

مجله حقوقی

سال هشتاد و یکم / شماره نود و هفتم / بهار ۱۳۹۶

به موجب مجوز شماره ۳/۱۱۱۹۷ مورخ ۱۳۸۹/۱۲/۲۴ صادره از کمیسیون بررسی نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فن آوری، مجله حقوقی دادگستری دارای امتیاز علمی پژوهشی می باشد.

صاحب امتیاز: قوه قضاییه

مدیر مسئول: علیرضا امینی

سر دبیر: حسین میر محمد صادقی

مدیر اجرایی: مهدی صبوری پور

اعضاء هیأت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

محمد آشوری، محمدعلی اردبیلی، ربیعا اسکینی، نجادعلی الماسی، محمدجواد جاوید

سام سوادکوهی فر، سیدمرتضی قاسم زاده، علی حسین نجفی ابرندآبادی

حروف چینی، صفحه بندی و چاپ: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه

قیمت: ۵۰۰۰۰ ریال

شمارگان: ۴۵۰۰

نشانی: تهران، بزرگراه شهید چمران، بزرگراه یادگار امام (ره)، بعد از خروجی اوین درکه،

پژوهشگاه قوه قضاییه، دفتر مجله حقوقی دادگستری

صندوق پستی: ۳۵۱۵ - ۱۱۱۵۵

تلفکس: ۲۲۰۹۱۸۶۹ - ۰۲۱

وب سایت: www.jlj.ir

نشانی پست الکترونیک: Majaleh_hoghooghi@jpri.ir

مسئولیت مطالب و مقالات مندرج در این فصلنامه بر عهده نویسندگان آنها است.

راهنمای تدوین مقالات

- مقاله نباید بیش از بیست و پنج یا کمتر از ده صفحه باشد.
- مقاله باید تایپ شده و شامل موارد زیر باشد:
- ❖ چکیده فارسی در ابتدا و چکیده انگلیسی در انتهای مقاله.
- ❖ کلید واژگان.
- ❖ نام و نام خانوادگی نویسنده، نویسنده مسئول، میزان تحصیلات، رتبه علمی و دانشگاهی (فارسی و انگلیسی)، نشانی، کدپستی، شماره تلفن و نمابر و نشانی پست الکترونیک.
- ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسامی خارجی در پانویس هر صفحه.
- ذکر منابع و ارجاعات در پانویس.
- ❖ در منابع فارسی، ذکر نام خانوادگی، نام، نام اثر، نام مترجم (در صورت ترجمه بودن)، نام ناشر، نوبت چاپ، سال چاپ، شماره صفحه.
- ❖ در صورت تکرار منبع بلافاصله پس از ذکر اولیه آن، ذکر کلمه همان، اگر مطلب در همان صفحه باشد، به همین اکتفا و در غیر این صورت، پس از ذکر کلمه همان، درج صفحه.
- ❖ در صورت تکرار منبع پس از منابع دیگر، فقط ذکر نام خانوادگی صاحب اثر و ذکر کلمه پیشین و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.
- ❖ در منابع لاتین، ذکر نام خانوادگی، نام، نام اثر، شماره چاپ، محل نشر، ناشر، سال چاپ و شماره صفحه.
- ❖ در صورت تکرار بلافاصله منبع، ذکر کلمه *Ibid.* و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.
- ❖ در صورت تکرار منبع پس از منابع دیگر، ذکر نام خانوادگی نویسنده و سپس ذکر کلمه *op. cit.* و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.
- ذکر کلیه منابع در انتهای مقاله، ابتدا منابع فارسی و سپس لاتین.
- مقاله نباید در جای دیگر چاپ شده یا در دست بررسی باشد.
- مقاله ترجمه شده پذیرفته نمی‌شود.
- مسئولیت صحت مطالب مقاله، به عهده نویسنده مسئول است.
- مجله در ویرایش مقالات، آزاد است. مقاله، بازگردانده نمی‌شود.

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
چینش مقالات در این شماره براساس حرف نخست نام خانوادگی نویسنده مسئول می‌باشد.	
♦ مفهوم‌شناسی اصول اجرای احکام مدنی.....	۷
منصور امینی / امیر نیکوبیان	
♦ توازن میان حقوق متهم و بزه‌دیده در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و اسناد بین‌المللی.....	۲۹
جعفر کوشا / مصطفی پاک‌نیت	
♦ تحلیل جرم زمین‌خواری از منظر حقوق کیفری ایران.....	۵۳
حسین میرمحمد صادقی / اسلام رجبعلی	
♦ تحدید تضمین‌های دادرسی عادلانه در پرتو جرم‌شناسی امنیت‌گرا.....	۷۹
اعظم مهدوی‌پور / نجمه شهرانی‌کرانی	
♦ اصل صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده در قوانین کیفری ایران.....	۱۱۳
جواد طهماسبی	
♦ بررسی وضعیت حقوقی مراعی و مقایسه آن با نهادهای مشابه.....	۱۴۳
محمد روشن / غفور خوئینی / آزاد فلاحتی	
♦ ایرادها و دفاع ماهوی.....	۱۶۳
محمد مولودی / ناهید صفری	

مفهوم‌شناسی اصول اجرای احکام مدنی

منصور امینی*

امیر نیکوبیان**

چکیده

همان‌گونه که نظام‌های حقوقی بر اصول کلی استوارند، نظم حقوقی در هر موضوع خاص نیز بر پایه اصولی استوار شده است. این اصول جزئی با ماهیت و هدفی که از اجرای ضوابط آن نظم حقوقی در نظر قانون‌گذار بوده است، متناسب می‌باشند و مبنای ایجاد آن نظم تلقی می‌شوند. با شناخت ماهیت و هدف هر موضوع می‌توان به مصادیقی از این اصول دست یافت. این نوشته ماهیت اجرای حکم مدنی را «اجرای حق» و هدف آن را «دست‌یابی حداکثری محکوم‌له به محکوم‌به (حق شناخته‌شده) در کمترین زمان» می‌داند و ضمن توجه به «لزوم دادرسی منصفانه» و عناصر تشکیل دهنده آن، به عنوان یکی از اصول کلی شناخته‌شده در نظام‌های حقوقی، اصولی را مرتبط با ماهیت و هدف اجرای حکم مدنی ارائه می‌نماید و تلاش دارد درآمدی بر مفهوم‌شناسی اصول در این نظم حقوقی خاص باشد.

کلیدواژه‌ها: حکم مدنی، نظم حقوقی در موضوع خاص، اصل، ماهیت اجرا، هدف اجرا.

* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول) aminimansour@yahoo.fr

** کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

nikoubayan.amir@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۹۳/۱۲/۲۱ تاریخ پذیرش: ۹۴/۰۷/۰۸

مقدمه

قانون‌گذار در هر موضوعی، نظم حقوقی خاصی را ایجاد می‌کند که ایجاد آن یقیناً از پشتوانه نظری برخوردار است. بر مبنای آن پشتوانه نظری، اصولی متناسب با «ماهیت» و «هدف» آن نظم حقوقی، راهنمای قانون‌گذار در تدوین مقررات مرتبط با آن حوزه خواهد بود. برای نمونه «لزوم ایجاد نظم در روابط حقوقی اشخاص با یکدیگر» پشتوانه نظری ایجاد نظم حقوقی خاصی در حوزه قراردادهای می‌شود که اصولی به پیروی از مبنای اولیه دوام و صحت قراردادهای متناسب با آن پشتوانه نظری در حقوق قراردادهای مطرح می‌شود. شیوه قانون‌گذار این است که این اصول را در همه حوزه‌ها مورد تصریح قرار نمی‌دهد. از این رو پرداختن به آنها و به دست آوردن شیوه‌شناسایی آنها از اهمیت بالایی برخوردار است.

علی‌رغم این اهمیت، پرداختن به اصول در موضوعات مختلف جزء عرصه‌های مغفول در ادبیات حقوقی است و بالتبع روش‌شناسی شناخت این اصول نیز مورد نظر قرار نگرفته است^۱ و جز در برخی حوزه‌های سنتی مانند حقوق قراردادهای، به اصول مرتبط با آن نظم حقوقی پرداخته نمی‌شود. حتی در حوزه‌هایی مانند آیین دادرسی مدنی که به وجود اصول دادرسی مدنی در متن قانون تصریح شده (ماده یک ق.آ.د.م)^۲ و و آثاری بر نادیده گرفتن این اصول توسط مرجع دادرسی در نظر گرفته شده است (مانند بند ۳ ماده ۳۷۱ ق.آ.د.م)، این اصول توسط حقوق‌دانان مورد شناسایی و تحلیل جامع و مبناشناختی قرار نگرفته‌اند.^۳ این در حالی است که شناخت دقیق دادرسی بدون شناخت این اصول امکان‌پذیر نیست.^۴ نظم‌ی که قانون‌گذار در موضوع اجرای احکام مدنی، به‌ویژه با تصویب قانون اجرای احکام مدنی، ایجاد نموده نیز از اصولی برخوردار است. می‌توان با شناخت ماهیت موضوع اجرای احکام مدنی و هدف آن، این اصول را شناسایی نمود و به دادرسان و مجریان که در صحنه اجرا با مصادیق مشکلات مختلف ناظر بر چگونگی اجرای حکم مدنی مواجه هستند، یاری رساند.

بی‌گمان تبیین این اصول با ملاحظه موارد اجراشده فواید بی‌شماری در پی خواهد داشت و موجب اتقان بیشتر بحث خواهد شد. اما از آنجا که مسائل مرتبط با اجرا غالباً

۱. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد دوم، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۸۵، ص. ۳۶۷.

۲. نشان اختصاری قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی.

۳. البته تلاش‌هایی در حوزه اصول دادرسی مدنی، با پیشگامی دکتر احمد متین‌دفتری و پس از ایشان دکتر عبدالله شمس و اخیراً و به صورت گسترده‌تر توسط برخی حقوق‌دانان انجام شده که شایسته توجه است.

۴. محسنی، حسن، اداره جریان دادرسی مدنی بر پایه همکاری و در چارچوب اصول دادرسی، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹، ص. ۳۱.

در قالب دادنامه‌های قضایی ظهور خارجی ندارند و بیشتر بر مبنای دستور و تصمیم قضایی فاقد دادنامه مطرح می‌شوند، عملاً دسترسی به رویه قضایی منسجم با این موضوع امکان‌پذیر نیست. با این حال، حتی‌المقدور، تلاش شده است تا در موارد مختلف از نظریات مشورتی اداره حقوقی و برخی گفتگوهای علمی نشست‌های قضایی، به عنوان جلوه‌ای از رویه قضایی استفاده شود.

۱. مفاهیم مرتبط با ماهیت اجرای احکام مدنی

۱-۱. حکم مدنی

مطابق ماده ۲۹۹ ق.آ.د.م، چنانچه رأی دادگاه راجع به ماهیت دعوا و قاطع آن به طور جزئی یا کلی باشد «حکم» نامیده می‌شود. احکام دادگاه‌ها با توجه به مدلول و منطوق آنها در یکی از دو دسته اجرایی و اعلامی قرار می‌گیرند. در حکم اعلامی وضعیت خاصی اعلام می‌گردد و رأی دادگاه از مفاد الزامی و اجرایی برخوردار نیست^۱ و در غالب موارد صرف صدور حکم اعلامی ذی‌حق را به «وصول حق» می‌رساند. اما حکم اجرایی حکمی است که مدلول آن بیانگر الزام محکوم‌علیه بر انجام عملی باشد. زمانی که سخن از اجرای حکم است، در حقیقت ویژگی اجرایی بودن حکم باید موجود باشد.^۲ در اصول اجرای احکام مدنی نیز منظور از «حکم مدنی» همین‌گونه از احکام صادره از مراجع قضاوتی^۳ است. مقررات قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ نیز عمده‌تاً مرتبط با چگونگی اجرای این احکام می‌باشد.

۱-۲. اصل

واژه اصل در لغت از جمله به مفهوم بنیاد و پایه بازگو شده است^۴ و در عرف نیز چند معنی دارد که یکی به معنای قاعده است.^۵ در اصطلاح و کاربرد آن در متون حقوقی چهار معنا^۶ و بنابر تحقیقات یکی از حقوق‌دانان^۷ نه معنا دارد.^۸ اما اصل در

۱. مهاجری، علی، شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی، انتشارات فکرسازان، ۱۳۸۳، ص. ۱۱.

۲. همان.

۳. مرجع قضاوتی مفهومی اعم از مرجع قضایی دادگستری دارد.

۴. انوری، حسن، فرهنگ بزرگ سخن، جلد نخست، نشر سخن، چاپ سوم، ۱۳۸۶، ذیل واژه اصل.

۵. انصاری، مسعود؛ طاهری، محمدعلی؛ و کورش استوار سنجری، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد نخست، انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۴، ص. ۳۱۳.

۶. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص. ۳۷۲.

۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد نخست، گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۸۸، ص. ۱۵۹۲.

مبنایی‌ترین مفهوم خود برآمده از مفهوم یا مفاهیمی انتزاعی است که نماینده ارزش‌های حاکم بر یک نظام حقوقی است^۱ که همان «اصول کلی حقوقی» می‌باشند. این اصول کلی ممکن است برآمده از حقوق طبیعی، وجدان عمومی، قدرت عادات و رسوم، داورهای عقل و حکم انصاف و یا روح حاکم بر حقوق هر کشور باشد^۲ که به دلیل اعتبار منطقی و طبیعی خود دارای جنبه جهانی بوده و در کنوانسیون‌های مختلف مصادیقی از آنها مورد اجماع جهانی قرار گرفته است. این اصول کلی، هنگامی که برای ایجاد نظم حقوقی در یک موضوع خاص به کار گرفته می‌شوند، پشتوانه نظری ایجاد بسیاری از اصول در آن حوزه خاص قرار می‌گیرند. این اصول جزئی‌تر در ایجاد آن نظم حقوقی خاص نقش ایجاد، اجرایی و تضمینی خواهند داشت. اصول در یک نظم حقوقی خاص، که گاه از آنها به عنوان قواعد جزئی نیز یاد می‌شود^۳ با ایجاد پایه‌های آن نظام حقوقی در واقع مسیر اجرای آن اصل کلی را فراهم می‌نماید.

برای نمونه «لزوم دادرسی منصفانه» به عنوان یک اصل کلی حقوقی شناخته می‌شود که در موضوعات مختلف از جمله ایجاد مراجع دادرسی، نحوه رسیدگی و اجرای احکام نقش مبدأ و برای قانون‌گذاران به مثابه نقطه عزیمت به سوی ایجاد نظم حقوقی در موضوعات مرتبط با دادرسی و آثار ناشی از دادرسی تلقی می‌شود. از همین اصل کلی، اصولی به عنوان «اصول دادرسی» استخراج شده است؛ مانند اصل تناظر، اصل حقوق دفاعی، اصل علنی بودن دادرسی و همچنین اصل استدلالی بودن دادرسی (مندرج در اصل ۱۶۶ قانون اساسی) و بسیاری از اصول دیگر که در حقیقت زمینه اجرای آن «اصل کلی» هستند. در حوزه دادرسی، این اصول جزئی را «اصول راهبردی» نامیده‌اند که خود برآمده از اصول کلی هستند.^۴ در مفهوم‌شناسی اصول اجرای احکام مدنی نیز منظور از «اصول» همین‌گونه از مفاهیم هستند که پایه‌های ایجاد نظم در این موضوع می‌باشند و نظم حقوقی در موضوع اجرای حکم مدنی بر این اصول استوار شده و قانون‌گذار نیز نظم خود را بر پایه این اصول ایجاد نموده است که با توجه به طبیعت خود که، نقش مقوم و پایه دارند، از کلیت نیز برخوردارند. به این معنی که در تمام مصادیق خود لازم‌الاجرا هستند.

وصف تغییرناپذیری و بی‌حد و مرزی که در مورد اصول کلی به کار می‌رود،^۵ در مورد اصول جزئی صادق نیست و می‌توان همراه با تحولات اجتماعی، تاریخی، اقتصادی

۱. صادقی، محسن، اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، نشر میزان، ۱۳۸۴، ص. ۳۰.

۲. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص. ۳۷۹.

۳. صادقی، محسن، منبع پیشین، ص. ۲۰۱.

۴. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، دوره پیشرفته، جلد دوم، انتشارات دراک، چاپ پنجم، ۱۳۸۳، صص. ۲۲۱ به بعد.

۵. جعفری‌تبار، حسن، مبانی فلسفی تفسیر حقوقی، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳، صص. ۱۹۹ - ۱۹۸.

و سیاسی بر مبنای شناخت مصلحت‌های برتر، اصولی متناسب را ترجیح داد^۱ که زمینه مناسب‌تری در اجرای «اصل کلی» مرتبط داشته باشند. افزون بر این گاه به تناسب مصلحت‌های برتر مواجه با استثنائاتی می‌شوند که ناظر بر هریک از این اصول، مورد تصریح قانون‌گذار نیز قرار می‌گیرد.

۳-۱. مبنای شناخت اصول اجرای احکام مدنی

مبنای راستین شناخت این اصول، شناخت آن اصل کلی است که به عنوان پشتوانه نظری منشأ انتزاع این اصول در ذهن قانون‌گذار بوده است. علاوه بر آن، هر موضوعی دارای ماهیتی است و بدون تردید ایجاد نظم حقوقی با محوریت آن موضوع می‌بایست متناسب با عناصر آن ماهیت باشد. پس شناخت ماهیت آن موضوع نیز در شناخت اصولی که مبنای ایجاد آن نظم حقوقی بوده‌اند تأثیر مستقیم دارد.

اگرچه نظم و عدل به عنوان هدف کلی حقوق در نظام‌های حقوقی همواره مورد نظر قانون‌گذاران است^۲ اما ایجاد نظم حقوقی در هر موضوع خاص علاوه بر رسیدن به این اهداف کلی در پی رسیدن به هدفی خاص نیز می‌باشد. البته رسیدن به آن هدف خاص، هدف کلی نظم و عدل را نیز به دنبال خود خواهد داشت. تحقق این هدف خاص نیز در گرو رعایت اصولی است که قانون‌گذار به مقتضای حکمت آنها را مد نظر قرار می‌دهد. از این رو شناخت این هدف نیز در دستیابی به اصول آن نظم حقوقی راه‌گشا خواهد بود.

۴-۱. لزوم دادرسی منصفانه

حق برخورداری از دادرسی منصفانه از حقوق بنیادینی است که در ماده ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر^۳ به آن تصریح شده و مورد کنکاش و تأیید حقوق‌دانان نیز واقع شده است.^۴ مفهوم دادرسی منصفانه که علاوه بر اعلامیه جهانی حقوق بشر در میثاق حقوق مدنی و سیاسی و کنوانسیون‌های اروپایی، آمریکایی و آفریقایی حقوق بشر

۱. علیزاده، عبدالرضا، مبانی رویکرد اجتماعی به حقوق: جستاری در نظریه‌های جامعه‌شناسی حقوق و بنیادهای حقوق ایران، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۷، ص. ۱۴۲.

۲. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد نخست، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۸۵، ص. ۱۸۷.

۳. ماده ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر؛ «هر کس حق دارد در تصمیمات مربوط به حقوق و تعهدات خود و هر اتهام جزایی که به او وارد می‌شود با تساوی کامل از رسیدگی منصفانه و علنی در دادگاه‌های مستقل و بی‌طرف برخوردار باشد».

۴. موحد، محمدعلی، در هوای حق و عدالت، از حقوق طبیعی تا حقوق بشر، نشر کارنامه، چاپ دوم، ۱۳۸۴، ص. ۶۰۲؛ فضائلی، مصطفی، دادرسی عادلانه در محاکمات کیفری بین‌المللی، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۹، ص. ۳۷.

تبلور یافته ناظر بر سه حق است: حق دسترسی به قاضی مستقل و بی‌طرف، حق دفاع و حق اجرای مؤثر آراء.^۱ حق اخیر در ارتباط با موضوع این نوشته در قسمت ج از بند ۳ ماده دوم میثاق بین‌المللی مربوط به حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۹۶۶ مجمع عمومی سازمان ملل متحد نیز مورد تأکید قرار گرفته است. این کنوانسیون در تاریخ ۱۳۵۱/۸/۲۳ به تصویب مجلس قانون‌گذاری ایران رسیده است. بر اساس این کنوانسیون کلیه کشورهای متعاقد، از جمله ایران، متعهد به اتخاذ تدابیر قانون‌گذاری در تحقق این موضوع شده‌اند و بی‌گمان قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ نیز با لحاظ آن به تصویب رسیده است. اصل ۲۹ از اصول آیین دادرسی مدنی فراملی (کار مشترک مؤسسه حقوق آمریکا و مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی) نیز بر «اجرای مؤثر آرا» به عنوان یکی از اصول پذیرفته‌شده دادرسی تصریح نموده است. به موجب این اصل «اصحاب دعوا باید از حق دسترسی به آیین اجرای سریع و مؤثر آرا، از جمله احکام مالی، خسارت و هزینه‌های دادرسی، دستور موقت و قرار تأمین خواسته برخوردار باشند».^۲

بنابراین با لحاظ حقوق سه‌گانه‌ای که در پرتو اصل کلی دادرسی منصفانه محقق می‌شوند، می‌توان «لزوم دادرسی منصفانه» را مبنای شناخت یا پشتوانه نظری در مفهوم‌شناسی اصول اجرای احکام مدنی دانست.

۱-۵. ماهیت اجرای احکام مدنی

منظور از شناخت ماهیت اجرای حکم، تبیین چیستی آن از طریق شناخت عناصر تشکیل‌دهنده است. بر این اساس می‌توان جایگاه آن در میان نهادهای حقوقی را نیز تشخیص داد. به تعبیر اهل منطق، شناخت ماهیت به معنی شناخت مجموعه ذاتیات آن است که بدون آنها ماهیت مورد نظر تحقق نخواهد یافت.^۳ شناسایی عناصر یک ماهیت از توجه به روند تحقق و وجود خارجی آن امکان‌پذیر است.^۴ برای شناخت ماهیت اجرای اجرای احکام مدنی نیز باید به سیر دادرسی تا رسیدن به مرحله اجرای حکم توجه نمود. در این بررسی، مفهوم دعوا به عنوان نقطه آغاز مورد بررسی قرار می‌گیرد. دعوا در مفهوم اخص خود توانایی قانونی مدعی «حق تضییع یا انکارشده» در مراجعه به مراجع

۱. محسنی، حسن، منبع پیشین، صص. ۲۰ - ۱۹.

۲. مؤسسه حقوق آمریکا و مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی، اصول و قواعد آیین دادرسی فراملی، ترجمه مجید پوراستاد، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۷، ص. ۶۷.

۳. خوانساری، محمد، منطق صوری، جلد نخست، چاپ چهل و چهارم، نشر دیدار، ۱۳۹۰، ص. ۱۰۷.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، اندیشه و ارتقاء: یک‌صدویک مقاله در علم ماهیت‌شناسی حقوقی، گنج دانش، ۱۳۸۷، ص. ۴۷۴.

صالح در جهت به قضاوت گذاردن آن است و حکمی که به دنبال آن به نفع خواهان صادر می‌شود، تثبیت رسمی آن حق تضییع یا انکار شده است.^۱ بر اساس مفاد آن حق که ممکن است توانایی شخص نسبت به مال یا شخصی یا هر دو باشد،^۲ حکمی که نسبت به آن صادر می‌شود نیز حکم اجرایی یا اعلامی خواهد بود. به این ترتیب که اگر همراه با مفاد اجرایی باشد به عنوان حکم اجرایی و در غیر این صورت به عنوان حکم اعلامی شناخته می‌شود.

اجرای حکم مدنی به عنوان آخرین مرحله دادرسی^۳ نیز در حقیقت اجرای آن حق تثبیت‌شده است که توسط مرجع رسمی انجام می‌پذیرد. به این ترتیب اگر موضوع حکم، حق تثبیت‌شده باشد، موضوع اجرای حکم نیز «اجرای حق به طور رسمی» است و به زبان اهل منطق صوری که در مقام بیان حد برای هر ماهیت دو جزء عقلی در نظر گرفته‌اند: (۱) جنس، (۲) فصل.^۴ در خصوص اجرای احکام مدنی نیز با توجه به تفصیل فوق‌الذکر می‌توان جنس آن را «اجرای حق» و فصل آن را «رسمی بودن» دانست. منظور از «رسمی بودن» اجرای حق نیز برخورداری آن از قدرت عمومی حاکمیت است و واحد اجرای احکام مدنی (ماده ۱۰ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب) و مأموران اجرا نیز شأنی برآمده از کارکرد عمومی خود دارند.^۵ حق شناخته‌شده مندرج در حکم مرجع قضاوتی نیز امکان اجرای رسمی خود را از حکم حاکم اخذ می‌کند، زیرا بدیهی است که به صرف ادعا، حقی ثابت نمی‌شود؛ مگر اینکه حکم حاکم ضمیمه آن باشد.^۶ ضرورت رسمی بودن اجرای حکم نیز در راستای هدف کلی نظم و عدل است. بر مبنای این هدف، مرجع «تظلم» باید رسمی باشد، زیرا رسیدگی به تظلم از شئون قدرت عمومی و در اختیار قوه قضاییه است (اصل ۱۵۹ قانون اساسی). به همین جهت است که صلاحیت صدور حکم و اجرای آن به عنوان آخرین مرحله تظلم در اختیار مراجع قانونی قرار گرفته است (ماده ۱۰ ق.آ.د.م و مواد ۵ و ۱۲ ق.ا.ا.م).^۷ مبنای وضع چنین حکمی حفظ نظم اجتماعی و جلوگیری از ظلم و هرج و مرج است و تحقق

۱. العاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالک الافهام، الجزء الثالث عشر، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۸ ق، ص. ۴۴۲.

۲. آل بحر العلوم، سید محمد، بلغة الفقیه، الجزء الاول، قم، مکتبه الصادق، الطبعة الرابعة، ۱۴۰۳ ق، ص. ۱۵.

۳. صدرزاده افشار، سید محسن، آیین دادرسی مدنی و بازگانی دادگاه‌های عمومی و انقلاب، جهاد دانشگاهی، چاپ پنجم، ۱۳۷۹، ص. ۴۰۴.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه اعلی در علم حقوق، گنج دانش، ۱۳۸۲، ص. ۱۶۲.

۵. لاکلین، مارتین، مبانی حقوق عمومی، ترجمه محمد راسخ، نشر نی، ۱۳۸۸، ص. ۱۸۶.

۶. العاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، منبع پیشین.

۷. نشان اختصاری قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶/۸/۱.

چنین هدفی جز با واگذاری این امر به شاخه‌ای از حاکمیت ممکن نخواهد بود.^۱ در متون فقهی نیز در تمام مصادیق ناظر بر اجرای اجباری حق به عموم ولایت حاکم تمسک شده است و یکی از احکام اجرای حق در مواجهه با امتناع طرف مقابل را وجود اذن حاکم دانسته‌اند.^۲ در جامعه‌ای که امکان اقامه دعوا نزد حاکم وجود دارد، هیچ‌کس نمی‌تواند دادرس و مجری تظلم‌خواهی خود باشد و «رسمی بودن» به عنوان عنصر حتمی اجرای حکم شناخته می‌شود. بر همین مبنا مقتضای قاعده، عدم جواز دادرسی شخصی است زیرا موجب ولایت و تصرف بر مال غیر بدون اذن او می‌شود.^۳ بنابراین ماهیت اجرای حکم، اجرای رسمی حق خواهد بود که در این ماهیت، «اجرای رسمی حق» به عنوان کلی ذاتی شناخته می‌شود و ویژگی کلی ذاتی نیز در این است که تحقق ماهیت به آن وابسته است.^۴ پس باید در جستجوی شناخت اصولی بود که عیار تحقق این ماهیت باشند. بدون تردید در اجرای رسمی حق نیز تمام لوازم و اصول شناخته‌شده مرتبط با اجرای حق می‌بایست مورد نظر قرار گیرد. از جمله اینکه، هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد (اصل ۴۰ قانون اساسی) و همچنین هیچ‌کس نباید در اجرای حق خویش مرتکب تقصیر شود.^۵ عنوان «تجاوز از حق» در سیستم‌های حقوقی مدرن جایگاه خاصی را به خود اختصاص داده و به صورت یک قاعده، قلمرو وسیعی یافته و مسائل متنوعی را در بر گرفته است.^۶ یقیناً یکی از مصادیق این قلمرو وسیع، اجرای رسمی حق از طریق اجرای حکم مدنی است.

۶-۱. هدف اجرای حکم مدنی

اگرچه موضوع دعوا، تثبیت حق خواهان توسط مرجع قضاوتی است، اما مقصود غایی از طرح دعوی یا مقصود بالاصاله آن «وصول حق» است. بنابراین هدف اجرای حکم مدنی نیز می‌تواند دستیابی محکوم‌له به حق شناخته‌شده او باشد. با توجه به

۱. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه: بخش قضایی، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ چهارم، ۱۳۸۷، ص. ۲۱۹.
۲. الحسینی المرافی، السید میر عبدالفتاح، العناوین، الجزء الثانی، قم، موسسه النشر الاسلامی، الطبعة الثانية، ۱۴۲۵ ق، ص. ۵۶۲؛ الروضة البهیه فی شرح المعه الدمشقیه، الجزء الثانی، قم، مجمع الفکر الاسلامی، الطبعة السادسة، ۱۴۳۲ ق، ص. ۲۶۰.
۳. فاضل موحدی لنگرانی، محمد، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله: القضاء و الشهادات، قم، مرکز فقه الاثمه الاطهار، الطبعة الثانية، ۱۴۲۷ ق، ص. ۳۸۹.
۴. خوانساری، محمد، منبع پیشین، ص. ۱۰۷.
۵. کاتوزیان، ناصر، مسئولیت مدنی، جلد نخست، نشر دانشگاه تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۷، ص. ۲۱۳.
۶. شهیدی، مهدی، «تجاوز از حق»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۴ - ۳۳، ۱۳۸۰، صص. ۶۳ - ۳۱.

اینکه در «اصل لزوم دادرسی منصفانه» سخن از «اجرای مؤثر آراء» است، باید با لحاظ دستیابی محکوم‌له به حق خود و توجه به متن اصل ۲۹ اصول دادرسی مدنی فراملی که اجرای سریع رأی صادره را از اصول دادرسی عادلانه دانسته است «دستیابی حداکثری محکوم‌له به حق تثبیت شده در حداقل زمان» را به عنوان هدف اجرای حکم مدنی دانست. بدیهی است که محکوم‌له جز به دسترسی به تمامیت حق خود در کوتاه‌ترین زمان نمی‌اندیشد. «غریزه اختصاص» نیز به روشنی این امر را تأیید می‌کند. اگر «رفع تنازع»، علت غایی قضا و دادرسی باشد^۱، این علت غایی جز با تحقق این هدف امکان‌پذیر نخواهد بود و باقی ماندن بخشی از حق و یا محرومیت از آن در طول زمان به هر میزان که باشد باعث بقای خصومت و تنازع خواهد بود.

۲. اصول مرتبط با ماهیت

پس از شناسایی ماهیت اجرای احکام مدنی و با در نظر گرفتن کلیه احکام ناظر بر اجرای حق که در نظام حقوقی به عنوان اصل یا قاعده پذیرفته شده‌اند، می‌توان اصولی متناسب با این ماهیت را شناسایی نمود. نموده‌های قانونی این اصول نیز مؤید وجود آنها در پیش‌فرض‌های قانون‌گذاری می‌باشد. البته بی‌گمان ترسیم مرز تشخیص هریک از اصول مرتبط با ماهیت یا هدف، قاطع نیست؛ زیرا ماهیت‌ها و نهادهای حقوقی از وجوه مختلفی برخوردارند که به اعتبار هریک از این وجوه می‌توانند در دسته‌ای مشخص قرار گیرند. اما به نظر می‌رسد آنچه در این قسمت به عنوان اصول مرتبط با ماهیت مطرح شده است، ارتباط روشن‌تری با ماهیت دارند.

۲-۱. اصل لازم‌الاجرا بودن حکم قطعی

حکمی که متضمن حقی تثبیت‌شده برای محکوم‌له است، اصولاً لازم‌الاجرا است. در این میان وصف قطعیت نیز برای نشان دادن تثبیت نهایی حق است. حق برای ذی‌حق ایجاد سلطه می‌نماید.^۲ از خصوصیات این سلطه امکان الزام نسبت به مفاد آن است. در تقسیم‌بندی‌های جدید از حق نیز می‌توان حق موضوع حکم دادگاه را از سنخ حق - ادعا^۳ دانست که همیشه با تکلیف همراه می‌باشند. بدین معنا که در این نوع از حق یک رابطه دوجانبه میان دو شخص وجود دارد که برای یکی استحقاق و برای دیگری تکلیف می‌آورد.^۴ تحلیل همین

۱. فاضل موحدی لنگرانی، محمد، منبع پیشین، ص. ۷.

۲. آل بحر العلوم، سید محمد، منبع پیشین، ص. ۱۳.

3. Claim-right.

۴. راسخ، محمد، «فلسفه حق»، در: حق و مصلحت، مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش، طرح نو،

چاپ سوم، ۱۳۸۷، ص. ۱۵۳.

رابطه متقابل حق و تکلیف نیز وصف لازم‌الاجرا بودن حکم مدنی می‌انجامد. لزوم «اجرای موثر آرا» نیز اقتضاء دارد که احکام قطعی لازم‌الاجرا باشند؛ به این معنا که محکوم‌له بتواند، در صورتی که محکوم‌علیه، طوعاً حکم دادگاه را اجرا ننماید، تحت حمایت قانون و به صورت قهری مدلول حکم را اجرا و حق شناخته‌شده را وصول نماید (ماده ۴۱ ق.ا.م). مفهوم ماده یک قانون اجرای احکام مدنی و برخی مقررات دیگر از جمله ماده ۴۲۴ ق.آ.د.م بر همین اصل دلالت دارد که متناسب با ماهیت اجرای حکم مدنی است. از آثار اصل لازم‌الاجرا بودن حکم قطعی این است که «هیچ مقام رسمی یا سازمان یا اداره دولتی نمی‌تواند حکم دادگاه را تغییر داده و یا از اجرای آن جلوگیری کند» (ماده ۸ ق.آ.د.م).

اصل لازم‌الاجرا بودن حکم قطعی، با همین عنوان در نظریه مشورتی شماره ۱۳۸۹/۶/۶-۷/۳۳۱۰ اداره کل حقوقی قوه قضاییه و در برخی نشست‌های قضایی نیز مورد اشاره قرار گرفته است که دلالت بر توجه رویه قضایی به این اصل و مفاد آن دارد.^۱ در نمونه‌هایی از آرای قضایی نیز این اصل مورد تصریح قرار گرفته است.^۲ رعایت این اصل در ماده ۵۷۶ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی به قید مجازات کیفری مورد تضمین واقع شده است.

ماده ۸ ق.آ.د.م به مواردی اشاره می‌کند که به موجب قانون، امکان جلوگیری از اجرای حکم دادگاه وجود دارد. این ماده قانونی اگرچه ظاهراً مخالف اصل لازم‌الاجرا بودن است، اما از آنجا که امکان جلوگیری را صرفاً به مجوز قانون احاله داده است می‌تواند مؤید و تقویت‌کننده این اصل تلقی شود. از سوی دیگر، توجه به مواردی که قانون اجازه جلوگیری از اجرای حکم را داده است به خوبی روشن می‌سازد که در این موارد با اقدامی که از سوی شخص یا اشخاص ذی‌نفع صورت گرفته است در حقیقت، ثبات حق شناخته‌شده به موجب حکم دادگاه مورد تعرض واقع شده و از این جهت حسب ضرورت می‌توان اجرای حکم را که ماهیتاً اجرای حق است، متوقف نمود. برای نمونه در اعتراض ثالث اگر امکان تأخیر اجرای حکم پیش‌بینی شده است (ماده ۴۲۴ ق.آ.د.م) به این لحاظ است که با اعتراض ثالث در حقیقت ثبات حقانیت محکوم‌له مورد تعرض قرار گرفته و اجرای این حق متزلزل ممکن است موجب ضرر و زیانی بشود که جبران آن ممکن نباشد. در اعاده دادرسی (ماده ۴۳۷ ق.آ.د.م) نیز به همین ترتیب حق

۱. معاونت حقوقی قوه قضاییه، مجموعه نظریات مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه در مسائل مدنی، جلد نخست، روزنامه رسمی کشور، ۱۳۹۳، ص. ۴۲۴؛ معاونت آموزش قوه قضاییه، مجموعه نشست‌های قضایی: مسائل آیین دادرسی مدنی، انتشارات جاودانه، ۱۳۸۷، صص. ۱۰۱۲ - ۱۰۰۰.
۲. حیاتی، علی‌عباس، اجرای احکام مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، میزان، ۱۳۹۰، ص. ۷۵.

شناخته شده مورد تردید واقع شده است. به این ترتیب می توان استثنای قانونی ناظر بر اصل لازم الاجرا بودن را نیز مرتبط با ماهیت اجرای حکم مدنی دانست.

۲-۲. اصل حاکمیت اراده محکوم له در اجرای حکم مدنی

بدیهی است که هر صاحب حقی بر حق خود مسلط است^۱ و همین سلطه به صاحب حق اختیار اجرای آن را می دهد. اجرای رسمی حق از طریق اجرای حکم مدنی نیز از همین حکم پیروی می کند که نشانه ها و آثار روشن آن در قانون اجرای احکام مدنی مشاهده می شود و می توان مجموع این احکام قانونی را برآمده از «اصل حاکمیت اراده محکوم له در اجرای حکم مدنی» دانست. این اصل در مراحل سه گانه شروع اجرا، چگونگی اجرا و ختم اجرا دارای آثاری است.

در شروع اجرا، به موجب ماده ۲ ق.ا.م، احکام دادگاه های دادگستری وقتی به موقع اجرا گذارده می شود که محکوم له یا نماینده یا قائم مقام قانونی او کتباً این تقاضا را از دادگاه بنماید. بدین ترتیب اراده محکوم له در شروع اجرا، حاکمیت مطلق دارد و تا زمانی که اراده به شروع اجرای حق ننماید، حکم صادره قابلیت اجرایی ندارد و اصولاً تقاضای صاحب حق را باید شرط اجرای رسمی حق که منجر به اعمال ولایت بر محکوم علیه می شود به شمار آورد.^۲

در چگونگی اجرا، اگرچه رعایت موازین و اصول از جمله اصل تشریفاتی بودن اجرای حکم مدنی، اجازه حاکمیت مطلق اراده محکوم له را نمی دهد، اما در این مرحله نیز اراده محکوم له دارای توان است؛ به گونه ای که به موجب ماده ۳۷ ق.ا.م محکوم له می تواند در نحوه اجرا ارائه طریق نماید و یا با محکوم علیه در خصوص نحوه اجراء به توافق برسد (ماده ۴۰ ق.ا.م).

در مورد خاتمه اجرا، همان گونه که شروع اجرای حق از طریق اجرای حکم مدنی با اراده محکوم له (ذی حق) است، ختم آن نیز با او خواهد بود. اراده محکوم له در ختم اجرا حاکمیت مطلق دارد. ختم اجرا اصولاً تزامنی با حقوق محکوم علیه یا شخص ثالث ندارد و از این رو قانون گذار در ماده ۲۴ ق.ا.م رضایت کتبی محکوم له را در تعطیل، توقیف، قطع یا تأخیر اجرای حکم دارای اثر تام دانسته است.

۲-۳. اصل لزوم مطابقت اقدامات اجرایی با مفاد حکم

بی گمان هیچ شخصی نمی تواند بیش از حقی که برای او به رسمیت شناخته شده است، مطالبه کند. بر همین مبنا از بدیهی ترین اصول اجرای احکام مدنی «لزوم مطابقت اقدامات اجرایی با مفاد حکم» است. مأمور اجرا در تمامی اقدامات اجرایی می بایست

۱. اصفهانی، محمدحسین، حاشیه کتاب المکاسب، الجزء الاول، قم، ذوی القربی، الطبعة الثالثة، ۱۴۳۱ ق، ص. ۴۱.

۲. محقق داماد، سیدمصطفی، منبع پیشین، ص. ۲۲۰.

به این اصل توجه تام داشته باشد. علاوه بر اینکه به موجب این اصل که برآمده از ماهیت حق است و از زیاده‌خواهی ذی‌حق و محکوم‌له جلوگیری می‌کند، تقلیل حق محکوم‌له نیز ممنوع است؛ زیرا هیچ‌کس نمی‌تواند بیش از حق خود بخواهد و البته نمی‌توان او را مجبور به پذیرش کمتر از حق یا تغییر حق نمود. این نیز خود از آثار «سلطنت بر حق» است. به این ترتیب با اجرای این اصل، هم حق محکوم‌له رعایت شده و هم محکوم‌علیه مکلف به اجرا یا پرداخت چیزی دیگر نخواهد بود. به نظر می‌رسد لزوم صدور اجراییه و ضرورت ذکر موضوع حکم در آن (ماده ۶ ق.ا.ا.م) برای رعایت همین اصل است زیرا برگ اجراییه راهنمای روشن مأموران اجرا در تطبیق دائمی اقدامات با موضوع حکم است. در حقیقت این اجراییه است که به وسیله قسمت اجرای دادگاهی که آن را صادر کرده است، به موقع اجرا گذاشته می‌شود (ماده ۱۹ ق.ا.ا.م).

اما این اصل نیز ظاهراً با استثناهایی مواجه شده است که یکی از آنها افزوده شدن هزینه‌های اجرایی به مفاد حکم است (مواد ۵۱، ۵۹ و ۱۵۰ ق.ا.ا.م). البته از آنجا که این هزینه در خصوص اجرای احکام، به نام و به نفع محکوم‌له وصول نمی‌شود، بلکه به موجب حکم قانون و به نفع دستگاه حاکمه اجرایی از محکوم‌علیه اخذ می‌شود، می‌توان گفت که این موارد استثنائی بر اصل نیستند، بلکه صرفاً اجرای حکم قانون برای وصول هزینه‌های اجرایی توسط خود اوست. دیگری مفاد ماده ۴۷ ق.ا.ا.م است که بدون اینکه تراضی بین محکوم‌له و محکوم‌علیه باشد یا تصمیمی از جانب دادگاه وجود داشته باشد، تغییر در مفاد اجرای حکم ایجاد می‌شود، به گونه‌ای که موجب تغییر مفاد حق محکوم‌له می‌شود. به موجب این ماده هرگاه محکوم‌به انجام عمل معینی باشد و محکوم‌علیه از انجام آن امتناع ورزد و انجام عمل توسط شخص دیگری ممکن باشد، محکوم‌له می‌تواند تحت نظر مأمور اجرا آن عمل را به وسیله دیگری انجام دهد و هزینه آن را مطالبه کند و یا بدون انجام عمل، هزینه لازم را به وسیله قسمت اجرا از محکوم‌علیه مطالبه نماید.

البته ماده ۴۷ ق.ا.ا.م، مفاد ماده ۲۳۸ قانون مدنی را به عنوان یک قاعده تکرار می‌کند؛ با این تفاوت که در این ماده امتناع محکوم‌علیه برای استفاده از دیگران به هزینه ملتزم کافی است، در حالی که در ماده ۲۳۸ قانون مدنی اجرای قاعده منوط به این است که اجبار ملتزم مقدور نباشد.^۱ اما به هر حال اگرچه مبنای ماهوی این ماده برآمده از ماده ۲۳۸ قانون مدنی است، استثنائی بر اصل لزوم مطابقت حکم و اجرا تلقی می‌شود که در اجرای آن باید به موضع نص اکتفا نمود.

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد چهارم، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۸۳، ص. ۷۴.

۲-۴. اصل احترام نسبت به اقدامات اجرایی

از عناصر ماهیت اجرای حکم مدنی، رسمی بودن آن است؛ به این معنا که حق شناخته شده به دلیل اضافه حکم حاکم از قدرت اجرایی برخوردار است و در همین جهت در جریان اجرا هیچ کس نمی تواند مانع اقدامات اجرایی شود (ماده ۸ ق.آ.د.م) و همه اشخاص، حتی اشخاصی که حقی برای خود قائل هستند، می بایست این اقدامات را محترم شمرده و نسبت به آن تمکین نمایند؛ زیرا حکم حاکم نسبت به هر کسی نافذ است.^۱ در حقیقت اگرچه نفس حق برای شخص ایجاد سلطه می نماید، اما اجرای این سلطه در موارد انکار و امتناع کسی که حق علیه اوست، نیازمند دستوری است که به این حق قدرت اجرایی رسمی می بخشد. حقی که توسط «من علیه الحق» اجرا نمی شود باید موضوع «تظلم» رسمی قرار گیرد و به اعتبار رسمی بودن آن اشخاص ثالث نیز مکلف به احترام و پذیرش اقدامات اجرایی هستند و نمی توانند مانع اقدامات اجرایی باشند (مفهوم ماده ۱۴۶ ق.ا.ا.م). بنابراین می توان اصل احترام نسبت به اقدامات اجرایی را نیز یکی از اصول مرتبط با ماهیت آن دانست، به گونه ای که تعرض اشخاص نسبت به اقدامات اجرایی به گونه ای که مانع اجرا آن باشد وضعیت استثنائی داشته و نیازمند نص قانونی است.

البته، اینکه اشخاص ثالث می بایست نسبت به اقدامات اجرایی احترام گذاشته و تعرضات و ادعاهای آنها مانع از اقدامات اجرایی نیست، در متن قوانین نیز با استثناهایی مواجه است. نخست آنکه بر مبنای مفاد ماده ۴۴ ق.ا.ا.م اگر عین محکوم به در تصرف کسی غیر از محکوم علیه باشد، این امر مانع اقدامات اجرایی نیست؛ مگر اینکه متصرف مدعی حقی از عین یا منافع آن بوده و دلایلی هم ارائه نماید. در این صورت مأمور اجرا یک هفته به او مهلت می دهد تا به دادگاه صلاحیت دار مراجعه کند. به این ترتیب با این ادعا که همراه با دلایل می باشد، ادعای شخص مانع انجام اقدامات اجرایی به صورت موقت می شود. دوم، در مواردی که شخص ثالث مستند به حکم قطعی یا سند رسمی که تاریخ آن مقدم بر تاریخ توقیف است، ادعایی مطرح می نماید که در این صورت نیز اقدامات اجرایی نسبت به آن مال مرتفع می شود (ماده ۱۴۶ ق.ا.ا.م).

۳. اصول مرتبط با هدف

بر مبنای هدف اجرای حکم مدنی که «دستیابی حداکثری محکوم له به حق شناخته شده در کمترین زمان» است نیز اصولی قابل شناسایی هستند که دستیابی به این هدف بر مبنای آنها میسر خواهد شد.

۱. خوئی، السید ابوالقاسم، کتاب القضاء، قم، موسسه النشر الاسلامی، التابعه لجامعه المدرسین، ۱۴۳۳ ق، ص. ۶.

۳-۱. اصل فوری بودن اجرای حکم مدنی

یکی از عناصر هدف اجرای حکم مدنی، دسترسی محکوم‌له به حق شناخته‌شده در کوتاه‌ترین زمان است. بر مبنای همین عنصر اجرای حکم باید به صورت فوری و بلافاصله پس از تقاضای اجرای آن از سوی محکوم‌له آغاز شود و از سوی دیگر دلیلی بر تأخیر وصول حق و اجرای حکم حاکم وجود ندارد. بنابراین باید اصل را بر فوری بودن اجرای حکم مدنی قرار داد. در متن نظریه مشورتی شماره ۷/۳۷۵۸ - ۱۳۸۵/۵/۲۱ اداره کل حقوقی قوه قضائیه «اصل فوری بودن اجرای احکام قطعی دادگاه‌ها» مورد اشاره قرار گرفته است.^۱ ماده ۵۰ ق.ا.ا.م نیز نمودی از اجرای این اصل در قانون است که به موجب آن مأمور اجرا باید پس از درخواست توقیف، بدون تأخیر، اقدام به توقیف اموال محکوم‌علیه نماید.

علی‌رغم لزوم فوریت شروع عملیات اجرایی پس از قطعیت و تقاضای اجرای آن توسط محکوم‌له، گاه قانون‌گذار با لحاظ رعایت منافع عمومی و اجتماعی اجرای آن را به تعویق می‌اندازد که می‌توان آنها را استثناء بر اصل یا به عنوان موانع اجرای رأی تلقی نمود.^۲ که از جمله در این موارد قابل مشاهده است:

الف - تعویق اجرای حکم در مورد محکومیت‌های دولت و شهرداری‌ها: اصولاً شخص یا شخصیت محکوم‌علیه در نحوه اجرای حکم قطعی لازم‌الاجرا تأثیری ندارد و ملاک در اجرای حکم مدنی، صدق عنوان «محکوم علیه» است و هر شخصی که مصداق این عنوان باشد، می‌توان حق شناخته‌شده را علیه او اجرا نمود. از این رو تفاوتی بین اشخاص حقوق عمومی و خصوصی وجود ندارد و محکوم‌علیه در هر دو حوزه تابع احکام یکسانی هستند. از سوی دیگر اصل تساوی اشخاص در برابر قانون و دادگاه ایجاب می‌کند که همه اشخاص و حتی دولت که از اشخاص حقوق عمومی است بر دیگر اشخاص امتیازی نداشته باشد و با آنان برابر باشد.^۳ بالتبع، همین تساوی در آخرین مرحله دادرسی یعنی اجرای حکم نیز تداوم خواهد داشت؛ به گونه‌ای که می‌توان از اصل وحدت احکام اشخاص حقوق عمومی و حقوق خصوصی در اجرای احکام نیز نام برد. اما بنا به مصالح اجتماعی و عمومی و به ویژه به جهت رعایت اصل استمرار خدمات عمومی قانون‌گذار با ایجاد استثناء بر اصل فوریت اجرای احکام قطعی، امکان تأخیر اجرای حکم علیه دولت و شهرداری‌ها را فراهم نموده است. این احکام در طول زمان در قوانین مختلف مورد تصویب قانون‌گذار قرار گرفته است که روشن‌ترین آنها در دو قانون

۱. نهرینی، فریدون، ایستایی اجرای حکم دادگاه، گنج دانش، ۱۳۹۲، ص. ۹.

۲. خدابخشی، عبدالله، حقوق حاکم بر اجرای آرای مدنی، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳، ص. ۵۲۶.

۳. صدرزاده افشار، سید محسن، منبع پیشین، ص. ۴۲۳.

نحوه پرداخت محکوم به دولت و عدم تأمین و توقیف اموال دولتی مصوب ۱۳۶۵/۵/۱۵ و ماده واحده قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیر منقول متعلق به شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۱/۲/۱۴ آمده است. بی‌گمان با توجه به اینکه این احکام خلاف اصل است، می‌بایست صرفاً در موضع نص قانونی مورد عمل قرار گیرند.

ب - تعویق اجرای حکم به لحاظ رعایت انصاف یا مصالح اجتماعی: گاه قانون‌گذار بنا بر مصالح اجتماعی، و در مفهومی عام‌تر که زمینه‌هایی از رعایت انصاف در آنها دیده می‌شود، مجوز تأخیر شروع عملیات اجرایی را به مجریان اعطاء می‌نماید. از جمله آنها ماده ۱۳ آئین‌نامه اجرایی قانون روابط موجر و مستأجر، مصوب ۱۳۷۸/۲/۱۹ است. ظاهراً مواردی نیز به عنوان استثنا بر این اصل در برخی قوانین پراکنده دیده می‌شود که غالباً مصداقی از استثنا بر اصل تداوم عملیات اجرایی است.^۱

ب - تعویق اجرای حکم بنا بر مصونیت قضایی ناشی از ملاحظات بین‌المللی: گاه ممکن است اجرای فوری احکام مدنی بنابر ملاحظات و تعهدات بین‌المللی رعایت نشده و اجرای حکم به تعویق افتد. می‌توان این موارد را مصداقی از حکومت لاضرر بر تسلیط دانست. از جمله در قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون وین راجع به نمایندگی دول در روابط خود با سازمان‌های بین‌المللی مصوب ۱۳۶۷/۴/۲۸ به صراحت در بند ۲ ماده ۳۰ و بند ۲ ماده ۶۰ آن، انجام اقدامات اجرایی علیه رئیس مأموریت یا کارمندان دیپلماتیک مأموریت ممنوع شده و اجرای آنها به رعایت مصونیت و سایر شرایط مذکور در متن این کنوانسیون گردیده است.

۳-۲. اصل تداوم عملیات اجرایی حکم مدنی

بر مبنای هدف وصول حق در کوتاه‌ترین زمان، مأمور اجرا پس از شروع به اجرا نباید اجرای حکم را متوقف نماید یا آن را به تأخیر اندازد، مگر به دلایل قانونی و عملیات اجرایی حکم تا زمان اجرای کامل آن و وصول حق به محکوم‌له باید ادامه یابد. بر همین اساس می‌توان لزوم تداوم عملیات اجرایی را به عنوان یکی از اصول مرتبط با اجرای احکام مدنی در نظر گرفت. به تعبیر برخی از حقوق‌دانان از اصل دوام و استمرار عملیات اجرایی حکم تا زمان اجرای کامل آن یاد نمود.^۲

در ارتباط با این اصل و کارآمدی آن، پرسشی که در عمل پیش آمده، این است که ناظر بر استمهال محکوم‌علیه برای پرداخت محکوم‌به، بدون موافقت محکوم‌له است که علاوه بر اتفاق نظر قضات نشست قضایی، کمیسیون مربوط نیز به استناد

۱. خدابخشی، عبدالله، منبع پیشین.

۲. نهرینی، فریدون، منبع پیشین.

ماده ۲۴ ق.ا.ا.م قبول استمهال محکوم‌علیه برای پرداخت محکوم‌به، بدون موافقت محکوم‌له را ممنوع و فاقد وجاهت دانسته است.^۱ ماده ۲۴ ق.ا.ا.م بر مبنای همین اصل مقرر می‌دارد که مأمور اجرا بعد از شروع به اجرا نمی‌تواند اجرای حکم را تعطیل یا توقیف یا قطع نماید یا به تأخیر اندازد، مگر به موجب قرار دادگاهی که دستور اجرای حکم را داده یا دادگاهی که صلاحیت صدور و دستور تأخیر اجرای حکم را دارد. البته تداوم عملیات اجرایی حکم نیز ممکن است با استثناهایی مواجه شود که به دلالت ماده ۲۴ ق.ا.ا.م این استثنایها صرفاً با واسطه صدور دستور قضایی (قرار) از ناحیه دادگاهی که دستور اجرای حکم را داده یا دادگاهی که صلاحیت صدور دستور تأخیر اجرای حکم را دارد امکان‌پذیر است. این موارد نیازمند نص قانونی است. مفهوم ماده ۴۴ و ۱۴۶ ق.ا.ا.م نیز دلالت دارد که در موارد موضوع این دو ماده و با تحقق شرایط آن، مأمور اجرا می‌تواند بدون صدور قرار دادگاه نیز عملیات اجرایی حکم مدنی را متوقف یا نسبت به موضوع خاص آن را مرتفع کند.

۳-۳. اصل موسع بودن اجرای حکم مدنی

«دستیابی حداکثری محکوم‌له به حق شناخته‌شده» از عناصر هدف اجرای حکم مدنی است، بنابراین اجرای حکم مدنی تا دسترسی به این هدف با هیچ مانعی روبرو نخواهد بود. بر همین مبنا و در احکام با موضوع مالی چنانچه محکوم‌به عین معین باشد، این عین در هر محلی و نزد هر شخصی باشد باید به محکوم‌له تحویل شود (ماده ۴۲ ق.ا.ا.م)، زیرا اگر عین محکوم‌به در تصرف کسی غیر از محکوم‌علیه باشد، این امر مانع اقدامات اجرایی نیست (ماده ۴۳ ق.ا.ا.م). همچنین در مواردی که محکوم‌به عین معین نیست، هر مال متعلق به محکوم‌علیه می‌تواند موضوع اجرای حکم مدنی و دسترسی محکوم‌له به حق باشد. مفهوم مستثنیات دین که در ماده ۲۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ و ماده ۶۵ ق.ا.ا.م به آن تصریح شده، بهترین دلیل بر وجود اصل موسع بودن اجرای حکم مدنی است؛ زیرا بر مبنای مفهوم مستثنیات دین اصل بر این است که هر مالی می‌تواند موضوع اجرای حکم مدنی قرار گیرد و استثنای مالی از مقررات اجرای حکم مدنی خلاف اصل است که نیاز به تصریح دارد.^۲ از دیگر سو، موسع بودن نه تنها اموال محکوم‌علیه را دربرمی‌گیرد، بلکه مال معرفی‌شده در هر مکانی باشد می‌تواند موضوع اجرای حکم مدنی قرار گیرد. حتی اگر مال معرفی‌شده در جایی باشد که در آن بسته باشد و از باز کردن آن خودداری نمایند، مأمور اجرا با حضور مأمور نیروی انتظامی اقدام لازم برای باز کردن در و توقیف مال را انجام خواهد داد (ماده ۶۴ ق.ا.ا.م). اطلاق

۱. معاونت آموزش قوه قضاییه، منبع پیشین، ص. ۱۰۲۰.

۲. حیاتی، علی‌عباس، منبع پیشین، ص. ۱۷۷.

ماده ۴۹ ق.ا.م از این جهت که محکوم‌له می‌تواند درخواست کند که از مطلق اموال محکوم‌علیه معادل محکوم‌به توقیف گردد نیز بر مبنای اصل موسع بودن اجرای حکم مدنی است. همچنین اطلاق ماده ۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ از حیث اینکه هر مالی که از محکوم علیه در دسترس باشد، می‌توان حکم را نسبت به آن اجرا نمود نیز بر اساس همین اصل استوار است. یکی از حقوق‌دانان در این خصوص بیان می‌دارد: «اصولاً کلیه اموال محکوم‌علیه وثیقه محکومیت او به شمار می‌رود و دارایی محکوم علیه اعم از اینکه پیش از صدور حکم دارا بوده یا پس از آن دارا شده باشد در مقابل طلب بستانکار قابل توقیف است».^۱ بنابراین همه اموال محکوم‌علیه قابل بازداشت است و به تعبیر یکی از اساتید، هیچ کجا برای مأمور اجرا ممنوع‌الورود نیست، جز جایی که قانون‌گذار ممنوع کند. در یکی از نشست‌های قضایی، تلویحاً به این اصل اشاره شده است. در متن نظریه اقلیت این نشست آمده است که «اصل بر این است که جهت اجرای حکم نسبت به توقیف اموال منقول و غیر منقول محکوم علیه می‌توان اقدام کرد».^۲

اصل موسع بودن نیز با توجه به نوع حق شناخته‌شده در متن حکم و همچنین رعایت اصول دیگر از جمله اصل احترام به شخصیت اجتماعی انسان‌ها که از شئون حق حیات می‌باشد، با استثناهایی مواجه شده است.

نخست، اگر محکوم‌به عین معین باشد در واقع حق شناخته‌شده از سنخ حق عینی است که به طور مستقیم و بی‌واسطه نسبت به عین محکوم‌به ایجاد شده است. بنابراین از آنجا که حق عینی به طور مستقیم بر موضوع خود اعمال می‌شود،^۳ محکوم‌له نمی‌تواند حق خود را از سایر اموال محکوم‌علیه وصول کند. زیرا ماهیت اجرای حکم مدنی اجرای رسمی حق است و محکوم‌له نمی‌تواند به غیر از آن موضوع به اموال محکوم‌علیه که در سلطه اوست تجاوز کند (ماده ۴۲ ق.ا.م). مگر اینکه با تراضی طرفین (محکوم‌له و محکوم‌علیه) یا تصمیم دادگاه حق معین تبدیل به حق دیگری بشود که با توجه به کلیت آن حق بتوان هر مالی از محکوم‌علیه را موضوع اجرای حکم مدنی قرار داد. ماده ۴۶ ق.ا.م نیز بر همین مبنا مقرر داشته است: «اگر محکوم‌به، عین معین بوده و تلف شده و یا به آن دسترسی نباشد، قیمت آن با تراضی طرفین و در صورت عدم تراضی به وسیله دادگاه تعیین و طبق مقررات این قانون از محکوم‌علیه وصول می‌شود». دوم، حقوق مستخدمان که جزء اموال محکوم‌علیه محسوب می‌شوند، از لحاظ رعایت اصول حقوقی مرتبط با شئون انسانی از اصل موسع بودن اجرای حکم مدنی

۱. صدرزاده افشار، سید محسن، منبع پیشین، ص. ۴۵۱.

۲. معاونت آموزش قوه قضائیه، منبع پیشین، ص. ۱۰۳۰.

۳. کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، دادگستر، ۱۳۷۶، ص. ۷.

استثنا شده‌اند. قانون‌گذار در ماده ۹۶ ق.ا.ا.م نسبت به اجرای حکم مدنی در خصوص حقوق مستخدمان محدودیت‌هایی ایجاد نموده است.

سوم، استثنای دیگر اصل موسع بودن، مستثنیات دین است که در حقیقت مبنای این مستثنیات نیز رعایت اصول حقوقی و اخلاقی مرتبط با شئون انسانی است. در یکی از نشست‌های قضایی نیز کمیسیون مربوط، به روشنی و درستی فلسفه تدوین مواد مرتبط با مستثنیات دین را رعایت نیاز شخصی افراد به مسکن و رعایت شئون اجتماعی محکوم‌علیه دانسته است.^۱

۳-۴. اصل تشریفاتی بودن اجرای حکم مدنی

ممکن است شخص در مقام اجرای حق خویش نیز مرتکب تقصیر شود و گاه این توهّم برای صاحب حق ایجاد می‌شود که در چگونگی انتفاع از آن آزاد است و وجود حق برای مشروع ساختن هر اقدامی کفایت می‌کند.^۲ بنابراین باید چارچوب مشخصی برای اجرای هر حقی تبیین و از سوءاستفاده از حق جلوگیری شود، زیرا هر حقی باید با لحاظ ماهیت اجتماعی آن اجرا شود. از این رو از آنجا که ماهیت اجرای حکم مدنی نیز اجرای حق است باید کلیه لوازم اجرای حق مراعات گردد. به تعبیر یکی از حقوق‌دانان، «شایسته نیست که محکوم‌له اجرای حق خود را به سخت‌ترین وضعی تعقیب کند و محکوم‌علیه را مستأصل نماید».^۳ از این رو قانون‌گذار نیز با ملاحظه ماهیت اجرای احکام مدنی و لوازم اجرای حق، بسیاری از مقررات قانون اجرای احکام مدنی را به بیان تشریفات اجرای احکام اختصاص داده است تا مانع تجاوز محکوم‌له به حقوق محکوم‌علیه یا سایر اشخاص در مقام اجرای حق و همچنین مانع همین تجاوز توسط مأموران رسمی در مقام اعمال قدرت حاکمیت در اجرای رسمی حق محکوم‌له باشد. این تشریفات به صورت تفصیلی در مقررات قانونی مورد تصریح قرار گرفته و همین امر نشان از وجود زمینه مستحکم در لزوم رعایت این تشریفات در اندیشه قانون‌گذار دارد که بر مبنای آن می‌توان از اصلی به عنوان اصل تشریفاتی بودن اجرای حکم مدنی نام برد.

روشن‌ترین جلوه اصل تشریفاتی بودن، لزوم صدور اجراییه در آغاز عملیات اجرایی (ماده ۴ ق.ا.ا.م) و چگونگی تنظیم اجراییه است (ماده ۶ ق.ا.ا.م) که از ضمانت اجرای ابطال اجراییه، تصحیح اجراییه و الغای عملیات اجرایی نیز برخوردار است (ماده ۱۱ ق.ا.ا.م). برای نمونه لزوم برگزاری مزایده نیز از سنخ تشریفاتی است که قانون‌گذار برای رعایت حال محکوم‌علیه و جلوگیری از بروز تقصیر در اعمال حق توسط محکوم‌له وضع نموده است.

۱. معاونت آموزش قوه قضاییه، منبع پیشین، ص. ۹۳۵.

۲. کاتوزیان، مسئولیت مدنی، منبع پیشین، ص. ۱۳۸۷.

۳. صدرزاده افشار، سید محسن، منبع پیشین، ص. ۴۰۴.

نتیجه‌گیری

نظم حقوقی در هر موضوع خاص بر پایه اصولی استوار است. شناسایی این اصول، که مبنای ایجاد این نظم حقوقی هستند، علاوه بر اینکه می‌تواند شاخصی بر آسیب‌شناسی و اصلاح مقررات مرتبط باشد، در عمل نیز موجب رفع تردید می‌شود و از این جهت دادرسان و مجریان را یاری خواهد رساند. شناسایی اصول در یک نظم حقوقی خاص که می‌توان در ارتباط با «اصول کلی نظام حقوقی» آنها را «اصول جزئی در نظم حقوقی خاص» نامید، با شناخت ماهیت موضوع و هدف از آن امکان‌پذیر است. در مسیر شناسایی ماهیت و هدف نیز توجه به «اصل کلی» مرتبط با آن نظم حقوقی خاص مفید است. این نوشتار با تحقیق در موضوع اجرای احکام مدنی به عنوان یک «نظم حقوقی خاص» به نتایج ذیل دست یافته است:

الف - اصل کلی مرتبط با اجرای احکام مدنی «لزوم دادرسی منصفانه» می‌باشد که «اجرای موثر رأی» یکی از مؤلفه‌های آن است.

ب - ماهیت اجرای حکم مدنی، «اجرای رسمی حق» است.

پ - هدف از اجرای حکم مدنی «دست‌یابی حداکثری محکوم‌له (ذی حق) به محکوم‌به (حق شناخته‌شده) در کمترین زمان» است.

ت - در شناخت مصادیق اصول مرتبط با هریک از دو عنوان ماهیت و هدف در این نظم حقوقی خاص باید به سایر موازین مرتبط به آن در کل نظام حقوقی موضوع مطالعه توجه نمود. از جمله اینکه منع سوءاستفاده از حق و اصل چهلم قانون اساسی باید در تبیین مصادیق اصول ناظر بر اجرای احکام مدنی مورد توجه قرار گیرد.

ث - با لحاظ تمام این موارد، اصولی مرتبط با ماهیت و هدف اجرای احکام مدنی در این نوشتار معرفی و حتی‌المقدور جلوه‌های ظهور این اصول در رویه قضایی نیز نشان داده شده است. هریک از این اصول می‌تواند موضوع تحقیق تفصیلی قرار گیرد.

منابع

- آل بحر العلوم، سید محمد، بلغه الفقیه، الجزء الاول، قم، مکتبه الصادق، الطبعة الرابعة، ۱۴۰۳ ق.
- انصاری، مسعود؛ طاهری، محمدعلی؛ و کورش استوار سنجری، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد نخست، انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۴.
- انوری، حسن، فرهنگ بزرگ سخن، جلد نخست، نشر سخن، چاپ سوم، ۱۳۸۶.
- اصفهانی، محمدحسین، حاشیه کتاب مکاسب، الجزء الاول، قم، ذوی القربی، الطبعة الثالثة، ۱۴۳۱ ق.
- امامی، محمد؛ و کوروش استوارسنجری، حقوق اداری، جلد نخست، میزان، چاپ پانزدهم، ۱۳۹۱.
- جعفری تبار، حسن، مبانی فلسفی تفسیر حقوقی، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد نخست، گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۸۸.
- _____، فلسفه اعلی در علم حقوق، گنج دانش، ۱۳۸۲.
- _____، اندیشه و ارتقاء: یکصدویک مقاله در علم ماهیت‌شناسی حقوقی، گنج دانش، ۱۳۸۷.
- حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح، العناوین، الجزء الثاني، قم، موسسه النشر الاسلامی، الطبعة الثانية، ۱۴۲۵ ق.
- حیاتی، علی‌عباس، اجرای احکام مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، میزان، ۱۳۹۰.
- خدابخشی، عبدالله، حقوق حاکم بر اجرای آرای مدنی، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳.
- خوانساری، محمد، منطق صوری، جلد نخست، چاپ چهل و چهارم، نشر دیدار، ۱۳۹۰.
- خویی، السید ابوالقاسم، کتاب القضاء، قم، موسسه النشر الاسلامی، التابعة لجامعه المدرسين، ۱۴۳۳ ق.
- راسخ، محمد، «فلسفه حق»، در: حق و مصلحت، مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش، طرح نو، چاپ سوم، ۱۳۸۷.
- شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، دوره پیشرفته، جلد نخست، انتشارات دراک، چاپ ششم، ۱۳۸۳.
- _____، آیین دادرسی مدنی، دوره پیشرفته، جلد دوم، انتشارات دراک، چاپ پنجم، ۱۳۸۳.

- شهیدی، مهدی، «تجاوز از حق»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۴-۳۳، ۱۳۸۰.
- صادقی، محسن، اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، نشر میزان، ۱۳۸۴.
- صدرزاده افشار، سید محسن، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی دادگاه‌های عمومی و انقلاب، جهاد دانشگاهی، چاپ پنجم، ۱۳۷۹.
- عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالک الافهام، الجزء الثالث عشر، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۸ ق.
- _____، الروضه البهیة فی شرح المعه الدمشقیه، الجزء الثاني، قم، مجمع الفکر الاسلامی، الطبعة السادس، ۱۴۳۲ ق.
- علیزاده، عبدالرضا، مبانی رویکرد اجتماعی به حقوق: جستاری در نظریه‌های جامعه‌شناسی حقوق و بنیادهای حقوق ایران، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۷.
- فاضل موحدی لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله: القضاء و الشهادات، قم، مرکز فقه الاثمه الاطهار، الطبعة الثانية، ۱۴۲۷ ق.
- فضائلی، مصطفی، دادرسی عادلانه در محاکمات کیفری بین‌المللی، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۹.
- کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، دادگستر، ۱۳۷۶.
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد چهارم، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۸۳.
- _____، مسئولیت مدنی، جلد نخست، نشر دانشگاه تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۷.
- _____، فلسفه حقوق، جلد نخست، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۸۵.
- _____، فلسفه حقوق، جلد دوم، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۸۵.
- لاگلین، مارتین، مبانی حقوق عمومی، ترجمه محمد راسخ، نشر نی، ۱۳۸۸.
- محسنی، حسن، اداره جریان دادرسی مدنی بر پایه همکاری و در چارچوب اصول دادرسی، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹.
- محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه: بخش قضایی، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ چهارم، ۱۳۸۷.
- معاونت آموزش قوه قضاییه، مجموعه نشست‌های قضایی: مسائل آیین دادرسی مدنی، انتشارات جاودانه، ۱۳۸۷.
- معاونت حقوقی قوه قضاییه، مجموعه نظریات مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه در مسائل مدنی، جلد نخست، روزنامه رسمی کشور، ۱۳۹۳.
- موحد، محمدعلی، در هوای حق و عدالت، از حقوق طبیعی تا حقوق بشر، نشر کارنامه، چاپ دوم، ۱۳۸۴.

-
- مؤسسه حقوق امریکا و مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی، اصول و قواعد آیین دادرسی فراملی، ترجمه مجید پوراستاد، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۷.
 - مهاجری، علی، شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی، انتشارات فکرسازان، ۱۳۸۳.
 - نهرینی، فریدون، ایستایی اجرای حکم دادگاه، گنج دانش، ۱۳۹۲.

توازن میان حقوق متهم و بزه‌دیده در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و اسناد بین‌المللی

جعفر کوشا*

مصطفی پاک‌نیت**

چکیده

قانون جدید آیین دادرسی کیفری علی‌رغم ایراداتی که به لحاظ نظری دارد و اشکالاتی که ممکن است در عمل به بار بیاورد، سعی نموده است که نسبت به مقررات سابق دادرسی کشورمان، نگاه یکسانی را به حقوق متهم و بزه‌دیده داشته باشد. به این منظور تضمین‌هایی را مقرر نموده است که تحقق این مهم را در عالم واقع میسر نماید. از یک سو با مقرر نمودن تضمین‌های عام و کلی، در صدد حمایت از طرفین شکایت کیفری بر آمده و از سوی دیگر تضمین‌های متناسب با وضعیت هریک از طرفین، به آنها اختصاص داده است. اما به نظر می‌رسد که با همه تلاشی که قانون‌گذار دادرسی کیفری نموده است، نتوان امید زیادی به تحقق تعادل و توازن میان حقوق طرفین یک شکایت کیفری داشت؛ زیرا اولاً تحقق این مهم علاوه بر وجود مقررات مزبور به شدت وابسته به بهره‌مندی از مجموعه‌ای فرهیخته، متشکل از قضات و سایر دست‌اندرکاران رسیدگی به شکایت کیفری است، تا بتوانند قوانین را به صورت متناسبی اجرا نمایند و حال آنکه نظام قضایی ما به شدت از این نظر دچار مشکلاتی است که مجال پرداختن به آن نیست. ثانیاً ساختار عدالت کیفری مانع از توازن میان حقوق هریک از طرفین است. لذا به نظر می‌رسد که کاربست عدالت ترمیمی بتواند تا حد زیادی بین منافع بزه‌دیده و جامعه و نیازهای متهمان و بزه‌کاران توازن و تعادل برقرار نماید.

کلیدواژه‌ها: قانون آیین دادرسی کیفری، حقوق دفاعی متهم، اصل برائت، حمایت از بزه‌دیده، توازن حق‌ها.

j_kousha@sbu.ac.ir

* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

** دانش‌آموخته دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

mostafapakniat@gmail.com

تاریخ دریافت: ۹۳/۰۷/۱۹ تاریخ پذیرش: ۹۳/۱۱/۱۴

با تکامل تدریجی دولت‌ها و ایجاد قوانین و مقررات، به تدریج موقعیت بزه‌دیدگان رو به افول نهاد. آغاز اقتدار دولت‌ها، موقعیت حقوقی بزه‌دیدگان را تحت‌الشعاع قرار داد و آن‌گونه که نیل کریستی در مقاله خویش تحت عنوان «اختلاف‌ها به مثابه دارایی^۱» بیان می‌دارد: «اختلاف‌ها از دست کسانی که مستقیماً با آن درگیر بوده‌اند، خارج شده و به این وسیله یا ناپدید گردیده و یا به تملک افراد دیگری در آمده‌اند^۲». دولت به نمایندگی از بزه‌دیده اقدام می‌کند و تا حدود زیادی بزه‌دیده در بیشتر جریان رسیدگی، به خارج از این فرآیند رانده می‌شود تا حدود نیمه نخست سده بیستم، بزه‌دیده عنصری فراموش‌شده در فرآیند اجرای عدالت بود. در اثر تلاش‌های نهادهای حقوق بشری، حمایت از حقوق متهم و حفظ آزادی‌ها و حق دفاع وی جز و اهداف آیین دادرسی قرار گرفت و آیین دادرسی کیفری صحنه چالش میان حفظ نظم و امنیت عمومی و حراست از حقوق بشر و آزادی‌های فردی با تمرکز بر متهم قرار گرفت و عدالت کیفری بزهکار مدار با بینش انسان‌مدارانه، اجرای عدالت را در واکنش علیه بزهکار جست‌وجو می‌کرد. باری به دنبال جنبش‌های حمایت از بزه‌دیده و سر برآوردن حقوق بزه‌دیده بر پایه مفهوم رفتار منصفانه^۳، بزه‌دیده نیز به عنوان یکی از اطراف دعوا، به رسمیت شناخته شد و حمایت از وی در برابر بزهکار به دغدغه اصلی نظام عدالت کیفری تبدیل شد.

قانون جدید آیین دادرسی کیفری علی‌رغم برخی از اشکال‌ها و ایرادهای مترتب بر آن، برخوردار از جنبه‌ها و نکات امیدوارکننده بسیاری درخصوص رعایت حقوق شهروندی، حقوق دفاعی متهم، حقوق بزه‌دیده و تضمین‌های تحقق دادرسی عادلانه و منصفانه است و اگر دچار تغییرات کلی و جدی نشود، می‌تواند در تضمین حقوق شهروندی و اساسی مردم مؤثر و نقش‌آفرین گردد. یکی از موضوعاتی که از جمله نکات مثبت قانون فوق است، ایجاد توازن میان حقوق متهم و بزه‌دیده است، که در این مقاله به آن می‌پردازیم. ابتدا ضرورت توازن میان حقوق متهم و بزه‌دیده و سپس مبانی آن مورد بحث قرار می‌گیرد و آن‌گاه تضمین‌های کلی و اختصاصی رعایت این توازن در فرآیند دادرسی کیفری بررسی می‌شود.

1. Conflicts as property

۲. کریستی، نیل، «اختلاف‌ها به مثابه دارایی»، ترجمه حسین غلامی، مجله فقه و حقوق، شماره ۸، بهار ۱۳۸۵، ص. ۱۷۰.

۳. برای اطلاعات بیشتر، ر.ک: پاک‌نیت، مصطفی، رفتار منصفانه نسبت به بزه‌دیده در مقررات دادرسی کیفری ایران و اسناد بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹.

۱. ضرورت توازن میان حقوق متهم و بزه‌دیده

حقوق بشر متضمن گزاره‌هایی هنجارمند است که انسان را به صرف انسان بودن، برخوردار از آنها می‌داند.^۱ اگرچه امروزه به موازات پیچیده‌تر شدن جوامع، برخی مفاهیم همچون حقوق بشر نیز دچار تحول شده‌اند. در گذشته، حقوق بشر بیش از هر چیز به معنای حقوق سیاسی و شهروندی کلاسیک بود، از جمله حق مصونیت جسمی یا حق آزادی عقیده و بیان؛ اما امروزه این مفهوم گسترش یافته است و دربرگیرنده حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز هست. در گستره‌ای از نظام‌های عدالت کیفری، حمایت‌ها و خدمات قابل دسترسی برای بزه‌دیدگان در معرض اصلاحات عمده‌ای قرار گرفته‌اند که منجر به حمایت‌های فراوان قانونی و فراقانونی گردیده است. به عنوان نمونه، اگر در گذشته بزه‌دیدگان را به عنوان ذی‌نفع یا دریافت‌کننده خدمات ارائه‌شده توسط دولت به حساب می‌آوردیم، هم‌اکنون بزه‌دیدگان تشویق می‌شوند و حتی ملزم می‌شوند که وارد فرآیند تصمیم‌گیری و تعیین مجازات شوند و شرایط کنونی عدالت کیفری، منافع بزه‌دیده را در هر تصمیم‌گیری، مدنظر قرار می‌دهد. رفتار منصفانه، در واقع برجسته‌ترین و بارزترین نماد حقوق بزه‌دیده محسوب می‌شود که برای نخستین بار در اعلامیه سازمان ملل متحد راجع به اصول بنیادی عدالت برای بزه‌دیدگان و قربانیان سوءاستفاده از قدرت مصوب ۱۹۸۵ تجلی یافت. در این اعلامیه مقررات ناظر به دسترسی بزه‌دیده به عدالت، مشارکت در فرآیند دادرسی کیفری، جبران و خدمات برای بزه‌دیده مدنظر قرار گرفته است که توجه به آن مستلزم ایجاد مقررات ویژه در دادرسی کیفری است. اما امروزه ایجاد تعادل بین حقوق متهم و بزه‌دیده و بازسازی روابط بین آنها بسیار ضروری است؛ به‌ویژه از آن جهت که در این چند سال اخیر قدرت عمومی و سیاسی همواره به بهانه‌های ایجاد نظم و امنیت یا شرایط اضطراری، به محدود نمودن این حوزه و حتی نادیده انگاشتن آن مبادرت کرده است. امروزه دموکراسی‌های لیبرال مدرن شاهد گستره‌ای از تحولات گیج‌کننده در چارچوب رژیم کنترل هستند.^۲ قواعد حقوق بشر بین‌المللی صراحتاً می‌پذیرد که وضعیت‌های اضطراری وجود دارند که در آن بعضی تضمین‌های حقوق بشری بین‌المللی در طی دوره بحرانی قابل تعلیق است. به عنوان مثال ماده ۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۹۶۶، ماده ۲۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب ۱۹۴۸، ماده ۱۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر ۱۹۵۰، ماده ۲۷

1. Donnelly, Jack, Universal Human Rights in Theory and Practice, Cornell University Press, 2013, p. 10.
2. Rose, Nikolas, "Government and Control", British Journal of Criminology, No.40, 2000, p. 321.

کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر ۱۹۶۹، بند الف ماده ۴ منشور عرب ۱۹۹۴، به نظام تعلیق حقوق بشر می‌پردازند که دولت‌ها به شرط اثبات وجود شرایط پیش‌بینی‌شده می‌توانند از این نظام برای مبارزه مؤثر با تروریست‌ها استفاده کنند.

در طول سی سال گذشته نرخ بالای ارتکاب جرم در جوامع حتی کشورهای غربی، تبدیل به یک واقعیت و خصیصه زندگی اجتماعی شده است. این وضعیت سبب شده است که سیاست کیفری کشورها منطبق با الگوی کنترل جرم^۱ پیش رود. الگویی که نظریه پرداز آن «هربرت پاکر»^۲ بر گزاره‌ای مبتنی است که مهم‌ترین کارکرد فرآیند کیفری را سرکوب رفتار مجرمانه می‌داند.^۳ در واقع حمایت از حقوق بزهدیده پوشش مناسبی برای حاکمیت الگوی کنترل جرم و گسترش منطق جنگ علیه بزهدیده گردیده است که امروزه به جرأت می‌توان گفت که پیوند نزدیکی بین جنگ برای بزهدیدگان و جنگ علیه بزهدیکاران وجود دارد.^۴ اگرچه تأکید بر حقوق بزهدیده در این جنگ، تنها استفاده ابزاری دارد و بهانه‌ای برای سرکوب متهمان شده است.

۲. اصل برابری سلاح‌ها به مثابه مبنایی برای توازن میان حقوق متهم

و بزهدیده

برخی نویسندگان معتقدند که ریشه این اصل برگرفته از نظام حقوقی آنگلو ساکسون‌ها، که یک نظام دادرسی اتهامی است، می‌باشد.^۵ در این نظام در واقع طرفین درگیر یک مبارزه می‌شوند و می‌بایست مجهز به سلاح‌های برابر می‌باشند تا این پیکار یک نبرد منصفانه باشد. هر چند این نبرد برابر ممکن است نامعلوم تمام شود و یا به مرگ هر دو بیانجامد. در واقع جوهره مفهوم اصل برابری سلاح‌ها این تفکر است که می‌بایست با طرفین به شیوه‌ای رفتار شود که اطمینان حاصل شود، آنها از موقعیت برابر در سراسر روند دادرسی برخوردار بوده‌اند. بند ۱ ماده ۱۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی بیان داشته است که «همه افراد در مقابل دادگاه‌ها و محاکم برابرند. هرکسی حق دارد که دادخواهی او عادلانه و علنی در دادگاهی صلاحیت‌دار، مستقل و بی‌طرف و تشکیل شده مطابق قانون رسیدگی شود.» اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری در بند

1. Crime Control Model

2. Herbert Packer

3. Packer, Herbert, "Two Models of the Criminal Process", University of Pennsylvania Law Review, vol. 113, No. 1, Nov. 1964, p. 9.

4. Dirk Dubber, Markus, Victims in the War on Crime: the Use and Abuse of Victims Rights, New York University Press, 2002, p. 8.

5. Saferling, Christoph, Towards an International criminal Procedure, Oxford University Press, 2001, p. 265.

نخست ماده ۶۷ بیان می‌دارد: «برای تصمیم‌گیری درباره هر اتهامی، متهم حق دارد که با رعایت مقررات این اساسنامه به شکل علنی، عادلانه و بی‌طرفانه و با رعایت تضمین‌های حداقل زیر با برابری کامل محاکمه شود ...». این حق همیشه به منزله ابزار تضمین‌کننده حقوق متهم لحاظ شده است؛ چرا که شواهد تاریخی حاکی از ظلم حاکمان در فرایند دادرسی بر متهمان بوده است و متهم همیشه از ابتدایی‌ترین حقوق محروم بوده و اصل تساوی سلاح‌ها نیز بر پایه مفهوم دادرسی عادلانه همواره به دنبال آن بوده است که متهم طی دادرسی کیفری از مرحله کشف جرم تا رسیدگی و اجرای حکم در پناه قواعدی باشد که حقوق وی را در برابر دادستان تضمین می‌کند و متهم در وضعیتی قرار گیرد که با مقام تعقیب و تحقیق در شرایط برابری برای ارائه دلایل و دفاع برسد. بنا بر اصل برابری سلاح‌ها مسیر دادرسی کیفری می‌بایست به گونه‌ای طراحی شود که از بروز هرگونه وضعیت نابرابر میان متهم و دادستان به عنوان مقام تعقیب‌کننده جلوگیری کند. در حالی که بزه‌دیده به عنوان یک طرف دعوا مورد غفلت و فراموشی واقع گردیده و اگر جایگاه وی را به عنوان یکی از طرف‌های دعوا به رسمیت بشناسیم، اصل برابری سلاح‌ها همچنان که خاستگاه آن نیز چنین اقتضایی دارد، ایجاب می‌کند که هم بزه‌دیده و هم بزه‌کار از فرصت و امکاناتی برابر در دفاع از خود و اثبات ادعایشان بهره‌مند گردند.

۳. تضمین‌های ایجاد توازن میان حقوق متهم و بزه‌دیده

تحقق توازن میان حقوق متهم و بزه‌دیده اقتضائات خاص خود را می‌طلبد. مسلماً در یک نظام قضایی فروپاشیده نمی‌توان انتظار داشت که انسان‌ها ارزش ذاتی دارند. قبل از هر چیز، احترام به منزلت انسانی بزه‌دیده، متهم و حتی بزه‌کار نه تنها به عنوان یک حق، بلکه مبنا و پایه سایر حقوق آنها است. برخی از تضمین‌های مربوط به رعایت توازن میان متهم و بزه‌دیده، عام است و دایره شمول آن گسترده است و اختصاص به شخص خاصی ندارد. برخی دیگر از این تضمین‌ها، حسب مورد و با توجه به روند رسیدگی، برای جلوگیری از تضییع یکی در برابر دیگری، اختصاصاً به هریک از متهم یا بزه‌دیده تعلق می‌گیرد.

۳-۱. تضمین‌های عمومی رعایت توازن

۳-۱-۱. قانون‌مداری

دغدغه اصلی بشر، عدالت است و قرار گرفتن در مسیر قانون‌مندی، راهی مناسب برای پاسخ به عدالت می‌باشد. قانون می‌تواند بخشی از دغدغه‌های انسانی در زمینه

عدالت را رفع کند. حقوق انسان زمانی رسمیت می‌یابد و مورد حمایت قرار می‌گیرد که تصمیمات خودسرانه آن را به بازیچه نگیرد و قانون حاکم بر روابط گردد. نقش قانون صحیح و مبتنی بر اصول انسانی، تعیین حد و مرزها، از بین‌بردن زمینه‌های اختلاف، دفع تجاوز متجاوزان، داوری میان انسان‌ها، نشان دادن راه تعالی و کمال، ایجاد نظم، برقراری عدالت و فراهم نمودن زمینه‌های تکامل انسان است. قانون دست و پای قدرت را محدود کرده تا اقتدار را، نه به ضرر شهروندان و در راستای محدود کردن آزادی و اراده آنها، که برای خیر و راحتی و امنیت و آسایش آنها هزینه کند. در این اوضاع وقتی شهروندان مالیات می‌دهند، می‌دانند که برای خودشان هزینه می‌شود و دولت به آنها خدمات می‌دهد و قانون برای این است که این خدمات به همه برسد و آزادی‌ها تعدیل و مدیریت شود. قانون با تعریف الگوهای رفتاری، بین آزادی و نیازها و منافع فردی از یک‌طرف و آزادی‌های عمومی و منافع و نیازهای جمعی از طرف‌دیگر توازنی منطقی ایجاد می‌کند. ماده ۲ قانون جدید آیین دادرسی کیفری بر این نکته تأکید می‌کند که «دادرسی کیفری باید مستند به قانون باشد ...». تأکید بر قانون‌مداری اگرچه در اصل ۳۶ قانون اساسی نیز اشاره شده^۱، اما تصریح به آن برای هر اقدامی در هر مرحله از فرآیند کیفری ضروری است.

۳-۱-۲. حفظ استقلال و بی‌طرفی مقام قضایی

استقلال قضایی در معنای آزادی قاضی از هرگونه مداخله و تأثیرپذیری از صاحبان قدرت و اصحاب دعوا است، که بدون آن اجرای صحیح عدالت امکان‌پذیر نیست. سفارش، پیش‌داوری و اظهارنظر از سوی مسئولان و به‌ویژه دست‌اندرکاران قوه قضاییه که نفوذ کلام دارند، موجب نقض استقلال قضایی و نقض حقوق طرفین دعوا می‌گردد. عدم تفکیک مقام تعقیب (دادستان) و مقام تحقیق نیز از جمله عواملی است که زمینه نادیده‌گرفتن حقوق متهم می‌گردد. در مورد امنیت شغلی قضات، اصل ۱۶۴ عزل قضات را بدون محاکمه و ثبوت جرم ممکن نمی‌داند. اصل ۱۵۶ نیز بر استقلال دستگاه قضایی تأکید دارد و مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام در سال ۱۳۸۴ در خصوص سیاست‌های کلی نظام، برای حفظ شأن و استقلال قضات تصریح می‌کند. ماده ۳ قانون جدید آیین دادرسی کیفری نیز مراجع قضایی را مکلف نموده است که با بی‌طرفی و استقلال کامل به رسیدگی بپردازند و از اختلال یا طولانی شدن فرآیند دادرسی کیفری جلوگیری نمایند. حفظ استقلال قضایی و پیشگیری از ایجاد اختلال در عملکرد آن به

۱. اصل ۳۶ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.»

قدری اهمیت دارد که در اسناد بین‌المللی، بخش مجزایی به جرایم علیه عدالت قضایی اختصاص یافته است. با وجود این، آنچه در واقع امر می‌گذرد این است که خصوصاً در برخی پرونده‌هایی که رسانه‌ای می‌شود، قضات تحت تأثیر فشارهای وارده قرار گرفته و فرآیند قضایی رسیدگی از مسیر قانونی و مستقل خویش منحرف می‌گردد و بی‌طرفی مقامات قضایی زیر سؤال می‌رود.

۳-۱-۳. احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی

در راستای تحقق بخشیدن به اهداف قانون اساسی، قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حقوق شهروندی در سال ۱۳۸۳ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. این اولین قانونی است که به صورت صریح و شفاف دامنه حقوق شهروندی را در تاریخ حقوق ایران بیان می‌کند. مجریان قانون باید برای رعایت و اجرای دقیق و صحیح این قوانین و دیگر قوانین مربوط به حقوق بشر و حقوق شهروندان آموزش صحیح ببینند، زیرا این حقوق فقط الفاظی بر روی کاغذ نیستند بلکه به آن اندازه دارای اهمیت هستند که عدم اجرای آنها تخلف محسوب می‌شود و مستوجب مجازات مرتکبان و مجریان خواهد بود. ماده ۷ قانون آیین دادرسی کیفری نیز بر رعایت این قانون توسط دست‌اندرکاران عدالت کیفری در تمام مراحل دادرسی تأکید نموده و نقض آن را علاوه بر جبران خسارات وارده مستلزم مجازات مقرر در ماده ۵۷۰ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی می‌داند.

۳-۲. تضمین‌های اختصاصی رعایت توازن

رعایت توازن در فرآیند رسیدگی کیفری علاوه بر لزوم تضمین‌های عام دادرسی، مستلزم شناسایی تضمین‌هایی است که در هر مرحله به طرفین اختصاص می‌یابد. دقت در توزیع این حقوق بین بزه‌دیده و متهم اهمیت زیادی دارد، چرا که حداقل در برخی پرونده‌ها دشوار است که طرف دیگر داستان را هم ببینیم. اما سؤالی که در اینجا طرح آن ضروری می‌نماید این است که چه کسی مسئول حصول اطمینان از توازن حقوق متهم و بزه‌دیده است. پاسخ ساده این است که قاضی مسئول است، لیکن دشوارترین پاسخ و شاید مناسب‌ترین پاسخ این است که مقامات تعقیب و دادرسی در این رابطه مسئولیت ویژه‌ای دارند. بنا بر تحقیقات صورت گرفته بزه‌دیدگان ترجیح می‌دهند که نظام عدالت کیفری مواردی نظیر حق بر آگاهی، مشارکت در فرآیند رسیدگی، جبران عاطفی و عذرخواهی، جبران مادی و انصاف و احترام را در مورد آنها رعایت کند.^۱ تذکار

1. Strand, Heather; and Lawrence Sherman, "Repairing the Harm: Victims and Restorative Justice", Utah Law Review, vol. 15, No. 1, 2003, pp. 21-24.

این نکته خالی از وجه نیست که اصل هم‌ترازی حقوق بزه‌دیده و متهم به معنای آن نیست که همان خدمات و حمایت‌های پیش‌بینی شده برای بزه‌دیده برای متهم نیز پیش‌بینی گردد، چراکه رعایت این حقوق و حمایت‌ها و خدمات برای بزه‌دیده تأثیر کمی بر حقوق بزه‌کار دارد، بلکه منظور آن است که حقوقی که ناظر بر فرآیند دادرسی است، ابزاری برای نقض حقوق متهمان نباشد.

۳-۲-۱. تضمین‌های ناظر به بزه‌دیده

۳-۲-۱-۱. تضمین‌های ناظر به شناسایی شأن و منزلت بزه‌دیده در مرحله

تعقیب و تحقیق

پلیس معمولاً اولین نهادی است که بزه‌دیده با آن تماس می‌گیرد. نخستین برخورد بزه‌دیده با پلیس بسیار مهم و حساس است و می‌تواند بر چگونگی مقابله بزه‌دیده با بزه‌دیدگی و بهبود یافتن از اثرات آن تأثیرگذار باشد.^۱ مأمور پلیس یا دادیار دادرسی می‌بایست به یاد داشته باشد که آنچه برای آنان تنها یک پرونده از میان پرونده‌های بسیار تلقی می‌شود، اغلب برای بزه‌دیده اهمیتی حیاتی دارد. در مرحله پیش از دادرسی که در واقع و به طور عمده در برگیرنده دو نهاد عدالت کیفری یعنی پلیس و دادرسی می‌باشد، درک بزه‌دیده اهمیت خاص دارد. درک به این معنی نیست که با وی همدردی یا حتی موافقت کنند، بلکه به معنای دریافت نظر آنان در تلاش برای فهم این نکته که دنیای آنها چه شکل است. درک بزه‌دیدگان، دیدن امور از نگاه آنها یا همدردپنداری با آنها است. به همین لحاظ، برخورد آغازین (که معمولاً با شکایت بزه‌دیده است) نیروی پلیس یا دادرسی می‌بایست با بزه‌دیدگان رفتاری همدردانه داشته باشد و از ایجاد ناراحتی برای بزه‌دیده پرهیز کند. یکی از مهم‌ترین نیازهای بزه‌دیدگان که در راستای بر آوردن اصل رفتار منصفانه بسیار حائز اهمیت است، تأمین امنیت وی و شهود اوست که می‌بایست در مراحل آغازین فرایند کیفری مورد توجه قرار گیرد.

به نظر می‌رسد که در خصوص حفاظت از بزه‌دیدگان و شهود جلوگیری از رویارویی مشاهد و متهم همیشه مطلوب است، مگر اینکه به تضییع حقوق متهم منجر شود، که البته اتخاذ سیستم تفتیشی در مرحله تحقیقات معمولاً از برخورد مستقیم قربان جرم و مرکب آن پیشگیری می‌کند.^۲ بزه‌دیده و شهود او اگر مورد حمایت واقع نگردند از هر طرف فشارهایی را متحمل می‌شوند که در جهت پس‌گرفتن شکایت یا

۱. اداره کل مواد مخدر و پیشگیری از جرم سازمان ملل متحد، عدالت برای بزه‌دیدگان، ترجمه علی شایان،

انتشارات سلسبیل، ۱۳۸۴، ص. ۱۲۱.

۲. سادات اسدی، لیلا، حقوق بزه‌دیده در فرآیند دادرسی کیفری بین‌المللی، رساله دکتری حقوق کیفری و

جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۷، ص. ۲۱۸.

اقامه شهادت است. ماده ۹۷ قانون جدید آیین دادرسی کیفری بر حفاظت از بزه‌دیده تصریح نموده است و بازپرس را مکلف نموده که به منظور حمایت از بزه‌دیده، شاهد، مطلع، اعلام‌کننده جرم یا خانواده آنان انجام اقدامات احتیاطی را به ضابطان دادگستری دستور دهد.

همچنین در ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، بازپرس مکلف گردیده است که به منظور حمایت از شاهد یا مطلع، در صورت وجود خطر جانی یا حیثیتی و یا ضرر مالی و با ذکر علت در پرونده نسبت به عدم مواجهه حضوری بین شاهد یا مطلع و شاکی یا متهم و عدم افشای اطلاعات مربوط به هویت و محل سکونت آنها و یا استماع اظهارات شاهد یا مطلع در خارج از دادسرا با وسایل ارتباط از راه دور اقدام نماید. همچنان که تبصره ۲ ماده ۲۰۴ قانون آیین دادرسی کیفری به تحقیق الکترونیکی از شهود و با رعایت مقررات راجع به دادرسی الکترونیکی اشاره نموده است. در دیوان بین‌المللی کیفری، تشخیص ضرورت حفاظت از قربانیان جرم و شهود در مرحله تحقیقات مقدماتی توسط شعبه مقدماتی صورت می‌گیرد. بند ج پاراگراف ۳ ماده ۵۷ اساسنامه دیوان یکی از وظایف شعبه مقدماتی را این می‌داند که در صورت ضرورت به منظور حفاظت از بزه‌دیدگان و شهود و رعایت حریم خصوصی آنان و همچنین حفظ ادله و حفاظت از اشخاص دستگیرشده و یا در مقام پاسخ به احضاریه دیوان حضور یافته و یا اینکه در حفاظت از اطلاعات مربوط به امنیت ملی تدارک لازم را فراهم آورد. همچنین قسمت دوم بند ب پاراگراف اول ماده ۵۸ اساسنامه در خصوص صدور دستور بازداشت پس از شروع به تحقیق توسط شعبه مقدماتی، یکی از شرایط ضروری برای بازداشت را «حصول اطمینان از اینکه شخص مزبور مانعی در راه تحقیقات و یا رسیدگی دادگاه ایجاد نمی‌کند و یا انجام آنها را به خطر نمی‌اندازد» می‌داند. همچنان که ماده ۲۳۸ قانون جدید دادرسی کیفری نیز یکی از شروط بازداشت موقت متهم را وجود خطر برای جان شاکی، شهود یا خانواده آنان دانسته است.

۳-۱-۲. تضمین‌های ناظر به شناسایی شأن و منزلت بزه‌دیده در مرحله

دادرسی و پسا دادرسی

دادرسان نقش مهمی در حصول اطمینان از اینکه رفتار با بزه‌دیدگان با نزاکت و احترام بوده است، دارند. اگرچه دادرسان می‌بایست حقوق همه طرف‌های درگیر در رسیدگی‌های کیفری را در نظر گرفته و از آن حمایت کنند، اما عدم توجه به وضعیت بزه‌دیده و خواسته‌ها و نیازهای وی در دادگاه‌ها سبب می‌شود که وی از نظام عدالت کیفری ناراضی بوده و احساس بی‌عدالتی کند و این احساس بی‌عدالتی نه تنها احتمال

بزه‌دیدگی مجدد وی را فراهم می‌کند بلکه احتمال اینکه او بزه‌کار شود نیز وجود دارد.^۱ البته شاید اقتضای عدالت کیفری کلاسیک چنین باشد. به عبارت دیگر ظرفیت شنیدن صحبت‌هایی که شاید چندان مربوط به واقعه مجرمانه هم تلقی نگردد، در نظام عدالت کیفری وجود ندارد. لذا می‌بایست با ترمیمی کردن عدالت به سمتی حرکت کرد که بزه‌دیده این امکان را داشته باشد که با صحبت کردن درباره شوک روانی و سرگردانی خود، تسکین یابد؛^۲ چراکه با رویکرد ترمیمی، شأن و منزلت هرکس محترم شمرده می‌شود و بر تفاهم و همدلی و همنوایی اجتماعی بر سر حل مشکلات بزه‌دیدگان تأکید می‌شود. مشارکت بزه‌دیدگان در فرآیند رسیدگی هم در بهبود عاطفی و هم در کاهش حس بیگانگی آنها نسبت به فرآیند رسیدگی به آنها کمک می‌کند. میانجی‌گری یکی از فرآیندهای عدالت ترمیمی است که ماده ۸۲ و ۸۳ قانون جدید آیین دادرسی کیفری به آن توجه نموده است، که درخور تحسین است.

توجه به کرامت و منزلت انسانی بزه‌دیده ایجاب می‌کند که دادرسان در رسیدگی‌ها تسریع کنند و از اطاله دادرسی اجتناب به عمل آید تا از رهگذر تأخیرهای اضافی در یک فرآیند کاملاً دشوار، موجب بزه‌دیدگی بیشتر بزه‌دیده و تحریک وی جهت انتقام خصوصی نگردند. امروزه دادرسی سریع و بدون تأخیر غیرضروری در اسناد بین‌المللی به‌ویژه بند ۳ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و ماده ۳ قانون آیین دادرسی کیفری پیش‌بینی شده است. توجه به منزلت انسانی بزه‌دیده اقتضا دارد تا امکانات و سازوکارهای بهره‌مندی بزه‌دیده از مشاوره حقوقی و وکلای دادگستری فراهم گردد. وضعیت آسیب‌دیده او چه به لحاظ مادی و چه به لحاظ معنوی، فقدان شرایط روحی مناسب جهت رودرویی با بزه‌کار و ضرورت مراجعه مکرر برای پی‌گیری پرونده به گونه‌ای است که به تنهایی نمی‌تواند در چرخه دادرسی کیفری وارد شود و لذا نظام عدالت کیفری خصوصاً با توجه به اینکه ممکن است بسیاری از بزه‌دیدگان به لحاظ مالی قادر به اخذ وکیل نباشند، می‌بایست از بین وکلای دادگستری اشخاصی را برای دفاع از بزه‌دیده انتخاب کند. اگرچه در مجتمع‌های قضایی واحدهای ارشاد و معاضدت قضایی گسترش یافته‌اند و می‌توانند اطلاعات لازم به بزه‌دیده در خصوص حقوق خویش، نحوه تنظیم شکایت، معرفی مراجع ذی‌صلاح و ... ارائه دهند، اما در تبصره ماده ۳۴۷ قانون جدید آیین دادرسی کیفری تعیین وکیل برای بزه‌دیده فاقد تمکن مالی به تشخیص دادگاه واگذار شده است، که بهتر بود دادگاه‌ها در این زمینه مکلف می‌گردیدند. البته همچنان که قبلاً

۱. نجفی ابرنآبادی، علی‌حسین؛ غلامی، حسین؛ و فیروز محمودی جانکی، «میزگرد عدالت برای بزه‌دیدگان».

مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۲ - ۵۳، ۱۳۸۴، ص. ۱۷.

2. Strand, Heather; and Lawrence Sherman, Op. cit, p. 25.

هم اشاره نموده‌ایم، تبصره ۲ ماده ۶۶ قانون فوق ضابطان دادگستری و مقامات قضایی را مکلف به آگاه نمودن بزه‌دیدگان نسبت به حق استفاده از کمک‌های سازمان‌های مردم‌نهاد نموده است، که می‌تواند در زمینه کمک‌های حقوقی به بزه‌دیدگان نیز قابل اعمال باشد. همچنین در دیوان بین‌المللی کیفری حمایت‌های حقوقی در مواد ۸۵ تا ۹۹ آیین دادرسی و ادله مقرر شده است که بیشتر ناظر است به چگونگی شرکت بزه‌دیده در روند دادرسی، نمایندگی قانونی برای بزه‌دیده، شرکت نماینده بزه‌دیده در روند دادرسی، مذاکرات آزادانه بزه‌دیده با نماینده و وکیلشان، ارائه دیدگاه‌ها و نظرات بزه‌دیده یا نماینده او، جبران خسارت بزه‌دیده و صندوق امانی برای بزه‌دیده و

بند ۲ ماده ۶۴ اساسنامه دیوان مقرر می‌دارد که شعبه بدوی توجه مقتضی و شایسته را به منظور حمایت از قربانیان به عمل آورد. در ماده ۸۶ آیین دادرسی و ادله مقرر است که شعبه در صدور قرار یا دستور و نیز سایر نهادهای دیوان در انجام وظایفشان به موجب اساسنامه یا آیین دادرسی و ادله می‌بایست نیازها و احتیاجات کلیه قربانیان و شهود را با توجه به ماده ۶۸ و به‌ویژه کودکان، اشخاص سالخورده، اشخاص ناتوان و بزه‌دیدگان تجاوز جنسی را در نظر بگیرد. توجه به ناتوانان بزه‌دیده و بزه‌دیدگانی که در یک موقعیت آسیب‌پذیر هستند، آنان را شایسته جایگاهی ویژه در نظام عدالت کیفری می‌نماید. پر واضح است که برخورد نظام عدالت کیفری با این دسته از بزه‌دیدگان باید حالتی افتراقی داشته باشد. همچنین بند ۶ ماده ۴۳ اساسنامه رئیس دبیرخانه را مکلف به تأسیس بخش مرتبط به کمک به بزه‌دیدگان و شهود نموده است؛ که مسئولیت‌هایی از قبیل تدابیر حمایتی و ترتیبات امنیتی، خدمات مشورتی و سایر مساعدت‌های مناسب برای شهود و بزه‌دیدگان دارد. تدابیری همچون غیرعلنی کردن دادرسی، محرمانه نگه داشتن هویت بزه‌دیده، شهادت دادن از طریق ویدئو کنفرانس یا ارائه شهادت به صورت کتبی، تغییر چهره و صدای شاهی که در مکانی غیر از دادگاه گواهی می‌دهد، در نظر گرفتن اتاق‌های ویژه برای انتظار بزه‌دیدگان و شهود آنها و همچنین راه‌های خروجی مناسب برای آنان در ساختمان دادگاه، می‌تواند برای حفاظت از بزه‌دیده در مرحله دادرسی در برابر تهدیدها و اعمال تلافی جویانی در طول دادرسی، در دسترس باشد. در بند الف ماده ۶۸ اساسنامه دیوان و بند (ت) پارگراف ۶ اعلامیه ۱۹۸۵ سازمان ملل نیز بر اتخاذ تمهیدات لازم برای حفظ امنیت و نیز سلامتی جسمی و روحی و همچنین شأن و امور شخصی بزه‌دیدگان و شهود تأکید شده است.

۳-۱-۲-۳. تضمین‌های ناظر به دسترسی بزه‌دیده به عدالت در مرحله تعقیب

و تحقیق

در خصوص رفتار منصفانه با بزه‌دیدگان نیز از رهگذر این مفهوم می‌توان به این نکته اشاره کرد که کاربرد دسترسی به عدالت در حوزه حقوق بزه‌دیدگان، اگرچه ممکن

است اصطلاحی مبهم و نارسا به نظر آید، اما در واقع به معنای توانمندسازی بزه‌دیده به عنوان یک فرد آسیب‌دیده جامعه در جهت استیفای حقوق تضییع شده وی می‌باشد. توجه به این مطلب ضروری است که اصطلاح دسترسی به عدالت می‌بایست از دسترسی به نظام عدالت تفکیک گردد. بزه‌دیدگان می‌بایست به نظام عدالت دسترسی داشته باشند و ساختار نظام عدالت باید موانعی را که بسیاری از بزه‌دیدگان هنگام تلاش برای دست‌یافتن به نظام با آن روبرو می‌شوند با توجه به عواملی همچون فرهنگ، نژاد، زبان، تحصیلات و سن در نظر بگیرد. به دنبال گزارش جرم به پلیس و کشف آن تا صدور کیفرخواست که متعاقب تعقیب جرم صورت می‌گیرد، مرحله تحقیقات مقدماتی نامیده می‌شود. آگاه‌سازی بزه‌دیده در این مرحله اهمیت فراوان دارد. اطلاع‌رسانی درباره روند تحقیقات جنایی در صورت درخواست بزه‌دیده می‌بایست انجام شود، مگر آنکه روند تحقیقات را با خطر با مشکل روبه‌رو سازد که در این صورت باید از انجام آن پرهیز کرد. احضار شاکی به دادسرا و مرجع انتظامی برای اخذ دلایل وی، ابلاغ قرار منع و موقوفی تعقیب، دعوت به حضور در جلسه رسیدگی دادسرا را می‌توان با بهره‌گیری از ظرفیت موجود در مقررات دادرسی کیفری ایران در زمره حق آگاه‌سازی بزه‌دیده به شمار آورد و مراجع ذی‌ربط موظفند حقوق بزه‌دیده را در مرحله تحقیقات مقدماتی به او گوشزد نمایند (ماده ۳۸ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲).

بند الف ماده ۶ اعلامیه اصول بنیادی عدالت برای بزه‌دیدگان و قربانیان سوءاستفاده از قدرت، آگاه‌سازی بزه‌دیدگان از نقش و قلمرو خود، زمان‌بندی و روند پیشرفت رسیدگی‌ها و وضعیت پرونده‌هایشان به‌ویژه در مورد جرم‌های شدید را از جمله حقوق بزه‌دیدگان به رسمیت شناخته که براساس آن می‌بایست شیوه‌های قضایی و اجرایی در پاسخگویی به نیازهای بزه‌دیدگان را کارآمدتر ساخت. از همین روی، بزه‌دیده مستحق آن است که از هرگونه ترتیب‌های جلسه‌های رسیدگی دادگاه و تصمیم‌های آن مطلع گردد.

بحث از جبران خسارت و کمک‌رسانی پیش از صدور حکم و مشخص‌شدن وضعیت نهایی پرونده، شاید از نظر برخی نامأنوس به نظر آید. قرار تأمین خواسته را می‌توان یکی از سازوکارهای حمایتی به شمار آورد که قانون‌گذار برای کمک به بزه‌دیده در زمینه تضمین و تسهیل دستیابی به جبران خسارت در نظر گرفته است. در قانون جدید آیین دادرسی کیفری در ماده ۱۰۷ امکان صدور تأمین خواسته توسط بازپرس به درخواست شاکی به رسمیت شناخته شده است. توجه به این نکته ضروری است که صدور قرار تأمین خواسته در مراحل اولیه تعقیب از آن جهت که امکان اجرای حکم جبران خسارت را در مراحل بعدی فراهم می‌کند، حائز اهمیت است. در اساسنامه دیوان

بین‌المللی کیفری بند هـ پاراگراف ۳ ماده ۵۷ اساسنامه، شعبه مقدماتی مکلف به جلب همکاری کشورها در خصوص انجام اقدامات تأمینی به منظور ضبط اموال و به ویژه به منظور حفظ منافع آتی بزه‌دیدگان شده است. ماده ۹۹ آیین دادرسی و ادله نیز در پاراگراف ۱ به شعبه مقدماتی اختیار داده است تا به میل خود یا با تقاضای دادستان یا بزه‌دیدگان و نمایندگان قانونی آنان که در خواست غرامت ارائه کرده‌اند یا تعهد کتبی برای آن سپرده‌اند، در خصوص اقدام‌هایی که باید درخواست شود، اتخاذ تصمیم نماید. به منظور پیشگیری از اقدام‌های متهم در بی‌اثر نمودن تصمیم شعبه مقدماتی در توقیف اموال، ابلاغ این تصمیم ضروری نیست و اصل بر عدم ابلاغ است؛ مگر آنکه شعبه مقدماتی تشخیص دهد که ابلاغ این تصمیم نمی‌تواند اثر بخشی اقدام‌های درخواست‌شده را به مخاطره افکند. در مقررات دادرسی کیفری جدید از آنجا که گذشت شاکی یا مدعی خصوصی در جرایم قابل گذشت یکی از مواردی است که تعقیب امر جزایی و اجرای مجازات را موقوف می‌نماید، می‌تواند ابزار مناسبی برای بزه‌دیده جهت مصالحه با متهم بر جبران خسارت وارده در قبال گذشت متهم باشد. در ماده ۸۱ بند الف قانون جدید آیین دادرسی کیفری نیز ضمن صدور قرار تعلیق تعقیب، دادستان متهم را مکلف به ارائه خدمات به بزه‌دیده در جهت رفع ضرر و زیان مادی و معنوی می‌نماید. همچنین به منظور حفظ حقوق بزه‌دیده و فراهم نمودن تسهیلات پرداخت خسارات وارده به وی در مراحل بعد ذکر نمود، بحث وثیقه و وجه‌الکفاله یا وجه‌الالتزام است که بنا بر ماده ۲۱۹ قانون جدید دادرسی کیفری در هر حال نباید کمتر از خسارت‌هایی باشد که بزه‌دیده متحمل گردیده است، البته اگر این خسارت از طریق بیمه قابل جبران باشد، باز پرس با لحاظ مبلغ فوق قرار تأمین صادر می‌کند. نکته مهم دیگر در این خصوص که در نوع خود بسیار جالب است، اینکه ماده ۱۶ قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث مصوب ۱۳۸۷ امکان پرداخت حداقل پنجاه درصد از دیه تقریبی را پس از دریافت گزارش کارشناس راهنمایی و رانندگی توسط بیمه‌گر را قبل از صدور حکم فراهم نموده است. تبصره آن نیز در حوادث رانندگی منجر به فوت مقرر می‌کند که شرکت بیمه در صورت توافق با راننده مسبب حادثه و ورثه متوفی بدون نیاز به رای مرجع قضایی می‌تواند دیه و سایر خسارات بدنی را پرداخت نماید.

۳-۲-۱. تضمین‌های ناظر به دسترسی بزه‌دیده به عدالت در مرحله دادرسی

و پسا دادرسی

در دیوان بین‌المللی کیفری بنا بر بند ۶ ماده ۴۳ اساسنامه بخش مربوط به قربانیان و شهود که در دبیرخانه تأسیس می‌شود، با مشورت با دادسرا اقدامات حمایتی

و امنیتی و مساعدت‌های مناسب دیگر برای شهود و قربانیان انجام می‌دهد. از جمله این مساعدت‌ها، ارائه مشاوره حقوقی به زه‌دیدگان جهت آگاهی از حقوق خود در روند دادرسی است. همچنین پاراگراف ۲ ماده ۱۶ آیین دادرسی و ادله، مطلع‌نمودن زه‌دیدگان از مقررات، ماهیت، وظایف و خدمات بخش قربانیان و شهود را بر عهده رئیس دبیرخانه به عنوان رئیس این بخش قرار داده است. توصیه به شهود در خصوص نحوه بهره‌مندی از مشاوره قانونی به منظور حمایت از حقوق آنها، به‌ویژه در رابطه با ارائه گواهی به آنان، موضوع پاراگراف ۲ ماده ۱۷ و اطلاع‌رسانی نسبت به تسهیلاتی که می‌تواند برای ایفای مستقیم وظایف آنان ضروری باشد، موضوع پاراگراف ۱ ماده ۱۶ برعهده بخش قربانیان و شهود نهاده شده است. همچنین بخش ب پاراگراف ۱ ماده ۱۶ مساعدت به قربانیان جرم را در خصوص اخذ مشاوره قضایی و سازماندهی نماینده قانونی، از وظایف رئیس دبیرخانه دانسته است.

پاراگراف ۸ اعلامیه اصول بنیادی عدالت برای زه‌دیدگان نیز بزهدکاران را مکلف کرده است که به گونه‌ای منصفانه از زه‌دیدگان، خانواده یا بستگان آنها خسارت‌زدایی کنند. این جبران خسارت می‌تواند بازگرداندن مال یا پرداخت پول برای آسیب یا زیان واردشده، پرداخت هزینه‌هایی که در پی زه‌دیدگی حاصل شده است، همچنین خدمات‌رسانی و ترمیم حقوق زه‌دیده را در برگیرد.

ماده ۵۶۳ قانون دادرسی کیفری ۱۳۹۲ به شاکی این حق را می‌دهد که در هر مرحله از دادرسی، هزینه‌های دادرسی را مطالبه کند. ماده ۱۴ قانون فوق نیز به زه‌دیده این حق را داده است که تمام ضرر و زیان‌های مادی و معنوی و منافع ممکن‌الحصول را مطالبه نماید. ذیل بند ۲ ماده ۷۵ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری نیز امکان جبران خسارت از طریق صندوق امانی موضوع ماده ۷۹ را لحاظ نموده است. این صندوق در راستای حفظ منافع زه‌دیدگان و خانواده آنها بنا به تصمیم مجمع دول عضو ایجاد می‌شود (بند ۱ ماده ۷۹) و دیوان می‌تواند دستور دهد که وجوه و سایر اموال جمع‌آوری‌شده از طریق اخذ جریمه و یا ضبط آنها به صندوق امانی منتقل گردد، در واقع فلسفه وجودی چنین صندوق‌هایی، بیشتر فراهم کردن امکان جبران خسارت زه‌دیده در صورت عدم تحقق آن توسط بزهدکار است. پاراگراف ۱۳ اعلامیه اصول بنیادین ۱۹۸۵ دولت‌ها را توصیه به گسترش و تقویت صندوق‌های ملی برای پرداخت غرامت به زه‌دیدگان نموده است.

قاعده مهمی که در این ارتباط حائز اهمیت است، قاعده «لایبطل دم امرء مسلم» است. بنابر نظر برخی از فقها از جمله مرحوم آقای خویی^۱ عبارت «لایبطل دم امرء

۱. خویی، سید ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، الجزء الثانی و الاربعون، قم، مؤسسه احیاء آثار امام الخویی، الطبعة الثالثة، ۱۴۲۸، ص. ۱۵۴.

مسلم» علت حکم است و باعث توسعه حکم می‌شود، بنابراین هر جا مسلمانی کشته شود و قاتل وی به هر علت قصاص نشود و دیه هم به هر علت نپردازد، دیه از بیت‌المال پرداخت می‌گردد.^۱

۳-۲-۲. تضمین‌های ناظر به متهم

۳-۲-۲-۱. تضمین‌های ناظر به شأن و منزلت متهم

به نظر می‌رسد که مهم‌ترین تضمین برای جلوگیری از تضییع حقوق متهم و حفظ شأن و منزلت وی، پابندی به اصل برائت و آثار و لوازم آن است، که متأسفانه در عمل چندان به آن توجهی نمی‌شود؛^۲ به‌ویژه اگر طرف دیگر قضیه دارای نفوذ باشد، عملاً اصل برائت و لوازم آن محلی از اعراب ندارد. همچنین اعمال برنامه‌های حمایتی و تدابیر حفاظتی از بزه‌دیده و یا شهود و جلوگیری از رویارویی متهم با آنها و عدم امکان پرسش از ایشان و جرح شهود توسط متهم، به صورت ناخودآگاه مجرمیت متهم و خطرناکی وی را در ذهن‌ها متبادر می‌نماید که منجر به نقض اصل برائت می‌شود. لذا قانون‌گذار در تبصره ۲ ماده ۲۱۴ آیین دادرسی کیفری این تذکر را داده است که ترتیبات ناظر به حفاظت از بزه‌دیده یا شهود نباید منافی حقوق دفاعی متهم باشد. التزام به اصل برائت در رسیدگی‌های کیفری خود تضمین‌کننده حقوق دفاعی متهم و حفظ کرامت انسانی وی است؛ حقوقی همچون حق تفهیم اتهام در اولین ساعات انتساب اتهام، حق سکوت، حق برخورداری از وکیل در سراسر فرآیند کیفری، عدم نیاز اثبات بی‌گناهی توسط متهم، حق دسترسی به پرونده اتهامی و اطلاع از کلیه دلایل تحصیل‌شده، منع توسل به روش‌های غیرقانونی و مخفیانه جهت تحصیل دلیل و حق اعتراض به قرارها و احکام صادره. از احضار متهم گرفته تا زمان صدور حکم محکومیت وی، کلیه اقدامات علیه وی می‌بایست مبتنی بر دلایل کافی باشد. ماده ۱۶۸ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ ضمن بیان تکلیف بازپرس در مورد توجه به دلایل کافی برای احضار افراد به عنوان متهم، تخلف از این مقرر را در تبصره موجب محکومیت انتظامی

۱. حاجی ده‌آبادی، احمد، قواعد فقه جزایی، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۷، صص. ۴۸۶ - ۴۷۷.

۲. برای مطالعه بیشتر در مورد این اصل ر.ک:

- آشوری، محمد، «اصل برائت و آثار آن در امور کیفری (مطالعه تطبیقی)»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۲۹، مهر ۱۳۷۲.

- خزانی، منوچهر، «اصل برائت و اقامه دلیل در دعوی کیفری»، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۳ و ۱۴، پاییز ۱۳۷۲ تا تابستان ۱۳۷۳.

- شمس‌ناتری، محمد ابراهیم، «اصل برائت و موارد عدول از آن در حقوق کیفری»، نشریه مجتمع آموزش عالی قم، شماره ۱۴، پاییز ۱۳۸۱.

- سرمست بناب، باقر، اصل برائت در حقوق کیفری، نشر دادگستر، ۱۳۸۷.

دانسته است. متأسفانه در برخی احضاریه‌ها علت احضار ذکر نمی‌شود. این سبب می‌گردد که افراد به صورت غیرمترقبه مواجه با اتهاماتی شوند که آمادگی پاسخ به آنها را نداشته باشند. ماده ۱۷۰ قانون جدید، اگرچه به این مهم اشاره نموده، اما در تبصره با آوردن عذرهایی کلی و قابل تفسیر چون حیثیت اجتماعی متهم، عفت یا امنیت عمومی، مقام قضایی را نسبت به ذکر علت احضار معاف نموده است که جای انتقاد دارد. ضروری است که فردی که به عنوان شاهد احضار شده است، به عنوان متهم به او تفهیم اتهام نشود. این حکم در ماده ۲۱۳ قانون مقرر شده است تا تکلیف شاهد نسبت به راستگویی به زیان او تمام نشود و در وقت دیگری به عنوان متهم احضار گردد، زیرا متهم تکلیفی به راستگویی ندارد و در قبال دروغگویی‌اش مجازاتی متوجه او نیست. همچنین متهم می‌بایست حق دسترسی به پرونده اتهامی خویش را داشته باشد. لیکن ماده ۱۹۱ بازپرس را مخیر نموده است که چنانچه مطالعه پرونده را با ضرورت کشف حقیقت منافی بداند یا در جرایم علیه امنیت داخلی یا خارجی، با ذکر دلیل قرار عدم دسترسی را صادر نماید، که باید حضور به متهم یا وکیل او ابلاغ شود و ظرف سه روز حق اعتراض به آن در دادگاه صالح وجود دارد.

مواظبت در اظهارات، از دیگر حقوقی است که باید توسط بازپرس به متهم تذکر داده شود تا اظهارات ناسنجیده وی به زیانش تمام نشود.^۱ این حکم در ماده ۱۹۵ قانون جدید بیان گردیده و تخلف از آن به موجب ماده ۱۹۶ موجب محکومیت انتظامی درجه چهار خواهد بود.

امروزه در بسیاری از کشورهای جهان نه تنها حق سکوت متهم و حق داشتن وکیل محترم شمرده شده است، بلکه پلیس قضایی مکلف است پس از احضار یا جلب متهم علاوه بر استعلام هویت و اعلام صریح اتهام، حقوق مذکور را به وی اعلام نماید. اضافه بر این، برابر ماده ۵۲ این قانون «هرگاه متهم تحت نظر قرار گرفت، ضابطان دادگستری مکلفند حقوق مندرج در این قانون در مورد شخص تحت‌نظر را به متهم تفهیم و به صورت مکتوب در اختیار وی قرار دهند و رسید دریافت و ضمیمه پرونده کنند». همچنین طرح سئوالاتی که نسبت به شخصیت متهم توهین‌آمیز است یا او را نسبت به پذیرفتن اتهامات وارده تحت فشار قرار می‌دهد، از جمله موارد نقض حقوق متهم است. به همین جهت ماده ۶۰ قانون جدید، اجبار یا اکراه متهم، استفاده از کلمات موهین، طرح سئوالات تلقینی یا اغفال‌کننده و سئوالات خارج از موضوع اتهام بازجویی‌ها را ممنوع دانسته و اظهارات متهم را در پاسخ به چنین سئوالاتی و همچنین اظهاراتی

۱. مؤذن‌زادگان، حسنعلی، «تضمین‌های حقوق دفاعی متهمان و امر بازجویی در مرحله تحقیقات مقدماتی»، پژوهش حقوق و سیاست، سال دوازدهم، شماره ۲۸، بهار ۱۳۸۹، ص. ۳۰۹.

که ناشی از اجبار یا اکراه است، فاقد هرگونه اعتباری تلقی نموده است. همچنین استفاده از شکنجه‌های روحی و جسمی برای تحصیل ادله از نمونه‌های بارز و آشکار نقض حقوق متهم است.^۱ موضع‌گیری اعلامیه‌ها و کنوانسیون‌های بین‌المللی و منطقه‌ای و قوانین داخلی اغلب کشورها در طرد شکنجه و اعمال موهن مؤید این مطلب است. در قانون اساسی و قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۳ نیز مقرر شده که اقرار ناشی از شکنجه باطل است. ضمانت اجرای آن نیز در ماده ۵۷۸ قانون مجازات اسلامی تعیین گردیده است. هر چند تنظیم این ماده به عنوان ضمانت اجرای اعمال شکنجه و آزار و اذیت متهم، اقدامی معقول و پسندیده است، اما فاقد جامعیت لازم می‌باشد؛ زیرا فقط به شکنجه و آزار جسمی اشاره داشته و در خصوص اذیت و آزار روحی ساکت و در نتیجه فاقد ضمانت اجرا است و این در صورتی است که اصل ۳۸ قانون اساسی با استعمال واژه «هرگونه شکنجه» هر نوع اذیت آزار اعم از جسمی و روحی را مذموم و ممنوع دانسته است.

مصونیت زندگی خصوصی متهم از جمله بنیادی‌ترین حقوقی است که باید به دقت مورد توجه مقامات قضایی و ضابطان دادگستری قرار گیرد؛^۲ چرا که کوچک‌ترین مسامحه در جمع‌آوری ادله و کشف جرم موجبات تضییع حقوق و آزادی‌های اساسی متهم را فراهم می‌سازد. به همین دلیل قانون‌گذار در ماده ۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ بازرسی اشخاص و اشیاء در جرایم غیرمشهود و نیز ورود به اماکن بسته یا تعطیل و منازل را منوط به اجازه موردی مقام قضایی نموده است. این اجازه باید به صورت کتبی بوده و موقع ورود توسط ضابطان به متصرف محل نشان داده شود (ماده ۵۸). از این رو، ارجاع کلی مراتب به ضابطان دادگستری، ملازمه با ورود به حریم خصوصی اموال و اشیاء افراد و بازرسی نسبت به آنها نداشته و انجام هریک از مراتب مزبور مستلزم صدور مجوز موردی در چهارچوب قانون از سوی مقام قضایی، اعم از دادستان یا سایر مقامات قضایی مربوطه بوده تا از هرگونه تعرض به حقوق و اموال مردم و نقض حریم خصوصی آنها، جز نسبت به موارد مقرر در مجوز موردی صادره، طبق ۵۶ آن قانون، جلوگیری شود. برابر ماده ۹۶ این قانون «انتشار تصویر و سایر مشخصات مربوط به هویت متهم در کلیه مراحل تحقیقات مقدماتی توسط رسانه‌ها و مراجع انتظامی و قضایی ممنوع است، مگر در مورد اشخاص زیر که تنها با درخواست بازپرس و موافقت دادستان شهرستان، انتشار تصاویر و یا مشخصات مربوط به هویت آنان مجاز است: الف متهمان به ارتکاب به جرایم عمدی

۱. مؤذن‌زادگان، حسنعلی، منبع پیشین، ص. ۳۱۹.

۲. رحمدل، منصور، «حق انسان بر حریم خصوصی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، زمستان ۱۳۸۴، شماره ۷۰، ص. ۱۲۰.

موضوع بندهای الف، ب، پ و ت ماده ۳۰۲ این قانون که متواری بوده و دلایل کافی برای توجه اتهام به آنان وجود داشته باشد و از طریق دیگری، امکان دستیابی به آنان موجود نباشد ...، ب - متهمان دستگیر شده که به ارتکاب چند فقره جرم نسبت به اشخاص متعدد و نامعلومی نزد بازپرس اقرار کرده‌اند و تصویر آنان برای آگاهی بزه‌دیدگان و طرح شکایت یا اقامه دعوی خصوصی توسط آنان، منتشر می‌شود». کنترل ارتباطات مخابراتی افراد بنابر حکم ماده ۱۵۰ قانون جدید آیین دادرسی کیفری منع گردیده است. البته در برخی جرایم مهم مثل جرایم علیه امنیت با موافقت رئیس کل دادگستری استان و با تعیین مدت و دفعات کنترل این امر امکان‌پذیر گردیده است. کنترل حساب بانکی افراد نیز بنابر ماده ۱۵۱ تنها در موارد ضروری به تشخیص بازپرس و تأیید رئیس کل دادگستری استان میسر است. ای کاش قانون‌گذار موارد ضروری را نیز تبیین و احصاء می‌نمود تا این حکم دستاویزی برای سوءاستفاده از اطلاعات بانکی افراد نگردد.

قرار تأمین و نظارت قضایی نیز باید مستدل و موجه و با لحاظ شرایط ماده ۲۵۰ باشد، زیرا صدور چنین قراردادهایی آزادی‌های متهم را مخدوش می‌سازد، لذا صدور این قرارها اولاً توسط ضابطان قضایی ممنوع است و ثانیاً می‌بایست با پشتوانه منطقی باشد. این امر در بازداشت موقت از حساسیت ویژه‌ای برخوردار است، چراکه آزادی متهم را نقض می‌نماید. لذا این قرار اولاً باید مستدل و بالضروره باشد و ثانیاً دلایل آن نیز به متهم تفهیم شود.

یکی دیگر از مسائلی که اهمیت آن برکسی پوشیده نیست تسریع در روند رسیدگی است، تا تکلیف متهمی که در بسیاری از موارد در بازداشت است، مشخص شود تا در صورت بی‌گناهی، حقوقش هرچه کمتر تضییع شود. به همین دلیل است که ماده ۳ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: «مراجع قضایی باید با بی‌طرفی و استقلال کامل به اتهام انتسابی به اشخاص در کوتاه‌ترین مهلت ممکن، رسیدگی و تصمیم مقتضی اتخاذ نمایند و از هر اقدامی که باعث ایجاد اختلال یا طولانی‌شدن فرآیند دادرسی کیفری می‌شود، جلوگیری کنند.» در ماده ۹۴ نیز تأکید گردیده است که تحقیقات مقدماتی باید به سرعت و به نحو مستمر انجام شود و ایام تعطیل مانع از انجام آن نگردد. همچنین در ماده ۹۵ بازپرس مکلف شده است برای جلوگیری از امحای آثار و علائم جرم، اقدامات فوری را به عمل آورد و در تحصیل و جمع‌آوری ادله وقوع جرم تأخیر نکند.

ثبت و ضبط مشخصات و اطلاعات مربوط به متهمان تحت‌نظر در قالب «بانک اطلاعات سجلی» ظرف مدت حداکثر یک ساعت و درج آن در دفتر مخصوص و رایانه

با رعایت مقررات راجع به دادرسی الکترونیکی تحت نظر دادستان هر شهرستان و نظارت لازم در رعایت حقوق این افراد، همراه با حق اطلاع یافتن خانواده‌های آنها نسبت به وضعیت آنها و ضرورت پاسخگویی به آنها، در صورت عدم منافات با حیثیت اجتماعی و خانوادگی آنان، طبق ماده ۴۹ و نیز ایجاد امکان تماس متهم تحت نظر با خانواده و آشنایان خود و تکلیف ضابطان دادگستری به فراهم آوردن موجبات آن برابر ماده ۵۰، از دیگر نوآوری‌های قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ می‌باشد. شخص تحت نظر می‌تواند به وسیله تلفن یا هر وسیله ممکن، افراد خانواده یا آشنایان خود را از تحت نظر بودن خود آگاه کند.

بنا بر ماده ۱۸۹ بازپرس مکلف شده است «بلافاصله پس از حضور یا جلب متهم، تحقیقات را شروع کند و در صورت عدم امکان، حداکثر ظرف بیست و چهار ساعت از زمان تحت نظر قرار گرفتن او توسط ضابطان دادگستری با رعایت ماده ۹۸ این قانون مبادرت به تحقیق نماید.» اگرچه ممکن است گفته شود که چطور می‌شود که ضابط ظرف بیست و چهار ساعت بتواند تحت نظر نگه دارد و بازپرس هم موظف باشد ظرف بیست و چهار ساعت از زمان تحت نظر قرار گرفتن بازجویی خود را شروع کند. در پاسخ باید گفت که شاید مقنن در جهت کاهش زمان ۴۸ ساعت در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ در راستای حمایت بیشتر از متهم بوده است. البته سهو قلم قانون‌گذار یا اشتباه محاسباتی او هم دور از ذهن نمی‌باشد و بازپرس هم می‌تواند شروع تحقیقات را ۲۴ ساعت دیگر به تأخیر بیندازد.

۲-۲-۲-۳. تضمین‌های ناظر به دسترسی متهم به عدالت

آگاهی متهم از ادله اتهام انتسابی و حقوقی چون دسترسی به وکیل برای حمایت از او ضروری است.^۱ به همین جهت ماده ۵ قانون جدید آیین دادرسی کیفری «متهم باید در اسرع وقت، از موضوع و ادله اتهام انتسابی آگاه و از حق دسترسی به وکیل و سایر حقوق دفاعی مذکور در این قانون بهره‌مند شود.» ماده ۶ قانون نیز مقرر می‌دارد: «متهم، بزه‌دیده، شاهد و سایر افراد ذیربط باید از حقوق خود در فرایند دادرسی آگاه شوند و سازوکارهای رعایت و تضمین این حقوق فراهم شود.» حق اطلاع یافتن، از حقوق بنیادی افراد در عصر حاضر است؛ به دیگر سخن ارائه اطلاعات برای امکان اعتراض به غیرقانونی بودن دستگیری یا بازداشت فرد اساسی است. بنابراین مظنون یا متهم پیش از شروع تحقیقات حق دارد بداند چرا و به کدام جرم متهم است. لازمه دفاع از اتهام مطروحه علیه شخص به عنوان متهم و یا دفاع از شکایت به عنوان شاکی، علم و آگاهی

۱. مؤذن‌زادگان، حسنعلی، منبع پیشین، ص. ۳۱۲.

به اتهام و یا شکایت موضوع پرونده کیفری و دیگر اطلاعات مورد نیاز است. بند ۲ ماده ۶۷ اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی ناظر به این مورد است که مقرر نموده: «علاوه بر موارد دیگری در این اساسنامه راجع به ارائه مستندات به متهم مقرر شده، دادستان باید به محض آنکه امکان‌پذیر شد، مستنداتی را که در اختیار و یا تحت کنترل خود داشته و معتقد است که مبین بی‌گناهی متهم است و یا مجرمیت وی را تخفیف می‌دهد و یا بر اعتبار مستندات بازجویی تأثیر می‌گذارد، به متهم ارائه دهد. در صورت تردید در شمول یا عدم شمول این بند اتخاذ تصمیم با دادگاه خواهد بود.» پرونده دادستانی برای متهم باید پیش از آغاز مرحله دادرسی در دادگاه برای متهم افشا شود. لااقل در مرحله اخذ آخرین دفاع از متهم در دادسرا محتویات پرونده و اسناد و مدارک دادستان باید کلاً برای بازرسی و تنظیم مدافعات در اختیار متهم و وکیل وی قرار داده شود و نباید هیچ نکته‌ای که در رفتار ساختن متهم مؤثر باشد، از او پوشیده بماند. در واقع متهم قبل از محاکمه حق دارد از مفاد پرونده به نحو مقتضی اطلاع حاصل نماید.

از مهم‌ترین تحولات ایجادشده در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ این است که به محض اینکه شخصی به عنوان متهم تحت نظر قرار گرفت، می‌تواند «درخواست ملاقات با وکیل مدافع» را داشته باشد. در این ملاقات که نباید پیش از یک ساعت به طول بیانجامد، لازم است به محرمانه بودن تحقیقات و مذاکرات دقت شود و در پایان وکیل مدافع می‌تواند نکاتی که تامين‌کننده حقوق موکلش باشد را کتباً برای درج در پرونده ارائه نماید. (ماده ۴۸). با وجود این، نکته‌ای که شروع تحولی رو به رشد را در نظام کیفری کشور برای جامعه رقم زد، تکلیف ابلاغ و تفهیم «حق همراه داشتن وکیل» به متهم از سوی بازپرس در مرحله تحقیقات مقدماتی است که این تکلیف باید قبل از شروع تحقیقات توسط بازپرس انجام شود. به طوری که حتی، باید این حق در برگه احضاریه نیز قید و به متهم ابلاغ گردد و وکیل متهم می‌تواند با کسب اطلاع از اتهام و دلایل آن، مطالبی را که برای کشف حقیقت و دفاع از متهم یا اجرای قانون لازم بداند اظهار کند. این اظهارات در صورت مجلس نوشته می‌شود (ماده ۱۹۰).

برابر ماده ۳۴۶ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ «در تمام امور کیفری، طرفین می‌توانند وکیل یا مدافع خود را معرفی کنند. در صورت تعدد وکیل، حضور یکی از آنان برای تشکیل دادگاه و رسیدگی کافی است». طبق تبصره این ماده «در غیر جرایم موضوع صلاحیت دادگاه کیفری یک، هر یک از طرفین می‌توانند حداکثر دو وکیل به دادگاه معرفی کنند.» همچنین، برابر تبصره ۲ ماده ۳۴۷ «در جرایمی که مجازات آن سلب حیات یا حبس ابد است، چنانچه متهم اقدام به معرفی وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی ننماید، بازپرس برای وی وکیل تسخیری انتخاب می‌کند» و به موجب

تبصره ۳ آن «در مورد این ماده و نیز چنانچه، اتهام مطرح مربوط به منافعی عفت باشد، مفاد ماده ۱۹۱ جاری است».

طبق ماده واحده مربوط به انتخاب وکیل توسط اصحاب دعوا، مصوب ۱۳۷۰/۷/۱۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام بر لزوم مراتب یادشده و بر بطلان حکم صادره به عنوان تضمین سلب حق داشتن وکیل تأکید شده است. حق برگزیدن وکیل «وکیل تعیینی» و حق داشتن وکیل «وکیل تسخیری و معاضدتی»، بیانگر اهمیت نقش وکیل در تعیین سرنوشت احقاق حقوق در جامعه و اثر غیرقابل انکار آن در دادرسی منصفانه و مبتنی بر عدالت می باشد که در قانون جدید بدان تأکید شده است.

همچنین در قانون مقرر شده است که متهم حق مطالبه خسارات ایام بازداشت را دارد. حضور متهم از آغاز فرآیند کیفری تا پایان آن مستلزم تحمیل هزینه های مادی و معنوی بر وی است. به طور خاص متهمی که مورد شکنجه قرار گرفته یا به طور اشتباه مورد بازداشت قرار گرفته است، رنج زیادی را تحمل می کند.^۱ یک کمیسیون استانی پیش بینی شده تا متهمی که بی گناه شناخته شده است، درخواست خود را به کمیسیون بدهد. وقتی درخواست موجه و مطابق قانون بود، کمیسیون باید رأی به جبران خسارت بدهد و اگر رأی ندهد، متهم می تواند به کمیسیون ملی مراجعه کند (مواد ۲۵۵، ۲۵۷ و ۲۵۸ قانون آیین دادرسی کیفری). توجه به جبران خسارت های وارده به متهم، نقطه عطفی در راستای حمایت از متهم محسوب می شود که در قوانین سابق جای آن خالی بود.

۱. ناصرزاده، هوشنگ، «جبران خسارت ناشی از بازداشت متهم بی گناه»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۹، زمستان ۱۳۷۲، ص. ۹۹.

نتیجه‌گیری

توازن میان حقوق متهم و بزه‌دیده اگر چه از حیث نظری آسان به نظر می‌آید، اما در عمل ایجاد چنین تعادلی دشوار است؛ زیرا اولاً با متهمی روبرو هستیم که هنوز جرم او به اثبات نرسیده و لذا باید از حقوق و حمایت‌های لازم برخوردار گردد و از سوی دیگر با بزه‌دیده‌ای روبرو هستیم که بی‌تفاوتی به حقوق او مشکلاتش را وخیم‌تر می‌کند. شناسایی بزه‌دیده صرف‌نظر از اینکه بزه‌کار او مشخص گردد یا خیر، ایجاب می‌کند که نیازهایش برآورده شود و تحت چتر حمایتی نظام عدالت کیفری قرار گیرد. بررسی عملکرد عدالت کیفری کلاسیک در این سال‌ها نشان می‌دهد که این نظام نتوانسته است رضایت بزه‌دیدگان و متهمان را به طور همزمان به دست بیاورد. رسیدگی و برخورد‌های ماشینی و مکانیکی برخی دست‌اندرکاران عدالت کیفری و عدم توجه به دغدغه‌های طرفین این مشکل را مضاعف می‌کند. بنابراین بهتر است با اتخاذ رویکردهای الغایی به سمت حداقلی نمودن حقوق کیفری پیش رویم. یکی از راهبردهای الغاگرایان، رها ساختن جامعه از نهادهایی مثل پلیس و دادگاه است. بسیاری از جرم‌انگاری‌های مدنظر قانون‌گذار بیهوده است و نیازی به طی فرآیند کیفری ندارد. در بسیاری از موارد فرد متخلف خسارتی را اعم از مادی یا معنوی وارد نموده است و صرفاً باید به جبران آن پردازد و نیازی به مداخله دولت وجود ندارد. جبران این خسارت می‌تواند در قالب فرآیندهای ترمیمی صورت پذیرد؛ رویکردهایی نظیر عدالت ترمیمی که دیدگاه جامعی نسبت به بزه‌دیده، بزه‌کار و جامعه به همراه دارد. رویکرد متوازن عدالت ترمیمی در مشارکت همزمان بزه‌کار و بزه‌دیده، در واقع نقش بزه‌دیده را احیا می‌کند و بزه‌کار را ملزم می‌سازد که نسبت به ترمیم آثار جرم به بزه‌دیده از طریق پرداخت خسارت، انجام خدمات اجتماعی و نظایر اینها اقدام نماید. اما اینکه آیا عدالت ترمیمی به بزه‌دیدگان کمک می‌کند، بدون اینکه به متهمان یا بزه‌کاران یا جامعه آسیب بزند جای بحث دارد.

منابع

- آشوری، محمد، «اصل براءت و آثار آن در امور کیفری (مطالعه تطبیقی)»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۲۹، مهر ۱۳۷۲.
- اداره کل مواد مخدر و پیشگیری از جرم سازمان ملل متحد، عدالت برای بزه‌دیدگان، ترجمه علی شایان، انتشارات سلسبیل، ۱۳۸۴.
- پاک‌نیت، مصطفی، رفتار منصفانه نسبت به بزه‌دیده در مقررات دادرسی کیفری ایران و اسناد بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹.
- حاجی ده‌آبادی، احمد، قواعد فقه جزایی، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۷.
- خزانی، منوچهر، «اصل براءت و اقامه دلیل در دعوی کیفری»، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۳ و ۱۴، پاییز ۱۳۷۲ تا تابستان ۱۳۷۳.
- خویی، سید ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، الجزء الثاني و الاربعون، قم، مؤسسه احیاء آثار امام الخویی، الطبعة الثالثة، ۱۴۲۸.
- رحمدل، منصور، «حق انسان بر حریم خصوصی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، زمستان ۱۳۸۴، شماره ۷۰.
- سادات اسدی، لیلا، حقوق بزه‌دیده در فرآیند دادرسی کیفری بین‌المللی، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۷.
- سرمست بناب، باقر، اصل براءت در حقوق کیفری، نشر دادگستر، ۱۳۸۷.
- شمس‌ناتری، محمد ابراهیم، «اصل براءت و موارد عدول از آن در حقوق کیفری»، نشریه مجتمع آموزش عالی قم، شماره ۱۴، پاییز ۱۳۸۱.
- کریستی، نیل، «اختلاف‌ها به مثابه دارایی»، ترجمه حسین غلامی، مجله فقه و حقوق، شماره ۸، بهار ۱۳۸۵.
- مؤذن‌زادگان، حسنعلی، «تضمین‌های حقوق دفاعی متهمان و امر بازجویی در مرحله تحقیقات مقدماتی»، پژوهش حقوق و سیاست، سال دوازدهم، شماره ۲۸، بهار ۱۳۸۹.
- ناصرزاده، هوشنگ، «جبران خسارت ناشی از بازداشت متهم بی‌گناه»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۹، زمستان ۱۳۷۲.
- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۴۰، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، بی‌تا.

– نجفی ابرندآبادی، علی حسین؛ غلامی، حسین؛ و فیروز محمودی جانکی، «میزگرد عدالت برای بزه‌دیدگان»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۲ - ۵۳، ۱۳۸۴.

- Dirk Dubber, Markus, Victims in the War on Crime: the Use and Abuse of Victims Rights, New York University Press, 2002.
- Donnelly, Jack, Universal Human Rights in Theory and Practice, Cornell University Press, 2013.
- Packer, Herbert, “Two Models of the Criminal Process”, University of Pennsylvania Law Review, vol. 113, No. 1, Nov. 1964.
- Rose, Nikolas, “Government and Control”, British Journal of Criminology, No.40, 2000.
- Saferling, Christoph, Towards an International criminal Procedure, Oxford University Press, 2001.
- Strand, Heather; and Lawrence Sherman, “Repairing the Harm: Victims and Restorative Justice”, Utah Law Review, vol. 15, No. 1, 2003.

تحلیل جرم زمین خواری از منظر حقوق کیفری ایران

حسین میرمحمد صادقی*

اسلام رجبعلی**

چکیده

یکی از معضلات کنونی کشور که به دغدغه مهم دولت و دستگاه قضایی تبدیل شده است پدیده معروف به «زمین خواری» است. پدیده مذکور هم به لحاظ زیست محیطی و هم اقتصادی حائز اهمیت است و همین امر ایجاب کرده است تا از طریق حقوق کیفری که وظیفه اصلی آن حفظ ارزش های اساسی در جامعه است، با آن برخورد شود. لزوم چنین برخوردی هم از نظر اقدامات کنشی (پیشگیری) و هم واکنشی (مجازات) مستلزم شناخت دقیق این پدیده، حوزه و قلمرو آن و بررسی روش های مورد استفاده در آن است. با تلاش در شناخت این امر مشخص می شود که با خلأ های زیادی نظیر عدم تعریف دقیق، عدم تعیین حوزه و محدوده، و در نهایت فقدان عنوان مجرمانه خاص نسبت به عمل ارتكابی بسیاری از زمین خواران مواجه هستیم. همچنین با واکاوی و دقت در قوانین و مقررات مربوط به اراضی ملی و دولتی کاشف به عمل می آید که نه تنها قوانین و مقررات مذکور باعث جلوگیری از پدیده فوق نمی شود، بلکه در برخی موارد قانون گذار با وضع قوانینی باعث ترویج چنین پدیده ای می گردد. همچنین به دلیل اینکه عمده تاً زمین خواری توسط افراد یقه سفید جامعه انجام می پذیرد که دارای نفوذ و روابط سیاسی، اجتماعی و اقتصادی هستند، وجود این قوانین متناقض و منفذ های موجود در آنها باعث سهولت کار افراد مذکور می شود. لذا نخستین اقدام در برخورد با چنین پدیده شومی، از بین بردن چنین خلأ های قانونی و وضع قانونی جامع و هماهنگ با فلسفه وجودی منابع ملی و طبیعی در خصوص این پدیده می باشد.

کلید واژه ها: جرم، زمین خواری، پیشگیری، عناوین مجرمانه.

h_sadeghi@sbu.ac.ir

* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

** دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

eslamrajabali@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۹۴/۰۲/۲۱ تاریخ پذیرش: ۹۴/۰۸/۳۰

یکی از معضلات جدی حقوقی، اجتماعی و اقتصادی کشور پدیده موسوم به زمین‌خواری است. پدیده مذکور باعث شده است تا اراضی جنگلی، مراتع، بیشه‌های طبیعی، اراضی موات و منابع طبیعی در معرض نابودی قرار گیرد و باعث شود تا این پدیده به عنوان یک معضل زیست‌محیطی نیز مطرح شود. زمین‌خواری می‌تواند عوامل متعدد حقوقی، اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی داشته باشد. بنابراین هرگونه اقدام برای مقابله با این معضل، مستلزم بهره‌گیری از اطلاعات و رویکردهای حوزه‌های مذکور است و در این میان شناخت حوزه حقوقی و خصوصاً حقوق کیفری این پدیده بسیار حائز اهمیت هم از جنبه نحوه برخورد (جنبه واکنشی) و هم از منظر پیشگیری (جنبه کنشی) از پدیده مذکور می‌باشد.

از لحاظ حقوق کیفری، پدیده زمین‌خواری به دلیل آثار سوئی که می‌تواند بر جامعه بگذارد، امروزه با جرم قاچاق که یکی از مفاسد بزرگ اقتصادی کشور محسوب می‌شود، هم‌تراز شده است و همانند جرم مذکور، زمین‌خواران ثروتی را تصاحب می‌کنند که هیچگاه آن را تولید نکرده و هیچ نقشی در به وجود آوردن آن نداشته‌اند و صرفاً با روش‌های ناصواب و بعضاً مجرمانه آن را کسب کرده‌اند. افراد زمین‌خوار برای نیل به اهداف خویش از روش‌های متعدد و متنوعی استفاده می‌کنند که عمده این روش‌ها به لحاظ فقدان عنوان مجرمانه در قانون و متأسفانه در برخی موارد با اجازه‌ای که خود قانون داده است، قابل تعقیب و مجازات نیستند.

علی‌رغم اینکه در گفتمان مسئولان و متولیان امور منابع ملی و دولتی و مسئولان دستگاه قضایی استفاده فراوانی از واژه زمین‌خواری می‌شود و حتی در کنار واژه مذکور، واژه‌هایی چون کوه‌خواری و دریاخواری نیز مصطلح شده است، لیکن تا کنون تعریف حقوقی دقیقی از واژه مذکور نگردیده و حدود و ثغور آن مشخص نشده است. مهم‌تر اینکه از لحاظ حقوق کیفری به طور دقیق معین نگردیده که پدیده زمین‌خواری در قوانین موضوعه فعلی کشور ما با چه عناوین مجرمانه‌ای قابل تطبیق و مجازات است. بدیهی است که تعیین چنین موضوعی مستلزم این است که بدواً دقیقاً مشخص شود که پدیده فوق شامل چه نوع زمین‌هایی می‌گردد تا بر اساس آن بتوان در قوانین مجازات اسلامی و سایر مقررات مربوطه، عناوین مجرمانه پیش‌بینی‌شده را با پدیده مذکور تطبیق داد.

در مقاله حاضر سعی شده است تا ابتدا تعریفی دقیق از این پدیده ارائه شود و انواع روش‌های متداولی که طی آن زمین‌خواران اقدام به تصاحب و تصرف غیرقانونی

اراضی متعلق به همه ملت و مردم می‌کنند، احصا و در نهایت از لحاظ حقوق کیفری، عناوین مجرمانه‌ای که بر اساس آنها به صورت مستقیم می‌توان عمل ارتكابی اشخاص زمین‌خوار را مجازات نمود تعیین شود. بدیهی است با احصاء روش‌های رایجی که زمین‌خواران با استفاده از آنها به چنین عملی دست می‌زنند و همچنین تطبیق دادن روش‌های مورد استفاده با عناوین مجرمانه موجود در قوانین جاری کشور، مواردی از روش‌های به‌کاررفته توسط زمین‌خواران که دارای ضمانت اجرای کیفری نبوده و دارای خلأ قانونی می‌باشد، به‌خوبی قابل تشخیص و مستلزم اصلاح خواهد شد که در ادامه پیشنهادهایی در این زمینه ارائه خواهد شد.

۱. تعریف زمین‌خواری

در قوانین موضوعه و کتب حقوقی هیچ تعریفی از زمین‌خواری ارائه نشده است. تنها چند تعریف ناقص در برخی سایت‌ها و پایگاه‌های خبری وجود دارد که بیشتر به روش‌های زمین‌خواری پرداخته‌اند. تعاریف ارائه‌شده در یک موضوع با هم اشتراک دارند و آن این است که زمین‌خواری اقدامات غیرقانونی نسبت به زمین‌های عمومی و دولتی است و شامل اراضی خصوصی اعم از اشخاص حقیقی و حقوقی نمی‌شود، زیرا تجاوز و تصرف غیرقانونی اراضی خصوصی مشمول جرایم عمومی نظیر تصرف عدوانی، جعل و استفاده از سند مجعول و انتقال مال غیر است که بین اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی علیه یکدیگر در دستگاه‌های قضایی مطرح می‌شود و بعنوان زمین‌خواری تلقی نمی‌شوند. در دادسرای ویژه‌ای هم که برای رسیدگی به پرونده‌های زمین‌خواری تشکیل شده است، کلیه پرونده‌های مطروحه مربوط به اراضی متعلق به عموم و دولت بوده و دعوای اشخاص غیردولتی علیه یکدیگر از حوزه دادسرای مذکور خارج است. بنابراین، با توجه به مراتب مذکور می‌توان زمین‌خواری را این‌گونه تعریف نمود: «مجموعه اقدامات غیرقانونی نسبت به اراضی ملی و دولتی که در نهایت منجر به تصاحب غیرقانونی و تغییر غیرمجاز کاربری اراضی مذکور می‌گردد.» در این تعریف به جای اقدامات مجرمانه از عبارت اقدامات غیرقانونی استفاده شده است، به دلیل اینکه بیشتر روش‌های به‌کاررفته زمین‌خواران در تصرف غیرقانونی اراضی ملی و دولتی دارای عنوان مجرمانه نمی‌باشد. همچنین در تعریف فوق از واژه اراضی ملی و دولتی در کنار همدیگر استفاده شده است؛ به خاطر اینکه از نظر ماهیتی این دو گونه اراضی با یکدیگر متفاوت می‌باشد و اراضی نظیر موات از منظر قانون مدنی ملی محسوب نمی‌گردد و اشخاص می‌توانند با حیازت و احیاء آنها، اراضی مذکور را تصاحب نمایند؛ لیکن با توجه به قوانین مربوطه، اراضی مذکور در اختیار حکومت بوده و دولتی محسوب و طبق ضوابط تعیین‌شده از

سوی دولت باید نسبت به حیازت و احیاء آنها اقدام نمود و در غیر این صورت تصاحب آنها می‌تواند از مصادیق زمین‌خواری قرار گیرد. علاوه بر اینها در تعریف مذکور به جای عبارت «تصرف عدوانی» از عبارت «تصاحب غیرقانونی» استفاده شده است. با این استدلال که ممکن است در برخی موارد، تصرف اراضی ملی و دولتی توسط افراد زمین‌خوار دارای همه ارکان دعوای تصرف عدوانی نظیر سبق تصرف، لحوق آن و عدوانی بودن تصرف نباشد. به عنوان مثال در بسیاری از موارد دولت ممکن است نسبت به اراضی ملی و دولتی دارای سبق تصرف نباشد و از این جهت دعوای مذکور نسبت به عمل ارتكابی زمین‌خواران صادق نباشد. در نهایت اینکه در تعریف ارائه‌شده، در کنار عبارت «تصاحب غیرقانونی» از واژه «تغییر غیرمجاز کاربری» استفاده شده است. آن هم به دلیل اینکه در برخی موارد ممکن است که شخص طبق قانون اراضی ملی و دولتی را تصرف کند، ولی در ادامه با تغییر غیرمجاز کاربری آنها از اهداف در نظر گرفته‌شده برای اراضی مزبور عدول کرده و با تغییر غیرمجاز کاربری آنها باعث نابودی منابع ملی و دولتی گردند.

۲. روش‌های متداول زمین‌خواری

زمین‌خواران از روش‌های متنوع و متعددی جهت نیل به اهداف خویش که همان کسب ثروت بادآورده و هنگفت بدون هیچ‌گونه زحمتی می‌باشد، استفاده می‌کنند که مهم‌ترین آنها در این بند تشریح می‌گردد.

۲-۱. تجاوز و تصرف مستقیم غیرقانونی اراضی ملی و دولتی و حریم آنها

یکی از روش‌های متداول زمین‌خواری تجاوز مستقیم و تصرف عدوانی اراضی ملی و دولتی می‌باشد. در روش مذکور اشخاص به صورت غیرقانونی و عدوانی زمین‌های متعلق به عموم و دولت را مورد تصرف قرار می‌دهند و یا با طرح دعوای متعدد در دستگاه قضایی، ادعای تصرف و مالکیت نسبت به آنها را دارند. همچنین در این روش زمین‌خواران علی‌رغم تصرف حاضر به رفع تصرف نیستند و با عدم پیگیری لازم از سوی مراجع ذی‌ربط و متولیان امر به دلایل مختلف، بر زمین تصرف‌شده تسلط یافته و بدین طریق مرتکب زمین‌خواری می‌گردند. نمونه بارز طرح دعوای در دادگاه‌ها در خصوص اراضی جنگلی و منابع طبیعی رخ می‌دهد که افراد با تصرف اراضی مذکور، ادعای داشتن سابقه کشت و زرع در ملک را داشته و بدین جهت تقاضای خروج زمین تحت تصرف خویش از اراضی ملی و دولتی را نموده و در اکثر موارد نیز با نظریه کارشناسی صورت گرفته در پرونده‌ها، چنانچه کل ملک مورد ادعا از زمره اراضی ملی یا دولتی

خارج نگردد، حداقل بخشی از آن از ملی بودن خارج می‌گردد و بدین ترتیب افراد به راحتی زمین را که اساساً متعلق به عموم ملت می‌باشد، در اختیار و تملک خویش می‌گیرند. به عنوان مثال در پرونده کلاسه ۸۵۰۰۱۵ دادگاه عمومی بخش کوهین قزوین با طرح دعوای خواهان، میزان ۸۲ هکتار از اراضی روستای حسین‌آباد قزوین که طبق رأی هیئت ماده واحده ملی اعلام شده بود، طبق نظریه کارشناسی غیرملی اعلام گردیده است. روش مذکور بنابر ماده ۶۹۰ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی عبارت است از اقدام به هرگونه صحنه‌سازی از قبیل پی‌کنی، دیوارکشی، تغییر حدفاصل و امحاء مرز، کرت‌بندی، نهرکشی، حفر چاه، غرش اشجار و زراعت و امثال آن در جنگل‌ها و مراتع برای تهیه آثار تصرف و به منظور ذی‌حق معرفی کردن خود یا دیگری. موارد مذکور در این ماده جنبه حصری نداشته و تمثیلی است؛ لذا اقدام به هر عملی که تهیه آثار تصرف ابتدایی محسوب شود، حتی اگر تصرف مادی و بالفعل نباشد مانند تغییر حد فاصل و امحای مرز می‌تواند در زمره این روش از زمین‌خواری محسوب گردد.

نوع دیگری از روش تجاوز مستقیم و تصرف غیرقانونی اراضی ملی و دولتی بعنوان یکی از طرق زمین‌خواری، بدین گونه است که اشخاص زمین‌هایی در مجاورت اراضی ملی یا دولتی را مالک و در آنها مشغول به کشت و زراعت هستند ولی به دلیل این همجواری، به مرور زمان زمینه‌های تجاوز به اراضی ملی یا دولتی را فراهم نموده و به تدریج با گسترش محدوده زمین خویش به سمت زمین‌های ملی و دولتی ادعای مالکیت نسبت به این محدوده از اراضی ملی یا دولتی را نیز می‌نمایند. به عنوان نمونه در پرونده کلاسه ۹۱۰۹۲۸ دادگاه عمومی بخش کوهین قزوین مجرم از اراضی واگذار شده جهت بهره‌برداری از معدن سوءاستفاده نموده و با استناد به ماده ۲۲ و ۲۶ قانون معادن و ضرورت حفظ و نگهداری از معدن و اراضی اطراف آن به زمین‌خواری پرداخته است.

یکی دیگر از انواع این روش بدین گونه است که مأموران جنگل‌بانی یا دادگستری یا امور اراضی و سایر مأموران ذی‌ربط در انجام امر خلع ید یا رفع تصرفی که مورد حکم دادگاه بوده است کوتاهی و اهمال نموده و با آوردن شخصی که طبق آرای محاکم قضایی محکوم به خلع ید یا رفع تصرف از اراضی ملی یا دولتی گردیده است و تنظیم صورتجلسه‌ای که به امضای فرد محکوم‌علیه می‌رسانند، حکم را اجرا شده تلقی و پرونده را مختومه اعلام می‌نمایند. در صورتی که اشخاص مذکور دوباره به راحتی به تصرفات عدوانی خویش در اراضی مذکور ادامه می‌دهند و کسی هم معترض آنها نمی‌گردد.

از لحاظ حریم اراضی ملی و دولتی نیز همگی قوانین و مقررات مورد اشاره حاکی از آن است که حریم‌های تعیین شده توسط مقام‌های ذیربط جهت اراضی ملی و دولتی

نیز مثل اراضی، متعلق به دولت بوده و تمامی آثار و احکام اراضی نسبت به آنها نیز حاکم می‌باشد. لذا هرگونه تجاوز و تصرف غیرقانونی حریم اراضی ملی و دولتی نیز عدوانی محسوب و مشمول این روش از روش‌های زمین‌خواری می‌گردد.

۲-۲. تغییر کاربری غیرقانونی اراضی ملی و دولتی

طبق «قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغات مصوب ۱۳۷۴» و «دستورالعمل تعیین مصادیق کاربری غیرمجاز موضوع ماده یک قانون اصلاح قانون مذکور»، چنانچه تغییر کاربری در اراضی زراعی و باغ‌ها انجام گیرد، مشمول قانون فوق می‌باشد. بنابراین اراضی ملی و دولتی نظیر مراتع، جنگل‌ها، کوه‌ها و بیشه‌زارها شامل این قانون نمی‌شوند؛ زیرا هیچ‌کدام از اراضی ملی و دولتی، زراعی و باغ محسوب نمی‌شود تا بتوان در آنها به زراعت و باغداری و کاشت درخت پرداخت. لیکن در برخی موارد ممکن است اراضی ملی و دولتی نیز مشمول قانون اصلاح حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها مصوب ۱۳۸۵ باشد. طبق «مواد ۳۱ و ۳۲ آیین‌نامه اجرایی لایحه قانونی واگذاری و احیاء اراضی در حکومت اسلامی مصوب ۱۳۵۹ شورای انقلاب اسلامی»، کلیه اراضی ملی و دولتی (به جز برخی موارد استثنا از قبیل جنگل‌ها و بیشه‌های طبیعی) قابل واگذاری به اشخاص حقیقی و حقوقی جهت بهره‌برداری‌هایی نظیر طرح‌های کشاورزی، زراعت و دامداری هستند و طبق تبصره ۵۴ قانون بودجه سال‌های ۱۳۷۳، ۱۳۷۴ و ۱۳۷۵ کل کشور و ماده ۸۴ قانون نحوه وصول برخی از درآمدهای دولت مصوب ۱۳۷۳، با اعمال ۵۰٪ تخفیف نیز قابل واگذاری قطعی به اشخاص می‌باشند. لذا چنانچه شخصی پس از واگذاری قطعی اقدام به تغییر کاربری اموال و واگذارنده نماید، می‌تواند مشمول قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها گردد؛ زیرا پس از اینکه اراضی ملی جهت طرح‌های کشاورزی از جمله زراعت و باغداری واگذار گردید، اراضی مذکور به استناد بند ۴ دستورالعمل تبصره ۳۰۲ ماده یک قانون حفظ کاربری مصوب ۱۳۷۵/۵/۱، جزء اراضی زراعی و باغ محسوب و هرگونه تغییر کاربری این اراضی می‌تواند مشمول قانون فوق گردد. در این شیوه، اشخاص پس از اینکه تا پنجاه درصد قیمت ارزیابی‌شده اراضی را آن هم به قیمت اراضی زراعی و باغ تصاحب کردند، اقدام به تغییر کاربری آن نموده و زمین‌های در اختیار گرفته را یا به کاربری مسکونی یا تجاری تبدیل می‌نمایند یا قطعه‌بندی نموده و به فروش می‌رسانند که در این فرآیند علاوه بر کاهش پنجاه درصد قیمت خرید که طبق قوانین مارالذکر از آن منتفع گردیده‌اند، چندین برابر قیمت زمین‌های اراضی زراعی و باغ نیز نصیب آنها می‌گردد.

همچنین طبق ماده ۱۳ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶ هرگونه احداث بنا در اراضی موات شهری به نوعی تغییر کاربری اراضی مذکور محسوب و جرم شناخته شده

است؛ لذا افراد سودجو با خرید یا تصرف اراضی مذکور اقدام به تغییر کاربری آنها به مسکونی و تجاری نموده و با پرداخت عوارض و جریمه‌های قانونی در نظر گرفته شده اقدام به زمین‌خواری می‌نمایند.

در قسمت دیگری از این روش، اشخاص با تغییر دادن کاربری منابع طبیعی از جمله مراتع و بیشه‌های طبیعی اقدام به طرح دعاوی «اعتراض به تشخیص ملی بودن اراضی» مذکور نموده و مدعی این می‌گردند که اراضی مذکور سابقه کشت و زرع داشته لذا از شمول اراضی ملی خارج و جزء مستثنیات قانون اصلاحات اراضی می‌باشد و در نهایت هم با کارشناسی‌های انجام گرفته در چنین پرونده‌هایی به دلیل وجود مشکلات عدیده از جمله نبود وسایل و امکانات کافی جهت بررسی دقیق موضوع از سوی کارشناسان، عدم پیگیری‌های لازم از سوی مسئولان و متولیان امر و عدم وجود سامانه جامع ثبتی و نقشه‌های هوایی دقیق که نشانگر محدود دقیق اراضی ملی و منابع طبیعی باشد، باعث می‌گردد که در اکثر موارد اشخاص موفق به اخذ رأی به نفع خویش گردند و بدین طریق هکتارها زمین متعلق به عموم و بیت‌المال را تصاحب نمایند.

یک روش دیگر تغییر غیرقانونی کاربری اراضی، تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها و تبدیل آنها به اراضی بایر و در نهایت الزام مراجع قانونی به تجویز کاربری و تغییر کاربری اراضی داخل محدوده خدمات شهرها از طریق جلب موافقت شهرداری‌ها و کمیسیون ماده ۵ قانون شورای عالی شهرسازی به منظور فروش آنها به قیمت بالاتر است.

۲-۳. استفاده از رانت اطلاعاتی

هرچند بسیاری از سوءاستفاده‌ها از اطلاعات محرمانه نظیر اجرای طرح‌های عمرانی و احداث راه‌ها در خصوص اراضی بخش خصوصی و غیردولتی انجام می‌گیرد، لیکن در برخی موارد حتی زمین‌های ملی و دولتی نیز قربانی رانت‌های اطلاعاتی از سوی برخی از افراد سودجو و فرصت‌طلب و دارای نفوذ سیاسی می‌شوند. به عنوان مثال کمیسیون ماده ۵ شورای عالی شهرسازی و معماری که وظیفه تصویب طرح تفصیلی شهرها و تغییرات احتمالی آن را برعهده دارد، ممکن است در برخی موارد تصمیم به تغییر کاربری اراضی دولتی من جمله اراضی بایر و موات به کاربری‌هایی نظیر کاربری مسکونی و تجاری بگیرد. افراد زمین‌خوار با داشتن ارتباطات و نفوذ سیاسی از چنین اطلاعاتی قبل از اطلاع عموم مطلع شده و با خرید یا تصرف اراضی دولتی که مدنظر کمیسیون‌های مزبور می‌باشد، پس از اجرای طرح به سودهای سرسام‌آوری دست می‌یابند. علاوه بر اینها قوانین راجع به واگذاری اراضی ملی و دولتی در برخی موارد اجازه داده‌اند تا جهت تأمین مسکن افراد جامعه به برخی تعاونی‌ها، اراضی دولتی واگذار

گردد. لذا برخی افراد سودجو و زمین‌خوار با استفاده از رانت‌های اطلاعاتی راجع به نحوه و شرایط تعاونی‌های مذکور، با تشکیل تعاونی‌های پیش‌بینی‌شده در قوانین مذکور موفق به اخذ اراضی دولتی مذکور به ثمن بخش گردیده و پس از قطعه‌بندی اراضی واگذارشده به راحتی زمین‌های متعلق به دولت را به چندین برابر قیمت به افراد می‌فروشند و گاهی از اراضی مذکور به همان اشخاصی که اطلاعات مربوطه را در اختیار آنها قرار داده‌اند نیز واگذار می‌شود. در گزارش کمیسیون اصل ۹۰ مجلس شورای اسلامی راجع به مفاسد اقتصادی، نمونه‌های زیادی از چنین واگذاری‌هایی آمده است.

۲-۴. واگذاری‌های غیرقانونی و سوءاستفاده از واگذاری‌های قانونی

مستند واگذاری و بهره‌برداری از اراضی ملی و دولتی در بعد از انقلاب اسلامی علاوه بر لایحه واگذاری و احیاء اراضی در حکومت اسلامی مصوب ۱۳۵۹ شورای انقلاب و آیین‌نامه اجرایی آن و دستورالعمل‌های راجع به ضوابط و شرایط واگذاری و بهره‌برداری از اراضی ملی و دولتی که پیش‌تر به آنها اشاره گردید، ماده ۳۴ اصلاحی قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۷۳، قانون مرجع تشخیص اراضی موات و ابطال اسناد آن مصوب ۱۳۶۵، قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶، تبصره ۵۴ قانون بودجه سالهای ۱۳۷۳ و ۱۳۷۴ و ۱۳۷۵، ماده ۸۴ قانون نحوه وصول برخی از درآمدهای دولت مصوب ۱۳۷۳ و در نهایت آخرین اراده قانون‌گذار در خصوص واگذاری اراضی ملی و دولتی، در «دستورالعمل اصلاحی ضوابط واگذاری اراضی منابع ملی و دولتی برای طرح‌های کشاورزی و غیر کشاورزی» تبلور یافته است.

واگذاری‌های فوق به دو صورت ممکن است منتهی به زمین‌خواری گردد. اول بدین شکل که اساساً واگذاری‌های صورت‌گرفته خلاف قوانین و موازین پیش‌بینی‌شده باشد، یعنی شرایط لازم در خصوص طرح پیشنهادی و موافقت کمیسیون‌های مربوطه یا اهداف قانون رعایت نگردیده است. برای مثال در پرونده معروف به «بانک زمین» در شهر بهشهر، وزیر کشاورزی وقت به موجب صلح‌نامه شماره ۱۱۸۵۶۳ - ۱۳۷۲/۲/۸ تنظیمی در دفترخانه اسناد رسمی شماره ۲۵۲ تهران ۱۱ قطعه زمین، جمعاً به میزان ۴۱۷ هکتار از اراضی ملی را در ازای یک سیر نبات به یک شرکت واگذار نموده است.^۱ دوم بدین نحو که واگذاری‌های اولیه صورت‌گرفته صحیح و منطبق با قانون انجام گرفته باشد، لیکن در ادامه اشخاص پس از انتقال قطعی املاک به ایشان، از این واگذاری‌ها سوءاستفاده نموده و به راحتی با عدول از طرح اولیه که معمولاً طرح‌های کشاورزی و

۱. قاسمی، حسن؛ و دیگران، پیشگیری از جرم در ایران: مطالعه موردی تصاحب غیرقانونی و تصرف عدوانی زمین‌های ملی و جرم‌های ثبتی، معاونت حقوقی و توسعه قوه قضاییه، انتشارات روزنامه رسمی، ۱۳۸۸، ص. ۴۰.

تولیدی می‌باشد، با تغییر کاربری زمین به مسکونی و تجاری و یا با قطعه‌بندی اراضی مذکور اقدام به فروش آنها به افراد می‌نمایند.

انتقادهای فراوانی که از مراجع مختلف به این نوع واگذاری‌ها صورت گرفت و آثار زیانباری که واگذاری‌های مذکور از نظر سهولت زمین‌خواری به بار آورد، قانون‌گذار را بر آن داشت که با وضع تبصره ۲ ماده ۹ قانون اخیرالتصویب افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی مصوب ۱۳۸۹/۴/۲۳ انتقال قطعی مالکیت دولت در واگذاری اراضی ملی و دولتی و حتی موات را ممنوع و بهره‌برداری را صرفاً از طریق اجاره و یا حق انتفاع تجویز کند. هر چند این تبصره خیلی دیر به تصویب رسید و تا زمان لازم‌الاجرا شدن آن بسیاری از اراضی ملی و دولتی و متعلق به عموم به افراد سودجو و فرصت‌طلب منتقل شد، لیکن از این جهت که بالاخره قانون‌گذار پی به این امر برد که قوانین سابق علی‌رغم پیش‌بینی اهداف عالیه برای آنها، در عمل بسیار ناکارآمد و باعث ایجاد مفسده‌های فراوان در جامعه گردیده‌اند و انتقال قطعی اراضی دولتی به اشخاص حقیقی و حقوقی می‌بایست ممنوع گردد، بسیار مفید و حائز اهمیت می‌باشد.

۲-۵. تبانی با سازمان‌ها و کارمندان اداره‌های متولی امور اراضی ملی و دولتی

این روش زمین‌خواری معمولاً با سایر روش‌های آن در ارتباط بوده و در اکثر اوقات تبانی و هماهنگی با نهادها و سازمان‌ها و یا کارمندان و مسئولان دست‌اندرکار امور اراضی ملی و دولتی با روش‌هایی مانند واگذاری، تغییر غیرقانونی کاربری و جعل اسناد همراه است و با تبانی این اشخاص این‌گونه اعمال غیرقانونی انجام می‌شود و باعث رشد روزافزون زمین‌خواری در کشور می‌گردد. البته باید اذعان نمود که همیشه این تبانی با اشخاص و مأموران دولتی صورت نمی‌گیرد و در برخی موارد ممکن است تبانی بین اشخاص حقیقی صورت گیرد و باعث تصاحب زمین‌های متعلق به عموم و دولت گردد. مثلاً در بحث تبانی، گاهی افراد با روش‌های مختلف زمین‌هایی که مالک ندارد یا مجهول‌المالک هستند را پیدا می‌کنند و با تبانی با یکدیگر یک شکایت صوری تنظیم کرده و به عنوان شاکی و خوانده به دادگاه می‌روند و در آنجا نیز تمام مراحل قانونی را به خوبی پیش می‌برند؛ به گونه‌ای که قاضی و دادگاه متوجه تبانی آنها نمی‌شوند و در نهایت حکم به تحویل زمین به یکی از طرفین دعوا می‌دهند و بدین طریق مسأله زمین‌خواری در پوشش قانون و با تبانی این اشخاص حقیقی صورت می‌گیرد.

از جمله قوانینی که به این روش از زمین‌خواری مربوط می‌شود، ماده واحده تبانی در معاملات دولتی مصوب ۱۳۴۸ و ماده ۶۰۳ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ است. در هر دو قانون مذکور به بحث تبانی در معاملات دولتی اشاره گردیده است. لذا هم در مرحله

تشخیص و شناسایی اراضی ملی و دولتی، هم در بحث گزارش‌دهی تخلفات صورت گرفته نسبت به اراضی مذکور و هم تصمیم‌گیری‌های کمیسیون ماده ۵ شورای عالی شهرسازی و معماری و نیز در مرحله واگذاری اراضی فوق به اشخاص و دادن مجوزهای غیرقانونی جهت تغییر کاربری اراضی ملی و دولتی که همگی می‌توانند در زمره معاملات دولتی قرار گیرند، امکان تبانی با مسئولان و متولیان امر وجود دارد و می‌تواند مشمول قوانین مذکور گردند.

۲-۶. جعل اسناد مالکیتی و هویتی

این روش زمین‌خواری باعث از بین رفتن مقادیر زیادی از اراضی ملی و دولتی می‌گردد، زیرا در روش مذکور افراد زمین‌خوار به صورت انفرادی یا گروهی اقدام به جعل اسناد هکتارها اراضی متعلق به دولت می‌نمایند. در سایر روش‌های ذکرشده از زمین‌خواری، به جهت وجود برخی محدودیت‌ها به اندازه روش مذکور امکان زمین‌خواری ممکن است وجود نداشته باشد. در این روش، زمین‌خواران یا اسناد مالکیتی و سایر مدارک مربوطه را جعل کرده، یا با جعل اسناد هویتی سعی در جا زدن خود به جای مالک اصلی دارند. به عنوان مثال در خصوص اراضی مجهول‌المالک و موقوفه عام یا خاص، افراد با جعل اسناد هویتی، خود را مالک اراضی مجهول‌المالک یا اراضی مشمول اصل ۴۹ قانون اساسی، یعنی اراضی که به دلیل انقلاب یا سایر موارد، مالکان آنها از کشور خارج گشته و مراجعت ننموده‌اند، قلمداد نموده و با تصرف آنها سعی در اخذ سند مالکیت رسمی به نام خویش می‌کنند.

در پایان این بند، لازم به یادآوری است که در بسیاری از مواقع زمین‌خواران از چندین روش از روش‌های مذکور به صورت ترکیبی استفاده می‌نمایند و موفق به تصاحب و تغییر کاربری غیرقانونی اراضی ملی و دولتی می‌گردند.

۳. عناوین مجرمانه زمین‌خواری

پس از مشخص شدن روش‌های زمین‌خواری نکته قابل بحث این است که روش‌های متداول زمین‌خواری با چه عناوین مجرمانه‌ای که در حال حاضر در قوانین جاری کشور وجود دارد، مطابقت دارند. در ادامه این عناوین مجرمانه به صورت مشروح بر شمرده خواهد شد تا در نهایت مشخص گردد که کدام روش‌های زمین‌خواری دارای عنوان مجرمانه نیستند، لذا زمین‌خواران به راحتی اقدام به تصاحب اراضی متعلق به بیت‌المال و عموم مردم می‌کنند و در نهایت ضمانت اجرای کیفری نیز برای برخورد با اعمال ارتكابی آنها وجود ندارد.

۳-۱. تجاوز و تصرف عدوانی اراضی ملی و دولتی

دعوای تصرف عدوانی که یکی از شایع‌ترین دعاوی مطروحه در نظام قضایی کشور چه در زمینه اراضی متعلق به اشخاص حقوقی و چه در زمینه اراضی ملی و دولتی می‌باشد، در قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ چنین تعریف شده است: «ادعای متصرف سابق مبنی بر اینکه دیگری بدون رضایت او مال غیرمنقول را از تصرف وی خارج کرده و اعاده تصرف خود را نسبت به آن مال درخواست می‌نماید». بنابراین بر طبق تعریف فوق دعوای تصرف عدوانی دارای سه رکن اساسی سبق تصرف خواهان، لحوق تصرف خوانده و عدوانی بودن تصرف می‌باشد. اما اشکالی که در خصوص رکن سبق تصرف دعوای مذکور وجود دارد این است که در اراضی ملی و دولتی، اصولاً در اکثر قریب به اتفاق موارد، دولت و یا سازمان متولی، بر اراضی ملی و دولتی تصرفی ندارد تا این شرط از ارکان جرم تصرف عدوانی محقق گردد. لذا به طور یقین قانون آیین دادرسی مدنی و قانون جلوگیری از تصرف عدوانی مصوب ۱۳۵۲ که به طور صریح یکی از ارکان جرم مذکور را سبق تصرف مدعی اعلام نموده و حتی در قانون اخیر مدت یک سال را هم برای این سبق تصرف پیش‌بینی نموده است، شامل اراضی فوق نمی‌شود و به استناد آنها نمی‌توان دعوای کیفری تصرف عدوانی اراضی ملی و دولتی را در دادسرا و دادگاه‌ها مطرح نمود. لیکن در خصوص ماده ۶۹۰ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی، با توجه به متن قانون و تعریف بزه تصرف عدوانی اختلاف‌نظرهایی در بین حقوق‌دانان و رویه قضایی در خصوص لزوم احراز سبق تصرف شاکی در اراضی ملی و دولتی، یا اینکه صرف احراز مالکیت یا تعلق اراضی مذکور به دولت کفایت می‌نماید، وجود دارد. برخی از حقوق‌دانان نظر دارند که در اراضی ملی و دولتی نیز سبق تصرف شاکی باید احراز شود، با این استدلال که «مطابق ماده (۶۹۰) قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۷۵ ایجاد آثار تصرف در اراضی و املاک متعلق به دولت یا اشخاص حقیقی جرم محسوب می‌گردد و فقط با شکایت مالک قابل تعقیب جزایی است ... بنابراین در صورتی که شاکی (متصرف سابق) مالکیت نداشته باشد، توجهاً به ماده (۷۲۷) قانون مجازات اسلامی، شکایت او از حیث جزایی قابل تعقیب نیست» یا «با توجه به اینکه قانون مجازات اسلامی تعریفی از دعوای تصرف عدوانی به دست نداده لیکن ذیل ماده ۶۹۰ آن قانون برای متصرف عدوانی تعیین مجازات شده است ناگزیر باید برای یافتن تعریف این دعوی به قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی رجوع کرد. ماده ۱۵۸ این قانون، دعوای تصرف عدوانی را ادعای متصرف سابق مبنی بر خارج کردن مال غیرمنقول از تصرف وی بدون رضایت او ... تعریف کرده است که این ماده ارکان تصرف عدوانی را که سبق و لحوق تصرف و عدوانی بودن تصرف متصرف لاحق است، در بردارد

و برای رسیدگی به دعوای تصرف عدوانی چه از جنبه حقوقی و چه از لحاظ کیفری باید این سه رکن را جستجو کرد.^۱

در مقابل عده‌ای از حقوق‌دانان استدلال می‌نمایند که نمی‌توان و نباید سبق تصرف شاکی را لحاظ کرد؛ زیرا اولاً اراضی ملی در اختیار حکومت اسلامی است و اساساً نفس ملی کردن اراضی از مصادیق اعمال حاکمیت دولت و مرتبط با نظم عمومی می‌باشد و حمایت کیفری از آن دارای اهمیت خاص هست. ثانیاً چنانچه محلی بدون آن که متصرفی داشته باشد، ملی شناخته شود و پس از مدتی فردی مبادرت به تصرف آن نماید، اگر سبق تصرفات شاکی ملاک باشد، به لحاظ اینکه نمی‌توان برای منابع طبیعی تصرفاتی در نظر گرفت، هیچ اقدام کیفری علیه متصرف نمی‌توان انجام داد. اداره حقوقی قوه قضاییه در همین رابطه نظر داده است: «در طرح دعوی تصرف عدوانی به استناد قانون اصلاح قانون جلوگیری از تصرف عدوانی مصوب ۱۳۵۲ اثبات سبق تصرف شاکی و لحوق تصرف مشتکی عنه و عدوانی بودن تصرف او ضروری است. اما در صورت شکایت کیفری به استناد ماده ۶۹۰ قانون مجازات اسلامی، احراز واقع لازم است؛ یعنی دادگاه تنها پس از احراز این امر که تصرف فعلی من غیر حق و عدوانی یا غاصبانه است، می‌تواند حکم محکومیت صادر نماید.»^۲ در خصوص لحوق تصرف دعوای تصرف عدوانی نسبت به اراضی ملی و دولتی نیز باید توجه نمود که اولاً در صورتی که سابقه تصرف متصرف زمین به پیش از ملی اعلام شدن آن برگردد، پس از اعلام ملی بودن زمین نمی‌توان علیه متصرف شکایت کیفری مطرح کرد، زیرا قبل از آنکه تشریفات ملی کردن جریان یابد، زمین هنوز در زمره اموال عمومی در نیامده است تا لحوق تصرف مشتکی عنه، عدوانی محسوب شود. ثانیاً اگر تصرف صورت گرفته در فاصله بین تشخیص مأموران رسمی و اعتراض به این تشخیص انجام گیرد، تعقیب کیفری تا حصول نتیجه و صدور رأی قطعی کمیسیون موضوع ماده واحده قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی موضوع اجرای ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع متوقف می‌شود. بنابراین طبق رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور «تعقیب جزایی نسبت به متصرف لاحق اراضی ملی و دولتی در صورتی مجاز خواهد بود که مقررات ماده ۵۶ از حیث تشخیص منابع ملی شده، اجرا شده باشد.»^۳ به عنوان مثال در دادنامه شماره ۵۸۷ مورخ ۱۳۷۴/۴/۳۱ صادره از شعبه ۲۰۷ دادگاه عمومی تهران، دادگاه محترم به دلیل اینکه تصرف متهم در اراضی ملی قبل از ملی شدن اراضی بوده است، حکم به برائت از اتهام تصرف عدوانی صادر نموده است. لازم به ذکر است که در حال حاضر هیأت مقرر در ماده واحده قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی موضوع اجرای ماده ۵۶ قانون حفاظت و

۱. نظریه شماره ۷/۳۲۲۴ - ۱۳۷۸/۵/۲۴.

۲. رأی وحدت رویه شماره ۳۵ - ۱۳۵۳/۳/۲۹.

بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع، جایگزین کمیسیون ماده ۵۶ و در نهایت هم شعبه ویژه‌ای از دادگاه‌های استان تصمیم‌گیرنده در خصوص تشخیص اراضی مذکور می‌باشند. نکته قابل طرح در خصوص عدوانی بودن تصرف اراضی ملی و دولتی این است که همان‌گونه که سابقاً مطرح شد، اشخاص زمین‌خوار در بسیاری از موارد به دلیل واگذاری اراضی ملی و دولتی به آنها طبق قوانین مربوطه جهت اجرای طرح‌های مختلف، به نوعی با رضایت اقدام به تصرف اراضی مذکور می‌نمایند. حال چنانچه این اشخاص به هر دلیلی پس از واگذاری‌های مذکور، اقدام به عدم اجرای طرح‌های مورد نظر نموده و یا حتی در مواقعی تغییر کاربری داده و به عنوان مثال اراضی که جهت امر کشاورزی در اختیار او قرار گرفته را در مقاصد دیگری استفاده نماید، آیا می‌توان به عنوان شکایت تصرف عدوانی علیه آنان اقدام نمود یا اینکه عمل آنها به دلیل اینکه با رضایت ملک را در اختیار و تصرف خود گرفته‌اند، به دلیل فقد رکن عدوانی بودن تصرف مشمول جرم مشمول دعوای مذکور نمی‌گردد؟ در پاسخ باید گفت که طبق ماده ۱۷۱ قانون آیین داری مدنی که مقرر می‌دارد: «سرایدار، خادم، کارگر و به طور کلی هر امین دیگری، چنانچه پس از ده روز از تاریخ ابلاغ اظهارنامه مالک یا مأذون از طرف مالک یا کسی که حق مطالبه دارد مبنی بر مطالبه مال امانی، از آن رفع تصرف ننماید، متصرف عدوانی محسوب می‌شود» و همچنین قوانین و دستورالعمل‌های مربوط به واگذاری اراضی ملی و دولتی که مقرر داشته‌اند، در صورتی که اشخاص با نظارت دستگاه متولی، از شرایط قرارداد واگذاری تخطی نمایند و یا تغییر غیرقانونی کاربری زمین دهند، قرارداد آنها فسخ و از زمین مورد ادعا خلع ید خواهد شد. در این خصوص به استناد ماده ۱۷۱ مذکور، چنانچه به شخص واگذارشونده اخطار گردد که از ملک مورد نظر رفع تصرف نماید و نامبرده اقدام به آن ننماید، علاوه بر امکان طرح دعوای خلع ید از طریق محاکم حقوقی، به استناد ماده مذکور می‌توان دعوای تصرف عدوانی را نیز مطرح نمود. ضمن اینکه اهمیت و حمایت‌های قانونی جهت حفظ منابع طبیعی و اراضی ملی نیز مؤید این نظر می‌باشد. البته بدیهی است که چنانچه تخلف از شروط واگذاری و یا تغییر غیرقانونی کاربری اراضی مزبور پس از واگذاری قطعی به اشخاص صورت گرفته باشد، به دلیل انتقال مالکیت به اشخاص مذکور، دیگر دعوای تصرف عدوانی به دلیل عدم مالکیت دولت امکان‌پذیر نمی‌باشد، و همان‌گونه که مطرح شد به دلیل عدم پیش‌بینی ضمانت اجرای خاص در این خصوص در مقررات و دستورالعمل‌های واگذاری باعث سوءاستفاده‌های زیادی در این موارد توسط زمین‌خواران گردیده است.

۳-۲. تغییر غیرقانونی کاربری

در بند «و» آیین‌نامه اجرایی قانون اصلاح قانون حفظ کاربری مصوب ۱۳۸۶ تغییر کاربری این‌گونه تعریف شده است: «هرگونه اقدامی که مانع از بهره‌برداری و استمرار

کشاورزی اراضی زراعی و باغ‌ها در قالب ایجاد بنا یا برداشتن یا افزایش شن و ماسه و سایر اقداماتی که بنا به تشخیص وزارت جهاد کشاورزی تغییر کاربری محسوب می‌شود». بنا بر تعریف مذکور هرگونه تغییر کاربری در اراضی ملی و دولتی که ممکن است مشمول قانون حفظ کاربری شود و سابقاً به آنها اشاره گردید، جرم محسوب و دارای ضمانت اجرای کیفری است. از لحاظ قلمرو مکانی، طبق قانون حفظ کاربری اراضی و باغ‌ها، آن دسته از اراضی ملی و دولتی شامل قانون مذکور می‌شود که «خارج از محدوده شهرها و شهرک‌ها» باشد. لذا چنانچه این‌گونه اراضی داخل در محدوده شهرها باشد، و اشخاص زمین‌خوار مبادرت به تغییر غیرقانونی کاربری آنها نمایند، مشمول جرم و قانون مزبور نخواهند شد. به عنوان مثال در پرونده کلاسه ۸۴/۸۶۹ شعبه ۱۰۱ دادگاه عمومی جزایی دماوند، دادگاه محترم به دلیل اینکه قطعه زمین مورد تغییر کاربری داخل در حریم داخلی شهر آبسرد قرار دارد، حکم به برائت متهم از بزه تغییر غیرمجاز کاربری داده است. البته در خصوص اراضی ملی و دولتی داخل محدوده شهرها نیز باید اذعان کرد که تغییر غیرقانونی کاربری آنها، هرچند شامل قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها نمی‌گردد، لیکن عمل آنها مشمول ماده ۱۳ قانون زمین‌شهری مصوب ۱۳۶۶ می‌گردد و ممنوع و جرم می‌باشد.

در خصوص عنصر مادی بزه مذکور، پرسش قابل طرح این است که آیا با ترک فعل هم تغییر کاربری محقق می‌شود یا خیر. مثلاً اگر اشخاص زمین‌خوار که اراضی ملی و دولتی را در اختیار دارند، برای مقاصد دیگر از جمله بایر نشان دادن آنها و اخذ مجوز از مراجع ذیربط مثل کمیسیون عالی شهرسازی و معماری و در نهایت اخذ مجوز کاربری مسکونی و تجاری، اراضی مذکور را رها نموده و یا آبیاری ننمایند و در نتیجه باعث خشک شدن و از دست دادن قابلیت کشت و زرع شوند، آیا مرتکب عنصر مادی جرم تغییر غیرمجاز کاربری شده‌اند؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که اصل بر این است که ارتکاب هر جرمی نیازمند فعل است،^۱ مگر در مواردی که تکلیف قانون‌گذار به صورت امر باشد که در این صورت نقض آن نیازمند ترک فعل است. بر این اساس چون در قانون حفظ کاربری اراضی ملی و دولتی مشمول قانون حفظ کاربری، مالکان و متصرفان بر حفظ کاربری این‌گونه اراضی مکلف نشده‌اند، لذا با ترک فعل، بزه تغییر کاربری حاصل نمی‌گردد؛ زیرا بیان مقنن صرفاً به صورت نهی آمده، یعنی تغییر کاربری نهی شده است. در نتیجه صرفاً با فعل مثبت مادی قابل تحقق خواهد بود.^۲

۱. دادبان، حسن، حقوق جزای عمومی، جلد ۱، نشر دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۳، ص. ۳۱۰.

۲. موسوی مقدم، محمد، تغییر کاربری، نشر حقوق امروز، ۱۳۹۲، ص. ۱۷۴.

البته لازم به ذکر است که چنانچه ترک فعل در اراضی ملی و دولتی، خارج از محدوده شهرها و شهرک‌ها صورت گرفته باشد، از شمول قانون و جرم تغییر کاربری خارج می‌باشد، لیکن چنانچه اراضی ملی و دولتی داخل در محدوده شهرها و شهرک‌ها دچار تغییر کاربری توسط اشخاص زمین‌خوار گردد، ممکن است به استناد سایر قوانین از قبیل ماده ۱۳ قانون زمین‌شهری مصوب ۱۳۶۶ جرم و قابل مجازات باشد؛ حتی اگر عنصر مادی عمل ارتكابی آنها بصورت ترک فعل و یا خشکاندن و آبیاری ننمودن اراضی مورد نظر باشد.

نکته دیگر درباره عنصر مادی این جرم این است که در هر دو قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها، مرتکب بزه تغییر کاربری کسی است که مالک یا متصرف اراضی مشمول قانون باشد. لذا شخصی را که مالک یا متصرف ملک زراعی و باغ نیست، علی‌رغم ارتكاب عنصر مادی تغییر کاربری به اتهام تغییر کاربری نمی‌توان تحت تعقیب قرار داد. اما سئوالی که در این باره به وجود می‌آید این است که با توجه به اینکه قانون‌گذار از واژه متصرف به صورت مطلق استفاده نموده و اشاره‌ای به متصرف قانونی و غیرقانونی ننموده است، آیا چنانچه اشخاص زمین‌خوار پس از تصرف غیرقانونی اراضی ملی و دولتی از قبیل کوهپایه‌ها، اراضی جنگلی، مراتع عمومی و بیشه‌زارها اقدام به تغییر غیرمجاز کاربری اراضی مذکور کنند و در آنها به صورتی که خیلی در پدیده زمین‌خواری شایع است، اقدام به ساخت و ساز و ایجاد بنا و ویلاسازی نمایند، علاوه بر جرم تصرف عدوانی، می‌توان آنها را به اتهام تغییر کاربری نیز تحت تعقیب قرار داد یا خیر. به نظر می‌رسد مقنن هر جا از واژه متصرف استفاده می‌کند، متصرف قانونی را اراده می‌کند. مگر آنکه بر خلاف آن تصریح کند. بنابراین و در راستای تفسیر نصوص جزایی در جهت احراز نظر مقنن باید معتقد بود که در چنین فرضی نمی‌توان متصرف عدوانی را به اتهام تغییر کاربری تحت تعقیب قرار داد.

۳-۳. دعاوی اصل ۴۹ قانون اساسی

یکی از اصول مهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اصل ۴۹ می‌باشد که اشعار می‌دارد: «دولت موظف است ثروت‌های ناشی از ربا، غصب، رشوه، اختلاس، سرقت، قمار، سوءاستفاده از موقوفات، سوءاستفاده از مقاطعه‌کاری‌ها و معاملات دولتی، فروش زمین‌های موات و مباحات اصلی، دایرکردن اماکن فساد و سایر موارد غیرمشروع را گرفته به صاحب حق رد کند و در صورت معلوم نبودن او به بیت‌المال بدهد. این حکم باید با رسیدگی و ثبوت شرعی به‌وسیله دولت اجرا گردد.» این اصل از سه منظر به پدیده زمین‌خواری مربوط می‌شود، که یکی به بحث واگذاری‌هایی برمی‌گردد که در

راستای قوانین ذیربط و در اجرای مواد ۳۱ و ۳۲ آیین‌نامه اجرایی لایحه قانونی واگذاری و احیاء اراضی در حکومت اسلامی مصوب ۱۳۵۹ و سایر قوانین، جهت اجرای طرح‌های پیشنهادی به افراد واگذار می‌گردد؛ دیگری به مبحث فروش یا تصاحب اراضی موات و مباحات اصلی؛ و در آخر هم به موضوع اراضی مجهول‌المالک که در اختیار حکومت اسلامی قرار دارد.

در خصوص بحث واگذاری‌های اراضی ملی و دولتی باید گفت که در راستای اصل مزبور، قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در تاریخ ۱۳۶۳/۵/۱۷ به تصویب رسیده است. ماده ۱ قانون مذکور در تعریف سوءاستفاده از معاملات دولتی بیان می‌دارد: «ج - سوءاستفاده از مقاطعه‌کاری‌ها و معاملات دولتی: منظور این است که در اثر عدم رعایت قوانین و مقررات مربوط به قراردادهای دولتی و یا اعمال نفوذ و رابطه‌بازی، موجب انعقاد قراردادی بشود که به تحصیل ثروت نامشروع منجر شود و یا قراردادی بر خلاف مصالح جامعه اسلامی منعقد شود.» لذا قراردادهای واگذاری اراضی ملی به اشخاص جهت اجرای طرح می‌تواند مشمول این ماده گردند. البته قانون‌گذار در این خصوص با عباراتی نظیر «هرگونه سوءاستفاده از معاملات دولتی» به صورت کلی به معاملات دولتی و سوءاستفاده از آنها اشاره نموده و به صورت جزئی و دقیق منظور از سوءاستفاده را روشن ننموده است. در همین زمینه اداره حقوقی قوه قضاییه نظر داده است: «به صراحت بند ۵ ماده یک قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی (عدم رعایت قوانین و مقررات و شرایط) در صورتی مشمول این بند است که مآلاً موجب درآمد نامشروع گردیده و یا اینکه اساساً معامله یا قرارداد مورد بحث بر خلاف شرع و مصالح مسلم امت اسلامی منعقد شده باشد، که آن هم مشروط به احراز اعمال نفوذ و روابط است. بنابراین صرف عدم رعایت مقررات و شرایط لازم، مشمول بند ۵ ماده فوق‌الاشاره نبوده و حسب مورد از تخلفات اداری یا جزایی است که در صلاحیت مراجع مربوطه می‌باشد»^۱. بنابراین در واقع در نظریه مذکور به نوعی به سوءنیت در عمل ارتكابی با عبارت احراز اعمال نفوذ و روابط اشاره گردیده است. لذا چنانچه در واگذاری‌های صورت گرفته صرفاً برخی از شرایط و مقررات قرارداد یا قانون رعایت نشده باشد، و این سوءنیت احراز نگردیده باشد، نمی‌توان آنها را مصداق سوءاستفاده از معاملات دولتی و مشمول اصل ۴۹ قانون اساسی دانست.

از دیگر مواردی که در خصوص اراضی ملی و دولتی در این قانون بدان اشاره شده است ماده ۷ آن است که اشاره دارد: «در صورتی که اموال نامشروع از اموال عمومی یا انفال باشد محکوم به در اختیار دولت جمهوری اسلامی ایران قرار گیرد». بر این اساس

۱. نظریه شماره ۷/۵۷۷۲ - ۱۳۶۶/۱۱/۱۹.

هرگونه تحصیل درآمد نامشروع از انفال و اموال عمومی که برخی از مصادیق آنها در اصل ۴۵ قانون اساسی از قبیل رودخانه‌ها و دامنه کوه‌ها بدان اشاره گردیده است، صورت گیرد، می‌تواند مصداقی جهت ماده ۷ قانون مذکور گردد.

در مورد اراضی موات هم در ماده ۵ قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی آمده است: «دادستان موظف است رأساً نسبت به اموال و دارایی اشخاص حقیقی یا حقوقی در موارد زیر که آنها را با توجه به دلایل و امارات موجود نامشروع و متعلق به بیت‌المال یا امور حسبه تشخیص دهد از دادگاه صالح رسیدگی و حکم مقتضی را تقاضا نماید ... ۱۳- کلیه اشخاص حقیقی یا حقوقی که مبادرت به فروش یا تصاحب اراضی موات و مباحات اصلی نموده‌اند.»

لذا تحصیل اموال نامشروع یا زمین‌خواری چه از طریق فروش اراضی موات باشد و چه از طریق تصاحب غیرقانونی یا تصرف عدوانی، باید توسط دولت باز پس گرفته شود و در اختیار دولت جمهوری اسلامی قرار گیرد. در نهایت در خصوص اراضی مجهول‌المالک نیز، طبق آیین‌نامه قانون نحوه رسیدگی به دعاوی اصل ۴۹ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۰/۷/۲۸ هرگونه سوءاستفاده از این اراضی که زمین‌خواری مصداق بارز آن است، در زمره اصل مذکور قرار دارد.

راجع به ماهیت حقوقی دعاوی اصل ۴۹ قانون اساسی باید اذعان کرد که اگرچه طبق نظریات مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه، دعاوی اصل ۴۹ قانون اساسی دارای ماهیت حقوقی بوده و جنبه کیفری ندارند، لیکن برخی از مصادیق معنونه در اصل مذکور و قانون نحوه اجرای آن ممکن است ماهیت دوگانه داشته باشد. به عنوان مثال عمل تصاحب اراضی موات و مباحات اصلی که در اصل و قانون مذکور آمده است، هم شامل دعاوی حقوقی که دادگاه انقلاب می‌بایست بدان رسیدگی نماید، می‌گردد و هم دارای جنبه کیفری به استناد ماده ۶۹۰ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی می‌باشد. فروش این‌گونه اراضی نیز به دلیل تعلق آنها به دولت، علاوه بر اصل مذکور مشمول جرم انتقال مال غیر مصوب ۱۳۰۸ می‌گردد. در این خصوص ماده ۱۰ قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی بیان داشته است: «اگر دادگاه احراز کند که ثروت نامشروع از ارتکاب جرم حاصل شده است، مجرم را به مجازات لازم محکوم می‌کند، مشروط بر اینکه در مورد جرم مذکور قبلاً رای صادر نشده و یا اینکه مشمول عفو مقام رهبری واقع نشده باشد.» لذا دادگاه انقلاب در صورتی که به جرایمی نظیر تصرف عدوانی موضوع ماده ۶۹۰ قانون تعزیرات یا انتقال مال غیر یا رباخواری و اختلاس برخورد نماید، به شرط اینکه در دادگاه‌های عمومی به آنها رسیدگی نشده باشد، مکلف به رسیدگی می‌باشد. در این حالت دعاوی اصل ۴۹ قانون اساسی دارای ماهیت دوگانه حقوقی - کیفری می‌گردد.

بنابراین ممکن است با توجه به ماهیت دوگانه دعاوی اصل ۴۹ قانون اساسی در برخی از موارد، زمین‌خواری صورت گرفته دارای عنوان جزایی بوده و دادگاه‌های مذکور می‌بایست به آنها رسیدگی نمایند.

به طور کلی می‌توان گفت که احکام صادره در خصوص زمین‌خواری‌هایی که مشمول دعاوی اصل ۴۹ قانون اساسی می‌گردد، شامل سه نوع می‌باشد:

اول: احکام کیفری و مجازات. یعنی در مواردی که دادگاه انقلاب طبق ماده ۱۰ قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی به جرایم ارتكابی هم رسیدگی می‌نماید، می‌بایست مجازات زمین‌خواران را نیز در حکم خویش تعیین نماید.

دوم: احکام حقوقی خلع ید و رفع تصرف. طبق ماده ۲۷ آیین‌نامه اصلاحی نحوه رسیدگی به پرونده‌های موضوع اصل ۴۹ قانون اساسی دادگاه انقلاب پس از رسیدگی باید نسبت به خلع ید و رفع تصرف اراضی ملی و دولتی که توسط زمین‌خواران صورت گرفته است، حکم صادر نماید.

سوم: احکام تملیکی و مصادره، که حکم به مصادره و تملیک اموال به دولت خواهد بود.

۳-۴. تقاضای ثبت ملک دیگری با تلقی خود به عنوان متصرف

از بین مواد ۱۰۵ تا ۱۰۹ قانون ثبت اسناد که به جرایم ثبتی پرداخته است، ماده ۱۰۹ آن می‌تواند مصداقی از عنوان مجرمانه زمین‌خواری تلقی شود. ماده مذکور مقرر می‌دارد: «هرکس نسبت به ملکی که در تصرف دیگری بوده خود را متصرف قلمداد کرده و تقاضای ثبت کند کلاهبردار محسوب می‌شود...». عنصر مادی جرم مذکور، تقاضای ثبت توسط کسی است که متصرف واقعی ملکی نبوده و خود را متصرف قانون قلمداد کرده است، در حالی که ملک متعلق به دیگری بوده است. مجازاتی که قانون‌گذار برای این عمل در نظر گرفته، مجازات ماده یک قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری است که حبس و جزای نقدی است. اما در خصوص رد مال با توجه به مواد ۲۲ و ۲۴ قانون ثبت اسناد و املاک و نظریات مشورتی شماره‌های ۹۱۳۵ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۱ و ۱۳۸۰/۷/۳۹۹۵ مورخ ۱۳۸۳/۵/۲۲ اداره حقوقی قوه قضائیه که اشعار می‌دارد: «در موارد مذکور در مواد ۱۰۵ تا ۱۰۹ قانون ثبت اسناد و املاک، مرتکب به حبس و جزای نقدی و در صورت تقاضای شاکی خصوصی به جبران خسارت وارده نیز محکوم می‌گردد، ولی سند مالکیت ابطال نمی‌شود و نتیجتاً موضوع آن در ملکیت صاحب سند باقی خواهد بود و او باید قیمت آن و سایر خسارات وارده را به محکوم‌له پرداخت نماید»، سند مالکیت ابطال نمی‌شود و رد مال به صورت جبران خسارت و

قیمت زمین خواهد بود. لذا با توجه به قوانین و مقررات ثبت هرگاه کسی من غیر حق اما با رعایت کلیه ضوابط و مقررات قانون ثبت ملکی را که متعلق به او نبوده است، به نام خود ثبت کند و سند مالکیت بگیرد، دیگر کسی به عنوان مالک حقیقی و واقعی نمی تواند درخواست ابطال تقاضای ثبت یا سند مالکیت او را بنماید و جز در مورد صدور اسناد مالکیت معارض یا اشتباهات ثبتی، هیچ دعوی در این خصوص مسموع نیست و مواد ۲۲ و ۲۴ قانون ثبت بر این امر دلالت دارد.^۱ هر چند فلسفه چنین قاعده ای مصالح جامعه و روشن شدن وضع مالکیت غیر منقول و حفظ حقوق دارندگان اموال غیر منقول بوده و مبنای آن تلقی سند رسمی به عنوان قاطع دعوی بر شمرده شده است،^۲ لیکن این امر ممکن است در خصوص زمین خواری باعث شود که افراد با چنین تقلب هایی موفق شوند که هکتارها از اراضی ملی و دولتی را تصاحب نمایند و امکان ابطال اسناد صادر شده به نام آنها نیز وجود نداشته باشد، و اینکه چون اصولاً درخواست قیمت و جبران خسارات اراضی ملی و دولتی از سوی ارگان های مربوطه چه از لحاظ آیین دادرسی مدنی و امکان اعسار و چه از لحاظ پیگیری دادخواست ها از سوی ارگان های مذکور با مشکلات عدیده ای همراه می باشد، لذا از این منظر، نظریات ارائه شده صحیح به نظر نمی رسد و همانند قوانین خاص دیگر از قبیل «قانون مرجع تشخیص اراضی موات و ابطال اسناد آنها مصوب ۱۳۶۵» که علی رغم صدور سند این گونه اراضی به نام اشخاص را قابل ابطال اعلام نموده اند، در سایر موارد نیز امکان ابطال اسناد جعلی باید وجود داشته باشد.

منظور از تقاضای ثبت که در ماده ۱۰۹ قانون ثبت آمده است، اعم از تقاضانامه ثبت (که در ثبت عادی داده می شود) و اظهارنامه ثبتی (که در ثبت عمومی داده می شود) می باشد و برای اینکه مواد جزایی به نحوی تفسیر نشود که شامل اظهارنامه ثبتی نگردد، ماده ۱۱۰ قانون ثبت اسناد و املاک به این امر تصریح نموده است: «در مورد مواد فوق و همچنین در کلیه مواد دیگر این قانون، اظهارنامه ای که در مورد ثبت عمومی املاک داده شود به منزله تقاضانامه است».^۳ لذا چنانچه افراد زمین خوار با اینکه متصرف واقعی اراضی متعلق به دولت نبوده و در حین ثبت عمومی املاک مذکور، اقدام به اظهار ثبت ملک مذکور به عنوان متصرف قانونی نماید، مشمول عنوان مجرمانه فوق می گردد. نمونه بارز این جرم در پدیده زمین خواری زمانی است که اشخاص علی رغم اینکه متصرف قانونی اراضی ملی و دولتی نمی باشند، با اضافه نمودن اراضی ملی و

۱. شهری، غلامرضا، حقوق ثبت اسناد و املاک، نشر جهاد دانشگاهی، ۱۳۹۳، ص. ۲۴۳.

۲. همان، ص. ۲۴۱.

۳. همان، ص. ۲۴۹.

دولتی به اراضی خود که همجوار با این‌گونه اراضی هستند، در حین ثبت عمومی، کل ملک متصرفی را که بخشی از آن متعلق به دولت بوده و شخص در آن تصرف قانونی نداشته است، به عنوان ملک خویش اظهار می‌دارد و تقاضای ثبت آن به نام خود می‌نماید. همچنین در اراضی موات و بایر چه در داخل محدوده شهرها و چه خارج از آنها، با تصرف غیرقانونی و علم به اینکه این‌گونه اراضی در اختیار دولت و حکومت اسلامی می‌باشد، خود را متصرف واقعی و قانونی آنها جلوه داده و با اظهارنامه ثبتی، تقاضای ثبت آن به نام خویش را می‌نمایند.

۴. تدابیر پیشگیرانه

با شناخته‌شدن روش‌های مختلف زمین‌خواری و عناوین مجرمانه‌ای که در سیاست کیفری کنونی جامعه ما برای برخورد با این پدیده وجود دارد، کاستی‌ها و ضعف قوانین جهت برخورد با پدیده مذکور معلوم شده است. لذا در ادامه به ارائه پیشنهادهایی جهت رفع این کاستی‌ها و پیشگیری از زمین‌خواری ارائه می‌شود.

۴-۱. اصلاح شیوه جرم‌انگاری

با مشخص‌شدن روش‌های متعدد زمین‌خواری، صرفاً روش‌های تصرف عدوانی و تغییر غیرمجاز کاربری اراضی ملی مستقیماً دارای ضمانت اجرای کیفری هستند و بسیاری از روش‌های دیگر نظیر استفاده از رانت اطلاعاتی، واگذاری‌های غیرقانونی و سوءاستفاده از واگذاری‌های قانونی و تبانی با مسئولان و متولیان امور اراضی دولتی، دارای ضمانت اجرای کیفری نیستند و افراد زمین‌خوار به راحتی از این ضعف قوانین استفاده می‌کنند و مراجع قضایی و قانونی نیز به دلیل فقدان عنوان مجرمانه قادر به برخورد با این افراد نمی‌باشند. لذا قانون‌گذار باید در راستای اصلاح نظام تقنینی در این مورد اقدام و با پیش‌بینی ضمانت اجرای کیفری مناسب سعی در پیشگیری کیفری (واکنشی) از پدیده زمین‌خواری نماید.

۴-۲. اصلاح شیوه کیفرگذاری

علاوه بر نقایص و کاستی‌های موجود در جرم‌انگاری روش‌های مختلف زمین‌خواری، تعداد محدود عنوان مجرمانه‌ای هم که مستقیماً به این پدیده اختصاص دارد، از نظر کیفرگذاری و مجازات تعیین‌شده دچار ایراد و اشکال اساسی بوده و به هیچ عنوان پاسخگوی نیازهای امروز جامعه در برخورد با این پدیده شوم نمی‌باشد. از نظر شیوه کیفرگذاری در ماده ۶۹۰ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی دو ایراد عمده وجود

دارد. ایراد نخست مربوط به عدم تفکیک مجازات تجاوز به زمین‌های ملی و عمومی از مجازات تجاوز به زمین‌های خصوصی است و ایراد دوم را می‌توان در خصوص عدم تناسب میان جرم و مجازات در این ماده مطرح نمود. اصولاً تصاحب و تصرف عدوانی زمین‌های ملی و عمومی از نظر علل و عوامل، وخامت و آثار با تصاحب غیرقانونی و تصرف عدوانی زمین‌های خصوصی متفاوت است. از این رو، سیاست کیفری ناظر بر این دو باید متفاوت باشد. در نتیجه، بایستی مجازات‌های متفاوتی برای هریک از این دو پدیده در نظر گرفته شود. مجازات تعیین‌شده در ماده ۶۹۰، هم از نظر بازدارندگی خاص و هم بازدارندگی عام نقش عمده‌ای ندارد، بلکه موجب تجری زمین‌خواران می‌گردد؛ زیرا آنها با تصرف هکتارها از اراضی ملی و دولتی، تنها به یک ماه تا یک سال حبس محکوم می‌شوند که ممکن است این میزان از مجازات نیز با ارفاق‌های مختلف قانون مجازات اسلامی از جمله آزادی مشروط، تعلیق مجازات و عفو، به مرحله اجرا درنیاید. به عنوان مثال در دادنامه شماره ۱۷۴۴ مورخ ۱۳۸۶/۸/۳۰ دادگاه چمستان برای متهمی که مرتکب تصرف عدوانی هفت هزار و سیصد متر مربع از اراضی ملی شده بود، تنها سه میلیون ریال جزای نقدی تعیین نمود.

علاوه بر ایرادهای مربوط به کیفرگذاری، ایراد دیگری که در جرم تصرف عدوانی اراضی ملی و دولتی وجود دارد، قابل گذشت بودن جرم مندرج در ماده مذکور می‌باشد. تصاحب غیرقانونی و تصرف عدوانی زمین‌های ملی و عمومی جرمی است که مستقیماً به منافع عمومی لطمه می‌زند و تنها با منافع یک اداره یا سازمان مرتبط نیست. از این رو نمی‌توان شروع به تعقیب کیفری در این مورد را وابسته به شکایت اداره منابع طبیعی، سازمان حفاظت محیط زیست و یا سایر ارگان‌ها دانست، بلکه اهمیت و وخامت این جرم به حدی است که دادستان بایستی بتواند در صورت مشاهده هرگونه اقدام مجرمانه در این مورد به تعقیب کیفری مرتکب یا مرتکبان بپردازد و در این راستا نیازمند شکایت شاکی نباشد.

از سوی دیگر، آنچه به عنوان قابل گذشت بودن جرم مندرج در ماده ۶۹۰ کتاب پنجم، در ماده ۱۰۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ آمده به معنای این است که در صورت گذشت شاکی خصوصی دادگاه باید اقدام به صدور قرار موقوفی تعقیب نماید و این موضوع با سیاست کیفری مبارزه با زمین‌خواری در وضعیت فعلی جامعه با توجه به میزان قابل افزایش این پدیده سازگاری ندارد. طبق تحقیقات به‌عمل‌آمده در سه ماهه نخست سال ۱۳۸۶ از میان تعداد ۴۶ پرونده مختومه در دادسرای ویژه حفظ بیت‌المال در اراضی ملی و منابع طبیعی، تنها ۴ مورد به صدور قرار مجرمیت منتهی شده و ۲۹ مورد منتهی به صدور قرار موقوفی تعقیب و یا منع تعقیب گردیده است.^۱

۱. قاسمی، حسن؛ و دیگران، منبع پیشین، ص. ۷۹.

۳-۴. اصلاح نظام اجرایی

یکی از کاستی‌های نظام اجرایی در برخورد با زمین‌خواری، اطاله رسیدگی به پرونده‌های مربوطه است. در این زمینه بخشنامه‌های متعددی از سوی رؤسای وقت قوه قضاییه مبنی بر رسیدگی سریع و خارج از نوبت صادر گردیده لیکن در عمل این مهم اتفاق نیفتاده است. کاستی دیگر عدم تخصیص شعب ویژه رسیدگی به پرونده‌های زمین‌خواری در سراسر کشور می‌باشد. در شهر تهران و برخی از مراکز استان‌ها این امر محقق شده، لیکن کافی نبوده و این شعب می‌بایست در تمامی استان‌ها و شهرستان‌های مهم تشکیل شود. ضعف دیگر در این مورد، عدم هماهنگی بین دستگاه‌های متولی امور اراضی ملی و دولتی است، زیرا به دلیل اینکه دستگاه‌های مختلفی دست‌اندرکار این اراضی هستند، در عمل ناهماهنگی‌های به‌وجودآمده مانع مقابله جدی با این پدیده خواهد بود؛ لذا هماهنگی لازم نیز باید در این زمینه انجام گیرد.

۴-۴. اقدامات پیشگیرانه

در کنار پیشگیری کیفری یا واکنشی، اقداماتی نیز از نظر پیشگیری کنشی در مقابله با پدیده فوق باید صورت پذیرد. مهم‌ترین اقدام پیشگیرانه در این زمینه اجرای کامل طرح کاداستر و سامانه جامع ثبتی است. قانون اجرای طرح مذکور اخیراً تصویب و ابلاغ گردیده است و اداره ثبت و دولت باید اهتمام جدی در زمینه اجرای آن داشته باشد. از موارد دیگر می‌توان به اصلاح شیوه محافظت از اراضی ملی اشاره نمود که طی آن سازمان‌های متولی امور اراضی ملی و دولتی، با تعیین حدود و علامت‌گذاری اراضی ملی و نظارت بیشتر جهت جلوگیری از تصرف‌های غیرقانونی و ساخت و سازهای غیرمجاز می‌توانند نقش به‌سزایی در پیشگیری از این پدیده داشته باشند. از اقدامات دیگر در این زمینه می‌توان به ممنوعیت واگذاری قطعی اراضی ملی و دولتی به اشخاص حقیقی و حقوقی اشاره نمود که خوشبختانه قانون‌گذار در قانون «افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی مصوب ۱۳۸۹» موضوع مذکور را ممنوع اعلام نموده، لیکن در «لایحه قانون جامع منابع طبیعی» که در دست اقدام و بررسی جهت تصویب در صحن علنی مجلس می‌باشد، مجدداً به این واگذاری‌های قطعی اشاره شده است.

نتیجه‌گیری

زمین‌خواران از روش‌های متنوع و پیچیده‌ای جهت نیل به اهداف خود استفاده می‌کنند. در حقوق کیفری مربوط به پدیده زمین‌خواری علاوه بر مشکل عدم تعریف دقیق این پدیده و عدم تعیین حوزه و قلمرو آن، وجود خلأ قانونی در حوزه جرم‌انگاری، از زمینه‌های بروز این پدیده است. علاوه بر خلأ قانونی مذکور، در مواردی خود قانون‌گذار با تصویب قوانینی بر خلاف مقاصد اولیه خود در قانون اساسی و سایر قوانین خاص، باعث رواج پدیده مزبور شده است. در قوانین متعددی نظیر قوانین بودجه سال‌های ۱۳۷۳، ۱۳۷۴ و ۱۳۷۵ و قانون نحوه وصول برخی از درآمدهای دولت، قانون‌گذار اجازه داده است که اراضی ملی و دولتی به اشخاص حقیقی و حقوقی به صورت قطعی واگذار گردد و حتی به دولت اجازه داده است که در این واگذاری‌ها تا پنجاه درصد تخفیف را نیز اعمال نماید. در واقع نه تنها بر خلاف اصل ۴۵ قانون اساسی که بسیاری از اراضی ملی و دولتی را متعلق به عموم مردم دانسته، اراضی مذکور قابل واگذاری به صورت قطعی شناخته شده است، بلکه حتی در این واگذاری‌ها تا نصف مبلغ نیز قابل تخفیف می‌باشد. این اقدام قانون‌گذار باعث می‌شود که افراد زمین‌خوار، طرح‌های صوری جهت تصاحب اراضی قابل واگذاری ارائه و ضمن تبانی با مسئولان ذیربط موفق به این امر شوند و یا پس از واگذاری قطعی اراضی، هیچ اقدامی در زمینه طرح‌های ارائه‌شده نکنند و با تغییر کاربری، آنها را به قیمت گزاف به فروش برسانند.

در برخی از روش‌های رایج زمین‌خواری نظیر تجاوز و تصرف مستقیم اراضی ملی و دولتی یا تغییر غیرقانونی کاربری آنها، قضات می‌توانند با تفهیم اتهام عنوان مجرمانه خاصی، عمل ارتكابی را مجازات نمایند، هرچند در همین عناوین مجرمانه نیز در بسیاری از موارد، مجازاتی که تعیین گردیده، بسیار ناچیز است و جنبه بازدارندگی ندارد. لیکن به جز عناوین مجرمانه فوق در سایر روش‌های متداول زمین‌خواری، عمل ارتكابی افراد زمین‌خوار دارای عنوان مجرمانه خاص و مستقیم نبوده و از لحاظ حقوق کیفری با خلأ قانونی مواجه می‌باشد. البته ممکن است عمل ارتكابی چنین افرادی به صورت غیرمستقیم با برخی از اعمال مجرمانه مثل جعل و استفاده از سند مجعول، پرداخت رشوه و فروش مال غیر قابل انطباق باشد، لیکن عمل اصلی زمین‌خواری صورت‌گرفته، دارای عنوان مجرمانه خاص نبوده و چنانچه افراد زمین‌خوار، اعمال مجرمانه غیرمستقیم را اصولاً مرتکب نشوند یا توسط شخص دیگری انجام دهند، از لحاظ غارت بیت‌المال و چپاول سرمایه‌های ملی و متعلق به عموم مردم با هیچ اتهام

کیفری مواجه نخواهند بود. این امر بسیار خطرناک است و باعث سوءاستفاده مجرمان از این منفذها و خلأهای قانونی و در نتیجه اشاعه چنین پدیده شومی خواهد شد. بنابراین، علی‌رغم تلاش‌های فراوان دولت و دستگاه قضایی جهت برخورد با این پدیده، تشکیل شورای حفظ حقوق بیت‌المال در سطح استان‌ها با تولیت ریاست دادگستری آن استان و تشکیل دادگاه‌های ویژه و تخصصی زمین‌خواری در مرکز و سایر استان‌ها به نظر می‌رسد که قبل از همه اقدامات فوق، حل مشکل قانون‌گذاری و وضع قانون جامع در خصوص برخورد با این پدیده بسیار ضروری می‌باشد. قانونی که تعریف دقیقی از زمین‌خواری ارائه دهد، حدود و ثغور اراضی مشمول آن را تعیین کند و عناوین مجرمانه دقیق‌تری وضع کند تا شامل همه روش‌های متداول پدیده مذکور شود و در نهایت راهکارهای مختلف پیشگیرانه و وظایف و اختیارات دستگاه‌های مختلف اجرایی، قضایی و پلیسی در این زمینه را مشخص نماید.

منابع

- باختر، احمد، دادگاه ویژه اصل ۴۹ قانون اساسی، نشر نوای عدالت، ۱۳۹۲.
- بشیری، عباس؛ و دیگران، حقوق کاربردی اراضی، نشر جنگل، ۱۳۹۳.
- بشیری، عباس؛ و دیگران، حقوق کاربردی املاک و اراضی، نشر جنگل، ۱۳۹۲.
- دادبان، حسن، حقوق جزای عمومی، جلد ۱، نشر دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۳.
- رضاپناه، محسن، نقد و بررسی جرایم ثبتی، نشر جنگل، ۱۳۹۲.
- شهری، غلامرضا، حقوق ثبت اسناد و املاک، نشر جهاد دانشگاهی، ۱۳۹۳.
- قاسمی، حسن؛ و دیگران، پیشگیری از جرم در ایران: مطالعه موردی تصاحب غیرقانونی و تصرف عدوانی زمین‌های ملی و جرم‌های ثبتی، معاونت حقوقی و توسعه قوه قضائیه، انتشارات روزنامه رسمی، ۱۳۸۸.
- مشهدی، علی؛ و مسعود فیروزی، «نگاهی به نظام حقوقی مالکیت زمین و ارتباط آن با پدیده زمین‌خواری»، مجله اطلاع‌رسانی حقوقی، دانشگاه شهید بهشتی، شماره‌های ۱۵ و ۱۶، ۱۳۸۷.
- موسوی مقدم، محمد، تغییر کاربری، نشر حقوق امروز، ۱۳۹۲.
- نصیری، مراد، «جرم زمین‌خواری از طریق تصرف و تغییر غیرقانونی کاربری اراضی»، مجله تعالی حقوق، شماره‌های ۱۶ و ۱۷، ۱۳۹۱.

تحدید تضمین‌های دادرسی عادلانه در پرتو جرم‌شناسی امنیت‌گرا

اعظم مهدوی‌پور*

نجمه شهرانی‌کرانی**

چکیده

احساس ناامنی ناشی از تحولات دهه نخست هزاره سوم در جهان سرآغازی برای اتخاذ تدابیر بی‌سابقه سخت‌گیرانه و سرکوب‌گرانه شد که در لوای شعار مبارزه با جرم و ندای برقراری امنیت، تحقق می‌یافت. بدین ترتیب در حوزه جرم‌شناسی نیز بر اثر افزایش جرایم در قرن بیستم شاهد شکل‌گیری نگرش‌های جدیدی هستیم که ماهیت آنها کاملاً امنیتی است. دیدگاه‌های جدید با دغدغه تأمین امنیت جانی و مالی شهروندان و طرح اندیشه‌های کنترل‌محور و ناتوان‌ساز جرم‌شناسی‌های امنیت‌مدار، زمینه عدول از رویکرد اصلاحی - تربیتی نظریات جرم‌شناختی بالینی را فراهم ساختند و توسل به رویکردهای امنیت‌محور و سرکوب‌گر را سرلوحه کار خود قرار دادند. این تغییر رویکرد جهت‌گیری‌های حقوق کیفری را نیز تحت تأثیر خود قرار داده، چنانکه تضمین امنیت حقوقی و قضایی تحت‌الشعاع تضمین امنیت جسمانی و مالی شهروندان و نظم عمومی قرار گرفته است. بدین‌سان، با حاکمیت رویکردهای امنیت‌مدار جرم‌شناسی و غلبه مفاهیمی همچون نظم عمومی و امنیت جامعه بر حقوق و آزادی‌های فردی آثار فراوانی بر حقوق کیفری کشورهای مختلف پدیدار گشته است. با پذیرش رویکرد امنیت‌محور اصول و موازین حاکم بر دادرسی عادلانه در پاره‌ای موارد نادیده انگاشته شده است. در حالی که تأمین امنیتی پایدار، هیچ‌گاه از رهگذر نادیده گرفتن حقوق دفاعی متهمان تحقق نمی‌یابد. در این مقاله بر آنیم که با نگاهی متفاوت تأثیرات این رویکرد بر حقوق کیفری، به‌ویژه حقوق کیفری شکلی و موازین دادرسی عادلانه، را مورد تحلیل و بررسی قرار دهیم.

کلیدواژه‌ها: تأمین امنیت، فرآیند کنترل جرم، جرم‌شناسی امنیت‌مدار، موازین

دادرسی کیفری.

amahdavipoor@yahoo.com

* عضو هیأت علمی گروه حقوق دانشگاه خوارزمی

** دانشجوی دوره دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال (نویسنده مسئول)

najmehshahrani@yahoo.com

تاریخ پذیرش: ۹۳/۰۵/۲۳ تاریخ دریافت: ۹۴/۰۴/۲۱

مقدمه

مقاله حاضر درصدد تغییر زاویه دوربین مطالعاتی خود از یک حوزه صرفاً حقوق بشری به یک حوزه مزجی «حقوق بشری - جرم‌شناختی» است. بدین معنا که آثار مربوط به موازین دادرسی عادلانه، تاکنون، ضرورت پایبندی به موازین مزبور را تنها با نگاه حقوق بشری پیگیری نموده‌اند. اما این نوشتار علاوه بر شناسایی موازین مزبور، به دنبال تأثیرات رویکردهای جرم‌شناختی بر این موازین نیز می‌باشد. به بیان دیگر، تعامل میان موازین حقوق بشری، به‌ویژه موازین دادرسی عادلانه از یک سو، با یافته‌های جرم‌شناسی، به‌ویژه رویکردهای امنیت‌مدار از سوی دیگر مورد مطالعه قرار می‌گیرد. در واقع، جرم‌شناسی امنیتی، در برابر جرم‌شناسی هنجارمند قرار می‌گیرد. جرم‌شناسی هنجارمند، یعنی عبور دادن راهکارها و یافته‌های جرم‌شناسی از سنجه حقوق بشر، برای وارد کردن آنها در حقوق کیفری. اما جرم‌شناسی امنیتی یا به تعبیر دلماس مارتی، علم پلیسی یا علم استراتژیک یا جرم‌شناسی خطر، یک گروه از مجرمان یا جرایم را، به این اعتبار که دشمن جامعه و خطرناک می‌داند، برجسته و مشمول مقررات کیفری و رویکرد خاصی در جرم‌شناسی می‌کند. به نظر می‌رسد تقابل دو جرم‌شناسی هنجارمند و امنیتی، به نوعی حکایت از تقابل بین دو حق یعنی حق فرد و جامعه بر امنیت در مقابل مجرمان و حق فرد بر داشتن تأمین در مقابل عوامل و نهادهای پلیسی - قضایی دارد.^۱

در جرم‌شناسی امنیتی، صحبت از حالت خطرناک یا خطرناکی بزهکار، اقدامات تأمینی توان‌گیر و نه اقدامات تأمینی و تربیتی، جنگ با جرم و مجرمان خطرناک می‌شود. در واقع، جرم‌شناسی امنیتی به طور عمده با بزهکاران مکرر و هسته فعال بزهکاران سروکار دارد. در جرم‌شناسی امنیتی، برای تضمین بهتر امنیت جامعه با طرد و کنارگذاری مجرمان خطرناک و نه با هدف اصلاح مجرمان خطرناک، سیاست کیفری کشورها در مورد جرایم یا مجرمان خاص با انقطاع از مدل اصلی و غالب خود، مواجه می‌شود. به عبارت دیگر، جرم‌شناسی امنیتی منجر به سیاست کیفری امنیت‌مدار نسبت به بعضی مجرمان می‌شود.^۲ پیامدهای این نگاه در حقوق کیفری، به‌ویژه حقوق کیفری شکلی، عبارت‌اند از تفریدزدایی از مجازات‌ها، افزایش مدت مجازات حبس، واگذاری امر تحقیق به دادستان و روا داشتن شکنجه. این پیامدها، گرایش به انسان‌زدایی از حقوق

۱. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، تقریرات درس جرم‌شناسی (از جرم‌شناسی انتقادی تا جرم‌شناسی امنیتی)، دوره دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، نیم سال دوم سال تحصیلی ۱۳۹۲

- ۱۳۹۱. ص. ۲۴.

۲. همان، ص. ۳۹.

کیفری را، حداقل در برابر تکرارکنندگان جرم و مجرمان خطرناک، نشان می‌دهد. در جرم‌شناسی امنیتی، مجرم فردی خطرناک و در نتیجه برای حفظ امنیت جامعه، شایسته اخراج از جامعه و خنثی شدن است. بدین‌سان، انسانیت مجرم خطرناک نادیده گرفته می‌شود. بحث اصلی در این رویکرد این است که حقوق کیفری از خاستگاه انسانی خود در قبال برخی از افراد و بزهکاران خطرناک دور می‌شود.^۱ مدل عدالت کیفری مطلوب در جرم‌شناسی امنیتی، مدل کیفری یا مدل کنترل جرم است و نه مدل دادرسی عادلانه. این الگو در تعارض میان حقوق متهم و جامعه، حقوق متهم را قربانی مصالح جامعه و حفظ امنیت می‌کند و تلاش نظام عدالت کیفری به طور چشمگیری صرف دستگیری سریع متهمان و محکوم کردن و مجازات آنها می‌گردد و در نتیجه حقوق متهمان تا حد زیادی نادیده گرفته می‌شود. راهبرد اصلی این الگو، تأمین امنیت به واسطه شدت عمل کیفری و نقض موازین دادرسی منصفانه است.^۲ بدین‌سان، امنیتی کردن بیشتر از جهت شکلی نمود یافته است تا از جهت ماهوی. قوانین و مقررات رسیدگی کیفری هر کشور، زبان گویایی برای سنجش اندازه روی آوری به عدالت و دادگری، آزادی‌های فردی و حقوق متهم است و اگر بخش ماهوی حقوق کیفری برای پشتیبانی از هنجارها و ارزش‌ها در راستای یکپارچگی جامعه و نگهداری از امنیت (جان، مال، مردم و دولت) تلاش می‌کند، بخش شکلی آن یعنی آیین دادرسی کیفری در جهت تضمین آزادی‌ها و حقوق افراد است تا دولت‌ها به جهت جرم و مجازات‌هایی که در قانون‌ها پیش‌بینی شده، شیوه رسیدگی دلبخواه و یک‌جانبه برای کیفر متهم به کار نگیرند.^۳ به تعبیر دیگر، آیین دادرسی کیفری صحنه چالش میان حفظ نظم و امنیت عمومی و حراست از حقوق بشر و آزادی‌های فردی است. به طور کلی، آیین دادرسی کیفری جلوه‌گاه اصلی تحقق عدالت است. حتی آن‌گاه که مرتکبان جنایات علیه بشریت، جنایات نسل‌کشی و جنایات جنگی، در برابر دستگاه عدالت کیفری قرار می‌گیرند، نباید به دید انسانی جنایتکار در آنها نگریست؛ بلکه باید همچون انسانی برخوردار از حقوق، مورد توجه واقع شوند.^۴

امروزه در یک نگرش واقع‌بینانه و منطقی، گستردگی جنایات، شدت اتهامات و وخامت اعمال ارتكابی هیچ‌گاه نمی‌تواند مجوزی برای برخوردهای غیرانسانی با متهم

۱. همان، ص. ۳۰.

۲. قیابچی، حسام؛ و حمید دانش‌ناری، «الگوهای دوگانه فرآیند کیفری کنترل جرم و دادرسی منصفانه»، فصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۱، ص. ۱۶۹.

۳. عالی‌پور، حسن، توازن میان امنیت ملی و آزادی‌های فردی در مقابله با جرایم تروریستی، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، پاییز ۱۳۸۷، ص. ۲۱۵.

۴. آزمایش، علی، «محاکمه صدام از منظر حقوق بین‌المللی جزایی»، مجله کانون وکلای دادگستری خراسان، شماره ۳، ۱۳۸۶، صص. ۱۹۷ - ۱۹۶.

محسوب گردد و برقراری نظم و امنیت، هرچند برهم خوردن آن، موجبات پریشانی افکار عمومی را فراهم نموده باشد، نمی‌تواند کنش‌های غیرانسانی و خارج از مدار انسانیت را توجیه نماید. در واقع «قواعد آیین دادرسی کیفری، خط بطلانی بر این تئوری است که هدف وسیله را توجیه می‌کند و مقامات قضایی در حراست از نظم و امنیت عمومی از هر قید و بندی رها هستند».^۱ از این رو، در رویارویی با متهم باید کرامت ذاتی و شخصیت انسانی وی مورد توجه قرار گیرد، نه اعمال انتسابی به او. بی‌تردید، تکلیف دولت‌ها در به کار بستن حداکثر توان و امکانات خود در جهت تأمین و تضمین دادرسی عادلانه و منصفانه مندرج در اسناد بین‌المللی حقوق بشر از چنین دیدگاهی نشأت می‌گیرد. یعنی تمام تعهدات حقوق بشری دولت اعم از تعهداتی که لازمه‌ی حق‌های اقتصادی و اجتماعی شهروندان و تعهداتی که لازمه‌ی حق‌های مدنی و سیاسی آنان است، از نوع تعهد به نتیجه خواهد بود، یعنی دولت مکلف است تمام تلاش‌های خود را در تهیه و تدارک امکانات لازم به کار گیرد.^۲

بنابراین، می‌توان گفت تعهد دولت‌ها در این راستا از سنخ تعهد به نتیجه است نه تعهد به وسیله. این امر موجب شده است که رعایت موازین حقوق بشر فراتر از قلمرو حاکمیت داخلی کشورها قرار گیرد و حقوق بشر از یک جایگاه درجه دوم به جایگاه درجه اول در سیاست ارتقا یابد. بنابراین در عصر جهانی شدن، دولت‌ها به نحو فزاینده‌ای به علت مجموعه‌ای از عوامل خارجی و داخلی، تحت فشار قرار می‌گیرند و مجبور به پاسخ‌گویی نسبت به اقداماتشان نزد جامعه بین‌المللی می‌شوند.^۳ درحقیقت، حقوق بشر تجلی بارز کرامت انسانی است و تکلیف دولت‌ها به تضمین رعایت آن ناشی از شناخت همین کرامتی است که پیش‌تر منشور ملل متحد و اعلامیه جهانی حقوق بشر آن را اعلام کرده‌اند.^۴ حق برخورداری از دادرسی عادلانه و منصفانه به عنوان حق منبعث از اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی که خطاب آنها در خصوص افراد، حق‌مدار و در خصوص دولت‌ها، تکلیف‌مدار است، در زمره حقوق رویه‌ای، محسوب می‌شود و دولت‌ها متعهد و مکلف‌اند برخورداری همه افراد از این حق را با استفاده از حداکثر منابع و امکانات موجود خود تضمین نمایند.

۱. اشتیاق، وحید، مقدمه کتاب آیین دادرسی کیفری، نوشته علی خالقی، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۰، ص. ۱.

۲. قاری سیدفاطمی، سیدمحمد، حقوق بشر در جهان معاصر، دفتر یکم، درآمدی بر مباحث نظری: مفاهیم، مبانی، قلمرو و منابع، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ سوم، ۱۳۹۰، ص. ۵۷.

۳. کاظمی، مریم، «حقوق بشر و دولت‌ها در عصر جهانی شدن»، فصلنامه راهبرد، شماره ۳۸، ۱۳۸۴، ص. ۲۶۱.

۴. قربان‌نیا، ناصر، «ماهیت عام تعهد به رعایت حقوق بشر و مسأله شرط»، فصلنامه حقوق اسلامی، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، شماره ۲۱، تابستان ۱۳۸۸، ص. ۵۱.

نکته مهم این است که حقوق رویه‌ای، انعکاس عدالت رویه‌ای است و نادیده گرفتن این حقوق به معنای نادیده گرفتن عدالت و نقض موازین دادرسی منصفانه در فرآیند دادرسی است. با این حال، آیین دادرسی کیفری، استواری حقوق کیفری ماهوی و یکسانی آن را ندارد و گهگاه شیوه‌های رسیدگی با توجه به مرتکب یا چیستی جرم، دگرگون می‌شوند. به خصوص پس از حوادث یازدهم سپتامبر، قانون‌گذاران در برخورد با جرایم تروریستی و جرایم سازمان‌یافته از همه یا برخی اصل‌ها و گزاره‌های شناخته شده رسیدگی کیفری دور می‌شوند و آیین دادرسی کیفری جداگانه (افتراقی) پیشنهاد می‌کنند. به نحوی که یکی از ویژگی‌های آیین دادرسی کیفری افتراقی در رسیدگی به تروریسم و جرایم سازمان‌یافته، امنیت‌گرایی مقررات است. بنابراین می‌توان گفت که دولت‌ها با هدف و گاه به بهانه مقابله با تروریست‌ها و برقراری امنیت، با در پیش گرفتن رویکردی امنیت‌محور، در قالب قانون‌گذاری دست به اقداماتی زده‌اند که موازین و معیارهای دادرسی عادلانه و منصفانه مورد تعرض قرار گرفته است. این شیوه قانون‌گذاری به تعبیر برخی از حقوق‌دانان، در پوشش شعار «جنگ با تروریسم» یا به عبارت دیگر «جنگ علیه جرم»، در نهایت با نادیده گرفتن ممنوعیت‌های حقوق بشر دوستانه و حقوق بین‌المللی حقوق بشر به مشروعیت بخشیدن به امور غیرانسانی می‌انجامد.^۱ در واقع این شعار، با وام گرفتن مؤلفه‌هایی از حقوق جنگ به نظامی ساختن حقوق کیفری ملی گرایش پیدا می‌کند و از این جهت به آموزه حقوق کیفری دشمن‌مدار می‌پیوندد و به تدریج شکل تمام سیستم کیفری را از راه «افزایش عنوان دشمن» تغییر داده و ساختار آن را از هم فرو می‌پاشد. بدین ترتیب این تأثیرپذیری از منطق حقوق جنگ، به علت کنار رفتن تضمین‌ها، چه تضمین‌های حقوق کیفری (ماهوی و شکلی) و چه آنهایی که به حقوق بشر وابسته‌اند، در نتیجه غیرقضایی کردن فرآیند دعوا و کنار نهادن فردیت مجرم را در پی دارد.^۲ البته این امر اختصاص به کشورهای درگیر و به تعبیری بزه‌دیده جرایم تروریستی نداشته و در قانون‌گذاری بسیاری از کشورها می‌توان این انحراف از اصول و موازین دادرسی عادلانه و منصفانه و در نتیجه رویکرد امنیت‌محور را مشاهده کرد.

اصول و قواعد حاکم بر دادرسی کیفری به عنوان جلوه‌ای از حقوق بشر، از چنان اهمیتی برخوردار است که حتی در موارد بروز حالت‌های اضطراری و فوق‌العاده و در

۱. دلماس مارتی، میری، «پارادایم جنگ علیه جرم؛ مشروع ساختن امر غیرانسانی»، ترجمه روح‌الدین کردعلیوند،

تازه‌های علوم جنایی، مجموعه مقاله‌ها، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، نشر میزان، چاپ اول، بهار

۱۳۸۸، ص. ۱۰۱۱.

۲. همان، ص. ۱۰۱۲.

خصوص ارتکاب گسترده‌ترین جنایات، قابل حذف نمی‌باشند.^۱ نمی‌توان تصور کرد که به علت بروز شرایط اضطراری و غیرعادی و یا وجود اتهامات شدید و سنگین، اساساً متهم را از حق دسترسی به وکیل مدافع تا پایان دادرسی کیفری محروم نمود و یا به بهانه کشف احتمالی جرم، نقض مکرر حریم خصوصی افراد را مجاز دانست و یا توسل به شکنجه برای کشف جرم و به دست آوردن ادله ارتکاب جرم روا داشته شود. نمی‌توان به استناد خطرناکی متهمان، آنها را از دسترسی به دادگاه‌های دادگستری محروم نمود و رسیدگی به اتهام آنان را از دادگاه‌های عادی به دادگاه‌های نظامی و حتی به کمیسیون‌های نظامی که ویژگی اداری دارند انتقال داد.

امروزه این رویکرد راه را برای چندتکه شدن آیین دادرسی (آیین دادرسی پراکنده و نامتجانس) بر پایه شدت جرم همراه با قواعد متمایل به دفاع بهتر از جامعه در برابر بزهکاری باز کرده است.^۲ باید توجه داشت که تدابیری از این دست، بیش از آنکه تأمین‌کننده امنیت شهروندان باشند، تهدیدی نسبت به احساس امنیت خاطر شهروندان می‌باشند. اتخاذ چنین تدابیری که با تحدید حقوق دفاعی متهمان همراه است، به عنوان «امنیت‌محوری و امنیت‌گرایی» در موازین دادرسی کیفری شناخته می‌شود. بدین ترتیب بیم آن می‌رود که گسترش چنین روندی و عدم نظارت مراجع عالی قضایی مستقل و بی‌طرف ملی و فراملی، وضعیت را به گونه‌ای هدایت کند که سیاست‌ها و تدابیر دولت‌ها، به‌ویژه در سیاست جنایی اقتدارگرا و اقتدارگرای فراگیر جایگزین معیارها و موازین گران‌سنگ آیین دادرسی کیفری شود. برای نمونه، وزارت کشور بریتانیا در سال ۲۰۰۵، طرح‌هایی برای اصلاح قانون‌گذاری ضدتروریسم ارائه داد تا محاکمات به صورت غیرعلنی و مخفیانه انجام شوند. مهم‌تر از این وزارت مزبور درخواست کرده است که معیار بار اثبات دعوی، از «فرا‌تر از هرگونه ظن معقول»^۳ به «توازن احتمالات»^۴ تغییر پیدا کند. همچنین وزارت کشور فدرال آلمان، اخیراً خواستار تصویب قانونی شده است که بر اساس آن بتوان افراد خطرناک را توقیف نمود، اگرچه اتهامات آنها هنوز ثابت نشده باشد.^۵ بر اساس روند یادشده، با تحولات تقنینی در قلمرو

۱. دهقانی، علی، رویکرد امنیت‌گرا به دادرسی کیفری؛ مبانی، جلوه‌ها و چگونگی تعدیل آن با تأکید بر حقوق

ایران، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران، زمستان ۱۳۸۹، ص. ۱۳۷.

۲. گسن، رمون، «ملاحظه‌هایی درباره هدف آیین دادرسی کیفری»، ترجمه شهرام ابراهیمی، فصلنامه حقوقی

دادگستری، شماره ۵۷-۵۶، پاییز و زمستان ۱۳۸۵، ص. ۳۴۵.

3. Beyond Reasonable doubt

4. Balance of probabilities

۵. آلبرشت، هانس یورگ، «تروریسم، خطر و قانون‌گذاری»، ترجمه مهدی مقیمی و مجید قورچی‌بیگی، فصلنامه

فقه و حقوق، سال سوم، شماره ۱۱، زمستان ۱۳۸۵، ص. ۱۸۵.

دادرسی کیفری، به خصوص در راستای مقابله با تهدیدات تروریستی و اقدامات علیه امنیت، بار دیگر معیارها و موازین دادرسی کیفری مورد بی‌مهری واقع شده و با تمام اهمیتی که در تحقق دادرسی منصفانه دارند، به آنها به عنوان تشریفاتی دست و پاگیر نگریسته شد که در اجرای عدالت و اعمال مجازات سریع بر متهمان، ایجاد مانع می‌کنند. از این رو در این مقاله و با تأکید بر اهمیت غیرقابل‌انکار موازین دادرسی کیفری و حمایت از حقوق و آزادی‌های فردی، با مذاقه در رویه قضایی و قانون‌گذاری کشورهای مختلف و همچنین ایران، پیامدهای حاکمیت رویکرد امنیت‌محور در حقوق کیفری (شکلی) با ترسیم مراحل مختلف فرآیند کیفری، یعنی تحقیقات مقدماتی (بند اول)، دادرسی و صدور حکم (بند دوم)، و اجرای حکم (بند سوم) بررسی خواهند شد.

۱. پیامدهای رویکرد امنیت‌محور در مرحله تحقیقات مقدماتی

از نقطه‌نظر رویکرد امنیت‌محور و پیامدهای آن، مرحله تعقیب و تحقیقات مقدماتی، حساس‌ترین مرحله و واجد بیشترین چالش با موازین و معیارهای حقوق بشر و به خصوص حقوق دفاعی متهمان بوده و در مقایسه با مرحله دادرسی از آسیب‌پذیری بیشتری برخوردار است، زیرا در این مرحله رعایت حقوق دفاعی متهمان از یک سو و الزامات ناظر به تأمین امنیت کشور از سوی دیگر، در تعارض جدی قرار می‌گیرند. سری و محرمانه بودن مرحله تحقیقات مقدماتی از دیگر جهاتی است که آسیب‌پذیری بیشتر این مرحله را از حیث رویکرد امنیت‌محور تشدید نموده و حقوق دفاعی متهم را با مخاطرات فراوانی مواجه نموده است.^۱ آسیب‌پذیری حقوق دفاعی متهم در این مرحله از فرآیند دادرسی کیفری متأثر از تفتیشی بودن این مرحله است، زیرا در نظام تفتیشی با رویکردی یک طرفه مسئولیت انجام تعقیب کیفری به عهده مقامات دولتی است. هرچند که نگاه سری و محرمانه به مرحله تحقیقات مقدماتی در کشورهای پیشرفته در حال افول است، اما در وضعیت کنونی آیین دادرسی کیفری ایران، با توجه به محدودیت‌هایی که بر حضور وکیل مدافع متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی بار می‌شود، نمی‌توان از علنی و غیرمحرمانه بودن تحقیقات سخن به میان آورد و لذا حساسیت‌های این مرحله از فرآیند دادرسی کیفری بیش از سایر مراحل خواهد بود. بر این اساس، به نظر می‌رسد که نظام دادرسی توافقی در مرحله رسیدگی‌های مقدماتی، در رابطه با اصل تساوی سلاح‌ها بین دادستان و متهم مناسب‌تر باشد؛ به این علت که در مراحل مقدماتی متهم با تأخیر زیاد وارد پرونده می‌شود و از امکانات مساوی یا

۱. آشوری، محمد، «نگاهی به حقوق متهم در حقوق اساسی و قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری»، فصلنامه مجتمعات آموزش عالی قم، سال اول، شماره سوم، پاییز ۱۳۷۸، ص. ۵۱.

مشابه با دادستان برای تهیه پرونده برخورددار نیست.^۱ بنابراین، در اینجا در دو قسمت، شیوه‌های خاص تحقیقات مقدماتی در زمینه جرایم مهم و پرخطر مورد تحلیل و بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۱. واگذاری امر تحقیق به دادستان

در نظام تفتیشی قرون وسطی و در دوران سلطه دادگاه‌های تفتیش عقاید امر تعقیب و تحقیق در امور کیفری بر عهده مقام واحدی بود. با امحای نظام تفتیشی و گرایش تدریجی تحقیقات به سوی نظام مختلط در اروپای قاره‌ای و متعاقباً در بسیاری از کشورها در دو قرن گذشته، حقوق‌دانان بر ضرورت استقلال قاضی تحقیق (بازپرس) از دادستان تأکید کردند. زیرا انجام تحقیقات مقدماتی از سوی دادستان که عهده‌دار تعقیب متهم است، امری است که با اصل بی‌طرفی مقرر در اسناد بین‌المللی حقوق بشر مغایر است. بند ۱ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی با تأکید بر حق برخورداری از دادرسی عادلانه به اصل بی‌طرفی دادگاه به عنوان یکی از سازوکارهای عملی تحقق و تضمین این حق تأکید می‌کند. قاعده بی‌طرفی اقتضا دارد که یک مقام و فرد همزمان نمی‌تواند به عنوان دادستان و قاضی عمل کند. در واقع دادستان نقش مدعی و شاکی را در مقابل متهم ایفا می‌کند و این رسالت شخص ثالث بی‌طرف نسبت به این دو است که به ادعای دادستان در مقابل متهم رسیدگی کند.^۲ تضمین حقوق دفاعی متهم در راستای تحقق دادرسی عادلانه و منصفانه، مستلزم آن است که امر تحقیق و جمع‌آوری ادله، همواره برعهده بازپرس به عنوان مقام قضایی مستقل و بی‌طرف باشد. بدین‌سان، از جمله مهم‌ترین سازوکارهای تحقق حق برخورداری از دادرسی عادلانه که به عنوان یک هنجار بین‌المللی حقوق بشری برای حمایت از اشخاص در برابر محروم کردن یا محدود کردن آزادی و حقوق اساسی آنها شناخته می‌شود، تضمین استقلال بازپرس در بررسی موضوع اتهام و جمع‌آوری ادله - له یا علیه متهم - و سپس اظهارنظر نهایی بر مبنای واقعیت‌های پرونده، به دور از هرگونه فشار و یا اعمال نفوذ است. منظور از استقلال بازپرس، گذشته از استقلال در برابر هرگونه نفوذ سیاسی و اجرایی در انجام تحقیق و جمع‌آوری ادله، استقلال در برابر دادستان (مقام تعقیب) است، زیرا بازپرس در سلسله مراتب قضایی، از قضات دادسرا محسوب می‌شود و دادستان بر انجام امور از سوی وی نظارت دارد. بنابراین نبود استقلال در برابر

۱. کای، امبوس، «آیین دادرسی کیفری بین‌المللی: توافقی، تفتیشی یا مختلط»، ترجمه حسین آقایی جنت‌مکان،

فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۴۵، بهار و تابستان ۱۳۸۶، ص. ۲۳۵.

۲. قاری سیدفاطمی، سیدمحمد، حقوق بشر در جهان معاصر، دفتر دوم، جستارهایی تحلیلی از حق‌ها و آزادی‌ها،

موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهردانش، چاپ دوم، ۱۳۸۹، ص. ۲۲۳.

دادستان که در مقام ایفای وظیفه مدعی‌العمومی، طرف دعوای کیفری محسوب می‌شود و بی‌طرف نخواهد بود، تحقق دادرسی عادلانه را با خدشه مواجه خواهد ساخت.^۱ در رویه قضایی ایران، در سال ۱۳۵۲ و در اصلاحات به عمل آمده در مقررات قانون آیین دادرسی کیفری (ماده ۴۰)، دادستان در جرم‌های مشهود می‌توانست تا پیش از حضور و مداخله بازپرس، اقدام لازم را برای حفظ و گردآوری دلایل و آثار جرم به عمل آورد. بر پایه این ماده، در امور جنحه به طور کلی، انجام تحقیقات مقدماتی از سوی ضابطان دادگستری و تحت نظارت دادستان انجام می‌شد. همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، قانون‌گذار در سال ۱۳۵۲ و در مقام اعمال اصلاحات در آیین دادرسی کیفری، با توجه به تراکم پرونده‌ها در شعب بازپرسی با دادن اختیار انجام تحقیقات مقدماتی در امور جنحه به دادستان، از اصل مهم و سرنوشت‌ساز تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق عدول کرد. شایان ذکر است که با وجود چنین اصلاحاتی، انجام تحقیقات مقدماتی در جرم‌های مهم همچنان در صلاحیت بازپرس باقی‌ماند، تا اینکه با تغییرات ایجادشده در مقررات دادرسی کیفری پس از انقلاب اسلامی و از میان رفتن طبقه‌بندی جرم‌ها (خلاف، جنحه و جنایت) و به استناد اینکه دیگر خط فاصلی میان جرم‌های جنحه و جنایت وجود ندارد، انجام تحقیقات مقدماتی جرم‌های مهم نیز به دادیاران تحقیق، واگذار شد.^۲ با این اقدام، تفکیک میان مقام تعقیب و تحقیق به طور کلی از میان رفت. این شیوه رسیدگی در دادسرا تا زمان انحلال آن، بر انجام تحقیقات مقدماتی حاکم بود. در سال ۱۳۸۱ و با تصویب قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب و پس از خلأ طولانی تفکیک میان نهاد تعقیب و تحقیق و قرار داشتن امر تعقیب، تحقیق و دادرسی در دست یک شخص (قاضی دادگاه‌های عمومی)، انتظار می‌رفت که قانون‌گذار با تفکیک دقیق و تعیین حدود وظایف و اختیارات این دو نهاد، در جهت تضمین حقوق دفاعی متهم گام بردارد، ولی آنچه در عمل شاهد آن بوده‌ایم، امکان مداخله دادستان در تحقیقات مقدماتی همه جرایم به غیر از جرم‌های موضوع صلاحیت دادگاه کیفری استان است؛^۳ امری که به لحاظ فقدان وصف بی‌طرفی دادستان، آشکارا در تعارض با حقوق دفاعی متهم است. بنابراین، حفظ و رعایت استقلال قاضی تحقیق (بازپرس) از یک سو و تضمین حقوق دفاعی متهم در جهت تحقق دادرسی عادلانه به عنوان یکی از مصادیق بارز حقوق بشر، از سوی دیگر، مستلزم آن است که امر تحقیق و

۱. فتحی، محمدجواد؛ و علی دهقانی، «استقلال بازپرس در انجام تحقیقات مقدماتی و تأثیر آن در تحقق دادرسی

عادلانه»، فصلنامه فقه و حقوق، سال پنجم، شماره ۲، بهار ۱۳۸۸، ص. ۹۴.

۲. آشوری، محمد، منبع پیشین، ص. ۴۱.

۳. بند «و» ماده ۳ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱: «تحقیقات مقدماتی

کلیه جرایم بر عهده بازپرس می‌باشد. در جرایمی که در صلاحیت رسیدگی دادگاه کیفری استان نیست،

دادستان نیز دارای کلیه وظایف و اختیاراتی است که برای بازپرس مقرر است ...».

جمع‌آوری ادله، همواره برعهده بازپرس به عنوان مقام قضایی مستقل و بی‌طرف باشد، زیرا مقام تعقیب (دادستان)، وظیفه تعقیب دعوای کیفری به نمایندگی از جامعه (نقش مدعی‌العمومی) را ایفا کرده و عهده‌دار طرح و تعقیب دعوای عمومی است و در نتیجه، مقامی بی‌طرف محسوب نخواهد شد.

اما نکته‌ی مهم دیگر، اختیار دادستان در صدور قرار تأمین کیفری است. خصوصاً در جایی که قرار تأمین کیفری منتهی به بازداشت متهم شود، این موضوع از اهمیت دوچندان برخوردار است. در حال حاضر، به صلاحیت دادسرا (اعم از بازپرس، دادستان و دادیار) برای صدور قرار تأمین و به خصوص قرار بازداشت متهم، انتقادات زیادی وارد است. کمیته حقوق بشر میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز در نظرات گوناگون، اختیار دادسرا برای بازداشت متهم را مغایر با بند ۳ ماده ۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی^۱ دانسته و به طور خاص، دادستان را به علت اینکه «نمی‌توان وی را مقام غیروابسته و بی‌طرف دانست»، واجد مقام صلاحیت‌دار قضایی مندرج در بند ۳ ماده ۹ میثاق تلقی ننموده است.^۲ در قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱، با وجود ضرورت تأمین بیش از پیش استقلال بازپرس در راستای تضمین دادرسی عادلانه، با تصویب این قانون شاهد محدودسازی استقلال بازپرس در صدور قرار تأمین کیفری و به‌ویژه صدور قرار بازداشت متهم هستیم.^۳ بر پایه بند ح ماده ۳ قانون پیش‌گفته، در صورتی که بازپرس رأساً قرار بازداشت موقت متهم را صادر کند و دادستان با آن موافق نباشد، نظر دادستان لازم‌الاجرا است؛ ولی در صورتی که دادستان درخواست بازداشت کرده و بازپرس با آن موافق نباشد، حل اختلاف حسب مورد با دادگاه عمومی یا انقلاب محل خواهد بود. همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، این قانون در مقایسه با قوانین سابق بر آن، نه تنها در راستای تفکیک و استقلال مقام تحقیق از تعقیب گام برداشته که گامی نیز به عقب برداشته و از این جهت قابل انتقاد است.

قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، در راستای رعایت و حفظ استقلال بازپرس و تفکیک مقام و مرحله تعقیب از تحقیق گام‌های مهمی برداشته است. بر اساس ماده ۹۲ این قانون «تحقیقات مقدماتی تمام جرایم برعهده بازپرس است. در غیر جرایم موضوع ماده ۳۰۲ این قانون، در صورت نبودن بازپرس، دادستان نیز دارای تمام

۱. بند ۳ ماده ۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی: «هرکس به اتهام جرمی دستگیر یا بازداشت (زندانی) شود باید در اسرع وقت او را در محضر قاضی یا مقام دیگری که به موجب قانون مجاز به اعمال اختیارات قضایی باشد، حاضر نمود.»

۲. آشوری، محمد، و محمدعلی بهمنی‌قاجار، «رویه کمیته حقوق بشر در حمایت از حق آزادی و امنیت شخصی»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره جدید، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۷، ص. ۱۳ - ۱۲.

۳. فتحی، محمدجواد؛ و علی دهقانی، منبع پیشین، صص. ۱۰۲ - ۱۰۱.

وظایف و اختیاراتی است که برای بازپرس تعیین شده است. در این حالت، چنانچه دادستان انجام تحقیقات مقدماتی را به دادیار ارجاع کند، قرارهای نهایی دادیار و همچنین قرار تأمین منتهی به بازداشت متهم، باید در همان روز صدور به نظر دادستان برسد و دادستان نیز مکلف است حداکثر ظرف ۲۴ ساعت در این خصوص اظهار نظر کند.^۱ بر اساس تبصره این ماده «در صورت عدم حضور بازپرس یا معذور بودن وی از انجام وظیفه یا نبودن بازپرس دیگر، در جرایم موضوع ماده ۳۰۲ این قانون، دادرس دادگاه به تقاضای دادستان و تعیین رئیس حوزه قضایی، وظیفه بازپرس را صرفاً تا زمان باقی بودن وضعیت مذکور انجام خواهد داد.» همچنان که مشاهده می‌شود، این قانون در راستای تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق حرکت نموده و بر اساس آن اصل بر صلاحیت بازپرس در انجام تحقیقات مقدماتی است.

۲-۱. رواداشت شکنجه

با وجود تأکید قواعد اخلاقی بر منع شکنجه و آزار، این ابزار غیرانسانی، به‌ویژه به عنوان یکی از طرق اخذ اقرار از متهمان و اثبات اتهام آنان، به‌خصوص در جرایم مرتبط با امنیت دولت‌ها در طول تاریخ به کار گرفته شده و نزد غالب ملت‌ها مرسوم بوده است. به طوری که می‌توان گفت که شکنجه اغلب جزئی از برنامه سیاست امنیتی حکومت‌ها است. مفهوم امنیت و لزوم حفظ آن، گاه در زبان حکومت‌های خودکامه به گونه‌ای تفسیر می‌شود که هر صدای مخالفی تهدید علیه امنیت به شمار می‌رود. شکنجه در این صورت ابزاری است برای ارعاب و ممانعت از پیوستن دیگران به صفوف مبارزان و مخالفان حکومت.^۱ بر همین اساس، شکنجه را ابزار قدرت نامیده‌اند و آن را مشتمل بر تحقیر، فشارهای روانی و رنج‌های جسمی دانسته‌اند.^۲ حقوق‌دانان نیز آن را همچون «شری دانسته‌اند که نه تنها غیراخلاقی است بلکه اجرای آن به هیچ رو عذرپذیر نیست». گذشته از غیرانسانی بودن و اینکه این اقدام نقض آشکار حقوق بشر و رفتاری علیه حرمت و کرامت انسان به شمار می‌رود، ادله به‌دست آمده در اثر شکنجه به دلیل چگونگی تحصیل آنها قابل اتکا نیستند. طبق ماده ۱۵ کنوانسیون منع شکنجه هم دولت‌های عضو مکلف‌اند به نحو اطمینان‌بخشی این معنا را اعلام کنند که اقرار در اثر شکنجه به هیچ وجه مدرک محسوب نمی‌شود و نمی‌تواند مورد استناد قرار گیرد، جز علیه شخص شکنجه‌گر برای تعقیب او به لحاظ ارتکاب این جرم.^۳

۱. اردبیلی، محمدعلی، «گفتاری درباره شکنجه و پیشگیری از آن»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۲۲، سال ۱۳۷۷ - ۱۳۷۶، ص. ۱۰۶.

۲. نوربها، رضا، «شکنجه در کنوانسیون ۱۹۸۴ سازمان ملل متحد»، فصلنامه کانون وکلا، شماره ۱۴۸ و ۱۴۹، پاییز و زمستان ۱۳۶۸، ص. ۱۹۲.

۳. مهرپور، حسین، «کندوکاوی در تمهیدات نظام بین‌الملل حقوق بشر و جلوگیری از شکنجه»، فصلنامه راهبرد، شماره ۳۰، زمستان ۱۳۸۲، ص. ۱۹۷.

حق شکنجه نشدن در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶) نیز به نحو مطلق تحت حمایت قرار گرفته است. مطابق ماده ۴ میثاق، حقوقی مانند حق حیات یا شکنجه نشدن در هیچ شرایطی تعطیل‌بردار نیستند و حتی در زمان بحران و خطر فوق‌العاده برای موجودیت یک ملت نیز موجبی برای نادیده گرفتن و تضییع آنها نیست. بنابراین نه فقط در زمان ثبات و عادی بودن اوضاع بلکه در مواقع بحران و نا آرامی نیز حریم این حقوق محفوظ و واجب‌الرعايه است،^۱ زیرا شکنجه ناقض اصل مجازات عادلانه است و اعمال شکنجه در یک مورد خاص و توجیه آن، پیشینه‌ای ایجاد می‌کند که دولت‌ها ممکن است با استناد به آن کاربرد شکنجه را در سطحی بسیار گسترده رواج دهند. از این رو، چنان‌که گذشت در مقررات مختلف اقرار تحصیل‌شده در نتیجه شکنجه فاقد ارزش محسوب می‌شود و برخی از کشورها از جمله انگلستان تا آنجا پیش رفته‌اند که حتی اقرار تحصیل‌شده با توسل به شکنجه در کشور دیگر و یا توسط مقامات خارجی را، در محاکم خود غیر قابل استناد می‌دانند.^۲

در ایران، پس از انقلاب اسلامی و در مذاکرات تدوین قانون اساسی، خبرگان قانون اساسی در ممنوعیت مطلق شکنجه، دارای وحدت نظر نبودند. با این وجود، در نهایت ممنوعیت شکنجه و نه ممنوعیت مطلق آن، بر اساس اصل سی و هشتم قانون اساسی^۳ مورد پذیرش واقع شد. بنابراین، قانون اساسی کشور ما نیز در این خصوص موضع قاطع و بدون قید و شرطی را اتخاذ نموده و برای متخلف از این اصل، طبق ماده ۵۷۸ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی کیفر سنگینی تعیین کرده است.^۴

برخی از حقوق که جزء لاینفک حق زندگی و کرامت انسانی فرد می‌باشد و زمینه برخورداری از سایر حقوق را فراهم می‌سازد، در هیچ شرایطی قابل نقض نمی‌باشد.^۵ حق مورد آزار و شکنجه یا رفتارهای ظالمانه یا غیرانسانی یا ترذیلی قرار نگرفتن، یکی از حقوقی است که از «حقوق غیر قابل نقض» شمرده می‌شود. دادگاه اروپایی حقوق

۱. رنجبریان، امیرحسین، «قاعده منع شکنجه در حقوق بین‌الملل معاصر»، فصلنامه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۷۰، زمستان ۱۳۸۴، ص. ۱۵۳.

2. Schabas, Wiliam, "House of Lords Prohibits use of Torture Evidence but Fails to Comdemn Its Use by The Police", International Criminal Law Review, vol.7, 2007, p. 133.

۳. اصل سی و هشتم قانون اساسی: «هرگونه شکنجه برای گرفتن اقرار یا کسب اطلاع ممنوع است. اجبار شخص به شهادت، اقرار یا سوگند مجاز نیست و چنین شهادت و اقرار و سوگندی فاقد ارزش و اعتبار است و متخلف از این اصول طبق قانون مجازات می‌شود.»

۴. ایزانلو، محسن، آزادی اندیشه و بیان در حقوق اساسی ایران، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، بهار ۱۳۸۲، ص. ۱۳۴.

۵. اسدی، طیب، رویه قضایی دادگاه اروپایی حقوق بشر با تأکید بر حقوق بنیادین، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق بین‌الملل، دانشگاه مفید قم، ۱۳۸۳، ص. ۳.

بشر، رویه قضایی قابل توجهی نسبت به حقوق غیرقابل نقض به‌ویژه ممنوعیت شکنجه یا رفتارهای غیرانسانی و ترذیلی دارد. ماده ۵ نظامنامه رفتار ضابطین دادگستری^۱ مقرر می‌دارد: «هیچ‌یک از ضابطین دادگستری نمی‌توانند هیچ‌گونه شکنجه یا رفتار یا مجازات بی‌رحمانه، غیرانسانی یا تحقیرآمیز دیگر را تحمیل یا تشویق نموده یا اجازه دهد و نیز هیچ ضابط دادگستری نمی‌تواند برای توجیه شکنجه یا رفتار یا مجازات بی‌رحمانه، غیرانسانی یا تحقیرآمیز دیگر به دستورات مافوق یا شرایط استثنایی نظیر حالت جنگ یا تهدید به جنگ، تهدید امنیت ملی، بی‌ثباتی سیاسی داخلی یا هر ضرورت عمومی دیگری استناد کند».^۲ بدین ترتیب، با وجود ممنوعیت شکنجه در اسناد بین‌المللی و پیش‌بینی ضمانت‌اجراهای قابل توجه، آنچه در عمل مشهود است، این است که در اغلب کشورها حتی کشورهای پیشگام در تصویب معاهدات پیشگیرانه در موارد قابل توجهی شکنجه اعمال شده است و این امر با توجیه لزوم حاکمیت امنیت در جامعه و مبارزه با تروریسم صورت می‌پذیرد.^۳ به همین دلیل، پس از حوادث یازدهم سپتامبر در آمریکا و بروز حوادث تروریستی، برخی از مقامات به دنبال قانونی جلوه دادن ارتکاب شکنجه و به منظور حمایت از اتباع آمریکا در برابر حملات تروریستی بودند و بر اساس برخی از گزارش‌ها، در حدود بیست شیوه آزار جسمی و روحی برای ارتکاب شکنجه در سطوح بالای پنتاگون و وزارت دادگستری آمریکا برای کاربرد آنها در مورد زندانیان گوانتانامو مورد پذیرش واقع و دسته‌بندی شده بودند. به این ترتیب ملاحظه می‌شود که استفاده از شکنجه در بازجویی‌ها یکی از موارد مطرح‌شده در خصوص نقض حقوق بشر در بعد داخلی در ایالات متحده آمریکا می‌باشد. در این مورد مسأله شکنجه در دو بعد مطرح است: نخست، از طریق اعمال فشار روانی به اعضای خانواده و برخورد نامناسب فیزیکی با مهاجران که هرگز اتهامی نیز به آنها وارد نشده است و نیز اخراج این افراد به کشورهایی که در آنجا شکنجه به صورت سیستماتیک انجام می‌شود. دوم، راه‌اندازی بحث رسمی در مورد شرایط فرضی که در آنها شکنجه قابل توجیه باشد. نکته قابل توجه اینکه مسئولان آمریکایی کم و بیش به طور واضح به مسأله استفاده از روش شکنجه روانی افتخار می‌کردند. یکی از مسئولان به روزنامه ایندپندنت گفته است: «اگر گاهی اوقات حقوق انسانی یک نفر را پایمال نکنید، کارتان

۱. نظامنامه رفتار ضابطان دادگستری مصوب مجمع عمومی سازمان ملل متحد طی قطعنامه شماره ۱۶۹/۳۴ مورخ ۱۷ دسامبر ۱۹۷۹.

۲. علم، محمود، استانداردهای بین‌المللی رفتار پلیس و مأموران امنیت کشور، نشر هاشمیون، ۱۳۸۴.

۳. شمس‌ناتری، محمدابراهیم، «جایگاه منع شکنجه در حقوق کیفری ایران و اسناد بین‌المللی»، فصلنامه حقوق خصوصی، شماره ۹، پاییز و زمستان ۱۳۸۴، ص. ۷۴.

را خوب انجام نداده‌اید».^۱ در صورتی که به موجب ماده ۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی «هیچ کس را نمی‌توان مورد آزار و شکنجه یا مجازات‌ها یا رفتارهای ظالمانه یا خلاف انسانی یا ترذیلی قرار داد.» بنابراین از آنجا که ارتکاب این جرم، حسب مورد می‌تواند جنایت جنگی یا جنایت علیه بشریت لحاظ گردد، باید گفت که ممنوعیت آن در زمره قواعد آمره حقوق بین‌الملل قرار دارد و ارتکاب آن به هر علتی، مسئولیت بین‌المللی کیفری مرتکب یا مرتکبان آن را در پی دارد.^۲ حق بر شکنجه نشدن به‌عنوان یکی از بنیادی‌ترین ارزش‌های انسانی این پیامد را به دنبال خواهد داشت که نتوان با توجیهاتی چون خطرناکی مجرم، حفظ امنیت جامعه و... آن را از بین برد. اما با وجود تلاش‌های بین‌المللی و اجماع جهانی در محکوم کردن توسل به شکنجه در گوشه و کنار جهان، پاره‌ای از دولت‌ها بر آن شدند تا با این دستاویز که در صورت ضرورت حفظ جان انسان‌های بی‌گناه، از رهگذر شکنجه، اقدام به این عمل موجه است، در جهت مشروع جلوه دادن این عمل در پاره‌ای موارد دست به اقداماتی زده‌اند که از آن به «سناریوی بمب ساعتی»^۳ تعبیر کرده‌اند. سناریوی بمب ساعتی به مواردی اشاره دارد که در آنها یک حمله مرگبار و وحشتناک علیه تمامیت جسمانی انسان‌های بی‌گناه در حال وقوع است و تنها راه جلوگیری از آن کسب اطلاعات از فرد مظنون است.^۴ در چنین شرایطی به‌کارگیری شکنجه از سوی مقامات رسمی در جهت به دست آوردن اطلاعات موجه و مجاز شمرده شده است. در هر شکل، حقیقت امر آن است که از دید حقوق بین‌الملل عرفی «شکنجه برای جلوگیری از یورش تروریستی جدی و قریب‌الوقوع روشن نمی‌سازد که میان دو قاعده آمره^۵ کدام‌یک باید برتری داده شود». یکی شکنجه ندادن و دیگری ضرورت در حقوق کیفری، حالت ضرورت تنها در صورت اجتماع شروط و در اوضاع و احوال خاصی مصداق پیدا می‌کند. این حالت بسته به این اصل است که بزه ارتکاب یافته باید با خطر موجود تناسب داشته و نیز انجام بزه برای زدودن خطر ضرورت داشته باشد. به دیگر سخن، دفع خطر به طریق دیگری غیر از

۱. فهیم دانش، علی، «وضعیت حقوق بشر در ایالات متحده پس از یازدهم سپتامبر»، فصلنامه مطالعات منطقه‌ای:

اسرائیل‌شناسی - آمریکاشناسی، سال پنجم و ششم، شماره‌های ۲۰ و ۲۱، پاییز و زمستان ۱۳۸۳، ص. ۱۲۲.

۲. بیگزاده، ابراهیم، «سازوکارهای پیشگیری از شکنجه و مجازات‌ها یا رفتارهای ظالمانه، غیرانسانی و تحقیرکننده در پرتو پروتکل ۱۸ دسامبر ۲۰۰۲ میلادی»، فصلنامه آموزه‌های فقهی، شماره ۱۹، بهار ۱۳۸۵، ص. ۴۶.

3. Ticking time bomb scenario

4. Jessberger, Florian, "Bad Torture Good Torture? What International Criminal Lawyers May Learn From The Recent Trial Of Police Officers In Germany", Journal Of International Criminal Justice, vol. 3, 2005, p. 1061.

5. Jus Cogne.

ارتکاب جرم ممکن نباشد و با بزه قطعاً از رخ دادن خطر جلوگیری کرد.^۱ ولی این ویژگی‌ها در شکنجه برای جلوگیری از بزه تروریستی در آینده، پذیرفتنی نیست؛ زیرا «شکنجه گر نمی‌تواند مطمئن گردد که بزه‌دیده وی (متهم به بزه تروریستی) به‌راستی دارای اطلاعاتی است که نیازش دارد یا اگر دارد به‌راستی این اطلاعات را به شکنجه‌گر خواهد داد و اگر هم داد، اطلاعات داده شده، راست است.» قاعده ممنوعیت شکنجه و هر نوع رفتار غیرانسانی قاعده‌ای مطلق و فاقد استثنا به شمار می‌آید که شاید بتوان ریشه این مطلق بودن را به افکار فیلسوفانی چون کانت بازگرداند. توضیح آنکه در دستگاه فکری اخلاق مدار کانت، انسان غایت انگاشته شده و قواعد اخلاقی کانت به صورت مطلق و غیرقابل استثنا بیان می‌شود. همچنین توجه به این قاعده اخلاقی کانت که: «آن‌چنان رفتار کن که مایلی آن عمل و آموزه، قاعده‌ای فراگیر و جهان شمول باشد»^۲ می‌تواند ما را به مبنای قاعده ممنوعیت مطلق شکنجه رهنمون سازد. این اطلاق چنان‌که گذشت به ویژه زمانی اهمیت می‌یابد که بدانیم شکنجه در طول تاریخ اغلب جزئی از برنامه‌های سیاسی و حکومتی دولت‌ها بوده است. ضرورت توسل به شکنجه در تأمین نظم و امنیت همواره مورد توجه بسیاری از اندیشمندان جهان قرار گرفته است. برخی از فیلسوفان تاریخ با اشاره به «اصالت جامعه» در مقابل «اصالت فرد» و با تأکید بر این مطلب که هدف اصلی قواعد حقوقی تأمین امنیت و ایجاد نظم در جامعه است، به سودمندی شکنجه در راه نیل به این هدف اصلی رأی داده‌اند.^۳ این عقیده در طول تاریخ همواره مورد استفاده بسیاری از سیاستمداران قرار گرفته است، به این ترتیب که هنگام تعارض منافع دولت با منافع و آزادی‌های فرد می‌توان فرد را فدای جامعه نمود.

با توجه به مطالب ارائه‌شده درباره نظریه اخلاقی کانت و مطلق بودن منع شکنجه که بر پایه و اساس غایت‌پنداری انسان استوار است و نزدیک‌ترین نظریه بر حفظ کرامت و اصالت بشری می‌باشد، می‌توان پاسخ قاطع و روشنی به آن دسته از نویسندگان که به‌ویژه شرایط خاص مبارزه با تروریسم را به عنوان مجوزی برای قانونی کردن شکنجه دانسته‌اند، ارائه داد. استدلال این‌گونه افراد آن است که ایراد درد و رنج و شکنجه کردن فرد برای کسب اطلاعاتی که منجر به حفظ جان تعداد بیشتری از انسان‌ها می‌شود، بهتر و موجه‌تر از شکنجه نکردن آنها است. لیکن در پاسخ می‌توان گفت که اولاً، توالی فاسد این استدلال‌ها راه را برای سوءاستفاده حکومت و متولیان‌ش باز می‌کند. ثانیاً، در

۱. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد نخست، نشر میزان، چاپ ششم، پاییز ۱۳۸۳، ص. ۱۷۷.

۲. قاری سیدفاطمی، سیدمحمد، حقوق بشر در جهان معاصر، دفتر دوم، منبع پیشین، ص. ۷۵.

۳. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد نخست، منبع پیشین، ص. ۱۷۴.

دنایای امروز دیگر نمی‌توان مصالح اجتماع را جدای از مصالح افراد در نظر گرفت. ثالثاً، امروزه توسل به شکنجه نه تنها موجب تقویت امنیت ملی و حکومت دولت نخواهد شد، بلکه با مخدوش کردن اعتماد مردم به عدالت و حکومت می‌تواند شأن و اعتبار نظام حکومتی را به خطر بیندازد. رابعاً، امروزه سودمندی شکنجه با تردید مواجه است. زیرا بسیاری از متهمان بی‌گناه در زیر شکنجه‌های جسمی و روانی طاقت‌فرسا، برای رهایی از درد و رنج ناشی از آن به ارتکاب جرم اقرار می‌کنند. بنابراین نمی‌توان به اطمینان بخش بودن شکنجه برای نیل به حقیقت دلخوش داشت.^۱

در مجموع، قاعده منع شکنجه در جهت‌گیری‌های اخیر حقوق کیفری، تحت عنوان جرم‌شناسی‌های امنیت‌مدار بسیار حائز اهمیت است. بدین ترتیب به نظر می‌رسد دلایلی مانند دفاع اجتماعی، حفظ امنیت داخلی و خارجی، مقابله با تروریسم و جرایم سازمان‌یافته و مقابله با مجرمان خطرناک به‌هیچ‌وجه به‌کارگیری شکنجه را مجاز نخواهد ساخت. در این زمینه ماده ۲ کنوانسیون منع شکنجه مقرر می‌دارد که هیچ دلیل و یا وجود هیچ اوضاع و احوالی نمی‌تواند استفاده از شکنجه را توجیه نماید. همچنین طبق ماده ۵ کنوانسیون آمریکایی منع شکنجه، خطرناک بودن یک شخص نمی‌تواند دلیل موجهی برای شکنجه کردن وی تلقی شود.

۲. پیامدهای رویکرد امنیت‌محور در مرحله دادرسی

یکی از مراحل مهم رسیدگی به پرونده‌های جنایی، مرحله دادرسی یا صدور حکم بوده که در دادگاه‌ها و توسط قضات انجام می‌شود، چه آنکه برآیند تمامی تلاش‌ها و اقدام‌های انجام‌شده در نهادهای تعقیب و مجری قانون در این مرحله تبلور می‌یابد.^۲ به طور کلی، این مرحله از دو جهت حائز اهمیت است. یکی در بی‌طرفی دادرسی که بر خلاف دادستان و دادرس صرفاً به دنبال اجرای مجازات و اعاده نظم به جامعه نیست. در واقع اگر دادستان نماینده نظم و امنیت است، قاضی نماینده عدالت است و نماد بی‌طرفی. بدیهی است که متهمان در این مرحله مجال بیشتری برای دفاع از خود می‌یابند. دوم، در صدور حکم که به منزله پاسخ قانونی به عمل ارتكابی از سوی متهم است و این حکم در صورت قطعی شدن به‌سختی قابل تغییر است. به عبارتی، مرحله دادرسی و اصول مربوط به آن چنان پر اهمیت‌اند که واقعیت حیات دادرسی را به جلو می‌رانند.^۳

۱. همان، ص. ۱۷۶.

۲. یوسفی مراغه، مهدی، «خدمات‌رسانی به بزه‌دیدگان در مرحله دادرسی و اجرای حکم»، فصلنامه حقوق و مصلحت، سال اول، شماره چهارم، پاییز ۱۳۸۸، ص. ۱۷۰.

۳. ولایی، عیسی، فرهنگ تشریح اصطلاحات اصولی، نشر نی، چاپ دوم، ۱۳۸۰، ص. ۹۴.

هرچند مرحله دادرسی ظهور ترازوی عدالت و توزین ادله مجرمیت و دلایل بی‌گناهی است، اما دادرسی نسبت به برخی از اتهامات از جمله اتهام اقدام علیه امنیت و ارتکاب اعمال تروریستی، همواره با تفاوت‌ها و احتیاط‌هایی همراه است. از جمله این احتیاط‌ها اعطای صلاحیت به دادگاه‌های ویژه و مراجع خاص، دادرسی‌های فوق‌العاده و خارج از نوبت و غیرعلنی کردن جلسه دادرسی را می‌توان نام برد. در این قسمت دادرسی باشتاب و سریع و غیرعلنی کردن دادرسی به عنوان مهم‌ترین پیامدهای حاکمیت رویکرد امنیت‌محور بر دادرسی‌های کیفری مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۲-۱. دادرسی فوری

دادرسی کیفری به مفهوم خاص آن، رسیدگی در دادگاه کیفری را در بر می‌گیرد و وظیفه اصلی دادرسی، از زمان شروع جلسه دادرسی آغاز می‌شود و نقش وی در این مرحله به لحاظ تأثیر آن در سرنوشت نهایی متهم برجسته‌تر است. جلسه دادرسی به معنای «نشستی است که در آن به دادخواهی دادخواه رسیدگی می‌شود».^۱ در این مرحله، حاکمیت اصل برائت اقتضا دارد تا دادگاه در نهایت بی‌طرفی، اتهام یا اتهامات منتسب به متهم را با تکیه بر ادله و مدارک اقناع‌آور، در مهلت معقول (مدت متعارف) اثبات نماید. رسیدگی به اتهام متهم در مدت زمان معقول یکی از معیارهای مهم دادرسی منصفانه است. مدت زمان معقول دو وجه دارد: اطاله و تسریع غیرمعقول. این در حالی است که تصمیم‌گیری در لحظات اولیه جلسه دادرسی و پیش از انقضای کامل جلسه دادرسی معقول نیست و این عمل به شتاب و عجله نزدیک‌تر است تا سرعت در دادرسی و محاکمه بدون تأخیر موجه. زیرا عجله و شتاب حرکت فوری و به ظاهر مفید، اما خلاف اصول دادرسی است که از آن، بار معنایی منفی خارج می‌شود.^۲ لذا دادرسی به‌عنوان مدیر دادرسی، باید در مهلت معقول و متعارف، دادرسی را به انتها برساند و برای انجام این تکلیف قانونی، از لوازم مرتبط از جمله مهارت‌های مدیریت زمان استفاده کند.^۳ حق محاکمه شدن در یک مدت متعارف و معقول در اسناد بین‌المللی حقوق بشر به عنوان یکی از حقوق متهم در دادرسی کیفری جهت رعایت کرامت ذاتی انسان و لوازم و مقتضیات آن در نظر گرفته شده است. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی به عنوان یک سند حقوق بشری که به صورت خاص حقوق و آزادی‌های فردی را تأکید می‌کند، در پارگراف سوم ماده ۱۴ مقرر می‌دارد: «هر شخصی هنگام طرح هرگونه اتهام

۱. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، انتشارات دراک، چاپ چهارم، پاییز ۱۳۸۷، ص. ۷۱.

۲. دهقانی، علی، منبع پیشین، صص. ۱۶ و ۲۶.

۳. همان، ص. ۲۰.

علیه وی سزاوار بهره‌مندی از تضمین‌های زیر با برابری کامل است ... بدون تأخیر ناروا محاکمه شود ...»

رعایت مهلت معقول، در ایران برای اولین بار در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ به عنوان یکی از اصول دادرسی منصفانه مورد تصریح قرار گرفته است.^۱ از منظر تدوین‌کنندگان قانون آیین دادرسی کیفری جدید جهت تضمین رعایت مهلت معقول مندرج در ماده ۳ این قانون، چنانچه عدم رعایت مهلت معقول به گونه‌ای باشد که اصول بنیادین قانون از قبیل اصل برائت، آگاهی از موضوع و ادله اتهام انتسابی در اسرع وقت، بهره‌مندی از حقوق دفاعی از قبیل وکیل مدافع، بهره‌مندی از کارشناس و مترجم و ... را نقض نماید، با ضمانت اجرای بطلان مواجه می‌شود.^۲

واقع امر آن است که هدف حق محاکمه شدن در یک مدت متعارف و معقول^۳ در امور جنایی عبارت است از تضمین این مسأله که متهمان مجبور نباشند برای مدت طولانی تحت یک اتهام باشند تا اینکه اتهام وارد شده مشخص شود.^۴ به دیگر سخن، به یک دعوا باید در مهلتی متناسب، که نه خیلی سریع و فوری و نه خیلی طولانی باشد، رسیدگی شود. همچنین باید نسبت به این موضوع اذعان داشت که محاکمه شدن در مدت متعارف، همان‌گونه که بر دادرسی بدون تأخیر غیرموجه حاکم است، بر جلوگیری از دادرسی‌های سریع و بدون رعایت تضمین‌های مربوط به حقوق دفاعی متهم نیز تسری دارد. دادرسی سریع، متضمن رسیدگی خارج از نوبت و فوری به پرونده کیفری است که در ضمن رسیدگی برخی از تشریفات رسیدگی‌های معمولی رعایت نمی‌گردد. هرچند برخی «دادرسی با شتاب را حق مشتکی‌عنه می‌دانند» اما این شیوه از دادرسی برخی از تشریفات دادرسی کیفری را نداشته و در نتیجه وقت و امکانات کافی برای دفاع از خود را به متهم نمی‌دهد. در حالی که افرادی که متهم به جرم کیفری واقع می‌شوند، باید از فرصت کافی و نیز تسهیلات مناسب برای تدارک دفاعیات خود در مقابل ادعاهایی که علیه آنها صورت گرفته است، برخوردار باشند. این اصل همان‌طور که گذشت در بند یک ماده ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی تصریح گردیده و رعایت آن از استانداردهای بین‌المللی دادرسی به حساب می‌آید.^۵

۱. میرزاپور، مشیزی، علی‌رضا؛ «ضمانت اجرای عدم رعایت مهلت معقول»، ماهنامه تعالی حقوق، سال چهارم،

شماره ۱۶، خرداد و تیر ۱۳۹۱، ص ۸۷

۲. همان، ص ۹۹.

3. Hearing within a reasonable time.

۴. ترشل، استفان و سارا سامرز، «دادرسی عادلانه در امور جنایی»، ترجمه علی شایان، فصلنامه حقوقی

دادگستری، سال هفتم، شماره ۵۷ - ۵۶، دوره جدید، پاییز و زمستان ۱۳۸۵، ص ۳۱۰.

۵. رزاقی، کیانوش، «استانداردهای دادرسی در اسناد بین‌المللی و نظام قضایی ایران»، ماهنامه کانون، سال پنجاه

و دوم، شماره ۱۰۵، خرداد ۱۳۸۹، ص ۹۴.

دادرسی سریع و با شتاب را می‌توان به شیوه رسیدگی تفتیشی که سریع و سری بودن از ویژگی‌های آن است، نزدیک دانست. دادرسی فوری باعث ایجاد محدودیت در استفاده متهم به‌ویژه متهمان به ارتکاب اعمال تروریستی از مشاوره حقوقی یا وکیل می‌گردد. با این همه، گاه در برخی موارد و به خصوص در مواردی که موضوع با امنیت کشور مرتبط می‌شود، دادرسی از شکل واقعی و معمول خود خارج می‌شود و در این موارد، همه تلاش دادگاه‌ها و دست‌اندرکاران نظام عدالت کیفری معطوف به رسیدگی سریع و تعیین تکلیف متهم در راستای پاسخ به افکار عمومی و اذهان متوحش از ارتکاب جرم می‌شود و دادگاه به جای آنکه توجه خود را معطوف به یک دادرسی عادلانه و منصفانه نماید، در رویکردی امنیت‌محور، سودای برقراری نظم و امنیت را در سر می‌پروراند. بر این اساس، پایه و اساس ایجاد نهاد دادرسی فوری، را می‌توان وضعیتی خاص (وجود خطری فوری و لزوم مقابله مؤثر با مرتکبان اعمال تروریستی) دانست که بر اوضاع و احوال قضیه حاکم می‌باشد. لذا به محض زوال آن وضعیت باید آثار ناشی از دادرسی فوری مرتفع شود،^۱ زیرا هر اندازه نهادهای قضایی به اعمال دقیق انصاف و عدالت اعتقاد داشته باشند، به همان میزان سعی خواهند کرد که قوانین موجود دادرسی کیفری را به گونه‌ای تفسیر و اجرا نمایند که حقوق هر دو طرف دعوا تا حد امکان ضایع نگردد. عدم توجه دادگاه به غرض واقعی قانون‌گذار ممکن است اثر مفید قوانین را زایل سازد و رویه عملی خلاف هدف قانون شود.^۲

بدین ترتیب، باتوجه به اینکه فرض بر آن است که دادگاه با دقت کامل مواضع طرفین را استماع و در نهایت به رأی منصفانه دست می‌یابد، می‌توان گفت که اجرای درست قوانین و مقررات به‌منزله تلاش برای اجرای عدالت در جامعه است.^۳ امروزه مفهوم عدالت تغییر یافته و ملاک عادلانه بودن، رسیدگی کیفری در زمان متعارف و معقول و پرهیز از دادرسی با شتاب است. امروزه رسیدگی به دعوا در یک مهلت معقول از حقوق مردم در هر کشوری محسوب می‌شود.^۴ اما با این حال، دادرسی سریع و خارج از نوبت به‌ویژه در مواردی که دادگاه‌ها به صورت ویژه و خاص تشکیل می‌شوند، نمود عملی بیشتری دارد. برای نمونه، در کشور اسپانیا، به موجب قانون موسوم به قانون

۱. موسوی، سید فضل‌الله؛ و سیدمهدی موسوی، «آثار دادرسی فوری در حقوق ایران و انگلیس»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی، سال سی و نهم، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۸، ص. ۳۳۴.

۲. همان، ص. ۳۳۷.

۳. موسوی، سید فضل‌الله؛ و سیدمهدی موسوی، «نحوه و قلمرو اجرای دادرسی فوری در حقوق ایران و انگلیس»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی، سال چهل و دوم، شماره ۱، بهار ۱۳۹۱، ص. ۲۱۸.

۴. کاشانی، سیدمحمود، استانداردهای جهانی دادگستری: نقد و بررسی قانون دادگاه‌های عمومی و انقلاب، تهران، نشر میزان، تابستان ۱۳۸۳، ص. ۲۰۵.

جزای دموکراسی^۱ مصوب ۱۹۹۵ که به تعبیر برخی از اندیشمندان به سوی حقوق جزای امنیتی گام برداشته است، نوعی دادرسی کیفری سریع را در پاره‌ای از جرایم ترویج می‌کند که درصدد کاهش مراحل دادرسی برآمده و برخی از موازین دادرسی منصفانه نادیده انگاشته می‌شود که مطابقت آنها با قانون اساسی این کشور که از تضمین‌های دادرسی عادلانه و منصفانه حمایت می‌کند، مورد پرسش جدی است.^۲ همچنین، فرایند دادرسی نسبت به متهمین به بزه تروریستی سخت‌گیرانه‌تر و باشتاب‌تر از دیگر دادرسی‌های کیفری انجام می‌شود. در صورتی که «دیوان اروپایی حقوق بشر، در قضیه‌ای معروف به لالس علیه کشور ایرلند کلیتی را که بند یک از ماده ۶ ناظر بر آن است مد نظر قرار داده است. در این قضیه فردی ایرلندی به نام لالس که عضو ارتش جمهوری خواه ایرلند بود از ۳ ژوئیه الی ۱۱ دسامبر ۱۹۷۵ به مدت ۶ ماه و به استناد قانونی خاص (ضد تروریسم) در یک کمپ نظامی تحت بازداشت قرار می‌گیرد و در طول این مدت هرگز نزد قاضی هدایت نمی‌شود. در رسیدگی به شکایت لالس، دیوان مؤکداً بر این امر تصریح می‌کند که حق برخورداری از امتیازات مندرج در مواد ۵، ۶ و ۷ کنوانسیون شامل حال همه افراد می‌گردد، حتی اگر فرد «تروریستی» باشد که با دولت متعاقد، خصوصت پیشه کرده است. به عبارت دیگر «ناشایست بودن» دادخواه دلیلی بر محرومیت وی از دادرسی منصفانه نخواهد بود.»^۳ حقیقت آن است که صرف هدف مبارزه با جرایم علیه امنیت کشور و عوامل تروریستی و حفظ امنیت نمی‌تواند توجیهی برای نادیده گرفتن موازین دادرسی عادلانه باشد. حقوق کیفری با تأثیرپذیری از اندیشه‌های برخاسته از آموزه‌های جرم‌شناختی، نه تنها باید به دنبال مطالبات امنیتی جامعه معاصر باشد، بلکه ملزم به رعایت اصل حاکمیت قانون و سایر اصول بنیادین (از جمله موازین دادرسی عادلانه) در یک جامعه دموکراتیک انسان‌مدار باشد؛ یعنی وضعیتی که در آن هدف، همه وسایل را توجیه نمی‌کند.^۴ در کشور ایران نیز گاه در مواجهه با جرایم علیه امنیت ملی و نیز در جرایم خشونت‌بار مشاهده می‌شود که قوه قضائیه در راستای برقراری امنیت، دادرسی کیفری را به گونه‌ای سریع و خارج از نوبت، تدارک دیده است که نمی‌توان تصور کرد که آیا متهم فرصتی برای دفاع داشته است یا خیر. موضوع دادرسی سریع، فوق‌العاده و خارج از نوبت موضوعی است

1. Criminal Code of Democracy

2. Mar Jimeno, Bulnes, "After September 11th: The Fight Against Terrorism In National And European Law: Substantive And Procedural Rules: Some Examples", European Law Journal, vol. 10, No. 2, March 2004, p. 244.

۳. آشوری، محمد، مفاهیم عدالت و انصاف از دیدگاه کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، در: حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، زیر نظر محمد آشوری، تهران، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۳، ص. ۳۳۰.

۴. ابراهیمی، شهرام، پیشگیری از جرم در چالش با موازین حقوق بشر، رساله دکتری حقوق جزا جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، خرداد ماه ۱۳۸۷، ص. ۴۴.

که در بخش‌نامه‌های رئیس قوه قضائیه در راستای برخورد قاطع و بدون اغماض با پاره‌ای از متهمان بسیار از آن یاد شده است.

۲-۲. غیرعلنی برگزار کردن جلسه دادرسی

امروزه یکی از مهم‌ترین چالش‌های فراروی گسترش حاکمیت دولت‌ها برای توسعه نظارت عمومی بر شهروندان، تضمین امنیت افراد در برابر هیأت حاکمه و یا صاحبان قدرت است. یکی از مهم‌ترین شاخه‌های امنیت فردی، تضمین امنیت قضایی است که در برگرفته یک نوع تکلیف برای دولت‌ها و دستگاه عدالت جهت حفظ و تأمین آن است. اصل علنی بودن محاکمات به عنوان یکی از معیارهای رعایت حقوق بشر در رسیدگی‌های کیفری، از تضمین‌های مهم برای امنیت قضایی افراد است.^۱ زیرا مردم می‌توانند در جلسات دادرسی حضور پیدا کنند؛ در جریان محاکمات قرار گیرند و در یک داور عمومی منصفانه بودن آن را ارزیابی نمایند. از آنجا که دستگاه قضایی همانند دیگر نهادها و ارگان‌های دولتی، امانتدار مردم است، با علنی بودن دادرسی، عملکرد آن تحت نظارت مستقیم مردم و افکار عمومی قرار می‌گیرد و از گرایش به انحراف مصون می‌ماند و از طریق این نظارت، امنیت قضایی افراد نیز به نحو شایسته تضمین می‌شود.^۲ بنابراین، علنی بودن محاکمات سبب می‌شود که جریان رسیدگی تحت نظارت و ارزیابی افکار عمومی قرار گیرد و اجرای عدالت راهی مطلوب و منصفانه‌تر در پیش گیرد.^۳

علنی بودن محاکمات و امکان حضور آزادانه و نظارت کلیه افراد جامعه و رسانه‌های گروهی در جریان برگزاری محاکمه به عنوان اصل و قاعده کلی مورد پذیرش قرار گرفته است.^۴ لزوم علنی بودن محاکمات در ماده ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸)، آمده است: «هرکس حق دارد با مساوات کامل از امکان دادرسی منصفانه و علنی، توسط یک محکمه مستقل و بی‌طرف برای تعیین حقوق و تکالیف خویش و یا اتهامات جزایی وارده بر خود، برخوردار شود.» در بند اول ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶) نیز اصل علنی بودن محاکمات گنجانده شده است.

۱. صالحی، جواد، «حقوق متهم در برخورداری از مؤلفه‌های دادرسی عادلانه»، ماهنامه اصلاح و تربیت، سال نهم، شماره ۹۷، خرداد ۱۳۸۹، ص. ۲۶.

۲. امیدی، جلیل، «تعریف و مبانی علنی بودن دادرسی کیفری»، فصلنامه مدرس علوم انسانی - پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۵۸، پاییز ۱۳۸۷، ص. ۲۴.

۳. امیدی، جلیل، «دادرسی کیفری و حقوق بشر»، مجلس و پژوهش، نشریه مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، سال دهم، شماره ۳۸، تابستان ۱۳۸۲، ص. ۱۲۴.

۴. خالقی، علی، «علنی بودن دادرسی در پرتو اسناد بین‌المللی و حقوق داخلی»، دوفصلنامه پژوهش‌های حقوقی مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، شماره ۵، بهار و تابستان ۱۳۸۳، ص. ۲۹.

اگرچه این اصل، در اسناد حقوق بشری و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (اصل ۱۶۵) مورد پذیرش قرار گرفته است، ولی متأسفانه در عمل چندان رعایت نمی‌شود. کلی و قابل تفسیر بودن استثنائات قانونی وارده بر این اصل، عدم امکان نظارت و کنترل قضایی کیفیت برگزاری جلسات دادرسی، وجود برخی نگرانی‌ها، تلقی‌های بعضی از دارندگان مناصب قضایی و عدم آگاهی یا انگیزه یا فرصت کافی در مردم برای حضور در دادگاه‌ها و پیگیری مسائل قضایی، مجموعه عللی هستند که باعث عدم اجرای این اصل مهم قانون اساسی، شده است.^۱ این اصل، سنگ بنای جوامع دموکراتیک و آزاد، برای حصول اطمینان از رعایت الزامات محاکمه عادلانه و جریان صحیح رسیدگی و شائبه نقض حقوق متهم در جریان دادرسی را مرتفع می‌کند.^۲ به‌ویژه در دادرسی بین‌المللی که هیأت منصفه نیز حضور ندارند، در صورت غیرعلنی بودن دادرسی، متهم با مأموران تعقیب و تحقیق قضات رسیدگی‌کننده تنها می‌ماند.^۳ تجربه نشان داده است که دولت‌ها عناصر مخالف حکومت را که مخل کار خود می‌بینند به هر طریق ممکن، به پای میز محاکمه می‌کشاند و چه‌بسا ممکن است محاکمات به نفع مخالفان و به ضرر دولت باشد که در این صورت، سرّی بودن جلسات محاکمه، مانع افشای نامطلوبی جریان‌های قضایی می‌گردد و در نتیجه انحراف از عدالت، قویاً محتمل خواهد بود.^۴ بدین ترتیب، اگر دولت‌ها به نام دادرسی کیفری با اعمال قدرت و استبداد، مخالفان خود را در هم کوبند، دیگر نه از کرامت انسانی نشانی خواهد ماند و نه از اقدامات سیاسی دموکراتیک.

به‌رغم اهمیت تردیدناپذیر این موضوع، دولت‌ها در رویکردی امنیت محور و مبارزه با نسلی جدید از جرائم و مجرمین به‌ویژه انواع جرایم تروریستی و جرایم سازمان‌یافته فراملی، با استدلال حفظ امنیت کشور از اصول دادرسی منصفانه که یکی از اساسی‌ترین جنبه‌های حقوق بشر محسوب می‌شود، تا اندازه‌ای عدول نموده و جلسات دادگاه را به صورت غیرعلنی برگزار می‌نمایند، زیرا مرتکبان این‌گونه جرایم به صورت سازمان‌یافته عمل می‌کنند. زیر پا گذاشتن این اصول، با توجه به آنچه در عمل

۱. فخر، حسین؛ و علی حاجی‌پور، «اصل علنی بودن دادرسی‌ها و موانع تحقق آن در حقوق ایران»، نشریه دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، سال چهاردهم، شماره‌های ۳۳ - ۳۲، بهار و تابستان ۱۳۹۰، ص. ۱۹۶.

۲. خلجی، منصوره، «حمایت از حقوق متهمان به جنایات بین‌المللی در مرحله دادرسی»، دو فصلنامه فقه و حقوق خانواده، سال دوازدهم، شماره ۴۶، بهار و تابستان ۱۳۸۶، ص. ۹.

۳. آزمایش، علی، «رعایت حقوق فردی در دادرسی بین‌المللی کیفری با تأکید بر حقوق متهم»، مجموعه مقالات اولین همایش بین‌المللی بررسی مسائل حقوق بین‌الملل بشر، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی، اردیبهشت ۱۳۸۱، ص. ۶۸.

۴. هاشمی، سیدمحمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد ۲، انتشارات دادگستر، چاپ پنجم، ۱۳۸۰، ص. ۴۱۰.

شاهد آن هستیم، زنگ خطری است که بایستی بیشتر به آن توجه نمود و پیامدهای آن را در دور دست بررسی نمود و بر رعایت معیارها و ضوابط حقوق بشری در رابطه با مجرمین و رفتار انسانی با متهمین این جرائم تأکید نمود. دانشمندی فرانسوی می‌گوید: «عدالت مانند نور است.» نمی‌توان جلوی نور را گرفت، بنابراین جلوی عدالت را هم نمی‌توان گرفت. به همین مناسبت است که اصل علنی بودن محاکم به عنوان یکی از وثائق مهم امنیت قضایی و اجرای عدالت پذیرفته شده است.^۱ عدالت تنها نباید اجرا شود، بلکه اجرای آن برای جامعه باید ملموس و مشهود نیز باشد. روشن است که علنی بودن دادرسی می‌تواند ضامن معتبری بر حقوق و آزادی‌های متهم و مانعی برای قانون‌گریزی‌های مقامات رسیدگی‌کننده محسوب شود.

۳. پیامدهای رویکرد امنیت‌محور در مرحله اجرای حکم

اجرای احکام آخرین مرحله دادرسی‌های کیفری است. اگر گفته شود که دادرسی‌های کیفری فقط برای تحقق بخشیدن به این مرحله صورت می‌گیرد، سخنی نادرست نخواهد بود. در واقع هدف از رسیدگی‌های کیفری این است که در صورت احراز وقوع جرم و صحت انتساب آن و محقق بودن مسئولیت کیفری متهم، ضمانت‌اجراهای مقرر به موقع اجرا گذاشته شود تا هیچ بزهکاری در جامعه کیفرنشدیده و اصلاح‌نشده باقی نماند.^۲ در این مرحله نیز به منظور مبارزه با جرایم خطرناک تدابیر خاصی همچون نظارت شدید بر اجرای حکم اندیشیده شده است.

گاه قانون‌گذار در خصوص برخی از محکومان تدابیر نظارتی محدودکننده‌ای اعمال نموده است و پس از اتمام مدت محکومیت نیز آنها را به انجام پاره‌ای تکالیف فرا می‌خواند. کنترل محکومان در مرحله خروج از فرآیند کیفری با محدود کردن امکان استفاده از آزادی مشروط و اعمال بیش از پیش محدود نظام نیمه آزادی و آزادی مشروط به محکومان خطرناک و توسل به شگردهای نظارتی همانند نظارت الکترونیکی، آزمایشات اتفاقی ادرار در مورد مصرف مواد مخدر و نوشیدنی‌های الکلی برای متهمان یا محکومانی که در آزادی مشروط یا مرخصی به سر می‌برند،^۳ از جمله این تدابیر محدودکننده و نظارتی محسوب می‌شوند.

۱. سیدآقای، سید علیرضا، حقوق متهم در محاکم اختصاصی ایران، نشر معاونت حقوقی و امور مجلس ناجا (دفتر تحقیقات کاربردی)، ۱۳۹۱، ص. ۱۴۸.

۲. آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، جلد سوم، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ ششم، ۱۳۸۴، ص. ۱۳.

۳. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «کیفرشناسی نو - جرم‌شناسی نو: درآمدی بر سیاست جنایی مدیریتی خطرمدار»، تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقاله‌ها)، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، نشر میزان، ۱۳۸۸، ص. ۷۳۷.

برنامه‌های نظارت مشدد، به‌ویژه برای بزهکاران مرتبط با مواد مخدر در نظر گرفته می‌شود. در واقع برنامه‌های نظارت مشدد در درمان مصرف مواد مخدر، نشان‌دهنده یک نوآوری مهم در گسترش گزینه‌های محکومیت و مجازات برای بزهکاران درگیر با مسایل مصرف مواد است. این برنامه، حبس‌های درون منزل همراه با نظارت الکترونیکی را با درمان اجباری مصرف مواد مخدر در جهت کاهش جرایم و مصرف مواد مخدر ترکیب می‌کند.^۱ به‌طور کلی، این نظارت‌ها عبارت‌اند از نظارت الکترونیکی پیوسته، بازدیدهای هفتگی و آزمایش مواد مخدر و الکل. این در حالی است که برنامه‌های نظارت مشدد در درمان مصرف مواد مخدر، بیش از آنکه به عنوان معیار حذف بزهکار از جامعه یا درمان بزهکاری مدنظر قرار گیرند، مبین خطر بزهکاری به شمار می‌آیند.^۲ همچنین در ارزیابی برنامه نظارت فشرده برای بزهکاران مواد مخدر در تعلیق مراقبتی و آزادی مشروط، به‌طور قطع ثابت شده است که برنامه‌های نظارت فشرده شمار تخلف‌های فنی نزد دادگاه را افزایش خواهند داد و با توجه به ضمانت اجرای تحمیلی ممکن است به گونه چشم‌گیری شمار بزهکاران زندانی را افزایش دهند.^۳ بدین ترتیب، نظارت مشدد بیشتر به شکل گریزناپذیری به تکرار جرم بیشتر و هزینه‌های بالاتر می‌انجامد.^۴ در هر حال چنانچه دادگاه به مصلحت فرد و جامعه ببیند، ممکن است انجام افعال یا ترک اعمالی را بر متهم تحمیل کند. دادگاه در تحمیل شرایط بر متهم اختیار دارد. لیکن فرد بزهکار در صورت تعیین این شرایط باید اجباراً آنها را رعایت نماید. به عنوان مثال در ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی دستورهایی در این زمینه مقرر شده است. برخی از اقدام‌های نظارتی مندرج در ماده ۴۴ - ۱۳۲ قانون مجازات جدید فرانسه نیز به شرح زیر است:

- پاسخ به احضاریه‌های قاضی اجرای مجازات و نماینده تعلیق مراقبتی؛
- اعلام تغییرات حرفه‌ای به نماینده تعلیق مراقبتی؛
- اعلام تغییر محل اقامت و هرگونه جابه‌جایی که بیش از ۱۵ روز طول بکشد و گزارش آن پس از بازگشت؛

۱. ژولین، آنت؛ و برایان استیپاک، «درمان مواد مخدر و حبس‌های منزلی همراه با نظارت الکترونیکی: ارزیابی یکی از تدابیر اجتماعی جایگزین زندان»، ترجمه مهرداد رایجیان اصلی، فصلنامه حقوقی دادگستری، شماره ۳۶، پاییز ۱۳۸۰، ص. ۱۱۹.

۲. ماری، فلیپ، «کیفر و مدیریت خطرها: بسوی عدالتی محاسبه‌گر در اروپا»، ترجمه حسن کاشفی اسماعیل‌زاده، فصلنامه حقوقی دادگستری، شماره ۴۸ و ۴۹، پاییز و زمستان ۱۳۸۳، ص. ۳۳۶.

۳. ترنر، سوزان؛ پترسیلیا، جون؛ و الیزابت پیپر دشنر، «ارزیابی برنامه نظارت فشرده برای بزهکاران مواد مخدر در تعلیق مراقبتی و آزادی مشروط»، ترجمه مهرداد رایجیان اصلی، فصلنامه حقوقی دادگستری، شماره ۶۴، پاییز ۱۳۸۷، ص. ۱۸۷.

۴. همان، ص. ۱۸۶.

– دریافت اجازه پیشین از قاضی اجرای مجازات برای مسافرت به خارج از کشور و نیز گرفتن اجازه برای تمامی تغییرهای شغلی و محل اقامت در صورتی که مانع اجرای تعهدهای او باشد.

ماده ۱۲ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مقرر می‌دارد: «هر کسی که قانوناً در قلمرو کشوری مقیم باشد، حق عبور و مرور آزادانه و انتخاب آزادانه مسکن خود را در آنجا خواهد داشت.» همچنین ماده ۱۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر حق آزادی و امنیت شخصی را به رسمیت می‌شناسد: «هرکس حق زندگی، آزادی و امنیت شخصی دارد.» اعلامیه در ماده ۱۳ مقرر می‌دارد که «هرکس حق دارد که در داخل هر کشوری آزادانه عبور و مرور نماید و یا کشور خود را ترک کند و یا به آن بازگردد.» در حالی که اغلب اوقات با تعیین تعهدات توسط دادگاه صادرکننده قرار تعلیق، این حقوق با تضييع روبه‌رو می‌شوند. در رویکرد امنیت‌محور، اعمال نظارت بر شخص بزهکار شدیدتر است، چراکه هدف، اصلاح و درمان مجرم با رعایت برنامه‌های آموزشی و گاه نظارتی نیست، بلکه فلسفه وضع و صدور این تعهدات نظارت و کنترل بیشتر مجرم است، به گونه‌ای که گاه مدت معینی برای رعایت این شروط تعیین نمی‌شود و بسته به میزان خطرناکی بزهکار مدت تعیین انجام افعال یا عدم انجام آنها به صورت نامحدود تعیین می‌شود. عدم تعیین مدت خلاف اصل قانونی بودن جرم و مجازات است.

همچنین، تصویب قانون ۲۵ فوریه ۲۰۰۸ توسط قانون‌گذار فرانسه درباره نگهداری (توقیف) تأمینی و اعلام عدم مسئولیت کیفری به علت اختلال روانی است که در شرایطی به دادرس اجازه می‌دهد تا امکان نگهداری (توقیف) برخی محکومان را که زندان خود را تحمل کرده‌اند، ولی همچنان خطرناکی جرم‌شناختی (یعنی شاخص‌های ظرفیت جنایی بالا برای ارتکاب جرایم و میزان بالای انطباق وی با محیط اجتماعی)^۱ دارند، در حکم خود پیش‌بینی کند. نگهداری تأمینی پس از اجرای کیفر اصلی در یک مرکز تخصصی یعنی مرکز اجتماعی - پزشکی - قضایی تأمینی به منظور خنثی کردن خطرناکی و طرد محکوم، اعمال مراقبت، حذف آزادی رفت و آمد و دور نگه داشتن او از جامعه اجرا می‌شود.^۲

بنابراین، آنچه اخیراً از قوانین و مقررات استنتاج می‌شود تحول مفهوم حالت خطرناک و اقدام بر اساس این حالت برای مدیریت خطر ارتکاب جرم در مراحل مختلف

۱. میرخلیلی، سیدمحمود، «بازپژوهش تجری در آموزه‌های اسلامی با نگاهی به حالت خطرناک از منظر جرم‌شناسی»، نامه مفید، شماره ۸۲، ۱۳۸۹، ص. ۳۶.

۲. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، «کیفرشناسی نو - جرم‌شناسی نو: درآمدی بر سیاست جنایی مدیریتی خطرمدار»، منبع پیشین، ص. ۷۳۸.

سیستم عدالت کیفری می‌باشد که با کنار گذاشتن معاینه و درمان مکتب تحقیقی، درصدد مدیریت و کنترل گروه‌های در معرض خطر و تأمین امنیت عمومی است.^۱ در ایران نیز مطابق ماده ۲۲۷ اصلاحی آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی در تاریخ ۱۳۸۹/۲/۲۱، دادستان یا شورای طبقه‌بندی می‌توانند برای زندانیانی که به مرخصی اعزام می‌شوند، تکالیفی از قبیل معرفی نوبه‌ای خود به مراجع انتظامی و عدم حضور در برخی از امکان در حین مرخصی مقرر دارد و چنانچه زندانیان دستورات صادره را رعایت ننمایند، باقیمانده مرخصی آنان ملغی و از یک نوبت مرخصی بعدی محروم خواهند شد. این ماده از نوآوری‌های این اصلاحیه محسوب می‌شود و در آیین‌نامه سابق، چنین مقرره‌ای وجود نداشت.

۱. عبداللہی، افشین؛ و هیمن بهرامی، «توجه به حالت خطرناک برای مدیریت و کنترل بزهکاری»، ماهنامه تعالی حقوق، سال چهارم، شماره‌های ۱۳ و ۱۴، دی ۱۳۹۰، ص. ۱۱۳.

نتیجه‌گیری

امروزه، صیانت از ارزش‌های بنیادین جامعه، در قالب دکترین امنیت ملی، به ضرورتی تردیدناپذیر تبدیل شده است. در دهه‌های اخیر، مقوله امنیت تا جایی اهمیت یافته که در اغلب نظام‌های حقوقی جهان، چه در سطح ملی و چه در سطح فراملی، مقررات و اسناد وثیقی در این ارتباط تنظیم گردیده است. نبود تهدید جسمی و روانی برای فرد و اجتماع یا به تعبیری فقدان تهدید در برابر ارزش‌های مکتسبه، چه در حالت عینی و چه از حیث ذهنی، در نتیجه اعمال سیاست‌های کلان کارگزاران حکومتی و نیز وضع ضمانت اجرای مؤثر کیفری حاصل خواهد شد. واقع امر آن است که در کنار اقدامات کنش‌مدارانه، به منظور صیانت و حمایت از ارزش‌های بنیادین اجتماعی، اتخاذ سیاست‌های واکنشی در قبال نقض ارزش‌های یادشده، ضرورتی انکارناپذیر می‌باشد؛ هرچند در این ارتباط تکیه و تأکید بر رعایت اصول حقوق بشری و موازین قانونی لازم است.

در ادوار اخیر، جهت‌گیری‌های حقوق کیفری بیشتر تحت تأثیر نظریه‌های جرم‌شناختی بوده است؛ تا جایی که امروزه از شکل‌گیری حقوق کیفری امنیت‌مدار صحبت می‌شود. نظریه‌های امنیت‌مدارانه جرم‌شناختی، از جمله نظریه نفی‌مدار یا تسامح صفر، آن قدر بر اندیشه کارگزاران نظام عدالت کیفری تأثیرگذار بوده است که پیشروی آنان را بعضاً در قلمرو حقوق شهروندی و نیز برخی جلوه‌های حقوق بشری در پی داشته است. حق بر امنیت، به عنوان یکی از جلوه‌های حقوق بشری مورد مطالبه از سوی شهروندان، دولت‌ها را مکلف نموده که امنیت جانی، مالی و حیثیتی شهروندان را تأمین و تضمین کنند. اما همین موضوع، گاه چالش‌هایی را از حیث نظری و قانونی در حوزه امنیت فردی و اجتماعی ایجاد کرده است.

نظریه‌های امنیت‌مدارانه جرم‌شناسی با تأثیر بر اندیشه‌های کارگزاران نظام عدالت کیفری و حقوق کیفری به بهانه تأمین امنیت و مبارزه با بزهکاری از سیستم عدالت کیفری «خلاق‌زدایی» می‌کند و بسیاری از مؤلفه‌های دادرسی عادلانه مانند اصل قانونی بودن جرم و مجازات، اصل تناسب میان جرم و مجازات، اصل برائت، تساوی افراد در برابر قانون و آزادی‌های اساسی افراد را نقض می‌کند. در واقع رعایت اصول دادرسی عادلانه بسیار کمرنگ می‌شود. در حالی که باید توجه نمود که برقراری امنیت پایدار در جامعه در سایه رعایت موازین حقوق بشر و به رسمیت شناختن کرامت انسان محقق می‌شود. بدین‌سان است که تضمین حقوق دفاعی متهم به عنوان حقوق رویه‌ای در فرآیند دادرسی کیفری مورد تأکید واقع شده و تعهد دولت‌ها به رعایت و تضمین این حقوق تعهد به نتیجه است، نه تعهد به وسیله.

در مجموع، برای خروج از چالش‌های موجود در حوزه مزبور پیشنهادهای ذیل قابل ذکر خواهند بود:

- بازشناسی هدف‌های آیین دادرسی کیفری و تأکید بر این امر که آیین دادرسی کیفری بیش از آنکه به دغدغه تأمین امنیت بها دهد، باید به هدف‌های اخلاقی و دادگرانه توجه داشته باشد.
- اعمال محدودیت نسبت به موازین دادرسی عادلانه در شرایط اضطراری باید موقت بوده و بر اساس قانون صورت پذیرد.
- در صورتی که اعمال محدودیت نسبت به موازین دادرسی عادلانه منجر به نقض کرامت ذاتی و انسانی متهم شود، از اعمال چنین محدودیت‌هایی خودداری شود.

منابع

- آزمایش، علی، «محاكمه صدام از منظر حقوق بین‌المللی جزایی»، مجله کانون وکلای دادگستری خراسان، شماره ۳، ۱۳۸۶.
- _____، «رعایت حقوق فردی در دادرسی بین‌المللی کیفری با تأکید بر حقوق متهم»، مجموعه مقالات اولین همایش بین‌المللی بررسی مسائل حقوق بین‌الملل بشر، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی، اردیبهشت ۱۳۸۱.
- آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، جلد سوم، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ ششم، ۱۳۸۴.
- آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، انتشارات سمت، چاپ هفتم، ۱۳۸۵.
- _____، مفاهیم عدالت و انصاف از دیدگاه کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، در: حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، زیر نظر محمد آشوری، تهران، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۳.
- _____، «نگاهی به حقوق متهم در حقوق اساسی و قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری»، فصلنامه مجتمع آموزش عالی قم، سال اول، شماره سوم، پاییز ۱۳۷۸.
- آشوری، محمد، و محمدعلی بهمنی‌قاجار، «رویه کمیته حقوق بشر در حمایت از حق آزادی و امنیت شخصی»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره جدید، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۷.
- آلبرشت، هانس یورگ، «تروریسم، خطر و قانون‌گذاری»، ترجمه مهدی مقیمی و مجید قورچی‌بیگی، فصلنامه فقه و حقوق، سال سوم، شماره ۱۱، زمستان ۱۳۸۵.
- ابراهیمی، شهرام، پیشگیری از جرم در چالش با موازین حقوق بشر، رساله دکتری حقوق جزا جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، خرداد ماه ۱۳۸۷.
- اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد نخست، نشر میزان، چاپ ششم، پاییز ۱۳۸۳.
- _____، «گفتاری درباره شکنجه و پیشگیری از آن»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۲۲، سال ۱۳۷۷ - ۱۳۷۶.
- اسدی، طیبه، رویه قضایی دادگاه اروپایی حقوق بشر با تأکید بر حقوق بنیادین، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق بین‌الملل، دانشگاه مفید قم، ۱۳۸۳.

- اشتیاق، وحید، مقدمه کتاب آیین دادرسی کیفری، نوشته علی خالقی، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۰.
- امیدی، جلیل، «دادرسی کیفری و حقوق بشر»، مجلس و پژوهش، نشریه مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، سال دهم، شماره ۳۸، تابستان ۱۳۸۲.
- _____، «تعریف و مبانی علنی بودن دادرسی کیفری»، فصلنامه مدرس علوم انسانی - پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۵۸، پاییز ۱۳۸۷.
- ایزانلو، محسن، آزادی اندیشه و بیان در حقوق اساسی ایران، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، بهار ۱۳۸۲.
- بکاریا، سزار، رساله جرایم و مجازات‌ها، ترجمه محمدعلی اردبیلی، نشر میزان، چاپ ششم، ۱۳۸۹.
- بیگزاده، ابراهیم، «سازوکارهای پیشگیری از شکنجه و مجازات‌ها یا رفتارهای ظالمانه، غیرانسانی و تحقیرکننده در پرتو پروتکل ۱۸ دسامبر ۲۰۰۲ میلادی»، فصلنامه آموزه‌های فقهی، شماره ۱۹، بهار ۱۳۸۵.
- پردل، ژان، «به دنبال اصول راهبردی مشترک آیین‌های دادرسی کیفری مختلف اروپایی»، ترجمه منوچهر خزانی، مجله حقوقی بین‌المللی، مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، شماره ۲۱، بهار ۱۳۷۶.
- ترشل، استفان و سارا سامرز، «دادرسی عادلانه در امور جنایی»، ترجمه علی شایان، فصلنامه حقوقی دادگستری، سال هفتم، شماره ۵۷ - ۵۶، دوره جدید، پاییز و زمستان ۱۳۸۵.
- ترنر، سوزان؛ پترسیلیا، جون؛ و الیزابت پیپر دشنز، «ارزیابی برنامه نظارت فشرده برای بزهکاران مواد مخدر در تعلیق مراقبتی و آزادی مشروط»، ترجمه مهرداد رایجیان اصلی، فصلنامه حقوقی دادگستری، شماره ۶۴، پاییز ۱۳۸۷.
- خالقی، علی، «علنی بودن دادرسی در پرتو اسناد بین‌المللی و حقوق داخلی»، دوفصلنامه پژوهش‌های حقوقی مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، شماره ۵، بهار و تابستان ۱۳۸۳.
- خلجی، منصوره، «حمایت از حقوق متهمان به جنایات بین‌المللی در مرحله دادرسی»، دو فصلنامه فقه و حقوق خانواده، سال دوازدهم، شماره ۴۶، بهار و تابستان ۱۳۸۶.
- دلماس مارتی، میری، «پارادایم جنگ علیه جرم؛ مشروع ساختن امر غیرانسانی»، ترجمه روح‌الدین کردعلیوند، تازه‌های علوم جنایی، مجموعه مقاله‌ها، زیر نظر علی‌حسین نجفی ابرنآبادی، نشر میزان، چاپ اول، بهار ۱۳۸۸.

- دهقانی، حسین، «مدیریت زمان: تسریع در دادرسی»، ماهنامه تعالی حقوق، سال سوم، شماره ۱۲، مرداد و شهریور ۱۳۹۰.
- دهقانی، علی، رویکرد امنیت‌گرا به دادرسی کیفری؛ مبانی، جلوه‌ها و چگونگی تعدیل آن با تأکید بر حقوق ایران، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران، زمستان ۱۳۸۹.
- رزاقی، کیانوش، «استانداردهای دادرسی در اسناد بین‌المللی و نظام قضایی ایران»، ماهنامه کانون، سال پنجاه و دوم، شماره ۱۰۵، خرداد ۱۳۸۹.
- رنجبریان، امیرحسین، «قاعده منع شکنجه در حقوق بین‌الملل معاصر»، فصلنامه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۷۰، زمستان ۱۳۸۴.
- ژولین، آنت؛ و برایان استیپاک، «درمان مواد مخدر و حبس‌های منزلی همراه با نظارت الکترونیکی: ارزیابی یکی از تدابیر اجتماعی جایگزین زندان»، ترجمه مهرداد رایجیان اصلی، فصلنامه حقوقی دادگستری، شماره ۳۶، پاییز ۱۳۸۰.
- سیدآقایی، سید علیرضا، حقوق متهم در محاکم اختصاصی ایران، نشر معاونت حقوقی و امور مجلس ناجا (دفتر تحقیقات کاربردی)، ۱۳۹۱.
- شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، انتشارات دراک، چاپ چهارم، پاییز ۱۳۸۷.
- شمس‌ناتری، محمدابراهیم، «جایگاه منع شکنجه در حقوق کیفری ایران و اسناد بین‌المللی»، فصلنامه حقوق خصوصی، شماره ۹، پاییز و زمستان ۱۳۸۴.
- صالحی، جواد، «حقوق متهم در برخورداری از مؤلفه‌های دادرسی عادلانه»، ماهنامه اصلاح و تربیت، سال نهم، شماره ۹۷، خرداد ۱۳۸۹.
- عالی‌پور، حسن، توازن میان امنیت ملی و آزادی‌های فردی در مقابله با جرایم تروریستی، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، پاییز ۱۳۸۷.
- عبداللهی، افشین؛ و هیمن بهرامی، «توجه به حالت خطرناک برای مدیریت و کنترل بزهداری»، ماهنامه تعالی حقوق، سال چهارم، شماره‌های ۱۳ و ۱۴، دی ۱۳۹۰.
- علم، محمود، استانداردهای بین‌المللی رفتار پلیس و مأموران امنیت کشور، نشر هاشمیون، ۱۳۸۴.
- فتحی، محمدجواد؛ و علی دهقانی، «استقلال بازپرس در انجام تحقیقات مقدماتی و تأثیر آن در تحقق دادرسی عادلانه»، فصلنامه فقه و حقوق، سال پنجم، شماره ۲، بهار ۱۳۸۸.

- فخر، حسین؛ و علی حاجی‌پور، «اصل علنی بودن دادرسی‌ها و موانع تحقق آن در حقوق ایران»، نشریه دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، سال چهاردهم، شماره‌های ۳۲ - ۳۳، بهار و تابستان ۱۳۹۰.
- فرح‌بخش، مجتبی، «مفهوم و مبانی حقوق دفاعی متهم»، فصلنامه حقوقی دادگستری، شماره ۵۶ و ۵۷، پاییز و زمستان ۱۳۸۵.
- فرخنده، علی، «حقوق متهم در فرآیند دادرسی کیفری»، ماهنامه دادرسی، شماره ۷۲، سال دوازدهم، بهمن و اسفند ۱۳۸۷.
- فهیم دانش، علی، «وضعیت حقوق بشر در ایالات متحده پس از یازدهم سپتامبر»، فصلنامه مطالعات منطقه‌ای: اسرائیل‌شناسی - آمریکاشناسی، سال پنجم و ششم، شماره‌های ۲۰ و ۲۱، پاییز و زمستان ۱۳۸۳.
- فیوضی، رضا، «دادگاه نظامی نورمبرگ پس از چهل سال»، فصلنامه حقوقی بین‌المللی، شماره ۹، پاییز و زمستان ۱۳۶۷.
- قاری سیدفاطمی، سیدمحمد، حقوق بشر در جهان معاصر، دفتر دوم، جستارهایی تحلیلی از حق‌ها و آزادی‌ها، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهردانش، چاپ دوم، ۱۳۸۹.
- _____، حقوق بشر در جهان معاصر، دفتر یکم، درآمدی بر مباحث نظری: مفاهیم، مبانی، قلمرو و منابع، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ سوم، ۱۳۹۰.
- قپانچی، حسام؛ و حمید دانش‌ناری، «الگوهای دوگانه فرآیند کیفری کنترل جرم و دادرسی منصفانه»، فصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۱.
- قربان‌نیا، ناصر، «ماهیت عام تعهد به رعایت حقوق بشر و مسأله شرط»، فصلنامه حقوق اسلامی، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، شماره ۲۱، تابستان ۱۳۸۸.
- کاشانی، سیدمحمد، استانداردهای جهانی دادگستری: نقد و بررسی قانون دادگاه‌های عمومی و انقلاب، تهران، نشر میزان، تابستان ۱۳۸۳.
- کاظمی، مریم، «حقوق بشر و دولت‌ها در عصر جهانی شدن»، فصلنامه راهبرد، شماره ۳۸، ۱۳۸۴.
- کای، امبوس، «آیین دادرسی کیفری بین‌المللی: توافقی، تفتیشی یا مختلط»، ترجمه حسین آقایی جنت‌مکان، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۴۵، بهار و تابستان ۱۳۸۶.

- گسن، رمون، «ملاحظه‌هایی درباره هدف آیین دادرسی کیفری»، ترجمه شهرام ابراهیمی، فصلنامه حقوقی دادگستری، شماره ۵۷-۵۶، پاییز و زمستان ۱۳۸۵.
- ماری، فلیپ، «کیفر و مدیریت خطرها: بسوی عدالتی محاسبه‌گر در اروپا»، ترجمه حسن کاشفی اسماعیل‌زاده، فصلنامه حقوقی دادگستری، شماره ۴۸ و ۴۹، پاییز و زمستان ۱۳۸۳.
- محمودی جانکی، فیروز؛ و سارا آقایی، «بررسی نظریه بازدارندگی مجازات»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۷.
- موسوی، سید فضل‌الله؛ و سیدمهدی موسوی، «آثار دادرسی فوری در حقوق ایران و انگلیس»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی، سال سی و نهم، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۸.
- _____، «نحوه و قلمرو اجرای دادرسی فوری در حقوق ایران و انگلیس»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی، سال چهل و دوم، شماره ۱، بهار ۱۳۹۱.
- _____، «نقد و بررسی دادرسی فوری در حقوق ایران و انگلیس»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی، سال سی و نهم، شماره ۱، بهار ۱۳۸۸.
- مهرپور، حسین، «کندوکاوی در تمهیدات نظام بین‌الملل حقوق بشر و جلوگیری از شکنجه»، فصلنامه راهبرد، شماره ۳۰، زمستان ۱۳۸۲.
- میرخلیلی، سیدمحمود، «بازپژوهش تجربی در آموزه‌های اسلامی با نگاهی به حالت خطرناک از منظر جرم‌شناسی»، نامه مفید، شماره ۸۲، ۱۳۸۹.
- میرزاپور مشیزی، علیرضا، «ضمانت‌اجراهای عدم رعایت مهلت معقول»، ماهنامه تعالی حقوق، سال چهارم، شماره ۱۶، خرداد و تیر ۱۳۹۱.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین، تقریرات درس جرم‌شناسی (از جرم‌شناسی انتقادی تا جرم‌شناسی امنیتی)، دوره دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، نیم سال دوم سال تحصیلی ۱۳۹۲-۱۳۹۱.
- _____، «کیفرشناسی نو - جرم‌شناسی نو: درآمدی بر سیاست جنایی مدیریتی خطرمدار»، تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقاله‌ها)، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، نشر میزان، ۱۳۸۸.
- نوربها، رضا، «شکنجه در کنوانسیون ۱۹۸۴ سازمان ملل متحد»، فصلنامه کانون وکلا، شماره ۱۴۸ و ۱۴۹، پاییز و زمستان ۱۳۶۸.
- ولایی، عیسی، فرهنگ تشریح اصطلاحات اصولی، نشر نی، چاپ دوم، ۱۳۸۰.

-
- هاشمی، سیدمحمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد ۲، انتشارات دادگستر، چاپ پنجم، ۱۳۸۰.
 - یوسفی مراغه، مهدی، «خدمات‌رسانی به بزه‌دیدگان در مرحله دادرسی و اجرای حکم»، فصلنامه حقوق و مصلحت، سال اول، شماره چهارم، پاییز ۱۳۸۸.
 - Jessberger, Florian, "Bad Torture Good Torture? What International Criminal Lawyers May Learn From The Recent Trial Of Police Officers In Germany", Journal Of International Criminal Justice, vol. 3, 2005.
 - Mar Jimeno, Bulnes, "After September 11th: The Fight Against Terrorism In National And European Law: Substantive And Procedural Rules: Some Examples", European Law Journal, vol. 10, No. 2, March 2004.
 - Schabas, Wiliam, "House of Lords Prohibits use of Torture Evidence but Fails to Comdemn Its Use by The Police", International Criminal Law Review, vol.7, 2007.

اصل صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده در قوانین کیفری ایران

جواد طهماسبی *

چکیده

مبنای پذیرش «اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده»، «حمایت از اتباع بزه‌دیده» است که بر پایه آن، دادگاه‌های کشور متبوع بزه‌دیده تحت شرایطی صلاحیت رسیدگی می‌یابند. اصل مزبور در حقوق ایران، جز در برخی موارد، به عنوان یک اصل تعیین‌کننده اعمال قوانین کیفری مورد پذیرش قرار نگرفته بود. این در حالی است که بسیاری از کشورهای دیگر از دیرباز این اصل را پذیرفته و هم‌اکنون نیز در نظام‌های حقوق داخلی و بین‌المللی استناد به آن در حال گسترش است. با عنایت به عدم مغایرت این اصل با موازین شرعی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و مشروعیت آن در سطح بین‌المللی، ماده (۸) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اصل مزبور را مورد پیش‌بینی قرار داده است که گام مؤثری در حمایت از اتباع ایرانی به شمار می‌رود. بررسی میزان تأمین منافع اتباع ایرانی از طریق پیش‌بینی این اصل، جایگاه این اصل در جدال با سایر اصول اعمال صلاحیت و نحوه تعامل اصل موصوف با سایر کشورهای دارای صلاحیت، موضوعی است که در این مقاله به آن پرداخته شده است.

کلیدواژه‌ها: صلاحیت شخصی، صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده، صلاحیت کیفری، اصول تعیین‌کننده صلاحیت، صلاحیت کیفری بین‌المللی.

در نظام حقوقی اسلام، «دین» و در دنیای باستان «ملیت» معیار تعیین و تشخیص جوامع انسانی و تعیین‌کننده حد و مرز ملت‌ها بود. در این دوران حاکمیت دولت‌ها به معنای امروزی و به تبع آن اعمال صلاحیت فراسرزمینی فاقد معنا بود. در نظام حقوقی اسلام، معیار «دین» و در نظام حقوقی اروپای قرون وسطی، معیار «پیوند شخصی» تعیین‌کننده رابطه میان حاکمان و افراد جامعه (تبعه) قرار گرفته است.^۱ در چنین شرایطی اعمال قدرت سیاسی با مفهوم «مرز» هیچ ارتباطی ندارد. در این دوران صلاحیت بر اشخاص به دین و ملیت آنها بستگی داشت. «در واقع اشخاص حقوق خود را به هر کجایی که سفر می‌کردند، با خود می‌بردند».^۲ بنابراین در آن زمان اصل سرزمینی یا «قلمرو حاکمیت» نسبت به «اصل شخصی» در حالت برتر نبوده و نقش ثانوی داشته است. آنچه سبب گردیده که امروز مبنای اعمال حاکمیت کیفری «اصل سرزمینی بودن» باشد، ظهور «اصل حاکمیت» است. در نظریه ژان بُدن^۳ فرانسوی که واژه حاکمیت را در سده شانزدهم میلادی وارد علوم سیاسی کرد، حاکمیت همانا «قدرت مطلق و لایزال» است^۴ که از آن به عنوان «کنترل مؤثر» نیز یاد شده است.^۵ در قرن هفدهم توماس هابز در مورد اینکه حاکمیت نباید محدود باشد از بُدن هم جلوگیری رفت. او بر این باور بود که هیچ چیز و هیچ‌کس نمی‌تواند زمامدار را محدود سازد، زیرا زمامدار قدرت کامل و مطلق دارد.^۶ در نظام حقوق بین‌الملل نیز «انعقاد معاهده و ستفالی در سال ۱۶۴۸ مؤید ظهور اصولی چون حاکمیت، ملی‌گرایی و دولت - ملت بود».^۷ مهم‌ترین دست‌آورد این معاهده توافق کشورها به رعایت احترام مرزهای سرزمینی و خودداری از مداخله در امور داخلی همدیگر است. به نحوی که گفته شده است «وظیفه حقوق بین‌الملل از آن زمان در کل تاریخ خود جلوگیری از برخورد و تعارض میان دولت‌ها است». از این پس است که اصل حاکمیت و عدم مداخله پررنگ

۱. ضیایی، سیدياسر، «مبانی نظری صلاحیت فراسرزمینی دولت از منظر حقوق بین‌الملل عمومی»، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و پنجم، شماره ۷۶، زمستان ۱۳۹۰، ص. ۲۳.
۲. همان.

3. Bodin

۴. دلبروک، جوست، حمایت بین‌المللی از حقوق بشر و حاکمیت دولت‌ها، ترجمه حسین شریفی طرازکوهی، نشر دادگستر، ۱۳۷۷، ص. ۷۳.
۵. ضیایی، سیدياسر، منبع پیشین، ص. ۱۱.
۶. رضایی‌نژاد، ایرج، «حقوق بشر و حاکمیت دولت‌ها، تحلیلی بر پایه اسناد بین‌المللی»، مجله اطلاعات سیاسی - اقتصادی، سال نوزدهم، شماره اول و دوم، مهر و آبان ۱۳۸۳، ص. ۵۰.
۷. ضیایی، سیدياسر، منبع پیشین، ص. ۲۳.

شده و مبنای اعمال صلاحیت دولت‌ها قرار گرفته است؛ بنابراین پابندی به اصل حاکمیت و فروعات آن، از جمله «اصل درون‌مرزی بودن حقوق کیفری» و «اصل برابری دولت‌ها» سبب گردید تا مبنای اعمال صلاحیت بر اصل سرزمینی بودن تبیین شود، به نحوی که امروز این اصل مبنای اصلی تعیین صلاحیت دولت‌ها بوده و سایر اصول از جمله اصل صلاحیت شخصی حالت استثنایی دارند. گرچه مهم‌ترین جلوه حاکمیت، اعمال صلاحیت است، اما این دو لازم و ملزوم همدیگر نیستند، ممکن است دولتی بر سرزمینی حاکمیت نداشته باشد، اما امکان صلاحیت در قلمرو آن را داشته باشد. تمام اصولی که به موجب آن دولت‌ها نسبت به جرایم واقع‌شده در خارج از قلمرو خود اعمال صلاحیت می‌کنند، از این جمله‌اند. با توجه به اینکه در این مسأله منافع جمعی دولت‌ها مطرح است، لذا اعمال صلاحیت یک دولت در قلمرو حاکمیت دیگر دولت‌ها تحت شرایط خاص از جمله اصول پذیرفته‌شده حقوق بین‌الملل است. نتیجه اینکه اعمال صلاحیت دادگاه‌های کیفری منحصر به «اصل صلاحیت سرزمینی» نیست، اگر جرمی علیه منافع اساسی یک کشور واقع شود و یا جرم از جمله جنایات مهم بین‌المللی باشد، حسب مورد «اصل صلاحیت حمایتی» و «اصل صلاحیت جهانی» به عنوان مبنای اعمال صلاحیت دولت‌ها برای رسیدگی به جرایم واقع‌شده در خارج از قلمرو سرزمینی آنها، مورد استناد قرار می‌گیرد. علاوه بر این، تابعیت افراد نیز به دو صورت اسباب اعمال صلاحیت یک دولت نسبت به جرایم ارتكابی در خارج از قلمرو آن را شکل می‌دهد. حالت نخست، زمانی است که مرتکب جرم تبعه آن دولت است که در این حالت «اصل صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت مرتکب جرم» مبنای اعمال صلاحیت قرار می‌گیرد. حالت دوم، زمانی است که تبعه دولت مورد بحث قربانی جرم ارتكابی در خارج از قلمرو سرزمینی آن می‌شود. در این حالت اصل تعیین‌کننده صلاحیت «اصل صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده است». این اصل تا زمان تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در نظام حقوق کیفری ایران به جز موارد بسیار محدود، به رسمیت شناخته نشده بود. در این قانون به موجب ماده (۸) به عنوان یکی از اصول تعیین‌کننده اعمال قوانین کیفری مورد پذیرش واقع شده است. مفاد این ماده با ابهاماتی مواجه است که در این مقاله ضمن بررسی اجمالی مفهوم و مبانی «اصل صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده» و وضعیت آن در نظام‌های حقوقی برخی از کشورهای دیگر، در صدد تحلیل و بررسی مقررات ماده مزبور و روشن نمودن ابهامات مطرح هستیم. نخستین مسأله ضرورت پذیرش این اصل است. چرا قانون‌گذار پس از یک سده قانون‌گذاری به این نتیجه رسیده است که اصل مورد بحث را به عنوان یکی از اصول تعیین‌کننده صلاحیت اعمال قانون داخلی نسبت به جرایم واقع‌شده در خارج از

کشور بپذیرد. مسأله دیگر شرایط پذیرش این اصل است. زیرا با یک نگاه تطبیقی ملاحظه می‌شود که اعمال «اصل صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت بزده‌دیده» در نظام‌های مختلف حقوقی دنیا، یک اصل مطلق نیست، بلکه همواره با قید و شرط‌هایی همراه است. بنابراین بررسی این شرایط یک ضرورت است. زیرا ابهامات مطرح معمولاً ناشی از این شرایط است.

سؤال دیگر این است که چرا قانون‌گذار در کنار جرایم ارتكابی علیه «اتباع ایران» جرایم علیه «کشور ایران» را نیز قید نموده است. ارتباط این قید با جرایم علیه منافع اساسی کشور که به شرح ماده (۵) همین قانون پیش‌بینی شده و صلاحیت دادگاه مبتنی بر «اصل صلاحیت حمایتی» برای رسیدگی به آنها تعیین شده است چیست؟ سؤال دیگر مربوط به ارتباط مواد (۷) و (۸) قانون مجازات اسلامی است؛ به این شرح که در صورت تراحم دو اصل «صلاحیت مبتنی بر تابعیت مرتکب جرم» به شرح ماده (۷) این قانون و «اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزده‌دیده» به شرح ماده (۸) آن، کدام مقررات قابل اعمال است؟ با توجه به اینکه به موجب بند «الف» ماده (۸)، یکی از شرایط اعمال این ماده این است که متهم در جرایم موجب تعزیر در محل وقوع جرم، محاکمه و تبرئه نشده باشد، این سؤال مطرح است که اگر جرم مورد نظر در دادگاه صالح کشوری غیر از کشور «محل وقوع جرم» تحت پیگرد و رسیدگی قرار گرفته باشد، از جمله موانع رسیدگی مجدد محسوب است یا خیر؟

ابهام دیگر این است که اگر رسیدگی در کشور محل وقوع جرم تنها شروع شده و در جریان باشد و هنوز محاکمه صورت نگرفته باشد، آیا این وضعیت از جمله موانع رسیدگی در دادگاه‌های ایران محسوب است یا خیر. همچنین این سؤال قابل طرح است که آیا امکان رسیدگی غیابی در این جرایم وجود دارد یا خیر. اینها مهم‌ترین سؤالاتی هستند که جهت فهم دقیق ماده (۸) قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مطرح است. امید است پس از بررسی‌های لازم بتوانیم در پایان جهت پاسخ‌گویی به این سؤالات به نتیجه روشنی برسیم.

۱. چیرستی و چالش‌های اصل صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت بزده‌دیده

۱-۱. مفهوم و مبنا

تابعیت رابطه حقوقی بین شخص و یک کشور است که با خارج شدن فرد از قلمرو آن کشور گسیخته نمی‌شود. همین تداوم رابطه، سبب تداوم ارتباطات حقوقی فرد با دولت متبوع است. از آنجایی که اعمال حاکمیت دولت‌ها محدود به قلمرو مکانی آنها نبوده و مبتنی بر اصول دیگری نیز تعیین می‌شود، اصل تابعیت یکی از این اصول

است که موجب گسترش اجرای قوانین یک کشور در قلمرو دیگر کشورها است. همان‌طور که پیش از این اشاره شد، گسترش قوانین در حوزه حقوق کیفری به تبع تابعیت فرد دو جنبه را شامل می‌شود. جنبه نخست «اصل صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت بزه‌کار» و جنبه دوم «اصل صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده» است. علی‌رغم نقش محوری «تابعیت» در این دو اصل، هدف و مبنای آنها کاملاً متفاوت است. برای توجیه اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌کار سه دلیل مهم قابل ذکر است. نخست اینکه، هر فرد در خارج از کشور خود جلوه‌ای از آن کشور محسوب و سوء شهرت یا حسن شهرت وی ارتباط نزدیکی با وجهه و اعتبار بین‌المللی دولت متبوع او دارد. بر همین اساس گفته شده است، ملّیت اساسی‌ترین و مهمترین مبنا برای این اصل به شمار می‌رود.^۱ چه اینکه واقعیتهای بنام ملیت است که افراد یک ملت را به همدیگر پیوند می‌دهد. «یکی از عوامل بسیار اساسی این اتحاد و همبستگی وجود قانون واحدی است که بر تمام افراد ملت حاکم است».^۲ دوم، همان‌طور که افراد در خارج از قلمرو کشور متبوع، مشمول حمایت‌های حقوقی و سیاسی این دولت هستند، باید در برابر نقض قوانین نیز پاسخ‌گو بوده و مشمول رعایت باید و نبایدهای آن دولت باشند. دلیل سوم، ارتباط این اصل با یکی دیگر از اصول حقوق بین‌الملل است که در نظام حقوقی تمام کشورها پذیرفته شده و آن «اصل عدم استرداد تبعه»^۳ است، به این معنی که به موجب حقوق داخلی کشورها، چنانچه تبعه آنها در خارج از کشور مرتکب جرمی شود و به کشور خود مراجعه نماید، از استرداد او خودداری می‌شود. اجرای عدالت اقتضا دارد که این فرد از پیگرد کیفری مصون نباشد و اصل عدم استرداد تبعه موجب بی‌کیفرمانی او نگردد. برای تحقق این اقتضا راهی جز پیگرد مجرم از سوی دادگاه‌های کیفری کشور متبوع نیست.

در اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده نیز همانند اصل صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت مرتکب جرم، مبنای اعمال صلاحیت «تابعیت» است. با این تفاوت که هدف از اعمال صلاحیت «حمایت از تبعه» است و معیار تعیین صلاحیت تابعیت قربانی جرم است نه مرتکب آن. بنابراین می‌توان گفت که «اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده» یعنی اعمال مقررات قانونی، قضایی و اجرایی یک کشور، با هدف حمایت از اتباع خود برای رسیدگی به جرایمی که علیه اتباع مربوط در خارج از قلمرو سرزمینی

۱. پورباقرانی، حسن، حقوق جزای بین‌الملل، انتشارات جنگل، ۱۳۸۷، ص. ۴۶.

۲. محسنی، مرتضی، دوره حقوق جزای عمومی - کلیات حقوق جزا، جلد اول، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۵، ص. ۳۸۹.

۳. این اصل در ماده (۸) قانون راجع به استرداد مجرمین مصوب ۱۳۳۹ به شرح زیر به تصویب رسیده است: ماده (۸) در موارد زیر استرداد مورد قبول واقع نخواهد شد:

۱- هرگاه شخص مورد تقاضای ایرانی باشد.

آن کشور ارتکاب می‌یابد. مبنا و ضرورت اصل صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده، علی‌الاصول حمایت از اتباع یک کشور است؛ زیرا جرم در قلمرو سرزمینی کشور دیگری ارتکاب یافته و نظم عمومی آن کشور را تهدید کرده است. لذا در این حالت تمسک به نقض نظم عمومی که اصولاً مهم‌ترین مبنای توجیه‌کننده تعقیب مجرم محسوب می‌شود، بسیار کم‌رنگ است. بر همین اساس بعضی از نویسندگان به این اصل «اصل صلاحیت حمایت از اتباع» گفته‌اند.^۱ از طرفی، زمانی یک دولت صلاحیت خود را به استناد این اصل اعمال می‌کند که امکان استناد به دیگر اصول تعیین‌کننده صلاحیت وجود نداشته باشد. در غیر این صورت، نیازی به تمسک به اصل مزبور نیست. بر همین اساس در صدر ماده (۸) قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ قید شده است که «هرگاه شخص غیر ایرانی در خارج از ایران علیه شخص ایرانی یا علیه کشور ایران مرتکب جرمی به جز جرایم مذکور در مواد قبل شود به موجب قوانین جزایی جمهوری اسلامی ایران به جرم او رسیدگی می‌شود ...». بنابراین قانون‌گذار خواسته است که به قصد حمایت از اتباع ایرانی صلاحیت خود را فراتر از آنچه در سایر مواد این قانون پیش‌بینی شده است، نسبت به جرایم ارتكابی علیه اتباع مربوط گسترش دهد. زیرا حمایت از اتباع همان‌طور که در امور مدنی از طریق کنسولگری‌ها و در امور سیاسی با توسل به سازوکارهای دیپلماتیک صورت می‌گیرد، از نظر کیفری نیز با توسل به سازوکارهای حقوقی مورد قبول جامعه بین‌المللی اعمال می‌شود. مبنای دیگر که برای این اصل بیان شده «دفاع از خویش» است.^۲ به این شرح که در این مورد دولت با حمایت کیفری از تبعه، در واقع به دفاع و حمایت از خود نیز می‌پردازد.^۳ زیرا ارتکاب جرم علیه تبعه یک دولت به طور غیر مستقیم حیثیت و اعتبار آن دولت را نیز مخدوش می‌کند.

علاوه بر آنچه گفته شد، به نظر می‌رسد که ضرورت مبارزه با بی‌کیفری جرایم به خصوص در وضعیتی که مرتکب جرم از صاحب‌منصبان یک دولت باشد و دولت متبوع امکان یا تمایل به پیگیری وی را نداشته باشد، می‌تواند سازوکار مناسبی جهت مقابله با بی‌کیفری باشد. برای مثال در جریان ربوده شدن امام موسی صدر که تبعه ایران بود، با توجه به موقعیت متهمان احتمالی، امکان رسیدگی به این جرم در لیبی فراهم نبود و دادگاه‌های ایران نیز از نظر قانونی صلاحیت رسیدگی نداشتند. این فقدان صلاحیت نه تنها سبب بی‌کیفری بلکه سبب عدم امکان جمع‌آوری دلایل و عدم شناسایی متهمان

۱. آقای جنت‌مکان، حسین، حقوق کیفری عمومی، جلد نخست، انتشارات جنگل، ۱۳۹۱، ص. ۱۸۱.

۲. علی‌آبادی، عبدالحسین، حقوق جنایی، جلد اول، انتشارات فردوسی، چاپ دوم، ۱۳۶۹، ص. ۱۵۰.

۳. پورباقرانی، حسن، «اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی‌علیه در حقوق جزای بین‌الملل و ایران»، نامه مفید،

شماره ۳۷، مرداد و شهریور ۱۳۸۲، ص. ۱۰۰.

و حتی عدم اطلاع از سرنوشت قربانیان شد؛ به نحوی که تا به حال نیز جنبه‌های قضایی این واقعه در هاله‌ای از ابهام است. زائران ایرانی در کشور عراق قربانی اعمال مجرمانه و خشونت‌بار اتباع غیرایرانی می‌شوند، حتی اگر این افراد در ایران نیز یافت می‌شدند، دادگاه‌های ایران قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، صلاحیت رسیدگی به این جرایم را نداشتند. علی‌رغم آنچه گفته شد پذیرش این اصل، مورد اتفاق و اجماع حقوق‌دانان و سیاست‌مداران نیست. بر همین اساس آگاهی از استدلال مخالفین و موافقین پذیرش این اصل ضروری است.

۲-۱. بررسی نظر مخالفان و موافقان

پذیرش اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده با مخالفت‌های جدی در میان صاحب‌نظران مواجه است و دغدغه‌های عملی نیز برای تمسک به آن مطرح است. دون دیو دو وابر، حقوق‌دان مشهور فرانسوی در مخالفت با این اصل بیان می‌کند که اگر هدف مجازات حمایت از منافع خصوصی و جبران زیان وارده بر بزه‌دیده بود، شاید چنین صلاحیتی توجیه می‌شد، اما به هیچ‌وجه چنین نیست.^۱ وی می‌افزاید که صلاحیت ناشی از تابعیت مجنی‌علیه فاقد مبنای منطقی است و بیم آن می‌رود که دادرسی که هموطن بزه‌دیده است تحت تأثیر یک پیش‌داوری خصمانه نسبت به متهم گام در بی‌عدالتی یا شدت عمل بی‌اندازه بردارد.^۲

برخی دیگر از حقوق‌دانان، اعمال صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده را نوعی مداخله در حاکمیت دولتی می‌دانند که جرم در قلمرو آن واقع شده است.^۳ به این معنا که دولتی که جرم در قلمرو آن واقع شده و نیز دولتی که مجرم تبعه آن است، دو دولتی هستند که ارتباط تنگاتنگی با جرم ارتكابی دارند و صلاحیت آنها برای رسیدگی به جرم ارتكابی قابل توجیه‌تر است تا دولتی که قربانی جرم تبعه آن است.^۴ این حقوق‌دانان اقدام دولت متبوع بزه‌دیده در رسیدگی به جرم ارتكابی علیه او را نوعی مداخله در کشوری می‌دانند که جرم در قلمرو آن و یا توسط اتباع مربوطه ارتکاب یافته

۱. دون دیو دو وابر، رساله حقوق جنایی و قانون‌گذاری جزای فرانسه، ترجمه علی آزمایش، انتشارات دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۶۸، ص. ۵۱۷؛ به نقل از: خالقی، علی، حمایت کیفری از اتباع: جنبه فراموش‌شده اصل صلاحیت شخصی در حقوق ایران، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۰، تابستان ۱۳۸۲، ص. ۱۷۵.

۲. همان.

3. Geoff. Gilbert, "Crime Sans Frontiers, Jurisdictional Problems in English Law", The British Yearbook of International Law, vol. 63, issue 1, 1992, p. 418.

۴. پورباقرانی، حسن، «اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی‌علیه در حقوق جزای بین‌الملل و ایران»، منبع پیشین، ص. ۱۰۱.

است.^۱ این ایراد قابل تأمل است. اما می‌توان در کنار پذیرش اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزده‌دیده نگرانی فوق را هم مرتفع کرد. همان‌طور که ماده (۸) قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ هم‌زمان با پذیرش اصل مورد بحث، به ایراد مزبور نیز توجه داشته است. زیرا به موجب بند (الف) این ماده یکی از شرایط اعمال این اصل چنین بیان شده است: «متهم در جرایم موجب تعزیر در محل وقوع جرم، محاکمه و تبرئه نشده یا در صورت محکومیت، مجازات کلاً یا بعضاً درباره او اجرا نشده باشد.» بنابراین، اصل بر صلاحیت و رعایت حاکمیت دولت محل وقوع جرم است و صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزده‌دیده یک نوع صلاحیت تکمیلی محسوب می‌شود که در صورت عدم اقدام دولت محل وقوع جرم، اعمال خواهد شد. به این نحو صلاحیت دولت محل وقوع جرم مورد احترام و پذیرش قرار گرفته است.

ایراد دیگری که نسبت به این اصل از سوی مخالفان وارد می‌شود، این است که اصل مزبور تأمین‌کننده هیچ نفعی چه برای دولت متبوع قربانی جرم و چه برای سایر دولت‌ها نیست. به عبارت دیگر، پذیرش این اصل نه کمکی در جهت همکاری‌های بین‌المللی به شمار می‌آید و نه تأمین‌کننده نظم عمومی و داخلی دولت متبوع قربانی است.^۲ به نظر می‌رسد این ایراد نیز خللی به پذیرش اصل مورد بحث وارد نمی‌کند. چه اینکه اولاً حمایت از اتباع از جمله وظایف هر دولت به شمار می‌آید.^۳ ثانیاً این امر نشان از اقتدار یک دولت و سبب مطرح شدن آن در سطح بین‌المللی است.

نهایتاً ایراد شده است که به موجب اصول پذیرفته‌شده حقوق کیفری، مسئولیت کیفری فرع بر اطلاع از مقررات کیفری است. در این حالت فرض اطلاع یک فرد از قوانین سایر کشورها، فرض معقول و منصفانه‌ای نیست. این ایراد هنگامی شدت پیدا می‌کند که فردی در داخل کشور متبوع و محل زندگی خود نسبت به یک خارجی عملی را انجام دهد که آن عمل مطابق قوانین کشور خودش مجرمانه نیست، اما در کشور متبوع فرد خارجی آن عمل، مجرمانه و قابل مجازات است.^۴ این ایراد به شرح بند (ب) ماده (۸) قانون مجازات اسلامی مورد توجه قرار گرفته است. به این شرح که یکی از شرایط اعمال مقررات ماده مزبور این است که: «رفتار ارتكابی در جرایم موجب تعزیر به موجب قانون جمهوری اسلامی ایران و قانون محل وقوع، جرم باشد.» قابل ذکر است

۱. حسینی‌نژاد، حسینقلی، حقوق کیفری بین‌الملل، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۲، ص. ۶۵.

۲. پوربافرانی، حسن، «اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی‌علیه در حقوق جزای بین‌الملل و ایران»، منبع پیشین، ص. ۱۰۰.

۳. حسینی‌نژاد، حسینقلی، منبع پیشین، ص. ۶۴.

۴. پوربافرانی، حسن، «اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی‌علیه در حقوق جزای بین‌الملل و ایران»، منبع پیشین، ص. ۱۰۵.

که این بخش از ماده (۸) ایراد مطرح را کاملاً مرتفع نمی‌کند، زیرا صرف «مجرمیت متقابل»^۱ برای امکان رسیدگی کافی است. اما مسأله قابل توجه این است که تبعه خارجی که در کشور خود بر علیه تبعه ایرانی مرتکب جرم شده است، از مفاد مقررات کیفری ایران به خصوص میزان مجازات و شرایط تحقق مسئولیت کیفری در ایران بی‌اطلاع است. در این وضعیت اعمال مجازات در مورد عمل ارتكابی منصفانه به نظر نمی‌رسد. با توجه به اینکه پذیرش صلاحیت دادگاه‌های کیفری نسبت به جرایم ارتكابی در خارج از کشور مشتمل بر صلاحیت تقنینی، قضایی و اجرایی است، یعنی تمام مقررات کشور رسیدگی‌کننده نسبت به جرایم ارتكابی خارج از قلمرو آن اعمال می‌شود، در این حالت چاره‌ای جز پذیرش ایراد مطرح وجود ندارد. البته قابل ذکر است که این ایراد اختصاص به اصل مورد بحث نداشته بلکه در تمام مواردی که صلاحیت کیفری نسبت به جرایم ارتكابی توسط اتباع بیگانه در قلمرو کشور دیگری اعمال می‌شود، مطرح است.

ایراد دیگری که نسبت به این اصل مطرح می‌شود، غیرکاربردی بودن آن است. در زمان تدوین ماده (۸) قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در اداره کل تدوین لوایح قوه قضاییه، وزارت امور خارجه اعلام نمود که «با توجه به قید «در ایران یافت شدن» در قانون مورد بحث، این قانون امکان اجرایی شدن ندارد، لذا علاوه بر آنکه از مقصود اصلی که همانا حمایت بیشتر از اتباع کشورمان در خارج است باز مانده‌ایم؛ امکان اعتراض به اقدامات ایالات متحده آمریکا در اعمال و چگونگی این صلاحیت را نیز از دست داده‌ایم».^۲ پاسخ این ایراد واضح است. چه اینکه حدود و ثغور اعمال صلاحیت کیفری هر کشوری به موجب مقررات داخلی آن کشور تعیین می‌شود، صرف‌نظر از اینکه این مقررات مورد قبول سایر کشورهای ذی‌نفع باشد یا خیر، تأثیری در اجرای داخلی آن قوانین ندارد. این مسأله در حقوق بین‌الملل پذیرفته شده است. دادگاه کشور خارجی نیز به قوانین داخلی نظام حقوقی خود استناد می‌کند، ایراد سایر کشورها مانعی برای اعمال صلاحیت دادگاه‌های وی محسوب نمی‌شود. ثانیاً با عنایت به قید «... به ایران اعاده گردد...» به شرح مندرج در ماده (۸) قانون مورد بحث، شرایط اعمال صلاحیت دادگاه‌های ایران تنها منحصر به «یافت شدن متهم در ایران» نیست، بلکه در جرایمی که جمهوری اسلامی ایران به استناد ماده (۸) صلاحیت رسیدگی دارد، گرچه رسیدگی غیابی جایز نیست، اما می‌توان قبل از یافت شدن متهم تعقیب را آغاز و مطابق مقررات

1. Double Criminality

۲. مستخرج از مشروح مذاکرات و سوابق تدوین لایحه مجازات اسلامی، اداره کل تدوین لوایح و برنامه‌های معاونت حقوقی قوه قضاییه، شماره ۳ - ۹، ۱۳۸۹ - ۱۳۸۴.

نسبت به استرداد او اقدام کرد. این وضعیت ظرفیت دادگاه‌های ایران برای رسیدگی به جرایم واقع شده در خارج از کشور را ارتقا می‌دهد. بنابراین ایراد مزبور وارد نیست. نکته دیگر در مورد ایراد مزبور یعنی «سلب امکان اعتراض به اقدامات ایالات متحده آمریکا» این است که آن دولت در بعضی موارد اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده را پذیرفته و در سال ۱۹۷۳ با پیوستن به کنوانسیون جلوگیری و مجازات جرایم علیه اشخاص مورد حمایت بین‌المللی از جمله نمایندگان سیاسی، این صلاحیت را گسترش داده و متعاقب آن نیز قوانین داخلی متعددی وضع کرده که به موجب آن مرتکبین جرایم علیه مأموران و دیپلمات‌های آمریکایی در خارج و همچنین جرایم تروریستی بر علیه اتباع آمریکایی را قابل مجازات دانسته است که در بند دوم این مقاله به بررسی آنها خواهیم پرداخت. حال که این کشور در حال توسعه صلاحیت خود می‌باشد، آیا منافع ملی جمهوری اسلامی ایران در این است که ما به امکان اعتراض به صلاحیت آن دولت امیدوار شویم و این سازوکار را که می‌تواند ابزار حقوقی مناسبی برای مقابله به مثل حقوقی باشد، از کشورمان سلب کنیم. مضافاً اینکه همان‌طور که پیش از این اشاره شد، اعمال صلاحیت از سوی دادگاه‌های داخلی یک کشور، یا به استناد کنوانسیون‌های بین‌المللی است و یا مبتنی بر قوانین داخلی که در هر دو صورت ایراد و اعتراض دیگر کشورها سازوکار حقوقی مناسب و موثری برای مخدوش کردن صلاحیت آن کشور محسوب نمی‌شود. نکته آخر اینکه اعمال صلاحیت به استناد اصل صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده، مورد پذیرش نظام حقوقی بین‌المللی و نظام داخلی بسیاری از کشورها است و اعتراض نسبت به آن فاقد وجه حقوقی است. زیرا پذیرش این اصل در اسناد بین‌المللی و نظام داخلی کشورها اقدام به استناد آن را یک عمل موجه جلوه می‌دهد و حکایت از عدم مغایرت آن با اصول پذیرفته شده حقوق بین‌الملل دارد. بررسی این وضعیت در نظام حقوقی اسلام و کشورهای مختلف ابعاد بحث را واضح‌تر خواهد کرد.

۱-۳. اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده در حقوق اسلام

اصولاً نظام حقوقی اسلام محدود به مرزهای جغرافیایی نیست زیرا «اصل در شریعت اسلامی این است که اسلام شریعت مبانی است و برای تمام عالم و تمامی انسان‌ها آمده است و نه شریعتی مکانی که برای جزئی از عالم و بعضی از انسان‌ها آمده باشد»^۱. بدیهی است امروزه و با توجه به نظام حقوقی حاکم بر دنیا، نظام حقوقی اسلام تنها در کشورهای مسلمان و مطابق مقررات قانونی پذیرفته شده و در این کشورها

۱. عوده، عبدالقادر، حقوق جزای اسلامی (بخش حقوق جزای عمومی)، جلد دوم، ترجمه عباس شیر، نشر میزان، ۱۳۷۳، ص. ۳۵.

اعمال و اجرا می‌شود. بنابراین علی‌رغم جهانی بودن شریعت اسلام، اوضاع و احوال عملی سبب شده است که اعمال مقررات نظام حقوقی اسلام نیز تابع اصولی از جمله اصل سرزمینی بودن باشد. این مسأله در نظام حقوقی اسلام چیز جدیدی نیست، زیرا فقیهان کل عالم را به دو قسمت تقسیم نموده‌اند. قسمت نخست شامل تمام کشورهای اسلامی که دارالاسلام نامیده می‌شود و قسمت دوم شامل کشورهای دیگر که دارالحرب نامیده شده است. گرچه در قسم نخست عمل بر طبق شریعت اسلام واجب و عملی است^۱، اما این تقسیم‌بندی مانع از آن نیست که تحت شرایط خاصی در نظام حقوقی اسلام، مقررات کیفری در خارج از دارالاسلام نیز جاری شود؛ زیرا، «اصل عمومی شرعی، جریان احکام شریعت است»^۲. اصولاً هر قانونی که به اجرای عمومی شریعت اسلام و برداشتن مانع موجود هم‌جهت باشد، مغایرتی با نظام حقوقی اسلام ندارد. بنابراین مسلمانان نه تنها در دارالاسلام بلکه در هر جای دنیا ملزم به رعایت احکام اسلامی هستند و در صورت تخطی از آن مورد عقوبت قرار می‌گیرند. افراد غیرمسلمان نیز همان‌طور که مخاطب اصول اعتقادات دینی هستند، از شمول فروع و عقوبات دینی نیز خروج موضوعی ندارند. بنابراین «طبیعت مجازات در شریعت، فرق بین مجازات دو فرد و بین مجازات مسلمان و غیرمسلمان را اجازه نمی‌دهد. برای هر جرمی، مجازاتی است و هر کسی اعم از مسلمان و غیرمسلمان مرتکب آن جرم شود، مستحق مجازات آن می‌گردد»^۳. اصولاً عقوبت دنیوی برای حمایت از مهم‌ترین ارزش‌های معنوی معنوی و مادی وضع شده است. «مهم‌ترین و ارجمندترین ارزش‌های معنوی و مادی انسان که مایه پرورش روح و جسم است و اسلام حمایت از آنها را هدف قانون‌گذاری‌های خود قرار داده، ارزش دین، جان، عقل، ناموس و مال است»^۴. حرمت این ارزش‌ها ضروری است که به قول بعضی از بزرگان ضروریات خمس نامیده می‌شوند،^۵ منحصر به مرزهای جغرافیایی نیست. نتیجه اینکه محل ارتکاب جرم و دین مرتکب از جمله غیرمسلمان بودن مرتکب جرم، مانع اعمال مقررات کیفری اسلام نیست.

با توجه به اینکه محدودیت‌های جغرافیایی و تابعیت، مانعی برای اعمال مقررات کیفری اسلام به حساب نمی‌آیند و اصولاً خطاب بسیاری از آیات قرآن کریم «ناس» است، لذا هر قانونی که سبب گسترش اجرای مقررات اسلام شود، قدمی در جهت

۱. همان.

۲. همان، ص. ۳۹.

۳. همان، ص. ۸۶.

۴. فیض، علیرضا، مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام، جلد دوم، انتشارات سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۸، ص. ۲۱.

۵. گرجی، ابوالقاسم، حقوق جزای عمومی اسلام، جلد اول، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۵، ص. ۲۸۵.

اجرای این احکام محسوب می‌شود. بر همین اساس در زمان تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ ماده (۵) این قانون که صلاحیت دادگاه‌های ایران را برای رسیدگی به جرایم خاصی گسترش می‌داد، با ایراد شورای محترم نگهبان واقع شد. این ایراد به علت گسترش صلاحیت دادگاه‌های جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به جرایم واقع شده در خارج از کشور نبود، بلکه به علت محدود کردن این گسترش صلاحیت به جرایم خاص مندرج در آن ماده، مطرح شد. یعنی شورای محترم نگهبان اعتقاد داشت که این گسترش صلاحیت نباید مقید به جرایم خاصی شود، بلکه در تمام جرایم باید دادگاه‌های جمهوری اسلامی ایران صلاحیت رسیدگی داشته باشند. سرانجام مجمع تشخیص مصلحت نظام با پذیرش نظر مجلس شورای اسلامی اعمال صلاحیت را به جرایم مندرج در آن ماده منحصر کرد.

نتیجه اینکه، عام‌الشمول بودن احکام اسلام مانع از آن شده است که قواعد محدودی مثل صلاحیت مبتنی بر شخصیت بزه‌دیده یا بزه‌کار به صورت خاص مورد توجه و نظر قرار گیرد، اما پذیرش این اصول نه تنها مغایرتی با موازین اسلام ندارد بلکه به جهت همسویی با اطلاق و عام‌الشمول بودن احکام اسلام گامی گرچه جزئی در راستای تحقق نظام حقوقی اسلام محسوب می‌شود.

۲. اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده در نظام کیفری دیگر کشورها

صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده گرچه بحث برانگیزترین اصل در میان اصول پنج‌گانه تعیین صلاحیت اعمال قوانین کیفری در حقوق بین‌الملل است،^۱ اما از قدیم‌الایام بسیاری از کشورها، هرکدام به نحوی و تحت شرایط خاصی این اصل را برای اعمال صلاحیت خود نسبت به جرایم واقع شده در خارج از قلمرو مربوط پذیرفته‌اند. در سال ۱۹۳۵ مدرسه حقوق هاروارد تحقیقی انجام داد که بر اساس آن، در آن زمان کشورهای متعددی از جمله آلبانی، برزیل، چین، ژاپن، لتونی، لیتوانی، مکزیک و موناکو، پرو، لهستان، رومانی، سان‌مارینو، سوئد، سوییس، ترکیه، اروگوئه، ونزوئلا و یوگسلاوی صلاحیت دادگاه‌های خود را بر اساس اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده برای رسیدگی به جرایم واقع شده در خارج از قلمرو خود گسترش داده بودند.^۲ با نگاهی گذرا به نظام حقوقی کشورهایی که اصل صلاحیت مبتنی بر بزه‌دیده را پذیرفته‌اند، این نتیجه حاصل می‌شود که شرایط یکنواختی برای پذیرش این اصل حاکم نیست. به طور کلی هفت شیوه برای

1. McCarthy, John, "The passive Personality Principle and Its Use in Combatting International Terrorism", Fordham International Law Journal, vol. 13, Issue 3, 1989, p.1.
2. Harvard Research Project No. 935:478; Available at: www.aals.org.

پذیرش این اصل در نظام‌های مختلف حقوقی بیان شده است.^۱ به عبارت دیگر می‌توان گفت که در نظام‌های مختلف حقوقی هفت نوع شرط‌گذاری برای پذیرش این اصل مقرر شده است. البته ممکن است در برخی از این نظام‌ها تنها یک و در برخی دیگر چند شرط از شرایط مورد بحث در کنار هم پذیرفته شده باشد. شیوه نخست، پذیرش صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده در تمام جرایم است. نظام حقوقی فرانسه با توجه به گسترشی که در سال ۱۹۹۴ به موجب ماده ۷-۱۱۳ در پذیرش این اصل به عمل آورد، از جمله این کشورها است. همان‌طور که در ادامه این بحث خواهیم گفت اکثر جرایم ارتكابی علیه فرانسویان در خارج از کشور مشمول اصل مورد بحث خواهند شد. شیوه دوم، روشی است که به موجب آن تنها نوع خاصی از جرایم که دقیقاً ذکر می‌شوند، مشمول اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده است. کشور آمریکا از این شیوه پیروی کرده است، زیرا در مورد جرایم خاص از جمله جرایم تروریستی صلاحیت خود را مبتنی بر اصل مورد بحث گسترش داده است. شیوه سوم به این صورت است که جرایم دارای حداقل مجازات‌های معین مشمول اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده هستند. از جمله ماده (۸) قانون کیفری ۱۹۹۷ چین که در ادامه به بررسی آن می‌پردازیم. شیوه چهارم زمانی است که یک مقام اجرایی اجازه اعمال این اصل را بدهد. برای مثال، در نروژ به موجب قانون کیفری این کشور برای اعمال اصل مزبور باید پادشاه در هر پرونده‌ای دستور اقدام بدهد. روش پنجم زمانی قابل اعمال است که متهم در قلمرو دولتی که به استناد اصل مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده در صدد تعقیب او است دستگیر شود. ایتالیا از جمله کشورهایی است که به موجب ماده (۱۰) قانون کیفری ۱۹۸۷ این شرط را پذیرفته است. در بعضی از کشورها علاوه بر یافت شدن متهم، استرداد وی، راه دیگری برای امکان تعقیب متهم است. روش ششم در حالتی قابل اعمال است که دولت محل وقوع جرم در صدد تعقیب متهم نباشد. این روش به موجب ماده (۶) قانون کیفری ۱۹۸۳ کشور کره پذیرفته شده است. آخرین روش تحت این شرط قابل اجرا است که مجرمیت متقابل مطرح باشد، یعنی عمل ارتكابی به موجب قانون هر دو کشور محل وقوع جرم و تعقیب کننده، جرم محسوب شود. یونان، نروژ و سوئد از جمله کشورهایی هستند که این شرط را پذیرفته‌اند.^۲

در بسیاری از کشورها چند شرط از شرایط هفت‌گانه فوق را پذیرفته‌اند یعنی اعمال اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده منوط به احراز جمیع آن شرایط شده است.

1. McCarthy, John, Op. cit., pp. 313-314.
2. Ibid, pp. 312-318.

با گسترش جرایم تروریستی، کشورها در صدد توسعه صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزده‌دیده هستند تا بتوانند در هر کجای دنیا از اتباع خود حمایت کنند. با توجه به اینکه بررسی نظام حقوقی تمام کشورها ممکن نیست به طور مختصر به نظام حقوقی چند کشور اشاره می‌شود.

۲-۱. جمهوری خلق چین

چین از جمله کشورهایی است که اصل صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت بزده‌دیده را پذیرفته است. به موجب ماده (۸) قانون جزای جمهوری خلق چین مصوب ۱۴ مارس ۱۹۹۷ اصل مزبور به این شرح مورد پذیرش قرار گرفته است: «این قانون در مورد هر بیگانه‌ای که در خارج از قلمرو زمینی و یا قلمرو آبی و هوایی جمهوری خلق چین مرتکب جرمی علیه دولت و نظام جمهوری خلق چین یا هریک از اتباع این کشور شود اعمال و اجرا می‌شود، در صورتی که برای آن جرم، قانون حداقل مجازات ثابت حبس که کمتر از سه سال نباشد تعیین کرده باشد. این قانون در مورد جرایم ارتكابی که بر حسب قانون قابل مجازات در محل ارتكاب جرم نیستند اعمال خواهد شد.»^۱ همانند ماده (۸) قانون مجازات اسلامی ایران، در ماده ۸ قانون کیفری چنین نیز «جرایم علیه دولت و نظام جمهوری خلق چین» و جرایم «علیه اتباع این کشور» تحت شرایط واحد و به موجب یک ماده مشمول اعمال صلاحیت دادگاه‌های این کشور می‌شوند. دو شرط اصلی در ماده (۸) قانون چین عبارتند از: ۱- مجرمیت مضاعف؛ ۲- جرایمی که دارای حبس بیش از سه سال باشند. مجرمیت مضاعف به این معنی است که رفتار ارتكابی مورد نظر علاوه بر اینکه به موجب قانون کشور چین جرم محسوب می‌شود، باید به موجب قانون کشور محل وقوع آن نیز جرم باشد. علاوه بر این، فقط جرایم دارای سه سال حبس به بالا مشمول این اصل می‌شوند. لذا از بین شرایط هفت‌گانه‌ای که قبلاً بررسی شد، در نظام حقوق کیفری چین دو شرط در کنار هم پذیرفته شده است تا در صورت اجتماع آن دو شرط امکان تمسک به اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزده‌دیده برای دادگاه‌های این کشور فراهم شود.

۲-۲. فرانسه

به موجب ماده (۷ - ۱۱۳) قانون مجازات ۱۹۹۲ فرانسه که از سال ۱۹۹۴ اجرا گردید، اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزده‌دیده به این شرح به تصویب رسیده است: «قانون کیفری فرانسه نسبت به هر جنایت همچنین هر جنحه‌ای که مستوجب حبس

۱. حجاریان، محمدحسن، ترجمه قانون جزای جمهوری خلق چین، انتشارات مجد، ۱۳۸۵، ۱۳۸۵.

است، اعم از اینکه توسط یک فرانسوی یا یک خارجی در خارج از سرزمین فرانسه ارتکاب یافته باشد، در صورتی که در هنگام ارتکاب جرم، بزه‌دیده فرانسوی باشد، اعمال می‌شود.» این اصل در ماده (۶۸۹) قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه نیز با تأکید بر ماده (۷ - ۱۱۳) قانون مجازات به شرح زیر مورد توجه قرار گرفته است: «مباشران یا معاونان جرایم ارتكابی خارج از سرزمین فرانسه می‌توانند زمانی که یک کنوانسیون بین‌المللی به مراجع فرانسه صلاحیت شناسایی و کشف جرم را می‌دهد، به وسیله دادگاه‌های فرانسه تعقیب و محاکمه شوند.^۱ یکی از کنوانسیون‌هایی که جرم موضوع آن بر اساس اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده مورد توجه قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه قرار گرفته است، کنوانسیون راجع به حمایت از منافع مالی اتحادیه اروپا است که در بند (۳) ماده (۶۸۹) قانون آیین دادرسی کیفری این مسأله به شرح زیر مورد توجه قرار گرفته است: «هر شخص محکوم به جنحه پیش‌بینی شده در ماده (۲-۴۳۵) قانون جزا یا یک جرم لطمه‌زننده به منافع مالی اتحادیه اروپا در معنای کنوانسیون راجع به حمایت از منافع مالی اتحادیه اروپا که در ۲۶ ژوئیه ۱۹۹۵ در بروکسل منعقد شده است، زمانی که این جرم بر علیه یک تبعه فرانسوی ارتکاب یافته باشد.» اجرای اصل صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده در حقوق فرانسه نیازمند تشریفات خاص است. از جمله اینکه به شرح مواد ۸-۱۱۳ و ۹-۱۱۳ پیش‌بینی شده است که تعقیب جنحه‌ها موضوع ماده ۷-۱۱۳ نمی‌تواند جز با درخواست دادسرا به اجرا درآید و نسبت به این امر باید با شکایت بزه‌دیده یا صاحبان حق یا اعلام رسمی جرم از جانب مقامات رسمی کشور محل وقوع جرم ارتكابی، مبادرت شود.^۲

بعضی حقوق‌دانان معتقدند که توسعه بیش از حد صلاحیت فراسرزمینی قانون کیفری فرانسه به موجب ماده ۷-۱۱۳ یک توسعه غیرعادی است؛^۳ زیرا اکثر کشورهای که این اصل را پذیرفته‌اند یا آن را محدود به جرایم خاص کرده‌اند (مانند ایالات متحده آمریکا) یا شرایط دیگری مثل مجرمیت متقابل همانند آنچه در مورد کشور چین گفته شد، به عنوان پیش‌شرط اعمال این اصل مقرر شده است. حتی قبل از آنکه قانون‌گذار فرانسه به موجب ماده ۷-۱۱۳ از سال ۱۹۹۴ به بعد این توسعه صلاحیت را از جرایم قابل مجازات بیش از پنج سال به جنحه‌های مستوجب حبس افزایش دهد، اکثر حقوق‌دانان در آن وضعیت نیز اعتقاد به موسع بودن صلاحیت فراسرزمینی فرانسه

۱. تدین، عباس، ترجمه قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه، انتشارات خرسندی، چاپ دوم، ۱۳۹۱، ص. ۳۳۸.

۲. گودرزی، محمدرضا؛ و لیلا مقدادی، ترجمه قانون مجازات فرانسه، انتشارات سلسبیل، ۱۳۸۶، ص. ۱۹.

3. Fritz, Eric & Omer Tene, "Article 113-7 of the French Penal Code: The Passive Personality Principle", Columbia Journal Of Transnational Law, vol. 41, 2003, p. 584.

براساس اصل مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده داشتند. ملاحظه می‌شود که با توجه به ماده ۷-۱۱۳ قانون فرانسه، تنها جرایم خرد یعنی امور خلافی و جنحه‌هایی که دارای مجازات حبس نیستند، مشمول اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده نمی‌شوند. علاوه بر آن هیچ شرط دیگری از شرایط هفت‌گانه‌ای که قبلاً در مورد آنها بحث شد، مانع اعمال صلاحیت دادگاه‌های فرانسه نیست.

۲-۳. آمریکا

در حقوق ایالات متحده آمریکا، صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده به عنوان اصل کلی در مورد تمام جرایم معمولی پذیرفته نشده، اما به طور فزاینده‌ای در مورد جرایم خاص و مهمی مثل جرایم تروریستی، حملات سازمان‌یافته علیه اتباع آمریکایی که به علت تابعیت مورد سوءقصد واقع می‌شوند، سوءقصد به نمایندگان دیپلماتیک و دیگر مقامات رسمی در حال پذیرش است.^۱ از دهه ۱۹۷۰ به بعد تمسک به اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده در نظام حقوقی آمریکا آغاز شد. در این زمان ایالات متحده آمریکا به کنوانسیون‌های ضدتروریستی پیوسته که به موجب مقررات آنها امکان تعقیب جرایم تروریستی در حالتی که قربانی آن تبعه آمریکا باشد در نظام حقوقی این کشور ایجاد می‌شود

آمریکا در سال ۱۹۷۳، کنوانسیون جلوگیری و مجازات جرایم علیه اشخاص مورد حمایت بین‌المللی، از جمله نمایندگان سیاسی را امضا کرده است. مطابق این کنوانسیون دولت‌ها متعهد می‌شوند، نسبت به جرایمی که علیه دیپلمات‌ها و نمایندگان آنها در خارج واقع می‌شود اعمال صلاحیت کنند.^۲ دو قانون دیگری که آمریکا به موجب آنها اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده را پذیرفته یکی قانون گروگان‌گیری ۱۹۸۸ است که به موجب آن صلاحیت دادگاه‌های این کشور در مورد گروگان‌گیری‌ها علیه اتباع آن کشور قابل اعمال است و دیگری قانون ضدتروریسم سال ۱۹۸۶ است. به موجب این قانون هر جرم تروریستی که در خارج از قلمرو آمریکا واقع شود و قربانی آن یک آمریکایی باشد قابل رسیدگی در دادگاه‌های این کشور است.^۳

گرچه در نظام حقوقی آمریکا این اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده مثل سایر کشورهای مورد بحث به طور کلی پذیرفته نشده، اما رویکرد نظام حقوقی این کشور بر توسعه مصادیق جرایمی است که به صورت خاص مشمول این اصول می‌شوند؛ به نحوی که امکان اعمال صلاحیت آمریکا منحصر به جرایم تروریستی نبود. در سال

1. Ibid, p. 58.

۲. پوربافرانی، حسن، «اصل صلاحیت شخصی در حقوق جزای بین‌الملل و ایران»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، شماره ۱۰، بهار و تابستان ۱۳۸۰، ص. ۱۱۶.

3. Mccarthy, John, Op. cit., pp. 311.

۱۹۸۷ کنگره اعمال صلاحیت ایالات متحده نسبت به جرایم ارتكابی علیه آمریکایی‌ها را به مناطقی که خارج از صلاحیت هر دولتی است، از جمله دریاهای آزاد، توسعه داده است.^۱ بنابراین رویکرد کلی، این کشور به توسعه صلاحیت دادگاه‌های داخلی به استناد اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده است.

۳. اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده در حقوق ایران

پیش از قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، در هیچ‌کدام از قوانین مجازات قبلی، یعنی قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴، قانون مجازات عمومی اصلاحی ۱۳۵۲، قانون راجع به مجازات اسلامی ۱۳۶۱ و قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰، اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده به عنوان یک اصل کلی تعیین‌کننده اعمال صلاحیت قوانین ایران در مورد جرایم واقع‌شده در خارج از کشور پذیرفته نشده بود. فقط در برخی قوانین خاص که اصولاً مبتنی بر معاهدات بین‌المللی وضع و تصویب شده‌اند، این اصل مورد پذیرش قرار گرفته است. قوانین خاصی که به موجب آنها اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده مبنای اعمال صلاحیت دادگاه‌های جمهوری اسلامی ایران است، قانون و کنوانسیون‌هایی است به شرح زیر که جمهوری اسلامی ایران به این کنوانسیون‌ها پیوسته است.

- قانون هواپیمایی کشوری مصوب ۱۳۲۸^۲
- کنوانسیون توکیو راجع به جرایم و برخی اعمال ارتكابی دیگر در هواپیما (سپتامبر ۱۹۶۳)
- کنوانسیون راجع به جلوگیری از ارتكاب جرایم علیه اشخاص مورد حمایت بین‌المللی من‌جمله مأمورین سیاسی (۱۴ دسامبر ۱۹۷۳)
- کنوانسیون بین‌المللی بر ضد گروگان‌گیری (مصوب ۱۷ دسامبر ۱۹۷۹)
- کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد (مصوب ۳۱ اکتبر ۲۰۰۳)
- در تمام مواردی که صلاحیت دادگاه‌های کیفری جمهوری اسلامی ایران بر اساس تابعیت بزه‌دیده تعیین شده است، این امر یا مقید به وضعیت مشخص است، مثل جرایم

1. Waston, Geoffrey, "The Passive Personality Principle", Texas International Law Journal, vol. 28, issue1, 1993, pp.12-13.

۲. به موجب بند (۲) ماده (۳۱) این قانون «به جنحه و جنایاتی که در داخل هواپیمای خارجی حین پرواز ارتكاب شود در صورت وجود یکی از شرایط ذیل محاکم ایران رسیدگی خواهند کرد: الف - جرم مخل انتظامات یا امنیت عمومی ایران باشد. ب - متهم یا مجنی علیه تبعه ایران باشد. ج - هواپیما بعد از وقوع جرم در ایران فرود آید. در هریک از موارد بالا رسیدگی در دادگاه محلی که هواپیما فرود آمده یا دادگاه محلی که متهم دستگیر شود به عمل خواهد آمد.»

ارتكابی در هواپیمای خارجی در حال پرواز و یا منحصر به جرایم خاص است به شرح مقرر در کنوانسیون‌های مورد بحث. بنابراین در هیچ‌یک از این مقررات «اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده» به عنوان یک اصل کلی تعیین‌کننده صلاحیت دادگاه‌های کیفری ایران پذیرفته نشده است.

برای نخستین بار در نظام قانون‌گذاری ایران در سال ۱۳۹۲ اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده در کنار سایر اصول تعیین‌کننده اعمال صلاحیت قوانین کیفری جمهوری اسلامی ایران نسبت به جرایم واقع‌شده در خارج از کشور، به عنوان یک قاعده کلی پذیرفته شده است. برای اعمال اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده به شرح مقرر در ماده (۸) قانون مجازات اسلامی^۱، شرایطی مقرر شده است که به بررسی آنها می‌پردازیم.

۳-۱. تابعیت بزه‌دیده

نقطه ثقل اصل مورد بحث تابعیت بزه‌دیده است، زیرا این اصل مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده و به قصد حمایت از او بنا نهاده شده است. اما تشخیص تابعیت بزه‌دیده در مواردی قابل بحث است. از جمله اینکه اگر شخص بیش از یک تابعیت داشته باشد از نظر حقوق جزای بین‌الملل ممکن است چند کشور برای رسیدگی به جرم علیه او صالح به رسیدگی باشند. از آنجا که تابعیت از حاکمیت ناشی می‌شود و تعیین حد و مرز حاکمیت با رعایت قواعد بین‌الملل به عهده خود دولت‌هاست، بنابراین مقررات داخلی هر کشور است که تعیین می‌کند چه کسی تابعیت آن کشور را دارد. اصل تساوی دولت‌ها مانع از آن است که مقررات یک دولت برای تعیین تابعیت فرد بر دولت دیگری تحمیل شود. نتیجه اینکه در هر مورد مقررات داخلی است که تعیین‌کننده تابعیت بزه‌دیده است. نکته دیگر اینکه، هنگامی که دادگاه‌های ایران می‌توانند به استناد تابعیت بزه‌دیده اعمال صلاحیت کنند که وی هنگام وقوع جرم دارای تابعیت ایران باشد. بنابراین تابعیت قبل یا بعد از آن معیار نیست. بدیهی است در این مورد نیز معیار تعیین تابعیت، قوانین جمهوری اسلامی ایران است.

۱. ماده ۸ - هرگاه شخص غیر ایرانی در خارج از ایران علیه شخص ایرانی یا علیه کشور ایران مرتکب جرمی به جز جرائم مذکور در مواد قبل شود و در ایران یافت و یا به ایران اعاده گردد، طبق قوانین جزائی جمهوری اسلامی ایران به جرم او رسیدگی می‌شود، مشروط بر اینکه:

الف - متهم در جرایم موجب تعزیر در محل وقوع جرم، محاکمه و تبرئه نشده یا در صورت محکومیت، مجازات کلاً یا بعضاً درباره او اجرا نشده باشد.

ب - رفتار ارتكالی در جرائم موجب تعزیر به موجب قانون جمهوری اسلامی ایران و قانون محل وقوع، جرم باشد.

۳-۲. تابعیت مرتکب جرم

تنها تابعیت بزه‌دیده نیست که در اعمال ماده (۸) نقش اساسی دارد، بلکه تابعیت مرتکب جرم نیز مهم است. یکی از شرایط مهم اعمال ماده (۸) قانون مجازات اسلامی «تابعیت مرتکب جرم» است. زیرا مرتکب باید تبعه خارجی باشد. به این شرح که اگر مرتکب جرم تابع ایران باشد، استناد به ماده (۸) مقدور نیست؛ زیرا، در این حالت صلاحیت اعمال قانون ایران نسبت به جرایم واقع شده در خارج از کشور حسب مورد به موجب مواد (۶) و (۷) تعیین می‌شود. با توجه به تفاوت شرایط اعمال هر یک از این مواد، رعایت این مسأله از اهمیت قابل توجه برخوردار است، چه اینکه شرایط اعمال مواد (۶)^۱ و (۷)^۲ با شرایط اعمال ماده (۸) متفاوت است. بنابراین در مورد جرایم واقع شده در خارج از قلمرو جمهوری اسلامی ایران، دادگاه ایران باید ابتدا مشخص کند که به استناد کدام یک از مقررات مربوط صلاحیت رسیدگی به آن جرایم را کسب می‌کند. به عنوان مثال «مجرمیت متقابل» برای تمسک به ماده (۸) لازم است، اما اگر صلاحیت دادگاه به استناد ماده (۷) تعیین شود، این شرط لازم نیست. قانون‌گذار در صدر ماده (۸) با قید عبارت «هرگاه شخص غیر ایرانی...» به این مسأله توجه داشته است. نتیجه اینکه، چنانچه تبعه ایران بر علیه فرد ایرانی دیگری در خارج از کشور مرتکب جرمی شود، صلاحیت دادگاه ایران با توجه به ماده (۷) و شرایط مقرر در آن ماده تعیین و اجرا می‌شود و ماده (۸) در این وضعیت قابل استناد نیست. همچنین اگر جرمی در خارج از کشور واقع شود و با شرایط ماده (۶) مطابقت داشته باشد، صلاحیت ایران مبتنی بر این ماده تعیین و با توجه به شرایط آن اعمال می‌شود.

۳-۳. ارتکاب جرم علیه کشور ایران

وضعیت خاصی که جدای از تابعیت بزه‌دیده برای اعمال ماده (۸) تبیین شده است، مربوط به «ارتکاب جرم علیه کشور ایران» است. ارتکاب جرم علیه کشور ایران با

۱. ماده ۶ قانون مجازات اسلامی مقرر داشته است: «ماده ۶- به جرایم مستخدمان دولت اعم از ایرانی یا غیرایرانی که در رابطه با شغل و وظیفه خود در خارج از قلمرو حاکمیت ایران مرتکب شده‌اند و به جرایم مأموران سیاسی و کنسولی و دیگر وابستگان دولت ایران که از مصونیت سیاسی برخوردارند طبق قوانین جمهوری اسلامی ایران رسیدگی می‌شود.»

۲. ماده ۷ قانون مجازات اسلامی مقرر داشته است «علاوه بر موارد مذکور در مواد فوق هریک از اتباع ایران در خارج از کشور مرتکب جرمی شود، در صورتی که در ایران یافت و یا به ایران اعاده گردد، طبق قوانین جمهوری اسلامی ایران محاکمه و مجازات می‌شود مشروط بر اینکه:

الف - رفتار ارتكابی به موجب قانون جمهوری اسلامی ایران جرم باشد.

ب - در صورتی که جرم ارتكابی از جرایم موجب تعزیر باشد، متهم در محل وقوع جرم محاکمه و تبرئه نشده یا در صورت محکومیت، مجازات کلاً یا بعضاً درباره او اجراء نشده باشد.

پ - طبق قوانین ایران، موجبی برای منع یا موقوفی تعقیب یا موقوفی اجرای مجازات یا سقوط آن نباشد.

ارتکاب جرم علیه تبعه ایران کاملاً متفاوت است. به نحوی که، ارتکاب جرم علیه ایران ارتباطی به «اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزده‌دیده» نداشته و باید صلاحیت اعمال قانون ایران در این خصوص را با اصول دیگر تعیین‌کننده صلاحیت از جمله اصل صلاحیت واقعی توجیه کرد.

به نظر می‌رسد ماده (۸) قانون مجازات اسلامی دربردارنده دو اصل است؛ یکی اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزده‌دیده و دیگری «اصل صلاحیت واقعی»؛ زیرا ارتکاب جرم علیه کشور ایران، مشابه همان است که در ماده (۵)^۱ بیان شده است. با این تفاوت که در ماده (۵) مصادیق خاصی از جرایم پیش‌بینی شده است، در حالی که ماده (۸) تمام جرایم علیه کشور ایران را شامل می‌شود. جرایم مقرر در ماده (۵) بارزترین مصادیق جرایم علیه منافع اساسی کشور ایران محسوب می‌شوند. بنابراین سنخیت این بخش از ماده (۸) با ماده (۵) بیشتر است تا با اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزده‌دیده. چه اینکه جرایم مقرر در ماده (۵) در واقع جرایم علیه منافع اساسی کشور است و «جرم علیه کشور ایران» نیز مفهوم عامی است که علاوه بر جرایم مقرر در ماده (۵) دیگر جرایم علیه کشور را در برمی‌گیرد. با توجه به آنچه گفته شد این نتیجه حاصل می‌شود که اگر جرایم ارتكابی علیه کشور ایران از مصادیق جرایم مقرر در ماده (۵) باشند، با توجه به خاص بودن حکم این ماده، صلاحیت دادگاه‌های ایران به موجب آن تعیین می‌شود و باید مطابق شرایط آن ماده به جرایم مورد نظر رسیدگی شود، در غیر این صورت یعنی اگر جرم از جمله جرایم علیه کشور ایران محسوب شود ولی از مصادیق مقرر در ماده (۵) نباشد، مبنای تعیین‌کننده صلاحیت ماده (۸) است و شرایط این ماده اعمال می‌شود. از جمله این جرایم می‌توان به سرقت آثار تاریخی و

۱. ماده ۵ - هر شخص ایرانی یا غیرایرانی که در خارج از قلمرو حاکمیت ایران مرتکب یکی از جرائم زیر یا جرائم مقرر در قوانین خاص گردد، طبق قوانین جمهوری اسلامی ایران محاکمه و مجازات می‌شود و هرگاه رسیدگی به این جرائم در خارج از ایران به صدور حکم محکومیت و اجرای آن منتهی شود، دادگاه ایران در تعیین مجازات‌های تعزیری، میزان محکومیت اجرا شده را محاسبه می‌کند:

الف - اقدام علیه نظام، امنیت داخلی یا خارجی، تمامیت ارضی یا استقلال جمهوری اسلامی ایران

ب - جعل مهر، امضاء، حکم، فرمان یا دستخط مقام رهبری یا استفاده از آن

پ - جعل مهر، امضاء، حکم، فرمان یا دستخط رسمی رئیس جمهور، رئیس قوه قضائیه، رئیس و نمایندگان مجلس شورای اسلامی، رئیس مجلس خبرگان، رئیس دیوان عالی کشور، دادستان کل کشور، اعضای شورای نگهبان، رئیس و اعضای مجمع تشخیص مصلحت نظام، وزرا یا معاونان رئیس جمهور یا استفاده از آنها

ت - جعل آراء مراجع قضائی یا اجرائیه‌های صادره از این مراجع یا سایر مراجع قانونی و یا استفاده از آنها

ث - جعل اسکناس رایج یا اسناد تعهدآور بانکی ایران و همچنین جعل اسناد خزانه و اوراق مشارکت صادر شده یا تضمین شده از طرف دولت یا تهیه یا ترویج سکه قلب در مورد مسکوکات رایج داخل

فرهنگی ایران، سرقت وجوه یا اموال دولتی و کلاهبرداری بر علیه دولت در خارج از کشور اشاره کرد. مصادیق مشخص دیگری که می‌توان به آن اشاره کرد، ارتکاب جرایم رایانه‌ای علیه سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی و تارنماهای مورد استفاده یا تحت کنترل قوای سه‌گانه و سایر نهادهای دولتی و عمومی به شرح مقرر در ماده (۲۸) قانون جرایم رایانه‌ای است که به عنوان ماده (۷۵۶) قانون تعزیرات (مجازات اسلامی ۱۳۷۵) قید شده است.^۱

۳-۴. عدم امکان محاکمه غیابی

مسئله دیگری که جهت اعمال اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده به شرح مقرر در ماده (۸) قانون مورد بحث قابل توجه است، عدم امکان محاکمه غیابی است. توضیح اینکه شرط اجرای قانون ایران و اعمال صلاحیت دادگاه‌های این کشور «یافت شدن» یا «اعاده شدن» متهم است. بنابراین تا متهم در ایران یافت و یا به ایران اعاده نشود، امکان محاکمه وی فراهم نیست، نتیجه اینکه در این وضعیت رسیدگی غیابی مقدور نمی‌باشد. البته باید توجه داشت که با عنایت به عبارت «یا به ایران اعاده گردد»، تشکیل پرونده و پیگیری استرداد متهم منعی ندارد، اما محاکمه غیابی وی تجویز نشده است. واژه «اعاده گردد» در کنار «یافت شود» به شرح مقرر در ماده (۸) کمی قابل تأمل است. برگشت تبعه به کشور یا ارادی است یا از طریق استرداد انجام می‌شود. اگر فردی که در خارج از کشور مرتکب جرمی شده و به اراده خود به کشور برگردد، وضعیت وی مشمول «یافت شدن» است. بدیهی است برای این وضعیت نیاز به واژه «اعاده گردد» نیست. از طرفی برای وضعیت برگشت غیرارادی نیز در نظام حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی کشورها اصطلاح «استرداد» معمول و شناخته شده است.

۱. ماده ۷۵۶: علاوه بر موارد پیش‌بینی شده در دیگر قوانین، دادگاه‌های ایران در موارد زیر نیز صالح به رسیدگی خواهند بود:

(الف) داده‌های مجرمانه یا داده‌هایی که برای ارتکاب جرم بکار رفته است به هر نحو در سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی یا حامل‌های داده موجود در قلمرو حاکمیت زمینی، دریایی و هوایی جمهوری اسلامی ایران ذخیره شده باشد.

(ب) جرم از طریق تارنماهای (وبسایت‌های) دارای دامنه مرتبه بالای کد کشوری ایران ارتکاب یافته باشد.
(ج) جرم توسط هر ایرانی یا غیر ایرانی در خارج از ایران علیه سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی و تارنماهای (وبسایت‌های) مورد استفاده یا تحت کنترل قوای سه‌گانه یا نهاد رهبری یا نمایندگی‌های رسمی دولت یا هر نهاد یا موسسه‌ای که خدمات عمومی ارائه می‌دهد یا علیه تارنماهای (وبسایت‌های) دارای دامنه مرتبه بالای کد کشوری ایران در سطح گسترده ارتکاب یافته باشد.

(د) جرایم رایانه‌ای متضمن سوء استفاده از اشخاص کمتر از ۱۸ سال، اعم از آنکه مرتکب یا بزه‌دیده ایرانی یا غیرایرانی باشد.

انتظار بود که قانون‌گذار از واژه حقوقی استرداد استفاده می‌کرد. اثر سوء تعبیر «اعاده گردد» جایی نمود پیدا می‌کند که متهم به صورت غیرارادی و بدون بهره‌گیری از سازوکار استرداد ربوده و به کشور منتقل شود و یا به صورت قهری مثل فرود اضطراری هواپیما در کشور یافت شود. وضعیت اخیر مشمول «یافت شدن» می‌شود و نیاز به وضع عبارت جدید برای پوشش این وضعیت نیست. در مورد وضعیت نخست یعنی انتقال قهری، با توجه به غیرقانونی بودن این اقدام نمی‌توان برای دادگاه کشور محل انتقال قائل به صلاحیت قانونی بود. بنابراین بهتر بود که در این ماده به قید اصطلاح حقوقی «مسترد شود» اقدام می‌شد.

۳-۵. اصل منع محاکمه و مجازات مجدد

این اصل یکی از اصول پذیرفته‌شده حقوق کیفری بین‌المللی است که به موجب آن متهم نباید بیش از یک بار برای ارتکاب یک عمل مجرمانه تحت تعقیب قرار گیرد و محاکمه یا مجازات شود. بند (الف) ماده (۸) مقرر داشته است: «متهم در جرایم موجب تعزیر در محل وقوع جرم، محاکمه و تبرئه نشده یا در صورت محکومیت، مجازات کلاً یا بعضاً درباره او اجرا نشده باشد.» به موجب این بند در جرایم تعزیری «قاعده منع محاکمه و مجازات مجدد» پذیرفته شده است. بنابراین اگر متهم در محل وقوع جرم محاکمه شده، وفق شرایط مقرر در قانون، تعقیب مجدد وی در دادگاه‌های ایران فاقد وجهت قانونی است. در صورتی که در ایران تعقیب شروع شده باشد، به استناد بند (۵) ماده (۶) قانون آیین دادرسی در امور کیفری و به اعتبار امر مختومه، قرار موقوفی تعقیب صادر می‌شود.

چند نکته در این خصوص قابل ذکر است. نخست اینکه پذیرفتن قاعده منع محاکمه و مجازات مجدد، به موجب بند (الف) ماده (۸) تنها در مورد جرایم تعزیری پذیرفته شده است، لذا جرایم موجب حد، قصاص و دیه از شمول این مقررات خارج است. دوم، با عنایت به تبصره (۲) ماده (۱۱۵) قانون مجازات اسلامی^۱ ۱۳۹۲، «تعزیرات منصوص شرعی» مشمول مقررات این بند نمی‌شود. اما نکته دوم این است که تعزیر منصوص شرعی چیست. به موجب نظریه شماره ۱۳۰۳ مورخ ۱۳۹۲/۷/۳ ردیف ۹۲-۱/۱۸۶-۹۴۷ اداره کل امور حقوقی قوه قضائیه «تعزیرات منصوص شرعی به تعزیراتی گفته می‌شود که در شرع مقدس اسلام برای یک عمل معین نوع و مقدار کیفر مشخص شده است، بنابراین مواردی که به موجب روایات و یا هر دلیل دیگر به

۱. تبصره (۲) ماده (۱۱۵): اطلاق مقررات این ماده و همچنین بند (ب) ماده (۷) و بندهای (الف) و (ب) ماده (۸) و مواد (۲۷)، (۳۹)، (۴۰)، (۴۵)، (۴۶)، (۹۳)، (۹۴) و (۱۰۵) این قانون شامل تعزیرات منصوص شرعی نمی‌شود.

طور کلی و مطلق برای عملی تعزیر مقرر گردیده است ولی نوع و مقدار آن معین نگردیده تعزیر منصوص شرعی محسوب نمی‌شود...». با عنایت به این معیار تعداد تعزیرات منصوص شرعی بسیار اندک است مثل همبستر شدن دو جنس موافق یا مخالف بدون ضرورت در زیر یک پوشش. نکته سوم، عدم توجه قانون‌گذار به وضعیتی است که جرم ارتكابی در کشور محل وقوع جرم تحت تعقیب و رسیدگی است. آیا در این وضعیت می‌توان او را در ایران نیز تحت تعقیب قرار داد؟ به موجب بند (الف) ماده (۸) اگر متهم در محل وقوع جرم محاکمه و تبرئه شده باشد و یا در صورت محکومیت مجازات کلاً یا بعضاً درباره او اجرا شده باشد، این وضعیت مانع رسیدگی مجدد در ایران است. اما اگر پرونده در جریان رسیدگی است و هنوز تصمیم نهایی اتخاذ نشده باشد، در ماده فوق به آن توجه نشده است. یعنی از مواردی قید نشده که مانع رسیدگی در دادگاه‌های ایران باشد. با مراجعه به رویه مسلم دادگاه‌ها و با تفسیر به نفع متهم و تمسک به اطلاق قاعده منع محاکمه مجدد، به نظر می‌رسد که این وضعیت مانع از تعقیب و رسیدگی مجدد در ایران است، زیرا شخص را نمی‌توان هم‌زمان برای ارتكاب یک عمل در دو مرجع تحت تعقیب قرار داد. نکته دیگر که در ماده (۸) به آن توجه نشده، رسیدگی و محاکمه در دادگاه‌های صالح خارج از محل وقوع جرم است. توضیح اینکه به موجب بند مورد بحث، اعتبار امر مختومه منحصر شده است به اینکه متهم در «محل وقوع جرم» محاکمه و تبرئه شده باشد. در صورتی که ممکن است متهم در دادگاه کشورهای دیگر یعنی کشوری غیر از کشور محل وقوع جرم محاکمه شده باشد. این کشور ممکن است نه به اعتبار صلاحیت سرزمینی بلکه به اعتبار صلاحیت جهانی یا صلاحیت واقعی امکان رسیدگی به موضوع را داشته باشد. علاوه بر این ممکن است جرم انتسابی از جمله جنایات مهم بین‌المللی نیز محسوب شود و قابل رسیدگی در دادگاه‌های بین‌المللی از جمله دیوان کیفری بین‌المللی^۱ باشد و در این دیوان رسیدگی صورت گرفته باشد. این وضعیت نیز در ماده (۸) با سکوت مواجه است. بنظر می‌رسد علی‌رغم عدم تصریح به این وضعیت‌ها در ماده (۸) «قاعده منع محاکمه و مجازات مجدد» در این حالت نیز مانع از تعقیب مجدد مرتکب جرایم تعزیری در دادگاه‌های ایران باشد.

1. International Criminal Court (ICC)

اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی در ۱۷ جولای ۱۹۹۸ در شهر رم به تصویب یکصد و بیست کشور رسید تا پس از اینکه شصت کشور این سند را بپذیرند، لازم‌الاجرا شود. در ابتدای جولای ۲۰۰۲ این اساسنامه لازم‌الاجراء شد و دیوان مزبور در لاهه هلند تشکیل شد. این دیوان صلاحیت رسیدگی به مهم‌ترین جنایات بین‌المللی یعنی نسل‌کشی، جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی و تجاوز ارضی را دارا است. جمهوری اسلامی ایران اساسنامه را امضاء نموده اما تا کنون آن را تصویب نکرده است (جهت اطلاع بیشتر در مورد این دیوان ر.ک: طهماسبی، جواد، صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی، انتشارات جاودانه، چاپ دوم، ۱۳۹۱).

۳-۶. ماهیت جرم ارتكابی

همان‌طور که پیش از این بررسی شد، در قانون بسیاری از کشورها اعمال صلاحیت به اعتبار اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزده‌بده در مورد جرایم کم‌اهمیت پذیرفته نشده است؛ زیرا جرم ارتكابی علیه تبعه باید از جرایم مهم باشد که کشور متبوع هزینه تعقیب آن را تقبل کند. بنابراین بهتر بود که جرایم درجه هفت و هشت از شمول مقررات ماده (۸) قانون مجازات اسلامی استثناء می‌شد. با کمال تعجب کم‌اهمیت‌ترین جرم تعزیری نیز مشمول مقررات ماده (۸) است.

۳-۷. مجرمیت متقابل

به موجب بند (ب) ماده (۸) قانون مجازات اسلامی، اعمال صلاحیت دادگاه‌های ایران مشروط به این است که «رفتار ارتكابی در جرایم موجب تعزیر به موجب قانون جمهوری اسلامی ایران و قانون محل وقوع، جرم باشد.» این شرط به شرط «مجرمیت متقابل» معروف است. بنابراین دادگاه‌های ایران زمانی می‌توانند جرایم ارتكابی در خارج از قلمرو ایران علیه اتباع ایرانی یا کشور ایران را تعقیب نمایند که رفتار مجرمانه انتسابی به متهم، در کشور محل وقوع جرم نیز جرم باشد. نکته قابل توجه اینکه نیازی نیست که رفتار مجرمانه در هر دو کشور تحت عنوان مجرمانه واحد مثل «سرقت» یا «کلاهبرداری» جرم‌انگاری شده باشد. بلکه ممکن است رفتار مورد بحث در ایران دارای عنوان مجرمانه خاص و در کشور محل وقوع به عنوان مجرمانه دیگری مشمول مجازات شود. این امر مانع اعمال صلاحیت دادگاه‌های ایران نیست. بنابراین صرف جرم بودن عمل شرط است نه وحدت عنوان مجرمانه.

۳-۸. اجرا نشدن تمام یا قسمتی از مجازات

پیش از این گفته شد که یکی از شرایطی که در ماده (۸) پیش‌بینی شده، بند (الف) آن است. در این بند به عنوان یکی از شرایط اعمال صلاحیت دادگاه‌های ایران مقرر شده است: «متهم در جرایم موجب تعزیر در محل وقوع جرم، محاکمه و تبرئه نشده یا در صورت محکومیت مجازات کلاً یا بعضاً درباره او اجرا نشده باشد.» در این مبحث قسمت اخیر بند (الف) مورد توجه است. از مفهوم مخالف عبارت مزبور این نتیجه حاصل می‌شود که اگر فرد غیرایرانی در خارج از کشور مرتکب جرم علیه اتباع ایران شود و در دادگاه کشور خارجی تحت تعقیب قرار گیرد و محکوم شود، چنانچه تمام یا بخشی از مجازات در مورد وی اجرا نشده باشد و در ایران یافت گردد، دادگاه ایران حق دارد که او را مجدداً از ابتدا تعقیب، محاکمه و مجازات کند. در صورتی که اصل منع محاکمه و مجازات مجدد از

دو بخش یعنی «ممنوعیت محاکمه مجدد» و «ممنوعیت اعمال مجازات مجدد» تشکیل می‌شود. این اصل همان‌طور که مانع مجازات مجدد شخص است، مانع محاکمه مجدد او نیز می‌باشد، زیرا وحشت ناشی از تعقیب و محاکمه و محدودیت‌ها و سختی‌های آن کمتر از مجازات نیست. بر این اساس گفته شده است که یک نفر نباید برای ارتکاب یک رفتار دو بار محاکمه شود. بنابراین در این وضعیت دادگاه ایرانی تنها باید نسبت به اجرای آن بخش از مجازات که اجرا نشده است، اعم از اینکه کل یا بعضی از آن باشد، اقدام کند و مجوزی برای محاکمه مجدد وجود ندارد.

نتیجه‌گیری

عدم پذیرش اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزده‌دیده، یک خلأ جدی در نظام حقوق کیفری جمهوری اسلامی ایران محسوب می‌شد که نتیجه آن بی‌توجهی و عدم حمایت از اتباع بود. پذیرش این اصل در قانون مجازات اسلامی (۹۲) گام مؤثری در حمایت از اتباع و همچنین همسو شدن نظام حقوقی کشورمان با قواعد پذیرفته‌شده در دیگر نظام‌های حقوقی جهان محسوب می‌شود. این اقدام نه تنها با موازین فقهی و قانون اساسی مغایرت ندارد، بلکه با اهداف کلی و ویژگی عام‌الشمول بودن نظام حقوق اسلامی و روح و اهداف قانون اساسی دایر بر رعایت حقوق ملت نیز هم‌جهت است. اما اجرای اصل مورد بحث با چالش‌هایی مواجه است که آزمایشی بودن قانون مجازات اسلامی و ضرورت بازنگری در آن فرصت مناسبی برای توجه به این چالش‌ها محسوب می‌شود. با بررسی‌های به عمل آمده در این جستار می‌توان چالش‌های مطرح و پیشنهاد حل آنها را این‌گونه ارائه نمود:

۱- صعوبت و آثار و پیامدهای منفی اجرای اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزده‌دیده برای کشور، تمسک به این اصل در مورد جرایم کم‌اهمیت را توجیه نمی‌کند. بنابراین، پیشنهاد می‌شود جرایم درجه (۷) و (۸) از شمول آن مستثنی شوند.

۲- حمایت از «جرایم علیه کشور ایران» مبتنی بر اصل صلاحیت حمایتی یا واقعی قابل توجیه است و قرابت کمتری با اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزده‌دیده دارد. لذا عبارت «جرایم علیه کشور ایران» باید به ماده (۵) قانون مجازات اسلامی منتقل شود و با شرایط خاص صلاحیت دادگاه ایران در مورد جرایم علیه کشور در کنار جرایم علیه منافع اساسی کشور به شرح مقرر در آن ماده پیش‌بینی شود.

۳- با توجه به اینکه در یک تفسیر ناصواب امکان توسعه واژه «اعاده شود» به شیوه‌های نامتعارف مثل انتقال قهری و غیرقانونی یک متهم به کشور وجود دارد و این عمل غیرمعارف سبب اخلاف در روابط دولتها می‌شود، لذا پیشنهاد می‌شود از اصطلاح متعارف حقوق بین‌الملل یعنی «مسترد شدن» استفاده شود.

۴- اختصاص رعایت اصل منع محاکمه و مجازات مجدد به محاکمه کشور محل وقوع جرم به شرح مقرر در بند (الف) ماده (۸) فاقد توجیه حقوقی است، زیرا بین دادگاه محل وقوع جرم و دادگاه دیگر کشورهایی که به

موجب اصول پذیرفته شده در نظام‌های حقوقی متعارف دنیا دارای صلاحیت هستند، هیچ تفاوتی وجود ندارد. بنابراین پیشنهاد می‌شود عبارت «دادگاه محل وقوع جرم» به «دادگاه صلاحیت‌دار خارجی» تبدیل شود.

۵- اصل منع محاکمه و مجازات مجدد به دو بخش یعنی منع محاکمه و منع اعمال مجازات تقسیم شده که نتیجه آن ممنوعیت تعقیب و محاکمه دوباره شخص برای ارتکاب یک رفتار، همچنین ممنوعیت مجازات مجدد وی می‌باشد. همان‌طور که اعمال مجازات مجدد خلاف موازین حقوقی است تعقیب و محاکمه مجدد نیز از تضمین ممنوعیت برخوردار است. لذا اگر شخص در خارج از کشور محاکمه و محکوم شده اما تمام یا بخشی از مجازات در مورد او اجرا نشده باشد، دادگاه ایران صرفاً باید نسبت به آن بخش از مجازات که اجراء نشده اقدام کند. بر این اساس، پیشنهاد می‌شود متن بند (الف) ماده (۸) اصلاح و این عبارت جایگزین شود. «چنانچه مرتکب جرم موضوع این ماده در خارج از کشور محاکمه شده باشد و مجازات کلاً یا بعضاً در مورد او اجراء نشده باشد و در ایران یافت شود (یا مسترد شود)، تنها نسبت به اجرای آن بخش از مجازات که اجرا نشده است، اقدام می‌شود.»

منابع

- آقای جنت‌مکان، حسین، حقوق کیفری عمومی، جلد نخست، انتشارات جنگل، ۱۳۹۱.
- پوربافرانی، حسن، «اصل صلاحیت شخصی در حقوق جزای بین‌الملل و ایران»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، شماره ۱۰، بهار و تابستان ۱۳۸۰.
- _____، «اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی‌علیه در حقوق جزای بین‌الملل و ایران»، نامه مفید، شماره ۳۷، مرداد و شهریور ۱۳۸۲.
- _____، حقوق جزای بین‌الملل، انتشارات جنگل، ۱۳۸۷.
- تدین، عباس، ترجمه قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه، انتشارات خرسندی، چاپ دوم، ۱۳۹۱.
- حجاریان، محمدحسن، ترجمه قانون جزای جمهوری خلق چین، انتشارات مجد، ۱۳۸۵.
- حسینی‌نژاد، حسینقلی، حقوق کیفری بین‌الملل، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۲.
- خالقی، علی، «حمایت کیفری از اتباع: جنبه فراموش‌شده اصل صلاحیت شخصی در حقوق ایران»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۰، تابستان ۱۳۸۲.
- دلبروک، جوست، حمایت بین‌المللی از حقوق بشر و حاکمیت دولت‌ها، ترجمه حسین شریفی طرازکوهی، نشر دادگستر، ۱۳۷۷.
- دون دیو دو وابر، رساله حقوق جنایی و قانون‌گذاری جزای فرانسه، ترجمه علی آزمایش، انتشارات دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۶۸.
- رضایی‌نژاد، ایرج، «حقوق بشر و حاکمیت دولت‌ها، تحلیلی بر پایه اسناد بین‌المللی»، مجله اطلاعات سیاسی - اقتصادی، سال نوزدهم، شماره اول و دوم، مهر و آبان ۱۳۸۳.
- ضیایی، سیدیاسر، «مبانی نظری صلاحیت فراسرزمینی دولت از منظر حقوق بین‌الملل عمومی»، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و پنجم، شماره ۷۶، زمستان ۱۳۹۰.
- طهماسبی، جواد، «صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی»، انتشارات جاودانه، چاپ دوم، ۱۳۹۱.
- علی‌آبادی، عبدالحسین، حقوق جنایی، جلد اول، انتشارات فردوسی، چاپ دوم، ۱۳۶۹.
- عوده، عبدالقادر، حقوق جزای اسلامی (بخش حقوق جزای عمومی)، جلد دوم، ترجمه عباس شیری، نشر میزان، ۱۳۷۳.
- فیض، علیرضا، مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام، جلد دوم، انتشارات سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۸.
- گرجی، ابوالقاسم، حقوق جزای عمومی اسلام، جلد اول، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۵.

-
- گودرزی، محمدرضا؛ و لیلا مقدادی، ترجمه قانون مجازات فرانسه، انتشارات سلسیل، ۱۳۸۶.
- محسنی، مرتضی، دوره حقوق جزای عمومی - کلیات حقوق جزا، جلد اول، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۵.

- Fritz, Eric & Omer Tene, “Article 113-7 of the French Penal Code: The Passive Personality Principle”, Columbia Journal Of Transnational Law, vol. 41, 2003.
- Geoff, Gilbert, “Crime Sans Frontiers, Jurisdictional Problems in English Law”, The British Yearbook of International Law, vol. 63, issue 1, 1992.
- Harvard Research Project No. 935:478; Available at: www.aals.org.
- Mccarthy, John G., “The passive Personality Principle and Its Use in Combatting International Terrorism”, Fordham International Low Journal, vol. 13, Issue 3, 1989.
- Waston, Geoffry, “The Passive Personality Principle”, Texas International Law Journal, vol. 28, issue1, 1993.

بررسی وضعیت حقوقی مراعی و مقایسه آن با نهادهای مشابه

محمد روشن*

غفور خوئینی**

آزاد فلاحی***

چکیده

معمولاً وضعیت عقود با توجه به رعایت شرایط شکل‌گیری و ایجاد آنها به سه وضعیت صحت، بطلان و عدم نفوذ تقسیم می‌شود. هر یک از این اصطلاحات سه‌گانه عنوان وضعیتی خاص هستند که قانون‌گذار در پی رعایت شرایط لازم به قراردادهای بخشیده است. در برخی موارد قرارداد منعقد شده تمام شرایط اساسی صحت را دارا است، لیکن (غالباً) به جهت برخورد با حقوق اشخاص ثالث وضعیتی پیدا می‌کند که از آن به «مراعی» تعبیر می‌شود. «وضعیت مراعی» بیانگر وضعیتی است که قرارداد شرایط صحت را دارا است ولی برای رعایت حقوق شخص ثالث قرارداد مزبور تا بازه زمانی خاصی مراعی (منتظر) می‌ماند و بعد از گذشت زمان مذکور اگر حق ثالث به هر نحوی ادا شود، صحیح و در غیر این صورت باطل است. به بیان دیگر، قرارداد مزبور در مرحله مقتضی با هیچ مشکلی روبه‌رو نیست، ولی در تأثیر گذاشتن مقتضی با مانع مواجه است. این وضعیت را برخی با عدم قابلیت استناد در حقوق فرانسه مترادف دانسته‌اند؛ نظری که در این مقاله مورد انتقاد واقع شده است و نویسندگان این مقاله با ذکر مستندات بیان داشته‌اند که این دو وضعیت متفاوت هستند و مترادف دانستن آنها نادرست است. مبنای «وضعیت مراعی» جمع حقین است. بر خلاف نهادهای دیگر فقط جهت حفظ حقوق ثالث یا طرفین نیست، بلکه سعی در جمع حقین خواهد داشت. در مقاله حاضر سعی در بررسی فقهی و حقوقی وضعیت مراعی داریم و در این راستا نگاهی تطبیقی به حقوق ایران، اسلام و فرانسه خواهیم داشت.

کلیدواژه‌ها: مراعی، غیرقابل استناد، غیرنافذ، اصل نسبی بودن، قرارداد.

* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق و رئیس پژوهشکده خانواده دانشگاه شهید بهشتی m-roshan@sbu.ac.ir

** عضو هیأت علمی دانشگاه خوارزمی ghkhoeini@tmu.ac.ir

*** عضو هیأت علمی گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد سقز (نویسنده مسئول) law.falahi@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۹۳/۰۵/۰۳ تاریخ پذیرش: ۹۴/۰۴/۲۱

مقدمه

از اصل حاکمیت اراده و اصل آزادی قراردادی نتایج مهمی گرفته می‌شود، از جمله اینکه:

- اشخاص در انعقاد قرارداد آزادند و هیچ‌کس را نمی‌توان به پذیرفتن قراردادی اجبار کرد.
- قراردادها اصولاً بر پایه اراده طرفین (قصد طرفین) تشکیل می‌شوند و به تشریفات ویژه‌ای نیازی ندارند.
- قراردادها مابین دو طرف و قائم‌مقام آنها الزام‌آور است.
- قراردادها اثر نسبی دارند.^۱

هرکدام از چهار مورد فوق از اصول مهم و اساسی مبحث حقوق تعهدات است. به همین دلیل حقوق‌دانان در کتب و مقالات حقوقی به شرح و بسط آنها پرداخته‌اند. ما در راستای بررسی نظریه وضعیت مراعی و نظریه عدم قابلیت استناد نیازمند بررسی مورد چهارم یعنی اصل نسبی بودن قراردادها خواهیم بود. بررسی این اصل در جهت رسیدن به مبانی و مفاهیم نظریات مورد مطالعه از اهمیت بالایی برخوردار است. در حقوق ایران، به تبعیت از فقه اسلامی، وضعیت عقود در مرحله انشاء و انعقاد عقد به سه حالت صحت، بطلان و عدم نفوذ تقسیم می‌شود. با این توضیح که اصولاً قرارداد در مرحله تشکیل خود با هیچ مشکل و مانعی مواجه نیست. همچنین به حقوق اشخاص ثالث تجاوز نمی‌کند. چنین وضعیتی در عقود تحت عنوان صحت (عقد صحیح) مورد توجه قرار می‌گیرد. هرچند ممکن است عقد صحیح به علت شرط یا خیار قابل فسخ از سوی طرفین، یا یکی از آنها و یا ثالث باشد. در برخی موارد، طرفین قرارداد شرایطی را که قانون‌گذار جهت تشکیل و ایجاد قرارداد وضع نموده است، رعایت نمی‌کنند. در این فرض بسته به نوع شرطی که از جانب طرفین رعایت نشده و مورد چشم‌پوشی واقع شده است، دو حالت عدم نفوذ و بطلان مطرح می‌شود. به طور معمول ضمانت اجرای بطلان مربوط به مواردی که شرایط اساسی صحت عقد رعایت نشده باشد. این موارد غالباً مربوط به نظم عمومی و یا عدم رعایت برخی از شرایط اساسی تشکیل قراردادها است. عقد باطل هیچ‌گاه وجود حقوقی پیدا نمی‌کند؛ زیرا از منظر حقوقی، قراردادی شکل نگرفته است که بخواهد پا به عرصه حقوق بگذارد. نکته دیگر اینکه به قرارداد باطل به

۱. حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوازدهم، ۱۳۹۰، ص. ۳۱۴؛ صفایی، سید حسین، قواعد عمومی قراردادها، نشر میزان، چاپ چهارم، ۱۳۸۵، صص. ۴۸ به بعد؛ شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، آثار قراردادها و تعهدات، انتشارات مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۳، صص. ۲۹۰ به بعد.

هیچ‌وجه نمی‌توان وجود حقوقی اعطا کرد. در مقابل ضمانت اجرای عدم نفوذ ناظر به مواردی است که حقوق یکی از طرفین یا شخص ثالث نقض شود. قانون‌گذار در این حالت سرنوشت عقد را به شخص مذکور واگذار کرده است که می‌تواند تنفیذ یا رد کند. در برخی موارد به حقوق احتمالی اشخاص ثالث تجاوز می‌شود. با این توضیح که، مواردی وجود دارد که حقوق اشخاص ثالث، نسبت به مال مورد قرارداد (توسط مالک) مستقر نشده و به گونه‌ای متزلزل است و امکان ایجاد یا عدم ایجاد آن وجود دارد. در چنین وضعیتی سئوالی که مطرح می‌شود این است که ضمانت اجرای این وضعیت چیست. با توضیحات فوق بطلان قرارداد نمی‌تواند پاسخ سئوال مزبور باشد. نویسندگان حقوقی سابقاً و معمولاً در میان دو وضعیت دیگر یعنی صحت و عدم نفوذ به دنبال پاسخ بوده‌اند. لیکن با توجه به بررسی منابع و مبانی موجود می‌توان قائل به وضعیتی شد تحت عنوان وضعیت مراعی. با این توضیح که عمل حقوقی مزبور شرایط صحت و اساسی را دارا است. به عبارت دیگر مقتضی عمل حقوقی موجود است، لیکن در مرحله مانع با مشکلی روبه‌رو است که غالباً تعارض عمل حقوقی مزبور با حقوق شخص ثالث است. عمل مزبور در این هنگام مراعی نامیده می‌شود، با این توضیح که اگر حق ثالث به نوعی ادا شد، کاشف به عمل می‌آید که عمل حقوقی از روز اول صحیح بوده است، ولی اگر در وعده مشخص شده (خواه قانونی و خواه قراردادی) ادای دین نشود و حق ثالث پرداخت نگردد، عمل حقوقی مزبور باطل می‌شود.

برخی از نویسندگان، این نهاد حقوقی را مقابل عدم قابلیت استناد یا غیرقابل استناد قرارداده و آن را نهادی بومی و مترادف با نهاد اخیرالذکر در حقوق فرانسه دانسته‌اند. لیکن نظر ما بر این است با توجه به بررسی‌های به عمل آمده در طول تحقیق این دو نهاد متفاوت هستند و نمی‌توان آنها را مترادف دانست.

در تحقیق پیش رو سعی بر آن داریم که وضعیت حقوقی مراعی را که امری ناشناخته است، بیشتر بشناسیم. در همین راستا سئوال اصلی پژوهش حاضر چیستی وضعیت حقوقی مراعی است. لیکن برای پاسخی دقیق و روشن به پرسش فوق سئوالات دیگری نیز مطرح می‌نماییم. سئوالاتی از قبیل اینکه: مراعی در لغت و اصطلاح به چه معنی است؟ آیا وضعیت مراعی همان غیرقابل استناد است یا وضعیتی متفاوت است؟ شباهت و تفاوت این وضعیت با سایر وضعیت‌ها و مفاهیم مشابه و نزدیک به آن چیست؟ بر فرض پذیرش این وضعیت، موجبات ایجاد آن چه مواردی است؟ وضعیت مراعی جهت حمایت از اشخاص ثالث است یا این وضعیت جمع حقین می‌کند؟ و سئوالات دیگری از این قبیل.

۱. مفهوم‌شناسی

۱-۱. مراعی در لغت و اصطلاح

«مراعی» اسم مفعول از باب مفاعله است که مصدر آن مراعات (مراعه) است. مراعه در لغت به معنی نیک نگریستن، حفظ کردن و رعایت کردن حق کسی، دیدن پایان کار، مراقبت کردن در کاری و نگریستن به اینکه چگونه می‌گذرد و چه خواهد شد، آمده است.^۱ بر همین رویکرد برخی بیان داشته‌اند که مراعی به معنی منتظر و مراعات به معنی انتظار است.^۲ برخی از اساتید عدم نفوذ مراعی را این‌گونه تعریف کرده‌اند: «مراعی وضع حقوقی عقدی است که موجود شده، ولی مجمل است. پس از رفع جهل و کشف واقع عنوان مراعی (یا مراعات) را از دست می‌دهد. در مورد هر وضع حقوقی که مراعی است، سبب آن وضع حقوقی کاملاً محقق شده است و حالت انتظاری جز رفع جهل وجود ندارد.»^۳

همان‌گونه که برخی از اساتید بیان داشته‌اند، معنای اصطلاحی مراعی نیز از معنای لغوی آن دور نیفتاده است و می‌توان آن را انتظار برای رفع مانع دانست. در واقع حقوق اشخاص ثالث که به مورد معامله تعلق گرفته است، مانع از نفوذ و جریان آثار عقد یا مانع از تداوم آن است. بنابراین در حالت انتظار برای رفع مانع به سر می‌برد.^۴

۲-۱. تبیین وضعیت مراعی

با توجه به توضیحات فوق راجع به معنی لغوی و اصطلاحی مراعی می‌توان بیان داشت که مراعی حالت و وضعیت عقدی است که از حیث مقتضی نقصی ندارد، ولی متعلق بودن حق شخص ثالث به مورد معامله مانع از نفوذ عقد و یا تداوم آثار آن می‌گردد. بنابراین چون قرارداد با مانعی به نام حقوق شخص ثالث برخورد کرده است، نمی‌توان عقد مزبور را عقدی صحیح از تمام جهات دانست. از سوی دیگر نمی‌توان عقد مزبور را باطل دانست، زیرا همان‌گونه که بیان داشته‌اند «عقد مزبور علل اربعه تشکیل‌دهنده عقد اعم از فاعلی (اراده متعاقدين)، صوری (ایجاب و قبول)، مادی (موضوع معامله) و غایی (جهت معامله) محقق شده و مقتضی موجود است، لیکن حق شخص ثالث مانع نفوذ مقتضی است.»^۵

۱. معین، محمد، فرهنگ معین، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۵، ص. ۳؛ دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، ج یازدهم، نشر دانشگاه تهران، چاپ چهارم، ۱۳۷۸، ص. ۱۳.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق مدنی (رهن و صلح)، چاپ دوم، نشر گنج دانش، ۱۳۷۰، ص. ۱۰۱.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، جلد پنجم، نشر گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۸۵، ص. ۲۳۰۱.

۴. کریمی، عباس، «تلاشی برای ساماندهی نظریه عدم نفوذ مراعی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵۸، تابستان ۱۳۹۱، ص. ۱۶۰.

۵. همان، ص. ۱۶۱.

البته توجه به این نکته مهم است که عقد مزبور از این جهت که انتظار رفع مانع را می‌کشد، مراعی است نه موقوف. راجع به عقد موقوف نیز باید بیان داشت که در لسان فقها گاهی مشاهده می‌شود که موقوف و مراعی به جای هم به کار می‌روند. به بیان دیگر بعضاً در انتخاب واژه مناسب دقت کافی انجام نگرفته و رسیدن به معنای مزبور و صحیح نیازمند کشف معنی دقیق با توجه به عبارات مزبور است. لیکن برخی از فقها به حق بیان داشته‌اند که باید از این اختلاط بر حذر بود، زیرا در عقد موقوف، آنچه حکم به صحت عقد، موقوف و منوط به آن است، شرط یا جزء سبب است؛ در حالی که مراعی کشف از چیزی می‌کند که در واقع صحیح است.^۱ به عبارت دیگر در عقد موقوف پاره‌ای از شرایط تشکیل عقد کامل نیست و به همین دلیل مقتضی تأثیر عقد کامل نیست و موقوف به حصول شرطی است. مثال رایج این امر عقد فضولی است، که در این عقد تأثیر مقتضی عقد موقوف به اجازه مالک است و به دلیل فقدان رضای مالک (مانع) عقد اثر مقتضی را نخواهد داشت. مورد دیگری که با توجه به قانون مدنی می‌توان بدان استناد کرد عقد اکراهی است. در عقد مزبور نیز تأثیر مقتضی آن عقد با مانعی روبه‌رو است، مانعی از جنس عیب و نقص رضای طرف عقد که یکی از شرایط تشکیل عقد و ایجاد اثر مقتضی است، و این اثر مقتضی با رضای طرف مکرر اثر عقد را می‌گذارد. در عقد سفیه نیز به خاطر فقدان اهلیت، نفوذ عقد موقوف به اجازه ولی یا قیم است.

با توجه به توضیحات فوق تفاوت عقد غیرنافذ موقوف و عقد غیرنافذ مراعی روشن شد. در عقد مراعی تمام شرایط تشکیل عقد (همان علل چهارگانه) موجود است و فقط برای تأثیر مقتضی عقد باید مانع (تعلق حق شخص ثالث به مورد معامله) برطرف شود تا عقد نافذ و جریان پیدا کند. پس با این توضیح اگر مانع موجود یعنی همان تعلق شخص ثالث برطرف شود (به هر طریقی) عقد اثر مقتضی خود که از قبل به وجود آمده و با مانع روبه‌رو شده بود را می‌گذارد، حتی اگر شخص ثالث اجازه و رضای بر عقد صادر نکرده باشد.

۱-۲-۱. مفهوم اثر نسبی قرارداد

«اصل آزادی قراردادی» که خود شاخه‌ای از اصل کلی‌تر «حاکمیت اراده» است، از دیرباز در عالم حقوق به رسمیت شناخته شده است. بر اساس آن هیچ‌کس را نمی‌توان بر خلاف خواست و اراده‌اش پایبند به پیمانی کرد. «اصل نسبی بودن» از فروع اصل آزادی قرارداد است؛ زیرا همان‌گونه که طرفین در بستن قرارداد آزاد هستند، دیگران نیز آزادند و نباید از توافق دیگران متأثر شوند.

۱. حسینی عاملی، سید محمدجواد، مفتاح الکرامه فی شرح القواعد العلامه، دار الاحیاء التراث العربی، ۱۴۱۹ ق، ص. ۳۶۰؛ نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۲۵، چاپ هفتم، دار الاحیاء التراث العربی، ۱۴۰۴، ص. ۱۹۹.

مفهوم اثر نسبی قرارداد این است که قرارداد فقط درباره طرفین موثر است و نمی‌تواند نسبت به اشخاص ثالث اثری داشته باشد. اراده متعاملین می‌تواند با رعایت مقررات، حقوق و تکالیفی برای آنها به وجود آورد؛ ولی اصولاً نمی‌تواند در وضع حقوقی افرادی که در بستن عقد دخالتی نداشته و به آن رضایت نداده‌اند، مؤثر باشد.^۱

در قانون مدنی فرانسه در ماده ۱۱۶۵ راجع به اصل نسبی بودن قراردادهای چنین آمده است: «قراردادهای فقط میان طرفین آن دارای اثر می‌باشند؛ آنها به هیچ‌وجه زیبایی به اشخاص ثالث نمی‌رساند و اشخاص ثالث فقط در مورد پیش‌بینی شده در ماده ۱۱۲۱ از قرارداد منتفع می‌گردند.» همچنین ماده ۱۱۳۴ همان قانون اصل نسبی بودن قرارداد را به طور ضمنی تحت شعاع قرار داده است. در این ماده چنین آمده است: «قراردادهایی که به طور قانونی منعقد شده باشند جایگزین قانون نسبت به اشخاصی است که آنها را منعقد نموده‌اند.» در قانون مدنی ایران نیز در ماده ۲۳۱ چنین مقرر شده است: «معاملات و عقود فقط درباره طرفین متعاملین و قائم‌مقام قانونی آنها مؤثر است، مگر در مورد ماده ۱۹۶.» به علاوه با توجه به ماده ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی اصل نسبی بودن قرارداد قابل استنباط است.

۱-۲-۲. قلمرو قاعده اصل نسبی بودن قرارداد

راجع به قلمرو این قاعده بین حقوق‌دانان فرانسوی اختلاف نظر دیده می‌شود. با این توضیح که برخی از حقوق‌دانان تعهدات ناشی از قرارداد را موضوع این اصل دانسته‌اند.^۲ برخی دیگر با روشی دیگر سعی در تقسیم آثار قرارداد به مستقیم و غیرمستقیم داشته و حیطه و محدوده اصل را مربوط به آثار مستقیم دانسته‌اند.^۳ بر اساس نظر آن دسته از حقوق‌دانان که قائل به تقسیم اثر مستقیم و غیرمستقیم قرارداد هستند، باید عبارات و کلمات ماده ۱۱۶۵ قانون مدنی فرانسه را تفسیر مضیق نمود؛ زیرا در صورت تفسیر موسع این ماده حتی قرارداد مورد انکار خارج از محدوده طرفین است. اما با تفسیر مضیق ماده و کلمه «اثر» اثر مستقیم قرارداد و مقصود «زیان‌رساندن و نفع‌رساندن» ایجاد تعهد و ایجاد حق به صورت مستقیم برای اشخاص ثالث است. همان‌گونه که مشاهده می‌شود با این تفسیر اصل نسبی بودن بیشتر با واقعیت منطبق می‌شود. نظریه اخیر با مبانی حقوق داخلی ما نیز بیشتر سازگار است؛ زیرا همان‌گونه که اساتید بیان داشته‌اند، قرارداد به موجب انشاء طرفین قرارداد محقق می‌شود و

۱. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص. ۱۷۱.

2. Malaurie, Phillippe et Laurent Aynes, Cours de Droit Civil: Les Obligations, Paris, Editions Cujas, 6ème edition, 1995, p. 373.

3. Marty, Gabriel et Pierre Raynaud, Droit Civil: Les Obligation, Paris Press, 2ème edition, 1988, p. 50.

طبیعی است که هنگام سخن از اثر عقد باید به مفاد انشاء دو طرف و توابع و لوازم آن توجه کرد نه آثار قهری و بازتاب وقوع عقد در اجتماع.^۱ این نظر را می‌توان از مواد و روح حاکم بر قانون مدنی استنباط نمود. به عنوان مثال، آنجا که قانون‌گذار در ماده ۳۶۲ در خصوص آثار بیع را بیان می‌دارد، به ذکر آثار مستقیم و مهم این قرارداد مهم می‌پردازد.

۲. نهادها و وضعیت‌های مشابه وضعیت مراعی

۲-۱. بطلان

حالتی است که در آن عقد وجود حقوقی پیدا نمی‌کند، خواه در نتیجه واقع نشدن «ترازی» یا بدون موضوع بودن آن، و خواه به دلیل منع قانون از نفوذ ترازی نامشروع (الممنوع شرعاً کالممنوع عقلاً). بی‌گمان، از لحاظ نظری بین موردی که عقد به دلیل عدم ترازی یا نداشتن موضوع وجود خارجی نمی‌یابد، و صورتی که قانون توافق دو اراده را خنثی می‌سازد تا از ناتوان یا مصلحت اجتماعی حمایت کند، تفاوت وجود دارد. لیکن امتیاز «عقد نا موجود» و «عقد باطل» در عمل هیچ فایده مهمی ندارد. به بیان دیگر بطلان مربوط به نقض ارکان داخلی عمل است. اما بسته به اینکه این ارکان دارای چه درجه‌ای از اهمیت باشند و هدف از آنها چه باشد، نوع بطلان فرق می‌کند. با این توضیح که بطلان مطلق، وضعیت عملی است که دارای شرایط ضروری انعقاد نیست. بنابراین بطلان زمانی مطلق است که این شرایط، اساسی و ناظر به حمایت از منفعت عمومی، نظم عمومی و یا اخلاق حسنه باشند. اما نوعی دیگر از بطلان وجود دارد که بر خلاف بطلان مطلق که اثر آن در برابر همگان است نسبی است. به بیان دیگر بطلان نسبی وضع عملی است که با داشتن شرایط اساسی صحت معامله، فاقد شرایط حافظ منافع طرفین یا یکی از دو طرف است. از این رو دامنه این بطلان طرفینی و به عبارت دیگر «نسبی» است و تنها شخص مورد حمایت حق ابطال عمل حقوقی را دارد.

۲-۲. عدم نفوذ

عقد در این حالت نیز اثر حقوقی ندارد و بی‌اعتبار است؛ اما چون ارکان اساسی عقد وجود دارد و نقصی که سبب بی‌اعتباری آن شده است را می‌توان جبران کرد، این

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادهای، جلد سوم، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ دوم، ۱۳۷۶، ص. ۳۱۷.

عنوان با بطلان تفاوت فاحش پیدا می‌کند. بدین ترتیب عدم نفوذ به معنای عام کلمه بر هر عقد که دارای اثر حقوقی نباشد اطلاق می‌شود. ولی، به معنای خاص عدم نفوذ ویژه عقدی است ناقص که قابلیت کمال را دارد و با ضمیمه شدن رضای بعدی حیات حقوقی می‌یابد. با وجود این، در قانون مدنی گاه دو اصطلاح «عدم نفوذ» و «بطلان» به جای یکدیگر به کار رفته است و دشواری‌هایی ایجاد کرده که تنها بر مبنای اصول حقوقی و روح قانون قابل رفع است.^۱

۲-۳. قابلیت استناد

همان‌گونه که در آثار قراردادهای بیان شده است، اشخاص ثالث از قرارداد متأثر نمی‌شوند. تعهد تنها برای دو طرف عقد ایجاد می‌شود و دیگران نه مدیون می‌گردند نه طلبکار. با وجود این، عقد به عنوان رویدادی اجتماعی در برابر اشخاص ثالث نیز قابل استناد است.^۲ ولی گاه در شرایط خاص، و از جمله بی‌اعتنایی به احکام قانون، عقدی که در رابطه دو طرف نافذ است، در برابر دیگران قابل استناد به نظر نمی‌رسد. چنان‌که می‌دانیم «معامله به قصد فرار از دین» در رابطه مدیون و طرف قرارداد نافذ است، لیکن در برابر طلبکارهای مدیون قابل استناد نیست. همچنین، بر طبق ماده ۱۳۰۵ ق.م. «در اسناد رسمی تاریخ تنظیم معتبر است حتی بر علیه اشخاص ثالث، ولی در اسناد عادی تاریخ فقط درباره اشخاصی که شرکت در تنظیم آنها داشته و ورثه آنان و کسی که به نفع او وصیت شده معتبر است.» در قانون تجارت نیز مواد گوناگونی دیده می‌شود که در آنها نفوذ و اعتبار عقد بین دو طرف قرارداد، در برابر اشخاص ثالث قابل استناد نیست. این‌گونه قراردادهای از دیدگاه اشخاص ثالث، در حکم باطل است، زیرا هیچ اثری در حقوق آنان ندارد. با وجود این، قرارداد غیرقابل استناد را نباید با عقد باطل یکسان شمرد: تفاوت مهم در این است که در «بطلان» بی‌اعتباری عقد مطلق است و هیچ اثری در جهان حقوق و دو طرف آن ندارد، در حالی که عدم نفوذ عقد غیرقابل استناد نسبی است. در برابر دیگران در حکم باطل است، ولی نسبت به دو طرف عقد پیمانی است نافذ که بایستی مورد احترام قرار گیرد.

برخی از حقوق‌دانان فرانسوی قابلیت استناد را راهکاری برای ورود عناصر حقوقی به فضای عمومی حقوق دانسته‌اند.^۳ با این توضیح که از قابلیت استناد به عنوان ویژگی یاد کرده‌اند که اگر برای عناصر اجزاء یک نظام حقوقی مانند قرارداد، حق و رأی

۱. همان، ص. ۳۱۹.

۲. کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۷۱، ص. ۱۷۴.

3. Duclos, Jose, L'opposqbilite (Essai dune Theorie Generale), Paris, LGDJ, 1984, p. 22.

بپذیریم، جزء و عنصر مزبور به خاطر آن ویژگی می‌تواند از خارج از چهارچوب و حوزه فعالیت مستقیم خود، به صورت غیرمستقیم آثاری را بر جای گذارد.^۱ در فرهنگ حقوقی کرنو در این زمینه این چنین آمده است: «صلاحیت یک حق، یک عمل، یک موقعیت حقوقی یا واقعه جهت اینکه اشخاص را متوجه آثار خود نسبت به اشخاص ثالث بنماید. البته نه از این طریق که اشخاص ثالث را تابع تعهدات مستقیم ناشی از خود گرداند بلکه از این راه که اشخاص مزبور را ملزم به شناسایی وجود وقایع، حقوق و اعمالی می‌کند که دارای وصف قابلیت استناد هستند و آنان را ملزم به رعایت احترام موارد مزبور به عنوان عناصر نظام حقوقی و تحمل آثار آنها می‌نماید.»^۲

با توضیحات فوق راجع به قابلیت استناد باید بیان داشت که، قابلیت استناد به سه صورت قابل تصور است: الف) قابلیت استناد توسط طرفین قرارداد در مقابل ثالث، ب) قابلیت استناد قرارداد از سوی شخص ثالث در مقابل طرفین قرارداد، ج) قابلیت استناد توسط شخص ثالث در مقابل شخص ثالث دیگر.^۳

از میان حالت سه‌گانه قابلیت استناد، حالت نخست یعنی قابلیت استناد طرفین در برابر اشخاص ثالث بیشتر مورد توجه قرار گرفته و دلیل آن نیز اهمیت بیشتر این حالت نسبت به صور دیگر است.

۲-۴. عدم قابلیت استناد

طبق اصل اثر نسبی بودن قرارداد که در ماده ۲۳۱ قانون مدنی آمده است، هر عقدی فقط نسبت به طرفین و قائم مقام آنها مؤثر است و برای اشخاص ثالث حق و تکلیفی ایجاد نمی‌کند. اما قرارداد به عنوان یک رویداد اجتماعی در برابر اشخاص ثالث قابل استناد است.^۴ الزام آور نبودن قرارداد برای اشخاص ثالث، به این معنا نیست که ایشان می‌توانند آن را نادیده بگیرند، آنان باید به عمل حقوقی احترام بگذارند و مانع اجرای آن نشوند. پس قرارداد اصولاً نسبت به اشخاص ثالث «قابل استناد» است. به عبارت دیگر قابلیت استناد عقد در مقابل ثالث، یکی از اصول قراردادهای است. با این وجود، در پاره‌ای از موارد استثنایی قرارداد که بین دو طرف صحیح و نافذ است، در برابر اشخاص ثالث قابلیت استناد ندارد. در حقوق فرانسه، به چنین عقدی، عقد

1. Ibid, p. 23.

2. Cornu, Gerard, Vocabulaire juridique, Paris Presses Universitaires de France, 3ème edition, 1992, p. 577.

۳. برای مطالعه بیشتر، ر.ک:

Ghestin, Jacques; Jamin, Christophe et Marc Billiau, Traite de Droit Civil: Les Effets du Contract, Paris, 3ème edition, 2001, p. 768.

۴. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادهای، جلد سوم، پیشین، ص. ۲۷۳.

غیرقابل استناد و به چنین وضعیتی عدم قابلیت استناد^۱ گفته می‌شود. بنابراین قرارداد غیرقابل استناد، قراردادی است معتبر و دارای آثار حقوقی بین طرفین قرارداد، اما به دلایلی که به تشکیل عقد ارتباط ندارد، نمی‌تواند در برابر اشخاص ثالث دارای اثر باشد.^۲ به بیان دیگر غیرقابل استناد بودن قرارداد، بیان‌کننده فرضی است که شخص ثالث به طور استثنایی به قرارداد احترام نمی‌گذارد و می‌تواند مانع اجرای شایسته آن شود. عدم قابلیت استناد وضع عمل حقوقی است که افراد می‌توانند آن را نادیده بگیرند. به عبارت دیگر عمل حقوقی عدم قابلیت استناد ارکان داخلی آن کامل است، به همین دلیل میان طرفین خود اعتبار دارد؛ اما چون قواعد حامی حقوق اشخاص ثالث را نقض کرده، در برابر آنان بی‌اعتبار است. این بی‌اعتباری بدان معنا است که موقعیت ناشی از عمل مذکور بر ضد آنان تأثیری ندارد. اما اگر منافع اشخاص ثالث ایجاب کند، آنان همواره می‌توانند به عمل استناد کنند؛ زیرا غیرقابل استناد بودن برای حمایت از آنها است. پس این ضمانت اجرا همواره از سوی شخصی خارج از طرفین عمل حقوقی طلب می‌شود و در بیان همین معنا است که گفته می‌شود: «غیرقابل استناد، وضعیتی ویژه اشخاص ثالث است».^۳

این انحراف ایجاد شده تنها به جهت حمایت از شخص ثالث است و فرانسویان عمدتاً در مواردی که از انتقال رضایی مالکیت میان دو نفر سخن به میان می‌آید و شخص ثالث (با حسن نیت) از آن بی‌اطلاع می‌ماند، از وضعیت مذکور سخن به میان می‌آورند. به این صورت که قرارداد واقع شده میان طرفین در برابر شخص ثالث کان‌لم‌یکن تلقی می‌شود، و گویی در برابر ثالث چنین قراردادی وجود نداشته است. نمونه بارز مفهوم اخیرالذکر در حقوق فرانسه، ضمانت اجرای ضرورت ثبت سند در بیع اموال غیرمنقول است. در مواردی که قرارداد بیع مال غیرمنقول میان طرفین واقع شود و این قرارداد مورد ثبت قرار نگیرد، چنین قراردادی میان طرفین صحیح تلقی می‌شود، اما در برابر ثالث که بی‌اطلاع از چنین وضعیتی باشد، غیرقابل استناد خواهد بود.^۴

۲-۴-۱. مصادیق عدم قابلیت استناد در حقوق فرانسه

مصادیق عدم قابلیت استناد در حقوق فرانسه محدود و منحصر نیست. ولی محل اجرای آن در جایی است که قواعدی برای حمایت از اشخاص ثالث وضع گردد. موارد زیر نمونه‌هایی از آن است:

1. Inopposable

۲. کریمی، عباس، منبع پیشین، ص. ۱۶۳.

3. Lexique de termes Juridiques, Sous la direction de Raymond Guillen et Jean Vincent, cinquieme ed, Dalloz, 1981, N 35.

۴. برای مطالعه بیشتر در این زمینه رک: امینی، منصور، «نقش ثبت سند در بیع مال غیرمنقول در حقوق فرانسه و بررسی قابلیت پذیرش آن در حقوق ایران»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۹، ۱۳۸۸، ص. ۲۲۱.

۲-۴-۱. خوداری از انتشار عمل حقوقی

هرگاه انعقاد عمل حقوقی بر موقعیت دیگران اثری برجسته بگذارد، این تغییر موقعیت می‌باید منتشر شود تا به آگاهی آنان برسد؛ به‌ویژه در جایی که جهل به واقع سبب اشتباه آنان خواهد شد. قراردادهای مربوط به حق اختراع، علامت‌های ساخت و تجارت و خدمات، واگذاری هواپیما و رهن، قرارداد مربوط به ناوها و کشتی‌ها از این قبیل هستند.

۲-۴-۲. خوداری از ثبت معاملات غیرمنقول

در حقوق فرانسه، مجموعه مقرراتی ثبتی برای آگاه ساختن اشخاص ثالث از ایجاد و انتقال و اسقاط حقوق عینی در اموال غیرمنقول و اعلام حقوق ویژه بستانکاران ممتاز در آن وجود دارد. ضمانت اجرای ثبت معاملات غیرمنقول، استنادپذیری آنها نسبت به اشخاص ثالث است. بنابراین اعمال حقوقی که مطابق مقررات به ثبت نرسیده باشند، علیه اشخاص ثالثی که نسبت به همان ملک، حقوق معارضی تحصیل و ثبت کرده‌اند، قابل استناد نیست.

۲-۴-۳. فقدان شخصیت حقوقی شرکت

مطابق اصلاحیه قانون شرکت‌ها وفق قوانین ۲۴ جولای ۱۹۹۶ و ۴ ژانویه ۱۹۷۸ باید میان «تشکیل شرکت» و «ایجاد شخصیت حقوقی» تفکیک قایل شد. در صورت نبود شخصیت حقوقی، شرکت موجود است، اما اثر آن محدود به رابطه میان شرکا است. بدین‌سان از زمان تشکیل شرکت تا لحظه ثبت آن، قرارداد شرکت جز در رابطه میان شرکا اثری ندارد (مستنبط از بند ۲ ماده ۱۸۴۲ قانون مدنی فرانسه).

۲-۴-۴. دعوای پولین

به دعوای گفته می‌شود که بستانکار علیه مدیون حيله‌گر طرح می‌کند، مدیونی که برای فرار از ادای دین، اموال و دارایی خود یا سهولت دسترسی به آنها را می‌کاهد. این دعوی برای حمایت از بستانکار در برابر حيله‌گر است؛ خواه طرف رابطه با بدهکار نیز در این حيله مشارکت داشته باشد یا خیر.^۱ دوری گزیدن از نیرنگ، تنها در برابر طرف قرارداد تکلیف نیست، بلکه هر کسی این تکلیف را در برابر بستانکاران خود نیز دارد. ذکر این نکته حائز اهمیت است که شرط دعوی پولین قصد فرار از دین بدهکار است.^۲

1. Mazeaud, Henry, Leon et Jean, Lecons de Droit Civil, Premir Volume: obligations, Francoise Chabas, 9 ème edition, 1998, p. 1053.
2. Gautier, Pierre; et Francois Pasqualini, Action Paulinne, Dalloz, 2006, p. 2.

۲-۴-۱-۵. پیمان معارض

هنگامی که شخصی با انعقاد قراردادی جدید، حقوق ناشی از قراردادی را که سابقاً با دیگری منعقد کرده نقض می‌کند، باید قرارداد دوم را غیرقابل استناد دانست. فروش مالی که با دیگری قولنامه شده است، از این دست است.^۱

۲-۴-۱-۶. معامله پنهانی

یک عمل حقوقی آشکار ولی غیرواقعی را معامله پنهانی گویند. معامله‌ای که با وانمود کردن عملیاتی دروغین، در پی پنهان ساختن ماهیت یا مفاد واقعی رویداد دیگری است.^۲

۲-۴-۲. مصادیق عدم قابلیت استناد در حقوق ایران

حال با توجه به توضیحات فوق‌الذکر راجع به غیرقابل استناد، سؤال این است که آیا می‌توان این وضعیت را در حقوق داخلی شناسایی کرد. سؤالی که با جستجو در قوانین و دکترین حقوقی و حتی احکام محاکم دادگستری پاسخ بدان مثبت است.

۲-۴-۱-۱. در قوانین

الف - قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱

در این زمینه با مطالعه‌ای هرچند اجمالی در قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ با موارد بسیاری روبه‌رو می‌شویم که اصطلاح «عدم قابلیت استناد» به وضوح مشاهده می‌شود. به عنوان نمونه می‌توان به ماده ۹۵ آن قانون اشاره کرد. سپس در ادامه همان قسمت در ذیل ماده ۱۰۰ چنین مقرر گشته است: «هر شرکت با مسئولیت محدود که بر خلاف مواد ۹۶ و ۹۷ تشکیل شده باشد باطل و از درجه اعتبار ساقط است؛ لیکن شرکا در مقابل اشخاص ثالث حق استناد به این بطلان ندارند.» در ماده ۱۱۶ همان قانون راجع به شرکت‌های تضامنی چنین مقرر شده است: «... اگر دارایی شرکت برای تادیه قروض کافی نباشد هریک از شرکا مسئول پرداخت تمام قروض شرکت است. هر قراری که بین شرکا بر خلاف این ترتیب داده شده باشد، در مقابل اشخاص ثالث کان‌لم‌یکن خواهد بود.» در ماده ۱۲۵ همان قانون زمانی که صحبت از ورود شریک جدید در شرکت تضامنی است، آمده است که شریک جدید راجع به قروض قبل از ورودش با سایر شرکا مسئولیت تضامنی خواهد داشت و هر قراری بر خلاف این ترتیب داده شده

۱. قبولی درافشان، سید محمد مهدی، «مفهوم و مبانی قابلیت استناد قرارداد»، فصلنامه حقوق، دوره ۴۰، شماره یک، بهار ۱۳۸۹، ص. ۲۵۱.

۲. همان.

باشد «... در مقابل اشخاص ثالث کان لم یکن خواهد بود.» همچنین می‌توان به مواد ۱۵۰، ۱۵۵، ۱۸۸، ۱۹۸، ۲۲۰، قانون تجارت اشاره داشت.

مورد دیگر در ماده ۳۹۶ همان قانون است. در ماده ذکر شده چنین مقرر شده است: «تحدید اختیارات قائم‌مقام تجارتي در مقابل اشخاصی که از آن اطلاع نداشته‌اند معتبر نیست.» یا در ادامه همان قسمت ذیل ماده ۳۹۷ چنین آمده است: «قائم‌مقام تجارتي ممکن است به چند نفر مجتمعاً داده شود با قید اینکه تمام امضاء نکنند تجارت‌خانه ملزم نخواهد شد ولی در مقابل اشخاص ثالثی که از این قید نداشته‌اند فقط در صورتی می‌توان از آن استفاده کرد که این قید مطابق مقررات وزارت عدلیه به ثبت رسیده و اعلان شده باشد.»

حتی برخی از نویسندگان اصل تجریدی بودن سند تجاری را نیز مبین قابل استناد نبودن قرارداد در مقابل ثالث دانسته‌اند.^۱

ب - لایحه اصلاحی قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷

در لایحه اصطلاحی قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ نیز موارد بسیاری مشاهده می‌شود که بیانگر همین مفهوم است. به عنوان نمونه ماده ۴۰ این لایحه که راجع به انتقال سهام با نام به بیان حکم پرداخته و شرایط انتقال آن را بیان داشته است، در انتهای ماده چنین مقرر گشته است: «... هر انتقالی که بدون رعایت شرایط فوق به عمل آید از نظر شرکت و اشخاص ثالث فاقد اعتبار است.» مورد دیگر اینکه در ماده ۱۱۸ که بیان احکام اختیارات مدیران و محدود کردن آن اختیارات می‌پردازد در انتهای ماده مقرر گشته است که: «... در مقابل اشخاص ثالث باطل و کان لم یکن است.» یا ماده ۱۲۶ که به بیان حکم موردی می‌پردازد که مدیر عامل بدون رعایت شرایط قانونی انتخاب شده است، راجع به اقدامات وی آمده است: «... در مقابل صاحبان سهام و اشخاص ثالث معتبر و مسئولیت‌های سمت مدیرعامل شامل حال او خواهد شد.» همچنین مواد ۱۲۹، ۱۳۵، ۲۱۰، ۲۷۰ هر کدام به نوعی بیانگر مفهوم مزبور هستند.

ج - قانون ثبت اسناد

ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ بیان می‌دارد: «همین که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید، دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی را که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده ... مالک خواهد شناخت.» همان‌گونه که از متن ماده مشخص است، این ماده قانونی در خصوص بطلان، صحت و یا عدم نفوذ این معامله تصریحی ندارد، بلکه

۱. خدابخشی، عبدالله، «تحلیلی دیگر از ماده ۲۲ ثبت اسناد و املاک»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۴،

شماره ۷۴، پاییز ۱۳۸۹، ص. ۱۸.

صرفاً این موضوع را بیان می‌دارد که قراردادی که دارای سند عادی است را نمی‌توان در مقابل دولت مورد استناد قرار داد.

به بیان دیگر «قانون در خصوص رابطه طرفین حکمی ندارد و نمی‌توان ادعا نمود که نظر قانون بر بطلان آن است، زیرا در قانون در مقام بیان است و انتساب یکی از وضعیت‌های بطلان یا صحت به قرارداد دارای سند عادی به سکوت برگزار شده است.»^۱ برخی از نویسندگان بیان داشته‌اند که، منظور از «دولت» در این ماده تمام اشخاص حقوقی است که به نحوی در مقام مسئولیت‌های عمومی هستند، و این مفهوم را نیز توسعه داده‌اند، به نحوی که شامل تمام اشخاص ثالثی که خارج از طرفین قرارداد دارای سند عادی هستند، می‌شود. ایشان بیان می‌دارند این که دولت مالکیت مبتنی بر رابطه طرفینی را به رسمیت نمی‌شناسد، به طریق اولی افراد حقیقی و حقوقی دیگر نیز آن را به رسمیت نخواهند شناخت؛ زیرا این شناسایی مستلزم آن است که به دولت (دادگاه) مراجعه کرده و خواستار شناسایی شوند، در حالی که، بنابر منطوق و نص ماده ۲۲ مذکور دولت [دادگاه] از این امر ممنوع است.

در همین راستا می‌توان به مواد ۱۱۴، ۴۳، ۴۵ و ۱۱۵ قانون ثبت اسناد و املاک نیز اشاره کرد. همچنین در قوانین جدید نیز این رویکرد مشاهده می‌شود. به عنوان نمونه در ماده ۴۸ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۷ مهر ۱۳۸۶ راجع به «هرگونه تغییر در مالکیت اختراع، ثبت صنعت یا ثبت علائم تجاری یا علامت جمعی یا حق مالکیت ناشی از تسلیم اظهارنامه مربوط، به درخواست کتبی هر ذی‌نفع از اداره مالکیت صنعتی انجام شده و به ثبت می‌رسد و جز در مورد تغییر مالیکت اظهارنامه، توسط اداره مذکور آگهی می‌شود. تأثیر این‌گونه تغییر نسبت به اشخاص ثالث منوط به تسلیم درخواست مذکور است.» همچنین ماده ۵۰ همان قانون به نوعی بیانگر مفهوم مزبور است. همچنین در این راستا می‌توان به ماده ۱۷ و ۱۸ قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۲ دی ۱۳۸۹ اشاره کرد.

۲-۴-۲. در محاکم دادگستری

حتی در آرای محاکم داخلی نیز می‌توان مواردی را مشاهد کرد که به «غیرقابل استناد» توجه داشته‌اند.^۲

۱. همان، ص. ۱۳.

۲. دادنامه شماره ۸۹۰۹۹۷۵۱۱۳۰۰۹۱۶ مورخ ۱۳۸۹/۷/۲۹ موضوع پرونده شماره ۸۹۰۲۶۶ شعبه سی‌وپنجم دادگاه عمومی مشهد؛ دادنامه ۸۹۰۹۹۷۵۱۱۵۳۰۱۳۹۸ مورخ ۱۳۸۹/۱۰/۲۸ موضوع پرونده شماره ۸۹۰۵۸۳ شعبه سی‌وپنجم دادگاه عمومی مشهد؛ دادنامه شماره ۴۲۱۲ مورخ ۱۳۷۵/۱۱/۱۱ شعبه ۶ دادگاه عمومی شهرستان اصفهان؛ پرونده کلاسه ۲۶۴/۳۶/۸۶ و ۷۸۳ شعبه ۳۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران.

۲-۴-۳. در دکتربین حقوقی

در لسان اساتید و حقوق دانان بزرگ داخلی نیز عبارت مزبور به کار رفته و مشاهده می‌شود. به عنوان نمونه برخی از اساتید در توضیح معامله به قصد فرار از دین این گونه بیان داشته‌اند: «عدم نفوذ نسبی معامله بدهکار، با اینکه در حقوق مدنی نامتعارف به نظر می‌رسد، در ادبیات حقوقی ما بیگانه نیست. چنانچه در افلاس، هرگاه مدیون اقرار به دینی کند که مستند به معامله بعد از حکم است، به نظر فقها این معامله در رابطه میان طرف محجور و طرف قرارداد نافذ است ولی در برابر طلبکار نفوذ ندارد و به همین جهت طلبکار آن معامله نمی‌تواند در زمره غرما طلب خود را وصول کند. همچنین است، هرگاه مفلس مالی را بخرد و ثمن را بر ذمه خود قرار دهد یا صدیقی را برعهده بگیرد ... بدین ترتیب اعتبار و عدم نفوذ نسبی قرارداد یا «عدم قابلیت استناد» آن در حقوق ما مفهومی بیگانه و شگفت‌آور نیست.^۱

پس با توجه به توضیحات فوق مشخص شد که نهاد غیرقابل استناد برخلاف سخن برخی از نویسندگان^۲ آن چنان نهادی ناآشنا و نامأنوس در حقوق داخلی نیست.

۲-۴-۳. تفاوت وضعیت مراعی با وضعیت غیرقابل استناد

با توجه به تعریف و توضیح هرچند مختصری که در زمینه وضعیت عدم قابلیت استناد ارائه شد، تفاوت آن با نهاد وضعیت مراعی روشن می‌شود. با این توضیح که، اگرچه ضمانت اجرای وضعیت مراعی در قراردادها اصولاً به جهت حمایت از اشخاص ثالث بنا نهاده شده است و از این جهت با وضعیت عدم قابلیت استناد وجه مشترک دارد، اما توجه به این امر ضروری است که این موضوع، تنها هدف ایجاد وضعیت مراعی نیست؛ بلکه در وضعیت حقوقی مراعی هدفی چه بسا مهم‌تر دنبال می‌شود که جلوگیری از بی‌اعتباری بدون جهت در قرارداد است. با این توضیح که در مراعی، حقوق اشخاص ثالث حفظ خواهد شد و دلیلی وجود ندارد که خواسته شود اختیار برهم زدن قرارداد را به ثالث داده شود. به بیانی بهتر وضعیت مراعی جمع میان حقیق است نه آنکه به دلیل حمایت از یک طرف قرارداد ایجاد شده باشد. بنابراین با این توضیح سخن برخی از اساتید که قائل به برابری «وضعیت غیرقابل استناد» برابر با نهاد بومی «عدم نفوذ مراعی» هستند، قابل ایراد است.^۳ این دو وضعیت با یکدیگر متفاوت هستند، زیرا در وضعیت مراعی، عقد صحیح تلقی می‌شود، اما نه آن گونه که کلیه آثار عقد صحیح بر آن مترتب شود، زیرا در این وضعیت، مقتضی عقد موجود است، اما احتمال تأثیر و یا عدم تأثیر مانع سبب شده که مانع نادیده گرفته شود موجب تضرر شخص ثالث خواهد بود. به عنوان نمونه «در صورتی که عقد واقع شده در وضعیت مراعی به سر ببرد اصولاً تسلیم مال مورد قرارداد به

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، منبع پیشین، ص. ۲۹۱.

۲. کریمی، عباس، منبع پیشین، ص. ۱۶۴.

۳. همان.

خریدار، عمدتاً در تعارض با حقوق ثالث است. اما در وضعیت غیرقابل استناد به جهت آنکه قرارداد واقع شده میان طرفین صحیح تلقی می‌شود، تسلیم مال به خریدار با مانع جدی روبه‌رو نخواهد بود.^۱ از سوی دیگر در وضعیت مراعی، رد شخص ثالث و نادیده انگاشتن قرارداد بدو ترتیب اثر داده نمی‌شود، زیرا وضعیت قرارداد در این هنگام، مراعی به پرداخت دین و یا واقعه‌ای دیگر است نه آنکه مراعی به نظر شخص دیگر باشد. اما در وضعیت غیرقابل استناد با آنکه قرارداد منعقد شده میان طرفین صحیح تلقی می‌شود، اما شخص ثالث در هر زمان و بدون هیچ محدودیتی می‌تواند قرارداد میان طرفین را نادیده بگیرد.

اگر منافع اشخاص ثالث ایجاب کند، آنان همواره می‌توانند به عمل استناد کنند، زیرا غیرقابل استناد بودن برای حمایت از آنها است. پس این ضمانت اجرا همواره از سوی شخصی خارج از طرفین عمل حقوقی طلب می‌شود. پس قانون‌گذار قصد دارد از عدم اطلاع شخص ثالث نسبت به قرارداد واقع شده، حمایت نماید. بدیهی است که با رجوع ثالث در هر زمان، اصولاً می‌باید مال مورد قرارداد را اخذ نماید. اما قرارداد مزبور همچنان پا برجا است. در این حالت خریدار با حسن نیت حق رجوع به فروشنده نسبت به خسارت وارده را دارد. این خسارت بایستی از جانب شخصی پرداخت شود که عمل وی موجب دوگانگی بین مالکیت واقعی و ظاهر فریبنده شده است. اما در وضعیت مراعی به تبعیت از فقه اسلامی تا آنجا که ممکن است حمایت قانون‌گذار از طریق سلطه بر عین قرارداد محقق می‌شود؛ به نحوی که عین مورد قرارداد به عنوان تضمین حقوق ثالث قرار می‌گیرد. در نتیجه قرارداد واقع شده میان طرفین قرارداد، تمامی آثار عقد صحیح را به دنبال خواهد داشت.

در وضعیت عدم قابلیت استناد به دلیل آنکه قرارداد واقع شده میان طرفین صحیح تلقی می‌شود، تسلیم مال به خریدار با مانع جدی مواجه نخواهد بود. از طرف دیگر، در وضعیت مراعی، نظر یا رد شخص ثالث و نادیده گرفتن قرارداد بدو ترتیب اثر داده نمی‌شود، زیرا در این وضعیت، قرارداد مراعی به پرداخت دین یا واقعه‌ای دیگر است نه آنکه مراعی به نظر و عمل شخص ثالث باشد. در مقابل در وضعیت غیرقابل استناد شخص ثالث در هر زمان و بدون هیچ‌گونه محدودیتی می‌تواند قرارداد میان طرفین را نادیده بگیرد. بنابراین در وضعیت غیرقابل استناد با رجوع ثالث و نادیده گرفتن قرارداد، اصولاً می‌بایست مال مورد قرارداد به او مسترد شود. با توجه به توضیحات فوق به نظر می‌رسد به کار بردن این دو نهاد حقوقی در معنی یکسان و مترادف سبب خلط در مباحث حقوقی و پیچیده شدن مسائل حقوقی می‌شود. امری که باید بیشتر مورد توجه واقع شود. چراکه یکی از وظایف اصلی حقوق دانان در وهله نخست به کار بردن اصطلاح‌های حقوقی در جایگاه خود است.

۱. ساعت‌چی، علی، «تظریه عمومی وضعیت مراعی در اعمال حقوقی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شهریور ۱۳۹۲، ص. ۴۰.

نتیجه‌گیری

با تتبع در منابع فقهی و حقوقی و بررسی نظریات مختلف مشخص شد که در حقوق قراردادهای ضمانت اجرای عقود اصولاً از سه حالت صحت، بطلان و عدم نفوذ خارج نیست؛ اما بعضاً در قرارداد با شرایطی روبه‌رو می‌شویم که در آن مقطع زمانی تصمیم‌گیری در خصوص وضعیت صحت یا بطلان آن عمل حقوقی دشوار است. با این توضیح با توجه به شرایط عمل حقوقی نمی‌توان به طور قاطع نظر به بطلان، صحت یا عدم نفوذ داد و باید منتظر بود. این وضعیت حقوقی که با حالتی از تزلزل همراه است، در منابع فقهی تحت عنوان «وضعیت مراعی» مورد بررسی واقع و عنوان‌گذاری شده است. همان‌گونه که شرح آن در طول تحقیق گذشت، معنی اصطلاحی «مراعی» از معنی لغوی آن دور نیافتاده و به همان معنی صبر و انتظار جهت مشخص شدن وضعیت عمل حقوقی مورد استفاده واقع شده است.

در «وضعیت مراعی» مقتضی قرارداد شکل گرفته و به بیان دیگر اصولاً قرارداد ایجاد شده است، ولی با مانعی روبه‌رو است، یا به بیان دیگر در مرحله مانع با مشکل برخورد نموده است و باید به انتظار نشست تا وضعیت عمل حقوقی مزبور مشخص شود. این وضعیت حقوقی با نهادها و مفاهیم مشابه مقایسه شد و به بیان تفاوت‌ها و شباهت‌های آنها پرداخته شد. وضعیت غیرقابل استناد بودن عمل حقوقی (عدم قابلیت استناد) بیشتر از هر مفهومی به «وضعیت مراعی» نزدیک و شباهت داشت و حتی برخی از اساتید این دو اصطلاح را مترادف تلقی کرده بودند. با این توضیح که «وضعیت غیرقابل استناد بودن» نهادی خارجی و متعلق به حقوق فرانسه و «وضعیت مراعی» نهادی بومی و متعلق به حقوق اسلامی است. در طول تحقیق با توجه به مستندات خود نظر بر آن داشتیم که این دو وضعیت حقوقی متفاوت بوده و هرکدام بیانگر وضعیتی خاص و با شرایطی خاص هستند. هرچند مابین این وضعیت‌ها شباهت‌هایی وجود دارد ولی بی‌شک نمی‌توان این دو را مترادف دانست.

نکته دیگر اینکه وضعیت مراعی با حالتی از تعلیق همراه است، که با وصف کاشفیت همراه است. با این توضیح که عمل حقوقی موضوع مراعی در وعده زمانی مشخص کشف می‌شود که عمل حقوقی مزبور از روز اول صحیح بوده یا اینکه باطل بوده است.

نکته پایانی که مبنای انتخابی وضعیت مراعی برای بسیاری از احکام نیز می‌تواند باشد، جمع‌حقیق است. با این توضیح که در وضعیت مراعی فقط به حقوق یکی از طرفین توجه نمی‌شود، بلکه حقوق طرفین مدنظر قرار می‌گیرد و با مشخص شدن وضعیت مرحله مانع مشخص می‌شود که آیا عمل حقوقی اثر مقتضی و مانع را کامل خواهد داشت یا بر عکس با برطرف نشدن مقتضی عقد اثر خود را نمی‌گذارد و عمل حقوقی باطل می‌شود.

منابع

- امینی، منصور، «نقش ثبت سند در بیع مال غیرمنقول در حقوق فرانسه و بررسی قابلیت پذیرش آن در حقوق ایران»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۹، ۱۳۸۸.
- انصاری، مرتضی، رساله فی قاعده نفی الضرر، تبریز، مطبعه اطلاعات، چاپ دوم، ۱۴۱۱ ق.
- _____، مکاسب، تبریز، مطبعه اطلاعات، چاپ دوم، ۱۳۷۵.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، المغنی، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۴ ق.
- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، انتشارات اسلامی، چاپ هشتم، ۱۳۷۰.
- بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، نشر طه، ۱۳۸۰.
- توحیدی تبریزی، محمدعلی، مصباح الفقاهه فی المعاملات، نجف، مطبعه الحیدریه، ۱۳۷۴.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، جلد پنجم، نشر گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۸۵.
- _____، حقوق مدنی (رهن و صلح)، چاپ دوم، نشر گنج دانش، ۱۳۷۰.
- _____، فلسفه اعلی در علم حقوق، چاپ اول، نشر گنج دانش، ۱۳۸۲.
- حائری شهاباغ، سیدعلی، حقوق مدنی، نشر گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۲.
- حسینی عاملی، سید محمدجواد، مفتاح الکرامه فی شرح القواعد العلامه، دار الاحیاء التراث العربی، ۱۴۱۹ ق.
- حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن (محقق حلی)، شرایع الاسلام، نشر استقلال، چاپ چهارم، ۱۴۱۵ ق.
- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی)، تبصره المتعلمین، نشر وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، ۱۴۱۱ ق.
- خدابخشی، عبدالله، «تحلیلی دیگر از ماده ۲۲ ثبت اسناد و املاک»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۴، شماره ۷۴، پاییز ۱۳۸۹.
- ساعتچی، علی، «نظریه عمومی وضعیت مراعی در اعمال حقوقی»، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شهریور ۱۳۹۲.
- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، آثار قراردادهای و تعهدات، انتشارات مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۳.
- صفایی، سید حسین، قواعد عمومی قراردادهای، نشر میزان، چاپ چهارم، ۱۳۸۵.
- طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن (شیخ طوسی)، الخلاف، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۱ ق.

- _____، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، به کوشش محمدتقی دانش‌پژوه، نشر دانشگاه تهران، ۱۴۳۴ ق.
- عدل، مصطفی، حقوق مدنی، نشر امیرکبیر، چاپ هفتم، ۱۳۲۴.
- قبولی درافشان، سید محمد مهدی، «مفهوم و مبانی قابلیت استناد قرارداد»، فصلنامه حقوق، دوره ۴۰، شماره یک، بهار ۱۳۸۹.
- کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۷۱.
- _____، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوازدهم، ۱۳۹۰.
- _____، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ دوم، ۱۳۷۶.
- _____، حقوق مدنی، معاملات معوض - عقود تملیکی، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ ششم، ۱۳۷۶.
- کریمی، عباس، «تلاشی برای ساماندهی نظریه عدم نفوذ مراعی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵۸، تابستان ۱۳۹۱.
- مذاکرات و آراء هیئت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۷۶، دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان عالی کشور، ۱۳۷۸.
- مذاکرات و آراء هیئت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۷۷، جلد چهارم، دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان عالی کشور، ۱۳۸۰.
- مقدس اردبیلی، احمد، مجمع الفایده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
- مکی عاملی، محمد بن جمال‌الدین (شهید اول)، الدروس، نشر صادقی، بی تا.
- موسوی خمینی، سید روح‌الله (امام خمینی)، تحریر الوسیله، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوازدهم، ۱۳۷۳.
- _____، کتاب البیع، جلد دوم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ ق.
- موسوی سبزواری، عبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان احلال و الحرام، مطبعه الادب، ۱۴۰۳ ق.
- میرزائاد جویباری، اکبر، «وضعیت قرارداد فروش مال مرهونه (بطلان، عدم نفوذ یا عدم قابلیت استناد)، فصلنامه حقوق، دوره ۴۱، شماره دوم، تابستان ۱۳۹۰.
- میرزای نائینی، منیه الطالب فی شرح المکاسب، جلد دوم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۱ ق.
- نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۲۲ و ۲۷ و ۲۸، چاپ هفتم، دار الاحیاء التراث العربی، ۱۴۰۴.
- یزدانیان، علیرضا، «بیع عین مرهونه توسط راهن از منظر فقه و حقوق مدنی»، مجله مقالات و بررسی‌ها، دفتر ۸۵، پاییز ۱۳۸۶.

-
- Cornu, Gerard, Vocabulaire Juridique, Paris Presses Universitaires de France, 3ème edition, 1992.
 - David, Rene , Les Contrats en Droit Anglais, Paris Press, 1973.
 - Duclos, Jose, L'opposabilité (Essai d'une Théorie Générale), Paris, LGDJ, 1984.
 - Gautier, Pierre; et Francois Pasqualini, Action Paulienne, Dalloz, 2006.
 - Ghestin, Jacques; Jamin, Christophe; et Marc Billiau, Traite de Droit Civil: Les Effets du Contrat, Paris, 3ème edition, 2001.
 - Malaurie, Phillippe, et Laurent Aynes, Cours de Droit Civil: Les Obligations, Paris, Editions Cujas, 6ème edition, 1995.
 - Marty, Gabriel; et Pierre Raynaud, Droit Civil: Les Obligations, Paris Press, 2ème edition, 1988.
 - Mazeaud, Henry, Leon et Jean, Leçons de Droit Civil, Premier Volume: obligations, Françoise Chabas, 9ème edition, 1998.
 - Savatier, Rene, La Théorie des Obligations, Dalloz, Paris, 3ème edition, 1974.

ایرادها و دفاع ماهوی

محمد مولودی*

ناهید صفری**

چکیده

مقاله حاضر درصدد تحلیل ماهیت ایرادهای ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی بر مبنای تقسیم‌بندی دفاعیات به شکلی و ماهوی است. هرچند ایرادهای مطرح‌شده در ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی را عموماً دفاع شکلی محسوب می‌نمایند، ولی تأمل بیشتر نشان می‌دهد که نمی‌توان ماهیت یکسانی برای تمامی ایرادهای مذکور قائل بود. دسته عمده‌ای از ایرادها هرچند قاعده شکلی محسوب شده و دفاع در برابر آنها دفاع شکلی است، ولی گاه اعمال و اجرای این ایرادها مستلزم به‌کارگیری قواعد ماهوی و ورود به وقایع و امور موضوعی دعوا است که این مسأله تأثیری در ماهیت آنها از حیث شکلی بودن ندارد. برخی از ایرادها نیز اگرچه ذاتاً جزء قواعد ماهوی محسوب می‌شوند، ولی چون در قانون شکلی به خدمت گرفته شده و مقدمه اجرای قوانین شکلی هستند، دفاع در برابر آنها نیز دفاع شکلی خواهد بود. اما تعدادی از ایرادها هم، ماهیتاً جزء قواعد ماهوی هستند و اصولاً دفاع در برابر آنها را باید دفاع ماهوی به حساب آورد؛ هر چند که در قانون آیین دادرسی مدنی با آنها همانند سایر ایرادها برخورد شده است.

کلیدواژه‌ها: دفاع شکلی، دفاع ماهوی، ایرادها، قواعد شکلی، قواعد ماهوی.

* عضو هیأت علمی دانشگاه بوعلی سینا همدان (نویسنده مسئول) mohammad.molodi@yahoo.com

andishe.ns@gmail.com

** عضو هیأت علمی دانشگاه مراغه

تاریخ دریافت: ۹۴/۰۲/۱۸ تاریخ پذیرش: ۹۴/۰۷/۰۸

حقوق دانان ایرانی پاسخ‌های دفاعی خوانده را به دفاع ماهوی، ایرادها و دعوای متقابل تقسیم کرده‌اند.^۱ تقسیم دفاع به گونه‌ای حصری به دو دسته شکلی و ماهوی سابقه چندانی ندارد و صرفاً مورد اشاره معدودی از نویسندگان قرار گرفته است.^۲ اما به باور ما، چون اصطلاح ایراد شامل تمامی دفاع‌های شکلی نشده و مصادیق آن محدود است، به دلایلی که بعداً ذکر خواهد شد، شایسته است به جای اصطلاح ایراد در تقسیم‌بندی دفاع، عنوان عام دفاع شکلی در مقابل دفاع ماهوی قرار گیرد. دعوای متقابل نیز مطابق ماده ۱۴۱ قانون آیین دادرسی مدنی جزء دعوای طاری و ماهیتاً دعوای محسوب شده و قرار دادن آن به عنوان یک راه دفاعی در کنار سایر طرق دفاعی که به نوعی تبعیت از نویسندگان فرانسوی بوده است^۳ و در حقوق آن کشور با توجه به نحوه تعریف این دعوای در ماده ۶۴ قانون آیین دادرسی مدنی خالی از قوت هم نیست،^۴ در حقوق دادرسی ما به دلایلی که در جای خود باید به آن پرداخت، توجیهی ندارد. بر این اساس می‌توان پاسخ‌های دفاعی خوانده را به دو دسته دفاع شکلی و ماهوی تقسیم کرد. دفاع ماهوی «به هر وسیله‌ای گفته می‌شود که هدف آن رد ادعاهای طرف مقابل به منظور جلوگیری از پیروزی او در ماهیت دعوای است.» از حیث قلمرو، دفاع ماهوی شامل دفاع در مقابل امور موضوعی و حکمی و دلایل اثبات دعوای می‌شود.^۵ در حقوق فرانسه نیز دفاع ماهوی به هر طریقی گفته شده است که در جهت رد ادعای حریف به علت غیرموجه بودن آن بعد از بررسی ماهیت حق به کار گرفته می‌شود.^۶ مشابه همین تعریف در ماده ۵۰ قانون اصول محاکمات مدنی لبنان دیده می‌شود که مورد اقبال و

۱. متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازگانی، جلد ۱، انتشارات مجد، ۱۳۷۸، ص. ۲۴۸؛ شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد ۱، انتشارات دراک، چاپ چهاردهم، ۱۳۸۵، ص. ۴۳۳؛ مدنی، جلال‌الدین، آیین دادرسی مدنی، جلد ۲، انتشارات گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۷۵، ص. ۴۱۳.

۲. زراعت، عباس؛ استادی، مونا؛ و فاطمه فلاح‌نژاد، آیین دادرسی مدنی، تهران، دانش‌پذیر، ۱۳۸۸، ص. ۳۰.

3. Perrot, Roger, Institutions Judiciaires, Paris, Montchrestien, 9ème edition, 2000, p.440; Vincent, Jean; et Serge Guinchard, Procédure Civile, Paris, Dolloz, 26ème edition, 2001, p. 176.

۴. ماده ۶۴ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه در تعریف دعوی متقابل می‌گوید دعوی متقابل درخواستی است که خوانده اصلی به منظور تحصیل فایده‌ای غیر از رد صرف خواسته طرف مقابل خود طرح می‌کند. عبارت «رد خواسته طرف مقابل» در این ماده بیانگر ماهیت دفاعی این دعوای در حقوق فرانسه است، در حالی که در ماده ۱۴۱ قانون آیین دادرسی مدنی ایران چنین قیدی گنجانده نشده است.

۵. ابوالوفا، احمد، اصول محاکمات المدنیة، بیروت، دارالجامیة، چاپ چهارم، ۱۹۸۹ م، ش. ۲۱۱؛ ساردویی‌نسب، محمد؛ مولودی، محمد؛ و جواد عیوضی، قلمرو دفاع ماهوی در دادرسی مدنی با نگرشی در حقوق تطبیقی، مجله پژوهش‌های فقهی، دوره نهم، ۱۳۹۲، ص. ۵۰.

۶. محسنی، حسن، ترجمه آیین دادرسی مدنی فرانسه، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۹۱، ص. ۱۰۱.

تأیید حقوق دانان این کشور قرار گرفته است.^۱ در تعریف دفاع شکلی نیز می‌توان گفت «دفاعی است که به استناد عدم رعایت مقررات شکلی و اجرایی به منظور جلوگیری از ورود دادگاه در رسیدگی به ماهیت دعوا به عمل می‌آید.» با توجه به این تعریف دفاع شکلی اولاً مستند به قواعد شکلی و اجرایی و به تعبیری قوانین شکلی است. ثانیاً به منظور ایجاد مانع موقت یا دائم یا بطلان عمل دادرسی مطرح می‌شود.^۲

در حقوق فرانسه در مقابل دفاع ماهوی، اصطلاح دفاع شکلی به کار نمی‌رود؛ بلکه دو عنوان ایراد دادرسی و دفاع عدم استماع مورد استفاده قرار می‌گیرد.^۳ با توجه به شباهت‌های اساسی میان این دو شیوه دفاعی در تقابل با دفاع ماهوی و امکان تطبیق عناصر اصلی دفاع شکلی بر آنها، در حقوق فرانسه نیز قرار دادن این دو راه دفاعی زیر عنوان دفاع شکلی، موجه و معقول به نظر می‌رسد. مطابق ماده ۷۳ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه ایراد دادرسی به هر جهتی گفته می‌شود که به منظور اعلام غیرقانونی بودن یا زوال دادرسی یا تعلیق جریان آن مطرح می‌شود. برابر ماده ۱۲۳ همان قانون، دفاع عدم پذیرش یا عدم استماع دعوا نیز به هر جهتی گفته می‌شود که درخواست طرف مقابل را بدون ورود در ماهیت به دلیل فقدان حق اقدام و سمت و نفع و گذشت مرور زمان از پیش مقرر شده و امر قضاوت شده غیرقابل پذیرش اعلام می‌کند.^۴ در حقوق فرانسه این شیوه دفاعی ماهیت مختلطی دارد: از جهتی به ایراد دادرسی شبیه است، زیرا در ماهیت وارد مناقشه نسبت به حق ادعایی رقیب نمی‌شود و از طرفی شبیه دفاع ماهوی است چون پذیرش آن موجب شکست همیشگی خواهان در دعوا می‌شود. به تعبیر دیگر، ایراد دادرسی مانع موقت و ایراد عدم استماع مانع دائمی در رسیدگی به دعوا ایجاد می‌کند.^۵

در مقابل، هرچند در قوانین برخی از کشورهای عربی همچون مصر و لبنان، به پیروی از قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه، راه‌ها و وسایل دفاعی به سه دسته دفاع ماهوی، دفاع اجرایی و دفاع عدم قبول تقسیم شده‌اند، ولی حقوق دانان این کشورها از اصطلاح دفاع شکلی یا اجرایی در برابر دفاع ماهوی به گونه‌ای رایج و مرسوم استفاده می‌نمایند.^۶

۱. حلمی الحجار، محمد، الوجیز فی اصول المحاکمات المدنیة، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ۱۴۲۸ ق، ص. ۵۰.

۲. ساردویی نسب، محمد؛ مولودی، محمد؛ و جواد عیوضی، منبع پیشین، ص. ۳۴.

۳. کوشه، ژراردو؛ لانگلد، جان؛ و دانیل لیو، آیین دادرسی مدنی فرانسه، ترجمه احمدعلی هاشمی، نشر دادگستر، ۱۳۹۱، ص. ۱۶۰.

۴. محسنی، حسن، ترجمه آیین دادرسی مدنی فرانسه، منبع پیشین، صص ۱۰۱ و ۱۱۳.

۵. کوشه، ژراردو؛ لانگلد، جان؛ و دانیل لیو، منبع پیشین، ص. ۱۶۴.

۶. ابوعید، الیاس، الدفوع الاجرائیه فی الاصول المحاکمات المدنیة والجزاییة، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ۲۰۰۴ م، ص. ۱۹؛ نعیم یاسین، محمد، نظریه الدعوی بین الشریعة الاسلامیه و قانون المرافعات المدنیة و التجاریة، اردن، دارالنفائس، ۱۴۲۰ ق، ص. ۵۹۴.

۱. دسته‌بندی قواعد شکلی

تقسیم‌بندی قواعد حقوقی به شکلی و ماهوی امری آشنا و مسبوق به سابقه بوده و همواره به عنوان ابزاری مهم در شناخت موضوعات مختلف حقوقی به کار گرفته شده است. این تقسیم‌بندی مبتنی بر این واقعیت است که قانون‌گذار در دو محور نیازمند وضع قانون و تنظیم روابط است: محور نخست، تنظیم روابط در جریان جاری و عادی جامعه است؛ یعنی جایی که بایدها و نبایدهای قانون‌گذار، بدون دعوا و تخصص، مراعات می‌شود. به این دسته از مقررات، قوانین ماهوی یا موجد حق گفته می‌شود.^۱ قواعد ماهوی حقوقی اصولاً در این قوانین مطرح می‌شوند. محور دوم، تنظیم روابط در مقام مخاصمه و دعواست؛ ارتباطها و کنش‌های مردم، همیشه آن‌چنان‌که انتظار می‌رود، جریان نمی‌یابد. در پاره‌ای موارد، امر و نهی قانون‌گذار و خطوط ترسیمی او در تنظیم مناسبات نادیده گرفته شده و موجب تضییع حقوق دیگران می‌شود. بروز اختلاف و ابهام در خصوص تضییع و انکار حق، بستر پدید آمدن روابطی است که باید با دقت و حساسیت تنظیم شوند تا موقعیت اشخاص حالت طبیعی و عادی خود را باز یابد و حقوق و تکالیف به چارچوب‌های پیش‌بینی‌شده توسط قانون برگردند. بر این اساس، هر مقرره‌ای که قانون‌گذار در خصوص تنظیم رابطه طرف‌های اختلاف با یکدیگر، ارتباط آنها با مرجع رسیدگی‌کننده، اعطای صلاحیت و تعیین شیوه رسیدگی مرجع مزبور وضع نماید، قانون شکلی نام می‌گیرد، که قانون تضمین‌کننده، قانون آیینی (مربوط به دادرسی)، قانون ثانوی^۲ و قانون کاشف نیز به آن اطلاق شده است.

قوانین شکلی، در معنای عام خود نه تنها به مقررات و تشریفات مربوط به آیین دادرسی، بلکه اصولاً به تمام قوانین فاقد جنبه‌های ماهوی اطلاق می‌گردد و هر مقرره‌ای که در آن شرایط خارجی و تشریفات مورد نظر بوده و به تعبیری «مظروف حقوقی واقعی نداشته باشد»^۳ قانون شکلی به شمار می‌رود. قواعد شکلی اصولاً در قوانین موسوم به شکلی مطرح می‌شوند که مصداق بارز قانون شکلی، قانون آیین دادرسی مدنی است. از حیث فن قانون‌گذاری و قانون‌نویسی قاعداً باید قواعدی در قانون شکلی آیین دادرسی مطرح شوند که جنبه شکلی و غیرماهوی دارند. اگر تمامی قواعد مندرج در قانون آیین دادرسی مدنی جنبه شکلی داشتند، به آسانی اعلام می‌کردیم که هر دفاعی که مستند به نقض قواعد مندرج در قانون آیین دادرسی مدنی

۱. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، شرکت سهامی انتشار، چاپ سی و هفتم، ۱۳۸۰، ص. ۱۵۶.

۲. هارت، هربرت، مفهوم قانون، ترجمه محمد راسخ، نشر نی، چاپ دوم، ۱۳۹۰، صص. ۱۳۹ و بعد.

۳. دل وکیو، جورجو، فلسفه حقوق، ترجمه جواد واحدی، تهران، میزان، ۱۳۸۰، ص. ۸۵.

باشد، دفاع شکلی محسوب می‌شود. اما تأمل در ماهیت قواعد مطرح‌شده در این قانون نشان می‌دهد که تمامی آنها از حیث ذات و گوهر یکسان نبوده و می‌توان بر مبنای ماهیت این قواعد، آنها را در سه دسته به شرح زیر طبقه‌بندی کرد.

۱-۱. قواعدی که ذاتاً شکلی هستند

قسمت عمده مقررات دادرسی از جمله قواعد مربوط به دادخواست و ابلاغ و صلاحیت و اقسام آرا و راه‌های شکایت از آنها در این دسته قرار می‌گیرند. نکته ظریف و دقیق مسأله این است که شکلی بودن این قواعد مانع از تعامل و ارتباط آنها با قواعد ماهوی و امور موضوعی و وقایع دعوا نیست، زیرا در موارد زیادی فهم این قواعد یا اجرای صحیح آنها مستلزم مراجعه به قوانین ماهوی و یا رسیدگی به وقایع و امور موضوعی است. برای مثال فهم و اعمال صحیح قاعده شکلی صلاحیت محلی، موکول به شناخت اقامتگاه است که برای دانستن مفهوم اقامتگاه و اقسام آن ناگزیر از مراجعه به قواعد ماهوی حقوق مدنی هستیم؛ ضمن اینکه احراز اقامت در محل معین، منوط به بررسی فعالیت شغلی و سکونت شخص در آن محل است که پرداختن به آن نیازمند رسیدگی به امور موضوعی خواهد بود. درست است که رسیدگی دادگاه به قواعد ماهوی و بررسی امور موضوعی از رسیدگی شکلی فاصله گرفته و وارد قلمرو رسیدگی ماهوی می‌شود، اما باید به خاطر داشت که این قسم از رسیدگی ماهوی چون مقدمه اعمال قواعد شکلی دادرسی است، با رسیدگی ماهوی به معنای اخص خود که به مقوله احراز بی‌حق از ذی‌حق مربوط می‌شود، کاملاً متفاوت بوده و از اختلاط آنها با یکدیگر باید احتراز جست. بنابراین باید به یاد داشته باشیم که در عرصه دادرسی ممکن است با دو نوع یا دو مرحله رسیدگی ماهوی روبه‌رو شویم: یک رسیدگی ماهوی که گاهی مقدمه‌ای برای تشخیص شرایط اقامه دعوا و فهم و اجرای قواعد شکلی دادرسی است و رسیدگی ماهوی دیگری که پس از فراهم آمدن بستر و زمینه شکلی آن بر اساس قواعد دادرسی، به تشخیص بی‌حقی یا ذی‌حقی خواهان در ماهیت دعوا مربوط می‌شود و نتیجه دادرسی از حیث تعیین حاکم و محکوم دعوا بر اساس آن مشخص می‌شود.

۱-۲. قواعد ذاتاً ماهوی که زمینه و مقدمه‌ای برای اجرای قواعد

شکلی هستند

این دسته که مصادیق آن هم زیاد نیست، شامل قواعدی است که ذاتاً ماهوی محسوب می‌شوند، ولی چون اعمال و اجرای قواعد شکلی موکول به وجود و به‌کارگیری آنها است، ناگزیر در قانون شکلی هم مطرح و به خدمت گرفته شده‌اند. اهلیت و سمت

دو مورد از مصادیق عمده این گروه هستند. شکی نیست که برای اقامه دعوا و دفاع و یا هر اقدام دیگری در جریان دادرسی، اصولاً سمت و اهلیت لازم است، ولی این امور از حیث ذات و ماهیت، قواعد ماهوی هستند که مفهوم و مصادیق و شرایط آنها در قوانین ماهوی از جمله قانون مدنی مورد طرح و شرح قرار می‌گیرند. اما آیا می‌توان گفت دفاع عدم اهلیت یا محرز نبودن سمت دفاع ماهوی است؟ بر مبنای ضابطه‌ای که برای تشخیص قاعده شکلی از ماهوی در حوزه دادرسی ارائه شده است و در دسته سوم ذیلاً به آن خواهیم پرداخت، باید بپذیریم که دفاع در برابر این امور هم دفاع شکلی محسوب می‌شود.

۱-۳. قواعد ذاتاً ماهوی که موجب تشخیص ذی حق از بی حق می‌شوند

دلایل و انگیزه‌های مختلفی باعث می‌شود که گاهی در قانون شکلی، قواعدی گنجانده شود که ذاتاً ماهوی بوده و بر خلاف دسته قبلی مقدمه و مقوم امور شکلی هم محسوب نشوند. از جمله این دلایل می‌توان به برطرف کردن خلاهای قانون ماهوی و یا هماهنگی با فقه اسلامی و پیروی از اندیشه‌های فقهی اشاره کرد. ادامه به ایرادهای که مصداق این دسته هستند، اشاره خواهیم کرد، اما نکته مهم، معیار تمیز این دسته از قواعد دسته دوم است. به نظر می‌رسد معیار قاطع و نهایی در این زمینه تأثیر این قواعد در تشخیص بی حق از ذی حق در محاکمه باشد؛ بدین معنا که اگر اعمال و اجرای قاعده‌ای منجر به تمیز بی حق از ذی حق گردد، آن قاعده ماهوی و جزء دسته سوم محسوب می‌شود؛ ولی قاعده‌ای که اجرای آن صرفاً بستر و زمینه رسیدگی ماهوی را فراهم آورد و خود مستقیماً در تشخیص حقانیت یا عدم حقانیت مدعی در مورد خواسته دعوا کمکی به دادگاه ننماید، از مصادیق دسته دوم خواهد بود.

۲. تحلیل ماهیت ایرادها بر مبنای دسته‌بندی مذکور

در پرتو معیارهای مطرح‌شده در خصوص تفاوت دفاع ماهوی و شکلی و بر مبنای دسته‌بندی سه‌گانه قواعد موجود در قانون آیین دادرسی مدنی، مصادیق ماده ۸۴ این قانون با تأکید بیشتر بر دسته سوم، به شرح زیر مورد تحلیل و بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۱. ایرادهایی که قاعده شکلی هستند

ایرادهایی که می‌توان در این دسته قرار داد عبارتند از ایراد به صلاحیت، ایراد امر مطروحه و دعوای مرتبط، ایراد امر قضاوت‌شده، ایراد عدم توجه دعوا به خواننده و ایراد اقامه دعوا خارج از موعد مقرر. ایراد جزئی نبودن دعوا را نیز باید در این دسته قرار داد،

زیرا علی‌رغم اختلاف نظرهایی که در میان فقها و حقوق‌دانان راجع به مفهوم جزم و ماهیت این ایراد وجود دارد،^۱ باید پذیرفت که بند ۹ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی مدنی با ذکر عبارت «دعوا جزمی نبوده ...» جزم را وصف دعوا و به تعبیر دقیق‌تر وصف صیغه دعوا دانسته و در نتیجه قاعده مندرج در این بند را یک قاعده شکلی مربوط به اقامه دعوا و رسیدگی به آن معرفی کرده است. پیش از این نیز گفتیم که شکلی بودن این قواعد مانع از تعامل و ارتباط آنها با قواعد ماهوی و امور موضوعی و وقایع دعوا نیست، زیرا در موارد زیادی فهم این قواعد یا اجرای صحیح آنها مستلزم مراجعه به قوانین ماهوی و یا رسیدگی به وقایع و امور موضوعی است. موارد زیر مثال‌هایی برای تأیید این مدعا هستند.

در خصوص ایراد عدم صلاحیت، در موارد بسیاری دادگاه در جهت تشخیص این مسأله که صالح است یا خیر، مجبور به ورود به امور موضوعی و قواعد ماهوی می‌شود. برای مثال فهم و اعمال صحیح قاعده شکلی صلاحیت محلی در بعضی موارد موکول به شناخت مال غیرمنقول است که برای دانستن مفهوم و اقسام مال غیرمنقول ناگزیر از مراجعه به قواعد ماهوی حقوق مدنی هستیم. ضمن اینکه، احراز نوع و محل وقوع مال غیرمنقول، گاهی منوط به بررسی‌های عینی و محلی است که پرداختن به آن محتاج رسیدگی به امور موضوعی خواهد بود. ماده ۷۷ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه در خصوص ایراد به صلاحیت، تصریح به ارتباط صلاحیت با امور موضوعی کرده و مقرر می‌دارد: «هنگامی که دادرس در ماهیت دعوا رأی صادر نمی‌کند، ولی تعیین صلاحیت به مسأله ماهوی وابسته است، دادگاه باید در منطوق رأی پیرامون این مسأله ماهوی و صلاحیت دادگاه به شکل جداگانه تصمیم بگیرد.» عبارت «تعیین صلاحیت به مسأله ماهوی وابسته است» حکایت از ارتباط قاعده شکلی صلاحیت با امور موضوعی دارد.

در ایراد امر قضاوت‌شده نیز، چون پذیرش ایراد مستلزم این است که موضوع و سبب و اصحاب هر دو دعوا یکسان باشند،^۲ گاه دادگاه برای احراز این سه رکن مجبور به ورود در امور ماهوی و موضوعی دعوا می‌شود. برای مثال، خواسته‌ای با عنوان تخلیه بر مبنای تعدی و تفریط مطرح شده است که در آن، خواهان ادعا می‌کند که خوانده بدون اجازه وی، زیرزمینی در محل تجاری احداث کرده و به این خواسته رسیدگی و حکم قطعی به رد آن صادر شده است. موجد مجدداً دعوایی با خواسته تخلیه به استناد

۱. حلی، نجم‌الدین، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، جلد ۴، تهران، مؤسسه اسماعیلیان،

۱۴۰۸ ق. ص. ۷۳؛ آشتیانی، میرزا محمد حسن بن جعفر، کتاب القضاء، جلد ۲، قم، انتشارات زهیر، ۱۴۲۵ ق.

ص. ۱۴۸؛ کریمی، عباس، آیین دادرسی مدنی، انتشارات مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۹، ص. ۲۱۳.

۲. شمس، عبدالله، منبع پیشین، صص. ۴۶۰ - ۴۵۹.

تعدی و تفریط و ایجاد زیرزمین در مغازه اقامه کرده است. احراز اینکه زیرزمین و مغازه محل احداث آن در این پرونده، همان زیرزمین احداث شده در مغازه موضوع دعوای مختومه سابق است، مستلزم ورود در امور موضوعی و وقایع دعواست.

بدین سان، باید تمامی ایرادهای مذکور در این دسته را قاعده شکلی و دفاع در برابر آنها را هم دفاع شکلی محسوب کرد، خواه اجرای این قواعد شکلی با قواعد ماهوی و امور موضوعی در ارتباط باشند یا خیر؛ زیرا چنان که گفتیم این قسم از رسیدگی ماهوی چون مقدمه اعمال قواعد شکلی دادرسی است، از حیث آثار و احکام با رسیدگی ماهوی به معنای اخص خود که به مقوله احراز بی حق از ذی حق مربوط می شود، کاملاً متفاوت است. همچنین، این گفته بعضی از حقوق دانان که تعدادی از ایرادها از جمله ایراد امر قضاوت شده، ایراد مرور زمان و ایراد عدم توجه دعوا به خواننده را دارای وصف دفاعی دانسته و آنها را اصولاً دفاع (ماهوی) محسوب کرده اند^۱ نیز باید از همین منظر توجیه و تعلیل شود.

۲-۲. ایرادهای ذاتاً ماهوی که اعمال قواعد شکلی موکول به استناد به

آنها است

دسته دوم قواعد مطرح شده در قانون دادرسی مدنی آنهایی بودند که ذاتاً قاعده ماهوی محسوب می شدند، اما چون اعمال و اجرای قواعد شکلی موکول به وجود و به کارگیری آنهاست، ناگزیر در قانون شکلی هم مطرح و به خدمت گرفته شده اند. با نگاهی به ایرادهای مندرج در ماده ۸۴ به آسانی می توانیم ایراد به اهلیت و سمت را تحت شمول این دسته قرار دهیم. می دانیم که اهلیت اساساً موضوعی ماهوی است و محل اصلی و اولیه طرح و شرح مفهوم و مصادیق و شرایط آن قانون مدنی است. برابر قواعد ماهوی، دارا شدن حق دادخواهی، بسان سایر حقوق، موکول به اهلیت تمتع بوده و اجرای این حق که با اقدامی به نام اقامه دعوا صورت می بندد، نیازمند اهلیت استیفاست. بدین سان، اجرای این قاعده کلی که اعمال هر حقی به اهلیت استیفا نیاز دارد، مقنن دادرسی مدنی را وادار کرده است که به ضرورت وجود اهلیت برای اقامه دعوا و رسیدگی به آن، البته با پیش بینی ایراد به اهلیت در بند ۳ ماده ۸۴، تصریح کند. مکمل اهلیت استیفا، در خیلی از موارد، بحث سمت و نمایندگی است. کسانی که اهلیت استیفا ندارند، برای اجرای حقوق خود محتاج نماینده اند. مفهوم و اقسام نمایندگی و حدود اختیارات نمایندگان عمدتاً در قوانین ماهوی مطرح می شود. بند ۵ ماده ۸۴ نیز از اصطلاح «نمایندگی» استفاده کرده و مقرر می دارد: «کسی که به عنوان

۱. متین دفتری، احمد، منبع پیشین، ص. ۲۵۱.

نماینده‌گی اقامه دعوا کرده از قبیل وکالت یا ولایت یا قیمومت و سمت او محرز نباشد». تردیدی وجود ندارد که نمایندگی و مطالب مربوط به آن هم اساساً مقوله‌ای ماهوی است و ضروت حمایت از محجورین و نیز اشخاص دارای اهلیتی که خود شخصاً قادر یا مایل به دخالت در دادرسی نیستند، مقنن را وادار به استفاده از این قواعد در قانون آیین دادرسی مدنی کرده است. البته به‌کارگیری عنوان «سمت» برای مباحث نمایندگی در حقوق دادرسی، ماهیت این موضوع را تغییر نداده و آن را تبدیل به مقوله‌ای صرفاً شکلی نمی‌کند.

در نظام‌های حقوقی فرانسه و لبنان نقش و دخالت قواعد ماهوی، از قبیل اهلیت و سمت که مقدمه و مقوم اجرای قواعد شکلی هستند، تحت عنوان بطلان اعمال به دلیل نقص ماهوی بروز و انعکاس پیدا کرده است. توضیح اینکه در حقوق این کشورها^۱ یکی از عوامل بطلان اعمال و اقدامات دادرسی، عدم رعایت قواعد ماهوی در اجرا و به‌کارگیری قواعد شکلی دادرسی است که از جمله این قواعد ماهوی، اهلیت و سمت محسوب می‌شوند.^۲ ضمانت اجرای عدم رعایت این دسته از قواعد ماهوی در حقوق این کشورها، امکان ایراد بطلان است که در زمره ایرادهای دادرسی و نوعی دفاع شکلی به حساب می‌آید.

در حقوق ایران نیز باید دفاع فقدان سمت و اهلیت را دفاع شکلی دانست، زیرا از لحاظ قانونی، ضمانت اجرای آنها امکان طرح ایراد است و ایراد هم نوعی دفاع شکلی است. از سوی دیگر، از منظر حقوقی، بر مبنای ضابطه‌ای که برای تمییز دفاع شکلی از ماهوی ارائه شد، چون این امور کمکی به دادگاه در تشخیص بی‌حق از ذی‌حق نمی‌کنند، نمی‌توان آنها را دفاع ماهوی محسوب کرد.

۲-۳. ایرادهایی که ذاتاً قاعده ماهوی هستند

به باور ما تعدادی از ایرادهای موضوع ماده ۸۴ در واقع ایراد یا دفاع شکلی نیستند و قواعدی ذاتاً ماهوی هستند که سر از قانون شکلی دادرسی در آورده و لباس ایراد به تن کرده‌اند؛ جامه‌ای که در برازنده بودن آن به قامت آنها تردید و اختلاف نظر وجود دارد. حال اگر این مدعای ما صحیح و صادق باشد، این پرسش مطرح می‌شود که هدف مقنن از این اقدام چه بوده است. آیا مقصود قانون‌گذار تبدیل و استحاله یک

۱. ماده ۶۰ قانون اصول محاکمات مدنی لبنان و مواد ۱۱۷ به بعد قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه.

۲. فتحی، والی؛ و ماهر زغلول احمد، نظریه البطلان فی قانون المرافعات، قاهره، چاپ دوم، ۱۹۹۷ م، ص. ۵؛ محسنی، حسن، «نقص شکلی و ماهوی در دادرسی مدنی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال دوم، شماره ششم، ۱۳۹۳، ص. ۱۴۸.

قاعده ماهوی به یک قاعده شکلی بوده و یا اینکه هدف او ترتب آثار و احکام ایرادها بر آنها، به رغم ماهوی بودن ماهیت آنها است؟ احتمال نخست از لحاظ نظری در خور توجیه و تصدیق نیست، زیرا قانون‌گذار هم در تعیین و تقنین قواعد شکلی و ماهوی تابع ضوابط و معیارهای حقوقی بوده و نمی‌تواند بدون رعایت آنها و هر آن‌گونه که خود تشخیص می‌دهد، قانون‌گذاری کند. احتمال دوم نیز که از سوی بعضی از حقوق‌دانان مطرح شده است، قابل تأیید نیست، زیرا به شرحی که خواهیم دید، علاوه بر اینکه نظم موجود حاکم بر دادرسی را بر هم می‌زند، در عمل هم به نتایج احتمالی موردنظر قانون‌گذار منتهی نمی‌شود. در نتیجه باید بر آن بود که قرار دادن این موارد به عنوان ایراد و دفاع شکلی فاقد توجیه و مبنای استوار حقوقی بوده و باید آن را نوعی خطا در قانون‌گذاری دانست و به فکر اصلاح و حذف آنها بود.

۲-۳-۱. ایراد عدم تأثیر قانونی دعوا

این ایراد که با عبارت «دعوا بر فرض ثبوت اثر قانونی نداشته باشد» در بند ۷ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی مطرح‌شده، مستقیماً از فقه اسلامی اقتباس گردیده و فاقد هرگونه سابقه تقنینی در ایران و کشورهای دیگر از جمله فرانسه و لبنان است. این شرط در فقه عمدتاً در بحث قضا و شرایط سماع دعوا مطرح شده است. بنا به گفته برخی از فقها دعوا باید بر حسب شرع صحیح و لازم باشد. پس اگر کسی ادعای هبه مالی را به خود داشته باشد، تا زمانی که ادعای قبض آن را نداشته و آن را اظهار نکند، دعوی او شنیده نمی‌شود.^۱ بعضی هم تحت عنوان قابلیت الزام به این شرط پرداخته و توضیح داده‌اند که دعوا باید به گونه‌ای اقامه گردد که اگر در دادگاه ثابت شود، بتوان مدعی‌علیه را بدان الزام نمود.^۲ پس اگر شخصی بگوید که دیگری این مال را به من بخشیده و ادعای قبض ننماید، به صرف آن که واهب انکار کند، موضوع هبه منتفی می‌شود؛ زیرا از لوازم دعوا این است که دادرس بتواند مدعی‌علیه را نسبت به آنچه که بر او ثابت شده است، اجبار نماید؛ در حالی که در این مسأله دادرس نمی‌تواند واهب را به پرداخت عین موهوبه ملزم کند.^۳ در مقابل برخی از فقها چنین شرطی را لازم ندانسته و بر این باورند که دادرس موظف است در هر حال به چنین دعوایی رسیدگی کند. اگر دعوا به مرحله ثبوت رسید، حسب مورد حکم به لزوم یا عدم لزوم صادر نماید. برمبنای

۱. سنگلجی، محمد، قضا در اسلام، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم، ۱۳۴۷، ص. ۱۴؛ الجبعی العاملی

(شهیدثانی)، زین‌الدین، مباحث حقوقی شرح لمعه (الروضه البهیة فیشرح للمعه الدمشقیة)، به کوشش اسدالله

لطفی، انتشارات مجد، چاپ سوم، ۱۳۸۵، ص. ۱۶.

۲. نعیم یاسین، محمد، منبع پیشین، ص. ۳۰۸.

۳. سنگلجی، محمد، منبع پیشین.

قولی دیگر، این شرط هرچند در شرایط سماع دعوا مطرح می‌شود، ولی در واقع از شرایط متعلق به مدعی به است؛ بدین معنا که مدعی به باید چیزی باشد که بر آن نفعی مترتب گردد تا مدعی بتواند پس از اثبات آن را مطالبه کند.^۱

اختلاف نظرهای فقهی کم و بیش به آراء حقوق دانان نیز نفوذ و سرایت کرده و شاهد اقوال متعددی میان شارحان قانون آیین دادرسی مدنی عمدتاً حول دو محور تأیید و توجیه این ایراد یا رد آن هستیم. برای مثال، برخی معتقدند که ضرورتی نداشته است که بند ۷ به عنوان ایراد قید شود؛ زیرا اولاً بررسی این ایراد بدون ورود در ماهیت دعوا امکان‌پذیر نیست. ثانیاً وقتی عقد هبه، برای مثال، واقع نشده باشد، خواهان در دعوا محکوم به بی‌حقی شده و در ماهیت دعوا حکم صادر می‌شود.^۲ این احتمال هم، البته نه چندان با قدرت، مطرح شده است که قانون‌گذار علی‌رغم اطلاع از ذات و ماهیت غیرشکلی این ایراد، برای کوتاه کردن جریان رسیدگی و مختومه کردن چنین پرونده‌هایی با صدور قرار، این موضوع را به عنوان ایراد دادرسی پذیرفته باشد. زیرا وقتی قرار رد دعوا صادر شود، موردی برای تداوم رسیدگی به این‌گونه پرونده‌ها در بحران شلوغی دادگاه‌ها باقی نمی‌ماند.^۳ بعضی از حقوق دانان هم گفته‌اند که پیش‌بینی نشدن این ایراد در قانون قدیم احتمالاً از این حیث بوده که چنانچه درخواست رسیدگی به دعوایی شود که بر فرض احراز ادعای خواهان، اثر قانونی بر آن مترتب نباشد، اصولاً خواهان ذی‌نفع محسوب نمی‌شود.^۴ در نتیجه، فقدان شرط ذی‌نفعی باعث می‌شود که دادگاه از رسیدگی به ماهیت دعوا و صدور حکم خوداری کرده و قرار رد دعوا صادر نماید. برخی نیز معتقدند که این ایراد ذاتاً دفاع ماهوی است و قانون‌گذار مسامحتاً آن را ایراد دانسته است.^۵ برای نتیجه‌گیری، بحث را با مثالی پی می‌گیریم. ایجاب و قبول مربوط به وقف ملک انجام و وقف‌نامه‌ای تنظیم می‌شود، اما قبض عین موقوفه صورت نمی‌گیرد. بعداً دادخواست تحویل مال موقوفه تقدیم می‌شود و واقف (خوانده) در مقام دفاع می‌گوید که به فرض وقوع ایجاب و قبول، چون قبض انجام نگرفته، به استناد ماده ۵۹ قانون مدنی عقد وقف محقق نشده و در نتیجه تعهدی به تسلیم ندارم، زیرا تحویل و تسلیم از آثار عقد صحیح است. حال فرض می‌کنیم که خواهان هم به عدم قبض و تصرف مال موقوفه بعد از ایجاب و قبول اقرار می‌نماید. برای رد چنین دعوایی دادگاه ناگزیر است که این‌گونه استدلال کند که چون تعهد خوانده به تسلیم مال

۱. همان.

۲. مهاجری، علی، مبسوط در آیین دادرسی مدنی، جلد ۱، فکرسازان، چاپ دوم، ۱۳۸۶، ص. ۳۷۶.

۳. همان.

۴. شمس، عبدالله، منبع پیشین، ص. ۴۶۶.

۵. کریمی، عباس، منبع پیشین، ص. ۲۱۲.

موقوفه موکول به تحقق عقد وقف است و لازمه انعقاد این عقد به استناد ماده ۵۹ قانون مدنی قبض مال موقوفه است و به اقرار خود خواهان، قبض عین موقوفه صورت نگرفته، در نتیجه دعوا رد می‌شود. اکنون می‌توانیم از خود پرسیم که آیا دادگاه وارد رسیدگی ماهوی به معنای اخص خود شده است. آیا با این مقدار از رسیدگی، می‌توان در مورد بی‌حقی یا ذی‌حقی خواهان در این دعوا تصمیم گرفت؟ قطعاً پاسخ هر دو پرسش مثبت است، زیرا رسیدگی به امور حکمی و استناد به مواد قانون مدنی برای احراز تحقق یک عمل حقوقی، از یک طرف و به‌کارگیری ادله اثباتی جهت اثبات امور موضوعی (احراز عدم قبض با اقرار) از طرف دیگر، مسلماً از مصادیق رسیدگی ماهوی محسوب می‌شود. وانگهی، با احراز عدم قبض مال موقوفه، برای دادگاه مسجل می‌گردد که وقفی واقع نشده و در نتیجه حقی هم برای خواهان در برابر خوانده جهت الزام وی به تسلیم مال موقوفه ادعایی به وجود نیامده است. با این اوصاف اگر دادگاه به استناد ایراد بند ۷ ماده ۸۴ مبادرت به صدور قرار رد دعوا نماید، از یک‌سو، اصول و قواعد دادرسی را نادیده گرفته است؛ زیرا با وجود رسیدگی ماهوی و احراز بی‌حقی خواهان به جای صدور حکم، قرار صادر کرده است. از سوی دیگر، آنچه که ماده نزاع و اختلاف است به طور قطعی قلع و فصل نشده و در نتیجه امکان تجدید و تکرار دعوا به قوت خود باقی مانده است؛ که این امر نیز با یکی از اهداف احتمالی این ایراد، یعنی کاهش پرونده‌ها منافات دارد. اگر از این منظر به این ایراد بنگریم چاره‌ای جز تأیید این واقعیت نداریم که آنچه در بند ۷ ماده ۸۴ آمده است، ذاتاً نوعی دفاع ماهوی است و آوردن آن به عنوان دفاع شکلی و ایراد، نه از لحاظ نظری قابل توجیه بوده و نه از جنبه عملی مفید و راهگشاست. عدم ذکر چنین ایرادی در قوانین خارجی و مطرح‌نشدن آن در قوانین سابق ایران هم تاییدی بر این مدعاست.

بر این اساس پیشنهاد می‌شود که رویه قضایی در مواجهه با این ایراد، برای جمع مصلحت رعایت اصول و قواعد دادرسی از یک طرف و حرمت این مصوبه قانونی از طرف دیگر، این ایراد را تنها در جایی بپذیرد که مستلزم رسیدگی ماهوی به معنای اخص آن نبوده و مجال تشخیص بی‌حق از ذی‌حق را پیدا نکرده است.

۲-۳-۲. ایراد نامشروع بودن دعوا

این ایراد نیز از نوآوری‌های قانون آیین دادرسی مدنی جدید است که در بند ۸ ماده ۸۴ با عبارت «مورد دعوا مشروع نباشد» بر شمار ایرادها افزوده شده است. اکثر حقوق‌دانان ایرانی به پیروی از دادرسی‌دانان فرانسوی^۱ مشروع بودن را در بحث

۱. حلمی الحجار، محمد، منبع پیشین، ص. ۱۳۸.

ویژگی‌های نفع، به عنوان یکی از شرایط اقامه دعوا مطرح کرده و ذی‌نفعی خواهان را هنگامی محقق دانسته‌اند که نفع وی، از جمله، دارای وصف مشروع باشد. نه در قوانین دادرسی سابق ایران و نه در حقوق کشورهای خارجی از جمله فرانسه و لبنان، ایرادی با وصف و عنوان نامشروع بودن مورد دعوا پیش‌بینی نشده و شاید یکی از انگیزهای مقنن برای خلق چنین ایرادی، به دست دادن نصی قانونی برای عدم رسیدگی به دعاوی نامشروع باشد؛ هرچند که سوابق فقهی و هماهنگی بیشتر قانون جدید با فقه هم در این راستا بی‌تأثیر نبوده است. به باور فقیهان، هنگامی که مدعی‌به، شراب یا خوک و امثال آنهاست، قاضی نباید به دعوا رسیدگی نماید، زیرا چنین اشیائی فاقد مالیت بوده و قابل تملک از سوی مسلمان نیست. واضح است که عبارت به کار گرفته شده از سوی قانون‌گذار بسیار عام‌تر از تعبیرات فقهی بوده و طیف وسیعی از مصادیق گوناگون از جمله فعل (الزام به برقراری رابطه نامشروع)،^۱ ترک فعل، حق (اثبات نسب نامشروع)^۲ و اشیاء را در بر می‌گیرد. حتی در مواردی که سبب دعوا نامشروع بوده و خود حق یا مال موضوع دعوا ذاتاً نامشروع نیست، همانند مطالبه وجه ناشی از قمار، در شمول این ایراد بر آن تردیدی وجود ندارد.

اما صرف‌نظر از فروعی که ممکن است در مفهوم و مصادیق نامشروع بودن مطرح شود، آنچه به بحث ما مربوط می‌گردد، ماهیت چنین دفاعی است. آیا دفاع خواننده به نامشروع بودن موضوع یا سبب دعوا دفاع شکلی یا ایراد است؟ پاسخ این پرسش در گرو پاسخ به دو سؤال دیگر است که مشخص شدن جواب آنها، به آسانی نتیجه بحث را معلوم می‌کند. اول اینکه، قاضی برای تشخیص مشروع یا نامشروع بودن موضوع یا سبب دعوا باید به چه قوانینی مراجعه نماید: قوانین شکلی یا قوانین ماهوی؟ و دیگر آنکه، با تشخیص نامشروع بودن موضوع یا سبب دعوا، آیا قاضی می‌تواند درباره بی‌حقی خواهان تصمیم بگیرد؟ در پاسخ به سؤال نخست، به عنوان قاعده‌ای کلی باید گفت تشخیص مشروع یا نامشروع بودن امری جز با توسل به قواعد و قوانین ماهوی ممکن نیست. این قوانین ماهوی هستند که معلوم می‌کنند چه نسبی مشروع و چه نسبی نامشروع است. کدام مال، کدام قرارداد و کدام فعل یا ترک فعل قابل اتصاف به وصف مشروع یا نامشروع هستند. حتی ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی هم که دادگاه را از ترتیب اثر دادن به قراردادهای مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه ممنوع کرده، نافی و ناقض این مدعا نیست؛ زیرا تعیین مفهوم و مصادیق نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز در حقوق ماهوی

۱. کریمی، عباس، منبع پیشین، صص. ۲۱۲ و ۲۱۳.

۲. همان، ص. ۷۶.

صورت می‌گیرد و اجرای این قاعده مندرج در قانون آیین دادرسی، جز با استمداد از قواعد ماهوی میسر نیست. وانگهی، در بسیاری از موارد تشخیص مشروع یا نامشروع بودن موکول به بررسی و اثبات وقایع و امور موضوعی است که ورود در این امور هم عنوانی جز رسیدگی ماهوی ندارد.

بعد از معلوم شدن نامشروع بودن موضوع دعوای خواهان با رسیدگی به امور حکمی و موضوعی، قاضی در موقعیتی است که می‌تواند بی‌حقی خواهان را به سادگی اعلام نماید و حکم به بی‌حقی یا بطلان دعوای وی صادر کند، زیرا از لحاظ حقوقی، حق نامشروع، چون به رسمیت شناخته نمی‌شود، همانند حق معدوم است و کسی که بدون داشتن حقی درصدد مطالبه آن برمی‌آید، سرانجامی جز محکومیت به بی‌حقی ندارد. برای مثال، در دعوای اثبات نسب پدری، اگر خوانده (پدر) دفاع کند که خواهان از یک رابطه نامشروع متولد شده و دعوای او مشروع نیست، آیا دادگاه می‌تواند بلافاصله قرار عدم استماع دعوا را صادر کند یا باید وارد رسیدگی به امور حکمی و موضوعی برای احراز مشروع یا نامشروع بودن نسب شود؟ روشن است که اتخاذ هرگونه تصمیمی در این موضوع موکول به بررسی نسب بر اساس قواعد ماهوی و امور موضوعی مورد ادعای طرفین بوده و در نتیجه چاره‌ای جز تأیید این مدعا وجود ندارد که دفاع نامشروع بودن قاعداً دفاعی ماهوی بوده و اقتضای چنین رسیدگی تنها صدور حکم است.

در نهایت از تکرار این نکته ناگزیریم که رویه قضایی تنها در مواردی باید در مواجهه با دفاع نامشروع بودن، قرار رد دعوا صادر کند که بدون ورود در ماهیت، امکان تشخیص نامشروع بودن مورد دعوا را داشته باشد. امری که پیدا کردن مصداقی از آن در عمل آسان نیست.

۲-۴. ایرادهایی که می‌توانند دارای ماهیت دوگانه باشند

در فهرست نسبتاً بلندبالای ایرادها، با ایراد دیگری مواجه می‌شویم که در بند ۱۰ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی، با عبارت «خواهان در دعوای مطروحه ذی‌نفع نباشد» خودنمایی می‌کند. در حقوق فرانسه، دفاع ذی‌نفع نبودن ضمن اینکه از مصادیق دفاع عدم پذیرش است، همواره به عنوان یکی از شروط اقامه دعوا نیز مورد بررسی قرار گرفته است.^۱ حقوق دانان ایرانی هم در آوردن این شرط به عنوان یکی از شروط اقامه دعوا تردیدی روا نداشته و لزوم این شرط را مستند به ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی کرده‌اند.^۲ گاه نیز با وجود این شرط، ضرورت طرح مستقل بعضی از

1. Vincent, Jean; et Serge Guinchard, Op, cit, p. 138.

۲. متین دفتری، احمد، منبع پیشین، ص. ۲۱۱.

ایرادها، از جمله ایراد اثر قانونی نداشتن دعوا و ایراد نامشروع بودن دعوا را زیر سؤال برده و هر دوی این ایرادها را قابل طرح در ذیل این شرط دانسته‌اند. بدین ترتیب مسأله ذی‌نفع بودن، ابعاد و جوانب مختلفی به خود می‌گیرد که این امر می‌تواند بر ماهیت دفاعی آن تأثیر مستقیم بگذارد. پس برای پاسخ به این پرسش که آیا ایراد و دفاع ذی‌نفع نبودن خواهان دفاع شکلی محسوب می‌شود یا دفاع ماهوی، باید میان فروض مختلف قائل به تفکیک شد.

یک فرض هرچند نادر، این است که دعوای طرح‌شده در بردارنده هیچ نفعی نباشد. به عبارت دیگر، از رسیدگی و صدور حکم نفعی به کسی نرسد. هرچند احراز این امر گاهی مستلزم رسیدگی ماهوی است ولی چون این نوع رسیدگی ماهوی، مقدمه اجرای قاعده شکلی ذی‌نفعی به عنوان یکی از شروط اقامه دعواست، باید چنین دفاعی را دفاع شکلی دانسته و با احراز این امر قرار رد دعوا صادر کرد. فرض دیگر این است که بر رسیدگی به دعوا نفعی مترتب است، ولی این نفع به خواهان نمی‌رسد. در این صورت نیز مجال رسیدگی به ماهیت دعوا وجود ندارد و دفاع را باید شکلی دانست و مبادرت به صدور قرار رد دعوا کرد. سرانجام، فرض سوم این است که دعوا حاوی نفع بوده و این نفع هم مستقیماً به خواهان می‌رسد، اما نفع مذکور نامشروع است. این فرض محل تلاقی ایراد نامشروع بودن با ایراد ذی‌نفع نبودن است و این سؤال مطرح می‌شود که اگر نفع مورد مطالبه خواهان دارای وصف نامشروع باشد به کدام ایراد باید استناد کرد و سرنوشت دعوا چه می‌شود؟

برای پاسخ به این سؤال باید اشاره‌ای به رابطه ذی‌نفعی و ذی‌حقی کرد. بدین معنا که تشخیص اینکه نفعی مشروع است یا خیر با مراجعه به خود حق موضوع دعوا معلوم می‌شود و این اوصاف حق است که به نفع سرایت می‌کند. اگر حق مشروع باشد، نفع هم مشروع است و در جهت عکس، نامشروع بودن نفع، کاشف و حاکی از نامشروع بودن حق ماهوی مورد مطالبه خواهان است. در نتیجه، چون دادگاه برای تشخیص مشروع بودن نفع، ناگزیر از بررسی حق موضوع دعواست و این‌گونه بررسی‌ها جز با ورود در قواعد ماهوی و گاه امور موضوعی مقدور نیست و چون احراز نامشروع بودن حق، به شرحی که در ایراد نامشروع بودن مورد دعوا گفتیم، ملازمه با بی‌حقی خواهان و صدور رأی در ماهیت دعوا دارد، باید چنین فرضی را دفاع ماهوی دانسته و آثار دفاع ماهوی را بر آن مترتب نماییم. دقیقاً بر همین مبناست که تعدادی از حقوق‌دانان فرانسوی در بحث ذی‌نفع بودن به عنوان یکی از شروط اقامه دعوا اعلام کرده‌اند که صرف داشتن نفع برای طرح دعوا کافی بوده و دادگاه نباید وارد رسیدگی به مشروع بودن یا نبودن نفع گردد، زیرا لازمه رسیدگی به مشروع بودن نفع، ورود در ماهیت دعوا و بررسی حق

مورد ادعای خواهان است و این امر دادگاه را گرفتار دور (به معنای منطقی آن) می‌کند، زیرا از یک طرف لازمه احراز مشروع بودن نفع، رسیدگی ماهوی به حق موضوع دعواست و از سوی دیگر، لازمه ورود به رسیدگی ماهوی، احراز رعایت شروط اقامه دعوا و از آن جمله داشتن نفع مشروع است.^۱ بر این اساس، ذی‌نفع نبودن اگر به طور مطلق و بدون قید مشروع بودن یا نبودن به عنوان دفاع مطرح شود، قطعاً چنین دفاعی، شکلی محسوب خواهد شد. ولی اگر منظور از دفاع ذی‌نفع نبودن، نداشتن نفع مشروع برای خواهان است، این نحوه دفاع بی‌گمان جزء دفاعیات ماهوی می‌باشد. اعتقاد به دفاع ماهوی بودن این فرض، البته نه لزوماً با همین استدلال، هم در حقوق داخلی^۲ و هم در حقوق خارجی^۳ بازتاب و انعکاس داشته است. بدین‌سان، دفاع ذی‌نفع نبودن خواهان دارای ماهیت دوگانه‌ای بوده که حسب مورد می‌تواند دفاع شکلی (ایراد) یا دفاع ماهوی قلمداد گردد.

1. Solus, Henry et Roger Perrot, Droit Judiciaires Privé, Tome 1, Paris, Dalloz, 1961, p. 203.

۲. زراعت، عباس، منبع پیشین.

۳. ابوعید، الیاس، منبع پیشین، ص. ۷۹۳.

نتیجه‌گیری

با پذیرش تقسیم پاسخ‌های دفاعی خواننده به دفاع ماهوی و دفاع شکلی، برای تعیین اینکه ایرادهای مندرج در ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی در چارچوب کدام دسته قرار می‌گیرند، باید ابتدا ماهیت ایرادها، از حیث اینکه قاعده شکلی یا قاعده ماهوی هستند، معلوم گردد. با تحلیل ماهیت ایرادها از این منظر، به این نتیجه رسیدیم که تمامی ایرادها از این حیث دارای ماهیت یکسانی نبوده و قابل تقسیم به سه دسته‌اند: دسته اول آنهایی هستند که ماهیتاً قاعده شکلی هستند و دفاع در برابر آنها دفاع شکلی محسوب می‌شود. بیشتر ایرادها جزء همین دسته‌اند. اما دسته دوم از ایرادها آنهایی هستند که فی‌الواقع قاعده ماهوی به حساب می‌آیند، ولی چون اجرا و اعمال قواعد شکلی دادرسی بدون آنها میسر نیست، به درستی در قانون شکلی دادرسی به خدمت گرفته شده‌اند و دفاع در برابر آنها نیز دفاع شکلی می‌باشد. اهلیت و سمت در این دسته قرار می‌گیرند. گروه سوم از ایرادهای که در این ماده آمده و عموماً نیز در قانون جدید وارد این فهرست شده‌اند، آنهایی هستند که ذاتاً قاعده ماهوی هستند و دفاع در مقابل آنها دفاع ماهوی است. ایراد اثر قانونی نداشتن دعوا و ایراد به نامشروع بودن مورد دعوا از مصادیق این گروه هستند. بعضی از ایرادها هم می‌توانند دارای ماهیت مختلطی باشند، بدین معنی که در برخی از فروض ایراد یا دفاع شکلی‌اند و در فروض دیگر دفاع ماهوی محسوب می‌شوند. بر این مبنا، آنچه در قانون جدید در بندهای ۷ و ۸ به عنوان ایراد به ماده ۸۴ اضافه شده‌اند، قابل تأیید نیست و پیشنهاد می‌شود که در اصلاحات بعدی مورد حذف یا اصلاح قرار گیرند. ضمن اینکه پیشنهاد می‌شود تا زمان اصلاح قانون، رویه قضایی در مواجهه با این ایراد، برای جمع مصلحت رعایت اصول و قواعد دادرسی از یک طرف و حرمت مصوبه قانونی از طرف دیگر، این ایرادها را تنها در جایی بپذیرد که مستلزم رسیدگی ماهوی به معنای اخص آن نبوده و مجال تشخیص بی‌حق از ذی‌حق را پیدا نکرده است.

- آشتیانی، میرزا محمد حسن بن جعفر، کتاب القضاء، جلد ۲، قم، انتشارات زهیر، ۱۴۲۵ ق.
- ابوالوفا، احمد، اصول محاكمات المدنيه، بيروت، دارالجامعيه، چاپ چهارم، ۱۹۸۹ م.
- ابوعيد، الياس، الدفوع الاجراييه فى الاصول المحاكمات المدنيه و الجزاييه، بيروت، منشورات حلبى الحقوقيه، ۲۰۰۴ م.
- الجبعى العاملى (شهيدثانى)، زين الدين، مباحث حقوقى شرح لمعه (الروضه البهييه فيشرح للمعه الدمشقيه)، به كوشش اسدالله لطفى، انتشارات مجد، چاپ سوم، ۱۳۸۵.
- حلى، نجم الدين، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فى مسائل الحلال والحرام، جلد ۴، تهران، مؤسسه اسماعيليان، ۱۴۰۸ ق.
- حلمى الحجار، محمد، الوجيز فى اصول المحاكمات المدنيه، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقيه، ۱۴۲۸ ق.
- دل وكيو، جورج، فلسفه حقوق، ترجمه جواد واحدی، تهران، ميزان، ۱۳۸۰.
- زراعت، عباس؛ استادى، مونا؛ و فاطمه فلاح نژاد، آيين دادرسی مدنى، تهران، دانش پذير، ۱۳۸۸.
- ساردويى نسب، محمد؛ مولودى، محمد؛ و جواد عيوضى، قلمرو دفاع ماهوى در دادرسی مدنى با نگرشی در حقوق تطبيقي، مجله پژوهش های فقهی، دوره نهم، ۱۳۹۲.
- سنگلجی، محمد، قضا در سلام، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم، ۱۳۴۷.
- شمس، عبدالله، آيين دادرسی مدنى، جلد ۱، انتشارات دراک، چاپ چهاردهم، ۱۳۸۵.
- کاتوزيان، ناصر، مقدمه علم حقوق، شرکت سهامی انتشار، چاپ سی و هفتم، ۱۳۸۰.
- کریمی، عباس، آيين دادرسی مدنى، انتشارات مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۹.
- کوشه، ژراردو؛ لانگلد، جان؛ و دانييل لبو، آيين دادرسی مدنى فرانسه، ترجمه احمدعلی هاشمی، نشر دادگستر، ۱۳۹۱.
- متين دفتری، احمد، آيين دادرسی مدنى و بازرگانی، جلد ۱، انتشارات مجد، ۱۳۷۸.

- محسنی، حسن، ترجمه آیین دادرسی مدنی فرانسه، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۹۱.
- _____، «نقص شکلی و ماهوی در دادرسی مدنی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال دوم، شماره ششم، ۱۳۹۳.
- مدنی، جلال‌الدین، آیین دادرسی مدنی، جلد ۲، انتشارات گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۷۵.
- مولودی، محمد، جزوه درسی آیین دادرسی مدنی تطبیقی مقطع دکتری، دانشگاه بوعلی سینا همدان، ۱۳۹۱.
- مهاجری، علی، مبسوط در آیین دادرسی مدنی، جلد ۱، فکرسازان، چاپ دوم، ۱۳۸۶.
- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد ۴۰، بیروت، دار إحياء التراث العربیة، چاپ دوم، بی‌تا.
- نعیم یاسین، محمد، نظریه الدعوی بین الشریعه الاسلامیه و قانون المرافعات المدنیة و التجاریة، اردن، دارالنفائس، ۱۴۲۰ ق.
- فتحی، والی؛ و ماهر زغلول احمد، نظریه البطلان فی قانون المرافعات، قاهره، چاپ دوم، ۱۹۹۷ م.
- هارت، هربرت، مفهوم قانون، ترجمه محمد راسخ، نشر نی، چاپ دوم، ۱۳۹۰.
- Cornu, Gérard et Jean Foyer, Procédure Civile, Paris, Presses Univetsitaires de France, 3ème edition, 1996.
- Perrot, Roger, Institutions Judiciares, Paris, Montchrestien, 9ème edition, 2000.
- Solus, Henry et Roger Perrot, Droit Judiciaires Privé, Tome 1, Paris, Dalloz, 1961.
- Vincent, Jean et Serge Guinchard, Procédure Civile, Paris, Dolloz , 26ème edition, 2001.

Exceptions and Substantive Defense

Mohammad Moloodi

Nahid Safari

Abstract

The main subject of this paper is the analysis of nature of exceptions of article 84 of Code of Civil Procedure, based on the classification of defenses to substantive defense or formal defense. Although exceptions of article 84 of Code of Civil Procedure are accepted as formal defenses in general, but more contemplation can show that all of these exceptions don't have the same nature. Most of the exceptions are formal rules, but they sometimes need to substantive rules and objective matters and this will not influence their nature. Some of the exceptions are substantive rules, but they are propounded in the formal law to use in the formal law. In fact this usage are introduction for performance of the formal rules. Some of them are substantive rules and as a result, defense against them is substantive defense. But article 84 of Code of Civil Procedure has the same manner with these exceptions.

Keywords: Formal Defense, Substantive Defense, Exception, Formal Rules, Substantive Rules.

The Analysis of Pasture Tax Legal Status and its Comparison With Similar Institutions

Mohammad Roshan
Ghafoor Khoeini
Azad Fallahi

Abstract

As usual, with respect to observance of formation and creation conditions of contracts status, they are divided into three statuses: authenticity, annulment, and ineffectiveness. Each of these three terms possesses special status that has been stipulated by legislator following to observance of the required qualifications. In some cases, the terms of the concluded contracts possess all basic conditions for authenticity (correctitude); however, often due to treating with third parties, they may encounter some status that is assumed as type of 'pasture tax'.

The pasture tax denotes a status in which the contract includes the authenticity conditions but in order to observe the rights of third party in the given contract, it should be waited within time interval for pasture tax status so if the right of third party is given typically in whatsoever after that period the contract is correct otherwise it will be annulled. In other words, the given contract does not encounter any problem at the expedient phase but it will be exposed to some barrier in effectiveness of the given contract duly.

Some experts have assumed this status as synonymous with non-referable status in French law. This is a paradigm that has been criticized in the preset article and we have interpreted this point with implication of some evidences and documentation that these two statuses are different from each other so assuming them as synonymous terms is improper.

The basis of pasture tax status is to composition of rights of both parties. Unlike other institutions, this term is not employed only for adjudication of third parties or both contract parties, but it will be tried to achieve rights of all contract parties. We try to analyze 'pasture tax' statuses in terms of jurisprudential and legal perspectives in the current essay. In this course, we will look at Iranian, Islamic, and French law systems.

Keywords: Pasture Tax, Non-Referable, Ineffective, Principle of Privy of Contracts, Contract.

The Passive Personality Principle and its Position in Iranian Criminal Law

Javad Tahmasebi

Abstract

The basis of accepting the passive personality principle is to protect victimized nationals. In the face of special provisions and circumstances, his/her country has jurisdiction. This principle, in Iran law system, had been accepted in limited areas. While several countries have accepted this principle for a long time and referring to it is expanding in national and international law. This principle is not in conflict with Sharia rules and the Constitution of the Islamic Republic of Iran. Then, according to its legitimacy in international level, this principle has been legislated in Article 8 of Islamic Penal Code of Iran. It can be an effective measure to protect nationals.

This study is considering how this principle can protect nationals' interests, the challenge of this principle with other principles and the way it interacts with other countries which have jurisdiction over the case.

Keywords: The Personality Principle of Jurisdiction, The Passive Personality Principle, Criminal Jurisdiction, The Principles of Jurisdiction, International Criminal Jurisdiction.

Limitation of Fair Trial Guarantees In Light of Security Based Criminology

A'azam Mahdavi Pour
Najme Shahrani Karani

Abstract

Insecurity feelings caused by changes of the first decade of the third millennium in the world, became the preface for adoption unprecedented strict and repressive measures that was implemented in the light of the slogan of combating crime and call security. In this way, in the field of criminology we see forming the new approaches in the twentieth century because of increasing of crimes that are of security in nature. New perspectives with the concerns of establishing security of lives and property of citizens and offer control-based and disabling thoughts of security based criminology provided the area to deviate of corrective approach of clinical criminology and focused on security and repressive approaches. This changing of approach influence the orientation of criminal law, in the way that establishing legal-judicial security is influenced by the physical and financial security of citizens and public order. In this way, it appears many effects on criminal law of different countries with the governance of security approaches of criminology and concepts such as public order and the security of society on individual rights and freedoms. The fair trial standards are ignored by Accepting security-based approach, while establishing stable security is not implemented through breaching of defendant's rights. So, in the current study, the effects of the new approach on the criminal code and especially on the procedural law and fair trial standards were analyzed from a different and new perspective.

Keywords: Establishing Security, Crime Control Process, Security-Based Criminology, Criminal Proceedings Standards.

The Analysis of the Crime of Speculation from the Perspective of Iranian Criminal Law

Hossein Mir Mohammad Sadeghi
Eslam Rajabali

Abstract

One of the present main legal, social and economic problems of the country which has turned into a government's and the judiciary's concern is the phenomenon of Speculation. This phenomenon is important both economically and environmentally which is required to be dealt with by criminal law—as preserving the main values in the society. Such an approach will necessitate the proactive (preventive) and reactive (punitive) measures and requires a detailed understanding of this phenomenon, its extent and methods used in its analysis. Once we intend to deal with this phenomenon, we will encounter various significant gaps and vacuums such as lack of clear definition, lack of clear domain, and eventually lack of specific criminal measure regarding the many acts done by the speculators. Also through scrutinizing the existing rules and regulations relevant to the public and state lands, we come to understanding that not only our existing law cannot prevent this phenomenon, but also in some cases, the law aggravates and propagates such a phenomenon. Also because speculation is mostly done by those white collar offenders who are influential in the society and have the political, social, economic relations, such contradictory laws and their pores make easier for those people to do so.

So, the first step in dealing with this phenomenon is eliminating regulatory gaps and enacting comprehensive laws which preserve the natural and national resources of the country.

Keywords: Crime, Speculation, Prevention, Criminal titles.

The Balance between the Rights of the Accused and the Victim in Criminal Procedure Code 2013 and International Instruments

Ja'afar Koosha
Mostafa Pakniyat

Abstract

The new Criminal Procedure Code of 2013, despite much theoretical criticism and practical problems it might produce, has tried to balance between the rights of the accused and victim. In doing so, has provided guarantees and safeguards to materialize this goal. In one hand, with providing general safeguards, has tried to protect both parties. On the other hand, some special guarantees have been provided for each party. But it seems that these legislative goals have not been reached and there is not such a balance between two parties of a criminal process. This is mainly because the judges and other officials of criminal justice system are not equipped with necessary abilities to enforce the laws properly. There are also some structural problems which hinder this balance. So it seems that restorative justice is the best mechanism to reach this balance.

Keywords: Criminal Procedure Code 2013, Rights of the Accused, Presumption of Innocence, Victim Protection, Balance of the Rights.

Understanding the Concept of the Policies of Civil Judgments' Enforcement

Mansoor Amini
Amir Nikoobayan

Abstract

As legal systems are based upon rulers, legal policy in a particular subject, in proportion to the nature of the subject and the general objectives that the legislator have had in mind, is based on principles which are the basis of that policy, too, which recognition of them from theoretical point of view will be a guide to accurate interpretation of law, and in action, a substitute for legislator's silence, and will eliminate doubt. This paper recognizes principles relevant to civil judgment enforcement through explanation of its nature and purpose, and while clarifying the concepts of these principles, based on the cognition of nature and the objective of legal policy in that subject, presents explanations in relation to their relevant general principle and intends to be an introduction to recognition of concept of principles in this particular legal policy.

Keywords: Civil Judgment, Legal Policy in Particular Subject, Principle, Nature of Enforcement, Objective of Enforcement.

Contents

Understanding the Concept of the Policies of Civil Judgments' Enforcement.....	a
Mansoor Amini / Amir Nikoobayan	
The Balance between the Rights of the Accused and the Victim in Criminal Procedure Code 2013 and International Instruments.....	b
Ja'afar Koosha / Mostafa Pakniyat	
The Analysis of the Crime of Speculation from the Perspective of Iranian Criminal Law.....	c
Hossein Mir Mohammad Sadeghi / Eslam Rajabali	
Limitation of Fair Trial Guarantees In Light of Security Based Criminology.....	d
A'azam Mahdavi Pour / Najme Shahrani Karani	
The Passive Personality Principle and its Position in Iranian Criminal Law.....	e
Javad Tahmasebi	
The Analysis of Pasture Tax Legal Status and its Comparison With Similar Institutions.....	f
Mohammad Roshan / Ghafoor Khoeini / Azad Fallahi	
Exceptions and Substantive Defense.....	g
Mohammad Moloodi / Nahid Safari	

The Judiciary's

Law Journal

The 81st Year of Publication/ No.97/ 2017 Spring

Scientific - Research Quarterly

Concessionary: The Judiciary

Director - in-charge: Alireza Amini

Editor - in - Chief: Hossein Mir Mohammad Sadeghi

Executive Director: Mehdi Sabouri Pour

The Editorial Board (in Alphabetical Order):

Nejad Ali Almasi, Mohammad Ali Ardabili,
Mohammad Ashouri, Rabiaa Eskini, Mohammad
Javad Javid, Sam Savad Koochi far, Seyed Morteza
Ghasem Zadeh, Ali Hossein Najafi Abrand Abadi

Circulation: 4500

Price: 50000 R

Fax: 021-22091869

Web Site: www.jlj.ir

E - mail: majaleh_hoghooghi@jpri.ir
