

رویکرد عدالت ترمیمی به دعاوی کیفی و مدنی ناظر بر حضانت در پرتو اصول میانجی‌گری*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۱/۷

تاریخ تأیید: ۱۴۰۰/۵/۲

طیبه سترگ**
طوبی شاکری گلپایگانی***
محمد فرجیها****
هاجر آذری****

چکیده

به دلیل اثربخشی ناپایدار بسیاری از واکنش‌های کیفی و نتایج مثبت برنامه‌های عدالت ترمیمی در پیشگیری از تکرار جرم و بزه‌دیدگی، ساز و کارهای ترمیمی حل و فصل اختلافات از جمله «میانجی‌گری کیفی» افزایش یافته است. این مقاله اصول حاکم بر میانجی‌گری کیفی در دعاوی حضانت را با مطالعه تطبیقی با قطعنامه شورای اقتصادی و اجتماعی سازمان ملل مصوب سال ۲۰۰۲ میلادی استخراج نموده و برای پاسخ‌گویی به پرسش تحقیق، روش کیفی با تکنیک مصاحبه نیمه‌ساختار یافته اتخاذ شده است. یافته‌های تحقیق که برآیند مصاحبه با ده تن از قضات و وکلای دعاوی خانوادگی و بررسی پرونده‌های قضایی بوده است حاکی از آن است که میانجی‌گری کیفی در دعاوی حضانت با رعایت شش اصل پذیرش مسئولیت، رضایت طرفین، نظارت قضایی بر توافقات ترمیمی، بی‌طرفی میانجی‌گر، حفظ محرمانگی و سهیم کردن کودک در میانجی‌گری، زمینه را برای تشخیص مصلحت طفل فراهم می‌کند و با به رسمیت شناختن بزه‌دیدگی‌شان باعث کاهش آسیب‌ها و خصومت‌ها می‌شود.

واژگان کلیدی: اصول میانجی‌گری کیفی، نهاد حضانت، عدالت ترمیمی، مصلحت، کودکان بزه‌دیده، نظام قضایی ایران.

* مقاله حاضر مستخرج از رساله دکتری خانم طیبه سترگ با عنوان «مداخله عدالت کیفی در قلمرو حضانت از طفل در ایران: چالش‌ها و راهکارها» به راهنمایی سرکار خانم دکتر طوبی شاکری گلپایگانی در گروه مطالعات زنان دانشگاه تربیت مدرس می‌باشد.

** دانشجوی دکتری مطالعات زنان دانشگاه تربیت مدرس تهران (tayebeh.setorg@modares.ac.ir).

*** استادیار گروه مطالعات زنان دانشگاه تربیت مدرس تهران/ نویسنده مسئول (t.shakeri@modares.ac.ir).

**** دانشیار گروه حقوق کیفی و جرم‌شناسی دانشگاه تربیت مدرس تهران (farajihay@modares.ac.ir).

**** استادیار گروه مطالعات زنان دانشگاه تربیت مدرس تهران (h.azari@modares.ac.ir).

مقدمه

عدالت کیفری لازمه حیاتی و غیر قابل عدول نهاد سترگ «حکومت قانون» و ضامن ارزش‌های آن است، اما نتیجه آن همواره مطلوب نیست و لزوماً منجر به مصالحه و مسالمت آمیز شدن فضای زندگی نمی‌شود. از این روست که الگوهای سه‌گانه «سزادهنده»، «بازپرورانه» و «ترمیمی» در نظام عدالت کیفری شکل گرفته‌اند، گرچه وجود و استقرار سازوکارهای غیررسمی (و در واقع توافقی) موثرترین راه برای رفع خصومت و حل اختلافات حقوقی و کیفری به ویژه در دعاوی خانوادگی است؛ یکی از این سازوکارها بهره‌مندی از یکی از نهادهای «عدالت ترمیمی» (Restorative justice)؛ یعنی «میانجی‌گری کیفری» (Mediation in penal matters) است که با رضایت درونی طرفین حاصل شده و ریشه نزاع را برمی‌چیند به نحوی که این روش کارکرد بهتری در گسترش اخلاق، گذشت و مهربانی دارد. در عرصه بین الملل، سازوکارهای ترمیمی با تصویب قطعنامه شورای اقتصادی و اجتماعی سازمان ملل در آگوست ۲۰۰۲ با عنوان «اصول اساسی کاربرد برنامه‌های عدالت ترمیمی در امور کیفری» که از این پس به اختصار «قطعنامه (۲۰۰۲)» بیان می‌شود، به صورت رسمی وارد قلمرو سیاست جنایی تقنینی گردید که با ایجاد سازش بین بزه‌دیده، بزه‌کار و خانواده‌هایشان، ضمن تامین حقوق بزه دیده، صلحی نسبتاً پایدار بین طرفین ایجاد می‌کند.

بنابر تعریف این قطعنامه، «فرآیندهای ترمیمی»، فرآیندهایی هستند که در آن «بزه‌کار»، «بزه‌دیده» و «کلیه افرادی که از وقوع جرم آسیب یا تأثیر پذیرفته‌اند»، با مشارکت فعال یکدیگر و با کمک یک «تسهیل‌گر» درصدد پیدا کردن راهکار برای مشکلات ناشی از جرم بر می‌آیند.

وجه تمایز عدالت ترمیمی و عدالت کیفری در این است که تخلف و جرم پیش از آنکه نقض یک هنجار قانونی یا مقرراتی باشد یک «مشکل» تلقی می‌شود و برای حل این مشکل به جای مجازات صرف، باید راهکار پیدا کرد. براساس اسناد سازمان ملل متحد، عدالت ترمیمی جایگزین عدالت کیفری نبوده و دادگستری همچنان مرجع تظلمات عمومی مردم و دستگاه‌هاست و عدالت ترمیمی به عنوان مکمل عدالت کیفری و به موازات آن قرار دارد.

این شیوه حل و فصل اختلافات توسط نهادهای سنتی و مردمی (غیر دولتی) در ایران نیز

سابقه‌ای طولانی دارد؛ در ایران باستان جنایاتی که در محدوده خانواده رخ می‌داد با بهره‌گیری از شوراهای مردمی و با سیستم «عدالت همسایگی» حل و فصل می‌شد و به سازش منتهی می‌گردید (رهگشا، ۱۳۸۳، ص ۱۹). پس از ظهور دین مبین اسلام نیز نقش میانجی‌گری در حل و فصل اختلاف‌ها پررنگ‌تر شد، به نحوی که تأکید فراوان قرآن کریم بر حل و فصل اختلافات به روش‌های غیرقضایی و توصیه به صلح و سازش میان مسلمین (حجرات: ۱۰) به ویژه در مناقشات خانوادگی (نساء: ۱۲۸) بر اهمیت و اعتبار میانجی‌گری به نحو چشمگیری افزود.

میانجی‌گری در قوانین پیش از انقلاب اسلامی ایران نیز به چشم می‌خورد؛ از جمله در قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ م‌آه ۶۷۶ درباره میانجی‌گری در اختلافات خانوادگی از جمله حضانت چنین بیان شده است: «در موارد اختلاف بین زن و شوهر راجع به ... هزینه طفلی که در عهده شوهر و در حضانت زن باشد ... دادگاه‌ها می‌تواند به درخواست هر یک از طرفین دعوی را ارجاع به داوری نموده و...».

فرا تر از آن ایرانیان هرگز نهادهای سنتی و بومی خود را به‌طور کامل فرو نگذاشتند و در بسیاری از مناطق کمابیش به سنت‌های عدالت‌ترمیمی خود وفادار مانده‌اند اما پس از انقلاب اسلامی ایران به بار نشستن تلاش نسلی نو از متخصصان سیاست کیفری تقنینی و قضایی برای پذیرش رسمی نهادهای توافقی فصل خصومت و به ویژه ترویج و پشتیبانی آنها در قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) را می‌توان نقطه عطفی در این عرصه تلقی کرد.

بدین ترتیب، با به رسمیت شناختن ارجاع به میانجی‌گری در قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۴)، تصریح به امکان صلح و سازش در کلیه دعاوی خانوادگی و سایر دعاوی مدنی و جرائم قابل گذشت در قانون شوراهای حل اختلاف (۱۳۹۴) و نیز بهره‌گیری از رویه‌های ترمیمی در نهادهای انتظامی و قضایی شاهد افزایش کاربرد سازوکارهای عدالت‌ترمیمی هستیم.

البته نظام قضایی ایران حکایت از آن دارد که با وجود برگزار آزمون بدو خدمت دوره میانجی‌گری متاسفانه تاکنون مؤسسه میانجی‌گری در امور کیفری به‌طور رسمی تشکیل نشده است. جالب توجه است که در میانجی‌گری کیفری نقشی پویا و تاثیر گذار برای طرفین به ویژه بزه‌دیدگان در نظر گرفته شده است. در سال‌های اخیر، همزمان با افزایش آمار طلاق به شمار کودکان تحت حضانت نیز افزوده شده است؛ بدین ترتیب کودک به عنوان یکی از اعضای آسیب پذیر خانواده‌های طلاق به ویژه در سن حضانت باید مورد حمایت بیشتری قرار بگیرد.

این پژوهش با هدف تبیین استانداردها و اصول اجرای میانجی‌گری در امور کیفری در دعاوی حضانت اعم از دعاوی کیفری و مدنی با اقتباس از قطعنامه شورای اقتصادی و اجتماعی سازمان ملل، با روش «توصیفی تحلیلی» و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای به نگارش درآمده است؛ گرچه عدالت ترمیمی بیشتر ناظر بر دعاوی کیفری است، اما از آنجا که تفکیک دعاوی کیفری و مدنی در نهاد حضانت کار ساده‌ای نیست؛ تلاش بر این است که به صورت تلفیقی بیان شود. در این راستا، مساله تحقیق با استفاده از روش کیفی با تکنیک مصاحبه نیمه‌ساختاریافته با ده تن از قضات و وکلای دعاوی خانوادگی که دارای سابقه‌های طولانی در دستگاه قضا بودند با استفاده از روش نمونه‌گیری هدفمند مورد بررسی قرار گرفت. در نهایت با بررسی ده پرونده قضایی به صورت تصادفی و نظریه‌های مشورتی به تکمیل بحث پرداخته شد.

شایان ذکر است جرایم حوزه خانواده با رویکرد عدالت ترمیمی نیازمند اجرای سیاستی منعطف و افتراقی است؛ چراکه بسیاری از واکنش‌های کیفری دولتی در کنترل جرم فاقد اثر بخشی است. افزون بر این، افزایش شمار کودکان تحت حضانت همزمان با افزایش آمار طلاق و نتایج مثبت برنامه‌های عدالت ترمیمی در پیشگیری از تکرار جرم و بزه دیدگی کودکان، نگارندگان را بر آن داشت تا جهت حمایت از کودکان تحت حضانت به عنوان یکی از اعضای آسیب پذیر خانواده به تبیین اصول میانجی‌گری کیفری در دعاوی حضانت به عنوان یکی از ساز و کارهای ترمیمی حل و فصل اختلاف بپردازند.

شایان ذکر است حضانت در اصطلاح حقوقی به معنای پرورش اطفال هم از لحاظ مادی و هم از لحاظ معنوی و اخلاقی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۳، ص ۱۶۶۶-۱۶۶۷). در واقع اقتداری است که قانون به منظور نگاهداری و تربیت اطفال به پدر و مادر آنان اعطا کرده است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۱۳۹).

باتوجه به اینکه در قانون مدنی در ابتدای باب حضانت، مقرر گردیده: «در نگاهداری و تربیت اطفال» و از مواد مربوط و ماده ۱۲ آیین نامه اجرای قانون حمایت از خانواده، تعریفی بدین شرح به دست می‌آید: «حضانت عبارت است از نگهداری و تربیت طفل به طوری که سلامت جسمانی و روانی-اجتماعی وی باتوجه به نیازمندی‌های حال و آینده او و موقعیت والدین تأمین گردد».

قابل توجه است که در بند پ ماده ۱ آیین نامه میانجی‌گری کیفری (۱۳۹۴)، مطابق ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲)، میانجی‌گری کیفری شامل جرایم تعزیری درجه شش، هفت و

هشت که مجازات آنها قابل تعلیق است، می‌باشد. همچنین در صورت استرداد شکایت شاکی و گذشت وی تعقیب موقوف می‌شود. تبصره ماده ۸۲ نیز بازپرس را مجاز نموده از مقام قضایی یا دادستان تقاضای تعلیق تعقیب یا ارجاع به میانجی‌گری نماید؛ براین اساس، مقام قضایی در دعاوی حضانت می‌تواند برای حصول سازش بین والدین یا افراد ذی‌حق در موارد زیر آنان را به مؤسسه‌ای برای میانجی‌گری کیفری ارجاع دهد.

الف- در صورت عدم تمکین هر یک از والدین یا افراد ذی‌حق از اجرای حکم دادگاه یا ممانعت از آن یا امتناع از استرداد طفل بنابر ماده ۴۰ قانون حمایت از خانواده (۱۳۹۱)^۱
 ب- در صورت تشخیص عدم رعایت مصلحت طفل در توافقات و سایر امور مربوط بنابر ماده ۴۱ قانون حمایت از خانواده (۱۳۹۱)^۲

ج- در صورت تغییر محل اقامت مقرر بین طرفین یا محل اقامت قبل از وقوع طلاق به محل دیگر یا فرستادن طفل به خارج از کشور بدون رضایت ولی، مادر یا حاضن و بدون اجازه دادگاه بنابر ماده ۴۲ قانون حمایت از خانواده (۱۳۹۱)^۳

د- خودداری حاضن از انجام تکالیف مقرر بنابر ماده ۵۳، ۵۴ و ۴۱ قانون حمایت از خانواده (۱۳۹۱)^۴

۱. «هرکس از اجرای حکم دادگاه در مورد حضانت طفل استنکاف کند یا مانع اجرای آن شود ورزد، حسب تقاضای ذی‌نفع و به دستور دادگاه صادرکننده رأی نخستین تا زمان اجرای حکم بازداشت می‌شود».
 ۲. «هرگاه دادگاه تشخیص دهد توافقات راجع به ملاقات، حضانت، نگهداری و سایر امور مربوط به طفل برخلاف مصلحت او است یا در صورتی که مسؤول حضانت از انجام تکالیف مقرر خودداری کند و یا مانع ملاقات طفل تحت حضانت با اشخاص ذی‌حق شود، می‌تواند در خصوص اموری از قبیل واگذاری امر حضانت به دیگری یا تعیین شخص ناظر با پیش‌بینی حدود نظارت وی با رعایت مصلحت طفل تصمیم مقتضی اتخاذ کند» (ماده ۴۱).

۳. «صغیر و مجنون را نمی‌توان بدون رضایت ولی، قیم، مادر یا شخصی که حضانت و نگهداری آنان به او واگذار شده است از محل اقامت مقرر بین طرفین یا محل اقامت قبل از وقوع طلاق به محل دیگر یا خارج از کشور فرستاد، مگر اینکه دادگاه آن را به مصلحت صغیر و مجنون بداند و با در نظر گرفتن حق ملاقات اشخاص ذی‌حق این امر را اجازه دهد. دادگاه در صورت موافقت با خارج کردن صغیر و مجنون از کشور، بنابر درخواست ذی‌نفع، برای تضمین بازگرداندن صغیر و مجنون تأمین مناسبی اخذ می‌کند» (ماده ۴۲).

۴. همان؛ «هرگاه مسئول حضانت از انجام تکالیف مقرر خودداری کند، برای بار اول به پرداخت جزای نقدی درجه هشت [جزای نقدی تا ده میلیون ریال] و در صورت تکرار به حداکثر مجازات مذکور محکوم می‌شود» (ماده ۵۴)؛ «هرکس با داشتن استطاعت مالی، ... از تأدیه نفقه سایر اشخاص واجب‌النفقه امتناع کند به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود. تعقیب کیفری منوط به شکایت شاکی خصوصی است و در صورت گذشت

ه- خودداری حاضن از ملاقات فرزند با طرف مقابل بنابر ماده ۶۳۲ بخش تعزیرات (۱۳۷۵) قانون مجازات اسلامی^۱ یا با اشخاص ذی حق بنابر ماده ۴۱ قانون حمایت از خانواده (۱۳۹۱)^۲ تمام این مجازات‌ها طبق قانون^۳ و کنوانسیون حقوق کودک (Convention on the rights of the child) که کشور ایران نیز طبق «قانون اجازه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون حقوق کودک^۴» آنها را مشروط پذیرفته است، باید با رعایت مصالح کودک اتخاذ گردد

وی از شکایت در هر زمان تعقیب جزائی یا اجرای مجازات موقوف می‌شود. تبصره -... نفقه فرزندان ناشی از تلقیح مصنوعی یا کودکان تحت سرپرستی مشمول مقررات این ماده است» (ماده ۵۳).
۱. «اگر کسی از دادن طفلی که به او سپرده شده است در موقع مطالبه اشخاصی که قانوناً حق مطالبه دارند امتناع کند به مجازات از سه ماه تا شش ماه حبس یا به جزای نقدی از یک میلیون و پانصد هزار تا سه میلیون ریال محکوم خواهد شد»؛ البته به موجب ماده ۱۰۴ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹/۲/۲۳ ماده ۶۳۲ بخش تعزیرات قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۵ جزء جرایم قابل گذشت محسوب می‌شود و طبق تبصره ماده ۱۰۴ حداقل و حداکثر مجازات‌های حبس تعزیری درجه چهار تا درجه هشت مقرر در قانون برای جرائم قابل گذشت به نصف تقلیل می‌یابد.

۲. «هرگاه دادگاه تشخیص دهد توافقات راجع به ملاقات، حضانت، نگهداری و سایر امور مربوط به طفل برخلاف مصلحت او است یا در صورتی که مسؤول حضانت از انجام تکالیف مقرر خودداری کند و یا مانع ملاقات طفل تحت حضانت با اشخاص ذی حق شود، می‌تواند در خصوص اموری از قبیل واگذاری امر حضانت به دیگری یا تعیین شخص ناظر با پیش بینی حدود نظارت وی با رعایت مصلحت طفل تصمیم مقتضی اتخاذ کند» (ماده ۴۱).

۳. «هرگاه حمایت و رعایت مصلحت طفل یا نوجوان در معرض خطر و بزه‌دیده، مستلزم اتخاذ تصمیم در خصوص حضانت، ولایت، قیمومت، سرپرستی، ملاقات، عزل ولی قهری، سپردن به خانواده جایگزین یا مراکز بهزیستی و یا سایر نهادها و مؤسسات اجتماعی، تربیتی، درمانی یا بازپروری، نگهداری در مکانی مطمئن و امن و یا سپردن موقت به شخص مورد اطمینان دادگاه باشد، دادستان گزارشی در مورد وضعیت طفل و نوجوان و ادله ضرورت اتخاذ اقدامات مزبور تهیه و به دادگاه خانواده ارسال می‌کند» (ماده ۳۶ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹/۲/۲۳)؛ «مرجع قضائی می‌تواند با در نظر گرفتن غبطه و مصلحت طفل یا نوجوان، انجام اقداماتی از قبیل ارزیابی و تحقیقات مقدماتی درباره وضعیت جسمی، روحی و روانی وی یا والدین، اولیاء و یا سرپرستان قانونی او، وضع خانوادگی و محیط سکونت، اشتغال و تحصیل را به مددکاران اجتماعی بهزیستی محول کند» (ماده ۴۰ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان)؛ «رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان در کلیه تصمیمات دادگاه‌ها و مقامات اجرائی الزامی است» (ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱).

4. Convention on the rights of the child, general assembly (of the united nation), 1989.

۵. ماده واحده قانون اجازه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون حقوق کودک مصوب ۱۳۷۲/۱۲/۱ مقرر می‌دارد: «کنوانسیون حقوق کودک مشتمل بر یک مقدمه و ۵۴ ماده به شرح پیوست تصویب و اجازه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به آن داده می‌شود مشروط بر آنکه مفاد آن در هر مورد و هر زمان در تعارض با قوانین داخلی و موازین اسلامی باشد و یا قرار گیرد از طرف دولت جمهوری اسلامی ایران لازم‌الرعایه نباشد».

که به اقتضای آن لازم است قبل از اینکه والد مجرم و متخطی وارد فرایند عدالت کیفری شود، ساز و کارهای عدالت ترمیمی از جمله میانجی‌گری در مراحل اولیه کیفری پیش بینی شود؛ چراکه فرایند عدالت کیفری فرایندی مخاصمه آمیز است و معمولاً متهمان اتهامشان را انکار می‌کنند و بزه‌دیدگان گاهی ممکن است بزه‌دیدگی‌شان را بزرگنمایی کنند. افزون بر این، با ورود والد مجرم به فرایند عدالت کیفری از امکان صلح و سازش والدین به شدت کاسته می‌شود و حتی فراتر از آن، شان و جایگاه پدر و مادر نزد کودک خدشه دار خواهد شد و در نهایت میزان سازگاری آنها با والدینشان به شدت کاهش خواهد یافت. بر این بنیان، رسیدگی رسمی به دعاوی حضانت نه تنها مشکلی را حل نمی‌کند بلکه گاهی مشکلات را وخیم‌تر می‌نماید؛ از این رو به جای ابلاغ حقوقی و رسمی، لازم است حل‌خا‌ها و نارسایی‌های سیستم رسمی با رویکرد عدالت ترمیمی مورد توجه قرار گیرد.

براین اساس، ماده ۶ قطعنامه (۲۰۰۲) تأکید می‌کند که در هر یک از مراحل رسیدگی امکان احاله دعوی به میانجی‌گری وجود دارد؛ بنابراین بهترین ساز و کار این است که در مراحل اولیه پیش از طرح دعوا در نهادهای رسمی طرفین امکان صلح و سازش را بررسی کنند؛ اما حتی اگر در مرحله اجرای احکام باشند نیز می‌توانند با ارجاع به میانجی‌گر، صلح و سازش نمایند. میانجی‌گری کیفری خانواده با ارائه مکانیزم حل اختلاف بر خانواده‌هایی که اختلاف و تنش دارند متمرکز شده است. میانجی‌گری در حضانت اطفال بخشی از درخت خدمات مراقبت خانوادگی است که لازم است با هدف اتخاذ تدابیری با رویکرد حبس‌زدایی مبنی بر سیاست‌های کلی قضائی مصوب ۱۳۸۸/۹/۲ اصولی در آن جهت پاسداری از روابط اعضای خانواده و روابط والد فرزندی رعایت شود که در ادامه به تبیین آنها پرداخته می‌شود.

۱. چالش‌های رعایت اصل پذیرش مسئولیت

هدف اصلی «میانجی‌گری کیفری در نهاد خانواده»، ارتقای هوشیاری و مسئولیت‌پذیری والدین و تامین مصالح و امنیت کودکان است. ماده ۱۸ کنوانسیون حقوق کودک صریحاً اشعار می‌دارد که اساسی‌ترین مسئله کودکان حفظ منافع عالی‌ه کودک است. در این ماده آمده است: «کشورهای طرف کنوانسیون بیشترین تلاش خود را برای تضمین به رسمیت شناختن این اصل که پدر و مادر کودک مسئولیت‌های مشترکی در مورد رشد و پیشرفت کودک دارند، به عمل خواهند

آورد. والدین و یا قیم قانونی مسئولیت عمده را در مورد رشد و پیشرفت کودک به عهده دارند. اساسی‌ترین مسئله آنان (حفظ) منافع عالیة کودک است.»

پیش شرط شرکت در فرایندهای ترمیمی شناخت تکالیف و سپس پذیرش مسئولیت (Accept of responsibility) و تقصیر به جای انکار بزه ارتكابی است؛ بدین معنا که شخص اشتباه و تقصیر خود را در ارتكاب عمل بپذیرد^۱ و چنانچه فرد حاضر به پذیرش مسئولیت نباشد، ورود به فرایند ترمیمی به ویژه میانجی‌گری بی‌معناست؛ چراکه در عدالت ترمیمی بحث بر سر پذیرش گناه، تقصیر و در نهایت اظهار پشیمانی و ندامت و باز پذیر کردن دوباره بزه‌کار است. پس وجود این عنصر برای ترمیم ضروری است. البته این مهم در قطعنامه (۲۰۰۲) به صراحت پیش‌بینی نشده است، اما از ماده ۸ آنکه می‌گوید: «مشارکت مجرم نباید به عنوان دلیل پذیرش تقصیر در رسیدگی‌های قانونی بعدی محسوب گردد»، قابل استنتاج است.

اگر چه قانون‌گذار تعریف مشخصی از تقصیر در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به میان نیاورده ولی در تبصره ماده ۱۴۵ به ذکر مصادیق تقصیر پرداخته است و تصریح می‌نماید: «تقصیر اعم از بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی است. مسامحه، غفلت، عدم مهارت و عدم رعایت نظامات دولتی و مانند آن‌ها، حسب مورد، از مصادیق بی‌احتیاطی یا بی‌مبالاتی محسوب می‌شود».

با تتبع در متون حقوقی معلوم می‌شود که این واژه در حقوق جزا به دو معنی متفاوت به کار رفته است. گاه به معنی بی‌احتیاطی و غفلت که در نقطه مقابل قصد مجرمانه به کار می‌رود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۱۷۵). گاهی نیز علاوه بر قصد مجرمانه سایر اشکال ارتباط روانی فاعل با جرم نظیر بی‌احتیاطی، بی‌مبالاتی و غفلت را نیز در بر می‌گیرد (جهانبخش، ۱۳۹۴، ص ۲). لازم به ذکر است، جهت تحمیل مجازات بر مجرم در جرایم کیفری، لازم است عنصر مادی و عنصر روانی فعل به‌طور هم‌زمان وجود داشته باشد.

شایان توجه است مصادیق مذکور حصری نیستند بلکه تمثیلی هستند و در بحث مطمح نظر شامل جرم قصور در حفظ سلامت اخلاقی کودک تحت حضانت و... نیز می‌شوند.

حال سوالی که مطرح است این است که آیا والدی که اعتراف به قصور در حفظ سلامتی

1. Accept responsibility/blame for something: to admit that you were responsible for something bad that happened (www.ldoceonline.com).

اخلاقی کودک تحت حضانت خود داشته، صلاحیت حضانت از وی را دارد یا خیر؟

باید توجه داشت طبق ماده ۸ قطعنامه (۲۰۰۲)، «مشارکت مجرم [در فرایند میانجی‌گری] نباید به عنوان دلیل پذیرش تقصیر در رسیدگی‌های قانونی بعدی وی محسوب گردد». اما گاهی برخی از تقصیرهای ارتكابی بزه‌کار غیر قابل اغماض و گذشت است؛ به نحوی که سکوت در برابر آن منجر به آسیب به مصالح عالی‌ه کودک می‌شود؛ براین اساس جهت سلب صلاحیت حضانت باید به میزان آسیب توجه نمود. به فرمایش یکی از قضات دعاوی خانوادگی با وجود اینکه متوجه می‌شویم والد حاضن صلاحیت اخلاقی فرزندپروری ندارد و می‌توانیم از او سلب حضانت نماییم، اما با بررسی‌های دقیق‌تر متوجه می‌شویم مصلحت طفل اقتضا می‌کند این والد بهترین گزینه برای مراقبت از فرزندش است؛ پس گاهی دفع افسد به فاسد لازم می‌آید؛ به عنوان نمونه طبق رای شعبه ۲۸۱ دادگاه عمومی خانواده، حتی احراز رابطه نامشروع مادر نمی‌تواند مثبت عدم صلاحیت اخلاقی زوجه و اشتهار او به فساد اخلاقی و سلب حضانت دختر ۵ ساله اش باشد.

اما گاهی این قصور از نوع جرائم منافی عفت است و به حدی که طفل آسیب می‌زند که باید بدون تأخیر از چنین والدی سلب حضانت صورت گیرد؛ مثلاً اعتراف به تجاوز و شکنجه‌های جنسی نسبت به فرزند دلیلی بر پذیرش تقصیر است که در رسیدگی‌های قانونی بعدی وی باید مطمح نظر قرار گیرد.

البته حقوق کیفری و فقه امامیه در مواقعی با شرایط خاص، برای جلوگیری از ارتكاب بعضی رفتارهای خطرناک و حمایت از منافع عمومی، «مسئولیت مطلق کیفری یا مسئولیت کیفری بدون تقصیر» را نیز پذیرفته‌اند (جانی‌پور و عباسی، ۱۳۹۲، ص ۲۳) که به دلیل پرهیز از اطاله کلام به همین مختصر اکتفا می‌شود.

افزون بر این، بند ت ماده ۲۴ دستورالعمل «نحوه مشارکت و تعامل نهادهای مردمی با قوه قضاییه» مصوب ۱۳۹۸/۱۲/۶ مقرر می‌دارد:

«در اجرای ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری و ماده ۵ آیین نامه میانجی‌گری در امور کیفری، مقام قضایی در صورت توافق طرفین، پرونده را به یکی از نهادهای مردمی همکار و مورد توافق به منظور ارائه خدمات زیر ارجاع دهد: «... ت - ترغیب مقصر به پذیرش مسئولیت عمل ارتكابی و جبران خسارت‌های وارده».

لازم به ذکر است میانجی‌گری کیفری فرایند مناسبی برای کشف حقیقت، کشف جرم،

جمع‌آوری ادله نیست برای اینکه اساساً افرادی که نقش میانجی‌گری را به عهده دارند، تخصصی در این زمینه ندارند؛ چراکه این افراد آموزش‌های لازم را در این راستا نگذرانده‌اند. افزون بر این، در فرایندهای ترمیمی قرار نیست رسیدگی به جرم انجام شود، قرار نیست کسی به جرم خود اقرار کند، بلکه متهم صرف نظر از اینکه عنوان دقیق مجرمانه آن فعلش چیست، مسئولیت عمل ارتكابی‌اش را می‌پذیرد.

بنابراین آغاز فرآیند ترمیمی زمانی امکان‌پذیر است که یا دلایل کافی برای انتساب جرم به فرد وجود داشته باشد یا فرد حاضر باشد تقصیر خودش را در ارتكاب عمل یا حادثه‌ای که اتفاق افتاده بپذیرد؛ بنابراین پذیرش تقصیر و مسئولیت‌پذیری بزه‌کار یکی از ارکان اصلی عدالت ترمیمی است؛ زیرا اگر کسی حاضر نباشد که تقصیر خود را در ارتكاب عمل بپذیرد، طبیعتاً بزه‌دیده هیچ علاقه و انگیزه‌ای برای گفت‌وگو و رضایت نخواهد داشت.

۲. دشواری‌های ناظر بر اعمال رضایت طرفین در پرتو رعایت مصالح عالی‌ه طفل

«رضایت بزه‌دیده و بزه‌کار» (consent of the victim and the offender) در این مبحث در دو جا نمود پیدا می‌کند: نخست؛ تراضی در ورود به فرآیند میانجی‌گری و در خروج از آن، دوم؛ تراضی نسبت به مفاد مذاکرات. در اینجا منظور از طرفین شرکت‌کننده، والدین کودک به ویژه والد بزه‌دیده است؛ چراکه اساس صلح و سازش، جلب رضایت بزه‌دیده است و به این منظور پرداخت خسارت ضروری نیست، بلکه ممکن است یک عذرخواهی ساده، به صلح و سازش منجر شود. به عنوان مثال؛ در پرونده‌ای یکی از وکلا خاطر نشان کرد: «والد غیر حاضن از استرداد طفل امتناع می‌نمود و به عنوان بزه‌کار تلقی می‌شد، والد علت این عملش را علقه عاطفی قوی بین وی و فرزندش بدون سوء نیت بیان نمود که در نهایت با عذرخواهی به صلح و سازش منتهی شد».

مبنی بر بند الف ماده ۲۴ دستورالعمل «نحوه مشارکت و تعامل نهادهای مردمی با قوه قضائیه» مصوب ۱۳۹۸/۱۲/۶ مقام قضایی در صورت توافق طرفین، می‌تواند پرونده را به یکی از نهادهای مردمی همکار و مورد توافق به منظور «جلب رضایت طرفین دعوی برای ورود به فرآیند میانجی‌گری و حصول توافق؛» ارجاع دهد.

بدین ترتیب مشارکت اختیاری و آگاهانه طرفین شرکت کننده یکی از اصول مهم در میانجی‌گری کیفری است و هیچ یک از طرفین دعوا نباید برای ورود و خروج از میانجی‌گری کیفری در معرض اجبار، ارباب، تهدید یا تضمین قرار گیرند؛ چراکه فرایندهای ترمیمی مبتنی بر گفت‌وگو و پذیرش مسئولیت است.

ماده ۷ قطعنامه (۲۰۰۲) مقرر می‌دارد: «فرایندهای ترمیمی فقط در مواردی که دلیل کافی بر مشارکت مجرم و رضایت آزادانه و داوطلبانه بزه‌دیده و مجرم وجود دارد باید مورد استفاده قرار گیرد؛ بزه‌دیده و بزه‌کار باید بتوانند در هر زمان از فرایند رضایت خود را پس بگیرند».

پس، در صورت عدم حصول رضایت طرفین در فرایندهای ترمیمی و غیررسمی، رسیدگی باید بدون تأخیر در فرایندهای رسمی آغاز گردد و طرفین رسیدگی به پرونده خود را از مسیر عدالت کیفری دنبال کنند. البته در فرایندهای ترمیمی، نباید بزه‌دیدگان را از توسل به رسیدگی‌های رسمی و شرکت در فرایندهای عدالت کیفری منصرف نمود؛ به عبارت دیگر به هیچ وجه نباید ضعف‌های نظام عدالت کیفری را مجوزی برای اجرای عدالت ترمیمی قرار داد. همانطور که در بند جمادّه ۱۳ قطعنامه (۲۰۰۲) این مهم چنین تأکید شده است: «نه بزه‌دیده و نه مجرم، نباید تحت اجبار قرار گیرد یا از طریق ابزار غیر عادلانه اغوا شود تا در فرایند ترمیمی شرکت کرده یا بازده‌های ترمیمی را بپذیرد».

بند ب ماده ۱۳ قطعنامه (۲۰۰۲) بر مشارکت داوطلبانه طرفین، مبتنی بر آگاهی به عنوان یکی از نمادهای بارز تمام برنامه‌های عدالت ترمیمی تأکید نموده و بیان می‌دارد: «قبل از اعلام موافقت در زمینه مشارکت در فرایند ترمیمی، طرفین باید بطور کامل از حقوق خود، محتوای فرایند و عواقب احتمالی تصمیمات خودشان مطلع گردند».

البته با توجه به نظر مصاحبه‌شوندگان «حضور وکلا در فرایندهای عدالت ترمیمی به ویژه در دعاوی حضانت باعث حضور آگاهانه موکلینشان در فرایند میانجی‌گری کیفری می‌شود». افزون بر این، «استفاده از میانجی‌گر آموزش دیده می‌تواند بر کاهش آثار منفی فرایند میانجی‌گری مؤثر باشد؛ چراکه پیش برنده فرایندهای میانجی‌گری شخص ثالث است. وی باید بتواند خشم طرفین را کاهش دهد و آنها را دعوت به سازش نماید» (ملاپوری و فرجیها، ۱۳۹۷، ص ۱۴۹). یکی از قضات محترم با سابقه ۲۹ ساله در مجتمع‌های قضایی در این راستا اذعان داشتند: «با اصل نهادهای میانجی‌گری موافق هستند؛ البته در صورتی که به روز شورای حل اختلاف کنونی مبتلا نشود و

خودش در طول یا عرض دادگستری قرار نگیرد؛ دوم اینکه کسانی که این امر را متقبل می‌شوند حتماً می‌بایست از محضر اساتید متخصص در این امر استفاده کرده و آموزش‌های لازم را دیده باشند در غیر اینصورت شدیداً با تاسیس چنین نهادی مخالف هستم».

به این ترتیب، بر میانجی‌گر لازم است در دعوی مربوط به حضانت که یکی از والدین ممکن است بزه‌کار و دیگری بزه‌دیده باشد تمام سعی و تلاش خود را جهت تحصیل رضایت آن دو جهت ورود به میانجی‌گری کیفری به کار گیرد و از هیچ کوششی دریغ نکند تا بتواند والدین کودک را با بیان مزایای میانجی‌گری متقاعد کند که تنازع موجود را با مصالحه خاتمه دهند و در اقدامات ترمیمی مشارکت نمایند. در این مرحله نقش افراد میانجی‌گر تهیه مقدمات و آماده سازی برای مصالحه و سازش می‌باشد.

بنابراین برای شروع فرایند میانجی‌گری آن دو باید به صراحت رضایت خود را به شروع مشارکت اعلام کنند؛ چراکه این اعلام رضایت، تضمین‌کننده مشارکت فعال آنهاست و این مشارکت باید در طول تمام مراحل مختلف وجود داشته باشد. چراکه مشارکت‌پذیری اعضای خانواده برای التیام جراحات وارد بر خانواده، باتوجه به شرایط عصر حاضر، یک ضرورت اجتماعی است؛ از منظر جامعه‌شناسان یکی از حوزه‌های مشارکت مراقبت از کودکان است (کوئن، ۱۳۷۲، ص ۱۷۹-۱۸۱) که در مقاله حاضر در نهاد حضانت متبلور می‌گردد.

بدین ترتیب به مؤسسه‌های میانجی‌گری کیفری توصیه می‌شود حتماً در فرایند میانجی‌گری از مشارکت والدین و خویشاوندان آنها نیز بهره‌مند شوند. همانطور که در بخش نخست ماده ۸ قطعنامه (۲۰۰۲) نیز آمده است: «بزه‌دیده و مجرم بر حسب قاعده در خصوص وقایع اساسی پرونده که مبنای مشارکت آنها در فرایند ترمیمی است باید رضایت داشته باشند».

البته شایان توجه است در بسیاری از پرونده‌های حضانت، ممکن است اولیای کودک به رضایت درونی و واقعی نرسند و در اقدامی در خور تقدیر بنابر ملاحظات مختلف، از جمله رعایت مصلحت و غبطه فرزند خود یا حفظ کرامت کودک، میانجی‌گری کیفری را برگزینند.

همانطور که در ابتدای بحث بیان شد «توافق طرفین» (Agreement of parties) اعم از بزه‌دیده و بزه‌کار نسبت به مفاد مذاکرات نیز در فرایند میانجی‌گری لازم است. توافق در لغت یعنی، هم پشت شدن، با هم یکی شدن، یگانگی در رای، سازگاری و التیام (دهخدا، ۱۳۴۰، ص ۶۷۵). شایان توجه است در اثر توافق دو یا چند اراده به وجود می‌آید و هر توافقی تعهدی را در

پی دارد.

ماده ۷ قطعنامه (۲۰۰۲) مقرر می‌دارد: «توافق نامه‌ها [در فرایندهای ترمیمی و غیررسمی] باید به صورت داوطلبانه منعقد شوند...». بدین ترتیب، در صورت عدم حصول توافق و مانع تراشی یکی از طرفین دعوا، رسیدگی باید بدون تأخیر در فرایندهای رسمی آغاز گردد.

بنابراین باید به طرفین دعوا به ویژه بزه‌دیده اطمینان داده شود که ورود به فرایندهای ترمیمی در صورت عدم حصول توافق، مانع حق طرح شکایت نخواهد شد. در ماده ۱۱ نیز تصریح نموده است: «در مواردی که فرایندهای ترمیمی مناسب یا ممکن نیستند، پرونده باید به مقامات عدالت کیفری ارجاع گردد و با لحاظ چگونگی موضوع باید بدون تأخیر تصمیم گرفته شود. در این پرونده‌ها، مامورین عدالت کیفری، باید مساعی خود را به منظور تشویق مجرم به پذیرش مسئولیت در قبال بزه‌دیده و جوامع متأثر از جرم، صرف کرده و سازگاری مجدد بزه‌دیده و مجرم با جامعه را مورد حمایت قرار دهند».

۱۷۷

براین اساس، طرفین دعوا هر زمان که به سیستم رسمی مراجعه کنند دستگاه قضایی، دادسرا و پلیس وظیفه دارند بدون درنگ به پرونده شان رسیدگی کنند و این مهم صریحاً در ماده ۱۷ قطعنامه (۲۰۰۲) نیز آمده است: «عدم موفقیت در اجرای توافقات به عمل آمده در طی فرایند ترمیمی سبب اعاده مجدد موضوع به برنامه ترمیمی یا در مواردی که قانون ملی لازم می‌داند به فرایند جاری عدالت کیفری است و تصمیم در این خصوص باید بدون تأخیر گرفته شود».

در میانجی‌گری کیفری در دعاوی مربوط به حضانت طفل، توافقات صورت گرفته والدین باید بر اساس حفظ مصالح عالی‌ه فرزندان باشد. قبل از ورود به میانجی‌گری آنها می‌توانند بر طبق حاکمیت اراده توافق نامه‌ای همراه با ضمانت اجرای حقوقی مبنی بر موارد زیر را مصوب کنند:

- طرفین توافق می‌کنند با حسن نیت تلاش کنند تا اختلافات مربوط به حضانت را با میانجی‌گری حل و فصل کنند.

- طرفین موافقت می‌کنند که ملزم به پیروی از تعهدات توافق شده هستند.

در نهایت، با الهام از ماده ۸۱ قانون آیین دادرسی کیفری، توافقات می‌تواند متهم که والد خاطی است را حسب مورد، مکلف به اجرای برخی از دستورهای زیر با ذکر جزئیات خاص راجع به تاریخ، زمان و شرایط دقیق نماید:

الف - ارائه خدمات به بزه‌دیده در جهت رفع یا کاهش آثار زیان‌بار مادی یا معنوی ناشی از

جرم با رضایت بزه دیده

ب- ترک اعتیاد از طریق مراجعه به پزشک، درمانگاه، بیمارستان و یا به هر طریق دیگر، حداکثر ظرف شش ماه

پ- خودداری از اشتغال به کار یا حرفه معین که خلاف مصلحت کودک است از جمله: زباله گردی

ت- خودداری از رفت و آمد به محل یا مکان معین که خلاف مصلحت کودک است از جمله: پارٹی‌های مختلط شبانه

ث- انجام دادن کار در ایام یا ساعات معین در مؤسسات عمومی یا عام‌المنفعه با تعیین دادستان، حداکثر به مدت یک سال

ج- شرکت در کلاس‌ها یا جلسات آموزشی، فرهنگی و حرفه‌ای در ایام و ساعات معین، حداکثر به مدت یک سال

چ- ممنوعیت خروج از کشور و تحویل دادن گذرنامه با اعلام مراتب به مراجع مربوط، حداکثر به مدت شش ماه

بر اساس تعهدات صورت گرفته در خلال میانجی‌گری، باید توافقات و تعهدات معقول، متناسب (مادّه ۷ قطعنامه ۲۰۰۲) و مبتنی بر ضوابط شرعی و بر اساس رعایت مصلحت طفل باشند؛ در غیر اینصورت، میانجی‌گری انتظام نخواهد یافت و به هدف غایی خود که صلح و سازش است نخواهد رسید.

به عنوان مثال؛ طبق نظریه مشورتی ۷/۳۹۴۵ مورخ ۱۳۷۵/۷/۱۶ اداره کل حقوقی قوه قضائیه، محول نمودن حضانت طفل به اشخاصی غیر از والدین طفل مقدور نیست؛ اما در صورت توافق می‌توان حق حضانت را به یکی از والدین بر اساس رعایت مصالح طفل واگذار نمود. بدین ترتیب طبق نظریه مشورتی شماره ۷/۸۳۰۹ مورخ ۱۳۸۵/۱۱/۲ اداره کل حقوقی قوه قضائیه، در صورت توافق پدر و مادر، محول نمودن حق حضانت فرزند کمتر از ۷ سال به پدر و یا فرزند بالای ۷ سال به مادر بلا اشکال است.

با نظر به موارد بالا، تنظیم قراردادی با حضور میانجی‌گر در نهاد حضانت مبتنی بر مصالح طفل اولین گام در راه ایجاد رابطه‌ای مطلوب بین والدین و فرزندان است؛ چراکه در دعاوی نظیر حضانت طرف‌ها باید همچنان به تعامل خود پس از حل اختلاف نیز ادامه دهند؛ چراکه درست

است که رابطه زن و شوهری با طلاق از بین می‌رود اما سمت پدری و مادری همچنان باقیست؛ بنابراین میانجی‌گری از این جهت که مانع شدت یافتن تصاعدی اختلاف‌ها و سوء نیت هاست مزیتی کلیدی محسوب می‌شود و حتی فراتر از آن به تقویت روابط طرفین می‌انجامد.

به نظر یکی از قضات باتجربه، مجازات‌های کیفری از جمله بازداشت نه تنها آثار بدی بر روابط والدین می‌گذارد بلکه بر فرزندانشان نیز آثار سوئی دارد. از جمله زندانی شدن یک والد به خاطر شکایت والد دیگر، منجر به نفرت کودک از والد شاکی و هم از پلیس می‌شود؛ براین اساس، توافقات حاصل شده که ناشی از مذاکرات به عمل آمده در خارج از دادگاه می‌باشد به مراتب برای طرفین بهینه‌تر است؛ چراکه شاید از لحاظ زمانی و هزینه‌ها نتیجه برد برد را برای طرفین نداشته باشد اما به هر حال مصالحه را به ارمغان خواهد آورد.

افزون بر این، حل و فصل جرائم خرد مانند ضرب و شتم و مشکلات خانوادگی در نهاد حضانت از طریق میانجی‌گری، مصالحه و ترمیم خسارت، به عنوان ابزارهای مؤثر برای از بین بردن و کاهش اختلافات به شمار می‌رود. در این روش، هزینه‌های دادرسی سنتی برای دستگاه‌های رسیدگی‌کننده کاهش می‌یابد. بزه‌کاران را از طریق مشارکت، مسئول‌تر ساخته و با مشارکت دادن آنها در تصمیم، پایبندی به اجرای تصمیمات و توافقات را ممکن می‌سازد و ارتباطات نیز از سر گرفته می‌شود و جامعه محلی زمینه بازگشت و بازاجتماعی شدن افراد را فراهم می‌کند (پاراحمدی، ۱۳۹۳، ص ۱۴۱).

در میانجی‌گری کیفری لازم است توافقات طرفین جهت جبران خسارات وارده به تناسب شخصیت و ملاحظات فردی بزه‌کار و بزه‌دیده و متناسب با میزان آسیب‌های وارده اتخاذ گردد. یکی از ملاحظات بسیار مهم در این رابطه پایگاه اجتماعی خانواده و وضعیت خانوادگی طفل است. به عبارت دیگر، کودکان خانواده‌های فروپاشیده به دلیل مسائل حاد از جمله اعتیاد و یا اختلالات روانی والدین در شرایط بی‌ثباتی هستند و به عنوان گروه‌های در معرض خطر قلمداد می‌گردند که لازم است طبق قانون^۱ از تعهداتی متناسب با غبطه کودک بهره‌مند گردند.

بنابراین قطعاً از مسائل مورد توجه در نهاد حضانت ادامه روابط در آینده و رویارویی مجدد بزه‌دیده و بزه‌کار است؛ چه بسا در این مسائل خانوادگی تنها با ترمیم روابط است که آرامش

۱. ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱: «رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان در کلیه تصمیمات دادگاه‌ها و مقامات اجرائی الزامی است».

خاطر طرفین و اعتمادشان به یکدیگر جلب خواهد شد. این امر باعث خواهد شد که نیازهای روحی-روانی بزه‌دیده و بزه‌کار نیز مورد توجه قرار گیرد و طرفین توافقاتی منطقی همراه با احترام و متناسب با مصالح عالیه فرزندشان را داشته باشند.

در بند ۱ از ماده ۳ کنوانسیون حقوق کودک مصوب ۱۹۸۹ در نظر گرفتن منافع کودک از مهم‌ترین ملاحظات قلمداد می‌شود؛ بنابراین میانجی‌گران در هنگام تعهدات طرفین باید ملاحظه نمایند که چه توافق‌هایی بیشتر منافع فرزندانشان را تضمین می‌کند.

بدین ترتیب، در ارجاع پرونده‌ها به فرایندهای ترمیمی تشخیص محل میانجی‌گری، تعیین حضور افراد واجد صلاحیت در میانجی‌گری، چگونگی اداره میانجی‌گری حائز اهمیت است؛ بر این بنیان، «استفاده از میانجی‌گر آموزش دیده می‌تواند بر کاهش آثار منفی فرایند میانجی‌گری مؤثر باشد؛ چراکه پیش برنده فرایندهای میانجی‌گری شخص ثالث است. وی باید بتواند خشم طرفین را کاهش دهد و آنها را دعوت به سازش نماید» (ملاپوروی و فرجه‌ها، ۱۳۹۷، ص ۱۴۹). برخی از قضات محترم در این راستا اذعان داشتند: «با اصل نهادهای میانجی‌گری موافق هستند؛ البته در صورتی که به روز شورای حل اختلاف کنونی مبتلا نشود و خودش در طول یا عرض دادگستری قرار نگیرد؛ دوم اینکه کسانی که این امر را متقبل می‌شوند حتماً می‌بایست از محضر اساتید متخصص در این امر استفاده کرده و آموزش‌های لازم را دیده باشند در غیر اینصورت شدیداً با تاسیس چنین نهادی مخالف هستم».

۳. نظارت قضایی (و شبه قضایی) بر توافقات ترمیمی

مسئله توافقات ترمیمی نیاز به ضمانت اجرای حقوقی و کیفری نیز دارند. آنچنان‌که در آیات (مانده: ۱) و روایات متعددی (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۲، ص ۳۵۳ و ج ۱۵، ص ۴۹) صراحتاً بیان شده است؛ بنابراین با مکتوب کردن موارد مورد توافق دو طرف، این توافق از جنبه انتزاعی خارج می‌شود و به راحتی قابل اثبات و اجرا می‌شود و حتی امکان الزام نسبت به مفاد آن وجود دارد. چراکه وجود این توافق نامه امکان الزام افراد به مفاد تعهدات مورد توافقشان را بسیار راحت می‌کند، گرچه اصل آزادی قراردادهای طبق ماده ۱۰ قانون مدنی^۱، توافقات شفاهی را نیز معتبر و قابل اجرا دانسته است؛

۱. ماده ۱۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: قراردادهای خصوصی نسبت به اشخاصی که آنها را منعقد کرده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.

براین اساس، این توافقات نسبت به طرفین و مقامات دستگاه عدالت کیفری معتبر خواهد بود. مشروط بر اینکه در این توافقات شرایط عمومی و اختصاصی میانجی‌گری رعایت شده باشد. بر این بنیان، «اعتبار توافقات» (Validity of agreements) که خود ناشی از اصل استقلال فرایند میانجی‌گری می‌باشد، مستلزم نتایجی می‌باشد. یکی از نتایج و آثار این اصل این می‌باشد که تعهدات ناشی از توافقات میانجی‌گری به درخواست هر یک از طرفین قابل اجرا می‌باشد و جز به رضایت طرفین و یا حدوث سایر عوامل ساقط‌کننده تعهدات متوقف نمی‌شود. از آثار مهم دیگر این اصل این می‌باشد که اجرای توافقات میانجی‌گری از سوی مقامات صالح تضمین می‌شود و ضمانت اجرای نقض بدون دلیل توافقات از سوی بزه‌کار، منجر به برگشت پرونده به روند عادی دادرسی کیفری است. البته همراه با تضمین جبران خسارات احتمالی ناشی از نقض تعهد می‌باشد. یکی دیگر از آثار اصل اعتبار توافقات این است که مقامات دادرسی کیفری این توافقات را در مواردی می‌توانند به جای مجازات به مورد اجرا گذاشته و تنها به همین توافقات بسنده نمایند و یا در اجرای مجازات و یا محکومیت متهم به نتایج این توافقات و اجرای آنها توجه نموده و آنرا موجبی برای اعطای تخفیفات قانونی و یا اعمال نهادهایی همچون تعلیق تعقیب و یا مجازات و یا اعطای عفو و یا آزادی مشروط تلقی نمایند. از آثار دیگر اصل اعتبار توافقات این است که در صورتی که پرونده‌های کیفری با لحاظ توافقات طرفین مختومه گردد این مختومه شدن بایستی بدون هیچ قید و شرطی از همه لحاظ اعتبار امر مختومه کیفری را دارا باشد (عباسی، ۱۳۸۲، ص ۹۰-۹۱).

در این زمینه ماده ۱۵ قطعنامه (۲۰۰۲) مقرر می‌دارد که: «نتایج توافقات خارج از برنامه عدالت ترمیمی، چنانچه مناسب باشد باید از نظر قضایی نظارت گردیده یا در تصمیمات یا آراء قضایی درج گردد. چنانچه این مسئله حادث گردد، ما حاصل موضوع، دارای اعتبار مشابه تصمیمات یا آراء قضایی است و مانع تعقیب مجدد در خصوص همین وقایع است.» بنابراین توافق دو طرف دعوی حضانت در فرایند ترمیمی، حتما باید به پوشه تصمیمات قضایی متصل شود؛ چراکه مشمول «قاعده اعتبار امر مختومه» می‌شود و الزام آور است؛ از این رو یک واحد قضایی مانند اجرای احکام باید بر انجام تعهدات مقصر نظارت داشته باشد. نظارت قضایی در اجرای فرایندهای ترمیمی، ابهام و نگرانی ناشی از احتمال بده بستان‌های غیررسمی میان اشخاص را از بین خواهد برد؛ بنابراین کلیه توافقات ترمیمی باید به تایید مقام قضایی برسد.

براین اساس، گزارش اصلاحی که بر اساس توافق مشروط توسط میانجی‌گر بین طرفین تنظیم شده و به امضای دو طرف و تایید مقام قضائی می‌رسد باید دارای بار حقوقی باشد و عدم اجرای تعهد توسط هر یک از طرفین باید آثار حقوقی به‌دنبال داشته باشد.

به عنوان مثال؛ اگر تفویض امر حضانت اطفال بر حسب توافق زوجین به دیگری واگذار شده باشد، الزام به اجرای تعهد موضوع توافق با رعایت مواد ۱۰ و ۳۳۶ قانون مدنی حسب مورد ضرورت خواهد داشت؛ براین اساس، طبق نظریه مشورتی شماره ۲۷۹۵.۷ مورخ ۱۳۷۱/۴/۷ اداره کل حقوقی قوه قضائیه، با توجه به اینکه زوج ضمن سند رسمی طلاق متقبل حضانت و نگهداری فرزند مشترک با هزینه شخصی خود شده است نمی‌تواند به موجب دادخواست بعدی از خود سلب تکلیف نماید. پس چنین درخواستی قابلیت پذیرش ندارد.

یکی از قضات دادگستری درباره ضمانت اجرای التزام به مفاد توافقات معتقد بود: «از آنجاکه حضانت هم حق و هم تکلیف است، طرفین مذاکره می‌توانند قرار بگذارند اگر یکی از طرفین به تکالیف خود در نهاد حضانت عمل نکند، الزامات مدنی ایجاد کنند؛ مثلاً اگر تکلیفش را انجام نداد ملکش توقیف شود. چراکه مجازات حبس گرچه تبعاتی دارد؛ اما برخی از اشخاص به خصوص افرادی که یک بار زندان رفته باشند، حاضرند این تنبیه را تحمل کنند اما به تکالیف خود عمل نکنند. پس به جای مجازات لازم است الزامات حقوقی بگذارند».

میانجی‌گر موفق میانجی‌گری است که طرفین به خصوص بزه‌دیده را حتی اگر درصدد انتقام گرفتن و تلافی است به سمت جلب توافق و ترمیم روابط حتی با سازوکارهای حقوقی سوق دهد. یکی از قضات محترم با سابقه‌ای ۱۵ ساله بیان داشت: «گاهی مشاهده شده که برخی از پدران و مادران برای رسیدن به اهداف خود به ناحق طفل را وجه المصالحه و بازیچه کینه‌توزی‌های خود قرار می‌دهند و به توافق نمی‌رسند؛ بنده به تشخیص خود برای تادیب والدین، آن طفل معصوم را به بهزیستی می‌فرستم و بعد از چند روز با التماس و عذرخواهی به‌دنبال برگرداندن طفل خود هستند».

شایان ذکر است متأسفانه ضمانت اجرای عدم التزام به توافقات در آیین نامه میانجی‌گری در امور کیفری مصوب ۱۳۹۵، نامعلوم و مسکوت مانده و موجبات اشکالات اجرایی آتی را فراهم ساخته است.

۴. تأکید بر رعایت اصل محرمانگی

در فرایند میانجی‌گری که مستلزم مشارکت افرادی معتمد است حریم خصوصی افراد با هدف رعایت اصل محرمانگی (Confidentiality) باید حفظ شود. حریم خصوصی خانواده، می‌تواند با تکیه بر قاعده لاضرر مورد حمایت قرار گیرد و ضررهای ناشی از نقض حریم خصوصی نیز مورد لحوق حکم قرار گیرد (قنوتی و دیگران، ۱۳۹۳، ص ۱۲۵). بدین ترتیب، اگر در مواردی که حفظ حریم خصوصی خانواده مجرای اضرار یکی از اعضا به دیگری شود، می‌توان با میانجی‌گری کیفری البته با حفظ خصوصی بودن این فرایند به دفع ضرر یا جبران خسارت از زیان‌دیده پرداخت. خصوصی بودن به معنی عدم امکان ورود شخص خارجی به فرآیند میانجی‌گری است منظور از شخص خارجی کسی است که حضورش ضرورتی ندارد؛ مگر اینکه طرفین صریحاً بر حضور او توافق کرده باشند. البته لازم به ذکر است شهود و وکلا شخص خارجی تلقی نمی‌شوند.

۱۸۳

حقوق اسلامی / رویکرد عدالت‌ترمیمی به دعاوی کیفری و مدنی ناظر بر حضانت در پرونده‌های میانجی‌گری

با پذیرش اصل خصوصی بودن فرایند میانجی‌گری اصل تعهد ضمنی محرمانه بودن میانجی‌گری نیز استنتاج می‌شود. چراکه یکی از حقوق اساسی بزه‌دیدگان حفظ آبرو و عدم افشای هویت و اسرار آن‌هاست؛ به ویژه این مسئله در حریم خانواده نمود بیشتری می‌یابد. بدین ترتیب، تمام بحث‌های مطرح شده در فرایند میانجی‌گری محرمانه است و اگر بعداً دادرسی انجام شود، نمی‌توان از آنها استفاده کرد (Haynes & others, 1997, p.116)؛ چراکه «محرمانگی در قلب فرایند میانجی‌گری قرار دارد و افراد را به میانجی‌گری تشویق می‌کند تا آزادانه و شفاف صحبت کنند؛ زیرا طرف‌های اختلاف نباید هیچ‌واهمه و ترسی از بیان اظهارات خود داشته باشند. مطالعات تجربی^۱ نشان می‌دهد که محرمانه بودن فرآیند میانجی‌گری توسط استفاده‌کنندگان آن ارزشمند است؛ بنابراین محرمانه بودن به عنوان اصلی کلیدی در میانجی‌گری یا حتی قسمتی اساسی از تعریف آن در نظر گرفته می‌شود (Morek, 2013, p.422)».

از چشم‌اندازی دیگر برخی جرایم برای رسانه‌ها جذابیت دارد، بدین ترتیب، لازم است تدابیری اتخاذ گردد تا اظهارات بزه‌دیده و حریم خصوصی آنها محرمانه بماند و دسترسی رسانه‌ها

1. See e. g. the survey results in the report "Mediation: Through the Eyes of New York Litigators. Report of the Mediation Committee of the New York State Bar Association Dispute Resolution Section and The Alternative Dispute Resolution Committee of the New York City Bar Association" (2011), www.nysba.org.

به پرونده‌ها در فرایند میانجی‌گری به راحتی ممکن نباشد.

ماده ۱۴ قطعنامه سازمان ملل تأکید می‌کند: «مذاکرات فرایند ترمیمی نباید بصورت علنی بلکه باید بصورت محرمانه صورت گرفته و نباید متعاقباً اعلام شود مگر بر اساس رضایت طرفین یا مواقعی که حسب قوانین ملی اعلام آن لازم است».

مبنی بر این ماده نه تنها مذاکرات میانجی‌گری در مقابل افراد عادی جامعه باید محرمانه بماند بلکه همانگونه که بیان شد مطابق اصل مزبور حتی مقامات دستگاه عدالت کیفری هم حق ورود به مذاکرات میانجی‌گری و کسب اطلاع از آن را ندارند. در این راستا شورای اروپا در مورد میانجی‌گری کیفری^۱ در پارگراف ۳۲ بیان می‌کند: «پس از پایان روند میانجی‌گری، میانجی‌گر باید در مورد مراحل رویه‌ای انجام شده در حین میانجی‌گری و نتیجه آن به مقامات قضایی کیفری گزارش دهد. در این گزارش تنها بایستی دلایل عدم توافق (در صورت موفق نبودن میانجی‌گری) بصورت خلاصه ذکر گردد. با این حال، طبق اصل محرمانه بودن، این گزارش نباید محتوای اظهارات و رفتار طرفین را در طول دوره میانجی‌گری فاش نماید»؛ به دلیل اینکه فرایند میانجی‌گری در واقع امکان و موقعیتی برای بزه‌دیده و بزه‌کار است که در طی گفت‌وگوها، بی‌واهمه، همه احساسات، عواطف، نیازها و خواسته‌های مرتبط با امر کیفری را چه از ناحیه خود و چه از ناحیه بستگان و خانواده‌های خود بیان کنند؛ اگر افراد احساس نمایند که خلوت خصوصی و زندگی شخصی و خصوصی آنها در این گفت‌وگوها حمایت و محافظت نمی‌شود، وارد این گفت‌وگوها نمی‌شوند و اگر هم آن را انتخاب نمایند تا پایان فرایند میانجی‌گری همه گفتنی‌های لازم را نمی‌گویند و به نوعی بیانات خود را سانسور می‌کنند (عباسی، ۱۳۸۲، ص ۸۶).

طبق ماده ۱۷ شورای اروپا برای کارایی عدالت «باید برای میانجی‌گر در تمام مراحل فرایند میانجی‌گری و پس از خاتمه آن وظیفه محرمانه بودن لازم الاجرا باشد. هرگاه این وظیفه مشمول استثنائات شود، این استثناءها باید به وضوح توسط قانون تعریف شود»؛ براین اساس، باید به این امر نیز توجه داشت که در مورد این اصل، استثنائاتی هم وجود دارد که بایستی مورد توجه قرار گیرند. (Umbreit & others, 1998, p.150).

به اتفاق قضات و وکلای مصاحبه شده نیز این اصل را جهت جلب اعتماد طرفین مذاکره قبول

1. Council of Europe Publishing, Mediation Penal Matters, Recommendation, No. R (99) 19, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe, 15 September 1999.

داشتند؛ البته برای آن استثنائاتی قائل بودند، از جمله در مواردی که بیان اطلاعات به طرفین میانجی‌گری کیفری، روند تفاهم و موفقیت میانجی‌گری و کیفیت آن را افزایش می‌دهد. در این موارد، میانجی‌گر با کسب اجازه از سوی طرفین، می‌تواند تا محدوده‌ای از اطلاعات را در اختیار طرفین بگذارد.

همچنین:

- بنا به صلاحدید میانجی‌گر برای برقراری ارتباط و اشتراک اسناد با مشاور و سایر اشخاص ثالث^۱ - در مواردی که مقام قضایی دستور این کار را داده است.^۲
 - در مواردی که طبق قانون لازم است چنین کاری انجام شود، از جمله الزام قانونی به گزارش درباره کودکی که نیاز به محافظت دارد. یا گزارش کودک آزاری (Child abuse) (Umbreit & others, 1998, p.143) در نهاد حضانت

- در مواردی که تهدید واقعی یا بالقوه‌ای برای زندگی یا امنیت انسان وجود داشته باشد.
 - در صورتی که هر یک از طرفین از میانجی یا کارآموز شکایت کند یا هزینه‌ها مورد اختلاف باشد.
 - برای اهداف تحقیقی، آموزشی و ارزیابی برنامه
 - به منظور صدور گواهینامه حرفه‌ای برای کارآموز البته با سانسور اطلاعات مربوط به هویت افراد البته باید توجه داشت این مفاد رازداری در مورد کارآموزان، همکاران، ناظران و هر شرکت‌کننده شخص ثالث اعمال می‌شود. وکلای هر دو طرف یا سایر متخصصان یا اشخاصی که حضور آنها مورد نیاز است می‌توانند با رضایت طرفین و میانجی‌گر در جلسه میانجی‌گری شرکت کنند.
 در ادامه در ماده ۱۸ شورای اروپا برای کارایی عدالت آمده است: «کشورهای عضو باید ضمانت‌های محرمانه قانونی را در میانجی‌گری ارائه دهند. نقض وظیفه محرمانه بودن توسط میانجی‌گر باید به عنوان خطای جدی انضباطی در نظر گرفته شود و به طور مناسب ضمانت اجرا داشته باشد».

1. to communicate and share documents with counsel and other third parties retained by one or both parties, in the mediator's discretion (<https://mediationcentre.com/off-site-family-mediation-agreement-to-mediate>).

۲. به عنوان مثال در دادنامه‌ای با شماره ۹۵۰۹۹۷۰۹۰۸۶۰۰۲۱۵ صادره از شعبه سی ام دیوان عالی کشور مورخ ۱۳۹۵/۶/۱۰ جهت تشخیص مصلحت طفل تحت حضانت، دادگاه صادر کننده رای را ملزم به تحقیقات مقتضی و عنداللزوم معاینه محل سکونت زوج و تحقیق از اهالی محل راجع به وضعیت اخلاقی زوج و صحت اعتیاد وی می‌نماید.

در این راستا، گاهی ضروری است متصدیان عدالت ترمیمی (واسطه گران) به صورت مجزا با طرفین دعوا که والدین کودک هستند گفت‌وگو کنند. چون برخی حاضر نیستند به دلیل محرمانگی هر اطلاعاتی را در مقابل والد دیگر بیان نمایند.

افزون بر این، در محاکم قضایی طرفین دعوا ناچارند برای دفاع از خود هرگونه اسراری را فاش نمایند و روشن است که بیان اسرار خانوادگی نزد اجنبی و بیگانه موجب جریحه دار شدن احساسات زن و شوهر خواهد شد در چنین حالتی محبت و صمیمیت بین آن دو بیش از پیش خدشه‌دار خواهد شد. بدیهی است در میانجی‌گری اسرار خانوادگی به خاطر شرم و حیا مطرح نمی‌شود یا اگر هم مطرح شود محرمانه خواهد ماند و اثر سویی نخواهد داشت.

حفظ محرمانگی زمانی از اهمیت دو چندان برخوردار می‌شود که جرائم ارتكابی علیه کودکان تحت حضانت از نوع جرائم منافی عفت باشد که حتی طبق قانون، سازمان‌های مردم‌نهادی که اساسنامه آنها در زمینه حمایت از اطفال و نوجوانان است، «می‌توانند با رعایت ماده (۱۰۲) این قانون و تبصره‌های آن تنها اعلام جرم نموده و دلایل خود را به مراجع قضائی ارائه دهند و حق شرکت در جلسات را ندارند» (تبصره ۴ ماده ۶۶ ق.آ.د.ک.)؛ البته محققین معتقدند میانجی‌گری کیفری در نهاد حضانت نباید در این‌گونه موارد که به نوعی خشونت خانگی تلقی می‌شوند اجباری گردد. (Johnson & others, 2005, p.1022).

۵. تضمین‌های رعایت اصل بی‌طرفی در میانجی‌گری

وقتی اعضای خانواده درگیر مشاجره می‌شوند، احساسات شخصی و عواطفشان توانایی آنها را برای برقراری ارتباطی مسالمت‌آمیز مختل می‌کند؛ از این رو قرآن کریم به حکمیت در مناقشات خانوادگی اهمیت ویژه‌ای داده است و به زن و شوهر دستور می‌دهد در مواردی که بین آن دو اختلافی بروز کند به جای مراجعه به دادگاه و حل موضوع از طریق رسیدگی‌های قضایی به تشکیل «محکمه صلح خانوادگی» که ماهیت اخلاقی آن بر ماهیت قضایی غلبه دارد اقدام کنند و نهاد داوری یا حکمیت را شکل دهند. نکته قابل توجه در این میان این است که تنها شرطی که در قرآن کریم در مورد حکمیت به صراحت بیان کرده، شرط «قربت» یا خویشاوندی است که این امر ظهور در وجوب آن دارد؛ گرچه شرط «خبرویت» نیز از واژه «حکم» قابل استنباط است: **فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا** (نساء: ۳۵).

این که خداوند متعال از میان شرایط متعدد حکمیت تنها قرابت را ذکر کرده است نشان‌دهنده اهمیت این شرط نزد خداوند متعال است و به همین دلیل تا حد امکان باید رعایت شود. چراکه بستگان زن و شوهر به مشکلات و روحيات آنان آشنا تر بوده و افزون بر آن، به سرنوشت آنها اهمیت بیشتری می‌دهند؛ بنابراین اگر حکمین از فامیل باشند، امید سازش بیشتر است (هدایت‌نیا، ۱۳۸۷، ص ۱۸۴). در این راستا، فقها تصریح می‌کنند که در مقام انتخاب حکم باید توجه شود که داور انتخابی «بی‌طرف» (Impartiality) باشد. به عنوان مثال، فردی که با زن یا مرد سابقه خصومت دارد یا کسی که در گذشته با ازدواج زوجین مخالفت کرده است نمی‌تواند داور بی‌طرفی باشد؛ به همین دلیل شایسته نیست چنین کسی به عنوان داور برگزیده شود (همان، ص ۱۹۴).

جالب توجه است که در ماده ۱۸ آیین‌نامه میانجی‌گری در امور کیفری مصوب ۱۳۹۵/۷/۲۸ نیز مقرر شده است: «در صورت ضرورت، میانجی‌گر می‌تواند از اعضای خانواده، دوستان، همکاران، همسایگان و سایر اشخاص از جمله جامعه محلی که بنا به تشخیص میانجی‌گر یا تقاضای هر کدام از طرفین حضورشان در جلسه میانجی‌گری مفید است، دعوت به حضور نماید».

براین اساس، وقتی شخص ثالثی (میانجی‌گر) برای حل اختلافات خانواده به عنوان یک تسهیل‌کننده (Facilitator) برای از بین بردن موانع ارتباطی عمل می‌کند، منافع آنها را با بی‌طرفی ارزیابی کرده، نقاط قوت و ضعف آنها را شناخته و راه حل‌های مفیدی را به مصلحت آنها ارائه می‌نماید (Haynes & others, 1997, p.115-116).

در این راستا، یکی دیگر از اصول و ضوابط میانجی‌گری، بی‌طرفی میانجی‌گر نسبت به طرفین اختلاف است. در ماده ۱۸ قطعنامه (۲۰۰۲) در توضیح نحوه میانجی‌گری آمده است: «میانجی‌گر باید وظیفه خود را بی‌طرفانه و با حفظ کرامت طرفین به اجرا در آورد».

بی‌طرفی مستلزم این است که میانجی‌گر رفتار تبعیض‌آمیز نسبت به طرفین دعوا نداشته باشد؛ چون فقدان بی‌طرفی مانع قضاوت عادلانه خواهد شد. این اصل ایجاب می‌کند میانجی‌گر هیچ گونه رابطه‌ای اعم از رابطه نسبی یا سببی یا دوستی یا ارتباط کاری با یک طرف دعوا نداشته باشد. همچنین قبل از میانجی‌گری باید محرز شود که میانجی‌گر نفع شخصی در قضیه کیفری ندارد و مهمتر از آن هیچ گونه سابقه خصومت یا اختلافی با طرفین ندارد. پس بدون جانبداری از هر یک از طرفین، در یک فضای تسهیل‌کننده‌گی سعی در نزدیک نمودن طرفین به یکدیگر و افزودن به جو

تفاهم و اعتماد سازنده بین بزه‌دیده و بزه‌کار می‌نماید. چراکه قربانیان جرم با اطمینان به اینکه پرونده آنان منصفانه و با احتمال اندک قربانی شدن مجدد رسیدگی خواهد شد، وارد برنامه‌های عدالت ترمیمی می‌شوند (The United Nations Office on Drugs and Crime, 2020, p.48)؛ بنابراین نقض بی‌طرفی، موجب جرح میانجی‌گر و ابطال رای او خواهد شد؛ در این صورت هر یک از طرفین دعوا که احساس کند بی‌طرفی نقض شده می‌تواند از میانجی‌گری خارج شود. پس میانجی‌گر بایستی در عملکرد خود به گونه‌ای رفتار نماید که طرفین احساس نکنند که وی از مدار بی‌طرفی خارج شده است. یکی از سازوکارهای تضمین بی‌طرفی نیز انتخاب میانجی‌گر از میان اشخاصی است که طرفین نظر مساعدی نسبت به او دارند.

۶. سهیم کردن کودک تحت حضانت در فرایند میانجی‌گری

طرفین دعوا، طفل و قاضی کنشگران اصلی در دعاوی حضانت هستند و باتوجه به مکانیسم‌هایی که دستگاه قضا در تشخیص مصالح عالی طفل اندیشیده لازم است نظر کودک ممیز را نیز لحاظ کند. مواد متعددی از کنوانسیون حقوق کودک به اصل شنیده شدن نظر کودک اشاره دارد؛ از جمله بند نخست ماده ۱۲ این کنوانسیون صریحاً به این مسأله می‌پردازد. در این ماده آمده است: «کشورهای طرف کنوانسیون تضمین خواهند کرد کودکی که قادر به شکل دادن به عقاید خود می‌باشد، بتواند این عقاید را آزادانه درباره تمام موضوعاتی که مربوط به وی می‌شود ابراز کند. به نظرات کودک مطابق با سن و بلوغ وی بها داده شود. بدین منظور، خصوصاً برای کودک فرصت‌هایی فراهم آورده شود تا بتواند در هر یک از مراحل دادرسی اجرائی و قضایی مربوط به وی به‌طور مستقیم یا از طریق یک نماینده یا شخصی مناسب به طریقی که مطابق با مقررات اجرائی قوانین ملی باشد، ابراز عقیده نماید».

جالب توجه است که در ماده ۲۵ آیین‌نامه میانجی‌گری در امور کیفری مصوب ۱۳۹۵/۷/۲۸ نیز مقرر شده است: «در صورتی که طرفین اختلاف یا یکی از آنان کمتر از (۱۸) سال داشته باشد حضور ولی یا سرپرست وی الزامی است. در صورت عدم حضور ولی یا سرپرست، میانجی‌گر مراتب را برای تعیین تکلیف به مقام قضایی اعلام می‌نماید».

در ادامه آمده است: «هرگونه توافق در امور مالی توسط شخص کمتر از (۱۸) سال و در امور غیر مالی هرگونه توافق توسط اطفال غیربالغ در فرایند میانجی‌گری منوط به تأیید ولی یا سرپرست

وی است و در صورت امتناع ولی یا سرپرست یا عدم دسترسی به او مراتب برای تعیین تکلیف به مقام قضایی مربوط اعلام می‌شود» (ماده ۲۶).

البته طبق ماده ۴۶ قانون حمایت خانواده، «حضور کودکان زیر پانزده سال در جلسات رسیدگی به دعاوی خانوادگی جز در موارد ضروری که دادگاه تجویز می‌کند ممنوع است»؛ پس باید مصلحت طفل در این‌گونه جلسات نیز در نظر گرفته شود.

بعضی از قضات محترم به اتفاق معتقد بودند: «شنیدن نظر طفلی که در تصمیمات خود استقلال بی‌معناست؛ چراکه با دیدن هر یک از والدین می‌تواند تحت تاثیر محبت و عواطف آنها قرار گیرد»؛ البته به نظر می‌رسد میانجی‌گران در نهاد حضانت باید به کودک اجازه حرف زدن و ابراز نظر دهند و به نظرات آنها احترام گذارند. آنها نباید بر این باور باشند که کودک حق نظر دادن و حق انتخاب کردن ندارد. گرچه در نهایت آنچه به مصلحت کودک است باید پیشنهاد گردد.

در بند الف ماده ۱۳ قطعنامه (۲۰۰۲) در ارتباط با فرایند عدالت ترمیمی آمده است: «بزه دیده و مجرم باید ... در مواقع ضروری، از خدمات ترجمه کتبی یا شفاهی بهره‌مند گردند. خردسالان افزون‌بر این حق دارند از مساعدت والدین و سرپرستان استفاده کنند».

تحقیقات نشان می‌دهد تعارض زناشویی منجر به کاهش کیفیت رابطه والدین با فرزند و مشکلات عاطفی و رفتاری کودک می‌شود (قره‌باغی، ۱۳۸۹، ص ۸۹). البته ممکن است والدی ناجوانمردانه سبب گسست عاطفی بین کودک و والد دیگر شود تا از این طریق بتواند با از بین بردن تمایل کودک برای زندگی با والد حاضن، زندگی با والد غیر حاضن را ترجیح دهد و از این طریق بتواند حضانت طفلش را به عهده بگیرد. به عبارتی دقیق‌تر در اصطلاح روانشناسی بدان «سندرم بیگانگی والدین» (Parental Alienation Syndrome) گویند که یک نوع کودک‌آزاری شدید (Gardner, 2001, pp.10-12) است و به معنی تخریب عمدی و تدریجی پیوند بین کودک و یکی از والدین است (Weigel & Donovan, 2006, no.14, p.274) که با شستشوی مغزی (brainwashing) همراه است (Byrne, 1989, pp.1-4). این سندرم تقریباً منحصرأ در اختلافات مربوط به حضانت کودک مشاهده می‌شود (Gardner, 1998, pp.1-23). این فرایند به‌طور معمول توسط والد حاضن علیه والد غیر حاضن انجام می‌شود که هدف آن حمله غیر مستقیم و آسیب رساندن به والدین غیر حاضن است (Gardner, 2001, pp.10-12)؛ اما اصلی‌ترین قربانی این سندرم، کودکی است که تحت حضانت چنین والدینی است.

میانجی‌گر با زیرکی باید به این موارد نیز توجه کافی نموده و برای استخراج دیدگاه‌ها، تجربه و ترجیحات کودک، با آنها به عنوان بخشی از فرایند میانجی‌گری مصاحبه نماید که در این صورت مسلماً جلب رضایت والدین لازم است.

لازم است میانجی‌گر برای مصاحبه با کودکان آموزش‌های لازم را گذرانده باشد تا بتواند به درستی دیدگاه‌ها و نظرات کودک را درک نموده و انتقال دهد. این اطلاعات به اشتراک گذاشته شده به والدین در اتخاذ تصمیمی آگاهانه که به نفع فرزندان آنهاست کمک خواهد نمود. البته یکی از وظایف میانجی‌گر معرفی اطفال و نوجوانان بزه‌دیده یا در معرض خطر به نهادهای حمایتی و قضائی جهت بررسی و انجام اقدامات حمایتی است.

نتیجه

حمایت از حوزه خانواده و ارزش‌های آن با عنایت به ماهیت ویژه‌ای که دارد، با مداخله عدالت‌کیفری چندان اثربخش نیست؛ چراکه روابط اعضای خانواده و بنیان‌های آن بر پایه عواطف و اعتماد بنا نهاده شده است. به ویژه در دعوی مثل حضانت که با کودکان مواجه ایم نیازمند اجرای سیاستی منعطف و افتراقی با رویکرد عدالت‌ترمیمی هستیم؛ البته برای این‌گونه دعوی در خیلی از مواقع پاسخ مناسبی نداریم و حتی بسیاری از واکنش‌های کیفری رسمی در کنترل جرم فاقد اثر بخشی است و حتی آثار و پیامدهای سوئی دارد. چون وقتی پدر و مادر در دادگاه در مقابل هم قرار می‌گیرند معمولاً روابطشان مخاصمه‌آمیز می‌شود و نه تنها حقیقت بیان نمی‌شود بلکه غالباً مصالح طفل نیز در نظر گرفته نمی‌شود.

از این رو به دلیل اثربخشی ناپایدار بسیاری از واکنش‌های کیفری دولتی در کنترل جرم و نتایج مثبت برنامه‌های عدالت‌ترمیمی در پیشگیری از تکرار جرم و بزه‌دیدگی و سعی در ایجاد سازش بین بزه‌دیده، بزه‌کار و خانواده‌هایشان، به ویژه در دعوی خانواده به خصوص حضانت، ساز و کارهای ترمیمی حل و فصل اختلافات از جمله «میانجی‌گری کیفری» افزایش یافته است. بر این بنیان، رسیدگی رسمی به دعوی حضانت نه تنها مشکلی را حل نمی‌کند بلکه گاهی مشکلات را وخیم‌تر می‌نماید؛ از این رو به جای ابلاغ حقوقی و رسمی، لازم است حل‌خلافه‌ها و نارسایی‌های سیستم رسمی با رویکرد عدالت‌ترمیمی مورد توجه قرار گیرد.

از این رو توسل به قوه قهریه در نهاد خانواده باید در موارد ضروری و استثنایی صورت پذیرد؛

تجربه عملی تقنین و اجرا در دعاوی خانوادگی نیز مؤید این واقعیت است که جهت حل معضلات خانوادگی و منازعات به ویژه در دعاوی حضانت بیش از هر چیز نیازمند بسترسازی فرهنگی و اجتماعی جهت ورود سرپرستان طفل به فرایند میانجی‌گری کیفری به عنوان روشی جایگزین حل و فصل اختلاف هستیم. متأسفانه در نظام کیفری ایران هنوز چنین نهادی اجرایی نشده است؛ لیکن ظرفیت‌هایی از رویکرد مزبور در قوانین و رویه قضایی ایران قابل استخراج است؛ بنابراین لازم است در نظام کیفری ایران به موازات ورود اندیشه و گفتمان عدالت ترمیمی و با بهره‌گیری از سازوکارهای میانجی‌گری کیفری در نهاد خانواده به ویژه دعاوی حضانت شاهد کم شدن تورم پرونده‌های کیفری و بهبود وضع کلی خانواده‌ها باشیم. بر این بنیان، قانون‌گذار می‌تواند با این مداخله حمایتی، سیاست جنایی پیشگیرانه، منسجم و افتراقی را در راستای جلوگیری از خشونت‌های جسمی و روانی اطفال بزه‌دیده تحت حضانت لحاظ نماید.

لذا لازم است دستگاه قضایی جهت اتخاذ تصمیم درباره حضانت طفل، قبل از مداخله قضایی از ظرفیت‌های عدالت ترمیمی به نحو مؤثرتری استفاده نماید. به موازات این مهم، ضرورت تدوین استانداردها و شیوه‌های اجرای آن نقش مهمی در امکان تحقق اهداف عدالت ترمیمی دارد. نهاد میانجی‌گری کیفری در دعاوی حضانت اعم از دعاوی کیفری و مدنی با رویکردی ترمیمی-اصلاحی و ارتقای روابط والد-فرزند مبنی بر رعایت مصلحت کودکان تحت حضانت براساس پنج اصل شکل می‌گیرد که عبارت‌اند از: اصل «پذیرش مسئولیت»، «رضایت طرفین»، «نظارت قضایی (و شبه قضایی) بر توافقات ترمیمی»، «بی‌طرفی میانجی‌گر»، «حفظ محرمانگی» و «سهیم کردن کودک تحت حضانت در فرایند میانجی‌گری».

البته ورود این اصول در دعاوی حضانت به سادگی امکان‌پذیر نیست، بلکه با چالش‌هایی همراه است. از جمله: تراحم پذیرش مسئولیت با صلاحیت حضانت، دشواری نظارت قضایی و شبه قضایی بدلیل رعایت حریم خصوصی خانواده، دشواری سهیم کردن کودک تحت حضانت در فرایند میانجی‌گری.

از این رو لازم می‌آید قانونگذار این اصول و حدود و ثغور و احتمال تراحم یا تعارض آنها را نیز موضوع قانون قرار دهد؛ لذا پیشنهاد می‌شود که این اصول در آیین نامه میانجی‌گری کیفری گنجانده شود و یکی از مفاد قانون باتوجه به حساسیت حقوق کودک و لزوم افتراقی بودن سیاست‌های تقنینی مربوط به کودکان به اصول خاص ناظر بر حضانت تعلق گیرد.

منابع

۱. جانی پور، مجتبی و مراد عباسی؛ «بررسی مسئولیت مطلق از منظر حقوق کیفری و فقه امامیه با تأکید بر مسئولیت پزشک»، مطالعات حقوقی معاصر؛ ش ۶، بهار و تابستان ۱۳۹۲، ص ۲۳-۵۳.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ ترمینولوژی حقوق؛ ج ۸، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ مبسوط در ترمولوژی حقوق؛ ج ۳، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸.
۴. جهانبخش، غفار؛ «تحلیل تقصیر فاحش و مقایسه آن با بند (ب) ماده ۱۹۲ قانون مجازات اسلامی»، مجموعه مقالات کنفرانس ملی چهارسوی علوم انسانی؛ شیراز: کنفرانس ملی چهارسوی علوم انسانی، ۱۳۹۴، ص ۲۳-۶۸.
۵. حرّ عاملی، محمد؛ وسائل الشیعة؛ ج ۱۲ و ۱۵، قم: مؤسسه آل البیت، ۱۴۰۹ق.
۶. دهخدا، علی اکبر؛ لغت نامه؛ اصفهان: کتابخانه دیجیتال بازار کتاب قائمیه، ۱۳۴۰.
۷. رهگشا، امیرحسین؛ نگاهی به شوراهاى حل اختلاف؛ ج ۲، تهران: دانشور، ۱۳۸۳.
۸. عباسی، مصطفی؛ افق‌های نوین عدالت ترمیمی میانجی‌گری کیفری؛ تهران: دانشور، ۱۳۸۲.
۹. قره‌باغی، فاطمه؛ «نقش تعارض زناشویی و رابطه والدین با کودک در نشانه‌های آسیب‌شناختی عاطفی و رفتاری کودک»، پژوهش‌های روان‌شناختی؛ بهار و تابستان ۱۳۸۹، ش ۱، ص ۸۹-۱۰۸.
۱۰. قنواتی، جلیل، حسین جاویر و شاهرخ صالحی کرهودی؛ «میان‌کنش قاعده لاضرر و حریم خصوصی خانواده»، مطالعات حقوقی؛ ش ۲، تابستان ۱۳۹۳، ص ۱۲۵-۱۵۳.
۱۱. کاتوزیان، ناصر؛ فلسفه حقوق؛ ج ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.
۱۲. کوئن، بروس؛ میانی جامعه‌شناسی؛ ترجمه غلامرضا توسلی و رضا فاضل؛ تهران: انتشارات سمت، ۱۳۷۲.

۱۳. ملاپرووری، مہرناز و محمد فرجیہا؛ «موقعیت زنان بزہدیده خشونت خانوادگی در فرایندهای میانجی‌گری سنتی»، تحقیقات حقوقی؛ ش ۸۲، تابستان ۱۳۹۷، ص ۱۳۱-۱۵۲.
۱۴. ہدایت‌نیا، فرج‌اللہ؛ داوری در حقوق خانواده؛ تہران: سازمان انتشارات پژوهشگاہ فرهنگ و اندیشہ اسلامی، ۱۳۸۷.
۱۵. یاراحمدی، مسعود؛ «بایستہ‌های پلیس در میانجی‌گری کیفی»، مطالعات پیشگیری از جرم؛ ش ۳۰، ۱۳۹۳، ص ۷۱-۹۶.
16. Hirsch, Andrew von, **the rationale of the proportionality principle**, Proportionality in the Philosophy of Punishment, Crime and Justice, Vol. 16, 1992, pp. 55-98: The University of Chicago Press Stable, available at: <http://www.jstor.org/stable/1147561> (last visited on 2020/08/28)
17. JOHNSON, NANCY E., SACCUZZO, DENNIS P., KOEN, WENDY J., **Child Custody Mediation in Cases of Domestic Violence Empirical Evidence of a Failure to Protect**, Applications of Psychology to Law, VIOLENCE AGAINST WOMEN, Vol. 11, 2005, No. 8, Sage Publications, pp.1022-1053 (last visited on 2019/06/28)
18. The United Nations Office on Drugs and Crime, **Handbook on Restorative justice programmes**, Vienna: United Nations, second edition, 2020.
19. **Women and power mediating community justice in rural Bangladesh** Craig Valters and Ferdous Jahan Report February, London: Overseas Development Institute Blackfriars Road, 2016, available at: <https://www.odi.org/sites/odi.org.uk/files/odi-assets/publications-opinion-files/10291.pdf> (last

visited on 2020/9/9)

20. Morek, Rafal (2013) , “**Confidentiality in mediation and its legal safeguards in the EU member states**”, available at: Springerlink.com, published online (last visited on 2020./9/13)
21. Umbreit, Mark S. & Greenwood, Jean & Bradshaw, William, "**victim offender mediation Training. Manual**". Office for victims of crime U. S. A. Department of justice, 1998 (Last visited on 2020/11/5).
22. [Online] : <https://docplayer.net/19844886-Victim-offender-mediation-training-manual.html.pdf> (last visited on 2020/9/9)
23. [Online] : <https://mediationcentre.com/off-site-family-mediation-agreement-to-mediate>) last visited on 2020/9/9)
24. [Online] : <https://www.1doceonline.com> (last visited on 2020/9/20).