

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

**مجله حقوقی کانون وکلای دادگستری
کردستان**



کانون وکلای دادگستری کردستان

مجله حقوقی کانون وکلای دادگستری کردستان

(علمی، آموزشی)

صاحب امتیاز: کانون وکلای دادگستری کردستان

سر دبیر: امید رشیدی

حروفچینی و صفحه آرایی: رومیساجالانی

چاپ و صحافی: چاپ معلم سنندج

ترتیب انتشار: فصلنامه

با همکاری: کمیسیون نشریه کانون وکلای کردستان

نشانی: سنندج بلوار شبلی، بالاتر از میدان امام شافعی، پلاک ۱۵۲

تلفن: ۳۳۵۶۴۴۷۷ - ۳۳۵۶۴۴۸۸ - ۰۸۷ تلفکس: ۳۳۵۶۵۱۲۰

نشانه الکترونیکی: E-mail: kurdbar@gmail.com

شیوه‌ی ارسال مقالات

- مقالات ارسالی نباید قبلاً در نشریه‌ای چاپ شده باشد.
- مجله در چاپ و ویرایش مقالات آزاد است.
- مقالات ارسالی در محیط word2013 با فونت 14 zar تنظیم شود.
- مطلوب است که تعداد صفحات حداقل ۵ و حداکثر ۱۵ صفحه باشد.
- رعایت ضوابط و اصول نگارش مقالات علمی ضروری است.
- مقالات دریافتی عودت داده نمی‌شود.
- مسئولیت صحت مطالب با نویسنده است.
- محتوای مقالات صرفاً دیدگاه مؤلف آنهاست و نظر و موضع رسمی کانون وکلای دادگستری کردستان نیست.

«فهرست مطالب»

صفحه	عنوان
۷.....	حبس محکوم علیه با رأی مرجع داوری- امید رشیدی
۱۷.....	علل انتخاب مجازات‌های جایگزین حبس در مراجع قضایی کشور- سید محمد هاشمی
۳۵.....	ماهیت، استعمال و وجوه حقوقی تقصیر در فقه، حقوق ایران و حقوق خارجی - فرهاد مهرابی
۵۵.....	تحلیل حقوقی ماهیت و قلمرو ضمان عهده در فقه و حقوق مدنی ایران - فائزه کوچکی
۷۳.....	ماهیت، انواع و آثار ظهن‌نویسی در قانون تجارت، لایحه جدید ... - فاطمه عامری
۹۹.....	تحصیل دلیل در دادرسی کیفری اطفال و نوجوانان - سعید قاسمی و نجانی
۱۲۵.....	تقلب نسبت به قوانین در حقوق بین‌الملل خصوصی - محمد صالح صحرائی
۱۳۹.....	آسیب‌شناسی مفهوم کودکی در سیاست جنایی تقنینی ایران - کامبیز محمدی
۱۵۶.....	محکومیت‌های انتظامی

حبس محکوم علیه با رأی مرجع داوری

امید رشیدی*

چکیده

نهاد داوری در نظام حقوقی کشور ایران به عنوان مرجعی برای رسیدگی به دعاوی و اختلافات، از سال ۱۳۹۰ مورد توجه قانونگذار قرار گرفته و طی دو دهه اخیر، «داوری سازمانی» بعنوان یکی از مراجع قضاوتی ایران، بیش از پیش گسترش یافته و طی قوانین مختلفی بر مصادیق دعاوی و اختلاف قابل رسیدگی و ارجاع به داوری سازمانی، افزوده شده است. اعتبار و ارزش رأی داور و قابلیت اجرایی آن از طریق اجرای احکام دادگستری و اعمال تمامی قوانین و مقررات مربوط به اجرای احکام مدنی و خصوصاً امکان «حبس محکوم علیه»، از موضوعات مهمی است که موجب توسعه و ترویج نهاد داوری می‌شود. در این مقاله آثار و اعتبار رأی داور در مقایسه با رأی دادگاه و آخرین دیدگاه قانونگذار در خصوص امکان حبس محکوم علیه رأی داور، مورد بررسی قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: داوری، مرجع داوری، مرجع قضاوتی، رأی داور، حبس محکوم علیه.

مقدمه

داوری به عنوان یکی از شیوه‌های مرسوم و متداول حل و فصل دعاوی و اختلافات، از قدیم الایام دارای اعتبار و جایگاه خاصی در میان جوامع، ادیان و نظام‌های حقوقی بوده است. در کشورهای توسعه یافته و در عصر کنونی به اقتضای عرف معاملاتی، خصوصاً معاملات تجاری بین‌المللی، «شرط داوری» از شروط و توافقات متداول و ضروری قراردادهای به شمار می‌آید و در عموم قراردادهای مورد تصریح قرار می‌گیرد. بسیاری از کشورها از جمله هلند، آلمان و انگلستان در

* وکیل پایه یک دادگستری و مدرس دانشگاه

خصوص داورى با سابقه طولانى، داراى قوانين مدونى هستند و جاىگاه حقوقى و اجتماعى (داورى) نهادينه و تثبيت شده است.^۱

در حقوق ايران نيز «نهاد داورى» داراى سابقه تقينى طولانى است. در قانون اصول محاکمات حقوقى مصوب ۱۲۹۰/۰۸/۱۸ و قانون حكمت مصوب ۱۳۰۶/۱۲/۲۹ و قانون آيين دادرسى مدنى مصوب ۱۳۱۸/۶/۲۵ نهاد داورى مورد توجه قانونگذار ايران قرار گرفت است. على رغم وجود قوانين مدون، با توجه به اوضاع و احوال اجتماعى و سياسى کشور و رويکرد- حاکميت محورى- نظام قضاوتى و گرايش عامه به تظلم خواهى در نزد حاکميت، نهاد داورى نتوانسته مقبوليت و جاىگاه خود را در فرهنگ عامه بيايد و نظام آموزش و اطلاع رسانى همگانى نيز در اين راستا اقدام مؤثرى را صورت نداده است و در پندار مراجعين دادگسترى، چنين تصور مى شود که (رأى داور) داراى قدرت و ضمانت اجرايى لازم، همانند رأى دادگاه نيست.

موضوعى که موجب ترغيب و گرايش مردم و تجار به درج شرط داورى در قراردادها مى گردد، تبين جاىگاه حقوقى رأى داور و استحکام و اعتبار و قابليت اجرايى آن همانند رأى دادگاه است. موضوع مهم و اساسى در بحث از اعتبار و ارزش تصميم و رأى داور، شموليت تمامى مقررات اجراى احکام مدنى نسبت به آراء داورى و خصوصاً قابليت امکان حبس محکوم عليه است. در اين مقاله امکان اعمال تمامى مقررات اجراى احکام مدنى و مواد ۳ و ۲۷ قانون اجراى محکوميت مالى مصوب ۹۴/۳/۲۳ مبنى بر حبس محکوم عليه مورد بررسى قرار گرفته است.

مبحث اول - جاىگاه داورى به عنوان «مرجع رسيدگى» در حقوق ايران

قواعد داورى در قانون آيين دادرسى مدنى مصوب سال ۱۳۱۸ طى مواد ۶۳۲ تا ۶۸۰ و در باب هشتم، طى ماده ۴۹ مورد تصويب قرار گرفته بود. قانونگذار در قانون آيين دادرسى مدنى مصوب سال ۱۳۷۹ در باب هفتم و طى مواد ۴۵۴ تا ۵۰۱ با اندک تغييراتى و تقريباً با همان سبک و سياق، «نهاد داورى» را مورد توجه قرار داده و ۴۸ ماده را به موضوع داورى اختصاص داده است. ق.آ.د.م شامل ۵۲۹ ماده است و از مجموعه مواد موصوف، ۴۸ ماده مربوط به داورى است که حکايت از اهميت و جاىگاه ويژه داورى نزد قانونگذار دارد. علاوه بر قانون آيين دادرسى مدنى که در مقام

^۱ - دکتر مرتضى کلاتريان- بررسى مهمترين نظامهاى حقوقى داورى در جهان، ص ۱، ۵۵ و ۱۱۲، چاپ اول ۱۳۷۴.

بیان قواعد عام داوری بوده است، در قوانین متعدد دیگری نیز، داوری به عنوان یک «مرجع رسیدگی» مورد توجه قانونگذار قرار گرفته است. از آن جمله می‌توان به قوانین ذیل اشاره نمود:^۱

- ۱- اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
- ۲- بند ۱۰ سیاست‌های کلی قضایی پنج ساله ابلاغ شده توسط مقام معظم رهبری
- ۳- مواد ۲۱، ۲۲، ۲۳ و ۲۴ قانون برنامه سوم توسعه
- ۴- آیین نامه اجرایی ماده ۲۱ برنامه سوم توسعه
- ۵- ماده ۹۱ قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه
- ۶- ماده ۲۱۱ قانون برنامه پنجم توسعه
- ۷- قانون اساسنامه مرکز داوری اتاق ایران مصوب ۱۳۸۰ و آیین نامه اجرایی مصوب ۱۳۸۴
- ۸- مواد ۴۳ و ۵۷ قانون بخش تعاون جمهوری اسلامی ایران
- ۹- قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶
- ۱۰- قانون تأسیس مرکز داوری منطقه‌ای تهران مصوب ۱۳۸۲

از منظر قانونگذار، (داوری) یک «مرجع قضاوتی» است و در حوزه‌های مختلف آن را به رسمیت شناخته و آراء صادره از این مرجع قضاوتی را معتبر، لازم‌الاتباع و لازم‌الاجرا تلقی کرده است. بنابراین داوری در معنای اعم، یک مرجع قضاوتی است. قانونگذار در قانون آیین دادرسی مدنی و در مقام توصیف شیوه و کیفیت انجام داوری توسط داور، از اصطلاح «رسیدگی» استفاده کرده است و در مواد ۴۶۳، ۴۷۴، ۴۷۷، ۴۷۸ و الخ ق.آ.د.م، اصطلاح «رسیدگی» استعمال شده است. به کار بردن این اصطلاح در قانون آیین دادرسی مدنی، خاص مرجعی است که قانونگذار آن را به رسمیت شناخته و آن را به عنوان یک مرجع قضاوتی، واجد صلاحیت دانسته و حدود صلاحیت و اختیاراتی را برای وی تعریف کرده است.

واقعیت این است که «مرجع داوری» یک نهاد قضاوتی منبث از حاکمیت دولت‌ها است که به موجب آن، مقنن صلاحیت قضایی محدودی را به شخص یا اشخاصی که منتخب طرفین یا منتخب دادگاه هستند و سمت رسمی قضایی ندارند، اعطا کرده است و بر تصمیمات آنها نظارت قانونی دارد و مسئولیت اجرای رأی این مرجع را بر عهده گرفته و اگر خارج از حدود اختیارات قانونی رأی صادر نمایند، مرجع قضایی با اعتراض هر یک از طرفین تصمیم و رأی داوری را ابطال خواهد کرد. با این طرز تلقی می‌توان گفت «مرجع داوری» اختیار و صلاحیت خود را از اراده و تراضی

^۱ - علیرضا میرزایی، قواعد داوری، انتشارات جنگل ۱۳۹۰. ابوالفضل مجدده، آیین دادرسی داوری در نظم حقوقی کنونی،

طرفین و تجویز قانونگذار می‌گیرد و صرف اراده طرفین نمی‌تواند مجوز داوری و ترتب اثر حقوقی بر رأی داور و قابلیت اجرایی آن باشد.

قانونگذار در ماده ۴۵۴ ق.آ.د.م به طور مطلق، کلیه دعاوی و اختلافات را قابل ارجاع به داوری دانسته و اصل را بر صلاحیت داور در رسیدگی به تمامی دعاوی دانسته و سپس در ماده ۴۹۶ مواردی را استثنا کرده است. داوری بعنوان یک «مرجع رسیدگی» حتی می‌تواند دعاوی و اختلافات مربوط به اموال دولتی و عمومی را با لحاظ تشریفات، رسیدگی نموده و اقدام به صدور رأی نماید.

اصل ۱۵۹ قانون اساسی و مواد ۳ و ۴ قانون آیین دادرسی مدنی، دادگستری و محاکم عمومی را مرجع عام رسیدگی به دعاوی تلقی کرده است. در همین قوانین عام، مراجع دیگری نیز تعریف شده است. وقتی قانونگذار صلاحیت رسیدگی و اتخاذ تصمیمی را برای شخص حقیقی یا حقوقی تعریف کرده، شخص موصوف یک مرجع قضاوتی است. در اصل ۱۳۹ ق.ا و باب هفتم ق.آ.د.م، «داوری» را بعنوان یک «مرجع رسیدگی» تعریف نموده و رأی داور را طبق ماده ۴۸۸ از طریق اجرای احکام دادگستری قابل اجرا دانسته و دادگاه را مکلف به اجرای رأی داور نموده است. به همین ترتیب و به عنوان مثال، رأی هیئت تشخیص اداره کار، بعنوان یک مرجع رسیدگی قابل اجرا توسط اجرای احکام مدنی است.

تصریح مذکور، حاکی از این است که قانونگذار (نهاد داوری) و (داور) را به عنوان یک «مرجع رسیدگی» پذیرفته و جزئی از نظام قضاوتی حقوق موضوعه ایران بشمار آورده است.

بند (الف) ماده ۳ و بند (۳) ماده ۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی صراحتاً از «داوری سازمانی» نام می‌برد. قبل از سال ۷۶ قانونگذار اشاره‌ای به داوری سازمانی داشته، مانند ایجاد مرکز داوری اتاق بازرگانی مصوب ۱۳۶۹ و بار دیگر در سال ۸۲ با تأسیس مرکز داوری منطقه‌ای تهران به نوع دیگری بر داوری سازمانی تأکید کرده است.

تأسیس قانونی مراکز داوری توسط قانونگذار، نشان دهنده این است که از دیدگاه قانونگذار، داوری یک مرجع قضاوتی و «مرجع رسیدگی» است. از مراجع داوری قانونی که مقنن طی قوانین خاص آنها را تأسیس و اختیاراتی را برای آنها تعریف نموده می‌توان مراجع ذیل را نام برد:

۱- مرکز داوری اتاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران

۲- مرکز داوری اتاق تعاون جمهوری اسلامی ایران

۳- هیأت داوری بازار اوراق بهادار

۴- هیأت داوری قانون خصوصی سازی

۵- مرکز داوری منطقه‌ای تهران

استاد دکتر عبدالله شمس در جلد سوم کتاب آیین دادرسی مدنی و در ذیل عنوان «مرجع داوری» مباحث و قواعد مربوط به داوری را مورد تحلیل قرار داده و آورده‌اند: «می‌توان گفت با شروع به کار داور یا داوران، مرجع داوری تشکیل شده و به دعوایی که نزد آن مطرح شده اشتغال می‌یابد. در بررسی مرجع داوری شرایط داور، انتخاب داور، مدت مأموریت داور، ارتباط مرجع داوری با مرجع قضایی دولتی و نیز حقوق و مسئولیت‌های داور باید مطالعه شود»^۱.

مبحث دوم - جایگاه و اعتبار رأی داور

رأی و تصمیم داور به عنوان یک مرجع رسیدگی، اعم از اینکه طبق قواعد عام باب هفتم ق.آ.د.م صادر شود و یا طبق قوانین خاص داوری، دارای ارزش و اعتبار رأی قضایی است. زیرا داور اقدام به فصل خصومت و اتخاذ تصمیم ماهوی می‌نماید. قانونگذار نتیجه رسیدگی و تصمیم و نظر داور را «رأی» نامیده است. در مواد ۴۷۷، ۴۸۲ و ۴۸۹ ق.آ.د.م و ماده ۳۰، ۳۱، ۳۲ و ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی نیز تحت عنوان «رأی داوری» آمده است. رأی داوری طبق ماده ۴۸۸ ق.آ.د.م پس از صدور و ابلاغ، لازم‌الاجرا است و لازم‌الاجرا بودن اصل بر قطعیت و لازم‌الاجرا بودن رأی داور است. رأی داوری در مقایسه با مرجع قضایی و یا مراجع قضاوتی مشابه، دارای جایگاه خاصی است. رأی داور دارای دو خصوصیت بارز است:

الف- اساس داوری و رأی داور، ناشی از اراده طرفین است.

ب- اعتبار داوری و ضمانت اجرای رأی داور، ناشی از اراده قانونگذار است.

خصوصیات مذکور موجب گردیده تا رأی داور، قطعی و لازم‌الاجرا باشد و جهات و محدوده قابلیت اعتراض به رأی داور در ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م تحدید گردیده و منوط به ۷ جهت خاص شود. بدین ترتیب، صرف اعتراض و تقاضای ابطال رأی داور، مانع اجرای رأی نیست و توقف اجرای رأی داور، طبق ماده ۴۹۳ ق.آ.د.م منوط به صدور قرار و دستور توقف اجرای رأی داور است. نظر قانونگذار مبنی بر لازم‌الاجرا بودن رأی داور، حاکی از احترام به اصل آزادی اراده و توافق طرفین بر داوری و حکمیت است.

حتی در مصادیقی که اراده طرفین در ارجاع به داوری تأثیر ندارد و طبق قانون خاص، طرفین ملزم به رجوع به داوری هستند و «داوری اجباری» نامیده می‌شود، اهمیت داوری به عنوان «مرجع رسیدگی» و رأی صادر از این مرجع، از نظر قانونگذار دارای ترتب اثر حقوقی است.

^۱ - دکتر عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی، ج ۳، ص ۵۳۰.

تبيين امر مستلزم تعريف رأى دادگاه و رأى داور است. منظور از «رأى دادگاه» تصميم قضات در حل و فصل خصومت است و منظور از «رأى داوری» در آيين دادرسی مدنی، رأى قاضی تحکیم یا حکم (محکّم) است که صلاحیت فصل خصومت را دارا می‌باشد.

اصطلاح رأى در ادبیات حقوقی، زمانی به کار می‌رود که یک امر ترافعی یا موضوعی که مستلزم تعیین تکلیف قانونی است، به یک مرجع قانونی ارجاع گردد و آن مرجع تصمیم لازم را طبق ادله و قانون اتخاذ نماید. علی القاعده (رأى) توسط یک مرجع قضاوتی صادر می‌گردد و در خصوص تجاوز به حق، تضییع حق، یا نقص یک قاعده اظهار نظر می‌شود و این نظر دارای اعتبار و اثر حقوقی است. بر همین اساس است که حقوقدانان در تعريف رأى دادگاه و قرار دادگاه، قائل به تفکیک شده‌اند. البته رأى داور دارای مفهومی اعم است و دربردارنده تصمیم و نظر نهایی داور می‌باشد که در مقام رسیدگی به یک امر ترافعی اتخاذ می‌گردد. رأى داور مانند رأى مرجع قضایی و سایر مراجع قانونی، پس از قطعیت، لازم الاجرا بوده و فصل‌کننده خصومت است، با این تفاوت اهم که رأى داور پس از صدور و ابلاغ، قطعی و قابل اجرا است.

مبحث سوم - اعمال قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی نسبت به رأى داور

طی ماده ۴۸۸ ق.آ.د.م که مقرر می‌دارد: «هرگاه محکوم علیه تا بیست روز از ابلاغ، رأى داور را اجرا ننماید، دادگاه ارجاع‌کننده دعوا به داوری و یا دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد مکلف است به درخواست طرف ذینفع طبق رأى داور برگ اجرایی صادر کند. اجرای رأى برابر مقررات قانون می‌باشد».

رأى داور طبق مقررات مربوط به اجرای احکام مدنی و توسط دادگاه صالح، اجرا خواهد شد. دادگاه مکلف به اجرای رأى داور است. قانونگذار قاعده کلی را وضع نموده و رأى داوری را همانند رأى دادگاه تلقی کرده و تصریح نموده: «اجرای رأى برابر مقررات قانونی می‌باشد». بدین ترتیب تمامی مقررات مربوط به اجرای احکام مدنی اعم از صدور اجراییه، توقیف اموال، مزایده و نهایتاً حبس محکوم علیه، باید در خصوص رأى داور نیز دقیقاً اعمال گردد. منطوق صریح قانون، اقتضای اعمال تمامی مقررات مربوط به اجرای احکام مدنی را دارد.

در بحث از کیفیت اجرای رأى داور، قانونگذار استثنا و محدودیتی قائل نشده است و دادگاه اجراکننده رأى داور باید طبق قوانین مربوط به اجرای احکام مدنی اقدام نماید. قوانین مربوط به اجرای احکام مدنی، اعم از قانون اجرای احکام مصوب ۱۳۵۶/۸/۱ و قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۹۴/۳/۲۳ و تمامی مقررات خاص مربوط به اجرای احکام مدنی است.

طبق ماده ۴۸۸ ق.آ.د.م و به تقاضای محکوم له، دادگاه اقدام به صدور اجراییه خواهد نمود و همانند رأی دادگاه اقدام به اجرای رأی می‌نماید. اگر محکوم علیه در محکومیت‌های مالی از اجرای رأی و پرداخت محکوم به امتناع نماید، در خصوص امکان یا عدم امکان «حبس کردن» محکوم علیه شبه و اختلاف نظری ایجاد شده بود. برای تبیین امر باید بر حسب قانون قدیم و جدید محکومیت‌های مالی قائل به تفکیک شویم:

الف- قانون (قدیم) نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷/۸/۱۰

در زمان حکومت قانون سال ۱۳۷۷ در خصوص امکان اعمال ماده ۲ قانون موصوف، اختلاف نظری حادث شده بود. بسیاری از محاکم و حتی اداره حقوقی قوه قضاییه طی نظریه‌های مشورتی شماره ۸۳/۷/۴-۷/۴۸۱۹ و ۹۲/۸/۱۳-۷/۹۲/۱۵۲۶ بر این نظر بودند که اعمال ماده ۲ صرفاً در خصوص حکم دادگاه امکان‌پذیر است و اگر در خصوص رأی داور، دادگاه رأی صادر نموده و رأی داور را تأیید کرده باشد، اعمال ماده ۲ امکان‌پذیر است. در غیر این صورت به استناد رأی داور، امکان حبس محکوم علیه وجود ندارد و حتی عده‌ای بطور مطلق امکان حبس محکوم علیه با رأی داور را غیرممکن تلقی می‌کردند.^۱

البته عده‌ای از حقوقدانان مانند استاد دکتر عبدالله شمس و دکتر حمید رضا نیک بخت، نظر به امکان حبس محکوم علیه داشتند.^۲

ب- قانون (جدید) نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴/۳/۲۳

در ماده ۲۷ قانون جدید مقرر گردیده: «مقررات این قانون در مورد گزارش اصلاحی مراجع قضایی و آرای مدنی سایر مراجعی که به موجب قانون، اجرای آنها بر عهده اجرای احکام مدنی دادگستری است و همچنین آرای مدنی تعزیرات حکومتی نیز مجری است».

در این ماده چند نکته حائز اهمیت است:

الف- قانونگذار به «سایر مراجع قانونی» که به موجب قانون اجازه صدور رأی دارند اشاره نموده است. داور طبق قوانین آمره مصرح فوق‌الذکر، اجازه صدور «رأی مدنی» را دارا می‌باشد.

ب- حسب استدلال و توضیحات فوق‌الذکر، داوری یک «مرجع رسیدگی» قانونی است. تجویز داوری و اعتبار و امکان اجرای رأی داور، ناشی از اراده قانونگذار است و صرف اراده طرفین، به رأی داور اعتبار و قابلیت اجرایی نمی‌بخشد.

^۱ - دکتر سید مفید کلانتریان، جزوه آموزشی، ص ۲۴ (به نقل از ابوالفضل مجدد، داوری حاکمیت اراده‌ها، ص ۱۴۷).

^۲ - دکتر عبدالله شمس، همان، ص ۵۸۲. دکتر حمید رضا نیک بخت، شناسایی و اجرای آراء داوری، ص ۴۳.

ج - اجرای رأی داور، طبق ماده ۴۸۸ ق.آ.د.م بر عهده اجرای احکام مدنی دادگستری است. مصداق بارز «رأی مدنی»، که اجرای آن طبق ماده ۲۷ قانون مارالذکر بر عهده اجرای احکام دادگستری می‌باشد، رأی صادره توسط داور است.

اینک با توجه به نص صریح ماده ۲۷ قانون جدید نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ و ماده ۴۸۸ ق.آ.د.م امکان حبس محکوم علیه با رأی صادره از مرجع داوری امکان‌پذیر است و قانونگذار به تثت آراء و اختلاف نظر محاکم و حقوقدانان پایان داده است.^۱

اعمال ماده ۳ و ۲۷ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی و صدور دستور «حبس محکوم علیه» منوط به تأیید و تنفیذ رأی داور توسط دادگاه نیست و چنین قیدی مورد نص قرار نگرفته است. بنابراین به تقاضای محکوم له، دادگاه و اجرای احکام مدنی دادگستری که مجری رأی داور هستند، مکلف به اعمال ماده ۲۷ می‌باشند. عدم اجرای مواد ۳ و ۲۷ قانون موصوف و عدم صدور دستور «حبس محکوم علیه»، تخلف انتظامی محسوب خواهد شد.

نتیجه

در سیستم حقوقی کشور ایران و قوانین موضوعه آمره، داوری یکی از مراجع رسیدگی قانونی به شمار می‌آید که اختیار و صلاحیت رسیدگی به تمامی دعاوی و اختلافات را دارا می‌باشد، به جز مواردی که قانوناً استثنا شده است. داور می‌تواند در حدود اختیارات اقدام به صدور رأی نماید. رأی مرجع داوری که بصورت قانونی صادر گردیده دارای اعتبار و اثر حقوقی است و لازم الاجرا می‌باشد و اجرای احکام دادگستری مکلف به اجرای آن است.

طبق ماده ۴۸۸ ق.آ.د.م و ماده ۲۷ قانون جدید نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، تمامی مقررات مربوط به اجرای احکام مدنی در خصوص رأی داور باید اجرا و اعمال شود و نهایتاً با درخواست محکوم له، دادگاه و مرجع اجرا کننده رأی داور مکلف به صدور دستور حبس محکوم علیه می‌باشد. صدور دستور حبس محکوم علیه، منوط و مشروط به تأیید رأی داور توسط مرجع قضایی نیست و چنین قیدی مورد نص قرار نگرفته است.

^۱ - دکتر عبدالله خدابخشی، حقوق دعاوی، ص ۶۹. دکتر حسین گرامی و محمد فروغی، شرح ماده به ماده قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، ص ۵۰.

فهرست منابع

- ۱- دکتر عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی، جلد سوم، انتشارات دراک، چاپ پنجم ۱۳۸۵.
- ۲- دکتر عبدالله خدابخشی، حقوق دعاوی، انتشارات شرکت سهامی، چاپ اول ۱۳۹۴.
- ۳- دکتر مرتضی کلانتریان، بررسی مهمترین نظام‌های حقوقی داوری در جهان، چاپ اول ۱۳۷۴.
- ۴- علیرضا میرزایی، قواعد داوری، انتشارات جنگل ۱۳۹۰.
- ۵- ابوالفضل مجدد، آیین دادرسی داوری در نظم حقوقی کنونی، انتشارات ابتکار، چاپ اول ۱۳۹۳.
- ۶- دکتر سید مفید کلانتریان، جزوه آموزشی، (به نقل از ابوالفضل مجدد، داوری حاکمیت اراده‌ها، انتشارات ابتکار چاپ اول ۱۳۹۴).
- ۷- دکتر حمیدرضا نیک بخت، شناسایی و اجرای آراء داوری، مؤسسه مطالعات بازرگانی، چاپ اول ۱۳۹۱.
- ۸- دکتر حسین گرامی و محمد فروغی، شرح ماده به ماده قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، انتشارات جنگل، چاپ سوم ۱۳۹۴.

علل انتخاب مجازات‌های جایگزین حبس در مراجع قضایی کشور

سیدمحمد هاشمی *

چکیده

حبس، یکی از مجازات‌هایی است که به موجب آن آزادی مجرم از وی سلب و وی را محدود خواهد نمود و ناگزیر آسیب‌هایی را نیز برای یک زندانی کودک و یا زندانی جرم غیر عمد پیش خواهد آورد.

در این مقاله تعریفی از مجازات حبس و اهداف آن، دلایل شکست و روی آوردن به مجازات‌های جایگزین بیان خواهد شد و در ادامه با برشمردن آسیب‌های زندان، به سیستم قضایی پیشنهاد خواهیم کرد در خصوص مجازات‌های جایگزین برای افراد فوق دقت بیشتری داشته باشند و سعی خواهیم کرد قضات محترم را به سمت مجازات‌های جایگزین رهنمون سازیم.

مجازات‌های جایگزین برای هر جرم و مجرمی اعمال نمی‌گردد بلکه افراد خاصی را تحت پوشش خود قرار می‌دهد و سعی خواهد نمود با برشمردن آسیب‌های فرا روی زندانیانی همچون مجرمین جرایم غیر عمدی، کودکان صغیر و یا افرادی که سابقه زندانی ندارند انجام پذیرد و لذا اجرای قانون فوق برای جرم‌های اجتماعی-امنیتی همچون سرقت، کلاهبرداری، قتل، تهدید، ارباب و ... را شامل نمی‌گردد.

واژگان کلیدی: چرا حبس، مجازات جایگزین، تعریف مجازات، اهداف مجازات، علل ناکارآمدی حبس.

تعریف مجازات

* مدرس دانشگاه

مجازات‌ها در واقع نوعی واکنش اجتماعی در مقابل پدیده مجرمانه است، جامعه برای تنظیم روابط اجتماعی میان مردم و حفظ اساسی‌ترین ارزش‌های حاکم بر روابط آنها، ناچار است: در مقابل افراد هنجار شکن واکنش نشان دهد، این واکنش باید بر اساس اصول دقیق و بر پایه قانون باشد.

با این وصف متخصصان امور جزایی مجازات را اینگونه تعریف کرده‌اند که: «مجازات عبارتست از تنبیه و کیفری که بر مرتکب جرم اعمال می‌شود» (علی آبادی، حقوق جنایی، ج ۲، ص ۱)

تأثیر مجازات در مجرم

با دقت در مفهوم مجازات می‌توان پی برد که:

اولاً: مجازات در مجرم ایجاد ترس و هراس می‌کند.

آقای دکتر گلدوزیان در این زمینه معتقد است که: کیفر مرعوب کننده است. عامل ترس و ارعاب نقش بازدارندگی دارد. اصولاً بشر نسبت به حیات، آزادی، مال، حیثیت و آبروی خود علاقه دارد. سلب احتمالی هر یک از این مواهب الهی نگران کننده و بیم آور بوده و خود وسیله‌ای است برای بازداشتن شخص از تعدی و تجاوز به حقوق دیگران و نیز جامعه (دکتر گلدوزیان، حقوق جزای عمومی ایران، ج ۱، ص ۶۷)

ثانیاً: مجازات آزار دهنده است. مجرمی که درد و ناراحتی را به دیگری تحمیل کرده از نظر عقل و شرع خود نیز باید آزاد و درد مجازات را تحمل کند. لذا می‌بینیم که در مجازات‌های اسلامی مسئله قصاص یا مقابله به مثل وجود دارد و یا در تعزیرات قضات با توجه به نوع جرم، مجازاتی در خور جرم ارتكابی برای مجرم معین می‌کنند تا به همان اندازه که فرد مجرم باعث ناراحتی و آسیب دیگری شده مجازات شود.

ثالثاً: مجازات نوعی تحقیر فرد بزه‌کار می‌باشد. فردی که به جامعه در اثر جرم آسیب رسانده این آسیب رساننده نباید مصون از تحقیر اجتماعی باشد.

نوعی از این تحقیر از طریق اجرای مجازات در ملاء عام و یا انتشار آن از طریق رسانه‌های گروهی و یا حتمی جلوه دادن مجازات و همچنین سرعت بخشیدن به آن امکان پذیر است.

رابعاً: مجازات‌ها نوعی جبران ضرر وارده از طرف مجرم است و مجرم را مجبور به جبران خسارت وارده به فرد و اجتماع می‌کند. هر چند مجازات‌ها در ترمیم و جبران عین صدمه وارد شده ناتوان هستند ولی به هر حال وسیله‌ای برای هر چه بهتر اجرا شدن قوانین برای حفظ و صیانت حقوق افراد و جامعه است.

مطلب دیگر اینکه، آمیخته بودن رنج و مشقت در مجازات باعث تمایز آن با اقدامات پیشگیری و تدابیر امنیتی است. زیرا این اقدامات و تدابیر توأم با رنج و مشقت نیست.

اهداف مجازات حبس

با توجه به اینکه حبس یکی از اقسام مجازات‌ها در شریعت اسلام می‌باشد، ضروری است. اهداف مجازات بیان گردد که در ذیل به آن اشاره می‌گردد:

هدف سودمندی و ارعاب

مقررات جزایی اسلام دارای هدف سودمندی بوده و در نتیجه کیفیت این مجازات‌ها و ترس ناشی از آنها، مانعی برای تمایل به ارتکاب گناه و جرم تصور می‌شود. به عبارت دیگر اجرای مجازات در جامعه در واقع نوعی هشدار برای دیگران محسوب می‌شود.

۱. تأمین عدالت و امنیت

همانطور که می‌دانیم در اجتماعی که عدالت نباشد آن اجتماع بزودی از هم پاشیده خواهد شد. این عدالت حکم می‌کند که از یک طرف خادمین و نیکوکاران تشویق می‌شوند و مجرمین و بدکاران تنبیه شوند و از طرف دیگر مجازات مجرمین نیز متناسب با جرم در نظر گرفته و او را نسبت به اهمیت خطایش تنبیه کنیم. رعایت این موضوع باعث می‌شود که افراد اجتماع به حقوق از دست رفته خود نائل آیند و از نظر روحی نیز به آرامش برسند. توقع جامعه این است که بزهکاری به سزای اعمال خود برسند و هیچ جرمی بدون مجازات نماند. جرم شناسان معتقدند: «با مجازات بزهکار افرادی که خواهان اجرای عدالت هستند، آرامش یافته و فکر انتقام‌جویی خصوصی از بین می‌رود.»

۲. جلوگیری و پیشگیری از ارتکاب جرم

وجود مجازات برای جرایم، سبب می‌گردد که افراد در پیش از وقوع جرم و یا در حین ارتکاب آن نوعی حساسگری نسبت به عواقب آن داشته باشند و از ترس این عواقب از ارتکاب آن منصرف گردند. معمولاً این حالت ممکن است سبب تبدیل ترس به اعتقاد فرد بر مذموم بودن جرم گردد. از جمله آثار مثبت این اعتقاد این است که از نظر عمومی تضمینی برای نظم و آرامش جامعه ایجاد می‌شود. از طرف دیگر بزهکار پس از محکومیت و تحمل مجازات از ترس مجازات از ارتکاب جرم خودداری می‌کند.

ابن‌الهمام حنفی می‌گوید: «کیفرها، موانع خلافکاری‌ها پیش از اقدام، و بازدارنده از آنها بعد از اقدام می‌باشند. یعنی آگاهی پیدا کردن به آنها انسان را از مبادرت به گناه باز می‌دارد و دانستن آنها بعد از ارتکاب گناه از بازگشت مجدد جلوگیری می‌کند این معنی در قوانین کیفری اسلامی مراعات شده است.»

البته لازم به ذکر است که اسلام جهت پیشگیری از جرایم فقط به طرح مسئله مجازات نمی‌پردازد بلکه برنامه‌های متنوعی در این زمینه دارد که چند نمونه از آنها را در اینجا یادآور می‌شویم:

۱. اعطاء وام از طریق قرض الحسنه
۲. آسان‌گیری در امر ازدواج
۳. انفاق و حسنه
۴. حدود و قصاص
۵. امر به معروف و نهی از منکر
۶. تأمین شرایط و امکانات کار برای هم

۳. اصلاح و تربیت بزهکار

یکی دیگر از اهداف مهم مجازات‌ها در اسلام اصلاح و تربیت مجرم می‌باشد. توجه به این جنبه باعث شده که مجازات‌ها بعد تربیتی به خود بگیرد.

اصلاح بزهکار در واقع آشتی دادن او با خود و دیگر انسانهاست. به عبارت دیگر اصلاح و تربیت مجرم نوعی بهسازی تمایلات ویرانگرانه کسانی است که با رفتار خود موجبات تضییع حقوق و آزادی انسان‌ها را فراهم کرده‌اند. لذا سعی بر این است که فرد مجرم زیر پوشش برنامه‌های اصلاحی و تربیتی قرار گرفته و با تحمل کیفر، اصلاح شده و باز اجتماعی شدن او تسهیل گردد. شیخ شلتوت مفتی الزهر مصر می‌گوید:

«مسئله هدف شریعت از قوانین کیفری‌اش، اصلاح و تهذیب نفس و تلاش در جهت سعادت بخشیدن جوامع بشری است» (شیخ شلتوت، موسسه اهل‌البیت، بی‌تا، ص ۸۹)

مصادیق هدف اصلاح و تربیت را می‌توان در تعزیرات بیشتر مشاهده کرد چون در تعزیرات شخص مجرم محور اصلی احکام جزایی به شمار می‌آید و اصلاح و تربیت او مورد نظر شارع می‌باشد.

۴. ماهیت کیفر حبس

کیفر حبس در مقایسه با سایر انواع کیفرهای مبتنی بر محدودیت‌های قانونی برای تصرفات آزادانه افراد در امور خود به آن سالب آزادی یعنی سلب مطلق آزادی گفته می‌شود از این رو؛ هر گونه تنگناهای دیگر برای افرادی که مرتکب نقض قانون شده‌اند سالب آزادی نیست بلکه محدود کننده آن یا محدود کننده و سالب برخی حقوق آنها خواهد بود. (ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی مصوب ۱۳۸۰ روزنامه رسمی شماره ۷۶۷۳/۱/۸۰ مورخ ۱۳۸۰/۴/۳۱)

زندانی کردن فرد در ظاهر و نگاه اول و حتی از لحاظ ماهیت، نوعی کیفر است. زیرا این عمل نه تنها برخلاف میل و اراده فرد است و یکی از ویژگی‌های کیفر و سزا محسوب می‌شود، بلکه زندانی شدن، برای فرد تنگناهایی ایجاد و تحمیل می‌کند که در حالت عادی روا و پسندیده نیست و کسی دوست ندارد موضوع آن قرار گیرد. این خصوصیت مشترک همه مجازات‌ها است که در اثر اجرای آنها نوعی محدودیت اعم از مالی، جانی، روانی، گفتاری، رفتاری به حیثیت یا کرامت انسان ایجاد می‌شود.

عوامل انتخاب مجازات‌های جایگزین حبس

کیفر حبس امروزه دیگر کارایی نداشته و اثرات زیانبار آن بیشتر از فواید آن است ... به همین دلیل جایگزین‌هایی مناسب برای کیفر حبس پیش‌بینی شده‌اند تا اینکه این جایگزین‌ها بتوانند اثرات زیانبار کیفر حبس را از بین برده یا اینکه از آن اثرات بکاهند. (آشوری، جایگزین‌های زندان، ص ۷-۹) این دلایل بخشی به اهداف کیفر حبس بر می‌گردد و بیانگر آن می‌باشد که این کیفر نتوانسته اهداف مورد نظر را برآورده نماید بخشی دیگر از این دلایل به نفس کیفر حبس و شیوه اجرای آن بر می‌گردد به عبارت دیگر محیط زندان و قیود و شرایط حاکم بر آن باعث شد تا مخالفان به فکر ایجاد روش‌های جایگزین مناسب برای کیفر حبس باشند. به عنوان مثال جرم‌زا بودن محیط زندان، تراکم جمعیت و کمبود فضا باعث شکست اصلاح و درمان در زندان می‌باشند. عمده دلایل عملی عدم مشروعیت مجازات حبس که از سوی مخالفان ارائه شده است ذیلاً مورد بحث قرار می‌گیرند که عبارتند از:

شکست مجازات حبس در دستیابی به اهداف :

مجازات‌ها از اهدافی برخوردار می‌باشند از جمله آنها عبارتند از: ارعاب و عبرت‌انگیزی و بازسازی مجرم در جامعه (اصلاح و درمان). مخالفان کیفر حبس معتقدند که این مجازات نتوانسته است اهداف فوق را برآورده کند که در ذیل به ناتوانی و شکست مجازات حبس پرداخته می‌شود:

۱. ناتوانی در پیشگیری از جرم

یکی از اهداف مجازات‌ها، ارعاب و بازدارندگی است منظور جنبه پیشگیرانه و سودمندانه کیفر می‌باشد به این معنا که آن کیفر، چنان ترس و واهمه‌ای ایجاد کند که در وهله اول، نسبت به خود محکوم مرتکب تا تمایل به ارتکاب مجدد بزه را در او از بین ببرد و در وهله دوم، نسبت به عموم افراد جامعه که جزء بزهکار بالقوه می‌باشند و ممکن است به تقلید از بزهکار اصلی به دامن ارتکاب جرم روی آورند.

اینکه آیا کیفر حبس توانسته این هدف مجازات‌ها را برآورده کند یا خیر به درستی معلوم نیست به عبارت دیگر با در نظر گرفتن این هدف برای کیفر، آیا می‌توان معتقد بود که از ارتکاب جرایم و تکرار آن در سطح جامعه جلوگیری بعمل آمده است؟ آمارها نشان می‌دهند که این کیفر در برآورده کردن این هدف موفق نبوده است و باز می‌بینیم که نه تنها عموم افراد از ارتکاب جرم دست نکشیده‌اند بلکه بخشی از جمعیت کیفری زندان را تکرار کنندگان جرم تشکیل می‌دهند و هر ساله بر این تعداد افزوده می‌شود. برای مثال، آمار تعداد زندانیان در سال‌های ۱۳۸۰ الی ۱۳۹۱ افزایش داشته است که اینها بیانگر این است که مجازات زندان در کاهش آمار جرایم، بازدارندگی و پیشگیری از جرم تأثیر ندارد. بنابراین زندان نه تنها نمی‌تواند امنیت قضایی را برقرار کند بلکه بدینی و بی‌اعتمادی را بیان می‌نماید.

برخی جرم را ناشی از فقر، بیکاری، بی‌سوادی، مهاجرت، و... می‌دانند که زندان در از بین بردن آنها هیچ نقشی و تأثیری نخواهد داشت و تا وقتی علل و زمینه‌های ارتکاب جرم در جامعه وجود داشته باشد زندان از ارتکاب جرم پیشگیری نخواهد کرد. (گودرزی، ماخذ پیشین ص ۱۱۰) بنابراین می‌توان نتیجه گرفت: اگر چه نمی‌توان نقش عواملی همچون فقر، بیکاری، مهاجرت و غیره را در عدم پیشگیری مجازات حبس از ارتکاب جرم نادیده گرفت اما علت اصلی این امر که بخش عمده‌ای از جمعیت کیفری زندان را هنوز تکرار کنندگان جرم تشکیل می‌دهند معایب و ایراداتی عنوان نمود که در وجود کیفر حبس و اجرای آن نهفته است لذا وقتی که کیفر حبس با توجه به داده‌های آماری، هدف مجازات را برآورده نکند و اجرای آن مفید واقع نشود، توسل به سیاست جایگزینی و برنامه‌های آن امری ضروری است.

۲. شکست برنامه‌های اصلاح و درمان

یکی دیگر از اهداف مجازات‌ها بازپذیری مجدد اجتماعی بزهکار و اصلاح و درمان آنها می‌باشد. اندیشه اصلاح و درمان بزهکار و بازسازی مجدد وی یکی از آموزه‌های فکری مکتب دفاع اجتماعی جدید می‌باشد. برنار بولک معتقد است که اصلاح مقصر با این هدف است که او دوباره به راه خطا بازنگردد (بولک، برنار، ماخذ پیشین، ص ۳۳) اندیشه اصلاح و درمان و بازپذیری در اسناد بین‌المللی منعکس شده است به عنوان مثال می‌توان به قواعد حداقل لازم الرعایه راجع به طرز رفتار اصلاحی با زندانیان مصوب ۱۹۵۵ و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در سال ۱۹۶۶ توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد اشاره کرد که در سال ۱۳۵۴ به امضای دولت ایران رسیده و مجلس نیز آن را به تصویب رسانده است.

مفاد همین قواعد و مقرر بود که قبل از انقلاب و بعداً توسط دولت جمهوری اسلامی ایران با تدوین آیین‌نامه‌های تحت عنوان آیین‌نامه اجرایی حبس در سال ۱۳۷۲ و سپس اصلاحیه آن در

سال ۱۳۸۰ به مرحله اجرا درآمد. همه این معاهدات و مقررات و طرح‌های بین‌المللی و داخلی در جهت انسانی کردن مجازات حبس و اصلاح و درمان مجرمین پیش‌بینی و ارائه شده بودند اما به لحاظ مشکلات و ایراداتی که بر زندان و نحوه اجرای آن وارد می‌باشد جنبه‌های اصلاحی و بازپروری کیفر حبس دچار تردید و شکست شده است به گونه‌ای که زندان امروزه علی‌رغم تأکید بر جنبه‌های اصلاح و درمان و بازپروری آن، نه تنها نتوانسته در درمان و اصلاح بزهکاران موفق باشد بلکه بر نرخ تکرار جرم ارتكابی توسط زندانیان بعد از آزادی از زندان افزوده شده است.

از جمله مواردی را که می‌توان در تأیید عدم کارایی کیفر حبس در جلوگیری از ارتكاب جرم و اصلاح و درمان مجرمین بدان اشاره کرد تحقیق بعمل آمده در یکی از استان‌های کشور است. بدین صورت که، میزان تکرار جرم توسط کسانی که تحمل حبس کرده‌اند ۳۳/۸۲ درصد و در بین کسانی که مجازات آنها معلق شده تنها ۳/۹۵ درصد است. (تمجید، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد ۱۳۸۱، ص ۹۷-۱۱۴) همچنین به گزارش خبرگزاری ایسنا در اینترنت، قسمت فقه و حقوق در تاریخ ۸۹/۹/۱۹ رئیس سازمان زندان‌ها در همایش ۳ روزه راهکارهای علمی و فعالیتهای مراکز مراقبت بعد از خروج اعلام کرد ۴۰ درصد زندانیان در دنیا پس از آزادی مرتکب جرم شوند و این رقم در کشور ما ۳۰ درصد است.

در توجیه این امر به نظر می‌رسد که اصلاح و بازسازی در محیط بسته و تحت اجبار کارایی‌های لازم را نداشته و زندان با هر کیفیتی باشد باز هم اثر اصلاحی آن نسبت به اصلاح و بازسازی در اجتماع کمتر است. قبل از اینکه به توضیح کامل عوامل شکست برنامه‌های اصلاح و درمان پردازیم خاطر نشان می‌شود که برخی از این عوامل نظیر تراکم جمعیت زندان و کمبود فضای مناسب گویای همان جمله است.

۳. جرم‌زا بودن محیط زندان

به نظر می‌رسد کیفر حبس در عمل به یک محیط جرم‌زا و مجرم‌پرور تبدیل شده است که به دلایل آن در زیر اشاره می‌گردد:

الف: زندان مکانی مناسب برای آماده کردن و انتقال فنون ارتكاب بزه طی مدتی که زندانیان در یک جا با هم ارتباط دارند است به عبارت دیگر همان پدیده فرهنگ پذیری از زندان مدنظر است با این توضیح که در وهله اول ممکن است در اثر تماس با بزهکاران حرفه‌ای داخل زندان به مجرم حرفه‌ای تبدیل شود. به همین خاطر برخی معتقدند که زندان موجب ارتقای کیفیت جرم می‌شود چرا که هر چه تراکم جرم بیشتر باشد مقدار یادگیری شگردها و حیل‌های بزهکاری نیز بیشتر می‌شود.

در وهله دوم با آزاد شدن زندانی از زندان موجب انتقال فرهنگ و فنون مجرمانه به سایر افراد جامعه می‌شود و پدیده‌ای به نام فرهنگ پذیری از زندان به عموم رخ خواهد داد و افراد زیادی به سمت ارتکاب بزه با الگو و فرهنگ پذیری از زندانی سوق پیدا می‌کند. در جرم‌شناسی معاصر نظریه‌ای با عنوان فرهنگ پذیری از زندان مطرح شده که گونه‌های فرهنگ زندان در طول اقامت در حبس بر شخصیت و رفتار زندانیان اثر می‌گذارد. (نجفی ابرند آبادی، تقریرات علوم جنایی، جلد اول، ص ۲۵)

ب: زندان مکان مناسبی برای ارتکاب خشونت و ستیزه جویی است، خشونت و ستیزه جویی ممکن است در نتیجه عمل زندانیان نسبت به یکدیگر یا به واسطه عمل مأمورین زندان نسبت به زندانیان باشد. همچنین خشونت ممکن است به واسطه اوضاع و احوال حاکم در زندان باشد.

۴. تعارض با اصل شخصی بودن مجازات زندان

یکی از اصول حاکم بر مجازات‌های زندان اصل شخصی بودن مجازات‌ها است بدین معنا که در مکتب اسلامی هر کس مسؤول اعمال خویش است و تخلفات و تعدیات هیچ کس به پای دیگری نوشته نمی‌شود خداوند در قرآن می‌فرماید «وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى» (سوره زمر آیه ۷). حال تلاش عمده حقوقدانان نیز ارائه مجازات‌هایی است که ضمن برآورده ساختن اهداف اصلاحی و پیشگیری از جرم قانده مذکور را مراعات کرده باشد.

علاوه بر این زندان منجر به قطع رابطه زندانی بازندگی عادی، خانواده، کار و دوستانش می‌شود. انتظار کسان و بستگان مجرم و درخواست آزادی او و مراجعات مکرر جهت ملاقات زندانی و مسئولین قضایی جهت خلاصی و یا تخفیف مجازات زندانی همه و همه موجب هدر رفتن وقت و فعالیت اقتصادی آنان می‌شود و فشارهای اقتصادی و روانی که بر اطرافیان زندانی وارد می‌شود مبین این معنا است که این کیفر با اصل شخصی بودن مجازات زندان مغایرت دارد.

۵. تحمیل هزینه‌های اقتصادی بر جامعه

مملو شدن زندان از زندانی موجب توسعه تأسیسات و افزایش نیرو و سایر هزینه‌های مربوطه می‌شود که تأمین آن بر عهده دولت و از بودجه عمومی مملکت می‌شود توضیح این که: کیفر حبس علاوه بر اینکه فرد زندانی از کار و فعالیت باز می‌ایستد و جامعه از بازده آنان محروم می‌شود، خزانه دولت نیز به جهت زندانی کردن افراد خلافکار به گونه کنترل نشده هزینه سنگینی را متحمل می‌شود. (روزنامه ایران، سه شنبه ۴ مرداد ۱۳۷۹، به نقل از معاون سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی کشور)

۶. تراکم جمعیت زندان

این عامل مانع از آن است که بتوان مقدمات آزادسازی مجرمان و بازسازی آنان را فراهم کرد. به عبارت دیگر، تراکم سبب می‌شود که منابع انسانی و مالی بسیاری صرف ((انبار کردن)) انسان‌ها شود، بنابراین، کسانی که باید از درمان و برنامه‌های اصلاحی استفاده کنند، از آن محروم می‌شوند. افزون بر آن، سرچشمه‌ی ایجاد تنش، هم برای کارکنان و هم برای محکومان است.

۷. مشکلاتی بهداشتی موجود در زندان

زندان‌ها در اغلب کشورها با کمبود منابع مالی، نبود مراقبت‌های بهداشتی و تغذیه‌ی مناسب روبه‌رو هستند. (مجله قضایی و حقوقی دادگستر قوه قضاییه، ش ۳۸، ص ۶۰). همچنین، زندانیان دارای آموزش‌های لازم نیستند. افزون بر آن، حقوق و دستمزد ناچیزی در ازای مسؤولیت مهمی که بر عهده دارند، دریافت می‌کنند. در برخی کشورها، میزان مرگ و میر در زندان بالا است.

۸. تأثیرهای روانی بر زندانی

زندان هویت محکوم را از میان می‌برد و به‌ویژه در زندان‌های بلند مدت، آنچنان اختلالی در شخصیت زندانی به وجود می‌آورد که نتیجه‌ی آن پیروی کورکورانه و محض یا حالت تهاجمی است که به شکل شورش در زندان، درگیری با سایر زندانیان و همانند آن آشکار می‌شود.

۹. ایجاد مشکلات اجتماعی و خانوادگی

به طور کلی تا زمانی که فرد وارد زندان نشده است هم او و هم خانواده‌اش از منزلت اجتماعی برخوردار هستند ولی اگر شخصی حتی به عنوان متهم و نه مجرم چند روزی را در بازداشتگاه بگذراند با توجه به عرف عامه مردم و عدم فرق قائل شدن میان مجرم و متهم دیده می‌شود که با شخص رفتار خوبی نمی‌شود حال تصور کنیم فرد چند ماهی یا چند سالی را در زندان می‌گذراند در این زمان می‌بینیم که هم خود شخص و هم خانواده او موقعیت خوبی را تجربه نمی‌کنند و در بسیاری از موارد دیده شده است که حتی فرزندان یا بستگان شخص مجرم هم از عنوان مجرم بودن شخص خاصی ضرر دیده‌اند که این مورد را می‌توانیم نوعی مخالفت و تعارض با اصل شخصی بودن مجازات‌ها تفسیر کنیم زیرا در مجازات‌های سالب آزادی مثل حبس آثار زیانبار اجرای مجازات‌ها از لحاظ مسائل خانوادگی تنها مجرم را در بر نمی‌گیرد بلکه خانواده‌هایی که نان آور آنها در زندان به سر می‌برد اگر امرار معاش آنها منحصر به کار کردن آن شخص باشد را در بر خواهد گرفت چرا که از تبعات مجازات ایمن خواهد بود حال پس از مشکلات فوق‌الذکر در اجرای مجازات حبس نتیجه خرسند کننده آن است که شخص محکوم به زندان نگردد.

۱۰. تأثیر سوء بر شخصیت زندانی

زندانی در داخل زندان فرصت زیادی در استفاده از فکر و قوه تخیل دارد اگر این نیرو در جهت مثبت و در راه اصلاح او به کار گرفته نشود قطعاً از این نیرو در جهت خلاف و ارتکاب بزه استفاده خواهد کرد.

در مصاحبه‌هایی که با زندانیان صورت گرفته احساس خود را هنگام اجرای مجازات اینگونه تشریح کرده‌اند: ۱- احساس حقارت ۲- اضطراب و نگرانی ۳- عذاب روحی ۴- ترس ۵- بهت زدگی ۶- افسردگی و بی‌خیالی در مورد افراد سابقه دار.

باید تأکید نمود که زندان تأثیر عمیقی بر روح و روان زندانی بر جای می‌گذارد. این تأثیر شاید سالیان دراز پس از زندان نیز باقی بماند منتقل شدن به زندان تنها یک انتقال فیزیکی نیست بلکه زندانی تازه مجازات شده کسی است که از وضعیتی از مجازات به وضعیت دیگری پا گذاشته است. و از این رو به دنبال هویت جدیدی است که خود را با وضعیت و موقعیت تازه سازگار نماید. بخشی از این هویت با بر چسبی که جامعه به او می‌زند شکل می‌گیرد و مابقی آن در ارتباط با افرادی است که با آنها به سر خواهد برد و به همین علت است که زندان را آموزشگاه بزهکاری نام نهاده‌اند چرا که فرد از طریق یافته‌های داخل زندان زمینه بزهکاری و تکرار جرم را فرا می‌گیرد. همچنین اگر دو عامل آزادی عمل زندانیان و تجمع تعداد زندانی مجرم و ناسازگار با جامعه را باعث اندیشه مجرمانه زندانیان می‌شود مدنظر قرار دهیم و یک طرف معادله بگذاریم نتیجه معادله فجایع بی‌شماری خواهد بود که می‌تواند در محیط بسته زندان‌ها اتفاق افتد. همچنین زندان را می‌توان به بیمارستان شبیه کرد همان گونه که بیماران از بیماری خود می‌نالند و انتظار بهبود و خروج از بیمارستان را دارند چه بسا با پزشک و پرستار خود به ستیزه بر می‌خیزند زندانیان نیز با مقایسه کردن جرم خود با جرم دیگران و مدت زندان تعیین شده برای خود و اشخاصی که نظیر جرم او مرتکب شده و بحث در عادلانه و غیرعادلانه بودن احکام صادره نوعی بیماری و نبود آرامش در آنان به وجود می‌آید که حتی به مراقبان زندان اعتراض و با آنان به خشونت رفتار می‌کنند.

۱۱. آموزش و انتقال جرایم

از آنجا که شرایط زندان‌ها به گونه‌ای است که احترام به قانون را آموزش نمی‌دهد بلکه راه‌های گریز از قانون و نحوه ارتکاب جرایم جدید آموزش داده می‌شود مجرمان اتفاقی به مجرمان حرفه‌ای تبدیل می‌شوند برخی معتقدند که مجرمان هنگامی که وارد زندان می‌شوند همچون مار هستند اما هنگام خروج از زندان افعی خارج می‌شوند. بنابراین هدف اصلاحی مجازات حبس کوتاه مدت به لحاظ فقدان فرصت کافی از یک سو قابل تحقق نیست و از سوی دیگر مجازات حبس‌های بلند مدت خطر ناسازگار شدن محکوم با اجتماع را پس از خروج از زندان در پی دارد.

در زندان‌های دسته جمعی نیز به لحاظ اختلاط انواع مجرمین خطر تکرار جرم را افزایش می‌دهد و زندان انفرادی نیز طبع اجتماعی در شخصیت محکوم را ضایع می‌کند بنابراین اصلاحات انجام شده در رژیم زندان جنبه ارضایی آن را کم اثر نموده و انگ زندانی بودن نیز امید بازگشت به زندگی شرافتمندانه را از بین می‌برد بدین لحاظ برخی مجرمین زندگی در زندان را به زندگی رنج آور و حیثاً پر زحمت خارج ترجیح می‌دهند. (مجیدی بیدگلی، ماهنامه اصلاح تربیت سازمان زندان‌ها شماره ۷۴)

۱۲. بیکاری و طرد اجتماعی

الف) بیکاری و طرد اجتماعی از دیگر آثار زیانبار زندان محسوب می‌گردد، مجازات حبس ضمن آن که در حین اجرا باعث بیکار شدن یک عضو فعال جامعه می‌گردد پس از اجرا نیز باعث می‌شود که فرد موقعیت شغلی خود را از دست بدهد و عضوی که در گذشته عضو فعال جامعه بوده اکنون بسان عضو بیکار، سربار جامعه گردد.

ب) از دیگر مشکلات زندان نبود برنامه‌های تفریحی و سرگرم کننده برای زندانیان است. بنابراین خود زندانیان مجبورند که یکسری برنامه‌های تفریحی برای خود به اجرا در آورند که بعضاً برخی از آن بعنوان خلاف زندان محسوب می‌شود و مجازات در پی دارد.

ج) از سویی زندان موجب طرد اجتماعی زندان می‌شود و درصد قابل توجهی از خانواده‌ها، اقوام، دوستان و نسبت به مجرم آزاد شده بی‌اعتنا شده و هیچ تمایلی به معاشرت با وی از خود نشان نمی‌دهند. این امر سبب می‌شود که حس انتقام و کینه به جای عبرت و عاطفه در دل زندانی آزاد شده به وجود آید و هر چه بیشتر از جامعه و اطرافیان فاصله گیرد فرد به دور از نظارت و کنترل اجتماعی باز به ارتکاب اعمال مجرمانه مبادرت می‌ورزد.

۱۳. عدم طبقه‌بندی صحیح در زندان

یکی از راه‌های جلوگیری از آسیب‌های زندان طبقه‌بندی زندانیان است که باید آنها را برحسب جنسیت، سابقه، سن، نوع جرم، تابعیت، میزان محکومیت به حبس؛ وضع جسمانی و... زندانی کرد. طبقه‌بندی زندانیان در زندان‌های کشور ما بر ملاک سن و جنس قرار می‌گیرد هر چند برخی مواقع ملاک سن در نظر گرفته نمی‌شود پس همه زندانیان صرف نظر از این ملاک با انواع جرایم اعم از سنگین و سبک آشنا و همچنین بدون توجه به دفعات محکومیت و نیز بدون عنایت به کیفیت و چگونگی ارتکاب جرایمشان در کنار یکدیگر قرار گرفته می‌شوند یعنی در واقع خواسته و ناخواسته زمینه را جهت آموزش‌های تبهکارانه و تبادل اطلاعات بزهکارانه فراهم می‌آورند به همین جهت جوان اغفال شده‌ای که شاید اگر به زندان محکوم نمی‌شد احتمالاً هیچ‌گاه مرتکب جنایات سنگین هم نمی‌شد. بنابراین باید شیوه طبقه‌بندی زندانیان اصلاح شود.

۱۴. پایین بودن سطح بهداشت و اخلاق

اجرای مجازات زندان غالباً تقاضا می‌کند که تعداد زیادی از افراد برای مدت زمان مختلف در یک مکان محبوس شوند که در این مدت از آزادی بی‌نصیب و از تماس با همسرانشان محروم می‌شوند.

با توجه به این که تعداد افراد زندانی هر ساله افزایش می‌یابد به موازات آن بر شماره زندان‌ها افزوده نمی‌شود اولیای امور زندان نیز ناگزیر آنان را در همان زندان‌ها جای می‌دهند از این رو مشاهده می‌شود که در سلول‌های زندان سه یا چهار برابر ظرفیتی که از طرف مسئولان بهداشت معین گشته زندانی نگهداری می‌شود، تراکم افراد زندانی و کمبود فضای زندان باعث می‌شود که بیماری‌های واگیردار... در میان آنان شایع گردد. (مجیدی بیدگلی، ماهنامه اصلاح تربیت سازمان زندان‌ها شماره ۷۴)

بدون تردید موقعیت زندان زمینه مساعدی است برای انتقال بیماری‌های واگیردار و عفونی مانند ایدز و هپاتیت. همچنین مسائلی زندان‌ها، خالکوبی و سوراخ کردن پوست و نیز شیوع بیماری‌های روانی، بیماری گال و... در زندان بوجود می‌آید.

۱۵. پیامدهای برچسب خوردن

نظریه پردازان فرآیند برچسب خوردن عده‌ای در زندان را دو علت ذکر می‌نمایند: انحراف اولیه و انحراف ثانویه.

در مرحله انحراف اولیه، افراد از هنجارهای اجتماعی سر بر می‌تابند ولی برچسب نمی‌خورند و خود را منحرف نمی‌نگارند از این گذشته دیگر افراد جامعه نیز هنوز برای آنان احترام قائلند و آنان را منحرف نمی‌دانند. مرحله انحراف ثانویه زمانی رخ می‌دهد که رفتار انحرافی توسط افراد مهم جامعه مثل دوستان، والدین، کارفرمایان، مقامات، پلیس و دادگاه آشکار گردد. خطا کار و شخصی که هنجارها را زیر پا گذاشته مراسم بی‌آبرویی برایش اتفاق می‌افتد که در این صورت شخص محکوم به انحراف می‌شود لذا برچسب‌هایی معتاد مانند ابله، غیرعادی، کلاهبرداری، بدکاره، معتاد، ولگرد و... را از دیگران دریافت می‌کند.

۱۶. برآورده نساختن توقعات اندیشمندان حقوق

زندان در عمل آنچه را که مدعی آن است ارائه نمی‌دهد هدف انسان‌های اواخر سده ۱۸ که برای مجازات زندان اقسام درجاتی را منظور کرده بودند آن بود که مجازات مذکور جنبه عبرت‌انگیز به خود بگیرد انسان‌های اواسط سده ۱۹ را نیز نظر بر آن بود که زندان انفرادی موجبات ندامت محکوم را فراهم سازد. در سده بیستم نیز زندان مکان و وسیله‌ای بازپروری اجتماعی محکوم محسوب می‌شد اما حقیقت این است که همه این امیدها بر باد رفته و زندان که می‌بایست ابزار

اصلی حل بزهکاری باشد نه تنها به این مهم دست نیافته بلکه آمارها نشان می‌دهد که بزهکاری و تکرار جرم روند افزایشی مستمر را داشته است (مجیدی بیدگلی، ماهنامه اصلاح تربیت سازمان زندان‌ها شماره ۷۴)

علت آن این است که کیفر حبس بعد از ارتکاب جرم بلافاصله و به گونه دفعه واحده اعمال نمی‌شود بلکه برای مدت زیادی طول می‌کشد بنابراین آثار این مجازات در ایجاد اطمینان خاطر برای جامعه و از بین بردن ترس و واهمه آن جرم از نظر افراد اجتماع محو و نابود می‌شود و گذشت زمان باعث می‌شود غلظتی که وقوع جرم در نهاد دست اندرکاران قضاوت و اجرای قوانین کیفری ایجاد کرده بود از بین برود در نتیجه حالت دفاعی آنها کم شده و در تعیین نوع و مقدار کیفر تحت تأثیر قرار گیرد چه بسا اوقاتی که کیفر تا یک دهم مقدار معمولی کاهش می‌یابد و نهایتاً گناهکار، مجازات انجام شده را ناچیز می‌شمارد.

۱۷. زوال حس مسئولیت

مجازات زندان نه تنها نیروی بازدارنده ندارد بلکه حس مسئولیت را نیز در نهاد زندانیان از بین می‌برد و آنان را به بیکاری و تن پروری سوق می‌دهد زیرا بسیاری از زندانیان مدت زیادی را در زندان به سر برده‌اند و در آنجا با بیکاری و تن پروری روزگار را گذرانده‌اند و تمامی نیازهای آنان از خوراک و پوشاک، مسکن ... بدون تحمل زحمت تأمین گشته است، چنان این وضع عادی جلوه می‌کند که حتی برای بیرون آمدن از زندان میل چندانی نشان نمی‌دهند. در نتیجه احساس مسئولیت در مقابل خود و عائله شان در نهاد آنان نابود می‌شود چنانچه از زندان بیرون بیاید دوباره مرتکب جرمی می‌شوند تا به زندان برگردند چرا که در زندان به برخی حوائجشان دسترسی پیدا می‌کنند که در بیرون از زندان امکان دسترسی به آنها را ندارند از اینرو در زندان هیچ نوع رنجی احساس نمی‌کنند و به طبع شوق زندان آنها را به ارتکاب مجدد جرم وا می‌دارد تا بتوانند از واقعیت زندگی خود که در نظر آنها یک نوع زندانی جلوه گر شده خلاصی پیدا کنند. (محمدنژاد، ماهنامه اصلاح تربیت سازمان زندانها - شماره ۴۶)

تبدیل مجازات جایگزین حبس به :

۱) آزادی مشروط (۲) تعلیق مجازات (۳) تبدیل مجازات

آزادی مشروط

فصل چهارم قانون مجازات اسلامی به آزادی مشروط زندانیان اشاره دارد در ماده ۳۸ ق.م.ا مشاهده می‌شود که هر کس برای بار اول به مجازات حبس محکوم شود و نصف مجازات حبس را گذرانده باشد دادگاه می‌تواند با شرایطی او را به طور مشروط آزاد کند.

تعليق مجازات

قانونگذار در مواد ۲۵ تا ۳۶ تعليق را با شرايطی پذيرفته است نکته‌ای که وجود دارد اين است که فقط مجازات‌های تعزیری و بازدارنده قابل تعليق هستند. در ضمن مواردی مثل اختلاس، ارتشاء، کلاهبرداری، خريد و فروش، وارد کردن یا ساخت مواد مخدر و همچنين مجازات کسانی که به نحوی از انحاء با انجام اعمال مستوجب حد معاونت می‌نمایند قابل تعليق نیست. نکته‌ای که می‌ماند این است که قانونگذار گفته است «تمام یا قسمتی از مجازات را تعليق نماید» که تعليق قسمتی از مجازات با فلسفه تعليق مجازات منافات دارد و به نظر می‌رسد تعليق تمام مجازات حبس بهترین باشد.

تبدیل مجازات حبس

مجازات حبس در ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی بیان شده که دادگاه می‌تواند مجازات «تعزیری یا بازدارنده را» به مجازاتی که مناسب به حال متهم باشد تبدیل کند همچنین در متن ماده آمده است که «دادگاه می‌تواند» که نشان می‌دهد که دادگاه‌ها اجباری به تبدیل مجازات ندارد. پیشنهادات و راهکارهای عملی جهت انتخاب مجازات‌های جایگزین حبس بعد از وقوع جرم: پیشنهاد می‌گردد بعد از وقوع جرم از راهکارها زیر جهت انتخاب مجازات‌های جایگزین توسط قضات محترم استفاده گردد:

تعویق تعقیب توسط دادستان که به نوعی اعطاء فرصت به متهم جهت سازگاری با هنجارهای اجتماعی است.

تجدید دامنهی قراردادهای بازداشت موقت و توسعه‌ی گسترده صدور قرارهای قبولی کفالت و وثیقه که موجب زندانی نشدن متهمین تا زمان محاکمه می‌گردد و آثار مثبت فراوانی را در پی دارد که از جمله می‌توان به جلوگیری از آثار و تبعات سوء ناشی از عدم تفکیک محکومین و متهمین و همچنین امکان برائت متهمین پس از طی مراحل تحقیقات مقدماتی اشاره کرد.

بهره‌گیری از تأسیسات نوین و کارسازی مانند تعليق مجازات، تخفیف و تبدیل مجازات، آزادی مشروط، آزادی به شرط سپردن ضمانت، تعليق مراقبتی ساده و فشرده تقسیط جریمه‌های نقدی، پرداخت دیات و جزاهای نقدی با کمک‌های مردمی و مساعدت بخش خصوصی، اعمال عفو عمومی، خصوصی و موردی که هر یک به نوبه خود می‌تواند در قبال مجرمینی که حائز شرایط لازمه هستند، نسبت به تأمین اهداف اصلاحی مجازات‌ها مؤثر باشد.

زندانبانی صحیح زندانیان و اجرای طرح‌های دوران محکومیت یا در حین آزادی با به کارگیری ابزارهایی همچون آموزش زندانبانان و مددکاران، سواد آموزی، حرفه آموزی، ترویج و اشاعه

ورزش، هنر و کلاس‌های احکام و قرآن و ... می‌تواند زندانی را در طول مدت تحمل حبس، متحول ساخته و او را برای زندگی سالم و شرافتمندانه در محیط اجتماعی آماده نماید. راهکارهای عملی جهت انتخاب مجازات‌های جایگزین حبس بعد از اجرای حکم: بعد از اجرای حکم نیز می‌توان با اتخاذ تدابیر صحیح به شرح ذیل اهداف اصلاحی و تربیتی مجازات‌ها را تأمین کرد:

۱. مراقبت پس از خروج:

اگر چه این نهاد تازه تأسیس است، لیکن در همان بادی امر آثار مثبت فراوانی را از خود بر جای گذارده و آمار و ارقام ارائه شده از سوی مسئولین زندان، حاکی از اثر گذاری فراوان این نهاد ارزشمند است.

۲. اعاده حیثیت و حذف سابقه محکومیت از سجل کیفری محکومیت:

با توجه به رویه نادرستی که امروزه در کشورمان حاکم است، افراد به صرف محکومیت به زندان یا اساساً داشتن هر نوع محکومیتی، از اشتغال به کار و بسیاری از حقوق قانونی محروم می‌شوند، در حالی که بر اساس مبانی شرعی، افراد بلافاصله پس از اجرای حکم، به اعاده حیثیت نایل می‌شوند و تحمیل هر نوع محکومیتی بر آنها علاوه بر آن که فاقد جاهیت قانونی است، برخلاف موازین شرعی نیز محسوب می‌شود و لذا بحث حذف سابقه محکومیت از سجل کیفری و اعاده حیثیت در باز اجتماعی کردن افراد و جلوگیری از تکرار جرم بسیار مؤثر است.

۳. ایجاد زمینه پذیرش زندانیان در جامعه:

از دیگر ضرورت‌های مورد نیاز بعد از آزادی زندانی پذیرش وی در اجتماع است. جامعه باید آغوش پر مهر خود را به روی زندانی بگشاید تا سرخوردگی و سرشکستگی ناشی از تحمل حبس، باعث طرد مجرم از جامعه نگردد. زیرا بر خورد‌های قهری و بغض آلود می‌تواند، موجب بازگرداندن بزهکار به سوی جرم و گناه و تکرار بزه گردد.

البته با توجه به آن که بسیاری از جرائم زاینده مشکلات و نارسایی‌های موجود در جامعه است و لذا برای مبارزه با ریشه‌های جرم و کاستن از آمار بزهکاری‌ها هیچ چاره‌ای جز از بین بردن عوامل جرم‌زا وجود ندارد و حل بسیار از این معضلات تنها از عهده قوه قضاییه بر نیامده و در گرو عزم جدی و همراهی دولت (قوه مجریه) و قوه مقننه نیز می‌باشد. اقداماتی مانند ایجاد اشتغال و رفاه نسبی، مهارگرانی و کنترل تورم، ایجاد اماکن تفریحی و ورزشی، تلاش در جهت تنظیم بهداشت خانواده و کاهش جمعیت، سازماندهی امر مهاجرت و جلوگیری از آن، طراحی ساز و کار مناسب برای حل معضلات شهرک‌های اقماری و حاشیه‌ای، تصویب قوانین ضروری و مورد

نیاز و ده‌ها اقدام مؤثر دیگر که اجمالاً به آنها اشاره شد، از جمله اقداماتی است که می‌باید قوه مجریه و قوه مقننه با عزمی بسیار جدی در راه حل آنها بکوشند. نهایتاً این که پیشگیری از وقوع جرم و کاهش آمار جرایم موجود و حل معضلات زندان‌ها و تحقق اهداف تربیتی کیفرها تنها و تنها در گرو هماهنگی، همدلی، صمیمیت و اراده واقعی و عملی قوای سه‌گانه بوده و بدون این هماهنگی و اتفاق با توجه به وضع فعلی زندان‌ها و تراکم جمعیت کیفری موجود، اهداف اصلاحی و تربیتی به هیچ نحوی تحقق نخواهد یافت.

نتایج

پس از بیان آسیب‌های موجود در حبس به راهکارهای عملی جهت انتخاب جایگزین‌های مناسب حبس اشاره می‌کنیم: ضرورت اتخاذ سیاست‌های جدی‌تر جایگزینی حبس با توجه نمودن قضات امری امکان‌پذیر بوده که توجه مسئولان قضایی کشور را می‌طلبد.

در خصوص جرایم کم‌اهمیت، مجرمین اتفاقی و نوجوانان بزهکار باید تا حد ممکن از اعمال کیفر حبس اجتناب ورزید تا با خلوت شدن زندان‌ها، بتوانیم در مورد بزهکارانی که مرتکب جرایم سنگین گردیده و یا مکرراً به ارتکاب جرم مبادرت می‌کنند و اعمال مجازات زندان در مورد آنها ضروری است با اعمال این کیفر جامعه را از مخاطرات آنان مصون و ایمن گردانیم، ضمن اینکه امکان برنامه‌ریزی، اصلاح و تربیت آنان نیز با کاهش جمعیت زندان‌ها میسر خواهد بود.

۱. زندان در مورد اشرار، مخلین نظم و امنیت عمومی و مجرمین خطرناک، با فراهم شدن شرایط اصلاحی و تربیتی را می‌پذیریم اما در مورد مجرمین اتفاقی و بزهکاران نوجوان و جرایم کم‌اهمیت و مجازات‌های حبس کوتاه مدت، به دلیل اینکه معایب آن به مراتب بیشتر از مزایای آن است را پیشنهاد نمی‌کنیم، چون در این قبیل حبس‌ها، امکان اقدامات اصلاحی و تربیتی به‌ویژه در زمینه‌های حرفه‌آموزی، روان‌شناختی و درمانی وجود ندارد.

۲. در حبس‌های طولانی و بلند مدت امکان برنامه‌ریزی، نظارت و پیگیری تا تحقق و حصول اهداف تعیین شده وجود داشته و با تحول رفتار زندانی به نحوی که بیانگر تأثیر برنامه‌های تدوینی در مورد وی باشد، امکان کاهش حبس و اعمال تخفیفات مقتضی نیز وجود خواهد داشت.

۳. با توجه به برشمردن آسیب‌های زندان و مشکلات فرا روی آنان پیشنهاد می‌گردد: با اتخاذ راهکارهای صحیح، علمی و منطقی، بتوانیم سیاست اصولی و مؤثری را در زمینه مبارزه با جرایم و ناهنجاری‌های اجتماعی پایه‌گذاری کنیم تا در پرتو این تدابیر، ضمن کاستن از جمعیت کیفری

زندان‌ها، اهداف اصلاحی و تربیتی مجازات‌ها را تأمین نموده و آینده‌ای روشن و افقی امیدوار کننده فرا روی نسل آینده ترسیم نماییم.

فهرست منابع

- ۱- آشوری، محمد، جایگزین‌های زندان، نشر گرایش، تهران، سال ۱۳۸۱ ص ۹۷.
- ۲- آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی مصوب ۱۳۸۰ روزنامه رسمی شماره ۱۳۸۰/۴/۳۱ مورخ ۱/۸۰/۷۶۷۳.
- ۳- پولک، برنار، ماخذ پیشین، ص ۳۱.
- ۴- دکتر علی آبادی، عبدالحسین (حقوق جنایی)، تهران، انتشارات فردوسی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص ۱.
- ۵- دکتر گلدوزیان، ایرج، (حقوق جزای عمومی ایران)، ج ۱، ص ۶۷.
- ۶- روزنامه ایران، سه شنبه ۴ مرداد ۱۳۷۹، به نقل از معاون سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی کشور.
- ۷- شیخ شلتوت، محمود، القصاص، مصر، ۱۳۶۵، ه. ق، به نقل از دکتر وائلی، احمد، (احکام السجون)، بیروت، موسسه اهل البیت، بی تا، ص ۸۹.
- ۸- گودرزی، محمدرضا، نارسایی‌های زندان، ص ۱۲۱-۱۱۰.
- ۹- ماهنامه اصلاح تربیت سازمان زندان‌ها شماره ۴۶- سال چهارم شماره ۴۶- ۱۳۸۴، پرویز محمد نژاد.
- ۱۰- ماهنامه اصلاح تربیت سازمان زندان‌ها شماره ۷۴ خرداد ۷۸- کبری مجیدی بیدگلی - سمیه ضعا کیش کاشانی.
- ۱۱- نجفی ابرند آبادی علی حسین و هاشم بیگی، حمید، دانشنامه جرم‌شناسی، چاپ اول، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی ۱۳۷۷، ص ۲۷۵.

ماهیت، استعمال و وجوه حقوقی تقصیر در فقه، حقوق ایران و حقوق خارجی

فرهاد مهرابی *

چکیده

واژه «تقصیر» از مفاهیمی است که در قوانین موضوعه و در میان نظرات فقها و حقوقدانان دارای تعبیر گوناگون است؛ امری که موجب بروز اختلافات و تفاسیر مختلف شده است. شناخت مفهوم و ماهیت تقصیر دارای آثار متعددی می‌باشد. مفاهیم تقصیر در میان حقوقدانان خارجی نیز دارای تعبیر گوناگون است. مصادیق تقصیر متعدد بوده و در قوانین مختلف موضوعه ایران، گاهی به درست و گاه با اندکی مسامحه، از آنها نام برده شده که پرداختن بدانها در تحقیق کنونی انجام شده است. تحقیق حاضر مطالعه مختصر در خصوص مفهوم تقصیر و بیان دیدگاه‌های فقهی و حقوقی، می‌باشد.

مفاهیم کلیدی: تقصیر، ماهیت تقصیر، مصادیق تقصیر، فقه، حقوق ایران، حقوق انگلستان.

مقدمه

شناخت مفهوم تقصیر، خصوصاً مفهوم اصطلاحی تقصیر و ارائه تعریف درست از آن می‌تواند دارای ثمره و نتیجه علمی و عملی ذیل باشد: اولاً، از آنجا که گزینش مبنای مسئولیت در هر یک از منابع مسئولیت مدنی، تا حدی وابسته به شناختی است که ما از مفهوم تقصیر داریم، لذا ارائه یک تعریف نادرست و غیر واقعی از تقصیر، ما را در هدایت به مبنای مسئولیت خاص و تسری بی‌مورد و مطلق آن مبنای به تمامی منابع، تحت تأثیر قرار خواهد داد. ثانیاً، فایده دومی که می‌توان

* وکیل پایه یک دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق خصوصی و مدرس دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال

در خصوص شناخت مفهوم تقصیر بیان داشت این است که در برخی از منابع فرعی مسئولیت مدنی، نظریه احراز تقصیر تعدیل شده است. میزان تعدیل و ترتب احکام مسئولیت، می تواند متأثر از تعریفی باشد که از تقصیر ارائه می دهیم. ثالثاً تعریف دقیق از تقصیر می تواند ما را در شناخت جایگاه صحیح آن میان ارکان مسئولیت مدنی هدایت و راهنمایی کند. از سوی دیگر برخی از حقوقدانان همانطور که در مباحث آینده ذکر خواهد شد، میان تقصیر و مسئولیت خلط کرده اند و گاهی از ارکان مسئولیت مدنی به عنوان ارکان تقصیر یاد کرده اند که این اشتباه در خلط مفهوم تقصیر و مفهوم مسئولیت مدنی، خود معلول عدم شناخت تقصیر است. پس سه فایده مهم فوق، ضرورت بحث و بررسی مفهوم تقصیر و موارد استعمال آن را در فقه و حقوق موجه خواهد ساخت. بر همین اساس محقق حاضر با بررسی کتب فقهی و حقوقی داخلی و برخی کتب خارجی به بیان مفهوم حقوقی تقصیر پرداخته و در مقاله حاضر آنرا ارائه نموده است.

بخش اول - مفاهیم تقصیر

مبحث اول - مفهوم لغوی تقصیر

«تقصیر مصدر باب تفعیل و از ریشه (قَصَّرَ) (يُقَصِّرُ) می باشد و با پسوندهای نمودن، افتادن، بستن، رفتن و آمدن همراه شده و معانی مختلفی را حسب مورد ایفا می کند.^۱ همچنین سستی کردن، کوتاهی کردن، قصور و کوتاهی. لذا دو معنی دارد: مصدری و اسم مصدری. تقصیرمند یعنی خطاکار، مجرم. معانی اصطلاحی تقصیر در مسئولیت مدنی، از معانی لغوی خود دور نیفتاده است. در فرانسه^۲، تقصیر^۳، تقصیر عمومی^۴ که یک نوع جرم مدنی^۵ است و همچنین^۶ به معنی شبه جرم مدنی^۷، بکار می رود، استفاده می کنند؛ به تقصیر با فعل^۸ و تقصیر با خودداری از عمل یا ترک فعل^۹

^۱ - دهخدا، علی اکبر، فرهنگ دهخدا، دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۸. عمید، حسن، فرهنگ عمید، یک جلدی، چاپ دوم، نشر امیر کبیر، ۱۳۶۰، معین، محمد، فرهنگ فارسی، تهران، امیر کبیر، چاپ پنجم، ۱۳۷۰ واره تقصیر. سایر معانی نیز از همین منابع تهیه شده است.

^۲ F.H.Lawson, A.E.Anton, L.nevile Brown, Am osand Walton's Introduction to French Law, third edition, Oxford, 1979, P.218.

^۳ La defaut, faute

^۴ Culpabilie

^۵ Delit civil

کاتبی، حسینقلی، فرهنگ حقوق، فرانسه - فارسی، انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۰، ص ۱۱۶ واره: delit civi

^۶ در فرانسه جرم مدنی، delict و شبه جرم مدنی quasi-delict گفته می شود. برای دیدن تفاوت آنها ر.ک.

Reinhard Zimmncnan, The law of obligations, Oxford, Clarendon Press, 1996, P.19.20.

^۷ Quasi- delit

^۸ Faute Par Comnision

فعل^۱ تقسیم می‌شود. در انگلستان، تقصیر^۲، معادل «خطا»^۳ و «کوتاهی»^۴ است. با بررسی متون تخصصی کامن لا^۵، واژه‌های مختلف دیگری به چشم می‌خورد از جمله واژه «غفلت»^۶ است؛ زیرا در انگلستان یکی از اعمال زیانبار خطای مدنی^۷ بوده و مباحث گسترده به خود اختصاص داده است^۸ همچنین واژگان: «غفلت»^۹، بی‌مبالاتی^{۱۰}، عمل متخلفانه^{۱۱} و مسامحه^{۱۲} در برخی کتب آمده است^{۱۳}. در متون عربی: «خطا، غلط، زلل، هفوه، قصور و تقصیر» دیده می‌شود.^{۱۴}

مبحث دوم- مفهوم اصطلاحی تقصیر

تقصیر در اصل مفهوم اخلاقی دارد و از حوزه اخلاق، به حوزه حقوق رسوخ پیدا کرده، بعد از این رسوخ در عرصه مسئولیت‌های حقوقی، ویژگیهای مختلفی را با در نظر گرفتن تنوع موضوعات حقوقی اکتساب نموده است؛ ارائه تعریف جامع و مانع تقصیر، در معنای وسیع کلمه، آسان نیست.

گفتار اول- مفهوم تقصیر در میان فقها

تعریف تقصیر در فقه حائز اهمیت است؛ زیرا بر این اساس میزان دخالت تقصیر در مسئولیت مدنی و ضوابط آن مشخص می‌گردد و به همین علت که بدانیم فقها اگر در برخی موارد قائل به دخالت تقصیر بودند، چه چیزی را مدنظر داشته‌اند. متأسفانه تعریف روشنی از تقصیر در فقه ارائه

¹. Faute Par Omission

². Fault, Failure

³. David G. Owen, PhilisOPHICAL Foundations of Fault in Tort in Torts law, Oxford University Press Inc. New York, 1995, P.201. Black's Law Dictionary, P.313; (G.H.L) Fridman, Fridman on Torts, No 1.22, P.17, and see: Reinhard Zimmenn an, op-cit, 1996, P791, 795,998, 1007, 1039 and 1037.

⁴. Garner, brayan - Black's law dictionary, P.313; (G.H.L) Fridman, Fridman on Torts, No 1.22.P.17, and see: Reinhard Zimmeman, OP-Cit, 1996,P.791, 795, 998, 1006.

⁵. see: (G.H.L) Fridman, Fridman on Torts, No 12.01, P. 270; W.L. Prosser, Law of torts, P 142; A. Tunc and sale, International Encyclopedia of Comparitivelaw, Vol XL, 2.20, P.13-14.

⁶. Negligence

⁷. Tort

⁸. For instance see: Fridman (G.H.L), Fridman on Torts, Waterlow Publishers, 1990,P-270-437 (No.12,01-12-59)

⁹. Heedlessness

¹⁰. Recklessness

¹¹. Wrongful act

¹². Omission

¹³. A Concise Dietionary of law; Black's law dietionary; W.L. Prosser, op-cit, P.148, for other tems like blame, wrong and ... see: David G. owen, loc-cit.

^{۱۴} - السنهوری، عبد الرزاق احمد الوسیط فی شرح الت.م. الجدید، دار النشر للمجامعات المصریه، ۱۹۲۵. م ج ۱ ص ۱۷۷. عامر، حسین، المسئولیت المدنیة التقصیریة و العقدیة، مصر، الطبعه الاولى، ۱۹۵۶ م، صص ۱۶۷ و ۱۷۷ به بعد. جریح، منی، معجم المصطلحات القانونیه، انتشارات خرسندی، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص ۲۰۶ ش ۳۰۵۸.

نشده است و فقط از مصادیق آن تحت عنوان تعدی، تفریط، اهمال و عدم تحفظ نام برده شده است. برخی فقهاء^۱ در بیان تعدی و تفریط آنرا چنین تعریف کرده‌اند: «تعدی به انجام فعلی گفته می‌شود که ترک آن ضروری است و تفریط به عدم انجام فعلی گویند که انجام آن لازم و ضروری است». بنابراین در میان فقها به جای آنکه تعریفی از تقصیر به میان آید، به بیان مصادیق تقصیر و تحت عنوان تعدی و تفریط اشاره می‌گردد. ولی نکته‌ای که باید در اینجا بدان اشاره داشت این است که هیچگاه تقصیر بطور مطلق، از ارکان مسئولیت مدنی حذف نشده و میان نظرات مختلف همیشه دارای اهمیت بوده است. لذا برخی مصادیق جبران ضرر در فقه مبتنی بر تقصیر بوده و تا زمانی که تقصیر احراز نگردد، امر به جبران خسارت وارده داده نخواهد شد.

گفتار دوم- مفهوم تقصیر در میان حقوقدانان

«تقصیر، تجاوز از رفتاری است که انسان متعارف، در همان شرایط وقوع حادثه دارد»^۲. ایشان برای تمیز تقصیر می‌گویند «باید کاری را که انجام شده است با رفتار انسان عادی مقایسه کرد منتهی نه به طور نوعی بلکه در شرایطی که حادثه رخ داده است. البته مقصود از این شرایط نیز شرایط خارجی است نه داخلی». برخی دیگر با الهام از مضمون مواد ۹۵۱ و ۹۵۲ ق.م. و تعریف برخی فقها، معتقدند: «تقصیر انجام عملی که شخص نمی‌بایست مرتکب شود یا ترک عملی که شخص می‌بایست انجام دهد»^۳. لذا به فعلی که فرد نباید انجام می‌داده و انجام داده است «تعدی» گویند و به اقدامی که فرد باید انجام می‌داده و انجام نداده است «تفریط» گویند. لذا «تفریط»، ترک فعل و «تعدی»، فعل است. قانون مدنی از تعریفی که میان فقها مرسوم بوده پیروی کرده است. برخی^۴ با الهام از دو ماده ۹۵۱ و ۹۵۲ ق.م. و تبصره ماده ۳۳۶ ق.م.ا. تعریفی دیگر ارائه

^۱ - المرأعی الحسینی، عبدالفتاح بن علی معروف به میرفتاح، عناوین، عنوان شصتم، فی بیان ان التعدی و التفریط من اسباب الضمان، ایشان در قسمتی از عبارت خود می‌نویسد: «و بقی البعث فی موضوع التعدی و التفریط اذ الاصحاح لیس لهم فی هذا الباب کلام منقح و الظاهر ان التعدی عباره عن فعل یجب ترکه... و التفریط عباره عن ترک ما یجب فعله... و قد یطلق عندهم التعدی علی ما یعم التفریط و یكون المراد منه التجاوز عما ینبغی القیام به سواء کان فعلا لما یترک او ترکا لما یفعل و قد یطلق التفریط علی ما یعلم التعدی و یكون المراد التقصیر فی حق المالك سواء کان بترک ما یجب او بفعل ما یحرم و الامر فی ذلک سهل...» ص ۳۲۵.

^۲ - کاتوزیان، ناصر، الزامات خارج از قرارداد، نشر دانشگاه تهران، چاپ ۵، ص ۱۹۰ همین نویسنده وقایع حقوقی، نشر یلدا، چاپ دهم، ص ۶۷.

^۳ - صفائی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تهران، نشریه مؤسسه مالی حسابداری، چاپ اول ۱۳۵۱، ج ۲، ص ۵۵۳.

^۴ - درودیان، حسنعلی، جزوه مسئولیت مدنی، تهران، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، نیم سال تحصیلی ۸۰-۸۱، ش ۱۷۴، ص ۱۲۰.

داده‌اند که: «تقصیر، انجام کار (تعدی) یا عدم انجام کاری (تفریط) که بر طبق مقررات کشور، عرف یا قرارداد، شخص، می باید از آن بپرهیزد یا بدان مبادرت ورزد». این تعریف به بیان مصادیق تقصیر پرداخته و تعریفی دقیق ارائه نمی‌دهد. برخی دیگر^۱ به ارائه تعریف کلی در امور حقوقی و جزایی مبادرت ورزیده‌اند که «تقصیر، رفتار خلاف اخلاقی که قانون آن را منع می‌کند». این رفتار خلاف اخلاق، ممکن است به صورت تخلف از عقد یا عمل بدون مجوز قانونی باشد. لذا تعریفی از تقصیر در حوزه مسئولیت مدنی صحیح است که جامع بوده و به هیچ وجه تحت تأثیر دیدگاه حاکم بر مبنای مسئولیت مدنی قرار نگیرد. تعریف حقوقدانان که الهام گرفته از مواد ۹۵۱ و ۹۵۲ ق.م. بود، دو خصوصیت فوق را دارد. لذا تقصیر: «تعدی و تفریط از رفتار شخص متعارف در همان شرایط وقوع فعل زیانبار» است. در این تعریف نظر فقها، حقوقدانان و قانونگذار رعایت شده است.

مبحث سوم- استعمال واژه تقصیر

گفتار اول- استعمال تقصیر در فقه

صرفنظر از اینکه تقصیر چه نقشی در مسئولیت مدنی، از منظر فقهی دارد، فقها در موارد معین در کتاب دیات، غصب و برخی دیگر از ابواب فقهی، به تقصیر اشاره کرده‌اند. اگر چه تعریف مشخصی از آن ارائه نداده‌اند، مصادیقی از تقصیر مانند تعدی، تفریط، اهمال، ترک تحفظ و تخطی در موارد مختلف کتب آنها استعمال شده است؛ در نهایت نیز چون تعدی و تفریط در مقابل همدیگر قرار می‌گیرند فقها ترکیب این دو واژه را به عنوان تعریف تقصیر بیان داشته و لذا مفهوم جامع آنها تقصیر نامیده می‌شود. بنابراین استعمال تقصیر در میان فقها به گونه‌ای است که در آن الفاظ مشابه با تقصیر مانند تعدی و تفریط و اهمال و ترک تحفظ و تخطی، همان دو واژه اصلی تعدی و تفریط مصداق دارد.^۲ به همین علت قانونگذار این رویه را پذیرفته و در تعریف تقصیر روند استعمال فقها از واژه تقصیر را مدنظر خود قرار داده است.

گفتار دوم- استعمال تقصیر در حقوق موضوعه

مصادیق تقصیر بکار رفته در قوانین موضوعه عبارتند از: تقصیر، تعدی، تفریط، بی احتیاطی، بی‌مبالائی، غفلت، اهمال، مسامحه، عدم مهارت و عدم رعایت نظامات دولتی.

بند اول - تقصیر

^۱ امیری قائم مقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات، تهران، چاپ دوم، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۱۵۹ و ۱۶۰.

^۲ المرآغی الحسین، عبدالفتاح عناوین، چاپ سنگی، ۱۲۹۷ ه. ق.، عنوان ششم، تعدی و تفریط، ایشان ضمن تعریف تعدی و تفریط از اصطلاح تقصیر و تجاوز هم استفاده نموده و به معرفی آن‌ها پرداخته است. ر. ک: همان، ص ۲۳۵ و ۲۳۶.

طبق ماده ۹۵۳ ق.م. «تقصیر، اعم است از تعدی و تفریط». مفهوم تعدی و تفریط قبلاً در مادتين ۹۵۱ و ۹۵۲ ق.م. ذکر شده است. تبصره ماده ۳۳۶ ق.م.ا. می گوید: «تقصیر اعم است از بی احتیاطی، بی مبالاتی، عدم مهارت، عدم رعایت نظامات دولتی». همچنین مواد ۳۳۴ ق.م. که در خصوص مسئولیت صاحب حیوان وضع گردیده، ماده ۳۳۵ ق.م. در مورد مسئولیت صاحبان کشتی های مُتصادِم، ماده ۳۳۶ ق.م.ا.، مواد ۱۱۴، ۱۶۴ و ۱۶۵ قانون دریایی، ماده ۳۸۶ ق.ت.، ماده ۱۲۳۸ ق.م. در خصوص مسئولیت قیم و مواد ۱۶۳ و ۱۶۸ ق.م. و... در تمام این موارد قانونگذار در بیان مفهوم تقصیر به بیان مصادیق آن پرداخته و مفهومی دقیق از آن ارائه نموده است.

بند دوم - تعدی

ماده ۹۵۱ ق.م.: «تعدی تجاوز نمودن از حدود اذن یا متعارف است، نسبت به مال یا حق دیگری». تعدی هر فعلی است که تقصیر بشمار آید؛ منتهی با فعل و اغلب موارد، تقصیر نیز، تعدی است؛ چرا که در اغلب موارد مسئولیت، تقصیر با فعل تحقق می یابد که منطبق با تعدی است. برخی^۱ در تعریف «تعدی» معتقدند: «عملی است غیر قانونی که فاعل آن (شخصاً یا عرفاً) قابل سرزنش یا توبیخ باشد». قابلیت سرزنش شخصی را، تقصیر شخصی و قابلیت سرزنش عرفی را تقصیر نوعی گویند که این امر در بحث ضوابط احراز تقصیر بسیار کاربرد دارد. برخی^۲ تعدی را معنی کرده اند: «تعدی یعنی عدم اذن مالکی یا شرعی و در جمیع اسباب ضمان شرط است. بنابراین وقتی صاحب حیوان در نگهداری آن اهمال ورزد... ضامن خواهد بود». تعریف اول اگر چه منعکس کننده مفهوم تقصیر است ولی معنای تعدی را به خوبی نشان نمی دهد؛ چرا که اولاً عمل قابل سرزنش می تواند در قالب تفریط باشد نه تعدی؛ ثانیاً قید شخصی یا عرفی قیدی است اضافه بر تعریف. در خصوص تعریف دوم باید گفت: تعریف ارائه شده بسیار ضعیف تر از تعریف اول است؛ زیرا اولاً ناظر بر تقصیر قراردادی یا شبه قراردادی است؛ لذا قسمت عمده مفهوم تقصیر که در ضمان قهری بحث می شود، در تعریف ارائه شده وجود ندارد. ثانیاً صرف عدم اذن، تعدی نیست، بلکه عمل خارج از حدود اذن، تعدی بوده و نوعی تقصیر به حساب می آید. ثالثاً اگر بپذیریم «اهمال» نوعی تفریط است، تعریف ارائه شده دچار تناقض است. لذا در میان حقوقدانان، تعریف جامع و مانع از تعدی ارائه نشده است و بهترین تعریف تعدی همان تعریفی است که در ماده ۹۵۱ ق.م. آمده است.

^۱ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، مشعل آزادی، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۱۲۳. از همین نویسنده حقوق تعهدات، تهران، گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۰، ص ۲۰۵.

^۲ - عبده بروجردی، محمد، کلیات حقوق اسلامی، تهران، دانشکده علوم معقول و منقول دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۳۹، ص ۲۴.

بند سوم - تفریط^۱

«تفریط، عدوان و تخطی که به صورت ترک فعل باشد^۲». تفریط بر خلاف تعدی، ترک فعل می‌باشد^۳ حالتی که فرد اقدامی را که باید انجام می‌داده انجام نداده، تخطی نموده و مرتکب تقصیر شده است. تفریط که خود از انواع تقصیر است، در مقابل تعدی می‌باشد. ماده ۹۵۲ ق.م: «تفریط ترک عملی که به موجب قرارداد یا متعارف برای حفظ مال غیر لازم است». تفریط بر خلاف تعدی، از نوع فعل منفی است. بر خلاف «تعدی» که غالباً در حوزه مسئولیت غیر قراردادی یا ضمان قهری مصداق می‌یابد «تفریط» غالباً در حوزه مسئولیت قراردادی مورد نظر قرار می‌گیرد.

بند چهارم - بی‌احتیاطی^۴

احتیاط در لغت به معنی استوار کردن کاری، به هوش کاری کردن، دوراندیشی، عاقبت اندیشی و نگاهداری نفس از گناه می‌باشد. بی‌احتیاطی زمانی محقق می‌شود که شخص به احتمال اینکه انشاءالله طوری نخواهد شد، از روی بی‌توجهی کاری را انجام می‌دهد^۵. برخی، اوصافی را برای شخص محتاط قائل شده‌اند و بیان داشته‌اند: «محتاط کسی است که از آنچه نقطه ضعف انسان محسوب می‌گردد عاری است و از شرارت و گناه اجتناب می‌کند^۶؛ چنین تعبیری با واقعیت انطباق نداشته و نمی‌توان تمام کسانی را که مرتکب گناه و شرارت می‌شوند بی‌احتیاط دانست. ایشان در ادامه مطالب خود دو واژه بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی را به صورت هم معنی و مترادف استعمال کرده‌اند که چندان دقیق به نظر نمی‌رسد. با مطالعه قوانین بر می‌آید بی‌احتیاطی در دو معنی بکار رفته است: اول اینکه شامل بی‌مبالاتی، عدم مهارت، عدم رعایت نظامات دولتی است که این معنای اعم آن است. دوم معنای اخص بی‌احتیاطی است که شامل فعل ایجابی است که قصد فعل در آن وجود دارد ولی قصد نتیجه در آن وجود ندارد، که اگر قصد نتیجه وجود داشته باشد، تقصیر، از بی‌احتیاطی به تقصیر عمدی مبدل خواهد گشت. در بی‌احتیاطی به معنی اخص، فقط قصد نتیجه وجود ندارد. برخی مفاد قانونی که در آنها اصطلاح بی‌احتیاطی بکار رفته عبارتند

^۱. dissipation, failure

^۲ - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج دوم، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸ ص ۱۳۶۴، ش ۵۰۱۰. نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد چهارم، الطبعة الثالث، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت، لبنان، ۱۹۸۱، ص ۳۰۱.

^۳ - انیس، ابراهیم، منتصر عبدالحلیم و دیگران، المعجم الوسیط، ج ۲، ص ۶۸۳.

^۴. Reckless ness, improudence

^۵ - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد دوم، همان منبع، ذیل واژه بی‌احتیاطی، ش ۹۱۶.

^۶ - حیدریان، محمود، مبادی علم حقوق، چاپ سوم، تهران، انتشارات بهینه، سال چاپ ۱۳۶۸، ص ۲۰۵ و ۲۰۶.

از: ماده اول ق.م.م. ۱۳۳۹، تبصره ماده ۳۳۶ ق.م.ا، ماده ۷۱۴ همان قانون، ماده ۱۴ ق. مجازات جرائم نیروهای مسلح ۱۳۷۱. در مواد ۶ و ۲۲ قانون کیفر بزه‌های راه آهن، بی‌مبالاتی و غفلت در مقابل هم بکار رفته که مورد انتقاد^۱ قرار گرفته است.

بند پنجم - بی‌مبالاتی^۲

مبالات به معنای پاک داشتن، اندیشه کردن، التفات کردن است. بی‌مبالات یعنی بی‌تدبیر، بی‌فکر و اندیشه، بی‌پروا و بی‌اعتنا^۳ برخی معتقدند بی‌مبالاتی برخلاف بی‌احتیاطی، از موارد ترک فعل است^۴. اگر شخص از روی عدم توجه، از انجام فعلی خودداری کند، بی‌مبالات است نه بی‌احتیاط. بی‌مبالاتی اصطلاحاً با غفلت هم معنی است. به عقیده برخی^۵ بی‌مبالاتی: «همان بی‌احتیاطی است به صورت ترک فعل و خودداری از انجام عملی که انجام آن شرط احتیاط است». تفاوتی که بین بی‌مبالاتی و بی‌احتیاطی ذکر گردید، نوع اخص بی‌احتیاطی در نظر بود که فقط فعل را شامل می‌شد؛ یعنی قصد فعل وجود دارد ولی قصد نتیجه وجود ندارد والا در معنای اعم بی‌احتیاطی، که هم شامل فعل است و هم ترک فعل، می‌توان گفت بی‌مبالاتی جزئی از آن است. مصادیق استعمال بی‌مبالاتی: مواد ۳۳۶ و ۷۱۴ ق.م.ا، تبصره ماده ۸ قانون مجازات اخلا لگران در صنعت نفت ۱۳۳۶. مواد ۶ و ۲۲ قانون کیفر بزه‌های مربوط به راه آهن ۱۳۲۰ و ماده ۱۴ قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح ۱۳۷۱ از بی‌مبالاتی و غفلت یاده شده است. مفهوم بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی در برخی آرا، دیوان عالی کشور خلط و مترادف بکار رفته است؛ حکم شماره ۱۷۵۲-۱۳۲۰/۶/۳۱ دیوان عالی کشور: «اگر کسی پاروی، یکی از رفتگران را به طرف آن‌ها پرتاب کند ... این عمل خود یک نوع بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی محسوب می‌شود^۶. همچنین «هرگاه بر اثر رها کردن دو چرخه، جلو اسب، اسب رم کرده و دیگری را زیر بگیرد ... این عمل از مصادیق ماده

^۱ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۶، ص ۱۱۶، ش ۹۱۶.

^۲ - Negligence، این اصطلاح در نظام حقوقی کامن لا برای کلیه رفتارهایی اطلاق می‌شود که از روی عدم مواظبت یا بی‌توجهی انجام می‌شود و عنوان یکی از اعمال زیانبار مستقل است که ذیل عنوان کلی تری به نام Tort مورد بررسی قرار می‌گیرد:

See: KonardZweigert and Hein Kotz, Introduction to Comparative law, Volume 2, Second edition, translated from the Germany by Tony weir, Oxford, P.304.

^۳ - دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، همان منبع، واژه بی‌مبالات.

^۴ - پاد، ابراهیم، حقوق کیفری اختصاصی، چاپ سوم، ۱۳۵۲، ج ۱، ص ۱۸۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، همان منبع صص ۱۱۶. کتابی، محمدعلی، تطبیقی راجع به عمد و خطا و آثار آن در حقوق جزائی، رساله دکتری، دانشگاه تهران، ۱۳۴۲، ص ۱۲۸.

^۵ - گلدوزیان، ایرج، بایسته‌های حقوق جزای عمومی، تهران، نشر میزان، چاپ ششم، سال چاپ ۱۳۸۱، ص ۱۸۴.

^۶ - متین، احمد، رویه قضائی، جزایی، از سال ۱۳۱۱ تا سال ۱۳۳۰، ص ۲۴۴ و ۲۴۵.

۲۷۶ قانون کیفر نبوده تا مستوجب کیفر اخلاقی باشد بلکه بی‌مبالاتی یا بی‌احتیاطی بوده و مشمول ماده ۱۷۷ قانون مزبور است...^۱. قانونگذار در برخی موارد «بی‌مبالاتی» و «بی‌احتیاطی» را یکسان دانسته که منطبق با اصول حقوقی نمی‌باشد.

بند ششم - غفلت^۲

غفلت به معنی فراموش کردن، سهو، بی‌خبر گشتن، نادانستن چیزی، توجه نداشتن به چیزی، سهل‌انگاری و... آمده است.^۳ غفلت از نوع ترک فعل بوده و با بی‌مبالاتی مترادف است. «غفلت نوعی تخطی غیر عمدی از جنس ترک (نه فعل) است و ترک فعلی که نباید انجام می‌شد (ماده ۶ و ۲۲ قانون کیفر بزه‌های مربوط به راه آهن ۱۳۲۰)». تبصره ماده ۸ راجع مجازات اخلاک‌گران در صنایع نفت ۱۳۳۶ و ماده ۲ قانون مجازات انتشارات و افشای اسناد محرمانه و سری دولتی ۱۳۵۳ اشاره داشت که طبق آن، غفلت در مفهوم ترک فعل بیان گردیده است. غفلت در ماده ۴ ق.م.م. ۱۳۳۹، اعم از فعل و ترک فعل است. البته این خلط معانی واژگان حقوقی از سوی قانونگذار چندان مفید نبوده و این امر سبب سردرگمی قضات، وکلا و اصحاب دعوی در تفسیر واژگان قانونی، می‌گردد.

بند هفتم - اهمال^۴

«اهمال فرو گذاشتن چیزی، به خود وا گذاشتن رها کردن و به کار نبردن چیزی به عمد یا نسیان، غفلت و... است»^۵ می‌باشد. این واژه، برای ترک فعل است و در موارد فعل نمی‌توان آنرا عنوان نمود. لذا با واژه‌های «بی‌مبالاتی» و «غفلت» مترادف است. مصادیق آن در قانون عبارتند از: آنچه در مفاد ماده ۵۴۳ ق.م.ا. آمده است. در این زمینه واژه «اهمال» با واژه «مسامحه» مترادف و چنین امری نیز به تأیید برخی مفاد ق.م.ا. از مواد ۵۴۸ و ۵۵۰ ق.م.ا. اشاره داشت.

بند هشتم - مسامحه^۶

^۱ - نقل از: بروجردی عبده، محمد، اصول قضایی جزایی دیوان عالی کشور، تهران، کتابفروشی محمد علی علمی، مهرماه ۱۳۲۶، ص ۳۸.

^۲. Neglect Negligence.

^۳ - علی اکبر، دهخدا، لغت نامه دهخدا، همان منبع، واژه غفلت.

^۴. Heedlessness, carelessness, disregards.

^۵ - علی اکبر، دهخدا، لغت نامه دهخدا، همان منبع، واژه اهمال. همچنین معین، محمد، فرهنگ فارسی معین، همان منبع، واژه اهمال.

^۶. Heedlessness, carelessness, disregards.

«مسامحه» یعنی سهل انگاری، کوتاهی و اهمال^۱. مترادف اهمال بکار رفته و از مواد ۵۴۸ و ۵۵۰ ق.م.ا. استنباط می‌شود. در ماده ۲ قانون مجازات انتشار و افشاء اسناد محرمانه و سری و دولتی ۱۳۵۳، در کنار واژه «غفلت» استعمال شده است. همچنین واژه مسامحه در قانون مدنی نیز در مقابل عمد بکار رفته که در ماده ۳۳۵ آن قانون بیان گردیده است. در مواد ۱، ۱۱ و ۱۲ ق.م.م. مترادف با لفظ بی احتیاطی بکار رفته که خالی از اشکال نیست. برخی قائلند از مسامحه تعریف روشنی به عمل نیامده و بیان داشته‌اند مسامحه: «رعایت نکردن احتیاطهایی که اوضاع و احوال قضیه ایجاب می‌نموده^۲». ایشان در ادامه بیان می‌دارند: «برخی حقوقدانان با اینکه مسامحه را در مقابل عمد بکار برده‌اند آنرا به دو قسم تقسیم کرده‌اند: مسامحه سنگین (همانند تقصیر سنگین) و مسامحه غیر عالمانه یا معمولی^۳». نهایتاً «مسامحه»، از مصادیق تقصیر بوده که مترادف واژگانی چون «غفلت» و «بی احتیاطی» است و بهتر است «مسامحه» را از موارد ترک فعل دانست نه فعل.

بند نهم - عدم مهارت و عدم رعایت نظامات دولتی^۴

«عدم مهارت و عدم رعایت نظامات دولتی» در تبصره ماده ۳۳۶ ق.م.ا.، ذکر گردیده و از مصادیق تقصیر بیان شده است. به عقیده برخی، عدم مهارت، ممکن است مادی باشد یا معنوی. عدم مهارت مادی یا بدنی نداشتن ورزیدگی و تمرین کافی در اموری است که انجام آن مستلزم یادگیری و تمرین است مانند رانندگی^۵. با اینکه برخی^۶ آنرا از مصادیق چهارگانه خطا در امور کیفری دانسته‌اند، ولی باید گفت می‌تواند از مصادیق خطا در حوزه مسئولیت مدنی باشد. عدم مهارت زمانی به عنوان یکی از مصادیق تقصیر به شمار آید که شخصی کاری انجام دهد که آن کار نیاز به مهارت خاصی داشته باشد ولی فاعل آن تخصص را ندارد به نحوی که احتمال زیادی در نادرست انجام دادن آن می‌رود. لذا اگر چنین شخصی که غیرماهر است در نتیجه انجام عمل فوق‌زیانی را به دیگری وارد آورد مطالبه خسارات حاصل از زیان‌های وارده محتاج اثبات تقصیر باشد، می‌توان گفت عدم مهارت شخص تقصیر بوده و وی مسئول جبران خسارت وارده می‌باشد. عدم رعایت نظامات دولتی زمانی تقصیر است که زمینه موضوعی آن فراهم باشد بدین معنی که اصولاً نظامنامه خاصی در قالب قانون یا آئین نامه‌ای خاص برای عمل یا شغل خاصی وضع شده

^۱ - دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، همان منبع، واژه مسامحه.

^۲ - امیری قائم مقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات، همان منبع، ج ۱، ص ۱۶۸.

^۳ - منبع پیشین، صص ۱۶۸. ۱۶۹.

^۴ .Maiadresse.

^۵ - گلدوزیان، ایرج، محشای ق.م.ا.، انتشارات مجد، تهران، چاپ دوم، سال چاپ ۱۳۸۲، ص ۱۸۰.

^۶ - کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارجی از قرار داد: ضمان قهری، همان منبع، ج ۱، ص ۴۸.

باشد؛ مانند ق. تشدید مجازات رانندگان ۱۳۲۸ که نظامنامه رانندگی را معین می‌سازد یا برای مثل می‌توان به نظامنامه‌های مربوط به وکلا، پزشکان و سردفتران، که بر مشاغل آنها حاکم است، اشاره داشت.

بخش دوم- وجوه تقصیر و مقایسه آنها

مبحث اول- وجوه تقصیر

در راه شناخت مفهوم تقصیر، وجوه مختلف تقصیر را در ذیل مورد بررسی قرار می‌دهیم.

گفتار اول - وجه اخلاقی تقصیر

اخلاق قواعدی است که رعایت آنها برای نیکوکاران و رسیدن به کمال لازم است. قواعد اخلاق میزان تشخیص نیک و بد است. احترام به این قواعد ریشه در نهاد انسان دارد و بی‌آنکه نیازی به دخالت دولت باشد، انسان در وجدان خویش آنها را محترم و اجباری می‌داند.^۱ لذا جنبه اخلاقی و قابلیت سرزنش در ذات تقصیر نهفته است. راه‌های نفوذ اخلاق در حقوق چهار شیوه است: قانون، عرف، رویه قضایی و اندیشه علمای حقوق. وقتی شخصی فعل زیانبار را با تقصیر انجام می‌دهد، اخلاقاً مسئول است؛ اگر چه ممکن است از حیث حقوقی مسئول نباشد؛ مقصر، مطلقاً مسئولیت اخلاقی خواهد داشت. این مسئولیت اخلاقی گاهی با مسئولیت حقوقی اعم از مدنی یا کیفری همراه می‌شود. لذا وجه اخلاقی تقصیر اعم از سایر وجوه آن می‌باشد. برخی^۲ در توضیح وجه اخلاقی تقصیر به اشتباه آنرا تقصیر اخلاقی خوانده و معتقدند مقصر، در صورتی مسئولیت اخلاقی دارد که صرفاً مقررات فاقد ضمانت اجرای حقوقی را زیر پا نهاده باشد؛ اما این نظر نادرست است چرا که جنبه اخلاقی در ذات تقصیر نهفته است. مقصر، وجداناً شرمسار بوده، این مسئولیت بیشتر جنبه شخصی دارد و از داوری‌های عموم به دشواری می‌توان قاعده ثابتی را بدست آورد و طبق آن از نظر اخلاقی کسی را مسئول شناخت. اما این اثر مسئولیت اخلاقی وقتی وارد حوزه مسئولیت مدنی می‌شود از این معیار دور می‌گردد؛ زیرا در منابع مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر، پذیرفتن معیار شخصی، مطالبه خسارت را با تعذر مواجه می‌سازد. لذا علی‌رغم اینکه مقصر را اخلاقاً مسئول می‌دانیم ولی به دلیل فوق از معیار شخصی به معنای مطلق آن دست

^۱ - کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد اول، تعریف و ماهیت حقوق، نشر شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۸۵، ص ۵۴۶، ش ۲۰۵.

^۲ - قاسم زاده، سید مرتضی، مبانی مسئولیت مدنی، تهران، انتشارات نشر دادگستر، چاپ اول، سال چاپ ۱۳۷۸، ص ۱۲.

می‌کشیم. اخلاق کسانی را که با حسن نیت عمل می‌کنند سرزنش نمی‌کند و عمل هر شخصی با نیت او سنجیده می‌شود.

گفتار دوم- وجه حقوقی تقصیر

وجه حقوقی تقصیر وقتی محقق می‌شود که مقررات زیر پا گذاشته شود. تقصیر ممکن است جنبه جزایی داشته باشد که با تحقق آن جرم رخ خواهد داد یا فقط مسئولیت مدنی ایجاد کند یا هر دو جنبه را داشته باشد. در مسئولیت‌های حقوقی نه تنها نادیده گرفتن مقررات تقصیر است؛ بلکه هر گاه شخصی از رفتار شخص معقول و متعارف^۱ منحرف شده باشد، مقصر است؛ حتی اگر قصد زیان وارده را نکرده باشد؛ زیرا در تقصیر غیر عمدی، قصد مرتکب دخالتی ندارد و از حیث نتیجه مانند تقصیر عمدی است و سبب پیدایش مسئولیت مدنی می‌گردد. اگر چه ممکن است در تقصیر عمدی که سوء نیت در آن است، مسئولیت کیفری علاوه بر مسئولیت حقوقی بوجود آید. قانونگذار اهداف متعدد از وضع قوانین مدنظر دارد؛ گاه برای حمایت از آحاد افراد جامعه؛ گاه به حمایت خصوصی از افراد؛ گاه حمایت شخص و جامعه. اگر هدف قانون، حمایت جامعه باشد و مجازات کیفری وضع شود، تقصیر، از جنبه جزایی داشته و اگر هدف قانون، حمایت از فرد باشد، تقصیر، از جنبه حقوقی دارد. اصولاً جنبه کیفری تقصیر بیشتر در مواردی است که به منافع عمومی صدمه وارد شود و جنبه حقوقی آن در مواردی است که به منافع خصوصی فرد زیانی وارد گردد.

گفتار سوم- وجه جزایی تقصیر

جنبه جزایی تقصیر زمانی است که قوانین جزایی زیر پا گذاشته شود. زیرا هدف مقررات جزایی حمایت از جامعه است. پس تقصیر جزایی با نقض آن بوجود می‌آید و فاعل مستوجب مجازات می‌باشد. برای تحقق مسئولیت جزایی وجود تقصیر جزایی که مضر جامعه باشد، کافی است، اگر چه به فرد خاصی ضرر نرسد. وجود مقررات جزایی و نقض آن باید در قانون پیش‌بینی شده باشد. جرم جزایی علاوه بر ضررهای اجتماعی و محل بودن به حال جامعه، ممکن است ضررهای دیگری نیز وارد کند. در این صورت تقصیر جزایی، بوجود آورنده مسئولیت مدنی نیز خواهد بود و زیان‌دیده در صورت تمایل، می‌تواند در محکمه جزایی اقامه دعوی کند یا جبران زیان‌های خویش را خواستار شود. لذا نخست باید جنبه جزایی را پیگیری و به تبع آن، متعرض تقصیر از جنبه مدنی شده و ضررهای وارده را مطالبه کند. جرم جزایی بر جرم مدنی تقدم دارد و اساس جرم مدنی از جرم جزایی نشأت گرفته است؛ اما امروزه با توسعه روز افزون مسائل مسئولیت

^۱ - انسان معقول و متعارف در حقوق خارجی معادل «reasonable man» بوده و در بسیاری از مفاد قانونی از جمله مدنی و مجازات استفاده و ظابطه‌ای است برای تشخیص برخی مسئولیت‌های حقوقی و جزایی.

مدنی، بر اساس زندگی صنعتی کنونی، حوزه هر کدام از جرائم مدنی و جزایی، مجزا و حد آن‌ها مشخص است.

گفتار چهارم - وجه مدنی تقصیر

نقطه مقابل تقصیر جزایی را تقصیر مدنی گویند. در تقصیر مدنی، دیگر منافع عمومی چندان مطرح نبوده و در روابط قراردادی افراد نمود پیدا خواهد کرد. بنابراین، تقصیر از جنبه مدنی برعکس تقصیر از دیدگاه کیفری، زمانی رخ می‌دهد که قراردادی زیر پا گذاشته شود و مفاد آن مورد نقض یکی از طرفین قرار گیرد یا کسی در رفتار اجتماعی خود تعدی و تفریط کند. این امر از مواد ۹۵۱، ۹۵۲ و ۹۵۳ ق.م. قابل استنباط است. لذا می‌توان تقسیم‌بندی دقیقی از تقصیر مدنی ارائه داد و بر مبنای اینکه قرارداد نقض گردیده و یا در رفتار اجتماعی کسی تعدی و تفریطی رخ داده، به دو دسته تقسیم نمود؛ تقصیر در مسئولیت‌های قراردادی و تقصیر در مسئولیت‌های غیر قراردادی که به ضمان قهری معروف است. تقصیر قراردادی زمانی است که قراردادی نقض شود و نقض قرارداد به معنای عدم اجرای قرارداد یا تأخیر در اجرای آن است.

مبحث دوم - مقایسه میان وجوه تقصیر

گفتار اول - مقایسه وجه اخلاقی و حقوقی تقصیر

۱- مبنای تقصیر حقوقی، مقررات موضوعه یا عرف مسلم جامعه است؛ اما مبنای تقصیر اخلاقی علاوه بر این موارد، تعالیم مذهبی و یا ارزش‌های فاقد ضمانت اجرای قانونی باشد.

۲- تقصیر اخلاقی دامنه وسیعی دارد؛ علاوه بر کردار شخص، پندارد او را نیز در بر می‌گیرد. اما تقصیر حقوقی زمانبست که پندار نادرست کسی در عالم خارج بصورت فعل یا ترک فعل درآید.

۳- تقصیر اخلاقی با مسئولیت ناشی از آن، تناسب مستقیم دارد و میزان مسئولیت‌های اخلاقی به اندازه تقصیری است که شخص، مرتکب آن شده است. در صورتی که ممکن است تقصیر حقوقی با مسئولیت ناشی از آن هماهنگی نداشته و برخی اوقات، تقصیری سبک خساراتی سنگین را به دنبال دارد. لذا لزوم جبران خسارت وارده ایجاب می‌کند وارده کننده زیان، ضرر را جبران نماید.

۴- تقصیر اخلاقی در پیشگاه خداوند یا برابر وجدان تحقق پیدا می‌کند. ضمانت اجرایی آن، مسئولیت اخروی یا شرمساری وجدان است. اما تقصیر حقوقی، علاوه بر موارد فوق، در برابر مردم نیز تحقق پیدا می‌کند و از ضمانت اجرای مادی و دنیوی نیز برخوردار خواهد بود.

۵- مسئولیت ناشی از تقصیر اخلاقی ممکن است حتی بدون ورود ضرر و زیان تحقق یابد، اما تقصیر حقوقی بدون ورود ضرر به غیر، مسئولیت حقوقی ایجاد نمی‌کند به ویژه در حوزه مسئولیت مدنی، ورود ضرر یکی از ارکان مسئولیت مدنی است.

۶- تقصیر اخلاقی جنبه شخصی دارد و با شرمساری وجدان همراه است. اما تقصیر حقوقی، به تدریج جنبه نوعی پیدا کرده و مفهوم شخصی خویش را از دست می‌دهد. به همین دلیل حقوق با تأسیس نهاد قراردادی به نام بیمه، مسئولیت را بین افراد جامعه سرشکن می‌کند. اما تقصیر اخلاقی و مسئولیت ناشی از آن را نمی‌توان در قالب قرارداد بیمه مطرح نمود^۱. همانطوری که قبلاً نیز اشاره شد اخلاق بعد از رسوخ به عالم حقوق ممکن برخی از جنبه‌های اثباتی خود را از دست دهد.

گفتار دوم- مقایسه وجه جزایی و مدنی تقصیر

۱- تقصیر جزایی فقط با نقض مقررات آمره و ناهیه قانونگذار که جنبه کیفری دارند محقق می‌شود و هیچ‌کس را نمی‌توان بدون این نقض، مقصر دانست و مجازات نمود و هدف اصلی قوانین جزایی حمایت از جامعه است و با اعمال مجازات متناسب با جرم ارتكابی همراه است. مجازات در آن به منزله کیفر دادن شخص گناهکار است. اما در جرائم مدنی زیان دیده به غیر از جبران زیان‌های خویش چیز دیگری نمی‌تواند مطالبه کند. بنابراین حتی بدون وجود یک قانون- به معنای خاص کلمه- نیز تقصیر مدنی تحقق پیدا می‌کند (نقض مقررات عرفی).

۲- احراز تقصیر در خصوص وجه جزایی جنبه شخص دارد، اما احراز تقصیر از جنبه حقوقی (مدنی) مطابق نظریه جدید، جنبه موضوعی (نوعی) دارد. در این تقصیر رفتار یک شخص مقصر را با رفتار انسان متعارف و معقول می‌سنجند و اگر شخص در حالت روانی خاص مرتکب جرم و بزه‌ی گردد، قاضی با در نظر گرفتن آن حالت در حین ارتكاب جرم، حکم متناسبی صادر می‌کند؛ در صورتی که در تقصیر مدنی کمتر به حالات روانی شخص توجه می‌شود و عنصر روانی مسئولیت در حقوق جزا اهمیت ویژه‌ای دارد. زیرا در این نوع تقصیر داشتن شرایط مسئولیت کیفری و احراز آن در زمان ارتكاب جرم برای مجرم، مهم است.

۳- تقصیر جزایی با نقض مقررات کیفری تحقق می‌یابد و اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها اعمال می‌شود. اما در تقصیر مدنی، علاوه بر نقض مقررات قانونی، با زیر پا نهادن مقررات عرفی و اخلاقی نیز وجود می‌آید؛ زیرا «معیار اصلی خطا، داوری عرف است و رویه قضایی و عقاید علما در این زمینه نقش زیادی دارد و می‌توانند تقصیری ناشناخته بوجود آورد و

^۱ - درودیان، حسنعلی، جزوه مسئولیت مدنی، انتشارات دانشگاه تهران، نیم سال تحصیلی ۶۶-۱۳۶۵، صص ۴ و ۵.

گاه آنرا مفروض بداند»^۱. برخی^۲ بین خطای جزایی و مدنی سه فرق قائل بودند: «اولاً خطای مدنی دارای درجاتی است؛ اما در جزا خطای سبک و خیلی سبک پذیرفته نشده و تنها خطای سنگین بیان شده است. ثانیاً در امور جزایی قبول خطای سنگین از طرف قضات دشوارتر از قبول آن در امور حقوقی می‌باشد؛ زیرا در امور جزایی نتایج محکومیت برای محکوم خیلی گران تمام می‌شود و به همین جهت اگر کسی در اتهام قتل غیر عمدی تبرئه شود، ممکن است در مورد همان عمل در معرض محکومیت مدنی یعنی جبران خسارت قرار گیرد و تناقضی بین این دو حکم وجود ندارد؛ ولی در فرانسه رویه قضایی خلاف این نظریه را اظهار نموده است. ثالثاً در فرانسه خطای سنگین معادل سوء نیت بوده و قبول این تعادل در حقوق جزا رد شده است، لذا هیچ‌گاه نمی‌توان مرتکب قتل غیر عمدی را هر قدر هم تقصیر او مهم باشد، بعنوان قاتل عمدی مجازات نمود».

گفتار سوم - مقایسه وجه قراردادی و غیر قراردادی تقصیر

۱- تقصیر قراردادی با وجود قرارداد معنی پیدا می‌کند و اگر قراردادی نباشد، تقصیر قراردادی منتفی است؛ ولی در تقصیر غیر قراردادی، قراردادی بین اشخاص وجود ندارد.

۲- تقصیر قراردادی با عدم اجرای قرارداد یا تأخیر در اجرای قرارداد، در صورتی که اجرای آن یا تأخیر در اجرای آن در قرارداد منعقد، پیش‌بینی شده باشد و موجبات تقصیر محسوب گردد، رخ می‌دهد. ولی تقصیر غیر قراردادی همان مصادیق تعدی و تفریط مواد ۹۵۱ و ۹۵۲ را دارد.

۳- رابطه حوزه مصادیق تحت شمول تقصیر قراردادی و تقصیر غیر قراردادی، عموم و خصوص من وجه است. یعنی موردی وجود دارد که تقصیر قراردادی است، بدون اینکه عمد یا بی‌احتیاطی یا بی‌مبالاتی آن رخ داده باشد؛ موردی که برعکس حالت فوق است یعنی تقصیر غیر قراردادی است، بدون اینکه وجه قراردادی داشته باشد. این حالت بسیار غالب است مثل اتلاف مال دیگری که قراردادی نیز بین متلف و زیان دیده وجود نداشته است. در موردی که هم تقصیر جنبه قراردادی دارد و هم غیر قراردادی جایی است که مثلاً امین در عقد ودیعه مضمونه (بر فرض که شرایط ضمان از عقد ودیعه را بپذیریم) با تعدی و تفریط، مال مورد امانت را تلف کند که در اینجا زیان دیده (مودع) می‌تواند برای مطالبه خسارت وارده هم از راه قرارداد ودیعه وارد شود و هم از راه ضمان قهری اتلاف. منتهی تفاوتی که هر یک از دو راه با دیگری دارد این است که در روش مطالبه خسارت به موجب قرارداد، زیان دیده از اثبات تقصیر امین معاف است و اگر

^۱ - درودیان، حسنعلی، جزوه مسئولیت مدنی، تهران، همان منبع، ص ۱۳.

^۲ - علی آبادی، عبدالحسین، حقوق جنایی، تهران، چاپ چهارم، سال چاپ ۱۳۴۷، ج ۱، ص ۶۳ و ۶۴.

بخواهد از مسئولیت غیر قراردادی مطالبه خسارت کند، باید تقصیر و سایر ارکان مسئولیت مدنی زیان زننده را اثبات نماید.

۴- برخی معتقدند^۱ مسئولیت قراردادی را باید جدا از مسئولیت غیر قراردادی (ضمان قهری) مورد مطالعه قرار داد؛ چرا که تقصیر قراردادی و غیر قراردادی ماهیت متمایز دارند و استدلال کرده‌اند که: «اگر عدم انجام تعهد اماره بر تقصیر باشد، باید اثبات این امر که مدیون تقصیر ندارد او را از مسئولیت بری سازد؛ در حالیکه اثبات بی تقصیری مدیون موجب معافیت وی از دادن خسارت نمی‌شود و باید احراز شود حادثه خارجی احراز ناپذیر باعث عدم انجام تعهد شده است (مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ق.م.)». در نقد این نظر باید گفت: اولاً وقتی متعهد به نتیجه، اجرای تعهدی را به دوش می‌گیرد، این بدان معنی است که قادر به انجام آن است وقتی قرارداد را انجام نمی‌دهد، در حقیقت علیرغم توانایی، چنین فرض می‌شود که از اجرای قرارداد استنکاف ورزیده است، لذا مقصر است و این تقصیر از آنجا که با نقص قرارداد ثابت می‌شود و از طرف دیگر نقص قرارداد نیز مسلم است، پس اثبات بی تقصیری از جانب متعهد معنی ندارد تا این عدم امکان معافیت را با اثبات بی تقصیری، حمل بر تمایز ماهیت تقصیر قراردادی و غیر قراردادی نمود. چنان که اشاره شد، چنین نتیجه‌ای را گرفته‌اند. ثانیاً مسئولیت قراردادی صرفاً به علت وجود قرارداد و شرایط ویژه قرارداد، جداگانه مورد مطالعه قرار می‌گیرد و الا ماهیت مسئولیت قراردادی از شعب تسبیب است. در این زمینه در کشورهای انگلستان و آمریکا سعی می‌کنند مفهوم مسئولیت مدنی را از نقص قرارداد جدا سازند که این اقدام مورد انتقاد برخی نویسندگان آن دو کشور قرار گرفته است.^۲

نتیجه‌گیری

اول- قانونگذار در تعاریفی که از مصادیق تقصیر نموده، مفاهیم را خلط و برخی موارد تناقض‌گویی کرده است. اگر چه همه اصطلاحاتی چون تعدی، تفریط، بی احتیاطی، بی‌مبالاتی، مسامحه، غفلت و سایر موارد، گونه‌هایی از تقصیر است و می‌توان به جای آنها از واژه تقصیر استفاده کرد ولی ارائه تعاریف شفاف سبب دقیق‌تر شدن مفهوم تقصیر شده که در تئوری‌های علمی مؤثر است. دوم- اگر تقصیر همراه با رکن مادی از سنخ ترک فعل باشد، موجب مسئولیت نبوده و صرفاً در برخی موارد مسئولیت‌زا است. درک تفاوت مفهوم بی‌احتیاطی یا بی‌مبالاتی که اولی مبتنی بر

^۱ - کاتوزیان، ناصر، الزامات خارج از قرارداد، همان منبع، ص ۴۴ به بعد ۶۴. درودیان، حسنعلی، جزوه مسئولیت مدنی، همان منبع، ص ۹.

^۲ - بیکر، مسئولیت مدنی در حقوق انگلستان، ۱۹۷۲، ص ۲ و ۳، به نقل از کاتوزیان، ناصر، الزامات خارج از قرارداد، همان منبع، ص ۱۷.

فعل و دومی مبتنی بر ترک فعل است، اهمیت خواهد یافت. هر مصداق تقصیر یا در قالب تعدی است یا تفریط. قالب سومی را به عنوان قسمی برگرفته از واژگان تعدی و تفریط نمی‌توان ذکر کرد؛ چراکه مبنای تقسیم فوق این است که تقصیر یا در قالب فعل است که تعدی بوده یا در قالب ترک فعل که تفریط است. شاید اقدام قانونگذار در مواد ۹۵۱ و ۹۵۲ به دلیل فوق منطقی باشد، که از میان مصادیق تقصیر، تأکید بیشتر بر دو مصداق تعدی و تفریط کرده است.

سوم- «تعدی» ممکن است عمدی باشد یا غیرعمدی. در عمدی، شخص، هم قصد فعل دارد و هم نتیجه؛ لذا دارای سوء نیت است. در تقصیر عمدی، ممکن است فعل وی وصف مجرمانه پیدا کند. در تعدی غیرعمدی، شخص قصد نتیجه ندارد و فاقد سوء نیت است اگر چه دارای قصد فعل است؛ «بی احتیاطی» اینگونه است. اگر شخص، قصد فعل نداشته باشد و عمل زیانبار مرتکب شود فاقد تقصیر است و در تقسیم فوق نخواهد گنجد؛ اگر چه مسئول جبران خسارت وارده می‌باشد. «غفلت» بعنوان یکی از مصادیق تقصیر، مترادف بی احتیاطی و نوعی تعدی غیر عمدی است. تعدی غیرعمدی و تعدی عمدی می‌تواند مصداق عدم مهارت و عدم رعایت نظامات دولتی را پیدا کند، البته با رعایت شرائط خود که سابقاً توضیح دادیم.

چهارم- قسم دیگر تقصیر، «تفریط» بوده که مبتنی بر ترک فعل است و می‌تواند عمدی یا غیرعمدی باشد. در تفریط عمدی شخص قصد نتیجه دارد و عالم به نتیجه ترک فعل خود است و با وجود این علم، عمداً از انجام فعل خودداری میکند که حادثه زیانباری به وقوع می‌پیوندد. چنین شخصی دارای سوء نیت است. تفریط، غیرعمدی عنوان بی‌مبالاتی را در صورت همراه شدن با عدم توجه و عدم تدبیر، به خود می‌گیرد و مترادف است با اهمال و مسامحه. عدم مهارت و عدم رعایت نظامات دولتی، از مصادیق تقصیر، می‌تواند در قالب هر یک از انواع ترک فعل عمدی یا غیرعمدی باشد.

پنجم- در فقه علاوه بر اینکه تعریف دقیق از تقصیر نشده، صرفاً به بیان مصادیق آن اشاره گردیده است. مصادیقی که با کمی اغماض می‌تواند در برگیرنده تمام مصادیق تقصیر باشد. این دیدگاه از سوی قانونگذار پذیرفته شده است. تقصیر در فقه با اصطلاحاتی چون تعدی، تفریط، عدوان و ترک تحفظ به کرات بکار رفته است. لذا فقه امامیه بیگانه از تقصیر یا هر اصطلاح معادل آن نبوده است.

ششم- در حقوق موضوعه یا آراء صادره دیوان عالی کشور در خصوص استفاده از مفهوم تقصیر و معادل‌های آن، نظام هماهنگی وجود ندارد به نحوی که قانونگذار برخی واژه‌ها را خلط کرده است. چنین امری علاوه بر سردرگمی حقوقدانان و قضات، موجبات بروز آرای متفاوت در پرونده‌های مشابه گردیده است و این امر برای یک جامعه حقوقی چندان مناسب نیست.

هفتم- برخی تعاریف تقصیر، غیر دقیق و برخی با اصول حاکم بر نظام مسئولیت مدنی ناسازگار است. نهایتاً، تقصیر: «تعدی و تقریب از رفتار شخص متعارف در همان شرایط وقوع فعل زیانبار» است که با بررسی مفاد ق.م. و به ویژه مواد ۹۵۱ و ۹۵۲ همین مفهوم قابل استنباط است. لذا ضابطه احراز تقصیر عرف است که در اعمال و رفتار شخص متعارف جلوه گر می شود و دو ثمره نوعی و نسبی بودن مفهوم آنرا، نتیجه می دهد. شواهد فقهی و حقوقی مؤید این مدعا و ضابطه احراز تقصیر عرف بوده که با یک انسان متعارف و معقول سنجیده می شود.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

- ۱- امیری قائم مقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات، ج ۱ تهران، چاپ دوم، ۱۳۸۰.
- ۲- بروجردی عبده، محمد، اصول قضایی جزایی دیوان عالی کشور، کتابفروشی علمی، ۱۳۲۶.
- ۳- پاد، ابراهیم، حقوق کیفری اختصاصی، ج ۱، تهران، چاپ سوم، ۱۳۵۲.
- ۴- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج دوم، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸.
- ۵- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، نشر گنج دانش، ۱۳۷۶.
- ۶- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱، تهران، انتشارات چاپخانه مشعل آزادی، ۱۳۷۵.
- ۷- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق تعهدات، نشر گنج دانش، تهران، چاپ دوم، ۱۳۸۰.
- ۸- حیدریان، محمود، مبادی علم حقوق، چاپ سوم، تهران، انتشارات بهینه، ۱۳۶۸.
- ۹- درودیان، حسنعلی، جزوه مسئولیت مدنی، تهران، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، نیم سال تحصیلی ۶۶-۱۳۶۵.
- ۱۰- درودیان، حسنعلی، جزوه مسئولیت مدنی، مدنی چهار، تهران، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، نیم سال تحصیلی سال ۸۰-۸۱.
- ۱۱- دهخدا، علی اکبر، فرهنگ دهخدا، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۸.
- ۱۲- رمضان، محمود، صادقی، حاتم، فرهنگ حقوقی فارسی به انگلیسی، چاپ اول، نشر بهینه، ۱۳۸۸.
- ۱۳- رمضان، محمود، فرهنگ حقوقی مدین، چاپ اول، مؤسسه انتشارات مدین، قم، ۱۳۷۳.
- ۱۴- صفایی، سیدحسین، حقوق مدنی، ج ۲، تهران، مؤسسه مالی حسابداری، چاپ اول ۱۳۵۱.
- ۱۵- علی آبادی، عبدالحسین، حقوق جنایی، تهران، ج ۱، چاپ چهارم، ۱۳۴۷.
- ۱۶- عبده بروجردی، محمد، کلمات حقوق اسلامی، تهران، دانشکده علوم معقول و منقول دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۳۹.
- ۱۷- عمید، حسن، فرهنگ عمید، یک جلدی، تهران، چاپ دوم، نشر امیرکبیر، تهران، ۱۳۶۰.
- ۱۸- قاسم زاده، سید مرتضی، مبانی مسئولیت مدنی، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۸.

- ۱۹- کاتبی، حسین قلی، فرهنگ حقوق، فرانسه- فارسی، نشر، گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۰.
- ۲۰- کاتوزیان، ناصر، الزامات خارج از قرارداد، نشر دانشگاه تهران، چاپ پنجم، ۱۳۸۵.
- ۲۱- کاتوزیان، ناصر، وقایع حقوق، تهران، انتشارات یلدا، چاپ دهم، ۱۳۸۵.
- ۲۲- کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد اول، نشر انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۸۵.
- ۲۳- کتابی، محمدعلی، تطبیقی راجع به عمد و خطا و آثار آن در حقوق جزایی، رساله دکتری، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۴۲.
- ۲۴- گلدوزیان، ایرج، بایسته‌های حقوق جزای عمومی، تهران، نشر میزان، چاپ ششم، ۱۳۸۱.
- ۲۵- گلدوزیان، ایرج، محشای ق.ق.م.ا، انتشارات مجد، تهران، چاپ دوم، ۱۳۸۲.
- ۲۶- معین، محمد، فرهنگ فارسی، تهران، انتشارات امیر کبیر، چاپ پنجم، ۱۳۷۰.

ب) منابع عربی

- ۲۷- جریح، منی، معجم المصطلحات القانونیه، انتشارات خرسندی، چاپ اول، ۱۳۸۸.
- ۲۸- السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون مدنی الجدید، دار النشر للمجامعات المصریه، ۱۹۲۵ م.
- ۲۹- عامر، حسین، المسئولیت المدنیة التقتصیریة و العقدیة، مصر، الطبعة الاولى، ۱۹۵۶ م.
- ۳۰- کرکی، شیخ علی بن الحسین، جامع المقاصد، فی شرح القواعد، چاپ اول، قم، موسسه آل بیت، سال چاپ ۱۴۰۸ هـ ق. ج ۶، کتاب الغصب و التوابع.
- ۳۱- المرأخی الحسینی، عبدالفتاح بن علی معروف به میرفتاح، عناوین، عنوان شصتم.
- ۳۲- الموسوی الخوئی، السید ابوالقاسم، مبانی تکلمه المنهاج، نجف الاشرف، مطبعة الادب، ۱۳۵۹ هـ ق، ج ۲، موجبات ضمان.
- ۳۳- نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد چهارم، الطبعة الثالث، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت، لبنان، ۱۹۸۱.

ج) منابع انگلیسی

6. David G. Owen, PhilisOPHICAL Foundations of Fault in Tort in TortsLaw, Oxford University Press Inc. NewYork, 1995.
7. Garner, brayan - Black's law dictionary, 8ed, Thomson pub, 2004.
8. A. Tunc and sale, International Encyclopedia of Comparative law, Vol XL, Thomson pub, 2004.
9. F. H. Lawson, A.E.Anton, L.nevile Brown, Am os and Walton's Introduction to French Law, third edition, Oxford, 1979.
10. Konard Zweigert and Hein Kotz, Introduction to Comparative law, Volume 2, 2ed, translated from the Germany by Tony weir, Oxford.
11. Elizabeth A.Martin, Oxford Dictionary of law, 4ed, Oxford University press, 2000.

تحلیل حقوقی ماهیت و قلمرو ضمان عهده در فقه و حقوق مدنی ایران

فائزه کوچکی *

چکیده

ضمان عهده، با توجه به نام آن بدواً خود نوعی ضمان محسوب می‌گردد که دارای شرایط و ارکان عقد ضمان است؛ از جمله لازم بودن، عهدی بودن، تبعی بودن، مسامحی بودن و.... اما این نوع ضمان دارای برخی ویژگی‌های خاص دیگری هم هست که با ضمان عقدی به معنی خاص تفاوت دارد؛ از جمله: در این ضمان میزان مسئولیت ضامن دقیقاً همان میزان مسئولیت مضمون عنه نبوده و در برخی موارد خاص متفاوت از آنچه در مسئولیت ضامن و مضمون عنه به معنی عام است. در قانون مدنی از قلمرو ضمان عهده، مصادیق و موارد شمول آن سخنی به میان نیامده و تنها در خصوص ضمان درک مبیع و ثمن مطالبی بیان شده است. این در حالی است که فقها و حقوقدانان دایره شمول این نوع عقد ضمان را وسیع‌تر می‌دانند و بر اساس مقتضیات روز جامعه و معاملات متعدد که میان مردم رواج یافته است قائل بر آن شده‌اند. لذا افزایش قلمرو این نوع ضمان، باید قانونگذار را با این روند مؤثر، جهت پیش‌بینی این موارد در مقررات خود، همسو و همگام سازد.

کلید واژه: ضمان، ضمان عهده، مصادیق ضمان عهده، فقه، حقوق ایران.

مقدمه

با بررسی در مفاد قانون مدنی در زمینه یافتن ماده‌ای در خصوص ضمان عهده، تنها به ماده ۶۹۷ قانون مدنی می‌توان رسید. مطابق ماده ۶۹۷ قانون مدنی: «ضمان عهده از مشتری و بایع نسبت به

* کارشناس حقوق قضایی

در ك مبيع و یا ثمن در صورت مستحق اللغیر در آمدن جایز است». با بررسی سایر مواد در مفاد این ماده می‌توان دریافت که تنها در این ماده است که به صراحت نامی از این نوع عمل حقوقی برده می‌شود. لذا پرداختن به ماهیت، قلمرو و مصادیق آن در قانون مدنی با ابهام مواجهه می‌گردد؛ بر همین اساس باید این نوع عقد را در نظرات مختلف حقوقی و فقهی مورد تحلیل قرار دهیم؛ نظراتی که بعضاً متضاد و در مقابل هم هستند. بمنظور پرداختن به اینکه اساس ضمان عهده چیست و چه مفهومی دارد و مصادیق و قلمرو آن در چه اموری وجود دارد؛ متأسفانه قانون مدنی ساکت است و تنها در ماده مذکور به صورت مطلق از این نوع ضمان سخن به میان آورده و به نوعی این نوع از ضمان را از منظر قانونی پذیرفته است. اما در بررسی نظرات به بسیاری مطالب برخورد کرد که پرداختن بدانها خالی از فایده نمی‌باشد. لذا محقق، تحقیق کنونی را با توجه به بررسی کتب فقهی و حقوقی گردآوری نموده و نظرات آنان را در این امر به اختصار بیان داشته است.

فصل اول - کلیات

مبحث اول - معنای لغوی و حقوقی ضمان

ضمان از ضمن است برای بیان احاطه و شمول است چنانچه معنی کلمه در ضم کلمه است. معنی ذمه و عهده است و ضمان بمعنی متعهد استعمال شده است. در لسان شرع ضمان و مشتقات به معنی تعهد است که ناشی از عقد می‌باشد^۱. ضمان را می‌توان به انواع مختلف تقسیم نمود بدین بیان: ضمان آمر - ضمان ابنیه - ضمان اتلاف - ضمان احتیاطی - ضمان از مستعیر - ضمان از میت - ضمان اشتراک - ضمان اشتغال ذمه - ضمان اصلی - ضمان اعیان - ضمان الخيار - ضمان العقود - ضمان تضامنی - ضمان ایادی المتعاقبه - ضمان با وثیقه - ضمان به اقل از دین - ضمان به ثمن - ضمان به عوض - ضمان به قیمت - ضمان تبرعی - ضمان تسیب - ضمان تشریک - ضمان جریره - ضمان جعلی - ضمان درك - ضمان دعوی - ضمان دیه - ضمان دین - ضمان ذمه - ضمان تلف - ضمان عاریه - ضمان عاقله - ضمان عهده - ضمان عیب - ضمان عین - ضمان غرور - ضمان غصب - ضمان قهری و بنابراین می‌توان گفت در تمامی انواع این نوع ضمانت‌ها نوعی بیان مسئولیت وجود دارد که مهمترین معنی که از ضمان به ذهن متبادر می‌شود همان مسئولیت و عهده است. در تعریف حقوقی ضمان می‌توان چنین گفت که ضمان در لغت به معنای التزام، تعهد و کفالت است و در ادبیات حقوقی، تعهد، بودن شیئی بر عهده دیگری و برعهده گرفتن و شیئی را

^۱ - منیه الطالب، ص ۳۹، جواهر الکلام، ج ۴، ص ۴۰۰. لنگرودی، محمد جعفر، دانشنامه حقوقی جلد دوم ص ۴۱۳. ترمینولوژی حقوق، جلد سوم، گنج دانش، ص ۲۳۹۴ ش ۸۹۴۴. رهن و صلح، ص ۳۳. تأثیر اراده در حقوق مدنی، ص ۱۲۳. حقوق تعهدات، ج اول، ص ۵۳.

در عهده قرار دادن تعریف شده است. در تعریف ضمان می‌توان گفت: التزام اختیاری یا قهری کسی به پرداخت مالی به دیگری و یا التزام به پرداخت مالی به کسی، اعم از اینکه به اختیار باشد یا بموجب قانون. پس التزام یا ناشی از قرارداد است و یا به حکم قانون ضمان ناشی از قرارداد اختیاری و ارادی است و به آن «ضمان عقدی» گویند، مانند ضمان ناشی از عقد ضمان؛ اما چنانچه قصد متعهد در ایجاد ضمان مؤثر نبوده و مبنای ضمان حکم قانون باشد، آن ضمان، ضمان قهری است، همانند ضمان ناشی از اتلاف، تسبیب و ضمان ید. به این اعتبار ضمان بر دو نوع است؛ ضمان عقدی و ضمان قهری. قسم دیگر ضمان، ضمان معاوضی است که آن هم ناشی از عقد می‌باشد؛ اما خلاف ضمان عقدی، اثر مستقیم عقد نیست.

مبحث دوم- ماهیت حقوقی ضمان

در اینکه عقد ضمان برای رسیدن به کدام هدف تشکیل شده و ضامن چه عمل حقوقی را انجام می‌دهد و موضوع تعهد او چیست نویسندگان حقوقی اختلاف نظر دارند. این اختلاف به قوانین نیز سرایت کرده است چندان که درباره آثار عقد ضمان و چگونگی تأثیر توافق اشخاص در این آثار احکام گوناگون وجود دارد. برخی معتقدند وسیله گشایشی برای بدهکار می‌شود.^۱ ضمان وسیله معامله و سودجویی نیست و ضامن بمنظور ارفاق به بدهکار و کاستن از فشار طلبکاران بر او تعهد می‌کند که به جای او دین را پردازد. برخی دیگر معتقدند هدف طلبکار از پذیرفتن ضمان این است که برای طلب خود وثیقه‌ای بدست آورد و در برابر اعسار مدیون بی پناه نماند.^۲ اما با بررسی کتب فقها می‌توان دریافت که مشهور در فقه عامه بر این اعتقادند که مفهوم دوم ضمان درست بوده و از این هدف ضمان طرفداری می‌کنند و آنرا نوعی وثیقه شخصی می‌پندارند.

به موجب ماده ۶۹۸ ق.م. بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضمان به مضمون له مشغول می‌گردد. پس نویسندگان قانون مدنی به پیروزی از فقهای امامیه مفهومی از ضمان را پذیرفته‌اند که به موجب آن ذمه مدیون به ضامن منتقل می‌شود. ذمه ضمان وثیقه طلب نیست و جنبه فرعی ندارد و جایجایی دین جوهر ضمان را تشکیل می‌دهد. با وجود این نباید چنین پنداشت که توافق اشخاص در این زمینه اثر ندارد و طرفین عقد نمی‌توانند ترتیبی دهند که طلبکار ناچار باشد ابتدا به مدیون اصلی رجوع کند و پس از آن طلب خود را از ضمان بخواهد. در نتیجه در حقوق ما مفهوم ضمان با تعهد ضمان ارتباط نزدیک دارد و ضامن باید پرداخت دین

^۱ - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، دوره عقود معین، ج ۴، نشر بنیاد حقوقی کاتوزیان، آثار برگزیده حقوقی، چاپ پنجم، ۱۳۸۵، ص ۲۲۵.

^۲ - کاتوزیان، ناصر، اثر عقد ضمان ۲، مجله کانون وکلای دادگستری، شماره ۳۷، فروردین اردیبهشت ۱۳۳۳.

مضمون عنه را بر عهده گیرد هر چند که اجرای تعهد را منوط بر امر دیگری کند. عقدی را که در آن ضامن هیچ تعهدی پیدا نکند نمی‌توان نافذ شناخت ولی در این که ضمانت به سقوط دین مدیون و انتقال آن به ذمه ضامن انجامد یا موجب شود که ضامن و مدیون اصلی به ترتیب یا در کنار هم مسئول پرداخت دین شوند ذات عقد هیچ اقتضای خاصی ندارد و تابع قصد مشترک طرفین است. به بیان دیگر در حقوق ما ضامن مطلق موجب بری شدن مدیون و ایجاد التزام برای ضامن در پرداخت دین اوست. ولی شرایط خصوصی قرارداد یا قانون خاص ممکن است این اثر را تغییر و به صورت وثیقه دین درآورد.^۱

مبحث سوم- انواع ضمان

بر اساس آنچه بیشتر در میان فقها و حقوقدانان مرسوم است می‌توان تقسیم‌بندی ذیل را قائل شد:

ضمان عقدی: عبارت است از انتقال ذمه مضمون‌عنه (مدیون) به ذمه ضامن و از آن جهت ضمان عقدی گویند که انعقاد آن نیاز به ایجاب و قبول دارد؛ ایجاب از سوی ضامن و قبول از جانب مضمون‌عنه. مضمون‌عنه نسبت به این عقد بیگانه است و حتی رضای او شرط نیست (مواد ۶۸۴ و ۶۸۵ ق.م). در ضمان عقدی تعهد به پرداخت مال اختیاری است و متعهد به اختیار خود عهده‌دار پرداخت می‌شود. این تعهد اثر مستقیم عقد است که یا به موجب عقد ضمان است (ماده ۶۸۴ ق.م) و یا به موجب عقد حواله (ماده ۷۲۴ همان قانون). در عقد ضمان ذمه ضامن نسبت به مضمون‌عنه (مدیون) بطور معمول بری است و به او مدیون نیست؛ اما در عقد حواله ذمه محال‌علیه نسبت به محیل مشغول است. اگر محال‌علیه به محیل مدیون نباشد، پس از قبولی در حکم ضامن است (ماده ۷۲۷ ق.م). برخی عقد کفالت را نیز که تعهد به احضار نفس است، از اقسام ضمان عقدی می‌دانند.

ضمان قهری: در ضمان قهری خلاف ضمان عقدی، قصد متعهد در ایجاد ضمان مؤثر نیست و مبنای ضمان حکم قانون است. بعبارت دیگر، در ضمان قهری تعهد به پرداخت مال اختیاری نیست؛ چه مبنای ضمان قرارداد باشد و چه واقعه حقوقی. به عنوان نمونه، در عهدشکنی، ضمان ناشی از قرارداد است و اگر دو طرف عقد در میزان خسارت توافق کرده باشند، مسؤلیت متعهد مبنای قراردادی دارد. با وجود این به نظر می‌رسد دور از منطوق حقوقی نیست اگر گفته شود توافق

^۱- لنگرودی، محمدجعفر، عقد ضمان، ش ۲۸۷ و ۲۸۸ و ۲۹۷ که نقل ذمه را در ضمان خلاف قاعده می‌داند. طباطبایی، محمد کاظم یزدی، عروه الوثقی، جلد دوم، کتاب ضمان ص ۳۲۱. حاشیه بر مکاسب، جلد اول، ص ۱۸۴. حکیم، سید محسن، نهج الفقهاه، جلد اول، ص ۲۸۷.

طرفین قرارداد درباره میزان خسارت و نحوه پرداخت آن موجب نمی‌شود مسئولیت متعهد قراردادی به شمار آید. در قراردادهایی که در آن مسئولیت متعهد پیش‌بینی شده، خلاف عقد ضمان و عقد معوض، ضمان نه اثر مستقیم عقد است و نه اثر غیرمستقیم آن؛ بلکه تنها اثر عهدشکنی است و در نتیجه تخلف از مفاد قرارداد بر عهدشکن تحمیل می‌شود. در اینگونه قراردادها اثر عقد انجام مفاد قرارداد است و ضمان پیش‌بینی شده در قرارداد در صورت عدم ایفای تعهد به حکم قانون برعهده متخلف قرار می‌گیرد و از این رو عهدشکن را نیز می‌توان در زمره وقایع ضمان‌آوری به شمار آورد که اثر آن به حکم قانون معین می‌شود. توافق دو طرف درباره میزان خسارت - که اغلب به صورت شرط ضمنی می‌باشد- در صورتی قابل اجراست که مورد حمایت قانونگذار باشد. بنابراین نیروی الزام‌آور تعهد ناشی از عهدشکنی را نیز قانون ایجاد می‌کند و نه قرارداد.

ضمان معاوضی: همانگونه که گفته شد، ضمان عبارت است از التزام به پرداخت اختیاری یا قهری مالی به یک شخص. در ضمان عقدی اثر عقد، تعهد به پرداخت است. منشأ ایجاد ضمان معاوضی نیز عقد است و از این جهت با ضمان عقدی وجه مشترک دارد؛ اما باید توجه داشت که در عقد ضمان، تعهد اثر مستقیم است، در حالی که در عقود معوض تملیکی همچون عقد بیع، تعهد به تسلیم اثر غیرمستقیم و تبعی عقد به شمار می‌آید. در عقود معوض تملیکی، انتقال مالکیت، اثر مستقیم عقد است که با وقوع عقد و بدون واسطه تحقق می‌یابد؛ اما تسلیم تعهدی است که باید ایفا شود. به عنوان مثال، تملیک عین در عقد بیع و تملیک منافع در عقد اجاره، اثر مستقیم عقد است و تعهد به تسلیم مبیع از سوی بایع و نیز تعهد به تسلیم عین مستأجره برای استیفای منفعت از جانب موجر، اثر تبعی و غیرمستقیم آن می‌باشد. در عقود معوض، تعهد هر یک از دو طرف عقد در مقابل عین دریافتی، تعهد به دادن عوض معین است و به این تعهد «ضمان معاوضی» گویند. در فقه به ضمان معاوضی از این جهت که مضمون به از لحاظ جنس، مقدار و خصوصیات معین است، «ضمان جعلی» یا «ضمان مسمی» نیز گفته‌اند. وجه تسمیه ضمان جعلی یا ضمان مسمی آن است که متعاقدان آن را تعیین کرده و عوض را چیزی قرار می‌دهند که از جانب طرف دیگر معامله به او انتقال می‌یابد. مبیع، ضمان مسمی است برای ثمن و ثمن، ضمان مسمی است برای مبیع. در مقابل ضمان معاوضی، ضمان واقعی قرار دارد. در این ضمان، مضمون به خود عین است و نه عوض معین؛ زیرا در صورت موجود بودن عین، خود عین برعهده متعهد است و اگر عین تلف شده باشد، مثل یا قیمت آن عوض معین قرار می‌گیرد. به همین جهت به آن ضمان «مثل و قیمت» نیز گفته‌اند و در تعریف ضمان معاوضی می‌توان گفت: همان گونه که اشاره شد، عقد معوض تملیکی دارای دو اثر است؛ انتقال مالکیت که اثر مستقیم عقد و تعهد به تسلیم عوض معین در مقابل عین دریافتی که اثر غیرمستقیم آن است. در حقوق ما اگر مبیع عین معین باشد، انتقال مالکیت، فوری و بدون قید و

شرط است (بند یک ماده ۳۶۲ ق.م). اما تسلیم مبیع و تأدیه ثمن به مجرد وقوع بیع تحقق نمی‌یابد؛ بلکه تعهدی است که دو طرف ملتزم به ایفای آن هستند. این التزام که با انعقاد عقد ایجاد و با ایفای آن خاتمه می‌یابد، تعهدی یک طرفه نیست؛ بلکه علت وجودی آن تعهد طرف دیگر است و اگر یکی از آن دو ساقط شود، دیگری نیز از بین می‌رود. این التزام اگر چه به طور معمول در «تلف مبیع پیش از تسلیم» و در «تلف مبیع در زمان خیار» مورد بحث قرار می‌گیرد اما بنظر می‌رسد با تلف یکی از دو عوض به وجود نمی‌آید؛ بلکه منشأ ایجاد، عقد است. به این التزام که در مقابل التزام طرف دیگر عقد بوجود می‌آید، ضمان معاوضی گفته می‌شود. از این رو در تعریف ضمان معاوضی می‌توان گفت: التزام به پرداخت عوض معین در مقابل عوض دریافتی. میرزای نایینی می‌گوید معنای ضمان تفویض است؛ چراکه مشتری ثمن را به رایگان به بایع پرداخت نمی‌کند و بایع نیز مثنی را مجانی به مشتری نمی‌دهد؛ بلکه هر یک از آن دو، مال خود را عوض مال دیگر قرار می‌دهند. معنای ضمان در قاعده «الخراج بالضمنان» و «کل مایضمن بصحیحه» هم همین است. بعنوان مثال، در بیع التزام مشتری به تأدیه ثمن در ازای دریافت مبیع و التزام بایع به تسلیم مبیع در مقابل دریافت ثمن، ضمان معاوضی است همچنین است در عقد اجاره که تعهد موجر به تسلیم عین مستأجره برای استیفای منفعت در ازای دریافت اجاره بها و تعهد مستأجر به تأدیه اجاره بها در قبال گرفتن عین مستأجره، ضمان معاوضی نامیده می‌شود.

فصل دوم- ماهیت و قلمرو شمول ضمان عهده

مبحث اول- مفهوم لغوی ضمان عهده

ماده ۶۹۷ ق.م. می‌گوید: «ضمان عهده از مشتری یا بایع نسبت به درک مبیع یا ثمن در صورت مستحق اللغیر درآمدن جایز است». کلمه عهده بطور مکرر در قانون مدنی از جمله در مواد ۳۱۸، ۳۹۲، ۶۹۷، ۷۴۰، ۷۵۱، و ... آن قانون به کار رفته است. اهل لغت برای تعریف ضمان عهده معانی متعددی ذکر کرده‌اند که مشهورترین معنی آن تعهد و التزام می‌باشد. ولی گذشته از این معنی، معانی زیر برای آن در نظر و ذکر شده است که به بیان آنها می‌پردازیم^۱:

۱- وثیقه که خود به معنی استوار کردن عمل حقوقی از طریق ثبت و ضبط آن است. ۲- نوشته حاکی از وثیقه که همان سند بیع می‌باشد. ۳- ذمه که به نقل لسان عرب با عنایت به همین معنی اهل ذمه را اهل عهده نامیده‌اند. ۴- خسارت و ضرر اصل از بیع برای مشتری صرفنظر از اینکه منشاء خسارت نقص مبیع یا مستحق اللغیر درآمدن یا ... است: ضمان درک. ۵- نقص، سستی، ضعف و ناتمامی ۶- ثمن و بهای معامله در عقد بیع. ۷- ضمان ثمن در مدت خیار ۸- عقد و قرارداد که در

^۱- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، ص ۴۲۱، همین نویسنده، عقد ضمان، ش ۲۵۰.

این معنی عهد، عهده، تعهد و عقد مترادف تلقی شده است. ۹- حقوق ناشی از عقد ۱۰- خیار شرط ۱۱- ضمان درک. به هر تقدیر همانگونه که متذکر شدیم، معنی لغوی اصلی و اولین معنی متبادر به ذهن از کلمه عهده همان عهد و التزام می‌باشد و سایر معانی مذکور هر چند در کتب لغت بیان شده مورد استفاده اهل فن می‌باشد، نه معنی رایج در بین عموم.

مبحث دوم- مفهوم اصطلاحی ضمان عهده

در اصطلاح حقوقدانان و فقها ضمان عهده چندان فاصله‌ای با معانی لغوی ندارد. به عبارت دیگر ضمان عهده را بدین معنا دانسته‌اند که هر گاه در اثر عقد، مبیع مستحق اللغیر برآمد ثمن به خریدار بازگردانده شود. همچنین در فروضی از فساد عقد. به عبارت دیگر ضامن متعهد و ملتزم می‌شود آنچه را در عهده بایع است در فروض مذکور به وی باز گرداند. به تعبیر برخی حقوقدانان اگر شخصی مالی را بفروشد و مبیع مستحق اللغیر باشد عودت ثمن بر عهده او بوده باید آنرا به خریدار باز گرداند و بر همین مبنا می‌گویند: فروشنده ضامن درک مبیع است. مواد ۳۹۰ به بعد قانون مدنی^۱. حال اگر شخصی از فروشنده در برابر خریدار ضمانت کند که هر گاه مبیع از آن دیگری درآید، او مسئول است و عهده از عودت ثمن به خریدار است، این عمل حقوقی ضمان عهده نام دارد. این شخص ضامن عهده بایع نسبت به درک مبیع شده است تا اگر در تملیک مبیع خللی عارض شود، ثمن را به خریدار عودت دهد. فقها نیز مباحث بسیاری راجع به ماهیت عقد ضمان عهده بیان داشته‌اند از جمله: علامه حلی و سید کاظم یزدی طباطبایی و ابولقاسم خوی، در تعریف ضمان عهده همان موارد را بیان می‌دارد که در گذشته بدان پرداخته شد و ذکر گردید^۲. برخی ضمان عهده را باطل دانسته‌اند؛ بدین سبب که نتیجه ضمان طبق نظر فقهای شیعه باید بری الذمه شدن بایع باشد حال آنکه بایع خود از این جهت که مشتری را مغرور کرده ضمان بوده و با ضمان عهده بری الذمه نمی‌گردد و اجتماع ضامن هم در وقت واحد بر موضوع واحد صحیح نیست. در پاسخ گفته شده که مراد از ضمان عهده ضمان عرفی به معنی مصطلح نبوده بلکه باید دقت کرد که دو ضمان هر چند مشترک لفظی اند اما ضمان بایع قائم بر غرور و ضمان عهده قائم بر عقد است^۳. لذا اجتماع این دو منافاتی با تعریف ضمان عهده ندارد. البته عده قلیلی با سطحی نگری، ضمان عهده ثمن را باطل دانسته‌اند به دلیل ما لم یجب بودن، و معتقدند چون مستحق اللغیر

^۱- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین، جلد ۴، ص ۲۹۲.

^۲- علامه حلی، تذکره الفقها، ج ۲، ص ۹۱. طباطبایی، سید کاظم، عروه الوثقی، ج ۲، ص ۷۷۷. خویی، ابولقاسم، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۱۸۵.

^۳- حکیم، سید محسن، مستمسک عروه الوثقی، جلد ۱۳، ص ۳۵۷.

در آمدن یا فساد و... هنوز محقق نگردیده، ضمان قبل از تحقق آنها، ضمان ما لم یجب و باطل می‌باشد. در پاسخ باید گفت با عنایت به اینکه سبب یعنی عقد بیع محقق و منعقد گردیده است و تحقق سبب کفایت می‌کند که از شمول عنوان ما لم یجب خارج و اشکال فوق مردود می‌باشد.

مبحث سوم- قلمرو ضمان عهده

گفتار اول- در درک حادث و ارش

ماده ۳۹۱ ق.م.، در ضمان درک، تنها ضامن را مسئول رد ثمن قرار نداده؛ بلکه باید زیان‌های وارد بر خریدار ناآگاه به فساد بیع نیز جبران گردد و ضمانت درک حادث از جمله این ضمانت‌ها است و آن عبارت است از اینکه اگر خریدار در مبیع خریداری شده تصرفاتی نماید، مثلاً در زمین مورد معامله نهالی غرس کند یا بنایی احداث نماید و آنگاه پس از مدتی فساد یا مستحق‌الغیر بودن مبیع مشخص شد، مالک اصلی مبیع مزبور را مسترد می‌دارد این تلف و خسارت وارده را که عبارت است از تفاوت قیمت بنا و درخت ثابت در زمین ارش نامند. اصولاً ضمان ناشی از چنین عقدی و خسارت و ارش حاصله به عهده بایع می‌باشد اما موجب بحث در این است که آیا شخص ثالث می‌تواند به نفع مشتری و از جانب بایع ثالث چنین ضمانتی بنماید؟ که باز هم این اشکال به ذهن می‌رسد که چون در حین عقد این ضمانت بر عهده بایع نبوده به دلیل بطلان ضمانت ما لم یجب باید حکم به بطلان ضمانت داد اما باید گفت عقد بیع سبب ضمان بوده و به استناد کفایت سبب حکم نمود هر چند خسارتی تحقق نیفتاده ضمان مزبور صحیحاً واقع شده و خالی از ایراد است. برخی حقوق‌دانان و فقها افزوده‌اند حتی اگر سبب تعهد بایع را عقد ندانیم مسئولیت مزبور را می‌توان ناشی از غرور دانسته و چنین مسئولیتی همزمان با معامله بر ذمه بایع مستقر و ضامن همان را به عهده می‌گیرد.^۱ بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که ثالث، می‌تواند ضمانت درک حادث را بر عهده گیرد. اینک باید به این سؤال پاسخ داد که آیا ضمانت عهده مشتمل بر ضمان درک حادث نیز است یا خیر؟ به عبارت دیگر آیا ضامن عهده مبیع در فرض تحقق خسارت و ارش ناشی از درک حادث مشمول اینگونه خسارت‌ها نیز می‌باشد و یا فقط ضامن رد ثمن و احیاناً برخی خسارات در موارد خاص می‌باشد؟ در صورتی که جبران خسارت ناشی از درک حادث نیز به ذمه ضامن عهده مستقر می‌گردد آیا ایجاد این مسئولیت منوط به تصریح در عقد ضمان عهده می‌باشد یا خیر؟ برخی فقها در مورد ضمانت درک حادث چه توسط ضامن عهده و چه غیر او حکم صریح و جازم به بطلان داده‌اند. مثلاً صاحب مفتاح‌الکرامه به نقل از کتب مبسوط، شرایع، تحریر الوسيله و مسالک می‌گوید: ضمان درک حادث برای مشتری در مورد بنا و غرس صحیح نیست چرا که

^۱ - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین، جلد چهارم، همان منبع، ص ۲۹۸.

ضمان ما لم یجب بوده و حین عقد ارشی به عهده بایع نیست و تنها پس از قلع است که مشتری مستحق اخذ ارش می‌باشد.^۱

همچنین صاحب جواهر بیان داشته اند: «اگر ضمانت درک حادث برای مشتری توسط ضامن برای صورت مستحق اللغیر در آمدن مبیع و قلع بنا و نهال‌های غرس شده شود، چنین ضمانتی چون از جمله ضمانت‌های ما لم یجب است صحیح نیست با این توضیح حین العقد و حتی پس از آن چیزی بر ذمه بایع نبوده و تنها بعد از قلع است که مسئولیت خسارت مزبور بر ذمه وی بار می‌گردد.^۲ در ادامه ایشان وجود سبب را کافی برای تجویز چنین ضمانتی نمی‌دانند.

برخی دیگر از فقها نیز هر چند به طور جازم حکم به بطلان چنین ضمانتی نداده‌اند اما عدم صحت را قوی دانسته‌اند و برخی دیگر صحت ضمانت درک را اظهر شمرده‌اند و نیز نقل شده است که حکم مزبور در لمعه جوازش اقوی شمرده شده است.^۳

در نهایت در مقام جمع‌بندی نظر فقها و حقوقدانان می‌توان گفت که ضمانت درک حادث علاوه بر صحیح بودن و وارد نبودن اشکال ما لم یجب به استناد کفایت سبب (عقد بیع فضولی یا مبتنی بر غرور) برای مشغولیت ذمه بایع و در نتیجه صحت ضمانت از آن، در زمره ضمانت از خسارت و تبعات بیع مزبور قرار گرفته و با عنایت به اینکه ضامن عهده را علاوه بر رد ثمن مسئول جبران خسارت وارده دانسته درک حادث نیز در ردیف خسارات مزبور است لاقلاً در صورت تصریح ضمانت مذکور صحیح و بلا اشکال است و در فرض عدم تصریح به درک حادث و انعقاد ضمانت مذکور به صورت مطلق نیز به نظر می‌رسد ضامن عهده مسئول این قبیل خسارات نیز هم هست.

گفتار دوم- در موارد حدوث بطلان

نظر مشهور بین فقها و حقوقدانان این است که ضمانت عهده از بیعی که از اصل باطل بوده است صحیح است و ضمانت عهده در صورت فسخ، اقاله یا تلف مبیع قبل از قبض محل بحث و نزاع واقع شده است. عده‌ای چنین ضمانت عهده‌ای را الزام آور ندانسته ذمه ضامن را از آن بری می‌دانند. همچنین در فرضی که بیع به علت خیار تلف مبیع قبل از قبض فسخ گردد؛ دلیل حکمشان را نیز چنین بیان می‌کنند که چون در حین عقد ضمانت در چنین فرض‌هایی دینی وجود نداشته ضمانت از آن، ضمانت از مالم یجب است و لذا باطل می‌باشد کما اینکه ماده ۶۹۱ قانون مدنی می‌گوید

^۱- الحسینی العاملی، محمد جواد، مفتاح الکرامه، جلد ۵، ص ۳۹۱.

^۲- نجفی، محمد حسین، جواهر الکلام، جلد بیست و ششم، صص ۱۴۸- ۱۵۰.

^۳- الحسینی العاملی، محمد جواد، منبع پیشین، همان جلد، همان صفحه.

ضمان از دینی که سبب آن ایجاد نشده باطل است. بنابراین در بیع‌هایی که بطلان آن بعداً حادث شود ضمانت عهده را باطل می‌دانند و در مورد اعمال خیار نیز معتقدند هر چند سبب آن عیب یا غبن و یا تدلیس در زمان عقد وجود داشته است لیکن پس از انتخاب فسخ یا اارش است که ذمه بایع مشخصاً مشغول می‌گردد و قبل از آن هر چند نمی‌توان بایع را کلاً بری الذمه دانست لیکن تا زمانی که عقد باقی بوده مشتری فسخ یا اارش را انتخاب ننموده و لذا بایع ملزم به رد ثمن نیست و در تاریخ ضمان بایع، چیزی به عهده بایع نبوده که ضامن آنرا بر ذمه گیرد.

برخی^۱ در حل این اختلاف چنین اظهار نظر نمودند که اگر شرط صحت ضمان ثبوت دین بر ذمه مدیون باشد تفصیل فوق صحیح و اشکال مزبور وارد بوده ضمان عهده در فروض مورد بحث را نمی‌توان تجویز نمود، اما اگر وجود سبب را کافی برای تجویز ضمان بدانیم چنانکه ماده ۶۹۱ بر آن تأکید دارد، صرف وجود عیب، غبن، تدلیس در حین عقد کافی برای احراز لزوم رد ثمن بوده، ضمان عهده از آن صحیح و تنها اعمال حق مزبور است که به عهده خریدار گذاشته شده است.

برخی^۲ از ماده ۶۹۷ ق.م. اطلاق‌گیری کرده‌اند تنها درک را محدود به عیوب سابق و بیع و بطلان قبلی نمی‌دانند که اصولاً آنرا محدود به موارد فساد عقد بیع نکرده شامل تمامی درک‌ها اعم از اینکه ناشی از فساد بیع باشد و یا غیر آن دانسته‌اند و تصریحاً ضمان عهده را شامل کلیه مصادیق درک نظیر موارد فساد عقد بیع، خیارات تدلیس، عیب و غبن تلف مبیع قبل از قبض دانسته‌اند و از فقهای امامیه سید محمد کاظم طباطبایی یزدی ضمان عهده را در تمام موارد فسخ اقاله و بطلان تجویز می‌کند^۳. صاحب جواهر در مورد تجدد بطلان یا فسخ معتقد است که چه فسخ بواسطه عیب سابق باشد و چه به واسطه عیب لاحق، بنابر مشهور از شمول ضمان عهده خارج است و حتی اگر در عقد ضمان عهده بر آن تصریح شده باشد به دلیل ما لم یجب بودن، چنین ضمانتی را باطل دانسته است.^۴ اما با بررسی عقاید فقها و حقوقدانان در زمینه شمول موارد بطلان و فسخ به ضمان عهده می‌توان بیان داشت که: عده زیادی از فقها ضمان عهده را ناظر به مستحق اللغیر در آمدن مبیع و حداکثر موارد بطلان از اصل دانسته‌اند و موارد تجدد بطلان را به تعبیر خودشان از شمول ضمان عهده خارج دانسته‌اند. زیرا معتقدند بمجرد تفریط مستلزم مشغولیت ذمه بایع و ضامن آن نمی‌گردد

^۱ - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین جلد چهارم، صص ۳۰۳ و ۳۰۴.

^۲ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، عقد ضمان، صص ۲۴۹ و ۲۵۰.

^۳ - طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، عروه الوثقی، جلد دم، ص ۳۳۰.

^۴ - نجفی، محمد حسین، جواهر الکلام، جلد بیست و ششم، همان منبع، ص ۱۴۷.

و بطلان و فسخ متأخر و متعاقب عقد چون عقد را از ابتدا باطل نمی‌سازد لذا از محل ضمان عهده خارج است. عبارت دیگر عده زیادی از فقها با استناد به ما لم یجب بودن ضمان عهده در فروض تجدید بطلان صحت چنین ضمانی را نپذیرفته‌اند لاقلاً در صحت آن تردید نموده‌اند و متقابلاً برخی دیگر با تمسک به دلایلی نظیر مصالح عمومی بودن و نیز کفایت تحقق سبب در تجویز ضمان عهده مورد بحث و قیاس اولویت، سعی در تجویز و صحیح دانستن ضمان عهده مزبور نموده‌اند. بنظر می‌رسد قول آن عده از فقها و حقوقدانان که قائل به تفکیک بین عیوب سابق و لاحق بوده‌اند پذیرفتنی باشد؛ چرا که در مورد عیوب سابق، مقتضی که همان وجود سبب در حین عقد مسلماً موجود و مانع حکم به صحت، مفقود بوده است لذا حکم به تصحیح و تجویز چنین ضمانتی را کرده‌اند لیکن در مورد عیوب لاحق و بطلان‌های مجددی که مبتنی بر عیوب لاحق می‌باشد باید توقف نمود حکم جازم به صحت آن نمی‌توان داد هر چند عده زیادی از صاحب‌نظران به واسطه ضرورت معاملات و نیاز مردم به نظایر اینگونه ضمان در معاملاتشان سعی در توجیه و تجویز اینگونه ضمان‌ها با تمسک به دلایلی نموده‌اند که چندان هم خالی از قوت نیست.

گفتار سوم - ارش

گاهی مشتری پس از آگاهی و اطلاع یافتن از عیوب مبیع عقد مزبور را فسخ ننموده بلکه با پذیرش مبیع معیوب و بقاء بر معامله قبلی مطالبه ارش می‌نماید که عبارت است از مابه‌التفاوت قیمت مبیع معیوب و ثمن پرداخت شده. حال در این گفتار در صدد پاسخگویی به این پرسش هستیم که آیا در فرض انتخاب اخذ ارش از سوی مشتری، ضامن عهده، مسئولیتی دارد یا خیر؟ برخی^۱ بطور صریح چنین فرضی را مشمول ضمان عهده دانسته نفوذ ضمان عهده را نسبت به مطالبه ارش بسیار ساده‌تر و مسلم‌تر از موارد تجدید بطلان و رد ثمن و فسخ دانسته‌اند با این بیان که در اثر عیب سبب تعهد این نسبت به مشتری محقق است و مشتری با آگاهی از آن می‌تواند ایفاء این تعهد را مطالبه کند هر چند این اختیار به مشتری داده شده که با فسخ بیع تمامی ثمن را مسترد دارد لیکن این حق منافاتی با مطالبه ارش به عنوان بخشی از ثمن یا عامل مکمل بیع و جبران ضرر و خسارت مشتری ندارد و محقق ثانی، صاحب جواهر، علامه حلی ضمانت بایع در رد ثمن را در موارد تجدید بطلان نپذیرفته‌اند یا لاقلاً در آن تردید نموده‌اند در مورد ضمانت عهده ارش حکم به صحت جواز چنین ضمانتی نموده‌اند. ایشان معتقداند چون ماده ۷۰۸ ق.م. در مورد بری شدن ضامن در صورت فسخ یا اقاله شامل این موارد نمی‌گردد و ارش غرامتی است که بر اثر عیب مبیع برعهده فروشنده قرار می‌گیرد ضمان عهده شامل آن می‌شود هر چند به آن تصریح نگردیده باشد.

^۱ - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین، جلد چهارم، همان منبع، ص ۳۰۴.

دلیل قائلین بر صحت این نوع ضمانت از عهده، در خصوص ارش در میان فقها، این است که در حین انعقاد عقد ضمان، ارش مزبور بر ذمه بایع بار شده باشد یا خیر. آن دسته از فقها که معتقدند در حین انعقاد عقد ضمان ارش بر ذمه قرار گرفته باشد ضمانت آن را صحیح و در غیر این صورت ضمانت را ما لم یجب و باطل دانسته‌اند.

نتیجتاً می‌توان قائل بر آن نظری بود که ضمانت عهده را در خصوص ارش نیز درست و صحیح می‌داند؛ زیرا ما بین ارش و فسخ تفاوت وجود دارد چرا که ثمن با فسخ بر ذمه بایع قرا می‌گیرد اما ارش بالاصاله واجب است چرا که جزء ثمن و عوض آن بخش از مال المعاوضه است که فوت شده یعنی ثمن پرداختی معادل مبیع سالم بوده و مسلماً مبیع ناقص که تحویل شده قیمتش کمتر می‌باشد و اگر مشتری فسخ نکرد سکوت اختیار نماید نیز ارش بر عهده بایع مستقر است.

گفتار چهارم- در موارد نقصان و نامرغوب بودن ثمن

هرگاه وزنه‌ای که با آن مبیع یا ثمن را مورد کیل و وزن قرار می‌دهند خواه توسط بایع یا مشتری صورت گیرد، مورد یقین طرف مقابل نباشد، ضامنی برای نقصان احتمالی سنگ توزین ارائه می‌شود که وی را «ضامن صنجه» می‌نامند. برخی^۱ معتقدند هرگاه در ضمان عهده نسبت به نقصان سنگ تصریح نشود ضمان عهده که مطلق است با توجه به اطلاق ماده ۶۹۷ قانون مدنی شامل صنجه هم می‌شود. همچنین در برخی اوقات که مبیع معین مورد معامله از سوی مشتری مورد تردید قرار می‌گیرد که ممکن است جنس نامرغوب را بایع به جای جنس مرغوب قلمداد کرده قصد فروشش را دارد؛ در این موارد هرگاه مشتری از بایع طلب ضامن نماید تا در صورتی که پس از معامله آشکار شود حدس مشتری درست و جنس مورد معامله از نوع مرغوب نبوده طبق ماده ۳۵۳ قانون مدنی که می‌گوید هرگاه چیز معینی به عنوان جنس خاصی فروخته شود و در واقع از آن جنس نباشد بیع باطل است، بطلان بیع آشکار گردد ضامن از عهده رد ثمن به مشتری برآید یا اینکه در بیع کلی که بایع تعهد نموده مبیع معینی را از جنس مرغوب تحویل مشتری دهد آنگاه در مقام عمل از ایفای تعهد مزبور سر باز زند الزامش به انجام تعهد نیز میسر نگردد و بیع طبق ماده ۲۳۹ قانون مدنی از سوی مشتری فسخ گردد، مشتری هنگام عقد بیع از بایع ضامنی بگیرد تا در فرض اخیر الذکر عهده دار رد ثمن گردد؛ این ضمان را «ضمان ردائت یا نامرغوب بودن جنس» گفته می‌شود که به نظر می‌رسد تحت شمول عنوان ضمان عهده قرار گرفته در صورت اطلاق بتوان ضامن عهده دار را مسئول چنین فرضی نیز دانست؛ بدین بیان که به هر حال نامرغوب بودن مبیع از جمله عیوبی است که طبق ماده ۳۵۳ ق.م. منجرب به بطلان می‌تواند گردد و در نتیجه ثمنی

^۱- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، عقد ضمان، همان منبع، ص ۲۵۰.

که مشتری به بایع می‌پردازد به مخاطره افتاده، ضامن عهده نیز رد همین ثمن را در فروض بطلان، عهده‌دار گردیده است. صاحب جامع المقاصد^۱ هم در ذیل عنوان ضمان عهده از عبارت علامه در قواعد می‌گوید و نتیجه گرفته است صحت ضمان عهده تنها مخصوص ثمن نبوده لااقل در موارد نقصان صنجه، ردائت و نامرغوبی جنس شامل هر دوی ثمن و مثن نیز می‌گردد. به هر تقدیر این دو فقهای بزرگوار ضمانت عهده مزبور را تجویز نموده‌اند. صاحب مفتاح الکرامه نیز پس از تصریح به صحت و جواز ضمان عهده مزبور یادآور می‌شود که در کتاب‌های تذکره و تحریر و مسالک نیز دو ضمان صنجه و ردائت ثمن جایز و نوعی ضمان عهده به شمار آمده توضیح می‌دهد اینگونه ضمانت عهده جایی محقق می‌گردد که مشتری پس از سنجش و آزمایش و مشاهده مبیع بایع را مورد تهمت قرار داده، ثالثی نقصان صنجه یا ردائت را به عنوان ضمان عهده، عهده‌دار می‌گردد. زیرا در این دو مورد تمامی شرایط ضمان عهده وجود دارد و لذا صحیح است.

گفتار پنجم - نقش قبض ثمن در ضمان عهده بایع

گفتار حاضر از این اختلاف ناشی می‌شود که آیا «عقد بیع»، سبب مشغولیت ذمه بایع است یا «قبض ثمن»؛ اگر عقد بیع را سبب بدانیم نتیجه این است که به صرف عقد، ذمه بایع مشغول شده قبض یا عدم قبض ثمن هیچ نقشی نداشته ضمان عهده از بایع نیز به دلیل مشغول بودن وی صحیح است و ایراد ما لم یجب جاری نمی‌باشد. اما اگر قبض را سبب دین و مشغولیت ذمه بایع بدانیم طبیعتاً ضمانت عهده پیش از قبض ثمن محکوم به حکم ضمانت ما لم یجب و باطل خواهد بود. برخی^۲ از اطلاق و عموم ماده ۶۹۷ ق.م. که می‌گوید ضمان عهده از مشتری و بایع نسبت به درک مبیع و یا ثمن در صورت مستحق اللغیر در آمدن جایز است، چنین استفاده کرده‌اند که چون قانون مدنی هیچ قیدی ندارد که ضمان پس از قبض ثمن انجام گیرد لذا لزوم قبض، در حکم به صحت عقد ضمان عهده منتفی است و برای چنین حکمی دو نوع استدلال را بیان نموده‌اند: ۱- عقد بیع مرکب است از قصد تملیک مشترک طرفین راجع به ثمن و مبیع به یکدیگر و بدون تعهد یک طرف، تعهد طرف دیگر محقق نخواهد شد و چون در فرض عدم استحقاق یکی از عوضین تملیک آن غیر ممکن و تملک عوض نیز منتفی می‌گردد و قانون مدنی هم ضمان درک را از آثار بیع صحیح می‌داند لذا حکم ماده ۶۹۷ را باید بدین شکل تفسیر نمود که عقد بیع متضمن این شرط ضمنی است که در صورت مستحق اللغیر در آمدن مبیع، ثمن باید به خریدار مسترد گردد به این ترتیب عقد بیع یا شروط همراه آن سبب تعهد بایع تلقی شده لذا پیش از قبض هم بایع مشغول

^۱ - کرکی، علی بن الحسین، جامع المقاصد، ج ۵، ص ۳۲۴.

^۲ - کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص ۲۹۴ الی ۲۹۶.

الذمه و ضمانت عهده تعهدی که بر ذمه اوست صحیحاً واقع می‌گردد. ۲- می‌دانیم که در ضمان عهده ضامن متعهد بازگرداندن مبیع یا ثمن نیست بر خلاف ضمان خود متعاملین، چرا که ثمن و مبیع در اختیار وی نبوده تعهد ضامن در اصل به این صورت است که متصرف را راضی به استرداد مال نماید و در صورت عدم موفقیت در این امر خسارت عدم انجام تعهد خویش را بپردازد. و این تعهد با تعهد متعاملین یعنی رد کردن مال، یکی نیست. لذا چنین ضمانتی به معنی واقعی نیست که ضامن عین تعهدی را که بر عهده بایع است به ذمه خویش منتقل سازد و به همین دلیل هم هر چند صاحب‌نظران همه تحت عنوان ضمان از آن بحث می‌نمایند لیکن نتایج احکام عمومی ضمان به معنی اصطلاحی نمی‌باشد لذا ضرورتی ندارد که برای حکم به صحت آن دین یا سبب آن در ذمه مدیون اصلی ثابت باشد. لذا طبق تحلیل ماده ۶۹۷ حکمی صحیح و مطابق با اصول داده و خدشه‌ای بر آن وارد نیست. از بین فقها نیز صاحب جامع الشتات معتقد است هر چند بسیاری از فقها صحت ضمان عهده را مشروط و مقید به این نموده‌اند که مشتری ثمن را تسلیم نموده باشد بلکه تصریح به عدم صحت در صورت عدم تسلیم نموده‌اند به این دلیل که ضمان ما لم یجب است.^۱

صاحب مفتاح الکرامه می‌گوید در ضمان عهده به نفع مشتری از جانب بایع شرط شده است که ثمن تسلیم و قبض گردیده باشد و اجماع علما و عرف مردم بر این شرط صحت گواه است و در کتاب‌های المبسوط، شرایع، لمعه، شرط قبض مطرح نشده است هر چند اکثر کتب صحت عقد ضمان عهده را مقید به این شرط دانسته‌اند از جمله کتاب‌های الوسیله، تذکره و تحریر به این شرط تصریح نموده‌اند به نظر صاحب مفتاح الکرامه فقهای که به این شرط اشاره ننموده‌اند نیز به آن قائل هستند. چرا که علما اجماع دارند بر اینکه در صحت ضمان لازم است که حین العقد حقی بر ذمه مضمون عنه ثابت باشد تا بتوان ضامن را ملکف به ادای آن دانست.^۲

در نهایت و در مقام جمع بندی مطالب که در این گفتار ذکر شد، می‌توان گفت: حقوقدانان بیشتر متمایل به عدم شرطیت قبض در صحت عقد ضمان عهده به خصوص با عنایت به عموم و اطلاق ماده ۶۹۷ ق.م. داشته و کوشیده‌اند اشکال مهم ضمانت ما لم یجب را که عده زیادی از فقها مطرح نموده‌اند به گونه‌ای دفع نمایند. به هر تقدیر دیدیم که در بین فقها عده‌ای متمایل به این بوده و یا تصریح به عدم شرطیت قبض در صحت عقد ضمان عهده نموده بودند.

^۱- جیلانی قمی، میرزا ابوالقاسم، جامع الشتات، جلد سوم، ص ۶۳.

^۲- حسینی، سید محمد جواد، مفتاح الکرامه، جلد ۵، ص ۳۷۴.

نتیجه گیری

۱- ضمان عهده به عنوان یکی از نهادهای حقوقی است که گذشته از پذیرفته شدن و رواج در عرف، توسط فقها مجاز شمرده شده و قانونگذار نیز در ماده ۶۹۷ قانون مدنی این عقد را مورد تأیید و پذیرش قرار داده است. از اینکه عموم فقهای امامیه و نیز حقوقدانان در بیان چگونگی انعقاد آن، آنرا مقید به عبارت عقدی یا صیغه خاصی ننموده‌اند نیز اجازه داده‌اند که این عقد با هر عبارتی که مفید معنای اراده شده از عقد ضمان باشد، منعقد گردد، می‌توان گفت که این عقد در زمره عقود تشریفاتی نبوده بلکه چنانچه اصل نیز موید است عقدی رضایی می‌باشد که در کنار این وصف و اوصاف کلی دیگر را نیز دارا است که برای تحقق هر عقدی لازم می‌باشد. از جمله اوصاف عقدی، عهدی، تبعی، تسامحی و لازم الاجرا بودن و لازم بودن.

۲- از آنجا که عهده بمعنی مسئولیت و تعهد است و طی عقد ضمان عهده، ضامن، متعهد پرداخت و مسئولیت استرداد ثمن در صورت مستحق اللغیر در آمدن مبیع یا سایر موارد بطلان اعم از بطلان از اصل نظیر فاسد بودن عقد به دلیل فقدان شرطی از شروط صحت یا تجدد بطلان نظیر فسخ بواسطه خیار می‌گردد، لذا ضمان مزبور، ضمان عهده نامیده شده است.

۳- در عین مباحثی که راجع به ضمان عهده داشتیم هر چند عموم مباحث اخلاقی بین فقها و نیز به تبع بین حقوقدانان بود لیکن نظریات مختار بر اثر رأی اکثر و استدلالات به این شرح جمع‌بندی شد که: راجع به درک حادث عموماً در صورت تصریح بدان در حین عقد حکم به صحت نمودند هر چند عده‌ای نیز صحت آنرا به استناد مالم یجب بودن حتی در فرض تصریح در عقد نپذیرفتند به هر تقدیر در مورد سکوت و مطلق گذاشته شدن ضمان عهده نیز ظاهراً شامل خسارات ناشی از درک حادث می‌باشد.

۴- راجع به موارد بطلان علیرغم اختلافات شدید فقها و حقوقدانان و پراکندگی آرا و نظرات، به این نتیجه رسیدیم که ظاهراً آن دسته از موارد بطلان که بواسطه عیوب سابق بر عقد ضمان بوده مشمول ضمان عهده است و مابقی یعنی آنچه بواسطه عیوب لاحق بر عقد ضمان به بطلان انجامیده از مشمول ضمانت عهده خارج و ضامن عهده، مسئولیتی در قبال آنها نخواهد داشت.

۵- در مورد ضمانت عهده و مسئولیت ضامن مزبور راجع به ارش می‌توان گفت: هر چند عده‌ای به استناد ما لم یجب بودن سعی در خدشه و ایراد بر صحت ضمان عهده راجع به ارش داشتند، اما ظاهراً با عنایت به استدلالات ارائه شده و مباحث مطروحه حکم به صحت و مشمولیت ارش در زمره مسئولیت‌های ضامن در ضمان عهده می‌باشد. کما اینکه ضمان عهده از سوی صاحب‌نظران عموماً ناظر به موارد نقصان و ردائت و نامرغوبی ثمن و نیز صیغه شناخته شده است و بر صحت مسئول واقع شدن ضامن در فروض مزبور تصریح و تأییدات زیادی صورت گرفته است.

۶- همچنین به نقش قبض در ضمان عهده پرداخته شد بدین بیان که: بنا به اعتقاد برخی فقها و حقوقدانان قبض شرط صحت ضمان عهده می‌باشد و ضمانت عده ثمن یا مبیع غیر مغبوض را باطل شمرده بودند. اما برخی دیگر مستدلاً و منطبق با رأی عده زیادی از فقها و حقوقدانان شرطیت قبض را مورد تردید قرار داده‌اند و برای آن نقشی در صحت ضمان عهده نپذیرفتند و عمده مبنا در استدلال بر نظر مختار نیز همان کفایت سبب بود و قبض در این موارد هم مصداق نداشته و شرط صحت ضمان عهده نیست.

۷- نهایتاً اینکه عموم فقها و حقوقدانان ضمان عهده را در مورد عقد بیع مطرح ساخته، آنرا تنها ناظر به عدم استحقاق مبیع ندانسته و در مورد ثمن هم پذیرفته‌اند. ضمان عهده را علیرغم تأسیس ابتدایی محدود به استرداد ثمن ندانسته و علیرغم تفاوتی که بین ضمان عهده و ضمان درک به معنی عام قائلند در مواردی که اشاره شد علاوه بر استرداد ثمن مسئولیت جبران برخی خسارات را به دوش ضامن عهده، بار کرده‌اند. همچنین باید به تفاوت ضامن ثمن و ضامن عهده ثمن از دید فقها دقت کرد که ضامن ثمن عهده‌دار می‌گردد در صورت عدم پرداخت از جانب مشتری وی شخصاً ثمن را تأدیه نماید که با توضیحات ذکر شده تفاوت مسئولیتش با ضامن عهده روشن و آشکار می‌باشد که ضمان عهده هر چند اصطلاحاً ضمان نامیده شده اما قواعد کلی ضمان، بری الذمه شدن متعامل اصلی مضمون عنه با عقد ضمان عهده و انتقال مشغولیت ذمه به ضامن و غیره در ضمان عهده قابل تطبیق نیست و در نامیدن آن به عنوان ضمان اندکی تسامح بکار رفته است.

فهرست منابع

- ۱- الحسینی العاملی، محمد جواد، مفتاح الکرامه، جلد ۵، مصر، چاپ البیروت، ۱۳۴۴ هـ.ق.
- ۲- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دانشنامه حقوقی جلد دوم، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم، سال چاپ ۱۳۷۹.
- ۳- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، جلد سوم، انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، سال چاپ ۱۳۷۹.
- ۴- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، رهن و صلح، انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، سال چاپ ۱۳۷۹.
- ۵- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، سال چاپ ۱۳۷۹.
- ۶- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق تعهدات، جلد اول، انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، سال چاپ ۱۳۷۹.

- ۷- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، عقد ضمان، انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، سال چاپ ۱۳۷۹.
- ۸- جیلانی قمی، میرزا ابوالقاسم، جامع الشتات، جلد سوم، چاپ سنگی، تهران، سال چاپ ۱۳۷۶.
- ۹- حکیم، سید محسن، نهج الفقهاهه، جلد اول، چاپ سربی، نجف، ۱۳۷۱ هجری قمری.
- ۱۰- حکیم، سید محسن، مستمسک عروه الوثقی، جلد ۱۳، نشر مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۳۷۸.
- ۱۱- خوبی، سید ابوالقاسم، منهاج الصالحین، جلد دوم، قم، چاپ سنگی، ۱۳۷۸ هجری قمری.
- ۱۲- طباطبایی، محمد کاظم یزدی، عروه الوثقی، جلد دوم، کتاب ضمان ص ۳۲۱. حاشیه بر مکاسب، جلد اول، ص ۱۸۴.
- ۱۳- علامه حلی، تذکره الفقها، جلد دوم، چاپ سنگی، در دو جلد، سال چاپ ۱۳۷۰.
- ۱۴- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، دوره عقود معین، جلد چهارم، انتشارات بنیاد حقوقی کاتوزیان، آثار برگزیده حقوقی، چاپ پنجم، سال چاپ ۱۳۸۵، ص ۲۲۵.
- ۱۵- کاتوزیان، ناصر، اثر عقد ضمان ۲، مجله کانون وکلای دادگستری، شماره ۳۷، فروردین اردیبهشت ۱۳۳۳.
- ۱۶- کرکی، علی بن الحسین، جامع المقاصد، ج ۵، تهران، انتشارات دارالاسلام، سال چاپ ۱۳۷۸.
- ۱۷- نائینی، میرزا حسین، منیه الطالب، چاپ سنگی، در دو جلد، تهران، چاپخانه حیدری، ۱۳۷۶.
- ۱۸- نجفی، شیخ محمد حسین، جواهر الکلام، ج ۴، چاپ سنگی خوانساری، قم، ۱۳۶۷.
- ۱۹- یزدی طباطبایی، سید کاظم، عروه الوثقی، جلد دوم، چاپ سنگی در دو جلد، تهران، ۱۳۷۷.

ماهیت، انواع و آثار ظهن‌نویسی در قانون تجارت، لایحه جدید تجارت و قانون متحدالشکل ژنو

فاطمه عامری *

چکیده

ظهن‌نویسی به عنوان یکی از اعمال حقوقی با ماهیت حقوقی ایقاع می‌باشد که دارای ماهیت خاص و آثار حقوقی مختص به خود است. قانون تجارت ایران در زمینه تعریف ظهن‌نویسی مقرراتی را پیش‌بینی ننموده است. آثار آن هم به طور پراکنده بیان شده و متأسفانه در این زمینه دارای نظم و ترتیب خاصی نیست. از سوی دیگر در زمینه بیان انواع ظهن‌نویسی چندان دقت لازم به کار بسته نشده و در برخی از انواع موارد ظهن‌نویسی هم، اختلاف در پذیرش یا عدم پذیرش آن وجود دارد. در لایحه جدید تجارت بسیاری از ابهامات موجود در قانون تجارت در زمینه ظهن‌نویسی رفع شده و تا حدودی موارد اختلافی را هم مورد بررسی قرار داده است. پرداختن به هر یک از این موارد یعنی بررسی ماهیت حقوقی ظهن‌نویسی، انواع و آثار هر یک از ظهن‌نویسی‌ها، بررسی دیدگاه قانونگذار در قانون تجارت و لایحه جدید، مواردی هستند که سعی محقق در تحقیق کنونی است.

واژگان کلیدی: ظهن‌نویسی. ماهیت ظهن‌نویسی. انواع ظهن‌نویسی. آثار ظهن‌نویسی. قانون تجارت. لایحه جدید تجارت. مقررات ژنو.

مقدمه

شناخت تعاریف ظهن‌نویسی از مهمترین اقداماتی است که در بررسی حقوق اسناد تجارتي

* کارشناس حقوق قضایی

می‌توان اشاره داشت. مبحث بسیار مهم که در میان مباحث حقوق اسناد تجاری از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. ظهرنویسی دارای انواع مختلف است و بررسی آثار هر یک از آنها می‌تواند مؤثر در روند مباحث حقوقی مربوط به حقوق تجارت تلقی گردد. از جمله ظهرنویسی به عنوان انتقال، ظهرنویسی به عنوان وکالت، ضمانت و وثیقه است. از مهمترین انواع ظهرنویسی، ظهرنویسی به عنوان انتقال است. این ویژگی تا آنجایی مهم و اساسی است که برخی از حقوقدانان شرط عدم انتقال این گونه اسناد را و یا خط خوردن حواله کرد مندرج در این اسناد را، مخالف مقتضای ذات اینگونه اسناد می‌دانند. در ظهرنویسی به عنوان وکالت دیگر بحث انتقال مطرح نبوده و صرفاً اعطای وکالت مطرح می‌باشد. البته این امر دارای فوائد خاص خود بوده که در آینده بدان پرداخته می‌شود. در ظهرنویسی به عنوان وثیقه نیز چنین است که اسناد تجاری به عنوان وثیقه قابل پذیرش باشند که البته در این زمینه دیدگاه‌ها و اختلاف نظرهای بسیار وجود دارد. بررسی تعریف و ماهیت و آثار هر یک از این نوع ظهرنویسی‌ها بسیار مهم است که پرداختن بدانها هدف محقق کنونی است.

فصل اول - مفهوم و ماهیت ظهرنویسی

مبحث اول - مفهوم ظهرنویسی

گفتار اول - معنای لغوی ظهرنویسی

باید بین دو مفهوم لغوی و حقوقی تفکیک نمود. اگر چه معنی لغوی ظهرنویسی، چندان دور از معنی حقوقی آن نیست. مفهوم ظهرنویسی همان معنی متداول در تجارت را به خود اختصاص داده است؛ واژه «ظهر» کلمه عربی بوده و در لغت به معنی: «پشت، مقابل و متضاد رو»، می‌باشد و «ظهر نویسی» به معنای «پشت نویسی بوده^۱ و وسیله‌ای برای انتقال اسناد تجاری است». این اصطلاح از موارد کاربردی حقوق تجارت می‌باشد. از سوی دیگر کلمه ظهر^۲ و ظهر ورقه سند تجاری^۳ در انگلستان^۴ و فرانسه^۵ همان معنایی مدنظر است که در اکثر نظام‌های حقوقی دنیا مورد پذیرش قرار گرفته و به معنای واحد مورد توجه قانونگذاران کشورهای مختلف بوده است.^۶

گفتار دوم - معنای حقوقی ظهرنویسی

^۱ - عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، انتشارات مؤسسه امیر کبیر، تهران، چاپ هجدهم، ۱۳۸۰، لغت ظهر و ظهرنویسی، ص ۸۵۲.

^۲ - Over leaf, reverse endorsement, side, back side.

^۳ - back a bill

^۴ - A. Garner, Brayan, Black's law dictionary, eighth edition, Thomson West pub, 2008, p 595 & 1251.

^۵ - Dos verso.

^۶ - جریح، منی، معجم المصطلحات القانونیه، انتشارات خرسندی، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص ۴۱۴.

در ایران ظهرنویسی را می‌توان بدین معنی تعبیر کرد: «این لغت در واژگان حقوق مدنی و بیشتر در حقوق تجارت کاربرد دارد. ظهرنویسی عبارت است از اینکه دارنده سند، به‌ویژه سند تجاری، در ظهر آن سند، خطاب به مدیون خود دستور یا اذن می‌دهد که وجه سند را به ثالثی معین بدهد. این نوع ظهرنویسی را ناقل می‌گویند. در مقابل این نوع ظهرنویسی ظهر نویسی توکیلی وجود دارد^۱». بنابراین همانطور که ملاحظه می‌گردد و در مطالب فوق نیز بدان اشاره گردید، می‌توان دریافت که معنی لغوی و اصطلاح حقوقی ظهرنویسی چندان با هم غریب نبوده و با توجه به اینکه معنی لغوی آن برگرفته از عرف و عام تجارت و آنچه میان تجار در عملیات تجاری بوده، لذا بر همین اساس ورود آنرا باید بر اساس عرف تجاری و ویژه حقوق تجارت دانست. همچنین «ظهرنویسی، وسیله انتقال برات است که از طریق امضاء و تسلیم ورقه برات به شخصی که منتقل الیه یا دارنده جدید خوانده می‌شود صورت می‌گیرد. چون عبارتی که انتقال برات را می‌رساند در ظهر (پشت) ورقه برات قید می‌شود، این عمل حقوقی، ظهرنویسی (پشت نویسی) نام گرفته است^۲».

فصل دوم- انواع ظهرنویسی

مبحث اول- ظهرنویسی به عنوان انتقال

این ظهرنویسی از سایر انواع آن معمول‌تر است و ماده ۲۴۵ ق.ت. در اولین ماده ظهرنویسی آنرا پیش‌بینی نموده است. ظهرنویسی معمولاً برای انتقال برات صورت می‌گیرد و استفاده از آن در مواردی که دارنده، برات را تنزیل می‌کند، شایع است. برای آنکه منتقل الیه بتواند از مزایای چنین انتقالی استفاده کند، ظهرنویسی از نظر شکلی و ماهوی باید با مقررات قانون تجارت منطبق باشد.

گفتار اول- شکل ظهرنویسی

مهمترین شرایط شکلی ظهرنویسی اسناد تجاری عبارتند از: «امضاء شخص ظهرنویسی، قید نام منتقل الیه و تاریخ ظهرنویسی». لذا می‌توان شکل‌های مختلف ظهرنویسی را هم بیان داشت: «ظهرنویسی با نام و بی‌نام و یا در وجه حامل». صدور اسناد تجاری به صورت حامل جایز است مگر در خصوص برات که حتماً می‌بایست در وجه شخص معین صادر شود اما انتقالات بعدی برات می‌تواند به صورت در وجه حامل صورت گیرد. در ظهرنویسی تاریخ هم باید قید گردد. قید

^۱ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات کتابخانه گنج دانش، تهران، سال چاپ ۱۳۷۹، ص ۳۵۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، انتشارات کتابخانه گنج دانش، تهران، سال چاپ ۱۳۷۹،

ش ۹۱۹۱ ص ۲۴۶۴. عبادی، محمد، حقوق تجارت، انتشارات سمت، تهران، چاپ دوم، سال چاپ ۱۳۸۱، ص ۲۱۰.

^۲ - اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت، جلد سوم، انتشارات سمت، چاپ دوازدهم، سال چاپ ۱۳۸۷، ص ۹۶.

تاریخ به منظور شناخت اهلیت امضاء کننده و ممنوع نبودن او از دخالت در اموال می‌باشد. قید نام منتقل الیه به منظور شناخت بهتر فرد دارنده سند تجاری است. امضاء ظهرنویس مهمترین رکن اعلام اراده ظهرنویس در بیان انتقال آن می‌باشد. در قانون تجارت این موارد به صراحت پیش‌بینی نشده است اما در لایحه جدید تجارت این امر در ماده ۷۱۹ آمده و نقص را جبران نموده است.^۱ اما اشکال آن، اجباری ندانستن تاریخ در زمان ظهرنویسی است.

گفتار دوم- مندرجات ظهرنویسی

طبق ماده ۲۴۶ ق.ت: «ظهرنویسی باید به امضای ظهرنویس برسد. ممکن است در ظهرنویسی، تاریخ و اسم کسی که برات به او انتقال داده می‌شود، قید گردد».

الف) امضای ظهرنویس: امضای ظهرنویس در ورقه برات، به مفهوم رضایت او به انتقال برات است. برخلاف مورد صدور، ظهرنویسی فقط با امضای ظهرنویس معتبر است و مهر او موجب انتقال برات نیست. این تفاوت میان ظهرنویسی از یک سو و صدور و قبولی برات گیر از سوی دیگر قابل توجه نیست و معلوم نیست چرا قانونگذار در این باره، میان این اعمال حقوقی تفاوت قائل شده است. قانون تجارت به صراحت قید نکرده است ظهرنویسی باید در پشت ورقه برات صورت گیرد؛ بعضی گفته‌اند با توجه به نام این عمل حقوقی به نظر می‌رسد ظهرنویسی باید در پشت ورقه برات صورت گیرد.^۲ این نظر قابل پیروی نیست؛ زیرا ظهرنویسی یک عمل حقوقی است که به وسیله دارنده انجام می‌شود، چه در روی برات باشد، چه در ظهر آن، از اعمال حقوقی دیگری که روی برات می‌شود قابل تشخیص است. هیچ قاعده منطقی‌ای، غیرقابل انتقال بودن مجدد برات را، به صرف اینکه برات جای ظهرنویسی ندارد، تجویز نمی‌کند. لذا، می‌توان برات را پس از پر شدن ظهر آن، با ضمیمه کردن ورقه‌ای به خود برات، مجدداً ظهرنویسی کرد. مع ذلک، باید انضمام ورقه به برات به گونه‌ای صورت گیرد که در مورد وجود رابطه بین برگه ضمیمه شده و ظهرنویسی برات هیچ تردیدی به وجود نیاید. علاوه بر امضای ظهرنویس، هویت او نیز از امور الزامی است که در ماده ۷۱۹ لایحه جدید تجارت مورد پیش‌بینی قرار گرفته است.

ب) قید نام منتقل الیه: ماده ۲۴۶ ق.ت. مقرر می‌کند: «... ممکن است در ظهرنویسی اسم کسی که برات به او انتقال داده می‌شود، قید گردد». قید عبارت «ممکن است» در این ماده می‌رساند که برات را می‌توان به نام شخص معین و یا به صورت سفید امضاء و یا حامل ظهرنویسی کرد. در ماده

^۱ ماده ۷۱۹ لایحه جدید تجارت: «ظهرنویسی با درج هویت و امضای ظهرنویس و هویت شخصی که برات به نام او ظهرنویسی می‌شود محقق می‌شود. ممکن است تاریخ ظهرنویسی و نشانی ظهرنویس نیز در برات درج گردد».

^۲ ستوده تهرانی، حسن؛ همان منبع، ص ۵۰ و اعظمی زنگنه، عبدالحمید؛ حقوق بازرگانی، دانشگاه تهران، چاپ چهارم، ۱۳۵۱، ص ۲۲۹.

۷۱۹ لایحه جدید به صراحت قید شده است که نام منتقل الیه باید در ظهرنویسی قید شود و شاید این شبهه را ایجاد کند ظهرنویسی فقط به صورت در وجه معین است نه در وجه حامل، اما در لایحه جدید تجارت مقررات خاص در زمینه اسناد حامل بیان و این امر مورد پذیرفته شده است.

در میان اسناد تجاری تنها برات را نمی‌توان در وجه حامل صادر کرد؛ زیرا ماده ۲۲۶ قانون تجارت ناظر به بند ۷ ماده ۲۲۳ آن، صدور چنین براتی را ممنوع کرده است، اما به حکم ماده ۲۴۶ قانون تجارت، ظهرنویسی در وجه حامل، همانند ظهرنویسی سفید امضاء مجاز است. در حقوق فرانسه (ماده ۸-۵۱۱ L. قانون تجارت)، ظهرنویسی در وجه حامل در حکم برات سفید امضاءست. همین راه‌حل در ماده ۱۲ قانون متحدالشکل ژنو نیز پیش‌بینی شده است.

ج) تاریخ ظهرنویسی: ماده ۲۴۶ قانون تجارت قید تاریخ ظهرنویسی را ضروری ندانسته است. البته این امر در ماده ۷۱۹ لایحه تجارت بر این منوال و قید تاریخ در ظهرنویسی الزامی و اجباری دانسته نشده است. مع‌ذلک، قید تاریخ از جهات مختلف مفید است و به خصوص برای تشخیص اهلیت ظهرنویس ضروری است. هرگاه ظهرنویس در زمان ظهرنویسی اهل نبوده و یا اهلیت خود را از دست داده و یا ورشکسته شده باشد، ظهرنویسی او باطل خواهد بود؛ به همین علت، با اینکه قانونگذار قید تاریخ را از شرایط صحت ظهرنویسی ندانسته است، در ماده ۲۴۸ تأکید می‌کند: «هرگاه ظهرنویس در ظهرنویسی تاریخ مقدمی قید کند مزور شناخته می‌شود». البته این امر نیز در ماده ۷۲۷ لایحه جدید تجارت مورد پیش‌بینی قرار گرفته و می‌توان همین استنباط را از تصریح این ماده بیان داشت. ماده ۷۲۷ لایحه جدید بیان می‌دارد: «چنانچه در ظهرنویس در ظهرنویسی تاریخ مقدمی را قید کند به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود^۱». لذا تصریح به تاریخ ظهرنویسی، از این نظر نیز علاوه بر موارد ذکر شده فوق، بسیار مفید خواهد بود. در حقوق فرانسه، قید تاریخ فایده دیگری نیز دارد و آن این است که معلوم می‌کند، ظهرنویسی قبل از اعتراض به عمل آمده است، یا بعد از آن، تشخیص این امر از آن رو مهم است که آثار ظهرنویسی در این دو زمان با یکدیگر متفاوت است.^۲ در حقوق ما که قانونگذار ظهرنویسی بعد از اعتراض را منع نکرده است،

^۱ - محکومیت به حبس تعزیری درجه شش مستند به ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب بهمن ماه ۱۳۹۰ عبارت است از: «حبس بیش از شش ماه تا دو سال، جزای نقدی بیش از بیست میلیون تا هشتاد میلیون ریال، شلاق از سی و یک تا نود و نه ضربه، محرومیت از حقوق اجتماعی بیش از شش ماه تا پنج سال، انتشار حکم قطعی در رسانه‌ها».

^۲ - به موجب بند ۱ ماده ۱۴-۵۱۱. ق.ت. فرانسه و نیز ماده ۲۰ قانون متحدالشکل ژنو، ظهرنویسی پس از تاریخ سررسید میسر است و دارای همان آثار ظهرنویسی قبل از سررسید است. مع‌ذلک اگر ظهرنویسی بعد از واخواست عدم پرداخت صورت گرفته باشد، در حکم انتقال مدنی خواهد بود. در صورت عدم اثبات خلاف، چنین فرض می‌شود که ظهرنویسی بدون تاریخ، قبل از مهلت انجام دادن اعتراض عدم پرداخت به عمل آمده است.

قید تاریخ ظهرنویسی، چنین فایده‌ای ندارد. راه‌حل حقوق ایران، با روش بین‌المللی بیشتر تطابق دارد؛ زیرا طبق عرف و عادت تجاری، انتقال برات بعد از اعتراض هم صحیح است. (د) مندرجات اختیاری ظهرنویسی: گفته شد که در ظهرنویسی نیز می‌توان مطالبی را تصریح کرد که اگر چه از نظر قانونی ضروری نیست، ولی در روابط میان دارنده و ظهرنویس مؤثرند. بعضی از این مندرجات اختیاری، همان‌هایی هستند که در زمان صدور وجود داشته‌اند و با ظهرنویسی ادامه حیات می‌دهند؛ نظیر «در صورت عدم قبولی یا پرداخت، به شخص ثالثی مراجعه شود». بعضی از این مندرجات، خاص ظهرنویسی‌اند؛ مانند عبارت «بدون ضمانت» یا «غیرقابل ظهرنویسی جدید» یا «بدون مسئولیت تضامنی». درج این عبارت و تصریحات، با توجه به سکوت قانونگذار ما در این باره، بر اساس اصول کلی حقوق مدنی، کاملاً مجاز است.

ه) تسلسل ظهرنویس‌ها: قانون تجارت در مورد اینکه در صورت تعدد ظهرنویسی، آیا لازم است بین آنها تسلسل وجود داشته باشد یا خیر، ساکت است. برخی تسلسل ظهرنویسی‌ها را مهم تلقی کرده‌اند؛^۱ ولی اگر چه عدم تسلسل ممکن است از نظر عملی مشکلاتی برای تشخیص آخرین دارنده به وجود آورد، از نظر حقوقی در تشخیص دارنده برات تأثیر قطعی ندارد. در حقوق اروپا اهمیت مشخص بودن تسلسل ظهرنویسی به آن دلیل است که فردی دارنده قانونی برات شناخته می‌شود که بتواند اثبات کند حقوق او ناشی از یک سلسله متوالی ظهرنویسی بوده، حتی اگر آخرین ظهرنویسی، سفید امضا باشد.^۲ بدین ترتیب، قوانین اروپایی برای دارنده قانون برات، مفهومی شکلی ساخته‌اند که اماره این است که طلبکار کیست و بدهکار کدام است. حقوق تجارت ما با مفهوم دارنده قانونی ناآشناست. لذا، برای اثبات اینکه چه کسی دارنده فعلی برات است، نخست به متن برات و سپس به دلایل دیگر مثبت دعوی توجه می‌شود. با وجود این، در عرف و عادت تجاری، هنگام قبول برات از جانب دارنده جدید، تسلسل امضائات برات همواره بررسی می‌شود.^۳ این امر، به ویژه در تشخیص حق مراجعه ظهرنویسان به یکدیگر مؤثر و مفید است؛ زیرا به موجب ماده ۲۴۹ قانون تجارت، هر ظهرنویس حق مراجعه به ظهرنویسان قبل خود را دارد.

مبحث دوم- ظهرنویسی به عنوان وکالت

نوع دیگر ظهرنویسی که در ماده ۲۴۶ ق.ت. و در لایحه جدید تجارت در مواد ۷۲۱ و ۷۲۲

^۱ - در این باره رجوع کنید به: ستوده تهرانی، حسن؛ همان منبع، ص ۵۷. و اخلاقی، بهروز؛ اسناد تجاری، جزوه درسی، همان منبع، ص ۱۱۸.

^۲ - برای مثال رجوع کنید به ماده ۱۶ قانون متحدالشکل ژنو که مورد اقتباس بسیاری از کشورهای اروپاست.

^۳ - ستوده تهرانی، حسن؛ همان منبع، ص ۵۴.

بدان اشاره شده، ظهرنویسی بعنوان وکالت است. این ظهرنویسی به رواج ظهرنویسی به عنوان انتقال، نیست؛ اما تا حدودی بنا به فوایدی که برای آن وجود دارد مورد استقبال قرار گرفته است.

گفتار اول - تعریف و فایده ظهرنویسی به عنوان وکالت

ظهرنویسی برای وکالت وسیله‌ای است که به دارنده امکان می‌دهد، برات را به دیگری واگذار کند تا به حساب او، وجه آن را دریافت کند. فایده این نوع ظهرنویسی در این است که دریافت وجه برات توسط شخص ثالث را تسهیل می‌کند و دارنده را از مراجعه به برات‌گیر و دیگر مسئولان برات و همچنین انجام دادن سایر تشریفات قانونی برای وصول معاف می‌سازد. در اغلب مواقع، وکیلی که مأمور وصول وجه برات است بانکی است که با دریافت کارمزد، به وصول برات به حساب مشتری خود مبادرت کرده، وجه آن را در حساب او واریز می‌کند. از نظر دارنده، ظهرنویسی برای وکالت این فایده را دارد که او مالک برات باقی می‌ماند و حقوق ناشی از آن در تعلق او خواهد بود. از نظر قانون، بانکی که مأمور وصول می‌شود و برات به او واگذار می‌گردد، تکلیفی به پرداخت فوری مبلغ آن به دارنده ندارد؛ اما در اروپا، اغلب از این وسیله برای دریافت فوری وجه استفاده می‌شود و این اقدام، اعطای اعتبار کوتاه مدت به صورت پیش پرداخت تلقی می‌شود. ماده ۲۴۷ قانون تجارت که وکالت در وصول از طریق ظهرنویسی را پیش‌بینی کرده، رژیم حقوقی ویژه‌ای را برای آن در نظر گرفته است و فقط تصریح می‌کند که دارنده (یعنی وکیل در وصول) «حق وصول و لدی الاقتضاء حق اعتراض و اقامه دعوی برای وصول خواهد داشت؛ جز در مواردی که خلاف این در برات تصریح شده باشد». بر عکس، قانون متحدالشکل ژنو تصریح بیشتری در مورد رژیم حقوقی ظهرنویسی برای وکالت دارد. به موجب ماده ۱۲ قانون مزبور: «وقتی که ظهرنویسی حاوی عبارت «ارزش برای دریافت»، «برای وصول»، «به وکالت» یا هر نوع عبارت دیگری باشد که وکالت ساده را می‌رساند، دارنده برات می‌تواند کلیه حقوقی را که از برات ناشی می‌شود، اجرا کند، ولی نمی‌تواند برات را جز برای وکالت ظهرنویسی کند؛ در این صورت، مسئولان سند فقط همان ایراداتی را می‌توانند علیه ظهرنویس اقامه کنند که حق اقامه آنها را در مقابل دارنده دارند. وکالتی که به موجب ظهرنویسی برای وکالت داده شده است، با فوت موکل یا حدوث عدم اهلیت او پایان نمی‌یابد.»^۱ ماده ۱۸ قانون متحدالشکل ژنو که مقرراتش در بسیاری از کشورهای اروپایی مورد عمل است، نکاتی را بیان می‌کند که در قانون تجارت ما پیش‌بینی نشده است و باید چگونگی آنها را در حقوق خودمان بررسی کنیم. ماده ۱۸ قانون

^۱ - کاویانی، کوروش، حقوق اسناد تجاری، انتشارات میزان، چاپ اول، سال چاپ ۱۳۸۳، ص ۸۹.

متحدالشکل ژنو تأکید می‌کند که مسئولان برات در مقابل دارنده فقط می‌توانند به ایراداتی متوسل شوند که در صورت مراجعه خود ظهرنویس (مالک برات)، می‌توانستند آنها را در مقابل او مطرح کنند. گر چه قانون ما در این مورد صراحت ندارد، این قاعده در حقوق ما نیز قابل اعمال است؛ زیرا در وکالت، ایراد علیه وکیل مسموع نیست و طرف دعوی، باید فقط به ایراداتی متوسل شود که می‌تواند آنها را علیه موکل مطرح کند. بنابراین، هرگاه متعهد برات طلبی علیه دارنده (وکیل) داشته باشد، نمی‌تواند برای اسقاط تعهد خود به موجب برات، مدعی تهاتر شود. در این راستا مقررات مواد ۷۲۱ و ۷۲۲ لایحه جدید تجارت بر خلاف عدم پیش‌بینی قانون تجارت به نکات مفیدی اشاره داشته است که به نظام حقوق بین الملل بسیار نزدیک است. بر اساس ماده ۷۲۱ لایحه جدید ظهرنویسی به عنوان وکالت سبب انتقال برات نمی‌گردد. همچنین بر اساس مفاد ماده ۷۲۲ این لایحه: «هرگاه ظهرنویس به عنوان وکالت در وصول باشد، انتقال واقع نمی‌شود، لیکن وکیل حق وصول وجه برات، ظهرنویسی مجدد آن به عنوان وکالت و در صورت اقتضاء وخواست و اقامه دعوی برای وصول وجه سند را دارد مگر اینکه خلاف آن تصریح شده باشد. مسئولان برات در مقابل وکیل در وصول فقط می‌توانند به ایراداتی استناد کنند که در مقابل ظهرنویس مذکور قابل طرح باشد. وکیل در وصول برات می‌تواند پس از فوت یا حجر ظهرنویس حسب مورد به وصول وجه برات یا انجام وخواست یا اقامه دعوی اقدام کند، مگر اینکه خلاف آن در برات تصریح شود که در این صورت باید به فوریت برات را به قائم مقام متوفی یا محجور تسلیم کند». بر اساس تصریح این ماده به ایراداتی در برابر دارنده سند (وکیل) متوسل شد که به ظهرنویس (موکل) قابل استناد باشد و نکته دیگر آنکه در اثر فوت و یا حجر این وکالت از بین نخواهد رفت و باقی خواهد ماند. این پیش‌بینی، علیرغم آنکه از دید قانون مدنی و با پذیرش اذنی بودن وکالت چندان دقیق نمی‌باشد، اما، منطبق با مقررات نظام بین‌الملل و اصول حقوقی حاکم بر قرارداد «وکالت عهدی» است. در زمانی که عقد وکالت در بردارنده حق و تعهد برای طرفین باشد، این حقوق به دارایی آنها پیوند خورده و لذا با فوت و حجر هر یک از طرفین عقد وکالت، وکالت و نتیجتاً تعهد ناشی از آن باقی خواهد ماند.^۱

گفتار دوم- شکل ظهرنویسی و ظهرنویسی مجدد

^۱- مهرابی، فرهاد، مجموعه مقالات حقوقی، جلد دوم، انتشارات تایماز، چاپ اول، تهران، ۱۳۹۰، صص ۱۰۳ و ۱۰۴. ایشان معتقدند عقد وکالت لزوماً در بردارنده اذن محض نمی‌باشد و ممکن است طبق قرارداد وکالت، این قرارداد عهدی باشد نه اذنی. در این حالت بسیاری از مقرراتی که قانون مدنی در باب وکالت بیان داشته با پذیرش عهدی بودن وکالت قابل انطباق نخواهد بود. در همین زمینه نیز می‌توان ر.ک. مهرابی، فرهاد، مقاله آثار اذنی یا عهدی وکالت، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره ۴۱، پاییز ۱۳۸۹، ص ۱۴۷ ببعد.

شکل ظهرنویسی به عنوان انتقال دارای شیوه خاصی بوده است، این ظهرنویسی به عنوان وکالت دارای چندان شیوه خاصی نمی‌باشد. قانونگذار در ظهرنویسی برای وکالت، شکل خاصی را پیش‌بینی نکرده است و فقط در ماده ۲۴۷، تصریح «وکالت در وصول» را ضروری دانسته است. لذا، هر عبارتی که حکایت از ظهرنویسی بعنوان وکالت، انجام دهد، قابل قبول است و اعتبار وکالت در وصول را مخدوش نمی‌کند. ق.ت. فرانسه و قانون متحدالشکل ژنو، عبارتی و الفاظی نظیر «ارزش برای دریافت»، «برای وصول»، «به وکالت» یا هر نوع عبارت دیگری که مفید وکالت باشد را تجویز کرده‌اند. چنین امری را می‌توان با توجه به اینکه در حقوق تجارت ایران مورد پیش‌بینی قرار نگرفته است جاری دانست.^۱ نکته دیگر اینکه، طبق مقررات بین‌المللی در خصوص ظهرنویسی و به ویژه قانون متحدالشکل ژنو، ظهرنویسی مجدد برات را توسط دارنده (وکیل) تجویز کرده است؛ اما تصریح می‌کند که این ظهرنویسی باید به عنوان وکالت باشد. در قانون تجارت ایران در این باره نیز قیدی دیده نمی‌شود. مطابق ماده ۶۷۲ قانون مدنی نیز وکالت در توکیل، منوط به تصریح یا وجود قرائنی است که دلالت بر آن کند. لذا، با وجود آنکه ماده ۲۴۷ ق.ت. به دارنده، حق وصول برات و اعتراض و اقامه دعوی برای وصول آن را داده است، به نظر نمی‌رسد دارنده بتواند مجدداً برات را، حتی بعنوان وکالت، ظهرنویسی کند؛ اما می‌تواند توسط وکیل دادگستری اقامه دعوی کند؛ زیرا در صورت اخیر، مانند این است که خودش اقامه دعوی کرده است. در لایحه جدید تجارت آنچه در ماده ۷۲۱ آن آمده بر این امر دلالت دارد که ظهرنویسی بعنوان وکالت باید عبارت صریح «وکالت در وصول» تصریح شده باشد. البته لزوم تصریح به نوع ظهرنویسی برای سایر موارد ظهرنویسی هم در این لایحه پیش‌بینی شده و این لزوم تصریح ویژه ظهرنویسی برای وکالت نخواهد بود.

گفتار سوم- اثر فوت یا حجر موکل

از مواردی که می‌توان در این نوع ظهرنویسی‌ها مشاهده نمود این است که در صورت فوت یا حجر موکل یا فرد ظهرنویس تکلیف چه می‌شود آیا وکیل بر سمت خود باقی خواهد بود یا نه منعزل می‌گردد؟ ماده ۱۸ قانون متحدالشکل ژنو مقرر می‌کند که در صورت فوت یا حجر موکل، وکالت در وصول منتفی نمی‌شود. این تصریح کاملاً منطقی و ضروری است؛ زیرا در وصول برات باید قواعد و مواعد راجع به وصول به دقت اجرا شود، والا حق دارنده (مالک برات) به سهولت زایل می‌شود. به علاوه؛ این امر به بانک‌ها امکان می‌دهد که بدون توجه به وقوع چنین حوادثی،

^۱- دمیرچیلی، محمد، حاتمی، علی، قرائی، محسن، قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی، انتشارات میثاق عدالت، چاپ چهارم، سال چاپ ۱۳۸۳، تشریح ماده ۲۴۷ ق.ت. ص ۵۱۲.

در سررسید وجه برات را مطالبه و در صورت عدم پرداخت اعتراض کنند. در قانون تجارت، به این امر اشاره نشده است.^۱ بعضی از حقوقدانان پیشنهاد کرده‌اند که می‌توانیم وکیل در وصول برات را قائم مقام تجارتهی تلقی کنیم و طبق ماده ۴۰۰ قانون تجارت دارنده برات را حتی بعد از فوت یا حجر ظهرنویس، محق در وصول برات و تعقیب مسئولان آن بدانیم.^۲ مطابق ماده مذکور: «با فوت یا حجر رئیس تجارخانه، قائم مقام تجارتهی منجز نیست». اما این ماده در مورد وکالت در وصول برات، قابل اجرا نیست؛ زیرا نخست اینکه قائم مقام تجارتهی تلقی کردن وکیل در وصول؛ به این معنی است که ظهرنویس برات را تاجر تلقی کنیم؛^۳ در حالی که ظهرنویس به صرف ظهرنویسی برات، فرد ظهرنویس، تاجر نمی‌شود، مگر آنکه معاملات برواتی را شغل معمولی خود قرار داده باشد (مواد ۱ و ۲ ق.ت.^۴)، دوم اینکه قائم مقام تجارتهی کسی است که «کلیه امور مربوط به تجارخانه» به او محول شده باشد و نمی‌توان کسی را که تاجر (به فرض که ظهرنویس تاجر باشد) فقط وکیل در وصول برات کرده است، قائم مقام تجارتهی تلقی کنیم. به نظر ما، با توجه به اینکه قانون تجارت در این مورد فاقد صراحت است، قواعد عام وکالت، یعنی آنچه در مقررات قانون مدنی^۵ درباره فوت و یا حجر وکیل یا موکل، آمده است، لازم‌الرعایه می‌باشد. بنابراین، با فوت و حجر ظهرنویس، دارنده منجز تلقی می‌شود و در این صورت، هر گاه برات‌گیر از این حوادث مطلع شود و مع ذلک، برات را پرداخت کند، در مقابل دارندگان اصلی حقوق ناشی از برات، مسئول خواهد بود. اما خوشبختانه همانطور که ذکر شد در لایحه جدید تجارت این نقیصه نیز رفع شده است و قانونگذار با تصریح به بقای وکالت در ظهرنویسی بعد از فوت یا حجر هریک از

^۱ تحلیل حقوقی «شرط بقای وکالت بعد از فوت یا حجر» در حقوق ایران و فقه چندان دارای سابقه پژوهش نیست. در این زمینه می‌توان به برخی پژوهش‌های انجام گرفته رجوع نمود. به عنوان نمونه می‌توانید ر.ک. مهرابی، فرهاد، مقاله شرط بقای وکالت بعد از فوت، مجله کانون وکلای دادگستری، شماره ۳۹ و ۴۰، ۱۳۸۹، صص ۱۳۳ و ۱۳۴.

^۲ ستوده نهرانی، حسن؛ حقوق تجارت؛ ج ۳؛ ص ۶۰.

^۳ در واقع، کسی می‌تواند قائم مقام تجارتهی محسوب شود که از طرف تاجر مأمور شده باشد. ماده ۳۹۵ ق.ت.: «قائم مقام تجارتهی کسی است که رئیس تجارخانه او را برای انجام کلیه امور مربوطه به تجارخانه یا یکی از شعب آن، نایب خود قرار داده... است...».

^۴ ماده ۱ قانون تجارت: «تاجر کسی است که شغل معمولی خود را معاملات تجاری قرار بدهد». ماده ۲ قانون تجارت: «معاملات تجاری از قرار ذیل است: ... ۸- معاملات برواتی اعم از اینکه بین تاجر یا غیر تاجر باشد».

^۵ با بررسی مفاد ق.م. در زمینه وکالت و تصریح به آثار و طرق انحلال آن باید گفت قانونگذار وکالت را علیرغم تصریح تعهدات فراوان وکیل و موکل و حقوق عهدی برای طرفین، آنرا عقدی اذنی محسوب داشته است که با فوت و یا حجر هر یک از طرفین آن منحل خواهد شد. اذنی بودن وکالت را می‌توان از این مفاد استنباط نمود: «مواد ۶۵۶- بند سوم ۶۷۸- ۶۷۹- ۶۸۱- ۶۸۲ قانون مدنی در باب وکالت»

طرفین، ضمن رفع اختلاف در این زمینه گرایشی خوب به سمت نظام بین‌المللی نیز داشته است. این امر به صراحت در ماده ۷۲۲ لایحه جدید تجارت بدین شکل آمده است: «... و کیل در وصول برات می‌تواند پس از فوت یا حجر ظهرنویس حسب مورد به وصول وجه برات یا انجام واخواست یا اقامه دعوی اقدام کند، مگر اینکه خلاف آن در برات تصریح شود که در این صورت باید به فوریت برات را به قائم مقام متوفی یا محجور تسلیم کند».

مبحث سوم- ظهرنویسی به عنوان وثیقه

گفتار اول- مفهوم ظهرنویسی به عنوان وثیقه

این ظهرنویسی معمولاً در عرف بانکداری معمول است؛ به این صورت که بانک اعتبار دهنده قراردادی با مشتری منعقد می‌کند که به موجب آن اگر مشتری وام را در سررسید برات پرداخت نکند، بانک حق داشته باشد برات را که به عنوان وثیقه بازپرداخت اعتبار نزد اوست، وصول کرده، طلب ناشی از وام خود را از آن برداشت کند و باقیمانده را به حساب مشتری واریز نماید. البته، خود ورقه برات نشان دهنده توثیق نیست و به صورت ظهرنویسی برای انتقال امضاء شده است و بانک برای وصول آن درست مانند کسی عمل می‌کند که مالکیت برات به او منتقل شده باشد. ظهرنویسی برای وثیقه در بسیاری کشورها دارای مقررات حقوقی مشخص است. در حقوق فرانسه که از قانون متحدالشکل ژنو نشأت گرفته، این نوع ظهرنویسی در ماده ۱۳-۵۱۱L قانون تجارت پیش‌بینی شده است. به موجب این ماده ظهرنویسی برای وثیقه وقتی تحقق پیدا می‌کند که در ظهر برات قید «ارزش برای تضمین»، «ارزش برای گرو» و یا هر عبارت دیگری که متضمن وثیقه است، باشد. در این صورت، دارنده برات (کسی که برات را به عنوان وثیقه در اختیار دارد) می‌تواند کلیه حقوقی را که از ظهرنویسی ناشی می‌شود، اجرا کند، ولی نمی‌تواند برات را برای انتقال ظهرنویسی کند و ظهرنویسی که از سوی او انجام می‌گیرد فقط به عنوان ظهرنویسی برای وکالت اعتبار دارد. البته، در عمل ظهرنویسی به شکلی که در قانون پیش‌بینی شده است؛ معمول نیست، بلکه برات به صورت سفید امضا ظهرنویسی می‌شود و در اختیار بانک قرار می‌گیرد. روابط ظهرنویس و بانک تابع قرارداد وثیقه و روابط بانک با اشخاص ثالث تابع مقررات برواتی است. حال که مفهوم آن مشخص شد باید بینم در حقوق ایران این نوع ظهرنویسی مورد پذیرش قرار گرفته است یا خیر.

گفتار دوم- موافقین پذیرش این نوع ظهرنویسی

در قانون تجارت ظهرنویسی برای وثیقه پیش‌بینی نشده است؛ ولی از آنجا که بانک‌ها در عمل

از آن استفاده می‌کنند، مؤلفان درباره مقررات حقوقی آن بحث فراوان کرده‌اند.^۱ علت بحث این است که این نوع ظهننویسی در ایران با «عقد رهن» مقایسه شده و در نتیجه، این سؤال مطرح شده است که آیا توثیق برات و به طور کلی، اسناد تجاری قانونی است یا خیر؟ می‌دانیم ماده ۷۷۴ ق.م. مقرر می‌کند: «مال مرهوم باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است». ماده ۷۷۲ همان قانون قبض مال مرهون را شرط صحت رهن تلقی کرده است؛ هر چند استمرار قبض را شرط صحت معامله نمی‌داند. حال، آیا با صراحت این دو ماده و به خصوص ماده ۷۷۴ ق.م. می‌توان به رهن یا وثیقه گذاشتن برات و اسناد تجاری دیگر را صحیح دانست یا خیر؟ در توثیق برات، در واقع، راهن چیزی جز سند تجاری را در تصرف مرتهن قرار نمی‌دهد. محل برات در نزد براتگیر است و یا ممکن است هنوز در اختیار او قرار نگرفته باشد. از طرفی، خود ورقه برات نیز عین معین تلقی نمی‌شود تا بتوان آن را به رهن گذاشت. برای توثیق برات چه توجیهی می‌توان بیان کرد تا بدان وسیله، اقدام بانک‌ها به قبول برات برای وثیقه صحیح تلقی شود؟ برخی، توثیق اسناد تجاری را از مصادیق ماده ۱۰ ق.م. تلقی می‌کنند و آن را در این حد معتبر می‌دانند.^۲ این عقیده صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا ماده مزبور قراردادهای خصوصی را نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند در صورتی نافذ می‌داند که خلاف صریح قانون نباشد؛ حال آنکه قانون مدنی در ماده ۷۷۴ به صراحت رهن هر چیزی که عین معین نباشد را باطل می‌داند؛ اگر ماده ۷۷۴ ق.م. وجود نداشت، ماده ۱۰ قانون مزبور، توجیهی برای قبول توثیق اسناد تجاری بود؛ ولی با صراحت ماده مزبور، استناد به ماده ۱۰ ق.م. مجاز نیست. اصل آزادی قراردادهای ماده ۱۰ در پی برقراری آن است، شامل موردی که قانونگذار به صراحت خلاف آن را مقرر کرده است، نمی‌شود. قانونگذار تا آنجا به عین معین بودن مورد رهن اهمیت داده که شرط صحت رهن را قبض عین مرهونه دانسته است. بعضی پیشنهاد کرده‌اند که برای پذیرش ظهننویسی بعنوان وثیقه می‌توان آن را در قالب نهاد حقوقی «معامله با حق استرداد» گنجانند و بدین ترتیب، از اصول حاکم بر رهن و وثیقه احتراز کرد.^۳ در این معامله، خریدار شرطی (خریداری که به صورت مشروط می‌خرد و در واقع، همان طلبکار است) مال مورد انتقال را تملک نمی‌کند، بلکه در صورت عدم پرداخت طلب، می‌تواند به اداره

^۱ - اخلاقی، بهروز، بحثی پیرامون توثیق اسناد تجاری، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران؛ ش ۲۴، ص ۱ به بعد.

^۲ - نصیری، مرتضی؛ مقدمه‌ای بر اسناد تجاری، جزوه درسی، صص ۲۳ و ۲۴ نقل از اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت جلد سوم، ص ۱۱۹.

^۳ - اسکینی، ربیعا، اسناد تجاری؛ جزوه درسی، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، سال تحصیلی ۱۳۷۶ - ۱۳۷۷، نشر دانشگاه تهران، ص ۱۲۷.

ثبت یا دادگاه مراجعه، فروش مورد معامله را تقاضا و از حاصل فروش، طلب خود را وصول کند. این نظریه نیز قابل پذیرش نیست. در واقع، این شکل ظهرنویسی که به صورت معامله با حق استرداد انجام می‌گیرد، از انواع ظهرنویسی مشروط است؛ زیرا در آن شرط می‌شود که دارنده فقط هنگامی حق وصول برات را دارد که ظهرنویس به تعهد خود که ناشی از معامله اصلی است، عمل نکند. اگر چه این انتقال مشروط برات اصولاً صحیح است.^۱ در عمل مشکلی را حل نمی‌کند و بسیار بعید است که بانک‌ها آن را بپذیرند. در واقع، براتی که به طور مشروط ظهرنویسی شده است و وصول آن منوط به عدم اجرای تعهد اصلی است، مورد قبول کسی قرار نمی‌گیرد؛ چرا که مراجعه «دارنده شرطی» به متعهدان برات، فقط در صورتی میسر است که دارنده ثابت کند ظهرنویس به تعهد خود که ناشی از معامله اصلی است، عمل نکرده است. این امر با طبیعت برات که متضمن یک تعهد مستقل است، ناسازگاری دارد. در مورد براتی که به وثیقه گذارده شده، لاقلاً ظهرنویسی مجدد آن برای وکالت پذیرفته شده است، این ظهرنویسی نیز میسر نیست؛ زیرا «دارنده شرطی» حتی با تحقق شرط (عدم اجرای تعهد از ناحیه ظهرنویس) نیز مالک برات نمی‌شود تا بتواند آنرا حتی برای وکالت، مجدداً ظهرنویسی کند، بلکه فقط می‌تواند از حاصل نقد کردن آن، طلب خود را که ناشی از معامله اصلی است، دریافت کند. بعضی گفته‌اند ماده ۷۷۴ ق.م. به موردی که مال جنبه اعتباری دارد نیز ناظر است و چون برات یک نوع مال اعتباری است، نه دین و طلب، به رهن گذاشتن آن مخالف ماده مزبور نیست.^۲ این عقیده را نمی‌توان درست دانست. بدین بیان که حتی اگر برات را مال اعتباری قلمداد کنیم، باز مشمول ممنوعیت موضوع ماده ۷۷۴ قانون مدنی خواهد بود؛ زیرا ماده مزبور به صراحت، عین معین بودن مال مورد رهن را شرط صحت قرارداد رهن قرار داده است؛ این در حالی است که برات، عین معین تلقی نمی‌شود.^۳

^۱ - ظهرنویسی مشروط یا معلق در قانون تجارت پیش‌بینی نشده اما در لایحه جدید تجارت در ماده ۷۲۶ چنین بیان شده: «اگر ظهرنویسی معلق یا مشروط به شرطی شود، آن شرط در برابر اشخاص ثالث قابل استناد نیست» بر اساس این ماده این نوع ظهرنویسی بین مشروط له و مشروط علیه صحیح است اما در مقابل اشخاص ثالث اثری ندارد.

^۲ - حسینی تهرانی، سیدمرتضی؛ «ظهرنویسی، مقررات و انواع آن»، فصلنامه حق؛ دفتر چهارم، ص ۱۰۴، به نقل از اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت، جلد سوم، ص ۹۸.

^۳ - البته، قانون خاص می‌تواند قابل وثیقه بودن اموال غیر معین را مقرر کند. در قانونگذاری ایران مواردی یافت می‌شود که قابل وثیقه بودن اموال غیر معین (سهام شرکت‌ها و اوراق فرضه و برگه‌های بهادار) مورد شناسایی قرار گرفته است (ر.ک. مواد ۶۷، ۱۱۴ و ۱۱۵ لایحه قانونی ۱۳۴۷ راجع به شرکت‌های سهامی عام و خاص، ماده ۴۱ آیین‌نامه معاملات شرکت ملی انبارهای عمومی و خدمات گمرکی، بند سوم ماده ۳ قانون راجع به دلالت و ماده ۲۴۳ قانون آیین دادرسی مدنی)، اما در مورد اسناد براتی چنین قانونی وجود ندارد.

گفتار سوم- مخالفان پذیرش این نوع ظهرنویسی

اگر قانونگذار در حین وضع ماده ۲۴۷ ق.ت، به قابل رهن و وثیقه بودن برات نظر داشت، مسلماً آنرا پیش‌بینی می‌کرد. اینکه به وثیقه گذاشتن برات و اسناد تجاری مشابه آن، از نظر اقتصادی مفید است، ولی برای اعمال آن، مجوز حقوقی لازم است و آنچه تاکنون برای تجویز توثیق اسناد تجاری عنوان شده است، کافی نیست. راه حلی که باقی می‌ماند، این است که در قانون تجارت مخصصی برای ماده ۷۷۴ ق.م. وضع شود. تا چنین نصّ قانونی وجود نداشته باشد، توثیق برات از نظر حقوقی، قابل قبول نیست، و اینکه عرف و عمل تجارت در ایران، هرگز به وثیقه گذاشتن برات را - لاقلاً با قید شرط وثیقه در ورقه برات - نپذیرفته است، حاصل همین مسئله است. روش معمول این است که برات برای انتقال، ظهرنویسی می‌شود و در سند جداگانه، وثیقه بودن برات و شرایط وثیقه قید می‌گردد. این سند جداگانه از نظر حقوقی تابع مقررات حقوق مدنی است و برات، درست مانند اینکه به بانک انتقال داده شده باشد، می‌تواند دست به دست بگردد. مشکلات عملی این امر آشکار است؛ ولی در مقابل نصّ، اجتهاد حقوقدانان قابل قبول نیست؛ هر چند برای رفع مشکل اقتصادی ابراز شده باشد. نهایتاً بدین نتیجه می‌توان دست یافت که قبول این ظهرنویسی در ایران مورد پذیرش قرار نگرفته و با وجود نصوصی در این خصوص در قانون مدنی، نمی‌توان قائل به وجود چنین ظهرنویسی بود. زیرا این امر به صراحت در قانون تجارت به عنوان قانون خاص پیش‌بینی نشده و لذا باید به قانون مدنی به عنوان قانون عام مراجعه می‌گردد. با مراجعه به قانون مدنی هم مشخص می‌شود از آنجا که رهن دین و منفعت باطل است و مال مورد رهن باید عین معین باشد، نمی‌توان این ظهرنویسی را قبول داشت. اما در لایحه جدید قانون تجارت برخلاف گذشته عمل شده است. بدین بیان که با تشخیص ضرورت پیش‌بینی این نوع از ظهرنویسی، با توجه به گستردگی اعمال آن از سوی بانک‌ها و افراد جامعه، قانونگذار در صدد تصویب این امر برآمد و در مواد ۷۲۱ و ۷۲۴ لایحه جدید تجارت^۱ به وضوح این نوع از ظهرنویسی را مورد پذیرش قرار داد. با تصویب نهایی این لایحه اختلاف نظرات راجع پذیرش ظهرنویسی به عنوان وثیقه از بین رفته و محمل قانونی برای استفاده کنندگان از این نوع ظهرنویسی محقق گردید.

مبحث چهارم- ظهرنویسی به عنوان ضمانت

^۱ - ماده ۷۲۱ لایحه جدید تجارت: «ظهرنویسی سبب انتقال برات است، مگر اینکه ظهرنویس عبارت صریحی حاکی از وکالت در وصول یا ظهرنویسی به عنوان وثیقه را در سند قید کند». ماده ۷۲۴ لایحه جدید تجارت: «هرگاه برات به عنوان وثیقه ظهرنویسی شود شخصی که برات به نفع او ظهرنویسی شده است تمام حقوق دارنده سند را دارد لکن نمی‌تواند سند را به عنوان انتقال ظهرنویسی کند. در صورت ظهرنویسی مجدد به عنوان انتقال، دارندگان بعدی در حکم وکیل ظهرنویس در وصول محسوب می‌شوند».

نوع دیگر ظهرنویسی، ظهرنویسی به عنوان ضمانت است که ضامن، با امضای ظهر سند تجاری به عنوان ضمانت، خود را ضامن پرداخت وجه سند از سوی مضمون عنه می‌نماید. لذا در تعریف آن باید گفت: «ضمانت شخص ثالثی است به اینکه یک یا چند نفر از مسئولان، وجه سند تجاری را در سررسید پرداخت خواهند کرد». این ضمانت جنبه تضامنی دارد. نکته مهم در ضمانت اسناد تجاری تعیین مضمون عنه است. زیرا باید در سند تجاری قید شود ضمانت برای اجرای تعهد کدام یک از مسئولان سند تجاری بوده است و در صورت عدم تصریح به مضمون عنه قانونگذار سکوت اختیار کرده و بهتر آن است تا ضامن شخص صادر کننده محسوب گردد. البته فرض خلاف آن نیز قابل اثبات می‌باشد. در ق.ت. مقررات ضمانت در طی مواد ۴۰۲ الی ۴۱۱ مورد پیش‌بینی قرار گرفته است اما در زمینه ظهرنویسی بعنوان ضمانت در مفاد خاص ظهرنویسی این امر تصریح نگردیده ولیکن می‌توان از ماده ۲۴۹ قانون تجارت می‌توان این به وضوح این نوع ظهرنویسی را استنباط نمود به ویژه قسمت آخر ماده بر این عنوان که: «... ضامنی که ضمانت برات دهنده یا محال علیه یا ظهرنویسی را کرده فقط با کسی مسئولیت تضامنی دارد که از او ضمانت نموده است». این در حالی است که در لایحه جدید تجارت در مفاد متعددی اشاره به این نوع ضمانت داشته است. در ماده ۷۲۰ لایحه جدید^۱ به ظهرنویسی به عنوان ضمانت اشاره گردیده و همچنین در فصل پنجم و در طی مواد ۷۲۸ و ۷۲۹ به بررسی و شرایط شکلی و ماهوی ضمانت و آثار آن است. براساس ماده ۷۲۸ لایحه جدید تجارت: «پرداخت مبلغ برات می‌تواند از طرف هر یک از مسئولان برات ضمانت شود». همچنین ماده ۷۲۹ لایحه جدید تجارت در بیان شرایط شکلی ظهرنویسی به عنوان ضمانت بیان می‌دارد: «ضمانت با درج هویت و امضاء ضامن و تعیین هویت مضمون عنه محقق می‌شود جز در مورد امضای برات دهنده و برات گیر، صرف درج امضاء روی برات ضمانت محسوب می‌شود، مگر اینکه عبارت صریحی دال بر ظهرنویسی بودن آن درج شده باشد. در صورت عدم تعیین مضمون عنه در برات، ضمانت از طرف برات گیر محسوب می‌شود، مگر اینکه برات قبول نشده باشد که در این صورت ضمانت از طرف برات دهنده محسوب است». در همین راستا ماده ۷۳۳ لایحه جدید تجارت بیان می‌دارد: «هر یک از ضامنان که به موجب این قانون وجه برات را پردازد، از کلیه حقوق ناشی از برات در مقابل مضمون عنه و نیز اشخاصی که مضمون عنه در صورت پرداخت حق رجوع به آنها را دارد، برخوردار است، لکن نمی‌تواند برات را به عنوان انتقال یا وثیقه ظهر نویسی کند». طبق این مواد مشخص می‌شود در ظهرنویسی

^۱ - ماده ۷۲۰ لایحه جدید تجارت: «چنانچه امضاء با شرایط مقرر در ماده ۷۱۹ این قانون در ظهر سند صورت گیرد ظهرنویسی محسوب است، مگر اینکه امضاء کننده عبارت صریحی دال بر ضمانت بودن آن درج کرده باشد».

به عنوان ضمانت باید با درج هویت و امضای ضامن و همچنین تعیین مضمون عهده باشد. تعیین مضمون عهده بدین دلیل باید تصریح شود که در مقررات تجارت مسئولیت ضامن بر اساس مسئولیت فرد مضمون عهده است. در برخی موارد ممکن است مسئولیت مضمون عهده بری شود و یا مسئول قلمداد نگردد یا ایرادی بر مضمون عهده محقق باشد و اگر شخص مضمون عهده مشخص نباشد، این مسئولیت‌ها و یا برائت‌ها داری ابهام خواهد بود.^۱

فصل سوم- آثار ظهرنویسی

مبحث اول- آثار ظهرنویسی به عنوان انتقال

گفتار اول- انتقال حقوق ناشی از ظهرنویسی

اصل انتقال حقوق ناشی از برات، در مواد ۲۴۵ و ۲۴۷ قانون تجارت پیش‌بینی شده است.^۲ مطابق ماده ۲۴۵: «انتقال به وسیله ظهرنویسی به عمل می‌آید». گرچه قانونگذار در این ماده از «انتقال برات» صحبت می‌کند، منظور مسلماً انتقال کلیه حقوقی است که بر اثر معامله برواتی (ظهرنویسی) به منتقل‌الیه انتقال می‌یابد و ناشی از تعهد مسئول برات است. ماده ۲۴۷ ق.ت این اماره را برقرار کرده که ظهرنویسی، حاکی از انتقال حقوق ناشی از برات است، مگر آنکه خلاف آن ثابت شود. البته، انتقال حقوق ناشی از برات به دارنده جدید، به این معنی است که علاوه بر اصل طلب ناشی از برات، ملحقات و وسایل تضمین طلب مزبور نیز به دارنده منتقل می‌شود. در لایحه جدید تجارت نیز اثر ظهرنویسی مطلق، عنوان انتقال را داشته و در این نوع ظهرنویسی اصل، انتقال محسوب می‌گردد؛ مگر آنکه عبارت صریحی دال بر ضمانت یا وثیقه یا وکالت قید شده باشد. اکنون به بررسی آثار ناشی از انتقال حقوق ناشی از ظهرنویسی می‌پردازیم:

اول- انتقال حقوق اصلی ناشی از برات: منظور از حقوق اصلی، طلب و متفرعات آن است. در حقوق فرانسه، به لحاظ قبول نظریه انتقال محل برات توسط ظهرنویسی، کلیه حقوق اصلی ناشی از برات، در زمان ظهرنویسی منتقل می‌شود. طبق این عقیده، دارنده قبلی مالک محلی بود که صادر کننده نزد برات‌گیر داشت (بند ۳ ماده ۷-۵۱۱ ق.ت. فرانسه) و از طریق ظهرنویسی این محل در

^۱- در همین راستا ماده ۷۳۲ لایحه جدید تجارت «ضامن در حدود مسئولیت مضمون عهده مسئول است. مسئولیت ضامن جز در مورد ایرادات مربوط به شرایط شکلی برات و بطلان ضمانت همواره اعتبار دارد»

^۲- البته در لایحه جدید تجارت نیز وضعیت بر همین منوال است. بدین بیان که مطابق ماده ۷۲۰ لایحه جدید تجارت: «چنانچه امضاء با شرایط مقرر در ماده ۷۱۹ این قانون در ظهر سند صورت گیرد ظهرنویسی محسوب است، مگر اینکه امضاء کننده عبارت صریحی دال بر ضمانت بودن آن درج کرده باشد» همچنین طبق ماده ۷۲۱ لایحه تجارت ظهرنویسی سبب انتقال برات است، مگر اینکه ظهرنویس عبارت صریحی حاکی از وکالت در وصول یا ظهرنویسی به عنوان وثیقه را در سند قید کند.

همان زمان تحقق ظهنویسی به دارنده جدید منتقل می‌شود. این انتقال محل حتی در صورتی که برات قبول نشده باشد نیز واقع می‌شود. نتیجه چنین وضعیتی در حقوق مربوط به ورشکستگی ظاهر می‌شود. از آنجا که با ظهنویسی برات، مالکیت محل برات منتقل می‌شود، محل مزبور از دارایی صادرکننده خارج شده، فقط به دارنده جدید منتقل می‌شود. پس در صورت ورشکستگی صادرکننده، هرگاه برات قبل از صدور حکم توقف صادر شده باشد، محل برات از دارایی او خارج شده و دارنده برات را نمی‌توان وادار به اعاده برات کرد و از او خواست که در جمع غرما وارد شود. در حقوق ایران، همان طور که گفتیم، ظهنویسی موجب انتقال مالکیت محل برات نمی‌شود و فقط طلب ناشی از خود برات، که طلب بدون محلی است، به منتقل الیه واگذار می‌شود. نتیجه اینکه با وجود تسلیم برات، مدیر تصفیه می‌تواند طلب برات‌دهنده از برات‌گیر بابت معامله اصلی را طلب موجود تلقی کند و اگر برات قبل از ورشکستگی برات‌دهنده صادر شده باشد، علیه برات‌گیر اقامه دعوی کند. دارنده برات، به خاطر خود برات، طلبکار برات‌گیر خواهد بود و می‌تواند به او مراجعه کند. این امر به دلیل مسئولیت تضامنی برات‌گیر است که از برات ناشی شده و به اینکه محل برات نزد برات‌گیر است، ارتباطی ندارد. بیهوده نیست که در ماده ۲۴۵ قانون تجارت، قانون‌گذار ما - برخلاف قانون فرانسه - از انتقال برات صحبت می‌کند، نه از انتقال محل آن.^۱ پس در حقوق ایران، هرگاه صادرکننده ورشکسته شود، طلبکارانش نمی‌توانند مدعی مالکیت محل برات شوند؛ یعنی برات را نادیده بگیرند. در این صورت، دارنده برات فقط می‌تواند وارد غرمای صادرکننده شود و نمی‌تواند خود را خارج از طلبکاران تلقی کرده، مدعی محل برات شود. این وضع را ماده ۲۵۱ ق.ت ایران به صراحت پیش‌بینی کرده است. ماده اخیر با اصل عدم قبول انتقال محل برات - که قانونگذار ما آن را پذیرفته است - انطباق دارد. به موجب این ماده: «هرگاه چند نفر از مسئولین برات ورشکست شوند، دارنده برات می‌تواند در هر یک از غرما یا در تمام غرما برای وصول تمام طلب خود (وجه برات و متفرعات و مخارج قانونی) داخل شود...»؛ پس به موجب این ماده، هرگاه صادرکننده - یا برات‌گیر^۲ - ورشکسته شود، دارنده نمی‌تواند، در مقابل طلبکاران برات مدعی شود که صاحب تمام محل برات است، زیرا محل برات قسمتی از

^۱ - اسکینی، ربیعا، همان منبع، ص ۱۰۴.

^۲ - قاعده منعکس در ماده ۲۵۱ قانون تجارت، در فرضی نیز صادق است که برات‌گیر هم ورشکسته شده، در حالی که محل نزد اوست. اگر انتقال برات موجب انتقال محل برات به دارنده بود، دارنده نمی‌بایست جزء غرمای برات‌گیر (ورشکسته) قرار گیرد؛ چه فرض این بود که او مالک محل است، نه طلبکار برات‌گیر.

دارایی ورشکسته را تشکیل می‌دهد و باید میان تمام طلبکاران، از جمله دارنده برات که حقش ناشی از خود برات است، تقسیم شود.

دوم- انتقال تضمین‌های برات. هرگاه تعهد براتی متضمن تضمینی برای دارنده برات باشد، پس از ظهرنویسی، دارنده برات حق استفاده از تضمین مزبور را خواهد داشت. تضمین برات، ناشی از خود برات است و اطلاق ماده ۲۴۵ قانون تجارت حکم می‌کند که این تضمین نیز با انتقال برات، به منتقل‌الیه انتقال یابد. برای مثال، صادرکننده براتی برای آنکه اعتماد دارندگان برات را در مورد پرداخت شدن وجه برات جلب کند، قسمتی از اموال خود را وثیقه پرداخت برات می‌کند. این وثیقه با ظهرنویسی به دارندگان منتقل می‌شود. در این وضعیت، مسئله این است که آیا در صورت وجود تضمین برای محل برات، انتقال برات موجب منتقل شدن این تضمین به منتقل‌الیه می‌شود یا خیر؟ فرض کنیم که برات برای معادله‌ای صادر شده است که صادرکننده (الف) یا برات‌گیر (ب) انجام داده و آن معامله متضمن وثیقه‌ای بوده است در آن صورت، شخص «الف» می‌توانست در صورت عدم پرداخت ثمن معامله اصلی توسط شخص «ب»، طلب خود را با استفاده از وثیقه مزبور وصول کند. حال اگر شخص «الف» به جای آنکه در سر وعده، خودش مبلغ برات را مطالبه کند، براتی روی شخص «ب» بکشد و به او دستور دهد آن را بپردازد، آیا با تسلیم برات به دارنده، وی نسبت به وثیقه نیز حق پیدا می‌کند؟ به عبارت دیگر، آیا در صورت عدم پرداخت وجه برات، دارنده می‌تواند وثیقه را به فروش رسانده، وجه برات را دریافت کند؟ به سؤال فوق در حقوق فرانسه، پاسخ مثبت داده شده است که از نظر حقوق این کشور، راه حل درستی است؛ زیرا وقتی قبول کنیم با ظهرنویسی، منتقل‌الیه مالک محل می‌شود، باید بپذیریم که مالک محل، نسبت به تضمین پرداخت محل نیز صاحب حق است. اما در حقوق ایران به همان دلایلی که در مورد انتقال اصول طلب گفتیم؛ با انتقال برات تضمین‌های محل برات ناشی از معامله اصلی به دارنده برات منتقل نمی‌شود. بنابراین، در مثال ورشکستگی صادرکننده، دارنده براتی که محل آن دارای وثیقه است، نمی‌تواند مدعی وثیقه مزبور شود. وثیقه مزبور، وثیقه طلبی است که صادرکننده ورشکسته از برات‌گیر دارد و فقط توسط مدیر تصفیه قابل استفاده است.

گفتار دوم- بقای مسئولیت ظهرنویسی

این امر یکی از تفاوت‌های بین ظهرنویسی برای انتقال و انتقال طلب مدنی است. منتقل‌الیه، علاوه بر صادرکننده و برات‌گیر، مدیون جدیدی دارد که ظهرنویس ماقبل خود اوست. اصل بقای مسئولیت ظهرنویس پس از انتقال برات، امر فوق‌العاده‌ای نیست. در واقع، در عقد بیع نیز فروشنده ضامن درک مبیع است و اگر مبیع مستحق للغير درآید باید ثمن را مسترد دارد (مواد ۳۹۰-۳۹۳ ق.

م). اما لازم است ماهیت حقوقی مسئولیت ظهرنویس و وسعت آن را مشخص کنیم تا تفاوت آن با آنچه در حقوق مدنی وجود دارد، مشخص شود.

اول: ماهیت حقوقی مسئولیت ظهرنویس: مسئولیت ظهرنویس را با عقد ضمان نمی‌توان یکی دانست؛ زیرا تعهد ظهرنویس این نیست که در مقابل کسی که برات به او منتقل شده تعهد کند که در صورت عدم پرداخت در مقابل او مسئول باشد، بلکه ظهرنویس ماقبل دارنده و تمام ظهرنویسهای قبل از او، در مقابل دارنده برات، که ممکن است کسی غیر از منتقل‌الیه فعلی باشد، مسئولیت تضامنی دارند و این مسئولیت، مسئولیت اصلی است؛ اما مسئولیت ظهرنویس، مسئولیت نهایی نیست؛ به این معنی که ظهرنویس در صورت پرداخت وجه برات، بر اساس شرایط مندرج در قانون تجارت می‌تواند به صادرکننده و دارنده و ظهرنویس ماقبل خود مراجعه کند و آنچه پرداخته است را از آنان دریافت کند. ظهرنویس از این نظر به عقد ضمان شبیه است (ماده ۷۰۹ ق.م)؛ بدون آنکه بتوان قواعد ضمانت را در ظهرنویسی اعمال کرد.^۱

دوم: حدود مسئولیت ظهرنویس: در انتقال طلب، انتقال دهنده فقط ضامن وجود طلب است؛ زیرا بدون وجود طلب، نمی‌توان آن را منتقل کرد؛ اما ضامن ملاتت مدیون نیست. بنابراین، منتقل‌الیه پس از مراجعه به متعهد و عدم پرداخت، به هر علتی جز عدم وجود طلب، حق مراجعه به انتقال دهنده را ندارد؛ بر عکس در ظهرنویسی، در صورتی که برات به هر علتی، حتی به علت اعسار و ورشکستگی متعهدان برات پرداخت نشود، ظهرنویس مسئول پرداخت است. مسئله وجود یا عدم طلب نیز منتفی است؛ زیرا صرف ورقه برات مثبت وجود طلب است. همین دلایل موجب می‌شود که با هر ظهرنویسی جدید، به ارزش برات افزوده شود.

اما آیا ظهرنویس می‌تواند مسئولیت خود را در مقابل دارنده و یا دارندگان جدید، برای مثال با قید عبارت «بدون تضمین» محدود کند؟ در واقع، مسئولیت ظهرنویس متضمن دو چیز است: ضمانت قبولی برات توسط برات‌گیر، و ضمانت پرداخت برات. این نکته‌ای است که به طور ضمنی از ماده ۲۴۹ قانون تجارت ایران مستفاد می‌شود. آیا ظهرنویس می‌تواند با قید شرط خلاف از زیر بار مسئولیتی که ماده ۲۴۹ قانون مزبور به عهده او گذاشته است، شانه خالی کند؟ در حقوق فرانسه، بند یکم ماده ۱۰-۵۱۱ L. قانون تجارت، به ظهرنویس حق داده است که با گذاشتن شرط خلاف

^۱ مثلاً به موجب ماده ۷۱۸ قانون مدنی، «هرگاه مضمون له ضامن را از دین ابراء کند، ضامن و مضمون عنه هر دو بری می‌شوند.» این قاعده مدنی، یا اطلاق ماده ۲۴۹ قانون تجارت، در مورد ظهرنویسی قابل اعمال نیست. دارنده می‌تواند صادرکننده را بری کند و به ظهرنویس مراجعه کند، هر چند ظهرنویس نیز پس از پرداخت می‌تواند به صادرکننده مراجعه کند و برات صادرکننده توسط دارنده قبلی، در این مورد تأثیری ندارد.

در برات، ضمانت خود به قبولی و پرداخت برات را منتفی کند. علاوه بر این، ظهرنویس می‌تواند، ضمن ضمانت به قبولی و پرداخت برات در مقابل منتقل‌الیه بلافصل خود، هر گونه مسئولیتی در مقابل دارندگان بعدی برات را، از خود سلب کند. این شرط موجب نمی‌شود ظهرنویسی مجدد برات ممنوع شود، بلکه اثر شرط مذکور این است که ظهرنویس در مقابل دارندگان بعدی ضامن قبولی و پرداخت تلقی نمی‌گردد. در حقوق ایران در مورد سؤال بالا، تصریحی وجود ندارد؛ اما با اطلاق ماده ۲۴۹ قانون تجارت به نظر نمی‌رسد که ظهرنویس بتواند با قید شرط خلاف، مسئولیت خود را به صورت مطلق محدود یا منتفی کند.^۱ تنها موردی که در آن امکان محدود کردن مسئولیت ظهرنویس وجود دارد، مورد مذکور در ماده ۲۷۶ ق.ت است به موجب آن: «اگر ظهرنویس برای تقاضای قبولی، مدتی معین کرده باشد، دارنده برات باید در مدت مزبور تقاضای قبولی نماید، والا در مقابل آن ظهرنویس نمی‌تواند از مقررات مربوطه به بروات استفاده کند.» اگر محدود کردن مسئولیت برات دهنده از نظر ضمانت قبولی و پرداخت، مورد نظر قانونگذار بود، مانند مورد ماده ۲۷۶ آن را پیش‌بینی می‌کرد. بنابراین عدم پیش‌بینی این محدودیت، با وجود اصل صریح مسئولیت مندرج در ماده ۲۴۹، دلیل مخالفت قانونگذار ایران با درج این شرط در اسناد تجاری است. لذا، اگر چنین شرط محدودکننده‌ای در ظهرنویسی قید شده باشد، کان لم یکن تلقی می‌شود.

گفتار سوم - انتقال اصول حاکم بر ظهرنویسی

در این نوع ظهرنویسی با انتقالی که صورت می‌گیرد، همزمان اصول حاکم بر ظهرنویسی هم منتقل می‌گردد و اصولی چون «اصل عدم استماع ایرادات در برابر دارنده با حسن نیت» و «اصل استقلال امضاءها» منتقل می‌شود. این اصول در تمامی این انتقال‌ها مورد تحلیل قرار خواهد گرفت. بنابراین تمامی آثاری که بر این اصول نیز وجود دارد همزمان با انتقال اینگونه اسناد به فرد دارنده سند تجاری منتقل خواهد شد. البته این اصول در مباحث گذشته و در مبحث مربوط بر اصول حاکم بر ظهرنویسی مورد تحلیل و بررسی قرار گرفت و از ذکر مجدد آن خودداری می‌شود. در این میان نیز تمامی استثنائاتی که در زمینه اصل عدم توجه ایرادات در برابر اشخاص ثالث مورد بیان قرار گرفت در این مورد هم مصداق خواهد داشت و با انتقال سند تجاری ایرادات قابل استماع آن برای اشخاص مربوطه و مسئول در سند تجاری، نیز به منتقل‌الیه، منتقل می‌گردد.^۲

^۱ - اسکینی، ربیعا، منبع پیشین، ص ۱۰۵.

^۲ - به عنوان نمونه می‌توان به عدم رعایت ترتیب در اسناد تجاری، عدم اهلیت مسئول سند تجاری، توسل ضامن به موارد معافیت مضمون عنه برای برائت خویش، جعلی بودن امضای ذیل یا ظهر سند تجاری، با حسن نیت نبودن دارنده سند تجاری و ... از جمله استثنائات حاکم بر اصل عدم توجه ایرادات در برابر دارنده با حسن نیت، می‌باشد.

گفتار چهارم - انتقال مالکیت سند تجاری

از دیگر آثار حاکم بر انتقال اسناد تجاری، انتقال مالکیت اینگونه اسناد است. این امر را می‌توان از ماده اول مربوط به ظهرنویسی، یعنی ماده ۲۴۵ قانون تجارت استنباط نمود. در این ماده به صراحت قید شده که انتقال اسناد تجاری با ظهرنویسی به عمل می‌آید. بر همین اساس می‌توان انتقال مالکیت را بر اساس این ماده مورد بررسی قرار داد. بدین بیان که انتقال را به صورت عام بیان داشته است و بر همین اساس می‌توان انتقال مالکیت را به عنوان یکی از آثار این نوع ظهرنویسی را بیان داشت. از سوی دیگر این امر را می‌توان از مفهوم مخالف ماده ۲۴۷ قانون تجارت هم استنباط کرد. در این ماده بیان داشته که با ظهرنویسی به عنوان وکالت انتقال اسناد تجاری رخ نمی‌دهد. اما در مواردی که ظهر نویسی به صورت انتقال باشد، انتقال مالکیت سند تجاری هم رخ می‌دهد و دارنده آن دارای تمام اختیاراتی می‌شود که همان دارنده قبلی داشته و در قانون تجارت نیز تأیید گردیده است. بنابراین با ظهرنویسی به عنوان انتقال، مالکیت سند تجاری به منتقل الیه، منتقل شده و با تحقق شرایط آن مالک سند تجاری و دارنده آن، منتقل الیه محسوب خواهد شد.

مبحث دوم - آثار ظهرنویسی به عنوان وکالت

همانطور که در مباحث گذشته بیان شد در این نوع ظهرنویسی، از آنجا که میان وکیل و موکل ظهرنویسی صورت می‌گیرد و بر اساس آن فرد ظهرنویس به عنوان «موکل» محسوب شده و فرد مقابل او به عنوان «وکیل» محسوب می‌گردد، در این حالت تمام مقررات و قوانین مربوط به وکالت که در قانون مدنی بدان اشاره شده است را می‌توان در این خصوص جاری و ساری دانست. به عبارت دیگر در این حالت در صورتی که وکیل و موکل فوت نموده و یا حجر برای آنها حادث گردد وکالت اعطایی منحل شده و وکیل می‌بایست سند را به موکل بازگرداند. نکته دیگر در خصوص اثر این نوع ظهرنویسی که می‌توان بیان داشت این است که در این زمینه وکیل اختیاراتی را دارد و می‌تواند اعمال کند که موکل به او داده باشد؛ در صورتی که خارج از این اختیارات عمل کند مشمول مقررات عام در خصوص وکالت است. نکته دیگر اینکه با ظهرنویسی به عنوان وکالت، مالکیت به دارنده منتقل نمی‌گردد. اما در لایحه جدید تجارت همانطور که در گذشته نیز اشاره شد، چندین خلاء قانونی و موارد اختلافی به صراحت از سوی قانونگذار مورد پیش‌بینی قرار گرفته است که بر اساس آن اولاً این نوع ظهرنویسی با عنوان وکالت با فوت موکل از بین نخواهد رفت. ثانیاً قانونگذار به صراحت اثر ظهرنویسی به عنوان وکالت را بر خلاف قانون تجارت قید نموده است. مطابق با ماده ۷۲۲ لایحه جدید تجارت ظهرنویسی به عنوان وکالت سبب انتقال مالکیت در سند تجاری برای منتقل الیه نخواهد شد.

مبحث سوم- آثار ظهن نویسی به عنوان وکالت

در زمینه آثار ظهن نویسی به عنوان ضمانت باید گفت: پس از تحقق ضمانت، ضامن متعهد به پرداخت برات یا سند تجاری به دارنده می شود بدون آنکه مضمون عنه بری شده باشد. مسئولیت ضامن در برابر دارنده سند تجاری «تضامنی» است و میزان تعهدش همان وسعتی را دارد که تعهد مضمون عنه دارا است و حق مراجعه به ضامن در حدود حق مراجعه به مضمون عنه است. همچنین ضامن به جانشینی مضمون عنه حق دارد به تمام ایراداتی که مضمون عنه می تواند در مقابل دارنده سند تجاری متوسل شود، متوسل گردد. اگر دین مضمون عنه به نحوی ساقط گردد ضامن نیز بری خواهد شد (ماده ۴۰۸ ق.ت). لذا اگر دارنده سند تجاری مضمون عنه را بری کند ضامن نیز بری می شود. اما اگر مضمون عنه به سبب عدم اهلیت و عدم رضا مسئول نباشد مسئولیت ضامن منتفی نیست. نکته دیگر آنکه، صرف امضای فرد در ظهر سند تجاری را، در صورتی که اماراتی با آن همراه نباشد، باید از نوع ظهن نویسی به عنوان انتقال قلمداد کرد و این تفسیر موافق با روح قانون و ماده ۲۴۵ قانون تجارت است. عنوان ضمانت دادن به امضای صرف ظهر سند تجاری اگر چه تا حدودی در رویه قضایی مورد پذیرش است اما این نظر دارای معایبی است؛ از جمله اینکه مخالف مفهوم و منطوق ماده فوق الذکر و نیز در بردانده مسئولیت مضاعف برای شخص منتقل الیه و نیز عدم تعیین شخص مضمون عنه است. همین موارد نیز در لایحه جدید تجارت نیز قابلیت اعمال خواهد داشت. بر اساس این لایحه ضامن بر اساس میزان مسئولیت مضمون عنه مسئولیت خواهد داشت.^۱

البته در این خصوص تمامی ایراداتی که برای مضمون عنه وجود دارد برای ضامن باقی خواهد بود. از سوی دیگر یکی از آثار ظهن نویسی به عنوان ضمانت آن است که با پرداخت وجه سند تجاری توسط ضامن، وی به عنوان دارنده سند تجاری محسوب شده و می تواند برای اخذ مبلغ پرداختی، به مضمون عنه رجوع نماید.

نکته دیگر آنکه، فرد ضامن در صورت پرداخت وجه برات می تواند به افرادی که شخص مضمون عنه می توانست به آنها رجوع کند، رجوع نماید. البته در این مواردی که مبلغ از سوی ضامن پرداخت می گردد، ایشان نمی تواند سند تجاری را به عنوان انتقال و یا وثیقه ظهن نویسی کند. در مواردی هم که هر یک از مسئولان سند تجاری بخواهند عیله ضامن اقامه دعوی نمایند،

^۱ این امر به صراحت در ماده ۷۳۲ لایحه جدید مورد پیش بینی قرار گرفته است. بر اساس این ماده: «ضامن در حدود مسئولیت مضمون عنه مسؤول است. مسؤولیت ضامن جز در مورد ایرادات مربوط به شرایط شکلی برات و بطلان ضمانت همواره اعتبار دارد».

می‌بایست تمامی مواعد و مهلت‌هایی که در قانون اعم از تجارت و یا لایحه جدید تجارت مقرر شده است را رعایت نماید؛ در غیر این صورت دعوی وی پذیرفته نخواهد شد.

مبحث چهارم- آثار ظهرنویسی به عنوان وثیقه

همانطور که در مباحث گذشته بیان شد در این نوع ظهرنویسی که در قانون تجارت بدان اشاره‌ای نشده و مورد اختلاف نظر میان حقوقدانان تجارت بوده است، برخی قائل به وجود آن و برخی قائل به عدم وجود این نوع ظهرنویسی هستند. اما نتیجه این بود که بر اساس مقررات و قوانین موجود در زمینه قانون مدنی از آنجایی که شرایط مال مورد رهن را عینی بودن آن بیان داشته است و این امر را به عنوان عنصری ضروری دانسته است، بر همین اساس نمی‌توان با وجود این مقررات قائل به پذیرش این نوع ظهرنویسی بود. اما در مورد کسانی که قائل بر وجود این نوع ظهرنویسی هستند باید این نکته را اشاره داشت که اثر این نوع ظهرنویسی، در زمینه عدم ایفای تعهدات فرد ظهرنویس است.

به عبارت دیگر اثر این نوع ظهرنویسی را بدین گونه می‌توان بیان داشت که در این حالت سند تجاری وثیقه دیون امضاء کننده آن است و در صورتی که به تعهدات آن عمل نشود، آن اسناد تجاری قابلیت وصول را دارد. لایحه جدید تجارت این ضرورت را درک کرده و به عرف و مقتضیات جامعه پاسخ مثبت نشان داد و با پیش‌بینی ظهرنویسی به عنوان وثیقه این نوع از ظهرنویسی را مورد تأیید خود قرار داد و اثر حقوقی آنرا هم به صراحت مورد بیان قرار داده است. بر اساس مقررات لایحه جدید تجارت با تحقق ظهرنویسی به عنوان وثیقه، فرد دارنده سند تجاری، تمام حقوق دارنده سند را که بر اساس قانون برای دارندگان اسناد تجاری مقرر است خواهد داشت؛ اما بر اساس این لایحه فرد دارنده این نوع سند تجاری، نمی‌تواند سند تجاری را به عنوان انتقال مورد ظهرنویسی قرار دهد. در صورتی که دارنده سند تجاری به عنوان وثیقه، این سند را مورد ظهرنویسی به عنوان انتقال، به شخص دیگری واگذار نماید، دارندگان بعدی در حکم وکیل ظهرنویس در وصول محسوب می‌گردند.^۱

^۱ - در همین راستا ماده ۷۲۴ لایحه جدید تجارت بیان می‌دارد: «هرگاه برات به عنوان وثیقه ظهرنویسی شود، شخصی که برات به نفع او ظهرنویسی شده است تمام حقوق دارنده سند را دارد، لکن نمی‌تواند سند را به عنوان انتقال ظهرنویسی کند. در صورت ظهرنویسی مجدد به عنوان انتقال، دارندگان بعدی در حکم وکیل ظهرنویس در وصول محسوب می‌شوند».

نتیجه گیری

۱- اگر چه در قانون تجارت ایران و همچنین لایحه جدید تجارت نصی در زمینه تعریف ظهرنویسی ارائه نشده است؛ اما به دلیل گستردگی فراوان این عمل حقوقی در میان افراد مختلف جامعه در زمینه اسناد تجاری، تعریفی می توان در این خصوص که بر گرفته از آنچه در جامعه تجارت مورد قبول واقع شده و قوانین و قواعد حاکم بر آن مقرر شده بیان نمود: «ظهرنویسی به عنوان انتقال، وسیله انتقال سند تجاری است که از طریق امضا و تسلیم ورقه برات به شخصی که منتقل الیه یا دارنده جدید خوانده می شود صورت می گیرد و دارای آثار خاص حقوقی خود می باشد». در تمامی مقررات بررسی شده در این تحقیق مشخص گردید هر زمان که قانونگذار از واژه ظهرنویسی به طور مطلق یاد می کند منظور ظهرنویسی به عنوان انتقال است. بر همین اساس مقررات قانونی صرف امضای ظهر سند تجاری را ظهرنویسی به عنوان انتقال محسوب می نمایند مگر آنکه قرینه ای بر خلاف آن وجود داشته باشد.

۲- «ظهرنویسی را باید به عنوان یک عمل حقوقی و از انواع ایقاعات محسوب داشت که اثر حقوقی آن انتقال سند تجاری است». بدین بیان که عمل حقوقی عمل ارادی اعتباری است که در عالم اعتبار دارای اثر حقوقی بوده و اثر حقوقی بر اساس خواست فاعل بر عملش بار می شود. از آنجایی که تحقق این عمل حقوقی و انشاء آن به اراده یک نفر انجام می گیرد، باید ظهرنویسی را عمل حقوقی از نوع ایقاع دانست.

۳- انواع ظهرنویسی: ظهرنویسی به عنوان انتقال، ظهرنویسی به عنوان وکالت و ظهرنویسی به عنوان ضمانت و ظهرنویسی به عنوان وثیقه نام برد.

۴- آثار ظهر نویسی به عنوان انتقال: انتقال حقوق ناشی از ظهرنویسی - بقای مسئولیت ظهرنویس - انتقال اصول حاکم بر ظهرنویسی به منتقل الیه و انتقال مالکیت سند تجاری.

۵- آثار ظهرنویسی به عنوان وکالت: «با ظهرنویسی به عنوان وکالت، فرد ظهرنویس، موکل محسوب شده و فرد مقابل به عنوان وکیل شناخته می شود. در این حالت مقررات عام مخصوص وکالت در این زمینه جاری است و با فوت یا حجر هر یک از طرفین وکالت منقضی می گردد». البته در صورت تصویب لایحه تجارت، اثر ظهرنویسی به عنوان وکالت این است که: «هر گاه ظهرنویسی به عنوان وکالت در وصول باشد، انتقال مالکیت سند تجاری واقع نمی شود، لکن وکیل حق وصول وجه برات، ظهرنویسی مجدد آن به عنوان وکالت و در صورت اقتضاء وخواست و اقامه دعوی برای وصول وجه سند را دارد، مگر اینکه خلاف آن در برات تصریح شده باشد.

۶- آثار ظهرنویسی به عنوان وثیقه: «در صورتی که آنرا مورد پذیرش قرار داد و بر اساس نظر برخی حقوقدانان آنرا پذیرفت، باید اثر این نوع ظهرنویسی را بدین گونه بیان داشت: در این حالت سند تجاری وثیقه دیون امضاء کننده آن است و در صورتی که به تعهدات آن عمل نشود، آن اسناد تجاری قابلیت وصول را دارند. در این حالت نیز در صورت تصویب نهایی لایحه جدید تجارت اثر این نوع ظهرنویسی عبارت است از: «هرگاه برات به عنوان وثیقه ظهرنویسی شود، شخصی که برات به نفع او ظهرنویسی شده است تمام حقوق دارنده سند را دارد، لکن نمی‌تواند سند را به عنوان انتقال ظهرنویسی کند. در صورت ظهرنویسی مجدد به عنوان انتقال، دارندگان بعدی در حکم وکیل ظهرنویس در وصول محسوب می‌شوند».

۷- در لایحه جدید تجارت، قوانین و مقررات مربوط به ظهرنویسی به خوبی مورد پیش‌بینی قرار گرفته است و بسیاری از ابهامات که در قانون تجارت وجود داشت در این قانون وجود ندارد. فایده پیش‌بینی این دسته از قوانین که در قانون گذشته وجود نداشته است اینکه به اختلاف نظرات حقوقدانان تا حدودی پایان بخشیده و در عمل برای وکلا، قضات، اصحاب دعوی و دانشجویان حقوق سودمندتر خواهد بود. از نکات دیگری که لایحه جدید تجارت بدان پرداخته است همسو شدن بیشتر با قوانین در عرصه بین‌المللی است. از جمله قوانین متحدالشکل ژنو در زمینه سفته و برات. این دست پیش‌بینی مقررات جدید و همسو شدن با مقررات جامعه بین‌الملل فواید فراوان در زمینه مسائل بین‌المللی تجاری خواهد داشت.

۸- از جمله مزایای لایحه تجارت در قیاس با قانون تجارت، علاوه بر موارد فوق، پیش‌بینی دقیق انواع ظهرنویسی با آثار خاص هر یک از آنهاست که متأسفانه در قانون تجارت این امر بیان نشده و اختلافات زیادی را در عالم حقوق به وجود آورده بود. پذیرش ظهرنویسی به عنوان وثیقه، از بین نرفتن وکالت در ظهرنویسی به عنوان وکالت بعد از حجر و یا فوت موکل (ظهرنویس) از جمله مصوبات جدید و منطبق با اصول حقوقی لایحه جدید تجارت است.

۹- با توجه به مزایای فراوان لایحه جدید تجارت و پیش‌بینی متعدد ابهامات گذشته و رفع آنها و همسو شدن با مقررات نظام بین‌الملل در مقررات تجاری، بهتر آن است تا این دسته از مقررات به سرعت مراحل نهایی تصویب خود را طی نموده تا در زمینه‌ها و عرصه‌های مختلف حقوق تجارت فواید خود را به منصفه ظهور رساند و جامعه حقوقی از مفاد آن بهره‌مند گردند.

فهرست منابع

منابع فارسی

الف) کتب

- ۱- اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت، جلد سوم، انتشارات سمت، چاپ دوازدهم، بهار ۱۳۸۷.
- ۲- اعظمی زنگنه، عبدالحمید؛ حقوق بازرگانی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ چهارم، ۱۳۵۱.
- ۳- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۹.
- ۴- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مسوط در ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۹.
- ۵- دمیرچیلی، محمد، حاتمی، علی، فرائی، محسن، قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی، انتشارات میثاق عدالت، چاپ چهارم، سال چاپ ۱۳۸۳.
- ۶- ستوده تهرانی، حسن؛ حقوق تجارت؛ ج ۳، نشر دانشگاه تهران، چاپ سوم، سال چاپ ۱۳۸۱.
- ۷- صقری، محمد، حقوق بازرگانی اسناد، نشر شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، سال چاپ ۱۳۸۰.
- ۸- عبادی، محمد، حقوق تجارت، انتشارات سمت، تهران، چاپ دوم، سال چاپ سال چاپ ۱۳۸۱.
- ۹- عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، انتشارات موسسه امیر کبیر، تهران، چاپ هجدهم، ۱۳۸۰.
- ۱۰- کاویانی، کوروش، حقوق اسناد تجاری، انتشارات میزان، چاپ اول، تهران، سال چاپ ۱۳۸۳.
- ۱۱- مهربانی، فرهاد، مجموعه مقالات حقوقی، جلد دوم، انتشارات تایماز، چاپ اول، تهران، ۱۳۹۰.

ب) مقالات

- ۱۲- اخلاقی، بهروز، بحثی پیرامون توثیق اسناد تجاری، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران؛ ش ۲۱، سال چاپ ۱۳۸۰.
- ۱۳- مهربانی، فرهاد، مقاله آثار اذنی یا عهدی وکالت، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره ۴۱، پاییز ۱۳۸۹.
- ۱۴- مهربانی، فرهاد، مقاله شرط بقای وکالت بعد از فوت، مجله کانون وکلای دادگستری، شماره ۳۹ و ۴۰، تابستان، ۱۳۸۹.

ج) جزوه

- ۱۵- اسکینی، ربیعا، اسناد تجاری؛ جزوه درسی، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، سال تحصیلی ۱۳۷۶ - ۱۳۷۷.
- ۱۶- اخلاقی، بهروز؛ اسناد تجاری، جزوه درسی، انتشارات دانشکده حقوق دانشگاه تهران، سال تحصیلی ۱۳۷۰ - ۱۳۷۱.

د) منبع عربی

- ۱۷- جریح، منی، معجم المصطلحات القانونیه، انتشارات خرسندی، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۸.

ه) منبع خارجی

18. A. Garner, Brayan, Black's law dictionary, eighth edition, Thomson West pub, 2008.

تحصیل دلیل در دادرسی کیفری اطفال و نوجوانان

سعید قاسمی ونجانی *

چکیده

نظام‌های حقوقی و سیاست‌گذاران جنایی در بحث اطفال و نوجوانان شیوه رسیدگی متفاوتی را مدنظر قرار داده‌اند. به این معنی که در کنار قوانین ماهوی - که باید در راستای منافع کودک برای رشد و تکامل شخصیت او باشد - در قوانین شکلی نیز نحوه برخورد افتراقی را پیش‌بینی کرده‌اند. از این رو، در تحصیل دلیل دادرسان دادگاه و دادسرا، اصل منافع عالی کودک را لحاظ می‌کنند. بر این اساس، در کسب دلیل اصل قانونی بودن باید راهنمای دست اندرکاران عدالت کیفری اطفال باشد. یعنی لزوم قانونی بودن خود دلیل، لزوم قانونی بودن روش کسب آن و نیز لزوم قانونی بودن مرجع تحصیل دلیل از شرایط اساسی دادرسی کیفری می‌باشد. با وجود این، در پاره‌ای از دادگاه‌های اطفال این اصل به دست فراموشی سپرده می‌شود. به عنوان نمونه برخی از قضات، تحقیقات از کودکان را به مرجع انتظامی می‌سپارند.

واژگان کلیدی: اطفال، نوجوانان، معارض با قانون، تحصیل دلیل، دادرسی.

درآمد

هدف اصلی از رسیدگی به اعمال ارتكابی اطفال و نوجوانان معارض با قانون، اصلاح و تربیت آنان است. تا از این رهگذر هم وقفه‌ای که در روند رشد کودک ایجاد شده رفع گردد و هم منافع جامعه تأمین شود. زیرا، از یک سو، اگر آنان اصلاح گردند در آینده مرتکب جرم نمی‌شوند و در واقع پیشگیری از جرم تحقق می‌یابد و به بیان «ادوین

* وکیل پایه یک دادگستری و کارشناس ارشد حقوق کیفری از دانشگاه علوم قضایی

لمرت» وارد کجروی دومین^۱ [انحراف ثانویه] نمی‌شوند (وایت، ۱۳۹۰: ۱۹۶) و از سوی دیگر، منافع جامعه به لحاظ عدم تکرار جرم در آینده از سوی کودک و نوجوان تأمین می‌گردد.

از این رو، در دادرسی مربوط به اطفال و نوجوانان، قضات در کسب دلیل، باید اصول و قواعدی را در راستای «منافع و مصالح عالی کودک» (بند ۱ ماده ۳ کنوانسیون حقوق کودک) رعایت کنند و این نکته را مورد توجه قرار دهند که از یک طرف «... بزهکاری اطفال در واقع، نتیجه طبیعی و غیرطبیعی مسیر نیل آنان از مرحله خردسالی به نوجوانی و از نوجوانی به جوانی است» (جمشیدی، ۱۳۸۲: ۶۳) و از طرف دیگر کودکان و نوجوانان در مسیر رشد و تکامل شخصیت قرار دارند. پس، در برخورد با ایشان در مراحل تحقیقات و بازپرسی - حسب مورد در دادگاه و دادسرا - به این مهم باید توجه وافر نمایند.

بدین ترتیب، در تحقیقات و کسب اطلاعات نه تنها فشار اعم از جسمی و روحی به هیچ وجه نباید به آنان وارد آید بلکه برخورد با ایشان نیز مناسب، منطقی و شایسته باشد، و طرق صحیح و علمی تحصیل دلیل مورد عنایت قرار گیرد. بنابراین در این مقاله، پس از تبیین مفاهیم کلیدی تحقیق، به الزام‌های حاکم بر تحصیل دلیل، مشروعیت و قلمرو آن در دادگاه اطفال پرداخته می‌شود.

۱- مفاهیم و تعاریف

موضوعات و مباحث مربوط به حقوق کیفری اطفال از مباحث پیچیده و اختلافی حقوق جزا می‌باشد. موضوعاتی از قبیل مسئولیت کیفری کودکان، حداقل سن تعقیب، سن بلوغ، موارد شکلی رسیدگی به اعمال خلاف قانون آنان و بسیاری موارد دیگر در نظام‌های حقوقی دنیا اختلافاتی مشاهده می‌گردد. در این بخش مفاهیم کلیدی و اساسی تحقیق تبیین می‌شود.

۱-۱ طفل و نوجوان

در ادبیات حقوقی کشورها واژگانی از قبیل کودک، طفل، طفل ممیز و غیرممیز، کودک بالغ، کودک نابالغ و ... دیده می‌شود. ابتدا باید حوزه تحقیق را در این مقوله روشن شود که مراد و منظور ما از طفل و نوجوان کیست؟

^۱. Secondary deviance

کودک در زبان و لغت فارسی فردی است که به بلوغ نرسیده باشد (معین، ۱۳۸۷: ۱۰۸۰) در زبان عربی به کودک، صبی، صغیر و طفل هم گفته می‌شود. برخی در تعریف کودک آورده‌اند: «به طور کلی از نظر حقوقی کودک کسی است که به رشد و نمو جسمی و روحی برای زندگی اجتماعی نرسیده است.» (عبادی، ۱۳۷۵: ۵) در ادبیات حقوقی ایران در این زمینه تشتت آرا به چشم می‌خورد:

در قانون مجازات عمومی (۱۳۰۴) و قانون تشکیل دادگاه اطفال بزهکار، لفظ طفل به معنای فردی زیر ۱۸ سال به کار رفته بود. در قانون راجع به مجازات اسلامی (م ۲۶) و قانون مجازات اسلامی م ۴۹ ناظر به م ۱۲۱۰ ق.م لفظ طفل به معنای زیر سن بلوغ شرعی اشاره شده است.

در قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۷۸) تبصره ۱۱ م ۲۱۹ لفظ اشخاص زیر ۱۸ سال ناظر به افرادی بود که بین سن بلوغ شرعی و زیر ۱۸ سال قرار داشتند و در قانون مجازات اسلامی نیز در ماده ۱۴۷ سن بلوغ برای دختران و پسران به ترتیب نه و پانزده سال قمری پیش‌بینی شده است. از این رو، بررسی قوانین متعدد در ارتباط با کودکان روشن می‌سازد که هیچ تعریف مشخصی از کودک در نظام حقوقی ایران وجود ندارد (شاملو، ۱۳۹۱: ۷۹). با وجود این، با همه ایرادات در حقوق ایران می‌توان طفل را فردی که به سن بلوغ شرعی (۹ سال قمری برای دختران و ۱۵ سال قمری برای پسران) نرسیده است و نوجوان را فردی که بالغ است ولی زیر ۱۸ سال می‌باشد محسوب کرد.

۲-۱ معارض با قانون

اگر بپذیریم که اطفال مسئولیت کیفری ندارند و نمی‌توانند مرتکب جرم شوند و تنبیه آنان نیز برای اصلاح، تربیت و بهنجار شدن آنان است. نتیجه منطقی این برداشت اقتضای آن را دارد که از عناوین مرسوم کیفری برای کودکان استفاده نشود.

در یافته‌های جرم‌شناسی دیدگاهی وجود دارد مبنی بر اینکه نباید به افراد انگ مجرم، بزهکار، خلافکار و ... وارد آید. زیرا، این افراد اگر واقعاً دارای این صفات نباشند ممکن است در آینده واکنش‌های متناسب با آن اوصاف نشان دهند. این دیدگاه به «نظریه برجسب زنی»^۱ معروف شده است. (وایت، ۱۳۹۰: ۱۸۶) بنابراین اتخاذ واژه «معارض با قانون» به مراتب بار منفی کمتری نسبت به کاربرد واژه‌های بزهکار، مجرم و

^۱. Labeling theory

منحرف دارد. (موذن زادگان، ۱۳۹۰: ۱۳۰) به عبارت دیگر اگر بر شخصی به طور رسمی انگ «خلافکار»، «بزهکار»، «مجرم» زده شود ممکن است که آن فرد متناسب با آن برچسب رفتار نماید. از این رو، برای پرهیز از آثار منفی عناوین مجرمانه برای کودکان و نوجوانان در نوشتگان حقوقی از «کودک / نوجوان معارض با قانون»^۱ استفاده می‌شود.

۱-۳ تحصیل دلیل

تحصیل در لغت به معنای بدست آوردن و فراهم کردن است. دلیل نیز در لغت به معنای حجت، برهان و آنچه برای اثبات کردن امری آورده می‌شود می‌باشد. (عمید، ۱۳۵۷: ۳۰۴) در تعریف اصطلاحی از دلیل حقوقدانان به تعریف واحد نرسیده و هر کدام از ایشان، از زاویه‌ای به آن نگریسته است: دکتر صدرزاده افشار می‌نویسد: «دلیل آن چیزی است که وجدان دادرس را در اثبات ادعا قانع می‌کند» (صدرزاده افشار، ۱۳۷۶: ۳) در ترمینولوژی حقوق آمده است «دلیل: چیزی که برای اثبات امری در خصوص دعواوی به کار می‌رود. قوانینی که جنبه اثباتی دارند و کاشف از امری می‌باشند دلیل نامیده می‌شوند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۳۰۹) دکتر گلدوزیان می‌نویسد «دلیل مجموعه قواعد قابل اجرا برای احراز یک جرم در ارتباط با وقایع بیرونی یا رفتار شخص مورد تعقیب است. (گلدوزیان، ۱۳۸۹: ۱۸) دکتر آشوری معتقد است «در امور کیفری دلیل عبارت از هرگونه وسیله‌ای است که وجود یا عدم امری یا صحت یا سقم ادعایی را اثبات می‌کند» یا «دلیل عبارت از هر وسیله قانونی است که مقامات قضایی را در کشف حقیقت و حصول اقناع وجدانی و اتخاذ تصمیم عادلانه یاری بخشد.» (آشوری، ۱۳۸۶: ۲۳۵) نویسنده دیگری آورده است «دلیل در امور کیفری تمام وسایلی که برای اثبات یا نفی یک امر موضوعی یا برای اثبات صحت یا بطلان یک فرض مطروحه به کار می‌آید تعریف می‌گردد.» (دیانی، ۱۳۸۹: ۲۴) بنابراین با توجه به تعریف‌های مذکور از دلیل، تحصیل دلیل در امور کیفری را می‌توان «جمع‌آوری دلیل یا ادله مشروع و قابل استناد برای اثبات یا نفی امری نزد مراجع قضایی» تعریف نمود.

۱-۴ دادرسی

دادرسی ویژه اطفال و نوجوانان «به مجموعه قواعدی گفته می‌شود که در زمینه کشف جرم، تحقیقات مقدماتی و نحوه دادرسی باید از بدو تماس کودک و نوجوان با

^۱ Children / juvenile in conflict with the law

مقامات انتظامی و قضایی به لحاظ ارتکاب عمل مغایر قانون، تا خاتمه رسیدگی به اتهام او به منظور تأمین هدف والای انسانی، حفظ منافع عالی کودکان و نوجوانان، رعایت می‌گردد» (موذن زادگان، ۱۳۸۳: ۱۴۰) بدین سان، در حال حاضر نظام رسیدگی به جرایم کودکان زیر ۱۸ سال در حقوق ایران به دو شکل انجام می‌شود، به کلیه اعمال ارتكابی افراد زیر ۱۵ سال مستقیماً در دادگاه اطفال و نوجوانان (تبصره ۱ م ۲۸۵ ق.آ.د.ک) و به جرایم اشخاص بالغ کمتر از ۱۸ سال نیز ابتدا در دادرسی ویژه نوجوانان و سپس در دادگاه رسیدگی می‌گردد (م ۲۸۵). بنابراین به جرایم افراد ۱۵ الی ۱۸ سال ابتدا در دادرسی رسیدگی و بعد از صدور کیفرخواست، در دادگاه مورد بررسی قرار می‌گیرد ولی اعمال ارتكابی افراد کمتر از ۱۵ سال مستقیماً در دادگاه اطفال طرح و رسیدگی می‌شود.

۵-۱ دلیل در امور کیفری

در امور مدنی «اصل منع تحصیل دلیل» توسط دادرس هر چند تعدیل شده ولی باز از جایگاه اساسی برخوردار است، و دادرس نقش یک داور بی‌طرف را ایفا می‌کند و این طرفین دعوا هستند که مکلفند تا دلیل را تحصیل و به دادگاه ارائه کنند. این امر ریشه در قاعده فقهی «البینه علی المدعی»^۱ دارد.

ولی در امور کیفری اصل «آزادی تحصیل دلیل» پذیرفته شده است. از این رو، ادله جز در برخی موارد (حدود، قصاص) حصری نمی‌باشد. «در محاکمات کیفری کشف حقیقت فقط در خدمت منافع زیان دیده نیست بلکه از یک طرف ضمن دفاع از جامعه به تأمین منافع عمومی نظر دارد و از طرف دیگر به تأمین آزادی متهم و احترام به حیثیت انسانی او می‌اندیشد.» (گلدوزیان، ۱۳۷۴: ۳) اهمیت دلیل در امور کیفری از آنجا نقش بسزایی دارد که نتیجه آن برخورد با تمامیت جسمانی، آبرو و حیثیت افراد است برخلاف امور مدنی که موضوع آن اغلب امور مالی می‌باشد.

بنابراین «طرح دعوا از سوی قدرت عمومی علیه کسی که بی‌گناهی او به موجب اصل برائت مفروض است و محکوم کردن او به مجازات با توسل به هر وسیله‌ای با نام و عنوان «دلیل» پذیرفته نیست.» (آشوری، ۱۳۸۶: ۲۱۳) حال که اهمیت دلیل در امور کیفری مشخص شد باید بینیم این جایگاه در مورد مسائل کیفری مطروحه در خصوص کودکان و نوجوانان معارض با قانون به چه شکلی است.

^۱ - مطالعه بیشتر: دکتر سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه بخش قضایی، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۱، ص ۵۳ به بعد

امروزه برای متخصصین امور تربیتی و اجتماعی درباره لزوم حمایت اطفال به وسیله اجتماع جای هیچ گونه تردیدی وجود ندارد (غفوری غروی، ۱۳۵۹: ۳۲۲). همچنین در خصوص ماهیت عکس‌العمل یا واکنش اتخاذی در قبال رفتار کودکان و نوجوانان معارض با قانون بین اندیشمندان حقوق کیفری و جرم‌شناسی تردیدی وجود ندارد. به بیان دیگر در خصوص حمایتی، تربیتی و اصلاحی بودن واکنش‌ها در برابر کودکان اختلافی دیده نمی‌شود (موذن زادگان، ۱۳۹۰: ۱۳۰). از این رو، اگر هدف از تنبیه این گروه سنی، اصلاح و تربیت آنان می‌باشد، اجرای عدالت در این است که کسب دلیل در اثبات افعال خلاف قانون آنان اولاً با توجه به این هدف (حمایتی- تربیتی) باشد و ثانیاً استفاده از شیوه‌های اغفال و فشار خودداری شود ثالثاً به ادله‌ای رجوع شود که در راستای مبانی پذیرفته شده در حقوق کیفری اطفال می‌باشد. از قبیل تسریع در رسیدگی، منع ورود آنان به فرآیند دادرسی رسمی، قضا‌زدایی و ...

بنابراین اهمیت دلیل در امور کیفری بر کسی پوشیده نیست و این مسئله در اعمال کودکان و نوجوانان معارض با قانون از اهمیت مضاعفی برخوردار است. از این رو، در مورد کودکان و نوجوانان تعدادی از ادله از جمله اقرار و شهادت کودکان و گزارش ضابطین دادگستری نمی‌تواند مثبت بزهکاری ایشان باشد و باید دید قاضی به چه دلایلی می‌تواند رجوع کند. همچنین در مورد نوجوانان (بالغین زیر ۱۸ سال) نیز نباید به اقرار آنها به عنوان «ملکه دلایل» نگریست بلکه در کنار دلایل دیگر به آن توجه نمود به خصوص در دختران که سن بلوغ در آنان بسیار پایین فرض شده است که با واقعیت‌های علمی سازگار نیست.

مواردی از این قبیل اقتضاء دارد که به بحث دلیل در امور کیفری خاصه در مورد کودکان و نوجوانان معارض با قانون با دقت و ظرافت خاصی پرداخته شود.

۲- مشروعیت و الزام‌های حاکم بر تحصیل دلیل

اصل «مشروعیت تحصیل دلیل» که به عنوان یک قاعده عام در دادرسی کیفری حاکم است، در دادرسی ویژه اطفال و نوجوانان باید با دقت و ظرافت خاصی مورد توجه قرار بگیرد.

یکی از استادان حقوق (گلدوزیان، ۱۳۷۴: ۱۳) این اصل را با عنوان رعایت صحت و امانت و مشروعیت در تحصیل دلیل آورده و می‌نویسند «صحت و رعایت امانت یک مفهوم حقوقی مستقل نیست. بنابراین عرضه تعریف مشخص و صریح از آن دشوار است.

می‌توان گفت مقصود از رعایت امانت در تحصیل دلیل، توجه به راه‌های مناسب کسب دلیل است و این راه‌ها بر اساس لزوم احترام به حقوق انسان و مقام قضا استوار است.» «پیر بوزات» حقوقدان فرانسوی مشروعیت تحصیل دلیل را به شیوه جستجوی دلایل، منطبق با رعایت حقوق فردی و کرامت دادگستری تعریف کرده است. «ژان پرادل» دیگر حقوقدان فرانسوی این اصل را چنین تعریف می‌کند «هنگامی که مسئولان تحقیق و بازپرس از شیوه‌های مخالف با اصول بنیادین و اساس نظم حقوقی کشور ما برای تحصیل دلیل استفاده می‌کنند، عدم صداقت و مشروعیت در اعمال آنان وجود دارد. عدم مشروعیت بیانگر حيله، فریب، مکر، تطمیع، تهدید و کلیه اقدام‌های تقلیل دهنده یا سلب کننده اختیار است.» (تدین، ۱۳۸۸: ۱۷۵). بنابراین، با این مقدمه در این فصل ابتدا به مشروعیت تحصیل دلیل و سپس به اصول حاکم بر آن پرداخته می‌شود.

۲-۱ مشروعیت تحصیل دلیل

لازمه یک دادرسی عادلانه و منطبق بر قانون و کرامت انسانی این است که دلیلی مشروع و قانونی برای اثبات بزهکاری افراد جامعه ارائه داد و این مهم مورد اشاره قواعد و اسناد بین‌المللی و داخلی قرار گرفته است.

۲-۱-۱ در اسناد بین‌المللی

در ماده ۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر آمده است «هیچ کس را نمی‌توان تحت شکنجه یا مجازات یا رفتاری قرار داد که ظالمانه یا برخلاف انسانیت و شئون بشری یا موهن باشد.» در ماده ۱۲ همان آمده است «در زندگی خصوصی و خانوادگی و اقامتگاه یا مکاتبات هیچ کس نمی‌توان بدون مجوز قانونی مداخله کرد...» بر مبنای این اعلامیه و سند که اصول بسیار کلی و بنیادین را مدنظر قرار داده است در کسب دلیل باید شرافت و شأن انسانی افراد رعایت شود.

این موارد عام است و در مورد کودکان و نوجوانان در کنار این قواعد عام، باید به ضوابط و مقررات خاص هم رجوع کرد. پیمان نامه حقوق کودک (۱۹۸۹) در بند ۴ قسمت ب از شق ۲ ماده ۴۰ مقرر می‌دارد که باید تضمین گردد که کودک ملزم به اقرار یا شهادت نشود، حال این الزام مطلق است یعنی چه به صورت شکنجه یا به صورت فریب، اغفال و اغوا، غیرقانونی خواهد بود.

به اعتقاد کمیته حقوق کودک عبارت «ملزم» باید به رفتارهای موسع تفسیر شود و محدود به اجبار فیزیکی نگردد. بنابراین عواملی چون سن کودک، رشد او، میزان سازش

با اجتماع، کمبودهای در فهم و درک و ترس از سرنوشت یا امکان زندانی شدن می‌تواند منجر به اعتراف کودک گردد که غیر قابل پذیرش می‌باشد. لذا برای رعایت این حق کمیته تصریح می‌کند که روش‌های بازپرسی از کودک باید مورد بررسی دقیق قرار گیرد تا اطمینان حاصل شود که کودک مجبور به اعتراف نشده است. (ابراهیمی و رکیانی، ۱۳۸۹: ۱۵۶) علاوه بر این، بند ۱ م ۳۷ کنوانسیون مقرر می‌دارد «هیچ کودکی مورد شکنجه یا سایر رفتارهای بی‌رحمانه، غیرانسانی یا تحقیرآمیز قرار نگیرد» این بند از م ۳۷ در راستای م ۷ حقوق مدنی و سیاسی است که براساس آن هیچ فردی نباید تحت شکنجه، رفتار یا مجازات تحقیرآمیز و غیرانسانی و بی‌رحمانه قرار گیرد.

کمیته حقوق بشر سازمان ملل توصیه می‌کند روش‌ها یا تدابیر انضباطی که متضمن رفتارهای خشن، غیرانسانی و تحقیرآمیز باشد از جمله تنبیه بدنی و حبس در سلول تاریک، حبس در سلول انفرادی یا هر تنبیه دیگر که سلامت جسمی یا روانی نوجوان را به مخاطره اندازد باید به طور جدی فسخ شود. تقلیل جیره غذایی، محدودیت یا لغو تماس با اعضای خانواده به هیچ وجه نباید به کار گرفته شود. (همان: ۸۹) همچنین بند ۳ ماده ۱۰ مقررات پکن به رعایت مصلحت نوجوان و اجتناب از آسیب در پیگیری و پیگرد اولیه او از سوی دستگاه‌های مجری قانون تأکید کرده است.

به طور کلی با توجه به مخدوش بودن اراده کودک و تحت تأثیر قرار گرفتن وی در شرایط، اوضاع و احوال خاص که توان تصمیم درست و اظهارات منطبق با واقع را از وی سلب می‌کند باید در کسب ادله، قواعد مربوط را با دقت و ظرافت خاص رعایت کرد. به دیگر سخن در بازجویی و تحقیقات باید اصول حمایتی و اصلاحی و نیز رعایت اصل منافع عالی کودک مدنظر باشد.

۲-۱-۲ در حقوق داخلی

در حقوق داخلی در قوانین متعدد، قواعدی وجود دارد که از استقراء در آنها می‌توان به مشروعیت در تحصیل دلیل در امور کیفری، در حقوق ایران پی برد.

۱) در صدر آنها اصل ۳۸ قانون اساسی مقرر می‌دارد «هر گونه شکنجه برای گرفتن اقرار یا کسب اطلاع ممنوع است اجبار شخص به شهادت، اقرار یا سوگند مجاز نیست و چنین اقرار یا شهادت و سوگندی فاقد ارزش و اعتبار است» پر واضح است که مفاد اصل مذکور ناظر به افرادی است که از اراده سالم برخوردارند و این اراده تام است که اقرار، شهادت یا سوگند آنها را در صورتی که با رعایت شرایط و ضوابط اخذ شود معتبر بوده و در اصطلاح حقوق «دلیل» می‌باشد ولی در کودکان و نوجوانان نمی‌توان قائل به اراده

تام و سالم ایشان بود. «اصل حاکمیت اراده، مبنا و فلسفه وضع قوانین جزایی و مدنی است. فرض قانونگذار این است که بزرگسالان که عاقل و بالغ هستند اعمال ارتكابی خود را بر اساس آزادی اراده و قوه تمیز خوب از بد و زشتی از زیبایی انجام می‌دهند. برخلاف حقوق جزای عمومی در حقوق کیفری اطفال، این فرض آزادی منقلب می‌شود زیرا فرض بر این است که کودک فاقد اراده آزاد و مستقل است.» (شاملو، ۱۳۹۱: ۱۰۱)

از سوی دیگر همانطور که در منطوق اصل ۳۸ مشاهده شد شکنجه برای «کسب اطلاع» نیز ممنوع است و از این عبارت می‌توان فهمید که اگر در دادرسی اطفال فشار و شکنجه روحی و جسمی به آنان وارد شود- هر چند اظهارات آنان به عنوان «اقرار» و «شهادت» نمی‌باشد- فاقد هرگونه ارزش و اعتبار قضایی خواهد بود.

۲) در ذیل ماده ۱۹۵ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ آمده است «پرسش‌ها باید مفید، روشن، مرتبط با اتهام و در محدوده آن باشد. پرسش تلقینی یا همراه با اغفال، اکراه و اجبار متهم ممنوع است» همانطور که ملاحظه می‌شود طرح سؤالات و پرسش‌های مبهم، تلقینی و ... به صورت عام ممنوع اعلام شده است و این ممنوعیت در مورد کودکان و نوجوانان که با توجه به شرایط سنی و هیجانات دوره بلوغ سریع تر فریب خورده و اغفال می‌شوند به طریق اولی حاکمیت جدی‌تری دارد.

بنابراین کلیه اظهاراتی که اطفال و نوجوانان در شرایط تهدید، تلقین، فشار و ... بیان می‌کنند که می‌تواند ادله یا قرائنی علیه آنان باشد باطل بوده و فاقد ارزش قضایی و حقوقی قلمداد می‌گردد.

۳) ماده واحده قانونی احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۳/۲/۱۵ در بند ۱۵ به مواد متعددی اشاره دارد که اجرای دقیق آن می‌تواند به رعایت کرامت و حفظ شأن انسانی کمک شایان کند. موارد مورد اشاره در قانون مذکور اگر از سوی مسئولان مربوط رعایت و اجرا شود نتیجه آن در امر تحصیل دلیل راهگشا می‌باشد.

در بند ۶ ماده واحده آمده است «در جریان دستگیری و بازجویی و یا استطلاع و تحقیق، از ایدای افراد نظیر بستن چشم و سایر اعضاء، تحقیر و استخفاف به آنان اجتناب گردد.» مفاد این بند در مورد کودکان و نوجوانان باید به طور جدی و ویژه رعایت شود. به عنوان مثال در هنگام بازجویی از نوجوان در اداره پلیس یا دادسرا بازجو یا بازپرس از تحقیر و ایدای روحی و جسمی آنان جداً خودداری کند زیرا از یک سو آنان در مرحله رشد و تکامل شخصیت هستند و این برخورد با آنان در روند اجتماعی شدن ایشان

اخلال ایجاد می‌کند و از طرف دیگر منجر به شکل‌گیری شخصیت و روحیه ستیزه‌جو در کودکان می‌شود «اگر طفل جامعه و مأمورین را دشمن خود تصور کند، بالطبع واکنش مساعدتری را نشان نداده و از همان ابتدا رفتار خصمانه یا حداقل مکارانه در پیش خواهد گرفت. که اصلاح و تربیت او را دچار وقفه و اختلال خواهد نمود.» (محسنی، مرتضی، ۱۳۵۶: ۲۹)

با وجود این، متأسفانه گاهی دیده می‌شود که سربازان وظیفه یا پرسنل کادر، کودکان و نوجوانان را زمانی که از کانون یا بازداشتگاه به دادگاه منتقل می‌کنند از دستبند - حتی در داخل محاکم - استفاده می‌کنند که برخلاف اصول حاکم بر دادرسی اطفال و نیز منع از برچسب زنی می‌باشد. در این خصوص، بند ۶۳ مقررات سازمان ملل برای حمایت از نوجوانان محروم از آزادی (مصوب ۱۹۹۰) استفاده از وسایل دستبند و کاربرد زور را ممنوع اعلام کرده و فقط در موارد استثنایی مانند آسیب زدن نوجوان به خود یا دیگری مجاز دانسته است.

علاوه بر این، بند ۷ ماده واحده مذکور، بازجویان و مأمورین تحقیق را از نشستن پشت سر متهم یا بردن آنان به اماکن نامعلوم منع کرده و به جای آن استفاده از شیوه‌ها و تکنیک‌های مدرن و علمی را امر می‌کند. اجرای این بند در مورد کودکان و نوجوانان روزنه‌ای برای اجرای بهتر عدالت کیفری درباره اطفال و نوجوانان معارض با قانون است. بند ۱۱ ماده واحده از کنجکاوی در اسرار شخصی و خانوادگی و سؤال از گناهان گذشته افراد را منع می‌کند. اسرار شخصی و حفظ حریم خصوصی کودکان مورد تأکید اسناد بین‌المللی نیز است از جمله در شق ۷ از بند ب قسمت ۲ ماده ۴۰ از کنوانسیون حقوق کودک آمده است «در کلیه مراحل دادرسی، حریم شخصی او [کودک] کاملاً محفوظ بماند» زیرا دنیای کودکان متفاوت از دنیای بزرگسالان است و اسرار کودکی او باید محفوظ باشد «از آنجایی که سوابق افراد جزئی از شخصیت آنان می‌باشد لذا عملکرد انسان در کودکی از جمله اسرار زندگی اوست.» (محسنی، فرید، ۱۳۸۹: ۴۲۵)

همچنین شایسته است که به اصل ۱۶۶ ق.ا اشاره شود که تضمینی جهت اجرای عدالت و دادگستری است اصل مذکور بیان می‌دارد «احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که براساس آن حکم صادر شده است.» بنابراین، ادله‌ای که به طریق غیرقانونی و غیرمشروح کسب می‌شود تاب استدلال و استناد به قانون را ندارد.

۲-۲ الزام‌های حاکم بر تحصیل دلیل

«ارائه دلیل به ظاهر قانونی، چنانچه به طرق نامشروع و غیرقانونی تحصیل شده باشد سبب سلب ارزش اثباتی آن می‌شود» (آشوری، ۱۳۸۶: ۲۵۷) در مسیر کسب دلیل و جمع آوری اطلاعات برای اثبات بزهکاری اطفال و نوجوانان باید با احتیاط و دقت گام برداشت. لذا هر چند برخی از امور به صورت استثنایی و اضطراری در تبهکاری بزرگسالان جایز می‌باشد اما در اعمال در تضاد با قانون کودکان زیر ۱۸ سال حتی به صورت نادر و استثنایی مجاز نمی‌باشد. «توجه به رسالت حقوق جزا یعنی جمع بین حقوق و آزادی‌های افراد از یک سو و تأمین منافع اجتماعی از سوی دیگر می‌طلبد که از توسل به شیوه‌های غیرقانونی و غیرمشروع در تحصیل دلیل جلوگیری کنیم و در شرایط استثنایی در جرایم سازمان یافته و مضر به حال اجتماع تحت ضوابط خاص اجازه عدول از اصل مذکور را دهیم.» (تدین، ۱۳۸۸: ۲۰۷)

بنابراین اگر در شرایط و اوضاع و احوال خاص مأموران و ضابطین اجازه «تحریک برای کشف جرم» را در جرایم بزرگسالان دارند به نظر می‌رسد در اعمال ارتكابی کودکان و نوجوانان این مجوز وجود نداشته باشد. بدین سان، در این مبحث به دو اصل قانونی بودن و اصل لحاظ مصالح و منافع عالیه کودک در تحصیل دلیل خواهیم پرداخت.

۱-۲-۲ اصل قانونی بودن

امر دلیل از جهات متعدد باید قانونی باشد، به عبارت دیگر هم «خود دلیل»، هم «مرجعی» که دلیل را کسب می‌کند و هم «روشی» که مرجع مزبور در تحصیل دلیل به کار می‌برد هر سه باید قانونی باشد. از این رو، هر کدام از این موارد جداگانه بررسی می‌گردد.

۱-۲-۱-۱ لزوم قانونی بودن خود دلیل

هر چند که در امور کیفری اصل آزادی تحصیل دلیل پذیرفته شده است ولی این اصل را، اصول و قواعدی محدود می‌کند «طرح دعوا از سوی قدرت عمومی علیه کسی که بی‌گناهی او به موجب اصل براءت مفروض است و محکوم کردن او به مجازات با توسل به هر وسیله‌ای با نام و عنوان «دلیل» پذیرفته نیست.» (آشوری، ۱۳۸۶: ۲۳۱)

بنابراین دلیلی قانونی است که اراده فرد در آن سالم بوده و مخدوش نباشد و هر وسیله‌ای که به اراده فرد خلل وارد آورد مردود است. اموری مانند داوری ایزدی،

اوردالی که در قدیم مرسوم بوده یا هیپنوتیزم، استفاده از مواد مخدر و تزریق آن که شاید امروزه مرسوم باشد به عنوان دلیل غیرقانونی است و فاقد ارزش قضایی می‌باشد. از این رو، به طریق اولی در اعمال ارتكابی نوجوانان نیز مجوز استفاده از این قبیل، مثلاً هیپنوتیزم وجود ندارد و اطلاعات بدست آمده از این طریق حتی نباید در پرونده متهم درج شود.

۲-۲-۱-۲ لزوم قانونی بودن مرجع تحصیل دلیل

نهادی که عهده‌دار تعقیب و تحقیق از متهمان است باید قانونی باشد. به موجب اصل ۳۶ قانون اساسی «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد». بنابراین اگر ذی‌المقدمه (یعنی حکم به مجازات و اجرای آن) بنا به نص مذکور باید به موجب قانون و دادگاه صالح باشد قطعاً مقدمه آن نیز که تعقیب، تحقیق و بازجویی می‌باشد باید به موجب قانون بوده، و صالح و مجاز به تحقیق و کسب دلیل باشد.

با وجود این، گاهی در رویه قضایی مشاهده می‌شود امر تحقیق را به مرجعی واگذار می‌کنند که اساساً صلاحیت قانونی در این خصوص ندارد. ماده ۲۲۱ ق.آ.د.ک ۱۳۷۸ مقرر می‌داشت «در جرایم اطفال رسیدگی مقدماتی اعم از تعقیب و تحقیق با دادرس دادگاه یا به درخواست او توسط قاضی تحقیق انجام می‌گیرد» (تبصره ۱ م ۲۸۵ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ نیز همین حکم را تکرار کرده است). از این رو، هر چند که ماده ۶ قانون تشکیل دادگاه اطفال بزهکار (۱۳۳۸) دادگاه را مجاز می‌دانست که انجام برخی تحقیقات را به ضابطین دادگستری بسپارد ولیکن قانون ۱۳۷۸ این مجوز را سلب کرده بود (سادات اسدی، ۱۳۸۲: ۱۱۰). اما با کمال تأسف مشاهده می‌شد که در رویه، برخی دادگاه‌ها در فرضی که ضابطین دادگستری رأساً اقدام به تحقیق در اعمال ارتكابی اطفال نموده باشند را معتبر می‌دانند. در صورتی که تبصره ۲ م ۲۸۵ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ حتی در جرایم مشهود نیز اجازه تحقیق توسط ضابطان را نداده است. بنابراین استناد و توسل قضات دادگاه اطفال به مواردی از قبیل کمبود نیروی انسانی، تراکم بالای کار و ... هر چند که شاید ادعایی درست باشد ولی مجوزی برای نقض قانون محسوب نمی‌شود و باعث توجیه و موجه جلوه دادن این قبیل اقدامات نمی‌گردد.

سؤالی که در همین مورد می‌تواند به ذهن متبادر شود اینکه اگر ضابطین رأساً اقدام به تحقیق و بازجویی نموده باشند بدیهی است که مرتکب تخلف شده‌اند ولی آیا این تخلف منجر به بطلان اقدامات و تحقیقات آنان نیز می‌شود؟ در جواب شاید برخی معتقد

باشند که تخلف ضابطین در تحقیق موجب بطلان نتایج عمل آنان نمی‌شود ولی این برداشت اصول دادرسی عادلانه در مورد اطفال را نیز نقض خواهد کرد، و از طرفی ماده ۳۶ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد «گزارش ضابطان در صورتی معتبر است که بر خلاف اوضاع و احوال و قرائن مسلم قضیه نباشد و بر اساس ضوابط و مقررات قانونی تهیه و تنظیم شود.» چون ضابطین صلاحیت ورود به موضوع را نداشته‌اند حق این است که گفته شود اقدامات آنان باطل و فاقد محمل قانونی است. بدین ترتیب، پذیرفتن اموری که اعتبار قانونی را ندارد گر چه برای قضاوت و اجرای عدالت لازم باشد ولی موجب می‌شود که توسط به طرق نامشروع تعمیم یابد. (گلدوزیان، ۱۳۷۴: ۳۰)

۳-۲-۲ لزوم قانونی بودن روش تحصیل دلیل

به موجب اصل ۳۶ قانون اساسی حکم به مجازات و اجرای آن باید به موجب قانون و دادگاه صالح باشد و از سوی دیگر احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند باشد (اصل ۱۶۶ ق.ا). همچنین ماده ۲ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ به اصل کلی، دادرسی کیفری را مستند به قانون نموده است، بنابراین دادرس در مقام استدلال برای رأی که صادر می‌کند ناگزیر است به ادله‌ای استناد کند تا حکم صادره توسط وی موجه باشد. «آزادی دادرس در احراز واقع، در هیچ صورتی او را بی‌نیاز از توجیه اعتقاد خود و بیان مبانی آن نمی‌کند. الزام دادگاه‌ها به استدلال و تکیه بر قوانین، یکی از تضمین‌های مهم بی‌طرفی دادرس و امکان بازرسی اندیشه او در دادگاه‌های بالاتر است.» (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۵۳) لذا اگر قاضی به دلیلی استناد کند که در روش تحصیل آن اصول قانونی، حقوق بشری و کرامت انسانی رعایت نشده باشد در مقام نقض اصل ۱۶۶ ق.ا. گام برداشته است.

در جرایم بزرگسالان اصول و قواعد تحدید کننده اصل آزادی تحصیل دلیل وجود دارد از قبیل منع شکنجه، منع تحریک به ارتکاب جرم، منع فریب و اغفال متهم، منع طرح سؤالات غیرمفید و بسیاری از موارد دیگر، که به طریق اولی در قبال اعمال ارتكابی کودکان و نوجوانان نیز با شدت بیشتری حاکم است. به بیان دیگر، روش تحصیل دلیل در جرایم اطفال و نوجوانان باید با دقت و ظرافت بیشتر و علمی‌تر انجام شود. در این بین شاید توسط به طرق فریبکارانه در قبال اطفال و نوجوانان نمود بیشتری داشته باشد که ما به چند مورد از آن اشاره می‌کنیم.

الف) استفاده از تحریک: در حقوق ایران اغلب در بحث مبارزه با مواد مخدر و قاچاق این مسئله مورد استفاده قرار گرفته است. (گلدوزیان، ۱۳۸۹: ۲۸۶) به عبارت دیگر

با انجام معامله صوری (از طرف مأمور) بین مأمور و مرتکب بزهکاری فرد را احراز می‌کنند. هر چند این امر خود جای انتقاد دارد و استفاده از این موارد باید برای «کشف جرم باشد» نه «تحریک به ارتکاب جرم» (تدین، ۱۳۸۸: ۱۹۷) این بحث در جرایم نوجوانان نیز می‌تواند جای بحث داشته باشد. به بیان دیگر آیا می‌توان در بحث بزهکاری نوجوانان برای کشف جرم از تحریک استفاده کرد؟ با توجه به اینکه تعدادی از پرونده‌های نوجوانان مربوط به حمل و نگهداری مواد مخدر می‌باشد که منجر به محکومیت ایشان نیز می‌گردد به نظر می‌رسد تحریک آنان بیشتر تحریک به ارتکاب جرم باشد نه تحریک به کشف جرم. و در صورت کشف جرم نیز حقیقت آن است که این گروه از نوجوانان در وهله اول، خود، بزه دیده محسوب می‌شوند نه بزهکار و شایسته است که اقدام به مبارزه با باندهای تبهکاری که از کودکان و نوجوانان استفاده ابزاری می‌کنند صورت گیرد.

ب) استفاده از روش فریب متهم: با توجه به قانون احترام به آزادی‌های مشروع و سایر قوانین به نظر می‌رسد این روش در جرایم بزرگسالان نیز قانونی نباشد. هر چند که در رویه مورد استفاده قرار می‌گیرد، با وجود این، در مورد کودکان و نوجوانان استفاده از این روش یعنی آنان را در بازجویی و بازپرسی فریب دهند یا اغفال کنند و در نتیجه این فریب و اغفال کودکان شروع به اظهاراتی علیه خود کنند مغایر با اصول دادرسی منصفانه بوده و مغایر با اصول و مصالح عالیه کودک است.

در شق ۳ از بند ب قسمت ۲ م ۴۰ کنوانسیون حقوق کودک آمده که «رسیدگی به اتهام کودک در یک دادرسی عادلانه و منوط به مغایر نبودن با مصالح عالیه کودک صورت می‌گیرد» بنابراین استفاده از روش فریب کودک سازگار با شخصیت و وضعیت خاص و رو به رشد و تکامل کودک نمی‌باشد. در حقوق فرانسه دیوان این کشور در پرونده معروف «ویلسون» که قاضی تحقیق به قصد غافلگیری و به اشتباه انداختن متهم صدای دوست وی را تقلید کرده بود محکوم ساخت. (گلدوزیان، ۱۳۸۹: ۲۸۷)

ج) منع استفاده از دستگاه دروغ سنج: استفاده از این وسیله گذشته از چگونگی استفاده و علمی بودن یا نبودن آن، مغایر با اصل برائت است. به نظر می‌رسد توجه به این قبیل ابزارها و استفاده از آنها بازگشت به دوره دلایل باستان است که در آن «اصل مجرمیت» به جای «اصل برائت» حاکم بوده و این متهم بود که باید بی‌گناهی خود را اثبات می‌کرد و از سوی دیگر مغایر با شأن و کرامت انسانی است. «دستگاه دروغ سنج وسیله‌ای نیست که با اولین دروغ متهم، به صدا درآید یا چراغ قرمزی شروع به روشن و

خاموش شدن کند، بلکه نحوه عمل این دستگاه از طریق اندازه‌گیری برخی از عکس‌العمل‌های فیزیولوژیک بدن نظیر ضربان قلب، دستگاه تنفسی، فشار خون، فعالیت غدد عروقی که از طریق عرق، مقاومت الکتریکی پوست بدن را نشان می‌دهند می‌باشد.» (دیانی، ۱۳۸۹: ۱۵۳)

به طور کلی نظر بر این است که قاضی باید شأن خود را حفظ کرده و نباید خود را به سطح بزهکاران تنزل دهد و قبول و تعمیم استفاده از فریب، نیرنگ و صحنه‌های تصنعی، منتهی به ایجاد دستگاهی پلیسی می‌شود که مغایر با تمدن و اخلاق می‌باشد. (گلدوزیان، همان: ۲۸۹) از این گذشته در قبال اعمال نوجوانان با توجه به شرایط روحی و خاص آنان و نحوه عملکرد این دستگاه امکان بهره‌گیری از آن در این گروه سنی به هیچ وجه متصور نمی‌باشد. در نتیجه لزوم قانونی بودن روش تحصیل دلیل مانع از این است که به اطلاعات حاصل از این موارد استناد کرد.

۲-۲-۲ لحاظ اصل مصالح و منافع عالیه کودک و نوجوان در کسب دلیل

مقام تعقیب و تحقیق باید در کسب دلیل رعایت امانت و صداقت را نماید. اگر این مقوله در جرایم بزرگسالان به صورت تحقیقات کتبی صورت می‌گیرد یعنی صورتجلسه به امضای متهم می‌رسد- هر چند این امر جای انتقاد دارد زیرا، در اغلب مواقع بدون اینکه متهم صورتجلسه را بخواند یا متوجه نوشته‌های موجود در آن باشد امضاء می‌کند- در دادرسی اطفال و نوجوانان باید شرایط و ضوابط ویژه‌ای رعایت گردد.

از این رو، رعایت اصل مصالح و منافع عالیه کودکان و نوجوانان اقتضاء دارد با توجه به اینکه هدف از وارد کردن ایشان به فرآیند دادرسی کیفری فراهم کردن زمینه، برای بازسازی، بازپروری، بازاجتماعی، اصلاح و تربیت آنهاست، در نتیجه در جمع‌آوری ادله برای احراز تعارض (مجرمیت) وی، مصالح و منافع عالیه کودک^۱ به عنوان چراغ و راهنمای اساسی دادرسان باشد. بدین سان برای رسیدن به این هدف، در صورت ممکن باید تحقیقات از کودک یا نوجوان در حضور والدین یا سرپرست یا کیل آنها انجام شود. همچنین، سؤالات باید قابل فهم و ساده بوده و بارعایت اصول کودک مدارانه در دادرسی اطفال و همراه با رفتار صحیح باشد. در این راستا، بند ۲ ماده ۱۴ مقرر پکن

^۱. The best interest of the child

مقرر می‌دارد: دادرسی در جهت حفظ مصالح نوجوان و در جو همراه با تفاهم و درک که مشارکت و بیان آزادانه اظهارات نوجوان را میسر می‌سازد انجام خواهد شد.

۱-۲-۲ لزوم حضور والدین و وکیل در جریان تحقیقات

ماده ۲۲۰ ق.آ.د.ک (۱۳۷۸) لزوم حضور وکیل یا والدین طفل در رسیدگی به اعمال ارتكابی اطفال را مورد حکم قرار داده بود. ماده ۴۱۲ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ ابلاغ وقت رسیدگی را به اطفال و نوجوانان معتبر ندانسته بلکه ابلاغ آن را به والدین، اولیاء یا سرپرستان قانونی و وکیل معتبر دانسته است. همچنین در تبصره ۲ همان ماده حضور والدین و متهم را برای رسیدگی فوری لازم دانسته است. بنابراین حضور فرد زیر ۱۸ سال بدون والدین یا اولیاء یا ... مجوزی برای رسیدگی دادگاه نیست.

ماده ۴۱۵ همان قانون در جرائمی که در صلاحیت دادگاه کیفری یک است و نیز جرائم تعزیری درجه شش به بالا حضور وکیل را الزامی کرده است. و با عنایت به ذیل ماده که مقرر می‌کند «در جرائم تعزیری درجه هفت و هشت، ولی یا سرپرست قانونی طفل یا نوجوان می‌تواند خود از وی دفاع و یا وکیل تعیین نماید. نوجوان نیز می‌تواند از خود دفاع کند.» می‌توان برداشت کرد که نوجوان در جرائم تعزیری درجه هفت و هشت می‌تواند از خود دفاع کند ولی طفل نمی‌تواند مستقلاً از خود دفاع نماید بلکه از طریق والدین یا وکیل، باید دفاع در این جرائم انجام شود. بدین سان با توجه به قانون آیین دادرسی کیفری ۹۲ معلوم می‌شود که در کلیه جرائم (به جز جرم تعزیری درجه هفت و هشت) حضور وکیل الزامی است.

این مهم یعنی برخورداری از مشاوره حقوقی و حضور والدین در شقوق ۲ و ۳ از بند ب قسمت ۲ ماده ۴۰ کنوانسیون حقوق کودک مورد اشاره قرار گرفته است. در شق ۳ از بند ب از کنوانسیون می‌خوانیم «رسیدگی به اتهام بدون تأخیر توسط یک مقام یا مرجع قضایی واجد صلاحیت ... با حضور والدین یا سرپرستان قانونی او صورت می‌گیرد.»

از این رو، «حضور والدین یا سرپرستان قانونی طفل یا نوجوان و همچنین وکیل یا مشاور حقوقی از حیث حمایت و معاضدت روانی عاطفی و حقوقی ایشان دارای کمال اهمیت است.» (موذن زادگان، ۱۳۸۳: ۱۴۹) بنابراین، نتیجه این تمهیدات علاوه بر رعایت دادرسی عادلانه و منصفانه، امانت و دقت بیشتر از سوی مقام قضایی یا پلیس در مواجهه با کودک/ نوجوان را در کسب دلیل تضمین خواهد کرد.

اضافه می‌شود که در فرانسه بازجویی از متهم یا مواجهه متهم تنها در حضور وکیل یا وکلای وی امکان دارد و برخی از قوانین ضمانت اجرای بطلان را برای تخلف از مقررات مربوط به حضور وکیل در جلسه بازجویی بیان کرده‌اند. (زراعت، ۱۳۹۰: ۱۷۷)

۲-۲-۲ لزوم تفهیم قابل فهم اتهام قبل از بازجویی

نکته مهم اینکه، قبل از هر چیز باید رفتار با طفل یا نوجوان در مراحل مختلف اعم از پیش از محاکمه، بازجویی و تحقیقات و جلسه دادگاه متناسب با شأن و شخصیت انسانی و کودکی او باشد. این مطلب در بند ۱ ماده ۴۰ پیمان نامه حقوق کودک به طور روشن و مطلوب پیش‌بینی شده است. «... با او به روشی که موجب اعتلای مفهوم شرف و ارزش در ذهن کودک گردد رفتار شود...»

مطلب دیگر اینکه اصل صحت و امانت اقتضای آن را دارد که کلیه اتهامات کودک به وسیله والدین به وی گفته، توضیح و تفهیم شود و بعد از آن شروع به تحقیقات گردد در غیر اینصورت اطلاعات کسب شده مشروعیت نخواهد داشت. در این خصوص کمیته حقوق کودک در تفسیر عام، حق کودک به دادرسی منصفانه اظهار نموده است که «هر کودک متهم یا محکوم حق دارد فوراً و مستقیماً از اتهامات علیه خودش مطلع شود.» (ابراهیمی و رکیانی، ۱۳۸۹: ۹۹) بنابراین اگر طفل یا نوجوان قبل از آنکه از اتهاماتش مطلع شود مطالبی را اظهار کند حق این است که گفته شود اگر آن اظهارات علیه وی باشد چون قواعد و مقررات مربوط رعایت نشده مسموع نخواهد بود.

۳-۲-۲ منع از اجبار، الزام و فشار

ماده ۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر شکنجه یا هرگونه رفتار تحقیر آمیز را منع می‌کند. همچنین ماده ۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز هرگونه آزار و شکنجه را ممنوع اعلام کرده و بند ۴ ماده ۱۴ میثاق، مصلحت و حیثیت نوجوانان را در آیین دادرسی مورد توجه قرار داده است. در کنار این اسناد عام، اسناد خاص حقوق کودکان و نوجوانان نیز به منع از شکنجه و هرگونه رفتارهای غیر انسانی پرداخته است. بند الف ماده ۳۷ پیمان نامه مقرر می‌دارد «هیچ کودکی مورد شکنجه یا سایر رفتارهای بی‌رحمانه و غیر انسانی یا تحقیر آمیز قرار نگیرد» بند ۴ قسمت ب از بخش ۲ ماده ۴۰ نیز منع از الزام کودکان و نوجوانان به اقرار و شهادت توجه دارد.

علاوه بر این، با عنایت به اصل ۳۸ قانون اساسی، ماده واحده قانون حقوق شهروندی، مواد ۴ و ۷ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و دیگر مقررات داخلی می‌توان گفت

هرگونه فشار، اجبار، تهدید، فشار، فریب، اغفال و الزام به پاسخگویی کودک یا نوجوان اولاً برخلاف اصول دادرسی بنیادین کیفری است و ثانیاً در تعارض آشکار با هدف وارد کردن آنها به فرآیند دادرسی می‌باشد. از این رو، اگر چه استفاده از طرق مذکور در برابر بزرگسالان نیز ممنوع است، در گستره دادرسی کودکان و نوجوانان ممنوعیت تهدید، فشار، اجبار و ... چنان روشن است که نیازی به اقامه برهان ندارد.

۳- قلمرو ادله اثبات و ارزیابی آن در دادگاه اطفال

دادگاه اطفال به اعمال ارتكابی دو گروه سنی یعنی اطفال (غیر بالغین) و نوجوانان (بالغین زیر ۱۸ سال) رسیدگی می‌کند که اولی مستقیماً در دادگاه طرح و رسیدگی می‌شود و دومی بعد از صدور کیفرخواست از طرف دادسرا به دادگاه ارسال می‌گردد. در این بخش به اختصار به ادله اثبات و ارزیابی آن پرداخته خواهد شد.

۱-۳ ادله اثبات

دادگاه اطفال برای اینکه براساس اصل ۱۶۶ ق.ا.رأی خود را مستدل و مستند کند بایستی به ادله‌ای موجه متوسل شود و برخی از این ادله سنتی هستند مانند اقرار و شهادت که در گروه سنی اطفال به عنوان یک قرینه محسوب می‌شوند نه دلیل، و برخی دیگر از ادله، نوین هستند مانند کارشناسی و معاینات علمی که به طور اختصار اشاره می‌شود.

۱-۱-۳ نگاهی به ادله سنتی

۱-۱-۱-۳ اظهارات کودکان

اظهارات کودکان شامل اقرار و شهادت است و با توجه به اینکه شاهد و مقرر باید دارای شرایط مصرح در قانون را داشته باشند و اطفال فاقد برخی از این اوصاف هستند، اظهارات ایشان بالخصوص زمانی که به عنوان شاهد واقع شده باشند در فقه امامیه اختلافی است. از این رو، اقرار و شهادت جداگانه بررسی می‌گردد.

الف) اقرار: قانون مدنی در م ۱۲۵۹ مقرر می‌دارد «اقرار عبارت از اخبار به حقی است برای غیر بر ضرر خود.» در بخش پنجم از قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ تحت عنوان ادله اثبات در امور کیفری در تعریف اقرار در ماده ۱۶۴ آمده است «اقرار عبارت از اخبار شخص به ارتكاب جرم از جانب خود است» بنابراین رکن اصلی اقرار اخبار به اموری است که بر ضرر مقرر می‌باشد که نفوذ آن منوط بر داشتن اراده سالم و تام که در مواد متعدد از ق.م.ا. ۱۳۷۰ و قانون جدید از جمله ماده ۱۶۸ ذکر شده است.

حال سؤال اساسی که مطرح می‌شود اینکه براساس ماده ۱۴۷ ق.م.ا. ۱۳۹۲ که سن بلوغ را در دختر ۹ سال و در پسر ۱۵ سال قمری می‌داند و م ۱۲۱۰ ق.م نیز اشاره به سن

بلوغ کرده است آیا یک دختر بچه ۱۰ ساله که از نظر قوانین فعلی بالغ محسوب می‌شود، اقرار به جرمی کند این اظهار علیه او تا چه حد می‌تواند دلیل محسوب شود؟

در پاسخ شاید برخی قائل بر این باشند که قانون سن بلوغ را بیان کرده و اجتهاد در مقابل نص جایز نیست. ولی واقعیت این است که اولاً یک دختر ۱۰ ساله در شرایط کنونی به بلوغ نمی‌رسد (حتی مقنن در جرایم تعزیری در مواد ۸۸ و ۸۹ از ق.م.ا. ۱۳۹۲ نیز بطور ضمنی عدم بلوغ را پذیرفته است) ثانیاً وی دارای اراده سالم و تام نمی‌باشد. بنابراین این گونه اظهارات اگر در شرایط عادی و به دور از هرگونه فشار از سوی این گروه سنی بیان شود دادرسی منصفانه اقتضاء می‌کند که صرفاً برای مزید اطلاع شنیده شود.

به طور کلی این بحث در مورد نوجوانان نیز می‌تواند جاری باشد یعنی با توجه به اینکه مسئولیت کیفری در نوجوانان ناقص است و تام نیست و ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی نیز به درستی به «کمال عقل» اشاره کرده، شایسته است که اقرار این گروه سنی نیز مبنای صدور رأی نباشد و در کنار سایر ادله و قرائن به آن توجه شود.

ب) شهادت: در دادگاه اطفال شهادت از دو جنبه می‌تواند جای بحث داشته باشد اول اینکه افراد بزرگسال که شاهد وقوع بزه بوده مورد گواهی قرار گیرند که از محل بحث ما خارج است و دیگر اینکه کودکان شاهد وقوع بزه باشند و به عنوان شاهد به دادگاه فراخوانده شوند که ما مورد اخیر را بررسی می‌کنیم. در قانون مدنی ماده ۱۳۱۳ مقرر می‌دارد «در شاهد بلوغ، عقل، عدالت، ایمان و طهارت مولد شرط است.» م ۱۵۵ ق.آ.دک ۱۳۷۸ نیز موافقی که به گواهی به عنوان شهادت شرعی استناد می‌شود موارد مذکور را برای شرایط شاهد بیان کرده است.

در فقه، علمای شیعه و سنی به اتفاق شهادت اطفال غیر ممیز را مردود اعلام کرده‌اند ولی درباره شهادت اطفال ممیز اختلاف نظر وجود دارد. فقهای امامیه به طور کلی در این زمینه هشت نظر ارائه داده‌اند. (جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۷: ۱۳۱) اگر بخواهیم نظر فقها را جمع‌بندی کنیم می‌توان گفت که اغلب ایشان شهادت اطفال ممیز را در بحث قتل پذیرفته‌اند ولی نه به عنوان دلیل بلکه قرینه و اماره محسوب کرده‌اند. زیرا از شرایط شاهد، بلوغ است که اطفال فاقد این وصف می‌باشند. گروه دیگر از فقها، شهادت اطفال را فقط در مورد اطفال پذیرفته‌اند (حلبی، ۱۴۰۳: ۶۲) که این نظر می‌تواند از جهاتی مورد توجه باشد از جمله اینکه اغلب کودکان با همسالان خود مرتکب بزه می‌شوند یا در حضور آنان قوانین و مقررات نقض می‌کنند.

دسته دیگر از علما شهادت اطفال ممیز را به طور مطلق رد می‌کنند (محقق حلی، ۱۷۸۲/۴) و (محقق اردبیلی، ۱۴۰۹: ۲۹۲/۱۲) نظر گروه اخیر به لحاظ حقوقی و استدلالی قوی است. زیرا از یک طرف اطفال فاقد تکلیف هستند و اگر دروغ بگویند قابل عقاب نیستند و از طرف دیگر بالغ نبوده و فاقد درک کامل می‌باشند. و در جایی که اظهارات آنان علیه خود دلیل نیست چطور می‌تواند علیه دیگران دلیل باشد.

به نظر می‌رسد امروزه با توجه به اینکه در بحث کشف جرم و ادله اثبات به ادله نوین مانند پزشکی قانونی و ... می‌توان رجوع کرد لذا شهادت اطفال را می‌توان به عنوان مزید اطلاع استماع نمود و آن را با دیگر ادله، به خصوص ادله علمی محکم زد تا وجدان دادرس اقناع شود. ولی به هر روی به عنوان دلیل نمی‌توان به آن استناد کرد.

۲-۱-۱-۳ قاسمه

در اینکه آیا در بحث قسامه خود طفل باید سوگند یاد کند یا ولی او باید اداء کند یا اینکه باید صبر کرد تا طفل بالغ شود مباحثی وجود دارد.

ماده ۲۰۲ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌کند «اداء کننده سوگند باید عاقل، بالغ، قاصد و مختار باشد» بنابراین اگر چه قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ به بلوغ اشاره نکرده بود ولی استفاده از واژه مرد در م ۲۴۸ نشان می‌داد که قسم خورندگان باید علاوه بر ذکور بودن بالغ باشند. (میرمحمد صادقی، ۱۳۸۹: ۴۱۲/۱)

علاوه بر این، سؤالی در یکی از نشست‌های قضایی بدین صورت مطرح شده است «در صورتی که صغیری در حال خرد کردن علوفه انگشت صغیر دیگر را قطع کند و ولی مجنی علیه شکایت کند، اگر مورد از موارد لوث باشد قسامه را چه کسی ایراد خواهد کرد ولی یا صغیر؟» قضات شرکت کننده به اتفاق پاسخ داده‌اند «ولی طفل سوگند می‌خورد و قسامه را اجرا می‌نماید.» نظر کمیسیون حقوقی نیز به این شرح است «طفل کسی است که به حد بلوغ شرعی نرسیده باشد و چون اطفال مبری از مسئولیت کیفری هستند، جرایم ارتكابی آنها مستلزم دیه است و نظر به اینکه اهلیت استیفا ندارند ولی او باید اقامه قسامه نماید.» (معاونت آموزش قوه قضاییه، ۱۳۸۷: ۱۰۱)

۳-۱-۱-۳ علم قاضی

در اینکه علم قاضی حجت است یا خیر، یا در حقوق ... حجت می‌باشد در حقوق الناس خیر یا عکس آن، ما وارد بحث نمی‌شویم و جهت دیدن تفصیل این مباحث

ارجاع می‌دهیم به منابع فراوان موجود که در این زمینه وجود دارد.^۱ ولی آنچه که در دادگاه اطفال محل بحث است، با توجه به اینکه دادگاه مذکور به جرایمی رسیدگی می‌کند که اغلب از نوع تعزیری بوده و نظام رسیدگی در اینگونه جرایم براساس نظام دلایل معنوی استوار است و علاوه بر این، تعدادی از ادله مانند اظهارات کودکان (اقرار و شهادت) جزء قرائن محسوب می‌شوند و از سوی دیگر گزارش ضابطین نیز (در مورد نوجوانان) باید مورد وثوق قاضی باشد (تبصره م ۱۵ ق.آ.د.ک) علم قاضی می‌تواند در این دادگاه راهگشا باشد و از ادله اصلی و اساسی محسوب گردد.

البته علمی که مدنظر است علم شخص قاضی نمی‌باشد بلکه علمی است که از محتویات پرونده یا از طریق متعارف حاصل شده باشد و دادرس آن را به طرفین عرضه کند تا وکیل یا والدین طفل اگر از خود دفاعی داشته باشند ارائه نمایند.

در حقوق فرانسه نیز «علم شخص قاضی معتبر نمی‌باشد و دیوان عالی قاضی دادگاه کیفری را از توسل به اوضاع و احوال خارج از پرونده منع می‌کند زیرا در این مورد متهم از اطلاعات ذهنی و شخصی قاضی اطلاعی ندارد تا در مقام دفاع از آن برآید.» (تدین، ۱۳۸۸: ۱۱۷) بنابراین علم قاضی در دادگاه اطفال، با لحاظ شرایط فوق و نیز با بهره‌گیری از توان مشاوران دادگاه - ماده ۴۱۰ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ - یکی از ادله پرکاربرد و اساسی محسوب می‌شود.

۲-۱-۳ نگاهی به ادله نوین

با پیشرفت تکنولوژی و علوم روز از جمله پدید آمدن وسایل و ابزارهای کشف جرم، بشر رفته رفته به دوره دلایل علمی گام نهاده است. هر چند که کشور ما در این بین در ابتدای راه است ولی در عمل، دادگاه‌ها سعی می‌کنند از این علوم استفاده کنند مانند ارجاع امور تخصصی به اهل خبره (م ۸۳ ق.آ.د.ک) برای اظهارنظر و پزشکی قانونی که در عمل استفاده فراوان از این موارد می‌شود که به مراتب دقیق‌تر از ادله سنتی می‌باشد و شاید روزی این گونه ادله (علمی) به عنوان ملکه دلایل محسوب گردد.

«اطلاعات تخصصی اهل خبره ضامن صلابت و سلامت و دقت نظر قاضی در جستجوی راه حل مناسب دعوا و تکیه گاهی مطمئن برای قاضی می‌باشد.» (دیانی، ۱۳۸۹):

^۱ - از جمله «علم قاضی» در بایسته‌های فقه جزا، سید محمود هاشمی شاهرودی، میزان، ۱۳۷۸، صص ۷۲-۷، علم قاضی از دیدگاه فقیهان امامی، علی اصغر صائمی، در ادله اثبات دعاوی کیفری، انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی، چاپ چهارم ۱۳۸۷، صص ۲۱۷-۲۷۴.

۲۹۶) در دادگاه اطفال استفاده از ادله علمی (نوین) می‌تواند نمود بارزی داشته باشد به عنوان مثال ارجاع کودک به روان‌پزشک از جهت تحلیل روانی از نقطه نظر میزان بهره هوشی، حالات خاص و هیجان‌ات وی، تشخیص سفاهت و جنون و ... ضمن اینکه میزان مسئولیت کیفری کودک را نشان می‌دهد می‌تواند در اتخاذ تصمیم صحیح در قبال اطفال معارض با قانون مفید باشد.

به طور کلی دادگاه اطفال می‌تواند هم در زمان اثبات بزه از کارشناسی، معاینات علمی، پزشکی قانونی و دیگر ادله علمی استفاده و هم بعد از اثبات بزه و قبل از صدور حکم از روانشناسان، روان‌پزشکان و مددکاران اجتماعی و ... برای صدور حکم مقتضی و عادلانه نهایت بهره را ببرد.

۲-۳ ارزیابی ادله

شایسته یک دادرسی مطلوب آن است که هدف اجرای عدالت باشد نه فصل خصومت. به عبارت دیگر فصل خصومت نشان دهنده یک دادگستری شایسته، که در آن صاحب حق خشنود و متجاوز به حق از کرده خویش مأیوس باشد. بنابراین برای رسیدن به این هدف مطلوب، دادرس باید در ارزیابی ادله آزاد باشد تا بتواند اگر دلیلی که به طور غیرقانونی یا غیرمشروع تحصیل شده یا از سوی اصحاب دعوا ارائه شده را رد کند یا به دلیلی بها دهد که وجدان او را اقناع می‌سازد.

ارزیابی دلیل را چنین تعریف کرده‌اند «ارزیابی دلیل عبارت از این است که دادرس آن را به دقت بررسی نماید تا بتواند قانع شدن یا نشدن خود را نسبت به تحقق امر ادعایی مربوط و احراز شدن یا نشدن آن را اعلام کند.» (شمس، ۱۳۸۸: ۴۶)

در دادگاه اطفال دادرس باید با دقت و ظرافت ادله تحصیلی را مورد ارزیابی قرار دهد مثلاً طفل یا نوجوانی اگر اظهار کرده است اولاً باید ببیند این اظهار واجد شرایط قانونی هست؟ بعد آیا این اظهار از نظر دلالت صریح است یا خیر؟ آیا مفاد این اظهار (اقرار یا شهادت) شبهه دارد یا خیر؟ و دیگر مواردی از این قبیل را، دادرس باید به دقت مورد بررسی و ارزیابی قرار دهد. «اختیار ارزیابی دلیل از صلاحیت‌های انحصاری دادرس است و او نمی‌تواند این وظیفه را برعهده کارشناس یا اشخاص دیگری واگذار کند. کارشناس و معاینه کننده محل و مأمور تحقیق در نیابت قضایی، یاوران دادگاه‌اند، کسانی که معلومات و ارکان تحلیل نهایی را در اختیار دادرس می‌گذارند تا او نتیجه را بگیرد.» (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۵۹)

بعد از تفسیر و ارزیابی دلیل است که دادرس به اقتناع وجدانی می‌رسد یا ادله ابرازی وجدان وی را اقتناع نمی‌سازد. به عنوان نمونه در رأی صادره از شعبه ۱۰۵ دادگستری شهرستان شهریار^۱ آمده است «... در خصوص اتهام ردیف دوم نظر به انکار شدید متهم و فقد دلیل کافی بر توجه اتهام به متهم و عدم اقتناع وجدان قضایی از اظهارات مأموران کشف کننده و حاکمیت اصل برائت حکم بر برائت نامبرده صادر می‌کند...»

بنابراین همانطور که اصل «آزادی تحصیل دلیل» در امور کیفری پذیرفته شده اصل «ارزیابی آزادانه دلیل» نیز مطرح شده است. از این رو، فرآیند دادرسی از نقطه آغاز تا پایان اگر مسیری را طی می‌کند و در این مسیر اطلاعاتی جمع آوری می‌شود که عنوان دلیل را به خود می‌گیرد، در ارزیابی آزادانه دلیل توسط دادرس است که ارزش واقعی و قضایی این امور محک زده می‌شود. بدین ترتیب، امروزه اصل بر آزادی قضایی در ارزیابی دلیل است تا او بتواند تصمیم خود را بر مبنای «ندای وجدانی» خویش استوار سازد. (آشوری، ۱۳۸۶: ۲۶۷)

نتیجه اینکه در دادگاه اطفال، دادرس آنچه را که از سوی اصحاب دعوا (شاکی، دادرس و ...) ارائه شده است و آنچه را که خود در دادگاه از کودک تحقیق کرده را با دقت ارزیابی می‌کند تا ببیند آیا این امور قابل انطباق با قانون است یا خیر؟ و اگر هست بر متهم صدق می‌کند یا خیر؟ و اگر صدق می‌کند آیا کلیه شرایط لازم قانونی را دارد؟ تا بعد از بررسی و ارزیابی این امور اقدام به صدور رأی مقتضی نماید.

برآمد

به نظر می‌رسد با توجه به مطالب ارائه شده، شایسته یک دادرسی عادلانه در خصوص اطفال و نوجوانان این است که در امر تحصیل دلیل، از یک سو، به اصول و شیوه‌های علمی توجه شود و برخی از ادله سنتی مانند اقرار و شهادت کودکان و نوجوانان صرفاً در نزد قضایی صادر کننده رأی بدون هرگونه فشار روحی و جسمی در حضور والدین طفل شنیده شود. همچنین با توجه به اینکه این اظهارات طریقت دارد در کنار سایر دلایل و با محک آنها، اگر قضایی به ايقان وجدانی رسید اقدام به صدور رأی نماید، و نیز در کلیه مراحل دادرسی و تحقیقات کرامت انسانی و دنیای کودکان و اصولی مانند تفسیر کودک مدارانه، حق کودک بر خطاکاری، مصالح و منافع عالیه کودک رعایت

^۱ - دادنامه شماره ۶۹۹-۸۶/۸/۲۸ صادره از شعبه ۱۰۵ (ویژه اطفال) دادگستری شهرستان شهریار

شود. علاوه بر این، از توسل به اقداماتی که شاید در برابر بزرگسالان معمول باشد ولی در قبال اطفال فشار محسوب می‌شود اجتناب گردد. زیرا هدف اصلی از محاکمه اطفال اصلاح آنان است و استفاده از طرق فریبکارانه در تحصیل دلیل با هدف پیش گفته منافات دارد.

نکته پایانی که شایسته است به آن اشاره شود اینکه همانطور که نظام کیفری اطفال افتراقی است یا به سوی این جهت حرکت می‌کند (مواد ۸۸ الی ۹۵ فصل دهم از ق.م.ا. ۱۳۹۲) شایسته است که ادله اثبات و تحصیل آن نیز افتراقی از ادله اثبات بزرگسالان باشد. بنابراین به نظر می‌رسد برای رسیدن به این مهم (ادله اثباتی افتراقی) تشکیل پلیس ویژه اطفال و دادرسی ویژه در معیت دادگاه اطفال - موضوع مواد ۳۱ و ۲۸۵ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ - متشکل از نیروی انسانی آموزش دیده و متخصص - از جمله مددکاران اجتماعی مواد ۴۸۶ و ۴۸۷ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ - راهگشا باشد.

بنابراین، آنچه تحصیل دلیل را در دادرسی کیفری اطفال و نوجوانان تضمین می‌کند از یک سو، وجود نیروی انسانی متخصص و آموزش دیده است و از سوی دیگر، حضور و نظارت والدین، سرپرستان و وکیل کودک و نوجوان در تحقیقات مقدماتی و دادرسی می‌باشد.

فهرست منابع

کتاب‌ها

- ۱- ابراهیمی ورکیانی، فاطمه (۱۳۸۹) حق دادرسی منصفانه کودکان در تضاد با قانون، نشر جاودانه.
- ۲- اردبیلی، احمد بن محمد (محقق اردبیلی)، مجمع الفوائد و البرهان، (۱۴۰۹ق) چاپ اول، قم، دفتر تبلیغات اسلامی.
- ۳- آشوری، محمد (۱۳۸۶) آئین دادرسی کیفری، ج ۲، تهران، انتشارات سمت، چاپ هشتم.
- ۴- تدین، عباس (۱۳۸۸) تحصیل دلیل در آئین دادرسی کیفری، تهران، نشر میزان، چاپ اول.
- ۵- جعفری لنگرودی (۱۳۸۶) محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، چاپ هفدهم.
- ۶- جمعی از نویسندگان (۱۳۸۷) ادله اثبات دعاوی کیفری، انتشارات دانشگاه علوم رضوی، چاپ چهارم
- ۷- حلبی، ابوصلاح تقی الدین، (۱۴۰۳ق) الکافی فی الفقه، تحقیق رضا استادی، چاپ اول، اصفهان، مکتبه الامام امیرالمؤمنین.
- ۸- حلبی، جعفر بن حسن (محقق حلبی)، شرایع الاسلام، ترجمه احمد یزدی (۱۳۶۸)، چاپ پنجم، انتشارات دانشگاه تهران.
- ۹- دیانی، عبدالرسول (۱۳۸۹) ادله اثبات دعوا، تهران، میزان، چاپ اول.

- ۱۰- زراعت، عباس (۱۳۹۰) بطلان در آیین دادرسی کیفری، تهران، میزان، چاپ اول.
- ۱۱- شاملو، باقر (۱۳۹۱) عدالت کیفری اطفال، تهران، انتشارات جنگل، چاپ اول.
- ۱۲- صدرزاده افشار، (۱۳۷۶) سیدمحسن، ادله اثبات دعوا در حقوق ایران، تهران، مرکز نشر دانشگاهی.
- ۱۳- شمس، عبدالله (۱۳۸۸) ادله اثبات دعوا، تهران، نشر دراک، چاپ پنجم.
- ۱۴- عبادی، شیرین، (۱۳۷۵) حقوق کودک، انتشارات کانون و کلا.
- ۱۵- عمید، حسن (۱۳۵۷) فرهنگ فارسی عمید، تهران، انتشارات امیرکبیر.
- ۱۶- غفوری غروی، سیدحسن، (۱۳۵۹) انگیزه شناسی جنایی (پژوهشی در بزهکاری اطفال و نوجوانان)، انتشارات دانشگاه ملی، چاپ اول.
- ۱۷- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۴) اثبات دلیل اثبات، ج اول، تهران، میزان.
- ۱۸- گلدوزیان، ایرج، (۱۳۷۴) حقوق کیفری تطبیقی ج اول، جهاد دانشگاهی، چاپ اول.
- ۱۹- گلدوزیان، ایرج، (۱۳۸۹) ادله اثبات دعوا، تهران، میزان.
- ۲۰- محسنی، فرید، (۱۳۸۹) حریم خصوصی اطلاعات، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، چاپ اول.
- ۲۱- محقق داماد، سیدمصطفی، (۱۳۸۱) قواعد فقه بخش قضایی، مرکز نشر علوم اسلامی.
- ۲۲- معین، محمد، (۱۳۸۷) فرهنگ فارسی معین، تهران، انتشارات اشجع، چاپ سوم، یک جلدی.
- ۲۳- معاونت آموزش قوه قضاییه، (۱۳۸۷) رویه قضایی حقوق ایران در دادگاه اطفال، تهران، جنگل.
- ۲۴- میرمحمد صادقی، حسین، (۱۳۸۹) حقوق کیفری اختصاصی جرایم علیه اشخاص، تهران، میزان.
- ۲۵- وایت، راب و فیونا هینز، (۱۳۹۰) جرم و جرم شناسی (نظریه های کجروی)، ترجمه علی سلیمی، انتشارات حوزه و دانشگاه، قم، چاپ چهارم.
- ۲۶- هاشمی شاهرودی، (۱۳۷۸) سید محمود، بایسته های فقه جزاء، تهران، میزان، چاپ اول.

مقاله ها

- ۲۷- تدین، عباس، (۱۳۸۸)، اصل مشروعیت تحصیل دلیل در پرتو آموزه های حقوق دانان، در تازه های علوم جنایی، زیر نظر دکتر نجفی ابرند آبادی، میزان، چاپ اول.
- ۲۸- جمشیدی، علیرضا، گفتمان سیاست جنایی اطفال و نوجوانان، «مجله حقوقی دادگستری»، ش ۴۵ سال ۱۳۸۲.
- ۲۹- سادات اسدی، لیلا، دادرسی کیفری اطفال در حقوق ایران، «مجله حقوقی دادگستری»، زمستان ۱۳۸۲، شماره ۴۵.
- ۳۰- محسنی، مرتضی، بزهکاری اطفال و تحولات حقوق جزا در این زمینه، «مجله حقوقی دادگستری»، ش ۱۶، خرداد ۱۳۵۶.
- ۳۱- موذن زادگان، حسنعلی، دادرسی کیفری ویژه اطفال در حقوق ایران، «ندای صادق»، سال نهم، شماره ۳۳، بهار ۱۳۸۳.
- ۳۲- موذن زادگان، حسنعلی، «کودکان و نوجوانان معارض با قانون و واکنش های اجتماعی»، در علوم جنایی، (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر آشوری)، انتشارات سمت، ۱۳۹۰

تقلب نسبت به قوانین در حقوق بین الملل خصوصی

محمد صالح صحرائی *

چکیده

تقلب نسبت به قانون از مباحث مهم حقوق بین الملل خصوصی و از موضوعات قابل توجه در تعارض قوانین محسوب می گردد. می توان دو مفهوم نسبتاً متفاوت از تقلب نسبت به قانون ارائه داد: اولین مفهوم عبارت است از فرار از قانون صلاحیت دار داخلی یا خارجی، همراه با تغییر ارادی عناصر وابستگی همچون تابعیت و یا اقامتگاه در این تحقیق مشخص می گردد که فرار اصحاب دعوا از قانون صالح همیشه با تغییر عناصر وابستگی توأم نیست. مفهوم نوین تقلب نسبت به قانون عبارت است از فرار اصحاب دعوا یا یکی از آنها از قانون صلاحیت دار که توأم با تغییر روابط حقوقی باشد از لحاظ ماهوی نیز با بررسی تقلب نسبت به قانون مشخص می گردد که دو عنصر مادی و معنوی زمینه ساز ایجاد این تأسیس حقوقی است. اما اثبات و احراز عنصر معنوی یعنی قصد متقلبانه اصحاب دعوا یا یکی از آنها به سهولت انجام نمی پذیرد به نظر می رسد در حقوق بین الملل خصوصی ایران بر اساس ماده ۹۹۰ قانون مدنی به منظور جلوگیری از تقلب نسبت به قانون بازگشت ایرانیانی که تابعیت خارجی را تحصیل کرده اند به تابعیت اصلی مشروط به پذیرش و صلاحدید دولت ایران گردیده است.

واژگان کلیدی: تقلب نسبت به قانون، تعارض قوانین، عناصر وابستگی، قانون سبب، قانون مقرر دادگاه، تعارض دادگاهها.

مقدمه

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی

امروزه با توجه به رشد و توسعه روابط بین‌المللی کشورها در زمینه‌های تجارتي، گردشگری و توریستی و فرهنگی با وضع اتحادیه‌هایی همچون اروپا و آفریقا و... طبیعی است. قوانین و مقررات کشورها یکسان نیست و ممکن است تبعه یک کشور امری را به صورت متقابلانه در دادگاه‌های آن کشور پیش ببرد و نتواند به مقصود خود برسد ولی همین شخص با سوءاستفاده از قوانین و مقررات و خلاءهایی که در سایر کشورها موجود است بتواند از دادگاه‌های کشورهای دیگر به هدف خود برسد. به عبارت دیگر امروزه کافی است که یکی از متدعیان به قصد فرار از قانون صالح از قاعده‌ی حل تعارض به نحو متقابلانه‌ای استفاده کند تا تقلب نسبت به قانون در حقوق بین‌الملل خصوصی ایجاد گردد.

در اکثر موارد، تقلب نسبت به قانون با انتخاب متقابلانه صلاحیت یک حوزه قانونی که استفاده از آن به اجرای قانون ماهوی پر منفعت‌تر برای یکی از اصحاب دعوا می‌انجامد و با نادیده گرفتن قانون صالح قابل اعمال همراه است. وجود تقلب نسبت به قانون مبتنی بر این امر است که افراد می‌توانند بعضی از عناصر ارتباط را که منجر به تعیین قانون صلاحیت‌دار می‌گردند تغییر داده و در نتیجه آن قانون خاصی را که در حال عادی نمی‌توانند حق تقاضای اجرای آن را درباره‌ی خود داشته باشند لازم الاجرا گردانند از جمله این عناصر می‌توان، تابعیت، اقامتگاه، محل وقوع مال منقول و محل انعقاد عقد را ذکر نمود. برای مثال تا قبل از سال ۱۸۸۴ میلادی که در فرانسه طلاق منع قانونی داشت برخی از اتباع فرانسه که در مقام رهایی از قید زناشویی و طلاق بودند از حق تغییر تابعیت که قانون به آنها داده بود استفاده می‌کردند و به تابعیت دولتی در می‌آمدند که طلاق را جایز می‌دانست. امروزه ممکن است اتباع اسپانیا برای فرار از قانون منع طلاق تغییر تابعیت داده و مثلاً به تابعیت فرانسه درآیند همان طور که ممکن است در سایر زمینه‌ها اقدامات مشابهی از سوی افراد برای فرار از قانونی که طبق معمول بر آن‌ها حاکم است واقع شود.

بررسی سابقه تاریخی تقلب نسبت به قانون

تقلب نسبت به قانون یعنی استفاده از یک وسیله قانونی برای نیل به اهداف نامشروع و غیرقانونی. در حقوق بین‌الملل خصوصی، تقلب نسبت به قانون در صورتی تحقق پیدا می‌کند که شخص برای فرار از حاکمیت قانونی که فی‌الواقع صلاحیت‌دار است با توسل به اقداماتی که اساساً مشروع و قانونی هستند باعث می‌شود که صلاحیت قانون دیگری مطرح گردد که در وضعیت طبیعی صلاحیت ندارد این امر با انگیزه متقابلانه و قصد تقلب به قانون صلاحیت‌دار، از طریق تغییر ارادی عوامل ارتباطی، محقق شده و در نتیجه باعث تغییر قانون صلاحیت‌دار می‌شود.

از نقطه نظر تاریخی می‌توان گفت: قدمت تقلب نسبت به قانون تقریباً به قدمت وضع قواعد و

مقررات در جامعه می‌رسد با وضع قواعد و مقررات بعضی از اشخاص برای شانه خالی کردن از زیر بار مسوولیت‌های قانونی خویش و یا محدودیت‌هایی که قانون فراهم کرده بود مترصد آن گشتند تا به نحوی از انحاء به اهداف غیر قانونی خود دست یابند، وسیله‌ای هم که مورد استفاده قرار می‌گرفت از لحاظ قانونی بلا اشکال بود.

با نگاهی به تاریخ گذشته، ملاحظه می‌کنیم که این پدیده در حقوق بسیاری از کشورها و تمدن‌های قدیمی مانند حقوق رم، حقوق فرانسه، حقوق مسیحیت، حقوق ایران و قبل از آن حقوق اسلامی مشاهده شده است. قدمت و سابقه تاریخی تقلب نسبت به قانون در جامعه از زمانی است که قوانین و دستور العمل‌های الزامی بوجود آمده است. رومی‌ها از شش قرن پیش از میلاد تقلب نسبت به قانون را شناختند و قوانین آنان تا شش قرن بعد از میلاد نمونه‌هایی از آن را نشان می‌دهد. حقوقدانان و قضات رومی برای جلوگیری از تقلب کوشش‌هایی کرده‌اند. قبل از رومی‌ها تا آنجا که تاریخ حقوق گواهی می‌دهد. این پدیده در بین مردم رایج بوده و داستان اصحاب سبت که قرآن کریم آنرا بیان نموده یک نمونه کامل از تقلب نسبت به قانون است. قوانین حمورابی، شاهد نمونه‌هایی از تقلب نسبت به قانون و مقرراتی برای جلوگیری از آن است. قوانین کلیسا و حقوق عرفی اروپاییان با نظریه تقلب نسبت به قانون آشنایی داشته‌اند. حقوقدانان این دوره نیز فتاوی و عقاید جالب توجهی در این زمینه ابراز داشته‌اند.

تعریف تقلب در حقوق بین الملل خصوصی

تغییر ارادی بعضی عناصر ارتباط توسط راه‌های قانونی به قصد فرار و نادیده گرفتن قانون صالح که به صورت عادی بر او اعمال می‌شود و استفاده از صلاحیت یک حوزه قضایی پر منفعت تر برای کسب اهداف خاص خود، انسان با استفاده از یک وسیله قانونی صحیح خود را از قید قانون خلاص کند، قصد فرار از مقررات قانون متبوع دو کشور: ۱- کشوری که حاکمیت قانون آن نسبت به قضیه سلب صلاحیت شده ۲- کشوری که قانون او نسبت به قضیه شمول یافته.

عناصر تقلب

۱- عنصر مادی تغییر در سمت و سوی قاعده تعارض قوانین

الف) احوال شخصیه

۱- تابعیت

تابعیت یک کشور مستلزم رعایت قوانین آن کشور است، تابعیت مضاعف در مواردی می‌تواند موجب تکالیف مضاعفی نیز شود، تابعیت مضاعف می‌تواند برای کسب منافع بیشتر و حتی فرار از برخی الزامات یا تقلب نسبت به قانون شود، در چنین وضعیتی دولت‌های متبوع عموماً از شناسایی

تابعیت دیگر فرد خودداری می‌کنند و تنها تابعیت اعطایی خود را به رسمیت می‌شناسند اما وضع چنین افرادی در کشورهای ثالث به این روشنی نیست، و رویه بین‌المللی معاصر برای حل این موضوع معیار تابعیت مؤثر را مدنظر قرار داده است به این معنا که هر فرد تنها دارای تابعیت کشوری است که در آن به نحو مؤثری حقوق و تکالیف مربوط به یک شهروند یا تبعه را ایفا می‌کند، در این رویکرد برای احراز تابعیت مؤثر به معیارهای عینی مانند محل سکونت دائمی یا اقامتگاه شخص، زبان، تابعیت همسر و مرکز امور مهم شخص توجه می‌شود.

۲- اقامتگاه

اقامتگاه هر شخص عبارت است از محلی که شخص در آنجا سکونت داشته و مرکز مهم امور او نیز در آنجا باشد اگر محل سکونت شخصی غیر از مرکز مهم امور او باشد، مرکز امور او اقامتگاه محسوب می‌شود اقامتگاه اشخاص حقوقی مرکز عملیات آنها خواهد بود. که بعضاً اشخاص به جهت تقلب نسبت به قوانین و مقررات مبادرت به تغییر اقامتگاه می‌نمایند.

ب) محل وقوع مال منقول

تقلب نسبت به قانون در موضوع اموال نیز هنگامی که حقوق بین‌الملل خصوصی یک کشور اموال منقول را تابع آخرین محل اقامت متوفی می‌کند تحقق پذیر است.

ج) عقود

۱- محل انعقاد عقد :

در شرایطی که یک عنصر وابستگی به اراده طرفین مرتبط باشد، تقلب نسبت به قانون ممکن است تحقق یابد، این عناصر وابستگی که می‌توانند امکان تقلب اشخاص نسبت به قانون را ممکن سازند، تغییر محل انعقاد یک قرارداد در زمانی که قانون محل وقوع عقد، قابل اعمال است زمینه‌ساز تحقق تقلب نسبت به قانون می‌گردد.

۲- محل اجرای تعهد ناشی از عقود :

محل اجرای عقد همواره معین نیست و یا اینکه قرارداد واحد در محل‌های متعدد اجرا می‌شود که بعضاً تقلب نسبت به اجرای تعهدات ناشی از عقود صورت می‌گیرد.

د) قراردادها

همواره قانون محل انعقاد عقد نسبت به قرارداد و تعهدات ناشی از آن قابل اعمال است اما تعیین محل انعقاد عقد همیشه ساده نیست در قراردادهای مکاتبه‌ای که طرفین قرارداد در دو کشور مختلف قرار دارند تعیین محل انعقاد عقد به سادگی میسر نیست.

ه) شرکت‌ها

بعضاً اشخاص حقوقی (حقوق خصوصی) به جهت فرار از ادای مالیات و حقوقات قانونی خویش مبادرت به تغییر تابعیت می‌دهند یا اینکه آن دسته از اشخاص حقوقی که به صورت کنسرسیوم عمل می‌نمایند مرتکب تقلب نسبت به قوانین و مقررات می‌شوند.

۲- عنصر معنوی

دومین عنصر در تحقق تقلب نسبت به قانون عنصر معنوی است که عبارت است از قصد امتناع از اجرای قواعد حل تعارض برای انجام این عمل متقلبانه، شخص تلاش دارد تا از اجرای قانون صالح که می‌داند قابل اجراست جلوگیری کند اما موضوع اساسی قابل طرح این است که چگونه می‌توان به قصد متقلبانه اشخاص پی برد. همچنین باید این نکته را بررسی کرد که آیا هر تغییر قانونی عناصر وابستگی می‌تواند الزاماً تقلب نسبت به قانون محسوب گردد. چه اینکه اصل حاکمیت اراده همچنان در حقوق بین‌الملل خصوصی معتبر است و مضافاً یکی از اصول سه‌گانه حاکم بر عناصر وابستگی اعم از تابعیت و اقامتگاه ارادی بودن و زوال پذیر بودن آنها است. این نکته را احراز قصد متقلبانه اشخاص به سادگی قابل اثبات نیست نظریات حقوقی تأیید کرده‌اند این ویژگی موجب شده است که برخی از حقوقدانان از وجود عنصر معنوی و الزامی بودن احراز و اثبات این عنصر در تحقق تقلب نسبت به قانون صرف‌نظر کنند. بر اساس این نظریه عامل روانی و معنوی تقلب نسبت به قانون که عبارت است از قصد و اراده و فرار از قانون صالح و استفاده متقلبانه از قانون اقامتگاه و یا تابعیت جدید به سهولت قابل اثبات نیست. بنابراین باید تنها به عامل مادی که عبارت است از تغییر ارادی عناصر وابستگی است بسنده کرد. اما آیا همیشه تغییر ارادی تابعیت و یا اقامتگاه به منظور انجام تقلب نسبت به قانون صورت می‌پذیرد؟ پاسخ به این سؤال مثبت نیست، چگونه اشخاصی که مختارانه نسبت به تغییر اقامتگاه و یا تابعیت خود به طور قانونی اقدام کرده‌اند و قانوناً تابعیت جدیدی را تحصیل کرده‌اند می‌توان اتهام تقلب نسبت به قانون داخلی را وارد کرد واضح است که پس از تغییر قانونی عناصر وابستگی، اشخاص ذریبط باید تابع قوانین و مقررات اقامتگاه جدید خود و یا قوانین کشور متبوع جدید خود باشند و پذیرش اقامتگاه و یا تابعیت جدید حقوق، حقوق و امتیازات جدید و متقابلاً وظایف و تکالیف نوینی را برای اشخاص به عنوان اتباع یک کشور به ارمغان می‌آورد.

منشأ و تحول قاعده تقلب نسبت به قانون

منشأ این قاعده در حقوق بین‌الملل خصوصی دعاوی بود که در قرن نوزدهم میلادی در کشور فرانسه راجع به طلاق اتباع فرانسوی در خارج مطرح می‌شد. قبل از سال ۱۸۸۴ میلادی در فرانسه به پیروی از قواعد مذهب کاتولیک طلاق منع قانونی داشت. در این وضعیت برخی اتباع فرانسوی

که در مقام رهایی از قید زناشویی و طلاق بودند از حق تغییر تابعیت که قانون به آنها داده بود، استفاده می‌کردند و به تابعیت دولتی در می‌آمدند که طلاق را قانوناً جایز می‌دانست. خانم بوفرمون با تحصیل تابعیت آلمان برای طلاق به دادگاه آلمان مراجعه کرد او سپس با مرد دیگری ازدواج نموده و با شوهر جدید خود مجدداً به فرانسه بازگشت. در پی شکایت شوهر قبلی زن دادگاه فرانسه اعلام کرد که تحصیل تابعیت آلمان بر اثر تقلب نسبت به قانون فرانسه انجام شده است و بر آن تابعیت در فرانسه اثری مترتب نیست، در نتیجه طلاق و ازدواج مجدد زن که بر اثر تحصیل چنین تابعیتی بوده است، در فرانسه اعتباری ندارد، وجود قصد تقلب در زمان تغییر عامل ارتباط یعنی تابعیت شرط اصلی اجرای قاعده تقلب نسبت به قانون است. در مفهوم جدید تقلب نسبت به قانون در رویه قضایی فرانسه عبارت است از تغییر ارادی رابطه حقوقی به منظور فرار از قانون صالحی که قاعده حل تعارض مقرر داشته است. مفهوم جدید و مفهوم قدیم در عنصر مادی این پدیده است. در گذشته عنصر مادی به تعبیر عامل ارتباط محدود بود اما هم اکنون هر تغییری در روابط حقوقی، زمینه‌ای برای تقلب نسبت به قانون است.

در بند اول ماده ۱۵ قانون ۱۹۴۵ تصریح شده بود که کارت اقامت بلند مدت به اتباع بیگانه‌ای که با اتباع فرانسوی ازدواج می‌کنند اعطاء می‌گردد. در عمل در بسیاری موارد هدف اتباع بیگانه از ازدواج با زنان فرانسوی چیزی جز تحصیل اقامت دایمی در کشور فرانسه نبود. شورای دولتی فرانسه امتناع از اعطای کارت اقامت را به عنوان راه حل جلوگیری از تقلب نسبت به قانون مورد پذیرش قرار داد. همچنین دیوان کشور فرانسه در رأی سال ۱۹۸۱ تصریح نمود که بند اول ماده ۳۷ قانون تابعیت که مقرر می‌دارد یک بیگانه در ازدواج تبعه فرانسوی می‌تواند تابعیت فرانسوی تحصیل نماید، نسبت به زن و شوهری که صرفاً جهت اخذ تابعیت فرانسوی با هم ازدواج کرده‌اند، اعمال نمی‌شود، همچنین زن و شوهری که بعد از تصویب قانون تابعیت صرفاً جهت تحصیل تابعیت توسط شوهر خارجی از هم طلاق می‌گیرند و سپس ازدواج می‌کنند، نمی‌توانند از مفاد بند اول ماده ۳۷ بهره‌مند شوند.

تفاوت تقلب نسبت به قانون در حقوق بین‌الملل خصوصی و حقوق داخلی

تقلب نسبت به قانون در حقوق بین‌الملل خصوصی از جهتی همانند این مفهوم در حقوق داخلی و از جهتی هم با آن ناهمانند است. همانندی آن در این دو نوع حقوق، کم و بیش، در تعریف آن است، به این معنی که در این هر دو نوع حقوق، مرتکب، آگاهانه، با توسل به راه‌های قانونی خواسته عملی را که طبق قانون نمی‌توانسته انجام دهد به انجام رساند. ناهمانندی آن در این است که تقلب نسبت به قانون و اثر آن در حقوق داخلی محدود به حقوق یک کشور می‌گردد، و حال

آن که تقلب نسبت به قانون و اثر آن در حقوق بین‌الملل خصوصی از حقوق یک کشور فراتر رفته، به حقوق دو کشور مربوط می‌گردد: کشوری که بر اثر چنین تقلبی از حاکمیت قانون آن نسبت به قضیه سلب صلاحیت شده، و کشوری که، در پی آن قانون آن نسبت قضیه شمول یافته است. از اینجا روشن می‌شود که تقلب نسبت به قانون در حقوق بین‌الملل خصوصی متوجه قاعده‌ی تعارض قوانین است زیرا نتیجه‌ی آن تغییر دلالت این قاعده است به گونه‌ای که بر اثر آن حکم قضیه به جای آنکه تابع قانون کشوری باشد که اگر تقلب صورت نمی‌گرفت به آن مربوط می‌شد تابع قانون کشوری گردیده که مورد علاقه مرتکب بوده است. از این رو باید گفت: انگیزه‌ی نظریه‌ی تقلب نسبت به قانون در حقوق بین‌الملل خصوصی ضمانت بخشیدن به حسن اجرای قاعده‌های تعارض قوانین و جلوگیری از تغییر همراه با سوء نیت عامل ربط از سوی ذینفع یعنی کسی که اراده‌ی او در تغییر جهت ربط تأثیر می‌بخشد بوده است.

قاعده‌هایی که درباره آنها امکان تقلب نسبت به قانون وجود دارد

این قاعده‌ها متعدّدند: مانند قاعده‌ی راجع به احوال شخصی خواه مبتنی بر عامل تابعیت باشد یا عامل اقامتگاه که در هر دو صورت این امکان درباره‌ی آن هست منتهی با این تفاوت که امکان تقلب در صورتی که عامل ربط را تابعیت تشکیل داده باشند به لحاظ آنکه اراده‌ی فردی به تنهایی برای تغییر تابعیت کافی نیست کمتر است، و حال آنکه اگر این عامل را اقامتگاه تشکیل داده باشد چنین امکانی بیشتر فراهم است. همچنین در مورد قاعده‌ی محل مال منقول به لحاظ قابلیت نقل و انتقال چنین مالی از یک کشور به کشور دیگر، از طریق انتقال مال به کشور دیگر، یا در مورد کشتی و نظائر آن، از راه ثبت آن در کشوری سوای کشور لنگرگاه ممکن است تقلب نسبت به قانون شده باشد. درباره‌ی قاعده‌ی راجع به قراردادها که در اصل تابع آزادی اراده است نیز امکان ارتکاب چنین تقلبی هست، چه در مورد خود عقد یا تعهد ناشی از آن در مورد خود عقد مانند آنکه طرفین قرارداد برای فرار از قواعد آمره‌ی کشوری که در آنجا حضور دارند ترتیب انعقاد آن را در کشور دیگر بدهند و در مورد تعهد ناشی از عقد آن را تابع قانون کشوری که با آن هیچ مناسبتی ندارد قرار دهند. درباره‌ی شرکت‌ها امکان تقلب نسبت به قانون از راه تغییر اقامتگاه، در صورتی که منع قانونی درباره‌ی آن نباشد، ممکن است صورت گیرد.

بررسی تطبیقی تقلب نسبت به قانون در حقوق بین‌الملل خصوصی

(۱) تقلب نسبت به قانون در حقوق بین‌الملل خصوصی لوگزامبورگ: در حقوق بین‌الملل خصوصی لوگزامبورگ، رویه قضایی آن کشور در موضوع تعارض قوانین، تئوری تقلب نسبت به قانون به عنوان مانعی در اجرای قانون ذی صلاح خارجی مطرح کرده است بر اساس آرای صادره

از محاکم این کشور در خصوص حقوق مالی خانواده، اشخاص نمی‌توانند با انعقاد یک قرارداد غیرواقعی و خیالی و استفاده از اصل آزادی اراده، نسبت به اعمال قانونی دیگر به جای قانون صالح اجرا پذیر اقدام کنند. بنابراین محاکم لوگزامبورگ در صورت اثبات تقلب نسبت به قانون فرار کننده از اجرای قانون را مجازات می‌کنند.

۲) تقلب نسبت به قانون در حقوق بین‌الملل خصوصی اتریش: در حقوق بین‌الملل خصوصی اتریش، اگر چه قوانین موضوعه و مدونی در این خصوص وجود ندارد ولی دکترین و نظریات حقوقی در این کشور، به عدم الزام محاکم و قضات این کشور به تحقیق در قصد و انگیزه اصحاب دعوا از تغییر عناصر وابستگی ای چون تابعیت و اقامتگاه و یا تغییر روابط حقوقی متمایل است بر اساس این نظریات، اگر شخصی نسبت به تحصیل تابعیت کشوری دیگر و پذیرش وظایف تکالیف و امتیازات و حقوق آن کشور اقدام نموده، طبیعی است که می‌تواند از نهادهای حقوقی مجاز کشور جدید خود نیز بهره‌مند گردد.

۳) تقلب نسبت به قانون در حقوق بین‌الملل خصوصی مکزیک: در حقوق بین‌الملل خصوصی مکزیک در قانون مدنی این کشور تقلب نسبت به قانون به عنوان مانعی بر اجرای قانون خارجی پیش‌بینی شده است. این نکته در مفاد ماده ۱۵ قانون مدنی که در ۱۱ دسامبر ۱۹۸۷ طی تشریفات قانونی اصلاح شده است تصریح گردیده است. بر اساس ماده ۱۵ قانون مدنی مکزیک، قانون خارجی در صورت تحقق تقلب نسبت به قانون مکزیک توسط اصحاب دعوا اجرا نمی‌گردد.

۴) تقلب نسبت به قانون در حقوق بین‌الملل خصوصی سنگال: در حقوق بین‌الملل خصوصی سنگال نیز تقلب نسبت به قانون می‌تواند به عدم اجرای قانون خارجی منتهی گردد و این موضوع در حقوق مدون این کشور پیش‌بینی شده است. ماده ۸۵۱ قانون مدنی این کشور، به قضات سنگالی اجازه می‌دهد تا در صورت احراز تقلب نسبت به قانون از اجرای قانون خارجی منتخب، توسط قاعده‌ی حل تعارض حقوق بین‌الملل خصوصی سنگال امتناع ورزند. به اعتقاد بول یکی از حقوقدانان فرانسوی ملاحظه می‌گردد که در حقوق سنگال، تنها تقلب نسبت به قانون داخلی توسط محاکم این کشور قابل مجازات است و قانونگذاران این کشور نسبت به مجازات تقلب نسبت به قانون خارجی موضوع را مسکوت گذاشته‌اند. حال آنکه در حقوق بین‌الملل خصوصی فرانسه، تقلب نسبت به قانون فرانسه و قانون خارجی پیش‌بینی شده است و محاکم این کشور آن را مورد رسیدگی و پی‌گرد جزایی قرار می‌دهند.

تقلب نسبت به قانون در حقوق بین‌المللی خصوصی ایران

در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران، اگر قضات محاکم صالحه بتوانند عنصر معنوی تقلب نسبت به قانون را اثبات نمایند، در این صورت در مجازات تقلب نسبت به قانون داخلی سه راه حل قابل طرح است:

(۱) اولین راه حل می‌تواند ابطال آثار ناشی از تقلب نسبت به قانون باشد. این روش را دادگاه sanction فرانسوی در رای دوبو فرمون اتخاذ کرد. در این روش، از اصطلاح لاتین نه به معنای مجازات و کیفر بلکه به معنای خنثی ساختن قصد متقلبانه اشخاص استفاده می‌گردد.

(۲) دومین راه حل در مجازات تقلب نسبت به قانون بر ابطال حق ایجاد شده و، آثار ناشی از فعل متقلبانه و عدم پذیرش حقوق مکتسبه ناشی از تقلب نسبت به قانون داخلی مبتنی است. این مجازات را برخی از حقوقدانان ایرانی از جمله آقای دکتر محمد نصیری پیشنهاد کرده‌اند. نظریه ایشان بدین شرح است: تقلب نسبت به قانون در امر تابعیت هم تأثیر دارد و برای ابطال تغییر تابعیت از نظریه جهت نامشروع و احکام مربوط به آن که نه فقط در امور مربوط به حقوق خصوصی بلکه در حقوق عمومی هم ساری و جاری است می‌توان استفاده کرد: مثلاً در مورد طلاق خانم دوبو فرمون می‌گوییم چون هدف این خانم طلاق بوده و قانون فرانسه طلاق را جایز نمی‌دانسته، پس هدف از تغییر تابعیت، غیر مشروع بوده است و بنابراین ترک تابعیت فرانسوی خانم نامبرده باطل است و او به تابعیت فرانسوی خود باقی است. به عبارت دیگر، ضمانت اجرایی تحصیل متقلبانه تابعیت، ابطال تمام عمل است نه فقط غیر قابل استناد بودن طلاق.

(۳) سومین راه حل در مجازات تقلب نسبت به قانون، در ابطال حق ایجاد شده نیست و ابطال و عدم تنفیذ آثار ناشی از اعمال حقوقی را نیز به دنبال ندارد، بلکه مبتنی است بر عدم موافقت با بازگشت به تابعیت اصلی، در اینکه اشخاص با رعایت قوانین و مقررات کشور متبوع خود، بتوانند نسبت به ترک تابعیت اصلی خود و تحصیل قانونی تابعیت جدید اقدام نمایند، جای هیچ تردیدی نیست، مثلاً اتباع ایرانی می‌توانند با رعایت شرایط ماده ۹۸۸ قانون مدنی، نسبت به ترک تابعیت ایرانی خود اقدام نمایند، اما بازگشت فوری این اشخاص به تابعیت ایران می‌تواند دلیلی بر اراده‌ی متقلبانه اشخاص در تحصیل تابعیت بیگانه باشد و در صورت اثبات این نکته که ترک تابعیت ایرانی توسط این گونه اشخاص، جهت تقلب نسبت به قانون ایران و یا انجام دادن اعمال غیر قانونی و ممنوعه در خارج از کشور بوده است، ابطال تابعیت اکتسابی و عدم تنفیذ حقوق مکتسبه آنها توسط دولت ایران، نه تنها نیت متقلبانه اشخاص را در رسیدن به اهداف غیر قانونی خود خنثی و بی‌اثر نمی‌کند، بلکه می‌تواند عاملی برای تشویق و تهییج اتباع ایران به تقلب نسبت به قانون گردد.

تقلب نسبت به قانون در حقوق بین الملل خصوصی سوئیس

در حقوق بین الملل خصوصی سوئیس اگر کسی مرتکب تقلب نسبت به قوانین و مقررات آن کشور گردد احکام اخذ شده از دادگاه‌های آن کشور غیر قابل اجراست و از طرفی بر اساس ماده ۱۷ قانون حقوق بین الملل خصوصی سوئیس مصوب ۱۸ دسامبر ۱۹۸۷ اعمال مقررات قانون خارجی در صورتی که نتیجه‌اش مخالف با نظم عمومی سوئیس باشد ممکن نیست.

تفاوت بین قاعده‌ی جلوگیری از تقلب و قاعده‌ی نظم عمومی

هر چند بین قاعده‌ی جلوگیری از تقلب و قاعده‌ی نظم عمومی از جهاتی شباهت وجود دارد معذک از جهت ماهیت یکسان نیستند و باید آنها را از یکدیگر مجزا و قابل تفکیک دانست توضیح آنکه در موضوع نظم عمومی مساله مفاد و محتوای قانون صلاحیت دار خارجی مطرح است و قاعده‌ی نظم عمومی وقتی به موقع اجرا در می‌آید که قانون خارجی از لحاظ محتوا با قانون داخلی ناسازگار باشد و لذا هدف نظم عمومی دفاع از سازمان‌های قانونی کشور در مقابل ناسازگاری‌های ناشی از اجرای قانون خارجی است و حال آنکه در موضوع تقلب نسبت به قانون مسئله فرار افراد از قانونی مطرح است که حقاً باید در مورد آنان اجرا شود و به همین جهت باید از اجرای قانون خارجی جلوگیری به عمل آید. بنابراین قاعده‌ی جلوگیری از تقلب هنگامی به موقع اجرا در می‌آید که قانون خارجی محتوی چیزی ناسازگار با قانون کشور نیست بلکه فقط به وسایل متقابلانه صلاحیت برای آن ایجاد گردیده است و این تفاوت را با توجه به مثال متداول تقلب نسبت به قانون که تحصیل متقابلانه تابعیت باشد به خوبی می‌توانیم مشاهده نماییم مثلاً اگر زوجین اسپانیایی برای فرار از قانون متبوع خود و به دست آوردن حکم طلاق بر طبق قانون فرانسه از تابعیت اسپانیا خارج شوند و به تابعیت فرانسه در آیند و در خاک فرانسه موفق به گرفتن طلاق شوند، دادگاه اسپانیا از اجرای قانون فرانسه که در حال عادی مورد قبول است امتناع خواهد نمود.

قاعده‌ی تقلب نسبت به قانون چه موقع اعمال می‌شود؟

منظور از کشور محل تأثیر حق یکی از عناصری که در پیدایش حق مدنظر قرار می‌گیرد عنصر (صداقت در تحصیل حق است) در واقع گاهی ایجاد حق در یک کشور امکان‌پذیر نمی‌باشد و شخص برای رهایی از عمل ممنوعه به اقداماتی متوسل می‌شود تا این حق را در کشور دیگری تحصیل نموده و آن را در کشوری که حق مزبور را ممنوع نموده به اجرا گذارد.

برای مثال: فرض کنید زن و شوهر اسپانیایی که حق طلاق ندارند با تشریفات قانونی اسپانیا مبادرت به ترک تابعیت اسپانیا و برای بدست آوردن حق طلاق تابعیت فرانسه تحصیل نمایند در چنین حالتی قاعدتاً به عنوان اتباع فرانسه از حق طلاق برخوردارند و اگر در فرانسه به طلاق

مبادرت نمایند و قصد داشته باشند در اسپانیا از آثار این طلاق بهره‌مند شوند اصولاً قاضی اسپانیایی باید آثار طلاق اتباع فرانسه را به رسمیت بشناسند.

اما در چنین پرونده‌ای قاضی اسپانیایی پس از اعمال همه قواعد تعارض به یک نکته نیز توجه می‌کند و آن اینکه آیا عنصر صداقت در هنگام تشکیل حق وجود داشته است یا اینکه عمل تبدیل تابعیت و تحصیل تابعیت فرانسه برای فرار از منهیات (نواهی) قانونگذار اسپانیا بوده است؟

اگر قصد واقعی افراد از این تبدیل تابعیت رهایی از عمل ممنوعه باشد حق طلاق در اسپانیا نمی‌تواند آثار خود را بروز دهد. چرا که نسبت به قانون اسپانیا توسط این خانواده عمل متقابلانه‌ای صورت گرفته است یعنی تبدیل تابعیت از روی حسن نیت نبوده و صرفاً برای بدست آوردن حق ممنوعه در اسپانیا بوده است باید توجه نمود بحث تحصیل صادقانه حق بستگی عرفی به فاصله زمانی تغییر تابعیت و بدست آوردن حق جدید دارد. هدف اصلی از طرح مسئله تقلب نسبت به قانون این است که قوانین امری کشور بی اثر نمانند و افراد نتوانند به وسایل متقابلانه از اجرای قانون که باید در آنها حکومت کند جلوگیری کند. باید توجه داشت قاعده جلوگیری از تقلب هنگامی اجرا می‌شود که قانون خارجی حاوی امری مخالف نظم عمومی قانون مقرر نیست بلکه فقط با توسل به تقلب صلاحیت برای آن بوجود آمده است.

اصولاً زمانی قاعده تقلب نسبت به قانون اعمال می‌شود که تناسب عرفی زمانی بین تغییر تابعیت و تحصیل حق ممنوعه وجود داشته باشد. در واقع زمان بین تغییر تابعیت و تحصیل حق ممنوعه معلوم می‌کند که فرد از تقلب برای بهره‌مندی از حق ممنوعه استفاده نموده یا خیر؟

شرایط تقلب نسبت به قانون: (شرایط اعمال قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون)
اصولاً برای اعمال قاعده جلوگیری از تقلب دو شرط لازم است:

۱- وجود تقلب

۲- برای جلوگیری از اجرای قانون خارجی وسیله‌ای غیر از قاعده جلوگیری از تقلب موجود نمی‌باشد.

۱- وجود تقلب:

تقلب نسبت به قانون زمانی مصداق می‌یابد که فرد با وسایل متقابلانه از حکومت قانون متبوع خود اجتناب نماید و در نتیجه بتواند از قانون خارجی استفاده کند. در واقع قصد متقلب فرار از مقررات قانونی است که باید در مورد او اجرا شود گرچه ممکن است به جهت این تقلب هیچ ضرری به دیگری وارد نشود.

۲- برای جلوگیری از اجرای قانون خارجی وسیله‌ای غیر از قاعده جلوگیری از تقلب موجود نمی‌باشد. (جنبه فرعی و علی‌البدل بودن اجرای قاعده)
منظور از فرعی و علی‌البدل بودن این قاعده این است که هرگاه وسیله دیگری موجود باشد و بتوان به آن وسیله از اعمال قانون خارجی جلوگیری نمود دیگر استناد بر قاعده جلوگیری از تقلب لزومی ندارد.

آثار تقلب نسبت به قانون

۱- در مورد دولتی که تقلب برای فرار از قانون او صورت گرفته است:
این دولت قاعده مذکور را تنها تا آن اندازه واجد اثر می‌داند که برای جلوگیری از تأثیر حق ممنوعه لازم است.

در مثال قبلی قاضی اسپانیایی فقط به طلاق این خانواده ترتیب اثر نمی‌دهد و هیچ تصمیمی در مورد ترک تابعیت اسپانیا و تحصیل تابعیت فرانسه اتخاذ نمی‌کند.

۲) در مورد دولتی که شخص ذینفع اجرای قانون آن را مطالبه می‌کند:
در واقع دولتی‌هایی که تقلب نسبت به قانون به وسیله قانون آنها صورت گرفته قاعده مذکور را وقتی که به نفع قانون خارجی است اعمال نمی‌کنند. یعنی بدون در نظر گرفتن مسئله تقلب مبادرت به اتخاذ تصمیم می‌نمایند. استدلال این دسته از کشورها آن است که قاعده جلوگیری از تقلب حافظ و ضامن اجرای قواعد امری حقوق ملی است و قاضی هر کشور به تقلب نسبت به قانون سایر دول دیگر توجهی نمی‌کند چرا که حافظ و ضامن اجرای آن‌ها نیست.
۳) نسبت به دولت‌های ثالث:

این دسته از دولت‌ها قاعده جلوگیری از تقلب را به هیچ عنوان مورد توجه قرار نمی‌دهند و محاکمه دولت‌های ثالث صرفاً وضعیت فعلی شخص را صرف نظر از قصد وی در نظر گرفته و بر طبق آن حکم می‌دهند.

به طور کلی تقلب فقط در کشوری که نسبت به قانون وی تقلب شده است تأثیر می‌گذارد.
(آن هم تا آن اندازه که برای جلوگیری از تأثیر حق ممنوعه لازم است.)

نتیجه‌گیری

در این مقاله تقلب نسبت به قانون در حقوق بین‌الملل خصوصی با استناد به نظریات حقوقدانان ایرانی و خارجی بررسی شد. می‌توان دو مفهوم نسبتاً متفاوت از تقلب نسبت به قانون ارائه داد: اولین مفهوم عبارت است از فرار از قانون صلاحیت‌دار داخلی یا خارجی، همراه با تغییر ارادی عناصر وابستگی نیست. مفهوم نوین از تقلب نسبت به قانون عبارت است از فرار اصحاب دعوا یا

یکی از آنها از قانون صلاحیت‌دار که توأم با تغییر روابط حقوقی باشد، به عنوان مثال، رجوع افراد به یکی از نهادهای حقوق مدنی یک کشور، همچون انجام ازدواج یک تبعه خارجی با یکی از اتباع فرانسوی به قصد تحصیل تابعیت فرانسوی، می‌تواند زمینه ساز تحقق تقلب نسبت به قانون گردد. در این مثال تقلب نسبت به قانون توأم با تغییر تابعیت و یا جا به جایی اقامتگاه تبعه بیگانه نیست. از لحاظ ماهوی نیز با بررسی تقلب نسبت به قانون مشخص شد که دو عنصر مادی و معنوی زمینه ساز ایجاد این تأسیس حقوقی می‌گردد. اما اثبات و احراز عنصر معنوی، یعنی قصد متقلبانه اصحاب دعوا و یا یکی از آنها به سهولت انجام نمی‌پذیرد. در این خصوص حقوقدانان معاصر فرانسوی بر این باورند که می‌توان با بررسی عنصر مادی این نهاد، یعنی تغییر تابعیت، اقامتگاه و یا تغییر روابط حقوقی توسط اشخاص، نسبت به اثبات اراده‌ی اصحاب دعوا مبنی بر فرار از قانون ذی‌صلاح و تقلب نسبت به قانون پی برد. بنابراین برای اثبات تقلب نسبت به قانون، عنصر معنوی و احراز آن توسط قضات محاکم چندان اهمیت ندارد. به نظر می‌رسد که اصل آزادی و حاکمیت اراده که در حقوق بین‌الملل خصوصی، حاکم بر قراردادهای و آثار ناشی از عقود است، مانع از اثبات تقلب نسبت به قانون در خصوص هرگونه تغییر عناصر وابستگی و یا روابط حقوقی میان اشخاص با تابعیت‌های متفاوت گردد. در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران نیز ملاحظه می‌گردد که هر چند ماده ۹۹۰ قانون مدنی صراحتاً بر مقابله با تقلب نسبت به قانون داخلی تأکید ندارد، دقت بر بخش پایانی ماده فوق در صلاح دید دولت ایران در عدم موافقت با بازگشت به تابعیت اصلی ایران، می‌تواند در مجازات یا خنثی ساختن اراده اشخاص در انجام تقلب نسبت به قانون در موضوع تابعیت مؤثر باشد. حالیه هر گاه قانونی وضع شود که با مقتضیات و عرف جامعه و مرور زمان و شرایط و اوضاع و احوال و یا با مزاج انسان سازگار نباشد همیشه افرادی وجود خواهند داشت تا قانون را دور بزنند و به اهداف خود نائل شوند. بنابراین مراجع قانونگذاری باید با توجه به نیازهای جوامع قوانینی جامع و انعطاف پذیر وضع نمایند و متناسب با مرور زمان و تغییرات اصلاحاتی در آن انجام دهند چرا که قانون اگر مناسب باشد هیچکس به خود زحمت و رنج دور زدن قانون را نمی‌دهد و شاید اصلاً به ذهن او خطور نکند. نارضایتی از قانون و عدم تناسب با نیازهای انسانی باعث پدیده‌ای به نام تقلب به نام قانون خواهد شد که در صورت عدم توجه قانون گذاران دامنه آن روز به روز وسعت خواهد یافت.

فهرست منابع

- ۱- نجاد علی الماسی، حقوق بین الملل خصوصی، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۳.
- ۲- محمود سلجوقی، حقوق بین الملل خصوصی، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۷.
- ۳- جواد عامری، حقوق بین الملل خصوصی، تهران، نشر آگاه، ۱۳۶۲.
- ۴- محمد نصیری، حقوق بین الملل خصوصی، تهران، نشر آگاه، ۱۳۸۰.
- ۵- مرتضی نصیری، حقوق بین الملل خصوصی، تهران، نشر آگاه، ۱۳۷۰.
- ۶- محسن شیخ الاسلامی، حقوق بین الملل خصوصی، نشر گنج دانش، ۱۳۸۴.
- ۷- حقوق چند ملیتی، تهران، نشر دانش امروز، ۱۳۷۰.
- ۸- جان جی، کولیر، ترجمه حسین حقیقی، حقوق بین الملل خصوصی انگلیس، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۴.

آسیب شناسی مفهوم کودکی در سیاست جنایی - تقنینی ایران

کامبیز محمدی *

چکیده

تعیین تقنینی مرز میان بزرگسالی و کودکی در قلمرو حقوق از اهمیتی پایه برخوردار است. امروزه به دلیل پذیرش اصل حمایت ویژه از کودکان در تمامی حوزه‌ها، نوع رویکرد قانونگذار به این تعریف، آثار و تبعات مثبت و منفی زیادی می‌تواند در پی داشته باشد. سن، خصوصیت یا عاملی فردی انتقالی و بیانگر گذار است. معمولاً نوع رفتار و واکنش هر شخص نسبت به محیط و اطرافیان خود از دوره‌ای به دوره سنی دیگر، متغیر است. دوره انتقال از کودکی به بزرگسالی معمولاً از هر جنبه‌ای که مورد بررسی قرار گیرد، باید طی دوران "گذار" باشد و موکول کردن آن به اتفاقی یک شبه، همانگونه که در حقوق ما جاری است، کاری است بس خطرناک و لطمات و صدمات بسیاری را برای خردسالان به دنبال دارد. در پرتو تحولات اخلاقی، فلسفی، حقوقی و علمی به تدریج، نگاه افتراقی به کودک از حیث تعلق حقوق به وی دگرگون شد، چنان که امروزه انسان صغیر یا کودک به اعتبار انسان بودنش، صاحب کرامت و منزلت انسانی است و باید از حقوق و تکلیف‌های معینی برخوردار باشد. در خصوص مفهوم کودکی و تعیین چهارچوب حقوقی آن در قوانین کشور، تناقضاتی وجود دارد که در این مقاله تلاش می‌شود به پاره‌ای از مهم‌ترین آنها پرداخته شود. همچنین به اثرگذاری فقه اسلامی بر این مفهوم و ناگزیری لحاظ کردن نظرگاه سیاست جنایی تقنینی ایران به مقررات و کنوانسیون‌های بین‌المللی برای مراعات دیدگاه جهانی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

* کارشناس ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی، مدرس دانشگاه

واژگان کلیدی: کودکی، بلوغ شرعی، سیاست جنایی، سن رشد، قوه تمییز.

۱- درآمد

کودک از منظر علوم مختلفی همچون روان‌شناسی، بیولوژی، جامعه‌شناسی و حقوق مورد بررسی قرار گرفته و هر یک از اندیشمندان این علوم، نظرگاه خود از کودک و کودکی را تبیین کرده‌اند. به‌طور کلی طفل^۱ یا صغیر در لغت به معنای خرد و کوچک و در مورد انسان به کم‌سالی و خردسالی تعبیر شده است. بنابراین صغیر، نقطه مقابل کبیر و به معنای کودک است (معین، ۱۳۶۳، ۲:۲۱۴۸) اهمیت نوع تعریف قانونگذار از کودک در حوزه مسئولیت کیفری و بزهکاری بر کسی پوشیده نیست و در حقوق کیفری ایران در مورد آن بسیار بحث شده است.^۲ اما در مورد آثار و تبعات سن کودکی، ایرادات وارد بر قوانین جزایی در تعریف و تبیین سن کودکی، خلأها، کاستی‌ها، نقص و ابهام در مصادیق کودکی، کنکاش و بحث چندانی صورت نپذیرفته است. بی‌تردید عدم تعیین مرز مناسب و مطابق با معیارهای علمی و حقوق بشری برای تفکیک خردسالی از بزرگسالی با مدنظر قرار دادن استانداردها و چارچوب فیزیولوژیک، اجتماعی، روانشناختی، بیولوژیک و جرم‌شناختی، آثار و تبعات منفی در پی خواهد داشت؛ زیرا با پذیرش یک سیاست کیفری افتراقی و حمایت ویژه از این گروه آسیب‌پذیر در برابر تعرضات مجرمانه و اتخاذ سازوکارهای ویژه آن در حقوق کیفری داخلی، آنگاه می‌تواند این سیاست و حمایت‌ها را به آنها تسری داد که از نظر قانونی و چهارچوب حقوقی، «کودک» به حساب آیند. از این رو، اگر سن خردسالی، «از نظر قانونی، پایین باشد، این گروه از بزه‌دیدگان آسیب‌پذیر با وجود پیش‌بینی سازوکارهای حمایتی ویژه در قانون کیفری، از آن محروم خواهند شد.» (قهفرخی و زینالی، ۱۳۹۰، ۲۲)

^۱ برخی از لغت‌شناسان معتقدند که واژه طفل با فتح طاء و فاء به معنای کودکی و حالت کوکانه است و طفل با کسر طاء و سکون فاء به معنای کار، نیاز و حاجت است (معطوف، لويس، المنجد، ترجمه بندرریگی، محمد جلد اول، صص ۱۰۳۰ و ۱۰۳۱، نشراسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۷) اما دسته دیگر هر دو را در معنای نوزاد و بچه و کودک، ترجمه کرده‌اند (آذرنوش، آذرتاش، فرهنگ معاصر عربی- فارسی، نشرنی، چاپ اول ۱۳۷۹، صص ۳۹۹ ذیل واژه طفل)

^۲ برای مطالعه بیشتر ر.ک به مرعشی، سیدمحمدحسن، نجفی ابرندآبادی، علی حسین و میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۸۲) بزهکاری اطفال در حقوق ایران و لایحه قضایی تشکیل دادگاه اطفال (میزگرد)، مجله حقوقی دادگستری، سال ۶۷، شماره ۴۵، صص ۸-۵۱ و معظمی، شهلا، بزهکاری کودکان و نوجوانان (۱۳۹۳) نشر دادگستر، چاپ دهم، صص ۱۵-۷۹، همو (۱۳۹۴) دادرسی ویژه کودکان و نوجوانان، نشر دادگستر، صص ۲۵-۳۹ و امیرحسن نیلزپور (۱۳۹۳) حقوق کیفری کودکان و نوجوانان، نشر میزان، صص ۱۹-۴۲.

در حوزه حقوق و به ویژه حقوق کیفری، تعیین «سن کودکی» از سه جنبه دارای اهمیت است: نخست- تعیین سن مشخصی به عنوان سن مسؤلیت کیفری، سبب خواهد شد که افراد بعد از رسیدن و گذر از آن سن، جزو تابعان حقوق کیفری شناخته شوند؛ دوم- در قلمروی «بزه دیدگی کودکان» تعیین سن خردسالی، ضروری است؛ چرا که جرم‌انگاری‌های ویژه در راستای حمایت از کودکان بزه‌دیده و تشدید مجازات افرادی که نسبت به کودکان مرتکب جرم می‌شوند، نیازمند تمایز بزرگسالی از خردسالی و شناسایی افراد خاصی به عنوان کودک، توسط قانونگذار است؛ سوم- در عرصه حقوق مدنی نیز تعریف «کودک» و تفکیک او از افراد بزرگسال، آثار و تبعات گوناگونی دارد. فرد در دوران خردسالی از یک سری حمایت‌های ویژه برخوردار است که بسیاری از آنها را پس از پشت سر گذاشتن کودکی از دست می‌دهد، مانند حضانت.

نخست به بررسی مفهوم «کودک» از منظر سیاست جنایی، به افتراق‌های موجود میان، سن بلوغ، تمیز و رشد و تناسب هر کدام با سن مسؤلیت کیفری پرداخته می‌شود. در ادامه به اقداماتی که قانونگذار در سیر قوانین جزایی انجام داده، نظری افکنده می‌شود و پاره‌ای از نکات مثبت و ایراداتی که به زعم نگارندگان بر قوانین جزایی در حیطه کودکی، وارد است، مورد بررسی قرار گیرد. در انجام کار با در نظر داشتن مقررات کیفری ناظر به کودکان و نوجوانان متهم و بزه‌کار در دوره‌های مختلف قانونگذاری و یا فرآیند پاسخ‌دهی به بزه‌کاری کودکان و نوجوانان در قوانین جاری ایران قصد داریم به این پرسش پاسخ دهیم که آیا در قوانین جزایی که در چند سال اخیر تصویب شده و به عنوان قوانین مادر جزایی کشور محسوب می‌شوند، روند تعاریف و مصادیق کودکی نسبت به قوانین سابق در مسیر تکامل و پیشرفت گام نهاده‌اند یا خیر؟ ۵

۲- مبانی نظری و تعاریف

در اصطلاح فقه و حقوق، شخصی که به سن بلوغ نرسیده باشد به عنوان «طفل» شناخته می‌شود. چه اینکه بلوغ اصطلاحاً به ادراک و رسیدن به مرحله معینی از رشد روانی و جسمی اطلاق می‌شود (عربلو، ۱۳۶۲، ۶۱) در فرهنگ حقوقی وبستر ذیل واژه Child آمده: شخصی که سن اش کمتر از سن بلوغ (یا رشد) باشد و در اصطلاح کامن لو (حقوق نانوشته) شخصی که کمتر از ۱۴ سال، سن داشته باشد.^۱ (وایلند، ۱۳۸۸، ۶۹) ترمینولوژی حقوق، طفل را به معنی صغیر آورده است و راجع به صغیر در شماره ۳۲۵۳ می‌گوید: صغیر، کسی است که به سن بلوغ نرسیده باشد. نوجوانی، دوران حدود سن ۱۲ تا ۱۸ سالگی را در بر گرفته و مرحله انتقال از دوران طفولیت به نوجوانی محسوب

^۱ a person under the age of majority and under the common law, a person who is under 14 years of age.

می‌گردد (لنگرودی، ۱۳۷۲، ۶-۷) در اسناد سازمان ملل از جمله «قوانین پکن» اصطلاح نوجوان را بکار برده‌اند. ماده ۲ این مقررات، نوجوان را فردی می‌داند که در نظام حقوقی خاصی، ممکن است به نحوی با او رفتار شود که متفاوت از نحوه رفتار با بزرگسالان باشد. (معظمی، ۱۳۹۴، ۳۰) از نظر معاهده حقوق کودک ۱۹۸۹ منظور از طفل را فرد زیر سن ۱۸ سال دانسته است مگر اینکه سن بلوغ طبق قانون قابل اجرای داخلی، کمتر تشخیص داده شود.^۱ بنابراین طبق این معاهده، تشخیص اینکه طفل کیست؟ نسبت به قوانین داخلی هر کشور، متفاوت خواهد بود. در معاهده مذکور، اصطلاح «کودک» به کار برده شده است ولی در برخی از اسناد بین‌المللی هم اصطلاح «نوجوان» به کار رفته و در هنگام تعریف، مقرر شده است: نوجوان، کودک یا فرد خردسالی است که در نظام حقوقی خاص، ممکن است به سبب ارتکاب جرم، به نحوی با او رفتار شود که متفاوت با نحوه رفتار با بزرگسال باشد.^۲ در قواعد سازمان ملل نیز آمده: هر فرد کمتر از ۱۸ سال، سن، نوجوان نامیده می‌شود.^۳

از نظر اندیشمندان حقوق، خردسال یا کودک به کسی گفته می‌شود که از نظر سن به نمو جسمی و روحی لازم برای زندگی اجتماعی نرسیده باشد (عبادی، ۱۳۷۵، ۵:۱) و یا هر پسر و دختری که به نضج و رشد نرسیده باشد (معظمی، ۱۳۹۳، ۵۱) و این دوران از بارداری، شروع و تا بلوغ ادامه دارد (ابرندآبادی و هاشم بیکی، ۱۳۹۰، ۴۳) در قانون مجازات اسلامی، واژگان طفل^۴ و کودک^۵ به کار رفته است. در تعیین مفهوم طفل تبصره یک ماده ۴۹ ق.م.ا. مصوب ۱۳۷۰ سن مشخصی برای تشخیص طفل در نظر نگرفته و بلوغ شرعی را مرز میان کودکی و کبر دانسته است. طبق قانون مدنی سابق، صغیر کسی بود که به سن ۱۸ سال تمام نرسیده بود. یعنی سن بلوغ، سنی بود که شخص در آن رشید محسوب می‌شد اما به موجب قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۱۳۶۸ و ۱۳۷۰ با حذف ماده ۲۰۹ قانون مدنی این مفهوم تغییر کرد. مطابق ماده ۱۲۱۰ ق.م. غیر بالغ، کسی است که به سن ۹ سال تمام قمری در دختران و ۱۵ سال تمام قمری در پسران نرسیده باشد. در قانون جدید مجازات اسلامی (۱۳۹۲) ضمن پذیرش سن ۱۸ سالگی به عنوان سن کودک و نوجوان، این دوران را به چند دوره که شامل بدو تولد تا ۹ سالگی، ۹ تا ۱۲ سالگی، ۱۲

^۱. Convention on the rights of the child, Article (1).

^۲. Beijing Rule, article (2-2) a.

^۳. U.N. Rules for the protection of juvenile deprived of the liberty, Article (11) a.

^۴ - مواد ۴۹، ۵۰، ۶۳۱، ۶۳۲ و ۶۳۳

^۵ - مواد ۴۰، ۲۳۳، ۴۰۱ و ۴۰۹

تا ۱۵ سالگی و ۱۵ تا ۱۸ سالگی تقسیم کرده است و مسئولیت کیفری به صورت تدریجی پذیرفته شده است. (معظمی، ۱۳۹۳، ۵۲)

در اصطلاح حقوق کیفری، کودک و نوجوان به کسی اطلاق می‌شود که فاقد پختگی جسمی، ذهنی، عاطفی و روانی لازم برای پذیرش مسئولیت اخلاقی و اجتماعی است. سن مسئولیت کودک و نوجوان در پذیرش امور اخلاقی و اجتماعی به ویژه در زمینه‌ی امور کیفری باید در نظام حقوقی به گونه‌ای تعیین شود که وی بتواند مسئول رفتار خود شناخته شود. در زمینه‌ی مسئولیت کیفری کودک اصولاً در نظام‌های حقوقی با توجه به مفهوم مزبور، حداقل سنی که پایین‌تر از آن، فرد فاقد مسئولیت است و نیز سن مسئولیت که پس از آن بزرگسال تلقی شده و دارای مسئولیت کیفری تام است، تعیین می‌شود (مؤذن‌زادگان، ۱۳۸۷، ۱۸) همچنین طبق قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ در بخش سوم که مباحث دادگاه‌های کیفری، رسیدگی و صدور رأی را بیان می‌کند در فصل اول آن ذیل تشکیلات و صلاحیت دادگاه‌های کیفری و در تبصره ۱ ماده ۳۰۴ به که ناظر به ماده ۱۴۷ ق.م.ا است؛ مقرر می‌دارد: سن بلوغ در دختران و پسران به ترتیب ۹ و ۱۵ سال تمام قمری است؛ طفل را تعریف کرده و بیان می‌دارد: کسی که به حد بلوغ شرعی نرسیده باشد، طفل محسوب می‌شود.

«سیاست جنایی» نیز رشته‌ای مطالعاتی است که برحسب داده‌ها و یافته‌های فلسفی و علمی، از جمله یافته‌های جرم‌شناختی و با توجه به اوضاع و احوال تاریخی سعی در تدوین و ایجاد آموزه‌های سرکوبگر (کیفری) و پیشگیرانه دارد که در عمل نسبت به بزهکاری و بزهکار قابل اعمال باشد (نجفی ابرندآبادی و هاشم بیکی، ۱۳۹۰، ۹۸) و یا به گفته دلماس مارتی «هنر یا استراتژی به کارگرفته شده در قواعد حقوقی و نهادهای نظام عدالت جنایی جهت پیشگیری و مبارزه علیه بزهکاری و اصلاح و درمان بزهکار می‌باشد» (مارتی، ۱۳۹، ۱۳۹۳) منظور از سیاست جنایی تقنینی هم فعالیت مقنن و مقررات و اصولی است که در قوانین عادی با الهام از قانون اساسی توسط قانون‌گذار پیش‌بینی می‌شود. به عبارتی مجموعه‌ای از تدابیر مبارزه با بزهکاری را در برمی‌گیرد که در قانون، متجلی شده و ضمانت اجرای قانونی دارد این نوع از سیاست جنایی معیار و مبنای انواع دیگر آن بوده و بیانگر اصول کلی حاکم بر نظام کیفری یک جامعه است (نجفی توانا و حسینی، ۱۳۹۳، ۱۳۴) پس از ارائه تعریف‌های ضروری، لازم است به بیان گزیده‌ای از چکیده پژوهش‌هایی اشاره شود که پشتیبان فرضیه‌ها و مدل مفهومی نوشتار حاضر است. به زعم نگارندگان در این زمینه، اقداماتی انجام گرفته که مهم‌ترین آنها را می‌توان در دو دسته مورد بررسی قرار داد:

آنچه که از پژوهش‌های انجام شده پیشین در زمینه حقوق کودک پیداست تکرار و تأکید بر این موضوع است که آیا سن مسئولیت کیفری، تدریجی است یا دفعی و یکباره؟ در این میان، اقدام دکتر رایجیان و خانم دکتر اسدی بیشتر مدنظر نگارندگان قرار گرفته است. بر این مبنا ملاک‌های بزه‌دیده شناسی کودکان و نوجوانان را می‌توان در قانون حمایت از کودکان و نوجوانان مصوب ۱۳۸۱، آیین‌نامه سامان‌دهی کودکان خیابانی (مصوب ۱۳۸۳) و قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست و بدسرپرست مصوب ۱۳۹۲^۱ مشاهده و مورد بررسی قرار داد اگر چه همین رهیافت در پاره‌ای از قوانین کیفری و مدنی نیز مشهود است که به فراخور موضوع، مورد اشاره قرار خواهد گرفت اما پایه در رهیافت سزاگرایانه با محوریت قوانین جزایی (ق.م.ا و ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۹۲) و برخی از مواد قسمت تعزیرات (۱۳۷۵) مورد تبیین قرار می‌گیرد.

برای ورود به بحث با این فرضیه آغاز می‌کنیم: اگر چه مطابق قانون، افراد نابالغ، مسئولیت کیفری ندارند اما تعیین سن مشخص به عنوان گذار از خردسالی و ورود به وادی مسئولیت باید با رعایت استانداردهای فیزیولوژیک، روانشناختی، اجتماعی، بیولوژیک، جرم‌شناختی و حقوقی باشد. سیاست جنایی تقنینی بیش از آنکه در تلاش برای مجازات و پیگیری رهیافت سزاگرا نسبت به کودکان و نوجوانان باشد، بهتر آن است که با رهیافتی حمایتی و اصلاحی در راستای باز اجتماعی کردن این گروه گام بردارد.

۳- یافته‌های پژوهشی و تحلیلی

سن، عنصری مهم در قانونگذاری است. در قوانین کلیه کشورها بین وضعیت کیفری کودکان و بزرگسالان، قائل به تفکیک می‌شوند. این موضوع حاصل مشاهدات تجربی است که به موجب آنها در قلمرو مسائل کیفری، ادوار یا آستانه‌های سنی مختلفی وجود دارد. در کودکی که از بسته شدن نطفه آغاز می‌شود و به بلوغ ختم می‌شود، شرایط فیزیولوژیک، زمینه‌ساز ارتکاب جرم برای طفل نیست. از آغاز سنین ۷ یا ۸ سالگی - یعنی زمانی که کودک، صاحب منافع اجتماعی می‌شود و می‌تواند از قدرت، نفوذ و سرپرستی والدین خود، فرار کند - است که احتمالاً مسائل مجرمانه مطرح می‌شود. لیکن عمدتاً از آغاز نوجوانی این مسائل ممکن است به صورت جدی درآید. نوجوانی، دوره‌ای طولانی است که محور آن بلوغ و دارای سه مرحله است: ۱) دوره پیش از بلوغ (مثلاً در پاره‌ای از کشورهای اروپای غربی، ۱۱ تا ۱۲ سال نزد دختران و ۱۳ تا ۱۴ سال نزد پسران)

^۱ - آیین‌نامه اجرایی این قانون و همچنین آیین‌نامه ماده ۲۲ آن در ۳۱ تیر ۱۳۹۴ به وسیله سازمان ثبت احوال و با همکاری سازمان بهزیستی تهیه شده است.

۲؛ دوره بلوغ (۱۳ سال برای دختران و ۱۴ سال برای پسران)؛ ۳) دوره پس از بلوغ (در دختران تا ۱۶-۱۷ سالگی و در پسران تا ۱۸ سالگی). (نجفی ابرندآبادی و هاشم بیگی، ۱۳۹۰، ۴۳)

سن، یکی از مهم ترین عوامل تعیین کننده در انتخاب قانون حاکم بر رفتار اشخاص است. این مهم در همه نظام های حقوقی دیده می شود و یکی از عوامل تأثیرگذار بر قانونگذاری و اجرای قانون است. آنچه نظام های حقوقی را از یک منظر، از هم متمایز می سازد، میزان سن است. در اکثر کشورهای جهان، سن «۱۸ سال تمام» به عنوان نقطه تفکیک اشخاص جامعه و صغیر از بزرگسال است. اما این مبنا در ایران به تبعیت از فقه و نظام اسلامی حاکم بر قوانین (مدنی و کیفری)، «سن بلوغ» است که بر مبنای جنسیت متفاوت است و برای دختران ۹ سال تمام قمری (۸ سال و ۹ ماه خورشیدی) و پسران ۱۵ سال تمام قمری (۱۴ سال و ۶ ماه و ۲ هفته خورشیدی) مقرر شده است.^۱

توجه قانونگذار به مفهوم کودکی در امور مدنی جهت شناخت عقود باطل و غیرنافذ از عقود صحیح است و در امور جزایی، تمیز کودک از بزرگسال به منظور مسؤول شناختن وی از نظر کیفری است. برای اینکه شخصی قابل مجازات باشد، باید از روی اختیار، رفتار مجرمانه را انجام داده باشد و بتوان قصور و تمایل وی را به تحقق جرم احراز نمود، یعنی فرد باید توانایی انجام وظیفه را داشته باشد و جرم، قابل انتساب به بزهکار باشد. «شرط تقصیر، خواستن و دانستن است و عواملی که در تقصیر مؤثر باشند، کیفیاتی است که خواستن و دانستن از آن متأثر شده و به توانستن و بروز ختم می شود. همچنین تعهد قانونی شخص بر رفع ضرری که به دیگران وارد کرده است نیز از دیگر تعاریف مسؤولیت است» (لنگرودی، ۱۳۷۲، ۴۶۲) مرحوم دکتر ولیدی معتقد بودند که مسؤولیت کیفری عبارت از الزام شخص به پاسخگویی آثار و نتایج زیانبار جرم انجام شده است. (ولیدی، ۱۳۸۵، ۲۹۸)

بر اساس ماده ۱۳۹ قانون مجازات اسلامی، مسؤولیت کیفری در حدود، قصاص و تعزیرات تنها زمانی محقق است که فرد حین ارتکاب جرم، عاقل، بالغ و مختار باشد به جز در مورد اکراه بر قتل (قصاص) و طبق ماده ۱۴۰ همین قانون، مسؤولیت کیفری، شخصی است. ارکان مسؤولیت کیفری عبارتند از اهلیت جزایی و تقصیر. اهلیت جزایی از دو عنصر ادراک و اختیار تشکیل شده است. ادراک در حقوق جزا به معنای «قدرت و توانایی بر درک و تمیز ماهیت افعال و آثار و تبعات اخلاقی و اجتماعی که بر آنها بار می شود؛ به کار رفته است» (میرسعیدی، ۱۳۸۳، ۱۱۳). البته توجه به این مسأله ضروری است که مسؤولیت کیفری دارای معنای انتزاعی و مجرد هم می باشد که باید

^۱ - در قوانین ایران، دیگر علائم بلوغ مورد توجه نیستند اگر چه ممکن است مورد توجه دادرسان قرار گیرد.

قبل از ارتکاب جرم در فرد قابل احراز باشد. در این معنا مسئولیت کیفری، قابلیت یا اهلیت شخص برای تحمل مجازات یا اقدامات تأمینی تربیتی است. بدین معنا کسی که هنوز به ارتکاب جرمی مبادرت نکرده اما از قابلیت تحمل مجازات یا اقدام تأمینی بر فرض ارتکاب بزه، برخوردار است، مسؤول نامیده می شود. (سادات اسدی، ۱۳۸۶، ۴۵)

بر پایه ماده ۱۴۵ ق.م.ا.ج جدید، افراد نابالغ دارای مسئولیت کیفری نیستند و سن بلوغ به ترتیب در دختران و پسران، ۹ و ۱۵ سال تمام قمری تعیین شده است (ماده ۱۴۶) که در مورد افراد نابالغ، بر اساس مقررات این قانون، اقدامات تأمینی و تربیتی اعمال خواهد شد (ماده ۱۴۷). با توجه به اینکه سن تمیز، مبنایی برای تحمل کیفر به کودک است از آن تعریفی در قانون صورت نگرفته است. در حقیقت، اطفال ممیز، کودکان غیر بالغی هستند که دارای قوه درک و تمیز نسبی هستند. آنها می توانند خوب را از بد تشخیص دهند و تعیین سنی که اطفال، ممیز شناخته می شوند با دادگاه است. این سن در هر حال کمتر از شش سال نخواهد بود. (معظمی، ۱۳۹۴، ۳۱) کسی که به سن بلوغ نرسیده و علاوه بر آن، فاقد تمیز نسبت به موضوع معینی است، طفل غیر ممیز است (لنگرودی، ۱۳۷۲، ۴۹۳) اگر چنانچه تردیدی در ممیز بودن یا غیرتمیز بودن طفل پیش آید چون اصل بر غیر ممیز بودن است پس برای پذیرش مخالف اصل، باید دلیل بر داشتن درک نسبی امور و قوه تشخیص خوبی از بدی و زشتی از زیبایی اثبات شود.

به نظر می رسد سن عدم تمیز با تشخیص دادگاه است ولی با توجه به اهمیتی که قانونگذار برای این سن قائل شده است از جمله آنکه در ماده ۱۴۷ ق.م.ا.ج که سن بلوغ در دختران را ۹ سال و پسران ۱۵ سال قمری دانسته با احراز ممیز بودن طفل، مسئولیت کیفری دادرسی ویژه کودکان و نوجوانان پررنگ تر می شود و ضرورت دارد تا این حس تمیز با ضوابط علمی تعیین گردد. این ضوابط می تواند تحصیل نظر مددکاران اجتماعی، پزشک قانونی و مربیان تعلیم و تربیت باشد. از این رو در مورد افراد نابالغ، براساس مقررات این قانون، اقدامات تأمینی و تربیتی اعمال می شود (ماده ۱۴۸ ق.م.ا.ج)

در اصطلاح حقوقی، صغیر به کسی گفته می شود که از نظر سن به نمو جسمانی و روحی لازم برای زندگانی اجتماعی نرسیده باشد (صفایی و قاسم زاده، ۱۳۸۸، ۱۷۵) از نظر معاهده حقوق کودک، نیز به فرد زیر سن ۱۸ سال، کودک، اطلاق می شود. مگر اینکه سن بلوغ، طبق قانون قابل اجرای داخلی کمتر تشخیص داده شود. پس طفل، مترادف صغیر، کودک، بچه انسان آورده شده و به کسی صغیر گفته می شود که نابالغ باشد به عبارتی، وصف صغیر در برابر کبیر که صفت فرد بالغ است، قرار می گیرد. (معظمی، ۱۳۹۴، ۳۱) طبق ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی، امروزه هر کس به سن بلوغ نرسد، به منزله صغیر و طفل محسوب می شود. پس کودکی از زمان انعقاد نطفه شروع شده و

با آغاز بلوغ، پایان می‌یابد. سنی که شخص پس از رسیدن به آن مشمول مسئولیت تام جزایی و مقررات کیفری بزرگسالان خواهد بود و تفاوتی با آن نخواهد داشت را سن بلوغ کیفری می‌گویند. (آشوری، ۱۳۷۹، ۷۱)

در تاریخ ۱۳۸۱/۰۹/۲۵ قانونی در ۹ ماده به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید که هدف آن حمایت از کودکان و نوجوانان در برابر هر گونه اذیت و آزار و بهره‌کشی بود. این قانون «قانون حمایت از کودکان و نوجوانان» نام گرفت. بنابر ماده یک این قانون، همه اشخاصی که به سن ۱۸ سال تمام شمسی نرسیده باشند، مورد حمایت آن قرار خواهند گرفت. لذا با توجه به عنوان این قانون می‌توان نتیجه گرفت اشخاصی که به سن ۱۸ سال تمام شمسی نرسیده باشند به دو گروه تقسیم می‌شوند؛ گروهی از آنها «کودک و طفل» و گروه دیگر «نوجوان» تلقی خواهند شد. معمولاً افرادی که کمتر از ۱۲ سال سن دارند «کودک» و اشخاصی را که سن آنها بین ۱۲ تا ۱۸ سال باشد «نوجوان» و افرادی که بیش از ۱۸ سال دارند به ترتیب، جوان، میانسال، بزرگسال و کهنسال می‌نامند.

قانونگذار در فصل دهم ق.م.ا (۱۳۹۲) با رویکردی نو و با تأسی از قانون حمایت از کودکان و نوجوانان به کیفیت مسئولیت کیفری اشخاص کمتر از ۱۸ سال نیز پرداخته و این موضوع را طی مواد ۸۸ تا ۹۵ قانون بیان کرده است. همین دیدگاه حاکی از رویکرد جدید قانونگذار است که در طول قانونگذاری پس از انقلاب، بی‌سابقه بوده است. ضمن اینکه این مواد، بیانگر مسئولیت تدریجی و حرکت مقنن به سمت تعیین معیار رشد جزایی می‌باشد. بر این اساس، اشخاص کمتر از ۱۸ سال در جرایم تعزیری^۱ تا ۱۵ سالگی صرفاً مشمول اقدامات تأمینی^۲ و از ۱۵ تا ۱۸ سالگی مشمول مجازات‌های تعدیلی یا تبدیلی قرار می‌گیرند که با مجازات گروه سنی بزرگسالان، متفاوت است. همچنین در جرایم حدود و قصاص، اعمال مجازات‌های مربوط، منوط به تحقق رشد جزایی شده است. (شمس ناتری و سایرین، ۱۳۹۳، ۲۰۲)

^۱ ماده ۱۸- تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست و به موجب قانون در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌گردد. نوع، مقدار، کیفیت اجراء و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می‌شود.

^۲ اقدام تأمینی عبارت است از سلسله وسایل دفاع اجتماعی که به حکم قانون و توسط قاضی و بر اثر وقوع جرم، متناسب با وضع مزاجی و استعداد و منش و سوابق فرد خاطی و خطرناک به کار برده می‌شود تا بهبود یابد و با اجتماع سازگار شود و به تکرار جرم دست نزنند (کی‌نیا ۱/۱۶۵۲ به نقل از شمس ناتری و سایرین، ۱۳۹۳، ۳۶۹)

در حقوق کیفری ایران در قانون مجازات همگانی (عمومی) سال ۱۳۰۴ اطفال تا ۱۲ سالگی فاقد مسؤولیت کیفری بودند و در مورد کودکان ۱۲ تا ۱۵ سال و ۱۵ تا ۱۸ سال رژیم مسؤولیت متمایز و افتراقی ویژه‌ای وجود داشت و در ۱۸ سالگی، مسؤولیت کیفری کامل می‌شد. در قانون مربوط به تشکیل دادگاه اطفال بزهکار مصوب ۱۳۳۸ و همچنین قانون مجازات عمومی ۱۳۵۲ اطفال تا ۶ سال تمام، غیرمسئول تلقی شدند و اطفال ۶ تا ۱۲ و ۱۲ تا ۱۸ سال هر کدام رژیم مسؤولیت خاصی داشتند و مسؤولیت کامل در سن ۱۸ سالگی محقق می‌شد.^۱ (سلیمی، ۱۳۹۳، ۱۵۴)

پس از انقلاب و در وضعیت فعلی، رژیم مسؤولیت کیفری کودکان و سن کودکی به طور کلی دگرگون شده و با مبنا قرار گرفتن «بلوغ شرعی» دچار ابهاماتی شد.^۲ نخستین نکته‌ای که در این مواد جلب توجه می‌کند اینکه قانونگذار بین مراحل مختلف رشد کودکان هیچ تفکیک و تمایزی قابل نشده است. یعنی اشخاص تا رسیدن به بلوغ، به طور کلی فاقد مسؤولیت کیفری هستند و به محض رسیدن به این سن، مسؤولیت کامل و تام پیدا می‌کنند. نکته دیگر اینکه «بلوغ» مبنای مسؤولیت یا نداشتن مسؤولیت تلقی شده است. می‌دانیم که بلوغ ناظر به وضعیت جسمانی شخص است در حالی که ملاک مسؤولیت کیفری، قابلیت اسناد فعل ارتكابی به مرتکب از لحاظ روانی و ذهنی می‌باشد و لذا شعور و رشد مرتکب باید ملاک قرار گیرد تا از لحاظ ذهنی بتوان رابطه‌ای بین عمل ارتكابی و اراده مرتکب برقرار کرد. بدیهی است با توجه به اینکه بلوغ شرعی در قانون مدنی^۳ صریحاً تعریف و مشخص شده است و نظر مشهور فقها و مورد تأیید شورای نگهبان بوده پس با توجه به اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، نمی‌توان افراد زیر ۹ سال و ۱۵ سال تمام قمری را مسؤول کیفری دانست. روشن است که دختر ۹ ساله نمی‌تواند قدرت تمییز و تشخیص کامل داشته باشد. «لذا قانونگذار می‌بایست رشد ذهنی مرتکب را ملاک تمایز صغیر از کبیر قرار می‌داد و نه بلوغ جسمانی را». (سلیمی، ۱۳۹۳، ۱۵۵)

^۱ برای مطالعه بیشتر ر.ک: لیلا سادات اسدی؛ دادگاه کیفری اطفال در حقوق ایران، مجله حقوقی دادگستری، سال ۶۷، شماره ۴۵ دوره جدید، زمستان ۱۳۸۲، صص ۱۰۳-۱۲۳

^۲ ماده ۱۴۶ ق.م.ا مقرر می‌دارد: «افراد نابالغ مسؤولیت کیفری ندارند.» و ماده ۱۴۷ نیز در تعریف افراد بالغ اشعار می‌دارد: «سن بلوغ، در دختران و پسران، به ترتیب نه و پانزده سال تمام قمری است.» ماده ۱۴۸ نیز با مفروض تلقی کردن مسؤولیت کیفری برای تمامی افراد بالغ تصریح دارد: «در مورد افراد نابالغ، براساس مقررات این قانون، اقدامات تأمینی و تربیتی اعمال می‌شود.»

^۳ ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی: «هیچکس را نمی‌توان بعد از رسیدن به سن بلوغ به عنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود، مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد. تبصره ۱- سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری است. تبصره ۲- اموال صغیری را که بالغ شده است در صورتی می‌توان به او داد که رشد او ثابت شده باشد.»

طرح عنوان «سن رشد» هم نکته مهم دیگری است که در قوانین ایران با اقتباس از فقه اسلامی به کار گرفته می‌شود. رشید شخصی است که بتواند منافع خود را به ویژه در زمینه مسائل اقتصادی و پولی تشخیص دهد. نقطه مقابل رشید، سفیه است. سن رشد در قوانین ایران، ۱۸ سال تمام شمسی است. قانون فقط رفتار (اعم از فعل و ترک فعل) افراد بالغ رشید را به رسمیت می‌شناسد و پذیرش رفتار دیگر افراد و گروه‌ها جنبه استثنایی خواهد داشت.

در ق.م.ا. جدید، اشاره‌ای به رشد و یا عدم آن و تفکیک و افتراق بین طفل ممیز و غیرممیز حتی در قانون جدید و به ویژه در ماده ۱۴۶ این قانون، وجود ندارد؛ در حالی که در برخی از مواد قانونی همچون ماده ۲۷۲ و تبصره ماده ۳۷۵ همین قانون، این افتراق و تفکیک، منشأ اثر است. (ق.م.ا. ۱۳۹۲ با اطلاق عنوان طفل به طور کلی باید بین طفل ممیز و غیرممیز از حیث تحمل آثار رفتار، تمایزاتی قائل بود. طفل غیرممیز به جهت نداشتن درک ماهیت یا آثار عمل خود، عنصر معنوی و رفتار کاملی به ویژه بر اساس ماده ۱۵۵ ق.م.ا.^۱ ندارد و ارکان جرم در رفتار مجرمانه طفل غیرممیز کامل نیست؛ بنابراین، اقدامات طفل غیرممیز به دلیل فقدان عنصر جرم و البته گسست رابطه علیت، جرم محسوب نمی‌شود و در صورتی که عاقل و بالغی او را به ارتکاب رفتار مجرمانه سوق داده باشد، از باب انتقال رابطه علیت، مجرم تلقی می‌شود. همین طور کسی که طفل غیرممیز را در ارتکاب جرم، معاونت و همدستی کند به دلیل اینکه، معاون، آثار رفتار وی را می‌داند، قابلیت سرزنش را نیز دارا شده و در این راستا، قانونگذار در ماده ۱۲۸ ق.م.ا. جدید حداکثر مجازات را برای فردی که از نابالغ به عنوان وسیله ارتکاب بزه، استفاده کند؛ در نظر گرفته است.

البته احراز رشد اشخاص در حقوق موضوعه ایران، کاری بس دشوار و مبهم است چون ماده ۱۲۰۹ قانون مدنی که اماره رشد را ۱۸ سال قرار داده بود در اصلاحات مورخ ۱۳۶۱/۱۰/۰۸ حذف شد و ماده ۱۲۱۰ به شکل فعلی آن اصلاح شد (پاورقی شماره ۱) از ظاهر صدر ماده چنین استنباط می‌شود که اصولاً شخص بالغ، رشید نیز می‌باشد ولی تبصره ۲، احراز رشد را پس از بلوغ لازم می‌داند. البته با وجود رأی وحدت رویه شماره ۳۰ مورخ ۱۳۶۱/۱۰/۰۳ هنوز مشکل فقدان اماره رشد حل نشده است و معلوم نیست افراد در چه سنی رشید فرض می‌شوند و آیا همه افراد باید پس از بلوغ از دادگاه حکم رشد بگیرند؟

^۱- ماده ۱۵۵- جهل به حکم، مانع از مجازات مرتکب نیست مگر اینکه تحصیل علم عادتاً برای وی ممکن نباشد یا جهل به حکم شرعاً عذر محسوب شود. تبصره- جهل به نوع یا میزان مجازات مانع از مجازات نیست.

مرحوم کاتوزیان با مبنا قرار دادن رأی وحدت رویه شماره ۳۰ معتقد بودند: صغیر پس از رسیدن به سن بلوغ و اثبات رشد می‌تواند نسبت به اموالی که از طریق انتقالات عهدی یا قهری قبل از بلوغ، مالک شده، مستقلاً تصرف و مداخله نماید و قبل از اثبات رشد از این نوع مداخله ممنوع است و بر این اساس، نصب قیم به منظور اداره امور مالی و استیفاء حقوق ناشی از آن برای افراد فاقد ولی خاص پس از رسیدن به سن بلوغ و قبل از اثبات رشد هم ضروری است. (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۷۳۹) برخی از حقوقدانان مفهوم رشد را در امور حقوقی از امور کیفری تفکیک می‌کنند. یکی از استادان حقوق در تعریف رشد مدنی می‌نویسند: «رشد و سفه دو وصف آدمی پس از بلوغ است: رشد وصفی است که آدمی به آن، نفع و ضرر خود بشناسد و خوب را از بد تشخیص دهد. موصوف به این وصف را رشید گویند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ۳:۲۰۵۱) در میان حقوقدانان دو نظریه در مورد مفهوم «رشد» مطرح است. برخی می‌گویند نوعی ملکه نفسانی در انسان است که او را فاسد کردن مال و مصرف آن در امور غیر عقلایی باز می‌دارد (شهید ثانی، ۱۴۱۵، ۴:۱۴۸ به نقل از پیوندی، ۱۳۹۰، ۱۱۷) اما دیگران بر این باورند که ضرورتی ندارد این ویژگی برای فرد، ملکه شده باشد، بلکه کافی است که شخص، به جهت مال خود را از بین نبرد و آن طور که شایسته است، در آن تصرف کند (امامی، ۱۳۷۶، ۵:۲۴۴)

امروزه برخی از صاحب نظران مسئله شرط بودن رشد در مسؤولیت کیفری را مطرح کرده‌اند: «رشد جزایی در مقابل «سفه» که رشد مدنی است، نمی‌باشد؛ زیرا رشد جزایی عبارت است از آنکه عقل به مرتبه‌ای از کمال برسد که بتواند مسؤولیت کیفری را تشخیص بدهد. اما اگر کسی عاقل باشد ولی نتوانسته باشد به مسؤولیت کیفری خود در مقابل عملی که انجام می‌دهد، آگاهی داشته باشد، رشد جزایی ندارد... پس شخصی که نمی‌تواند تشخیص دهد عمل وی جرم است یا دیوانه که او نیز نمی‌تواند تشخیص دهد عملش جرم است، تفاوتی ندارد و اگر بنا باشد چنین شخصی را که قدرت تشخیص ندارد، بتوانیم مجازات نماییم، لازم است که شخص دیوانه را هم بتوانیم مجازات کنیم؛ زیرا ملاک در مجازات، تشخیص مجرم است ... (مرعشی، ۱۳۷۹، ۵)

علیرغم حذف اماره رشد (۱۸ سال شمسی) از قانون، بیشتر ادارات دولتی و خصوصی، دفاتر اسناد رسمی، بانک‌ها، نیروی انتظامی و حتی محاکم دادگستری، ۱۸ سال را ملاک عمل می‌دانند. قانونگذار هم در سال‌های اخیر در بعضی مواقع که در صدد حمایت از اطفال یا تشکیل دادگاه ویژه

برای آنان بوده کلیه افراد زیر ۱۸ سال را مشمول حکم خود نموده است.^۱ از سوی دیگر بلوغ جسمانی طفل مقوله‌ای متفاوت از بلوغ عبادی وی تلقی می‌شود، که لزوماً مقارن با یکدیگر حادث نمی‌گردد. لذا اهلیت نکاح متعاقب بلوغ جسمی طفل، فعلیت می‌یابد. با توجه به مطالب عنوان شده، پر واضح است که تحمیل مسئولیت جزایی بر طفل، نیازمند احراز صلاحیت‌های جسمی و معنوی (ادراک و اراده) وی می‌باشد و هرگونه تحمیل کیفر و مجازات بدون لحاظ پارامترهای موصوف، خارج از ترازوی عدالت است. به همین جهت سن ۱۸ سال تمام- که آشکارا بیش از سن بلوغ شرعی طفل می‌باشد- به عنوان ملاک عمل در روابط مالی و حقوقی اطفال لحاظ می‌شود.

در مسایل سیاسی یعنی شرکت در انتخابات به سن ۱۶ سال تمام برخورد می‌کنیم. یعنی دختری که نه سال تمام دارد و می‌تواند ازدواج کند حتی اگر حکم رشد هم گرفته باشد، حق شرکت در انتخابات را ندارد. در قانون کار به سن ۱۵ سال تمام اشاره شده است. یعنی استخدام کارگران زیر ۱۵ سال، استثمار کودکان بوده و برای کارفرما، تخلف محسوب می‌شود. طبق قانون گذرنامه مصوب سال ۱۳۵۱، افرادی که به سن ۱۸ سالگی نرسیده‌اند، اگر بخواهند گذرنامه دریافت کنند، بایستی پدر یا قیم آنها موافقت کند.

به تمام این موارد، اضافه کنید که استخدام در ادارات دولتی و اخذ گواهینامه برای وسایل نقلیه موتوری برای افراد زیر ۱۸ سال ممنوع است. مغایرت‌های قانونی فوق این نکته را روشن می‌سازد که در قوانین ایران هنوز سن یکسانی برای تشخیص "کودک" وجود ندارد و در موردی شخصی کودک است و در خصوص امر دیگری "بالغ" و از همه مهمتر آنکه در تعیین "بلوغ" قانون مدنی "سال قمری" را ملاک دانسته و با توجه به اینکه سال قمری، یازده روز کمتر از سال شمسی است و از طرف دیگر شناسنامه‌ها در ایران بر مبنای سال شمسی صادر می‌شود، لذا تعیین دقیق "سن بلوغ" خالی از اشکال نیست. پس افزایش قانونی سن بلوغ، منع شرعی ندارد و با توجه به شرایط اجتماعی ایران و نیازی که به این امر احساس می‌شود، می‌توان با ارائه‌ی ماده واحده‌ای به شرح زیر، از مجلس شورای اسلامی تقاضای افزایش سن بلوغ را نمود.^۱ سن بلوغ در پسر و دختر به طور یکسان ۱۸ سال تمام شمسی است معهداً در مواردی که ضرورت اقتضا کند دادگاه می‌تواند

^۱ - از جمله می‌توان به ماده ۱ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان مصوب ۱۳۸۱/۰۹/۲۵، تبصره ۲ ماده ۲۲ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بدسرپرست، تبصره ماده ۲۲۰ ق.آ.د.ک. سابق (۱۳۷۸) و ماده ۳۰۴ ق.آ.د.ک جدید (۱۳۹۲)

احراز رشد عقلی برای اشخاصی که بیش از ۱۵ سال تمام، سن دارند، حکم رشد صادر نماید." (عبادی، ۱۳۷۸، ۲۳ و ۲۵)

۴- برآمد

«طفل در قانون مجازات تعریف واحدی ندارد و حسب جنسیت تفاوت پیدا می‌کند. نتیجه این تفاوت آن است که مسؤولیت جزایی به تبع جنس مشخص می‌شود. به عبارت دیگر، حدود مسؤولیت اطفال، در حقیقت بیشتر با جنسیت آنها در ارتباط است تا با سن آنها و لذا اگر محدوده مسؤولیت جزایی به معنای خاص را رها کنیم و نسبت به اعمال اطفال بدون برچسب جرم، به تأمل بنشینیم، این ایراد رفع خواهد شد.» (نوربها، ۱۳۸۳، ۵۳) سن، متغیری است که منشأ اختلافات بسیار مهم در بروز بزهکاری و ساختار تبهکاری است. خردسالی از جمله عوامل عدم اسناد یا علل رافع مسؤولیت کیفری است که به رغم وقوع جرم و اجتماع عناصر تشکیل دهنده بزه، مانع اسناد جرم به افراد نابالغ می‌شود. برخلاف کم‌سنی، جنس و سالخوردگی، موجب گسیخت مسؤولیت کیفری نمی‌شود. بکاریا و پیروان وی تصور می‌کردند همه انسان‌ها جز دیوانگان و اطفال دارای درجه‌ای از آزادی هستند و به همین لحاظ، مجازات همه مجرمان در موارد مشابه را یکسان قلمداد می‌کردند. اگر معیار ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی را مورد توجه قرار دهیم طفل یا کودک خردسال عموماً اشخاص غیربالغ محسوب و از مسؤولیت کیفری به دور می‌باشند اما نوجوان که عرفاً به افراد بالغ بین سنین ۹ تا ۱۸ سال در دختر و ۱۵ تا ۱۸ سال در پسر اطلاق می‌شود همیشه می‌توانند موضوع استناد بزهکاری قرار گیرند. معظمی، ۱۳۹۳، ۶۵) ولی کم‌سنی به این علت «که طفل، اصولاً دارای قوه تمیز نبوده و قادر به پیش‌بینی ماهیت و عواقب عمل [رفتار] مجرمانه خود نمی‌باشند.» (گلدوزیان، ۱۳۸۳، ۲۳۸) از جمله عوامل رافع مسؤولیت کیفری است. کودکی از دوران قدیم، مگر در شرایط استثنایی، غالباً علتی برای رفع مسؤولیت شناخته شده، هر چند دوران کودکی حسب زمان و مکان متغیر بوده است. (نوربها، ۲۹۷، ۱۳۸۳) در این عصر، همه قوانین کیفری، طفل را فاقد مسؤولیت کیفری می‌دانند. اختلاف قوانین کشورها در آستانه مسؤولیت کیفری یا سن شروع مسؤولیت کیفری است که در آستانه آن فرد از حالت طفل بودن، خارج شده و مسؤولیت کیفری می‌یابد. (Ottenhof, 2002, 16) به نقل از فرج‌الهی، ۱۳۸۹، ۵۵) در ق.م.ا. ۱۳۷۰ هیچ اشاره‌ای به رشد یا عدم آن و تفکیک ممیز و غیرممیز نشده بود در حالی که مواد ۳۴ و ۳۵ ق.م.ع. ۱۳۰۴ به این تفکیک مبادرت کرده بود و قانون آزمایشی ۱۳۵۲ بدون ورود در این تفکیک، به طبقه‌بندی اطفال از نظر سن پرداخته و ۶ تا ۱۸ سالگی را محدوده مسؤولیت کیفری اطفال قرار داده بود. طبق تبصره ماده ۴۹ ق.م.ا. سابق فردی که به سن بلوغ شرعی نرسیده بود، طفل

محسوب می‌شد. یعنی افرادی که به حد بلوغ شرعی رسیده بودند، واجد مسئولیت کیفری محسوب و در صورت ارتکاب جرم، مجازات می‌شدند. با مدنظر قرار دادن ماده ۱۴۶ ق.م.ا. جدید، عدم مسئولیت کیفری طفل، اعم از آن است که عمل [رفتار] وی جرم نباشد (طفل غیرمميز) و یا جرم باشد و مسئولیت کیفری نداشته باشد (طفل ممیز) (شمس ناتری و سایرین، ۱۳۹۳، ۳۶۸)

نتیجه

یکی از نتایج تعریف کودک در سیاست‌های جنایی، تعیین اعمال «حقوق جزای اطفال» یا «حقوق جزای بزرگسالان» است. اهمیت تعیین آستانه‌های سن (صغر جزایی و بلوغ کیفری) در تعیین «مسئولیت کیفری» است و اینکه اصل بر «عدم مسئولیت کیفری صغار» است و اگر کودکی مرتکب بزه شود، باید با اقدامات تربیتی، حمایتی، اصلاحی و درمانی مواجه گردد و در صورت ارتکاب بزه خطرناک، اگر مراجع قضایی تصمیم به مجازات وی گرفتند با توجه به سن او بر اساس مسئولیت کیفری تخفیف یافته، مجازات که اقدامی تأمینی- تربیتی خواهد بود، برایش تعیین خواهند کرد. اگر تمام ایرادات بر سن مسئولیت کیفری در ایران نسبت به سن ۹ سالگی دختران است که با ورود قوانین جزایی جدید این ایراد نیز یا کمرنگ شده و یا کلاً رنگ باخته است اما همین ایراد را می‌توان نسبت به بسیاری از کشورهای مترقی مثل انگلستان، ایتالیا، ژاپن، برخی از کانتن‌های سوئیس و تعدادی از ایالات امریکا در شرایط فعلی نیز مشاهده کرد.^۱ رسیدگی به بزه‌های کودکان و نوجوانان از آن جهت تابع آیین دادرسی افتراقی است که از انعطاف و ملایمت بیشتری در رعایت مصلحت کودک را در اولویت نخست قرار می‌دهد.

^۱ سن مسئولیت کیفری در انگلستان ۱۰ سالگی، در کانتون لوزان سوئیس، ۸ سالگی، کانتن برن، ۶ سالگی، کانتن ژنو، ۱۰ سالگی، ژاپن ۸ سالگی و ایتالیا تا قانون سال ۱۸۸۹ سن مسئولیت کیفری، ۹ سالگی است. در امریکا، سن مسئولیت به وسیله قانون ایالات تعیین می‌شود و سیزده ایالت، سن بین ۶ تا ۱۲ سال را برای آن در نظر گرفته‌اند. غالب ایالات، سن بین ۷ تا ۱۴ سال را در نظر گرفته‌اند که فرد، مسؤل محسوب می‌شود اما این به مفهوم شناخت مسئولیت کیفری نیست. برای مطالعه بیشتر ر.ک: نسرین مهرا، دانشنامه حقوق کیفری انگلستان، نشر میزان، ۱۳۹۲، صص ۹۵، ۳۳۱ و ۳۳۲ و تاج زمان دانش، دادرسی اطفال بزهکار در حقوق تطبیقی، نشر میزان، ۱۳۸۶، چاپ سوم، ص ۱۸.

فهرست منابع

- ۱- آذرنوش، آذرتاش؛ (۱۳۷۹)؛ فرهنگ معاصر عربی- فارسی هانس ور، تهران: نشر نی.
- ۲- ابراهیمی ورکیانی، فاطمه؛ (۱۳۸۹) حق دادرسی منصفانه کودکان در تعارض با قانون، تهران: نشر جاودانه، جنگل.
- ۳- امامی، سیدحسن، (۱۳۷۶) حقوق مدنی، چاپ ۱۲، تهران: نشر اسلامیه.
- ۴- بیگی، جمال؛ (۱۳۸۴): بزه‌دیدگی اطفال در حقوق ایران؛ تهران، نشر میزان.
- ۵- پیوندی، غلامرضا؛ (۱۳۹۰)، حقوق کودک، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- ۶- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲)؛ ترمینولوژی حقوقی، انتشارات گنج دانش.
- ۷- رایجیان اصلی، مهرداد؛ (۱۳۹۰) بزه‌دیده‌شناسی جلد یکم تحولات بزه‌دیده‌شناسی و علوم جنایی، تهران: نشر مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی.
- ۸- زینالی، امیرحمزه و مدنی قهفرخی، سعید (۱۳۹۰)؛ آسیب‌شناسی حقوق کودکان در ایران؛ تهران: نشر میزان.
- ۹- دانش، تاج زمان؛ (۱۳۸۶): دادرسی اطفال بزهکار در حقوق تطبیقی، تهران: نشر میزان، چاپ سوم.
- ۱۰- سلیمی، صادق؛ (۱۳۹۳) چکیده حقوق جزایی عمومی، تهران: نشر جاودانه، چاپ پنجم.
- ۱۱- نجفی توانا، علی و حسینی، سیدرضا؛ (۱۳۹۳) رویکرد سیاست جنایی تقنینی در قانون به کارگیری سلاح، نشریه کارآگاه، دوره دوم، سال هشتم، شماره ۱۹، صص ۱۳۳-۱۴۷.
- ۱۲- شمس ناتری، محمدابراهیم، کلانتری، حمیدرضا؛ زارع، ابراهیم و ریاضت، زینب؛ (۱۳۹۳) قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، تهران: نشر میزان، چاپ دوم.
- ۱۳- فرج‌الهی، رضا. (۱۳۸۹). جرم‌شناسی و مسئولیت کیفری. تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- ۱۴- کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی (خانواده)، چاپ سوم، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۷۲.
- ۱۵- کاتوزیان، ناصر؛ قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ نهم، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۳.
- ۱۶- گلدوزیان، ایرج (۱۳۸۳). بایسته‌های حقوق جزای عمومی، چاپ هفتم، تهران، نشر میزان.
- ۱۷- مارتی، می‌ری دلماس، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، برگردان: علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ دوم پاییز ۱۳۹۳، نشر میزان، تهران.
- ۱۸- معطوف، لوپس؛ (۱۳۸۷): فرهنگ المنجد عربی به فارسی؛ مترجم محمد بندرریگی، تهران: انتشارات اسلامی.
- ۱۹- معظمی، شهلا (۱۳۹۳): بزهکاری کودکان و نوجوانان، تهران: نشر دادگستر.
- ۲۰- معظمی، شهلا؛ (۱۳۹۴) دادرسی ویژه کودکان و نوجوانان، تهران: نشر دادگستر.
- ۲۱- میرسعیدی، منصور. (۱۳۸۳). مسئولیت کیفری، ج ۱، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- ۲۲- نجفی ابرندآبادی، علی حسین و هاشم بیکی، حمید: (۱۳۹۰) دانشنامه جرم‌شناسی، تهران: نشر گنج دانش، چاپ دوم.

- ۲۳- نوریها، رضا. (۱۳۸۳). نگاهی به قانون مجازات اسلامی. چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- ۲۴- نیازپور، امیرحسین؛ (۱۳۹۳): حقوق کیفری کودکان و نوجوانان، تهران: نشر میزان.
- ۲۵- ولیدی، محمدصالح (۱۳۸۵) حقوق جزای اختصاصی (جلد دوم) تهران: نشر امیرکبیر.
- ۲۶- ولیدی، محمدصالح (۱۳۷۴) حقوق جزای عمومی (جلد سوم) در مسؤولیت جزایی، تهران: دفتر نشر داد.
- ۲۷- یاسمن خواجه نوری؛ نقش کیفرهای جامعه مدار در پیشگیری از تکرار جرم کودکان، دفتر تحقیقات کاربردی پلیس پیشگیری ناجا، مجموعه مقالات کارگروه پیشگیری از تکرار جرم، ۱۳۸۸.
28. Wild, Susan Ellis, (2009) Webster's New Worlds, Law Dictionary, Wiley Publishing, Inc. Canada

قوانین

- قانون مجازات اسلامی (ق.م.ا.) مصوب ۱۳۷۰
- قانون مجازات اسلامی (ق.م.ا.) مصوب ۱۳۷۵ (تعزیرات)
- قانون مجازات اسلامی (ق.م.ا.) مصوب ۱۳۹۲
- قانون آیین دادرسی کیفری (ق.آ.د.ک) مصوب ۱۳۷۸
- قانون آیین دادرسی کیفری (ق.آ.د.ک) مصوب ۱۳۹۲
- قانون حمایت از کودکان و نوجوانان مصوب ۱۳۸۱
- قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بدسرپرست مصوب ۱۳۹۳
- قانون مبارزه با قاچاق انسان ۱۳۸۳

احکام صادره از دادگاه‌های انتظامی کانون وکلای دادگستری کردستان

با محکومیت توییح با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون وکلا

ردیف	شماره پرونده	نام و نام خانوادگی	شماره پروانه	شماره و تاریخ حکم	حکم
۱	۹/۹۵	جابر آیتی فر	۲۳۶	۹۵/۵/۲۵ - ۱۰	توییح با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون