی اشاره می‌کند و تبصره آن برخلاف ماده ۱۲۴ قانون سابق صراحتاً برای تخلف از مقررات این ماده محکومیت انتظامی تا درجه ۴ در نظر می‌گیرد. مبنای این ماده اصل برائت است و بازپرس نباید بدون دلیل کافی به صرف شکایت شاکی کسی را احضار یا جلب کند.

احضار متهم همان‌گونه که در ماده ۱۶۹ و ۱۲ قانون آمده، به وسیله احضارنامه و در دو نسخه تنظیم می‌شود و به متهم ابلاغ می‌گردد. در برگ احضاریه مطابق ماده ۱۷۰، مشخصات احضارشونده، تاریخ، ساعت، محل حضور، علت احضار و نتیجه عدم حضور قید می‌شود. فاصله میان ابلاغ تا حضور نزد بازپرس در قانون سابق حداقل ۳ روز و در قانون فعلی حداقل ۵ روز مطابق ماده ۱۷۱ در نظر گرفته شده است. ابلاغ احضاریه توسط مأموران بدون استفاده از لباس رسمی و با رئه کارت شناسایی صورت می‌گیرد. حکم خاص این مورد در ماده ۱۷۲ بیان شده که طبق قانون قدیم مطابق ماده ۱۱۴ آیین دادرسی مدنی انجام می‌شد. در مورد احضار شده بی‌سواد، مأمور مکلف به تفهیم احضاریه به وی است. در ماده ۱۱۴ قانون سابق در این خصوص احضاریه در حضور دو نفر شاهد ابلاغ می‌شد. متهم در موعد مقرر باید حضور یابد و گرنه عذر موجه خود را اعلام کند. چنین مقرره‌ای در ماده ۱۱۶ قانون قدیم وجود داشت، اما ناآوری جدید ماده ۱۷۸، عذر موجه بند «ب و ج»، یعنی اضافه شدن بیماری سخت والدین، همسر یا اولاد او و همچنین سایر موارد به تشخیص بازپرس است. تبصره این ماده نیز بیان می‌دارد: متهم می‌تواند برای یک بار بازپرس را از علت عدم حضور خود، آگاه، و موافقت وی را اخذ نماید.



در صورت جلب متهم، طبق ماده ۱۸۱ این امر باید توسط برگ جلب صورت گیرد. این برگه باید حاوی مشخصات متهم و علت جلب او باشد و به امضای بازپرس برسد و به متهم ابلاغ شود. مشابه این ماده، ماده ۱۱۹ قانون قدیم بود. جلب متهم بجز در موارد ضروری در روز به عمل می‌آید و جهت ضرورت باید در پرونده درج شود. طبق ماده ۱۸۴، به منظور جلوگیری از مزاحمت‌های بی‌دلیل برای متهم، جلب سیار در صورتی مجاز است که مدت معین تعیین شده باشد و متواری بودن متهم به نظر بازپرس محرز باشد. ماده ۱۸۵ نسبت به تصریه ماده ۱۲۳ سابق، ضابطان دادگستری را مکلف می‌دانند، متهم جلب شده را بلافصله نزد بازپرس آورده و در صورت تأخیر از تحويل فوری باید علت آن و مدت زمان نگهداری را در پرونده درج کنند. و در هر صورت این مدت تا تحويل به بازپرس نباید بیش از ۲۴ ساعت باشد.

☒ از نوآوری‌های دیگر قانون جدید ماده ۱۸۶ راجع به رسیدگی قضی کشیک در اوقات تعطیل و تصمیم-گیری راجع به متهم جلب شده است. در صورت کهولت یا بیماری متهم جلب شده نیز، اگر امر کیفری اهمیت و فوریت داشته باشد، بازپرس نزد او می‌رود. این مورد در ماده ۱۸۷ قانون جدید و ۱۲۵ قانون سابق ذکر شده است.

☒ تکلیف بازپرس به تفهیم حقوق متهم؛ متهم می‌تواند در تحقیقات مقدماتی یک نفر وکیل دادگستری همراه خود داشته باشد. اگرچه ماده ۱۲۸ قانون سابق نیز چنین امری را پیش‌بینی کرده بود، اما نوآوری ماده ۱۹۰ جدید، در ابلاغ و تفهیم این حق توسط بازپرس پیش از شروع تحقیق است. علاوه بر این اگر متهم احضار شود، این حق باید در برگه احضاریه قید گردد. وکیل متهم اظهارات خود را بیان می‌کند که در صورت مجلس نوشتہ می‌شود. سلب این حق موجب بی اعتباری تحقیقات می‌شود. همچنین در جرمی که مجازات آن‌ها سلب حیات یا حبس ابد است، در صورت عدم معرفی وکیل، بازپرس مکلف به انتخاب وکیل تسریخیر برای متهم است.

☒ تفهیم اتهام پیش از شروع به تحقیق از وظایف بازپرس طبق ماده ۱۹۵ است. همچنین وی باید به متهم اعلام کند، مواطبه اظهارات خود باشد و در صورت اقرار یا همکاری مؤثر، مجازات او تخفیف می‌یابد.

☒ حق تذکر وکیل متهم به بازپرس: در صورتی که پرسش‌های بازپرس تلقینی یا خلاف قانون باشد، وکیل متهم می‌تواند به او تذکر دهد.

☒ حق سکوت متهم؛ متهم طبق ماده ۱۹۷ می‌تواند سکوت کند و اجباری به پاسخگویی به سوالات ندارد. در قانون سابق مقام قضایی تکلیفی به اعلام حق سکوت نداشت، اما طبق این قانون، سکوت، یکی از حقوق دفاعی متهم شناخته شده است.

☒ فرائت سوال‌ها و جواب‌ها: طبق ماده ۱۹۹، پس از پرسش و پاسخ، باید پاسخ سوالات برای متهم قرائت شود و به امضای وی برسد. متهم باسواند خودش پاسخ‌ها را می‌نویسد. این ماده در قانون سابق نیز وجود داشت. (ماده ۱۳۱)

☒ حق استفاده از مترجم؛ متهمی که قادر به سخن گفتن به زبان فارسی نیست، حق استفاده از مترجم مورد وثوق دارد. همچنین در صورتی که وی ناشنوا باشد، حق دارد فرد مورد وثوقی را که توانایی بیان مقصود وی را از طریق اشاره یا وسائل فنی دیگر دارد، داشته باشد. این حقوق در مواد ۲۰۰، ۲۰۱ و ۲۰۲ قانون جدید و ۲۰۳ قانون سابق آورده شده است.

☒ حق متهم مجنون: فرد مجنون نیز در صورت احراز جنون به مراکز مخصوص نگهداری و درمانی سازمان بهزیستی و وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی منتقل می‌شود. ماده ۹۵ قانون سابق به این مورد اشاره داشت.

- تشکیل پرونده شخصیت متهم؛ این امر تا قبل از این قانون فقط راجع به اطفال پیش‌بینی شده بود. اما طبق ماده ۲۰۳، واحد مددکاری اجتماعی جدای از پرونده عمل مجرمانه، برای متهمینی که مجازات قانونی آن‌ها سلب حیات، قطع عضو، جبس ابد و یا تعزیر درجه چهار و بالاتر است و همچنین در جنایات عمدى علیه تمامیت جسمانی که میزان دیه آن‌ها ثلث دیه کامل مجنب<sup>۱</sup> علیه یا پیش از آن است، پرونده شخصیت تشکیل می‌دهد. در این پرونده گزارش مددکاری اجتماعی در خصوص وضع مادی، خانوادگی و اجتماعی متهم، همچنین گزارش پزشکی و روان‌پزشکی موجود است.
- حق احصار مطلع: همان‌گونه که در ماده ۱۴۸ قانون سابق نیز مقرر شده بود، متهم می‌تواند حضور شخصی را که تحقیق از وی موجب روشن شدن موضوع می‌شود، از بازپرس بخواهد (ماده ۲۰۴).
- حق معرفی وثیقه به جای کفیل: موضوع ماده ۲۲۰ که در قانون سابق پیش‌بینی شده بود. طبق این ماده در صورتی که متهم بخواهد به جای معرفی کفیل، وثیقه بسپارد، بازپرس مکلف به قبول آن و تبدیل قرار است.
- اطلاع و اعتراض نسبت به قرار تأمین: همان‌طور که در ماده ۱۴۷ قانون پیشین نیز وجود داشت، قرار تأمین طبق ماده ۲۲۵ باید فوری به متهم ابلاغ و تصویر آن به وی تحويل شود. در صورتی که قرار تأمین متهمی به بازداشت گردد، مفاد قرار باید در برگه اعزام به بازداشتگاه درج گردد. متهم می‌تواند نسبت به قرار کفالت یا وثیقه تا ۱۰ روز از تاریخ ابلاغ اعتراض کند. این نوآوری قانون جدید همچنین مرجع صادرکننده و رئیس یا معاف زندان را مکلف می‌کند تا تمهدات لازم را به منظور دسترسی متهم به افرادی که وی برای یافتن کفیل یا وثیقه‌گذار معرفی می‌کند، فراهم کنند. و هر چند خارج از وقت اداری با معرفی کفیل یا وثیقه‌گذار آن را از متهم پیذیرند (ماده ۲۲۶).
- طبق ماده ۲۲۹ که مشابه ماده ۱۴۲ قانون سابق است، خواستن متهم از کفیل یا وثیقه‌گذار فقط در صورت ضرورت انجام می‌شود و تخلف از این ماده موجب محکومیت انتظامی تا درجه ۴ است.
- حق اعتراض در قرار بازداشت: ماده ۲۳۹ که تلفیقی از ماده ۳۷ و تبصره ماده ۱۴۷ قانون سابق است، ذکر حق اعتراض را در قرار بازداشت موقت الزامی می‌داند. این قرار باید مستدل و موجه باشد و مستند قانونی و ادله آن در متن قرار ذکر گردد. در مورد صدور قرار مبنی بر عدم خروج از کشور نیز متهم دارای حق اعتراض است که در ماده ۲۴۷ قلمی و ۱۳۳ قدمی به آن اشاره شده است.
- تقاضای فک قرار بازداشت یا تبدیل آن: علاوه بر بازپرس، متهم نیز اگر موجبات رفع بازداشت را مرتفع بداند، طبق ماده ۲۴۱ می‌تواند از بازپرس تقاضا کند. قرار رد به متهم ابلاغ می‌شود و متهم حق اعتراض به آن را طرف ۱۰ روز دارد. متهم در هر ماه می‌تواند یکبار این تقاضا را مطرح کند. این موضوع در بند «ج» ماده ۳ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، اصلاحی ۱۳۸۱ آمده بود.
- کاهش مدت بازداشت موقت: طبق ماده ۲۴۲، مدت زمان قرار بازداشت موقت دو ماه و یک ماه اعلام شده که نسبت به بند «ط» ماده ۳ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، اصلاحی ۱۳۸۱ که مدت آن چهار ماه و دو ماه بود، کاهش یافته است. در موردی که علت موجهی برای ابقاء قرار وجود نداشته باشد، متهم می‌تواند از این تصمیم به دادگاه صالح ظرف ۱۰ روز اعتراض کند. مدت بازداشت در هر حال نایاب از حداقل بازداشت جبس مقرر در قانون برای آن جرم تجاوز کند. نصاب حداقل طبق تبصره این ماده شامل مجموع قرارهای صادره در دادسرا و دادگاه است.
- درخواست تخفیف تأمین: طبق ماده ۲۴۴ تا پیش از صدور کیفرخواست متهم می‌تواند تخفیف تأمین را درخواست کند. این تقاضا فقط برای یکبار است. چنین مقرراتی در بند «ج» ماده ۳ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، اصلاحی ۱۳۸۱ آمده بود.



☒ قرار نظارت قضایی: ماده ۲۴۷ از ابداعات قانون گذار است که سابق بر این در آین دادرسی کیفری وجود نداشت و علاوه بر قرار تأمین ممکن است صادر شود. در جرایم تعزیری ۷ و ۸، در صورت ارائه تضمین لازم برای جبران خسارت توسط متهم، مقام قضایی می‌تواند فقط به قرار نظارت قضایی اکتفا کند. این قرار ظرف ۱۰ روز از ابلاغ، قابل اعتراض در دادگاه تجدیدنظر است. در صورت رعایت دستورهای مندرج در قرار نظارت قضایی متهم می‌تواند مطابق ماده ۲۵۳، تخفیف مجازات خود را از دادگاه بخواهد. این مقره یکی از جهات تخفیف در کنار سایر علل مخففه به نفع متهم است. طبق ماده ۲۵۴، تخلف از اجرای قرار نظارت قضایی نیز موجب تشدید قرار تأمین است. مفاد این ماده باید حین الصدور به متهم تقدیم گردد.

علاوه بر موارد مقرر در قانون، طبق ماده ۲۷۰، قرار بازداشت موقت، ابقاء و تشدید تأمین به تقاضای متهم قابل اعتراض است. مدت این اعتراض برخلاف سایر موارد که ده روز بود، برای اشخاص مقیم ایران، ۱۰ روز و برای افراد مقیم خارج ۱ ماه از تاریخ ابلاغ است.

☒ جبران خسارات ایام بازداشت بی‌گناهان: یکی دیگر از ابداعات مقنن، جبران خسارات ایام بازداشت بی‌گناهان توسط دولت است. این تمهید در صورتی طبق ماده ۲۵۵ انجام می‌گیرد که حکم برائت یا قرار منع تعقیب در مورد آنان صادر شود.

☒ حق بیان آخرین دفاع: پس از پایان تحقیقات و قبل از صدور حکم نهایی، متهم حق بیان آخرین دفاع را دارد. این مقره در قانون جدید طبق ماده ۲۶۲، توسط بازپرس صورت می‌گیرد. در قانون سابق نیز هم در مرحله تحقیقات مقدماتی و هم در مرحله رسیدگی دادگاه چنین تکلیفی وجود داشت.

☒ حق دفاع از عنوان اتهامی جدید: چنان‌چه عنوان اتهامی در کیفرخواست ذکر شود که دادگاه آن را صحیح نداند، مکلف است اتهام جدید را به متهم تقدیم کند تا از اتهام انتسابی مطابق مقررات دفاع کند. این نکته در ماده ۲۸۰ آورده شده است.

☒ تحقیقات مقدماتی اطفال و نوجوانان: سه ماده از آین دادرسی کیفری به تحقیقات مقدماتی اطفال و نوجوانان پرداخته است. ماده ۲۸۵ که از نوآوری‌های مفید این قانون است، به تشکیل دادسرای ویژه نوجوانان در معیت دادگاه اطفال و نوجوانان اشاره می‌کند که در آن تحقیقات مقدماتی جرایم افراد ۱۵-۱۸ سال به جز جرایم موضوع مواد ۳۰۶ و ۳۴۰ به عمل می‌آید.

علاوه بر این موارد، پرونده شخصیت در مورد اطفال و نوجوانان در جرایم تعزیری درجه ۵ و ع توسط دادسرای یا دادگاه الزامی است.

## بخش دوم: حقوق متهم در مرحله رسیدگی در دادگاهها

☒ حضور هیأت منصفه: ماده ۳۰۵ به حضور هیأت منصفه در رسیدگی به جرایم سیاسی و مطبوعاتی اشاره می‌کند. این اصل در ماده ۱۶۸ قانون اساسی نیز آمده است. در این خصوص قانون هیأت منصفه مصوب ۱۳۷۹ لازم‌الاجرا است.

☒ رسیدگی جرایم اطفال در دادگاه اطفال: با توجه به ماده ۳۱۲، جرایم ارتکابی توسط طفل یا نوجوان در دادگاه اطفال و نوجوانان رسیدگی می‌شود، حتی اگر این افراد با افراد بزرگسال مرتکب جرم شده باشند. این مقرره در ماده ۲۲۸ قانون سابق وجود داشت.

طبق ماده ۳۱۵ در صورتی که اطفال و نوجوانان مرتکب یکی از جرایم مشمول صلاحیت دادگاه کیفری یک یا انقلاب شوند، به جرایم آنان در دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان رسیدگی می‌شود و متهم از کلیه امتیازاتی که در دادگاه اطفال و نوجوانان اعمال می‌شود، بهره‌مند می‌گردد.

حضور مشاوران نیز برای رسیدگی به جرایم آنان الزامی است. پیش از این بجز رأی وحدت رویه که آن هم فقط در مورد افراد بالغ زیر ۱۸ سال بود، چیزی پیش‌بینی نشده بود.

☒ ارسال تصویر کیفرخواست برای متهم: برای رسیدگی در دادگاه با تعیین وقت قبلی و ابلاغ به متهم، دادگاه طبق ماده ۲۴۲ مکلف است تصویر کیفرخواست را برای متهم ارسال کند. هرگاه متهم غذر موجه داشته باشد، جلسه رسیدگی به وقت مناسبی موكول می‌شود. علاوه بر این طبق ماده ۲۴۳، فاصله ابلاغ تا روز

احضار، حداقل یک هفته است که در قانون پیشین، این مدت تحت هیچ شرایطی تغییر نمی‌کرد.

☒ حق داشتن وکیل در دادگاه: طبق ماده ۳۴۶ متهم می‌تواند حداکثر دو وکیل و در دادگاه‌های کیفری یک حداکثر سه وکیل انتخاب کند. همچنین متهم می‌تواند در صورت عجز از تعیین وکیل، از دادگاه تقاضای وکیل تسلیم کند. دادگاه در صورت احراز عدم تمكن مقاضی، برای متهم وکیل تعیین می‌کند. مقرره ماده ۳۴۷، در ماده ۱۸۶ قانون قدیم پیش‌بینی شده بود. در جرایم موضوع بندهای «الف تا ت» ماده ۳۰۲ ماده ۳۴۷، در ماده ۱۸۶ قانون پیش‌بینی شده بود. در این موارد تعیین وکیل تسلیم کند. مادره ۱۸۶ قانون سابق، جلسه رسیدگی بدون حضور وکیل تشکیل نمی‌شود. در این موارد تعیین وکیل تسلیم الزامی است. همچنین متهم می‌تواند یکبار، تقاضای تغییر وکیل تسلیم کند. مادره ۱۸۶ قانون سابق به این موضوع پرداخته بود.

☒ حق مطالعه پرونده و تحصیل اطلاعات لازم و تهیه تصویر از آن‌ها: در ماده ۳۵۱ این حق برای متهم در نظر گرفته شده که در قانون قبلی این حق فقط برای شاکی وجود داشت.

☒ علني بودن جلسات رسیدگي: طبق ماده ۳۵۲ اصل بر علني بودن جلسات رسیدگي است، مگر در جرایم قابل گذشت، که متهم حق دارد در این موارد درخواست غيرعلني بودن را داشته باشد. به این موضوع در ماده ۱۸۸ قانون سابق نيز اشاره شده بود.

☒ حضور آزادانه متهم: برخلاف ماده ۱۹۲ سابق که متهم بازداشت شده به همراه مأموران مراقبت در دادگاه حاضر می‌شد، در ماده ۳۵۶ جدید، متهم بازداشت شده آزادانه و تحت مراقبت لازم در جلسه حضور می‌یابد. دیدن صحنه متهم بازداشت شده همراه با غل و زنجیر بر دست و پا نکته‌ای بود که خوشبختانه مورد توجه قانون گذار قرار گرفت.

☒ حق استماع دفاعيات متهم: ماده ۳۵۹ به این حق اشاره دارد و این ناشی از اصل ترافعی بودن دادرسی کیفری است. دفاعيات متهم و وکیل او عیناً توسط منشی در صورت مجلس قید می‌شود. همچنین در صورت انکار یا سکوت متهم یا تردید در صحت اقرار، دادگاه تحقیق از متهم را شروع می‌کند و اظهارات متهم یا وکیل او را استماع می‌نماید.

☒ حق داشتن مترجم در دادگاه: همان‌گونه که در تحقیقات مقدماتی و ماده ۲۰۲ و ۲۰۳ قانون سابق پیش‌بینی شده بود، ماده ۳۶۷ و ۳۶۸، مربوط به حق داشتن مترجم رسمی برای متهمی است که قادر به سخن گفتن به زبان فارسی نیست و نیز مترجم برای ناشنوایان است. قانون سابق به حق رد مترجم نیز اشاره داشت که چنین چیزی در قانون فعلی وجود ندارد.

☒ حق آخرین دفاع: این حق هم در مرحله تحقیقات مقدماتی و هم در مرحله رسیدگی دادگاه، قبل از ختم دادرسی طبق ماده ۳۷۱ برای متهم در نظر گرفته شده است. در قانون سابق نیز ماده ۱۹۳ این مقرره را پیش‌بینی کرده بود.

☒ حق آزادی متهم: طبق ماده ۳۷۶، هرگاه رأی بر برائت، منع یا موقوفی تعقیب و یا تعلیق اجرای مجازات صادر شود و متهم در بازداشت باشد، بلافاصله به دستور دادگاه آزاد می‌شود و نیازی به قطعی شدن رأی نیست.



☒ احتساب ایام بازداشت: ماده ۳۷۷ به احتساب ایام بازداشت قبلی در محاکومیت غیرقطعی به حبس، شلاق تعزیری یا جزاً نقدی اشاره می کند تا مراتب به زندان اعلام شود و متهم بیش از میزان محاکومیت در زندان نماند. ماده ۲۹۵ قانون قیمه نیز این مسئله را مد نظر قرار داده بود.

☒ حق اعتراض و بیان ایرادات: طبق ماده ۴۸۷، پس از ابلاغ مذیر دفتر، متهم یا وکیل او حق دارند ظرف ۱۰ روز، اعتراض های خود را تسلیم کنند. این مهلت به تقاضای متهم یا وکیل وی قابل تمدید برای یک نوبت و به مدت ۱۰ روز دیگر است.

☒ حق واخواهی و اعتراض به حکم؛ در ماده ۴۰۶ جدید و ۲۱۷ قدیم آورده شده است. مهلت واخواهی از ابلاغ واقعی یا از تاریخ اطلاع، ۲۰ روز و برای افراد خارج از کشور ۲ ماه در همان دادگاه صادر کننده رأی خواهد بود. در جرایمی که فقط جنبه حق اللهی دارند، هرگاه محتویات پرونده، مجرمیت متهم را اثبات نکند و تحقیق از متهم ضروری نباشد، دادگاه می تواند بدون حضور متهم رأی برائت او را صادر کند.

☒ حق داشتن وکیل برای اطفال: طبق ماده ۴۱۵، طفل یا نوجوان متهم در برخی جرایم نامبرده حق داشتن وکیل دارد و در صورت عدم تعین وکیل، مرجع قضایی برای متهم وکیل تعین می کند. ماده ۲۲۰ قانون سابق برای کلیه جرایم اطفال، داشتن وکیل را الزامی دانسته بود.

☒ حق رد دادرس؛ ماده ۴۲۴ به رد دادرس، به طور کتبی و در صورت وجود جهات قانونی رد، توسط متهم اشاره می کند. علاوه بر این در صورت صدور قرار رد ایراد، متهم می تواند ظرف ۱۰ روز به دادگاه صالح اعتراض کند. ماده ۴۶ قانون سابق به این موضوع می پرداخت.

☒ حق تجدیدنظر و فرجام خواهی؛ از دیگر حقوق متهم که در ماده ۴۳۳ فعلی و ۲۳۹ قانون قدیم مورد اشاره قرار گرفته است. ماده ۴۳۶، به عدم لزوم تقديم دادخواست و پرداخت هزینه دادرسی مطابق قانون آیین دادرسی مدنی نسبت به ضرر و زیان ناشی از جرم اشاره می کند. طبق ماده ۴۳۸ و همچنین ۲۴۳ قدیم نیز هرگاه تجدیدنظرخواه یا فرجام خواه زندانی باشد، حسب مورد از پرداخت هزینه دادرسی مرحله تجدیدنظر یا فرجام در امری که به موجب آن زندانی است، معاف می گردد. که به نظر می رسد این معافیت دائمی است.

در صورتی که دادخواست یا درخواست تجدیدنظر یا فرجام خارج از مهلت قانونی تقديم شود، دادگاه قرار رد صادر می کند. این قرار در دادگاه تجدیدنظر یا دیوانعالی کشور قابل اعتراض است.

☒ تخفیف مجازات با استرداد دادخواست تجدیدنظر؛ یکی دیگر از موارد تخفیف مجازات در ماده ۴۴۲ آمده است. در تمام محاکومیت های تعزیری در صورتی که دادستان از حکم صادره، درخواست تجدیدنظر نکرده باشد، محاکوم علیه می تواند پیش از پایان مهلت تجدیدنظرخواهی، حق تجدیدنظرخواهی خود را ساقط یا درخواست خود را مسترد کند و تقاضای تخفیف مجازات نماید. در این صورت دادگاه مکلف است به موضوع رسیدگی و تا یک چهارم مجازات تعین شده را کسر کند. ماده ۲۷۷ قانون سابق اگرچه به این موضوع اشاره کرده بود اما میزان تخفیف را مشخص نکرده بود.

☒ حق تجدیدنظرخواهی در همه جرایم اطفال؛ طبق ماده ۴۴۵ آراء دادگاه اطفال و نوجوانان در تمامی موارد قابل تجدیدنظرخواهی است. در رسیدگی دادگاه تجدیدنظر، اگر دادگاه به هر دلیل برائت متهم را احراز کند، رأی تجدیدنظرخواسته را نقض و اگرچه محاکوم علیه درخواست تجدیدنظر نکرده باشد و یا زندانی باشد، به دستور دادگاه طبق ماده ۴۴۵ فوری آزاد می شود.

☒ حق درخواست تأمین متناسب؛ طبق ماده ۴۵۶ جدید متهم حق درخواست تأمین متناسب از دادگاه تجدیدنظر را دارد. در ماده ۲۵۶ قانون پیشین، این امر فقط با نظر دادگاه انجام می گرفت.

عدم تشید مجازات تعزیری یا اقدامات تأمینی و تربیتی: با توجه به ماده ۴۵۸ فعلی و ۲۵۸ سابق، اصل بر این است که دادگاه تجدیدنظر نمی‌تواند مجازات تعزیری یا اقدامات تأمینی و تربیتی مقرر در حکم را تشید کند، مگر در مواردی که مجازات مقرر در حکم نخستین بخلاف جهات قانونی، کمتر از حداقل قانونی باشد و این امر مورد تجدیدنظرخواهی شاکی یا دادستان قرار گرفته باشد. از طرفی اگر دادگاه تجدیدنظر مجازات محاکوم‌علیه را مستحق تخفیف بداند، می‌تواند مستدلاً و در حدود قانون حتی اگر محکوم‌علیه تقاضای تجدیدنظر نکرده باشد، مجازات او را تخفیف دهد.

حق اعاده دادرسی: در ماده ۳۷۶ قانون جدید و ۲۷۳ قانون قبلی مورد توجه قرار گرفته است. طبق ماده ۴۷۵ محاکوم‌علیه یا وکیل یا نماینده قانونی او و در صورت فوت یا غیبت وی، همسر و وراث قانونی و وصی او حق اعاده دادرسی دارند.

اگر مطابق ماده ۴۷۸ اعاده دادرسی پذیرفته شده باشد، اجرای حکم تا صدور حکم مجدد به تعویق می‌افتد. در مجازات‌های سالب آزادی یا مجازات‌های بدنی با وصول تقاضای اعاده دادرسی قبل از اتخاذ تصمیم درباره تقاضا، شعبه دیوانعالی، دستور توقف اجرای حکم را می‌دهد. در جرایم غیرقابل گشتن، پس از قطعیت حکم چنان‌چه شاکی یا مدعی خصوصی از شکایت خود صرف نظر کند، محاکوم‌علیه می‌تواند از دادگاه صادرکننده حکم قطعی درخواست تخفیف در مجازات خود را کند. تخفیف یا تبدیل مجازات مساعده را به حال محاکوم‌علیه به نظر دادگاه است. این مقرر در ماده ۴۸۳ قانون جدید و ۲۷۷ قانون قدیم وجود دارد.

### بخش سوم: اجرای احکام

ممنوعیت اجرای علنی مجازات: طبق ماده ۴۹۹، اجرای علنی مجازات ممنوع است، مگر در موارد الزام قانونی یا در صورتی که به لحاظ آثار و تبعات اجتماعی بزه ارتکابی، نحوه ارتکاب جرم و سوابق مرتكب و بیم تجری او یا دیگران، دادگاه خود یا به پیشنهاد دادستان، اجرای علنی مجازات را ضروری تشخیص دهد و اجرای علنی مجازات را در رأی تصریح کند.

تعویق مجازات: طبق ماده ۵۰۱، اجرای مجازات در موارد زیر به تشخیص و دستور قاضی اجرای احکام به تعویق می‌افتد: دوران بارداری، پس از زایمان حداکثر تا شش ماه، دوران شیردهی حداکثر تا رسیدن طفل به سن دو سالگی، اجرای مجازات شلاق در ایام حیض یا استحاضه.

ماده ۵۰۲ نیز راجع به تعویق اجرای مجازات در مورد محاکوم‌علیه است که اجرای مجازات موجب تشید بیماری جسمی یا روانی وی می‌شود. در جرایم تعزیری که امید بهبودی بیمار نیست، پرونده برای تبدیل مجازات به مرجع صادرکننده رأی قطعی فرستاده می‌شود. ماده ۲۸۸ قانون سابق نیز به این اشاره کرده بود ولی این امر فقط راجع به مجازات شلاق در تعزیری بود.

جنون محاکوم‌علیه پس از صدور حکم قطعی نیز در جرایم تعزیری موجب تعویق اجرای حکم می‌شود. محکوم به حبس تا بهبودی، مجازات خود را در بیمارستان روانی طی می‌کند که این مدت جزء محاکومیت وی محسوب می‌شود. ماده ۵۰۳ به این نکات اشاره دارد که در ماده ۲۸۹ قانون قبلی نیز وجود داشت.

عفو یا تخفیف مجازات: در جرایم تعزیری غیر از حبس، رئیس قوه قضائیه می‌تواند عفو یا تخفیف مجازات محاکوم‌علیه را به مقام رهبری پیشنهاد دهد. این عفو از نوع عفو خاص است که در ماده ۹۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ پیش‌بینی شده است.

حق انتشار حکم برائت: شخصی که به موجب حکم قطعی برائت حاصل کند، می‌تواند حداکثر طرف ۶ ماه از ابلاغ رأی از دادگاه صادرکننده حکم نخستین طبق ماده ۵۱۲ درخواست کند که حکم برائت او از محل



اعتبارات قوه قضائيه در يكى از روزنامه های كثيرالانتشار منتشر شود. در ماده ۲۹۸ قانون سابق اين امر به هزينه محکوم علیه بود.

حق مرخصی: محکومان حق دارند با رعایت ضوابط زندان و مشارکت در برنامه های اصلاحی و تربیتی و کسب امتیازات لازم با سپردن تأمین مناسب ماهانه حداکثر سه روز از مرخصی برخوردار شوند. ماده ۵۲۰ با اشاره به اين موضوع در مورد بيماري حاد یا فوت بستگان نسبی یا سببی درجه يك از طبقه اول یا همسر يا ازدواج فرزندان اين مدت را حداکثر تا ۵ روز افزایش می دهد. در صورت عجز از تأمین، محکوم با مراقبت مأموران يك روز در ماه و به مدت ۱۰ ساعت از مرخصی استفاده می کند. متهمن بازداشت شده نيز می توانند تحت مراقبت و به مدت ۱۰ ساعت در ماه، در يك روز به مرخصی بروند. در مواردي که زنداني شاكي خصوصي دارد، در صورتی که اعطای مرخصی در جلب رضایت شاكي مؤثر باشد، زنداني می تواند با سپردن تأمین، يك نوبت دیگر به مدت حداکثر يك هفته از مرخصی استفاده نماید. رئيس قوه قضائيه نيز می تواند به مناسبت های ملي و مذهبی علاوه بر سقف تعیین شده در اين قانون، حداکثر دویار در سال به زندانيان واجد شرایط مرخصی اعطای کند. محکومان به تبعید نيز حق درخواست مرخصی دارند. طبق ماده ۵۴۷، قاضی اجرای احکام کيفري محل اجرای حکم تبعید یا اقامت اجرایی در صورت ضرورت و با اخذ تأمین مناسب به محکومان به تبعید یا اقامت اجرایی مرخصی اعطاء می کند. (هرماه حداکثر سه روز)

حق مداوای محکومان خارج از زندان: محکوم به حبس بيمار حق دارد برای مداوا با سپردن تأمین مناسب در خارج از زندان معالجه شود. در صورت عدم سپردن تأمین، مدت معالجه در بيمارستان تحت نظر ضابطان صورت می گيرد و مدت معالجه جزء محکومیت وی محسوب می گردد. ماده ۵۲۲ قانون جدید و قانون قبلی به اين موضوع پرداخته اند.

حق مادر محکوم به حبس نسبت به نگهداری فرزند زير دو سال خود: ماده ۵۲۳ به حق بودن اطفال زير دو سال پيش مادر خود که محکوم به حبس یا تبعيد شده، اشاره می کند. جدا کردن طفل در صورتی است که مصلحت طفل اقتضا کند. ماده ۲۹۶ قدیم نيز این حق را برای محکوم شناخته بود.

حق تقاضای تقسیط محکومیت های مالی: طبق ماده ۵۲۹ در اجرای محکومیت های مالی در صورت تقاضای تقسیط از سوی محکوم علیه، دادگاه نخستین که رأی زير نظر آن اجرا می شود، تصمیم مقتضی را صادر می کند. علاوه بر اين طبق تبصره ۳ اين ماده هرگاه محکوم علیه ظرف ۱۰ روز از تاریخ ابلاغ احضاریه، نزد قاضی اجرای احکام کيفري برای پرداخت جزای نقدي حاضر شود، قاضی اجرای احکام می تواند او را از پرداخت ۲۰ درصد جزای نقدي معاف کند. دفتر قاضی اجرای احکام کيفري نيز مکلف به قيد اين معافیت در برگ احضاریه محکوم علیه است.

حق درخواست عفو: در ماده ۵۱۲ آورده شده است. محکوم به سلب حیات در غیر جرائم مستوجب حد که قابل عفو نیستند و قصاص، پس از لازم الاجرا شدن حکم و پيش از اجرای آن می تواند درخواست عفو کند. به دستور دادگاه صادر کننده حکم، اجرای آن فقط برای یکبار تا اعلام نتیجه از سوی کمیسیون عفو و تخفیف معجازات محکومان به تأخیر می افتد. قاضی اجرای احکام کيفري مکلف است، حداقل يك هفته پيش از اجرای حکم سلب حیات موضع اين ماده، مراتب را به محکوم علیه اعلام کند.

حق اجرای محکومیت حبس در محل اقامت محکوم: طبق تبصره ۳ ماده ۵۱۳ در صورتی که محل اقامت محکوم به حبس، خارج از حوزه دادگاه صادر کننده حکم باشد، نامبرده برای تحمل ادامه حبس به زندان محل اقامت خود منتقل می شود؛ مگر اينکه اين امر موجب مفسده باشد که در اين صورت با تشخيص قاضی صادر کننده رأی قطعی به نزدیکترین زندان به محل اقامت خود منتقل می شود.

- ☒ حق اجرای مراسم مذهبی در مجازات سلب حیات: مطابق ماده ۵۴۳ پیش از اجرای حکم سلب حیات، مراسم مذهبی توسط اشخاص واجد صلاحیت اجرا می‌شود.
- ☒ حق کاهش مدت تعليق: به این حق در ماده ۵۲۲ اشاره شده است. هرگاه محکوم<sup>علیه</sup> پس از سپری شدن حداقل ۶ ماه از مدت تعليق اجرای مجازات به طور مستمر حسن اخلاق و رفتار نشان دهد، قاضی اجرای احکام کیفری، مراتب را ب پیشنهاد کاهش مدت تعليق یا لغو تمام یا برخی از دستورهای تعیین شده به دادگاه صادر کننده حکم اعلام می‌کند. در صورت عدم پذیرش این تقاضا، قاضی اجرای احکام کیفری می‌تواند هر دو ماه یکبار، کاهش تعليق اجرای مجازات را به دادگاه پیشنهاد نماید.
- ☒ اجرای نظام نیمه‌آزادی و آزادی تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی: در جایی مشمول نظام نیمه‌آزادی و آزادی تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی، قاضی اجرای احکام کیفری می‌تواند پس از وصول گزارش شورای طبقه‌بندی زندان و نظریه مددکاران اجتماعی معاونت اجرای احکام کیفری، مبنی بر آنکه اجرای یک فعالیت شغلی یا حرفة‌ای، آموزشی یا حرفة‌آموزی، مشارکت در تداوم زندگی خانوادگی و یا درمان بیشکی، از سوی محکوم<sup>علیه</sup> در خارج از زندان در فرایند اصلاح وی یا جبران ضرر و زیان بزهده مؤثر است، طبق ماده ۵۵۳ به دادگاه صادر کننده حکم پیشنهاد اجرای نظام نیمه‌آزادی و آزادی تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی را دهد.
- ☒ حق اجرای تعليق و آزادی مشروط در حوزه اقامت محکوم<sup>علیه</sup>: چنان‌چه اقامتگاه اشخاص مشمول تعليق اجرای مجازات، آزادی مشروط، تعویق صدور حکم، نظام نیمه آزادی و آزادی تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی در حوزه قضایی دادگاه صادر کننده رأی باشد، اشخاص مذکور می‌توانند اجرای تصمیم مذکور را در محل اقامت خود تقاضا نمایند. (ماده ۵۵۸)
- ☒ معافیت از پرداخت هزینه‌ها توسط متهم: طبق ماده ۵۶۰ متهم بابت هزینه انتشار آگهی، ایاب و ذهاب گواهان، حق الزحمه کارشناسان، متربمان و پزشکان و سایر اشخاصی که به تشخیص مقام قضایی احضار می‌شوند، وجهی نمی‌پردازد. در هر صورت از متهم هیچ هزینه‌ای اخذ نمی‌شود. ماده ۳۰۲ قانون سابق نیز چنین مقرره‌ای را پیش‌بینی کرده بود اما در صورتی که متهم درخواست احضار یا کسب نظر آنان را می‌کرد، باید هزینه آن را می‌پرداخت.

## نتیجه

قانون جدید علی‌رغم برخی از ایرادات مترتب برآن و اصلاحات متعدد پیش از لازم‌الاجرا شدن و البته دیراجرایی شدن آن، برخوردار از نکات مثبت بسیاری درخصوص یکپارچگی در مقررات آینین دادرسی کیفری و نظام مندی آن، رعایت حقوق شهروندی، رعایت حقوق متهم، پیش‌بینی حضور وکیل در کنار متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی، پیش‌بینی اصل سکوت، توجه به آینین دادرسی اطفال، سالخوردگان و زنان، تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲، تشکیل پلیس ویژه اطفال، شعبه ویژه اطفال در دادسرای، پیش‌بینی و تخصیص دادسراهای موضوعی و تخصصی، توجه به سازمان‌های غیردولتی، جبران خسارت متهم بی‌گناه، تشکیل پرونده شخصیتی و دادرسی الکترونیکی و ... است که همگی از تضمینات تحقق دادرسی عادلانه و منصفانه به شمار می‌آیند. باشد که با رعایت عملی این حقوق نیز در راستای اجرای عدالت گام‌های مؤثری برداشته شود.

# وکیل تسخیره؛ نحو واقع حق دفاع و دادخواهر

رضا مقصودی

## اول: فلسفه و علت وضع

امروزه یکی از شرایط ایجاد دادرسی عادلانه را برخورداری متهم از حق داشتن وکیل می‌دانند. زیرا در شرایطی که وجودان عمومی اجتماع از ارتکاب جرم آسیب‌دیده و جریحه‌دار شده و احساسات و افکار عمومی از دستگاه عدالت مجازات شدید و فوری متهم را خواستارند، و در جریان دادرسی که یک طرف آن دادستان با نظام مجهز دادسرا و مقامات و ضابطین آن قرار دارد و طرف مقابل متهمی با حداقل امکانات و توانایی‌ها و اختیارات؛ این فرد در صورت نبود وکیل تنها می‌ماند و دادستان با اشراف کامل به اصول و مقررات حقوقی و با توجه به امکانات قضایی نسبت به متهم در موقعیت کاملاً متفاوت و برتری قرار می‌گیرد، تنها کسی که در این شرایط نابرابر حقوق متهم را بیان و از آن حمایت کرده و اصول جزایی از جمله تسخیر مضيق به نفع متهم و قاعده تساوی سلاح‌ها را اعتبار و تحقق می‌بخشد، نه از آن جهت که همواره بی‌گناهی متهم را اثبات کند، بلکه از چرایی موضوع و حقوق قانونی اش دفاع کند، وکیل است.

فلسفه الزامی بودن حضور وکیل در جرایم سنگین (موضوع ماده ۳۸۴ قانون آین دادرسی کیفری)، علاوه بر تضمین اجرای اصل ۳۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و تمهید امکانات برای برخورداری از این حق، اعتبار بخشیدن به دادرسی عادلانه است.

حتی کسانی که معتقدند وکیل می‌بایست تنها مدافع از حق باشد و کاللت از ظالم حرام است، و کاللت تسخیری را که وکیل صاحب اراده در قبول و یا رد دفاع نیست، فارغ از حق دفاع، این‌گونه توجیه کرده و ضروری می‌دانند که ممکن است متهم بی‌گناه و مظلوم بوده و بی‌جهت در معرض اتهام قرار گرفته باشد. لذا وکیل تسخیری از این رو خوانده می‌شود که شاید بتواند با استفاده از تخصص خود راهی را برای اثبات رخ دادن اشتباه و یا بیگناهی متهم پیدا کند و بدین معنا نیست که وکیل تسخیری برای ناحق کردن حق، برگزیده می‌شود.

## دوم: تفاوت وکالت تسخیری با معاضدتی

موارد زیر را می‌توان از نقاط اختلاف این دو نوع وکالت دانست:

### ۱. از نظر مستند قانونی و مرجع درخواستدهنده

با اجرایی شدن قانون آینین دادرسی کیفری مصوب ۹۲، مستند وکالت تسخیری، ماده ۳۸۴ این قانون بوده و مرجع تشخیص و درخواست انجام امر، دادگاه رسیدگی کننده به اتهام است در صورتی که مستند وکالت معاضدتی آینین نامه قانون وکالت مصوب ۳۱۶ بخصوص مواد ۴۳ و ۴۴ آنست و محل انجام امر نیز شعبه معاضدت با مراجعه مستقیم شخص متقاضی یا ذی سمت از طرف اوست. تشریفات و قواعد شکلی و ماهوی حاکم بر هر یک نیز متفاوت است.

### ۲. از نظر شرط تشخیص و احراز اعسار

شرط اصلی تعلق وکیل معاضدتی اعسار متقاضی از گرفتن وکیل و احراز این امر توسط شعبه معاضدت است ولی در وکالت تسخیری این قید و شرط ملحوظ نبوده و داشتن وکیل تسخیری در موارد احصاء شده یک الزام و تکلیف است و لذا قطع نظر و فارغ از وضعیت مالی متهم صورت می‌گیرد.

### ۳. از نظر موضوع و ماهیت دعوى مورد ارجاع

وکالت معاضدتی علی‌الاصول در موضوعات حقوقی (جز در حدود مفاد ماده ۳۴۷ قانون آینین دادرسی کیفری) و وکالت تسخیری منحصر است در امور کیفری (موضوع ماده ۳۸۴ موصوف).

### ۴. از نظر حق الوکاله

حق الوکاله وکیل در وکالت معاضدتی بر اساس توافقی است که طبق قرارداد با موکل بر اساس توافق یا در حدود تعریفه می‌شود ولی در وکالت تسخیری طبق ماده ۳۴۷ قانون آینین دادرسی کیفری، پس از درخواست حق الوکاله، دادگاه حق‌الرحمه را متناسب با اقدامات انجام شده تعیین خواهد کرد. همچنین به تصریح همین ماده در هر حال میزان حق الوکاله نباید از تعریفه قانونی تجاوز کند، در حالی که چنین نصی در مورد وکالت معاضدتی وجود ندارد.

### ۵. از نظر نقش وکیل در دادرسی

داشتن وکیل تسخیری در موارد شمرده شده‌ی قانونی، بجهت حمایت قوی از حق دفاع متهم و قاعده‌های امری و شرط صحت دادرسی است. حمایتی که حتی با عدم حضور ارادی وکیل بی‌عذر موجه نیز، موجب تجدید جلسه دادرسی بوده و عدم رعایت آن بخودی خود موجب نقض حکم در مراجع عالیست. (مواد ۳۴۸ و ۳۵۰) ولی وکالت معاضدتی فاقد این ویژگی است.

### ۶. از نظر ماهیت عقد وکالت و ارتباط بین وکیل و موکل

در وکالت تسخیری اصولاً ارتباطی میان وکیل تسخیری و موکل وجود ندارد و تعیین وکیل تسخیری از باب لزوم رعایت مقررات شکلی مربوط به رسیدگی به جرایم موضوع ماده مرقوم و حمایت از حق دفاع

سازمان اسناد و کتابخانه ملی  
جمهوری اسلامی ایران

سال ۱۴۰۰  
۳۴



متهم است. بعبارتی می‌توان گفت لغت وکالت در معنای حقیقی خود استعمال نشده، چرا که عقد وکالت حاصل تلاقي قصد و رضای طرفین است، حال آنکه اساساً در وکالت تسخیری نظر و اراده موکل لحاظ نشده و تأثیری در تحقق این تأسیس ندارد. حتی برغم مخالفت و مقاومت متهم برای داشتن وکیل، دادگاه مکلف به تعیین وکیل تسخیری است. همچنین در تقویت این نظر و توجهها به مفهوم ماده ۴۰۶ همین قانون اشاره می‌شود که: یکی از جهات حضوری تلقی شدن رأی محکمه، حضور وکیل در جلسه دادرسی (حتی در یک جلسه) است، در حالی که این امر (حضور وکیل = حضوری بودن حکم دادگاه) مختص حضور وکیل تعیینی است و چنان‌چه در پروندهای که مجازاتش یکی از امور مذکور در قانون ۳۰۲ آینین دادرسی کیفری است و متهم از همان ابتدا فراری است و محکمه وکیل تسخیری تعیین نموده، با توجه به عدم حضور متهم در دادرسی و نبود اراده در تعیین وکیل از سوی وی، رأی غیابی خواهد بود.

فهم این نکته کلیدی (استعمال وکالت تسخیری در معنای مجازی) همچنین ما را از افتادن در اشتباهات مشابه نگه می‌دارد. نظیر تبصره دو از ماده ۱۳ قانون جدید آینین دادرسی کیفری مصوب ۹۲، که برای مجنون وکیل تسخیری پیش‌بینی کرده است در صورتی که بدون اراده ولی یا قیم نمی‌توان برای مجنون وکیل تعیین کرد!

لذا وکالت تسخیری بحکم قانون و ناشی از لزوم رعایت مقررات شکلی در موارد خاص است نه یک عقد به معنای حقیقی و ناشی از قصد و رضای طرفین و تلاقي دو اراده سالم!

برای همین، رأی دادگاه در نبود موکل تسخیری، غیابی است!

برای همین، در رسیدگی به اتهام مجنون دادگاه راساً اقدام به تعیین وکیل تسخیری می‌کند! برای همین در ابلاغات تسخیری نیازی به مراجعة وکیل تسخیری نزد متهم در زندان و گرفتن وکالت نیست و همان ابلاغیه تسخیری دلیل سمت است!

و...

### سوم: تحول و تکامل نقش و کارکرد

با تصویب و اجرایی شدن قانون آینین دادرسی کیفری ۹۲، حق استفاده از وکیل به جهت کمی و کیفی دچار دگرگونی و تحول گردید. بالطبع وکالت تسخیری نیز در ابعاد مختلف تغییر و تکامل یافت:

#### الف) از نظر مرجع رسیدگی

طبق ماده ۳۰۲ قانون موصوف رسیدگی به جرایم مشمول تعیین وکیل تسخیری، در صلاحیت دادگاه کیفری یک است. «بدین ترتیب، بر خلاف ق.ت.د.ع. ۱ (اصلاحی ۱۳۸۱) که دادگاه کیفری استان را دارای صلاحیت‌های محدود و مصرح دانسته و مجوز رسیدگی به جرایم داخل در صلاحیت دادگاه عمومی جزاً را به آن نداده بود و می‌توانستیم از این امر اختصاصی بودن آن دادگاه را استنباط نماییم، قانون حاضر دادگاه‌های کیفری یک و دو را از لحاظ ذاتی دارای صلاحیت متفاوت ندانسته است...» (۱)

## ب) از نظر توسعه موارد

۱. توسعه موضوعی؛ مادین ۳۴۸ و ۳۸۴ قانون مذبور بندهای الف، ب، پ و ت مندرج در ماده ۳۰۲ را مشمول حق استفاده از وکیل تسخیری دانسته است. لذا توسعه موارد تعیین وکیل تسخیری برای متهم در موارد مشمول و موضوع بند «ت» ماده ۳۰۲ (جرائم تعزیری درجه ۴) را می‌توان از تغییرات کیفی قانون حاضر دانست.
۲. توسعه حوزه رسیدگی؛ تا قبل از قانون حاضر در دادسرا تأسیسی به نام وکیل تسخیری نداشتیم. دامنه حضور و مداخله وکیل تسخیری فقط منحصر به دادگاه بود، حال آنکه حوزه مداخله وکیل تسخیری که قبلاً محدود به جلس ابد و اعدام در دادگاه بود، اکنون به دادسرا نیز گسترش پیدا کرده است به نحوی که در تبصره ۲ ماده ۱۹۰ داشتن وکیل را در جرائم سالب حیات و جلس ابد لازم دانسته است.

## ج) از نظر تکالیف وکیل تسخیری

- جرائم داخل در صلاحیت دادگاه کیفری یک، وضع و تأسیس بدیع و نوینی در آیین رسیدگی و تکلیف وکیل تسخیری به وجود آورده که تاکنون بی سابقه بوده. مادین ۳۸۷ و ۳۸۸ به این فرآیند پرداخته‌اند:
- ماده ۳۸۷ پس از تعیین وکیل، مدیر دفتر بالافصله به متهم و وکیل او و حسب مورد، به شاکی یا مدعی خصوصی یا وکیل آنان اخطار می‌کند تا تمام ایرادها و اعتراض‌های خود را ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ تسلیم کنند. تجدید مهلت به تقاضای متهم یا وکیل او برای یک نوبت و به مدت ده روز از تاریخ اتمام مهلت قبلی، به تشخیص دادگاه بلامانع است.
- ماده ۳۸۸. متهم و شاکی یا مدعی خصوصی یا وکلای آنان باید تمام ایرادها و اعتراض‌های خود از قبیل مرور زمان، عدم صلاحیت، رد دادرس یا قابل تعقیب نبودن عمل انتسابی، نقص تحقیقات و لزوم رسیدگی به ادله دیگر یا ادله جدید و کافی نبودن ادله را ظرف مهلت مقرر به دفتر دادگاه تسلیم کنند. پس از اتمام مدت مذکور، هیچ ایرادی از طرف اشخاص مذبور پذیرفته نمی‌شود، مگر آنکه جهت ایراد پس از مهلت، کشف و یا حادث شود. در هر حال، طرح پرونده در جلسه مقدماتی دادگاه، پیش از اتمام مهلت ممنوع است.
- بنابرین تکلیف وکیل منتخب در مهلت ده روز مقرر بروای مطالعه پرونده و طرح ایرادات و اعتراض‌های قانونی را می‌توان تمهدی مهی و مؤثر در استفاده از این نهاد و نشاندن و نزدیک کردن وکالت تسخیری به جایگاه حقیقی خود در دفاع از متهم و تبدیل آن از امری تشریفاتی و صوری به عنصری حیاتی در دفاع و دادرسی دانست.

## چهارم: پرسش و پاسخ‌های مبتلا به

۱. پرسش: چنان‌چه در پروندهای که مجازات‌های مذکور در تبصره یک ماده ۱۸۶ قانون آیین دادرسی کیفری (ماده ۳۸۴ حاضر) است و متهم از همان ابتدا فراری است و محکمه وکیل تسخیری تعیین نموده با توجه به حضور وکیل تسخیری در جلسه دادرسی، آیا رأی حضوری خواهد بود؟



**پاسخ:** قصاص حق الناس است و مستفاد از قسمت اخیر ماده ۱۸۰ قانون آین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری (سابق) رسیدگی غایبی به آن جایز است. النهایه برابر تبصره یک ماده ۱۸۶ همان قانون (ماده ۳۸۴ حاضر)، حضور وکیل در محاکم متهم به قتل عدم ضروری است. در فرض سوال که متهم از همان ابتدا فراری و مجھول المکان است، محکمه به ناچار از تعین وکیل تسخیری به طریق قانونی است و در چنین حالتی که اصولاً ارتباطی میان وکیل تسخیری و موکل وجود ندارد و تعین وکیل تسخیری از باب لزوم رعایت مقررات شکلی مربوط به رسیدگی به امر قصاص و دفاع از متهم است. رأی صادره غایبی محسوب می‌شود و مطابق مقررات هر زمانی که محکوم علیه رأی غایبی از آن مطلع شود و به آن اعتراض نماید در همان دادگاه رسیدگی کننده قابلیت واخواهی دارد (نظریه اداره حقوقی ۹۲-۱۶۸/۱-۲۸۲ ۷/۹۲/۵۴۸ ۹۲/۳/۲۶).

**۲. پرسش:** چنان‌چه وکیل تسخیری به موجب ابلاغیه شعبه معاضدت در پرونده‌ای اعلام سمت کرده و پس از رسیدگی قرار عدم صلاحیت به صلاحیت دادگاه شهرستان یا حوزه قضایی دیگری صادر شود، آیا این امر موجب زوال سمت وکیل تسخیری می‌شود؟

**پاسخ:** با توجه به نظرات حقوقدانان و کلایر بر جسته کمیسیون تخصصی امور حقوقی کانون وکلا در خصوص انجام وکالت تسخیری در غیر محل اشتغال وکیل، پاسخ زیر نقل می‌شود:  
در خصوص استعلام آقای دادرس شعبه دهم دادگاه کیفری یک ساری دایر بر اینکه آیا می‌توان از وجود وکلای شهرستان‌های مجاور به عنوان وکیل تسخیری در آن دادگاه استفاده کرد، با بررسی جهات امر به اکثریت این نظر اتخاذ گردید:

- ارجاع کار وکالت تسخیری از سوی دادگاه‌های یک حوزه به وکلای شاغل در حوزه دیگر با این اشکال مواجه است که تعداد وکلای هر حوزه به تناسب نیازهای همان حوزه تعیین می‌گردد و برای آن‌ها پروانه وکالت برای همان حوزه صدور می‌یابد. بنابر این، با وجود آنکه در صورت ارجاع کار از سوی موکل مانع برای قبول وکالت از جانب آن‌ها برای حوزه‌های دیگر نیست، چون انتخاب آن‌ها به عنوان وکیل تسخیری از سوی دادگاه‌های خارج از حوزه اشتغال آن‌ها، آنان را طبق ماده ۳۱ قانون وکالت مصوب ۲۵ بهمن ماه ۱۳۱۵ مکلف می‌سازد در دادگاه‌های خارج از حوزه خود به وکالت پردازد، ایجاد چنین تکلیفی جایز نیست (دکتر محمود سلجوقی، دکتر امیر حسین فخاری).

- در الزام وکیل شهرستان دیگر برای انجام وکالت تسخیری و در انجام این وکالت با رضایت خود او، منعی قانونی به نظر نمی‌رسد. زیرا در ارجاع وکالت تسخیری با رضایت خود ایشان، تکلیف غیر مجازی نیست (دکتر مهدی شهیدی).

نظر فوق مبتنی بر صدور ابلاغیه وکالت تسخیری برای حوزه‌ای است که وکیل در آن اشتغال ندارد، اما به نظر می‌رسد چنان‌چه ارجاع وکالت تسخیری بدرستی در محل اشتغال وکیل انجام و وکیل تسخیری در پرونده اعلام سمت نموده، دادرسی کیفری بر اساس این آین دادرسی امری شکل و نضج گرفت، صدور قرار عدم صلاحیت نمی‌تواند بخودی خود موجب زوال سمت وکیل شود و وکیل منتخب می‌باشد تکالیف قانونی خود را در دادگاه صالح ادامه دهد. اما هر گاه تغییر صلاحیت از یک حوزه قضایی به حوزه قضایی دیگری صورت گیرد که کانون وکلای مستقل در آن وجود دارد،

جهت سرعت و سهولت امر دفاع و دادرسی، بهتر است ابلاغیه تسخیری دیگری توسط شعبه معاضدتی کانون وکلایی که دادرسی در حوزه صلاحیت آن انجام می‌شود، صادر و ابلاغیه تسخیری اولی با همانگی لازم بین دو کانون و مرجع صالح رسیدگی کان لم یکن اعلام گردد. (نظر نویسنده)

۳. پرسش: حوزه و دامنه مداخله وکیل تسخیری در دادرسی تا کجاست؟

پاسخ: به موجب رأی وحدت رویه ۱۳۷۴ ۵۹۸ که در جریان طرح اختلاف بین شعب چهارم و یازدهم دیوان عالی کشور راجع به حدود اختیارات وکیل تسخیری، صادر شده است، وکیل تسخیری حق تجدیدنظرخواهی دارد.

خلاصه استدلال اکثر قضات حاضر در جلسه این بوده است که:

فلسفه وکالت تسخیری آنست که چنان‌چه متهم احیاناً خودش قادر به دفاع نباشد و یا به موازین قانونی وارد نباشد، کسی کمکش کند. حالا اگر متهم به حکم دادگاه بدوى محکومیت یافت آیا اینجا می‌توانیم بگوییم آن وکالت برای مرحله بدوى بوده از آن حدش تمام شد؟ این ماده اطلاق دارد یعنی مدت وکالت را محدود نکرده حال چرا ما بگوییم که این وکالت فقط مال زمان دادگاه بدوى بوده و در دوران فرجماخواهی دیگر این وکالت تمام بشود؟

وکیل تسخیری بخلاف وکیل تعیینی که نفوذ اقدام او سعتاً و ضيقاً تابع اختیاراتی است که موکل به او و اکذار می‌نماید، به لحاظ ضرورت امر دفاع از متهمی که توائیابی گرفتن وکیل ندارد و به تکلیف قانون، انتخاب و دارای سمت شده و قانون‌گذار به وکیل تسخیری گفته است وکیل مسخر هستی برای این متهم که از او دفاع کنی و بنابراین چون حکم موکل به مرحله نهایی نرسیده و پرونده مختومه نشده است. مقتضای تسخیر در وکالت آنست که این وکیل تا آخرین مرحله تا وقتی که پرونده مختومه نشده است، حق دفاع و دخالت دارد. قانون‌گذار وکیل تسخیری را به طور مطلق استعمال کرده و برای او تقييدی قائل نشده است و وقتی هیچ قربنه و امارهای انصراف این اطلاق به مورد خاص را تعیین نکند و ما به اطلاق آن بتوانیم باقی بمانیم در کلیه مراحل رسیدگی دفاع برای این وکیل جایز است و اصولاً اگر ما بخواهیم وکیل تسخیری را در یک مرحله محدود کنیم، نقض غرض است. برای اینکه چرا قانوناً آمده‌اند در موارد خاصی به دادگاه اجازه داده‌اند که مستقلانه یا با نظرخواهی از متهم برایش وکیل تعیین کند؛ اصولاً وکالت برای این بوده است که این متهم در این موارد خاص قدرت دفاع لازم از خود را ندارد. اگر این فلسفه باشد که هست که متهم باید در مرحله بدوى وکیل داشته باشد، در مرحله فرجماخواهی بطريق اولی نیاز به داشتن وکیل دارد، برای اینکه خودش قدرت دفاع از خود را در این مرحله‌ای که رأی در شرف قطعیت است، ندارد. لذا ظاهر اطلاق این است که این پرونده همینطوری ادامه دارد با این وکیل تسخیری تا قطعیت پیدا کند. (۲)

سازمان اسناد و کتابخانه ملی  
جمهوری اسلامی ایران

### پی‌نوشت‌ها

۱. نکته‌ها در قانون آینین دادرسی کیفری، دکتر علی خالقی، ص ۲۶۰.
۲. برگرفته از نظرات قضات دیوانعالی کشور در جریان صدور رأی وحدت رویه مذکور.

# دفعه کراه در حقوق کیفری ایران و انگلستان و تأثیر آن در مسؤولیت کیفری مجرم

مجتبی فرهمند ■ سیروس افضلی

## چکیده

در فرآیند دادرسی کیفری بعد از احراز مجرمیت و صدور کیفرخواست، دادگاه وارد در تعیین مجازات می‌شود. پس از وقوع جرم، انتساب جرم به متهم و احراز تقصیر او مورد مذاقه قرار می‌گیرد؛ اگر ادله کافی بود و استناد مادی و معنوی احراز گردد، مجرمیت و کیفرخواست صادر می‌شود. اکنون قاضی در آستانه تعیین مجازات قرار می‌گیرد و باید بررسی کند که آیا مجرم قابلیت تحمل کیفر را دارد یا نه. بنابراین مسؤولیت کیفری و تحمیل مجازات آخرین مرحله از فرآیند کیفری است که در آن دفاعیاتی مانند اکراه، ضرورت و غیره مطرح می‌شوند. موضوع اصلی در دفاع اکراه، قدان اراده آزاد یا اختیار نیست بلکه ضعف یا محدود شدن اختیار علی‌رغم وجود رضایت به ارتکاب جرم است و از این رو با اجبار فرق اساسی دارد. مواد ۳۹ تا ۶۲ مکرر قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ به حدود مسؤولیت جزایی اختصاص داده بود و باده ۵۴ آن قانون اکراه را به عنوان یکی از عوامل زایل‌کننده مسؤولیت کیفری در جرایم تعزیری و بازدارنده معرفی کرده بود با تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ عبارات اجبار و مجازات‌های بازدارنده از این قانون حذف و با اندک تغییر همان شرایط ماده ۵۴ قانون سابق در ماده ۱۵۱ قانون جدید تکرار گردید. در قصاص و حدود نیز مبنی به صورت جداگانه اکراه و تأثیر آن در مسؤولیت کیفری را بحث کرده است. در حقوق کیفری انگلستان نیز تأثیر اکراه بر مسؤولیت کیفری شرایط و تحولاتی دارد که مورد بررسی قرار می‌گیرند.

## مقدمه

حقوق کیفری ایران در باب جرایم تعزیرات و بازدارنده رویکردی مشابه نسبت به نهاد مسؤولیت کیفری با مقررات جزایی کشور انگلیس دارد؛ زیرا مبنی بدون آنکه ذکری از شرایط عمومی تحقق مسؤولیت کیفری به میان آورد، صرفاً به بیان علل و حالاتی پرداخته که بر وضعیت مرتکب جرم و یا رابطه ذهنی او با جرم تأثیر گذاشته و این منظر اهلیت جزایی متهم را از بین برده یا وصف مجرمانه را از اراده او جدا

نموده و بدین وسیله مواخذه متهم را نسبت به جرم انجام یافته ناممکن می‌سازد. این علل و حالات در قانون مجازات اسلامی ذیل عنوان حدود مسؤولیت جزایی بحث شده است که نویسنده‌گان حقوقی از آن‌ها با عنوان عوامل رافع مسؤولیت و عوامل موجهه جرم یاد می‌کنند. مفاهیم مجرمیت، جرم و مجازات، تقصیر، رابطه سببیت و مسؤولیت از هم تمایز هستند و دفاع اکراه صرفاً منجر به عدم قابلیت تحمیل مسؤولیت کیفری بر مرتكب جرم می‌گردد. در حقوق کیفری انگلستان دفاعیات کلاً<sup>۱</sup> یا جزوً<sup>۲</sup> مسؤولیت کیفری را زایل می‌کنند و به دو دسته تقسیم می‌شوند. دفاعیات خاص که چهار مورد بوده و فقط در قتل عمد مطرح می‌شوند و دفاعیات عام که در تمام جرایم قابلیت استناد دارند. اکراه یکی موضوعات عوامل رافع مسؤولیت در حقوق کیفری ایران و از دفاعیات عام در حقوق انگلستان است و شرایط پذیرش این دفاع و قلمرو اجرای آن در حقوق کیفری ایران و انگلیس موضوع نوشتار حاضر است.

## تعريف اکراه

اکراه لغتی است عربی، از مصدر باب افعال، از ریشه کره (به فتح و ضم کاف)، و به معنای وادار کردن آمده است. کره به فتح کاف به معنی مشقت و ناخشنودی است که از خارج بر انسان وارد می‌شود.<sup>۳</sup> کره به ضم کاف به معنی مشقتی است که انسان از درون خود احساس می‌کند.<sup>۴</sup> از نظر اصطلاحی اکراه عبارتست از «حمل الغیر على ما يكرهه» یعنی وادار کردن دیگری به عمل یا ترک عملی که از آن کراحت دارد.<sup>۵</sup>

عبدالقادر عوده اکراه را به ۲ نوع تقسیم کرده است: ۱) اکراه ناقص؛ ۲) اکراه تام؛ از نظر وی اکراه ناقص اکراهی است که بدون آنکه موجب زایل شدن اختیار شود، تنها رضا را از بین می‌برد. بنابراین این اکراه در معاملات و حقوق مدنی اثر می‌گذارد و به دلیل آنکه تأثیری در اراده نمی‌گذارد، در حقوق جزا محل بحث ندارد. اما در اکراه تام مطرح است. بنابراین رضایت را زایل و اختیار را می‌بینیم. بنابراین این نوع اکراه در آن چه که مقتصی اختیار و رضا توامان است (مانند ارتکاب جرم) تأثیر دارد.<sup>۶</sup> این تعریف را از جهت ذکر نمودیم تا تأکید شود براینکه در اکراه موضوع حقوق کیفری بحث پیرامون وجود یا عدم وجود اختیار و آزادی اراده است و لذا به رضایت کاری نداریم.

## رابطه اکراه با اراده، رغبت و رضایت

اراده در لغت به معنای خواستن، خواست و میل آمده است. اراده کردن به معنی عزم کردن و تصمیم گرفتن است. اینکه انسان فعلی را بخواهد و آن را انجام دهد، آن فعل را دارای وصف ارادی بودن می‌نامید. فعل ارادی چهار مقدمه دارد:

تصور: در این مرحله شخص به اندیشه فعل افتاده و آنرا تجسم می‌کند؛

تصدیق به فایده: بعد از اینکه تصویر از فعل در ذهن راه یافت، شخص سود و زیان آن را می‌سنجد؛



- 
۱. محمد قریب، فرهنگ لغات قرآن، تهران، انتشارات بنیاد، ۱۳۶۶، ص. ۳۵۸.
  ۲. محمد مرتضی، زبیدی، تاج الرروس من جواهر القاموس، ص. ۴۰۸.
  ۳. ابوالقاسم الحسین بن محمد بن الفضل بن محمد، راغب اصفهانی: المفردات الفاظ القرآن فی غریب القرآن، تهران، مکتب مرتضوی، ۱۳۶۲، ص. ۴۲۹.
  ۴. عبدالقادر عوده، التشريع الجنائي الإسلامي، ترجمه ناصر قربان نبا و دیگران، جلد دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۳، ص. ۲۷۳.

سوق یا رغبت؛ بعد از سیر ذهنی و غلبه فواید بر مضرات انجام کار و انتخاب فواید، علاقمندی و کشش نسبت به انجام فعل در فرد به وجود می‌آید؛

جزم؛ در این مرحله تردیدها پایان یافته و شخص برای انجام عملی مصمم می‌گردد و به تهییه مقدمات و رفع موانع می‌پردازد.

از همین لحظه می‌گوییم اراده در او ایجاد شده است (این مرحله از اراده داخل در رکن روانی است که قصد مجرمانه نام دارد). ممکن است عمل ارتکابی شخص برخلاف خشنودی و رضایت او باشد ولی در انجام آن مصلحتی یا نفعی باشد یا ضرری از او دفع نماید که نهایتاً وی اراده ارتکاب آنرا نموده است (این مرحله از اراده داخل در رکن مادی است). بنابراین رضا از عناصر اراده نیست؛ اما باید توجه داشت همین که شخص بعد از طی سیر ذهنی اراده، تصمیم به انجام عملی می‌گیرد، به صرف انجام عمل، رضایت او نیز محقق است. بنابراین رضا عبارت است از کیفیتی عقلانی که در نتیجه مصلحت اندیشه در شخص حادث می‌گردد ولی با رغبت و شوق متفاوت است. مثلاً مرضی می‌گوید «هر چند که قبول انجام عمل جراحی برایم سخت بود ولی نهایتاً رضایت به انجام آن دادم.» لذا حتی آنچه که شوق و رغبت در انجام عمل نیست، رضایت وجود دارد. نتیجه اینکه در اکراه رضا وجود دارد اگرچه شوق و رغبت وجود ندارد. پس شخصی که در اثر اکراه مرتكب جرم می‌شود در واقع اگرچه رغبته به اینکار ندارد ولی برای رهایی از تهدید به ارتکاب جرم رضایت می‌دهد. با توجه به مراتب فوق، اراده کردن امری یعنی قصد انجام امری و رضا گرچه جدا از اراده است اما در همه اعمال ارادی رضا وجود دارد. با این وجود فقهاء اتفاق دارند که اکراه موجب از بین رفتن رضا می‌شود؛ اما در مورد اختیار اختلاف نظر دارند. شهید اول و ثانی اکراه را نافی قصد و اختیار دانسته‌اند. سید محمد کاظم یزدی در حاشیه مکاسب و امام خمینی در کتاب البیع معتقدند اکراه خلی به قصد وارد نمی‌کند، بلکه تنها موجب فقدان رضا می‌گردد.<sup>۱</sup> عبدالقدار عوده معتقد است در اکراه تمام که اکراه موردنظر فقه جزایی است، رضا زایل و اختیار معیوب است. برخلاف نظر فقهاء آن‌چه که در خصوص تأثیر اکراه بر اراده می‌توان گفت این است که اکراه ماهیتاً اختیار را محدود می‌کند و شخص مکره رضایت به ارتکاب جرم می‌دهد. بنابراین اکراه در واقع اختیار شخص دارای اراده را معیوب می‌کند. از آنچه که شخص مکره ابتداً رغبت به انجام عمل مورد نظر مکره نداشته است و تهدید بکار گرفته شده باعث می‌شود تا برای انتخاب ارتکاب جرم تسلیم خواست و اراده مکره گردد و اصطلاحاً رضایت به ارتکاب جرم دهد، اولاً مکره به انجام آن امر غیرقانونی راضی می‌شود ثانیاً، اختیار او معیوب می‌شود و اراده او دیگر اراده آزاد نیست.

## تأثیر اکراه بر اراده

وقتی که مکره مرتكب جرم می‌گردد، در واقع سود و زیان حاصله را سنجیده و سود حاصله از عمل مجرمانه او همان رهایی از تهدید مکره است؛ لذا مکره آزادی در اختیار بین بد و بدتر دارد و نمی‌توان گفت او مسلوب‌الاراده است؛ اما اختیار او محدود و معیوب است؛ زیرا در مکره ظن قوی وجود دارد که اگر به خواسته مکره تسلیم نشود، تهدید عملی خواهد شد و این به دلیل قریب‌الواقع بودن تهدید موجود در اکراه است. در حقوق ایران، اکراه اول بار در قانون مدنی وارد شد و تا حاکمیت قوانین مجازات اسلامی،



در قلمرو حقوق جزا صرفاً اجراء حاکم بوده است. معروفترین تعریف اصطلاحی اکراه «حمل الغیر علی ما یکرمه» است؛ بنابراین برای تحقق اکراه لازم است فشار بر شخص وارد آید که این فشار باید ناشی از تهدید قریب الوقوع باشد. از اینجا که در قانون مجازات عمومی اصطلاح اکراه وجود نداشته و اکراه صرفاً در قانون مدنی مورد قبول و استفاده قرار گرفته است؛ لذا ورود این اصطلاح به قوانین جزایی بعد از انقلاب امری جدید بوده و مشکلات بسیاری را موجب شده است. در ماده ۵۴ ق. م. ا. بدون اینکه به مرزبندی‌های خاستگاهی و مفهومی دو اصطلاح اکراه و اجراء توجه شده باشد، اکراه بعد از کلمه اجراء استفاده شده است. قانون مدنی در ماده ۱۹۹ اکراه را از عیوب رضا شمرده و ماده ۲۰۲ آن قانون در تعریف اکراه مقرر داشته است: «اکراه به اعمالی حاصل می‌شود که مؤثر در شخص با شعوری بوده و او را نسبت به جان یا مال یا آبروی خود تهدید کند، به نحوی که عادتاً قابل تحمل نباشد...» ملاحظه می‌شود اکراهی که مورد قبول قانون مدنی است، به مراتب از لحاظ درجه مؤثر بودن در اراده مکره پایین‌تر از اکراهی است که در فقه جزایی استفاده می‌گردد؛ زیرا در فقه جزایی اکراهی مورد قبول است که بر اختیار مکره مؤثر واقع گردد. آن‌چه که در تعریف جزایی اکراه باید مورد توجه قرار گیرد آنست که مکره به چه منظور مکره را بیم می‌دهد و در جهت واداشتن مکره به تبعیت از خواسته اش، چگونه بر ذهن مکره تأثیر می‌گذارد؟ بنابراین در اکراه صرفاً تاخشنودی و نبود رغبت مکره مطرح نیست بلکه واداشتن او به انجام امری خاص با تهدید قریب الوقوع جوهره اکراه در امور جزایی را تشکیل می‌دهد؛ اکراه تهدیدی است که مؤثر در شخص متعارض بوده و بر مکره وارد شده تا او به انجام امری که خواسته مکره است، وادر شود. بنابراین تأثیر تهدید برخاسته از اکراه بر اراده مرتكب جرم آن است که اراده مکره به واسطه محدود و یا معیوب شدن اختیار او نامعتبر شده و لذا قابلیت سرزنش از رفتار مکره ساقط شده و بر عهده مکره قرار می‌گیرد.

### تمایز اکراه از اجراء

قانون گذار کیفری تعریفی از این دو مفهوم ارایه نکرده و لذا تفاسیر متعددی در این خصوص وجود دارد. اگر قوار باشد این دو مفهوم را از هم متمایز بدانیم به ناچار باید نسبت آن دو را چنین ترسیم نمود: اجراء علت یا عاملی است که اراده مرتكب را زایل و سلب می‌کند؛ ولی در اکراه اراده معیوب می‌گردد بدون اینکه از بین برود. در عرف حقوقدانان اجراء به چهار دسته تقسیم می‌شود که مختصراً به آن‌ها اشاره می‌شود: اجراء مادی خارجی که می‌تواند ناشی از حوادث طبیعی (فورس مازور) یا عمل شخصی دیگر باشد. اجراء مادی داخلی؛ شخص فاعل جرم بی‌آنکه از نظر روانی مجبور باشد، از نظر جسمی و فیزیکی مثل خواب بودن، در شرایطی قرار می‌گیرد که مجبور به ارتکاب جرم می‌گردد (غلطیدن در خواب). در اجراء معنوی خارجی یک عامل مادی خارجی قدرت اراده انسان را زایل می‌کند، مانند تهدیدی که باعث اختلال تام قوه اراده گردد. اجراء معنوی داخلی ریشه و علت آن در خود فرد وجود دارد. اگر بگوییم این نوع اجراء همان فشار عاطفی و هیجانی است، آنگاه این نوع اجراء فاقد اثر بوده و مرتكب جرم مجازات می‌شود، درحالی که اجراء معنی مسلوب الاراده شدن و ارایه چنین تعریفی از اجراء معنوی داخلی نادرست است و اجراء به هر شکل آن موجب از بین رفتن وصف مجرمانه از رفتار مرتكب می‌شود. بین حالت ضرورت، اکراه و اجراء تفاوت‌هایی به شرح زیر وجود دارد:

۱. اکراه یک عامل ذهنی بوده و جزء علل رافع مسؤولیت کیفری محسوب می‌گردد. اما اجبار و ضرورت بیش تر جنبه عینی داشته موجب زوال وصف مجرمانه گردیده و لذا جزء علل موجهه جرم (اسباب اباوه) هستند؛

۲. در ضرورت انتخاب کمترین ضرر مطرح است و مرتکب در انتخاب بین دو امر به علت فشار موجود ناچار به انتخاب یکی از دو گزینه است و ارتکاب جرم را برミگزیند. به عبارت دیگر در حالت ضرورت برای فرد غالباً قدرت انتخاب بین دو امر به وجود می‌آید و او جرم را انتخاب می‌کند تا از خطری که تهدیدش می‌کند بگیریزد. ولی در اجبار چنین نیست و اساساً قدرت انتخاب وجود ندارد؛ اما از این حیث اکراه و ضرورت بسیار به هم شبیه هستند؛

۳. عامل محقق شدن اکراه، تهدید و ارعاب و آزار و صدمه و اعمال قهرآمیز انسانی می‌باشد، اما عامل محقق شدن ضرورت و اجبار، در تنگنا قرار گرفتن و ناچاری و خطر مناقع شخصی درونی انسان یا ناشی از شرایط غیر انسانی است.<sup>۱</sup>

## شرایط تحقق اکراه

اکراه دارای ارکانی است که باید شرایط آن‌ها احراز گردد و عبارتند از: تهدید، مکره، مکرہ به.

الف) تهدید: آیت الله خوبی و امام خمینی معتقدند صرف وجود تهدید بدون اظهار آن کافی است؛ در واقع تهدید وقتی آنقدر قوی و محرز است که نیازی به اظهار ندارد، صرف تهدید کفایت می‌کند. این امر بدان معناست که مجرد خوف از کسی نمی‌تواند مجوز ارتکاب جرم باشد بلکه تهدید قریب الوقوع مؤثر در شخص متعارف لازم است. مسئله دیگر آنکه قدرت تهدید باید به قدری باشد که اراده مکره را تحت تأثیر قرار دهد و قدرت انتخاب او را معیوب نماید؛ لذا شدت تهدید نیز که از آن به غیرقابل تحمل بودن تعییر می‌شود باید لحاظ شود. موضوع تهدید می‌تواند تهدید شرافتی، جانی یا مالی باشد که مؤثر بر تهدید شونده است. ضایعه تشخیص مؤثر بودن تهدید بر مکره عبارتست از اینکه اولاً قاضی باید خواهاب و معیارهای متعارف توده مردم را برای تتحقق اکراه در آن شرایط مورد توجه قرار دهد ثانیاً باید شرایط خاص مکره را از نظر سن، جنسیت، خصوصیات اخلاقی و روانی در نظر گرفته شوند؛ به عبارت دیگر ضایعه نوعی و شخصی توامان لحاظ خواهد شد. این تفسیر از ماده ۲۰۲ ق.م. قبل تسری به حقوق جراست. ایجاد این ضایعه از یک سو عینی تر شدن آن است در حالی که اکراه مقوله‌ای ذهنی است و ناظر بر حالت ذهنی و روانی خاص مرتکب جرم و از سوی دیگر از حدود متعارف خارج شدن و شخصی کردن معیار است؛ زیرا قدرت تحمل افراد دربرابر تهدیدات متفاوت است. با این شرایط در هر مورد سنجش تتحقق یا عدم تتحقق اکراه کاری دشوار برای قاضی محکمه است؛ لذا لازم است معیاری مشخص برای ارزیابی رفتار افراد ارایه گردد. به نظر می‌رسد راه حل کنونی آن است که قاضی اعمال متهم را با اعمال شخص متعارف در شرایط او بسنجد و سپس تصمیم‌گیری کند، البته با این راه حل نیز ایجاد رفع نمی‌شود؛ زیرا شخص متعارف تعریف معینی ندارد؛ چرا که انسان‌ها علاوه بر دسته‌بندی‌های قطعی زن، مرد، کودک، جوان، سالخورده و غیره دارای ویژگی‌های شخصیتی گوناگونی می‌باشند و لذا نمی‌توان انسان متعارف را دقیقاً معنا کرد. در آخر

1. Duress and Necessity, p. 19.

- اینکه از نظر قانون مجازات اسلامی تهدید قریب الوقوع غیرقابل تحمل نامشروع چنان‌چه نسبت به خویشان مرتکب جرم باشد نیز با توجه به علاقه ووابستگی میان اشخاص قابل پذیرش است.
- ب) مکرۀ: اکراه از انسان ناشی می‌شود و مکرۀ باید توانایی بر اجرای تهدید خود داشته باشد. قدرت بر عملی ساختن تهدید از ویژگی‌های مکرۀ است؛ این قدرت، توان فیزیکی یا داشتن منصب و مقام نیست، بلکه منظور امکان عملی کردن تهدید توسط مکرۀ است.
- ج) شرایط مکرۀ: شرط است مکرۀ ظن قوی داشته باشد که مکرۀ به تهدید خود عمل خواهد کرد.<sup>۱</sup> برخی فقهای عامله نظیر سرخسی و ابن قدامه به ظن غالب بسته ننموده‌اند و گفته‌اند باید به نوع و شرایط تهدید با توجه به شدت و احتمال وقوع آن و شخصیت مکرۀ با توجه به سن، جنس و شرایط روحی و جسمی او نیز توجه کرد.<sup>۲</sup> با توجه به قوانین موضوعه شاید بهتر این باشد که بگوییم ضابطه «نوعاً غير قابل تحمل باشد» هم ناظر به تهدید است و هم ناظر به مکرۀ.
- د) مکرۀ به: موضوع اکراه باید واداشتن به انجام یا ترک عملی باشد که مجرمانه است. در واقع در اکراه شخص مکرۀ می‌خواهد جرم مورد نظر خود را توسط دیگری انجام دهد. در اکراه باید تهدید نسبت به مکرۀ به برتری داشته باشد و موازنۀ ذهنی مکرۀ را برهمن زده و او را به ارتکاب جرم ودادرد.

## اکراه در حقوق کیفری ایران

حقوق کیفری ایران تأثیرپذیری روشنی از فقه اسلامی دارد. در فقه جزایی اسلامی برای توجه مسؤولیت به مرتکب شرایط عامله‌ای مقرر شده از جمله عقل، بلوغ، اختیار و قصد. از آنجا که اکراه ظاهرا در قصد و اختیار شخص خلل وارد می‌سازد، لذا مسؤولیت (تحمل رنج ناشی از تحمیل مجازات) ساقط شده و امکان مواخذه مرتکب نیست. حدیث رفع نیز بر عدم مسؤولیت اکراه شونده دلالت دارد.<sup>۳</sup> در قانون مجازات اسلامی در ماده ۱۵۱ آمده است اکراه در جرایم تعزیری باید قابل تحمل نباشد. ظاهراً صرفاً یک شرط برای دفاع اکراه از اینها شده و مقتن به صورت مطلق اکراه را پذیرفته است اگرچه این ماده صراحتاً در مورد جرایم تعزیری است و شامل حدود و قصاص نمی‌شود. اما سؤال این است که آیا شرایطی که قبلًا برای ارکان اکراه ذکر شد باید در اکراه موضوع ماده ۱۵۱ ق. م. ا. نیز موجود باشند تا استناد‌کننده به آن از مجازات معاف شود یا بدليل عدم تصریح نیازی به اثبات آن‌ها نیست. به نظر می‌رسد تزان عقلی مبنای شروط ذکر شده هستند و لذا رفتار متعارف و عاقلانه مقتضی وجود چنین شروطی بدون تصریح قانونی است. مثلاً ماده ۶۶۹ به قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات از آنجا که مبنای اکراه تهدید است، تهدید را شامل ضرر جانی، نفسی، شرفی یا مالی دانسته است، درحالی که ماده ۱۵۱ به موضوع تهدید اشاره‌ای نکرده است. اکراه در تمامی جرایم تعزیری پذیرفته شده است و قانون‌گذار در برخی از مواد ق. م. ا. سال ۱۳۷۰ (۱۹۸۶) به زوال مسؤولیت کیفری مرتکبان جرایم مستوجب حد نیز اشاره کرده است. در رابطه با اکراه در جرایم مستلزم قصاص مقتن در قانون مجازات سال ۱۳۷۰ سکوت بود.<sup>۴</sup>

۱. مرتضی انصاری، المکاسب، جلد ۲، ص. ۵۶۵؛ محمد حسن طوسی، المبسوط، جلد ۵، ص ۵۱.

۲. شمس الدین سرخسی، المبسوط، جلد ۲۴، ص. ۵۰؛ ابن قدامه، المغنى، جلد ۵، ص ۲۶۱.

۳. محمدبن علی بن الحسین نقل مکنند قال النبی (ص) وضع عن امیٰ تسعه اشیاء السهوه الخطاء "والتسيان وما اکرهوا عليه وما لا يطيقون والطيره والحسد والتفكير في الوسوسه في الخلق سالم بتفاق الانسان به شفتيه".

۴. میرمحمدصادقی، حسین؛ جرایم علیه اشخاص؛ نشر میزان؛ چاپ ششم؛ تابستان ۱۳۹۰؛ صص ۲۸۴-۲۹۰.

خوشبختانه قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ در مواد ۳۷۷ و ۳۸۸ این نصیحت را برطرف نموده است، با این توضیح که اکراه در جنایت بر عضو موجب قصاص اکراه‌کننده است و ادعای اکراه بر جنایت بر عضو باید در دادگاه ثابت شود و در صورت عدم اثبات با سوگند صاحب حق قصاص، مباشر قصاص می‌شود.

## اکراه در قتل در فقه

### (الف) در فقه جزای

مشهور فقها قائلند اکراه مجوز قتل نیست و اکراه شونده در صورت ارتکاب قتل عمد، قصاص شده و اکراه‌کننده حبس ابد می‌شود؛ ولی این نظر مطلق نیست و در موارد زیر قصاص اکراه طفل ممیز، در این صورت اکراه شونده حبس ابد و عاقله طفل مکلف به پرداخت دیه مقتول می‌شوند. ب) اکراه طفل غیر ممیز یا مجنون، در این صورت اکراه‌کننده قصاص می‌شود؛ چرا که طفل غیر ممیز یا مجنون در حکم وسیله هستند (سبب اقوى از مباشر). در خصوص قتل اکراهی توسط بالغ عاقل، مشهور فقها به دلیل تمسک به قاعده ترجیح بلا مرجع و نبودن مرجع در قتل دیگری قایل به قصاص مکره می‌باشند. آیت‌الله خوبی نظری مخالف نظر مشهور دارد و بر این نظرند که در صورت اکراه در قتل، دو حکم وجوب حفظ نفس و حرمت کشتن دیگری با هم تراحم کرده و در این وضع حکم به تساقط و رجوع به تخيیر داده می‌شود که در نتیجه موجبی برای قصاص نیست.<sup>۱</sup> در مبانی تکمله المنهاج<sup>۲</sup> این مسئله به دو قسم تقسیم شده است: صورت اول (لو امر غیره بقتل احد فقتله) اگر کسی فردی را به کشتن شخصی امر کند و او هم بکشد، قاتل قصاص می‌شود و آمر به حبس ابد محکوم می‌شود تا بمیرد. صورت دوم (ولوا کرهه علی القتل ....) خود چند صورت دارد:

۱. اگر اکراه به مادون قتل باشد یعنی مکره می‌گوید یا این شخص را بکش والا مثلاً دستت را قطع می‌کنم و یا چشمت را کور می‌کنم و غیره، در این صورت هم کشتن جایز نیست، اگر بکشد قاتل مباشر قصاص می‌شود؛ زیرا همان‌طوری که گفته شد حفظ نفس محترم واجب است و لذا حرمت کشتن به اکراه بمادون النفس برداشته نمی‌شود. پس قاتل قصاص می‌شود و آمر حبس ابد تا بمیرد؛

۲. اگر اکراه به قتل باشد و مکره عاقل بالغ، مشهور گفته‌اند مباشر قاتل قصاص می‌شود و مکره حبس ابد. صاحب تکلمه می‌فرماید قصاص مکره مشکل است، بر مکره دیه پرداختن لازم می‌شود و بر مکره حبس ابد. سپس در پاورقی استدلال نموده‌اند به اینکه در قتل اکراه محقق نمی‌شود، و می‌فرمایند: اگرچه استدلال حدیث رفع درست نیست، زیرا حدیث رفع برای امتحان است و مقام را

۱. تکلمه المنهاج. آیت‌الله خوبی، انتشارات دارالزهرا. ج ۴۲ ص ۱۳.

۲. لو امر غیره بقتل احد فقتله فعلی القاتل القود وعلى الا مر الحبس موبد الى ان يموت ولو اکراهه على القتل فان كان ما توعده به دون القتل، فلا ريب في عدم جواز القتل ولو قتلته والحال هذه كان عليه القود وعلى المكره الحبس الموبد وان كان ما توعده به هو القتل فالمشهور ان حكمه حكم الصورة الاولي ولكنها مشكل ولا يبعد جواز القتل عندئذ وعلى ذلك فلا فدودو لكن عليه الديه وحكم المكره في هذه الصورة الاولي هذا اذا كان المكره بفتح الراه عاقلا واما اذا كان مجنونا وصبيا غير ممیز فالقوله على المكره بالكسر واما اذا كان ناصيا ممیزا فلانو لا على المكره ولا على الصبي وعلى عاقلة الصبي الديه وعلى المكره الحبس المكره الحبس موبد.

شامل نمی‌شود الا اینکه در این صورت بگوییم قتل و کشتن مکره علیه حرام نیست. در اینجا تزاحم وجود دارد چون امر دایر است بین ارتکاب فعل حرام یعنی کشتن مکره علیه و بین ترک واجب یعنی حفظ جان خودش (مکره) و به هلاکت نینداختن خود، زیرا بین این دو نفر رجحانی نیست پس ناچار باید قابل به تخيير شويم، بنابراین قتل جایز می‌شود و اگر کشت ظلماً و عدونا نکشته پس قصاص برآورده باشد.

### ب) اکراه در قتل در قانون مجازات اسلامی

موضوع قانون مجازات اسلامی بر اساس نظر مشهور فقهاست. در ماده ۳۷۵ ق.م. ا. ذیل عنوان اکراه در جنایت چنین آمده است: «اکراه در قتل مجوز قتل نیست، و مرتكب قصاص می‌شود و اکراه‌کننده به حبس ابد محکوم می‌گردد».

تبصره ۱. اگر اکراه شونده طفل غیرمیمیز یا مجنون باشد فقط اکراه‌کننده محکوم به قصاص است.

تبصره ۲. اگر اکراه شونده طفل میمیز باشد عاقله او دیه مقتول را می‌پردازد و اکراه‌کننده به حبس ابد محکوم است.

در ادامه در ماده ۳۷۶ ق.م. ا. آمده است که مجازات حبس ابد برای اکراه‌کننده مشروط به وجود شرایط عمومی قصاص در اکراه‌کننده و حق اولیای دم است و قابل گذشت و مصالحه است. اگر اکراه‌کننده به هر علت به حبس ابد محکوم نشود، به مجازات معافون در قتل محکوم می‌شود.

### اکراه در حقوق کیفری انگلستان

دافعیات عام در حقوق انگلستان شامل مواردی از قبیل مستی، جنون، اشتباه، ضرورت، اکراه و ... است. هر کدام از این دافعیات بر اساس آن‌جهه که رویه قضایی ایجاد کرده دارای شرایط خاصی می‌باشدند. در این بخش تلاش خواهد شد تا با ذکر پرونده‌های مشهور رویه قضایی انگلستان در خصوص دفاع اکراه، زوایای این دفاع تبیین شده و امکان قیاس آن با حقوق کیفری ایران فراهم گردد.

### الف) تحول تاریخی مفهوم اکراه

وقتی که فردی تحت تأثیر تهدید به مرگ یا تهدید به صدمه جسمی، مرتكب جرم می‌شود دفاع اکراه قابل استناد است.<sup>۱</sup> در پرونده R. v Symonds (۱۹۹۸) مشاهده شد وقایع مشابه می‌تواند در قلمرو دفاع اکراه و دفاع مشروع قرار گیرند. بنابراین پیشنهاد شد که دفاع مشروع باید در مورد جرایم علیه شخص اعمال شود و اکراه برای دیگر جرایم مانند رانندگی خطروناک مورد استناد قرارگیرد. در زمان گذشته دفاع اکراه تنها اعمالی را تحت پوشش قرار می‌داد که در نتیجه تهدید آشکار نسبت به اینکه «یا این را انجام بدی یا آن دیگری را»<sup>۲</sup> صورت می‌گرفت. اما در پرونده‌های جدیدی که اکراه در آن‌ها مطرح شده است، دفاع اکراه ناشی از اوضاع و احوال پذیرفته شده و ناشی از موقعیتی است که فرد در زمان ارتکاب جرم در

1. An act which is done by me against my will is not my act and hence I am not responsible for it.
2. Do This or Else.



آن قرار داشته است. بنابراین در حال حاضر در حقوق انگلستان دو نوع دفاع اکراه ناشی از تهدید و دفاع اکراه ناشی از اوضاع و احوال.<sup>۱</sup>

### ب) اکراه ناشی از تهدید

در این قسم از اکراه شرایطی به شرح ذیل باید احراز شود: الف) رعایت تناسب: برای تشخیص تناسب بین شدت آسیب موضوع تهدید و جرم ارتکابی از طرف متهم، در پرونده Graham (۱۹۸۲) دو ضابطه ارایه شده است. معیار ارایه شده بسیار شبیه معیاری است که در دفاع تحریک وجود دارد و تلقیقی از معیار نوعی و شخصی است. به این معنا که آیا خوانده‌ای که مجبور به انجام آن جرم شده رفتارش ناشی از ترسی بوده که اگر انجام نمی‌داد صدمه شدید جسمی بر او تحمیل می‌شد یا خطر مرگ او را تهدید می‌کرد یا نه؟ و اینکه آیا یک انسان عاقل دارای رفتار متعارف دارای تیپ شخصیتی متهم، در آن موقعیت همان واکنش متهم را از خود نشان می‌داد یا نه؟ در خصوص معیار نوعی چند مؤلفه باید در نظر گرفته شود.<sup>۲</sup>

۱. شدت تهدید: باید تناسب بین عمل ارتکابی و تهدید وجود داشته باشد. پرونده‌های مشهور در این رابطه عبارتند از Valderrama-Vega (۱۹۸۵) v R.: در این پرونده متهم تهدید شده بود اگر هردوین را حمل نکند، شریک جنسی او که همجنیس بود نامش فاش خواهد شد. دادگاه دفاع اکراه را از متهم نپذیرفت چراکه تهدید مشتمل بر قتل یا صدمه شدید فیزیکی نبود. در پرونده Cairns (۱۹۹۶) v R. نیز استدلال مشابهی صورت گرفته است.

۲. قریب الوقوع بودن تهدید: باید تهدید به صدمه فوری باشد. در پرونده Gill (۱۹۶۳) خوانده تهدید شده بود که اگر کار خواسته شده را انجام ندهد، دوستش که همکارش بود را خواهند ربود. دادگاه دفاع اکراه را نپذیرفت، زیرا در فاصله بین تهدید و انجام کار فرصت وجود داشت و خوانده می‌توانست به پلیس اطلاع دهد. در پرونده Hudson and Taylor (۱۹۷۱) خواندگان دو دختر نوجوان و تنها شهود پرونده بودند که در آن دادگاه شهادت کذب دادند. آن‌ها در دفاع از خود مدعی بودند قبل از ورود به جلسه دادگاه، تهدید به صدمه شدید شدند و از روی ترس دروغ گفته‌اند. در این پرونده نیز دادگاه دفاع اکراه را با همان استدلال پرونده قبلی نپذیرفت.

۳. متهم در ایجاد اکراه دخالتی نداشته باشد: متهم نباید مؤثر در به وجود آمدن اکراه باشد. مثلاً اگر در سازمان مجرمانه‌ای مانند ماafia عضو باشد و اکراه به ارتکاب جرمی شود دفاع اکراه از وی نپذیرفته نمی‌شود. در پرونده Sharp (۱۹۸۷) v R. متهم در دسته بزهکاری عضویت داشت و اکراه به سرقت شد لذا دادگاه دفاع اکراه را از وی نپذیرفت. در پرونده Ali (۱۹۹۵) v R. متهم در سفری به پاکستان معتاد به هردوین شده بود. در بازگشت به انگلستان X به وی گفته بود مقداری هروئین را بفروش داد و مقداری برای مصرف خودش بردارد و پول مابقی را به او بدهد. این معاملات تداول داشت تا

1. Criminal Law, Catherine Elliott and Frances Quinn, Pub. By Pearson Education Limited, Third Edition, 2000, p. 270-80.
2. Criminal Law, Nicola Padfield, Pub. By Oxford University Press, Sixth Edition, 2008, p. 102-7.

اینکه روزی متهم همه مواد را خودش مصرف کرد و بدھکار X شد. او نیز با اسلحه به خانه متهم رفت و او را تهدید کرد که باید از بانک سرقت کند والا او را خواهد کشت. دفاع اکراه از او نیز پذیرفته نشد.<sup>۱</sup> در ارتباط با معیار شخصی بودن در رعایت تناسب، پرونده‌های ذیل وجود دارند. در R. v Bowen (۱۹۹۶) خوانده متهم بود با فریب خدمات دریافت کرده است. اوی در دفاع پرونده‌های R. v Bowen (۱۹۹۶) خوانده متهم بود با فریب خدمات دریافت کرده است. وی در دفاع گفت در تمام مدت مزبور اوی برای به دست آوردن کالاهای مکره بوده و مکره او و خانواده‌اش را تهدید به استفاده از بمب بتزیینی کرده بود. دادگاه عطف به پرونده Graham خطاب به هیأت منصفه گفت سن و جنسیت را در نظر بگیرند. هیأت منصفه به IQ پایین خوانده توجه نکرد ولی دادگاه استینیاف دفاع اکراه را از او پذیرفت؛ زیرا معیار انسان متعارف در تیپ شخصیتی متهم در نظر گرفته نشده بود. در پرونده‌های Morhall v R. v Hurst و Flatt v R. v Flatt در پرونده‌های Morhall v R. v Hurst و Flatt نیز به معیار شخصی توجه شده است<sup>۲</sup> در اکراه ناشی از تهدید<sup>۳</sup> خوانده هم رکن مادی و هم رکن روانی جرمی که به آن متهم شده است را می‌پذیرد، ولی ادعا می‌کند که عملش بواسطه تهدید ایجاد شده به وسیله انسان دیگر انجام شده است.<sup>۴</sup>

### ج) اکراه ناشی از شرایط و اوضاع و احوال

در حقوق کیفری انگلستان دفاع اکراه ناشی از اوضاع و احوال سابقه‌ای طولانی ندارد. اخیراً با تممسک به معنای قدیمی اکراه، محاکم انگلستان مفهوم اکراه ناشی از اوضاع و احوال را پذیرفته‌اند که شباهت زیادی به مفهوم ضرورت دارد.<sup>۵</sup> در این اکراه نیز خطر باید نسبت به جان یا صدمه شدید فیزیکی باشد.<sup>۶</sup> گفته شده است که ضروری نیست به ملاک خطر شدید برای پذیرش دفاع اکراه ناشی از اوضاع و احوال توجه نماییم؛ زیرا عملاً اشتباه در تشخیص خطر نیز منجر به معافیت از مجازات می‌شود.<sup>۷</sup> در این نوع از اکراه لازم نیست تهدید به صورت «Do This or Else» باشد، بلکه کافی است شرایط به نحوی باشد که در صورت عدم ارتکاب جرم، صدمه شدید جسمی یا مرگ او را تهدید کند.<sup>۸</sup>

### اکراه در قتل عمد و توصیه کمیسیون حقوق انگلستان

در انگلستان طرفداران پذیرش و یا رد دفاع اکراه در قتل عمد از نظر تئوریک استدلالات خاص خود را دارند. مخالفین دفاع اکراه می‌گویند با توجه به اینکه قضات در تعیین مجازات اختیارات گسترده‌ای دارند، اگر اکراه به عنوان یک دفاع پذیرفته شود، قانون جزا کارایی خود را از دست می‌دهد و دیگر اثر ارعابی

1. Criminal Law, Michael Jefferson, Pub. By Pearson Education, Fifth Edition, 2001, p. 269.

۲. همان

3. Per Minas

4. Duress and Necessity, p 20.

5. Source Book on Criminal Law, Michael Molan, Pub. By Cavendish Publishing Limited, 2001, p. 536-64.

6. See R v Shayler [2001] WLR 2206.

7. Duress and Necessity, p 21.

8. Criminal Law, Catherine Elliott and Frances Quinn, p. 276.

ندارد. از طرف دیگر از نظر اخلاقی نیز متهم قابل سرزنش و مجازات است، هرچند به دلیل وجود اکراه او می‌تواند مجازات خفیقی را متحمل شود. این استدلال توسط Lord Hail sham و Black Stone شده است. استدلال دیگر این است که اکراه صرفاً در مقوله انگیزه مجرمانه قرار می‌گیرد و بنابراین در وقوع جرم بی‌تأثیر بوده و مسؤولیت نیز کامل است. موافقین دفاع اکراه استدلال می‌کنند که کیفر دادن مکره به قتل از جنبه ارتعابی و سودمندی و سایر اهداف مجازات غیر مقید است. از طرف دیگر شخص مکره خطیر برای جامعه نداشته و نیازی به اصلاح و بازپروری ندارد. بعضی دیگر ارتکاب قتل تحت تأثیر اکراه را اخلاقاً قابل پذیرش دانسته و لذا مکره را غیر قابل سرزنش می‌پنداشند. Stephen, Lan Dennis و Fletcher از موافقین پذیرش دفاع اکراه می‌باشند.<sup>۱</sup> کمیسیون حقوقی انگلستان در گزارش سال ۱۹۹۳، در بخش دوم گزارش ذیل عنوان دفاعیات عام و دیگر مقررات، در ماده ۲۵ و ۲۶ به تفسیر اکراه و انواع آن پرداخته است. در ماده ۲۵ آمده است: «اگر عمل شخصی تحت تأثیر اکراه ناشی از تهدید انجام گیرد جرمی واقع نمی‌شود.» ادامه می‌دهد که شخص باید بداند یا اعتقاد داشته باشد که خطر فوریت دارد، به طریق دیگری نمی‌توان از آن پیشگیری کرد، اگر عمل ممنوعه را انجام ندهد آسیب شدید فیزیکی یا خطر مرگ او را یا دیگری را تهدید می‌کند و خطر ماهیتاً به نحوی باشد که در همه شرایط افراد در تیپ شخصیتی او نتوانند در مقابل آن مقاومت کنند. در این گزارش کمیسیون در پاراگراف ۳۰ به تفصیل استدلال می‌کند که باید اکراه به عنوان دفاع عام حتی در قتل عمدی نیز پذیرفته شود. در پاراگراف ۳۱ مقرر می‌دارد دفاع اکراه، دفاعی است عام. و در پاراگراف ۳۲ بیان داشته اگر اکراه در قتل عمد پذیرفته نشود حداقل باید در سایر جرایم دفاع عام محسوب شود.<sup>۲</sup>

در رویه قضایی انگلستان باید بین اتهام مباشرت در قتل عمد و معاونت در قتل عمد تمایز قابل شد؛ زیرا مجلس اعیان دفاع اکراه در اتهام معاونت در قتل عمد را پذیرفته است. در پرونده Lynch پژوهش خواه متهم به معاونت در قتل عمد بود. او به اکراه استناد کرده بود اما دفاعش رد شده بود. مجلس اعیان حکم داد از آنجایی که اتهام او معاونت در قتل عمدی است، نه مباشرت، می‌تواند از دفاع اکراه برخوردار شود.<sup>۳</sup> اما در پرونده‌های Abbott, Howe و Gotts استدلال شده است که در مباشرت در قتل عمد دفاع اکراه پذیرفته نیست، ولی شرایط پیرامون جرم می‌تواند به عنوان کیفیات مخففه مورد استفاده قرار گیرد.<sup>۴</sup> از آنجایی که مجازات قتل عمد در انگلستان حبس ابد است، با پذیرش کیفیات مخففه ممکن است به مجازات حداقل حبس ابد تبدیل شود.

1. Criminal Law, Text and Materials, Second Edition, C. M. Clarkson and H. M. Keating, London Sweet and Maxwell, 1990, p. 323-6.
2. Legislating the Criminal Code- Offences Against the Person and General Principles, Cm 2370, 1993, Report No. 218 – Law Commission.
3. Criminal Law, Smith and Hagen, Sixth Edition, London, Edinburgh, 1988, p. 322.
4. Criminal Law, Catherine Elliott and Frances Quinn, p. 280.

اکراه باعث از بین رفتن اراده آزاد شده و اختیار مکره را محدود و معیوب می‌کند و از این جهت با اجراء تفاوت دارد و همین امر باعث شد قانون گذار در ماده ۱۵۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ عبارت اجراء را که در ماده ۵۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ در کنار عبارت اکراه آمده بود حذف کند. در مکره رغبت و شوق به ارتکاب جرم وجود ندارد اما به علت وجود تهدید مؤثر جانی، مالی یا شرافتی، او به ناچار به خواسته مکره تن داده و رضایت به ارتکاب جرم می‌دهد. مجرمی که به دفاع اکراه استناد می‌کند باید تناسب را رعایت کرده باشد و ظن قوی به محقق شدن تهدیدی داشته باشد که شدیدتر از جرم ارتکابی است. در تشخیص شدت آسیب و واکنش صورت گرفته از سوی مجرم، معیار شخصی و نوعی توامان اعمال می‌شود، اگرچه اکراه مقوله‌ای ذهنی است نه عینی. اکراه در حقوق کیفری ایران در جرایم تعزیری، حدود، دیات و جرم مستلزم قصاص مادون نفس دفاع عام محسوب می‌شود ولی در قتل مستلزم قصاص نفس پذیرفته نیست. بحث اکراه در قتل مستوجب قصاص در فقه اسلامی مورد اختلاف است. در انگلستان نیز برخی نویسندهای حقوقی و کمیسیون حقوقی این کشور نظراتی درباره پذیرش دفاع اکراه در قتل داده‌اند. اکراه در حقوق انگلستان به دو بخش تقسیم شده (اکراه ناشی از تهدید و اکراه ناشی از شرایط و اوضاع و احوال) و صرفاً تهدید معطوف به ایراد صدمه شدید جسمی یا مرگ خود یا دیگری پذیرفته شده است؛ در حقوق کیفری ایران اکراه دسته‌بندی ندارد ولی موضوع تهدید می‌تواند مال، جان، ناموس خود یا دیگری باشد. تفاوت تأثیر استناد به اکراه در جرم قتل عمدى در حقوق کیفری ایران و انگلستان در میزان مسؤولیت کیفری مرتكب جرم مشهود است؛ زیرا قاضی انگلیسی در مقام تعیین مجازات می‌تواند اکراه را از کیفیات مخففه محسوب کرده و مجازات را از جلس ابد به حداقل جلس ابد تخفیف دهد ولی در حقوق ایران اکراه در مسؤولیت قاتل عدم تأثیری ندارد، زیرا مجازات وی ثابت بوده و کیفیات مخففه در آن راه ندارد. (مجازات قاتل عدم قصاص است مگراینکه به تراضی طرفین تبدیل به دیه گردد). به نظر می‌رسد اگر به هر دلیل قاتل عدم در حقوق کیفری ایران قصاص نشود، برای تعیین مجازات مخففه در آن راه ندارد. با عنایت به مراتب فوق می‌توان گفت حقوق انگلستان چنان نیازی به استناد کرد و منعی وجود ندارد. با عنایت به مراتب فوق می‌توان گفت حقوق انگلستان چنان نیازی به پذیرش دفاع اکراه در قتل عدم ندارد؛ زیرا قضات آن کشور از اکراه به عنوان کیفیات مخففه در جهت عادلانه کردن مجازات مجرم بهره می‌گیرند.

# مُنْقَشَه امر در مورد دریافت وکالت از راهنم و اقدامات بسته بر آن

حسن وثيقزاده انصاري

معمولًاً طبکاران برای تضمین بیشتر باز پرداخت وام، در هنگام پرداخت قرض به بدھکاران، علاوه بر اخذ اسناد وثیقه و رهن اسناد دیگری همچون چک و سفته، مبایعه‌نامه ملکی و وکالت رسمی، با آن‌ها تنظیم می‌نمایند تا چنان‌چه بدھکاران در سر رسید، بدھی خود را تصفیه نکنند بتوانند از راحت‌ترین راه (و نه از راه قانونی پر پیچ و خم ماده ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک) نه تنها به اصل و فروعات طلب خود دست یابند بلکه گاه تا چندین برابر آن را تحصیل نمایند.

حال سوال این است که آیا اقدام بستانکار در تنظیم مبایعه‌نامه عادی با بدھکار و اخذ وکالت رسمی بلاعزال و با مطلق اختیارات برای فروش مال منقول یا غیر منقول او بدون هیچ قید و شرطی صحیح است یا خیر؟ بدیهی است چنان‌چه پاسخ، منفی باشد اسناد عادی و رسمی و کالتی و قطعی متყع برا آن هم، معتبر تخواهد بود.

شبیه این مناقشه در مورد تعارض ماده ۳۴ قانون ثبت با مواد ۷۷۷ و ۷۷۹ قانون مدنی از جهت دیگری نیز وجود دارد و آن اینکه طی دو ماده قانون مدنی به مرتهن اجازه داده شده در صورتی که ضمن عقد رهن از راهن وکالت داشته باشد رأساً از عین مرهونه یا قیمت آن طلب خود را استیفا کند و فقط چنان‌چه وکالت نداشته باشد برای اجبار راهن برای بیع به دادگاه مراجعت نماید و حال آنکه ماده ۳۴ قانون ثبت، بستانکار را در هر صورت ناگزیر از مراجعة به مراجع قانونی (دادگاه یا اداره ثبت) برای فروش مال مرهون و استیفای طلب خود نموده است و با این اوصاف، به نظر می‌رسد ماده ۳۴ قانون ثبت در مورد وکالت در اسناد رهنی، به نوعی مخصوص یا محدود‌کننده قابلیت اجرایی آن دو ماده باشد. در پاسخ، دو دیدگاه وجود دارد:

دیدگاه اول: این اقدامات مطابق مواد ۶۷۴ و ۷۷۷ قانونی مدنی، صحیح است و مطابق ماده ۷۸۱ قانون مدنی، مبلغ فروش ملک، مازاد بر طلب، متعلق به مالک (موکل) خواهد بود. نظریه مشورتی اداره کل حقوقی و تلوین قوه قضائیه مورخ ۲۲/۵/۸۱ اشاره می‌دارد: راهن به طریق توکیل وفق ماده ۷۷۷ ق.م از مزایای مهلتهای مقرر در ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت منصرف شده و با این تعییر، توکیل وفق ماده ۷۷۷ قانون مدنی مغایرتی با ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت نخواهد داشت (به نقل از قانون ثبت در نظم حقوقی کشوری، علیرضا میرزاپی، حواشی ذیل ماده ۳۴).

دیدگاه دوم: که نگارنده به آن عقیده دارد، اساساً نه مبایعه‌نامه و نه وکالت (رسمی و غیر رسمی) اعتباری ندارد و انتقالات متყع برا آن هم غیر معتبر است زیرا:

۱. قانون گذار مدنی در ماده ۷۷۷، وکالتی را معتبر دانسته که در آن تصریح شده باشد: (اگر در موعد مقرر، راهن، دین خود را ادا ننموده مرتهن از عین مرهونه یا قیمت آن، طلب خود را استیفا کند) و

حال آنکه در وکالت‌نامه‌های مورد بحث معمولاً اشاره‌ای به بدھی موکل و عقد رهن و سند وثیقه نمی‌شود.

۲. قانون ثبت اسناد و املاک، مصوب سال ۱۳۱۰ و به ویژه ماده ۳۴ اصلاحی مصوب ۱۳۸۶ به عنوان

قانون موخر (و خاص) ناسخ مقررات مقدم و عام مدنی مصوب ۱۳۰۷ در موارد معارض می‌باشد. آقای دکتر جعفری لنگرودی نیز معتقد به نسخ ضمنی ماده ۷۷۷ ق. م توسط ماده ۳۴ قانون ثبت است (رهن و صلح شماره ۱۳۳). و مرحوم آقای دکتر کاتوزیان قائل به محدود شدن اختیار وکیل به موجب ماده ۳۴ قانون ثبت است (عقود معین - ج ۴، شماره ۱۴۱).

۳. تنظیم مبایعه‌نامه عادی و وکالت به کیفیت مذکور، در باطن و واقع امر، چیزی جز معاملات با حق استرداد نبوده، که با استناد به ماده ۴۶۳ قانون مدنی و تبصره ۱ ماده ۳۳ قانون ثبت، مشمول جميع مقررات راجع به معاملات با حق استرداد است و چون ماده ۳۴ و ۳۹ قانون ثبت بر آن‌ها حکومت دارد لذا این استناد تنها به عنوان اسناد تضمین طلب اعتبار داشته و بر انتقالات قطعی متفرق بر آن‌ها، اثری مترتب نیست.

۴. ماده ۳۴ اصلاحی سال ۸۶ قانون ثبت اسناد و املاک و تبصره یک آن، ترتیب خاصی را برای استیفاده از طلب بستانکار با وثیقه، بیان نموده که شامل دو مرحله و دارای ترتیب ذیل است.

مرحله اول: درخواست وصول طلب از دفترخانه تنظیم‌کننده سند رهنی، صدور اجراییه و اعطای مهلت ده روز به بدھکار از تاریخ ابلاغ اجراییه.

مرحله دوم: (در صورت عدم پرداخت بدھی در مهلت مذکور) تقاضا از اجرای ثبت برای ارزیابی مورد وثیقه، انجام مزایده حداکثر ظرف دو ماه از تاریخ قطعیت ارزیابی، وصول مطالبات به میزان طلب قانونی و استرداد مازاد رهن به راهن، ضمناً در ماده ۳۹ همان قانون، حقوق مصرح انتقال‌دهنده در مواد پیشین (از جمله ماده ۳۴) تا قبل از انقضا مدت را غیر قابل اسقاط و هر قرارداد و ترتیبی را برخلاف این ترتیب، باطل و کان لم یکن دانسته است (حتی اگر به موجب سند رسمی هم باشد) و ماده ۴۰ قانون هم برای متخلفین از مقررات مذکور، اعم از قضاط و کارمندان و مأمورین دولتی، مجازات انتظامی درجه ۴ به بالا پیش‌بینی کرده است.

بنابراین با توجه به مواد مذکور که حاکی از شدت توجه قانون‌گذار به رعایت ترتیب ماده ۳۴ دارد و اینکه از این جهت، خصوصیتی در انتقال‌دهنده (معاملات با حق استرداد) مد نظر نبوده که در سایر وام‌گیرندگان وثیقه‌گذار وجود نداشته باشد و تبصره ۱ همان ماده هم به تسری حکم مذکور به آن‌ها تصریح نموده است، می‌توان تتجیه‌گیری کرد که تنظیم مبایعه‌نامه و وکالت در هنگام پرداخت قرض به وام‌گیرندگان و وثیقه‌گذاران، به طور ضمنی، اسقاط حقوق آن‌ها را در مورد مهلت‌های قانونی و سایر حقوق مصرحه در ماده ۳۴ در بردارد که این اقدامات طی ماده ۳۹ محدود به بطلان بوده و ترتیب اثر دادن به این گونه اسناد هم مستوجب مجازات انتظامی دانسته شده است.

۵. به موجب بند ۷ ماده ۷ قانون بودجه سال ۹۱:

«بانک‌ها و مؤسسات مال و اعتباری دولتی و خصوصی از دریافت وکالت بلاعزال از تسهیلات‌گیرندگان بابت وثیقه‌های در رهن، منوع شده‌اند وثیقه‌گیرندگان موظف شده‌اند. فقط در قالب قراردادهای منعقده نسبت به اجرا گذاشتن وثیقه‌ها، عمل نمایند». پر واضح است که مناط و ملاک منطقی و قانونی این منوعیت در مورد سایر اشخاص حقیقی و حقوقی (که بدلیل عدم ارتباط آن‌ها با مقررات بودجه سالیانه، در این قانون از آن‌ها اسم برده نشده است) وجود دارد.

# «بد جایسر» چگونه مجازات می‌شود؟

کوهیار گرددی

۱۶ مهرماه ۱۳۹۳ طرحی به نام «صیانت از حریم عفاف و حجاب» در صحن علنی مجلس شورای اسلامی اعلام وصول شد. در این طرح که از آن روز تا اکنون دستخوش دگرگونی شده، مجازات و ضمانت اجراهای گوناگونی برای عدم رعایت حجاب شرعی و حریم عفت عمومی، لحاظ شده است. طرح، بدعتهای شگرف و بی سابقه‌ای دارد مانند:

- جرمیه مدیران ساختمان در صورت عدم اعلام وجود ماهواره در مجتمع مسکونی؛
  - جرمیه نقدی و نمره منفی راننده خودرو به دلیل عدم رعایت حجاب شرعی توسط دیگری در خودرو؛
  - کسر حقوق کارمندان بد حجاب و یا آموزش بانوان با پوشش نامناسب توسط نیروی انتظامی.
- جدا از این موارد که اصولاً سازگار با برخی از قواعد و اصول حقوق جزای مانند «اصل شخصی بودن جرایم و مجازات‌ها»<sup>۱</sup> و یا قاعدة فقهی «قاعده وزر»<sup>۲</sup> نیست. آن‌چه که بیش‌تر از مدنظر طراحان نمایان است، مسئله «حجاب» است. موضوعی که اخیراً نیز محمدعلی آصفانی حقوقدان و سخنگوی کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی به آن اشاره کرده: «در جلسه مشترک کمیسیون مشترک حقوقی و فرهنگی مجلس، مواد یک و دو طرح صیانت از عفاف و حجاب به تصویب رسید که بر اساس آن برای رانندگان مختلف که خود یا سرنشینان اقدام به کشف حجاب کنند علاوه بر جرایم قانونی، کسر از حقوق، تذکر شفاهی و درج در پرونده را هم برای کارکنان خانم ادارات و نهادهای دولتی که در محل کار رعایت حجاب اسلامی نمی‌کنند... پوشش سروگردان به جز گرددی صورت از مصاديق حجاب اسلامی است... این نماینده مجلس راننده را مسؤول اعمالی دانست که در خودرو اتفاق می‌افتد... قانون بندازد وضع بد حجابی در جامعه را اصلاح کند».<sup>۳</sup>

اما «بی‌حجابی» در کجا و چگونه جرم شناخته شده و برای آن مجازات در نظر گرفته‌اند که اینک طرح یاد شده بر مبنای آن خواستار تشدید و برخوردی متفاوت با این موضوع شده است؟

---

■ وکیل دادگستری.

۱. اصل شخصی بودن مجازات‌ها طبق این اصل مجازات فقط باید بر مجرم اعمال گردد، نه بر اعضای خانواده و خویشان او، آثار مجازات نیز باید به مجرم محدود شود و نباید به اشخاص ثالث سراحت کند.
۲. کیفر باید فقط در مورد مجرم به مورد اجرا درآید و کسی را نباید به جرم دیگری مجازات کرد و کیفر داد.

تبصره ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) بیان می‌دارد: «زنانی که بدون حجاب شرعی در معابر و انظار عمومی ظاهر شوند به حبس از ده روز تا دو ماه و یا از پنجاه هزار تا پانصد هزار ریال جزای نقدی محکوم خواهند شد». با دقت در متن ماده که مبنای عمل است و عبارات طرح و البته گفته‌های آقای سخنگو متوجه می‌شویم برداشت یگانه و درستی از جرمی در ارتباط با حجاب وجود ندارد. زیرا آن‌چه که بر اساس ماده یاد شده مجازات دارد، بی‌حجابی (بدون حجاب شرعی) است و آن‌چه که در متن طرح آمده با عبارات گوناگونی بیان شده است، مانند: بدحجابی (مقدمه طرح)، کشف حجاب (ماده یک)، رعایت نکردن حجاب اسلامی (ماده ۲)، پوشش غیرشرعی (ماده ۶). اما در مواجهه با عنوان مجرمانه «بی‌حجابی» در قانون مجازات اسلامی و برخورد با آن - بدون ورود به مباحث شرعی محض و یا تاریخی حجاب - می‌توان به دو تفسیر و نتیجه‌گیری رسید:

نخست اگر با تفسیری مضيق یا همان به نفع متهم - آن‌گونه که در حقوق جزا بایسته و شایسته است - بی‌حجاب را زنی لحاظ نماییم که به‌طور کلی حجاب (پوشش اسلامی) ندارد، بنابراین ما جرم یا عنوان اتهامی بدحجابی (حجاب ناقص) یا امثال آن را نخواهیم داشت. بنابراین ضمن این که گسترش مصادیق مجرمانه آن، غیر قانونی است، عملکرد پذیده‌هایی مانند گشت ارشاد و یا تعیین مصادیق طرح یاد شده، غیر اصولی و ناپذیرفتی است و در حقیقت ورود گهرآمیز به حوزه‌ای از زندگی شخصی و اجتماعی مردمی است که عمل آنان از لحاظ قانون خود، جرم شناخته نمی‌شود.

دوم اما اگر «بدون حجاب شرعی» در ماده مورد نظر، نداشتن کمیت و کیفیت حجاب اسلامی قلمداد گردد، وضع به‌گونه‌ای دیگر در می‌آید. همان‌گونه که آقای اسفانی در گفته‌های خود ذکر کرد، اصولاً در شرع اسلام، حجاب زن، آزادی در دو دست تا مج و دایره صورت است. بنابراین آن که این حدود را رعایت نمی‌کند بی‌حجاب یا بدحجاب است. در واقع همان که پوشش مناسب اسلامی ندارد و مستحق ارشاد و جزاست، یعنی همو که این حدود را رعایت نکرده است. با این اوصاف دایرة مجرمان تا کجا ادامه می‌یابد؟ امروزه با گذر در خیابانی معمولی در شهری معمولی و با لحاظ تفسیر دوم، چه تعداد بی‌حجاب مستحق شلاق و جریمه می‌بینیم؟ زنان و دخترانی که حدودی از پوشش را به عنوان عرف پذیرفته‌اند اما آن‌گونه که تعریف دوم ارائه داد، با حجاب نیستند. در این حالت ما با طیفی وسیع از میان شالیزارهای شمال تا کارگران زن فصلی جنوب مواجهیم که بی‌حجابند و سزاوار مجازات. حال خانمی را در نظر بگیرید که حدود پوشش را به‌طور کامل رعایت کرده است، اما دستان و صورتش آرایشی زنانه دارد و یا به خود زیورآلات آویخته است. او نیز بی‌حجاب یا بدحجاب است؟ این جا که دیگر سخن از پوشش نیست. آیا او نیز جزء مصادیق طرح یاد شده است؟ اگر پاسخ این است که سخن از عفت عمومی است؛ دقیقاً چه نوع از بدحجابی یا بی‌حجابی آن را خدشه‌دار می‌کند؟ ملاک «عmom» را که تعیین می‌نماید؛ قانون مجازات یا عرف عمومی؟

امری بدیهی است که قانون برای جامعه کنونی نوشته می‌شود و نه آن‌چه در گذشته دایر بوده و یا احتمال آمدنش در آینده وجود دارد. با بازگشت به پرسش، به پذیرش حدی از حجاب می‌رسیم



که بخش بزرگی از جامعه - دست کم در ظاهر قضیه - آن را پذیرفته‌اند. پذیرشی که ممکن است همراه با کمی نمایان بودن موى سر یا بخشی از دستان باشد. حال در مقابل، قانونی ایستاده که صراحتاً این عمل را جرم می‌خواند. نتیجه در تعارض میان قانون و جامعه از هم اکنون روشن است؛ جامعه‌ای که بخشی از قانون را از خود می‌پندارد و آن را گونه‌ای از تحمیل قلمداد نماید، به تعارضی دچار خواهد شد که نتیجه‌اش لوث شدن قوانین و تضعیف قدرت اجرایی قانون خواهد بود. امری که با طرح و تصویب قوانین گوناگون و چه بسا مشدد قابل جبران و پذیرش نیست. از سوی دیگر درک عنوانی «خدش عفت عمومی»، «نامناسب»، و «بدحجابی» موضوعاتی انتزاعی و شخصی<sup>۱</sup> هستند و از فردی به فرد دیگر متفاوت خواهند بود. ذهن انسان، نظامی پیچیده و منبعث از باورها، سنن، علوم و تجربه‌هast؛ آن‌چه که به نظر شخصی مخل و تحریک‌کننده می‌آید، در نظر دیگری امری معمول و موجه می‌نماید. در این بین قانون‌گذار بنا دارد تشخیص را - بدون آن که امکان عملی مصاديق وجود داشته باشد - به دست انسانی بسپارد در لباس مامور، ضابط و...؛ اوست که به شکلی ناخودآگاه درباره «نامناسب» بودن، قضاوتی آنی می‌کند، شهروندی را از حرکت باز می‌دارد و به زعم خود، او را برای مجازات به دست قانونی می‌سپارد که تعریف خاص خود از «بی‌حجابی» را دارد.

عرف و در حقیقت انتخاب و اراده مردم - هرچند شهروندان در اقلیت - بخش مهمی از منابع حقوق را شکل می‌دهد. چرا که قانون برای حفظ و پشتیبانی نظم، امنیت و اصول و آزادی‌های تمام اجتماع و وضع می‌شود. قانون بی‌پشتونه اجتماعی، در تعارض با عرف جامعه و برخلاف انتخاب مردم، نخستین ضربه را به خود وارد می‌آورد و کارکرد خود را خنثی می‌سازد. در مقابل، جامعه نیز از تحمیل قانونی و ستیز و تعارض عملی با بخشی از قوانین، آسیب و فرسایش جدی خواهد دید. رویه‌ای که در نهایت نه به سود دولت خواهد بود و نه ملت، زیرا آن کلیتی که در این میان خدشۀ اصلی می‌خورد منافع و امنیت ملی است.

# نقش کارشناس در دعوا بر مسؤولیت مدنی با تأکید بر رویه قضایی

دکتر عباس میرشکاری

## مقدمه

برای تسريع در پیشرفت حقوق مسؤولیت مدنی نباید از موقعیت کارشناسان و نقش اینان در این فرایند غافل شد: اینان همیاران خوبی برای دادرس‌اند تا واقعیت را آن‌گونه که هست، بینند. اینان نه همچون دادرس‌اند که دلسته به مواد قانونی، کمتر مجالی برای اندیشیدن به جهان واقعیت‌ها داشته باشند و نه همچون کلاهی دو سوی پرونده‌اند که حقیقت را از دریجه منافع موکلشان بینند. کارشناسان با این هر دو گروه تقاضوت دارند: از تخصص حقوقی به دورنیز: این ویژگی کمک‌شان می‌کند تا همچون انسانی متعارف، زیان و اندازه آن را تشخیص دهد، حتی فراتر از این، روش جبران زیان را نیز به دادرس پیشنهاد کنند. اگر کارشناس نظر خوبی را بر مبنای واقعیت مستدل بنویسد و دادرس به لزوم یاری گرفتن از وی و نیز، صحت و راستی گزارشش باور داشته باشد، مسلماً تشخیص اصل زیان، اندازه آن و سرانجام روش جبران آن آسان‌تر خواهد بود. با توجه به همه این‌ها، دریغ است که گاه در رویه قضایی از این ظرفیت پرتوان بهره کافی برده نمی‌شود. با این حال، خطیزی که نباید نادیده‌اش گرفت، «خروج کارشناس از قلمرو صلاحیت خویش» و «ورودش به امور حکمی» است؛ کارشناس تنها در امور موضوعی تخصص دارد، برای همین، صلاحیت اظهارنظر در امور حکمی را نخواهد داشت. نشناختن این مرز و میدان دادن به کارشناس برای رسیدگی در امور حکمی آغاز یک دادرسی نامناسب است؛ چه با توجه به عدم تخصص کارشناس در امور حکمی، اظهارنظرش در این دسته از امور راههن و گمراه کننده است. در این نوشته، سعی می‌شود تا با تأکید بر نمونه‌ها و مسائلهای عملی، «لزوم بهره‌گیری از کارشناسان» و نیز «صلاحیت آن‌ها» بررسی شود.

## گفتار نخست: لزوم بهره‌گیری از کارشناسان مبحث نخست: شرح رویدادهای پرونده

از جمله ارکان تحقق مسؤولیت مدنی عامل زیان، وجود و اثبات رابطه سببیت میان فعل وی با زیان وارد است؛ عبارت ماده دو ق. م. مبنی براینکه «عمل وارد کننده زیان موجب خسارت مادی یا معنوی زیان دیده باشد» نشان‌دهنده لزوم وجود و اثبات همین رکن است. برای همین، صرف انجام عملی توسعه



خوانده و نیز ورود خسارت به زیان دیده، نمی‌تواند مرتكب عمل را مسؤول جبران خسارت بگرداند. با این حال، پرسش این است که چگونه می‌باید رابطه سبیت را تعریف کرد؟ افزون بر این، اثبات این رابطه چگونه است؟ صرف نظر از پاسخ‌هایی که در ادبیات حقوقی به این پرسش داده شده، به گمان نگارنده، دادرس با ارجاع موضوع به کارشناس و پرسیدن پرسش‌های ویژه از وی می‌تواند رابطه سبیت را بهتر و آسان‌تر احراز کند. برای توضیح این نکته، دادنامه شماره ۱۹۵ به تاریخ ۱۳۹۲/۳/۶ به رونده ۹۲۰۱۸۴ قابل توجه است. در این دادنامه چنین می‌خوانیم:

«در خصوص دادخواست خواهان‌ها ر. ن. و. غ. به طرفیت خوانده شرکت س. به خواسته صدور حکم به محکومیت خوانده به پرداخت خسارت بابت آتش‌سوزی و حریق درختان ناشی از مسدود نمودن راه دسترسی به باستان‌ها بدین شرح که خواهان‌ها اعلام داشتند باع‌های متعلق به آنان به علت نامعلومی دچار آتش‌سوزی می‌شود و زمانی که ماشین‌های آتش‌نشانی چهت خاموش کردن آتش به محل حریق حرکت می‌نمودند، راه عبوری توسط شرکت خوانده مسدود شده بود و به علت مسدود شدن راه توسط خوانده ماشین‌های آتش‌نشانی نتوانستند در محل حریق حاضر شوند و آتش را خاموش نمایند و به علت عدم خاموش شدن آتش درختان باع‌های متعلق به خواهان‌ها دچار آتش‌سوزی می‌شود. فلذًا به شرح خواسته تقاضای رسیدگی شده است. با بررسی اوراق و محتویات پرونده و نظر به اینکه، اولاً؛ خواهان‌ها در اظهارات خود به صراحة اعلام داشتند که آتش گرفتن باع آنان توسط خوانده واقع نشده است. ثانیاً؛ علت ورود خسارت به باع درختان متعلق به خواهان‌ها، آتش‌سوزی بوده است. ثالثاً؛ هیچ‌گونه رابطه علت و علولی بین عمل انتسابی خوانده و ورود خسارت مورد ادعای خواهان‌ها به باع آنان وجود ندارد. فلذًا با عنایت به مراتب فوق، این دادگاه دعواهای خواهان‌ها را وارد ندانسته و مستنداً به ماده ۱۹۷ ق. آ. د. م. حکم بر بی‌حقی خواهان‌ها صادر و اعلام می‌نماید».

## مبحث دوم: تحلیل رویدادهای پرونده

مسئله به طور ساده از این قرار است: ماشین‌های آتش‌نشانی که در راه خاموش کردن آتش باعی بودند، به علت مسدود بودن راه نمی‌توانند به موقعیت آتش دسترسی پیدا کرده و آتش را خاموش کنند. مالکان باع که هستی خود را از دست رفته می‌بینند، علیه شخصی که راه را مسدود کرده، اقامه دعوا کرده و مطالبه زیان می‌کنند.

۱. دادگاه در بررسی این دادخواست، خوانده را مسؤول نمی‌داند. برای رسیدن به این پاسخ نیز سه استدلال می‌آورد:

دلیل نخست آنکه «خواهان‌ها در اظهارات خود به صراحة اعلام داشتند که آتش گرفتن باع آنان توسط خوانده واقع نشده است». این سخن مسلم است، خواهان‌ها نیز هیچ وقت چنین نکته‌ای را بیان نکرده‌اند، آن‌ها مدعی این نیستند که آتش توسط خوانده به راه افتاده، بلکه آن‌ها اظهار می‌کنند که خوانده باستن راه، مانع رسیدن ماشین‌های آتش‌نشانی به محل وقوع آتش شده است. بنابراین، توسل به این نکته که آتش به وسیله خوانده ایجاد نشده، نمی‌تواند استدلال مناسبی باشد.

دلیل دوم دادرس محترم این است که «علت ورود خسارت به باع درختان متعلق به خواهان‌ها، آتش‌سوزی بوده است». این سخن نیز، درست است: علت زیان وارد به باع، آتش‌سوزی بوده اما این

دلیل چه ارتباطی با نتیجه‌گیری دادرس دارد؟ در اینکه باغ به دلیل آتش‌سوزی آسیب دیده که تردیدی نیست، بلکه سخن بر سر این است که خوانده با اقدام خویش مانع خاموش شدن آتش شده. آیا این اقدام نمی‌تواند سبب مسؤولیت وی شود؟

دلیل سوم، شاید مهم‌ترین دلیل دادرس محترم باشد، چه همان‌گونه که دیدیم، دو دلیل پیش‌گفته، شباهتی با دلیل به معنای واقعی اش نداشتند، دادرس نکاتی را بیان کرد که دو سوی پرونده درباره‌اش اتفاق نظر داشتند و هیچ ارتباطی نیز با مبانی خواهان‌ها برای مسؤول شناختن خوانده نداشت. دادرس تنها می‌خواست که دادنامه‌اش ظاهری موجه و مستدل بدهد و در ظاهر تکلیفش را اجرا شده نشان دهد (اصل ۱۶۷ ق. ا.) اما در دلیل سوم، باید مهم‌ترین دلیلش را بیاورد، پس می‌نویسد: «الثالث، هیچ‌گونه رابطه علت و معلولی بین عمل انتسابی خوانده و ورود خسارت مورد ادعای خواهان‌ها به باغ آنان وجود ندارد». اما این سخن تیز، هیچ شباهتی با دلیل ندارد بلکه دادرس تنها نتیجه‌گیری دلخواهش را در ظاهر دلیل می‌آورد.

۲. برای آنکه پاسخ درست را بیابیم، باید تصور کنیم که اگر خوانده راه را نبسته بود، چه روی می‌داد: پاسخ روشن است: اگر خوانده، راه را نبسته بود، ماشین‌های آتش‌نشانی می‌توانستند به باغ آتش‌گرفته راه بیابند و اگر چنین می‌شد، می‌توانستند آتش را خاموش کنند. آیا با این اوصاف، باز هم می‌توان به آسانی حکم به عدم مسؤولیت خوانده داد؟ این درست که خوانده آتش را روش نکرده، اما آیا همین قدر کافی است تا او را مسؤول ندانیم؟ درست است که امکان پیش‌بینی آتش گرفتن باغ برای خوانده در زمانی که راه را می‌بسته، فراهم نبوده، اما یادمان باشد که خوانده مرتكب تقصیر شده؛ او راه عمومی را بسته است در حالی که حق و اختیاری برای چنین کاری نداشته، حال، آیا نباید توان تقصیرش را تحمل کند؟

برای همین، شایسته بود دادرس محترم حکم به مسؤولیت خوانده می‌داد اما باید به اندازه مسؤولیت وی توجه کرد: خوانده از زمانی مسؤول است که ماشین‌های آتش‌نشانی آمدند و پشت راه مسدود شده قرار گرفتند. بنابراین، زیان‌هایی که از آغاز آتش گرفتن باغ تا لحظه رسیدن آتش‌نشانی متوجه خواهان‌ها شده، نمی‌تواند به پای خوانده نوشته شود. افزون بر این، باید دید که اگر آتش‌نشان‌ها با مانع روبرو نشده و به باغ می‌رسیدند با توجه به گستردگی آتش تا چه اندازه می‌توانستند از بیشتر شدن آتش جلوگیری کرده و از زیان خواهان‌ها پکاهند؟

پاسخ همه این پرسش‌ها را دادرس نمی‌تواند بدهد: او «حقوق» خوانده و مسلم است که پاسخ به مسائل فنی یاد شده را نباید به گردن او انداخت اما می‌توان از او انتظار داشت که میان دلیل و نتیجه تمیز داده و آن چه نتیجه دلخواهش است را به عنوان دلیل ارائه ندهد. همچنین، می‌توان متوجه بود که دادرس با نگاهی متعارف به وقایع موضوعی پرونده بنگرد، به نظر نمی‌رسد با یک نگاه متعارف به رویدادهای این پرونده، باز هم بتوان بر عدم مسؤولیت خوانده پافشاری کرد. کافی بود دادرس به این نکته توجه می‌کرد که خوانده راه عمومی را بسته است، آیا این رفتار تقصیر نیست؟

در نهایت، دادرس باید پذیرد که اگر هم بتواند در امور حقوقی صاحب نظر باشد، در امور موضوعی و فنی نمی‌تواند. دادرس باید این پرونده را به کارشناس ارجاع می‌داد تا کارشناس درباره رویدادهای این پرونده نظر می‌داد. به گمان نگارنده، می‌شد از کارشناس خواست تا به طور ویژه درباره دو موضوع بررسی



و اظهارنظر کند؛ نخست، برآورده زیان وارد به باع پیش از زمانی که می‌شد آتش‌نشان‌ها به باع برسند و دوم، درباره اندازه زیانی که می‌شد با رسیدن آتش‌نشان‌ها از موقع آن جلوگیری کرد.

## گفتار دوم: صلاحیت کارشناس

### مبحث نخست: شرح رویدادهای پرونده

آقای ع. ق. دادخواستی به خواسته «تقاضای صدور حکم مطالبه مبلغ سی و هشت میلیون و پانصد هزار تومان» به طرفیت شرکت س. و شرکت الف. ارائه داده و در شرح خواسته می‌نویسد: «اینجانب به استناد پرونده شماره... در صدد تأمین دلیل از ساختمان خودم برآمدۀام که کارشناس محترم از نزدیک از ملک متنازع‌فیه بازدید با در نظر گرفتن تمام جوانب، خسارت آن را سی‌وهشت میلیون و پانصد هزار تومان برآورد نموده است که شرکت مذکور می‌باشد در حق بنده پیردادز». دادخواست یاد شده به شعبه دوم دادگاه عمومی (حقوقی) شهرستان سوادکوه ارجاع و به کلاسه ۹۲۰۱۷۶ ثبت می‌شود. خواهان در نخستین جلسه رسیدگی اعلام می‌دارد: «بر اثر جاده‌سازی به منزل مسکونی بنده خسارت وارد آمد و کارشناس میزان خسارت را برآورد نموده...». دادگاه، موضوع را به کارشناس ارجاع می‌دهد تا «اظهار نماید که خسارت وارد در نتیجه فعل کدام یک از خواندگان است و پس از تعیین مقصّر بروز خسارت نسبت به تعیین میزان خسارت وارد اقدام و نظریه خود را به دادگاه اعلام دارند».

کارشناس که در رشته راه و ساختمان صلاحیت داشته، در تاریخ ۱۳۹۳/۵/۱۱ بدین شرح اعلام نظر می‌کند:

۱. با توجه به اینکه موقعیت ملک در حدود صد متری جاده... قرار گرفته است... شرکت س. ساخت جاده را به شرکت الف. به عنوان پیمانکار و اگذار نموده است، ... در ضمن عملیات و خاک‌برداری‌ها و تعریض‌های جاده... به دلیل اینکه زمین دارای خاک رانشی بوده و ... به دلیل وجود چشمۀ‌های جاری و آب فاضل و فاضلاب‌های خانگی باعث ترک‌های بسیار بزرگ در منطقه شده...

۲. شرکت الف. موضوع ترک برداشتن ساختمان‌ها را به صورت کتبی به اطلاع کارفرما رسانیده اما کارفرما اقدامی ننموده است...

۳. ساختمان خواهان علی‌رغم احداث در سطح شیبدار بدون رعایت و اجرای دیوارسازی حائل جهت زمین‌های شیبدار و بدون رعایت طراحی ساختمان‌ها در مقابل زلزله استاندارد ۲۸۰۰ بنا نموده است.

نظریه: با توجه به جهات معنونه خسارت کلی به ملک معادل ۴۵۸۰۰۰۰۰ ریال برآورد می‌گردد که به نظر اینجانب با توجه به اینکه خواهان با عدم رعایت مفاد استاندارد ۲۸۰۰... معادل ۱۱۲۰۰۰۰۰ ریال در خسارت سهیم است. به نظر می‌رسد با توجه به اینکه شرکت پیمانکار با توجه به ماده ۲۱ شرایط عمومی پیمان در فعل مراحل خسارت سهیم نبوده و نیست، خسارت متوجه کارفرما است».

دادگاه نیز در دادنامه شماره ۳۳۰ به تاریخ ۱۳۹۳/۶/۳۱ نظریه کارشناس را عیناً نقل کرده و سپس چنین می‌نویسد:

«از آنجایی که سبب ورود خسارت متعارف ناشی از عمل شرکت خوانده ردیف اول بوده لذا به موجب عومنات قاعده لاضر و رعایت قانون مسؤولیت مدنی و اینکه هیچ خسارّتی نباید جبران نشده باقی بماند لذا دادگاه به استناد مواد ۱۹۸، ۵۱۹ و ۱ و ۲ قانون مسؤولیت مدنی، شرکت خوانده ردیف اول را به

پرداخت مبلغ ۳۴۶/۰۰۰ ریال بابت اصل خواسته طبق نظریه کارشناس در حق خواهان محکوم می‌نماید. مازاد خواسته خواهان به لحاظ عدم استحقاق محکوم به بی‌حقی است و در خصوص دعوی خواهان نسبت به خوانده ردیف دوم با توجه به نظریه کارشناسی، دعوی متوجه شرکت خوانده ردیف دوم نبوده و مستنداً به بند چهار ماده ۸۴ قانون آینین دادرسی مدنی قرار رد دعوا صادر و اعلام می‌گردد.<sup>۱</sup>

### مبحث دوم: تحلیل رویدادهای پرونده

همان‌گونه که می‌دانیم، «موضوع کارشناسی تمیز مسائل ماهوی و مادی مورد نزاع است».<sup>۲</sup> به بیان دیگر، موضوع قرار کارشناسی باید امور موضوعی باشد؛ زیرا جستجو و یافتن و تشخیص امور حکمی با دادگاه است. سپردن تشخیص امور حکمی به کارشناس به معنای واگذاری صلاحیت قضاوی به وی است؛ امکانی که پذیرفتنی نیست.<sup>۳</sup> حال، پرسش این است که آیا دادگاه محترم در تعیین محدوده کارشناسی قاعده یاد شده را پاس داشته است یا خیر؟

پاسخ نگارنده به این پرسش منفی است: دادرس محترم تعیین و تشخیص مقصراً به کارشناس سپرده است؛ در حالی که تشخیص تقصیر از مصادیق امور حکمی به شمار آمده و واگذاری آن به کارشناس اشتباه است، دادگاه می‌توانست توصیف رویدادها و اقدامات اطراف پرونده و احراز تطابق یا عدم تطابق آن‌ها با رفتار متعارف را به کارشناس بسپارد تا متناسب با این توصیف‌ها، تقصیر را احراز کند اما سپردن تشخیص خود تقصیر واگذاری یک امر قضاوی به دیگری بوده که البته نادرست است.

تجاور کارشناس از قلمرو موضوعی و ورودش به امور حکمی محدود به این اندازه نیست، به نظر کارشناس، خواهان نیز در ایراد زیان به خویش سهم داشته است. چنان‌که در بخشی از نظر کارشناس می‌خوانیم: «ساختمان خواهان علی‌رغم احداث در سطح شبیدار بدون رعایت و اجرای دیوارسازی حائل چهت زمین‌های شبیدار و بدون رعایت طراحی ساختمان‌ها در مقابل زلزله استاندارد ۲۸۰۰ بنا نموده است». منظور از این استاندارد، آینین‌نامه طراحی ساختمان‌ها در برابر زلزله است که به عنوان استاندارد ملی ایران به شماره ۲۸۰۰ شناخته می‌شود. جدا از آنکه کارشناس به نحو یقین‌آوری لزوم پاسداشت مقررات مندرج در استاندارد یاد شده را اثبات نکرده و جدا از آنکه معلوم نیست که خواهان دقیقاً کدام بخش از استاندارد یاد شده را رعایت نکرده، دقیق ترین ایراد به نظر کارشناس، آن بخش از نظر وی است که در آن می‌خوانیم: «با توجه به اینکه خواهان با عدم رعایت مفاد استاندارد ... معادل ۱۱۲۰۰۰۰۰ ریال در خسارت سهیم است». اینکه، پرسش این است که چگونه کارشناس سهم خواهان را این چنین و به این اندازه ارزیابی کرده است؟ در واقع، کارشناس مکلف بود که سهم خواهان را در ایراد زیان به خویش احراز کند اما اینکه با توجه به این تقصیر، وی چه اندازه از حق خویش برای جبران زیان را از دست خواهد داد، امری حکمی است که در صلاحیت دادرس است. شگفت‌آورتر از این اشتباه، پیروی بی‌جون و چرای دادرس محترم از نظریه کارشناس است؛ چنان‌که حتی بدون اشاره به سهم خواهان در ایراد زیان، خوانده را به پرداخت مبلغ نوشته شده در نظریه کارشناس محکوم می‌کند.

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، ج ۲، ص ۱۲۳.

۲. دکtor عبدالله شمس، آینین دادرسی مدنی، ج ۳، ص ۳۲۴.



کارشناس در فراتر رفتن از قلمرو صلاحیت خود گامی دیگر نیز بر می‌دارد، آنجا که وارد مسائل حکمی پرونده شده و درباره عدم مسؤولیت شرکت پیمانکار اظهارنظر می‌کند. به نظر کارشناس، همین اندازه که «شرکت الف. موضوع ترک برداشتن ساختمان‌ها را به صورت کتبی به اطلاع کارفرما رسانیده اما کارفرما اقدامی ننموده است...» برای رهایی شرکت پیمانکار از مسؤولیت کافی است. ناروایی اظهارنظر کارشناس در امور حکمی تنها به دلیل رعایت حدود تکالیف و مسؤولیت‌ها نیست؛ بلکه به عدم تخصص کارشناس در این امور برمی‌گردد. برای نمونه، کارشناس به ماده ۲۱ شرایط عمومی پیمان استناد می‌کند و از همین ماده، پی به عدم مسؤولیت پیمانکار می‌برد این در حالی است که اتفاقاً ماده پیش‌گفته می‌تواند برای توجیه مسؤولیت پیمانکار به کار آید. توضیح آنکه برآساس بند ب این ماده، «پیمانکار در چارچوب مقررات و دستورالعمل‌های حفاظت فنی و بهداشت کار، مسؤول خسارت‌های وارد شده به شخص ثالث در محوطه کارگاه است و در هر حال، کارفرما در این مورد هیچ نوع مسؤولیتی بر عهده ندارد... پیمانکار متعهد است که تدبیر لازم را برای جلوگیری از وارد شدن خسارت و آسیب به املاک مجاور اتخاذ نماید و اگر در اثر سهل‌انگاری او خسارتی به املاک و تأسیسات مجاور یا محصلوں آن‌ها وارد آید، پیمانکار مسؤول جبران آن می‌باشد».

برخلاف دادنامه‌ای که شرح آن گذشت، رویه قضایی ما به لزوم رعایت صلاحیت کارشناس وفادار است، برای همین، در صورت خروج کارشناس از قلمرو صلاحیتش، از دیدگاهش پیروی نمی‌کند. برای نمونه، در دادنامه شماره ۱۶۵۲ به تاریخ ۱۳۸۳/۱۲/۲۲ صادره از شعبه هشت دادگاه تجدیدنظر استان تهران آمده است:

«تجدیدنظرخواهی آقای ح. نسبت به دادنامه شماره ۲۸۶ صادره از شعبه ۲۰۶ دادگاه عمومی تهران وارد است؛ زیرا ادعای تجدیدنظرخواه آن است که در اثر ترکیدگی لوله آب در خیابان مقابل منزل آب به داخل ساختمان نفوذ کرده است و موجب نشت آن و خسارتی شده است که کارشناسان، علت این خرابی‌ها را نفوذ آب و نشت آن در ساختمان اعلام کرده‌اند. بنابراین، شرکت آب و فاضلاب مسؤول جبران خسارت وارد به ملک است. شرکت تجدیدنظرخوانده در مقابل مدعی است خسارت وارد به ملک تجدیدنظرخواه ناشی از عدم رعایت اصول فنی در احداث ملک مجاور ملک خواهان بوده و در زمان وقوع حادثه هیچ‌گونه نشت آبی از شبکه تحت پوشش آن شرکت مشاهده نشده است. به نظر دادگاه، ترکیدگی لوله و همچنین، نفوذ آب به ساختمان خواهان و نیز ورود خسارت به نامبرده محرز است اما این ادعای تجدیدنظرخوانده که این خسارت قبل از شکستن لوله آب و نفوذ آن به ملک خواهان حادث شده بوده، متکی به دلیل نیست بلکه نظریه کارشناسان منتخب دادگاه بدوفی دلالت بر آن دارد که خسارت ناشی از نفوذ آب به پی ساختمان تجدیدنظرخواه به وجود آمده است. هیأت کارشناسان اعلام کرده نصف خسارت وارد ناشی از نفوذ آب و نصف دیگر آن مربوط به نوع سازه و قدرت بنای متعلق به تجدیدنظرخواه است و دادگاه نخستین نیز به تبعیت از نظر کارشناسان نصف خسارت وارد را مورد حکم قرار داده در حالی که این نظر قابل متابعت نبوده و قانونی نیست. در این‌گونه حوالد، علت تامه باید مورد توجه دادگاه باشد و کارشناس حق ندارد مقصراً حادثه را تعیین کند، او باید علت ورود خسارت را بیان کند. بدینهای است احراز تقصیر با توجه به علت ورود خسارت امری قضایی و از حیطه صلاحیت کارشناس خارج است. علاوه بر آن، مسلم است که چنان‌چه آب به پی ساختمان خواهان نفوذ نمی‌کرد این حادثه اتفاق نمی‌افتد و ممکن

بود ساختمان خواهان سال‌های سال بدون خسارت پابرجا باشد، همچنین، کلیه ساختمان‌های احتمالی دارای مهندس ناظر تعیین شده از طرف شهرداری است و با تأیید مشخصات فنی و رعایت اصول فنی و ایمنی شهرداری مبادرت به صدور گواهی پایان کار می‌شود، لذا اصل بر استحکام و رعایت اصول ایمنی و فنی در ساختمان است، بنا به جهات فوق، چون پس از ترکیدگی لوله شرکت تجدیدنظرخوانده می‌باشد بلافاصله و قبل از ورود هر گونه خسارت نسبت به رفع آن اقدام می‌نمود و تقصیر و کوتاهی آن شرکت موجب ورود خسارت به ساختمان تجدیدنظرخواه شده و از باب تسیب و قاعده لاضرر و مطابق مواد ۳۳۱ ق.م. مسؤول جبران خسارت واردہ به ساختمان تجدیدنظرخواه است».<sup>۱</sup>

### نتیجه

- وقتی امور موضوعی پرونده، از جنبه فنی و تخصصی برخوردار است، دادرس نباید رأی خویش را بی‌بهره از نظر کارشناس بگذارد. در پروندهای که شرح آن در گفتار نخست این نوشтар گذشت، دادرس با بی‌حصولگی و عدم استفاده از نظر کارشناس، حقوق زیان دیده را نادیده گرفت در حالی که شایسته بود با کمک کارشناس، نقش خوانده را در افزایش زیان خواهان محاسبه می‌کرد.
- کارشناس تنها درباره امور موضوعی می‌تواند اظهارنظر کند؛ ورود وی به قلمرو امور حکمی و اظهارنظرش در این دسته از امور، سبب خروج دادرسی از مسیر درست می‌شود. در پروندهای که شرح آن در گفتار دوم گذشت، شوربختانه، همین اتفاق رخ داد: کارشناس، افرون بر امور موضوعی، درباره مفهوم تقصیر، اندازه دخالت زیان دیده در ورود ضرر و عدم مسؤولیت یکی از خواندگان اظهارنظر کرد. دادرس محترم نیز، بی‌آنکه تأملی درباره حدود صلاحیت کارشناس داشته باشد، بی‌چون وچرا از نظر وی پیروی کرد؛ تبعیتی که سرانجام منجر به صدور رأی ناعادلانه شد.

### منابع

- زندی، دکتر محمدرضا، رویه قضایی دادگاه‌های بدوى و تجدیدنظر استان تهران، ج. ۱۰، جنگل، ج. ۱، ۱۳۹۱.
- شمس، دکتر عبدالله، آینه دادرسی مدنی، ج. ۳، دراک، ج. ۲، ۱۳۸۴.
- کاتوزیان، دکتر ناصر، اثبات و دلیل اثبات، ج. ۱، میزان، ۱۳۸۲.



# استغفار و کیل

فاطمه نظری ■ محمدرضا قنبریان

در شماره ۹۳ مدرسه حقوق، ماهنامه خبری آموزشی کانون وکلای دادگستری اصفهان مقاله‌ای تحت عنوان «وکالت معارض» تقدیم همکاران محترم گردید که امید است مورد استفاده واقع شده باشد. نظر به اینکه آشنایی با قوانین و مقررات وکالت یکی از مهم‌ترین ابزار حرفه‌ای هر وکیل در انجام بهینه امور محوله است و از طرفی، وکیل را در حرفة خطیر وکالت یاری می‌کند تا به نحو صحیح و بدون تحمل استرس و دغدغه ارتکاب تخلف، وظایف خود را به انجام رساند و همچنین استقبال همکاران گرامی از مقاله پیشین بر خود فرض دانستیم که گوشه‌ای از مقررات وکالت را در یک سلسه مقاله به نظر همکاران برسانیم به این امید که مورد استفاده همکاران محترم قرار گیرد البته ذکر این نکته را بر خود فرض می‌دانیم که آن چه در مقلالات، عنوان شده، برداشت شخصی نگارنده از مقررات انتظامی است و خواهان آنیم که همکاران محترم با ارائه نظر و نقد آن ما را در بهینه‌سازی مطالب یاری گر باشند.

عقد وکالت از عقود جایز است که بر این اساس وکیل می‌تواند هر وقت بخواهد از ادامه انجام یا عمل به موضوع وکالت منصرف گردد و یا به اصطلاح استتفا نماید بر همین مبنای در ماده ۶۷۸ قانون مدنی یکی از طرق مختلفه انتقامی وکالت، استفای وکیل قلمداد گردیده والتبه واضح است که وفق ماده ۶۸۱ همان قانون بعد از اینکه وکیل استغفا داد مادامی که معلوم است موکل، به اذن خود باقی است می‌تواند در آن چه وکالت داشته اقدام کند. مسئله‌ای که در این راستا مطرح می‌گردد این است که آیا احکام مواد قانونی فوق در خصوص وکالت دادگستری نیز جاری است؟ یعنی آیا وکیل دادگستری می‌تواند هر زمان و در هر حالت و شرایطی که اراده نماید از ادامه وکالت موکل خوبیش اعلام استغفا نماید؟

در ادامه در خواهیم یافت که به لحاظ خاص بودن مقررات حاکم بر امر وکالت دادگستری در موارد مصرحه این حق وکیل مقید به زمان گردیده و شاید فاسقه وضع چنین مقرراتی، تعطیل ناپذیری و تسریع امر احقاق حق و عدالت باشد. چه بسا قابل تصور است که وکیل با تمسک به حق استغفا، از راه حیله و با انگیزه اطاله در اوقات دادرسی اقدام به استغفا نماید و به بهانه عدم وجود سمت در جلسه محاکمه حاضر نگردد و یا از جریان دادرسی خارج شود و موکل با استناد به ماده ۶۸۱ قانون مدنی خود را بر اذن باقی بداند در این صورت مکرراً موجبات تجدید جلسه و اطاله دادرسی و اسباب تطویل در احقاق حق فراهم

گردد یا با اعلام استعفا قبل از جلسه رسیدگی یا در ابتدای جلسه رسیدگی، امر دادرسی را به اطاله یا تجدید کشاند که این اطاله در بردارنده ضرر طرفینی برای اصحاب دعوی خواهد بود. بدین منظور قانون گذار در ماده ۴۳ قانون آینین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مقردادسته: «عزل یا استعفای وکیل یا تعیین وکیل جدید باید زمانی انجام شود که موجب تجدید جلسه دادگاه نگردد، در غیر این صورت دادگاه به این علت جلسه را تجدید نخواهد کرد.»

با فرض ماده فوق اگر وکیل هنگام استعفا دادن زمان متعارف را که موجب تجدید جلسه نگردد، رعایت نکند چه مسؤولیتی برای وی متصور است؟

صرف نظر از مسؤولیت حقوقی اضرار به اشخاص و اصحاب دعوی ناشی از عدم حضور وکیل در محاکمه یا اختیار وکیل جهت دفاع، از لحاظ حرفة‌ای ماده ۳۶ قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵ بدین نحو تعیین تکلیف نموده که:

«در صورتی که وکیل بخواهد از وکالت استعفا نماید باید قبلًا طوری به موکل و محکمه اطلاع دهد که موکل بتواند وکیل دیگری در موقع برای خود معین و به محکمه معرفی نماید.»

در ماده فوق دو تکلیف برای وکیل در نظر گرفته شده است:

اول آنکه استعفای خود را به موکل اعلام نماید به نحوی که در موقع بتواند برای خود وکیل دیگری معین و به محکمه معرفی نماید.

دوم استعفای خود را به محکمه اعلام نماید تا در اجرای مقررات دادرسی، بعد از استعفا، ابلاغ و اخطار قضایی صادره به نحو صحیح صورت پذیرد و موجبات اطاله دادرسی و تجدید جلسه فراهم نگردد. در این میان با مواجهه با این تکلیف قانونی، وکیل بعضاً این مسئله برخورد می‌کند که ممکن است موکل همواره به تعهدات مالی خود در پرداخت هزینه دادرسی یا انجام سایر اموری که به عهده وی است پاییند نباشد و این رویداد سبب گردد وکیل با وصف تکلیف قانونی فوق به لحاظ عدم اقدام به موقع موکل دچار نوعی سردرگمی در اقدام شود. راهکار برخورد با برخی از این موارد در قانون پیش‌بینی شده اما کمتر مورد توجه وکلای دادگستری قرار گرفته از جمله مسائل مبتلاهه در حرفة وکالت که مورد سوال بسیاری از همکاران قرار می‌گیرد فرضی است که با توجه به قوانین حاکم در برخی از دعاوی مالی ارزش خواسته تقویم می‌گردد و دادخواست توسط وکیل تقدیم می‌گردد لیکن از باب هزینه دادرسی در اثای ثبت پرونده مواجه با ایراد و نقص هزینه دادرسی می‌گردد و یا در اثای رسیدگی اخطار رفع نقص صادر می‌گردد که رفع آن از وظایف موکل است و هر چه به وکیل ابلاغ گردد و از طریق وکیل به موکل اعلام شود مابه التفاوت هزینه دادرسی یا رفع موارد نقص را فراهم نمایند موکل توجهی نمی‌کند. در این‌گونه موارد با وصف تکلیف وکیل چه باید کرد تا اگر بخواهد استعفا نماید مواجه با مقررات قانونی و ارتکاب تخلف نگردد و مسئله به صورت قانونی فیصله یابد؟

به نظرمی‌رسد در صورتی که اخطار رفع نقصی هنوز صادر نشده باشد یا صادر شده و هنوز به وکیل ابلاغ نگردیده وکیل می‌تواند فوراً اعلام استعفا کند و مراتب استعفای خود را به موکل و البته دادگاه اعلام نماید در این صورت موضوع استعفای وکیل و اخطار رفع نقص توسط دادگاه به موکل ابلاغ می‌شود و رفع نقص به عهده موکل است. فرض مذکور و راه حل مسئله به صراحة در ماده ۳۹ قانون آینین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی پیش‌بینی گردیده که جایگزین با تغییر ماده ۶۶ قانون آینین دادرسی مدنی سابق است و رویه قضایی نیز بر این منوال است. جایی که حکم شماره ۱۲۷۷ مورخ ۱۳۳۴/۶/۲۲ شعبه ۴ دیوانعالی کشور مقرر داشته:



«اگر وکیل پژوهش خواه موقع ابلاغ رفع نقص دادخواست پژوهشی از وکالت او استغفا دهد اصلار قرار رد دادخواست به علت عدم رفع نقص، بدون اخطار به خود پژوهش خواه که پرداخت هزینه دادرسی با او بوده صحیح نیست.<sup>۱</sup>»  
باید در نظرداشت مفهوم ماده ۳۹ آن است که اگر استغفا وکیل به دادگاه اطلاع داده نشود هرچند به اطلاع موکل رسیده باشد ابلاغ اوراق قضایی ارسالی از ناحیه دادگاه برای وکیل از اعتبار قانونی برخوردار خواهد بود و حتی اگر وکیل اقدامی در این خصوص ننماید موجبی برای عدم ادامه دادرسی نمی‌تواند باشد.  
فرض دیگر مبتلا به در امر استغفا وکیل در مرحله تجدیدنظرخواهی و فرجام آرای صادره توسط دادگاه است. هنگامی که رأی به وکیل ابلاغ شده وکیل مقدمات تجدیدنظرخواهی و یا فرجام را فراهم نموده و موکل از کارسازی هزینه‌های مذکور خودداری می‌کند. در این حالت ماده ۴۵ قانون آینین دادرسی مدنی تکلیف وکیل دراستفاده از حق استغفا را مشخص نموده که وکیل دارای اختیارت تجدیدنظرخواهی و یا فرجم خواهی اگر بخواهد پس از صدور رأی یا در موقع ابلاغ آن استغفا ننماید با وجود استغفا وفق قانون مذکور تکلیف در انجام مراحل تجدیدنظر و فرجام دارد (مبناً ابلاغ رأی روز ابلاغ به وکیل محسوب می‌گردد مگر آنکه موکل ثابت نماید از استغفا وکیل بی اطلاع بوده در این صورت وکیل مسؤول ضرر و زیان موکل است) و دادخواست تجدیدنظر و فرجم وکیل مستعفی از ناحیه دادگاه پذیرفته می‌شود. هر چند اقدامات وکیل مستعفی اصولاً بی اثر است اما قانون گذار بنا به مصالحی در اینجا دادخواست تجدیدنظر و فرجم را از وی قابل قبول دانسته است بنابرین پس از تقدیم آن مدیر دفتر دادگاه مکلف است به طور کبی به موکل اخطار نماید که شخصاً اقدام نماید یا وکیل جدید معرفی کند و اگر دادخواست ناقص باشد نقص آن را بطرف کند.

مالحظه می‌گردد که در صورت آشنایی با مقررات مذکور وکیل بدون آنکه مرتکب تخلفی گردد می‌تواند وظایف خود را در مقابل موکل انجام دهد و همچنین از مختصه ایجاد شده به شکل قانونی رهایی یابد. در صورتی که اگر وکیل مقررات مواد مذکور را رعایت نکند علاوه بر آنکه خامن جبران ضرر و زیان وارد خواهد بود به استناد بند ۵ ماده ۸۰ آینین نامه لا یچه قانونی استقلال کانون و کلای دادگستری که بیان می‌دارد: «در صورتی که استغفا خود را از وکالت به موکل و دادگاه اطلاع ندهد یا وقتی اطلاع دهد که موکل مجال کافی برای تبیین وکیل دیگ و معرفی به دادگاه نداشته باشد»، مرتکب تخلف انتظامی از نوع درجه ۴ گردیده است. قابل ذکر است چنان‌چه اعلام استغفا وکیل صرفاً در جهت اطاله دادرسی باشد و با قصد و نیت اطاله دادرسی مرتکب اعلام استغفا بدون رعایت مقررات قانونی گردد وفق بند ۹ ماده ۸۰ آینین نامه فوق الذکر به مجازات انتظامی درجه ۴ محکوم می‌گردد که مقرر می‌دارد:

«در صورتی که برای تطویل دادرسی به وسیله خدعاً آمیز از قبیل رد دادرس یا داور یا استغفا از وکالت و قبول مجده وکالت متول شود».

با توجه به مطالب بیان شده ماحصل بحث این است که عدم اعلام استغفا به موقع وکیل صرف نظر از اضرار به طرفین دعوی که ایجاد مسؤولیت حقوقی برای وکیل می‌کند، سبب اطاله دادرسی خواهد شد که از مصاديق مصرح تخلف از قوانین انتظامی و مستوجب تعیین مجازات خواهد بود.

لزوماً آشنایی وکیل با مقررات حاکم بر حرفة وکالت بهترین راه حل در دوران حرفه‌ای وکیل خواهد بود. بنابراین بکارگیری به موقع و اقدام صحیح در زمان مناسب که مستلزم آشنایی وکیل با قوانین فوق الذکر است وکیل را در مقابل هرگونه مسؤولیت حرفه‌ای مصونیت خواهد بخشید و این امر اهمیت آگاهی و تسلط بر قوانین حاکم بر امر وکالت به ویژه مقررات انتظامی را بیش از بیش برای تمامی وکلای دادگستری روش می‌سازد.

# مطالعهٔ تطبیقی زمان و مکان انتقاد قراردادهای غیرحضوری

مجید عارف‌علی

(حقوق ایران، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین، اصول حقوق قرارداد اروپا ۱، ۲۰۰۱  
حقوق انگلیس، آمریکا، فرانسه، سویس و آلمان)

## مقدمه

بی‌تردید عقود و تعهدات ناشی از آن‌ها، پدیده‌هایی هستند که زمان و مکان، آن‌ها را احاطه کرده، به‌گونه‌ای که تعیین آن نتایج حقوقی چندی در پی دارد. همچنان که می‌دانیم اعلام ایجاد به تنها ی سازنده عقد نیست و تا زمانی که قول به ایجاد منضم نگردد عقدی محقق نخواهد شد. در معاملات حضوری که ایجاد و قبول در فواصل کوتاهی نسبت به هم، واقع می‌شوند، تعیین زمان تحقق عقد، و ملازمه آن با تعیین مکان تحقق عقد، مشکل ایجاد نخواهد کرد. در این‌گونه عقود، زمان و مکان تشکیل عقد، زمان و مکان اعلام قبولی است. فرضی نیز که طرفین به وسیله تلفن دست به انتقاد عقد می‌زنند، ملحظ به عقود حضوری است، زیرا عقد حاضرین را عقدی می‌دانند که طرفین به‌طور مشافهه منعقد می‌کنند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۱۵۵). چنان که بند دوم ماده ۴ قانون تعهدات سویس نیز صراحتاً مقرر داشته: «قراردادهای منعقد به وسیله تلفن، قراردادهای بین اشخاص حاضر محسوب می‌شوند به شرط اینکه، طرفین و یا نمایندگان آنان، شخصاً طرف مذاکرات تلفنی باشند».

دشواری تشخیص زمان و مکان تحقق عقد، در قراردادهایی حادث می‌شود که طریق غیرحضوری و مکاتبه‌ای انجام می‌گیرد غلظیر سیاری از معاملاتی که امروزه در عرصه تجارت بین‌الملل میان تجار منعقد می‌گردد که در آن بعضاً طرفین حتی بدون دیدار یکدیگر و یا مشاهده مورد معامله، اقدام به انشاء ایجاد و قبول خود می‌نمایند. عقد مکاتبه‌ای نیز عقدی معروفی شده که در آن طرفین به‌طور مشافهه (تلفنی یا غیرتلفنی) عقد را واقع نساخته، بلکه نامه یا تاگراف در آن دخالت دارد و طرفین عقد در یک مکان حضور ندارند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۱۵۷).

در ارتباط با زمان و مکان وقوع این نوع از عقود، چه در حقوق داخلی و چه خارجی و از جمله در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ وین، نظرات متفاوتی، مطرح شده که هر گروه نیز با ارائه شواهدی بر عقیده خود پای می‌فشارند.

در این مجال برآئیم ضمن تحلیل هر یک از این نظریات و تطبیق میان حقوق داخلی و حقوق کشورهای انگلیس، آمریکا، فرانسه، سویس، آلمان و مقررات کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ وین و اصول



حقوق قرارداد اروپا ۱۲۰۰، نظر متناسب با مبانی حقوقی ایران را بیان، تا راهگشایی جهت حل و فصل دعاوی ناشی از این گونه معضلات حقوقی باشد. اما پیش از آن لازم است، نتایج تشخیص زمان و مکان تحقق عقد را بررسی نماییم. لذا پس از بررسی آن‌ها در بند اول، به بررسی نظریات وارده در خصوص زمان و مکان تحقق عقود مکاتبه‌ای و غیرحضوری در حقوق داخلی و خارجی می‌پردازیم، نظر به اینکه تعیین مکان تحقق عقد، تابع تعیین زمان وقوع عقد خواهد بود و در واقع، مکان وقوع عقد، مکانی است که قبول به لحاظ زمانی، در آن مکان به ایجاب منضم گردیده، لذا عده مباحث حول تشخیص زمان وقوع عقد، به عنوان پایه حل مسئله خواهد بود.

## بند اول: نتایج تشخیص زمان و مکان تحقق عقد

تشخیص زمان و مکان تحقق عقد، واحد آثار حقوقی بسیاری به شرح ذیل است:

۱. زمان تحقق آثار عقد: با تعیین زمان انعقاد عقد، زمان تحقق آثار عقد و جریان آن و در نتیجه، شروع تعهدات متقابل متعاقدین نیز معین می‌گردد. برای مثال، در حقوق داخلی، با عنایت به تمیلکی بودن عقد بیع (مواد ۳۳۸ و ۳۶۲ قانون مدنی)، با تعیین زمان تشکیل عقد بیع مال عین معین، زمان تحقق مالکیت بایع و مشتری، به ترتیب، بر ثمن و مبیع و به تبع آن، منافع و نمائات هر یک از آن‌ها نیز، معین می‌گردد، لذا اهمیت آن به لحاظ اثر حاصله و زمان تحقق آن، آشکار می‌شود.
۲. تعیین قانون حاکم بر عقد: نظر به اینکه طبق ماده ۴ قانون مدنی ایران «اثر قانون نسبت به آئیه است و قانون نسبت به ماقبل خود اثر ندارد...» و نیز ماده ۹۶۸ همان قانون که می‌گوید: «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است...» و محل وقوع عقد نیز تابع تعیین زمان وقوع عقد است و با توجه به اینکه قوانین اصولاً عطف به ماسبق نمی‌شوند، لذا عقد نیز تابع قانون زمان انقاد خود می‌باشد نه مقررات موخر التصویب.
۳. تعیین دادگاه صلاحیت‌دار بواری رسیدگی به اختلافات قراردادی: در حقوق داخلی، مطابق ماده ۱۳ قانون آینه دادرسی مدنی «در دعاوی بازگانی و دعاوی راجع به اموال منقول که از عقود و قراردادها ناشی شده باشد، خواهان می‌تواند به دادگاهی رجوع کند که عقد یا قرارداد در حوزه آن واقع شده است یا تعهد می‌باشد در آنجا انجام شود» لذا با تعیین زمان تحقق عقد، مکان تحقق آن نیز معلوم و اثر آن در تعیین دادگاه صالح نیز مشخص می‌شود.
۴. مصون بودن کالای تحويلی بایع از هرگونه حق یا ادعای شخص ثالث «هنگام انعقاد قرارداد» (بند ۱ ۴۲ م) و انتقال ضمان معاوضی از زمان انعقاد قرارداد در مورد مبیعی که در حال حمل فروخته می‌شود (م ۶۸) در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین، را نیز می‌توان نمونه‌هایی از آثار تعیین زمان انعقاد قرارداد در حکومت کنوانسیون مذبور شمرد.

## بند دوم: زمان انعقاد عقود مکاتبه‌ای و غیرحضوری

در ارتباط با زمان تشکیل عقود مکاتبه‌ای و غیرحضوری، چهار نظریه متفاوت مطرح شده که پس از آگاهی از آن‌ها، به بررسی کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ وین پرداخته و آنگاه، با کنکاش در حقوق داخلی، نظر متناسب را نیز برمی‌گزینیم.

## الف) نظریات ابراز شده

۱. نظریه اعلام قبول: برای این نظر، زمان اعلام قبولی طرف ایجاد را، زمان تحقق عقد می‌توان دانست زیرا در انعقاد عقد جیزی بیش از قبول، شرط تحقق و انعقاد عقد نیست و در ایجاد اثر حقوقی، توافق و تحقق «تراضی» کفایت می‌کند. چنان‌که در حقوق فرانسه مطابق رأی ۷ زانویه ۱۹۸۱ دیوان تمیز آن کشور، نظریه صدور و اعلام قبول مورد پذیرش واقع گردیده است.
۲. نظریه ارسال قبول: مطابق این نظریه، صرف اعلام قبولی برای انعقاد عقد کفایت نکرده و تا پیش از ارسال قبولی از جمله از طریق پست، عقدی متحقق نیست؛ زیرا تا پیش از آن و تحويل نامه به پست، قطعیتی برای قبول و عدم عدول از آن وجود ندارد. این قاعده در حقوق انگلیس به «قاعده پستی» (postal Rule) شهرت دارد و در حقوق آمریکا نیز مورد قبول نویسنده‌گان حقوقی و رویه قضایی UCC آن کشور واقع شده است. مبنای حقوق انگلیس در پذیرش این قاعده، *adams v. lindsell* در سال ۱۸۱۸ میلادی است.
۳. نظریه وصول قبول: حسب این نظر، رسیدن نامه حاوی قبول به اقامتگاه ایجاد‌دهنده، ولو بدون اطلاع و آگاهی او از مفاد نامه، شرط تحقق عقد است، زیرا چه بسا به دلیل قصور پست، نامه حاوی قبول، هیچ‌گاه به دست موجب نرسد. ماده ۱۴۷۵ مدنی آلمان و ماده ۵ قانون تعهدات سویس و ماده ۲۰۵ اصول حقوق قرارداد اروپا، نظریه مزبور را پذیرفتند.
۴. نظریه اطلاع از قبول: بیرون این نظر نیز با انتقاد از سایر نظریات، معتقدند اطلاع هر یک از طرفین از مفاد تصمیم دیگری، شرط انعقاد قرارداد عقد است. البته بر این نظر نیز، این ایراد وارد شده که منجر به تحقق دور و تسلسل خواهد بود زیرا اطلاع قابل از آگاهی موجب از مفاد قبول نیز، ضروری خواهد بود.

## ب) کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ وین

مطابق ماده ۲۳ کنوانسیون: «قرارداد از لحظه‌ای که قبول ایجاد مطابق مقررات این کنوانسیون نافذ می‌شود منعقد می‌گردد». در بند ۲ ماده ۱۸ نیز مقرر گردیده «قبول ایجاد از لحظه‌ای که اعلام رضا به ایجاد کننده می‌رسد نافذ می‌شود».

برخی از شارحین کنوانسیون با استفاده از مفاد بند مذکور، نظریه وصول را مورد پذیرش کنوانسیون دانسته‌اند (صفابی و همکاران، ۱۳۹۰: ۵۳؛ اشمتوف، ۱۳۹۱: ۱۴۴؛ سماواتی، ۱۳۸۹: ۵۶). برخی دیگر، زمان اطلاع ایجاد کننده از قبول را مدنظر کنوانسیون اعلام می‌دانند زیرا «معنی بازار عبارت (Indication) دلالت و نشانه بودن است و در نتیجه، معنی رسیدن دلالت (Reach of indication) و نه دلالت کننده به ایجاد کننده، نشان داده شدن و معلوم شدن قول ایجاد، برای ایجاد کننده است...» (شهیدی، ۱۳۸۵: ۲۲۶). عده‌ای دیگر نیز مستند به بند ۱ ماده ۱۶ کنوانسیون که اعلام داشته: «مادام که قرارداد منعقد نشده است، ایجاد قابل رجوع می‌باشد، به شرطی که رجوع پیش از آنکه مخاطب ایجاد قبولی خود را ارسال دارد، به وی واصل گردد» نظریه ارسال را مورد قبول کنوانسیون می‌دانند (دارابپور، ۱۳۷۴: ۲۱۶). از جمله، در قراردادهای الکترونیکی نیز، زمانی که داده بیام حاوی قولی به ایجاد کننده ارسال گشته و از کنترل قبول کننده خارج می‌شود، لحظه انعقاد عقد معرفی شده است (شیریوی، ۱۳۹۱: ۱۲۶)، ضمن آنکه ماده ۲۲ نیز می‌گوید: «قبول به شرطی قابل انصراف است که انصراف، پیش از نافذ شدن یا هم‌مان با نافذ شدن قول، به ایجاد کننده واصل شود». از نظر کنوانسیون، مطابق ماده ۲۲ «... اعلام قبولی ... هنگامی به مخاطب واصل می‌شود که شفاهًا به اطلاع وی رسانده شود، یا به

طريق دیگر به شخص او، به محل تجارت یا به نشانی پستی اش، و چنان‌چه محل تجارت یا نشانی پستی نداشته باشد به محل اقامت عادی او تحويل گردد» از سوی دیگر، بند ۳ ماده ۱۸ می‌گوید: «معهذا چنان‌چه به موجب ایجاب یا در نتیجه رویه بین طرفین یا حسب عرف و عادت، مخاطب، بدون اعلام به ایجاب کننده، بتواند با انجام عملی نظیر آن‌چه مربوط به ارسال کالا یا پرداخت ثمن است اعلام رضا نماید، قبول از لحظه‌ای که عمل انجام می‌شود نافذ است، مشروط بر اینکه عمل مزبور ظرف مدت مقرر در بند پیشین انجام شود» ضمن آنکه در ادامه در بند ۲ ماده ۱۸ نیز مقرر شده: «... هرگاه اعلام رضا ظرف مدتی که ایجاب کننده تعیین نموده یا، در صورت عدم تعیین مدت، ظرف یک مدت متعارف به وی واصل نگردد، قبول نافذ نخواهد بود....»، ضمن آنکه «لفاظ یا سایر اعمال مخاطب ایجاب که دال بر رضا به مقادی ایجاب باشد، قبول محسوب است، سکوت یا عدم اقدام، فی نفسه دلالت بر قبول ندارد». البته مطابق ماده ۱۶ «طرفین می‌توانند شمول مقررات این کنوانسیون را استثنایاً با رعایت ماده ۱۲ از آثار هر یک از مقررات آن عدول کنند یا آن‌ها را تغییر دهند»، مانند تحقق قبول با بارگیری کالا، ولو خبر آن به طرف نرسد (دارابپور، ۱۳۷۴، ص ۲۲۳). و یا بند ۳ ماده ۱۸ در خصوص پذیرش عرف و عادت تجارتی یا متداول بین طرفین، به موجب بند ۱ ماده ۱۶ نیز «مادام که قرارداد منعقد شده است، ایجاب قبل رجوع می‌باشد به شرطی که رجوع پیش از آنکه مخاطب ایجاب، قبولی خود را ارسال دارد به وی واصل گردد».

### ج) حقوق ایران

در قوانین ایران به نحوه و زمان مکان انعقاد عقود مکاتبه‌ای و غیرحضوری، پرداخته نشده و در قانون تجارت الکترونیک نیز، هر چند سخن از این‌گونه عقود رفته اما آنرا احالة به قواعد عمومی داده است (ماده ۳۰ قانون تجارت الکترونیک). مطابق قواعد عمومی موجود در قانون مدنی ایران، در عقود حضوری، زمان الحق قبول، عقد، کامل و محقق می‌شود، اما در عقود مکاتبه‌ای و غیرحضوری، در خصوص زمان الحق قبول، و به تبع آن، مکان انعقاد عقد، میان حقوقدانان داخلی، اختلاف نظر شدیدی وجود دارد.

برخی معتقد به نظریه اعلان قبولی بوده و عقد را از لحظه اعلان قبول توسط قابل، محقق می‌دانند زیرا مطابق ماده ۱۹۱ قانون مدنی «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرن بودن به چیزی که دلالت بر قصد کنند» و در نتیجه، نمی‌توان شرطی را که در قانون نیامده به آن افزود (صفایی، ۱۳۸۲: ۷۶؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۵: ۱۶۸؛ صفایی و همکاران، ۱۳۹۰: ۵۵؛ سماواتی، ۱۳۸۹: ۵۵). در مقابل، گروهی دیگر، ارسال قبول توسط قابل را، از جمله تحويل آن به پست، زمان تحقق و انعقاد عقد می‌دانند زیرا معتقدند زمانی که قبول کننده اقدام به ارسال نامه و تحويل آن به پست می‌نماید، «می‌داند که نامه عادتاً از اختیار او خارج و دسترسی به آن معمولاً غیرممکن می‌شود و پست آن را به موجب می‌رساند، قصد انشای او در مورد قبول ایجاب، در این زمان، عرف‌اصلی می‌شود، یعنی انداختن نامه در صندوق پست، عملی است که عرف‌اصلی انداشای مزبور می‌کنند» (شهیدی، ۱۳۸۵: ۱۶۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۳۶۲). لذا اگر نامه حاوی قبول هیچ‌گاه به دست موجب نرسد، با اثبات ارسال نامه، عقد محقق است؛ زیرا همراه با کاشف خارجی است.

در مقام گرینش نظر متناسب با نظام حقوقی ایران، باید نکاتی را در نظر داشت: اولًاً مطابق قواعد عمومی، عقد با انصمام جزء دوم تراضی یعنی قبول، محقق می‌شود و ایجاب و قبول نیز باید با «قصد انشاء همراه با فعل یا قول دلالت کننده بر آن» (ماده ۱۹۱ قانون مدنی) محقق شود. لذا نظریه اطلاع ایجاب کننده و نیز وصول قبول به وی، در نظام حقوقی ایران، فاقد جایگاه است ثانیاً در نظریات بیان شده، به یکی از مهم‌ترین تفکیک‌های موجود در علم

حقوق، یعنی عالم ثبوت و عالم اثبات، توجه نشده است. مطابق ماده ۱۹۱ قانون مدنی: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرن بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند» و نیز ماده ۱۳۹ قانون مدنی که مقرر داشته: «پس از توافق باایع و مشتری در مبيع و قیمت آن، عقد بیع به ایجاد و قبول واقع می‌شود...». در واقع بحث اصلی در خصوص زمان انعقاد قرارداد، بحث ماهوی و ثبوتی یعنی وقوع واقعی عقد در لحظه معین است، نه بحث شکلی و اثباتی زمان وقوع عقد. به تعبیر دیگر، قانون مدنی در ماده ۱۹۱، وجود «چیز» یعنی «ایجاد و قبول» را دلالت کننده بر قصد انشاء که امری درونی است شمرده و با اظهار ایجاد و قبول (اعم از فعل و قول) به عنوان کاشف از قصد انشاء، عقد محقق می‌شود در نتیجه نمی‌توان قیدی اضافه را، بر آن افزود. از جمله دلایلی که قائلین به نظریه ارسال بر آن تأکید می‌ورزند، بحث امکان اثبات سهل‌تر اعلام قبول، با توصل به ارسال نامه حاوی آن است (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۳۵۲ و ۳۵۳) در حالیکه خط عالم ثبوت و عالم اثبات در این نظر، کاملاً آشکار است. عمل ارسال را بدليل سهولت اثبات آن، نمی‌توان جزئی از اجزاء قبول تلقی کرد زیرا چنان‌چه گفتیم، ارسال را نهایتاً می‌بایست کاشف و دلیل بر تحقق قبول پیش از آن، دانست و در صورت اثبات ابراز قبول پیش از ارسال، با دلایل اثباتی دیگر همچون اقرار قابل، گواهی گواهان، سند کتبی حاوی درج قبول و نیز قبول فعلی مانند بسته‌بندی کالای مورد معامله و ... عقد را محقق دانست و نباید موضوعیت برای عمل ارسال قائل شد. لذا به عقیده نگارنده، در عقود مکاتبه‌ای و غیرحضوری نیز با توجه به ماده ۱۹۱ و ۱۳۹ قانون مدنی و تحقق عقد با ایجاد و قبول به عنوان دلالت کننده بر قصد انشاء، نظریه اعلام قبول، سازگارت با نظام حقوقی ایران بوده و عقد در زمان و مکان اعلام قبول محقق می‌شود. بدیهی است بدليل فقدان محدودیت ادله اثباتی، اثبات وقوع اعلام قبول، با هر دلیلی ممکن بوده و از جمله، عمل ارسال را نیز در صورت عدم امکان اثبات وقوع قبول پیش از آن، باید اماره‌ای بر وقوع قبول پیش از آن دانست؛ هر چند این امر تنها به عنوان کاشفیت عمل ارسال جهت احرار، قابل پذیرش است نه موضوعیت آن در تحقق عقد، به تعبیر دیگر، ارسال واحد وصف طریقیت است نه موضوعیت.

## منابع

۱. اشمیتوف، کلایو ام (۱۳۹۱)، حقوق تجارت بین‌الملل، ترجمه جمعی از مترجمان، جلد اول، انتشارات سمت، چاپ سوم.
۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۹)، حقوق تعهدات، انتشارات گنج دانش، چاپ چهارم.
۳. داراب‌پور، مهراب (۱۳۷۶)، ترجمه تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی کالا، جلد اول، انتشارات گنج دانش، چاپ اول.
۴. سماواتی، حشمت‌الله (۱۳۸۹)، حقوق معاملات بین‌المللی، انتشارات فقنوس، چاپ چهارم.
۵. شهیدی، مهدی (۱۳۸۵)، تشکیل قراردادها و تعهدات، انتشارات مجد، چاپ پنجم.
۶. شیری‌وی، عبدالحسین (۱۳۹۱)، حقوق تجارت بین‌الملل، انتشارات سمت، چاپ چهارم.
۷. صفائی، سید حسین و همکاران (۱۳۹۰)، حقوق بیع بین‌المللی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم.
۸. قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۸۵)، قواعد عمومی قراردادها و تعهدات، نشر دادگستر، چاپ دوم.
۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰)، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برقا، چاپ پنجم.
۱۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰)، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برقا، چاپ پنجم.



# مصادیق و موضوعات احوال شخصیه

## در حقوق ایالات متحده آمریکا با رویکردن بر لزدوج و طلاق

سمیه قربانی ■ دکتر ناصر مسعودی

### چکیده

گسترش روابط بین المللی موجب شده است تا افراد در سرمیں خود محمصور نبوده و به انگیزه‌های متفاوتی از قبیل تفریح، دادوستد، جهانگردی، تحصیل علم، با ممالک دیگر ارتباط داشته باشند؛ در نتیجه مجموعه مقررات خاصی با عنوان حقوق بین الملل خصوصی در هر کشور برای تنظیم روابط بین المللی افراد وضع شده است. در کشورهای مختلف نظامهای حقوقی مستقلی وجود دارد که از یکدیگر متفاوت هستند. اگرچه آن‌ها روابط حقوقی خود را براساس اوضاع و احوال حاکم بر آن جامعه و نیازهای خاص آن تدوین و تنظیم می‌کنند، در عمل مواردی پیش می‌آید که محاکم داخلی می‌بايست حقوق و قوانین کشورهای دیگر را نیز در رسیدگی‌های قضایی خود مدنظر قرارداده و اعمال نمایند. حقوق بین الملل خصوصی که گاهی به آن حقوقی تعارض قوانین نیز اطلاق می‌شود، مجموعه قواعد و مقرراتی است که روابط حقوقی بین المللی اشخاص حقیقی یا حقوقی را یکدیگر تنظیم می‌کند. بنابراین، موضوعی مربوط به حقوق بین الملل خصوصی است که از مرز یک کشور گذشته و به کشور دیگر تسربی یابد. احوال شخصیه از موضوعاتی هست که در هر کشور و هر سیستم حقوقی نگرشی متفاوت نسبت بدان وجود دارد، به ویژه زمانی که کشور به صورت فدرالی بوده و تعارض قوانین علاوه بر تعارض بین المللی تعارض ملیتی نیز داشته باشد. در این مقاله احوال شخصیه و قانون حاکم بر آن در سیستم حقوقی آمریکا مورد بحث و بررسی قرار گرفته است و مصادیق و موضوعات آن مورد حل لاجی قرار گرفته است.

کلمات کلیدی: احوال شخصیه، تابعیت، اقامتگاه، حقوق آمریکا.

### مقدمه

در کشورهای بسیط یا غیر فدرالی نظام حقوقی واحدی در حقوق بین الملل خصوصی وجود دارد، اما در کشورهای فدرالی و ایالتی وضع این گونه نیست، زیرا ممکن است هر یک از کانتون‌ها، ایالت‌ها، و یا استان‌های خودمنخار قواعد حل تعارض قوانین مخصوص به خود را داشته باشند.

یک کشور فدرالی که به کشور چند حقوقی یا پلورالیسم حقوقی معروف است، به دلیل وجود مذاهب مختلف، اقیتیت‌های نژادی و قومی متعدد، نظام‌های حقوقی متعددی را در احوال شخصیه دارد. در چنین کشوری، هر ایالتی برای خود قواعد حل تعارض قوانین دارد در داخل ایالت خود نیز نیز مجموعه قوانین مستقلی دارد که بیانگر صلاحیت محدود، نسبی یا مطلق (حسب مقتضیات قانون اساسی کشور فدرالی) در امر قانون‌گذاری و اعمال صلاحیت قضایی در داخلی ایالت است.

مفهوم کشور در حقوق بین‌الملل خصوصی به سرمیانی اطلاق می‌شود که مقررات و قوانین مستقل خود را دارد، خواه آنکه از لحاظ سیاسی و در روابط با کشورهای دیگر مستقل عمل کند و یا آنکه تدوین سیاست‌های کلان و اداره روابط خارجی با مرکز فدرال باشد. برای مثال کشورهایی نظیر اسکاتلند ایرلند شمالی، ولز و انگلستان از دیدگاه حقوق بین‌الملل خصوصی به عنوان نظام‌های حقوقی مستقل شناخته می‌شوند و بنابراین قواعد و مقررات حقوقی بین‌الملل خصوصی آن مستقل و مجزاست، اگرچه روابط خارجی و سیاست‌های کلان آن بر اساس تصمیمات بریتانیایی کبیر یا پادشاهی متحده صورت می‌گیرد مثل دیگر، ایالات متحده امریکاست، زیرا اگرچه سیاست‌های کلان و روابط خارجی ایالت‌های آن به صورت مرکز و به وسیله دولت ایالات متحده امریکا تدوین و تنظیم می‌شود. هر یک از ایالت‌های آن نیز مقررات خاص خود را در حقوق بین‌الملل خصوصی دارد، بنابراین در نظام حقوقی امریکا به اصطلاح تعارض قوانین و یا حقوق محلی یا منطقه‌ای به عنوان قواعد مستقل حل تعارض در بین‌الملل خصوصی بسیار اشاره می‌شود.

در حقیقت، حقوق کانتون‌ها، ایالت‌ها و استان‌های خود مختار، در نظام‌های سیاسی فدرالی و یا ایالتی، اگرچه به لحاظ سیاسی به حکومت مرکزی وابسته است و به عنوان بخشی از یک کشور بزرگ‌تر محسوب می‌شود به عنوان حقوق حاکم بر اقامتگاه فرد و احوال شخصیه وی است؛ بنابراین گفته می‌شود که شخصی مقیم انگلستان یا اسکاتلند، ایالت تگزاس یا واشنگتن است، نه مقیم دولت بریتانیایی کبیر و یا ایالات متحده امریکا. (قضایی، ۱۳۶۸: ۱۹)

در جهان دو سیستم حقوقی مهم متقابل است:

- حقوق مدنی؛
- حقوق عرفی.

در سیستم حقوقی مدون یا رومن - ژرمن (حقوق نوشته) که در کشورهای اروپایی (مثل فرانسه، سویس، بلژیک، ایتالیا، آلمان و غیره) حاکم است، آرای دادگاهها بر طبق قوانینی است که به وسیله قوه مقننه وضع شده‌اند و در موارد نادری، احکام ممکن است بر اساس آراء وحدت دیوان عالی کشور صادر شود و آن هم به این جهت است که این آراء در حکم قانون هستند. بر عکس در سیستم حقوق عرفی (کامن لو) که در کشورهایی مانند انگلستان، آمریکا، کانادا، استرالیا، هند و غیره رایج است، اساس احکام دادگاهها، آرایی است که قبل از دادگاه‌های دیگر در موارد مشابه صادر نموده‌اند و در موارد استثنایی طبق قوانینی است که توسط قوه مقننه وضع گردیده‌اند. (سلامی، ۱۳۹۰: ۲۸-۳۳) به عبارت دیگر، در سیستم رومن - ژرمن، مهم‌ترین منبع حقوق قانون است و دادگاه‌ها باید اراده قانون‌گذار را در دعاوی اجرا کنند. ولی در سیستم کامن لو منبع حقوق، قواعدی است که قضايان در دادگاه‌ها اعمال کرده‌اند. حقوق این کشورها حقوقی است عرفی. مقصود از عرف روابط ای است که دادگاه‌ها بین خود مرسوم کرده‌اند و بدان پاییند هستند. اصلی‌ترین تفاوت بین این دو سیستم این است

که قواعد کامن لو، آن گونه که در سیستم رومی مرسوم است، مدون و مشخص نیست، به علاوه قواعدهای از

کامن لو استباط می‌شود در پارهای موارد با حقوق رومن - زمن مخالف است. (همان: ۳۸)

سیستم حقوقی کامن لو اصل شکل گرفته که: ناعادلانه است که در پروندهای مشابه در موقعیت‌های مختلف، به طور متفاوتی رفتار شود. در این سیستم، قضات دادگاهها برای حل و فصل اختلافات، آرایی را که قبلًا در زمینه‌های مربوط با آن دعوا صادر شده است را بررسی می‌کنند. اگر مشابه آن اختلاف در گذشته مورد تصمیم‌گیری و رأی دادگاهی واقع شده باشد، دادگاه فعلی ملزم است که از دلیلی که در رأی قبلی استفاده شده است، پیروی نماید. این اصل به معنای قاعدة سابقه، رأی بر مبنای سابقه موجود شناخته شده است. (همان: ۴۵) اما اگر قضی دادگاه تشخیص دهد که اختلاف در جریان، از اساس با تمامی دعاوی قبلی متفاوت است، این صلاحیت را دارد که با صدور رأی در پرونده جاری، یک سابقه در حقوق ایجاد کند. بنابراین این تصمیم جدید، یک رویه خواهد شد و برای دادگاهها در اختلافات مشابه بعدی، الزام اور خواهد بود. به عبارت دیگر، قواعد حقوقی هنگامی جز نظام حقوقی قلمداد می‌شوند که دادگاهها آن‌ها را اجرا کنند و اگر سابقه‌ای وجود نداشته باشد، قضات باید خود از ادله حقوقی، احکام مورد نظر را استخراج نمایند و ایجاد سابقه و رویه کنند. در نتیجه قضی در نظام حقوقی انگلیس و کامن لو به جای تفسیر مواد قانونی و توصل به قاعد کلی و اصول کلی حقوقی به بررسی عناصر دعواه مطروحة با دعواه مشابه قبلی می‌پردازد و در صورت وجود مشابهت بین عناصر دو دعوا، حکم مشابه صادر می‌کند. در غیر این صورت از آن قاعده عدول کرده و رأی جدیدی صادر می‌کند، چه بسا این رأی سابقه جدیدی ایجاد کند. (همان: ۴۸)

ذکر این نکته ضروری به نظر می‌آید که تصمیمات و آراء دادگاه‌های الزام اور می‌باشد که دارای صلاحیت و اختیار قانونی ویژه باشند؛ حتی با دارا بودن صلاحیت نیز، برخی دادگاهها در مقایسه با سایرین، قدرت و اختیار بیشتری دارند. برای مثال، تصمیماتی که توسط دادگاه‌های تجدیدنظر (استیناف) گرفته می‌شود، برای دادگاه‌های پایین‌تر و برای خود آن دادگاه در موارد مشابه الزام اورند. بنابراین در نظام حقوقی کامن لو، آرای محاکم مافق، الهام‌بخش دادگاه‌های مدون و طبق ضوابطی برای آن‌ها الزام اور است. دادگاه‌های مدون در دعاوی مشابه عموماً از حکم دعواه مافق تبعیت می‌کنند. کمی تعجب‌آور است که قضات در نظام حقوقی کامن لو چگونه به وضع قاعدة حقوقی نیز می‌پردازند. به عبارتی قضاتی که خود باید تابع قواعد حقوقی باشند، چگونه به وضع قاعدة حقوقی نیز می‌پردازند؟

در حقیقت قاعده و قانون باید توسط نمایندگان منتخب مردم در مجالس قانون‌گذاری و با انجام تشریفات لازم وضع شود. کار قضات باید این باشد که بهترین شکل قوانین حقوقی را اعمال نمایند و کار تدوین قوانین و تقدیم را به متخصصین مربوطه واگذار نموده تا با تعمق و تدبیر بیشتر به این امر مهم پردازند. (همان: ۵۲-۵۱) اما همان طور که گفته شد سیستم حقوقی کامن لا قضی از ابتدا نقش اساسی در تقدیم ایفا کرده است، اگرچه امروزه نقش مجالس قانون‌گذاری در وضع قانون افزایش و اهمیت یافته است؛ ولی هنوز دادگاه‌های کامن لا نقش مهم و تأثیرگذار خود در وضع قوانین را حفظ کرده‌اند.

هنگامی که قضات قوانین مصوب مجلس را اجرا می‌کنند، صدور حکم بدون مراجعه به دعاوی حقوقی، برایشان مطلوب و رضایت‌بخش نیست. در حقیقت آن‌ها مفاهیم واقعی و معانی دقیق عبارات قانون وضع شده از سوی مجلس را در چگونگی شیوه استباط و استدلال در دعاوی و آرای دادگاهها جستجو می‌کنند. رأی یک دادگاه برای دعواه بعدی با همان وقایع مشابه به عنوان یک منبع حقوقی مورد استفاده قرار می‌گیرد. (همان: ۵۴)

از آنجایی که آراء قضایی جز منابع اصلی حقوق می‌باشند، این آراء به صورت تفصیلی تهییه و تنظیم می‌گردد. در هر نظام حقوقی که به آراء قضایی متکی است، ضرورت دارد روش منسجمی برای انتشار آراء وجود داشته باشد که دسترسی به آراء را به نحو دقیق و قابل اعتمادی تضمین کند. مسلماً به انتشار آراء آن دسته از دادگاه‌هایی که ایجاد رویه نمی‌کنند، نیازی نیست. همچنین در مورد دادگاه‌هایی که ایجاد رویه می‌کنند، ضرورتی ندارد کلیه آراء آن‌ها منتشر شود، زیرا بسیاری از آن‌ها تطبیق آراء سابق و تکرار آن‌هاست.

### الف) سیستم حقوقی ایالات متحده امریکا

حقوق ایالات متحده امریکا در خانواده نظام حقوقی کامن‌لا قرار می‌گیرد که ریشه در تاریخ سلطانگلیسی‌ها و نظام حقوقی آنان بر مستعمرات سیزده کانه دارد. این مستعمرهای در قرن شانزدهم و هفدهم بر مبنای اصول سیاسی و حقوقی حاکم بر بریتانیا تأسیس شدند و حتی پس از کسب استقلال نیز به پیروی از نظام حقوقی کامن‌لا ادامه دادند، که همان‌گونه که ذکر گردید، بر آراء قضایی استوار است و قضاط با آراء و حکام خود، رویه قضایی را شکل می‌دهند. در حقیقت، رویه قضایی و یا قواعد حقوقی هنگامی جزو نظام حقوقی امریکا قلمداد می‌شوند که دادگاه‌ها آن‌ها را تفسیر و اجرا کنند و اگر سابقه‌ای وجود نداشته باشد، قضاط باید خود از ادله حقوقی، احکام موردنظر را استخراج نمایند. (فاطمی، ۱۳۷۹: ۴۲-۴۹)

علی‌رغم اشتراکات فراوان نظام کامن‌لا انگلستان با نظام کامن‌لا ایالات متحده، آن‌چه که نظام حقوقی امریکا را منحصر به فرد کرده است، تفکیک بین حقوق دولت فدرال و حقوق دولت‌های ایالتی است که موجب شده عملاً دو سازمان قضایی موازی در ایالات متحده به وجود بیاید. بر مبنای این تفکیک، اختیارات و صلاحیت‌های قضاط فدرال و ایالت‌ها نیز از یکدیگر جدا می‌شود. هر ایالت یک نوع سیستم حقوقی جداگانه با سلسله مراتب حقوقی خاص خود دارد. به همین دلیل نمی‌توان یک سیستم واحد حقوقی با ساختار و تشکیلات و منسجم و یگانه در کنار نظام حقوقی فدرال توجه داشت. زیرا که در حال حاضر در اجرای برخی از قوانین مدنی و کیفری میان ایالت‌ها تفاوت وجود دارد. در ایالتی ممکن است مجازات اعدام، قانونی باشد و در ایالت دیگر ممنوع، و یا حتی قوانین رانندگی، ازدواج، ارث و مالیات با یکدیگر تفاوت دارند. (همان: ۵۲)

به هر حال، اصول کلی حقوق کامن‌لو در امریکا پذیرفته شده و آرای قضایی به عنوان یکی از منابع اصلی حقوق موردن توجه قرار گرفته است. حقوق فدرال و تمامی ایالات امریکا به جز ایالت لوییزیانا، تحت تأثیر نظام حقوقی کامن‌لو می‌باشند. اما حقوق ایالت مذکور، بر پایه نظام حقوقی مدون (حقوق نوشته) شکل گرفته است. (همان)

### ب) منابع حقوق در ایالات متحده امریکا

در ایالات متحده امریکا، حقوق از چهار منبع سرچشمه می‌گیرد که عبارتند از:

- قانون اساسی؛
- قوانین موضوعی؛
- مقررات اجرایی؛
- حقوق عرفی.

مهم ترین منبع حقوق آمریکا، قانون اساسی این کشور می‌باشد. تمامی قوانین دیگر تابع قانون اساسی و مطابق با آن می‌باشند و هیچ قانونی نمی‌تواند مخالف با قانون اساسی باشد. قانون اساسی ایالات متحده آمریکا، برترین قانون در این کشور محسوب می‌شود. این قانون در ۱۷ سپتامبر سال ۱۷۸۷ میلادی به تصویب نمایندگان بیش از دوازده ایالت این کشور در ایالت فیلادلفیا رسید. (همان: ۶۳)

قانون اساسی ایالات متحده هیچ‌گاه تغییر نکرده و صرفاً اصلاحیه‌هایی به آن افزوده شده است، به همین جهت از ثبات و انسجام فراوانی برخوردار است. این قانون مشتمل بر ۷ ماده و ۲۷ اصلاحیه می‌باشد. (همان) اگر کنگره برخلاف قانون اساسی، قانونی را به تصویب برساند، آن قانون توسط دیوان عالی بی اعتبار اعلام می‌شود، اما خود به خود از بین نمی‌رود، بلکه می‌بایست به وسیله یک قانون و مصوبهٔ متعاقب نسخ شود. (همان)

در این کشور، دادگاه‌های پایین‌تر، یک مصوبه غیر قانونی را اجرا نخواهند کرد و اگر دادگاهی چنین مصوبه‌ای را اجرا کند، رأیش توسط دیوان عالی نقض خواهد شد؛ و نیز بر عکس، اگر دادگاهی یک مصوبهٔ قانونی را اجرا نکند، دیوان عالی رأی آن دادگاه را نقض خواهد کرد.

دادگاه‌های آمریکا قاعدةٔ سابقه (رأی بر مبنای سابقه موجود) را به ارت برده‌اند و قصاصات آمریکایی تنها اعمال کنندهٔ قوانین و مصوبه‌ها نیستند، بلکه ایجاد قانون نیز می‌کنند. به این شکل که تصمیمات و آراء صادره از جانب آن‌ها، ایجاد رویه‌ای می‌نماید که در اختلافات بعدی مورد تبعیت سایر قصاصات قرار خواهد گرفت. (Rosenbloom, David H, 2003, p 19)

با اینکه در کامن لو تبعیت از آراء قبلی اهمیت زیادی دارد و دادگاهها برای حفظ ثبات حقوقی، خود را ملزم به تبعیت از آراء سابق می‌دانند، این تبعیت به دلایلی در آمریکا ضعیفتر است و دادگاهها در قبال تغییرات حاصل، انعطاف بیش‌تری از خود نشان داده و نسبت به تجدیدنظر در آراء قبلی متناسب با اوضاع و احوال جدید، تغییل بیش‌تری داشته باشند. از عمدۀ ترین این دلایل، فدرالی بودن نظام حکومتی آمریکا می‌باشد که به هریک از ایالت‌ها اجازه می‌دهد تا مسائل حقوق خصوصی خود را رأساً تنظیم کنند و بنابراین ممکن است در ایالت‌های گوناگون، راه حل‌های متفاوتی نسبت به مسائل مشابه وجود داشته باشد. (Kermit L. Hall, 2002, p 341)

این امر به قصاصات و حقوق‌دانان نشان می‌دهد که نظریات و آراء آن‌ها نسبی است و ممکن است راه حل‌های مناسب‌تری وجود داشته باشد که برای دادگاه‌های آمریکا می‌توان از آن‌ها استفاده نمود. تدوین قانون و انتشار آن در قالب مجموعه‌های قانونی (کد‌های قانونی) که یکی از مهم‌ترین جنبه‌های نظام حقوق نوشته محسوب می‌شود، مورد توجه نظام حقوقی آمریکا نیز قرار گرفته است. اما علی‌رغم وجود گرایش به تدوین قانون در حقوق آمریکا و موقیت‌های نسبی آن، تدوین قانون در این کشور به گستردگی تدوین قانون در نظام حقوق نوشته نبوده است و مجموعه قوانین موجود در حقوق آمریکا، قادر ساختار منظم به شیوهٔ موجود در کشورهای متعلق به نظام حقوق نوشته می‌باشد.

لازم به توضیح است که اگرچه در گذشته این قوانین نادر و استثنایی بودند ولی به تدریج به خصوص در کشور آمریکا، تعداد این قوانین رو به گرایش گذاشته‌اند، به طوری که در زمینه‌های مختلف قوانین مدون وضع، و حتی در مواردی با وضع قانون، قواعد عرفی نسخ شده و بدین ترتیب سیستم حقوقی عرفی این کشور را به سیستم حقوق مدون نزدیک‌تر نموده است.

ایالت نیویورک، تدوین قانون (قانون نویسی) را در قرن ۱۹ میلادی شروع کرد، که این پروسه و روند قانون نویسی منجر به ایجاد فیلد کد شد که در موضوعات مدنی اعمال می‌گردد.) The rule of law in the united states, 2000, pp 89-94

نظام حقوقی ایالت کالیفرنیای آمریکا بر اساس کامن لو شکل گرفته است، اما این ایالت نیز مانند سیستم حقوق توشه، به تدوین قانون پرداخته است. سایر ایالات نیز اکثراً این گونه هستند. (Ibid) قانون اساسی مرز موضوعات زیادی را در قوانین فدرال و قوانین ایالتی مشخص نموده است. طبق این قانون، قدرت و اختیارات فدرال میان سه قوه مقننه، مجریه، و قضاییه تقسیم شد (به این ترتیب «تفکیک اختیارات» این سه قوه و حفظ آن از طریق اعمال «نظرارت و موازنہ» برای جلوگیری از غلبه یکی بر دیگران به اجرا در آمد)، و هر یک با وظایف مشخص در نظام قضایی مشارکت دارند. در این نظام، قانون اساسی تعیین نموده که کدام قوانین باید به تصویب کنگره برسد. (McKay, Robert B, 1958, pp 293-297)

گویی این به اندازه کافی پیچیده نبود، تازه قوانین آمریکا بیش از مصوبات کنگره است. در بعضی حوزه‌ها، کنگره به آژانس‌های دولتی اختیار می‌دهد برای تأمین جزئیات بیشتر قانونی، به تصویب مقررات پردازند و کل نظام برایه اصول موجود در قوانین عرف انگلستان استوار است. هر چند قانون اساسی و مقررات دیگر جایگزین قوانین عرف شده‌اند، اما در موقعی که دادگاهها با موارد خاصی برخورد می‌کنند که در قانون اساسی به آن پرداخته نشده و کنگره هم هنوز مصوبه‌ای در آن را بطيه تهييه نکرده است، کماکان از قوانین عرف استفاده می‌شود. (Ibid, pp 300-302)

## ج) موضوعات احوال شخصیه در حقوق امریکا

### ۱. ازدواج

قوانين ازدواج در ایالت متحده در سطح ایالتی تقنین شده و لذا هر ایالت حق دارد بر اساس مکانیسم‌های تقنینی، قواعد خاص خود را برای ازدواج وضع نماید. با این حال، قوانین مدنی‌ای در سطح فدرال وجود دارند که عملاً با قیود مرتبط با ازدواج مرتبط می‌شوند. (Herring, Johathan, 2001, pp 68-71)

ازدواج در ایالت متحده امریکا بر اساس رویه‌ی قضایی را می‌توان ازدواج عرفی دانست. در حالی که در ازدواج به واسطه‌ی صدور عقدنامه، دو طرف عقد باید ابتدا شرایط قانونی ازدواج را فرامهم کرده و سپس در موعدی مقرر توسط نهاد رسمی عقد ازدواج میان ایشان جاری شود، ازدواج عرفی امری است که بر اساس شرایط پیش آمده خود به خود رخ می‌دهد. به عبارت دیگر، یک زوج ممکن است برای مدتی با هم زندگی کرده و پس از آن واجد زوجیت عرفی شناخته شوند. ازدواج بر اساس عقدنامه، ناشی از عمل دولت یا نهاد حقوقی (جاری کردن عقد بین زوجین) محقق می‌شود. اما ازدواج عرفی بر اساس عمل زوجین (زنده‌گی با هم به مدتی معین و به رسیمه شناختن یکدیگر به عنوان زوج) محقق می‌شود. ازدواج عرفی در اکثریت قریب به اتفاق ایالات متحده منسوخ شده و جای خود را به ازدواج ثباتی و دفتری داده است. تفاوت مبنای حقوقی ازدواج در ایالات می‌تواند در حقوق ناشی از ازدواج بسیار تأثیر داشته باشد. برای مثال زوجین به واسطه‌ی ازدواج در مال یکدیگر شریک شده و این شراکت در تقسیم این اموال پس از طلاق نیز مؤثر است. حال اگر ازدواج عرفی باشد، اما طلاق در ایالتی واقع شود که از

مبانی عقد برای ازدواج پیروی می‌کند، مسئله‌ی سهم‌بری از اموال زوج دچار مشکل خواهد شد. در واقع هر ایالتی ملزماتی را برای به رسمیت شناختن ازدواج وضع کرده که مختص به خود می‌باشد که این امر زمانی که یکی از زوجین تبعه غیر امریکایی داشته باشد با مشکلات عدیدهای مواجه می‌گردد. (Ibid, pp 81-84)

ازدواج عرفی به جهت ماهیت غیر ثابتی آن نیازمند تصویب دو طرف به زوجیت است. در واقع دو طرف باید یکدیگر را به عنوان زوج به رسمیت شناخته و اعمال و وظایف زناشویی را به گونه‌ای به انجام برسانند که بر اساس عرف جاری، زوجیت بر ایشان قابل اطلاق باشد. البته پس از احراز و شهرت زوج به زوجیت، حق بین ایشان برقرار شده و هر یک از ایشان می‌توانند در دعاوی به آن استناد کنند.

([www.ncsl.org/issues-research/human-services/common-law-marriage.aspx](http://www.ncsl.org/issues-research/human-services/common-law-marriage.aspx))

ازدواج عرفی در واقع ثمره‌ای است از خانواده‌ی حقوق عرفی یا کامن لا که از دیرباز در انگلستان جاری بوده و بعداً در جریان استعمار و ایجاد کلونی‌های انگلیسی در آمریکا به آن سرزمهین نیز سراپت یافته است. در این نظام، فرض بر صحت ازدواج است و اساساً قیودی برای این صحت وجود ندارد. تنها زمانی که دعوا بیان زن و شوهر پیش می‌آید، معیارهایی حداقلی برای احراز زوجیت طرح می‌گردد.

مبانی عرفی برای ازدواج در واقع دو امر شناسایی (recognition) که یک امر حقوقی و رسمی است و اعتبار (validity) که امری جوهري و ذاتی در ازدواج محسوب می‌شود را از هم تفکیک نموده است. ازدواج عرفی هرگز مورد شناسایی رسمی و ثابتی قرار نمی‌گیرد اما امری است معتبر

([www.originalintent.org/edu/marriage.php](http://www.originalintent.org/edu/marriage.php))

ازدواج عرفی به مرور به پدیدهای منسخ بدل شده است. امروز ازدواج عرفی تنها در ۹ ایالت آلاما، کلورادو، کانزاس، رود آیلندر، کرولاینای جنوبی، آیووا، مونتانا، اوکلاهما، تگزاس و نیز منطقه‌ی کلمبیا انجام می‌شود. همچنین ایالات جورجیا، آیداهو، اوایهیو، اوکلاهما و پنسیلوانیا مقرر کرده‌اند که ازدواج‌های محرز شده بر اساس عرف همچنان در حوزه‌ی صلاحیت قضایی ایشان معتبر دانسته می‌شوند اما پس از این دیگر هیچ عقد ازدواجی با این کیفیت منعقد نخواهد شد. (Ibid)

در حالی که ازدواج عرفی یک رابطه‌ی دو طرفه بین زن و مرد بود ازدواج رسمی و ثابتی نه یک رابطه‌ی دو طرفه که یک رابطه‌ی سه طرفه محسوب می‌شود. دولت یا حکومت طرف سومی است که در این قرارداد مشارکت دارد، آنرا ثبت و تضمین کرده و در واقع مسئله‌ی احراز ازدواج برای دولت طرح می‌گردد. نکته اینکه هیچ ازدواج عرفی همجنسگرایانه‌ای قابل تصور نیست، چون محدود ایالاتی که در سال ۲۰۱۲ ازدواج همجنسگرایان را قانونی نمودند، در واقع برای مشروعیت‌بخشی به آن، دست به وضع قانون زدند. در حالی که در حالت عادی چنین ازدواجی در عرف مسیحی غیر ممکن است.

([www.unmarried.org/lgbtq/same-sex-marriage/faq](http://www.unmarried.org/lgbtq/same-sex-marriage/faq))

در آمریکا که ازدواج عرفی یک سنت محسوب می‌شود، تئوری‌های بسیار بدینانه‌ای نسبت به ازدواج ثابت وجود دارد. در قرن نوزدهم قوانین ضد ازدواج میان نژادی (Anti-miscegenation laws) در آمریکا به تصویب رسید که به موجب آن ازدواج زن و مرد سفیدپوست با دیگر نژادها ممنوع گردید. اما، نظم مبتنی بر ازدواج عرفی عملاً اجرای این قانون در آمریکا را غیرممکن ساخته بود. راهکاری که از این قرن به مرور برای نظارت دولت بر ازدواج‌ها تکوین یافت، الزامی کردن ثبت ازدواج و صدور اجازه‌نامه برای ازدواج (marriage license) بود.

در یک حکم کلی باید گفت که برخلاف باور عمومی، دولت مدرن بسیار مداخله‌گرتر، حجمی‌تر و پرقدرت‌تر از دولت در شکل سنتی است. این حجم و قدرت‌گیری هم ربطی به ایدئولوژی سیاسی حاکم بر دولت ندارد، بلکه عنصری است که در تکامل طبیعی نهاد دولت نهفته است. لذا دولت آمریکا نیز هرچند به حداقلی بودن امر سیاسی و دخالت آن در امور شخصی و اقتصادی باور دارد اما در طول دوران مدرن مرزهای وسیع‌تری یافته است. بسیاری از مسیحیان سنت‌گرا در آمریکا از نسبتی که اکنون دولت و نهاد خانواده دارند ناراضی‌اند. این دولت است که اجازه ازدواج را صادر می‌کند. این دولت است که سند ولادت کودک را صادر می‌کند. چنین دولتی عملأ همیشه در نهاد خانواده حضور دارد و این حضور همیشه بر اساس خواست زوجین نیست.

علاوه بر ازدواج، طلاق و دعاوى ناشی از آن، دولت به صورت فعال بر چگونگی تربیت فرزندان و نیز نحوه رفتار زوجین با یکدیگر و نیز با فرزندان نظارت دارد. اقتدار و نظارت دولت بر خانواده طی منسوخ شدن ازدواج عرفی و بدل شدن به ازدواج بر اساس صدور سند ازدواج عملأ افزایش یافته اما لزوماً نمی‌توان این افزایش اقتدار را ناشی از توطئه دولت علیه قوانین الهی دانست، امری که مسیحیان سنت‌گرا ای آمریکایی عمیقاً به آن باور دارند. امروزه تقریباً در اکثر جوامع بشری دولت در امور شخصیه و حقوق خانواده دست به دخالت می‌زند.

## ۲. طلاق

همانند ازدواج، طلاق نیز در آمریکا براساس قوانین ایالتی و نه فدرال انجام می‌شود، به این معنی که قوانین طلاق در ایالات مختلف آمریکا تفاوت‌هایی دارد و دولت مرکزی دخالت چندانی در این موضوع ندارد. تصمیم قانونی برای طلاق از سوی قاضی یا سایر مراجع قانونی اتخاذ می‌شود. براساس قانون، پروسه طلاق می‌تواند شامل مواردی چون حضانت بچه‌ها، حمایت مالی از آن‌ها، تقسیم دارایی‌ها و بدهی‌ها شود. (Noriani Nik Badli Shah, Nik, 2000, p 72)

قانون طلاق از یک ایالت به ایالت دیگر تفاوت‌هایی دارد. در بعضی از ایالت‌ها برای درخواست طلاق یکی از زوجین باید دلیل محکمه‌پسندی مبنی بر ضرورت جدایی از همسر خود به دادگاه ارائه دهد. اما در ایالتی دیگر اجازه طلاق بدون ارائه دلیل و شواهدی علیه همسر به آسانی به اجراء درمی‌آید. دادگاه همچنان می‌تواند در مورد نحوه رفتار زوجین در مورد مواردی چون تقسیم دارایی‌ها، بدھکاری‌ها، حضانت بچه‌ها و حمایت مالی از آن‌ها دخالت کند. در حال حاضر، امکان درخواست طلاق بدون ارائه دلایل محکمه‌پسند در همه ایالات آمریکا وجود دارد. در سال‌های اخیر بسیاری از دادگاه‌ها در ایالت‌هایی مانند کارولینای شمالی و نیویورک حکم به یک‌سال جدایی قانونی و فیزیکی پیش از صدور نهایی حکم طلاق رسمی را می‌دهند. این نحوه تصمیم‌گیری باعث شده تا در این ایالت‌ها برای تعریف این فاصله یک‌ساله از عبارت حقوقی « جدا شده » (separated) استفاده کنند تا شرایط حقوقی دوطرف به درستی بیان شود.

« جدا شده » یعنی کسی که نه متأهل است و نه مطلقه. (Ibid)

تا پیش از دهه ۷۰ میلادی فرد درخواست‌دهنده طلاق برای ارائه درخواست باید این دعوى را مطرح می‌کرد که همسرش مرتكب جنایت یا گناهی مانند زنا یا ترک همسر شده است. وقتی در شرایط عادی فردی با همسرش تفاهم نداشت، وکیل او مجبور می‌شد پرونده طلاق توافقی را برای وی باز کند. (Ibid, p 80)

انقلاب طلاق بدون دلیل محاکمه‌پسند، در سال ۱۹۶۹ در کالیفرنیا روی داد و نیویورک آخرین ایالت از مجموع ایالت‌های آمریکا بود که در سال ۲۰۱۰ این قانون را تصویب کرد. میانگین عمر ازدواج در آمریکای امروزی ۱۱ سال است و در ۹۰ درصد طلاق‌ها پیش از برگزاری دادگاه میان زن و مرد برای انجام طلاق توافق وجود دارد. (Ibid, p 82)

در قوانین قضایی اکثر ایالت‌های آمریکا، طلاق باقیستی به ثبت در دادگاه برسد تا جنبه رسمی پیدا کند. شرایط طلاق به‌طور معمول توسط دادگاه تعیین می‌شود، گرچه این شرایط می‌تواند براساس شروط پیش از ازدواج یا شروط تعیینی پس از ازدواج یا توافقاتی که زوجین با یکدیگر به‌طور شخصی انجام می‌دهند، روی دهد. در وضعیتی که شروط طلاق غیرتوافقی میان زوجین وجود نداشته باشد، طلاق غیرتوافقی روی می‌تواند برای زوجین بسیار استرس‌زا باشد و هزینه مالی سنگینی را هم برای انجام مراحل قانونی به آن‌ها تحمیل کند. در سال‌های اخیر، شیوه‌هایی که باعث می‌شود رسیدن به توافق برای طلاق با بحث‌های کمتری همراه باش، به وجود آمده‌اند که می‌توان به عنوان نمونه به وساطت یا طلاق توافقی که نتیجه مذاکره دوطرفه و رسیدن به شرایطی که مورد توافق دوطرف برای حل مسئله است اشاره کرد. در مواردی که پای بچه‌ها هم در میان است، دولت توجه خاصی به مسئله دارد تا مطمئن شود که مشاجرات میان مادر و پدر از درون دادگاه به بیرون درز نکند. در حال حاضر همه ایالت‌ها پدر و مادری را که از هم جدا می‌شوند و ادار می‌کنند تا «برنامه فرزندداری» خود را برای نگهداری صحیح از بچه‌ها پس از طلاق ارائه دهند. (H. B. Grant, 1946, pp 154-157)

طلاق در ایالات متحده براساس قوانین ایالتی انجام می‌شود و قوانین فدرال یا ایالت مرکزی نقش کوچک‌تری در مسئله طلاق دارند. در سال‌های اخیر، قوانین ایالتی بیشتری به تصویب رسیده که حقوق و ظایف افراد را در طلاق تحت تأثیر قرار داده است. (Noriani Nik Badli Shah, Nik, Ibid, p 88) طلاق بدون دلیل محاکمه‌پسند که انقلابی در قانون طلاق ایالات متحده بوده است، از سال ۱۹۵۳ در ایالت اوکلاهما کلید خورد، اما در سال ۱۹۶۹ و در ایالت کالیفرنیا به نتیجه رسید، در نهایت نیز در سال ۱۹۸۵ این قانون در ایالت داکوتا کامل شد. تا ۱۱ اکتبر سال ۲۰۱۰ همه ایالت‌های آمریکا قانون طلاق بدون دلیل محاکمه‌پسند را به تصویب رسانده بودند. (Ibid)

به‌طور معمول، یک درخواست طلاق در بخش خانواده دادگاه شهر مورد نظر ارائه می‌شود. با وجود عمومی شدن قانون طلاق بدون دلیل محاکمه‌پسند در حال حاضر در برخی از ایالت‌ها طلاق با ارائه شواهد و دلایل هنوز هم به قوت خود باقی است. در بیش‌تر ایالت‌ها برای رسمی‌شدن طلاق رضایت دوچاره یا دوره انتظاری ششم‌ماهه تا دوساله پیش از قطعی شدن طلاق الزامی است. عده‌ای بحث کاستی های قانون طلاق بدون دلیل محاکمه‌پسند را از این نظر که نارضایتی یکی از طرفین قرارداد ازدواج اهمیت دارد، مطرح می‌کنند. به باور آن‌ها، در میان همه قرادادهای رسمی موجود، ازدواج آسان‌ترین قرارداد برای فسخ کردن است. در سال‌های اخیر عده‌ای به حمایت از اصلاحات میانه‌روانه در مسئله طلاق روی آورده‌اند که به موجب آن برای انجام یک طلاق بدون دلیل محاکمه‌پسند رضایت دو طرف ضروری است. هرچند این پیشنهاد تا به امروز در هیچ‌یک از ایالت‌ها به تصویب نرسیده است. پرونده‌های طلاقی که در آن یکی از دو طرف شواهدی مبنی بر رفتار مجرمانه یا غیراخلاقی طرف مقابل ارائه می‌دهند هنوز هم در دادگاه‌ها دیده می‌شوند. دلایلی برای شکل‌گیری چنین پرونده‌هایی با وجود قانون

طلاق بدون ارائه دلیل محاکمه‌پسند وجود دارد. این شکل از درخواست طلاق گاهی با هدف کوتاه‌تر کردن دوره انتظار تا رسمی‌شدن حکم طلاق انجام می‌شود. همچنین طلاق با ارائه دلیل می‌تواند باعث تحت تأثیر قرار گرفتن مسائلی چون خضانت و موارد مالی در حکم نهایی دادگاه شود. قوانین ایالت‌ها در نحوه پذیرش و بررسی پرونده‌های چنین طلاق‌هایی تفاوت‌هایی دارند. اما در بیش‌تر موارد گشایش یک پرونده طلاق بدون ارائه دلیل محاکمه‌پسند بسیار آسان‌تر است. گرچه شرایط انجام یک طلاق می‌تواند (و غالباً این‌گونه است) به صلاح مسائل مربوط به بچه‌ها باشد و همچنین از نظر مالی به سود طرف درخواست‌کننده طلاق باشد. نهایتاً بیش‌تر پرونده‌های طلاق در آمریکا با رسیدن توافق میان زن و مرد در مورد نحوه انجام آن و جزئیات حکم دادگاه پیش از برگزاری دادگاه انجام می‌شود (Robert Blackwell, 1977, pp 92-94).

در مورد دارایی‌های زن و مرد، ایالت‌ها قوانین گوناگونی دارند. بعضی از ایالت‌ها از قاعده «property community» استفاده می‌کنند که براساس آن بیش‌تر دارایی‌هایی که زن و شوهر در طول زندگی به دست آورده‌اند (بهجت هدایا و ارش) تحت مالکیت هر دو نفر است و در صورت طلاق یا مرگ تقسیم می‌شود. این قانون بیش‌تر در ایالت‌های غربی اجرا می‌شود (Lorie Jankins Mc Elroy, 1996, p 72).

تقسیم دارایی براساس این قانون شاید با تقسیم اقلام انجام شود و یا با ارزش‌گذاری روی آن‌ها. در برخی دادگاه‌ها مانند دادگاه‌های کالیفرنیا تقسیم ۵۰٪/۵۰٪ دارایی‌ها با دقت کامل و توسط دادگاه انجام می‌شود. علاوه بر این، دارایی‌های شخصی و مشترک زن و شوهر هر دو مورد محاسبه قرار می‌گیرد. اما تقسیم دارایی در دادگاه‌های ایالت‌های دیگر، برای مثال، تگزاس با شیوه «distribution equitable» انجام می‌شود، به این معنی که تنها دارایی‌های مشترک به‌طور مساوی تقسیم می‌شود. (Ibid)

دارایی‌هایی که پیش از ازدواج تحت مالکیت یکی از زوجین بوده است، جزو اموال اختصاصی فرد محسوب می‌شود، مگر این‌که آن اموال در جریان ازدواج تبدیل به دارایی‌های مشترک زوجین شود. البته قانون درباره این موضوع میان ایالت‌های مختلف تفاوت‌هایی دارد. قانون «property community» در ایالت آریزونا، کالیفرنیا، آیداهو، لوییزیانا، نوادا، نیومکزیکو، تگزاس، واشنگتن و ویسکانسین اجرا می‌شود. اما اجرای این شیوه در هیچ‌یک از این ایالت‌ها کاملاً مشابه یکدیگر نیست. (Ibid, pp. 88-91)

غیر از ایالت ذکر شده در بالا، سایر ایالت‌ها قانون «distribution equitable» یا ترکیبی از این دو قانون را به کار می‌برند. در اجرای قانون «distribution equitable» این‌گونه فرض شده است که عدالت به‌طور مشخص به معنی تقسیم مساوی دارایی‌ها نیست و گاهی باید به یکی از زوجین سهم کمتر یا بیش‌تری برسد. هدف این بوده که اطمینان حاصل شود که بچه‌های طلاق با مشکلات معيشی روبرو نشوند. این‌گونه که پدر یا مادری که مسؤولیت حضانت توسط دادگاه به وی داده می‌شود (یا در احکام حضانت مشترک هر کدام از این دو نفر که زمان بیش‌تری را برای نگهداری از فرزند صرف می‌کنند) پس از طلاق سهم بیش‌تری از دارایی‌های خانواده را دریافت می‌کنند تا بتوانند هزینه‌های نگهداری از فرزند را پرداخت کنند. به‌طور معمول، در این ایالت‌ها اموالی که زن و مرد پیش از ازدواج داشته‌اند جزو اموال شخصی آن‌ها و اموالی که پس از ازدواج به دست آورده‌اند جزو اموال مشترک محسوب می‌شود. (Ibid, pp 101-104)

نفقه که در آمریکا به آن «حمایت همسر» هم می‌گویند، هنوز هم در بسیاری از موارد ازدواج و بهخصوص در ازدواج‌هایی که سال‌های زیادی از آن می‌گذرد، پرداخت می‌شود. نفقه بیش‌تر در مواردی



پرداخت می‌شود که یکی از زوجین نیاز به درمان یک بیماری سخت دارد و یا اینکه شغل خود را از دست داده است و یا اینکه به طور دائم خود را وقف مسائل مربوط به خانه‌داری و خانواده کند. اما پرداخت ثابت نفقة در برخی موارد ازدواج انجام می‌شود. (Ibid, pp 173-175)

## ۱-۲. صدور حکم طلاق

در ایالات متحده حکم طلاق پیش از رسیدگی به چند مورد اساسی صادر نمی‌شود. برای صدور حکم بایستی همه سؤال‌ها در مورد مسائل مربوط به نگهداری از فرزند و حضانت، موضوع دارایی‌ها و حمایت مالی مداوم پاسخ کاملی گرفته باشند. در میانه دهه ۹۰ میلادی تعداد اندکی از ایالت‌ها قانون «marriage covenant» را تصویب کردند که به موجب آن زن و شوهر می‌توانند به طور داوطلبانه انجام طلاق بین خود را از آن‌چه در مفاد قانون طلاق بدون دلایل شواهد مکمل‌پسند وجود دارد مشکل‌تر سازند. برای مثال، زن و شوهری که انجام تعهد «marriage covenant» را انتخاب می‌کنند، احتمال دارد مجبور باشند برای انجام یک طلاق رسمی تن به مشاوره ویژه پیش از طلاق دهند یا از نظر قانونی وادر شوند که برای طلاق خود از شیوه وساطت و توافق استفاده کنند. در ایالت‌هایی که قانون «marriage covenant» در آن‌ها وجود ندارد، بعضی از تازه‌عروس و دامادها قرارداد اضافی را هنگام ازدواج امضا می‌کنند که محدودیت‌های طلاق ذکر شده در قانون «marriage covenant» را شامل می‌شود. (چمن، ۱۳۹۰: ۴۹)

## ۲-۲. طلاق موجز

پرسه طلاق به طور کلی در ایالات متحده آمریکا کوتاه نیست و عده‌ای حتی حاضرند تن به سفر به ایالت‌های دیگر بدنهند تا راحت‌تر از یکدیگر جدا شوند. برای نجات از این مشکل، طلاق موجز یا طلاق ساده طراحی و تصویب شده است.

زن و شوهری که بخواهند به طور موجز طلاق بگیرند باید شرایط خاصی داشته باشند یا بتوانند بر سر چند مسئله کلیدی از قبل به توافق برسند. سن یک زندگی مشترک برای طلاق موجز باید کمتر از پنج سال باشد، پای کودکی در میان نباشد (هرچند ایالت‌هایی هستند که برای طلاق موجز، مشکل زوجینی را که بچه هم دارند، حل می‌کنند)، دارایی اندک داشته باشند و مالک املاکی نباشند که قابل بررسی در دادگاه باشد، دارایی مشترک زن و شوهر به جز وسائل نقلیه آن‌ها کمتر از ۳۵ هزار دلار باشد و دارایی شخصی زوجین هم در همین حدود باشد. (H. B Grant, 1946, p 67)

## نتیجه

- تعارض قوانین در یک کشور غیر فدرالی بین‌المللی است ولی در کشور فدرالی علاوه بر آن، ممکن است تعارضات بین ملتی نیز پیش آید.
- تابعیت به عنوان یک عامل ارتباطی ممکن است برای حل تعارض در موضوعات بین‌المللی در یک کشور غیر فدرالی مورد استناد قرار گیرد. اما این عامل نمی‌تواند در تعارض بین ملتی در یک کشور فدرالی مفید باشد؛ بدینهی است برای حل تعارض در این کشور بایستی عامل ارتباطی دیگری مثل اقامتگاه را در نظر گرفت.

- حقوق حاکم بر روابط فدرالی از زمرة حقوقی اساسی (داخلی) است، نه حقوق بین الملل، زیرا قانون دولت فدرال مبتنی بر سندی است که خصلت حقوق عمومی داخلی دارد و آن قانون اساسی دولت مرکزی است. براساس قاعده، قانون اساسی صلاحیت عملکردهای بین المللی را فقط در انحصار دولت مرکزی قرار می‌دهد و دولت‌های عضو را مشمول حقوق داخلی و مستحبیل در جامعه کل فدرال می‌سازد.

## منابع

### الف) منابع فارسی

۱. چمن، گری دی، پیمان ازدواج، ترجمه سیمین موحد، نشر ویدا، تهران، ۱۳۹۰.
۲. فاطمی، محمد، نظام حقوقی انگلیس و ایالات متحده آمریکا، نشر آرنا، تهران، ۱۳۷۹.

### ب) منابع لاتین

1. H. B. Grant, Marriage separation and divorce, London: Stevens & sons, limited, 1946 .
2. Herring, Johathan, Family Law, Harlow: Longman, 2001 .
3. Kermit L. Hall, The Oxford companion to American law, Oxford: Oxford University Press, 2002 .
4. Lorie Jankins Mc Elroy, Women's Voices: a documentary history of women in America. , 1996 : U. X. L, Detroit
5. McKay, Robert B, An American constitutional law reader, A collection of materials on American..., New York: Oceana Publications, 1958.
6. Noriani Nik Badli Shah, Nik, Marriage and divorce, international Law Book Services, Kuala Lumpur, 2000.
7. Robert Blackwell, the Fighters Guide to Divorce, Chicago: Henry Regnery Company, 1356.
8. The rule of law in the united states, Statement by the committee to cooperate with the international, commission of jurists, The American bar association section on international and comparative law, 1918 .

### پ) منابع اینترنتی

1. [www.ncsl.org/issues-research/human-services/common-law-marriage.aspx](http://www.ncsl.org/issues-research/human-services/common-law-marriage.aspx)
2. [www.originalintent.org/edu/marriage.php](http://www.originalintent.org/edu/marriage.php)
3. [www.unmarried.org/lgbtq/same-sex-marriage/fag](http://www.unmarried.org/lgbtq/same-sex-marriage/fag)

# حمایت‌های کیفر را ز بزه‌دیده و شهود

## در قانون آئین دادرسی کیفر مصوب ۷۸ و ۹۲

رضا دانش‌نیا ■ محمد اقبالی

### مقدمه

با تعدیل دیدگاه‌های حاکم بر عدالت کیفری کلاسیک رفته رفته این نظریه قوت و شکل گرفت که جرم بیش از آنکه در تعرض به قانون جزا - به عنوان بازارترین و رسمی‌ترین مظہر قدرت عمومی - تلقی شود، یک تعرض واقعی و ملموس به انسان هاست و در حقیقت این بزه‌دیدگان هستند که متصرر اصلی جرم هستند. لذا در این دیدگاه اساسی‌ترین هدف نظام عدالت کیفری را ترمیم و تصحیح خطأ و جران لطمات و صدمات افراد و التیام احساسات جریحه‌دار شده آن‌ها و اعاده آرامش و امنیت سلب شده و ترمیم روابط انسانی گسترشده در میان تک تک افراد متأثر از جرم تلقی می‌نماید. بدین جهت است که امروزه در اکثر نظام‌های عدالت کیفری بزه‌دیده به عنوان شخص متصرر از جرم دارای حقوق متعددی شده است: حقوقی که تضمین کننده کرامت انسانی بزه‌دیده و رفتار منصفانه با اوست و در برگیرنده طیف وسیعی از حقوق مالی و غیر مالی و خواسته‌ها و انتظارات اوست.

این نوشتار در صدد شناسایی و معرفی مقررات و تجزیه و تحلیل مواد قانون آئین دادرسی از منظر بزه‌دیده‌شناسی با رویکرد حمایتی از بزه‌دیده و شهود وی است.

### تأمین امنیت بزه‌دیده

یکی از مهم‌ترین حقوق انسانی و اخلاقی بزه‌دیده که باید در مراحل آغازین فرایند کیفری مورد توجه قرار گیرد، پرداختن به تأمین امنیت وی و شهود است. تأمین امنیت به منزله کاهش نگرانی‌های بزه‌دیدگان، حفاظت از هویت و زندگی خصوصی او و حمایت از آن‌هast. احساس نامنی در بزه‌دیده ممکن است به شکل یک بحران، آسیب روانی یا درد و رنج عاطفی ظاهر گردد. این حالت در مورد شهود بزه‌دیدگان هم صادق است عدم امنیت ایشان ممکن است آن‌ها را از اقامه شهادت در محکمه باز دارد. بزه‌دیده و شهود او به عنوان یکی از مهم‌ترین و بهترین منابع اطلاعاتی در مورد رخداد مجرمانه می‌تواند

■ کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی و دادستان عمومی انقلاب.

■ دانشجوی دکتری حقوق کیفری و وکیل پایه یک دادگستری.



در جهت انجام هر چه بهتر تحقیقات و دادرسی به دست اندکاران عدالت کیفری کمک شایان توجهی کنند. از این روی احساس امنیت بیشتر از دو عامل یعنی: (الف) حفاظت از بزرگداشت در قبال متهم و (ب) تهدیدات او؛ (الف) حفاظت از هویت بزرگداشت، تجلی می‌باشد (ابراهیمی ۱۳۸۶، ۶۹).

لازم به ذکر است که حق بهره‌مندی از تأمین امنیت شامل حمایت از شهود و خانواده متهم نیز می‌گردد. به طوری که تا آنجا که امکان دارد از روپارویی بزرگداشت یا گواهان او با متهم جلوگیری کرده، بلکه، افزون بر آن باید تدبیرهایی برای پیشگیری از تهدیدها یا انتقام‌جویی‌های متهم یا خانواده و دوستان او بکار بست (ابراهیمی ۱۳۸۶، ۶۹). در نظام کامن‌لا هنگامی که بحث از شاهد مطرح می‌شود، بزرگداشت را نیز در بر می‌گیرد زیرا بزرگداشت خود اولین شاهد وقوع جرم است. به عبارت دیگر شاهد در این کشورها به معنای هر فردی است که در جایگاه شهود قرار گرفته و مبادرت به دادن اطلاعاتی در خصوص جرم می‌نماید، بنابراین هنگامی که تهدید شهود مطرح می‌گردد به مفهوم تهدید بزرگداشت، شاهد به معنای خاص و کارشناسان است.

در اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای مختلف نیز از یک سو توصیه به حمایت و جبران خسارت این بزرگداشت‌گران گردیده و از سوی دیگر جهت جلوگیری از بزرگداشت شدن شهود یا بزرگداشت شدن مجدد قربانیان جرم اولیه توصیه به حمایت کیفری از شهود و بزرگداشت‌گران نموده‌اند.

به عنوان مثال در کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با جرایم سازمان یافته ملی ۲۰۰۳ (معروف به کنوانسیون پالرمو) بزرگداشت از سه بعد مورد حمایت واقع شده‌اند، این حمایت‌ها عبارتند از: (الف) جبران خسارات ناشی از جرم؛ (ب) تعقیب کیفری و مجازات مجرم؛ (ج) تأمین امنیت شاکی از تعرضات مجرم یا همدستان یا نزدیکان وی. در همین راستا ماده ۲۵ این کنوانسیون به جرم انگاری تهدید علیه شهود پرداخته است (یکرنگی ۱۳۹۱، ۸۲).

در بند یک ماده ۳۲ آن اعلام می‌نماید: «هر کشور عضو، براساس نظام حقوقی داخلی خود و در چارچوب امکانات خود اقدامات مقتضی را اتخاذ خواهد نمود تا از شهود و کارشناسی که در خصوص جرایم احراز شده و براساس این کنوانسیون شهادت می‌دهند و در صورت افتضال اقارب و سایر اشخاص نزدیک به آن‌ها در مقابل تلافی، حمایت مؤثر به عمل آورد». بنابراین جرم انگاری دخالت در شهود و تهدید شهود بزرگداشت و سایر اشخاص نزدیک به آن‌ها و در واقع حمایت کیفری از آنان، اکنون یکی از وظایف دولت جمهوری اسلامی است (یکرنگی ۱۳۹۱، ۸۲).

شهادت شهود از جمله ارکان اساسی در تحقیقات کیفری به شمار می‌رود زیرا در بسیاری از موارد کشف حقیقت و صدور حکم عادلانه بدون معاوضت کسانی که خود در صفحه وقوع جرم حضور داشته و چگونگی ارتکاب آن را ملاحظه (درک) کرده یا مطالعی را شنیده‌اند میسر نیست. به همین دلیل از شهود به چشم و گوش دستگاه عدالت کیفری تعبیر شده است (آشوری ۱۳۸۵، ۱۱۳، ۲).

از طرف دیگر اثبات امور کیفری تهیه سند و یا دلایل دیگر، تقریباً غیر ممکن است و کمتر کسی می‌تواند از قبل اثبات جرایم، دلیل جمع‌آوری نماید در تیجه اظهارات شهود و مطلعان از این لحاظ دارای اهمیت فراوان هستند (مودن زادگان، رئوفیان نائینی، ۱۳۸۹، ۵۶).

این امر میسر نمی‌گردد مگر اینکه به شاهد اطمینان خاطر داده شود که در مقابل تهدیدات و صدماتی که ممکن است به لحاظ تحمل و ادائی شهادت به وی وارد می‌گردد، حمایت و پشتیبانی خواهد

شد. با وجود این حمایت‌ها [است که] میل و رغبت شهود جهت همکاری با دستگاه‌های پلیسی - قضایی تقویت می‌گردد و نهایتاً کمک قابل توجهی به حفظ حاکمیت قانون در جامعه به عمل می‌آید (موذن زادگان و رئوفیان نائینی، ۱۳۹۰، ۵۶).

در مقررات آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ نه تنها حمایت‌های در خور توجهی از شهود به عمل نیامده بود بلکه ادای شهادت در مواقع خاصی که حضور شهود ضروری بوده و یا جرم ارتکابی در زمرة جرایم مخل امنیت و نظام عمومی بوده و شاهد بدون عذر موجه از حضور امتناع و استنکاف ورزیده باشد، برای بار دوم مطابق دستور ماده ۱۵۹ با رعایت ماده ۸۲ این قانون جلب می‌گردید. هر چند که مختص حمایت‌هایی هم از او در این مقررات به چشم می‌خورد که از آن جمله می‌توان به بند دال از ماده ۳۲ یعنی تجویز بازداشت موقت متهم در مواردی که آزاد بودن وی سبب امتناع شهود از ادای شهادت و یا پیش‌بینی موضوع امکان تأمین ضرر و زیان از حیث شغل و کار و یا درخواست هزینه ایاب و ذهاب برای شهود به شرح ماده ۱۶۰ این قانون اشاره کرد.

مطابق ماده ۱۶۰ ق. آ. د. ک: «چنان‌چه شهود یا مطلعین برای حضور در دادگاه، مدعی ضرر و زیانی از حیث شغل و کار خود شوند و یا درخواست هزینه ایاب و ذهاب نمایند، دادگاه پس از تشخیص ورود ضرر و زیان میزان آن را مشخص می‌نماید و متقاضی احضار، مکلف به تودیع آن در صندوق دادگستری است». در این ماده مقرر شده بود، حتی در جایی که متقاضی احضار، توافقی پرداخت هزینه یاد شده را به تشخیص مرتع احضار کننده نداشته باشد و یا احضار به دستور مرتع رسیدگی کننده باشد این هزینه‌ها از بیت‌المال قابل پرداخت خواهد بود. مضافاً به این دو ماده؛ ماده ۱۶۱ نیز از حیث پیش‌بینی تمهیدات ارفاقی و تسهیل کننده برای شاهد یا مطلع بیمار و یا نتوان از حضور و یا در موقعی که تعداد شهود و مطلعین زیاد بوده و یا در یک محل مقیم باشند (نظیر مواردی که شهود جزء کارگران یک کارخانه هستند). دیده شده بود که قابل توجه به نظر می‌رسد زیرا در این ماده به منظور جلوگیری از عسر و حرج و یا مشقت شهود، از قاضی خواسته شده بود که خود به نزد شهود مراجعه نموده و تحقیقات لازم را انجام دهد.

برخی از محققین از بند ۳ ماده ۱۸۸ که مقرر می‌دارد: «محاکمات دادگاه علنی است به استثنای موار زیر به تشخیص دادگاه: ۱. اعمال منافی عفت؛ ۲. امور و خانوادگی و...؛ ۳. علنی بودن محاکمه مخل امنیت یا احساسات مذهبی، باشد، این‌گونه استفاده کرده‌اند که: «در مواردی که علنی بودن محاکمه در تعارض با امنیت افراد باشد، دادگاه می‌تواند جلسات را به صورت غیر علنی برگزار کرده و از این طریق از انتشار نام شاهد در رسانه‌ها و شناسایی وی توسط عموم افراد جامعه، جلوگیری به عمل آورد»<sup>۱</sup> (موذن زادگان و رئوفیان نائینی، ۱۳۹۰، ۵۶).

هم‌چنین گفته شده تکلیف مقرر در ماده ۱۶۰ قانون آیین دادرسی کیفری در خصوص تحقیق از گواهان به صورت انفرادی و اتخاذ تدابیر لازم در جهت عدم مواجهه حضوری بین شهود و متهم در فرآیند تحقیقات مقدماتی و محاکمه از آن جمله خواهد بود (موذن زادگان و رئوفیان نائینی، ۱۳۹۰، ۵۶).

در پاسخ به مطالب باید شده باشد گفت که اقتضای ترافعی بودن نظام دادرسی کشور ما و مسائلی نظیر امکان تهیه رونوشت از اوراق پرونده - جز در مواردی که منافی امر محترمانه بودن تحقیقات به شمار نیاید -

۱. لازم به ذکر است که مطابق ماده ۱۵۲ ق. ا. ر. ک ۷۸ «تحقیق و بازجویی از شهود و مطلعین قبل از محاکمه غیر علنی است.»



لزوم تقهیم موضوع اتهام و دلایل مربوطه به متهم متعاقب احضار، جلب و یا بازداشت وی (ماده ۱۲۹ ق. آ.د. ک) و ضرورت اطلاع از هویت شهود به منظور جرح وی (بنابر دستور ماده ۱۶۸ و ۱۶۹ این قانون) به عنوان بخشی از حقوق دفاعی متهم باعث می شود که به هر تقدیر دیر یا زود هویت واقعی شهود برای متهم آشکار شود. بنابراین شاید به مفهوم واقعی و حقیقی کلمه مقررات بند ۳ ماده ۱۸۸ و یا این قانون را تسوان تحت عنوان مقررات حمایتی از شهود واقعه محسوب کرد.

بر این پایه قانون گذار در مقررات اصلاحی قانون آیین دادرسی کیفری و با رویکرد حمایت محور از بزهديده و شهود وی، مقررات موجود را بازنگری کرده و مقررات نسبتاً مناسبی را در جهت حمایت ازین قشر آسیب‌پذیر تدوین نمود.

به عنوان مثال نه تنها در قانون آیین دادرسی برابر ماده ۴۰ «افشاء اطلاعات مربوط به هویت و محل اقامت بزهديده، شهود، مطلعان و سایر اشخاص مرتبط با پرونده توسط ضابطین را جزء در مواردی که قانون معین نموده» ممنوع اعلام گردیده است، بلکه قانون گذار با تبرعی دانستن این اقدام در ماده ۶۲ اعلام نموده چنان‌چه اعمال حمایت از بزهديده و خانواده او در برابر تهدیدات مستلزم صرف هزینه‌های باشد بزهديده در تأمین و تکافوی آن هیچ‌گونه مسؤولیتی نداشته و اجرای آن از وظایف و شئون ضابطان قلمداد گردیده و مستنکف از اجرای این دستور بنابر تجویز ماده ۶۳ مستحق عقوبت مربوطه یعنی محکومیت ۳ تا ۱۲ ماهه به انفال از خدمات دولتی خواهد بود.

گفتنی است که قانون گذار به این مقدار تضمین اکتفا نکرده و به منظور بیان حساسیت خود نسبت به اجرای این اصل، در ماده ۹۱ نیز با تأکید مجدد به مجرمانه بودن جریان تحقیقات مقدماتی کلیه اشخاصی که در جریان تحقیقات حضور دارند را موظف به حفظ این اسرار نموده و در صورت تخلف آن‌ها را مستوجب مجازات بزه افشاری اسرار شغلی و حرفة‌ای می‌داند.

علاوه بر آن قانون گذار در فصل چهارم - در وظایف و اختیارات بازپرس نیز - در ماده ۹۷ به ضرورت توجه به این اصل اشاره نموده و بر لزوم اجرای اقدامات احتیاطی توسط ضابطین به دستور وی تأکید نموده است. به موجب ماده ۹۷ بازپرس به رعایت اقدامات احتیاطی مورد نیاز در خصوص حمایت از بزهديده، شاهد، مطلع، اعلام‌کننده جرم و یا خانواده آنان و همچنین خانواده متهم در برابر تهدیدات و خطرات احتمالی در فرآیند رسیدگی کیفری توصیه گردیده است که خود حاکی از دقت نظر و توجه قانون گذار نسبت به بزهديده و شهود وی دارد.

در مقررات مربوط به احضار و تحقیق از شهود و مطلعان نیز اگرچه به تبعیت از مقررات آیین دادرسی ۱۳۷۸ جلب شاهد یا مطلع ممتنع فاقد عذر موجه (تبصره ۱۲۰۴ پیش‌بینی و تکرار گردیده است لیکن به موجب ماده ۲۱۱ و ۲۱۲ که در واقع از موضوع امتناع یا خودداری شاهد از امضای صورت جلسه و یا ادای شهادت سخن به میان آمده می‌توان این گونه نتیجه گرفت که شاید بتوان شاهد را به دادسرا جلب نمود ولیکن نمی‌توان او را وادار به ادای شهادت یا اتیان سوگند برای ادای شهادت نمود.

بنابراین یکی از ابهامات و مشکلات موجود در فرآیند استماع شهادت شهود در این قانون برطرف گردیده است و از اینجا می‌توان به اهمیت اراده و اختیار شاهد در ادای شهادت و لزوم رفتار احترام‌آمیز با او در فرآیند تحقیقات مقدماتی بی‌برد. چه اینکه بر حضور جری شاهد یا مطلعی که مایل به ادای شهادت نباشد نمی‌توان اثری بار نمود.

با این حال قانون گذار از این نکته غفلت نورزیده و به منظور رعایت حال شهود و مطلعین اعلام داشته: «در صورتی که شاهد یا مطلع به علی از قبیل بیماری یا کهولت سن نتواند حاضر شود و یا تعداد شهود یا مطلعان، زیاد و در یک یا چند محل باشند و همچنین هرگاه اهمیت و فوریت امر اقتضا نماید، بازپرس در محل حضور می‌باید و مبادرت به تحقیق می‌کند» (ماده ۲۱۶ ق. آ. د. ک). اگرچه تغییر نگارش مختصر صورت گرفته در این ماده را، می‌توان تکرار و بازنویسی مجدد ماده ۱۶۱ قانون سابق قلمداد کرد، لیکن این رویکرد و نگاه احترام‌آمیز و مقتن به شاهد به عنوان یکی از مؤلفه‌های رسیدگی دقیق در امور کیفری تحسین‌آمیز به نظر می‌رسد، هر چند که این نکته را هم نباید از نظر دور انگاشت که قید عبارت اقتضای اهمیت و فوریت امر نیز به عنوان نوآوری‌های در این ماده محسوب می‌گردد، مضافاً به اینکه در تبصره ۲۰۴ ماده ۵ مقرر می‌دارد: «در صورتی که دلیل پرونده منحصر به شهادت شهود و مطلعان نباشد، تحقیق از آنان می‌تواند به صورت الکترونیکی و با رعایت مقررات بخش هفتم این قانون راجع به دادرسی الکترونیکی به عمل آید».

علاوه بر آن مقتن خمن تأکید بر غیر علنی بودن فرآیند تحقیق و بازجویی از شهود و مطلعان قبل از رسیدگی در دادگاه (ماده ۲۰۶ ق. آ. د) در خصوص لزوم رعایت مسایل امنیتی و حفاظتی شهود نیز چاره‌اندیشی نموده و هشدار داده که چنان‌چه بیم خطر جانی یا حیثیتی و یا ضرر مالی برای شاهد یا مطلع یا خانواده آنان وجود داشتند اما استعمال اظهارات ضروری آنان باشد، بازپرس به منظور حمایت از شاهد یا مطلع و با ذکر علت در پرونده تدبیر زیر را اتخاذ می‌نماید:

«الف) عدم مواجه حضوری بین شاهد یا مطلع با شاکی یا متهم؛

ب) عدم افشاء اطلاعات مربوط به هویت، مشخصات خانوادگی و محل سکونت یا فعالیت شاهد یا مطلع؛

پ) استعمال اظهارات شاهد مطلع درخارج از دادسرا یا وسائل ارتباط از راه دور (نظری تلفن، ویدئو کنفرانس یا ارتباطات رایانه و...)» (ماده ۲۱۴ ق. آ. د. ک).

در تبصره همین ماده نیز آمده است که: «در صورت شناسایی شاهد یا مطلع حسب مورد توسط متهم یا متهمان یا شاکی و یا وجود قراین یا شواهد مبنی بر اختلال شناسایی و وجود بیم خطر برای آنان، بازپرس به درخواست شاهد یا مطلع تدبیر لازم را از قبیل آموزش برای حفاظت از سلامت جسمی و روحی یا تغییر مکان آنان اتخاذ می‌کند». لازم به ذکر است که قانون آیین دادرسی کیفری از ۹۲ طرفیت‌های قانون آیین دادرسی سابق نیز بی‌نصیب نمانده و از وجود ممتاز مقررات پیشین نیز در جهت غنای هر چه بیشتر این مقررات بهره جسته است.

به عنوان نمونه می‌توان به موضوع امکان مطالبه ضرر و زیان از حيث ترک شغل و یا هزینه‌های ایاب و ذهاب شهود و مطلعین اشاره کرد، با این توضیح که در مقررات جدید (ماده ۲۱۵ ق. آ. د) ترتیب پرداخت هزینه ایاب و ذهاب به موجب تعریفهایی که قوه قضائیه اعلام خواهد کرد و هزینه‌های ضرر و زیان ترک شغل نیز با استفاده از نظر کارشناسی قابل تعیین و تодیع به صندوق دادگستری اعلام گردیده است.

به این ترتیب در این مقررات قانون گذار بین موردی که شاکی توانایی پرداخت هزینه‌های مربوطه را داشته یا نداشته و جرم از جرایم قابل گذشت یا غیر قابل گذشت و اینکه متقاضی احضار شاکی بوده، متهم یا مقامات قضائی بوده یا خیر قابل به تفصیل گردیده است.



به موجب این ماده: «... هرگاه شاکی به تشخیص بازپرس توانایی پرداخت هزینه را نداشته یا احضار از طرف بازپرس باشد، هزینه‌های مربوطه از محل اعتبارات مصوب قوه قضاییه پرداخت می‌شود» و هرگاه در جرایم قابل گذشت، شاکی با وجود ملائت از پرداخت هزینه‌های مذکور در این ماده خودداری کند، استماع شهادت یا گواهی مطلعین معرفی شده از جانب وی به عمل نمی‌آید. اما در جرایم غیرقابل گذشت، هزینه‌های مذکور به دستور بازپرس از محل اعتبارات قوه قضاییه پرداخت می‌شود و هرگاه متهم مقاضی احضار شاهد یا مطلع باشد، هزینه‌های مذکور از محل اعتبارات قوه قضاییه پرداخت می‌شود.

## نتیجه‌گیری

حقوق غیر مالی بزه‌دیده یکی از مهم‌ترین و اصولی‌ترین ارکان رسیدگی‌های کیفری محسوب می‌گردد و اگرچه در بادی امر غیر مهم به نظر آیند ولیکن در اهمیت این اصول باید گفت که شاکله و بنای یک رسیدگی منصفانه بی‌طرفانه و عاری از خطأ و اشتباه در رعایت و تضمین این حقوق گذاشته می‌شود چه اینکه بزه‌دیده به عنوان اولین شاهد و نظاره‌گر پدیده مجرمانه بوده و اوست که با تمام وجود خود حادثه مجرمانه را درک و لمس کرده است زیرا بزه‌دیده به عنوان یکی از مهم‌ترین و بهترین منابع اطلاعاتی در مورد رخداد مجرمانه می‌تواند در جهت انجام هرچه بهتر تحقیقات و دادرسی و دست اندر کاران عدالت کیفری کمک نماید. بنابراین شنیدن شکایت وی و احترام به نامبرده و مصون‌سازی وی از تهدیدات و خطرات احتمالی رسیدگی قضایی صرفنظر از اینکه برای او چارچوب امنی را فراهم آورده و او را در احقاق حقوق از دست رفته خویش مساعدت می‌نماید. باعث جلوگیری از اشتباهات قضایی و دقت در حفظ و جمع اوری و ادله وقوع جرم می‌کند.

## منابع

- ابراهیمی، پیمان، (۱۳۸۶)، «بزه‌دیده به منزله شاکی و حقوقی او در مقررات دادرسی ایران». مجله حقوقی دادگستری، سال ۶۹، ۵۲، شماره ۵۲، ۵۳
۱. آشوری، محمد، (۱۳۸۵)، جایگزین‌های زندان یا مجازات‌های بینابین، تهران: نشر گرایش
  ۲. رایجیان اصلی، مهرداد، (۱۳۹۰)، بزه‌دیده‌شناسی حمایتی، تهران: دادگستر.
  ۳. موذن زادگان، حسنعلی و حمید رئوفیان نائینی، (۱۳۹۰)، «حمایت از امنیت شهود در فرآیند دادرسی کیفری»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی با دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، سال شانزدهم، شماره ۵، زمستان ۱۳۹۰.
  ۴. نوریها، رضا، (۱۳۸۳)، زمینه حقوق جزای عمومی، تهران گنج دانش.
  ۵. یکرنسکی، محمد، (۱۳۹۱)، جرایم علیه اجرای عدالت قضایی (تعاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه مرکز مطالعات توسعه قضایی) تهران: خرسندي
  ۶. یوسفی مراغه، مهدی، (۱۳۹۰)، نگرشی نو به بزه‌دیده‌شناسی حمایتی، خدمات رسانی به بزه‌دیدگان، تهران: جاودانه جنگل.

# وکل و صندوق حمایت وکل

حسن رستگار

بیش از ۱۰ سال قبل در یکی از مراسم برگزاری جشن استقلال کانون برای اولین مرتبه جزوهای تحت عنوان «وکلا از صندوق حمایت چه می‌دانند» از طرف جامعه مستقل وکلای دادگستری بین همکاران توزیع گردید که در آن به موضوعات و مسائل مختلف در حد معمول توضیح داده شده بود هرچند به نظر می‌رسد هم اکنون نیز بیش از ۹۰ درصد از همکاران قانون و آیین‌نامه و اساس نامه صندوق حمایت را مطالعه نکرده‌اند.

در آن زمان حقوق بازنیستگی کم و بیش رقمی در حدود ششصد هزار تومان بوده و از آن‌چه دراین مدت گذشت و چه پی‌گیری‌هایی که انجام شد که چگونه و با صرف ساعتها، همکاران دست به دست هم دادند تا سرانجام امروز وکیل دادگستری با ۳۵ سال سابقه خدمت با رقم نزدیک دو میلیون و هفتصد هزار تومان بازنیسته می‌شود و سالیانه نیز به موجب مقررات مربوطه ارقامی به آن اضافه می‌گردد می‌گزرم که مجال و فرصت دیگری را ایجاد می‌نماید و هم اکنون نیز دوستانی بدون اینکه به مشکلات صندوق توجه داشته باشند توجه نمایند در طول مدت با رقم مختصر پرداختی ۱۲ درصد که ۴ درصد آن را نیز بایستی کانون‌ها پردازند که خود مشکلی بر مشکلات است چه توقعی از این صندوق می‌توان داشت، ایرادهایی نسبت به میزان دریافتی دارند که ورود به آن فرصت دیگری می‌طلبید. از چند سال قبل به جهت گفتگوهای انجام شده و جلساتی که تشکیل و توضیحاتی که داده شده خاصه که میزان مستمری بازنیستگی افزایش یافته، مسائل صندوق در دیدگاه تعدادی از وکلا وقوع و اهمیت بیشتری پیدا کرد.

ضروری است یادآوری نمایم که وکلای دادگستری به چند دسته تقسیم می‌شوند:

۱. وکلای حرفاء به معنای کسانی که بعد از فراغت از تحصیل به کار وکالت پرداخته‌اند؛
۲. بازنیستگان یا کسانی که به موجب مقررات موضوعه پروانه وکالت دریافت می‌کنند اعم از قضایی یا غیر قضایی؛
۳. همکارانی که از اعضای هیأت علمی بوده و تابع مقررات بازنیستگی خود هستند و یا به هر حال به موجب تبصره ماده یک قانون صندوق از شمول مقررات مربوطه خارج هستند.

فارغ از سه گروه فوق که به هر حال ممکن است دریافت حقوق بازنیستگی از تشكیلاتی غیر از صندوق هستند مهم و کلای حرفه‌ای هستند که بایستی چه در زمان حیات و چه بعد از آن تحت پوشش صندوق قرار گیرند درحالی که در مقررات فعلی به موجب بند یک قانون صندوق (... و کلا طبق مقررات این قانون از طریق بیمه اجباری در برابر اثرات ناشی از پیری، از کارافتادگی و فوت حمایت می‌شوند) و تنها در تبصره ماده ۱۷ تصویب‌نامه هیأت وزیران پرداخت مبلغی تحت عنوان ذکر شده در تبصره مذکور برای پرداخت به وکلا پیش‌بینی شده است.

متاسفانه همکاران جوان شاید به دلایل اشتغال به وکالت که درآمد حاصل از فعالیت به‌طور مستمر کم و بیش تأمین می‌شود و شاید به این نظر که اصولاً چشم‌داشت به امر بازنیستگی و استفاده از صندوق نبایستی مورد نظر وکیل باشد یا به هر علت دیگری در یک جمعبندی با اینکه هر ماهه مبالغی به صندوق پرداخت و در زمان ابطال تمبر نیز مبالغی از آن‌ها دریافت می‌شود پی‌کیر چگونگی استیفاده بهتر حقوق خود از صندوق در زمان اشتغال یا بازنیستگی نیستند و اندک همکارانی هم که اقدام و اظهارنظر کرده‌اند تنها هستند.

امر سرمایه‌گذاری از منابع صندوق که به نظر اینجانب در قانون فعلی نیز بیش‌بینی شده سالیان متتمادی است با این عنوان که قانون و آینه‌نامه اجازه چنین کاری را نمی‌دهد معطل و مغفول مانده (هرچند ممکن است در شرایط فعلی اقتصادی مملکت هر اقدامی قابل تأمل باشد) اما در طول سالیان متتمادی از سرمایه‌ صندوق استفاده بهینه نشده و به بهانه مذکور ترجیح داده شد سرمایه‌ صندوق در بانک‌ها تودیع شود و بهره‌ای از آن دریافت شود. به یاد می‌آورم که سالیان دور گذشته که برای اخذ مجوز از بانک مرکزی جهت تأسیس بانک فقط داشتن مبلغ چهار صد میلیون تومان ضرورت داشت پیشنهاد کردیم این مجوز برای وکلا دریافت گردد که کسی به آن توجه نکرد. عدم استفاده بهینه از منابع صندوق ناشی از عوامل زیر است:

۱. اعضای هیأت مدیره‌های صندوق در طول ادوار گذشته (بدون اینکه قصد ورود به ماهیت و نحوه انتخاب آن‌ها را داشته باشند) مانند هر وکیل دادگستری دیگری فقط می‌توانند وکیل دادگستری باشند در حالی که لازمه خدمت در صندوق حمایت داشتن اطلاعات بیمه‌ای و احاطه به مقررات مربوطه و آشنایی به امر سرمایه‌گذاری و نحوه بازنیستگی و داشتن برنامه برای ادامه خدمت به وکلاست.
۲. اجازه دهید عرض کنم در مجموع وکلای دادگستری با اقتصاد و علم آن آشنایی چندانی ندارند. به اطراف خود نگاه کنید چند نفر وکیل دادگستری آشنا به امور اقتصادی می‌شناشید؟ کما اینکه بعد از اینکه بعد از سال‌ها دو هزار متر زمین در سعادت آباد در اختیار کانون و کلا قرار گرفت و مبالغ هنگفتی به شرکتی که قرار بود نقشه‌های مربوط به آن را فراهم کند پرداخت شد و حتی با سر و صدا کلنگ آن راه زندن و امروز در هیأت مدیره مرکز مصوب می‌شود که اصولاً بهتر است این زمین را رها کنیم! شرح ماجرا مفصل و دردآور است. حال تصور کنید این زمین متعلق به کسانی بود که دارای شم اقتصادی و آشنا به مسائل روز اقتصاد مملکت بودند چه بهره‌هایی از آن در جهت کمک به همکاران می‌برند! بنابراین امر صندوق نیز چنین بوده است.
۳. در ارتباط با سرمایه‌گذاری عملاً علاقه‌ای نیز برای استفاده از مقررات حاکم و استفاده از صاحبان نظر در کنار هیأت مدیره صندوق وجود نداشته است.



۴. نگرانی از ماده ۱۷ قانون صندوق (هرگونه پرداخت یا تصرف غیر قانونی از وجه یا اموال صندوق در حکم اختلاس یا تصرف غیر قانونی در اموال دولت است).

و اینکه خدمت در صندوق مجاني است؛ حال ملاحظه نمایید کسی کار مجاني بکند، وقت و انرژی بگذارد آن وقت احتمالاً گرفتار عوارض موضوع ماده ۱۷ نیز بشود، خود مشکل دیگری است.

در پیش‌نویس لایحه جدید وکالت امر سرمایه‌گذاری به طور صریح پیش‌بینی و در اساسنامه در حال تنظیم نیز مقرراتی پیش‌بینی شده است که شاید ان شاء الله در آینده مدیرانی که خود واقف به امور اقتصادی بوده یا قصد استفاده از صاحب نظر آن را داشته باشد بتوانند استفاده و عمل نمایند.

وضع حال و آینده صندوق با عنایت به تعداد کسانی که به سن بازنیستگی رسیده یا می‌رسند و با توجه به دو فاکتور اساسی قابل تأمل است:

(الف) چنان‌چه مقررات پیش‌بینی شده در لایحه جامع وکالت تصویب شود، گروه بسیار دیگری که به ۷۵ سالگی می‌رسند و اجباراً بایستی بازنیسته شوند به خیل متقدیان بازنیستگان اضافه می‌شوند.

(ب) چنان‌چه موضوع ادغام مسئولین ماده ۱۸۷ نهایی گردد، تعداد کثیری که عملاً فرع زائد بر اصل هم هستند به صندوق سرازیر شوند جمع و جور نمودن آن‌ها برای ورود به صندوقی که سال‌ها دینار دینار از جیب و کلا و با خون دل جمع کرده و سپس پاسخگویی بعدی به آن‌ها را با مشکل روبرو خواهد کرد.

فعلاً در هیأت مدیره صندوق تصمیم گرفته شده که بررسی مسائل مالی صندوق در شرایط فعلی و آینده به کارشناسان یا کارشناسان اکچوری واگذار شود تا با استفاده از حسابداری تخصصی نسبت به شرایط صندوق اظهارنظر نمایند.

# طنز حقوق

محمد رضا محمدی جرقویه‌ای ■ لاله چراغی

تقدیم به مرحوم اسماعیل دولابی که سعادت آدمی را در  
این دو کلمه خلاصه می‌کرد: «مرنج و مرنجان»

۱. بدشانس‌ترین مجرم، مردی بود که وقتی در بستر مرگ افتاد، به تمام جنایت‌هایش اعتراف کرد، سپس حال او خوب شد.
۲. مرد مجرمی را برای اعدام روی صندلی الکتریکی نشاندند، قاضی از او پرسید: آیا کاری هست که من بتوانم در لحظه‌های پایان زندگی برای تو انجام دهم؟ مرد گفت: بله، اگر ممکنه دستم را تا پایان کار در دست خود بگیرید!!
۳. مرد گستاخ و بی‌ادبی نزد قاضی دادگاه بخش رفت و گربه‌ی مردهای را روی میز او گذاشت و گفت: کسی این گربه را روپروری باخ من پرتاب کرده است. قاضی پاسخ داد: اگر کسی تاکنون این گربه را مطالبه نکرده است، شما می‌توانید آن را تا سه ماه نزد خود نگه دارید، سپس یقیناً مال شما خواهد شد.
۴. مردی به خاطر قتل در حال محاکمه بود، مدارک و شواهد محکمی دال بر مجرم بودن او وجود داشت ولی جسدی نبود، برای دفاع از او، وکیلش گفت: خانمها و آقایان هیأت منصفه، من برای شما سورپرازی دارم، برای یک دقیقه، فرض کنید که مقتول، داخل این دادگاه راه ببرود، اعضاء هیأت منصفه به در نگاه کردند، بعد از یک دقیقه وکیل ادامه داد: خانمها و آقایان، من اظهارات گذشته را بیان کردم، اما همه شما با خوش‌بینی به در نگاه کردید. بنابراین همه شما در یک شک معقولی قرار دارید که آیا مقتول واقعاً به قتل رسیده یا خیر، تا حکم را برگردانید و هیأت منصفه همیشه آگاهانه تلاش می‌کند. بعد از مدتی هیأت منصفه حکم به مجرم بودن متهم داد. وکیل پس از شنیدن نظریه هیأت منصفه گفت: چی؟ شما باید در عادلانه بودن حکمتان شک کنید. زیرا همه شماها به در نگاه کردید چون ذره‌ای احتمال می‌دادید که مقتول داخل شود. اعضاء هیأت منصفه جواب دادند: بله ما همه داشتیم به در نگاه می‌کردیم اما موکل شما خیر!

۵. قاضی خطاب به متهم، خانم جونز! چرا شما با یک تیر و کمان به همسرتان شلیک کرده‌اید؟  
خانم جونز: موقعیکه با همسرم بحشم شد، بچه‌ها خواب بودند و من نمی‌خواستم بچه‌هایمان بیدار شوند.

۶. کارگر جوانی به خاطر تخلفی که در امر رانندگی کرده بود، به دادگاه احضار شد، او برای این احضار مجبور شد، یک روز مخصوصی بگیرد و ساعت‌های زیادی را در دادگاه منتظر ماند. به همین خاطر بی‌قرار و عصبانی شده بود، بالاخره بعد از ساعت اداری نوبت او شد. اسم او را صدا کردند، وقتی روپروری قاضی ایستاد، قاضی به او گفت که کارش به فردا موکول می‌شود. کارگر جوان ضربه محکمی روی میز قاضی زد و گفت: برای چی؟

قاضی با عصبانیت پاسخ داد: به خاطر اینکه من امروز بسیار خسته‌ام و روز پر مشغله‌ای داشتم و تو بابت این بی‌ادبی و توهین به دادگاه باید ۲۰ دلار جریمه بپردازی.

مرد جوان داخل کیفش را نگاهی کرد و به جستجوی محتویات داخل آن پرداخت. در این فاصله قاضی که آرام شده بود، گفت: حق با شمامست و شما مجبور نیستی الان این جریمه را بپردازی.

مرد جوان پاسخ داد: می‌دانم، راستش را بخواهید دارم پول‌های داخل کیفم را بررسی می‌کنم، ببینم پول بیشتری دارم که دو کلمه بیشتر با شما حرف بزنم یا خیر؟

## ۷. نقل و قول‌های حقوقی

(الف) جایی که تعداد زیادی پلیس هست، به احتمال زیاد آنجا آزادی و اختیار فراوان نیست.

(ب) جایی که تعداد زیادی سرباز باشد، به احتمال زیاد در آنجا به آن صورت که باید باشد، صلحی نیست.

(ج) جایی که تعداد زیادی وکیل باشد، به احتمال زیاد در آنجا عدالت فرآگیر نیست.

(د) جایی که تعداد زیادی قاضی باشد، به احتمال زیاد در آنجا اخلاق فرآگیر و گسترده نیست.

۸. زنی به خاطر سرقت از مغازه‌ای دستگیر شد. قاضی از او پرسید: چه چیزی دزدیده‌ای؟ وی گفت: یک کارتون کمپوت هلو. قاضی علت دزدی را پرسید، زن جواب داد: به خاطر گرسنگی، سپس قاضی پرسید: چندتا هلو داخل کمپوت بود. زن گفت: ۵ تا. قاضی گفت: خوب. پس من هم تو را به ۵ ماه زندان محکوم می‌کنم تا مفهوم واقعی تنبیه و مجازات را بفهمی. شوهر آن زن رو به قاضی کرد و گفت: اجازه بدھید تا برای اینکه خدای ناکرده عدالت نادیده گرفته شود، مطلبی را عرض کنم. قاضی گفت: بگو. شوهر گفت: جناب قاضی فراموش نکنید کارتون هلو، ۳۶ تا کمپوت داشته و هر کمپوتی ۵ عدد هلو داشته است.

۹. جیب‌بری در دادگاه به جرم خود اقرار نمود و به ۸ ماه حبس و پرداخت ۲۰۰ دلار جریمه محکوم شد، وکیل متهم که می‌دانست موکلش قادر به پرداخت جریمه نیست، ملتمنانه از دادگاه خواست به خاطر اینکه موکلش استطاعت پرداخت ۲۰۰ دلار را ندارد، قاضی به او اجازه بدهد، قبل از رفتن به زندان، به مدت نیم ساعت چرخی میان حضار بزند.

۱۰. تام به ریک گفت: پدر من می‌دانست دقیقاً چه تاریخی و چه ساعتی می‌میرد؟ ریک با تعجب جواب داد: این باور کردنی نیست. او یک پزشک بود؟ تام جواب داد: خیر، قاضی اجرای احکام به او گفته بود!!

۱۱. مردی که زنش محکوم به اعدام شده بود، پیش قاضی آمد و گفت: من می‌خواهم قبل از همسرم بمیرم. قاضی گفت: به چه دلیل؟ مرد جواب داد: اگر این درست باشد که وقتی شما می‌میرید، روح شما برای قضاؤت به آسمان می‌رود، من نمی‌خواهم که همسرم زودتر از من آن بالا برود و همه چیز را به آنها بگویید.
۱۲. پیرمردی به خاطر قتلی که انجام داده بود، به ۲۵ سال حبس محکوم شد، او به میزان مجازات اعتراض کرد و گفت: ۲۵ سال!! من هرگز این قدر عمر نخواهم کرد. قاضی پاسخ داد: ما هم توقع زیادی از شما نداریم، شما هر مقداری که می‌توانید، تحمل کنید.
۱۳. پاتریک به خاطر قتل دو نفر در حال محاکمه بود، قاضی به او تفهیم اتهام نمود که همسرش را با کلنگ کشته است. مردی که در انتهای سالن بود، فریادزنان گفت: حرامزاده، حرامزاده. قاضی سپس اتهام دوم را به او تفهیم کرد و گفت تو متهمی به قتل مشوشهات با کلنگ، مرد در آخر سالن مجدداً فریاد زد: حرامزاده، حرامزاده. قاضی گفت: من می‌توانم درک کنم که شما به خاطر دو فقره قتل توسط این مرد عصبانی هستید ولی حق ندارید در روند دادرسی اختلال ایجاد کنید. اگر مطلعی دارید همین حالا بگویید. مرد آخر سالن بلند شد و گفت: من ۱۵ سال بود که همسایه این حرامزاده بودم و هر زمان که از او می‌خواستم کلنگش را قرض بدهد، می‌گفت من کلنگ ندارم.
۱۴. چند خانم در دادگاه همیگر را متهم به تصرف عدوانی نموده و هر کدام مدعی بود که آپارتمانی که در آن زندگی می‌کنند، متعلق به اوست، قاضی با دیدن سر و صدا و مشاجره ایشان گفت: ادب اقتضاء می‌کند، من ابتدا سخنان مسن ترین شما را بشنوم، پس از او به صحبت‌های جوانترها گوش می‌دهم، سکوت ممتدی دادگاه را فرا گرفت و ساعتی بعد قاضی پرونده را مختومه اعلام نمود.
۱۵. مردی به اتهام پرت کردن مادر زنش از طبقه چهلم یک آپارتمان در حال محاکمه بود، او بعد از تفهیم اتهام پاسخ داد: من این کار را از روی عمد انجام ندادم، و از روی بی‌فکری و بی‌عقلی رخ داده است. قاضی با عصبانیت گفت: من عذر تو را می‌پذیرم ولی با این قسمت ماجرا چه می‌کنی؟ تو نگفتشی اگر خدای ناکرده در آن زمان شخصی از کنار ساختمان عبور می‌کرد، چه اتفاقی ممکن بود
- بیفتند؟!!

