

تحلیل فقهی و حقوقی اصول دادرسی منصفانه در رسیدگی به تخلفات اعضای هیئت علمی

امیر احمدی*، یاسر یوسفی**

چکیده

در نظام علمی هر کشور نظارت بر عملکرد اعضای هیئت علمی اهمیت بسیاری دارد. در صورت تخلف عضو هیئت علمی دانشگاه رسیدگی به تخلف او بر حسب مورد امری اجتناب ناپذیر است. بر اساس قانون و آیین نامه اجرایی مقررات انتظامی هیئت علمی دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و تحقیقاتی کشور، فرایند رسیدگی به تخلفات اعضای هیئت علمی، در هیئت انتظامی بدوی و تجدیدنظر است. شایان ذکر است که رسیدگی به تخلفات اعضای هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی و فرایند رسیدگی بر اساس آیین نامه این دانشگاه خواهد بود. هدف این پژوهش بررسی نواقص و ارائه راهکارهای اصول دادرسی منصفانه با نگاهی بر فقه، درباره فرایند رسیدگی در مرجع رسیدگی تخلفات اعضای هیئت علمی دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی خواهد بود. روش پژوهش کیفی و با بهره‌گیری از پرسش انجام شده است. یافته این پژوهش این است که مقررات این حوزه دارای خلأها و نواقصی است که در برخی از موارد باعث تضییع حقوق عضو هیئت علمی در فرایند رسیدگی می‌گردد. از جمله این موارد می‌توان به عدم حضور وکیل، ضعف در مستند و مستدل بودن احکام صادره از هیئت، تخصیص نبودن فرایند رسیدگی، غیرحضوری بودن، غیرعلنی بودن رسیدگی‌ها، عدم تسلط کافی اعضای هیئت تخلفات به قوانین اشاره نمود که برای هر یک راهکار ارائه شده است.

واژگان کلیدی: هیئت رسیدگی به تخلفات، فرایند رسیدگی، دانشگاه، تخلفات انتظامی، عضو

* Amir.Ahmadi@pnu.ac.ir

* استادیار گروه حقوق، دانشگاه پیام‌نور، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

** دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد چالوس، دانشگاه آزاد اسلامی، چالوس، ایران
yaser.yousefi1360@gmail.com

هیئت علمی

مقدمه

«حق برخورداری از دادرسی منصفانه»، دربردارنده مجموعه‌ای از اصول و قواعد است که جهت رعایت حقوق طرفین در رسیدگی به دعوای آنان پیش‌بینی گردیده است. این تضمینات در اسناد بین‌المللی حقوق بشر (رایجیان اصلی، ۱۳۹۳: ۱۲۳) و کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر، محور و مبنای متحدالشکل نمودن آیین دادرسی در حوزه‌های مختلف قرار گرفته است (یاوری، ۱۳۸۳: ۳) و به این اصول در فقه نیز اشاره شده است.

اعضای هیئت علمی دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی ممکن است که مرتکب تخلف و نقض قوانین و مقررات شوند و مسئولیت کیفری، مدنی و انتظامی متوجه آن‌ها شود. در برخی از موارد مسئولیت اعضای هیئت علمی مربوط به انجام وظایف محوله می‌باشد که به‌طور عمدی یا سهوی آن وظیفه را ترک می‌کنند یا مرتکب فعلی می‌شوند که تخلف است. گاهی موارد نیز مسئولیت آن‌ها ناشی از نقص وسائل ادارات، مؤسسه و دانشگاه است که در این صورت اگر در اثنای خدمت‌رسانی خسارتی وارد آید بر موجب ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی مسئولیت آن بر عهده دانشگاه یا مؤسسه خواهد بود. در صورتی که فعل یا ترک فعل عضو هیئت علمی ناشی از تخلف در انتظامات اداری که ناشی از وظایف او است باشد، مسئولیت انتظامی یا اداری متوجه او می‌شود. باید متذکر شد که اعضای هیئت علمی وزارت علوم و تحقیقات و وزارت بهداشت و درمان و اعضای هیئت علمی سایر وزارتخانه‌ها^۱ از شمول قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۲/۹/۲۳ مستثنا هستند^۲ (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۹۳: ۲۱۸). بر اساس قانون مقررات انتظامی هیئت علمی دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و تحقیقاتی کشور مصوب ۱۳۶۴ و نیز به موجب ماده ۳۷ آیین‌نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۶۵، کلیه اعضای هیئت علمی رسمی (قطعی و آزمایشی)، پیمانی و قراردادی این وزارتخانه‌ها مشمول قوانین و مقررات مارالذکر می‌شود. قابل ذکر است که رسیدگی به تخلفات اعضای هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی بر اساس آیین‌نامه مستقل خود است. حال با بررسی و تدقیق در قوانین نواقص و خلأها و ناکارآمدی‌های آن‌ها آشکارتر می‌شود، که رسیدگی به تخلفات اعضای هیئت علمی را از رسیدگی منصفانه دور می‌سازد.

۱. ر.ک: تبصره ماده ۲۹ اصلاح آیین‌نامه اجرایی قانون مقررات انتظامی هیأت علمی مصوب ۱۳۸۴/۱/۲۸ هیأت وزیران در خصوص رسیدگی به تخلفات هیأت علمی سایر وزارتخانه‌ها.
۲. ذیل ماده ۱۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری.

هدف این پژوهش ارائه راهکار برای نواقص موجود در فرایند رسیدگی به تخلفات اعضای هیئت علمی و صیانت از این نخبگان خواهد بود. با توجه به رفع نواقص و معایب در قانون گذاری (ماهوی و شکلی) در عرصه فرایند رسیدگی انتظامی به تخلفات اعضای هیئت دانشگاه ها و ارائه راهکارها برای رفع نواقص و ناکارآمدی های قوانین موجود به ضرورت و اهمیت بحث می افزاید. از نوآوری ها و دستاوردهای این پژوهش واکاوی نواقص و خلأها و ناکارآمدی های قوانین مربوط به حوزه رسیدگی به تخلفات انتظامی اعضای هیئت علمی توسط هیئت های بدوی و تجدیدنظر باتوجه به اصول دادرسی منصفانه خواهد بود که با توجه به مصاحبه از متخصصان و اعضای هیئت های بدوی و تجدیدنظر تخلفات اعضای هیئت علمی انجام شده است. برای رفع این خلأها و نواقص راهکارهای جدی در سایر پژوهش ها دیده نمی شود.

این پژوهش همراه با مطالعه کتابخانه ای، مسئله محور، توصیفی و تحلیلی و جزء پژوهش های کاربردی است که با روش پژوهش کیفی گرند تئوری و با بهره گیری از مصاحبه یک به یک خبرگانی که در هیئت تخلفات عضو هستند یا عضو بوده اند انجام شده است. در این پژوهش در جمع آوری داده ها، اطلاعات و مؤلفه های مورد نیاز از روش اسنادی (بررسی آرای صادره از هیئت های بدوی و تجدیدنظر) و کتابخانه ای با استفاده از منابع علمی مدون مرتبط با موضوع پژوهش شامل کتب و مقاله ها انجام شده است. سپس اطلاعات و داده های به دست آمده از مصاحبه، کدگذاری و مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است و ضمن ارزیابی وضعیت کنونی فرایند و نحوه رسیدگی به تخلفات اعضای هیئت علمی دانشگاه ها با توجه به قوانین و مقررات درباره این موضوع با جلب نظر و پرسش از صاحب نظران و اعضای سابق و کنونی هیئت های بدوی و تجدیدنظر و خبرگان، راهکارها و الگوی مناسب ارائه می شود. نمونه آماری در این پژوهش، مصاحبه ای با طراحی سؤالات باز انجام شده که این پرسش ها در اختیار ۴۲ نفر از نمونه های آماری قرار گرفته است که با کدگذاری G1 تا G42 مشخص شده اند. فرایند نمونه گیری تا هنگامی که به اندازه مورد نظر و اشباع برسد ادامه دارد (Ghaljaie; Naderifar; Goli, 1993: 4). روایی مصاحبه با روش اعتبار صوری توسط متخصصان حوزه رسیدگی به تخلفات اعضای هیئت علمی و حقوق دانان تأیید و سؤالات مصاحبه بر اساس هدف پژوهش مورد سنجش قرار گرفت. پایایی پژوهش با استفاده از روش باز آزمون میزان ۸۵ درصد تعیین شد.

شایان ذکر است که درخصوص این موضوع تألیفاتی به صورت کتابخانه ای نگاشته شده است اما پژوهش میدانی مستقل برای آسیب شناسی و بیان نواقص و نیز ارائه راهکار و راهبرد برای رسیدن به نقطه مطلوب در این هیئت ها صورت نگرفته است. در ذیل به برخی از پژوهش های کتابخانه ای اشاره می شود:

۱. علایی، حسین و براتی، جعفر (۱۳۹۸)، «بررسی و نقد دادرسی اداری در هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اعضای هیئت علمی»، تمدن حقوقی، (۴)، ۲، ۱۳۹۸، صفحه ۹-۳۳.
۲. صادقی‌مقدم، محمدحسن و نادر میرزاده‌کوهشاهی (۱۳۹۵)، «آیین رسیدگی به تخلفات انتظامی اعضای هیئت علمی دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و تحقیقاتی کشور»، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

۳. لطفی، محمد (۱۳۹۵). «اصول دادرسی منصفانه در فرایند رسیدگی به تخلفات انتظامی اعضای هیئت علمی دانشگاه‌ها»، چاپ اول، تهران: انتشارات خرسندی.

از جمله سؤال‌های پژوهش از قرار ذیل است: فرایند رسیدگی به تخلفات انتظامی اعضای هیئت علمی چگونه ارزیابی می‌شود؟ نواقص و ناکارآمدی فرایند رسیدگی در مرجع رسیدگی تخلفات انتظامی اعضای هیئت علمی باتوجه به قوانین و مقررات و اصول دادرسی منصفانه چگونه ارزیابی و تحلیل می‌شود؟ راهکارهای اعضای هیئت رسیدگی تخلفات و خبرگان به عنوان نظر ارائه شده برای رفع نواقص باتوجه به قوانین، مقررات و اصول دادرسی منصفانه چیست؟

۱. جایگاه حقوقی مرجع اختصاصی رسیدگی به تخلفات انتظامی اعضای هیئت علمی

در قانون مقررات انتظامی هیئت علمی، تعریفی از تخلفات انتظامی ارائه نشده و فقط به ذکر مصادیق آن اکتفا شده است (امامی و استوارسنگری، ۱۳۹۷: ۵۲). در تعریف تخلفات اداری بر اساس ماده ۲ دستورالعمل رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۸/۸/۴ هیئت عالی نظارت بر تخلفات اداری مقرر شده است: «تخلف اداری عبارتست از ارتکاب اعمال و رفتار نادرست توسط مستخدم و عدم رعایت نظم و انضباط اداری که منحصر به موارد مذکور در قانون رسیدگی به تخلفات اداری می‌باشد و به دو دسته قصور و تقصیر تقسیم می‌شود: الف. قصور عبارتست از کوتاهی غیر عمدی در انجام وظایف اداری محوله ب - تقصیر عبارتست از نقض عمدی قوانین و مقررات مربوط». به این ترتیب در تعریف تخلفات اداری و انتظامی اعضای هیئت علمی می‌توان گفت: «تخلف انتظامی عبارتست از هر رفتاری و اعمال خلاف شرع و اخلاق عمومی اعم از فعل یا ترک فعل در راستای وظایف محوله چه به صورت عمد و چه غیر عمد از سوی عضو هیئت علمی که در قانون و مقررات مدونه برای آن مجازات تعیین شده است را تخلف انتظامی یا اداری عضو هیئت علمی گویند». رسیدگی به تخلفات انتظامی در صلاحیت سازمان قضایی و محاکم دادگستری نیست و در هر حوزه و هر سازمانی مراجع اختصاصی به منظور رسیدگی به تخلفات اعضای نهاد یا سازمان به صورت ترافیعی و به موجب قانون خواهد بود (هداوند و آقایی طوق، ۱۳۹۵: ۶۰) که اساساً مرجع قضایی قلمداد نمی‌شوند (نجابت‌خواه، افشاری و موسوی‌زاده، ۱۳۹۶: ۲۱۳). قانون‌گذار موارد صلاحیت

هیئت‌های بدوی و تجدیدنظر رسیدگی به تخلفات انتظامی اعضای هیئت علمی را در دو مورد معین نموده است. نخست؛ مشخص کردن صلاحیت هیئت‌ها درباره رسیدگی به تخلفات انتظامی اعضای هیئت علمی، بر اساس ماده ۱ و ۴ قانون مقررات انتظامی هیئت علمی دانشگاه‌ها و مؤسسات و دوم؛ بر اساس تبصره ۱ و ۲ ماده ۱۴ رسیدگی به تعیین تکلیف عضو هیئت علمی غیرمفید از صلاحیت هیئت‌های رسیدگی و بدوی است.

در هیئت رسیدگی به تخلفات انتظامی اعضای هیئت علمی یک طرف دعوی و اختلاف دولت و مقامات عمومی با امکانات دولتی و طرف دیگر عضو هیئت علمی است که در سطح نابرابری هم قرار دارند، لذا ضمانت‌های اجرای لازم از حقوق اعضای هیئت علمی برای برقراری عدالت و رعایت اصول دادرسی منصفانه با تکیه بر موازین فقه اسلامی ضروری است.

۲. سازمان، ساختار و صلاحیت هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اعضای هیئت علمی

بر اساس تصریح بند ۱۰ اصل ۳ قانون اساسی، ایجاد نظام اداری صحیح از وظایف دولت است. رعایت نکردن قوانین و مقررات و یا تخطی از آن‌ها از طرف مستخدمین، ایجاد مسئولیت می‌کند و برحسب مورد ممکن است موجب مسئولیت جزایی، مالی و انتظامی آن‌ها گردد (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۹۳: ۲۰۷). در رسیدگی به تخلفات اداری در نظام حقوقی کامن‌لا دادگاه‌های قضایی و اداری واحد هستند و دادگاه‌های اداری زیرمجموعه دادگاه‌های حقوقی قرار می‌گیرند (شیروی، ۱۳۸۵: ۱۵۱). اما در سیستم‌های رومی - ژرمنی مانند فرانسه که حقوق اداری ایران نیز شبیه آن است، دادگاه‌های اداری مستقل از دادگاه‌های عمومی هستند (الیوت و ورنون، ۱۳۸۳: ۱۶۰-۱۴۷). در واقع دادگاه‌های اداری وابسته به دولت بوده و یک نظام مجزا از دادگاه‌های قضایی است^۱ (شیروی، ۱۳۸۵: ۲۳۳). همین مؤلفه در بند ۲ و تبصره ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مؤید مرزبندی بین مراجع قضایی و اداری و صلاحیت آن‌ها است.

هرچند مقوله پیشگیری غیرکیفری برای دوری از تخلفات در بین کارکنان دولت در نظام اداری ازجمله در بین اعضای هیئت علمی به نظر کارآمدتر خواهد بود، اما گاهی احتمال خطا و تخلف در بین اعضای هیئت علمی گریزناپذیر است. در نظام تقنینی کشور ایران برای جلوگیری از تخلفات صورت گرفته توسط اعضای هیئت علمی قانون‌گذار در سال ۱۳۶۴ به تصویب قانون مقررات انتظامی هیئت علمی دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و تحقیقاتی کشور اهتمام نمود.

۱. رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور به شماره ۵۰۷ مورخ ۱۳۶۶/۱۰/۱۵ و نیز رأی وحدت رویه شماره ۷۱۲ و ۷۱۳ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۱ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، مؤید این مطلب است.

تعریفی جامع و مانع از مراجع رسیدگی به تخلفات انتظامی در قانون و از سوی حقوق دانان صورت نگرفته است (گرجی ازندریانی و فتحی، ۱۳۹۴: ۳۳). دادگاه اداری یا هیئت‌های رسیدگی به تخلفات به موجب ماده ۱ قانون مارالذکر شامل هیئت رسیدگی بدوی و تجدیدنظر می‌شود. هیئت‌های رسیدگی به تخلفات مراجعی اختصاصی هستند و صلاحیت آن‌ها منحصرراً رسیدگی به تخلفات اعضای هیئت علمی است.

الف) هیئت بدوی: به موجب ماده ۲ قانون مقررات انتظامی هیئت علمی، هیئت بدوی در هر دانشگاه یا مؤسسه آموزش عالی و مؤسسه تحقیقاتی یا دانشکده مستقل تشکیل می‌شود.

ب) هیئت تجدیدنظر: به استناد ماده ۳ قانون فوق در هر یک از دانشگاه‌ها یا چند دانشگاه یا مؤسسه آموزش عالی و تحقیقاتی مشترکاً و به تشخیص وزارت علوم و وزارت بهداشت تشکیل می‌شود. سایر وزارتخانه‌ها که دارای عضو هیئت علمی و دانشگاه هستند به استناد تبصره ۱ ماده ۳ قانون مقررات انتظامی هیئت علمی، هیئت تجدیدنظر به وسیله وزیر مربوط یا بالاترین مقام دستگاه دولتی منصوب می‌شود.

ج) هیئت عالی نظارت: برای نظارت بر کار هیئت‌ها و نظارت بر حسن اجرای قانون در هیئت‌ها و نیز هماهنگی در کار هیئت‌ها رسیدگی به تخلفات، هیئت عالی نظارت بر تخلفات اداری، به ریاست سازمان اداری و استخدامی کشور تشکیل شده است. اعضای این هیئت عبارتند از یک نفر نماینده رئیس قوه قضائیه و سه نفر از بین نمایندگان وزرا و یا بالاترین مقام سازمانی مستقل دولتی به پیشنهاد ریاست سازمان اداری و استخدامی کشور و با تصویب در جلسه هیئت وزیران تشکیل می‌گردد (نکوئی، ۱۳۹۱: ۴۲۵)^۱. این سؤال پیش می‌آید که آیا هیئت عالی نظارت بر تخلفات، حق نظارت بر عملکرد هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اعضای هیئت علمی را دارند؟ در این باره در قانون و نیز آیین‌نامه مقررات انتظامی هیئت علمی دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و تحقیقاتی کشور، نظارت بر هیئت‌های تخلفات پیش‌بینی نشده است. در ماده ۲۲ قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۲/۳/۲۳ «هیأت عالی نظارت بر هیئت‌های تخلفات اداری» از سوی قانون‌گذار با وظایف مشخص تشکیل آن قانونی گردید. با استناد به ماده ۲۲ قانون مورد اشاره و آیین‌نامه اجرایی این قانون، به پیشنهاد رئیس سازمان امور اداری و استخدامی و با تصویب هیئت وزیران اعضای هیئت عالی نظارت انتخاب می‌شوند. در وزارت علوم و وزارت بهداشت اداره کل هماهنگی هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری و انتظامی وجود دارد که از سوی وزیر وزارتخانه متبوع یک نفر

۱. ر.ک: ماده ۲۲ قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۲/۳/۲۳.

به این سمت منصوب می‌شود و به سازمان امور اداری و استخدامی معرفی می‌گردد که رابط با هیأت عالی نظارت بر تخلفات باشد. این انتصاب به موجب ماده ۳۴ قانون رسیدگی به تخلفات اداری با هدف ایجاد نظام هماهنگ بر کار نظارت هیأت‌ها خواهد بود.

به منظور رسیدگی به تخلفات انتظامی اعضای هیأت علمی بر اساس ماده ۱ قانون مقررات انتظامی هیأت علمی، هیأت‌هایی با عنوان «هیأت رسیدگی به تخلفات انتظامی اعضای هیأت علمی» تشکیل خواهد شد. بر اساس ماده ۲ قانون مقررات انتظامی هیأت علمی، هیأت بدوی در هر دانشگاه یا مؤسسه دارای سه نفر عضو اصلی^۱ و حداکثر دو نفر عضو علی‌البدل خواهد بود که از بین اعضای هیأت علمی دانشگاه‌های کشور و حتی الامکان از همان دانشگاه یا مؤسسه یا دانشکده مستقل و برای مدت دو سال به وسیله رئیس دانشگاه یا مؤسسه یا دانشکده مستقل انتخاب می‌شوند. اعضای هیأت تجدیدنظر نیز به استناد ماده ۳ قانون فوق دارای سه نفر عضو اصلی و حداکثر دو نفر عضو علی‌البدل از بین اعضای هیأت علمی مؤسسات مزبور به مدت دو سال به وسیله وزیر وزارتخانه متبوع تعیین و منصوب می‌شوند. صلاحیت این مراجع اختصاصی است و در جهت رسیدگی به تخلفات انتظامی اعضای هیأت علمی اقدام می‌نمایند و فقط حق رسیدگی در چهارچوب پیش‌بینی شده در قانون را خواهند داشت. این هیأت‌ها ساختار و سازمان آن‌ها وابسته به دانشگاه‌ها و مؤسسات متبوع هستند و به طور مستقل عمل می‌کنند.

۳. رسیدگی به تخلفات هیأت رئیسه و مدیران ستادی

درباره رسیدگی به تخلفات هیأت رئیسه، مدیران ستادی و اعضای هیأت‌های رسیدگی انتظامی، در ماده ۲۹ اصلاح برخی از مواد آیین‌نامه اجرایی قانون مقررات انتظامی هیأت علمی مصوب ۱۳۸۴/۱/۲۸ هیأت وزیران آمده است که تخلفات اعضای هیأت رئیسه و اعضای هیأت‌های رسیدگی انتظامی و همچنین مدیران ستادی که عضو هیأت علمی می‌باشند و اعضای هیأت علمی شاغل در وزارتخانه‌های علوم، تحقیقات و فناوری و وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، در هیأت‌های بدوی و تجدیدنظر رسیدگی انتظامی مستقر در ستاد هر یک از وزارتخانه‌های یادشده رسیدگی می‌شود. بدین ترتیب با توجه به تبصره ماده ۲۹ آیین‌نامه فوق به تخلفات اعضای هیأت علمی سایر وزارتخانه‌ها، مشروط بر آنکه فاقد هیأت‌های بدوی و تجدیدنظر رسیدگی انتظامی باشند، بنا به تشخیص وزیر علوم یا وزیر بهداشت یا نمایندگان آنان در هیأت‌های یکی از دانشگاه‌های مرکز استان

۱. براساس تبصره ۱ ماده ۲ قانون مقررات انتظامی هیأت علمی، «یک نفر از اعضاء هیأت بدوی باید از مدرسان معارف اسلامی که حداقل دارای تحصیلات فوق لیسانس یا معادل آن باشد انتخاب گردد».

مربوط رسیدگی خواهد شد.

۴. تحلیل نواقص در رسیدگی به تخلفات اعضای هیئت علمی

از آنجا که داده‌های پژوهش بدست آمده از فرایند مصاحبه می‌باشد نیازمند کدگذاری برای تحلیل می‌باشد. کدهای موردنظر در حقیقت نتیجه تجزیه و تحلیل میکروسکوپی داده‌ها هستند (استراس و کوربین، ۱۳۹۰: ۲۰).

کدگذاری در روش گراند تئوری در سه مرحله کدگذاری باز، کدگذاری محوری و کدگذاری انتخابی انجام می‌شود. در اینجا نیز جهت تجزیه و تحلیل داده‌های حاصل از مصاحبه از هر سه فرایند کدگذاری باز، محوری و انتخابی استفاده شده است. چراکه اگر هر سه فرایند کدگذاری به صورت هم‌زمان با یکدیگر در یک پژوهش مورد استفاده قرار گیرد، روش گراند تئوری بسیار کاربردی تر خواهد بود (LaRossa, 2005: 837 – 857). در کدگذاری باز که یک فرایند تحلیلی است، از طریق آن ابتدا مفاهیم در داده‌ها کشف می‌شوند و سپس مفاهیم برای تشخیص دادن پدیده‌های مشابه با هم مقایسه شده و تحت عنوان مقوله طبقه‌بندی می‌شوند (استراس و کوربین، ۱۳۹۰: ۲۲). در این مرحله سه کد به دست آمد که به بررسی سه مرحله در آرای صادره اشاره می‌شود: ۱. مرحله تحقیقات مقدماتی و شروع به رسیدگی ۲. مرحله حین رسیدگی و صدور رأی ۳. مرحله بعد از رسیدگی.

کدگذاری محوری صورت پذیرفت که در این مرحله، پژوهشگر یکی از مقوله‌ها را به عنوان مقوله محوری انتخاب کرده و آن را تحت عنوان پدیده محوری در مرکز فرایند مورد پژوهش قرار داده و ارتباط سایر مقوله‌ها را با آن مشخص می‌کند (استراس و کوربین، ۱۳۹۰: ۲۳). نتایج تجزیه و تحلیل داده‌های حاصل از مصاحبه در این مرحله از کدگذاری با توجه به کدگذاری باز صورت گرفته در سه بخش مجزا مورد بررسی قرار گرفت. در هر بخش با توجه به کدگذاری محوری مورد نظر از افراد چند سؤال متناسب با هدف پژوهش مطرح شد. در سؤالاتی که با جواب بله و خیر همراه بود برای عمق بخشیدن به نتیجه از جدول فراوانی و درصد فراوانی پاسخ‌ها بهره گرفته شد. کدگذاری محوری در این مرحله شامل ۱۶ مؤلفه بود که در ذیل به آن‌ها اشاره می‌شود: ۱. نبود اصول و تضمینات مطلوب قبل از شروع رسیدگی در هیئت رسیدگی، ۲. تفهم صحیح و قانونی اتهام، ۳. ابلاغ صحیح و مطلوب اوراق به متهم، ۴. اصل برائت، ۵. حق سکوت، ۶. عدم استقلال اعضای هیئت رسیدگی به تخلفات انتظامی، ۷. عدم حضو وکیل، ۸. ضعف در مستند و مستدل بودن احکام صادره از هیئت‌ها، ۹. تخصصی نبودن فرایند رسیدگی، ۱۰. غیرحضور بودن رسیدگی، ۱۱. غیرعلنی بودن فرایند رسیدگی‌ها، ۱۲. عدم تسلط کافی اعضای هیئت رسیدگی به قوانین، ۱۳. نبود نظارت جامع، عام، فراگیر و منسجم بر کار مراجع بدوی و تجدیدنظر، ۱۴. تجدیدنظرخواهی و مهلت تجدیدنظرخواهی، ۱۵. فرجام‌خواهی یا اعاده

رسیدگی، ۱۶. حق غرامت ناشی از اشتباه اعضای هیئت.

کدگذاری انتخابی مرحله سوم و اصلی از روش گراند تئوری است. این مرحله از کدگذاری، فرایند یکپارچه کردن و بهبود بخشیدن به مقوله‌ها برای شکل‌گیری نظریه می‌باشد که بر پایه نتایج دو مرحله قبلی کدگذاری به تولید نظریه پرداخته و مقوله‌هایی که نیازمند بهبود و توسعه بیشتری هستند را اصلاح می‌کند (استراس و کوربین، ۱۳۹۰: ۲۲). در این مرحله محقق برحسب فهم خود از پدیده مورد مطالعه، یا چهارچوب مدل پارادایم را به صورت روایت عرضه می‌کند و یا مدل پارادایم را به هم می‌ریزد و به صورت ترسیمی نظریه نهایی را نشان می‌دهد (دانایی فرد و اسلامی، ۱۳۸۹: ۵۰). کدگذاری انتخابی مورد نظر پژوهش به صورت روایت تحت عنوان راهکار در پایان هر سؤال ارائه شده است.

۵. نواقص و ناکارآمدی در فرایند رسیدگی به تخلفات اعضای هیئت علمی

۵-۱. مرحله تحقیقات مقدماتی و شروع به رسیدگی

در مرحله تحقیقات مقدماتی و ابتدای شروع به رسیدگی نواقص و ناکارآمدی‌های در فرایند رسیدگی به تخلفات اعضای هیئت علمی وجود دارد که به تحلیل و شرح آن‌ها پرداخته می‌شود. این بخش بر اساس سؤال از خبرگان این حوزه مورد بررسی قرار گرفته است.

۵-۱-۱. نبود اصول و تضمینات مطلوب قبل از شروع رسیدگی در هیئت رسیدگی

یکی از مسائلی که بر دادرسی عادلانه تأثیرگذار است، تفکیک مقام تعقیب از تحقیق است، که این موضوع می‌تواند از استبداد قضایی [و نیز استبداد در هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری] و تمرکز قدرت توسط یک مقام جلوگیری کند و به این ترتیب حقوق متهم را بیشتر تضمین کند (علی‌پور و دیگران، ۱۴۰۱: ۲۳۳).

سؤالاتی که در این خصوص مطرح شد این بود که علت نبود اصول و تضمینات مطلوب قبل از شروع رسیدگی در هیئت رسیدگی به تخلفات انتظامی اعضای هیئت علمی چیست؟ راهکار و نظر سازنده خود را بیان کنید؟

برای تحلیل داده‌ها حاکی از این بود که از آنجایی که عضو هیئت علمی متهم پس از ابلاغ برای دفاع از خود مجبور به مراجعه به محل تشکیل هیئت رسیدگی به تخلفات انتظامی است و در برخی از موارد به دلیل وجود شعبه رسیدگی بدوی به تخلفات در شهرستان‌ها و شعبه تجدیدنظر در استان‌ها، این مسئله خود ناقض اصل دسترسی به این مراجع است. همچنین نبود آیین دادرسی روشن و مشخص برای رسیدگی به تخلفات اعضای هیئت علمی اصل دادرسی منصفانه و تضمینات مطلوب قبل از شروع رسیدگی به تخلفات این اعضا را زیر سؤال می‌برد و ما را از دادرسی منصفانه دور می‌سازد. مضافاً در قانون و آیین‌نامه مقررات انتظامی هیئت علمی، کلی‌گویی درباره صلاحیت

رسیدگی در هیئت‌های بدوی و تجدیدنظر وجود دارد و حق انتخاب وکیل و حضوری بودن دادرسی در این قوانین و مقررات پیش‌بینی نشده است. این مهم با اصول دادرسی منصفانه فاصله بسیار دارد. با توجه به مبانی نظری و ماده ۲ قانون مقررات انتظامی اعضای هیئت علمی که باید هیئت تخلفات در محل خدمت عضو هیئت علمی تشکیل شود، دو عامل اثرگذار شامل نبود شعبه بدوی در برخی از شهرستان‌ها به خصوص دانشگاه‌های پیام نور و دانشگاه‌های غیرمادر، شعبه تجدیدنظر در استان و نبود آیین دادرسی روشن مورد آزمون واقع شد که باتوجه به یافته‌های پژوهش میزان فراوانی نبود شعبه بدوی در شهرستان‌ها ۳۰ و درصد فراوانی ۷۱/۴۲ است و میزان فراوانی نبود آیین دادرسی روشن ۳۵ و درصد فراوانی ۸۰/۹۵ است.

راهکار: بهتر است با اصلاح قانون و آیین‌نامه اجرایی آن، چند شهرستان با یکدیگر شعبه بدوی تشکیل دهند. همچنین در مرکز استان‌ها شعبه تجدیدنظر و در تهران شعبه تشخیص تشکیل شود. همچنین نیاز است که آیین دادرسی و اصول تضمینات دادرسی در این باره تدوین و به تصویب مراجع ذیصلاح برسد.

۲-۱-۵. تفهیم صحیح و قانونی اتهام

حق اطلاع فوری و دقیق از دلایل اتهام از این جهت دارای اهمیت است که فرد مورد اتهام، از همان ابتدا برای دفاع آمادگی پیدا کند (هاشمی، ۱۴۰۰: ۳۰۴ به نقل از فلاح زاده و کامرانی، ۱۳۹۸: ۲۷۳) چراکه متهم بر اساس دفاعیاتش می‌تواند تبرئه شود (شیخ مفید، ۱۳۸۹: ۹۹). سؤالاتی که در این خصوص مطرح شد این بود که آیا تفهیم اتهام صحیح صورت می‌پذیرد؟ اگر پاسخ شما خیر است، راهکار و نظر سازنده خود را با توجه به قوانین و مقررات خود را بیان کنید؟

بر اساس یافته‌های پژوهش ۳۰ نفر که حدود ۷۱/۴۲ درصد است با استناد به ماده ۲۱ آیین‌نامه اجرایی موافق تفهیم اتهام صحیح بودند و ۱۲ نفر که حدود ۲۸/۵۷ درصد می‌شود، اعتقاد داشتند که تفهیم اتهام به صورت صحیح انجام نمی‌گیرد. این گروه معتقد بودند این امر در قانون و آیین‌نامه اجرایی مقررات انتظامی هیئت علمی دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و تحقیقاتی کشور، پیش‌بینی نشده است و لذا بر اساس ماده ۲۱ و ۱۴ آیین‌نامه مورد اشاره از طریق ارسال نامه مکتوب به دبیرخانه محل خدمت (اقامتگاه قانونی) اتهامات به متهم ابلاغ می‌شود و وی باید ظرف ۱۰ روز دفاعیات خود را مکتوب به هیئت‌ها ارائه نماید.

راهکار: اصلاح قانون و آیین‌نامه اجرایی مقررات انتظامی هیئت علمی، و پیش‌بینی حق دفاع از متهم و تفهیم اتهام به متهم در قانون اصلاحی.

۳-۱-۵. ابلاغ صحیح و مطلوب اوراق به متهم

سؤالی که در این خصوص می‌توان مطرح کرد این است که آیا ابلاغ اوراق (جهت تعیین جلسه رسیدگی؛ ختم رسیدگی، صدور رأی) به متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی و بعد از صدور رأی به‌نحو مطلوب صورت می‌پذیرد؟ اگر پاسخ شما خیر است راهکار و نظر سازنده خود را با توجه به قوانین و مقررات خود را بیان کنید؟

بر اساس یافته‌های پژوهش در بین کسانی که نحوه ابلاغ اوراق را مطلوب نمی‌دانستند حدود ۳۰ درصد بودند که به مواردی اشاره شد: عدم تعیین مهلت برای اطلاع از اتهام، نحوه تعیین جلسه رسیدگی و عدم اطلاع متهم از ساعت و روز جلسه رسیدگی ختم رسیدگی و همچنین نحوه ابلاغ حضور و ابلاغ رأی موجب می‌شود که متهم نتواند دفاعیات خود را به موقع به هیئت ارائه نماید و موجب تضییع حق او و عدم دفاع به موقع متهم می‌شود. اما نحوه ابلاغ اخطاریه‌ها و احکام در ماده ۲۱ قانون آیین‌نامه مقررات انتظامی هیئت علمی دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و تحقیقاتی کشور، بر اساس قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۸۷ پیش‌بینی شده است. ولی در عمل و بر اساس تبصره ماده ۴۱ ابلاغ از طریق کارگزینی محل خدمت عضو هیئت علمی متهم است و در برخی موارد شاهد هستیم که ابلاغ به‌صورت صحیح و به موقع از سوی کارگزینی به عضو هیئت علمی متهم صورت نگرفته است.

راهکار: نحوه صحیح ابلاغ در قانون پیش‌بینی شود و ابلاغ از طریق کارگزینی در قانون حذف شود و ابلاغ در محل سکونت و ابلاغ به‌صورت الکترونیکی صورت گیرد.

۴-۱-۵. اصل برائت

اصل عملی معمولاً [مانند برائت] به نفع مدعی علیه وجود دارد، لذا او مکلف به پاسخ به دعوا شناخته شده است (ر.ک: آشتیانی، بی‌تا: ۱۵۰؛ حلی، ۴/۱۴۱۵: ۸۶؛ الانصاری، ۱/۱۴۱۰: ۵۴۹؛ خوانساری، ۶/۱۴۰۵: ۳۹؛ طوسی، ۸/۱۳۵۱: ۱۶۰). اصل برائت در همه نظام‌های حقوقی به‌عنوان یک رکن اساسی در امر دادرسی اعمال می‌گردد و در اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای نیز انعکاس صریح و قاطعانه پیدا کرده است (محمدی‌مغانجویی، ۱۳۸۲: ۱۱۹). بند اول از ماده ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر و بند دوم ماده ۱۴ میثاق بر این حق تصریح و تأکید دارند (فلاح زاده و کامرانی، ۱۳۹۸: ۲۷۱). همچنین در فقه اسلامی مادامی که بینة یا اقرار نباشد متهم تبرئه می‌شود (شیخ مفید، ۱۳۸۹: ۱۰۷) و مجازات نمی‌شود (حرعاملی، ۱۸/۱۴۱۴: باب ۱۶).

سؤال این است که آیا اصل برائت در قانون در حق متهم پیش‌بینی شده است؟ اگر پاسخ شما خیر است، راهکار و نظر سازنده خود را با توجه به قوانین و مقررات خود را بیان کنید؟

همگی افراد مصاحبه شونده معتقد بودند اصل برائت در قانون و آیین نامه اجرایی مقررات انتظامی هیئت علمی، پیش‌بینی نشده است. عده‌ای راه حل را استناد به اصل ۳۷ قانون اساسی دانستند و تعدادی نیز اذعان داشتند که از روح قانون و آیین نامه اجرایی مقررات انتظامی هیئت علمی، می‌توان اصل برائت را استنباط کرد. زیرا در آیین نامه مورد اشاره جمع‌آوری ادله بر عهده هیئت قرار داده شده است. راهکار: از آنجایی که متهم تکلیفی بر بی‌گناهی خود ندارد لازم است قانون‌گذار در اصلاح قانون این اصل را اضافه نماید.

۵-۲. مرحله حین رسیدگی و صدور رأی

۵-۲-۱. حق سکوت

حق سکوت مستلزم عدم اجبار متهم به شهادت یا اقرار به گناه است؛ زیرا متهم در اعلام حقایق به مقامات قضایی هیچ وظیفه‌ای ندارد؛ بلکه دادستان خود ملزم است برای اثبات اتهام وارده، ادله کافی جمع‌آوری کند و نباید سکوت را قرینه‌ای علیه متهم و در اثبات مجرمیت او دانست (صابر، ۱۳۸۸: ۵۵). لذا سکوت متهم دال بر بی‌گناهی او فرض می‌شود.

باید سؤال شود که آیا در فرایند رسیدگی به متهم حق بر سکوت داده می‌شود و به متهم القای اتهام نمی‌شود؟ اگر پاسخ شما خیر است، راهکار و نظر سازنده خود را با توجه به قوانین و مقررات خود را بیان کنید؟

پاسخ‌دهندگان معتقد بودند هرچند حق سکوت در قانون و آیین نامه اجرایی مقررات انتظامی هیئت علمی، پیش‌بینی و به‌صراحت ذکر نشده است. اما در هنگام رسیدگی در هیئت هیچ‌گونه القای اتهام به متهم وجود ندارد و فقط به متهم طی ابلاغی اتهام وارده اطلاع‌رسانی می‌شود. این حق تلحویحاً در اصل ۳۸ قانون اساسی پیش‌بینی شده است؛ لذا هیئت‌ها نیز ملزم به اطاعت از قانون اساسی هستند هرچند در سایر قوانین این مهم پیش‌بینی نشده باشد.

راهکار: حق سکوت در قانون پیش‌بینی و عواقب آن نیز به متهم تذکر داده شود.

۵-۲-۲. عدم استقلال اعضای هیئت رسیدگی به تخلفات انتظامی

استقلال قضایی بخش لایتنج‌زای نظریه تقنیک قوا محسوب می‌شود (صحراپیان، ۱۳۸۲: ۵). برخی سلامت دادرسی را در گرو بی‌طرفی قضات و حفظ بی‌طرفی نیز مرهون استقلال و به تبع آن بالا بردن کیفیت عملکرد می‌دانند (امیری و دیگران، ۱۴۰۰: ۲۸). لذا قاضی برای اینکه در کار خود توفیق یابد باید بی‌طرف باشد (جوادی آملی، ۱۳۹۰: ۱۷۲) و قاضی باید استقلال رأی خود را حفظ کند (جوادی آملی، ۱۳۹۰: ص ۱۷۵). از مقایسه استقلال و بی‌طرفی می‌توان نتیجه گرفت که استقلال خود پیش‌شرط بی‌طرفی است. ماده ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده ۱۴ میثاق

بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی بر تأمین این حق صراحت دارند (فلاح زاده و کامرانی، ۱۳۹۸: ۲۷۰) و همچنین در سیستم قضایی اسلام (زمان زاده بهبهانی و دیگران، ۱۳۹۷: ۴۷۱) و کلام امام علی (ع) مورد تأکید است (نهج البلاغه، نامه ۵۳؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۹۱: ۲۶).

بر این اساس از مصاحبه شوندگان این سؤال مطرح شد که آیا به استقلال اعضای هیئت رسیدگی به تخلفات انتظامی معتقدید؟ آیا قانون‌گذار سازوکاری را برای حفظ این استقلال پیش‌بینی نموده است؟ اگر پاسخ شما خیر است، راهکار و نظر سازنده خود را با توجه به قوانین و مقررات خود را بیان کنید؟

موافقان استقلال و بی‌طرفی اعضای هیئت رسیدگی اذعان دارند که سازوکاری در قانون و آیین‌نامه اجرایی از سوی قانون‌گذار پیش‌بینی نشده است.

بر اساس یافته‌های پژوهش مخالفان که ۳۳ درصد بودند نیز معتقدند که اعضای هیئت استقلال تام و کافی ندارند و گاهی از سوی مقامات سیاسی و رؤسای دانشگاه‌ها اعمال نفوذ می‌شود. همچنین تشکیل جلسات هیئت و نیز نیروی انسانی و بودجه آن وابسته به دانشگاه است و اعضای هیئت بدوی از سوی رئیس دانشگاه و تجدیدنظر از سوی وزیر انتخاب می‌شوند که این ناقض استقلال اعضای هیئت رسیدگی به تخلفات است. باید افزود که قانون‌گذار سازوکاری در قانون و آیین‌نامه اجرایی آن برای استقلال و امنیت شغلی اعضای هیئت رسیدگی به تخلفات پیش‌بینی نکرده است و در این خصوص قانون داری نقص و خلأ است.

راهکار: اصلاح قانون توسط مجلس به صورت طرح از سوی نمایندگان مجلس یا تقدیم لایحه از سوی وزارتین به مجلس برای اصلاح قانون و در قانون به صورتی پیش‌بینی شود که انتخاب اعضای هیئت بدوی و تجدیدنظر با نهادی مستقل و بی‌طرف باشد. استقلال به معنای عدم تابعیت و عدم تأثیرپذیری مرجع رسیدگی از فشارها و عوامل خارج از آن و افراد قدرتمند است که باید در قانون مورد اشاره گنجانده شود.

۳-۲-۵. عدم حضو وکیل

ناتوانی در دفاع از خود یکی از مؤلفه‌های سوگیری دادرسی به‌سوی غیر منصفانه بودن است. ماده ۷ از اصول اساسی، راجع به نقش وکلا نیز دولت‌ها را به تضمین این امر که همه افراد دستگیر یا بازداشت شده، ظرف ۴۸ ساعت از دستگیری یا بازداشت خود، به وکیل دسترسی داشته باشند، متعهد می‌داند (فلاح زاده و کامرانی، ۱۳۹۸: ۲۷۳). فقهای اسلامی وکالت در امور قابل نیابت را جایز دانسته‌اند (ابن رشد، ۱۴۱۵: ۲۴۴؛ بهوتی، ۱۴۱۸: ۵۴۲؛ سرخسی، ۱۴۰۶: ۸۷؛ ابن ادریس، ۱۴۱۱: ۸۹؛ جبعی عاملی، ۱۳۶۹: ۹۷؛ نجفی، بی‌تا/۴۰: ۳۹۲).

سؤال محوری این است که به نظر شما عدم حضور وکیل نقص در فرایند رسیدگی و نقص اصول دادرسی منصفانه است؟ اگر پاسخ شما خیر است، راهکار و نظر سازنده خود را با توجه به قوانین و مقررات خود را بیان کنید؟

تعدادی از مصاحبه شوندگان که بر اساس یافته‌های پژوهش ۵۲/۳۸ درصد بودند عدم حضور وکیل را نقص در فرایند رسیدگی و نقص اصول دادرسی منصفانه دانستند. ایشان بیان داشتند که حق انتخاب و داشتن وکیل از اصول دادرسی منصفانه بر اساس قانون اساسی است و یکی از تصمیمات دفاعی متهم خواهد بود. در قانون و آیین‌نامه اجرایی مقررات انتظامی هیئت علمی، این اصل پیش‌بینی نشده است اما با توجه به صراحت اصل ۳۵ قانون اساسی و ماده ۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ به این مهم اشاره شده است. در مقابل عده‌ای که ۴۷/۶۱ درصد بودند معتقد بودند که فقط اصول دادرسی منصفانه نیست چراکه فرایند رسیدگی در هیئت‌ها بسیار تخصصی نیست و لذا نیاز به حضور وکیل نمی‌باشد.

راهکار: در قانون و آیین‌نامه اجرایی مقررات انتظامی هیئت علمی، حق تعیین و انتخاب اختیاری وکیل برای عضو هیئت علمی متخلف یا متهم پیش‌بینی شود. هرچند این حق از قوانین دیگر قابل استنتاج است از جمله اصل ۳۵ قانون اساسی و ماده واحده قانون انتخاب وکیل توسط اصحاب دعوی مصوب ۱۳۷۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام لذا هیئت‌ها مکلف به پذیرش وکیل می‌باشند.

۴-۵. ضعف در مستند و مستدل بودن احکام صادره از هیئت‌ها

بر اساس اصول دادرسی می‌توان مطرح کرد که آیا در احکام صادره از هیئت‌ها ضعف در مستند و مستدل بودن وجود دارد؟ اگر پاسخ شما خیر است، راهکار و نظر سازنده خود را با توجه به قوانین و مقررات خود را بیان کنید؟

موافقان ضعف در مستند و مستدل بودن که حدود ۳۰/۹۵ درصد هستند بیان داشتند که در برخی از موارد ضعف در مستند و مستدل بودن آرای صادره وجود دارد، چراکه اعضای هیئت‌ها چندان آشنایی به مسائل حقوقی و دادرسی منصفانه ندارند و در برخی از موارد استناد به قوانین و مقررات یا عدم استناد آن‌ها به قوانین، اعضای هیئت را با مشکل عدم مستدل و مستند بودن احکام‌شان مواجه می‌کند. اما مخالفان که ۶۹/۰۴ درصد بودند عقیده داشتند که اعضای هیئت آرای خود را مستند به قوانین و مقررات مدونه صادر می‌کنند. زیرا تشخیص تخلف و انطباق آن با قانون به عهده هیئت رسیدگی کننده است.

راهکار: اصلاح قوانین و پیش‌بینی قانون بر اینکه الزاماً یک حقوق‌دان نیز عضو هیئت‌ها باشد و نیز آموزش لازم به اعضای هیئت در سرتاسر دانشگاه‌ها و مؤسسات برابر قانون الزامی باشد.

۵-۲-۵. تخصصی نبودن فرایند رسیدگی

سؤال محوری این است که آیا به تخصصی نبودن فرایند رسیدگی و نبود آیین دادرسی مناسب در هیئت تخلفات انتظامی معتقدید؟ اگر پاسخ شما خیر است، راهکار و نظر سازنده خود را با توجه به قوانین و مقررات خود را بیان کنید؟

مخالفان تخصصی نبودن فرایند رسیدگی که حدود ۶۴/۲۸ درصد بودند بیان داشتند که کار و رسیدگی هیئت‌ها و تمام اقدامات هیئت‌ها بر اساس قانون و آیین‌نامه صورت می‌پذیرد اما بودن آیین دادرسی شفاف لازم است. و موافقانی که فرایند رسیدگی را تخصصی نمی‌دانستند علت را کافی نبودن آشنایی اعضای هیئت‌ها به مبانی حقوقی و اصول دادرسی و نبود آموزش لازم در این باره بیان کردند و همچنین معتقد بودند در این خصوص آیین دادرسی مناسبی وجود ندارد و اصول دادرسی منصفانه در موارد بسیاری رعایت نمی‌شود.

راهکار: قانون اصلاح شود که یک عضو حقوق‌دان در هیئت‌ها باشد و نیز آیین دادرسی مستقلی برای رسیدگی در مرحله مقدماتی، حین رسیدگی و نحوه صدور رأی هر مرحله بعد از رسیدگی و نحوه تجدنظر و فرجام‌خواهی پیش‌بینی شود.

۵-۲-۶. غیرحضوری بودن رسیدگی

حق دفاع از اتهامات به‌طور برابر از حقوق متهم است (نجفی، بی‌تا/۴۰: ۷۳). سؤال محوری که بر اساس اصول دادرسی منصفانه به ذهن آمد این است که به نظر شما غیرحضوری بودن فرایند رسیدگی و عدم دفاع متهم در جلسه رسیدگی موجب صدور رأی غیرمستدل خواهد شد؟ اگر پاسخ شما بله است، راهکار و نظر سازنده خود را با توجه به قوانین و مقررات خود را بیان کنید؟

موافقان حضوری بودن رسیدگی که ۶۱/۹۰ درصد بودند معتقدند که عدم حضور متهم در برخی از موارد حق دفاع را از او گرفته و ناقض حقوق دفاعی او است. حتی در برخی از موارد با مطالعه اوراق پرونده اعضا متوجه مستندات و دفاعیات متهم نمی‌شود و ممکن است حق متهم تضییع شود. زیرا هیئت‌ها متهم را برای دفاع بعضاً احضار نمی‌کنند و این با اصول دادرسی منصفانه مغایر است. اما مخالفان بیان داشتند که غیرحضوری بودن جلسه رسیدگی حقی را از متهم تضییع نمی‌کند و عدم دفاع متهم موجب صدور رأی غیرمستدل نمی‌شود. چون قبل از رسیدگی متهم می‌تواند دفاعیات خود را به‌صورت مکتوب و تبادل لوایح به‌موجب ماده ۱۵ آیین‌نامه اجرایی قانون مقررات انتظامی هیئت علمی، تحویل هیئت نماید. همچنین بر اساس ماده ۱۶ آیین‌نامه مارالذکر اگر نیاز به حضور متهم باشد به او ابلاغ می‌شود که در تاریخ تعیین شده برای شرکت در رسیدگی و ارائه دفاعیات حضور یابد. بعد از دفاعیات یا قرائت گزارش محقق لایحه دفاعیه، هیئت مبادرت به صدور رأی می‌کند.

راهکار: اصلاح قانون و آیین نامه مقررات انتظامی هیئت علمی و حضوری شدن جلسه رسیدگی و پیش بینی حق دفاع به صورت حضوری در قانون برای متهم، زیرا اعضای هیئت علمی قشر فرهیخته جامعه هستند و باید شئون آن ها حفظ شود. بنابراین اگر متهم به صورت حضوری دفاعیات خود را به صورت شفاهی و کتبی و نیز ترافعی به هیئت ارائه دهد، دیگر حقی از او تضییع نمی شود.

۷-۲-۵. غیرعلنی بودن فرایند رسیدگی

از اصول دادرسی منصفانه این است که رسیدگی به صورت علنی انجام شود (نهج البلاغه، نامه ۵۳) تا همگان بتوانند حضور داشته و از رسیدگی مطلع شوند. علنی بودن محاکم از چنان اهمیتی برخوردار است که حتی در اصل چهارم قانون اساسی نیز به آن اشاره شده است (محمدعلی زاده اشکلک و رشیدی، ۱۳۹۹: ۱۵۶) همچنین در قضای اسلامی بر این اصل تأکید شده است (فضائلی، ۱۳۹۴: ۱۶۸) و مورد استنباط از کلام برخی از فقها است (حلی، ۱۴۱۵: ۴/۸۷۵). سؤال محوری این است که به نظر شما غیرعلنی بودن بودن فرایند رسیدگی و عدم دفاع متهم در جلسه رسیدگی موجب صدور رأی غیرمستدل و تضییع حقوق عضو خواهد شد؟ اگر پاسخ شما خیر است، راهکار و نظر سازنده خود را با توجه به قوانین و مقررات خود را بیان کنید؟

بر اساس یافته های پژوهش موافقان غیرعلنی بودن رسیدگی که ۸۰/۹۵ درصد بودند معتقدند علنی بودن رسیدگی، هیچ تأثیری بر فرایند رسیدگی ندارد، زیرا هیئت یک مرجع تخصصی است و لزومی ندارد که عموم مردم از فرایند رسیدگی مطلع شوند و این تخلف مرتبط به نظم عمومی نیست و جنبه عمومی ندارد. اما مخالفان بیان داشتند که غیرعلنی بودن رسیدگی ممکن است موجب تضییع حقوق متهم شود. زیرا بر اساس قانون اساسی اصل علنی بودن رسیدگی است ولی بر اساس ماده ۱۶ آیین نامه اجرایی رسیدگی غیرعلنی می باشد و این با اصول دادرسی منصفانه مغایر است.

راهکار: قانون گذار با اصلاح قانون حق دادرسی علنی را اعلام نماید تا با اصول دادرسی منصفانه مغایر نباشد و فقط اعضای هیئت علمی و کارکنان دانشگاه و یا مؤسسه حق حضور داشته باشند، مگر در مواردی که اتهام باید محرمانه بررسی شود که در این صورت رسیدگی غیرعلنی باشد.

۸-۲-۵. عدم تسلط کافی اعضای هیئت رسیدگی به قوانین

در فقه امامیه بر اساس قاعده قبح عقاب بلا بیان، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها توجیه می گردد (محقق داماد، ۱۳۹۲: ۱۳). لذا اجرای یکسان قوانین مورد توصیه و تأکید در قضای اسلامی است (حر عاملی، ۱۳۸۷: ۱۸/۱۳۸۸). حال سؤالات محوری این است که از دیدگاه شما اعضای هیئت به مبانی حقوقی و قوانین مدونه و اصول دادرسی منصفانه در رسیدگی به تخلفات اعضای هیئت علمی تسلط کافی دارند؟ اگر پاسخ شما خیر است، راهکار و نظر سازنده خود را با توجه

به قوانین و مقررات خود را بیان کنید؟

یکی از مصاحبه‌شوندگان بیان داشت که بعد از ابلاغ به اعضای هیئت و منصوب شدن، قانون و آیین‌نامه اجرایی مقررات انتظامی هیئت علمی، را مطالعه نمودم تا تسلط کافی بر قوانین و مقررات پیدا نمایم. اما برخی از اعضای هیئت‌ها که حدود ۴۰/۴۷ درصد بودند، اصلاً با اصول دادرسی منصفانه آشنایی و آگاهی کافی نداشتند و تعدادی نیز معتقد بودند که برخی از اعضای هیئت‌ها حتی یک‌بار قانون و آیین‌نامه اجرایی مقررات انتظامی هیئت علمی، مطالعه نکرده‌اند و اصلاً به اصول دادرسی منصفانه آگاهی ندارند.

راهکار: قانون و آیین‌نامه اجرایی مقررات انتظامی هیئت علمی، اصلاح شود و یک عضو حقوق‌دان با تسلط کافی عضو هیئت بدوی و تجدیدنظر باشد و آموزش‌های لازم در این باره در قانون پیش‌بینی شود. همچنین مدت زمان و نحوه انشای رأی توسط اعضا در قانون اصلاحی قید شود.

۳-۵. مرحله بعد از رسیدگی

۱-۳-۵. نبود نظارت جامع، عام، فراگیر و منسجم بر کار هیئت بدوی و تجدیدنظر

اعمال نظارت بر عملکرد قاضی هیچ منافاتی با حفظ استقلال قاضی ندارد بلکه برای دستیابی به عدالت هدف قضای اسلامی است (کلینی، ۱۴۱۳/۷: ۴۰۷؛ محمدی ری شهری، بی‌تا/۴: ۲۵۶). با وجود این آیا به نبود نظارت جامع و منسجم در هیئت رسیدگی انتظامی بر تخلفات انتظامی اعضای هیئت علمی معتقدید؟ اگر پاسخ شما خیر است، راهکار و نظر سازنده خود را با توجه به قوانین و مقررات خود را بیان کنید؟

مخالفان نبود نظارت بر کار هیئت رسیدگی که حدود ۳۸/۰۹ درصد هستند، دلیل مخالفت خود را این‌گونه بیان کردند: اگر اعضای هیئت، آرای غیرمستدل صادر نمایند به موجب ماده ۳۴ قانون رسیدگی به تخلفات اداری باهدف ایجاد نظام هماهنگ بر کار نظارت هیئت‌ها، یک هیئت هماهنگی نظارت در وزارتین با حکم وزیر منصوب می‌شوند که بر کار هیئت‌های بدوی و تجدیدنظر نظارت می‌کند همچنین هیئت عالی نظارت بر کار هیئت‌ها از طریق هیئت هماهنگی در وزارت بر کار و نحوه صدور آرای هیئت‌ها نظارت دارد. علاوه بر این بر اساس ماده ۳۶ آیین‌نامه اجرایی قانون مقررات انتظامی هیئت علمی، هر شش ماه یک‌بار هیئت بدوی و تجدیدنظر باید به وزارتخانه متبوع کتباً گزارش فعالیت تسلیم نماید. اما موافقان نبود نظارت جامع معتقد بودند که قانون‌گذار در قانون و آیین‌نامه مقررات انتظامی هیئت علمی، اجرای هیچ‌گونه نظارت منسجم را بر مراجعه رسیدگی به تخلفات اعضای هیئت علمی پیش‌بینی نکرده است.

راهکار: پیش‌بینی اصلاح قانون و نحوه انتخاب اعضای هیئت نظارت بر کار و نحوه صدور رأی

هیئت‌های بدوی و تجدیدنظر، تا در برخی موارد هیئت نظارت بتواند آرا و تصمیمات هیئت را باطل و در صورت تشخیص سهل‌انگاری عمدی و اثبات تقصیر، هیئت‌های متخلف را منحل نماید و خود هیئت نظارت رأی مقتضی صادر نماید. همچنین هیئت نظارت در قانون، بازرسان و ناظرانی را برای نظارت بر کار هیئت‌ها و نحوه انتخاب آن‌ها پیش‌بینی نماید. مضافاً برای نظارت عام، فراگیر و منسجم‌تر و عدم اطاله دادرسی در قانون پیش‌بینی شود که شعباتی از دیوان عدالت اداری بر آرای هیئت‌ها نظارت شکلی و ماهوی داشته باشد.

۲-۳-۵. تجدیدنظرخواهی و مهلت تجدیدنظرخواهی

امام علی (ع) حق استیناف را دادرسی محفوظ دانسته است (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۱: ۳۰) چراکه احتمال خطای قاضی وجود دارد (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۸: ۱۰۷؛ طوسی، ۱۳۵۱/۸ و ۱۰۱). می‌توان مطرح کرد که از دید شما حق تجدیدنظرخواهی و مهلت تجدیدنظرخواهی بعد از صدور رأی بدوی مناسب است؟ اگر پاسخ شما خیر است، راهکار و نظر سازنده خود را با توجه به قوانین و مقررات خود را بیان کنید؟

کلیه مصاحبه‌شوندگان بیان داشتند که حق تجدیدنظر و مهلت تجدیدنظر مناسب است، زیرا این حق بر اساس ماده ۱۹ آیین‌نامه اجرایی مقررات انتظامی هیئت‌علمی، پیش‌بینی شده است و آرای صادره از هیئت بدوی برای افراد داخل کشور یک‌ماه و برای افراد خارج از کشور دوماه تعیین شده است. بنابراین در این خصوص نقض و خلاء وجود ندارد.

۳-۳-۵. فرجام‌خواهی یا اعاده رسیدگی

سؤال محوری که باید بیان کرد این است که آیا عدم پیش‌بینی قانون در زمینه حق فرجام‌خواهی یا اعاده رسیدگی موجب تضییع حقوق متهم خواهد شد؟

مصاحبه‌شوندگان معتقد بودند که حق فرجام‌خواهی و اعاده رسیدگی قانون و آیین‌نامه اجرایی مقررات انتظامی هیئت‌علمی، پیش‌بینی نشده است. اما به نظر می‌رسد با توجه به بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲، آرای تخلفات اعضای هیئت‌علمی بعد از قطعیت قابل فرجام‌خواهی در دیوان عدالت اداری است^۱ (رأی وحدت‌رویه شماره ۲۵۲ مورخ ۱۳۸۰/۸/۱۳ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری؛ ر.ک: مولا بیگی، ۱۳۹۴: ۶۰). البته ممکن است شخصی از این قانون مطلع نباشد و به موقعیت شغلی او لطمه وارد می‌شود و در برخی

۱. وظیفه دیوان در این قسمت از باب نظارت قضایی عالی به مراجع اختصاصی اداری است (طبق رأی وحدت رویه شماره ۴۸۳ مورخ ۱۳۹۰/۱۱/۱۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری).

از موارد بی گناه محکوم می گردد.

راهکار: در قانون و آیین نامه اجرایی مقررات انتظامی هیئت علمی، این حق پیش بینی شود تا موجب تضییع حقوق عضو هیئت علمی متخلف یا متهم نشود.

۴-۳-۵. حق غرامت ناشی از اشتباه هیئت

حق جبران خسارت یکی از اصول کلی حقوق به شمار می رود. بنا بر مقتضای این اصل، هر کس به سبب عمل دیگری، متحمل خسارت شود، حق دارد جبران آن را مطالبه کند (فضائلی و فلسفی، ۱۳۹۷: ۴۰۴). در نظام قضایی اسلام اصولاً علم به قانون از شرایط مسئولیت است (فضائلی، ۱۳۹۴: ۱۷۲). باید مطرح کرد که آیا در صورت اشتباه اعضای هیئت رسیدگی کننده حق غرامت ناشی از اشتباه هیئت در قوانین پیش بینی شده است؟ آیا شما از این مقوله مطلعید؟ اگر پاسخ شما خیر است، راهکار و نظرسازنده خود را با توجه به قوانین و مقررات خود را بیان کنید؟

عده ای از مصاحبه شوندگان اطلاعی در این خصوص نداشتند و تعدادی نیز بیان کردند که این حق در قانون و آیین نامه اجرایی مقررات انتظامی هیئت علمی، پیش بینی نشده است. اما بر اساس اصل ۱۷۱ در محاکم قضایی در صورت اشتباه قضات، و اثبات تقصیر، او مکلف به پرداخت غرامت می شود که موافقان پیش بینی پرداخت حق غرامت ۹۰/۴۷ درصد هستند. به نظر تعمیم این اصل به اعضای هیئت تخلفات انتظامی بلامانع است.

راهکار: جا دارد در صورتی که اعضای هیئت به صورت غیر عمد عضو هیئت علمی را بی گناه محکوم نمایند و از این جهت به حقوق او لطمه و غرامتی وارد آید، قانون گذار حق غرامت را در صورت غیر عمد بودن و خطای غیر عمد هیئت ها معرفی نماید تا به عضو هیئت علمی غرامت پرداخت شود.

نتیجه

اعضای هیئت علمی به عنوان مروجین و تولیدکنندگان علم در جامعه از خطا و اشتباه بری نبوده و نخواهند بود. هدف این پژوهش ارائه راهکارها برای نواقص موجود در فرایند رسیدگی به تخلفات اعضای هیئت علمی با توجه به نقش و جایگاه اعضای هیئت علمی و صیانت از این نخبگان خواهد بود. با توجه به رفع نواقص و معایب در قانون گذاری (ماهوی و شکلی) در عرصه فرایند رسیدگی انتظامی به تخلفات اعضای هیئت دانشگاه ها و ارائه راهکارها برای رفع نواقص و ناکارآمدی های قوانین موجود به ضرورت و اهمیت بحث می افزاید. ابهامات و نواقصی با توجه به اصول دادرسی منصفانه در حوزه مرجع رسیدگی به تخلفات انتظامی اعضای هیئت علمی دانشگاه ها در قانون و آیین نامه مقررات انتظامی هیئت علمی وجود دارد. از چالش های آن، رجوع به مرجع ذی صلاح برای

رسیدگی به تخلفات اعضای هیئت علمی در هنگام فرجام خواهی، غیرعلنی بودن، غیرحضورى بودن فرایند رسیدگی، تخصصی نبودن فرایند رسیدگی، نبود نظارت کافی بر این هیئت ها و غیره است. بنابراین این پژوهش در جهت رفع این چالش و ابهام و ارائه راهکار و راهبرد است. یافته این پژوهش این است که مقررات این حوزه دارای خلأها و نواقصی است که در برخی از موارد باعث تضییع حقوق عضو هیئت علمی در فرایند رسیدگی می گردد. وجود هیئت رسیدگی کننده به تخلفات انتظامی اعضای هیئت علمی باعث پایمال نشدن حقوق طرفین درگیر در مسئله خواهد بود، البته در صورتی که رسیدگی در این هیئت عادلانه و بر اساس رعایت انصاف باشد.

در این پژوهش با بهره گیری از نظرات متخصصان و خبرگان در این حوزه سعی شد که خلأهای که می تواند در مراحل رسیدگی به تخلفات متهمین وجود دارد از دید قانونی مورد بازبینی قرار گیرد. از یافته های پژوهش می توان نتیجه گرفت که در موادی از آیین نامه اجرایی قانون رسیدگی به تخلفات اعضای هیئت علمی ضعف و خلأ وجود دارد که باعث غیرعادلانه شدن روند رسیدگی خواهد بود. مواردی همچون غیرعلنی بودن فرایند رسیدگی، عدم حضور وکیل، عدم استقلال اعضای هیئت تخلفات انتظامی در برخی از هیئت ها، عدم تسلط کافی اعضای هیئت به قوانین و... از دلایل غیرعادلانه بودن روند رسیدگی خواهد بود. در نتیجه برای رفع این نواقض نیاز است که بازنگری در قانون و آیین نامه اجرایی رسیدگی به تخلفات اعضای هیئت علمی صورت پذیرد تا بتوان با تقویت قوانین و مقررات گامی درست جهت اجرای صحیح قانون، احقاق حق و رعایت شأن علمی اعضای هیئت علمی برداشته شود.

از محدودیت های پژوهش می توان به پاسخ گو نبودن برخی از مصاحبه شوندگان اشاره نمود. در برخی پاسخ های افراد حاضر در نمونه نیز می توان عدم بی طرفی نسبت به موضوع مورد بحث را مشاهده نمود. پیشنهاد این پژوهش بررسی دقیق تر قوانین توسط مراجع ذیصلاح جهت اصلاح قانون، استفاده از تجربیات و نیروی متخصص حقوق دان در هیئت های رسیدگی به تخلفات اعضای هیئت علمی و آموزش و فرهنگ سازی در زمینه قوانین و مقررات در بین اعضای هیئت علمی با بهره گیری از کارگاه های آموزشی می باشد.

منابع

فارسی

- استراس، آنسلم و جولیت. ام کوربین (۱۳۹۰)، مدل روش تحقیق کیفی نظریه‌مبنایی رویه‌ها و شیوه‌ها، ترجمه بیوک محمدی، چاپ سوم، تهران: نشر پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی.
- البوت، کاترین و کاترین ورنون (۱۳۸۳)، نظام حقوقی فرانسه، مترجم: صفر بیگزاده، چاپ اول، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- امامی، محمد و کورش استوارسنگری (۱۳۹۷)، حقوق‌اداری، سازمان‌های اداری کشور و استخدام، جلد اول، چاپ شانزدهم، تهران: نشر میزان.
- امیری، علی، جواد طهماسبی و بتول پاکزاد (۱۴۰۰)، «کاربرد مدیریت ارجاع در تضمین دادرسی بی طرفانه کیفری»، مجله حقوقی دادگستری، ۸۵ (۱۱۴)، ۲۷-۵۲.
- جوادی آملی، عبدالله (۱۳۹۰)، آداب قضا در اسلام، قم: اسراء.
- دانایی فرد، حسن و آذر اسلامی (۱۳۸۹)، کاربرد نظریه داده بنیاد در عمل؛ ساخت نظریه بی تفاوتی سازمانی، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق.
- رایجیان اصلی، مهرداد (۱۳۹۳)، «بازاندیشی دادرسی دادگرانه در پرتو اصل هم ترازی حق‌های بزه‌دیده و متهم»، پژوهش حقوق کیفری، ۲ (۷)، صفحه ۱۳۱-۱۴۸.
- زمان‌زاده بهبهانی، مهری، محسن رهامی و مرتضی ناجی زواره (۱۳۹۷)، «واکاوی جایگاه اصول دادرسی عادلانه در فقه امامیه»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۱۹ (۲)، ۴۶۷-۴۹۴.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۵)، حقوق تطبیقی، چاپ پنجم، تهران: انتشارات سمت.
- صابر، محمود (۱۳۸۸)، «معیارها و تضمین‌های دادرسی عادلانه در مرحله تحقیقات مقدماتی»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۱۳.
- صادقی مقدم، محمدحسن و نادر میرزاده‌کوهشاهی (۱۳۹۷)، آیین رسیدگی به تخلفات انتظامی اعضای هیئت علمی دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و تحقیقاتی کشور، چاپ دوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- صحرائیان، علی (۱۳۸۲)، «تضمینات و محدودیت‌های وارده بر استقلال و بی طرفی قضات در ایالات متحده»، فصلنامه حقوق اساسی، شماره ۱، صفحه ۲۰۳-۲۲۴.
- طباطبائی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۹۳)، حقوق‌اداری، چاپ نوزدهم، تهران: انتشارات سمت.
- علایی، حسین و جعفر براتی (۱۳۹۸)، «بررسی و نقد دادرسی اداری در هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اعضای هیئت علمی»، تمدن حقوقی (دوفصلنامه)، ۲ (۴)، صفحه ۹-۳۳.
- علی‌پور، محمدعلی، سیددرید موسوی مجاب و سیدباسم موالی‌زاده (۱۴۰۱)، «استقلال نهاد تحقیق از نهاد تعقیب کیفری در نظام حقوقی ایران و لبنان»، مجله حقوقی دادگستری، ۸۶ (۱۱۸)، ۲۲۹-۲۵۲.
- فلاح زاده، علی محمد و محیا کامرانی (۱۳۹۸)، «ارزیابی آیین رسیدگی دیوان محاسبات کشور از منظر دادرسی منصفانه»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۸۳، شماره ۱۰۸، صفحه ۲۶۷-۲۸۷.
- فضائلی، مصطفی و هدایت الله فلسفی (۱۳۹۷)، دادرسی عادلانه در محاکمات کیفری بین‌المللی، چاپ چهارم، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.

- فضائلی، مصطفی (۱۳۹۴)، «جایگاه و اصول دادرسی عادلانه در حقوق بشر و دکترین قضایی اسلام»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۱ (۱)، ۱۵۹-۱۷۸.
- گرجی ازندریانی، علی اکبر و یونس فتحی (۱۳۹۴)، «آسیب شناسی فرایند دادرسی در هیئت های رسیدگی به تخلفات اداری: تاملی پیرامون یک الگوی مطلوب»، فصلنامه حقوق اداری، ۳ (۹)، صفحه ۲۹-۵۱.
- لطفی، محمد (۱۳۹۵). اصول دادرسی منصفانه در فرایند رسیدگی به تخلفات انتظامی اعضای هیئت علمی دانشگاه ها، چاپ اول، تهران: انتشارات خرسندی.
- محمدعلی زاده اشکلک، حبیب و یاسر رشیدی (۱۳۹۹)، «بررسی اصول دادرسی منصفانه در محاکم کیفری با توجه به قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲»، آموزه های حقوقی گواه، ۶ (۱)، ۱۵۳-۱۷۶.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۲)، قواعد فقه بخش جزایی، چاپ بیست و هفتم، جلد ۴، تهران: نشر علوم اسلامی.
- محمدی مغانجوقی، فاطمه (۱۳۸۲)، اصول حاکم بر دادرسی منصفانه، مقررات داخلی و بین المللی، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- مولاییگی، غلامرضا (۱۳۹۴)، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، چاپ دوم، تهران: معاونت آموزش، پژوهش و پیشگیری دیوان عدالت اداری، جنگل و جاودانه.
- موسوی بجنوردی، سید محمد و سمیه روحانی (۱۳۹۱)، «شاخصه های عدالت قضایی از منظر امیر المؤمنین علی (ع) با رویکردی برآرای امام خمینی (س)»، پژوهشنامه متین، ۱۴ (۵۴)، ۱۹-۴۳.
- نجابت خواه، مرتضی، فاطمه افشاری و سیدشهاب الدین موسوی زاده (۱۳۹۶)، «بررسی و آسیب شناسی ساختار و صلاحیت های مراجع اختصاصی اداری در حقوق اداری ایران»، دیدگاه های حقوق قضایی، ۲۲ (۷۷ و ۷۸).
- نکویی، محمد (۱۳۹۱)، «ملاحظات در نظریه مشورتی اداره کل امور حقوقی قوه قضائیه در زمینه اختیار صدور حکم توسط هیئت عالی نظارت بر رسیدگی به تخلفات اداری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، بهار (۵۷)، ۱۵.
- هاشمی شاهرودی، سیدمحمد (۱۳۸۸)، پژوهش های نو در عصر معاصر، قم: وزارت دادگستری.
- هاشمی، محمد (۱۴۰۰)، حقوق بشر و آزادی های اساسی، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان.
- هداوند، مهدی و مسلم آقایی طوق (۱۳۹۵)، دادگاه های اختصاصی اداری در پرتو اصول و آیین های دادرسی منصفانه (حقوق ایران و مطالعه تطبیقی)، چاپ دوم، تهران: انتشارات خرسندی.
- یآوری، اسدالله (۱۳۸۳)، «حق برخورداری از دادرسی منصفانه و آیین دادرسی نوین»، فصلنامه حقوق اساسی، شماره ۲.

عربی

- ابن ادریس، محمد بن احمد (۱۴۱۱ق)، السرائر، قم: الطبعة الثانية.
- ابن رشد، محمد بن احمد (۱۴۱۵ق)، بدایه المجتهد و نهایه المقتصد، به تحقیق: خالد عطار، بیروت: دارالفکر.
- انصاری، مرتضی (الشیخ الانصاری) (۱۴۱۰)، القضاء الاسلامی (بقلم میرزا حسین قلی)، جلد اول، بی جا: الهدی المؤسسة الاسلامیة للنشر.
- آشتیانی، میرزا محمدحسن (بی تا)، کتاب القضاء، قم: دار الهجرة.

- بهوتی، منصور بن یونس (۱۴۱۸ق)، *کشاف القناع عن متن الاقناع*، بیروت: دارالکتب العلمیه.
- تبریزی، میرزا جواد (۱۴۱۵ق)، *اسس القضاء و الشهادة*، بی جا: مؤسسة الامام الصادق (ع).
- جبعی عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی) (۱۳۶۹)، *الروضه البهیمة فی شرح اللعنة الدمشقة*، قم: علمیه.
- حر عاملی، محمد حسن، (۱۴۱۴ق)، *وسائل الشیعه*، ج ۱۸، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- حلّی، نجم الدین جعفر بن الحسن (المحقق) (۱۴۱۵ق)، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، جلد چهارم، قم: مؤسسة المعارف الاسلامیه.
- خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵)، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، جلد ششم، چاپ دوم، تهران: مکتبه الصدوق.
- سرخسی، محمد بن احمد (۱۴۰۶ق)، *المبسوط*، بیروت: دارالمعرفه.
- شیخ مفید، محمد بن محمد (۱۳۸۹)، *ارشاد*، قم: انتشارات سرو.
- طوسی، ابی جعفر محمد بن الحسن بن علی (۱۳۵۱)، *المبسوط فی فقه الامامیه*، جلد هشتم، بی جا: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۱۳ق)، *اصول کافی*، ج ۲، بیروت: دارالکتب العربی.
- محمدی ری شهری، محمد (بی تا)، *موسوعه الامام علی بن ابی طالب*، ج ۴، قم: انتشارات دارالحديث.
- نجفی، محمد حسن (بی تا)، *جواهر الکلام*، چاپ هفتم، جلد ۴۰، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

انگلیسی

- Burns, N. and SK. Grove (1993). *The Practice of Nursing Research*, 2nd ed. Philadelphia, W.B. Saunders Company, 1993.
- Ghaljaie, F., Naderifar, M., Goli, H. (2017). Snowball Sampling: A Purposeful Method of Sampling in Qualitative Research. *Strides in Development of Medical Education*, 2017; 14 (3): -. doi: 10.5812/sdme.67670
- LaRossa, R. (2005). Grounded Theory Methods and Qualitative Family Research, *Journal of Marriage and Family*, November 2005, 67 (4):837 – 857.

چالش‌های قانون اصلاح و تربیت در بازپروری کودکان و نوجوانان بزهکار؛ مطالعه موردی قانون کرمان^۱

حسین میرزاییگی*، داریوش بوستانی**، باقر شاملو***

چکیده

قانون‌های اصلاح و تربیت از جمله نهادهای تربیتی هستند که با رویکرد پیشگیری از ارتکاب جرایم و اصلاح و تربیت اطفال معارض قانون، نقش مهمی در بازپروری و رفع حالات خطرناک طفل بزهکار ایفا می‌کنند. با توجه به نقش تربیتی این نهاد در بازپروری اطفال و نوجوانان معارض قانون، لازم است ضمن بررسی علمی رویکرد این مراکز، چالش‌های آن مورد تحلیل قرار گیرد. بر این اساس هدف از پژوهش حاضر شناخت رویکرد درمانی و سیاست بازپرورانه و تربیتی قانون اصلاح و تربیت در جهت بازپروری اطفال و نوجوانان بزهکار است. روش‌شناسی پژوهش حاضر مبتنی بر روش کیفی نظریه زمینه‌ای است. حجم نمونه این مطالعه را ۳۰ نفر از نوجوانان مستقر در قانون اصلاح و تربیت استان کرمان تشکیل می‌دهند. برای انتخاب مشارکت‌کنندگان این پژوهش از روش نمونه‌گیری هدفمند بهره‌برده و استفاده از استراتژی حداکثر تنوع و معیار اشباع نظری بهره‌برده شد. پس از انجام مصاحبه عمیق، نهایتاً تجزیه و تحلیل داده‌ها منجر به خلق هفت مقوله گردید که عبارتند از آموزش اجباری، فضای پادگانی، فراق خانواده، ادراک تبعیض و نابرابری، بازتولید خشونت، فقدان نظارت بعد از خروج، یادگیری مجرمیت. به‌طور کلی یافته‌ها نشان می‌دهد که برنامه‌ها و تدابیر

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده اول با راهنمایی سایر نویسندگان در دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان است.

* دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، گروه حقوق، واحد رفسنجان، دانشگاه آزاد اسلامی، رفسنجان، ایران
hmirezabegi1358@gmail.com

** دانشیار گروه علوم اجتماعی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه شهید باهنر کرمان، کرمان، ایران (نویسنده مسئول)
dboostani@uk.ac.ir

*** دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
b-shamloo@sbu.ac.ir

نگهداری اطفال و نوجوانان از رویکردهای علمی نوین فاصله زیادی داشته و اتخاذ سیاست نگهداری سخت‌گیرانه بدون توجه به نیازهای اطفال و فراهم نمودن بسترهای حمایت بعد از خروج، نمی‌تواند منجر به اصلاح، بازپروری و بازسازی شخصیت طفل معارض قانون گردد. پیشنهاد می‌شود برنامه‌ریزی پیرامون ترسیم نقشه راه خصوصاً توجه به رویکردهای نوین عدالت ترمیمی، اصلاح مواد قانونی مرتبط با میانجیگری و امکان ارجاع به میانجیگر در تمام جرایم اطفال و نوجوانان، استفاده از سایر برنامه‌های مبتنی بر عدالت ترمیمی نظیر ایجاد حلقه‌های اجتماعی درمان و مشارکت طفل در تصمیم‌گیری با توجه به اصل رعایت مصالح و منافع عالی کودک مد نظر قرار گیرد.

واژگان کلیدی: کانون اصلاح و تربیت، نوجوانان معارض قانون، مجرمیت، عدالت ترمیمی

مقدمه

در برخی از کشورها سیستم آموزشی و حقوقی اطفال مبتنی بر پیشگیری رشد‌مدار^۱ تعریف شده است، به گونه‌ای که تلاش می‌شود اطفالی که به هر دلیل معارض قانون قلمداد شده‌اند با اتخاذ تدابیر مناسب به چرخهٔ بازاجتماعی شدن بازگردند. در این راستا همسویی ملل مختلف در پذیرش کنوانسیون حقوق کودک و لزوم بهره‌مندی از سیاست‌های یکسان اصلاح و تربیتی کودکان معارض قانون قابل توجه است. قانون‌گذار ایران نیز نگرش و رویکردهای نوینی به حوزهٔ بزهکاری اطفال و نوجوانان نظر داشته است که موارد متعددی را در قانون مجازات اسلامی و قانون آیین دادرسی کیفری می‌توان مشاهده نمود، هرچند اغلب این مقررات کیفری در نحوهٔ رسیدگی با توجه به سبقه و ذهنیت کیفری قضات رسیدگی‌کننده و عدم تشکیل دادگاه‌های اختصاصی اطفال در معنای خاص خود ره به جایی نبرده‌اند. یکی از موارد مهم در رسیدگی به پرونده‌های اطفال و نوجوان، شمول مقررات خاص در نگهداری این اطفال در کانون اصلاح و تربیت است (فلاح، ۱۴۰۰: ۱۳۲). بخشی از اطفال مستقر در کانون سابقهٔ نگهداری مکرر در این مراکز و تکرار جرم را دارند که لازم است دربارهٔ اثرگذاری این تصمیم تأمینی بررسی صورت گیرد. همچنین نبود امکانات مناسب زندانبانی سبب شده است که مراکز نگهداری کودکان معارض قانون در هر استان صرفاً در یک مرکز خلاصه گردد. به عبارتی اطفال بزهکار با فرهنگ‌ها و موقعیت‌های خانوادگی متفاوت از شهرستان‌های استان‌ها به این مرکز معرفی می‌شوند. بنابراین توجه به تأثیرات منفی فردی و اجتماعی و لزوم توجه به حفظ

کرامت، اصلاح و بازپروری کودک در اسناد بین‌المللی و خصوصاً تأکید کنوانسیون حقوق کودک به محروم کردن از اجتماع و فرستادن او به قانون اصلاح و تربیت به‌عنوان آخرین راه ممکن، لازم و ضروری است تا فارغ از تلاش برای منع برچسب‌زنی عنوان مجرمانه به کودک بزهکار، زمینه‌های بازپروری را با تمرکز بر سیاست جنایی افتراقی در رسیدگی به پرونده‌های اطفال اعمال نمود. آیین‌نامه سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی تربیتی نیز به درستی با اتخاذ رویکردهای ترمیمی مقرر کرده است که اصل رعایت مصالح و منافع عالی و اصل بقا و رشد افراد کمتر از هجده سال تمام شمسی در تمام تصمیمات و اقدام‌های مربوط به آن‌ها در سازمان و قانون الزامی است. قانون نیز مکلف است در راستای اصل مشارکت، ضمن توجه به دیدگاه‌های مددجویان، زمینه مشارکت آن‌ها را در تصمیمات و برنامه‌های مرتبط فراهم کند و در اجرای اصل رعایت مصالح و منافع عالی، تمام تصمیمات و اقدامات تنبیهی و محدودکننده باید قابلیت بازبینی و تعدیل داشته باشد.

آنچه در این رابطه مهم است تحلیل این نهاد به‌عنوان یک مرجع قانونی نگهداری اطفال بزهکار است که آیا این تصمیم قضایی توانسته است به هدف اصلی خود که همان اصلاح، درمان و بازسازی بزهکار نوجوان است، مؤثر باشد و اینکه چه چالش‌هایی در حوزه عدم این موفقیت تأثیرگذار بوده است؟

۱. ادبیات نظری تحقیق

تکوین و تثبیت شخصیت فرد در همان سال‌های آغازین زندگی به وقوع می‌پیوندد و به همین جهت جرم‌شناسان و روان‌شناسی توجه به ویژگی و رفتار اطفال را حائز اهمیت می‌دانند. اریکسون بر تأثیر عوامل فرهنگی و تاریخی بر شخصیت تأکید و نوجوانی را دوران تعارض نقش‌ها و بحران هویت می‌داند (شاملو، ۱۳۸۲: ۷۵). او عقیده دارد که خودانگاره یعنی ادغام عقاید فرد در مورد خود و درباره اینکه دیگران چه تصویری از او دارند، در این دوران شکل گرفته و اگر این فرایند به‌نحو رضایت‌بخشی حل شود، نتیجه آن تصویری منسجم و باثبات است. تشکیل هویت و پذیرفتن آن، کاری دشوار و اغلب مملو از اضطراب است. افرادی که این مرحله را با احساس هویت خود نیرومند پشت سر می‌گذارند، با اطمینان و اعتماد کافی به بزرگسالی می‌رسند. آن‌هایی که نمی‌توانند به هویت منسجم دست یابند، دچار بحران هویتی می‌شوند (اتکینسون و همکاران، ۱۴۰۰: ۹۶). تأثیر بالقوه گروه‌های هم‌سال بر رشد هویت در نوجوانی بسیار زیاد است. حال اگر کودکی بخش کوتاهی از حیات خود را در قانون بگذراند و تحت تأثیر برخی از عوامل محیطی و اجتماعی آن قرار گیرد شخصیتی نابهنجار خواهد یافت و تعارض نقش‌ها در او نمودار می‌شود.

طرف‌داران رویکرد برچسب‌زنی معتقدند تأثیر برچسبی که نهادهای عدالت کیفری (ازجمله قانون) بر کودک می‌زنند در خود پنداره کودک به شدت بالاست و چه بسا بسیاری از آنان به‌صورت

اتفاقی به این وادی کشیده شده باشند. لمرتاین^۱ این نظریه را این گونه توضیح می دهد که پیامدهای برچسب زنی نظیر بی آبروسازی منزلتی یا ایجاد لکه ننگ می تواند از خود پنداره فرد تا روابط و تعاملات تفسیری معمولی و قانونی و اخلاقی دیگران، او را از منظر خرده فرهنگ های بزهکاری تحت تأثیر قرار دهد و موجبات تثبیت انحراف اولیه را به انحراف ثانویه فراهم آورد (محمدی اصل، ۱۳۸۵: ۲۰۱-۱۹۹). از سوی دیگر حضور طفل در فرایند رسیدگی، صدور و اجرای حکم بی تأثیر در تقویت یادگیری های سوء و برانگیختگی لجاجت کودکان و اصرار بر رفتار بزهکارانه آنان نیست. بکر^۲ چنین استدلال می کند که «کارزارهای عدالت کیفری به عنوان ابزار نهادین واکنش اجتماعی ممکن است در فرایند مراسم های رسمی فرو داشت جایگاه و میانکنش های نارسمی به مردم برچسب بزنند» و همین که این برچسب به کار برده شود، برچسب های دیگر را تحت الشعاع قرار می دهد. برای مثال ممکن است شخص با رهایی از زندان، به خاطر محکومیت کیفری نتواند کاری مشروع به دست آورد و برای زنده ماندن دوباره دست به ارتکاب جرم بزند. به علاوه این اشخاص با افراد دیگری که این گونه برچسب ها را دارند معاشرت می کنند (ولد و همکاران، ۱۳۹۵: ۳۰۳-۳۰۲).

ساترلند تربیت اجتماعی را دارای نقش اساسی می داند و تحول به سوی ناسازگاری کودکی که در یک مؤسسه تربیت می شود را این گونه توصیف می کند: کودکی که در یک مؤسسه تربیت می شود هرگز نخواهد توانست احساس مطبوع نسبت به مربیان و پرستاران در خویش بارور سازد. این کودکان خود را تحت حمایت گروهی احساس نمی کنند، فاقد اعتماد به نفس هستند، احساس امنیت نمی کنند، برای جبران این بی اعتمادی دست به نافرمانی و عصیان و لجاجت و سرپیچی در برابر اولیای امور می زنند و خشم و نفرت خود را نسبت به همه چیز ابراز می دارند (کی نیا، ۱۳۹۹: ۲۲۸). چیزی که فشار وارده بر کودکان و نوجوانان ساکن در کانون را دوچندان می کند فقدان خانواده و تأثیر فرصت های ایجاد شده در آن و از طرف دیگر غیرقابل هضم بودن برخی رفتارهای خشک مسئولان کانون می باشد، باید توجه داشت امروزه برخی کسانی که عهده دار تربیت کودکی می باشند، خود کاملاً منطقی نیستند (کی نیا، ۱۳۹۹: ۲۸۵).

کلیفورد شاوو هنری مک کی^۳ از سرآمدان نظریه زیست بوم جنایی معتقدند تداوم و استمرار در گروه و جمعی که به نوعی دلبستگی برای شخص دارد، پایبندی محکمی نسبت به باورهای این گروه در فرد ایجاد می کند. این نتیجه ای است که این دو در مطالعه ای که برای تبیین عوامل اجتماعی

1. Lamartine

2. becher

3. Clifford Shaw and Henry McKay

بزهکاری اطفال و نوجوانان داشتند مبنی بر اینکه تماس پیوسته فرد با مجرمان اطفال و نوجوان و بزرگسال در خیابان یا مؤسسه تأدیبی سبب می‌شود که فرد با دنیای مجرمانه احساس وابستگی کرده و فلسفه زندگی خود را در ارزش‌های اخلاقی مجسم کند که در گروه‌های مجرمانه‌ای که با آن تماس داشته رواج دارد (ولد و همکاران، ۱۳۹۵: ۲۰۳-۲۰۲).

لذا به نظر می‌رسد که به دلایل متعددی وجود رابطه فرمانده و فرمانبر در محیط قانون نمی‌تواند بستر مناسبی برای اصلاح و بازپروری کودکان بزهکار فراهم کند. درحقیقت اعمال سخت‌گیری و تشدید مراقبت در یک مکان برای کاهش نرخ بزه چندان مثمرتر نیست و صرفاً مبارزه با معلول است (تیلور و هارل، ۱۳۸۹: ۱۳-۱۰).

پژوهش حاضر با توجه به ماهیت کیفی خود، به دنبال شناخت عوامل تأثیرگذاری است که کمتر مورد توجه قرار گرفته‌اند. در رابطه با این موضوع تحقیقاتی نیز انجام شده است که اشاره می‌گردد: محسنی و دیگران (۱۳۹۸) در مقاله‌ای با عنوان نقش محیط‌های آموزشی تحمیلی در پیشگیری از جرایم اطفال و نوجوانان در ایران و انگلستان به این موضوع پرداخته که یکی از پاسخ‌های متداول برای مقابله با اطفال و نوجوانان ناقض قانون، نگهداری آنان در مکان‌های بسته است. یافته‌های پژوهش یادشده نشان می‌دهد که هرچند در هر دو کشور برای پیشگیری از جرایم اطفال و نوجوانان برنامه‌های آموزش محور اجرا می‌شود، اما هنوز وضعیت مؤسسات نگهداری محکومان با وضعیت مطلوب فاصله زیادی دارد. لوجین و دیگران (۲۰۲۰) در پژوهشی بیان می‌کنند که هدف از مراکز بازپروری جوانان این است که فرصتی برای جوانان مشکل دار برای بازپروری فراهم شود. در جامعه‌ای که کمبود امکانات وجود دارد برخی از جوانان سوءرفتار خواهند داشت و به محلی برای تربیت احتیاج دارند. یک مرکز بازپروری جوانان می‌تواند با اسکان موقت و امکانات مورد نیاز و آموزش این امر را تأمین کند. هاول (۲۰۰۳) در پژوهشی بیان کرد که در مراکز بزرگ و پرجمعیت نگهداری اطفال، فرصت‌های درمانی و خدمات ارائه شده را کاهش چشمگیری داده است. در واقع، دغدغه‌های مربوط به فضای زندان‌ها بر دغدغه‌های مربوط به ارائه خدمات و کیفیت طرح‌های آموزشی غلبه یافته است.

همان طور که ملاحظه می‌شود غالب تحقیقات صورت گرفته به صورت کمی و یا کتابخانه‌ای بوده و تحقیقی تا بدین حد عمیق که زوایای گوناگون اقدام تربیتی حضور در قانون را مورد کنکاش علمی قرار دهد، انجام نشده است. ازاین‌رو، پژوهش حاضر در پی شناخت این چالش‌ها با ابزار مصاحبه می‌باشد تا بتواند به بررسی اثربخشی این تصمیم قضایی بپردازد.

۲. روش‌شناسی تحقیق

پژوهش حاضر از روش‌شناسی کیفی بهره می‌گیرد. روش مورد استفاده روش نظریه زمینه‌ای یا گراند تئوری است. در این شیوه، محقق با رویکرد استقهامی و امیک به پژوهش می‌پردازند. تأکید بر تفسیر مشارکت‌کنندگان و کشف فرایند در پدیده مورد بررسی است (اشتراوس و کوربین، ۱۹۹۸: ۴۰۴).

۲-۱. مشارکت‌کنندگان و نمونه‌گیری

مشارکت‌کنندگان این مطالعه را ۳۰ نفر از اطفال مستقر در کانون اصلاح و تربیت ماهان تشکیل می‌دهند. بررسی عمیق دلایل و بسترهای مجرمیت، لزوم بررسی کیفی این مسئله را برای محقق ایجاب کرده است. برای انتخاب مشارکت‌کنندگان این پژوهش از روش نمونه‌گیری هدفمند استفاده شده است. این نوع نمونه‌گیری اساساً بر روی نمونه‌های نسبتاً کوچک تمرکز دارد و انتخاب هدفمند، به محقق اجازه بررسی و درک عمیق‌تر پدیده مورد مطالعه را می‌دهد (هالوی و ویلر، ۲۰۱۰). بر این اساس، نمونه مورد بررسی اطفال زیر ۱۸ سال مستقر در کانون اصلاح و تربیت ماهان می‌باشند. مشارکت‌کنندگان این پژوهش به لحاظ جمعیت‌شناختی و پایگاه اقتصادی و اجتماعی، جایگاه متفاوتی دارند که جدول ذیل این وضعیت را نشان می‌دهد.

جدول ۱ - ویژگی‌های اجتماعی و جمعیتی اطفال مشارکت‌کننده در پژوهش

ویژگی‌ها	طبقات	فراوانی (درصد)	ویژگی‌ها	طبقات	فراوانی (درصد)
گروه‌های سنی	۱۲ تا ۱۵ سال ۱۵ تا ۱۸ سال بالای ۱۸ سال	۳۳/۳ ۵۳/۳ ۱۳/۳	وضعیت مکانی	مرکز شهر حاشیه شهر یا روستا	۳۰ ۷۰
وضعیت اشتغال	شاغل غیر شاغل پاره وقت	۳۰ ۳۳/۳ ۳۶/۷	وضعیت مسکن	اجاره ای شخصی	۵۶/۶ ۴۳/۴
تحصیلات	بی سواد ابتدایی راهنمایی دبیرستان دیپلم	۱۳/۳ ۳۳/۳ ۳۶/۶ ۱۶/۶ ۰	میزان درآمد خانواده	کمتر از یک م یک تا دو م دو تا سه م بیش از سه م	۶۱/۶ ۱۶/۴ ۷/۹ ۱۴/۱
وضعیت تاهل	مجرد متاهل	۹۳/۳ ۶/۷	نهادهای تحت پوشش	کمیته امداد بهزیستی هیچ کدام	۱۶/۷ ۲۶/۷ ۵۶/۶
سابقه	دارد ندارد	۱۶/۶ ۸۳/۴	اعتیاد	دارد ندارد	۲۳/۳ ۷۶/۷

۲-۲. فنون گردآوری و تجزیه و تحلیل اطلاعات

در تحقیق حاضر، برای دستیابی به مفاهیم و مقوله‌ها از رویکرد مصاحبه عمیق^۱ استفاده شده است. داده‌های مطالعه حاضر از طریق مصاحبه چهره‌به‌چهره، فردی و به شکل نیمه ساختاریافته جمع‌آوری شدند. فرم مصاحبه پس از ساخت اولیه و در اجرای آن بازنگری و مورد مذاقه قرار گرفت. در حین مصاحبه برای شرح بیشتر از زاویه دید مشارکت‌کننده پرسش‌ها بسط داده شدند. برای برقراری ارتباط با مشارکت‌کنندگان، نویسنده اول، بیش از یک ماه، در ساعات خاصی از روز وارد مرکز شده و به شیوه‌های مختلف از قبیل بازی در تیم فوتبال سالنی مرکز، برقراری ارتباط دوستانه با مشارکت‌کنندگان و مطالعه پرونده‌های آن‌ها توانست در یک فضای طبیعت‌گرایانه اقدام به مصاحبه با مشارکت‌کنندگان نماید. مدت زمان مصاحبه نیز بین یک تا دو ساعت به طول انجامید. مصاحبه‌شوندگان با رضایت کامل در مصاحبه شرکت کردند و قبل از فرایند مصاحبه ضمن اطمینان از عدم افشای هویت، این اختیار به آن‌ها داده شد که در صورت عدم تمایل در هر مقطعی می‌توانند مصاحبه را ترک کنند.

ساختار اصلی تحلیل داده‌ها در نظریه زمینه‌ای بر مبنای سه شیوه کدگذاری است: کدگذاری باز، محوری و انتخابی. پس از انجام این مراحل، مسئله اصلی و محوری در یکپارچگی، رسیدن به مقوله مرکزی است که از آن با عنوان مقوله هسته نام می‌برند. مقوله هسته از تمام مقولات تحقیق منتزع شده است به طوری که تمام مقوله‌ها و مفاهیم به دست آمده را پوشش دهد. بر این اساس پس از مصاحبه و پیاده‌سازی فایل‌های ضبط شده و مکتوب، فرایند تحلیل با بازخوانی مکرر محتوای هر فایل انجام و مفاهیم اولیه استخراج و کدگذاری شدند. با ورود فایل‌های دیگر و پدید آمدن کدهای جدید و بازبینی در کدهای قبل نقطه اتصال بین فایل‌های داده شکل گرفت.

۲-۳. قابلیت اعتماد

کارهای کیفی همچون کارهای کمی به ارزیابی یافته‌ها، روش‌های تحلیل ابزارهای به کاررفته نیاز دارد. در اینجا برای کسب اطمینان از صحت داده‌ها، منابع آن و روش جمع‌آوری داده‌ها از چند روش استفاده شده است: ۱. ممیزی، ۲. بررسی توسط اعضا و ۳. مقایسه‌های تحلیلی. در روش ممیزی دو محقق به منزله ممیز بر مراحل انجام کار، مفاهیم و مقوله‌های به دست آمده و فرایندهای کدگذاری سه‌گانه و نیز ساخت مقوله محوری نظارت داشتند. در شیوه بررسی توسط اعضا، از مشارکت‌کنندگان خواسته شد تا مضامین را ارزیابی کنند و درباره صحت آن‌ها نظر بدهند (کرسول،

۲۰۰۵: ۴۰۹). در روش سوم، یعنی مقایسه‌های تحلیلی، به داده‌ها رجوع شد و ساخت‌بندی نظریه با داده‌های خام مقایسه شد تا از صحت نظریه به دست آمده اطمینان حاصل شود.

۳. یافته‌های تحقیق

در این بخش یافته‌ها در قالب مقولات و نقل قول‌های مشارکت‌کنندگان به‌عنوان مستندات ارائه می‌شود. همچنین با کدگذاری داده‌ها و مفاهیم، به تحلیل مقولات مستخرجه پرداخته شده است.

۳-۱. آموزش اجباری

در قلمرو بزهکاری نوجوانان، سیاست جنایی از سه الگوی رفاه، تنبیهی و ترمیمی برای پیشگیری از وقوع جرایم اطفال و تکرار بزهکاری استفاده می‌کند. الگوی تنبیهی به مجازات طفل تمرکز و طرفدار سیاست مبارزه با بزهکاری اطفال از طریق مداخله کیفری است که در حقیقت طفل بزهکار به‌جهت تعدی به قوانین، باید پاسخ‌گوی اعمال مجرمانه خود باشد. در الگوی رفاه، ارتکاب جرایم اطفال حاصل عوامل گوناگون است که در اثر تأثیرپذیری از این عوامل کودک به سمت بزهکاری سوق داده می‌شود. طبق این الگو مرتکب سزاوار نکوهش دستگاه عدالت کیفری نبوده و این دولت است که باید برای بهبود و حل معضل کودک ناسازگار تلاش کرده و نسبت به درمان وی اقدام کند. تأمین مکان‌های امن از جمله اقداماتی است که طبق الگوی رفاه برای حمایت از اطفال انجام می‌شود (گلدستون، ۲۰۰۷: ۱۰۹). در الگوی ترمیمی، بزهکاری بیش از هر چیزی تعدی به حقوق اشخاص و روابط بین‌آنهاست. بر اساس این دیدگاه، بزهکاری اطفال باعث ایراد صدمه به روح، جسم و یا آسیب به رابطه انسان‌ها می‌شود که باید با ترمیم این رابطه به مقابله با آن برخاست. بازگرداندن طفل بزهکار به جامعه از طریق پاسخ‌های ترمیمی و جبران آسیب‌های وارد شده، غایت الگوی ترمیمی است.

طبق آموزه‌های این دیدگاه، کودک تشویق می‌شود که مسئولیت اعمال خود را با مشارکت فعال در جبران خطاها در حد ممکن بپذیرد. این دیدگاه بیش از آنکه نیاز به ابزارهای لازم جهت اعمال داشته باشد، نیازمند رواج یک فرهنگ مبتنی بر پذیرش الگوهای ترمیمی است. بازپروری اطفال و نوجوانان بزهکار در این دیدگاه نه‌تنها فقط از طریق مجریان رسمی عدالت کیفری بلکه از مجرای کل اعضای خانواده پیاده می‌شود (دیگن، ۲۰۰۷: ۹۳).

این سه الگو هرچند که در نوع نگرش به موضوع بزهکاری اطفال تفاوت‌های اساسی دارند، اما هر سه رویکرد برای اصلاح و تربیت طفل بزهکار، اقامت در مکان‌های بسته را توصیه و آن را در پیشگیری از استمرار بزهکاری و اصلاح شخصیت طفل منطبق با هنجارهای اجتماعی مؤثر می‌دانند. البته لازم به ذکر است که با توجه به اینکه فرایند ترمیمی بر اساس نیازها و ضرورت‌های

بزه‌دیده و بزهکار تصمیم مقتضی را در نظر می‌گیرد، هر نوع رفتار مجرمانه ارتكابی از ناحیه طفل این واکنش قضایی را به دنبال نخواهد داشت. اقامت در مکان بسته تحت عنوان قانون اصلاح و تربیت به عنوان مهم‌ترین اقدام تأمینی و تربیتی مورد توجه سیاست‌گذاران کیفری بوده است. هدف اصلی این اقدام پیشگیری از وقوع جرایم مکرر و بازپروری طفل بوده به طوری که حضور در این محیط تحمیلی به عنوان فرصتی برای آموزش و تربیت نوجوانان بزهکار قلمداد می‌شود. یکی از موارد مهم در باب اهداف حضور اطفال در کانون، فراهم نمودن محیطی برای آموزش و بهبود شخصیت طفل است. هدف غایی این اقدام، آموزش هنجارهای اجتماعی به آنان است و بنابراین می‌توان این محیط را در زمره محیط‌های آموزش تحمیلی تلقی کرد. اغلب کودکان مدت کوتاهی را در این محیط سپری می‌کنند (مواد ۸۸ و ۸۹ قانون مجازات اسلامی). حضور کوتاه مدت در محیط‌های آموزشی اجباری برای اطفال که اغلب دارای مشکلات متعدد روحی، خانوادگی و اختلال سوء مصرف مواد مخدر و الکل مرتبط هستند، سبب می‌شود که بزهکاران نوجوان در برابر فرایند آموزش مقاومت گسترده‌ای داشته باشند. تحلیل مصاحبه‌های مشارکت‌کنندگان نشان داد که آن‌ها آموزش را اجباری تلقی کرده و در برابر آن مقاومت می‌کنند.

یکی از این مشارکت‌کنندگان ع.ک است که آموزش را بی‌فایده قلمداد و محصول آموزش یعنی یادگیری را منتفی دانسته و صراحتاً بیان می‌دارد در مقابل یادگیری مقاومت می‌کند. او می‌گوید «محیط کانون را دوست ندارم. اینجا کلاس‌ها همه بی‌فایده است. همه چیز اجباری است».

نکته قابل توجه دیگر این است که این آموزش اجباری چقدر توانسته است در ارائه خدمات با کیفیت و ارائه طرح‌های آموزشی مناسب نقش داشته باشد. تحلیل مصاحبه‌های مشارکت‌کنندگان نشان می‌دهد که علاوه بر اینکه یادگیری با این کیفیت دارای اثر نبوده و مددجویان نسبت به آن مقاومت نشان می‌دهند، توجه به شخصیت، موقعیت اجتماعی طفل و کیفیت طرح‌های ارائه شده نیز از دیدگاه مشارکت‌کنندگان مطلوب نیست. در این رابطه م.ا بیان می‌کند: «من چون تبعه افغانستان هستم اصلاً برایم فایده ندارد که درس بخوانم. دلم می‌خواهد برگردم کشورم.» در حقیقت این موضوع نتیجه آن است که در حال حاضر علی‌رغم تأکیدات مقنن به تشکیل پرونده شخصیت در عمل این نیازسنجی اعمال نمی‌گردد. در بند ۱-۲۶ قطعنامه ۴۳۳ مصوب مجمع عمومی مورخ ۲۹ نوامبر ۱۹۸۵ موسوم به سند پکن یکی از اهداف اصلی ارجاع نوجوانان بزهکار به مؤسسات نگهداری را آموزش، اصلاح و تربیت آن‌ها داشته و هدف از آموزش این افراد را تأمین مراقبت، حمایت، تحصیل و مهارت‌های حرفه‌ای در جهت مساعدت آنان برای قبول نقش‌های اجتماعی سازنده و مورد اجتماع می‌خواند. در بند ۲-۲۶ این سند نیز تکلیف کرده است که برای نوجوانان

مقیم مؤسسات نگهداری، کلیه مساعدت‌های لازم اجتماعی، تحصیلی، روانی، پزشکی را بنا به جنسیت و شخصیت اطفال فراهم شود. اما علی‌رغم وجود این سند بدون شک با وجود مشکلات ساختاری برای نگهداری این اطفال، بدیهی است که سیستم نمی‌تواند به کیفیت و اثرگذاری این آموزش‌ها توجه کند. به طوری که اس. در مورد اجبار به یادگیری مهارت خاص و عدم علاقه خود می‌گوید: «در اینجا برای ارائه آموزش‌ها هیچ وقت از ما نظر نمی‌خواهند. من را به یادگیری خیاطی مجبور می‌کنند دوست ندارم» و یا پ.ن در مورد بی‌فایده بودن مدل آموزش‌ها می‌گوید «بعضی از کلاس‌ها اصلاً فایده ندارد. کلی کامپیوتر خریده‌اند که استفاده کنیم درحالی که هنوز خیلی از بچه‌ها بلد نیستند که کامپیوتر را روشن کنند. من خودم دوست داشتم که ادامه تحصیل بدم اما گفتند که فقط غیر حضوری می‌توانم درس بخوانم و پولش را ندارم.» در تحلیل اظهارات این مشارکت‌کننده می‌توان به دو نکته مهم اشاره نمود. اول آنکه امکانات موجود در کانون مناسب و مطلوب است و حتی چندین کامپیوتر جهت استفاده اطفال وجود دارد، اما شیوه استفاده به خوبی آموزش داده نمی‌شود. در حالی که فضای مجازی می‌تواند به عنوان یک ابزار مناسب و منبع کسب درآمد آتی اطفال قلمداد شود لکن کاربردی بودن آموزش در کانون مغفول است. دوم آنکه ادامه تحصیل در کانون با چالش‌های جدی روبه‌رو است. امکان حضور مداوم و برگزاری کلاس برای اطفال مستقر در کانون خصوصاً با توجه به اینکه بازه تحصیلی و سنی این افراد متفاوت است، وجود ندارد و ناچار برای ادامه تحصیل با توجه به عدم حضور معلمان و عدم خروج طفل باید از شیوه‌های غیر حضوری استفاده شود که آن هم محتاج پرداخت هزینه است که با توجه به وضعیت مالی نامطلوب امکان‌پذیر نیست و لذا عملاً این اطفال، از امکان ادامه تحصیل بازمانده می‌شوند.

همچنین باید توجه نمود که بدون شک اثر پابندی به مذهب در بازدارندگی از ارتکاب جرم و پیشگیری رشدمدار نقش مهمی ایفا می‌کند. چراکه هویت مذهبی می‌تواند با تقویت باورهای درونی به عنوان یک ابزار خودکنترل فرد تلقی شود. در نظریات جرم‌شناسان نیز موضوع پابندی مذهبی هویدا است به طوری که هیرشی در تحلیل نظریه کنترل اجتماعی، عامل اعتقاد به مذهب را یکی از چهار عنصری می‌داند که سبب پابندی یک شخص به اجتماع شده و در نتیجه از ارتکاب جرم خودداری می‌کند. او معتقد است اعتقاد به ارزش‌های دینی، اخلاقی و اعتقاد به احترام به قانون، مانع مشارکت افراد در رفتارهای ضداجتماعی می‌گردد (معظمی، ۱۳۹۶: ۱۸۵). برنامه‌های مذهبی بخش مهمی از برنامه‌های کانون را تشکیل می‌دهد که شامل اقامه نماز جماعت، برگزاری کلاس‌های آموزشی احکام و... است. اما چقدر این نوع آموزش می‌تواند به عنوان راهکار مؤثر در ارتقای بینش کودک باشد و آیا خود به عنوان اهرمی جهت مقاومت در دین تلقی نمی‌شود؟ متخصصان مختلف

علوم دینی به آموزش بنیادین مسائل با تکیه بر روش‌های غیرمستقیم از کودکی تأکید دارند. اجبار در فراگیری علوم دینی بازتاب منفی در دوران جوانی فرد داشته و به‌صورت عقده جلوه‌گری می‌کند. در تحلیل اظهارات مشارکت‌کنندگان می‌توان این موضوع را مشاهده کرد که فرد برای اخذ خدمات رفاهی مانند رفتن به مرخصی مبادرت به حفظ قرآن نموده در حالی که هیچ اعتقاد عملی در وی نسبت به این موضوع شکل نگرفته و بنابراین از نظر او این آموزش‌ها بی‌فایده خواهد بود. ا.ب می‌گوید «بچه‌ها آموزش‌هایی که این‌جا می‌دهند را مسخره می‌کنند. مجبوریم که نماز بخوانیم یا اینکه برای رفتن به مرخصی قرآن حفظ کنیم.» ر.م نیز یکی دیگر از مشارکت‌کنندگان است که تحلیل مصاحبه وی نشان می‌دهد الزام وی به کسب مهارتی که هیچ علاقه‌ای به یادگیری آن ندارد منجر به ارتکاب جرایم متعدد در محیط قانون می‌شود. به عبارتی نه تنها الزام وی منجر به بازپروری نشده است، بلکه برای نشان دادن عینی مخالفت خود به ارتکاب جرایم خشن متوسل می‌شود. او با لحن سرشار از خرسندی بیان می‌کند «دو بار از کارگاه چرم‌دوزی وسایل تیز را سرقت کردم. چون از چرم‌دوزی خوشم نمیاد و ما را مجبور می‌کنند. من هم تیزی برداشتم و با آن س را زخمی کردم.» بنابراین به نظر می‌رسد که برنامه‌های قانون نیازمند یک بازنگری کلی است و قطعاً اتخاذ رویکردهای ترمیمی در محیط قانون یکی از این الزامات است که می‌تواند در بازپروری و شرمسازسازی بازگرداننده مرتکب راهگشا باشد. لازم است علایق مددجویان مورد توجه قرار گرفته و مدل‌های آموزشی ارائه شده در قانون جنبه کاربردی داشته و در آموزش‌های انجام شده به نیازهای کودکان و رابطه عاطفی مناسب بین معلم و دانش‌آموخته توجه و از انعطاف‌پذیری برخوردار باشد. ضمن اینکه به‌موجب ماده ۲۶۲ آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور قانون مکلف است در راستای اصل مشارکت، با توجه به دیدگاه‌های مددجویان، زمینه مشارکت آن‌ها را در تصمیمات و برنامه‌ها فراهم کند.

۲-۳. فضای پادگانی

یکی از موارد مهمی که نقش تعیین‌کننده در بازسازی شخصیت و بازاجتماعی شدن اطفال دارد، توجه به نیازهای روان‌شناختی آن‌ها و ارائه راهکار برای افزایش مهارت‌های زندگی است. محیط زندگی کوتاه‌مدت در قانون به‌نحوی است که انگیزه و اشتیاق لازم در آن وجود ندارد. در این رابطه می‌توان به نظریه خودتعیین‌کنندگی ریچارد ریان و ادوارد دسی^۱ اشاره نمود که به‌موجب آن انسان به‌طور طبیعی در تعارض برای رسیدن به سطح بالایی از انگیزه است و در این رابطه سه نیاز وجود

1. Richard Ryan and Edward Deci

دارد که توجه به آن‌ها می‌تواند رفتارهای مثبت را برانگیزد. نیاز به شایستگی، نیاز به ارتباط و نیاز به خودمختاری که زمانی این نیاز ارضا شود، خودانگیختگی در فرد بالا رفته و احساس به زیستی روانی بیشتری تجربه می‌کند. در این میان نیاز به ارتباط اهمیت بیشتری دارد چراکه در ارتباط با دیگران است که فرد می‌تواند متوجه شود که آیا قادر به کنترل خود درون می‌باشد یا خیر. تقویت مهارت‌های مربوط به هوش اجتماعی و به وجود آوردن شبکه‌های ارتباطی نهایتاً می‌تواند به خودمختاری فرد منجر شود. اما آنچه در محیط تحصیلی نگهداری اطفال وجود دارد بدون شک مبتنی بر نوع برخورد های قهرآمیزی است که نمی‌تواند موجب تقویت مهارت‌های مربوط به هوش اجتماعی شده و از طرفی عدم ارتباط‌گیری کودکان با محیط بیرون نمی‌تواند مؤید درونی شدن ارزش‌های اخلاقی باشد چراکه طفل در موقعیت‌هایی قرار دارد که رفتار اخلاقی را حاصل ترس از تنبیه و یا خطر گیر افتادن انجام داده است و بنابراین نه تنها شاخص‌های اخلاقی در کودک تقویت نشده و راه مقابله با وسوسه یا خودداری از عمل خطا را نیاموخته است، بلکه با احساس عدم اعتماد به نفس نیز روبه‌رو شده که می‌تواند سبب ارتکاب جرایم دیگر باشد.

همچنین یکی از عوامل مهم روانی در رشد اخلاقی کودکان عزت نفس است که از نظر راجرز^۱ (۱۹۵۹) عبارت است از ارزیابی مداوم شخص نسبت به ارزشمندی خود. مشارکت‌کنندگان در پژوهش به فضای نامناسب موجود در کانون اشاره داشته به طوری که تنبیهات اجرا شده در مورد کودکان نقض‌کننده مقررات، به شیوه‌ای انتخاب شده است که سبب کاهش عزت نفس آن‌ها می‌شود. پ.ن بیان می‌کند «یک صندلی این جا هست که وسط سالن قرار گرفته. هر کسی که کار بدی انجام دهد باید یک ساعت جلوی همه روی صندلی تفکر بشینه و توی این مدت همه بهش می‌خندند. البته دور از چشم رئیس رؤسا.» نوع تنبیه اتخاذی در گفته مشارکت‌کننده مؤید بی‌توجهی به عزت نفس طفل است به طوری که دیگران حاضر در محیط، کودک را مورد خشونت روانی قرار داده و در نتیجه اعتماد به نفس کاهش خواهد یافت و بدون شک سبب ناسازگاری‌های اجتماعی بیشتر خواهد شد. س.ر در رابطه با بی‌فایده بودن اقدامات تأمینی و تربیتی نگهداری در کانون می‌گوید. انجام اقدامات مورد نظر مسئولان بدون اعتقاد به آن علاوه بر آنکه نمی‌تواند منجر به نتیجه مطلوب شود بلکه سبب ایجاد احساس حقارت و انجام رفتارهای مقابله‌ای خودتخریب‌گر در طفل می‌شود. او درباره ترس از مسئولان کانون و اطاعت اوامر بدون اعتقاد قلبی می‌گوید: «اینجا همه از ترس چشم می‌گویند و در دلشان فحش می‌دهند و لج می‌کنند. مراقبت اینجا زیاد است.»

در حقیقت وجود این فضای پادگانی سبب می‌شود که ارزش‌های مورد حمایت جامعه در فرد نهادینه نشده و از ترس یا جلوگیری از تنبیه نسبت به اجرای دستورات اقدام نماید. نکته مهم دیگر که از اظهارات این مشارکت‌کننده می‌توان دریافت این است که وجود مراقبان زیاد در محیط کانون عملاً فرصت نشان دادن ارزش‌های درونی‌شده فرد را که چه بسا با ارزش‌های مورد قبول جامعه مشابهت نداشته باشد را از بین برده است. این نظارت مداوم بدون آنکه توأم با یادگرفتن مهارت‌های عمومی باشد، امکان ارتکاب جرم یا انحراف را در محیط تحت کنترل کم کرده که البته این موضوع نمی‌تواند در فضای آزاد بیرون از محیط کانون ادامه‌دار باشد.

الزام به انجام رفتارهای مورد نظرمراقبان و ترس از تنبیه سبب می‌شود که از دیدگاه مشارکت‌کنندگان حتی انجام رفتارهایی که لازم است به میل فرد صورت گیرد با ترس انجام شود که البته این موضوع می‌تواند سبب ایجاد اضطراب فراگیر یا بیمارگونه نیز در طفل شود. م.ا در رابطه با اجبار موجود و اضطراب خود می‌گوید: «نظم در اینجا حرف اول را می‌زند. من کارهایم را از ترس تنبیه انجام می‌دهم. همیشه از اینکه جلوی جمع مرا دعوا کنند اضطراب دارم» و نهایتاً نتیجه امر در اظهارات ق.ک نمایان می‌شود که با همراهی مددجویان دیگر ساعت‌ها نقشه فرار از کانون را طراحی و اقدام به فرار نموده لکن منجر به نتیجه نشده و دستگیر می‌شود. وی بیان می‌کند «اینجا محیط بدی دارد. با چند تا از دوستان ساعت‌ها نقشه فرار کشیدیم.»

لذا می‌توان این طور استنباط نمود که لازم است شیوه برخورد کارکنان که توجیه آن حفظ نظم کانون است تغییر پیدا کند چراکه مددجویان به تقلید رفتار اجبارشده پرداخته و در درون به همانندسازی اقدامی که خود تمایل دارند می‌پردازند. در همانندسازی فرد به ارزش‌های اختیار شده اعتقاد داشته و تلاش می‌کند که آن‌ها را اجرا و پیاده‌سازی کند، در حالی که در تقلید فقط به تکرار واکنش‌های قابل مشاهده دیگران می‌پردازد و چه بسا به آن نیز اعتقادی نداشته باشد (فتحی، ۱۳۹۷: ۱۲۶). همین طور در صورت استمرار این فضای پادگانی کودک با کمبود عزت نفس و افزایش سطح اضطراب مواجه که آثار مخربی بر زندگی آتی آن‌ها می‌گذارد.

۳-۳. فراق خانواده

به موجب مواد ۸۸ و ۸۹ قانون مجازات اسلامی، بازه پذیرش سنی کانون از ۱۲ سال تا ۱۸ سال تمام خواهد بود. آنچه در کانون وجود دارد این است که در مکانی که تحدید آزادی طفل صورت گرفته است، جمعی از اطفال بزهکار در کنار یکدیگر فارغ از نوع جرم، میزان مجازات و سوابق احتمالی نگهداری می‌شوند و همگی نوجوانانی هستند که در سنین حساس بلوغ قرار گرفته و دوران طلایی تشکیل هویت را طی می‌کنند. در موضوع کسب هویت بحث‌های متعددی میان روان‌شناسان

مطرح است. مارسیا^۱ در بحث از هویت این اصطلاح را مبنای خود قرار داد تا بتواند مقوله هویت را تفکیک، دسته‌بندی و اندازه‌گیری کند و تشخیص‌های مختلفی را معرفی کند. او در روند شکل‌گیری هویت دو مفهوم اساسی بحران^۲ و تعهد^۳ را مطرح می‌کند: بحران یعنی در مرحله بودن، در فرایند شدن و فرایند بودن و تعهد، ایستا و ثابت است. بنابراین، بحران یا تکاپو برای هویت‌یابی و رسیدن به هویت است. مارسیا مطرح می‌کند بر اساس اینکه افراد در کدام یک از این دو روند (بحران و تعهد) در شکل‌گیری هویت‌شان باشند، می‌تواند چند پایگاه هویتی وجود داشته باشد. او بحران را به جست‌وجوی هویت در زمینه‌های اجتماعی می‌داند. فرد در زمینه چنین الگوهایی شروع به جست‌وجو کردن می‌کند و تکاپو در این زمینه را بحران می‌گویند. علایق و جهت‌گیری‌های خود را در این بطن و بافت دنبال کرده و تأمل می‌کند. یکی از مهم‌ترین مناط‌های این روند مسئله تجربه‌های مکرر نقش است. این بحران در نوجوانان مستقر در کانون بسیار دیده می‌شود چراکه دقیقاً فرد در زمینه اجتماعی قرار گرفته است که در او تعارض نقش را بیشتر می‌کند هرچند که سبک زندگی کنونی نوجوانان و نحوه تعامل با والدین دچار چالش‌های اساسی است، اما کماکان می‌توان با اطمینان این موضوع را مطرح نمود که رابطه والدین و نوجوان اهمیت قابل توجهی در شکل‌دهی شخصیت خواهد داشت. افزایش ارتباطات خارج از کنترل گروه هم‌سالان مستقر در کانون از ویژگی‌های نامطلوب این اقدام تأمینی به شمار می‌رود به طوری که ضمن آشنایی با آموخته‌های مجرمانه دیگران، دوری از خانواده تجربه تلخی را برای کودک رقم خواهد زد. م.ا در این باره می‌گوید: «دلم برای مادرم تنگ می‌شود. بعضی وقت‌ها که بقیه بچه‌ها نبینند برایش گریه می‌کنم.» در تحلیل گفته‌های مشارکت‌کننده می‌توان این نکته را بیان نمود که علی‌رغم حضور در محیط هم‌سالان، دوری از خانواده سبب ایجاد افسردگی در طفل شده است. فاصله مکانی و زمانی کانون با شهرهای مختلف سبب می‌شود که مجازات مضاعفی بر طفل ایجاد و از حق ملاقات با خانواده به این جهت که اکثراً از اقشار پایین اقتصادی جامعه هستند محروم شود. این موضوع در تحلیل اظهارات مشارکت‌کنندگان به وضوح دیده می‌شود. پ.ن بیان می‌کند: «خانواده‌ام پول ندارند که به دیدنم بیایند. پنج ساعت راه است و الان سه ماه است که خانواده‌ام را ندیدم.» با توجه به صحبت‌های این مشارکت‌کنندگان می‌توان به ضرورت توجه به مفهوم عدالت ترمیمی و دستاوردهای آن اشاره نمود. اساس و مبنای عدالت ترمیمی برخلاف عدالت تخمینی و کیفری احقاق حقوق فرد و ایجاد زمینه مشارکت فعال وی و جامعه در

1. James Marcia

2. Crisis

3. Commitment

فرایند اجرای عدالت به جای مجازات، حل و فصل مشکلات ناشی از جرم و مسئولیت پذیر کردن طفل بزهکار است. این مفهوم در مورد نوجوانان به دنبال جایگزینی نظام عدالت کیفری است و نگاه ویژه به استفاده از نهادهای ارفاقی و روش‌های جایگزین مداخله‌گر درخصوص قشر مذکور اهمیت دارد (رستمی و موسوی، ۱۳۹۹: ۱۷۲) و بنابراین آنچه آیین‌نامه سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی در رابطه با رعایت اصل مصالح و منافع عالیۀ کودک در تصمیمات و اقدامات مربوط به نگهداری در قانون مورد توجه بوده، در این شیوه نگهداری اعمال نمی‌شود و می‌توان بر اساس تبصره ماده ۲۳۲ آیین‌نامه مذکور، تمام تصمیمات و اقدامات تنبیهی و محدود کننده را قابل بازبینی و تعدیل دانست. بنابراین به نظر می‌رسد اگر قرار است طفل برای بازپروری و با هدف درمان در مراکز قانونی تحت نظر و آموزش قرار گیرد، لازم است منطبق بر این هدف به شرایط اقتصادی خانواده نیز توجه شود تا با اتخاذ این تصمیم قضایی زمینه‌های آسیب‌رسانی دیگری به شخصیت فرد فراهم نشود.

نکته دیگر که در این مقوله اهمیت دارد این است که برخی از اطفال حاضر در قانون دارای والدین زندانی هستند که توان حضور در مراکز خارج از زندان برای آن‌ها فراهم نیست. اما به‌رغم این موضوع تمهیداتی که بتوان نسبت به انجام ملاقات که به‌عنوان حق برای طفل به رسمیت شناخته می‌شود، وجود ندارد. به‌عنوان نمونه س.ر از تجربه زیسته خود چنین می‌گوید: «چون پدر و مادرم زندان هستند نمی‌توانند بیایند.»

موضوع حائز اهمیت دیگر این است که در دیدگاه عموم مردم نیز قانون به‌عنوان زندان کودکان در نظر گرفته می‌شود. در حقیقت آنچه حقوق‌دانان درخصوص ماهیت تأمینی و فقدان سابقه کیفری اطفال مد نظر دارند، با دیدگاه عموم مردم متفاوت است و این موضوع سبب می‌شود که با تحت نظر قرار گرفتن طفل در قانون برخی خانواده‌ها به نوعی نسبت به طرد طفل و عدم پذیرش آتی وی اقدام کنند. در این رابطه ق.ک می‌گوید: «علی‌رغم تلاش‌های مکرر مددکار، پدر و مادر خوانده‌ام به دیدنم نمی‌آیند چون من باعث سرافکندگی آن‌ها شده‌ام.» فشارهای عاطفی و جدایی از خانواده و در کنار آن احساس ناخوشایند سرافکندگی به یقین نمی‌تواند سبب حصول اهداف تربیتی این تصمیم قضایی گردد.

۳-۴. ادراک تبعیض و نابرابری

تبعیض^۱ به‌عنوان رفتارهای منفی خلاف عدالت و برابری در گروه‌های اجتماعی و افراد تعریف می‌شود (آلپورت، ۱۹۴۵). تبعیض اقسام گوناگونی دارد که می‌توان به تبعیض مقایسه‌ای شامل بیانات نامناسب تأیید، افتخار، خودستایی، توجه و تبعیض ترجیحی که شامل فراهم کردن امتیازات،

امکانات نابرابر است، اشاره کرد. وجود تبعیض چه در محور مقایسه‌ای و چه در محور ترجیحی می‌تواند آثار مخربی برای اطفال به دنبال داشته باشد که از مهم‌ترین آن‌ها می‌توان به احساس نفرت، بی‌اعتمادی و ناامیدی اشاره نمود که نهایتاً می‌تواند به عنوان عامل مهمی در رفتارهای ضداجتماعی آتی طفل قلمداد شود. از تحلیل اظهارات مشارکت‌کنندگان در پژوهش، ادراک تبعیض و نابرابری در کانون استخراج می‌گردد به طوری که ن.ا از تجربه ادراک تبعیض می‌گوید: «یکی از بچه‌های این جاپسر... (شخص مهم) است. همیشه همه باهاش خوبند چون پدرش... کاره است و ازش حساب می‌برند» که می‌تواند از مصادیق تبعیض ترجیحی باشد. در حقیقت این مشارکت‌کننده این موضوع را بیان می‌کند که تبعیض در طبقات اجتماعی افراد حاضر در کانون توسط مسئولان مراقب دیده می‌شود به طوری که برابری بین مرتکبان جرایم یکسان وجود نداشته و با لحاظ شأن و شخصیت والدین، نوع نگرش و برخوردها تبعیض‌آمیز است. البته ناگفته نماند که در کانون فرصت‌های برابر دسترسی به امکانات وجود دارد. به عنوان مثال فروشگاه کوچکی در محدوده کانون مستقر است که اطفال می‌توانند با مراجعه به آن نسبت به خرید اقدام کنند، اما نکته مهم این است که علی‌رغم وجود سطح دسترسی یکسان، وضعیت اقتصادی موجود می‌تواند به عنوان عاملی برای ادراک تبعیض تلقی شود. به طوری که برخی از مددجویان با توجه به شرایط اقتصادی مناسب خانواده امکان خرید مایحتاج را مازاد بر نیاز روزانه داشته و برخی از افراد نیز به دلیل سطح پایین اقتصادی توان خرید اجناس ارزان ضروری را نیز نخواهند داشت. این موضوع یکی از مواردی است که در بازدیدهای هفتگی مداوم از کانون اصلاح و تربیت دیده شده به طوری که برخی کودکان حتی توان خرید کارت تلفن و برقراری ارتباط با اعضای خانواده خود را نداشته که نهایتاً منجر به وجود احساس تبعیض خواهد شد. ص.م می‌گوید: «خانواده‌ام فقیراند و نمی‌توانند برای دیدن من بیایند. پول تو جیبی ندارم و جلوی دوستانم که از بوفه خرید می‌کنند خجالت می‌کشم.» نکته قابل توجه در بررسی اظهارات مددجو این است که احساس تبعیض نهایتاً منجر به وجود مشکلات روحی دیگری می‌گردد که می‌تواند در شکل‌گیری شخصیت وی مؤثر باشد. از تحلیل صحبت‌های مشارکت‌کنندگان موضوع مهمی دیگری که استنباط می‌شود این است که گاهی وجود تبعیض و نابرابری در کانون منجر به پذیرش شرایط نامطلوب دیگری برای مددجویان می‌شود که اهداف اصلاحی را با چالش جدی مواجه می‌کند. به عنوان مثال م.ص به موردی اشاره می‌کند که برخی مددجویان به دلیل شرایط نامساعد اقتصادی و عدم قدرت خرید اجناس در کانون، مبادرت به انجام دادن کارهای شخصی دیگران در قبال دریافت وجه می‌کند: «یکی از بچه‌ها پول نداره تا بتونه برای خودش از بوفه خرید کنه کارهای شخصی بقیه رو انجام می‌ده و در عوض پول بهش میدن.» با توجه به صحبت‌های

مشارکت‌کنندگان مصاحبه‌ای با مددکار قانون انجام که بیان داشت: «این حرف بچه‌ها صحت دارد و همیشه یکی از مواردی که در درد و دل‌های روزانه آن‌ها می‌بینم همین است که از حضور در قانون ناراحت هستند و احساس زندانی بودن دارند تا تربیت و یادگیری.» این موضوع می‌تواند مؤید بی‌توجهی به پرونده شخصیت اطفال باشد که فلسفه تشکیل آن شناسایی وضعیت طفل و تلاش برای درمان ناهنجاری وی در مدت نگهداری است.

بنابراین به نظر می‌رسد که نوعی ادراک تبعیض در میان برخی از مددجویان وجود داشته که می‌تواند زمینه‌ساز ایجاد مشکلات روحی و روانی دیگر نظیر ایجاد عقده حقارت و یا احساس افسردگی شده و در نتیجه کارکرد تربیتی این تصمیم قضایی را مخدوش نماید.

۵-۳. بازتولید خشونت

مفهوم بازتولید از مفاهیم کلیدی است که در اندیشه‌های پیر بوردیو^۱ نمودار شده است. بنا بر عقیده او کنشگران در حیات اجتماعی با استفاده از قدرت اراده خویش به بازتولید رفتارهای اجتماعی می‌پردازند. بوردیو در نظریه عمل چندین مفهوم مهم را مطرح می‌کند که مهم‌ترین آن مفهوم «منش» است. منش‌ها یا عادتواره‌ها^۲ نظام‌هایی از قابلیت‌های پایدار و قابل انتقال از خلال آموزش و فرایند اجتماعی شدن یا از طریق تقلید و تأثیرپذیری هستند که ساختارهای بیرونی را در افراد درونی می‌کنند به صورتی که افراد با عمل خود ساختارها را بازتولید می‌کنند (فکوهی، ۱۳۸۶: ۲۹۹). آنچه از معنا و مفهوم بازتولید عنوان شد، هنگامی که با مفهوم خشونت همراه می‌شود این نتیجه را در پی خواهد داشت که خشونت بازتولیدکننده خشونت است. مفهوم خشونت به‌عنوان یک منش دارای جوهری ناخودآگاه بوده و در حقیقت در حکم دستورالعمل و قاعده برای شکل‌گیری کنش‌ها (خشونت بازتولید شده) هستند. این موضوع در قانون نمایان است که رفتار خشونت‌آمیز کودک بزهکار در فضای موجود مجدداً تکرار و بازتولید می‌شود. در این رابطه س.ب می‌گوید: «بچه‌ها از ابزار کارگاه‌ها می‌دزدند و با اون تیزی درست می‌کنند و همدیگر رو تهدید می‌کنند یا توی دعوا ازش استفاده می‌کنند.» از تحلیل صحبت‌های این مشارکت‌کننده چند موضوع مورد توجه قرار می‌گیرد اول اینکه سرقت ابزارآلات موجود در کارگاه توسط مددجویان مؤید این مطلب است که با فرض وجود نظارت‌های متعدد و حتی توجه به مباحث پیشگیری وضعی از وقوع جرایم در این مجموعه ازجمله نصب دوربین کماکان اقدامات مجرمانه توسط اطفال انجام می‌شود که نشان می‌دهد آموزش‌ها مؤثر واقع نشده و بازپروری طفل به خوبی انجام نمی‌شود و دوم اینکه چرخه بازتولید خشونت وجود دارد

1. Pierre Bourdieu

2. habitus

به طوری که فرد با اعمال خود، ساختارهای مجرمانه را بازتولید می‌کند و یا گزارش س.ر که بیان می‌کند: «من در کانون دعوایم شد و بچه‌ها دستم را باتیزی کشیدند» که این موضوع حکایت از خشونت نهادینه شده و بازتولید آن دارد. توجه به این نکته مهم است که محیط نامساعد روانی موجود می‌تواند به بازتولید خشونت علیه خود منجر شود، به طوری که در صحبت‌های مشارکت‌کنندگان تجربه خودزنی و خودکشی گزارش شد. ن.ا که به اتهام قتل عمد به مدت چهار سال است که در کانون نگهداری می‌شود، از موضوع خودکشی موفق یکی از مددجویان می‌گوید: «پارسال یکی از بچه‌ها تو دستشویی خودکشی کرد. با نخ‌های بافندگی طناب درست کرد و خودش را دار زد.» اقدام به خودکشی به عنوان یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های مسئولان متولی کانون در رابطه با اطفالی که دارای بیماری‌های زمینه‌ای روانی هستند مطرح می‌شود اما نکته مهم این است که در این مکان هیچ روان‌پزشکی برای رصد وضعیت روانی اطفال وجود ندارد و عملاً هیچ درمان روانی نسبت به اطفال بیمار انجام نمی‌شود. به علاوه اینکه در هر اقدام به خودزنی و یا خودکشی احتمال بروز آسیب‌های مشابه و رفتارهای مقابله‌ای خودتخریب‌گر نیز وجود دارد.

بنابراین به نظر می‌رسد که هرچند هدف نگهداری طفل در مکانی بسته به دور از خانواده و جامعه، بازسازی شخصیت و بازاجتماعی شدن او است اما آنچه در واقع صورت می‌گیرد صرف نگهداری طفل برای مدت زمان مشخص است که این ایام نیز با توجه به وجود شرایط نامساعد روحی و فراهم شدن بسترهای زمینه‌ساز مجرمیت، می‌تواند به تولید مکرر خشونت علیه دیگران یا خود منجر شود.

۳-۶. فقدان نظارت بعد از خروج

به موجب ماده ۳۱۱ آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها، واحد امور قضایی کانون هر هفته فهرست مددجویان در معرض ترخیص را استخراج و به مرکز مراقبت ارسال می‌کند این مرکز موظف است که ضمن همکاری با نهادهای دولتی و غیردولتی، جهت رفع مشکلات مددجو و ادامه خدمات درمانی و بازپروری اقدام کند. اما موضوع مهمی که وجود دارد این است که این مقرره در عمل اجرا نمی‌شود چراکه زیرساخت‌های حمایتی از این اطفال فراهم نمی‌باشد. تجربه زیسته اطفالی که مدتی در کانون سپری کرده و سپس مرتکب جرایم متعدد شده و مجدداً به کانون بازگشته‌اند، حکایت از فقدان نظارت بعد از خروج دارد. د.ل در این باره می‌گوید: «یک بار دیگه پارسال دستگیر شدم وقتی بیرون رفتم کسی را نداشتم. اینجا که باشم حداقل گشته نمی‌خوابم.» و یا س.ر که متهم به سرقت اتومبیل است بیان می‌کند: «نه ماه پیش به دلیل سرقت آدمم کانون. مددکار پیگیر شد آزاد شدم اما وقتی برگشتم مادر بزرگ گفت من نون‌خور اضافه نمی‌خوام. رفتم خونه دوستم که قبلاً در کانون

باهاش آشنا شده بودم و با هم سرقت کردیم.»

نبود مکان‌های بین‌راهی یا خانه‌های امن از جمله مواردی است که وجود آن بسیار تأثیرگذار است. خصوصاً در مورد اطفال بزهکار که نهادهای حمایتی مانند بهزیستی حاضر به پذیرش آن‌ها نیستند و عملاً با توجه به اینکه بسیاری از این اطفال از خانواده‌های بدسرپرست و یا بی‌سرپرست هستند، پس از خروج از کانون در تأمین نیازهای ابتدایی زندگی نیز با چالش مواجه می‌شوند. ش.ا در این رابطه می‌گوید: «از بهزیستی که فرار کردم با دوستانم خلاف می‌کردم. یک بار دستگیر شدم آزاد که شدم دلم می‌خواست برگردم بهزیستی اما چون معتاد به حشیش بودم و سابقه داشتم قبول نکردند.» در حقیقت به نظر می‌رسد که نه تنها کانون بلکه سایر نهادهای حمایتی از اطفال معارض قانون هیچ حمایت بعد از خروجی انجام نداده و نهایتاً این اطفال با توجه به شرایط اقتصادی و خانوادگی به فوریت به چرخه بزهکاری برگشت می‌خورند.

۷-۳. یادگیری مجرمیت

یکی از نظریات مهم در خصوص علل بزهکاری، تئوری یادگیری است. این نظریه مبین آن است که جرم و انحراف قابل یادگیری، الگوبرداری و الگوپذیری است. آلبرت بندورا^۱ در نظریه یادگیری اجتماعی^۲ که در آن رفتارگرایی را به شناخت‌درمانی پیوند زد عقیده داشت، آموزش و فراگیری رفتارهای جدید در انسان، بیشتر از آنکه از طریق یادگیری مستقیم رخ دهد، از طریق الگوسازی از روی رفتارهای دیگران رخ می‌دهد. نظریه هم‌نشینی افتراقی ساترلند^۳ نیز مؤید همین موضوع است. در کانون کودکان بزهکار به موجب حکم قضایی مدتی را در کنار هم و به دور از سرگرمی‌های بیرون از مجموعه و خانواده سپری می‌کنند. بنابراین مدت زمان زیادی از شبانه‌روز را این اطفال به گفت‌وگو با یکدیگر پرداخته که می‌تواند به آموزش تدریجی و خزنده سبک زندگی مجرمانه آن‌ها منجر شود. ص.ا در این باره می‌گوید: «یکی از کارهای محبوب ما در کانون این است که برای هم از قصه خلافت‌های مان بگوئیم.»

این تعامل دو سویه سبب می‌شود که آستانه تحمل فرد در برابر جرم و معاشرت با مجرمان بالاتر رفته به نحوی که گرایش به پذیرش جرم و توجیه مجرمیت در افراد شکل می‌گیرد. س.ع در این رابطه بیان می‌کند: «در کانون بودم یکی از دوستانم گفت که جابه‌جایی مواد در آمد خوبی دارد. بار دوم دستگیر شدم.» در تحلیل صحبت‌های این مشارکت‌کننده علاوه بر اینکه یادگیری مجرمیت و نظریه سود و زیان

1. Albert Bandura

2. Social Learning

3. Edwin Hardin Sutherland

رفتار مجرمانه وجود دارد، تأثیرپذیری از گروه هم‌سالان، تعدد و تکرار جرم نیز حائز اهمیت است؛ به‌طوری‌که نه‌تنها اقدام تأمینی و تربیتی حضور در کانون مؤثر واقع نشده است بلکه در ارتکاب جرایم آتی وی به‌نحو چشمگیری اثرگذار بوده است. بنابراین به نظر می‌رسد که حضور تعداد قابل‌توجهی کودک بزهکار در یک محیط با جرایم و ساختار اجتماعی متفاوت در حالی که از تفریحات زندگی عادی نیز به دور هستند، سبب می‌شود تا تجربیات مجرمیت و حتی شیوه ارتکاب جرایم به راحتی منتقل و اقدام تأمینی و تربیتی نگهداری در کانون به‌عنوان منبع تولیدکننده مجرمیت تبدیل شود.

نتیجه

حساسیت بالای مقنن در فرایند بازاجتماعی کردن بزهکاری اطفال و نوجوانان سبب گردیده که این افراد به‌دلیل تشخیص حالات خطرناک به‌موجب تدابیر تأمینی و تربیتی در مکان مجزایی نگهداری و مورد آموزش قرار گیرند. قطعاً لازم است که شیوه برخورد در این مکان توأم با ظرافت‌های زیاد اجرایی و مبتنی بر اصول علمی باشد؛ به‌گونه‌ای که ضریب خطا به حداقل ممکن برسد زیرا اگر کانون اصلاح و تربیت نتواند نقش بازپرورانه خود را به درستی ایفا کند، طفل با درجات حالت خطرناک بیشتری از این مکان خارج و شخصیت معارض قانون در نهاد وی مستقر و امکان ارتکاب جرایم آتی بیشتر خواهد شد. بدین جهت بررسی سطح کیفی خدمات ارائه شده در مدت نگهداری اطفال می‌تواند اثرات بسیاری بر روند ارزیابی‌های صورت‌گرفته این تصمیم قضایی داشته باشد. پژوهش حاضر به بررسی چالش‌های سیاست نگهداری اطفال و نوجوانان معارض قانون در کانون اصلاح و تربیت پرداخته است. روش‌شناسی پژوهش مبتنی بر روش کیفی نظریه زمینه‌ای و حجم نمونه این مطالعه را ۳۰ نفر از نوجوانان معارض قانون مستقر در کانون ماهان تشکیل دادند. پس از انجام مصاحبه عمیق با مشارکت‌کنندگان در پژوهش، نهایتاً تجزیه و تحلیل داده‌ها منجر به خلق هفت مقوله گردید که آموزش اجباری، فضای پادگانی، فراق خانواده، ادراک تبعیض و نابرابری، بازتولید خشونت، فقدان نظارت بعد از خروج، یادگیری مجرمیت از جمله آن‌هاست. مقوله هسته در نتیجه تأمل و غور و غوص در مقولات حاصل گردید که عبارت است از «کانون و معمای اصلاح و تربیت» و مؤید این موضوع است که اگرچه صدور اقدام تأمینی و تربیتی برای اطفال معارض قانون که مرتکب جرایم سنگین می‌شوند، مورد پذیرش قضایی و قانونی است اما همچنان رویکرد اتخاذی برای اصلاح بزهکار مبتنی بر تنبیه و ترذیل و با استفاده از شیوه‌های نامتعارف تربیتی و الصاق برچسب‌های مجرمانه بوده به‌گونه‌ای که این خود پنداره در نهاد کودک وارد و فرایند بازپروری با چالش‌های متعددی روبه‌رو می‌شود. بررسی خودپنداره یعنی درک فرد از ماهیت، منش و فردیت خود در این کودکان اهمیت ویژه‌ای دارد. چراکه طبق تحقیقات انجام شده این افراد خودپنداره

پایین‌تری نسبت به سایر کودکان عادی دارند. نوجوانانی که خودپنداره ضعیف دارند، گاه با اتخاذ الگوهای رفتار انحرافی، می‌کوشند احساس طردشدگی خود را کاهش دهند (علایی کوهرودی و دیگران، ۱۳۸۹: ۱۲). بیبی و زیگلر (۲۰۰۱)^۱ در پژوهش خود ارتباط تصویری از خود را با اعمال بزهکاری نوجوانان مورد بررسی قرار داده و نتایج پژوهش آنان نشان داد که کسانی که تصویر ذهنی نامتجانس بالاتری از خود دارند زمینه بیشتری نیز برای بزهکاری دارند. این افراد با تطبیق دادن رفتارشان با خودپنداره ضعیف‌شان، حقانیت در طرد کردن خود را تأیید می‌کنند. در این موارد نوجوان با گروه‌های منحرف پیمان می‌بندد تا تأییدی را که جامعه از او دریغ کرده به دست آورد.

معاشرت اطفال با یکدیگر، قانون را به‌سان مدرسه‌ای نموده که در آن مجرمیت مورد آموزش جدی قرار گرفته و هرچند که مقنن در متون قانونی سخن از اقدام تأمینی و تصمیم قضایی و نه کیفر می‌نماید و به‌صراحت از عدم درج سابقه محکومیت کیفری اطفال می‌گوید اما با اتمام دوره نگهداری و خروج طفل از مؤسسه فرد نه تنها با استقبال مناسب جامعه و خانواده مواجه نمی‌شود بلکه به‌جهت درمان نشدن حالت خطرناک و ناعادلانه پنداشتن واکنش کمانه‌ای جامعه به کیفر مذکور درصدد انتقام جویی‌های آتی بر خواهد آمد. آموزش‌های اجباری در این نهاد بدون توجه به نیازهای کودکان و علایق آن‌ها، دوری از خانواده و محرومیت از محبت و فضای پادگانی حاکم بر محیط نگهداری و از همه مهم‌تر فقدان نظارت بعد از خروج، قانون را به مثابه معمایی نموده است که هدف اصلی آن که همانا اصلاح و تربیت طفل دارای حالت خطرناک است در هاله‌ای از ابهام قرار می‌گیرد. نتیجه آنکه برای دستیابی به اهداف عینی لازم است رویکرد سزادهی از مخیله مسئولان قانون محو و به این مکان به‌عنوان مدرسه‌ای جهت بازپروری توجه شود و الا تا زمانی که بینش قضایی این باشد که قانون صرفاً مکانی جهت نگهداری موقت و کوتاه مدت اطفال معارض قانون است و مدل آموزش و شیوه نگهداری تغییر نکند، این نهاد کیفری ره به‌جایی نخواهد برد. پیشنهاد می‌گردد منطبق بر اهداف مطرح شده در زمینه این تصمیم قضایی، برنامه‌ریزی پیرامون ترسیم نقشه راه جدید خصوصاً توجه به رویکردهای نوین علوم جنایی و عدالت ترمیمی، الزامی شدن حضور مداخله وکیل در کلیه فرایندهای دادرسی اطفال به‌ویژه در مرحله اجرای اقدام تأمینی و تربیتی حضور در قانون، اصلاح مواد قانونی مرتبط با میانجیگری، امکان ارجاع به میانجیگر در تمام جرایم اطفال و نوجوانان و در طول مدت فرایند دادرسی و اجرا، استفاده از سایر برنامه‌های مبتنی بر عدالت ترمیمی نظیر ایجاد حلقه‌های اجتماعی اصلاح و درمان، تأمین هزینه‌های رفت‌وآمد و ملاقات طفل و خانواده

توسط دولت، مشارکت طفل در تصمیم‌گیری با توجه به اصل رعایت مصالح و منافع عالی کودک اقدام شود و فضای حاکم بر کانون که در حقیقت می‌توان آن را زندان مینیاتوری نامید، به صورت کامل تغییر و به سمت‌وسوی محل‌های نگهداری باز توأم با حرفه‌آموزی، آموزش و نهادینه کردن مهارت‌های زندگی سالم گام برداشت.

منابع

فارسی

- آزادی، داریوش و مجید رضازاده فراهانی (۱۳۹۲)، «نقش کانون اصلاح و تربیت در جامعه‌پذیری نوجوانان بزهکار»، *مجله اصلاح و تربیت*، ماه شهریور، شماره ۱۳۶.
- اتکینسون، ریتال و همکاران (۱۴۰۰)، *زمینه روان‌شناسی عمومی*، ترجمه: براهنی، محمدتقی و همکاران، جلد اول، چاپ چهل و دوم، تهران: رشد.
- احمدیان مقدم، سمیرا و همکاران (۱۴۰۱)، «حمایت کیفری از اطفال و نوجوانان در قبال ترک فعل والدین در پیشگیری از انحرافات با تأکید بر فقه امامیه»، *مجله حقوقی دادگستری*، مقالات آماده انتشار، پذیرفته شده، انتشار آنلاین.
- استراس، آنسلم و جولیت ام کوربین (۱۳۸۵)، *اصول روش تحقیق کیفی*، ترجمه: محمدی، بیوک، تهران: پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی.
- انصاری نژاد، نصرالله (۱۳۹۱)، «تحلیل بزهکاری، نوجوانان کانون اصلاح و تربیت تهران»، *فصلنامه علمی پژوهشی رفاه اجتماعی*، دوره ۱۲، شماره ۴۵.
- تیلور، رالفی و ادلوی هارل (۱۳۸۹)، *محیط کالبدی و بزهکاری*، ترجمه: کلاتری، محسن و سمیه قزل‌باش، زنجان: آذر کلک.
- رحیمیان گوار، سمیه (۱۳۹۸)، «مدیریت ریسک در بزهکاری اطفال»، *فصلنامه علمی فقه و حقوق خانواده*، دوره ۲۴، شماره ۷۰.
- رستمی، هادی و سیدپوریا موسوی (۱۳۹۹)، «مصالح عالی‌ه کودکان و نوجوانان بزهکار در حقوق کیفری ایران؛ با تأکید بر پاسخ‌های تعزیر مدار»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۴، شماره ۱۱۲.
- شامبیاتی، هوشنگ (۱۳۸۹)، *بزهکاری اطفال و نوجوانان*، چاپ دوم، تهران: مجمع علمی فرهنگی مجد.
- شاملو، باقر (۱۳۹۰)، *عدالت کیفری و اطفال (شخصیت طفل، بزهکاری، دادرسی، پاسخ‌ها)*، تهران: جاودانه.
- شاملو، سعید (۱۳۸۲)، *روان‌شناسی شخصیت*، چاپ هفتم، تهران: رشد.
- شاه حسینی، طحیه (۱۳۷۸)، «عوامل مؤثر بر بزهکاری نوجوانان و نقش کانون اصلاح و تربیت در تغییر رفتار و نگرش بزهکاران»، *نشریه اصلاح و تربیت*، شماره ۶۲.
- صدیق سروستانی، رحمت‌الله (۱۳۹۸)، *آسیب‌شناسی اجتماعی (جامعه‌شناسی انحرافات اجتماعی)*، تهران: سمت.
- طبسی، نجم‌الدین (۱۳۸۲)، *حقوق زندانی و موارد زندان در اسلام*، ترجمه: ابهری، سیدمحمدعلی، بوذر دیلمی معزی و سیدهادی رمضانی، قم: بوستان کتاب.
- علایی کرهرودی، فاطمه و دیگران (۱۳۸۹)، «مقایسه خود پنداره نوجوانان عادی و بزهکار پسر سنین ۱۲ تا ۱۴ سال شهر تهران»، *مجله دانشکده پرستاری و مامایی دانشگاه شهید بهشتی تهران*، دوره ۲۰، شماره ۶۹.
- فتحی، زهرا (۱۳۹۷)، *روان‌شناسی رشد ۱*، تهران: انتشارات طلایی پویندگان دانشگاه تهران.
- فلاح، امین و همکاران (۱۴۰۰)، «مراجع صالح رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان با تأکید بر جرایم در

- صلاحیت دادگاه کیفری یک»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۶.
- کاپلان، هارولد (۱۳۷۶)، خلاصه روان‌پزشکی علوم رفتاری، ترجمه: پورافکاری، نصرت اله، چاپ دوم، جلد اول، تهران: شهر آب.
 - کی‌نیا، مهدی (۱۳۹۹)، مبانی جرم‌شناسی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
 - محمدی اصل، عباس (۱۳۸۵)، بزهکاری نوجوان و نظریه‌های انحرافات اجتماعی، تهران: علم.
 - معظمی، شهلا (۱۳۹۶)، بزهکاری کودکان و نوجوانان، تهران: دادگستر.
 - نیازپور، امیرحسین (۱۳۹۳)، حقوق کیفری کودکان و نوجوانان فرایند پاسخ‌دهی به بزهکاری کودکان و نوجوانان، تهران: میزان.
 - نیازپور، امیرحسین (۱۳۹۱)، «گفتمان پیمان حقوق کودک در زمینه پیشگیری از بزهکاری»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال سوم، شماره دوم.
 - وایت، راب و فیونا هینز (بی‌تا)، جرم و جرم‌شناسی، ترجمه: علی سلیمی، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
 - ولد، جرج، توماس برنارد و اسنیپس جفری (۱۳۹۵)، جرم‌شناسی نظری (گذری بر نظریه‌های جرم‌شناسی)، ترجمه: علی شجاعی، تهران: سمت.

انگلیسی

- Abercrombie, n., hill, s., and turner, b. s. (1984). **Dictionary of Sociology**. New York: penguin books.
- Becker, H. s. (1963). **Out siders _ studies in the sociology of deviance** free press of Glencoe. New York.
- Creswell, J. W. (1994) **Research Design**, London: Sage.
- Dignan, j. (2007). **restorative judtice and family group conferences in England: current state and future prosoects**, restorative justice hor juveniles by Alison and gabrielle Maxwell.
- Fox, lionel. w. (2010). **the englishprison and borstalsystems**, published by routledge.
- Holloway I, Wheeler S. (2010). **Qualitative research in nursing andhealthcare**. 3rd ed
- Lemert, e. (1951). **social pathology: a systematic approach to the theory of sociopathic behavior**. New York: McGraw – Hill.

جایگاه تقصیر و سوءنیت در مطالبه خسارات ناشی از دعوای واهی؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و آمریکا

احسان بهرامی*، مصطفی السان**

چکیده

خواننده ممکن است در مقام دفاع از دعوای واهی با خسارات متعددی نظیر هزینه دادرسی، هزینه کارشناسی، حق الوکاله وکیل و... روبه‌رو شود. یکی از پرسش‌های مهمی که در رابطه با این قبیل خسارات وجود دارد، جایگاه تقصیر و سوءنیت خواهان در مطالبه آن‌ها است. به عبارت بهتر، پرسش این است که آیا مطالبه خسارات ناشی از دعوای واهی منوط به احراز تقصیر یا سوءنیت خواهان می‌باشد یا خیر؟ در پاسخ، وضعیت حقوق ایران چندان روشن نیست؛ زیرا بر اساس ماده ۱۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی، صدور قرار تأمین دعوای واهی که یکی از راه‌های جبران خسارات خواننده است منوط به احراز تقصیر و یا سوءنیت خواهان نشده است. این درحالی است که مطابق ماده ۵۱۵ این قانون، مطالبه خسارات دادرسی از خواهان به‌طور کلی مشروط به احراز سوءنیت او می‌باشد. رفع این ابهام و تعارض در کنار مطالعه حقوق فدرال آمریکا، موضوع مقاله حاضر است. در این مقاله، پس از روشن شدن مفهوم دعوای واهی، این نتیجه حاصل می‌شود که شرط مطالبه خسارات ناشی از دعوای واهی، تقصیر خواهان است؛ نه سوءنیت او. آنچه در راستای احراز تقصیر خواهان اهمیت دارد این است که اولاً، تقصیر با توجه به اوضاع و احوال حاکم بر دعوا احراز می‌شود. ثانیاً، تقصیر اصیل از طریق مقایسه او با اصیل متعارف و تقصیر وکیل در پرتو مقایسه او با وکیل متعارف سنجیده می‌شود. ثالثاً، تقصیر اصیل در اقامه دعوایی که از حیث اساس حکمی (اثر قانونی) واهی است، اصولاً منتفی می‌باشد. **واژگان کلیدی:** اساس حکمی، اساس موضوعی، تقصیر، خسارات دادرسی، دعوای واهی

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهیدبهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

e_bahramy@sbu.ac.ir

** دانشیار گروه حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق مالکیت فکری و فضای مجازی، دانشکده حقوق، دانشگاه

mostafaalsan@yahoo.com

شهیدبهشتی، تهران، ایران

مقدمه

اقامه دعوی واهی، علاوه بر اینکه نقش قابل توجهی در هدر دادن منابع محدود دادگستری در رسیدگی به پرونده‌ها دارد، می‌تواند خساراتی را برای خواننده به همراه داشته باشد. در حقیقت، خواننده ممکن است در مقام دفاع از دعوی واهی، با هزینه‌های متعددی نظیر هزینه دادرسی، هزینه کارشناسی، حق الوکاله وکیل و... روبه‌رو شود. در این وضعیت، طبیعی است که پس از شکست خواهان، خواننده به دنبال مطالبه خسارات ناشی از دعوی واهی باشد. یکی از پرسش‌های مهمی که در زمینه مطالبه خسارات ناشی از دعوی واهی مطرح می‌شود، جایگاه تقصیر و سوءنیت خواهان در آن است. به دیگر بیان، پرسش این است که آیا مطالبه خسارات ناشی از دعوی واهی منوط به احراز تقصیر یا سوءنیت خواهان می‌باشد؟

در پاسخ، نسخه ابتدایی قاعده ۱۱ از قواعد فدرال آیین دادرسی مدنی^۱، احراز سوءنیت خواهان را یکی از شرایط اعمال ضمانت اجرا بر دعوی واهی می‌داندست (Cain, 1994: 209).^۲ با وجود این، پس از اصلاحات انجام‌شده در قاعده ۱۱ در سال ۱۹۸۳، اعمال ضمانت اجرای مختلف بر دعوی واهی از جمله مطالبه خسارات دادرسی، مستلزم احراز تقصیر خواهان است؛ نه سوءنیت او (Salyzyn, 2012: 80-82). در مقابل، در نظام حقوقی ایران، ممکن است گفته شود که بر اساس بخشی از ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی که مقرر می‌دارد: «خواننده نیز می‌تواند خسارتی را که عمدتاً از طرف خواهان با علم به غیر محقق بودن در دادرسی به او وارد شده از خواهان مطالبه نماید»، مطالبه خسارات ناشی از دعوی واهی نیازمند احراز سوءنیت خواهان است؛ به همین خاطر، تقصیر جایگاهی در این زمینه ندارد. این برداشت، هرچند با ظاهر مقرر مزبور منطبق است، در ناسازگاری کامل با ماده ۱۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی قرار دارد. در واقع، به موجب ماده ۱۰۹، صدور قرار تأمین دعوی واهی که ممکن است در نهایت منجر به جبران خسارات خواننده از محل آن گردد، مشروط به احراز سوءنیت خواهان نشده است^۳؛ پس چگونه می‌توان گفت که مطالبه خسارات ناشی از دعوی واهی در خارج از چهارچوب ماده ۱۰۹ نیازمند احراز سوءنیت خواهان است؟

آنچه در این میان آشکار می‌باشد، این است که این دوگانگی به هیچ وجه قابل قبول نیست؛ یعنی

1. Rule 11 of Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)

از این به بعد، به اختصار: قاعده ۱۱

۲. قاعده ۱۱ برای نخستین بار در سال ۱۹۳۸ تصویب شد (Mazurczak, 1988: 112).

۳. در نظرات حقوقدانان نیز چنین شرطی ملاحظه نمی‌گردد (به عنوان نمونه ر.ک: شمس، ۱۳۸۶/۳: ۲۹-۳۱؛ مهاجری، ۱۳۹۷/۲: ۵۵-۵۰).

نمی‌توان گفت که اگر مطالبه خسارات ناشی از دعوای واهی در قالب قرار تأمین باشد، احراز سوءنیت لازم نیست و در مقابل، مطالبه خسارات ناشی از دعوای واهی در خارج از قلمرو ماده ۱۰۹، نیازمند احراز سوءنیت خواهان است. به عبارت بهتر، صدور قرار تأمین خصوصیتی ندارد تا بتوان از طریق آن، شرط احراز سوءنیت خواهان را نادیده گرفت. از این رو، تعارض این دو مقرر در رابطه با مطالبه خسارات ناشی از دعوای واهی چگونه حل خواهد شد؟ آیا می‌توان اطلاق ماده ۱۰۹ را حمل بر مقید نمود و گفت که در ماده ۱۰۹ نیز احراز سوءنیت، شرط صدور قرار تأمین و در نهایت، جبران خسارات خوانده است؟ اگر پاسخ مثبت است، این تفسیر چگونه در کنار پذیرش تقصیر به عنوان یکی از ارکان مسئولیت مدنی قابل توجیه است؟ در مقابل، آیا می‌توان گفت که مانند صدر ماده ۵۱۵، ماده ۱۰۹ نیز بر اساس نظریه تقصیر وضع شده است؛ در حالی که ذیل ماده ۵۱۵ بر اساس نظریه سوءنیت تصویب شده است؟ اگر پاسخ مثبت است، این دوگانگی در انتخاب مبنا چگونه توجیه می‌شود؟

در پاسخ به پرسش‌های فوق، نظر خاصی در حقوق ایران ارائه نشده است. در حقیقت، هر چند تاکنون پژوهش‌های ارزشمندی در زمینه خسارات دادرسی انجام شده است (فتحعلی، ۱۳۸۲: ۱۴۰-۱۰۵؛ کریمی و یمرلی، ۱۳۹۶: ۲۱۲-۱۹۲؛ کیان‌پوریان‌نژاد و دیگران، ۱۴۰۱: ۲۳۳-۲۱۱)، اما هیچ‌یک از آن‌ها بحث مطالبه خسارات دادرسی را از این زاویه مورد مطالعه قرار نداده‌اند. به همین خاطر، انجام پژوهشی که بتواند جایگاه تقصیر و سوءنیت در مطالبه خسارات ناشی از دعوای واهی را آشکار سازد، ضروری به نظر می‌رسد. در این راستا، مطالعه حقوق فدرال آمریکا که سوابق قابل توجهی در این زمینه دارد، می‌تواند گزینه مناسبی برای مطالعه تطبیقی باشد. از این رو، مقاله حاضر با روش توصیفی-تحلیلی و با دقت نظر در آرای قضایی نگاشته می‌شود تا ضمن روشن ساختن مفهوم دعوای واهی، جایگاه تقصیر و سوءنیت در مطالبه خسارات ناشی از دعوای واهی را روشن نماید.

۱. مفهوم دعوای واهی

۱-۱. دعوای فاقد اساس موضوعی

در رویه قضایی فدرال آمریکا، دعوای فاقد اساس موضوعی^۱ یکی از مصادیق دعوای واهی^۲ است (Ind. Risk Ins. v. M.A.N. Gutehoffnungshutte GmbH, 141 F.3d 1434, 1448 (11th Cir. 1998)). فقدان اساس موضوعی، گاهی اوقات به این دلیل است که دعوای آشکارا مبتنی بر واقعیت نبوده و بر اساس خیالات خواهان مطرح شده است (Livingston v. Adirondack Beverage Co., 141 F.3d 434, 437 (2d Cir. 1998)). برای مثال، اگر در دعوای اثبات نسب پدر-فرزند، خواهان

1. Factual Basis

2. Frivolous Claim

کم‌سن‌وسال‌تر از خواننده باشد، گفته می‌شود که دعوا فاقد اساس موضوعی است. در برخی موارد نیز، دعوا به این جهت که بدون دلیل است، فاقد اساس موضوعی شناخته می‌شود (Ward, 1991: 1175). البته مطابق بند ۳ بخش (ب) قاعده ۱۱، دعوای بدون دلیل زمانی واهی محسوب می‌شود که بر فرض اعطای مهلت متناسب توسط دادگاه، احتمال معقولی جهت تهیه دلیل برای اثبات ادعای خواهان وجود نداشته باشد.

در حقوق ایران نیز، وضعیت مشابه است. در این قلمرو، در مواردی که جنبه موضوعی دعوا قابلیت تحقق نداشته یا دعوا متکی به هیچ دلیلی نیست، دعوا واهی محسوب می‌شود (شمس، ۱۳۸۶/۳: ۳۰؛ واحدی، ۱۳۹۸/۲: ۱۸۱). از این رو، در فرضی که خواهان دعوایی را به خواسته جبران خسارت ناشی از تخریب مطرح می‌نماید؛ در حالی که خواننده اساساً در زمان ورود خسارت در ایران سکونت نداشته، دعوا واهی تلقی می‌گردد. همچنین، اگر خریدار بی‌آنکه دلیلی مبنی بر اقاله قرارداد داشته باشد، دعوای تأیید اقاله را مطرح کند، نباید در واهی بودن دعوا تردید داشت. این دیدگاه در یکی از آرای شعبه سوم دادگاه حقوقی شهر تهران نیز ملاحظه می‌گردد. در این رأی آمده که واهی بودن دعوا با توجه به موضوع دعوا و ادله ابرازی قابل احراز است (سامانه ملی آرای قضایی پژوهشگاه قوه قضائیه، مشاهده شده در تاریخ ۱۴۰۱/۰۵/۱۶).^۲

پرسشی که اکنون مطرح می‌شود این است که آیا دعوایی که اساس موضوعی آن سست و ضعیف است نیز واهی تلقی می‌شود؟ به دیگر بیان، اگر جنبه موضوعی دعوا قابلیت تحقق داشته باشد، اما احتمال تحقق آن اندک باشد، آیا دعوا واهی محسوب می‌شود یا خیر؟ برای مثال، اگر خواهان دعوای اثبات مالکیت مال غیر منقول، ادعا کند که قرارداد بیعی میان او و خواننده منعقد و تمام ثمن به صورت نقد رد و بدل شده است، آیا می‌توان دعوای او را واهی دانست؟ به همین ترتیب، اگر دعوای خواهان بدون دلیل نباشد، اما دلیل ابرازی او حکایت از احتمال اندک پیروزی او در دعوا داشته باشد، آیا دعوا واهی تلقی می‌شود یا خیر؟

در حقوق آمریکا، برخی به این پرسش، پاسخ مثبت داده و گفته‌اند که اگر احتمال موفقیت خواهان در دعوا اندک باشد، دعوا واهی به شمار می‌آید (Bone, 1997: 531). در حقوق ایران نیز پاسخ مشابه است؛ زیرا اولاً، «واهی» در لغت، صرفاً به معنای امر بی‌بنیاد و بیهوده نمی‌باشد، بلکه این لفظ به امری که اساس آن، سست و ضعیف است نیز اطلاق می‌گردد (دهخدا، ۱۳۷۷/۱۵).

1. Rule 11 (b(3)) of FRCP

۲. دادنامه شماره ۲۰۲ مورخ ۱۳۹۰/۳/۱۶

۲۳۱۱۲؛ انوری، ۸/۱۳۸۲: ۸۱۷۵). ثانیاً، از دید قانون‌گذار، دعوای واهی صرفاً به دعوایی که بی‌اساس است، اطلاق نمی‌شود، بلکه دعوایی که اساس آن سست و ضعیف است نیز واهی محسوب می‌گردد. آری، اگر دعوای واهی صرفاً بر دعوای فاقد اساس موضوعی دلالت داشته باشد، صحبت از «امکان محکومیت» خواهان و «خسارت احتمالی» در مواد ۱۰۹ و ۱۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی بیهوده خواهد بود. از این رو، به نظر می‌رسد در مواردی که جنبه موضوعی دعوای قابلیت تحقق داشته، اما احتمال وقوع آن اندک است و همچنین، در مواردی که دعوای بدون دلیل نیست، اما با توجه به دلایل ابرازی، احتمال پیروزی خواهان در دعوای اندک است، دعوای واهی تلقی می‌گردد.^۱

۲-۱. دعوای فاقد اساس حکمی

در رویه قضایی فدرال آمریکا، دعوای فاقد اساس حکمی^۲ نیز واهی محسوب می‌شود (Ind. (Risk Ins. v. M.A.N. Gutehoffnungshutte GmbH, 141 F.3d 1434, 1448 (11th Cir. 1998)). به عبارت بهتر، دعوایی که بر فرض ثبوت جنبه موضوعی، فاقد اثر قانونی باشد، واهی تلقی می‌گردد. از این رو، دعوای مشمول اعتبار امر قضاوت‌شده و دعوای مطالبه خسارتی که قانون آن را قابل مطالبه نمی‌داند، واهی شمرده می‌شود (Prof'l Mgmt. Assocs. v. KPMG LLP, 345 F.3d 1030, 1033 (8th Cir. 2003); Chambers v. American Trans Air, Inc., 17 F.3d 998, 1006 (7th Cir. 1994)). البته به موجب بند ۲ بخش (ب) قاعده ۳۱۱، دعوای فاقد اثر قانونی در صورتی واهی محسوب می‌گردد که خواهان «استدلال غیرواهی»^۴ جهت گسترش قلمرو قانون، اصلاح یا بی‌اعتبار نمودن قانون یا ایجاد قانون جدید^۵ ارائه نکرده باشد.

«استدلال غیرواهی» همان عبارتی است که قضات را در اعمال قاعده ۱۱ با سردرگمی مواجه ساخته است (Levine, 1999: 685). در واقع، هر چند عبارت «استدلال غیرواهی» تأثیر قابل توجهی در تشخیص دعوای واهی از غیرواهی دارد، قانون‌گذار هیچ معیاری جهت شناسایی آن ارائه نکرده است. با این حال، در برخی از نظرات و آراء، تلاش‌هایی جهت روشن شدن مصادیق این عبارت صورت گرفته است. برای مثال، برخی از نویسندگان گفته‌اند اگر اشخاص بتوانند استدلال خود را مستند به نظر اقلیت، نظر درج‌شده در مقالات حقوقی یا نتیجه حاصله از مشورت با سایر وکلا قرار

۱. این قرائت از دعوای واهی پیش از صدور رأی مورد استفاده قرار می‌گیرد. به عبارت بهتر، منظور از دعوای واهی در معنای دعوای دارای اساس موضوعی سست و ضعیف، دعوایی است که به احتمال قوی در پایان فرایند دادرسی، فاقد اساس موضوعی شناخته خواهد شد.

2. Legal Basis

3. Rule 11 (b(2)) of FRCP

4. Nonfrivolous Argument

5. Extending, Modifying, or Reversing Existing Law or for Establishing New Law

دهند، استدلال آن‌ها غیرواهی خطاب می‌شود (Hewlett, 1996: 434). به علاوه، یکی از دادگاه‌های ناحیه‌ای^۱ مقرر داشته که اگر استدلال خواهان قبلاً در یک دادگاه ناحیه‌ای دیگر مورد پذیرش قرار گرفته باشد، آن استدلال غیرواهی می‌باشد (Solovy & Others, 2010: 73). همچنین، عده‌ای معتقدند در جایی که دادگاه‌های منطقه‌ای^۲ و پایین‌تر، با یکدیگر درخصوص اثر قانونی دعوا اختلاف نظر گسترده دارند، استدلال خواهان غیرواهی محسوب می‌شود (Solovy & Others, 2010: 73). افزون بر این‌ها، برخی بر این باورند که در دعوایی که برای نخستین بار مطرح می‌شود و قانون حاکم، حکم صریحی درخصوص آن ندارد، استدلال خواهان غیرواهی می‌باشد (Murdock v. Stout, 54 F.3d 1437, 1444 (9th Cir. 1995); United States v. Alexander, 981 F.2d 250, 253 (5th Cir. 1993); Fowler v. Towse, 900 F. Supp. 454, 461 (S.D. Fla. 1995)).

در حقوق ایران، اگر دعوا بر فرض ثبوت جنبه موضوعی، دارای اثر قانونی نباشد، واهی تلقی می‌شود (شمس، ۱۳۸۶/۳: ۳۰). بر این اساس، دعاوی مشمول بند ۷ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی مانند دعوی مطالبه جُعَل (اجرت عامل در عقد جعاله) قبل از انجام عمل و دعوی الزام به تحویل عین موقوفه قبل از تحقق قبض و اقباض، واهی محسوب می‌شوند (دهقانی فیروزآبادی، ۱۳۹۹: ۱۷۶؛ قلی‌زاده منقوطای، ۱۳۹۵: ۲۸۸). اینک، پرسش مهمی که مطرح می‌شود این است که آیا دعوی فاقد اساس حکمی صرفاً به دعوایی که مشمول بند ۷ ماده ۸۴ باشد، اطلاق می‌گردد یا خیر؟ برای نمونه، فرض کنید پس از قطعی شدن حکم محکومیت خواهان، او مجدداً همان دعوا را علیه همان خوانده اقامه نماید. در این وضعیت، طبیعی است که دعوی جدید مشمول بند ۷ ماده ۸۴ نبوده، بلکه تحت شمول بند ۶ ماده فوق قرار می‌گیرد. همچنین، قراردادی را در نظر بگیرید که در آن، طرفین توافق کرده‌اند در صورت پیروزی تیم فوتبال «الف» در مسابقات، یکی از طرفین مبلغی پول به دیگری پرداخت کند. در مقابل نیز، چنین شرطی به نفع طرف دیگر در صورت پیروزی تیم فوتبال «ب» در نظر گرفته شده است. حال اگر پس از پیروزی تیم فوتبال «الف»، متعهدله دعوی مطالبه وجه را علیه طرف دیگر قرارداد اقامه کند، طبیعی است که این دعوا مشمول بند ۷ ماده ۸۴ نبوده، بلکه تحت شمول بند ۸ این ماده قرار می‌گیرد. با این اوصاف، آیا این دعوی نیز فاقد اساس حکمی شناخته می‌شوند یا خیر؟

به باور نگارندگان، فقدان اساس حکمی لزوماً نباید منطبق با بند ۷ ماده ۸۴ باشد، بلکه در هر حالتی که بر فرض ثبوت جنبه موضوعی، دعوا مورد حمایت قانون نباشد، دعوا فاقد اساس حکمی و واهی است. از این رو، هر چند دعوی مشمول اعتبار امر قضاوت‌شده در بند ۶ ماده ۸۴ ذکر شده، اما

1. District Court
2. Circuit Court

تردیدی در واهی بودن آن وجود ندارد (افتخار جهرمی و السان، ۱۴۰۱/۳: ۱۱۲). به همین خاطر است که شعبه چهارم دادگاه حقوقی شهر زنجان، تقاضای صدور قرار تأمین دعوای واهی را در دعوای مشمول اعتبار امر قضاوت شده مورد اجابت قرار داده است.^۱ همچنین، هر چند دعوای ناشی از قمار، مشمول بند ۸ ماده ۸۴ است، لکن تردیدی در عدم حمایت قانون از این دعا و واهی بودن آن وجود ندارد. با این وصف، امکان یا عدم امکان ترتب اثر قانونی بر دعا، در دو سطح قابل بحث می باشد: در سطح نخست، نظیر موارد فوق هیچ گونه اثر قانونی برای دعا وجود ندارد. این در حالی است که در سطح دوم، ترتب یا عدم ترتب اثر قانونی بر دعا به دلیل اختلاف در تفسیر قانون، امری قطعی محسوب نمی شود. به عنوان نمونه، فرض کنید پس از انشای وصیت به طور شفاهی و فوت موصی، موصی له دعوای اثبات وصیت را با بهره گیری از شهادت شهود اقامه می کند تا اموال موضوع وصیت را از سهم الارث ورثه خارج نماید. در این حالت، از آنجا که اعتبار یا عدم اعتبار وصیت شفاهی از امور اختلافی می باشد (صفایی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۷: ۴۲؛ عباسلو و بهرامی، ۱۴۰۱: ۶۵۸-۶۵۶)، نمی توان با قاطعیت از عدم امکان ترتب اثر قانونی بر دعا سخن گفت. همچنین، در دعوای تأیید انفساخ قرارداد معاوضه به جهت تلف مورد معاوضه قبل از قبض، نمی توان با قاطعیت از عدم امکان ترتب اثر قانونی بر دعا سخن گفت.^۲ افزون بر این ها، در دعوای اعلام بطلان بیعی که قبلاً صحت آن ضمن دعوای الزام به تنظیم سند رسمی احراز شده، امکان یا عدم امکان ترتب اثر قانونی بر دعا امری اختلافی است.^۳

از دیدگاه نویسندگان، در اینکه دعوای طرح شده در سطح دوم نمی تواند واهی باشد، تردیدی وجود ندارد؛ زیرا اولاً، این دعا به هیچ وجه فاقد اثر قانونی نمی باشد، بلکه اثر قانونی آن با توجه به اختلاف تفاسیری که وجود دارد، امری اختلافی محسوب می شود. ثانیاً، با توجه به اینکه دکتترین حقوقی و رویه قضایی در موارد قابل توجه با یکدیگر اختلاف تفسیر دارند، واهی تلقی نمودن این قبیل دعاوی نتیجه ای جز محدود کردن حق دادخواهی افراد در پی نخواهد داشت. از این رو، مسئله اصلی در رابطه با دعوای طرح شده در سطح نخست وجود دارد. به دیگر بیان، پرسش اصلی این است که اگر خواهان یا دادگاه امکان ارائه استدلال جهت توسعه حکم قانون و ترتب اثر قانونی بر

۱. دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۲۴۰۰۴۰۰۳۴۲ مورخ ۱۳۹۹/۰۳/۲۵

۲. جهت مشاهده تفصیل این بحث، ر.ک. کاتوزیان، ۱۳۹۹/۵: [د] ۳۵۹-۳۵۰؛ شهیدی، ۱۳۹۵: ۴۶-۴۵.

۳. جهت مشاهده تفصیل این بحث، ر.ک. شمس، ۱/۱۳۸۵: ۴۵۸-۴۵۶؛ کاتوزیان، ۱۳۹۹: [ب] ۱۶۱-۱۶۵؛ دادنامه شماره ۱۴۰۱۱۲۳۹۰۰۰۸۷۸۸۲۰۴ مورخ ۱۴۰۱/۱۰/۱۱ صادره از شعبه بیست و نهم دادگاه حقوقی شیراز.

دعوا را داشته باشد، آیا دعوا واهی محسوب می‌شود یا خیر؟

در پاسخ، باید بین دو حالت قائل به تفکیک شد: اگر خواهان یا دادگاه بتواند با استناد به اصول حقوقی یا منابع معتبر اسلامی^۱، حکم قانون را به قضیه طرح شده سرایت دهد، دعوا را نباید واهی دانست. برای مثال، خوب می‌دانیم که بر اساس ماده ۹۵۴ قانون مدنی: «کلیه عقود جایزه به موت احد طرفین منفسخ می‌شود و همچنین به سفه در مواردی که رشد معتبر است». در این مقرر، درحالی سفه از موجبات انفساخ قرارداد جایز دانسته شده که هیچ صحبتی از جنون مطرح نشده است. این درحالی است که اگر ملاک انحلال قرارداد در مواردی که یکی از طرفین سفيه می‌شود، زوال تسلط کامل و مطلوب او بر اراده باشد، این ملاک در مجنون به نحو شدیدتر و آشکارتری وجود دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۹/۵ [د]: ۳۶۰). از این رو، دعوای تأیید انفساخ عقد جایز به جهت جنون یکی از طرفین عقد، واهی محسوب نمی‌شود؛ زیرا قیاس اولویت که در زمره منابع معتبر اسلامی قرار دارد، صحت تسری حکم ماده ۹۵۴ به مجنون را تأیید می‌نماید.

در مقابل، اگر استدلال قابل ارائه از جانب خواهان یا دادگاه جهت توسعه حکم قانون به موضوع نزاع، مورد تأیید اصول حقوقی یا منابع معتبر اسلامی نباشد، نباید در فقدان اثر قانونی و واهی بودن دعوا تردید داشت. برای مثال، فرض کنید شخص «الف» که به شخص «ب» بدهکار است، طلبی که از شخص «ج» دارد را در رهن او قرار می‌دهد. در این فرض، اگر دعوای اثبات عقد رهن از سوی شخص «ب» اقامه گردد، ممکن است این استدلال قابل ارائه باشد که هرچند مطابق ماده ۷۷۴ قانون مدنی، رهن دین باطل است، اما از طریق قیاس رهن با هبه و بیع صرف می‌توان به این نتیجه رسید که رهن دین نیز صحیح بوده و نباید به ظاهر مقرر مزبور اعتماد کرد.^۲ در این حالت، باید گفت که برخلاف حالت نخست، دعوا واهی محسوب می‌شود؛ زیرا علاوه بر اینکه دعوا اثر قانونی ندارد، استدلال قابل ارائه جهت توسعه حکم قانون نیز مورد تأیید اصول حقوقی یا منابع معتبر اسلامی نمی‌باشد، بلکه این استدلال صرفاً بر اساس قیاسی است که به دلیل وجود نص ماده ۷۷۴، تردیدی در عدم حجیت آن وجود ندارد.

۳-۱. دعوای متضمن سوءاستفاده از دادرسی

طرح بحث در رابطه با دعوای واهی معمولاً مباحث پیرامون سوءاستفاده از دادرسی را نیز به

۱. به موجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، اصول حقوقی و منابع معتبر اسلامی از مهم‌ترین منابع حقوق داخلی هستند.

۲. جهت ملاحظه تفصیل این استدلال، ر.ک. کاتوزیان، ۱۳۹۶/۴: ۴۸۴-۴۸۱.

همراه دارد. از این رو، یکی از مهم‌ترین پرسش‌ها این است که چه رابطه منطقی بین دعوای واهی و سوءاستفاده از دادرسی وجود دارد؟ به دیگر بیان، آیا دعوایی که متضمن سوءاستفاده از دادرسی است، واهی تلقی می‌گردد یا خیر؟

در حقوق آمریکا، از آنجا که قاعده ۱۱ صراحتاً به عبارت متناظر لفظ «دعوای واهی»^۱ اشاره نمی‌کند، در رابطه با واهی بودن یا نبودن دعوای متضمن سوءاستفاده از دادرسی (موضوع بند ۱ بخش (ب) قاعده ۲۱۱) اختلاف نظر وجود دارد. به موجب بند یادشده، خواهان نباید در راستای اهداف نادرست مانند ایزدای خواننده، ایجاد تأخیر غیرضروری یا افزایش غیرضروری هزینه‌های دادرسی اقامه دعوا نماید. ذکر این بند در کنار بندهای ۲ و ۳ که دلالت بر دعوای واهی دارد، این شبهه را مطرح ساخته که آیا دعوایی که جهت اهداف نادرست اقامه می‌گردد نیز واهی تلقی می‌شود یا خیر؟ در پاسخ، دو نظر وجود دارد: برخی این بند را در زمره دعوای واهی نمی‌دانند (Davis v. Carl, 906 F.2d 533, 538 (11th Cir. 1990); Sheets v. Yamaha Motors Corp. 891 F.2d 538 (5th Cir. 1990); Klausner, 1986: 300; Holtzclaw, 1993: 1373)؛ در حالی که به باور برخی، این دعوا نیز واهی محسوب می‌شود (Ward, 1991: 1166). در هر حال، با توجه به اینکه قاعده ۱۱ با هدف جلوگیری از سوءاستفاده از فرایند دادرسی وضع شده است؛ نه صرفاً جلوگیری از اقامه دعوای واهی (Cain, 1994: 207, 214; Holtzclaw, 1993: 1388; Reinert, 2014: 1222)، به نظر می‌رسد که هر چند دعوای واهی، قطعاً یکی از مصادیق سوءاستفاده از دادرسی محسوب می‌شود، اما دعوایی که متضمن سوءاستفاده از دادرسی است، لزوماً واهی تلقی نمی‌گردد.

در حقوق ایران، سوءاستفاده از دادرسی ملازمه با واهی بودن دعوا ندارد. به عنوان نمونه، دعوای ورود ثالثی که بر اساس جهات موضوعی و حکمی استوار، در جلسه رسیدگی به دعوای اصلی اقامه می‌شود تا تجدید وقت صورت پذیرد (ماده ۱۳۲ قانون آیین دادرسی مدنی) و طرفین دعوای اصلی که ساکن شهرستانی غیر از مقر دادگاه هستند، متحمل هزینه ایاب و ذهاب مضاعف گردند، هرگز واهی نمی‌باشد، بلکه صرفاً متضمن سوءاستفاده از دادرسی است. در مقابل، دعوای ورود ثالثی که فاقد اساس موضوعی یا حکمی بوده و صرفاً جهت ایزدای اصحاب دعوای اصلی اقامه می‌گردد، علاوه بر واهی بودن، متضمن سوءاستفاده از دادرسی نیز هست.^۳ از این رو، رابطه سوءاستفاده از

1. Frivolous Claim

2. Rule 11 (b(1)) of FRCP

۳. حالت اخیر را می‌توان در دادنامه شماره ۱۳۹۱۷۳۴/۱۳۹۰۱۲۳۹۰۰ مورخ ۱۴۰۰/۰۲/۲۹ صادره از شعبه نهم دادگاه حقوقی شهر شیراز ملاحظه کرد. مطابق مفاد این رأی، در حالی که هزینه دادرسی تجدیدنظرخواهی از حکم به بطلان

فرایند دادرسی و واهی بودن دعوا، عموم و خصوص مطلق است؛ به این معنا که هر دعوای واهی، نوعی سوءاستفاده از دادرسی محسوب می‌گردد؛ در حالی که سوءاستفاده از دادرسی لزوماً به معنای واهی بودن دعوا نیست.

۲. جایگاه تقصیر در مطالبه خسارات ناشی از دعوای واهی

۲-۱. شرط بودن یا نبودن تقصیر

در حقوق آمریکا، خواننده دعوا اصولاً نمی‌تواند در صورت شکست خواهان، خسارات دادرسی را از او مطالبه نماید (Rowe, 1982: 651; Vargo, 1993: 1569; Eisenberg & Miller, 2013: 328-329; Bacigalupi, 2014: 10; Salyzyn, 2012: 71). این اصل در قواعد فدرال آیین دادرسی مدنی تعدیل شده است. به موجب بخش (ب) قاعده ۱۱^۱، هنگامی که خواهان (وکیل یا اصیل) مبادرت به اقامه دعوا می‌نماید، اعلام می‌کند که اولاً، دعوای اقامه شده واهی نبوده و ثانیاً، با توجه به اوضاع و احوال حاکم بر قضیه، این دعوا را پس از «جست‌وجوی متعارف»^۲ مطرح نموده است. در نتیجه این گواهی، در صورتی که مشخص شود دعوا واهی است و خواهان بدون جست‌وجوی متعارف دعوا را مطرح کرده، دادگاه می‌تواند او را به پرداخت خسارات وارده به خواننده محکوم نماید. بنابراین، عدم جست‌وجوی متعارف خواهان یکی از مهم‌ترین شرایط محکومیت او به پرداخت خسارات ناشی از دعوای واهی است. بر اساس این شرط، اگر خواهان با توجه به اوضاع و احوال حاکم بر پرونده، تحقیقاتی که باید یک انسان متعارف^۳ جهت اقامه دعوا در دادگاه‌های فدرال انجام بدهد را انجام نداده باشد، اصطلاحاً گفته می‌شود که او دعوا را بدون جست‌وجوی متعارف مطرح نموده است (Wilson, 1988: 362; Marshall & Others, 1992: 948). این شرط، شباهت قابل توجهی با مفهوم «تقصیر»^۴ دارد. در واقع، اگر خواهان بدون انجام تحقیقاتی که عرفاً باید قبل از اقامه دعوا انجام

دعوای اعسار، یکصد و پنجاه هزار تومان بوده، خواهان با پرداخت مبلغ یکصد هزار تومان، مدعی اعسار از پرداخت هزینه دادرسی شده است! این وضعیت سبب گشته دادگاه ضمن واهی دانستن دعوای اعسار و صدور قرار تأمین، اعلام کند: «...هدف و منظور خواهان از اقامه دعوی حاضر تأخیر در انجام تعهد و ایدای طرف مقابل از طریق اطلاع دادرسی است...».

1. Rule 11 (b) of FRCP

2. Reasonable Inquiry

۳. اگر دعوا از سوی وکیل مطرح شده باشد، منظور از انسان متعارف، وکیل متعارف است (Wilson, 1988: 362). در

مقابل، اگر شخصی غیر از وکیل (اصیل) دعوا را اقامه نموده باشد، منظور از انسان متعارف، شخص عادی است

(Thomas v. Taylor, 138 F.R.D. 614, 616 (S.D. Ga. 1991); Vizvary v. Vignati, 134 F.R.D. 28, 31)

.(D.R.I. 1990).

4. Negligence

بدهد، اقدام به طرح دعوا نماید، مرتکب تقصیر شده است. بر این اساس، می‌توان گفت که عدم جست‌وجوی متعارف به‌عنوان شرط مهم مطالبه خسارات دادرسی ناشی از دعوای واهی، همان تقصیر است که در حقوق مسئولیت مدنی مطرح شده است (Hays v. Sony Corporation of America, 847 F.2d 418 (7th Cir. 1988); Abide, 2015: 34; Salyzyn, 2012: 80-82).

در حقوق ایران، ماده ۱۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی به‌عنوان یکی از مهم‌ترین مقررات ناظر به جبران خسارات ناشی از دعوای واهی، هیچ اشاره‌ای به لزوم احراز تقصیر در صدور قرار تأمین دعوای واهی و در نهایت، جبران خسارات خوانده از محل آن ندارد. از این‌رو، ممکن است از اطلاق این مقرر استفاده و گفته شود که احراز تقصیر خواهان، شرط صدور قرار تأمین دعوای واهی و در نهایت، جبران خسارات خوانده نمی‌باشد. لذا همین‌که دادگاه احراز کند که دعوای خواهان واهی است، می‌تواند در راستای جبران خسارات احتمالی خوانده اقدام به صدور قرار تأمین نماید (اخوان، ۱۳۹۸: ۱۴۲). در نهایت نیز، جبران خسارات خوانده از محل تأمین انجام خواهد شد.

با وجود این، استفاده از اطلاق مقرر فوق چندان صحیح نمی‌باشد؛ زیرا اولاً، یکی از شرایط استناد به اطلاق مقررات، در مقام بیان بودن قانون‌گذار است (قافی و شریعتی، ۱/۱۳۹۳: ۲۶۹). به عبارت بهتر، در صورتی می‌توان به اطلاق این مقرر استناد کرد که مشخص شود مقنن در این ماده در مقام بیان شرط بودن یا نبودن تقصیر بوده است. این در حالی است که پیشینه وضع ماده ۱۰۹ به خوبی نشان می‌دهد که قانون‌گذار در مقام بیان شرط بودن یا نبودن تقصیر نبوده، بلکه تنها می‌خواسته با تاسیس تأمین دعوای واهی، از اقامه دعوای واهی و امتناع خواهان از پرداخت خسارات خوانده پس از محکومیت به بهانه‌هایی نظیر اعسار جلوگیری نماید (عامریون، ۱۳۳۹: ۱۰). ثانیاً، چگونه ممکن است قانون‌گذار مطالبه خسارات دادرسی از خوانده را منوط به احراز تقصیر او نموده باشد،^۱ اما مطالبه خسارات دادرسی از خواهان را در قالب صدور قرار تأمین بی‌نیاز از احراز تقصیر او دانسته باشد؟ به عبارت بهتر، چگونه ممکن است شرایط مطالبه خسارات دادرسی از خوانده‌ای که از ادای حقوق خواهان استنکاف نموده، در مقایسه با مطالبه خسارات دادرسی از خواهان که دعوا را به‌مثابه یک حق اعمال و اقامه نموده، دشوارتر باشد؟ این تفاوت اساساً توجیه‌پذیر نیست. ثالثاً، به‌موجب ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی، تقصیر یکی از ارکان مسئولیت مدنی می‌باشد (کاتوزیان، ۱/۱۳۹۹: [ج]: ۴۳۰؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۳: ۱۴۹). به‌همین خاطر، تردیدی در لزوم احراز تقصیر خواهان

۱. مطابق قسمت ابتدایی ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی، خواهان می‌تواند در صورت احراز تقصیر خوانده، خسارات دادرسی را از او مطالبه نماید.

در جبران خسارات ناشی از دعوای واهی باقی نمی ماند؛ زیرا خسارات وارده به خواننده در فرایند اقامه دعوای واهی، چهارچوبی جز قواعد حاکم بر مسئولیت مدنی ندارد (فتحعلی، ۱۳۸۲: ۱۰۸).

گذشته از این ها، شرط دانستن تقصیر خواهان در قلمرو ماده ۱۰۹، نقش غیر قابل انکاری در تشویق اشخاص به احقاق حق و جلوگیری از دلسرد شدن آن ها نسبت به استیفای حقوق خویش دارد. به عبارت بهتر، اگر قائل باشیم که صدور قرار تأمین دعوای واهی و در نهایت، جبران خسارات خواننده از محل آن، وابسته به احراز تقصیر خواهان نیست، اشخاص از بیم اینکه مبدا دعوای آن ها به هر دلیلی منتهی به شکست شود و آن ها با تکلیف جبران خسارات خواننده مواجه گردند، از اقامه دعوا جهت احقاق حقوق خویش خودداری خواهند کرد. برای مثال، فرض کنید پس از انعقاد بیع، خریدار اقدام به طرح دعوای الزام به تنظیم سند رسمی می نماید. در این دعوا، از آنجا که مبیع در بازداشت است، دادگاه قرار عدم استماع دعوا را بر اساس ماده ۵۶ قانون اجرای احکام مدنی صادر می کند. در این قضیه، تردیدی در واهی بودن دعوای خواهان وجود ندارد؛ زیرا بر فرض ثبوت جنبه موضوعی (مالکیت خواهان و تعهد خواننده به تنظیم سند رسمی)، دعوای او فاقد اثر قانونی است. اکنون، اگر تقصیر شرط صدور قرار تأمین و در نهایت، جبران خسارات خواننده نباشد، یک پیامد نامطلوب وجود دارد: خواهان از هراس اینکه مبدا با طرح دعوای بعدی نیز مکلف به پرداخت خسارات خواننده گردد، ممکن است از اقامه دعوای مقتضی جهت احقاق حق خویش صرف نظر نماید. از این رو، باید گفت که اگر خواهان در اقامه دعوای واهی مرتکب تقصیر شده باشد، صدور قرار تأمین مجاز است؛ در غیر این صورت، صدور این قرار ممنوع خواهد بود.

۲-۲. اوضاع و احوال مؤثر در احراز تقصیر

آنچه در احراز تقصیر خواهان در اقامه دعوای واهی اهمیت دارد، اوضاع و احوال حاکم بر قضیه است. یکی از این اوضاع و احوال، مدت زمانی است که وکیل برای اقامه دعوا در اختیار داشته است. بر این اساس، تقصیر وکیل در طرح دعوایی که حدود سه ماه جهت اقامه آن فرصت داشته، آشکار است؛ در حالی که فرصت کمتر از بیست و چهار ساعت جهت اقامه دعوا، مانع از احراز تقصیر وکیل می گردد (Southern Leasing Partners, Ltd. v. McMullan, 801 F.2d 783, 788 (5th Cir. 1986); CTC Imports & Exports v. Nigerian Petroleum Corp., 951 F.2d 573, 579 (3d Cir. 1991)).

همچنین، اگر محکوم علیه زمانی به وکیل مراجعه کند که تنها بیست و چهار ساعت جهت تقدیم دادخواست تجدیدنظرخواهی فرصت باقی است و امکان دسترسی به سند بیانگر حقانیت محکوم علیه در این مهلت وجود نداشته باشد، نمی توان وکیل را مقصر دانست؛ زیرا او عرفاً قادر به ارائه این سند در زمان تقدیم دادخواست تجدیدنظرخواهی نبوده است.

دسترسی خواهان به دلایل اثبات دعوا نیز یکی از اوضاع و احوال مؤثر در احراز تقصیر او است. بر این بنیاد، در دعوایی که تقریباً همه دلایل اثبات دعوا نزد خوانده است، اقامه دعوی بدون دلیل، تقصیر محسوب نمی‌شود (Smith v. Our Lady of the Lake Hosp., Inc., 960 F.2d 439, 446 (5th Cir. 1992)). برای مثال، اگر در دعوای راجع به نقض حق اختراع، طرف مقابل از افشای روش تولید محصول خود اجتناب کند و خواهان دلیل دیگری برای آشکار کردن روش تولید نداشته باشد، اقامه دعوی بدون دلیل، تقصیر محسوب نمی‌شود (Hoffman-LaRoche, Inc. v. Invamed, Inc., 213 F.3d 1359, 1365 (Fed. Cir. 2000)). همچنین، اگر خواهان دعوی مطالبه وجه، دلیل خود را استحضال فرار دهد، حتی بر فرض واهی بودن دعوی او (به دلیل احتمال اندک موفقیت در دعوا)، مرتکب تقصیر نشده است؛ زیرا سوگند یکی از ادله اثبات دعوا است که مدعی می‌تواند دعوی خود را از طریق آن اثبات نماید.

اکتفای وکیل به اظهارات موکل نیز می‌تواند از اوضاع و احوال مؤثر در احراز تقصیر باشد. برای مثال، اگر وکیل بتواند به طور مستقیم با اشخاصی که موکل نسبت به آن‌ها ادعایی دارد، صحبت کند و با وجود این، صرفاً به اظهارات موکل اکتفا کند، تقصیر او آشکار است (Mike Ousley Prods., Inc. v. WJBF-TV, 952 F.2d 380, 383 (11th Cir. 1992)). همچنین، اگر وکیل دعوی راجع به تبعیض نژادی را صرفاً بر اساس احساسات درونی موکل اقامه نماید، نباید در تقصیر او تردید نمود (Blue v. United States Dep't of Army, 914 F.2d 525, 541 (4th Cir. 1990)). افرون بر این‌ها، اگر وکیل صرفاً بر اساس مدرک ارائه شده از سوی موکل مبنی بر اقرار متهم به بطلان هبه، دعوی اعلام بطلان هبه را مطرح نماید، نباید در تقصیر او شک داشت؛ زیرا اقرار صرفاً در امور موضوعی معتبر است و اقرار شخص نسبت به حکم وضعی عقد (که از امور حکمی است) هیچ اعتباری ندارد (کاتوزیان، ۱/۱۳۹۹ [الف]: ۱۹۸-۱۹۷).

۲-۳. چالش‌های احراز تقصیر در امور حکمی

احراز تقصیر در دعوایی که فاقد اساس حکمی است، با چالش‌هایی مواجه است. نخستین چالش این است که آیا در میان وکلا نیز، باید تقصیر را بر اساس دانش، تخصص و تجربه آن‌ها احراز نمود یا خیر؟ برای مثال، آیا برای احراز تقصیر وکیلی که در زمینه دعوی اقامه شده تخصص ندارد، باید او را با وکیل مشابه مقایسه نمود یا خیر؟ در پاسخ، دو نظر در حقوق آمریکا مطرح شده است: برخی معتقدند که احراز تقصیر وکیل باید در پرتو مقایسه رفتار او با یک وکیل متعارف انجام شود؛ نه وکیلی که از هر لحاظ شبیه او است. به باور ایشان، وکیلی که در زمینه دعوی اقامه شده تخصص ندارد، وظیفه دارد با وکیلی که در این زمینه تخصص دارد، مشورت نماید؛ در غیر این صورت، مرتکب تقصیر شده است

(Hays v. Sony Corp. of America, 847 F.2d 412, 419 (7th Cir. 1988)). در مقابل، عده‌ای بر این باورند که احراز تقصیر وکیل باید از طریق مقایسه رفتار او با وکیلی که از هر لحاظ شبیه او است صورت پذیرد. به همین خاطر، تقصیر وکیلی که در خارج از قالب مؤسسه حقوقی فعالیت می‌کند در مقایسه با تقصیر مؤسسات عظیم حقوقی کاملاً متفاوت است (Robinson v. Dean Witter Reynolds, Inc., 129 F.R.D. 15, 22 (D. Mass. 1989)). از دیدگاه نویسندگان، در حقوق ایران، وکیل باید همانند قاضی، آگاه به قوانین و مقررات موضوعه باشد. در واقع، همان طور که بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، قاضی مکلف است حکم دعاوی را با جست‌وجو در قوانین و مقررات موضوعه استخراج نماید، وکیل نیز تکلیف دارد پس از یافتن اساس حکمی مطلوب، اقدام به اقامه دعوا نماید؛ در غیر این صورت، تقصیر او واضح است.

دومین چالش، این است که در فرضی که اصیل، خود اقدام به اقامه دعوا می‌کند، آیا تقصیر او اساساً قابل احراز است؟ در پاسخ، تا قبل از اصلاحات قاعده ۱۱ در سال ۱۹۹۳، کمیته مشورتی قواعد فدرال آیین دادرسی مدنی^۱ بر این باور بود که دادگاه زمانی می‌تواند تقصیر اصیل را احراز نماید که آشکار شود او آموزش‌های لازم را در علم حقوق دیده است (Solovy & Others, 2010: 111). از این‌رو، برخی از دادگاه‌ها عقیده داشتند که ضمانت‌اجراهای دعوای واهی باید در سطح بسیار محدودی نسبت به اشخاص اصیل اعمال گردد (Mendoza v. Lynaugh, 989 F.2d 191, 197 (5th Cir. 1993)). همچنین، برخی از محاکم از اعمال ضمانت‌اجرا بر اصیل به دلیل عدم آشنایی او با اصول حقوقی خودداری می‌کردند (Solovy & Others, 2010: 112). در نهایت، پس از اصلاحات سال ۱۹۹۳، قاعده ۱۱ صراحتاً اشاره می‌کند که امکان مطالبه خسارات دادرسی از اصیلی که دعوای او به دلیل فقدان اساس حکمی واهی محسوب می‌شود، وجود ندارد (Cain, 1994: 223). هر چند این مقرر صرفاً به اصیلی که با دریافت مشاوره از دیگران اقدام به طرح دعوا کرده^۲، اشاره می‌کند، در سرایت حکم آن به

1. Advisory Committee for the Federal Rules of Civil Procedure

کمیته مشورتی در سال ۱۹۳۵ با عضویت چهارده وکیل و معلم حقوق تأسیس شد. هدف از تأسیس این کمیته، تهیه پیش‌نویس قواعد فدرال آیین دادرسی مدنی بود. این پیش‌نویس باید به گونه‌ای تنظیم می‌شد که بتواند پیوندی را میان قانون و انصاف برقرار نماید. در نهایت، این کمیته موفق شد پیش‌نویس یادشده را تنظیم نماید. این پیش‌نویس پس از اعمال برخی اصلاحات توسط دیوان عالی، برای نخستین بار در سال ۱۹۳۸ تحت عنوان «قواعد فدرال آیین دادرسی مدنی» منتشر و از تاریخ ۱۶ سپتامبر ۱۹۳۸ لازم‌الاجرا شد (Garner, 2010: 689).

2. Rule 11 (c(5)) of FRCP

3. Represented Party

اصیلی که حتی از مشاوره دیگران هم بهره نمی‌برد^۱، تردیدی وجود ندارد (Cain, 1994: 223).^۲ در حقوق ایران، ممکن است مقرر فوق با استناد به قاعده «جهل به حکم رفع تکلیف نمی‌کند»^۳ مورد پذیرش قرار نگیرد و گفته شود در صورتی که دعوای اصیل فاقد اثر قانونی باشد نیز تقصیر خواهان آشکار است. این احتمال اما مردود است؛ زیرا اولاً، مبنای اصلی وضع قاعده فوق، حفظ نظم جامعه است به نحوی که اشخاص نتوانند به بهانه جهل به قانون، قوانین و مقررات را نقض نمایند. بر این اساس، نباید در اعمال این قاعده افراط کرد و محتوای آن را به تکلیف اصیل به احاطه کامل بر مباحث حقوقی سرایت داد؛ به‌ویژه آنکه «تکلیف ما لا یطاق» نیز پسندیده نیست. ثانیاً، احراز تقصیر اصیل با تکیه بر قاعده پیش گفته آثار منفی متعددی در پی خواهد داشت. به‌عنوان نمونه، اصیل از بیم پرداخت خسارات دادرسی به خوانده، ممکن است ناچار شود به وکیل دادگستری مراجعه کرده و با پرداخت دستمزد، اقامه دعوا را به او بسپارد. همچنین، او ممکن است جهت جلوگیری از ورود زیان احتمالی (تکلیف احتمالی او به جبران خسارات خوانده) از اقامه دعوا منصرف شود و به‌همین خاطر، هیچ‌گاه به حقوق خویش دست پیدا نکند. این در حالی است که مطابق اصل سی‌وچهارم قانون اساسی، دادخواهی حق مسلم اشخاص است و نباید با تفسیرهای این چنینی از قاعده یادشده، این حق به رسمیت شناخته شده را محدود نمود.

با این همه، دیدگاه فوق هرگز به این معنا نیست که اصیل در اقامه دعوای واهی مطلقاً مرتکب تقصیر نمی‌گردد. برای مثال، شخصی را در نظر بگیرید که دارای حساب کاربری در یکی از تارنماهای شرط‌بندی است. پس از مدتی، او از اداره‌کننده این تارنما می‌خواهد که دارایی جمع‌آوری شده در حساب کاربری‌اش را به حساب بانکی او واریز نماید. وانگهی، اداره‌کننده تارنما از پذیرش این درخواست خودداری می‌کند. در این وضعیت، اگر کاربر اقدام به طرح دعوای مطالبه وجه علیه شخص یادشده نماید، تقصیر او آشکار است؛ زیرا آگاهی مردم نسبت به ماده ۶۵۴ قانون مدنی چنان مشهود است که اقامه دعوا برخلاف آن، تقصیر محسوب می‌شود. همچنین، فرض کنید وکیل به نمایندگی از موکل اقدام به طرح دعوا می‌نماید و در نهایت، حکم به بطلان دعوا صادر می‌گردد. در این فرض، اگر خواهان اصالتاً اقدام به اقامه همان دعوا نماید، ظاهر دلالت بر تقصیر او

1. Pro Se Litigant

۲. در حقوق آمریکا، اشخاص غیر وکیل ممکن است به دو صورت در فرایند دادرسی حاضر شوند: گاه پیش می‌آید که آن‌ها با دریافت مشاوره از دیگران در فرایند دادرسی حاضر می‌شوند. گاهی اوقات هم بدون دریافت چنین مشاوره‌ای در فرایند دادرسی شرکت می‌کنند (Holtzclaw, 1993: 1390).

۳. جهت مطالعه بیشتر راجع به این قاعده، ر.ک. کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۶۷-۱۶۳.

دارد؛ زیرا وکلای دادگستری غالباً پس از صدور حکم علیه موکل خویش، آن‌ها را آگاه می‌سازند که امکان طرح دعوای پیشین به جهت اعتبار امر قضاوت‌شده وجود نخواهد داشت. از این‌رو، هرچند تقصیر اصیل در اقامه دعوای فاقد اساس حکمی اصولاً منتفی است، گاهی اوضاع و احوال حاکم بر دعوا حکایت از تقصیر او دارد.

سومین چالش، این است که در فرضی که اصیل به حرفه وکالت دادگستری مشغول بوده یا اطلاعات بالایی در علم حقوق دارد، آیا تقصیر او باید در مقایسه با اصیل متعارف سنجیده شود یا وکیل متعارف؟ در پاسخ، در حقوق آمریکا گفته‌اند که تقصیر او باید در مقایسه با وکیل متعارف سنجیده شود؛ نه اصیل متعارف (Solovy & Others, 2010: 111; Davis v. Hudgins, 896 F. Supp. 561, 573 (E.D. Va.) (1995)). در حقوق ایران نیز پاسخ مشابه است. در واقع، اگر اصیل به حرفه وکالت اشتغال داشته یا برای دادگاه آشکار شود که اطلاعات قابل توجهی در علم حقوق دارد، تقصیر او باید در پرتو قیاس با وکیل متعارف مورد ارزیابی قرار گیرد. از این‌رو، اگر اصیلی که به حرفه وکالت اشتغال دارد، اقدام به طرح دعوای مشمول اعتبار امر مختومه نماید، تردیدی در تقصیر او در اقامه دعوا وجود ندارد.

۳. جایگاه سوءنیت در مطالبه خسارات ناشی از دعوای واهی

۳-۱. رویکرد غالب دادگاه‌های فدرال

بر اساس اولین نسخه قاعده ۱۱ که در سال ۱۹۳۸ تصویب شد، مطالبه خسارات ناشی از دعوای واهی مستلزم احراز سوءنیت^۱ خواهان بود (Cain, 1994: 209; Dunlop, 2008: 621).^۲ شرط بودن سوءنیت باعث شده بود اشخاصی که با قلب پاک (حسن نیت) و بدون تفکر^۳ اقدام به طرح دعوای واهی می‌کنند، از رویارویی با ضمانت‌اجراهای قانونی در امان بمانند (Wilson, 1988: 343). در واقع، لزوم احراز سوءنیت خواهان جهت اعمال ضمانت‌اجرا، همان چیزی بود که به کارگیری قاعده ۱۱ و اعمال ضمانت‌اجراهای آن در رویه قضایی را با چالش جدی مواجه کرده بود (Dunlop, 2008: 622). به همین خاطر، پس از اصلاحات قاعده ۱۱ در سال ۱۹۸۳، «سوءنیت» حذف و «عدم جست‌وجوی متعارف» جایگزین آن شد. به موجب این اصلاحات، سوءنیت دیگر نقش قابل توجهی در محکومیت خواهان به پرداخت خسارات خوانده نداشته، بلکه عدم جست‌وجوی متعارف یا همان

1. Bad Faith

۲. یکی از ابهاماتی که در رابطه با نسخه اولیه قاعده ۱۱ وجود داشت، این بود که آیا مطالبه خسارات دادرسی نیز جزو ضمانت‌اجراهای دعوای واهی محسوب می‌گردد یا خیر (Wade, 1986: 475-476). اشاره قاعده ۱۱ به عبارت کلی «اقدامات انضباطی» (Disciplinary Action) به عنوان ضمانت اجرای دعوای واهی نسبت به وکیل، منشأ شکل‌گیری این ابهام بود.

3. Empty Head and a Pure Heart

تقصیر جهت محکومیت خواهان به پرداخت خسارات دادرسی خوانده کفایت می‌کند. (Stevens v. Lawyers Mut. Liab. Ins. Co. of N.C., 789 F.2d 1056, 1060 (4th Cir. 1986); Zalvidar v. City of Los Angeles, 780 F.2d 823, 829 (9th Cir. 1986); Lieb v. Topstone Indus., Inc., 788 F.2d 151, 157 (3d Cir. 1986); Confederacion Laborista de Puerto Rico v. Cerveceria India, Inc., 778 F.2d 65, 66 (1st Cir. 1985); Eavenson, Auchmuty & Greenwald v. (Holtzman, 775 F.2d 535, 540 (3d Cir. 1985)).

۲-۳. رویکرد مغلوب دادگاه‌های فدرال

پس از اصلاحات سال ۱۹۸۳، یکی از دادگاه‌های منطقه‌ای سوءنیت خواهان را یکی از شرایط محکومیت او به پرداخت خسارات ناشی از دعوای واهی اعلام نمود. این مرجع در دعوایی در سال ۱۹۸۴، با این استدلال که سوءنیت خواهان در اقامه دعوای واهی احراز نگشته، حکم دادگاه بدوی مبنی بر محکومیت خواهان به پرداخت حق الوکاله خوانده را نقض کرد. در رأی صادره، دادگاه در کمال ناباوری تصریح کرد که بر اساس اصلاحات قاعده ۱۱ در سال ۱۹۸۳، سوءنیت شرط اعمال کلیه ضمانت‌اجراهای دعوای واهی است (Suslick v. Rothschild Securities Corp, 741 F.2d (1006, 1007 (7th Cir. 1984)).

صدور این رأی منجر به ایجاد سردرگمی در دادگاه‌های ناحیه‌ای منطقه هفتم گردید (Mazurczak, 1988: 112). در واقع، دادگاه‌های ناحیه‌ای از یک سو تکلیف به پیروی از رأی دادگاه منطقه‌ای داشتند و از سوی دیگر، متوجه بودند که دادگاه منطقه‌ای در رأی صادره مرتکب اشتباه شده است. در میان این دوگانگی، آنچه در ابتدا غالب بود، پیروی از نظر دادگاه منطقه‌ای بود. به همین خاطر، در دعوایی در سال ۱۹۸۵، یک دادگاه ناحیه‌ای با این استدلال که خوانده در اثبات سوءنیت خواهان ناموفق بوده، از صدور حکم محکومیت خواهان به پرداخت حق الوکاله خوانده خودداری کرد. این مرجع در راستای توجیه رأی خود اعلام کرد که هرچند بر اساس قاعده ۱۱، اعمال نظریه سوءنیت در این دعوا صحیح نمی‌باشد، اما تفسیر دادگاه منطقه‌ای در سال ۱۹۸۴ برای او لازم‌الاتباع است (Davis v. United States, 104 F.R.D. 512 (N.D. Ill. 1985)).

هرچند این دادگاه ناحیه‌ای در پرونده بعدی خود نیز از نظر دادگاه منطقه‌ای پیروی نمود (Baranski v. Serhan, 106 F.R.D. 247, 250 n.3 (N.D. Ill. 1985))، در دعوای دیگری در سال ۱۹۸۸، از نظر دادگاه منطقه‌ای عدول نمود (Mazurczak, 1988: 113). در این دعوا، دادگاه اعلام کرد که با توجه به اصلاحات قاعده ۱۱ در سال ۱۹۸۳ و نظرات کمیته مشورتی، بسیار واضح است که معیار عدم جست‌وجوی متعارف جایگزین سوءنیت شده است. به باور این مرجع، به دلیل اشتباه بودن برداشت دادگاه منطقه‌ای از قاعده ۱۱، نظر این مرجع برای دادگاه‌های ناحیه‌ای الزام‌آور نمی‌باشد (In re Ronco, Inc, 105 F.R.D. 495, 497 (N.D. Ill. 1985)). آنچه پس از صدور این رأی اتفاق

افتاد، عدول دادگاه منطقه‌ای از نظر پیشین خود بود (Mazurczak, 1988: 113). با عدول دادگاه منطقه‌ای از نظر خویش، امروزه رویه قضایی فدرال هیچ تردیدی در عدم لزوم احراز سوءنیت خواهان در راستای محکومیت او به پرداخت خسارات دادرسی ندارد.

۳-۳. رویکرد قانون آیین دادرسی مدنی

بر اساس ذیل ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی که مقرر می‌دارد: «خوانده نیز می‌تواند خسارتی را که عمداً از طرف خواهان با علم به غیر محق بودن در دادرسی به او وارد شده از خواهان مطالبه نماید»، سوءنیت خواهان یکی از مهم‌ترین شرایط محکومیت او به پرداخت خسارات دادرسی است. از این‌رو، آنچه در ابتدا به نظر می‌رسد این است که به موجب این مقرره، مطالبه خسارات ناشی از دعوی واهی به عنوان یکی از مصادیق دعاوی منتهی به محکومیت خواهان، منوط به احراز سوءنیت خواهان است. به بیان بهتر، مطالبه خسارات ناشی از دعوی واهی منوط به اثبات این است که خواهان با علم به اینکه حق قابل حمایتی برای او پیش‌بینی نشده، دعوا را جهت ورود خسارات دادرسی به خوانده اقامه نموده است.

با وجود این، برداشت یادشده از ماده ۵۱۵ در تعارض با ماده ۱۰۹ قرار دارد؛ زیرا همان‌طور که گفته شد، جبران خسارات ناشی از دعوی واهی در چهارچوب ماده ۱۰۹ نیازمند احراز تقصیر خواهان است. از این‌رو، چگونه می‌توان گفت که جبران خسارت خوانده در قالب صدور قرار تأمین دعوی واهی نیازمند احراز سوءنیت خواهان نیست؛ درحالی‌که در خارج از چهارچوب قرار تأمین دعوی واهی، این امر مستلزم احراز سوءنیت خواهان است؟ به عبارت بهتر، چه خصوصیتی در این میان است که صدور قرار تأمین، لزوم احراز سوءنیت را نادیده می‌گیرد و عدم صدور آن، منجر به لزوم احراز سوءنیت می‌گردد؟

در پاسخ، باید سابقه تصویب قانون آیین دادرسی مدنی در سال ۱۳۷۹ را مد نظر قرار داد. توضیح آنکه، پس از تصویب این قانون در مجلس، متن اولیه ماده ۱۰۹ بدون هیچ ایرادی از سوی شورای نگهبان مورد تأیید قرار گرفت. در مقابل، از آنجا که در ماده ۵۰۱ این قانون (ماده ۵۱۵ کنونی)، مطالبه خسارات دادرسی از خواهان تنها مشروط به احراز رابطه سببیت شده بود، شورای نگهبان آن را خلاف شرع اعلام نمود. در مرحله اظهارنظر شورای نگهبان، گفته شد که اطلاق ماده ۵۰۱ در مورد دریافت خسارت دادرسی از خواهان «... در صورتی که بدون علم و عمد ادعا کرده باشد...»، خلاف موازین شرع است.^۱ مطابق این نظر، خسارات دادرسی در صورتی از خواهان قابل مطالبه است که خوانده بتواند

۱. نامه شماره ۷۸/۲۱/۴۹۱۱ مورخ ۷۸/۴/۸ ۱۳۷۸ دبیر شورای نگهبان

علم او به عدم استحقاق و عمد او در ورود زیان را اثبات نماید. این ایراد درحالی مطرح شد که شورای نگهبان، اطلاق ماده ۱۰۹ در مورد صدور قرار تأمین دعوای واهی و محکومیت خواهان به پرداخت خسارات ناشی از دعوای واهی در فرضی که خواهان عالم و عاقل نباشد را خلاف شرع اعلام نکرد. این رویکرد متفاوت شورای نگهبان، نتیجه‌ای جز این ندارد که به باور این مرجع، موضوع ذیل ماده ۵۱۵ با موضوع ماده ۱۰۹ متفاوت است. به دیگر بیان، اگر ذیل ماده ۵۱۵ در رابطه با دعوای واهی است یا لااقل دعوای واهی را نیز دربرمی‌گیرد، همان طور که اطلاق این مقرر خلاف شرع شناخته شد، می‌بایست اطلاق ماده ۱۰۹ نیز خلاف شرع شناخته می‌شد؛ زیرا هیچ توجیه و مبنایی وجود ندارد که مطالبه خسارات ناشی از دعوای واهی در قالب قرار تأمین، نیازمند احراز سوءنیت خواهان نباشد؛ درحالی‌که در خارج از چهارچوب قرار تأمین، احراز سوءنیت خواهان لازم باشد؛ چراکه در نهایت، همچنان‌که ماده ۵۱۵ به جبران خسارات خوانده منتهی می‌شود، ماده ۱۰۹ نیز در فرض شکست خواهان قطعاً به جبران خسارات خوانده ختم می‌گردد.

از این رو، به نظر می‌رسد که ذیل ماده ۵۱۵ موضوعاً از قلمرو دعوای واهی خارج است. در واقع، ماده ۵۱۵ ناظر به فرضی است که دعوای خواهان علی‌رغم واهی بودن منجر به شکست می‌گردد؛ درحالی‌که موضوع ماده ۱۰۹، دعوای واهی است که ممکن است منجر به شکست خواهان گردد یا خیر. به عبارت بهتر، هیچ ملازمه‌ای میان واهی بودن دعوای خواهان در آن وجود ندارد؛ یعنی همان طور که ممکن است دعوای واهی منجر به شکست خواهان گردد، این امکان نیز وجود دارد که خواهان پیروز دعوای خود باشد.^۱ در حقیقت، در دعوای واهی به معنای دعوای سست و ضعیف (نه دعوای بی‌پایه و بی‌اساس)، علی‌رغم اینکه احتمال قوی مبنی بر شکست خواهان وجود دارد، امکان پیروزی‌اش نیز فراهم بوده و محال نمی‌باشد. برای مثال، فرض کنید شخصی دعوایی را به خواسته تأیید اقاله قرارداد مطرح می‌نماید. با این حال، او هیچ دلیلی برای اثبات دعوای خود ذکر نمی‌کند. در این دعوای تردیدی نیست که دعوای خواهان علی‌رغم امکان استناد او به استحضار یا حتی اقرار احتمالی خوانده در جلسه دادرسی، سست و ضعیف بوده و از این جهت، واهی تلقی می‌گردد. اکنون، اگر خوانده اقرار نکند و به جای آن، ادای سوگند نماید، دعوای واهی منجر به شکست خواهان می‌گردد. بدیهی است که اگر در همین دعوای خوانده در جلسه دادرسی اقرار کند، دعوای واهی در نهایت به پیروزی خواهان ختم خواهد شد. به همین صورت، دعوای واهی به معنای دعوای بی‌پایه و بی‌اساس نیز

۱. شاید این دیدگاه در اندیشه برخی نیز بوده است که گفته‌اند: «... در صورتی که ثالث دعوای واهی را تأمین کند و دعوای شکست بینجامد...» (شمس و دواشی، ۱۴۰۰: ۷۱).

لزوماً منجر به شکست خواهان نمی‌گردد. به‌عنوان نمونه، دعوای مطالبه وجهی را در نظر بگیرید که علیه شخص حقوقی مطرح شده است. در این دعوا، از یک‌سو، خواهان هیچ دلیلی مبنی بر وجود طلب بر عهده شخص حقوقی ارائه نداده است. از سوی دیگر، علاوه بر اینکه امکان اقرار شخص حقوقی یا توجه سوگند به او نیز وجود ندارد، نماینده قانونی او نیز چنین اهلیتی ندارد (بهرامی و السان، ۱۴۰۱: ۳۵). در این وضعیت، اگر نماینده قانونی شخص حقوقی که دارای اختیارات لازم است، اقدام به تنظیم گزارش اصلاحی با خواهان نماید، دعوای واهی سرنوشتی جز شکست خواهان دارد. در مقابل، اگر چنین نشود، دعوای واهی به شکست خواهان منتهی می‌گردد.

به‌همین ترتیب، دعوای غیرواهی ممکن است گاهی به شکست خواهان ختم شود و گاهی اوقات، پیروزی او را به دنبال داشته باشد. به‌عنوان نمونه، فرض کنید دعوایی به خواسته مطالبه وجه با استناد به شهادت شهود اقامه می‌شود. پیش از فرارسیدن وقت دادرسی، یکی از شهود فوت می‌کند، اما شاهد دیگر حاضر شده و شهادت می‌دهد. در این حالت، خواهان به دلیل پاره‌ای مسائل اعتقادی از ادای سوگند تکمیلی خودداری می‌کند و در نهایت بازنده دعوا اعلام می‌شود. بدیهی است که اگر در همین دعوا، خواهان اقدام به ادای سوگند تکمیلی نماید، برنده دعوا خواهد بود. از این‌رو، روشن است که دعوای غیرواهی نیز لزوماً منجر به پیروزی خواهان در دعوا نخواهد شد.^۱ عدم وجود ملازمه میان واهی بودن دعوا و شکست خواهان، در حقوق آمریکا نیز مورد پذیرش قرار گرفته است. در این رابطه، گفته شده که دعوا را نمی‌توان صرفاً به این دلیل که منجر به شکست خواهان می‌گردد، واهی دانست (McGuire Oil Co. v. Mapco, Inc., 958 F.2d 1552, 1563-1564 (11th Cir. 1992); Protective Life Ins. Co. v. Dignity Viatical Settlement Partners, LP, 171 F.3d 52, 58 (1st Cir. 1999)). بلکه دعوای واهی، دعوایی است که فقدان اساس موضوعی یا حکمی آن، در زمان اقامه دعوا آشکار باشد (Mazurczak, 1988: 106; Klausner, 1986: 326; Risinger, 1976: 18; Freedman, 2003: 1171; Mauro, 2007: 427).

به باور ما، علی‌رغم وجود مشابهت مذکور میان این دو نظام حقوقی، تفاوت‌هایی نیز وجود دارد. توضیح آنکه اولاً، برخلاف نظر ارائه‌شده در حقوق آمریکا، ممکن است در حقوق ایران، واهی بودن دعوا از حیث اساس موضوعی در زمان اقامه دعوا آشکار نباشد. برای مثال، در مواردی که جهاتی نظیر سابقه شهادت شهود تعرفه‌شده، خصومت دنیوی آن‌ها با طرف مقابل و... شهادت را از اعتبار

۱. شایان توجه است که برخی بدون توجه به تفصیلات مذکور، ذیل ماده ۵۱۵ را ناظر به دعوای واهی دانسته‌اند (فتحعلی، ۱۳۸۲: ۱۱۷؛ دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۰۲۲۲۹۰۱۰۱ مورخ ۱۳۹۵/۱/۳۱ صادره از شعبه بیست‌ونهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران (سامانه ملی آرای قضایی پژوهشگاه قوه قضاییه، مشاهده شده در تاریخ ۱۴۰۱/۰۵/۱۶)).

ساقط می‌کند، واهی بودن لزوماً پس از اقامه دعوای آشکار نمی‌گردد، بلکه پس از آگاهی قاضی به آن جهات آشکار می‌گردد. ثانیاً، برخلاف دیدگاه گفته‌شده در حقوق آمریکا، ممکن است در حقوق ایران، واهی بودن دعوای از حیث اساس حکمی در زمان اقامه دعوای آشکار نباشد. به عنوان نمونه، می‌دانیم که بر اساس ماده ۵۶ قانون اجرای احکام مدنی، دعوای الزام به تنظیم سند رسمی ملکی که توقیف شده، فاقد اثر قانونی است. با این وصف، اگر خواهان در دادخواست خود به بازداشت بودن ملک اشاره نکرده باشد، طبیعی است که واهی بودن دعوای در زمان اقامه دعوای برای دادگاه آشکار نیست، بلکه پس از بازگشت نتیجه استعلام از اداره ثبت املاک و اسناد احراز می‌گردد.

نتیجه

در حقوق فدرال آمریکا، به موجب اولین نسخه قاعده ۱۱ از قواعد فدرال آیین دادرسی مدنی، مطالبه خسارات ناشی از دعوای واهی مستلزم احراز «سوءنیت» خواهان بود. با این حال، پس از اصلاحات قاعده ۱۱ در سال ۱۹۸۳، «عدم جست‌وجوی متعارف» جایگزین سوءنیت شد. بر اساس این شرط که از آن تحت عنوان «تقصیر» نیز یاد می‌شود، اگر خواهان تحقیقاتی که باید یک انسان متعارف جهت اقامه دعوای انجام بدهد را انجام نداده باشد، دادگاه می‌تواند او را به پرداخت خسارات ناشی از دعوای واهی محکوم نماید.

در حقوق ایران، شرط دانستن تقصیر خواهان در مطالبه خسارات ناشی از دعوای واهی با دو مانع جدی همراه است: نخستین مانع این است که ماده ۱۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی به عنوان یکی از مهم‌ترین مقررات ناظر به جبران خسارات ناشی از دعوای واهی، هیچ اشاره‌ای به لزوم احراز تقصیر در صدور قرار تأمین دعوای واهی و در نهایت، جبران خسارات خوانده از محل آن ندارد. از این رو، ممکن است از اطلاق این مقررده استفاده و گفته شود که احراز تقصیر خواهان، شرط صدور قرار تأمین دعوای واهی و در نهایت، جبران خسارات خوانده نمی‌باشد. دومین مانع این است که بر اساس ذیل ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی، سوءنیت خواهان یکی از مهم‌ترین شرایط محکومیت او به پرداخت خسارات دادرسی است. از این رو، آنچه در ابتدا به نظر می‌رسد این است که به موجب این مقررده، مطالبه خسارات ناشی از دعوای واهی به عنوان یکی از مصادیق دعوای منتهی به محکومیت خواهان، منوط به احراز سوءنیت خواهان است.

به منظور رفع این موانع باید گفت که اولاً، پیشینه وضع ماده ۱۰۹، جایگاه تقصیر در حقوق مسئولیت مدنی و لزوم جلوگیری از دلسرد شدن اشخاص نسبت به تظلم‌خواهی و احقاق حق دلالت بر این دارد که تقصیر خواهان رکن ضروری جبران خسارات خوانده و صدور قرار تأمین دعوای واهی است. به همین خاطر، نباید صرفاً با تکیه بر ظاهر ماده ۱۰۹، نقش تقصیر در جبران خسارات ناشی

از دعوای واهی را نادیده گرفت. ثانیاً، سابقه وضع قانون آیین دادرسی مدنی در سال ۱۳۷۹ و ایرادات مطرح شده توسط شورای نگهبان به خوبی نشان می‌دهد که ذیل ماده ۵۱۵ هیچ دلالتی بر جبران خسارات ناشی از دعوای واهی ندارد. در واقع، ماده ۵۱۵ ناظر به فرضی است که دعوای خواهان علی‌رغم واهی نبودن منجر به شکست می‌گردد؛ درحالی‌که دعوای واهی ممکن است منجر به شکست خواهان گردد یا خیر. به همین دلیل، باید گفت که ذیل ماده ۵۱۵ موضوعاً از قلمرو دعوای واهی خارج است.

با این اوصاف، آنچه در احراز تقصیر خواهان اهمیت دارد، این است که اولاً، تقصیر باید با توجه به اوضاع و احوال حاکم بر دعوا مانند مدت زمانی که وکیل برای اقامه دعوا فرصت داشته، دسترسی خواهان به دلایل اثبات دعوا و موجه بودن اکتفای وکیل به اظهارات موکل احراز شود. ثانیاً، تقصیر اصیل باید از طریق مقایسه او با اصیل متعارف و تقصیر وکیل در پرتو مقایسه او با وکیل متعارف سنجیده شود. ثالثاً، تقصیر اصیل در اقامه دعوایی که از حیث اساس حکمی (اثر قانونی) واهی است، اصولاً منتفی می‌باشد. البته عدم تقصیر اصیل مطلق نبوده، گاهی اوضاع و احوال حاکم بر دعوا حکایت از تقصیر او دارد.

منابع

فارسی

- اخوان، محمود (۱۳۹۸)، «خسارت خواننده دعوا در دادرسی»، دو فصلنامه راه وکالت، دوره ۱۱، شماره ۲۲.
- افتخار جهرمی، گودرز و مصطفی السان (۱۴۰۱)، آیین دادرسی مدنی، جلد سوم، چاپ دوم، تهران: میزان.
- انوری، حسن (۱۳۸۲)، فرهنگ بزرگ سخن، جلد هشتم، چاپ دوم، تهران: سخن.
- بهرامی، احسان و مصطفی السان (۱۴۰۱)، «ضوابط شناسایی دعوای واهی در حقوق ایران و انگلیس؛ مقدمه‌ای جهت صدور قرار تأمین ورد دعوا»، فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۶، شماره ۲.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۷)، لغت‌نامه دهخدا، جلد پانزدهم، چاپ دوم، تهران: دانشگاه تهران.
- دهقانی فیروزآبادی (۱۳۹۹)، حسن نیت در دادرسی مدنی، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۵)، آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)، جلد نخست، چاپ چهاردهم، تهران: دراک.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۶)، آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)، جلد سوم، چاپ هشتم، تهران: دراک.
- شمس، عبدالله و زیور دواشی (۱۴۰۰)، «چالش‌های ناشی از تأمین مالی هزینه‌های دادخواهی توسط ثالث در سیستم قضایی آمریکا، انگلستان و ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۴، شماره ۹۳.
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۵)، عقود معین ۱، چاپ نوزدهم، تهران: مجد.
- صفایی، سید حسین و حبیب‌الله رحیمی (۱۳۹۳)، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، چاپ هفتم، تهران: سمت.
- صفایی، سیدحسین و هادی شعبانی کندسری (۱۳۹۷)، وصیت، ارث، شفعه، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- عامریون، غلامحسین (۱۳۳۹)، «اظهارنظر در ماده ۲۲۵ مکرر قانون آیین دادرسی مدنی»، مجله کانون وکلا، شماره ۷۱.
- عباسلو، بختیار و احسان بهرامی (۱۴۰۱)، «تشریفات سنتی تنظیم وصیت‌نامه و جایگاه آن در وصیت الکترونیکی؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و آمریکا»، دوفصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۱۳، شماره ۲.
- فتحعلی، محمدهادی (۱۳۸۲)، «بررسی تحولات قوانین و رویه قضایی درخصوص خسارت دادرسی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۶۷، شماره ۴۲.
- قافی، حسین و سعید شریعتی (۱۳۹۳)، اصول فقه کاربردی، جلد نخست، چاپ دهم، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- قلی‌زاده منقوطای، احد (۱۳۹۵)، «تحلیل حقوقی تأمین دعوای واهی در امور حسبی»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۶، شماره ۲.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، چاپ هشتاد و هفتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۶)، عقود معین، جلد چهارم، چاپ نخست، تهران: گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۹)، اثبات و دلیل اثبات، جلد نخست، چاپ دهم، تهران: میزان.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۹)، اعتبار امر قضاوت‌شده در دعوای مدنی، چاپ یازدهم، تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۹)، الزام‌های خارج از قرارداد-مسئولیت مدنی، جلد نخست، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۹)، قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش.
- کریمی، عباس و صالح یمرلی (۱۳۹۶)، «مطالعه تطبیقی قواعد جبران خسارت دادرسی مدنی در حقوق ایران، انگلیس و آمریکا»، دو فصلنامه حقوق تطبیقی، دوره ۴، شماره ۱.
- کیانپوریان نژاد، میلاد، پژمان محمدی و خلیل احمدی (۱۴۰۱)، «تأمین و جبران خسارت ناشی از هزینه دادرسی در حقوق ایران و انگلستان»، فصلنامه تحقیقات حقوقی بین‌المللی، دوره ۱۵، شماره ۵۵.
- مهاجری، علی (۱۳۹۷)، دوره جدید مبسوط در آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، چاپ نخست، تهران: فکرسازان.
- واحدی، قدرت‌الله (۱۳۹۸)، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، چاپ پنجم، تهران: میزان.

آرای قضایی

- دادنامه شماره ۱۳۹۱۷۳۴۰۰۱۳۳۹۰۰۰ مورخ ۱۴۰۰/۰۲/۲۹ صادره از شعبه نهم دادگاه حقوقی شهر شیراز.
- دادنامه شماره ۱۴۰۱۱۲۳۹۰۰۰۸۷۸۸۲۰۴ مورخ ۱۴۰۱/۱۰/۱۱ صادره از شعبه بیست‌ونهم دادگاه حقوقی شهر شیراز.
- دادنامه شماره ۲۰۲ مورخ ۱۳۹۰/۳/۱۶ صادره از شعبه سوم دادگاه حقوقی شهر تهران.
- دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۰۲۲۲۹۰۰۱۰۱ مورخ ۱۳۹۵/۱/۳۱ صادره از شعبه بیست‌ونهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
- دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۲۴۰۰۴۰۰۳۴۲ مورخ ۱۳۹۹/۰۳/۲۵ صادره از شعبه چهارم دادگاه حقوقی شهر زنجان.

انگلیسی

- Abide, Abby (2015), "An Inquiry Reasonable Under the Circumstance: Applying Rule 11 to Local Counsel", Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2725992>.
- Bacigalupi, Jason (2014), "Deterring Egregious Conduct and Frivolous Litigation: Awarding Attorneys' Fees as Special Damages and under Bad Faith Litigation Statutes", *Nevada Lawyer*, Vol. 22, No. 6.
- Bone, Robert (1997), "Modeling Frivolous Suits", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 145, No. 3.
- Cain, Karen Kessler (1994), "Frivolous Litigation, Discretionary Sanctioning and a Safe Harbor: The 1993 Revision of Rule 11", *University of Kansas Law Review*, Vol. 43, No. 1.
- Dunlop, Sybil L. (2008), "Are an Empty Head and a Pure Heart Enough? Mens Rea Standards for Judge-Imposed Rule 11 Sanctions and Their Effect on Attorney Action", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 61, No. 2.
- Eisenberg, Theodore & Miller, Geoffrey P. (2013), "The English Versus the American Rule on Attorney Fees: An Empirical Study of Public Company Contracts", *Cornell Law Review*, Vol. 98, No. 2.
- Freedman, Monroe H. (2003), "The Professional Obligation to Raise Frivolous Issues in Death Penalty Cases", *Hofstra Law Review*, Vol. 31, No. 4.
- Garner, Bryan A. (2010). *Black's Law Dictionary*. Minnesota: West Publishing Co.

- Hewlett, Sydney B. (1996). "New Frivolous Litigation Law in Texas: The Latest Development in the Continuing Saga". **Baylor Law Review**. Vol. 48, No. 2.
- Holtzclaw, Brian L. (1993), "Pro Se Litigants: Application of a Single Objective Standard under FRCP 11 to Reduce Frivolous Litigation", **University of Puget Sound Law Review**, Vol. 16, No. 3.
- Klausner, Neal H. (1986), "The Dynamics of Rule 11: Preventing Frivolous Litigation by Demanding Professional Responsibility", **New York University Law Review**, Vol. 61, No. 2.
- Levine, Samuel J. (1999), "Seeking a Common Language for the Application of Rule 11 Sanctions: What is Frivolous", **Nebraska Law Review**, Vol. 78, No. 3.
- Marshall, Lawrence C. & Kritzer, Herbert M. & Zemans, Frances Kahn (1992), "Use and Impact of Rule 11", **Northwestern University Law Review**, Vol. 86, No. 4.
- Mauro, Richard P. (2007), "The Chilling Effect That the Threat of Sanctions Can Have on Effective Representation in Capital Cases", **Hofstra Law Review**, Vol. 36, No. 2.
- Mazurczak, Michael J. (1988), "Critical Analysis of Rule 11 Sanctions in the Seventh Circuit", **Marquette Law Review**, Vol. 72, No. 1.
- Reinert, Alexander A. (2014), "Screening out Innovation: The Merits of Meritless Litigation", **Indiana Law Journal**, Vol. 89, No. 3.
- Ringer, Michael D. (1976), "Honesty in Pleading and Its Enforcement: Some Striking Problems with Federal Rule of Civil Procedure 11", **Minnesota Law Review**, Vol. 61, No. 1.
- Rowe, Thomas D. Jr. (1982), "The Legal Theory of Attorney Fee Shifting: A Critical Overview", **Duke Law Journal**, Vol. 1982, No. 4.
- Salzy, Amy (2012), "A Comparative Study of Attorney Responsibility for Fees of an Opposing Party", **Journal of International and Comparative Law**, Vol. 3, No. 1.
- Solovy, Jerold S. & Hirsch, Norman M. & Simpson, Margaret J. (2010), **Sanctions Under Rule 11**, Chicago, Illinois: Jenner & Block LLP.
- Vargo, John F. (1993), "The American Rule on Attorney Fee Allocation: The Injured Person's Access to Justice", **American University Law Review**, Vol. 42, No. 4.
- Wade, John W. (1986), "On Frivolous Litigation: A Study of Tort Liability and Procedural Sanctions", **Hofstra Law Review**, Vol. 14, No. 3.
- Ward, James (1991), "Rule 11 and Factually Frivolous Claims - The Goal of Cost Minimization and the Client's Duty to Investigate", **Vanderbilt Law Review**, Vol. 44, No. 5.
- Wilson, Debbie A. (1988), "The Intended Application of Federal Rule of Civil Procedure 11: An End to the Empty Head, Pure Heart Defense and a Reinforcement of Ethical Standards", **Vanderbilt Law Review**, Vol. 41, No. 2.

آرای قضایی

- Baranski v. Serhan, 106 F.R.D. (N.D. Ill. 1985).
- Blue v. United States Dep't of Army, 914 F.2d (4th Cir. 1990).
- Chambers v. American Trans Air, Inc., 17 F.3d (7th Cir. 1994).
- Confederacion Laborista de Puerto Rico v. Cerveceria India, Inc., 778 F.2d (1st Cir. 1985).
- CTC Imports & Exports v. Nigerian Petroleum Corp., 951 F.2d (3d Cir. 1991).
- Davis v. Carl, 906 F.2d (11th Cir. 1990).
- Davis v. Hudgins, 896 F. Supp. (E.D. Va. 1995).

- Davis v. United States, 104 F.R.D. (N.D. Ill. 1985).
- Eavenson, Auchmuty & Greenwald v. Holtzman, 775 F.2d (3d Cir. 1985).
- Hays v. Sony Corporation of America, 847 F.2d (7th Cir. 1988).
- Hoffman-LaRoche, Inc. v. Invamed, Inc., 213 F.3d (Fed. Cir. 2000).
- In re Ronco, Inc, 105 F.R.D. (N.D. Ill. 1985).
- Ind. Risk Ins. v. M.A.N. Gutehoffnungshutte GmbH, 141 F.3d (11th Cir. 1998).
- Lieb v. Topstone Indus., Inc., 788 F.2d (3d Cir. 1986).
- Livingston v. Adirondack Beverage Co., 141 F.3d (2d Cir. 1998).
- McGuire Oil Co. v. Mapco, Inc., 958 F.2d (11th Cir. 1992).
- Mendoza v. Lynaugh, 989 F.2d (5th Cir. 1993).
- Mike Ousley Prods., Inc. v. WJBF-TV, 952 F.2d (11th Cir. 1992).
- Prof'l Mgmt. Assocs. v. KPMG LLP, 345 F.3d (8th Cir. 2003).
- Protective Life Ins. Co. v. Dignity Viatical Settlement Partners, LP, 171 F.3d (1st Cir. 1999).
- Robinson v. Dean Witter Reynolds, Inc., 129 F.R.D. (D. Mass. 1989).
- Sheets v. Yamaha Motors Corp. 891 F.2d (5th Cir. 1990).
- Smith v. Our Lady of the Lake Hosp., Inc., 960 F.2d (5th Cir. 1992).
- Southern Leasing Partners, Ltd. v. McMullan, 801 F.2d (5th Cir. 1986).
- Stevens v. Lawyers Mut. Liab. Ins. Co. of N.C., 789 F.2d (4th Cir. 1986).
- Suslick v. Rothschild Securities Corp, 741 F.2d (7th Cir. 1984).
- Zalvidar v. City of Los Angeles, 780 F.2d (9th Cir. 1986).

جایگاه تاریخ تقنینی در تفسیر حقوقی

رضا پورمحمدی*، حسین سیمایی صراف**

چکیده

به زبان ساده، «تاریخ تقنینی» عبارت است از پیشینه و رویدادهایی که منجر به تصویب یک قانون می‌شوند، از جمله مشروح مذاکرات، طرح‌ها و لوایح اولیه و الگوهای مد نظر قانون‌گذار. بسیاری از قضات و حقوق‌دانان در تفسیر حقوقی به تاریخ تقنینی استناد کرده و حتی در مواردی با تکیه بر تاریخ تقنینی به مخالفت با ظاهر عبارات قانون می‌پردازند. در نظام حقوقی ما نیز اعتبار تاریخ تقنینی در تفسیر حقوقی از پیش فرض‌های نسبتاً مسلم تلقی می‌گردد و نهادهای عهده‌دار تفسیر از جمله شورای نگهبان نیز کاملاً بدان پایبندند. علی‌رغم اهمیت و حضور همیشگی «تاریخ تقنینی» در تفاسیر حقوقی، چستی، اقسام و ضوابط آن مبهم و حل نشده است. نگارندگان در این مقاله ابتدا به تبیین تاریخ تقنینی و اقسام آن پرداخته و سپس تلاش می‌کنند تا مخاطب حقوقی را قانع نمایند که هر نوع استناد به تاریخ تقنینی در تفاسیر غلط و گمراه‌کننده است. زیرا اولاً چیزی به نام قصد و نیت قانون‌گذار وجود ندارد تا تاریخ تقنینی ابزاری برای وصول به آن قرار گیرد؛ ثانیاً با فرض وجود قصد و نیت قانون‌گذار، چنین مقوله‌ای برای مفسر قابل‌دسترس نیست و ثالثاً با فرض قابل‌دسترس بودن آن، کشف قصد و نیت قانون‌گذار به واسطه تاریخ تقنینی فاقد هر نوع اعتبار قانونی است.

واژگان کلیدی: اسکالیا، شورای نگهبان، قصدگرایی، مشروح مذاکرات، نص‌گرایی

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

r_pourmohammadi@sbu.ac.ir

** دانشیار گروه حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

h_simaci@sbu.ac.ir

مقدمه

از سیدمصطفی عدل ملقب به منصورالسلطنه، یکی از اعضای کمیسیون تدوین قانون مدنی ایران، نقل شده است: «پس از تصویب قانون، صورت مذاکرات سوزانده شده است تا از آن پس حقوق‌دان‌ها و قضات دادگستری هر جا به اشکالی در فهم ماده‌ای از آن برخوردند در تفسیر آن به جای مراجعه به منابع فقهی قدیم، یعنی نص‌های قدیم، به اصول حقوق جدید برگردند و بدین سان، قانون قدیم را در برابر مقتضیات زمان و مکان علم حقوق جدید توضیح دهند» (به نقل از طباطبائی، ۱۴۰۰: ۲۲۳). فارغ از قضاوت تاریخی در رابطه با سوزاندن مشروح مذاکرات قانون مدنی، ظاهراً برای نویسندگان قانون مدنی این پیش‌فرض نسبتاً مسلم بوده است که بعدها مفسرین و قضات برای تفسیر مواد قانون به مشروح مذاکرات مراجعه خواهند نمود. آنچه نویسندگان قانون مدنی از آن هراس داشته‌اند (تفسیر بر اساس مشروح مذاکرات) امروزه به‌عنوان اصلی‌ترین جریان تفسیری در نظام حقوقی ایران شناخته می‌شود (برای نمونه، ر.ک: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۷: ۱۰۵؛ کاتوزیان، ۲۰۱۳/۹۹: ۲۴۵). در رابطه با اینکه اساساً «مشروح مذاکرات» چیست و مشخصاً چه جایگاهی در تفسیر حقوقی دارد، و یا اینکه مبانی اعتبار آن در تفسیر حقوقی کدام‌اند بحث نسبتاً مفصلی در کتب حقوقی ما مطرح نشده است. این مسائل علی‌رغم اهمیت ویژه‌ای که در نظام حقوقی ما دارند، به‌طور باورنکردنی مورد غفلت عمومی واقع شده‌اند تا این حد که نگارندگان، هیچ مقاله یا فصلی را در آثار اساتید و همکارانشان که به این موضوع پرداخته باشد، نیافته است. با انگیزه پرداختن به این خلأ علمی، مقاله حاضر ذیل سه بخش اصلی سامان یافته است. در بخش اول به چرایی تاریخ تقنینی پرداخته و رایج‌ترین اقسام آن را توضیح خواهیم داد. در بخش دوم، آرا و نظریات موافقین و مخالفین استناد به تاریخ تقنینی در تفسیر حقوقی را ارائه کرده و سعی می‌کنیم این موافقت و مخالفت‌ها را تبارشناسی نماییم. در آخر (بخش سوم)، ادعای ما این است که حتی اگر نویسندگان قانون مدنی، مشروح مذاکرات آن قانون را نسوزانده بودند، اساساً استناد به آن در تفسیر قانون مدنی و یا هر قانون دیگری، نادرست و فاقد هر نوع اعتباری است. البته دلایل ما در این رابطه کاملاً متفاوت با آن چیزی است که مصطفی عدل در توجیه سوزاندن مشروح مذاکرات بیان می‌کند.

۱. تعریف تاریخ تقنینی و اقسام آن

به زبان ساده، «تاریخ تقنینی»^۱ عبارت است از پیشینه و رویدادهایی که منجر به تصویب یک قانون می‌شود، از جمله جلسات گفت‌وگو و مشروح مذاکرات، گزارش‌های کمیسیون‌ها، بحث‌های

مطرح شده در نهادهای مرتبط با قانون‌گذاری (مانند صحن مجلس و شورای نگهبان) (Garner, 2007: 227; Kahandawaarachchi, 2009: 306)^۱، خواه به صورت رسمی ثبت شود یا غیررسمی. در تعریف مذکور، تاریخ تقنینی صرفاً شامل رویدادهای مقدم بر تصویب قانون می‌شود، اما برخی رویدادهای مؤخر را نیز شامل تاریخ تقنینی دانسته‌اند. (See., North Haven Bd. Of Educ. V. Bell,) (1982) اما رایج‌ترین اقسام تاریخ تقنینی عبارت‌اند از:

۱-۱. مشروح مذاکرات

پیش از تصویب هر قانون، در صحن مجلس، نسبت به مفاد آن قانون بحث‌ها، مناظرات و نزاع‌هایی صورت می‌گیرد، دسته‌ای به آن اعتراض می‌کنند و آثار حقوقی زیان‌بار آن را یادآور می‌شوند، نماینده دولت از آن دفاع می‌کند؛ بعضی پیشنهادهای اصلاحی می‌دهند، و سرانجام نسبت به مواد اصلی و اصلاحات رأی می‌گیرند. مجموع اشکالات و پرسش‌هایی که میان نمایندگان، وزرا و یا کمیسیون‌های تخصصی رد و بدل می‌شود را «مشروح مذاکرات» یا «مطالب پارلمانی»^۲ گویند، زیرا این امور همه در صحن مجلس و پارلمان اتفاق می‌افتد. مطالب پارلمانی از منظر بعضی - خصوصاً امروزه - از ارزش تفسیری ویژه‌ای برخوردار است، چراکه مستندات متنی، صوتی و یا صوتی و تصویری بسیاری از آن‌ها توسط نهادهای رسمی ثبت می‌گردد. کاتوزیان در کاربرد این قسم از تاریخ تقنینی می‌نویسد: «با بررسی گفت‌وگوهای نمایندگان می‌توان به اهداف اجتماعی قانون‌گذار و مقصود واقعی او دست یافت و قانون را چنان تفسیر کرد که با اراده نویسنده‌اش منطبق باشد» (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۲/۲۴۵).

برای نمونه، ذیل مذاکرات قانون مدنی، در رابطه ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی گفت‌وگویی میان اورنگ و وزیر عدلیه صورت می‌گیرد. اورنگ می‌پرسد که آیا مطابق با اطلاق ماده ۱۱۴ قانون مدنی^۳، زوجه باید در هر منزلی که زوج معین می‌کند، سکنی گزیند و یا اینکه منزل باید متناسب با شأن زوجه باشد؟ وزیر عدلیه در پاسخ می‌گوید: «بنده تصور می‌کنم خیلی روشن است مطلب ... مسکن باید متناسب با زن باشد این یک حکم است و به جای خودش. یک حکم دیگر این است که زن آیا به خودی خود آزاد است که هر کجا بخواهد مسکن کند یا باید تابع شوهر باشد... [اما اینکه] آیا متناسب باشد یا نه در همان ماده ۱۱۰۷ ذکر شده است که محل باید متناسب با زن باشد» (نائینی،

1. legislative history: The background and events leading to the enactment of a statute, including hearings, committee reports, and floor debates. Legislative history is sometimes recorded so that it can later be used to aid in interpreting the statute.

2. parliamentary materials.

۳. «زن باید در منزلی که شوهر تعیین می‌کند سکنی نماید مگر آنکه اختیار تعیین منزل به زن داده شده باشد».

۱۳۹۸: ۶۱۴-۶۱۳). این گزارش بخشی از تاریخ تقنینی قانون مدنی است.

۱-۲. پیش‌نویس قانون و قوانین نسخ شده

هماره قبل از تصویب هر قانون، پیش‌نویسی از آن که ما آن را به‌عنوان «طرح» یا «لایحه»^۱ می‌شناسیم، در مجالس قانون‌گذاری مورد گفت‌وگو قرار می‌گیرد. غالباً پیش‌نویس قانون دستخوش تغییرات و اصلاحات قرار گرفته و با صورت نهایی (یعنی متن مصوب) تفاوت‌هایی خواهد داشت. پیش‌نویس یا پیش‌نویس‌های اولیه قانون که مورد تأیید نمایندگان قرار نمی‌گیرند احتمالاً کاشفیت نسبتاً خوبی از قصد و اراده قانون‌گذاران خواهند داشت (Blatt, 2001: 631 ; See also., Germain, 2003: 93-95; Kahandawaarachchi, 2007: 227). برای مثال در پیش‌نویس اولیه اصل ۱۱۵ قانون اساسی آمده بود که رئیس‌جمهور باید «مرد» باشد اما پذیرفته نشد و به «رجل سیاسی» تغییر کرد (برای مطالعه بیشتر ر.ک: پورمحمدی، ۱۴۰۲ [الف]).

همچنین قوانینی که به واسطه قانون جدید نسخ می‌شوند نیز می‌توانند نمایانگر قصد و نیت قانون‌گذار در نظر گرفته شوند. برای مثال قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ در ماده ۲۷ مقرر می‌داشت: «جنون حین ارتکاب جرم به هر درجه که باشد، موجب رفع مسئولیت کیفری است». همچنین در قانون مجازات مصوب ۱۳۷۰ آمده بود: «جنون در حال ارتکاب جرم به هر درجه‌ای که باشد، رافع مسئولیت کیفری است». در این دو ماده از عبارت «به هر درجه» استفاده شده است. اما قانون‌گذار در ماده ۱۴۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: «هرگاه مرتکب در زمان ارتکاب جرم دچار اختلال روانی بوده به‌نحوی که فاقد اراده یا قوه تمیز باشد مجنون محسوب می‌شود و مسوولیت کیفری ندارد». در این ماده به‌جای عبارت «به هر درجه» از عبارت «به‌نحوی که فاقد اراده و قوه تمیز باشد» استفاده شده که می‌تواند نشانگر تمایل قانون‌گذار ایرانی به نسبی‌گرایی در مفهوم جنون باشد (برای مطالعه بیشتر ر.ک: پورمحمدی و یوسفی، ۱۴۰۲).

۱-۳. منابع و الگوهای مد نظر قانون‌گذار

یکی از منابع تاریخی تقنینی را می‌توان گزارش‌ها، الگوها و کتب مورد مراجعه قانون‌گذاران دانست. کاتوزیان اصرار دارد که «با استفاده از نظرها و رویه‌هایی که در زمان تصویب قانون مورد توجه بوده و مسلّم است که در تدوین مواد از آن‌ها الهام گرفته شده است» (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۲/۲۴۷) باید به تفسیر قانون پرداخت. برای مثال، نویسندگان قانون اساسی ایران از قانون اساسی فرانسه الگوبرداری کرده‌اند (ر.ک: بابایی، ۱۳۹۴: ۴۷؛ ملک‌زاده، ۱۳۹۰: ۳۴؛ منتظری، بی‌تا/۱: ۴۵۱).

همچنین در رابطه با قانون مدنی ایران نیز سیدمحمد فاطمی قمی (نویسنده اصلی قانون مدنی) تصریح می‌کند که الگوی ما در تدوین قانون، قانون مدنی فرانسه بوده است (فاطمی قمی، ۱۳۹۴: ۱۰۵)؛^۱ البته قانون مدنی ایران بیشتر در ساختار از قانون فرانسه پیروی کرده است، اما محتوای آن غالباً برگرفته از فقه امامیه است. بر همین اساس برخی گفته‌اند: «برای تعیین اراده نویسندگان قانون مدنی، مراجعه به عقاید مشهور فقهای امامیه و به‌ویژه کتاب‌های لمعه، شرایع محقق، تذکره علامه و مکاسب شیخ مرتضی انصاری بسیار مفید است» (کاتوزیان، ۱۴۰۰: ۲۲۳).^۲

۴-۱. تاریخ شفاهی

همه تاریخ تقنینی به صحن مجلس محدود نمی‌شود، بلکه گاهی منازعات و گفت‌وگوهای بدنه قانون‌گذاری به بیرون از صحن مجلس کشیده می‌شود، برای نمونه، منتظری، ریاست مجلس خبرگان رهبری در نامه‌ای ابراز می‌دارد که منظور ما از واژه «نظارت» در اصل ۹۹ قانون اساسی صرفاً «نظارت بر انتخابات بود نه نظارت بر کاندیداها و تعیین صلاحیت یا اصلحیت آنان» (منتظری، ۱۳۸۲: ۱۰۴). دیدگاه مذکور، فارغ از صحت و سقم آن، برخی از تاریخ تقنینی قانون اساسی است که توسط بدنه قانون‌گذار در فضایی خارج از نهاد قانونی ابراز شده است. همچنین می‌توان به اصل ۱۱۵ قانون اساسی اشاره کرد. در اصل مذکور آمده است: «رئیس جمهور باید از میان رجال مذهبی و سیاسی... انتخاب گردد». شهید بهشتی طی سخنرانی در حسینیه ارشاد نسبت به این اصل بیان می‌دارد: «عده‌ای ریاست جمهوری زنان را مطابق با قانون اساسی و عده‌ای خلاف قانون اساسی می‌دانستند... ابتدا این اصل را طوری تنظیم کرده بودند که صریحاً می‌خواست بگویند از منظر اسلام بانوان نمی‌توانند رئیس جمهور شوند که این رأی نیاورد، چون آرای مخالف حتی از فقهای در جلسه زیاد بود بنابراین به این صورت

۱. فارغ از مشابهت در تقسیم‌بندی مطالب، برخی مواد قانون مدنی ایران بعینه برگردان فارسی از قانون مدنی فرانسه هستند. برای نمونه مواد ۲۶۹، ۳۰۱ و ۳۰۲ قانون مدنی ایران به ترتیب عیناً ترجمه مواد ۱۲۳۸، ۱۳۷۶ و ۱۳۷۷ قانون مدنی فرانسه می‌باشند.

۲. ناگفته نماند که اصلی‌ترین علت مخالفین استناد به تاریخ تقنینی این است که این استناد وجاهت قانونی ندارد. برای مثال، هرچند قانون فرانسه الگوی قانون‌گذار ایرانی بوده است، اما دلیلی وجود ندارد ما نیز در تفسیر آن را محور قرار دهیم. آری اگر دلیل قانونی بر اتباع از برخی اقسام تاریخ تقنینی وجود داشت، همه آن را می‌پذیرند. در رابطه با فقه چنین دلیلی وجود دارد، زیرا اصل ۱۶۷ قانون اساسی بیان می‌دارد: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه‌ی سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد» (برای مطالعه بیشتر ر.ک: پورمحمدی، ۱۴۰۲ [ب: ۶۷]).

آمد که قانون اساسی به بن بست کشیده نشود» (بهشتی، ۱۳۸۰: ۳۳-۳۴).

به نظر می‌رسد که نزاع در اعتبار یا عدم اعتبار تاریخ تقنینی در تفسیر حقوقی صرفاً اختصاص به اقسام اول تا سوم دارد و نسبت به عدم اعتبار اقسام مورد چهارم هیچ اختلافی نیست. در ادبیات حقوقی آمریکا، قسم اخیر با عنوان «تاریخ شفاهی»^۱ شناخته می‌شوند که اجماعاً فاقد اعتبار است. (Bydinski, 1991: 449-450; Fleischer, 2012: 414) البته در نظام حقوقی ما با توجه به ضعف عمومی در حوزه تفسیر متن، حتی برجسته‌ترین حقوق دانان نیز گاهی برای موجه نشان دادن تفسیری به تاریخ شفاهی استناد می‌کنند. در هر صورت، دیدگاه‌های پیش‌رو مبنی بر اعتبار یا عدم اعتبار تاریخ تقنینی در تفسیر حقوقی صرفاً ناظر به اقسام اول تا سوم می‌باشند.

۲. نظریات حقوق دانان در استناد به تاریخ تقنینی در تفسیر حقوقی

به نظر می‌رسد همواره جریان غالب در نظام‌های حقوقی بر عدم اعتبار تاریخ تقنینی در تفسیر حقوقی بوده است. در دادگاه‌های انگلیس از سال ۱۷۶۹^۲ تا ۱۹۹۱ میلادی، بی‌توجهی نسبتاً کامل به تاریخ تقنینی ملاحظه می‌شود (Scalia & Garner, 2012: 308) و صرفاً در سال ۱۹۹۲ میلادی است که مجلس اعیان برای اولین بار این سنت کهن را زیر پا گذاشته و در رأی خود به تاریخ تقنینی استناد می‌نماید (Holland, 2001; *Crilly v. T and J Farrington Ltd*, 2001; *Pepper v. Hart*, 1992; See also., 1999: 107; Millett, 2010: 275-284; Webb, 2010: 275-284). در حقوق آمریکا، تا قبل از قرن بیستم میلادی تقریباً هیچ استنادی به تاریخ تقنینی در تفسیر حقوقی ملاحظه نمی‌گردد، حتی با قاعده‌ای مسلم مواجه هستیم که با عنوان «دکترین عدم رجوع»^۳ شناخته می‌شود و بر اساس آن، در تفسیر یک متن، نباید به تاریخ تقنینی و یا هر امر برون‌متنی دیگری مراجعه نمود (Scalia & Garner, 2012: 309). برخی حقوق دانان قرن نوزدهمی در این رابطه افراط کرده‌اند و حتی از استناد به تاریخ تقنینی ذکر شده در مقدمه قانون نیز ابراز اکراه می‌کنند (Kent & Barnes, 1884: 560). در اواخر سال ۱۸۹۷، دیوان عالی آمریکا اعلام کرد که «موافقت کلی با این دکترین وجود دارد که مباحثاتی که در صحن مجلس مطرح می‌شود، منبع مناسبی برای تفسیر زبان قانون نیست» (*United States v. Trans-Missouri Freight Association*, 1897).

در نظام حقوقی آمریکا اولین استناد به تاریخ تقنینی را می‌توان در سال ۱۹۱۱ میلادی در آرای

1. Oral History

۲. مطابق با داده‌هایی که در اختیار است، اولین استناد به تاریخ تقنینی در دادگاه‌های انگلستان به سال ۱۷۶۹ میلادی بر می‌گردد (*Millar v. Taylor*, [1769] 4 Burr. 2303, 2332 (K.B.)).

3. no-recourse doctrine

قضات دیوان عالی آمریکا ملاحظه نمود. حتی در همین رأی نیز آمده است: «اگرچه مشروح مذاکرات پارلمان نمی‌تواند به‌عنوان وسیله‌ای برای تفسیر قانون مورد استفاده قرار گیرد... اما آن قاعده (دکترین عدم رجوع به غیر متن قانون) با بهره‌مندی از مشروح مذاکرات برای تشخیص سیاقی که قانون در آن تصویب شده است، نقض نمی‌گردد» (Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 1911). البته در همان سال‌ها برخی صریحاً مخالفت خود را با چنین رویکردی اعلام کردند. برای مثال، قاضی رابرت اچ. جکسون نوشت: «من، مانند سایر صاحب نظران، به ندرت به تاریخ تقنینی به‌عنوان راهنمای معنای قوانین متوسل شده‌ام. من فکر می‌کنم که در این عمل بسیار زیاده‌روی شده و مشکلات بسیاری برای بخش بزرگی از حرفه حقوقی ایجاد می‌کند.» (Jackson, 1948: 227) ماکس رادین نیز با ابراز ناباوری می‌نویسد: «اینکه ما تاریخ تقنینی را به‌عنوان روشی برای تفسیر در آغوش گرفته‌ایم، نمونه‌ای از پیروی از خدایان عجیب و غریب است، وقتی خدای بهتری در خانه داریم» (Radin, 1945: 231).

هرچند جریان غالب و کهن در بسیاری از نظام‌های حقوقی بر عدم اعتبار تاریخ تقنینی بوده است اما در نظام حقوقی ایران با توجه به تأثیرپذیری آن از فقه که در آن تاریخ و بافت صدور آیات و روایات اهمیت بالایی دارند (برای مطالعه بیشتر ر.ک: محقق داماد و همکاران، ۱۴۰۲: ۲۱۸-۴۳). برای نمونه ر.ک: شهید ثانی، ۱۴۱۶: ۱۲؛ ابن‌شهید ثانی، بی‌تا: ۳۴-۳۵؛ قمی، ۱۴۳۰: ۹۴، ۱۷۲، ۳۰۹، ۴۲۵-۴۲۶؛ حائری اصفهانی، ۱۴۰۴: ۱۷، ۳۲، ۴۴، ۵۲؛ کلانتری، ۱۳۸۳: ۲۹، ۷۳، ۷۵، ۲۴۸، ۶۱۳، ۶۹۷؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۱۸، ۲۱، ۲۳، ۳۶، ۱۹۴، ۲۰۶، ۲۰۷؛ کرباسی، بی‌تا: ۳۱؛ اشتیاردی، ۱۴۱۸: ۸۸)، تاریخ تقنینی همواره مورد توجه قضات و حقوق‌دانان بوده است. در بحث حاضر تلاش می‌کنیم تا بر اساس صورت‌بندی رایج از نظریات تفسیری، وضعیت اعتبار یا عدم اعتبار تاریخ تقنینی را ذیل هر نظریه تفسیری مشخص و تبارشناسی نماییم.

۲-۱. موافقین استناد به تاریخ تقنینی در تفسیر حقوقی

بدون شک تاریخ تقنینی در صورتی اهمیت پیدا می‌کند که برای قصد^۱ و هدف^۲ قانون‌گذار ارزش و اهمیت ویژه‌ای فائل باشیم (Windscheid, 1891: 52). بنابراین، کاملاً قابل‌پیش‌بینی است که در اردوگاه طرف‌داران استناد به تاریخ تقنینی، مفسرانی را ملاقات خواهیم کرد که در تفسیر حقوقی به قصدگرایی و هدف‌گرایی معروف‌اند. اما قصدگرایی^۳ در خوانش و فهم متن، به دیدگاهی گفته می‌شود

1. Intent

2. Purpose

3. Intentionalism

که بر لزوم فهم متن بر محور قصد و نیت مؤلف و صاحب اثر تأکید دارد و هدف از قرائت و تفسیر متن را وصول به معنای مقصود مؤلف و مراد جدی او از اظهار زبانی، می‌داند (برای مطالعه بیشتر ر.ک: پورمحمدی، ۱۴۰۲ [ب]: ۱۰۵). طرف‌داران این رویکرد بر این باورند که «قانون چیزی نیست مگر نیت قانون‌گذار»^۱. (*Atkins v. The Disintegrating Company*, 1873; *Indianapolis & St. L. R. Co. V. Horst*, 1876; *U.S. v. Hartwell*, 1867) شورای نگهبان نیز از طرف‌داران جدی این رویکرد است و صریحاً در نظریه تفسیری درخصوص اصل ۷۳ قانون اساسی اعلام می‌دارد: «مقصود از تفسیر، بیان مراد مقنن است» (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۷: ۱۰۵). در رویکردی نسبتاً مشابه، هدف‌گرایی^۲ نیز به روشی در تفسیر قوانین اطلاق می‌گردد که در آن مفسر تلاش می‌کند تا متن قانون را در چهارچوب هدف و یا اهداف نوعی قانون‌گذار در زمان تقنین تفسیر نماید (برای مطالعه بیشتر ر.ک: پورمحمدی، ۱۴۰۲ [ب]: ۷۹).^۳ بر این اساس، وقتی غایة‌الآمال مفسر، کشف قصد یا هدف قانون‌گذار در زمان تقنین تعریف شود، تاریخ تقنینی همانند هر طریق دیگری که بتواند کاشف از قصد و هدف قانون‌گذار باشد، اهمیت پیدا می‌کند (Windscheid, 1891: 52). تاریخ تقنینی در این مکاتب تفسیری از چندان اهمیت ویژه‌ای برخوردار است که قصدگرایان و هدف‌گرایان در مواردی که معنای عرفی متن قانون^۴ مغایر با تاریخ تقنینی است، به سادگی معانی عرفی را کنار زده و تفاسیری مطابق با تاریخ تقنینی ارائه می‌کنند (*U.S. v. American Trucking Associations*, 1940; *U.S. v. Dickerson*, 1940). در واقع، قاعده حمل الفاظ بر معنای عرفی که همواره مانع از استناد به تاریخ تقنینی بوده است، در منظر قصدگرایان و هدف‌گرایان نسبتاً بی‌ارزش است (*See., Boston Sand & Gravel Co. V. U.S.*, 1928). کاتوزیان که در آثار خود تمایل به این روش تفسیری نشان می‌دهد (برای نمونه ر.ک: کاتوزیان، ۲/۱۳۹۹: ۲۴۷-۲۱۶). او در اهمیت استفاده از تاریخ تقنینی می‌نویسد: «با بررسی گفت‌وگوهای نمایندگان می‌توان به اهداف اجتماعی قانون‌گذار و مقصود واقعی او دست یافت و قانون را چنان تفسیر کرد که با اراده نویسنده‌اش منطبق باشد ... باید ... پا را از دایره ظهور الفاظ بیرون نهاد... با استفاده از تاریخ، هدف قانون‌گذار و منبع اصلی این احکام را

1. The intention of the lawmaker constitutes the law

2. Purposivism

۳. مارمور در تبیین نظریات هدف‌گرایان می‌نویسد: تقریباً همه هدف‌گرایان اتفاق نظر دارند که نباید اهداف شخصی قانون‌گذار (actual purpose) را محور تفسیر قرار داد بلکه محوریت با اهداف قانون‌گذار خردمند در شرایط ایده‌آل (purpose of reasonably informed and idealized) از تصویب قانونی مشخص است (Marmor, The Language of Law, 114).

4. Ordinary meaning

یافت» (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۲/۲۳۷). شورای نگهبان (طرفدار قصدگرایی) نیز در تفسیر اصل ۸۶ قانون اساسی در رابطه با مصونیت پارلمانی نمایندگان مجلس می‌نویسد: «با عنایت به مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران درخصوص اصل هشتم و ششم ... هر فردی که در مظنه گناه یا جرم قرار گیرد قابل تعقیب است ...» (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۷: ۱۵۴). همچنین در همین نظریه تفسیری به «نظر مبارک حضرت امام خمینی (ره) به‌عنوان ناظر و راهنمای تدوین قانون اساسی» استناد می‌گردد که از مصادیق استناد به تاریخ تقنینی است (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۷: ۱۵۴). استناد به تاریخ تقنینی در تفاسیر مذکور کاملاً مبتنی بر پذیرش قصدگرایی یا هدف‌گرایی می‌باشد.

۲-۲. مخالفین استناد به تاریخ تقنینی در تفسیر حقوقی

پیروان نص‌گرایی و نظریه تفسیر پویا از مخالفان جدی استناد به تاریخ تقنینی محسوب می‌شوند. نظریه تفسیر پویا^۱ به قضات این امکان را می‌دهد تا به بهانه تغییرات و تحولات اجتماعی، تفسیری برخلاف مقاصد و اهداف قانون‌گذار تاریخی، ارائه کنند. طرفداران این روش در بی‌اعتمادی به قوه مقننه و در غیرتشان برای غلبه بر فلج‌شدن مجلس و کاستی‌های قانون‌گذاری با استفاده از تفسیر پویا متحد هستند. (See: Fleischer, 2012: 427) حامیان تفسیر قانونی پویا شامل شخصیت‌های متنوعی مانند فیلسوف حقوقی رونالد دورکین (Dworkin, 1986: 313-354)، پیش‌گام حقوق و اقتصاد گیدو کالابرسی (Calabresi, 1982: 1, 87-89, 214-216)، نظریه‌پرداز حقوقی ویلیام اسکریج (Eskridge, 1994: 48-80) و بنیان‌گذار جنبش حقوق رفتاری و اقتصاد، کاس سانستاین (Sunstein, 1989: 91) هستند. بر اساس این دیدگاه، «تفسیر قانون همانند رمانی سریالی با نویسندگان مختلف است که به بیان یک داستان واحد ادامه می‌دهند. قانون‌گذاران در تصویب قانون فقط فصل اول داستان را می‌نویسند» (Dworkin, 1981: 110). طرفداران این مکتب ارزش چندانی برای قصد و هدف قانون‌گذار قائل نیستند، در نتیجه از منظر ایشان، تاریخ تقنینی نیز عملاً بی‌ارزش نخواهد بود. به نظر می‌رسد که مصطفی عدل از طرفداران این مکتب تفسیری بوده است، آنجا که در توجیه سوزاندن مشروح مذاکرات می‌گوید: «... تا از آن پس حقوق‌دان‌ها و قضات دادگستری هر جا به اشکالی در فهم ماده‌ای از آن برخوردند در تفسیر آن به‌جای مراجعه به منابع فقهی قدیم، یعنی نص‌های قدیم، به اصول حقوق جدید برگردند و، بدین‌سان، قانون قدیم را در برابر مقتضیات زمان و مکان علم حقوق جدید توضیح دهند» (به نقل از طباطبائی، ۱۴۰۰: ۲۲۳).

اما نص‌گرایی^۱ در تفسیر حقوقی خود را برابر آن دسته از نظریه‌های تفسیری قرار می‌دهد که بر لزوم توجه به نیت و مقاصد واضعان قانون تأکید دارند (Scalia & Garner, 2012: 79) نص‌گرایان بر این باورند که اولین نقش تفسیر و وظیفه اصلی مفسر قانون، وفاداری به «معنای متعارف»^۲ متن قانون است (Barak, 2005: 34; Boyce, 2015: 1135; Kent, 1826: 432; Marmor, 2014: 107; Patterson, 1964: 833; See Scalia & Garner, 2012: 79–91; See also The California Code of Civil Procedure, 1861) و امور برون‌متنی از جمله قصد و نیت قانون‌گذار و امور زمینه‌ای مانند تاریخ تقنینی نباید مورد توجه مفسر قرار گیرد. قاضی جکسون، یکی از مدافعان جدی نص‌گرایی می‌گوید: «ما در مورد اینکه قانون‌گذاران چه قصد کرده‌اند، تحقیق و مذاقه نمی‌کنیم. ما صرفاً به دنبال آنچه متن قانون افاده می‌کند، هستیم». (Marmor & Soames, 2011: 7) آنتونین اسکالیا، قاضی دیوان عالی و رهبر نص‌گرایان آمریکایی، هیچ مشروعیت دموکراتیکی را در تاریخ قانون‌گذاری نمی‌بیند و حتی استفاده از آن را خلاف قانون اساسی می‌داند (Scalia, 1997: 29–37). استدلال اصلی او شبیه استدلال عینیت‌گرایان آلمانی^۳ است: «تاریخ قانون‌گذاری در فرایند قانون‌گذاری پذیرفته نشده است و کسی بدان رأی نداده است، بنابراین نمی‌تواند برای دادگاه‌ها الزام‌آور باشد». در این رابطه، قاضی مارشال، رئیس دادگستری ایالات متحده در سال‌های ۱۸۰۱ تا ۱۸۳۵ میلادی، جمله معروفی دارد مبنی بر اینکه «ما حکومت قانون هستیم، نه حکومت مشروح مذاکرات»^۴. (Marbury v. Madison, 1803) بدون شک، می‌توان نص‌گرایان را به‌عنوان جدی‌ترین مخالفان استناد به تاریخ تقنینی معرفی کرد. حتی برخی این مخالفت را جزو تعریف نص‌گرایی آورده‌اند (Marmor, 2007: 197). نص‌گرایان از این مخالفت انگیزه‌های متعددی را دنبال می‌کنند که برخی از آن‌ها را در مبحث پیش‌رو بیان خواهیم کرد (برای مطالعه بیشتر ر.ک: پورمحمدی، ۱۴۰۲ [ب]: ۷۰).

۳. نقد استناد به تاریخ تقنینی در تفسیر حقوقی

اگر در میان تدوین‌کنندگان قانون مدنی حضور داشتیم، بدون شک مانند هر نص‌گرایی دیگری، از سوزاندن مشروح مذاکرات قانون مدنی حمایت می‌کردیم، اما با انگیزه‌هایی کاملاً متفاوت با آنچه مصطفی عدل بیان می‌نماید. مصطفی عدل انگیزه خود را حمایت از مکتب تفسیری پویا بیان می‌دارد اما به سبب تقدسی که برای متن قانون قائل هستیم و برخی ملاحظات نظری، مشروح مذاکرات را می‌سوزانیم. در ادامه سعی می‌کنیم تا انتقاداتی که در استناد به تاریخ تقنینی وجود دارد را بیان

1. Textualism

2. Ordinary Meaning

3. German objectivists

4. The government of the United States has been emphatically termed a government of laws, and not of men.

نماییم. این انتقادات را می‌توان ذیل دو گروه «انتقادات مبنایی» و «انتقادات بنایی» طبقه‌بندی نمود. در انتقادات مبنایی مشخصاً نقدی بر اعتبار تاریخ تقنینی اقامه نخواهیم کرد، بلکه مبنایی و پیش‌فرض‌هایی که استناد به تاریخ تقنینی مبتنی بر آن‌هاست را نقد می‌کنیم. اما در انتقادات بنایی، با پذیرش مبنایی اعتبار تاریخ تقنینی، مشخصاً استناد به تاریخ تقنینی را خدشه‌دار می‌سازیم.

۳-۱. نقدهای مبنایی نسبت به اعتبار تاریخ تقنینی

تاریخ تقنینی ارزش ذاتی ندارد بلکه ارزش و اعتبار آن از باب کاشفیت آن نسبت به قصد و نیت قانون‌گذار است (Windscheid, 1891: 52). بنابراین اگر بی‌اعتباری قصد و نیت قانون‌گذار ثابت گردد، تاریخ تقنینی نیز از اساس اعتبار خود را از دست خواهد داد. معتقدیم که اولاً، از اساس چیزی به نام قصد و نیت قانون‌گذار وجود ندارد؛ ثانیاً، با فرض وجود آن، دستیابی بدان ممکن نیست.

۳-۱-۱. انکار وجود قصد و نیت قانون‌گذار

برای مدتی کوتاه فرض کنید که ما یک قصدگرا هستیم و می‌خواهیم به تفسیر قانونی که دیروز در مجلس به تصویب رسیده است، بپردازیم. امروز به صحن مجلس آمده‌ایم و به دنبال قصد قانون‌گذار می‌گردیم. قانون‌گذار کیست و بر روی کدام صندلی نشسته که قصد او را از تصویب این قانون بپرسیم؟ او را به ما نشان دهید. احتمالاً خواهید گفت که قانون‌گذار یکایک این چند صد نفری هستند که بر روی صندلی‌های مجلس خوابیده‌اند. در نتیجه برای مفسر قصدگرا آنچه در زمان تصویب قانون در ذهن این آقایان و خانم‌ها گذشته حائز اهمیت است. مشکل این ویراست از قصدگرایی این است که اولاً بسیاری از نمایندگان مجلس اساساً متن قوانینی که تصویب می‌کنند را نمی‌خوانند و در بهترین حالت، صرفاً با اعتماد به گفته برخی دوستان یا گزارش‌ها به طرح یا لایحه‌ای رأی می‌دهند. از سوی دیگر، در بسیاری از موارد انگیزه‌هایی که نمایندگان مجلس از تصویب قانونی دنبال می‌کنند بسیار متفاوت بلکه گاه متعارض است. کاتوزیان در شرح کرامات نمایندگان مجلس می‌نویسد: «نمایندگان مجلس نیز مانند سایرین پایبند به اعتقادات و سنت‌های ملی هستند، عواطف گوناگون دارند، انگیزه‌های روانی پراکنده و ناخودآگاه، مانند دوستی و دشمنی و سودجویی و خودنمایی و لجبازی، در کارهایشان دخالت دارد» (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۳/۱۰۷).

برای مثال، قانونی را در نظر بگیرید که به موجب آن اخذ پروانه وکالت برای دانش‌آموختگان حقوق تسهیل شده است. برخی نمایندگان به این قانون رأی داده‌اند؛ زیرا باور دارند که این قانون موجب دسترسی بهتر جامعه به وکیل و مشاور حقوقی خواهد شد. اما برخی دیگر با این انگیزه که بعدها خود بتوانند با دردسر کمتری وکیل شوند، به این مصوبه رأی داده‌اند. برخی موافقین نیز اساساً هیچ تصویری از اینکه قانون تسهیل چیست نداشته و صرفاً شنیده‌اند که رأی دادن به این قانون موجب محبوبیت آنان

میان داوطلبان آزمون وکالت خواهد شد. این مقاصد و نیت اولاً هم‌سو و متحد نیستند؛ ثانیاً هیچ‌کدام بر دیگری ترجیحی ندارند. دقیقاً به این دلیل است که کوزنز هوی باور دارد: عبارات و جملات حقوقی و قانونی تألیف نشده‌اند، بلکه تقنین و تصویب شده‌اند. پس چیزی به نام قصد و نیت مؤلف در کار نیست؛ بلکه مصوبان و قانون‌گذاران به زبان و متن حقوقی، اعتبار و اقتدار بخشیده‌اند. هر یک از مصوبان و قانون‌گذاران، از متن قانونی که تصویب کرده‌اند، درک و فهم متفاوتی دارند. پس چیزی به نام قصد و نیت مشترک وجود خارجی ندارد تا مبنای تفسیر حقوقی قرار گیرد (Hoy, 1992: 177). گرین‌برگ نیز در ادبیاتی مشابه بیان می‌دارد: «قانون» فعل گفتاری نیست و عمل تقنین را نمی‌توان از مصادیق «ارتباط زبانی» برشمرد تا در نتیجه آن، محتوای پیام متن حقوقی به قصد و نیت واضعان قانون گره بخورد. از نظر وی افراد دخیل در فرایند قانون‌گذاری نظیر اعضای پارلمان، به‌طور دقیق، متن قانون پیشنهادی را نمی‌خوانند و از جزئیات و لوازم معنایی آن اطلاع دقیق ندارند؛ چگونه می‌توان آن‌ها را فاعلان ارتباطی تصور کرد که قصد و نیت القای مطلب مشترک و معینی را به مخاطبان دارند. آن‌ها صرفاً به بندهای قوانین رأی می‌دهند. (Greenberg, 2011: 93; See also., Marmor, 2005: 127-128) کسانی که در رأی‌گیری شرکت می‌کنند، ممکن است با اغراض و اهداف و نیت کاملاً متفاوت و ناهمسانی، تصمیم بگیرند به فرد یا جناحی سیاسی رأی بدهند.

در قرائت رأی نمایندگان مجلس، نیت و مقاصد ایشان هیچ دخالتی ندارد و اموری جانبی و اضافی محسوب می‌شود، حتی ممکن است واضعان قانون در واقع خلاف مفاد ظاهری قانون را قصد کرده باشند. در ماجرای جالب نقل شده است که هنگام بررسی طرح قانون مدنی، یکی از نمایندگان پیشنهاد می‌کند که در مورد نشوز زن و اجرا نکردن حکم محکمه از طرف او برای اجبار وی جریمه معین شود. وزیر دادگستری این پیشنهاد را می‌پذیرد و بعضی آن را خلاف شرع اعلام می‌کنند و سرانجام رئیس مجلس اعلام می‌کند که اداره قوانین به من اطلاع داده‌اند که مواد شماره‌گذاری شده و جایی برای افزودن این ماده نیست و به همین دلیل پیشنهاد پس گرفته می‌شود (شریعتی، ۱۳۴۳: ۱۳۱).

بنابراین، آنچه در ذهن و نیت مصوبان قانون حین رأی‌دادن به یک قانون می‌گذرد، ضرورتاً مطابق با آنچه بدان رأی می‌دهند نیست (Greenberg, 2011: 239). اسکالیا باور به وجود قصد و نیت تقنینی در پس هر قانون را یک «فانتزی محض»^۱ می‌داند (Scalia & Garner, 2012: 312). وی همچنین خاطرنشان می‌کند که در ۹۹/۹۹ درصد از قوانین چیزی به‌عنوان نیت و قصد وجود ندارد، بنابراین هرگونه نتیجه‌گیری مبتنی بر تاریخ تقنینی، لزوماً اشتباه خواهد بود، (Scalia, 1997: 31-32) بلکه

1. pure fantasy

قوانین به صورت فله‌ای تصویب شده‌اند. کاتوزیان نیز هرچند در تفاسیر خود از تاریخ تقنینی بهره می‌برد اما با وجود این می‌گوید: «باید دانست که بررسی گفت‌وگوهای پیش از تصویب قانون در بیشتر موارد اشکالی را رفع نمی‌کند و گاه نیز گمراه‌کننده است. دسته بزرگی از قوانین ما، از جمله قانون مدنی به صورت ماده واحد، به مجلس تقدیم شده است و نمایندگان مجال بحث و انتقاد را درباره آن‌ها نیافته‌اند» (کاتوزیان، ۲/۱۳۹۹: ۲۴۶). بنابراین، از اساس چیزی به نام «قصد قانون‌گذار» وجود ندارد تا بخواهیم از تاریخ تقنینی برای دستیابی به آن استفاده کنیم.

۲-۱-۳. انکار امکان دسترسی به قصد و نیت قانون‌گذار

تاکنون نقد ما ناظر به عدم وجود چیزی به نام قصد و نیت قانون‌گذار بود، اما ممکن است تقریر دیگری از «قصد قانون‌گذار» ارائه کنید که بر اساس آن امکان شکل‌گیری «قصد قانون‌گذار» وجود دارد. احتمالاً خواهید گفت منظور از قانون‌گذار یکایک این آقایان و خانم‌ها نیست، بلکه شخصیت حقوقی قانون‌گذار است که از گردهم‌آیی آن‌ها ایجاد می‌شود. این شخص حقوقی هرچند فاقد ذهن بوده و در نتیجه قصد به معنای وضعیت ذهنی در رابطه با او معنا ندارد، اما می‌توان نوعی قصد گروهی برای او در نظر گرفت. یعنی نمایندگان مجلس هرچند ممکن است هرکدام انگیزه‌ای اختصاصی برای خود داشته باشد، اما به صورت کلی همه آن‌ها هدفی واحد را دنبال می‌کنند که آن را «قصد گروهی»^۱ می‌نامیم. برای تقریب به ذهن، تیم فوتبالی را در نظر بگیرید که هر یک از بازیکنان آن احتمالاً هدف مشخصی از دویدن در زمین دنبال می‌کنند: یکی برای شهرت بیشتر می‌دود و دیگری برای پول بیشتر، نفر سوم هم احتمالاً برای شادکردن هواداران. اما همه آن‌ها یک قصد گروهی بیشتر ندارند و آن قصد «پیروزی و غالب شدن بر تیم مقابل» است. در رابطه با نمایندگان مجلس هم هرچند ممکن است هر یک از آن‌ها هدف منحصربه‌فردی را دنبال کند؛ اما مجموع آن‌ها قصد واحدی از تصویب قوانین دارند. برای مثال، فارغ از دواعی موجود در تصویب قانونی که مثال زدیم، این واقعیت مسلم است که هدف آن آسان‌شدن ورود فارغ‌التحصیلان حقوق به کسوت وکالت است.

این تقریر از قصدگرایی هرچند ثبوتاً امکان شکل‌گیری دارد اما اثباتاً برای مفسران قانون، مفقود و پنهان است. غالباً قانون‌گذار به علت فاصله تاریخی، نمی‌تواند مقصود خویش را حضوراً برای ما توضیح دهد و از طرف دیگر، مفسران و فهم‌کنندگان امروز این قانون، قادر نیستند قانون را در افق و چشم‌انداز گذشته و عصر تقنین، مطالعه کنند؛ بلکه دائماً آن را از منظر و افق معنایی معاصر، فهم و تفسیر می‌کنند (برای توضیح بیشتر ر.ک: واعظی، ۱۳۹۹: ۱۱۷). بنابراین، قرائت عینی و بر محور

قصد و نیت قانون‌گذار، امری ناممکن و دور از دسترس است (ر.ک: واعظی، ۱۳۹۹: ۱۱۸). عواملی همچون تحصیلات، محل زندگی، سنت‌ها و آداب و رسوم موجب شکل‌گیری چهارچوب‌های متفاوتی از فهم و تفسیر می‌شود، پس معنای متن، حسب جوامع مختلف، متفاوت می‌شوند و زمینه‌ای برای فهم عینی متن بر محور و نیت مؤلف باقی نمی‌ماند (ر.ک: پورمحمدی و دیگران، ۱۴۰۰؛ پورمحمدی و یوسفی، ۱۴۰۱). نمی‌توان مطمئن بود آنچه از دنیای ذهنی و درونی قانون‌گذار درک کرده‌ایم، منطبق بر واقع است؛ پس بهتر است اساساً جست‌وجوی قصد و نیت قانون‌گذار را کنار بگذاریم (Hirsch, 1967: 14-15; See also., Hoy, 1992: 180).

۳-۲. نقدهای بنایی نسبت به اعتبار تاریخ تقنینی

با فرض وجود قصد و نیت قانون‌گذار و با فرض امکان دستیابی بدان، اشکالات دیگری در اعتباربخشی به تاریخ تقنینی در تفسیر حقوقی وجود دارد که در ادامه به مهم‌ترین آن‌ها خواهیم پرداخت:

۳-۲-۱. عدم اعتبار درونی

قدرتی که در قانون اساسی برای قانون‌گذاری به نمایندگان مجلس اعطا شده است، این اجازه را به آن‌ها می‌دهد که در قالب رأی‌گیری، قوانینی را به تصویب رسانند. اما اینکه نمایندگان در صحن مجلس و یا خارج از آن، با کلماتی مشابه، آنچه در ذهنشان بوده را به زبان می‌آورند، این‌ها را نمی‌توان و نباید قانون دانست زیرا هرگز کسی به آن‌ها رأی نداده است (Dortzbach, 1996: 162; Radin, 1945: 224; Scalia & Garner, 2012: 312). به عبارت دیگر، ما به «حکومت قانون باور داریم نه حکومت مردان قانون». با اعتباربخشی به تاریخ تقنینی در تفسیر حقوقی در واقع قدرتی را به نمایندگان مجلس اعطا خواهیم کرد که خلاف قانون اساسی است.^۱

۳-۲-۲. عدم اعتبار خارجی

یکی از نکاتی که در بهره‌گیری از تاریخ تقنینی باید مورد توجه قرار گیرد، اعتبار اسناد و مدارکی

۱. در مصاحبه‌ای که با آیت‌الله مدرسی یزدی، فقیه و عضو فعلی شورای نگهبان در تاریخ ۱۴۰۰/۱۱/۱۵ داشتیم، از ایشان پرسیدیم که در صورت تعارض میان معنای ظاهری متن قانون و مشروح مذاکرات، کدام را بر دیگری مقدم می‌دارید؟ ایشان فرمودند: «محوریت با قصد قانون‌گذار است اما قانون‌گذار یک نفر نبوده که ما بفهمیم قصدش چی بوده، اصلاً این چنین چیزی معقول نیست. هدف ما از تفسیر فهمیدن مراد قانون‌گذار است اما مرادی که از طریق الفاظ قانون به دست بیاید». سپس فرمودند: «شاید قبلاً اعضای شورا به مشروح مذاکرات استناد می‌کردند اما الان نوعاً برای ما مشروح مذاکرات ارزشی ندارد. مشروح مذاکرات می‌تواند موید باشد اما حجت نیست. ظهور این قانون حجت است» (پورمحمدی، مصاحبه شخصی با آیت‌الله مدرسی یزدی، در تاریخ ۱۴۰۰/۱۱/۱۵، ق.م).

است که در بخش اول مقاله به عنوان تاریخ تقنینی معرفی شده‌اند. چراکه همواره این احتمال وجود دارد که برخی نمایندگان و یا حتی کارمندان مجلس دست به تاریخ‌سازی در حمایت از تفسیری بزنند که مفاد آن هرگز نمی‌توانست موافقت غالب نمایندگان را جلب نماید. چه بسا در میان مستندات تاریخ تقنینی، برخی داده‌های تاریخی جعلی و دستکاری شده یافت شود (Nelson, 2005: 347). ابداً تصور نکنید که تحریف تاریخ تقنینی امری پیچیده و دشوار است. برخی به سادگی آب خوردن عبارات قانون را تحریف کرده‌اند، تحریف مشروح مذاکرات و امثال آنکه جای خود دارد. عبدالوهاب حومد، حقوق‌دان سوری می‌نویسد: «از خاطرات شخصی من هنگام عضویت در مجلس این است که کشف کردم کارمندی که مأمور چاپ قوانین است، برخلاف آنچه مجلس مقرر کرده، دست به تحریف بعضی نصوص زده است که بعد از مناقشه‌ای طولانی، نص تصحیح گردید، ولی کارمند به عذر این‌که متوجه نبوده است به مجازات اندکی محکوم شد» (حومد، ۱۹۸۳: ۴۳۶).

۳-۲-۳. تخصصی بودن استناد به تاریخ تقنینی

نقد جدی دیگر این است که تاریخ تقنینی در دسترس عموم نیست. همواره رسم قانون‌گذاران بر این بوده که عبارات قانونی را به زبان رمزآلود نویسند تا شهروندان عادی مفاهیم آن را متوجه شوند. گره‌زدن فهم عبارات قانون به تاریخ تقنینی موجب می‌شود شهروندان عادی بدون کمک وکیل و مؤسسات حقوقی نتوانند عبارات قانون را فهم کنند؛ بلکه گاهی خود قضات و وکلا در فهم قانون با مشکل مواجه خواهند شد.^۱ از سوی دیگر، برای خود قضات و حقوق‌دانان نیز بررسی تاریخ تقنینی امری نسبتاً دشوار است (Scalia & Garner, 2012: 325-326). در واقع اینکه از خلال اسناد و مدارک تاریخی متعدد بتوان از اسراری کهن پرده‌برداری نمود، می‌طلبد که قاضی و مفسر بر تاریخ نیز احاطه و تسلط داشته باشد و او را به ورطه تاریخ‌نگری می‌کشاند که ابزار و تخصص‌های ویژه‌ای می‌طلبد. از طرف دیگر، همان طور که آدریان ورمول استدلال می‌کند «محتوای کامل تاریخ قانون‌گذاری آن قدر زیاد است که بعید به نظر می‌رسد که دادگاه‌ها بتوانند از بررسی آن‌ها به نتیجه‌گیری صحیح برسند» (Vermeule, 1998: 1839).^۲

1. *Schwegmann Bros. v. Calvert Distilling Corp.* 341 U.S. 384, 397 (1951) (Jackson, J., concurring) ("the materials of legislative history are not available to the lawyer who can neither afford the cost of acquisition...or the cost of repeatedly examining the whole [C]ongressional history."). In 2020, the problem of obtaining access to electronic research sources which contain legislative history, can be demonstrated by the fact that e.g., the Los Angeles County Law Library restricts a person's free access to electronic research to two hours a day. Telephone Interview with Los Angeles County Law Library Librarian (July 15, 2020).

۲. اخیراً جهت پژوهشی علمی به مشروح مذاکرات یکی از قوانین نیاز پیدا کردم. برای دسترسی به این منابع، پس از اخذ مجوزها، مجبور به سفری به تهران شدم تا نسخه کاغذی مشروح مذاکرات را مطالعه کنم.

نتیجه

مقاله حاضر با این پرسش آغاز شد که تاریخ تقنینی چیست، اقسام آن کدامند و چرا منصورالسلطنه مدعی است که تدوین کنندگان قانون مدنی آن را سوزانده‌اند؟ فارغ از صحت و سقم این ماجرا، آیا اساساً سوزاندن تاریخ تقنینی امری موجه است؟ در پاسخ به این سؤالات، استدلال کردیم که هر نوع استناد به تاریخ تقنینی در تفاسیر حقوقی غلط و گمراه‌کننده است. این ادعا را ذیل «نقد مبنایی» و «نقد بنایی» ارائه کردیم. در نقد مبنایی در وجود مقوله‌ای به نام قصد یا قصد گروهی برای قانون‌گذار خدشه‌دار ساختیم، همچنین امکان دسترسی به قصد قانون‌گذار با فرض وجود آن را منکر شدیم. اما در نقدهای بنایی، مشخصاً استناد به تاریخ تقنینی را به چالش کشیدیم و نشان دادیم که استناد به تاریخ تقنینی در تفاسیر حقوقی اساساً فاقد هر نوع اعتبار قانونی است و از طرف دیگر، قاضی و حقوق‌دانان را به ورطه تاریخ‌نگری می‌کشاند، ورطه‌ای که ابزار و تخصص‌های ویژه‌ای می‌طلبد که خوشبختانه فاقد آن هستیم. در این مقاله تلاش کردیم تا بر بی‌اعتباری تاریخ تقنینی استدلال کنیم اما بدون شک هستند قضات و پژوهشگرانی که به حقیقت هدایت نشده و همچنان به اموری مانند مشروح مذاکرات استناد خواهند کرد. به این گروه توصیه می‌کنیم حداقل ضوابط و اصولی را برای این استناد طراحی کنند تا حداقل کمی از معایب آن بکاهند. در پژوهش دیگری سعی کرده‌ایم تا قدم‌هایی در این زمینه برداریم (ر.ک.: پورمحمدی و سیمایی صراف، ۱۴۰۲) اما در این حوزه خلأ پژوهشی جدی وجود دارد.

منابع

فارسی

- بابایی، علی (۱۳۹۴)، معماهای سیاسی در ایران دوران انقلاب و بعد از انقلاب اسلامی، تهران: امید فردا.
- بهشتی، سیدمحمد (۱۳۸۰)، مبانی نظری قانون اساسی، تهران: بقیه.
- پژوهشکده شورای نگهبان (۱۳۹۷)، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران؛ به همراه نظرات تفسیری شورای نگهبان، محمد فتحی و کاظم کوهی اصفهانی، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- پورمحمدی، رضا (۱۴۰۲[الف])، «معنای «رجال مذهبی و سیاسی» در پرتو نظریات تفسیری قانون اساسی»، مطالعات جنسیت و خانواده، ۱۰ (۲): ۱-۱۹۶.
- پورمحمدی، رضا (۱۴۰۲[ب])، مقدمه‌ای بر تفسیر حقوقی، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- پورمحمدی، رضا و سیمایی صراف، حسین (۱۴۰۲)، «ضوابط استناد به تاریخ تقنینی»، مطالعات حقوق عمومی، ۵۱ (۲): ۲۷-۲۰۳.
- پورمحمدی، رضا و محمد صالحی مازندارانی (۱۳۹۹)، نظریه اصول فهم عرفی: شناخت علل وقایع از منظر فقه و حقوق، قم: دارالفکر.
- پورمحمدی، رضا و محمد مهدی یوسفی (۱۴۰۲)، «نگرش فازی به مفهوم جنون»، فقه و اصول، ۵۶ (۲): ۲۷-۴۰۹.
- پورمحمدی، رضا، محمد مهدی یوسفی و محمد عبدالصالح شاهنوش فروشانی (۱۴۰۰)، «تأثیر پیشینه اجتماعی قضات بر آرای قضایی»، مطالعات حقوق خصوصی ۵۱ (۳): ۲۷-۴۰۹.
- پورمحمدی، رضا و محمد مهدی یوسفی (۱۴۰۱)، «تأثیر جنسیت بر تفسیر حقوقی»، مجله حقوقی دادگستری، ۸۶ (۱۱۹)، ۹۹-۱۱۹.
- شریعتی، حمید (۱۳۴۳)، «در اجبار به انجام تعهد و بحث درباره کشف حقیقت قضایی و شدن انشا مادتين ۷۲۹ و ۷۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی»، کانون وکلا، ۸۹ (۱۶)، ۱۲۵-۱۳۹.
- طباطبائی، جواد (۱۴۰۰)، ملت دولت و حکومت قانون (جستار در بیان نص و سنت)، تهران: مینوی خرد، چاپ ۴.
- فاطمی قمی، سیدمحمد (۱۳۹۴)، خاطرات سیاسی سید محمد فاطمی قمی، محمد رضا نائینی و حسن زندیه، تهران: کتابخانه موزه و مرکز اسناد مجلس شورای اسلامی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۹)، فلسفه حقوق، تهران: گنج دانش، جلد ۲ و ۳.
- کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۰)، مقدمه علم حقوق، تهران: گنج دانش.
- محقق داماد، سیدمصطفی، رضا پورمحمدی و سیدمصطفی حسینی نسب (۱۴۰۱)، اصول فقه تحلیلی؛ دفتر اول: تفسیر فقهی، قم: بوستان کتاب.
- ملک زاده، محمد (۱۳۹۰)، مبانی دینی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی.
- منتظری، حسینعلی (بی تا)، خاطرات، بی جا: [بی تا].
- منتظری، حسینعلی (۱۳۸۲)، دیدگاه‌ها، بی جا: [بی تا].

- نائینی، احمد رضا (۱۳۹۸)، *مشروح مذاکرات قانون مدنی*، تهران: شرکت سهامی روزنامه رسمی کشور.
- واعظی، احمد (۱۳۹۹)، *هرمنوتیک حقوقی*، قم: بوستان کتاب قم.

عربی

- ابن شهید ثانی، حسن بن زین الدین (بی تا)، *معالم الدین و ملاذ المجتهدین*، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- تقوی اشتیاردی، حسین، (۱۴۱۸ق)، *تنقیح الأصول*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، جلد ۱.
- حائری اصفهانی، محمدحسین بن عبدالرحیم (۱۴۰۴ق)، *الفصول الغرویة فی الأصول الفقہیة*، قم: دار احیاء العلوم الاسلامیہ.
- حومد، عبدالوهاب (۱۹۸۳م)، *دراسات معمقة فی الفقه الجنائی المقارن*، کویت: جامعة الكويت.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۶ق)، *تمهید القواعد*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، مرکز انتشارات.
- قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۴۳۰ق)، *القوانین المحكمة فی الأصول*، جلد ۱، قم: احیاء الکتب الاسلامیة.
- کلانتری، ابوالقاسم (۱۳۸۳)، *مطارح الأنظار (تقریرات درس خارج شیخ انصاری)*، جلد ۱، قم: مجمع الفکر الإسلامی.

انگلیسی

- Barak, Aharon (2005). **Purposive Interpretation in Law**. Princeton University Press.
- Blatt, William (2001). Interpretive Communities: The Missing Element in Statutory Interpretation. **Nw. U. L. Rev.**, 95, 629.
- Boyce, Madeline (2015). Ordinary Meaning, a Theory of the Most Fundamental Principle of Legal Interpretation, by Brian G. Slocum. **Osgoode Hall Law Journal**, 53, 1124.
- Bydliniski, Franz (1991). *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. Springer.
- Calabresi, Guido (1982). **A Common Law for the Age of Statutes**. **The Lawbook Exchange, Ltd.**
- Dortzbach, Kenneth (1996). Legislative History: The Philosophies of Justices Scalia and Breyer and the Use of Legislative History by the Wisconsin State Courts. **Marquette Law Review**, 80 (1), 161.
- Dworkin, Ronald (1981). Law as Interpretation. **Texas Law Review**, 60, 527.
- Dworkin, Ronald (1986). **Law's Empire**. Harvard University Press.
- Eskridge, William (1994). **Dynamic Statutory Interpretation**. Harvard University Press.
- Fleischer, Holger (2012). Comparative Approaches to the Use of Legislative History in Statutory Interpretation. **The American Journal of Comparative Law**, 60 (2), 401–437.
- Garner, Brian Andrew (2009). *Black's Law Dictionary*, Standard Ninth Edition.
- Germain, Claire (2003). Approaches to Statutory Interpretation and Legislative History in France. **UF Law Faculty Publications**.
- Greenberg, Mark (2011). Legislation as Communication? Legal Interpretation and the Study of Linguistic Communication. In **Philosophical Foundations of Language in the Law**. Oxford University Press.

- Hirsch, Eric Donald (1967). **Validity in Interpretation**. Yale University Press.
- Holland, James, and Julian Webb (2010). **Learning Legal Rules**. 7th Edition.
- Hoy, David Couzens (1992). Intentions and the Law: Defending Hermeneutics. In **Legal Hermeneutics: History, Theory, and Practice** (pp. 173–186). University of California Press.
- Jackson, Robert Houghwout (1948). The Meaning of Statutes: What Congress Says or What the Court Says. **American Bar Association**, 34, 535.
- Kahandawaarachchi, Thilini (2007). Use of Legislative History in Statutory Interpretation. **Journal of the Indian Law Institute**, 49 (2), 223–239.
- Kent, James (1826). **Commentaries on American Law**. O. Halsted.
- Kent, James, & Barnes Charles Barnes. (1884). **Commentaries on American Law**. Little, Brown.
- Marmor, Andrei (2005). **Interpretation and Legal Theory** (2nd edition). Hart Publishing.
- Marmor, Andrei (2007). **Law in the Age of Pluralism** (1st edition). Oxford University Press.
- Marmor, Andrei (2014). **The Language of Law**. Oxford University Press.
- Marmor, Andrei, and Scott Soames (2011). **Philosophical Foundations of Language in the Law**. Oxford University Press.
- Millett, Lord (1999). Construing statutes. **Statute Law Review**, 20 (2), 107–110.
- Nelson, Caleb (2005). What Is Textualism? **Virginia Law Review**, 91 (2), 347–418.
- Osborne, Grant (2006). **The Hermeneutical Spiral: A Comprehensive Introduction to Biblical Interpretation** (revised and expanded edition). IVP Academic.
- Patterson, Edwin Patterson (1964). The Interpretation and Construction of Contracts. **Columbia Law Review**, 64 (5), 833.
- Radin, Max (1945). A Case Study in Statutory Interpretation: Western Union Co. vs. Lenroot. **California Law Review**, 33 (2), 219–229.
- Scalia, Antonin (1997). **A Matter of Interpretation, New edition: Federal Courts and the Law**. Princeton University Press.
- Scalia, Antonin, & Garner, Andrew Brian (2012). **Reading law: The Interpretation of Legal Texts**. Thomson/West.
- Sunstein, Cass Robert (1989). Interpreting Statutes in the Regulatory State. **Harvard Law Review**, 103 (2), 405–508.
- Vermeule, Adrian (1998). Legislative History and the Limits of Judicial Competence: The Untold Story of Holy Trinity Church. **Stanford Law Review**, 50 (6), 1833–1896.
- Windscheid, Bernhard (1891). **Lehrbuch des Pandektenrechts**. Facsimile Publisher.

آرای قضائی

- *Atkins v. The Disintegrating Company*, (U.S. Supreme Court 1873).
- *Boston Sand & Gravel Co. V. U.S.*, (U.S. Supreme Court November 19, 1928).
- *Crilly v. T and J Farrington Ltd*, (Supreme Court July 11, 2001).
- *Indianapolis & St. L. R. Co. V. Horst*, (U.S. Supreme Court 1876).
- *Marbury v. Madison*, (U.S. Supreme Court 1803).
- *North Haven Bd. Of Educ. V. Bell*, (United States Supreme Court May 17, 1982).
- *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, (U.S. Supreme Court March 22, 1897).
- *Pepper v. Hart*, (House of Lords November 26, 1992).

- U.S. v. American Trucking Associations, (U.S. Supreme Court May 27, 1940).
- U.S. v. Dickerson, (U.S. Supreme Court May 27, 1940).
- U.S. v. Hartwell, (U.S. Supreme Court 1867).
- Standard Oil Co. Of New Jersey v. United States, (U.S. Supreme Court May 15, 1911).

حق بر مجازات نشدن؛ چیستی و هستی^۱

سیدحمید حسینی*، فیروز محمودی جانکی**، بتول پاکزاد***

چکیده

چندان که مفهوم «حق» همیشه بحث برانگیز و اختلافی بوده است؛ از همین جهت، چیستی و هستی «حق بر مجازات نشدن» هم اغلب به عنوان موضوعی قابل مناقشه در نزد فلاسفه مطرح می باشد. به خصوص اینکه در چند دهه اخیر، این مناقشه میان موافقان و مخالفان حق بر مجازات نشدن، جدی تر شده است. این مقاله از رهگذر روش توصیفی - تحلیلی، (مطالعه کتابخانه ای) ضمن مطالعه چیستی حق بر مجازات نشدن، از نگاه دو رویکرد حقوق طبیعی و پوزیتیویستی (اثباتی)، هستی یا نیستی حق موصوف را در منظر موافقان و مخالفان آن، بررسی و تحلیل می کند. یافته های پژوهش حاکی از این است که حق بر مجازات نشدن، یک «حق - ادعای منفی مقید» است که رویکرد طرف داران حقوق طبیعی، هستی آن را توجیه می کند. در صورتی که پوزیتیویست ها باورمند به وجود چنین حقی نمی باشند. چه بسا آن ها در جبهه مخالف، از حق بر مجازات شدن بزهکار و حتی از تکلیف بر مجازات کردن حکومت هم سخن می گویند. البته تعداد فیلسوفان موافق حق بر مجازات نشدن و ادله توجیهی شان کمتر از تعداد فیلسوفان مخالف آن است؛ اما همین دلایل موجه ساز اندک آن ها (موافقان)، با رویکرد حقوق طبیعی، نظریه های اخلاقی مجازات، مقوله کرامت

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده مسئول با عنوان «حق بر مجازات نشدن؛ مبانی، هستی و چیستی آن» با راهنمایی آقای دکتر فیروز محمودی جانکی و مشاوره خاتم دکتر بتول پاکزاد در دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال است.

*دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد تهران شمال)، تهران، ایران
ho3eini64@gmail.com

**دانشیار گروه حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
firouzmahmoudi@ut.ac.ir

***استادیار گروه حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد تهران شمال)، تهران، ایران
d.b.pakzad@gmail.com

انسانی، اصل حداقل بودن مجازات و واپس‌ن راه حل بودن آن، هم‌خوانی بیشتری دارد. در کل مراد از حق بر مجازات نشدن، نه معنای هیچ‌گاه مجازات نشدن، بلکه به معنای اعمال مجازات اصلاح‌گر، کرامت‌مدار، حداقلی و در موارد ضروری نسبت به بزه‌کار است.

واژگان کلیدی: حقوق طبیعی، حقوق پوزیتیویستی (اثباتی)، حق بر مجازات نشدن، اصل حداقل بودن حقوق کیفری

مقدمه

موضوع شایسته درنگ در حق بر مجازات نشدن^۱، مقوله‌های چپستی حق؟ چرایی مجازات؟ و البته تعامل این دو با همدیگر است. به‌خصوص اینکه میزان و نحوه تأثیرپذیری مجازات از حق‌ها در این میان از اهمیت قابل توجهی برخوردار است. زیرا در اغلب نظریه‌های مجازات، حتی در نظریه سزاگرایی که خود دیدگاهی سرکوب‌گر است، به مجازات با سنجۀ تناسب، استحقاق و حق‌طلبی نگریسته می‌شود. اینکه مجازات استحقاقی کدام است؟ چه مجازاتی موجه و متناسب است؟ و مرجع تشخیص آن کیست؟ و پرسش‌هایی از این دست، همگی از موضوعات بسیار مهم و چالش‌برانگیز در نزد فلاسفه حقوق کیفری می‌باشند و به همین جهت گفته شده است: اینکه مجازات باید پاسخی متناسب به بزه باشد، نقطه آغازین اغلب نظریه‌های نوین حقوق کیفری است (Farmer, 2020: 1). البته متناسب بودن مجازات در برخی از جنبه‌ها، ترجمان مجازات استحقاقی هم می‌باشد و میان این دو هم‌پوشانی وجود دارد. اگرچه ممکن است دایره شمول عدالت استحقاقی از اصل تناسب جرم و مجازات، گسترده‌تر باشد. اما آنچه در این بین درخور اهمیت بنیادین می‌باشد این است که سرزنش و مجازات باید به‌وسیله استحقاق، محدود شود (Mayson, 2020: 11). هم‌سو با این استدلال می‌توان گفت همان‌طور که یکی از خصایص اصلی «حق‌ها» در نفس خود، ایجاد محدودیت در خیلی از عرصه‌ها، مانند عرصه آزادی است، پس کارکرد همین خصیصه حق، باید در مجازات‌ها و سرزنش‌های غیرعادلانه و غیراستحقاقی هم کارگر باشد و بتواند اعمال بی‌رویه آن‌ها را محدود کند. با واکاوی دقیق مقوله‌های «استحقاق»، «مجازات موجه» و «مجازات متناسب» در جهت فهم بهتر حق بر مجازات نشدن، مشخص می‌گردد که اثر این حق در مجازات چیست؟ چنان‌که به عقیده هوساک، مجازات‌ها غیرقابل توجیه هستند، مگر مجازات‌هایی که بر اساس استحقاق باشند (Husak, 2019: 401). بنابراین نخستین گام مهم در مفهوم‌شناسی حق بر مجازات نشدن، توجه اساسی به عدالت استحقاقی در تعیین و اعمال مجازات است. طوری که اگر مراتب استحقاق در امر کیفردهی، در همه ابعاد آن رعایت شود، به نظر می‌رسد

1. the right not to be punished

به‌خودی‌خود، مُراد طرف‌داران حق بر مجازات نشدن هم از همین رهگذر حاصل خواهد شد. زیرا مقوله حق بر مجازات نشدن در مجموع و یک نگاه جامع‌تر، ترجمان کمال اجرای عدالت استحقاقی در تمشیت امر مجازات است.

حق بر مجازات نشدن چیست؟ ابعاد نظری آن کدام است؟ آیا چنین حقی وجود دارد یا خیر؟ دلایل موافقان و مخالفان این حق چیست؟ و پرسش‌هایی از این دست که همگی ما را در فهم صحیح راجع به چیستی و هستی این حق یاری می‌دهند. ابتدا لازم است راجع به مفهوم حق بر مجازات نشدن، توضیح کوتاهی ارائه شود. مفهوم حق بر مجازات نشدن، در مقابل حق بر کیفردهی دولت‌ها، به‌عنوان یکی از مفاهیم اساسی در فلسفه کیفر مطرح است. این مفهوم یک مفهوم حقوق بشری است که در دولت‌های مدرن بر مبنای آزادی، خردباوری و فردگرایی و با اعتقاد به نیک‌سرشتی اشخاص و برتری منافع افراد بر منافع جامعه متولد شده است (موسی زاده کوفی و دیگران، ۱۴۰۰: ۶۴-۶۳). البته حق بر مجازات نشدن به معنای نفی جرم‌انگاری هم نیست، ولی آنچه مهم است، از این جهت که مجازات سراسر درد، رنج و شر است، لازم می‌نماید تا به‌موجب این حق، اولاً حتی اعمال کمترین میزان از آن، مستلزم بیشترین توجیه باشد؛ ثانیاً طبق دیدگاه هوساک تنها نسبت به جرمی که دارای ضرر و زیان خفیف نیست تعیین شود. همچنین این حق به معنای منع و نفی مجازات و الغای کیفر عادلانه و متناسب با جرم نیست، بلکه ناظر بر ضرورت توسل به مجازات متناسب و عادلانه به‌عنوان پاسخی قابل‌توجیه و مشروع است (غلامی، ۱۳۹۵: ۱۷۹-۱۷۸). در مجموع، مراد از حق بر مجازات نشدن، نه به معنای، هیچ‌گاه مجازات نکردن و یا مجازات نشدن (در مفهوم پذیرش نظام الغاگرایی مجازات) است؛ بلکه مراد از آن اعمال مجازات به شکل صحیح، مؤثر، به‌اندازه، مناسب و متناسب آن هم در واپسین مرحله از مراحل پاسخ‌دهی، با نگاه صرفه‌جویانه به مجازات است تا موجبی برای نقض حداکثری کرامت و حقوق بنیادین آدمی پیش نیاید. بنابراین از لحاظ مفهومی، این حق به‌عنوان یک حق طبیعی پیشینی و فطری آدمی است که از نوع «حق - ادعای منفی مقید» می‌باشد (حسینی و محمودی جانکی، ۱۳۹۹: ۱۲۹). همان‌طور که جان رالز هم با ضروری دانستن وجود مقدار حداقلی از کیفرها می‌نویسد: در یک جامعه سامان‌یافته، کیفرهای لازم بی‌تردید خفیف و معتدل هستند (رستمی و تقی‌پور، به نقل از رالز، ۱۳۹۴: ۷۹). بنابراین وجود حقوق کیفری در هر جامعه‌ای لازم است. حق بر مجازات شدن^۱ و یا حتی حق بر کیفر کردن هم از همین نگاه ناشی می‌شود. چندان که حق بر کیفردهی یک قاعده راهبردی در عرصه سیاست کیفری محسوب می‌شود

1. the right to be punished

و در صورتی که بر مبنای بُن انگاره خردورزی و عقل محوری تعریف شود، اسباب کیفردهی عاقلانه و عادلانه شهروندان را فراهم می‌آورد (موسی زاده کوفی و دیگران، ۱۴۰۰: ۶۷). اما با وجود ضروری بودن نهاد کیفر در جامعه، واقعیت این است که حقوق کیفری و مجازات، موجب تحدید دو آزادی می‌شود: آزادی ارتکاب رفتار منع شده و نیز آزادی مجازات نشدن از حیث نادیده انگاشتن این ممنوعیت‌ها (Husak, 2004: 235). بنابراین مفهوم حق بر مجازات نشدن را باید در تعامل دو واژه برجسته و البته مناقشه برانگیز «حق» و «مجازات» جست‌وجو کرد. مراد از حق در اینجا حق‌های بنیادین و مهمی است که ممکن است به سبب ارتکاب جرم و در نتیجه اعمال مجازات به‌طور ناروا و بیش از حد لزوم در معرض نقض و آسیب قرار بگیرند. رابطه بین حقوق بنیادین و مجازات آشکار است، اگرچه این رابطه متناقض و پارادوکسیکال است. در واقع طبیعت خاص حقوق جزا اعمال کیفر است. اگرچه از نگاه دیگر، حقوق بنیادین می‌توانند به نوعی خیر ذاتی تصور شوند که به‌وسیله مجازات محدود می‌شوند (Rodrigues, 2019: 17-18). همچنین در اینجا جنبه ضرری بودن مجازات بیش از سایر خصایص آن مورد توجه است. تقریباً همه مجازات را شر ضروری می‌دانند (Husak, 2008: 6). به همین جهت که ضرر مجازات بیش از سایر آثار آن (ازجمله خیر احتمالی ناشی از آن) قابل توجه می‌نماید؛ بنابراین اهمیت مطالعه مقوله حق بر مجازات نشدن هم دوچندان می‌شود. بنا بر ادعای هوساک، برخوردهای سخت و خشن به اندازه کافی بد است و هنگامی که سرزنش هم بدان افزوده می‌شود این ترکیب ناقض حقوقی خواهد شد که دارای ارزش خیلی مهمی هستند (Husak, 2004: 233). از همین رو همو می‌گوید: من با احتیاط کامل نتیجه می‌گیرم که ما باید از حق مجازات نشدن حمایت کنیم (هوساک، ۱۳۹۰: ۱۶۸). اگرچه افرادی مانند هوساک و هم‌فکران او از حیث نگاه حقوق طبیعی و فردگرایی و لزوم به‌کارگیری جنبه‌های اصلاحی مجازات نسبت به این حق می‌نگرند؛ در صورتی که اثبات‌گرایان حقوقی و حتی جمع‌گرایان^۱ چنین باوری نسبت به حق بر مجازات نشدن، ندارند.

چیستی و هستی حق بر مجازات نشدن را می‌توان از منظرهای گونه‌گون رویکردهای حقوقی (طبیعی و اثباتی) و دیدگاه‌های اندیشمندان موافق و مخالف آن بازشناسی کرد. به طوری که پوزیتیویست‌های حقوقی و جمع‌گرایان راجع به هستی چنین حقی اقبال چندانی از خود نشان نمی‌دهند و چه بسا مجازات را نقطه مقابل حق آدمی و حتی تکلیفی برای دولت در جهت سامان‌دهی امور جامعه می‌دانند (حسینی و محمودی جانکی، ۱۳۹۹: ۱۲۹). به‌عنوان نمونه نظریه «از دست

دهی حق بر مجازات نشدن» در صدد پی افکندن شالوده‌ای حقوقی و اخلاقی جهت توجیه رواشماری اعمال قهر بر فردی است که حق توجیه‌پذیری از یک فرد را به‌طور ناموجهی نقض نموده است (خدادادی، ۱۴۰۰: ۳۷). در صورتی که طرف‌دارن حقوق طبیعی و فردگرایان در مجموع موافق چنین حقی می‌باشند. به نظر می‌رسد نوع نگاه به حق و مجازات از دو دیدگاه حقوق طبیعی و اثباتی، چیستی و هستی این حق را بیشتر و بهتر نمایان می‌سازد. زیرا تفاوت در نوع نگاه نسبت به مقوله حق، باعث تفاوت در نوع نگاه نسبت به چیستی مجازات، و به تبع آن باعث تفاوت در نوع دیدگاه نسبت به چیستی و هستی «حق بر مجازات نشدن» هم می‌شود.

پرسش اساسی در این مقال این است که «حق بر مجازات نشدن» چیست؟ و نیز اینکه آیا حقی با عنوان «مجازات نشدن»، بما هو حق، وجود دارد یا خیر؟ مبرهن است که اولاً این حق از جمله حقوق بنیادین و طبیعی است که از سایر حقوق طبیعی خود اثبات دیگر مانند حق بر زندگی و حق بر آزادی صیانت می‌کند. اگرچه این حق، حقی است مقید (مشروط به شرایطی) و به واقع حقی مطلق و خدشه‌ناپذیر نمی‌باشد؛ ثانیاً چنانچه قرار باشد از مهم حقوق طبیعی (مانند حق بر زندگی) در مقابل ابزار خشن مجازات صیانت شود، به ناچار باید به ابزارهای موجه‌ساز صیانت از آن هم التفات شود که مقوله وجودی حق بر مجازات نشدن هم یکی از ابزارهای نظری موجه‌ساز بسیار مهم در این زمینه می‌باشد. اگرچه برای پرسش دوم پاسخ‌های منفی‌ای هم از سوی اثبات‌گرایان حقوقی و جمع‌گرایان ارائه شده است که در قسمت نخست این مقاله به مطالعه آن‌ها پرداخته می‌شود.

با توجه به اینکه موضوع این مقاله، مطالعه چیستی و هستی حق بر مجازات نشدن است، از همین روی در ادامه، ابتدا در قسمت (۱) رویکرد حقوق اثباتی با اشاره به نظریات برخی از فلاسفه مخالف حق بر مجازات نشدن؛ در قسمت (۲) رویکرد حقوق طبیعی به همراه برخی از نظریات فلاسفه موافق این حق مطالعه می‌شود.

۱. رویکرد پوزیتیویستی (اثباتی)

رویکرد پوزیتیویستی (اثباتی) نسبت به حق در مقابل رویکرد طبیعی راجع به حق معنا می‌شود. رویکرد اثباتی، حق را در دنیای مادی و محسوس مربوط به قوانین موضوعه تعریف و دنبال می‌کند و به واقع به عالم اخلاق، ماوراء الطبیعی و فطرت آدمی در وضع قانون و حقوق ناشی شده از آن‌ها، توجهی نمی‌کند. طبق این دکترین حقوقی، قوانین، حاصل قرارداد و امرونی انسان‌ها هستند و هیچ پیوندی میان حقوق و اخلاق وجود ندارد (الماسی و واعظی، ۱۴۰۱: ۷). بنتام فایده‌باور از جمله پوزیتیویست‌های نامدار است که با تخیلی شمردن حقوق طبیعی در تعریف حقوق اثباتی می‌گوید: قانون طبیعی، حقوق طبیعی هر دو از انواع داستان‌های ساختگی و تخیلی هستند که نقش مهمی را

در کتاب‌های قانون بازی می‌کنند؛ که شایسته است آن دو [کتاب‌های قانون و حقوق طبیعی] در کنار همدیگر بررسی شوند. معنی اولیه و عرفی قانون، اراده و یا فرمان^۱ قانون‌گذار است و قانون طبیعی حالت ساختگی و مجازی^۲ دارد و با همین حالت ساختگی و مجازی اش به خود نام قانون می‌گیرد (Bentham, 1931: 82-83). منظور بنتام این است که تمایلات بشری، به‌خصوص تمایلاتی که بیشتر برخاسته از باورهای شخصی می‌باشند، نمی‌توانند به‌عنوان قانون تلقی شوند. زیرا تمایلات بشر به‌جز احساس لذت و یا درد و رنج نیست و به این دست از تمایلات نفع باور هم نمی‌توان نام «قانون» و در نتیجه عنوان «حق ناشی شده از قانون» نهاد. در باور پوزیتیویستی قانون همان است که یک مرجع مافوق قدرت بشری (اعم از پادشاه و یا هیئت حاکمه قانون‌گذاری) آن را تصویب و اعمال می‌نماید. نظریه آستین^۳ با عنوان «نظریه فرمان^۴» و نظریه کلسن^۵ با عنوان «قاعده بنیادین^۶» یا اُم‌القواعد در میان طرف‌داران رویکرد اثباتی حق، ازجمله نظریات مهم در این زمینه می‌باشند.^۷ مطابق نظریه آستین، اولاً فرمان یا حکم باید از سوی حاکم صادر شود؛ ثانیاً قانون موجد حق باید یک ضمانت‌اجرایی در صورت تخلف از آن در پی داشته باشد، در غیر این صورت فرمان و یا حکم تفاوتی با خواهش و نصیحت نخواهد داشت. البته مسلم است از نگاه حقوق کیفری با پند و اندرز نمی‌توان هر جامعه‌ای را با توجه به بافت فرهنگی و عقیدتی آن به‌طوری که باید، هنجارمند ساخت. بر همین اساس در نظر آستین مجازات کیفری، بزرگ‌ترین ضمانت‌اجرای تخطی از فرمان حاکم است. آستین مجازات را به‌عنوان شری تعریف می‌کند که میزان آن به مقدار کوتاهی فرد در اطاعت از خواست‌های حاکم تعیین می‌شود (رستمی، ۱۳۹۵: ۴۸۷). با این وصف این نظریه و حتی «نظریه ضمانت‌اجرا» در تعریف حق، هر دو مفهوم و ساحت حق را به‌تهدید به ضمانت‌اجرا، به‌ویژه تهدید

1. Command

2. Figurative

۱. آستین با رویکرد واقع‌بینانه و اثباتی خود، قانون و حق را آن گونه که موجود است به تصویر می‌کشد و نه آن گونه که باید باشد و قانون موجد حق را در فرمان حاکم جستجو می‌کند.

4. Command Theory

۵. مکتب اتریشی هانس کلسن هم در شمار پوزیتیویست‌های حقوقی است. او حق‌ها را سلسله‌مراتبی بسیار منظم و منضبط می‌داند که در هر نظام حقوقی قاعده حقوقی فرودست (قانون عادی) اعتبار و قدرت خود را از یک قاعده حقوقی فرادست (قانون اساسی) می‌گیرد.

6. Grund-norm

۷. بدیهی است که این نظریات با توجه به ماهیت حقوقی خود، بیش از سایر نظریات تجربه‌گرا و حس‌گرای پوزیتیویست‌ها با موضوع این مقاله مرتبط هستند و به همین جهت از بین همه نظریه‌های اثباتی، به مطالعه همین نظریه‌ها بسنده می‌شود.

به اعمال مجازات فرو می‌کاهند. یعنی اینکه اگر از حیث کیفری، ضمانت‌اجرائی، حق بزه‌دیده را در برابر بزه‌کار، تضمین کرد، پس گفته می‌شود، او مُحَقِّق است و در غیر این صورت بی‌حق محسوب می‌شود! برخی هم با این تصور که حق و وظیفه^۱ به صورت دو روی یک سکه می‌باشند و هر جا که برای شخصی حقی است در مقابل برای دیگری وظیفه‌ای وجود خواهد داشت، می‌نویسند: وظیفه و تعهدی موجود نخواهد بود مگر آنکه مرجعی وجود آن را با تحمیل مجازات در نوع خاصی تضمین کرده باشد. چون که حقوق مستلزم وظایف است، همچنین حقوق مستلزم مجازات‌ها است (Edmundson, 2004: 35). این نویسنده هم به مانند آستین، ساحت حق را به وجود ضمانت‌اجرای پشتیبان آن فرو می‌کاهد. بدیهی است مطابق چنین دیدگاه‌هایی دیگر جایگاه چندانی برای بحث از هستی حق بر مجازات نشدن باقی نمی‌ماند.

البته منتقدان نظریه فرمان و نظریه ضمانت‌اجرا، انگشت انتقادشان را به درستی به خصیصه ضمانت‌اجرای حق (قانون) گذاشته‌اند. قواعد حقوقی صرفاً برای این نیست که بگویند فلان مجازات در انتظار شماست. بلکه یک قاعده حقوقی باید به مثابه دلیل عمل کند که بتواند بیانگر و توجیه‌کننده ضمانت‌اجرائی خود باشد (موحد، ۱۳۹۹: ۲۶۰). نکته غریب و شگفت‌انگیزی که نظریه ضمانت‌اجرا به همراه دارد آن است که مطابق این نظریه اگر مراجع عمومی حمایتی از حق‌های اشخاص نکرده، ما قادر نخواهیم بود که از حق‌های آن اشخاص سخن بگوییم. به عبارت ساده‌تر، مطابق این نظریه عدم حمایت از یک حق مترادف با کنار گذاشتن یا نبود آن حق است (جونز، ۱۳۹۲: ۷۱). انتقادی که به رویکرد پوزیتیویستی نسبت به حق، به طور کامل وارد می‌باشد. چه اینکه ضمانت‌اجرا (مجازات) همیشه نتیجه و پشتوانه حق محسوب می‌شود و نه بالعکس. به بیان دیگر این حقوق از پیش تعریف شده می‌باشند که به ضمانت‌اجراها وجود عینی و خارجی می‌بخشند و آن‌ها را وارد عرصه وجود می‌کنند و ضمانت‌اجراها که وجود آن‌ها مشروط به نقض پاره‌ای از حقوق است، هیچ گاه نمی‌توانند مؤلّد و موجد حق باشند. حتی از نظر فلسفی هم معلول نمی‌تواند موجد علت باشد. چنان‌که روسو می‌گوید: زور ایجاد حق نمی‌کند (روسو، ۱۳۴۱: ۴۱). به باور نگارندگان، همین کاستی موجود در نظریه آستین که مفهوم حق را به تهدید به مجازات و ضمانت‌اجرا به این شکل فرو می‌کاهد، در عنوان اصلی این نوشتار یعنی «حق بر مجازات نشدن» هم نمود و ظهور عینی پیدا می‌کند. به طوری که در نگاه آستینی نسبت به حق، هیچ گاه حق بر مجازات نشدن را نمی‌توان در شمار حقوق آدمی برشمرد. زیرا در شرایطی که در اکثر نظام‌های حقوقی و حتی در نزد اکثر فلاسفه

حقوق کیفری، هنوز مقوله حق بر مجازات نشدن، به طوری که باید، به رسمیت شناخته نشده و بازشناسی نگردیده است، پس به چه سان می‌توان وجود ضمانت‌اجرایی را نسبت به نقض غیر مشروع چنین حق تازه بازشناسی شده، انتظار داشت؟ حقی که موجودیتش در نزد برخی (مخالفان) هنوز محل تردید است، پس در نگاه آستینی در صورت نقض آن، ضمانت‌اجرایی از آن حمایت نخواهد کرد تا بتوان اسم حق را بر آن مترتب نمود. از همین رو آستین را می‌توان در زمره مخالفان حق بر مجازات نشدن محسوب کرد.

مکتب اتریشی هانس کلسن هم در شمار پوزیتیویست‌های حقوقی است. اما تفاوت دیدگاه ایشان با آستین در نحوه وضع و پیدایش حق‌ها است. او برعکس آستین که قانون موجب حق را تابع فرمان حاکم می‌دانست، حق‌ها را سلسله‌مراتبی بسیار منظم و منضبط می‌داند که در هر نظام حقوقی قاعده حقوقی فرو دست اعتبار و قدرت خود را از یک قاعده حقوقی فرادست می‌گیرد. به نظر کلسن هر جامعه‌ای یک پایه اصلی یا قاعده بنیادین حقوقی دارد که کل نظام حقوقی اعتبار خود را از آن می‌گیرد. مثلاً در کشورهای دارای قانون اساسی همین قانون اساسی است که چنین نقشی دارد و اعتبار کلیه قوانین دیگر منوط به موافقت با قانون اساسی است و در حقوق بین‌الملل قاعده احترام به پیمان‌ها، همین نقش را بر عهده دارد. سلسله‌مراتبی در میان قواعد حقوقی وجود دارد و هر قاعده اعتبار خود را از قاعده بالاتر می‌گیرد. در نهایت کلیه قواعد به قاعده‌ای که اُم‌القواعد است منتهی می‌گردد و این اُم‌القواعد است که وحدت و انسجام کل نظام حقوقی کشوری را تضمین می‌کند (موحد، ۱۳۹۹: ۲۵۴-۲۵۳). بنابراین کلسن هم به وجود قوانین بشرنوشت با نگاه خاص خود اصالت می‌بخشد. بدیهی است که طبق این دیدگاه هم، حق‌ها، از جمله حق بر مجازات نشدن، تنها در صورتی ظهور خواهند کرد که در «اُم‌القواعد حقوقی» پیش‌بینی شده باشند؛ در غیر این صورت جایگاهی برای صحبت از هستی آن باقی نخواهد ماند.

ادله و مبانی اثبات‌گرایان مخالف حق بر مجازات نشدن با توجه به تمرکز آن‌ها به مجازات، لزوم توجیه آن و کارکردهای مجازات، در تاریخ حقوق کیفری، به‌ویژه در دیدگاه طرف‌داران سزاگرایی و حتی فایده‌گرایی قابل توجه می‌نماید. البته در کنار این دیدگاه‌ها، معیارهایی مانند لزوم حفظ نظم عمومی، ابزار حکومتی بودن مجازات، خصیصه ارباب، بازدارندگی عام و خاص مجازات و حتی منفعت‌پنداری مجازات، بهانه‌ای برای نپذیرفتن عنوان مجادله‌برانگیز حق بر مجازات نشدن، در نزد مخالفان می‌باشد. در کل به نظر می‌رسد در عرصه نظریه‌پردازی، سزاگرایان، فایده‌گرایان (البته به‌طور ملایم‌تر)، کمال‌گرایان و طرف‌داران رویکرد پوزیتیویستی نسبت به حق، در شمار مخالفان حق بر مجازات نشدن باشند. تا جایی که برخی از مخالفان حق بر مجازات نشدن، می‌گویند: مجازات شر

نیست و بلکه منفعتی برای بزهکار است (Dubber, 1998: 127). که به نظر می‌رسد نقطه عطف دیدگاه نظری موافقان و مخالفان این حق، در همین نکته بسیار مهم نهفته باشد که گروه اول مجازات را شر و گروه دوم آن را منفعت (دست‌کم برای بزهکار) تلقی می‌کنند. با این وصف، اثبات‌گرایان نه به حق بر مجازات نشدن بزهکار، بلکه به حق بر مجازات شدن همو مُصِر بوده و می‌اندیشند. بنابراین فیلسوفانی که دیدگاه آن‌ها به حقوق اثباتی و یا حتی جمع‌گرایی نزدیک است را می‌توان در شمار مخالفان این حق برشمرد که در ادامه به آرای برخی از آن‌ها اشاره می‌شود.

هراکلیتوس، افلاطون و ارسطو در بین فلاسفه قدیم از جمله کسانی هستند که به مفهوم حق بر مجازات نشدن روی خوش نشان نمی‌دهند. هراکلیتوس با توجه به نظر تحقیرآمیزی که نسبت به نوع بشر داشت او را به این نتیجه رسانید که فقط زور می‌تواند انسان را وادارد که مطابق خیر و صلاح رفتار کند. می‌گوید: هر حیوانی به ضرب چماق به چراگاه رانده می‌شود! و باز [می‌گوید]: خران‌گاه را بر طلا ترجیح می‌دهند! (راسل، ۱۳۴۰: ۴۶). حتی خشونت نظری هراکلیتوس تا حدی است که جنگ را در تعبیر خود پدر و پادشاه همگان می‌داند و معیار تمیز فرادستی و یا فرودستی را زور و قدرتی می‌داند که باعث می‌شود شخص یا گروهی به زور سرنیزه به قومی پیروز شده و در نهایت تدبیر امور آن‌ها را با این روش به‌عهده بگیرند. طوری که ابزار کیفردهی در حقوق کیفری هم خود یکی از راه‌های تحمیل مصالح و منافع به مردمان در تصور هراکلیتوس است. دیدگاهی که منطبق با تفکر ماکیاوولی در کتاب شهریار است.

افلاطون اگرچه در میان فلاسفه موافق مجازات شدن در رساله‌هایی همچون قوانین، گرگیاس^۱ و پروتاگوراس^۲ است. اما این فیلسوف انسان‌دوست (بر عکس هراکلیتوس) با تصریح بر کیفر عادلانه و بیمار انگاشتن بزهکار که نیاز حتمی به درمان از سوی قاضی (به‌مثابه پزشک) دارد، روی نرم‌خویی را به هنگام کیفر به بزهکاران نشان می‌دهد. افلاطون دارای این باور است با بزهکار بیمار نیاز به خشونت در مجازات نیست. اگرچه تعارضاتی هم در آرای وی در این زمینه مشهود است که برخی از افلاطون‌شناسان علت این تعارضات در اندیشه وی را مربوط به تقدم و تأخر در نوشتن رساله‌های پیش گفته دانسته و بر این گمان می‌باشند که علت تغییر موضع نظری آن فیلسوف ممکن است در طول زمان (یعنی فاصله زمانی نگارش آن سه رساله و یا رساله‌های دیگر مانند جمهوری) باشد. اما آنچه در نظریات افلاطون بیش از همه درباره مجازات برجسته می‌نماید، این است که وی با تقسیم‌بندی بزهکاران به دو گروه درمان‌پذیر و غیرقابل‌درمان، مدعی است که مجازات در نفس خود ابتدا به خاطر

1. Gorgias

2. Protagoras

اصلاح روح و رفتار بزهکارانِ درمان‌پذیر است. اگر این‌طور فرض کنیم که افلاطون وجود نهاد کیفر را در جامعه به‌عنوان امری ضروری و اجتناب‌ناپذیر دانسته است، تنها افزودن کارکرد اصلاحی به آن می‌تواند وجودش را توجیه کند (اثیمی، ۱۳۹۶: ۱۴۴). همچنین ایشان مجازات اعدام را درباره بزهکاران غیرقابل‌اصلاح و درمان‌به این جهت تأیید می‌کند که: (۱) با اعمال مجازات اعدام دیگر بزهکار قادر نیست به خود ضرری وارد کند (چه اینکه افلاطون اولین و مهم‌ترین شخص متضرر از بزه را در ابتدای امر خود بزهکار را می‌داند)؛ (۲) به باور وی با اعمال مجازات اعدام، بزهکار به پالایش روح رسیده و از عذاب اخروی‌اش به این مناسبت کم می‌شود. شاید از همین نقطه‌نظر اصلاح‌باور است که افلاطون سزاگرایان و خط‌فکری‌ان‌ها به شدت به باد انتقاد می‌گیرد. در پروتاگراس صریح‌ترین انتقادات را به روش سزاگرایی وارد می‌کند. او می‌گوید هیچ‌کس گناهکاران را به خاطر صرف ارتکاب جرم، کیفر نمی‌دهد. زیرا این کار ناشی از طبعی حیوانی است و در آن خرد راه ندارد (افلاطون، ۱۳۹۸: ۸۲). در نگاه افلاطونی علاوه بر اینکه به سزاگرایی حمله می‌شود، این باور هم نهفته است که مجازات بزهکار هم مایه عبرتی برای خود اوست و هم موجب تنبه دیگران. اگر علت مجازات گناهکاران را بررسی کنید خواهید دید که هیچ‌کس گناهکاری را تنها به جهت ارتکاب گناه مجازات نمی‌کند. مگر آنکه مجازات‌کننده از خرد بری باشد و چون جانوری درنده درصدد انتقام جویی برآید. آنکه گناهکاری را به فرمان خود به کیفر می‌رساند، نه بدان جهت است که گناهی از او سر زده، زیرا با کیفر نمی‌توان گناه وقوع‌یافته را از میان برد. بلکه برای آن است که هم خود گناهکار عبرت بگیرد و هم دیگران، تا در آینده هیچ‌یک از آنان درصدد ارتکاب گناه بر نیایند. پس هر مجازات‌کننده‌ای این معنی را در نظر دارد که قابلیت اجتماعی فراگرفتنی است و با کوشش و تمرین می‌توان آن را به دست آورد و مراد مجازات‌کننده این است که گناهکاران از راه نادرستی که در پیش گرفته‌اند، برگردند (افلاطون، ۱۳۹۸: ۸۶-۸۵). البته در رساله پروتاگراس از این جهت از واژه «تنبه» استفاده می‌شود که افلاطون به آموختن و فضیلت‌مداری مردمان (ولو بزهکاران) از طریق آموزش بهای ویژه‌ای می‌دهد؛ به‌نحوی که ایشان فلسفه اعمال مجازات را هم نوعی آموزش تلقی می‌کند که نتیجه آن در غایت مجازات که خود شامل دو رویکرد است متبلور می‌شود. غایت مجازات در نظر آن فیلسوف عبارتند از الف) افزایش خصوصیات نیک در بزهکار؛ ب) کاهش خصوصیات بد در بزهکار.

در نهایت افلاطون، که به‌طور اساسی فلسفه‌ای غایت‌گرا دارد، با اعتقاد به اینکه کیفر می‌تواند در اکثر مواقع فضیلت را در انسان ایجاد کند، از این رویکرد توجیهی در امر مجازات دفاع می‌کند. در پاسخ به این پرسش، که چرا افلاطون در بین اولویت دادن به رویکرد بازدارنده، که جمع‌بیشتری را منتفع خواهد کرد و روش اصلاح‌گرایی، تمرکز به شخص مجرم را انتخاب می‌کند، باید به ماهیت

و اثر فعل مجرمانه از منظر او توجه کرد. جرم، در نظر او، پدیده‌ای است شرور، ناشی از جهل که پیش از هر کس، به خود مرتکب آسیب می‌زند. بنابراین هیچ‌کس عامدانه به دنبال شرارت نمی‌رود و در قبال فردی که با این پیش فرض، مرتکب اعمال خلاف فضیلت می‌شود، افلاطون به جای سرزنش یا انتقام، هم‌دردی عمل‌گرایانه را پیشنهاد می‌کند (اثیمی، ۱۳۹۶: ۱۸۶-۱۸۵). اما ارسطو ادعای خویش را این‌گونه طرح می‌نماید که خیلی از مردم از احساس شرم عاری‌اند و تنها در برابر ترس سر تسلیم فرود می‌آورند و از ارتکاب اعمال زشت نه برای اینکه ننگین‌اند، بلکه از این جهت که کیفر به دنبال می‌آورد خودداری می‌کنند (راسل، ۱۳۴۰: ۲۱۹). نگاه ارسطو در این زمینه منطبق با منطق فایده‌انگارانی مانند بنتام است. زیرا محاسبه زیان (کیفر) را در نزد اکثر مردم در راستای انجام رفتارهای بزهکارانه دخیل می‌داند.

در میان فلاسفه دوره رنسانس، نیکولو ماکیاولی که در کتاب شهریار پیشنهاد می‌کند «پادشاه» باید در امور زمامداری، به‌طور هم‌زمان دارای صفات شیر و خصلت روباه بوده و در حفظ ارکان حکومت خویش از هیچ فریب‌کاری دریغ ننماید (ماکیاولی، ۱۳۹۸ [الف]: ۴۸). همو در کتاب گفتارهای می‌نویسد: دولت منظم هرگز نباید از جرایم شهروندانش به خاطر خدماشان چشم‌پوشد، بلکه باید برای خدمت پاداش معین کند و برای جنایات مجازات؛ اگر شهروندی که برای عمل نیک پاداش گرفته است، مرتکب جنایت شود دولت باید او را بدون توجه به خدمت پیشین‌اش به کیفر برساند. آنجا که این قاعده به دقت رعایت شود آزادی پایدار می‌ماند و در غیر این‌صورت دولت زود از میان می‌رود. اگر شهروندی به سبب خدمت به جامعه حرمت و اعتبار به دست آورده است، بیندیشد که می‌تواند مرتکب جرم شود، بی‌آنکه از مجازات بترسد به زودی مرتکب چنان جرایمی می‌شود که نظم جامعه را مختل می‌سازد. اما اگر جامعه‌ای بخواهد شهروندانش از مجازات بترسند باید برای اعمال نیک پاداش معین کنند، همان کاری که رومیان می‌کردند (ماکیاولی، ۱۳۹۸ [ب]: ۱۰۵). البته نگاه ماکیاولی به مجازات به مانند ابزاری است که بهره‌گیری از آن را در تداوم عمر و اقتدار حکومت‌ها کارگر می‌داند. امری که در کتاب شهریار هم مراد نویسنده بوده است. به واقع دیدگاه ماکیاولی نسبت به لزوم مجازات برگرفته از اندیشه‌های پوزیتیویست حقوقی و یا باریک‌بینی‌های فلاسفه کیفری نیست و اگر هم ایشان به لزوم کیفر توجه دارد، تنها از حیث تضمین عمر حکومتی شهریاران است و نه غیر از آن. اما پیشنهاد جالب توجه ایشان مقرر داشتن پاداش برای رفتارهای نیک است که عملی نمودن آن در مقایسه با اعمال کیفر در برابر بزه، باعث می‌شود شهروندان دارای استعداد بزهکاری، به جای اینکه بر اساس اصل سودمندی بخواهند سود خود را در ارتکاب رفتار پر تنش بزهکارانه ببینند، حصول آن را در انجام رفتارهای پاداش‌انگیز جست‌وجو

می‌نمایند. تغییر پاداش و کیفر به این شکل در صورت نهادینه شدن در دستگاه عدالت کیفری می‌تواند اثر بس شگرفی را از خود بر جای بگذارد.

جرمی بنتام هم به‌عنوان یک پوزیتیویست حقوقی، حق بر مجازات نشدن را به رسمیت نمی‌شناسد. زیرا ایشان با نگاه فایده‌باور به درد و لذت در محاسبات آدمی در تعقیب منافع و پرهیز از مضار خویش، با شر پنداشتن رفتارهای بزهکارانه، مجازات را به‌عنوان درد و رنجی که باید در مقابل لذت‌کدایی حاصل از بزه، به بزهکار تحمیل شود، توجیه می‌نماید. رفتار ممنوع شده چیزی است که ما آن را بزه می‌نامیم. به‌دلیل ممنوعیت‌ها در این خصوص، تعیین مجازات لازم می‌آید (Bentham, 1931: 54). البته بنتام با اینکه موافق مجازات شدن بزهکار است، اما با نگاه بسیار موشکافانه‌ای تحمیل مجازات را در چهار مورد شایسته نمی‌داند و می‌نویسد جایی که: ۱) مجازات به‌صورت ناصحیح اعمال می‌شود؛ ۲) وقتی که مجازات بی‌اثر و ناکارآمد است؛ ۳) هنگامی که مجازات اضافی و زائد است؛ ۴) مجازات‌های بسیار پرهزینه؛ نباید تحمیل و اجرا بشوند (Bentham, 1931: 322). با این دیدگاه، نمی‌توان گفت که بنتام به‌طوری جدی و سرسخت، مانند هراکلیتوس به حق بر مجازات نشدن می‌تازد، بلکه همو با تمرکز به واقعیت‌ها و معضلات ناشی از مجازات، اعمال مجازات را تنها در شرایطی به‌صورت تعدیل شده می‌پذیرد که با هر چهار پیش شرط اعلامی هم‌سو باشد. اگرچه بنتام عدم اعمال مجازات در این چهار مورد موصوف را نه از این حیث که مجازات نشدن، حق بزهکار است، تذکر می‌دهد، بلکه هر یک از آن‌ها را در قالب دلایل فلسفی خود به بحث می‌نشیند.

باروخ اسپینوزا فیلسوف خردگرای عصر روشنگری هم که ناتوانی انسان در تسلط به عواطف خود و جلوگیری از آن‌ها را «بندگی» می‌نامد با این استدلال که با قدرت عقل نمی‌توان به مهار این نوع بندگی رفت، اعمال مجازات را به‌عنوان راه حل فائق آمدن به بندگی انسان عنوان می‌کند. همو در کتاب اخلاق می‌نویسد: ممکن نیست از عاطفه‌ای جلوگیری شود، مگر به‌وسیله عاطفه‌ای که قوی‌تر از آن و مخالف آن باشد. و اینکه هر کسی از ایذاء دیگران به‌واسطه ترس از ایذاء شدیدتر امتناع می‌ورزد. لذا طبق این قانون وقتی جامعه امکان استقرار می‌یابد که حق انتقام و قضاوت در خصوص خیر و شر را در دست خود نگه دارد و در نتیجه دارای قدرت تقریر قاعده عمومی زندگی، وضع قوانین و حمایت از آن‌ها باشد، اما نه به‌واسطه عقل که نمی‌تواند از عواطف جلوگیری کند (تبصره قضیه ۱۷، همین بخش) بلکه به‌واسطه مجازات این اتفاق می‌افتد (اسپینوزا، ۱۳۷۶: ۲۵۳-۲۵۲). چنان‌که

1. Mis-applied
2. Inefficacious
3. Superfluous
4. Too expensive

ملاحظه می‌شود با اینکه اسپینوزا دانشمند عصر روشنگری است، ایشان هم با نگاه سزا و سرکوب محض به مجازات نگاه می‌کند و دلیل چندان موجهی را درخصوص ادعای خود ارائه نمی‌دهد.

روسو هم در شمار مخالف‌های حق بر مجازات نشدن می‌باشد. با اینکه ایشان مجازات را در قالب قرارداد اجتماعی منعقد شده در بین مردمان و نه صرفاً به‌عنوان فرمان حاکم مراد پوزیتیویست‌ها، توجیه و معنی می‌کند، باز هم به وجود مجازات رأی مثبت می‌دهد؛ اگرچه مجازات بخواهد به ضرر ایجاد کنندگان قرارداد اجتماعی (فرد فرد مردم) باشد. منظور از قرارداد اجتماعی حفظ تعهدکنندگان است. برای رسیدن به این مقصود باید به هر وسیله‌ای که ممکن است متشبث شد. ولو اینکه در آن وسیله احتمال خطر، بلکه بیم هلاکت باشد. عموم اعضای جامعه برای آنکه کشته نشوند، تصمیم گرفته‌اند هر کسی که آدم کشت را به قتل برسانند. بنابراین اگر یکی از آن‌ها قتل نفس کرد، باید به مجازاتی که خودش به آن رأی داده راضی باشد (روسو، ۱۳۴۱: ۷۴-۷۳). چنان‌که کلر فینکلشتاین هم در این باره معتقد است: تفکر الغای مجازات اعدام مواجه با نقص است. زیرا کسی که وجود قانون را در جای خودش قبول می‌کند، چنین شخصی باید بپذیرد که قربانی همان قانون شود (Spano, 2021: 224). همچنین از نقطه نظر سیاسی هم گفته شده است: حق بر مجازات نشدن در نفس خود ارزشمند است، زیرا این حق از شهروندان در مقابل قدرت قهری مقام سیاسی حمایت می‌کند. چه اینکه به‌موجب این حق شهروندان می‌توانند نتایج امور سیاسی را ارزیابی کرده و اگر ناراضی کننده بود، با آن مخالفت نمایند (Lewis, 1984: 271). چنان‌که پیداست، استقبال لوئیس از حق منظور، بیشتر از این جهت است که با تمسک به این حق، امکان محاکمه و مجازات آن دسته از مقامات سیاسی که به اعتبار موقعیت شغلی خود مرتکب جرم می‌شوند، وجود خواهد داشت، تا شهروندان عادی هم از این جهت، حق برابری همگان در مقابل قانون و نیز حق بهره‌مندی از آزادی عقاید خویش را حس کنند.

همچنین هربرت موریس از جمله مخالفان سرسخت حق بر مجازات نشدن می‌باشد. او باور خویش را در این خصوص در قالب چهار گزاره مطرح می‌کند. اول، ما از حق مجازات نشدن برخورداریم؛ دوم این حق برگرفته از یک حق بشری اساسی دیگر به مفهوم حق بر مورد رفتار (واکنش) قرار گرفتن، به‌عنوان «یک انسان» است؛ سوم، این حق بنیادین، حقی طبیعی، غیرقابل انکار و مطلق است؛ چهارم، اینکه انکار چنین حقی، دلالت ضمنی بر انکار همه حقوق و وظایف اخلاقی دارد (Morris, 1968: 476). همچنین موریس با برجسته نمودن مقوله‌هایی همچون کرامت انسانی و اختیار در بزه‌کار، وی را از این حیث مستحق مجازات دانسته و به همین اعتبار حتی مجازات را نسبت به اصلاح و درمان بزه‌کار هم ترجیح می‌دهد. موریس نه تنها عدم تحمل مجازات و جایگزینی هر پاسخ دیگر از جمله اصلاح و درمان را مغایر با جایگاه بزه‌کار به‌عنوان یک شخص می‌داند، بلکه الزام بزه‌کار

به قبول عفو و گذشت از اعمال مجازات را نیز واجد چنین نتیجه‌ای تلقی می‌کند. به عبارت دیگر اگرچه عفو و گذشت از اعمال مجازات نسبت به بزهکار به نفع اوست، لیکن اگر چنین عفو و گذشتی بدون رضایت بزهکار نسبت به او صورت گیرد، نوعی انکار هویت بزهکار به‌عنوان یک شخص آزاد، مسئول و مختار تلقی شده، کرامت انسانی او را در معرض تهدید قرار می‌دهد (غلامی، ۱۳۹۵: ۱۷۷). اما نکته بسیار مهم و قابل تأمل در گفتمان موریس این است که ایشان، با اینکه طرفدار حق بر مجازات شدن است، از این حیث که مجازات را واجد خصیصه درد و درنج می‌داند به همین اعتبار می‌نویسد: واکنش فوری در مقابل اظهار این ادعا که چنین حقی وجود دارد، حیرت برانگیز است (Morris, 1968: 476).

توماس هابز هم در کتاب *سِترگ لویاتان* با شر و رنج‌آور توصیف کردن مجازات، نظریه به‌نسبت جامع‌تری از حق بر مجازات شدن ارائه می‌کند. او می‌نویسد: با تأسیس دولت هر کس حق دفاع از دیگری را از دست می‌دهد و نه حق دفاع از خویشتن را. همچنین فرد [به‌عنوان طرف قرارداد اجتماعی] خود را موظف به مساعدت به صاحبان حاکمیت در امر مجازات دیگری می‌سازد نه در امر مجازات خودش. اما عقد پیمان در امر مساعدت به حاکم برای آسیب رساندن به دیگری، به معنی اعطای حق مجازات به وی نیست، مگر آنکه عاقد پیمان، خود دارای چنین حقی بوده باشد. پس آشکار است که حقی که دولت (یعنی شخص یا اشخاص نماینده آن) در امر مجازات دارد مبتنی بر واگذاری یا اعطای آن از جانب اتباع نیست. اما به‌علاوه پیش‌تر نشان داده‌ایم که پیش از تأسیس دولت هر کس نسبت به هر چیزی حق داشت و می‌توانست هر آنچه را که لازمه صیانت از نفس خود می‌شمرد انجام دهد، و از جمله به آن منظور هر کسی را که بخواهد به انتقیاد بکشد، زخمی کند و یا به قتل برساند. و همین مبنای حق مجازات است که در همه دولت‌ها اعمال می‌شود (هابز، ۱۴۰۰: ۲۸۵). هابز در نظریه خود مجازاتی را ممدوح می‌دارد که در لوای حاکمیت قانون باشد. او مجازاتی که ناشی از آسیب‌ها و انتقام‌های خصوصی و یا بدون توجه به اصلاح بزهکار و فرمانبرداری از حاکم مشروع باشد را نمی‌پذیرد و با عنوان عمل خصمانه از آن یاد می‌کند. هدف مجازات انتقام‌جویی و تخلیه خشم و غضب نیست، بلکه اصلاح مجرم و یا اصلاح دیگران با دادن درس عبرتی از آن است (هابز، ۱۴۰۰: ۳۱۱). همچنین هابز به تفاوت‌های رفتاری افراد با لحاظ درجات تقصیرشان و اصل تناسب جرم و مجازات^۱ می‌پردازد (Hüning, 2007: 224). در حالی که برخی از طرفداران حق بر مجازات شدن مانند موریس، برخلاف هابز، هیچ‌گاه در اجرای چنین حقی از لزوم وجود مفروضاتی در این زمینه، مانند اصلاح و درمان بزهکار و یا اصل تناسب سخن نمی‌گویند.

1. The principle of the proportionality of punishments

سزاگرایان افراطی هم دیدگاه سرسختی درخصوص ترسیم اهداف مجازات دارند. در دکترین تخصصی، اهداف مختلفی برای مجازات اختصاص داده می‌شود، مانند: پیشگیری عام، پیشگیری خاص و سزاگرایی (Mitra-Niță, 2021: 164). بنابراین سزاگرایان ساحت مجازات را به حد اعمال سزا نسبت به بزهکار بر مبنای استحقاق او فرو می‌کاهند و در باور آنان حق مورد مطالعه ما، یعنی حق بر مجازات نشدن، هیچ مفهوم و جایگاهی ندارد. حتی آن‌ها مجازات کردن بزهکار را حق دولت می‌دانند. در مجموع این ادعا به دور از حقیقت نخواهد بود که مخالفان حق بر مجازات نشدن، از عقاید سزاگرایی برخوردارند.

۲. رویکرد حقوق طبیعی

حقوق طبیعی در برابر حقوق اثباتی (موضوعه)، قرار دارد و در زیرمجموعه حق‌های اخلاقی قابل دسته‌بندی است. همان طور که از عنوانش پیداست، به‌طور طبیعی در ذات دارندگان حق ثابت و به واقع مربوط به ماهیت وجودی انسان است^۱ (مانند حق بر آموزش و بهداشت، حق بر زندگی، حق بر صلح و امنیت، حق بر عدم شکنجه و یا حق بر عدم مجازات ناروا در حقوق کیفری). حقوق طبیعی متعلق به وجود انسان است؛ حقوق عقلانی و یا حقوق مربوط به اندیشه و همچنین تمامی آن حقوقی که انسان جهت آسایش و خرسندی خویش آن‌ها را به‌کار می‌گیرد، در شمار این حقوق هستند (Paine, 1791: 40). این دسته از حقوق حالت خود اثبات داشته و بشر تنها در مقام فهم و شناسایی این قوانین برمی‌آید. این قوانین تابع تصدیق و یا تکذیب بشر نیستند؛ یعنی تصدیق و تکذیب ما چیزی بر آن‌ها نمی‌افزاید و یا چیزی از آن‌ها کم نمی‌کند. ما آن‌ها را «شناسایی» می‌کنیم و همین است که آن‌ها را «مستقلات عقلیه» می‌نامیم. آن‌ها مستقل از عقل ما هستند و ما به‌وسیله عقل به شناسایی آن‌ها قادر می‌شویم (موحد، ۱۳۹۹: ۷۹). البته برخی هم حقوق طبیعی را برگرفته

۱. در تاریخ اندیشه‌های سیاسی، از حقوق طبیعی به دو صورت برداشت شده است. اولین برداشت مربوط است به آنچه که دورکین آن را حق در معنای قوی تشریح نموده است. در این سنت، حقوق طبیعی عبارت است از حق‌هایی که بنیادی‌ترین اهمیت اخلاقی را دارا هستند. این دسته از حق‌ها منعکس کننده استحقاق‌های پایه‌ای و بسیار بنیادین تمام انسان‌ها بوده و اولین تعهد هر حکومتی تضمین آن بوده که حقوق طبیعی تمام شهروندانش رعایت گردیده باشد. این مفهوم از حقوق طبیعی بود که از سوی لولرز، جان لاک و توماس پین مطرح یا مورد حمایت قرار گرفت و اعلامیه‌های حقوقی که طی دو انقلاب آمریکا و فرانسه ظاهر گردید را از خود متأثر ساخت. به‌علاوه از درون همین مفهوم حقوق طبیعی بود که ایده مدرن حقوق بشر شکل گرفت. برداشت دوم، حقوق طبیعی را عبارت از حق‌هایی می‌داند که دورکین آن‌ها را حق در معنای ضعیف نامیده بود. در واقع این برداشت، حقوق بشر را صرفاً به آزادی‌ها تنزل می‌دهد (جهت مطالعه بیشتر ر.ک: جونز، ۱۳۹۲: ۱۱۵-۱۱۴).

از اراده خداوند می‌دانند که آدمی با توجه به خصایص ذاتی‌اش در آفرینش خود از آن قوانین ماوراء طبیعی و غیرتصنعی پیروی می‌کنند. قانون طبیعی مجموعه‌ای از قواعد حاکم بر رفتار انسان بوده که به‌عنوان بخشی از نظم طبیعی پدیده‌های موجود درک می‌گردد. این قانون غالباً برخاسته از اراده خداوند درک می‌شود^۱ (جونز، ۱۳۹۲: ۱۱۶). همچنین گفته شده است: معنی حق طبیعی اختیار و آزادی است، حال آنکه قانون (قانون موضوعه بشر نوشت) قید و بند بر آزادی است و تکلیف است و در نتیجه از اختیار و آزادی مطلق آدمی می‌کاهد (صناعی، ۱۳۹۳: ۱۰). با توجه به شرح مختصری که از حقوق طبیعی گذشت، به نظر می‌سد مطابق این رویکرد نسبت به حق که با فطرت و خلقت آدمی، هم سرشت است، مجازات در مفهوم دیگرگونی ظاهر می‌شود. مطابق رویکرد حقوق طبیعی، درخصوص چیستی و چرایی حق بر مجازات نشدن عرصه استدلال و محاجه، به روی فلاسفه غایت‌نگر در حقوق کیفری بازتر می‌شود. زیرا وقتی که پاره‌ای از حق‌ها مانند حق بر زندگی، حق بر کرامت انسانی و یا حق بر آزادی را از حقوق خود اثبات و فطری آدمی می‌دانیم که برای ایجاد آن‌ها نیازی به قانون موضوعه نیست و قانون موضوعه تنها آن‌ها را بازشناسی و از آن‌ها حمایت می‌کند، در این صورت با وجود مجازات‌های خشن و غیرانسانی موضوع حقوق اثباتی، هر آن دایره این حقوق فطری و طبیعی به‌واسطه مجازات محدودتر می‌شود. به تعبیر دیگر حقوق (قانون) اثباتی با ابزار مجازات موجب تحدید مرزهای حقوق طبیعی می‌شود. چنانچه بنا باشد حقوق موضوعه (قانون بشر نوشت) حقوق طبیعی آدمی را به هر شکلی محدود و مقید نماید، این امر نیازمند به توجیه لازم و کافی در پرتو پاره‌ای از اصول حقوق کیفری می‌باشد.

مخلص سخن این است که حقوق طبیعی یکی از بنیان‌های اصلی پیدایش «حق بر مجازات نشدن» می‌باشد و طرف‌داران حقوق طبیعی اقبال بیشتری نسبت به هستی حق بر مجازات نشدن از خود نشان می‌دهند (Edmundson, 2004: 23 & Rodrigues, 2019: 18). زیرا حقوق طبیعی به آدمی، رنگ هستی، آزادی، اختیار، آرامش و امنیت می‌بخشد. حقوقی که هم‌سو با هدف آفرینش هم می‌باشند. زیرا آدمی آفریده شده است تا به حکم طبیعت خود زنده بماند و با آزادی و آرامش گذران

۲. در بیانیه استقلال ایالات متحده امریکا (۱۷۷۶ میلادی) با تأسی از اندیشه‌های جان لاک با تأکید بر برخی از خصایص حقوق طبیعی از جمله اینکه حقوق مزبور ناشی از اراده خداوند بوده و دارای حالت خودآشکار و غیرقابل سلب می‌باشند، آمده است: «ما این حقیقت را بدیهی می‌پنداریم که همه انسان‌ها به طور برابر آفریده شده‌اند. حقوق خاص غیرقابل سلبی از سوی آفریدگارش به آن‌ها ارزانی گردیده که زندگی، آزادی و شادی طلبی در زمره این حقوق خود آشکار می‌باشند. حکومت‌ها برای تضمین این حقوق در بین مردم ایجاد شده‌اند» (<http://americainclass.org/sources>).

عمر نماید. اگر مُراد غیر از این بود، خود مقوله آفرینش نقض غرض محسوب می‌شد. بنابراین اقتضای وجود چنین قوت استدلالی در توجیه حقوق طبیعی، این است که هر موردی (مانند مجازات، جنگ، اغتشاش و ناامنی و سوء بهداشت و حتی بحران آموزش علمی و فرهنگی) که بخواهد، بنیان‌های مستحکم حقوق طبیعی (مانند حق بر زندگی، حق بر آزادی، حق بر امنیت و آرامش و یا هر گونه پیشرفت منطبق با طبیعت بشر) را متزلزل نماید؛ باید اولاً در بالاترین حالت ممکن، جای توجیه و پذیرش داشته باشد. ثانیاً در صورتی که بنا باشد به جهت رعایت مصلحت، نظم جامعه و یا هر علت دیگری به مجازات متوسل شد، لازم است این مجازات تا حد امکان منافاتی با احکام اولیه و خود اثبات حقوق طبیعی نداشته باشد. به عنوان نمونه «حق بر زندگی» که برگرفته از حقوق طبیعی است، حالت خود اثبات دارد و وجود آن نیازمند به هیچ گونه توجیهی نیست؛ اما مقوله «مجازات» که به حکم حقوق موضوعه، در حال محدود کردن احکام حقوق طبیعی است، به هر کمیت و کیفیتی که باشد، حتی در مقابل شدیدترین بزه‌ها باید موجه و قابل پذیرش باشد. زیرا مدعا بر این است که حقوق موضوعه (اثباتی) آمده است تا از حقوق طبیعی آدمی در همه شئون آن، تا حد امکان محافظت نماید؛ نه اینکه بخواهد آن را به هر بهانه‌ای نقض و یا مخدوش کند.

با توضیحاتی که گذشت، فیلسوفانی که دیدگاه آن‌ها به حقوق طبیعی و یا حتی فردگرایی نزدیک است را می‌توان در شمار موافقان این حق برشمرد که در ادامه به آرای برخی از آن‌ها اشاره می‌شود. در بین فلاسفه قدیم سقراط در شمار موافقان قرار داشته و می‌گوید: ما نباید نسبت به تبهکاران خشونت به خرج دهیم، بلکه باید به آن‌ها بیاموزیم که به چه ترتیب از ارتکاب گناه دوری کنند، زیرا جنایت ثمره نادانی و جهل است، عده زیادی از افراد که در اثر بدشانسی توانسته‌اند معرفتی کسب کنند، ناچار مرتکب جرم می‌شوند (به نقل از دانش، ۱۳۷۶: ۲۲). نگاه سقراط به بزهکار، از این بابت که جنایت را ثمره نادانی و جهل او می‌داند، شاید حُسن مَطْلَع برارنده و مهمی برای این بحث باشد؛ زیرا این واقعیت انکارناپذیر است که در درجه اول، دلیل عمده بزهکاری می‌تواند نادانی، فقر علمی، فرهنگی و مذهبی آدمی باشد. تا حدی که اثر این نوع از فقر در رابطه با وقوع بزه، به مراتب از سایر علل، به مانند فقر مادی بیشتر است. زیرا کسان بسیاری هستند که در اوج فقر مالی هم، به علت غنای دانش و تفکرشان، دست خود را به سمت دامن آلوده بزهکاری دراز نمی‌کنند. مهم‌تر اینکه سقراط مجازات را نوعی خشونت تلقی می‌نماید که در مقام پرهیز از بزه، لزومی به توسل بدان نمی‌داند. تحلیل سقراط در این زمینه، هم از لحاظ قدمت و سابقه تاریخی (نسبت به سایر نظریات موافق) و هم نسبت به طرح اصل و اساس موضوع، مبنی بر اینکه با نادان نباید خشونت به خرج داد، بلکه باید به او آموخت تا چگونه از ورطه نادانی رهایی یابد، برجسته و مهم می‌نماید.

گذشته از نظر دقیق و کهن سقراط، شاید اولین و مهم‌ترین راه تمیز نظریات موافق و مخالف مقوله «حق بر مجازات نشدن» از منظر این تدقیق باشد که آیا دانشمندان حقوق، جامعه‌شناسی، جرم‌شناسی و سیاست، به مجازات به‌عنوان حق (حق بزه‌دیده یا دولت) می‌نگرند و یا مجازات را مداخلی برای دستیابی به خیر عمومی می‌پندارند؟؛ نیز اینکه آن‌ها کدام‌یک از حق فردی و یا خیر عمومی را نسبت به یکدیگر مقدم و مرجح می‌دانند؟ دانشمندانی مانند جان رالز، رابرت نوزیک، فردیش هایک، رونالد دورکین و یا داگلاس هوساک که حق فردی را مقدم بر خیر عمومی می‌دانند، از آثارشان چنین برداشت می‌شود که آن‌ها حق بر مجازات نشدن را در بزنگاه حق و خیر عمومی به‌صورت محتاطانه و البته تعدیل‌شده پذیرفته‌اند. البته ممکن است برخی از موافقان چنین حقی با توجه به نوظهور بودن گفتمان حق بر مجازات نشدن، به‌صراحت درباره آن اعلام نظر نکرده باشند، اما در روح نظریات آن‌ها باید تمایل و یا عدم تمایل‌شان را به وجود یا عدم چنین حقی جست‌وجو کرد. به‌عنوان نمونه رالز الگوی عدالت اجتماعی خود را درخصوص حقوق کیفری به کار نبرده است. لیکن با پیش‌بینی اصل اولویت، می‌توان دریافت که حق بر خیر مقدم بوده و دولت به بهانه خیر عمومی و رفاه همگانی، حق تحدید و سلب آزادی‌های اساسی افراد را ندارد و به طریق اولی نمی‌تواند با توسل به جرم‌انگاری نسبت به تحدید یا منع آن اقدام کند (فرح‌بخش، ۱۳۹۲: ۲۵۹). از دیگر سو، موافقان این حق، شر بودن مجازات را هم ازجمله دلایل مهم پشتیبان نظری خود می‌دانند. تقریباً همه مجازات را یک شر بایسته می‌دانند. در واقع، مقداری از مجازات ضروری است (Husak, 2008: 6). حق بر مجازات شدن بی‌فایده است و کسی نمی‌تواند هیچ دلیل خوبی در جهت حمایت از آن ارائه نماید، زیرا مجازات یک شر است (Deigh, 1984: 192). در بین دانشمندان عرصه جرم‌شناسی و جامعه‌شناسی هم موافقانی درباره گفتمان «حق بر مجازات نشدن» دیده می‌شود.^۱ برای نمونه کین‌برگ و انریکوفری یا طراحان برخی از نظریات جرم‌شناسی مانند نظریه فشار (رابرت مرتون) یا طرف‌داران نظریه برچسب‌زنی و حتی عدالت ترمیمی با نگاه خاص خود به مقوله علل وقوع بزه و نحوه پاسخ‌دهی به بزه‌کار، ازجمله جرم‌شناسانی هستند که روی خوشی از خود نسبت به مجازات نشان نمی‌دهد. حتی برخی از آن‌ها مانند فری، با بیهوده خواندن مجازات، به نبرد جدی با طرف‌داران خشک و متعصب مجازات می‌پردازد. به عقیده فری کیفر اثری سوء داشته و با هیچ‌یک از عوامل جرم‌زا سنخیت ندارد نمی‌تواند آن‌ها را خنثی کند طوری که انریکوفری با روش مکتب تحقیق در

۱. البته اغلب نظریه‌های جرم‌شناسی و جامعه‌شناسی، ساختاری هستند و در مقام تبیین، ارتباطی به مجازات ندارند. اما همین نظریات می‌توانند در فهم‌پذیری آسان و هر چه بیشتر مفهوم حق بر مجازات نشدن و مبانی آن مؤثر باشند.

مقام جست‌وجوی درمان‌های مناسب برای محکومان برمی‌آید و سرانجام به جرم‌شناسی بالینی می‌رسد. طبق نظر او هر محکومی باید تحت رژیم مخصوص قرار گیرد (کی‌نیا، ۱۳۹۹: ۴۸). ایشان در این زمینه می‌نویسد: ریشه ابتدایی کیفر انتقام است که یادگار دوران بربریت و منازعات خصوصی می‌باشد و از آن دوران وارد اذهان و قوانین کیفری گردیده و هنوز در دوره تمدن نیز متأسفانه باقی مانده است ... یکی از علل عمده توسل به کیفر، یک اشتباه معرفت‌النفسی است ... خشونت علیه خشونت، دفع فاسد به افسد، داروی زیان‌بخشی است که بیشتر موجب تحریک بیمار می‌شود ... مجازات در جلوگیری از انحرافات مؤثر نبوده و کیفر جامعه‌ای را اصلاح نکرده است. ترس از کیفر، خود مانند ترس‌های دیگر جرم‌زا است، بازار اتهام و افترا و مظلوم‌کشی را نیز در پی دارد (کی‌نیا، ۱۳۹۹: ۴۹-۴۴). این دیدگاه آن‌چنان قابل تأمل است که بر اساس آن گفته می‌شود حکومت‌های امروزی به جای بزه‌دیدگان دیروزی (دوران انتقام خصوصی) تازیانه انتقام را به دست گرفته و بر تن بزهکار همچنان می‌تازند. رفتاری که چندان هم برازنده شأن حکومت‌ها نیست. زیرا حکومت‌ها وظیفه به اصلاح کرامت‌مدار بزهکار دارند و گرفتن انتقام خفت‌بار از همو، در شأن و منزلت حکومت‌های مقتدر نمی‌باشد.

نتیجه

خاستگاه اختلاف نظر صاحبان اندیشه در فلسفه حقوق، راجع به چیستی، هستی و یا نیستی حق بر مجازات نشدن، ریشه در مبانی نظری آن‌ها دارد. از این روی این رقابت نظری پیش از اینکه ناشی از باور شخصی اندیشمندان هر حوزه باشد، برگرفته از مکاتب نظری متبوع آن‌ها است. بدین‌سان که طرف‌داران حقوق طبیعی و حتی فردگرایی، در مجموع حق بر مجازات نشدن را با توجه مبانی آن (مانند حق بر کرامت آدمی و یا حق بر زندگی) به عنوان یک «حق ادعای منفی مقید»، به رسمیت می‌شناسند؛ ولی طرف‌داران حقوق اثباتی (پوزیتیویست‌ها) و همچنین جمع‌گرایان وجود چنین حقی را تأیید نمی‌کنند. البته با توجه به نوظهور بودن گفتمان حق بر مجازات نشدن، حتی برخی از اندیشه‌ورزان به‌طور صریح در مقام رد یا قبول چنین حقی، پرده سخن را ندریده‌اند. اما ما در جهت تشخیص اینکه کدام فیلسوف حقوق یا سیاست، در شمار کدام خط فکری موافق و یا مخالف چنین حقی است؟ ناچار از تأمل در مکاتب نظری متعلق به هر یک از آن‌ها هستیم؛ تا بدانیم آیا مخالفان چنین حقی دارای عقاید سرسخت سزاگرایانه می‌باشند؟ یا اینکه موافقان آن، در ردیف نظریه‌پردازان نظام الغای مجازات و یا نظریه‌های حق‌های اخلاقی هستند؟ همچنین اینکه آیا این حق را در بستر حقوق طبیعی بررسی می‌کنیم یا در بستر حقوق اثباتی (پوزیتیویستی)؟ چراکه صرف نظر از دیدگاه اشخاص، گفتمان همین نظریه‌ها، موافقان و مخالفان حق بر مجازات نشدن را مشخص می‌نمایند.

اولین و مهم‌ترین باور فلاسفه موافق هستی حق بر مجازات نشدن، این است که حق مزبور را باید در شمار حقوق طبیعی و حتی حقوق اخلاقی آدمی و نه حقوق اثباتی و قانونی، برشمرد. چه اینکه در توجیه و سابقه‌یابی این حق، نمی‌توان به‌جز در منابع حقوق طبیعی و نظریه‌های اخلاقی حقوق، جست‌وجو کرد. حتی قانون نوشته و رسمی چندانی هم درباره‌ی شناسایی و صیانت از حق بر مجازات نشدن وجود ندارد^۱ و از این نگاه، حقوق طبیعی و نظریه‌های اخلاقی حق، متکفل و متضمن ادامه‌ی حیات این حق می‌باشند. موافقان این حق، همچنین شاخصه‌هایی مانند شر و رنج‌آور بودن مجازات، عدم لزوم خشونت (مجازات) در برابر خشونت (بزه) و لزوم توجه به کرامت آدمی و اهتمام به اصلاح و درمان بزه‌کار را در شمار دلایل مهم خود در مقام حمایت از این حق می‌دانند. به باور آن‌ها با وجود یک اشتباه معرفت‌النفسی، نسبت به شخصیت بسیار پیچیده‌ی بزه‌کار، این اشتباه را نمی‌توان با حربه‌ی مجازات جبران نمود.

اما مخالفان هستی حق بر مجازات نشدن به همان نسبت که تعدادشان بیش از موافقان آن است، به همان اندازه هم دلایل توجیهی‌شان زیاده‌تر است. ازجمله اینکه برخی از آن‌ها مانند بنتام که مجازات را شر می‌داند (ولی باز هم وجود آن را با ضوابطی لازم می‌داند) در حالی که برخی از آنان مانند دوهر می‌گویند که مجازات شر نیست و بلکه برای بزه‌کار منفعت محسوب می‌گردد. یا اینکه مورس مجازات‌گرا با حالت بسیار سرسختانه حتی اصلاح و درمان را در امر مجازات رد می‌نماید در صورتی که هابز حاکمیت‌گرا آن را تأیید می‌کند. صرف‌نظر از دوگانگی فاحش نظری این‌چنینی در نزد فلاسفه مخالف، نکته‌ی مهم دیگر این است که هر یک از آن‌ها با دیدگاه بسیار خاص خود، در پی توجیه مجازات و حق بر مجازات شدن می‌باشند. طوری که هراکلیتوس و اسپینوزا هر دو، پای کاربست‌های عقل و تفکر را در حصول خیر جمعی و یا مهار غرایز و عواطف بی‌مهار آدمی چوبین می‌دانند و به‌جای اندیشه‌ورزی در سامانه‌ی کیفردهی، تنها و تنها چماق مجازات را پیشنهاد می‌دارند. صورتی که این انتقاد به هر دو فیلسوف مزبور وارد است که اگر عقل و اندیشه‌ورزی در سامانه‌ی مجازات‌دهی کارکردی ندارد، پس فلسفه‌ی وجودی این نعمت الهی برای چیست؟ در غیر این صورت

۱. به جز موارد معدودی مانند ماده ۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی سیاسی (مصوب ۱۹۶۶م) که مقرر می‌دارد: ۱- حق زندگی از حقوق ذاتی شخص انسان است. این حق باید به موجب قانون حمایت بشود. هیچ فردی را نمی‌توان خودسرانه (بدون مجوز) از زندگی محروم کرد. ۲- در کشورهایی که مجازات اعدام لغو نشده صدور حکم اعدام جایز نیست مگر در مورد مهم‌ترین جنایات طبق قانون لازم‌الاجرا در زمان ارتکاب جنایت که آن هم نباید با مقررات این میثاق و کنوانسیون‌ها (۶) راجع به جلوگیری و مجازات جرم کشتار دسته‌جمعی (ژنوسید) منافات داشته باشد.

اگر بنا باشد، خشونت با خشونت پاسخ گفته شود، پس در اینجا وجه تمایز انسان با سایر حیوانات که حمله را با حمله پاسخ می‌دهند، چه خواهد بود؟ که به نظر می‌رسد این دسته از فلاسفه پاسخ قانع‌کننده‌ای به این نوع از پرسش‌ها ارائه نکرده‌اند. از سوی دیگر برخی هم مانند ماکیاولی در کتاب شهریار، مجازاتِ خشن را تنها برای تضمین بقای حکومت شهریاران توصیه می‌کند که به نظر، تفکر او از جایگاه چندانی حتی در نزد سزاگرایان هم برخوردار نمی‌باشد. زیرا ماکیاولی و هم‌اندیشانش مجازات را نه در قالب نظریه‌های جرم و مجازات، بلکه در جهت لزوم مزید پاسداشت از قدرت شهریاران توجیه می‌نمایند.

در پایان در مقام ارزیابی دیدگاه موافقان و مخالفان هستی حق بر مجازات نشدن می‌توان گفت که اگرچه به نظر می‌رسد موافقان این حق و دلایل توجیهی آن‌ها کمتر از تعداد مخالفانش است؛ اما همین دلایل موجه‌سازِ اندک آن‌ها (موافقان)، به حقوق طبیعی، نظریه‌های اخلاقی مجازات و مقوله کرامت انسانی بیشتر نزدیک است. بدیهی است که همین دلایل موجه‌ساز موافقان، ماهیت وجودی چنین حقی را به‌طور بایسته تبیین و تقویت می‌کند. اگرچه در میان مخالفان این حق هم افرادی مانند افلاطون، هابز و یا بنتام در نظریات خود، حسب مورد با طرح مواردی همچون لزوم حاکمیت قانون در مجازات، اصل تناسب جرم و مجازات و عدم اعمال مجازات بی‌اثر، پرهزینه و اضافی و مواردی از این دست، به‌طور معقول و موجهی از مبانی حق بر مجازات نشدن دفاع کرده‌اند.

منابع

فارسی

- اثیمی، حمیدرضا (۱۳۹۶)، ماهیت جرم و توجیه مجازات در فلسفه افلاطون، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- اسپینوزا، باروخ بندیکت (۱۳۷۶)، اخلاق، ترجمه محسن جهانگیری، چاپ دوم، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
- افلاطون (۱۳۹۸)، دوره آثار افلاطون - مجموعه رسالات، ترجمه محمدحسن لطفی و رضا کاویانی، جلد اول، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشارات خوارزمی.
- الماسی مسعود و احمد واعظی (۱۴۰۱)، «پوزیتویسم حقوقی در نظام قضایی ایران؛ برابند تعاملی فرمالیسم حقوقی و نص‌گرایی قانونی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۶، شماره ۱۱۷.
- جونز، پیتر، (۱۳۹۲)، فلسفه حقوق - حق‌ها (مبانی، ماهیت، قلمرو، محتوا و نارسایی‌ها)، ترجمه مشتاق زرگوش و مجتبی همتی، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- حسینی، سیدحمید و فیروز محمودی جانکی (۱۳۹۹)، «ارزیابی مبانی نظری حق بر مجازات نشدن در حقوق کیفری»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۱۲.
- خدادادی، سیدبهمن (۱۴۰۰)، «جواز اعمال کیفر به موجب از دست دهی حق بر مجازات نشدن»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، دوره ۱۰، شماره ۳۶.
- دانش، تاج زمان (۱۳۷۶)، حقوق زندانیان و علم زندان‌ها، چاپ سوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- راسل، برتراند (۱۳۴۰)، تاریخ فلسفه غرب (کتاب اول)، ترجمه نجف دریابندری، چاپ اول، تهران: انتشارات شرکت سهامی کتاب‌های جیبی.
- رستمی، هادی (۱۳۹۵)، «تقابل وظیفه‌گرایی و غایت‌گرایی فایده‌محور در توجیه کیفر»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال هفتم، شماره دوم، شماره (پیاپی ۱۴).
- رستمی، هادی و علی‌رضا تقی‌پور (۱۳۹۴)، «توجیه کیفر در سامانه عدالت به مثابه انصاف»، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره نهم.
- روسو، ژان ژاک (۱۳۴۱)، قرارداد اجتماعی، ترجمه غلامحسین زیرک‌زاده، چاپ چهارم، تهران: انتشارات شرکت سهامی چهر.
- غلامی حسین (۱۳۹۵)، کیفرشناسی؛ کلیات و مبانی پاسخ شناسی جرم، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- فرح‌بخش، مجتبی (۱۳۹۲)، جرم‌انگاری فایده‌گرایانه (جستاری در فلسفه حقوق کیفری)، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- کی‌نیا، مهدی (۱۳۹۹) مبانی جرم‌شناسی، جامعه‌شناسی جنائی، جلد اول، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- ماکیاولی، نیکولو (۱۳۹۸)، شهریار، ترجمه محمود محمود، چاپ دهم، تهران: نشر نگاه.
- ماکیاولی، نیکولو (۱۳۹۸)، گفتارها، ترجمه محمدحسن لطفی، چاپ چهارم، تهران: انتشارات خوارزمی.
- موحد، محمدعلی (۱۳۹۹)، در هوای حق و عدالت، از حقوق طبیعی تا حقوق بشر، چاپ ششم، تهران: نشر کارنامه.
- موسی زاده کوفی، مهدی، علی حسین نجفی ابرندآبادی، باقر شاملو، فیروز محمودی جانکی (۱۴۰۰)، «حق بر

کیفرِ خردبنیاد»، مجله پژوهش حقوق کیفری، سال دهم، شماره ۳۶.

- هابز، توماس (۱۴۰۰)، لویاتان، ترجمه حسین بشیریه، چاپ پانزدهم، تهران: نشر نی.
- هوساک، داگلاس (۱۳۹۰)، جرم‌انگاری افراطی، ترجمه محمد تقی نوری، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد.

انگلیسی

- Bentham, Jeremy. (1931). **the theory of legislation**, edited by C. K. Ogden, London.
- Deigh, J. (1984). "On the right to be punished: some doubts". **Ethics**, 94, (2).
- Dubber, M. D. (1998). "The Right to Be Punished: Autonomy and Its Demise in Modern Penal Thought". **Law and History Review**, 16, 113.
- Edmundson, W. A. (2004). **An introduction to rights**. Cambridge University Press.
- Farmer, L. (2020). "Crime and Punishment". **Criminal Law and Philosophy**.
- Husak, Douglas. (2019). "Wrongs, Crimes, and Criminalization". **Criminal Law and Philosophy**, 13 (3).
- Husak, Douglas. (2008). **Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law**, Oxford University Press.
- Husak, Douglas. (2004). "The Criminal Law as Last Resort", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 24, No. 2.
- Hüning, D. (2007). **Hobbes on the Right to Punish**. Cambridge University Press.
- Lewis, T. J. (1984). "Contract Theory and the Right to be Punished". **American Behavioral Scientist**, 28, (2).
- Mayson, S. G. (2020). "The Concept of Criminal Law". **Criminal Law and Philosophy**.
- Mitra-Niță, M. (2021). "The Basis of Punishment". The State's Right to Punish. **STUDIES**.
- Morris, H. (1968). **Persons and punishment**. The monist. Oxford Academic.
- Paine, Thomas, (1791-92). **Rights of Man** [Part the First and Part the Second]. London.
- Petersen, Thomas Sobirk, (2014), "No Offense! On the Offense Principle and Some New Challenges", **Springer Science Business Media Dordrecht**.
- Rodrigues, Anabela Miranda. (2019). "Fundamental rights and punishment: Is there an EU perspective?", **New Journal of European Criminal Law**, Vol. 10, (1).
- Spano, R. (2021). "Capital Punishment: The Roles of Human Freedom", **Economic Wealth, and National Culture**. ABOUT THE CENTER, 223.

دادرسی افتراقی در جرایم قاچاق کالا و ارز

عارف خلیلی پاجی*، امین احمدی**

چکیده

بررسی سابقه تقنینی در حوزه قاچاق کالا و ارز نشان‌دهنده عزم سیاست‌گذاران جنایی مبنی بر پیش‌بینی قواعد خاص و گام‌نهادن در مسیر افتراقی کردن دادرسی است، اما جلوه‌های این رویکرد به‌صورت پراکنده و متشتت در قوانین و مقررات گذشته به چشم می‌خورد تا اینکه با تصویب قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، رویکرد افتراقی قانون‌گذار نمایان‌تر شد. در این چهارچوب، قواعد مربوط به افتراقی شدن دادرسی قاچاق کالا و ارز در سه سطح دسته‌بندی می‌شود. سطح اول؛ قواعد ناظر بر کشف جرم که نشان‌دهنده اهمیت آن در دادرسی قاچاق کالا و ارز است به‌گونه‌ای که یک فصل از قانون به مقررات مربوط به کشف جرم اختصاص پیدا کرده است. سطح دوم؛ قواعد ناظر بر تحقیقات مقدماتی و رسیدگی است که در راستای اصل رسیدگی تخصصی به آن توجه شده است و سطح سوم؛ ناظر بر قواعد حاکم بر مرحله اجرای احکام است که به‌صورت خاص و با توجه به ضرورت اعاده خسارت وارده به حقوق دولت به‌صورت مشخص در قانون مزبور پیش‌بینی شده است. ازاین‌رو، در نوشتار حاضر با رویکردی توصیفی و تحلیلی تلاش می‌شود با بررسی قواعد افتراقی پیش‌بینی شده در سطوح دادرسی جرایم قاچاق کالا و ارز با تأکید بر قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز اصلاحی ۱۴۰۰، خلأهای موجود با هدف ارائه راهکارهای اصلاحی تبیین گردد.

واژگان کلیدی: جرم اقتصادی، دادرسی افتراقی، قاچاق ارز، قاچاق کالا

* دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

Arefkhalilipaji@gmail.com

** دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران،

aahmadi3603@gmail.com

ایران

مقدمه

حقوق کیفری نوین بر پایه یک سلسله اصول کلی، با توجه به زمینه‌ها و نیازهای احتمالی، اقتصادی و فرهنگی جوامع، اقدام به جرم‌انگاری و کیفرگذاری کرده است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۵: ۵۳). این اصول مطلق، غیرقابل انعطاف و بر اساس بایدهای آرمانی قلمداد می‌شوند به گونه‌ای که اصول‌گرایی کیفری کلاسیک، نقطه اوج تحولات حقوق کیفری به شمار می‌آید (پاک‌نیت، ۱۳۹۳: ۱). آیین دادرسی کیفری بر پایه اندیشه اصول‌گرایی کیفری، در پی این است که با استیلای اصولی مانند اصل برائت بر پهنه عدالت کیفری، رسیدگی‌ها در چهارچوب این اصول صورت پذیرد تا از این رهگذر دادرسی کیفری بدون توجه به سلیقه کارگزاران قضایی به سرانجام رسد (نیازپور، ۱۳۹۸: ۱۲). به مرور و با توجه به پیچیده شدن جوامع و فنی و تخصصی شدن رفتارهای مجرمانه، اصول‌گرایی کیفری با چالش مواجه گردید؛ زیرا در راستای هدفمندسازی نظام عدالت کیفری و تقویت کارایی سیاست جنایی، نمی‌توان نسبت به منطقی و متناسب نمودن فرایند رسیدگی و واکنش علیه جرم و مجرم بی‌توجه بود چراکه فقدان آن می‌تواند در مشروعیت و کارآمدی نظام عدالت کیفری تردیدهای جدی وارد کند (پاک‌نیت، ۱۳۹۳: ۳؛ بهره‌مند و ساکیانی، ۱۴۰۰: ۱۱۷؛ Cole & Smith, 1998). بنابراین با متنوع شدن جرایم، بزه‌کاران و بزه‌دیدگان، حقوق کیفری باید به دنبال متنوع کردن راهبردها و پاسخ‌های حقوقی - کیفری باشد (Bacigaloupe, Enrique, 2001: 131) و بر این اساس حقوق کیفری سنتی و اصول‌گرا ناتوان از مقابله با انواع جرایم است. بدین‌سان افتراقی شدن دادرسی کیفری در پهنه تحول اصول و راهبردهای سیاست جنایی ضرورتی غیرقابل اجتناب به نظر می‌رسد.

جرم قاچاق کالا و ارز از جمله مواردی است که ماهیت آن افتراقی شدن دادرسی را تجویز می‌کند. در واقع، تخصصی و پیچیده بودن کشف و اثبات قاچاق کالا و ارز، مقابله سودمند و اثرگذار با مرتکبین این جرایم با بهره‌گیری از اصل تسریع در رسیدگی و حتمیت در اجرای مجازات و اعاده حقوق تضییع شده از دولت، ضرورت‌هایی است که دادرسی افتراقی در این جرم را توجیه‌پذیر می‌سازد. به عبارت دیگر با توجه به ویژگی‌های خاص این جرم، مبارزه مؤثر با آن، نیازمند یک سیاست جنایی مستقل و افتراقی است.

بدین‌سان، لزوم بهره‌مندی از قواعد متفاوت در کشف، دادرسی و اجرای احکام در حوزه دادرسی قاچاق کالا و ارز ضروری است و با توجه به این ضرورت، قانون‌گذار ایران با تصویب قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، در راستای افتراقی سازی دادرسی گام برداشت. در این قانون علاوه بر مقررات ماهوی ویژه‌ای که در مقایسه با قوانین سابق پیش‌بینی شده است، شکل خاصی از دادرسی نیز موردنظر قانون‌گذار قرار گرفته است که از آن می‌توان به آیین دادرسی افتراقی قاچاق کالا و ارز یاد

کرد. در حال حاضر با توجه به قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، صلاحیت مراجع رسیدگی کننده مبتنی بر ماده ۴۴ این قانون تعیین می شود و دادگاه انقلاب و سازمان تعزیرات حکومتی صلاحیت رسیدگی به جرایم و تخلفات موضوع قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز را برعهده دارند که صلاحیت این دو مرجع نسبت به یکدیگر ذاتی بوده و از رهگذر ماده اخیرالذکر صلاحیت هریک احصا شده است. افزون بر این در مرحله کشف جرم نیز، قانون گذار در ماده ۳۶ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، با شناسایی برخی دستگاه ها، به عنوان دستگاه کشف و قرار دادن برخی تکالیف بر عهده آن ها، که پیش از این سابقه نداشته، ابعاد خاصی را در فرایند دادرسی جرایم مزبور ایجاد کرده است.

در این راستا رویکرد قانون در افتراقی سازی دادرسی در سه سطح قابل بررسی است. سطح اول؛ مربوط به قواعد ناظر بر کشف جرم است که با اختصاص فصلی از قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز به آن اهمیت این سطح از منظر قانون گذار نمایان می شود. امری که بی تردید در عمل نیز بخش مهمی از فرایند دادرسی مربوط به این جرایم است. سطح دوم قواعد ناظر بر تحقیقات مقدماتی و رسیدگی را در برمی گیرد که با اتکا به اصل رسیدگی تخصصی مورد توجه جدی قانون گذار قرار گرفته است. در نهایت، سطح سوم به قواعد حاکم بر مرحله اجرای احکام اختصاص یافته است. بی تردید اهمیت این سطح با توجه به ضرورت اعاده خسارت وارده به حقوق دولت مجوزی برای پرداختن به آن به صورت افتراقی است.

افتراقی سازی دادرسی در حوزه های مذکور، با وجود اینکه در جای خود اقدامی مطلوب و اجتناب ناپذیر است، به دلیل وجود برخی نواقص، چالش ها و ابهاماتی را به وجود آورده که کارآمدی این رویکرد را با تردید مواجه می سازد. از این رو، در نوشتار حاضر با روشی توصیفی و تحلیلی و توجه به سطوح مزبور، تلاش می شود تا با بررسی دقیق فرایند دادرسی افتراقی در جرایم قاچاق کالا و ارز بر مبنای الگوی مقنن در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی به ویژه اصلاحات سال ۱۴۰۰، این مدل مورد بررسی قرار گیرد و در صورت امکان، راهکارهای اصلاح آن ارائه گردد.

۱. قواعد ناظر بر مرحله کشف جرم

با تصویب قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در سال ۱۳۹۲، قانون گذار با حذف سازمان شاکی که در قانون مجازات مرتکبین قاچاق مصوب ۱۳۱۲ پیش بینی شده بود، از رهگذر ماده ۳۶ قانون مذکور، اقدام به ایجاد تأسیس جدیدی تحت عنوان «سازمان کشف» نمود. همین امر، موجب شکل گیری برخی ابهامات و چالش ها در قانون شده که در این بخش مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱-۱. ابهام در حدود اختیارات کاشفین غیرضابط

با توجه به ماده ۳۶ قانون مذکور، کاشفین به دو دسته «کاشف ضابط» و «کاشف غیرضابط» تقسیم می‌شوند. دسته اول با توجه به تبصره ماده مذکور، شامل نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران و وزارت اطلاعات هستند که مرجع اول بر اساس بند (الف) ماده ۲۹ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و مرجع دوم بر اساس بند (ب) ماده مذکور به ترتیب ضابط عام و خاص دادگستری به شمار می‌آیند. دسته دوم، نهادهایی هستند که صرفاً در حوزه کاری خود می‌توانند اقدام به کشف قاچاق کالا و ارز نمایند. بازرسان سازمان غذا و دارو یا سازمان حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان در گروه اخیر قرار می‌گیرند.

بر اساس ماده ۴۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز و با در نظر گرفتن ماده ۲۱ اصلاحی همان قانون، به استثنای مواردی که کالا یا ارز قاچاق، دارای ارزش کمتر از پنج میلیون تومان است، ضابطین مکلفند اموال مکشوفه و وسایل حمل کالا و یا ارز قاچاق یا محل نگهداری و اختفای آن را توقیف و پلمب نمایند. در این ماده، اختیار توقیف و پلمب صرفاً به ضابطین اعطا شده و کاشف غیرضابط فاقد این اختیار است. در رابطه با تبصره ۱ اصلاحی ماده ۴۱ مصوب ۱۴۰۰، سؤال این است که ضابطین چه اقدامی باید انجام دهند و آیا منظور مراجعه به محل کشف و توقیف و پلمپ کالا و ارز قاچاق یا محل نگهداری کالا و ارز قاچاق بر اساس صدر ماده ۴۱ است یا ضابطین باید قبل از این اقدام مراتب را به مرجع ذیصلاح اطلاع دهند؟ به نظر می‌رسد، صدر ماده ۴۱ ناظر به موردی است که ضابطین خود اقدام به کشف کالای قاچاق می‌نمایند و در فرض مذکور با توجه به اینکه کشف توسط مرجع دیگری صورت پذیرفته و ضابط در فرایند کشف دخالتی نداشته، نمی‌توان بر اساس صدر ماده ۴۱ قائل به توقیف کالا و ارز قاچاق و یا پلمب محل نگهداری آن‌ها شد و در این صورت ضابط باید موضوع را به مرجع قضایی اطلاع دهد تا بر اساس دستور وی اقدام مقتضی صورت پذیرد. این تفسیر با تکلیف ضابطین در راستای مواجهه با جرایم غیرمشهود هماهنگ است، زیرا در این جرایم با توجه به ماده ۴۴ قانون آیین دادرسی کیفری، ضابطان دادگستری به محض اطلاع از وقوع جرم، مراتب را برای اخذ دستورهای لازم به دادستان اعلام می‌کنند.

۱-۲. عدم ضرورت اخذ مجوز موردی در بازرسی

تا قبل از اصلاحات سال ۱۴۰۰ در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، در مواردی که ضابطین نسبت به وسایل نقلیه‌ای که ظن حمل کالا یا ارز قاچاق توسط آنان وجود داشت، قصد بازرسی یا توقیف وسیله را داشتند، با توجه به ماده ۵۱ قانون مذکور بر اساس مواد ۵۵ و ۱۴۱ قانون آیین دادرسی کیفری، ضابطین موظف به اخذ اجازه موردی از مقام قضایی بودند. با توجه به اشکالات اجرایی که

در مقام توقیف وسایل نقلیه مظنون به حمل کالا یا ارز قاچاق وجود داشت، در اصلاحات اخیر در ماده ۴۲ مکرر الحاقی، توقیف وسایل نقلیه مظنون به حمل کالا یا ارز قاچاق نیاز به اخذ مجوز موردی از مقام رسیدگی کننده ندارد. در تبصره ماده ۴۲ مکرر الحاقی، برخی از مصادیق ظن قوی به ارتکاب قاچاق یا حمل کالا و ارز قاچاق توسط قانونگذار قید شده، لکن مصادیق و شرایط تشخیص ظن قوی موضوع این ماده ظرف سه ماه از تاریخ لازم الاجرا شدن این قانون توسط ستاد تهیه می شود و پس از تأیید توسط رئیس قوه قضائیه به تصویب هیئت وزیران می رسد؛ بنابراین تا زمان تعیین مصادیق بر اساس سازوکار اعلامی در تبصره، امکان استناد به ماده ۴۲ مکرر بر اساس مصادیق اعلامی توسط ضابطین وجود دارد و نیاز به تصویب مصادیق به صورت کامل نیست، هرچند در مقابل می توان این گونه بیان کرد، که تا زمان تعیین مصادیق بر اساس سازوکار اعلامی در تبصره، باید بر اساس عموماً قانون آیین دادرسی کیفری اذن موردی را برای بازرسی و توقیف وسایل نقلیه ضروری دانست که تفسیر اول با منطق قانونگذار تطابق بیشتری دارد.

۳-۱. اعطای اختیار تصمیم گیری قضایی به کاشفین

اعطای اختیار تصمیم گیری قضایی به دستگاه کاشف به معنای اختیار دستگاه کاشف برای ضبط ارز یا کالای قاچاق بدون تشکیل پرونده است که اعمال این اختیار با توجه به ماده ۲۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، منوط به وجود شرایطی مانند موضوع جرم و ارزش کالا است. اعطای این اختیار قابل انتقاد است، زیرا ممکن است در عمل به منظور عدم ارجاع پرونده به مراجع رسیدگی کننده، محموله در مقام ارزش گذاری، برخلاف ارزش واقعی آن، قیمت گذاری شود و اتخاذ تصمیم در این مسئله که در ماهیت قضایی محسوب می شود، از سوی مراجعی که شأن قضایی ندارند و نظارت های لازم بر آن ها اعمال نشده و شیوه مشخصی برای دادرسی آن ها در قوانین پیش بینی نشده است، به وضوح می تواند فساد انگیز باشد (ابراهیمی، ۱۳۹۸: ۲۹۷). ماده ۲۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، از دو منظر دیگر نیز دارای ایراد است. اولاً در ماده مذکور از تحویل کالا و ارز به سازمان جمع آوری و فروش اموال تملیکی و بانک مرکزی صحبت شده، اما تکلیف این مراجع در مواجهه با این موارد مشخص نیست. بر اساس قسمت انتهایی ماده ۵۳ قانون مذکور و تبصره ۴ آن، فروش کالا یا واریز ارز منوط به صدور حکم قطعی است، و در مانحن فیه، اساساً پرونده ای تشکیل نمی شود که حکم برای آن صادر شود؛ بنابراین اگر صاحب کالا نسبت به این تصمیم اعتراض ننماید، وظیفه سازمان جمع آوری و فروش اموال تملیکی و بانک مرکزی چیست؟ از نظر نگارندگان، می توان عدم اعتراض صاحب کالا در مهلت مقرر در تبصره ۱ ماده ۴۱ را به منزله قطعیت در نظر گرفت و پس از این مهلت مرجع تحویل گیرنده کالا یا ارز می تواند تکلیف مقرر در ماده ۵۳ را انجام دهند. بدیهی است لازمه

این امر اطلاع مراجع مذکور از اعتراض یا عدم اعتراض صاحب کالا نسبت به تصمیم دستگاه کاشف است که با توجه به عدم تشکیل پرونده در تعزیرات محل کشف، سازوکار نحوه اطلاع مرجع تحویل‌گیرنده کالا یا ارز مشخص نیست. در این خصوص تا زمان اجرایی شدن سامانه مدیریت پرونده‌های قاچاق کالا و ارز موضوع مواد ۳۰ و ۳۱ آیین‌نامه اجرایی مواد ۵ و ۶ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، در صورت عدم اعلام اداره تعزیرات حکومتی مبنی بر اعتراض صاحب کالا در مدت ۱۰ روزه، می‌توان نسبت به فروش کالا یا ارز اقدام نمود یا در حالتی دیگر مرجع تحویل‌گیرنده کالا یا ارز، پس از گذشت مدت ۱۰ روزه از تعزیرات محل کشف نسبت به اعتراض یا عدم اعتراض صاحب کالا استعلام نماید و حسب پاسخ استعلام اقدام قانونی را انجام دهد.

دومین ایراد مربوط به ماده ۲۱، تشخیص سابقه‌دار بودن متهم توسط دستگاه کاشف است. با توجه به عدم تشکیل پرونده در فرضی که صاحب کالا نسبت به ضبط اعتراضی نداشته باشد یا در فرض اعتراض صاحب کالا به تصمیم ضبط، به دلیل عدم دسترسی کاشفین به اطلاعات پرونده تشکیل شده در عمل کاشفین نمی‌توانند سابقه ارتکاب را تشخیص داده و موضوع را حمل بر ارتکاب در مرحله اول قرار می‌دهند. همچنین باید توجه نمود که عبارت «تکرار برای مرتبه سوم» در تبصره مذکور، ناظر به مواردی است که مرتکب دو مرتبه اقدام به قاچاق کالا یا ارز با ارزش پنجاه میلیون ریال یا کمتر کرده باشد؛ بنابراین اگر فرضاً مرتکب دارای دو سابقه محکومیت به قاچاق کالا یا ارز باشد، ارتکاب قاچاق کالا یا ارز با ارزش پنجاه میلیون ریال یا کمتر در مرتبه سوم، سبب تحقق تبصره ۲ ماده ۲۱ نشده و کاشفین بر اساس صدر ماده مذکور، اقدام به ضبط کالا یا ارز قاچاق و تحویل آن به بانک مرکزی یا سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی می‌نمایند.

۲. قواعد ناظر به تحقیقات مقدماتی و رسیدگی

در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، قانون‌گذار از رهگذر مواد متعددی، قواعد خاص ناظر به تحقیقات و رسیدگی را پیش‌بینی کرده است. در این قسمت اهم مصادیقی که جلوه‌ای از دادرسی افتراقی در آن وجود دارد مورد بررسی قرار می‌گیرد. رویکرد قانون‌گذار را می‌توان برگرفته از «الگوی کنترل جرم»^۱ دانست. بر اساس این الگو در فرایند کیفری در مرحله مظنونیت، اماره مجرمیت به رسمیت شناخته شده و در مرحله رسیدگی، به لزوم سرعت بخشیدن به رسیدگی‌های کیفری توجه می‌شود. به عبارت دیگر فلسفه وجودی این الگو بر اساس نظریه حفظ نظام اجتماعی توجیه می‌شود و هدف نهایی نظام عدالت کیفری در این الگو ایجاب می‌نماید که امنیت پایدار جامعه هرچند با

1. Crime Control Model

مجازات افراد بی گناه مستقر شود (قیانچی و دانش ناری، ۱۳۹۱: ۱۷۰؛ ۱۱: Packer, 1964).

۲-۱. اعطای صلاحیت قضایی به مرجع شبه قضائی

اعطای صلاحیت به یک مرجع دولتی نسبت به رسیدگی به جرمی که اثر اولیه آن تضییع حقوق دولت است می تواند با برخی اصول دادرسی منصفانه مانند «استقلال» و «بی طرفی» مرجع رسیدگی در تعارض باشد، زیرا دادرسی عادلانه، تنها در سایه تفکیک قوا و استقلال قضایی محقق می شود، از منظر سیاست جنایی قضایی نیز، تعدد مراجع رسیدگی آن هم در دو قوه مستقل، مانع از ایجاد رویه واحد و مناسب در مواجهه با این جرایم می گردد (ساک، ۱۳۹۰، علی پور و همکاران، ۱۴۰۱). علاوه بر این، اعطای صلاحیت به سازمان تعزیرات حکومتی چالش هایی را به همراه داشته که اهم آنان به شرح زیر است.

۲-۱-۱. خلط مفهوم جرم و تخلف

با توجه به ماده ۴۴ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز و استفاده از واژه تخلف در این ماده، این سؤال به ذهن متبادر می شود که آیا قانون گذار در صدد بوده با زدودن وصف مجرمانه از موارد داخل در صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی آثار جرم را به این موارد تسری ندهد؟ یا صرفاً هدف تفکیک در مقام اعطای صلاحیت بوده و به این دلیل که جرم در صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی نبوده، قانون گذار از واژه «تخلف» استفاده کرده است و این به معنای زدودن وصف مجرمانه از آن نیست؟ بر اساس ماده ۶۳ اصلاحی قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، مصوب ۱۴۰۰ «تمامی احکام و قواعد عمومی مربوط به جرایم و تخلفات موضوع این قانون به غیر از موارد پیش بینی شده، مطابق با قانون مجازات اسلامی است...». و در ادامه این ماده صراحتاً اعمال برخی از تأسیسات حقوقی مانند توبه و مرور زمان را نسبت به جرایم و تخلفات موضوع قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز ممنوع دانسته است؛ که این موضوع در راستای ضرورت تصریح قانون گذار بر شمول آثار جرم بر تخلف است. در رابطه با قواعد ناظر به تعدد و تکرار جرم نیز قانون گذار می تواند از همین منطق پیروی نموده و اعمال آن را تابع قانون مجازات اسلامی ندانست، لکن نحوه اعمال این موارد به قانون مجازات اسلامی ارجاع شده و به این معنی است که بر اساس قانون مجازات باید تعدد و تکرار جرم را جاری دانست. قاعده مورد پذیرش در قانون مجازات اسلامی در این موارد، لزوم مجرمانه بودن رفتارهاست و جرم نیز در ماده ۲ همین قانون تعریف شده که طبیعتاً رفتار متخلفانه نمی تواند داخل در عنوان جرم باشد و بالتبع تأثیری در تحقق تعدد یا تکرار جرم نیز ندارد (برای مطالعه بیشتر پیرامون احکام تعدد در بزه قاچاق کالا و ارز ر.ک: رستمی غازی، ۱۴۰۰: ۴۴۸).

با توجه به آثار غیر منطقی که از پذیرش رویکرد اول با آن مواجه می شویم، رویکرد دوم که بیان

می‌دارد صرفاً هدف تفکیک در مقام اعطای صلاحیت بوده و به این دلیل که جرم در صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی نبوده، قانون‌گذار از واژه «تخلف» استفاده کرده و این به معنای زدودن وصف مجرمانه از آن نیست توجیه‌پذیرتر و منطبق با هدف قانون‌گذار است.

۲-۱-۲. عدم تفکیک میان مرحله تعقیب و تحقیق

دومین چالش در باب صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی، تجمیع شأن تعقیب، تحقیق محاکمه و اجرا در یک مرجع رسیدگی است. در توضیح باید افزود، اگر بخواهیم مراحل مختلف بروز واکنش جامعه را در نظر بگیریم، به ترتیب کشف، تعقیب، تحقیق، محاکمه و اجرا قرار دارد که در نظام عدالت کیفری ایران، کشف جرم و تعقیب آن با دادستان، تحقیق با بازپرس، رسیدگی با قاضی دادگاه و اجرای حکم با دادستان است.

تأسی شعبات رسیدگی‌کننده به قانون آیین دادرسی کیفری، از جمع مواد ۴۶ و ۵۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز برداشت می‌شود، اما آنچه چالش‌برانگیز است، این است که در قانون آیین دادرسی کیفری تماماً به تشکیلات و ساختار مراجع قضایی پرداخته شده و از الفاظ و عباراتی استفاده شده که صرفاً در ساختار قضایی معنا می‌یابد. با توجه به ماده ۴۴ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در بسیاری از رسیدگی‌ها تفکیکی میان مقام تعقیب و تحقیق وجود ندارد که نتیجه آن دوری از دادرسی عادلانه است چراکه تحقق دادرسی عادلانه و رعایت بی‌طرفی و انصاف در دادرسی بدون تشکیل و پابندی به ساختار پیش‌بینی شده در قانون آیین دادرسی کیفری تأمین نخواهد شد (ابراهیمی، ۱۳۹۸: ۳۰۴). نکته جالب توجه در این خصوص، اهتمام سازمان تعزیرات حکومتی به همسان‌سازی مقامات اداری خود با مقامات پیش‌بینی‌شده در قانون آیین دادرسی کیفری است. در این راستا طبق نظریه حقوقی شماره ۱۰۰۰۶ صادره از سوی این سازمان، «با توجه به عدم وجود تشکیلات مشابه دادرسی در سازمان تعزیرات حکومتی، با همسان‌سازی، مدیر کل یا رئیس اداره تعزیرات حکومتی معادل دادستان می‌باشد؛ لذا صدور دستور ضبط وثیقه یا اخذ وجه الکفاله از اختیارات مقام مذکور است» (عارفی‌نیا و نگینی، ۱۳۹۷: ۱۰۱).

صرف‌نظر از اینکه آیا این همانندسازی خلاف قواعد آمره مذکور در قانون آیین دادرسی کیفری هست یا خیر، باید توجه نمود که شعب این سازمان، با توجه به شیوه انتصاب رؤسای آن‌ها و شرایط اداره و نداشتن استقلال نهادی، به سختی می‌توانند از نفوذ و کنترل سیاسی و اداری دور بمانند و رؤسای آن‌ها به دلیل نداشتن استقلال و اقتدار لازم و امکانات و اختیارات کافی، نمی‌توانند به اندازه مقامات دادرسی در جمع‌آوری و ارزیابی ادله و شناسایی عوامل دخیل در ارتکاب جرم و تعیین نقش و سهم آن‌ها، بی‌طرفانه، قاطع و مؤثر اقدام کنند (فتحی، ۱۳۹۷: ۳۷۹). در ضرورت تفکیک میان مقام تعقیب و

تحقیق در پرونده‌های قاچاق باید این نکته را مورد توجه قرار داد که یکی از اصول مهم در دادرسی قاچاق کالا و ارز، لزوم تخصصی‌بودن دادرسی است، زیرا ماهیت رفتارهای محقق جرم یا تخلف قاچاق کالا و ارز به‌گونه‌ای است که تحقیقاتی که در مسیر اثبات باید به کارگیری شود، تحقیقات تخصصی است که یکی از ضروریات این بحث، تفکیک میان مقام تعقیب و تحقیق است زیرا در این حالت مقام تحقیق می‌تواند با بهره‌گیری از دانش و ابزار تخصصی در مقام اثبات جرم و تخلف با سهولت بیشتری گام بردارد، در حالی که این موارد در فرض تجمیع میان مقام تعقیب و تحقیق به سختی قابل حصول است و از این حیث رویکرد قانون‌گذار قابل نقد است. بی‌تردید افتراقی‌سازی دادرسی در حوزه قاچاق کالا و ارز ضرورتی غیرقابل انکار است، لکن این موضوع باید با در نظر گرفتن همه ابعاد و اقتضانات خاص جرم قاچاق کالا و ارز پیش‌بینی شود. ماهیت تخصصی و پیچیدگی رفتارهای ایجادکننده قاچاق کالا و ارز، نیازمند تخصصی‌شدن مرجع رسیدگی و مقام رسیدگی‌کننده از یکسو و پیش‌بینی قواعد افتراقی با توجه به مرجع رسیدگی‌کننده است؛ این دو رکن در حوزه قاچاق کالا و ارز مغفول مانده است، از یکسو سازمان تعزیرات حکومتی به‌عنوان مرجع شبه‌قضایی که حوزه کاری آن تخلفات صنفی و تعزیراتی است به‌عنوان مرجع رسیدگی‌کننده پیش‌بینی شده است، حال آنکه در حداقلی‌ترین حالت افتراقی‌سازی مرجع قضایی باید تنها مرجع تخصصی رسیدگی به جرم قاچاق کالا و ارز باشد. از سوی دیگر با پیش‌بینی سازمان تعزیرات حکومتی به‌عنوان مرجع صالح به رسیدگی قانون آیین دادرسی کیفری مبنای اقدامات رؤسای شعب تعزیرات حکومتی قرار گرفته است، در حالی که اساساً این قانون قابلیت اجرایی برای این سازمان را ندارد زیرا شأن این قانون، بیان حدود اختیارات مرجع قضایی و مقام قضایی است نه مرجع شبه‌قضایی.

۳-۱-۲. الزام به تبعیت در تشخیص صلاحیت

سومین چالش در رابطه با صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی در رسیدگی، قاعده پیش‌بینی شده در ذیل تبصره ماده ۴۴ نسبت به حل اختلاف میان این مرجع و دادگاه انقلاب است. در حالت اولیه اگر پرونده در سازمان تعزیرات حکومتی مطرح شود و شعبه رسیدگی‌کننده پس از شروع به رسیدگی خود را صالح به رسیدگی نداند، با توجه به صدر تبصره ماده ۴۴، شعبه مکلف است قرار عدم صلاحیت را صادر تا پس از تأیید مقام مافوق، پرونده به مرجع قضایی ارسال شود. سؤالی که مطرح می‌شود این است که منظور از مقام مافوق شعبه کیست، و در صورتی که وی با قرار صادره موافقت نماید تکلیف چیست؟ در پاسخ به سؤال اول به نظر می‌رسد، منظور از مقام مافوق، بالاترین مقام اداری آن سازمان است که در استان‌ها این جایگاه حسب مورد در اختیار مدیرکل اداره تعزیرات استان یا رئیس اداره تعزیرات شهرستان غیر از مرکز استان است، که در حالت اخیر اگر رئیس اداره

تعزیرات شهرستان خود اقدام به صدور قرار عدم صلاحیت کرده باشد، مقام مافوق وی، مدیرکل تعزیرات استان بوده و تأیید وی ضروری است. حال اگر مقام صادرکننده این قرار، شعبه ویژه تجدیدنظر قاچاق کالا و ارز باشد، به نظر می‌رسد با توجه به اینکه بر اساس ماده ۴۹ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، رئیس شعبات تجدیدنظر ویژه قاچاق کالا و ارز قضات دارای پایه ۹ قضایی هستند، رئیس شعبه اول تجدیدنظر ویژه قاچاق کالا و ارز به‌عنوان مقام مافوق باید در نظر گرفته شود و تأیید وی برای این موضوع ضروری است، در مقابل می‌توان این‌گونه تفسیر نمود که در تبصره ماده ۴۴ از عبارت «مقام مافوق شعبه در سازمان تعزیرات حکومتی» استفاده شده و نسبت به رؤسای شعب ویژه تجدیدنظر مقام مافوق در سازمان قابل تصور نیست و بنابراین قرار صادره توسط این افراد نیاز به تأیید ندارد. رویه جاری در سازمان تعزیرات حکومتی مؤید تفسیر اول است و در شعبات تجدیدنظر ویژه مستقر در استان که تعدد شعبه در آن وجود ندارد، قرار عدم صلاحیت صادره از شعبه ویژه تجدیدنظر به رئیس سازمان به‌عنوان مقام مافوق ارسال می‌شود.

در پاسخ به سؤال دوم، دوگونه می‌توان پاسخ داد، اول اینکه با توجه به حدوث اختلاف میان مقام مافوق و تحت‌نظر وی از قواعد حل اختلاف در صلاحیت میان مقامات دادسرا استفاده شود و همان‌گونه که قانون آیین دادرسی کیفری، در موارد حدوث اختلاف میان بازپرس و دادستان در مورد صلاحیت، حل اختلاف را با دادگاه صلاحیت‌دار دانسته است، در این حالت نیز شعبات ویژه تجدیدنظر قاچاق کالا و ارز سازمان که رئیس آن مقام قضایی است را صالح دانسته و اختلاف این‌گونه حل شود. پاسخ دوم این‌گونه است که بر اساس اصل لزوم رعایت سلسله مراتب در تشکیلات اداری و به‌منظور جلوگیری از اطاله دادرسی و تعیین تکلیف پرونده در زمان سریع‌تر در صورتی که مقام مافوق در مدت یک هفته مخالفت خود را اعلام نماید، مقام صادرکننده قرار مکلف به تبعیت از نظر وی است.

در حالت دوم، پرونده از ابتدا در مرجع قضایی تشکیل شده و بنا به تشخیص مرجع از مواردی نیست که صلاحیت داشته باشد. در این حالت بر اساس ذیل تبصره ماده ۴۴، پرونده مستقیماً به تعزیرات محل ارسال شده و شعبه سازمان تعزیرات حکومتی مکلف به رسیدگی است. حال آیا تکلیف سازمان به تبعیت از نظر مرجع قضایی تکلیفی مستمر است که در هر حالت باید از آن تبعیت شود یا اگر در فرایند رسیدگی، امری حادث گردد که سازمان تعزیرات صلاحیت رسیدگی را نداشته باشد مانند اینکه دلیلی بر سازمان یافتگی کشف و احراز گردد، امکان ارسال مجدد پرونده به مرجع قضایی وجود دارد؟ به عبارت دیگر آیا تکلیف سازمان تعزیرات حکومتی صرفاً تکلیف به تبعیت در صلاحیت است یا باید علاوه بر تبعیت در صلاحیت از وصف جرم نیز تبعیت نماید؟ به‌عنوان مثال

اگر مرجع قضایی در بررسی اولیه خود، کالا را غیرممنوع تشخیص داده و پرونده را به سازمان تعزیرات ارسال نماید اما در فرایند دادرسی در شعبه تعزیرات مشخص شود که تشخیص مرجع قضایی اشتباه بوده و کالا واجد وصف ممنوع است، آیا پرونده را مجدداً می‌تواند به مرجع قضایی ارجاع دهد یا ملزم به رسیدگی و صدور حکم است؟ اگر قائل به لزوم تبعیت مرجع شبه قضایی در صلاحیت و وصف مجرمانه باشیم، نتیجه این می‌شود که شعبه تعزیرات حکومتی باید اقدام به رسیدگی نموده و بر اساس ماده ۲۲ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز حکم به حبس صادر نماید. اگر بر اساس نظر دوم، قائل به لزوم تبعیت در صلاحیت باشیم نه تبعیت در وصف، در این فرض می‌توان این اختیار را برای شعبه تعزیرات قائل شد که مجدداً پرونده را به مرجع قضایی ارسال نماید. اگر دیدگاه اول مورد پذیرش باشد، شعبه تعزیرات حکومتی در موضوعی که صلاحیت ذاتی ندارد اقدام به صدور حکم نموده و اگر دیدگاه دوم مورد پذیرش باشد، با دور در رسیدگی مواجه می‌شویم. به نظر نگارندگان، پذیرش دیدگاه اول با این قید که شعبات تعزیرات در مواردی که مجازات حبس باید صادر شود، از صدور آن خودداری نماید و صرفاً جزای نقدی را مورد حکم قرار دهند، در عمل می‌تواند برای شعبات رسیدگی کننده راهگشا باشد. به عبارت دیگر تبعیت سازمان تعزیرات حکومتی در بحث عدم صلاحیت را باید ناظر به تبعیت در وصف و صلاحیت دانست و در مواردی که از سوی مرجع قضایی قرار عدم صلاحیت صادر می‌شود، سازمان تعزیرات حکومتی نمی‌تواند با آن مخالفت نماید. هرچند قانون‌گذار باید صراحتاً حکم این موضوع را مشخص نماید و این اختیار را برای شعبات تعزیرات قائل باشد که امکان صدور قرار عدم صلاحیت را داشته باشند.

حالت سوم فرضی است که پرونده ابتدائاً در سازمان تعزیرات حکومتی تشکیل شده و این مرجع با قرار عدم صلاحیت پرونده را به مرجع قضایی ارسال می‌نماید و این مرجع به دلیل عدم صلاحیت مجدداً پرونده را به تعزیرات حکومتی ارجاع می‌دهد. سؤالی که پیش می‌آید این است که آیا در این حالت مرجع قضایی در راستای ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی باید پرونده را به دیوان عالی کشور ارسال نماید یا در این صورت نیاز به اعمال ماده ۲۸ قانون مذکور نبوده و ذیل تبصره ماده ۴۴ این حالت را نیز شامل می‌شود؟ به نظر می‌رسد عبارت قانون‌گذار مبنی بر «در مواردی که پرونده به تشخیص مرجع قضایی در صلاحیت تعزیرات حکومتی است» مطلق بوده و شامل هر دو فرض می‌شود؛ بنابراین اگر پرونده ابتدا در مرجع قضایی تشکیل شود یا پس از تشکیل در تعزیرات حکومتی به مرجع قضایی ارسال شود و در هر دو حالت مرجع قضایی قائل به عدم صلاحیت باشد، نیاز به ارسال پرونده به دیوان نیست.

این موارد نشان‌دهنده ضعف در رویکرد قانون‌گذار در اعطای صلاحیت به مرجع غیرقضایی در

رسیدگی‌های قضایی است. در واقع، رویکرد قانون‌گذار در مبارزه با قاچاق کالا و ارز از منطق واحدی پیروی نمی‌نماید. از یک‌سو دادگاه انقلاب را که در ساختار و تشکیلات قضایی مرجعی است که به جرایم مهمی مانند جرایم امنیتی یا مواد مخدر رسیدگی می‌نماید به‌عنوان مرجع صالح در نظر گرفته شده و از سوی دیگر و در عرض این مرجع، سازمان تعزیرات حکومتی که مرجعی غیرقضایی بوده قرار دارد. افزون‌بر این، فلسفه مبارزه با جرایم اقتصادی که جرم قاچاق کالا و ارز یکی از مصادیق آن به شمار می‌آید، این موضوع را ضرورت می‌بخشد که رسیدگی به این جرایم باید در مراجع قضایی صورت پذیرد نه اینکه قانون‌گذار با قضا‌دایی از برخی مصادیق، مرجعی شبه‌قضایی را صالح به رسیدگی بداند که این موضوع با لزوم برخورد سخت‌گیرانه با مرتکبان جرایم اقتصادی تعارض دارد. در این خصوص باید توجه نمود که در برخی از موارد ارزش پرونده‌های ارجاعی به سازمان تعزیرات حکومتی، قابل توجه بوده و این برداشت که تخلفات قاچاق کالا و ارز از حیث ارزشی، قابل توجه نیستند و رویکرد قانون‌گذار از این‌رو قابل توجیه است، کاملاً اشتباه و ناصحیح است.^۱

بنابر آنچه گفته شد، در راستای افتراقی‌سازی دادرسی در قاچاق کالا و ارز، ضروری است اولاً مرجع قضایی صرفاً مرجع صالح به رسیدگی باشد که این مرجع باید به‌صورت تخصصی پیش‌بینی شود و افرادی که متصدی شعبات تخصصی قاچاق کالا و ارز در قوه قضائیه می‌شوند علاوه بر دانش حقوقی مرتبط با جرایم قاچاق کالا و ارز باید از سایر دانش‌ها مانند امور گمرکی، حسابداری و مالی نیز بهره‌مند باشند؛ ثانیاً قواعد شکلی مرتبط با دادرسی این جرایم نیز باید متفاوت از جرایم عمومی باشد و به‌صورت جامعی در قانون پیش‌بینی شود و از ارجاع به عمومات آیین دادرسی کیفری خودداری شود.

۲-۱. انحصار در صدور قرار تأمین کیفری

تا قبل از تصویب قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در سال ۱۳۹۲، به‌صورت صریح قانون‌گذار حکمی مبنی بر نوع قرار تأمین در پرونده‌های قاچاق کالا و ارز مشخص نکرده بود. با تصویب قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در سال ۱۳۹۲، قانون‌گذار در تبصره ۲ ماده ۴۱ قانون مذکور، با دو ضابطه، امکان صدور قرار وثیقه را پیش‌بینی کرده است.

ضابطه اول، وجود اماراتی مبنی بر اختفای ادله یا تبانی و فرار متهم است که مقام رسیدگی‌کننده را مجاز به صدور قرار وثیقه می‌نماید و ضابطه دوم، ارزش کالای قاچاق مکشوفه است که میزان آن

۱. به عنوان مثال در یک مورد پرونده قاچاق آرد به میزان ۳۳ هزار و ۵۱۸ تن و به ارزش ۱/۵ تریلیون ریال به سازمان تعزیرات حکومتی ارجاع شده است (به نقل از مدیرکل امور قضایی و نظارت بر اموال مکشوفه ستاد مرکزی مبارزه با قاچاق کالا و ارز در خصوص پرونده قاچاق آرد، تاریخ مشاهده ۱۴۰۰/۱۲/۱۸. ر.ک epe.ir/News/22807)

یکصد میلیون ریال در نظر گرفته شده است.

تا قبل از اصلاحات سال ۱۴۰۰ این ابهام وجود داشت که آیا امکان صدور قرار بازداشت موقت در پرونده‌های قاچاق کالا و ارز وجود دارد یا خیر؟ به عبارت دیگر آیا قانون‌گذار با بیان این حکم که صدور قرار وثیقه در پرونده‌های قاچاق کالا و ارز الزامی است، در مقام ایجاد ممنوعیت در صدور قرارهای خفیف‌تر و بیان حداقل قرارهای تأمین در این پرونده‌ها است یا در مقام ایجاد انحصار در قرار تأمین در پرونده‌های قاچاق کالا و ارز است؟ این موضوع در اصلاحیه قانون در سال ۱۴۰۰ مدنظر قرار گرفت و با توجه به انتهای ماده ۶۳ قانون اصلاحی، امکان صدور قرار بازداشت موقت در پرونده‌های مطروحه در سازمان تعزیرات حکومتی و مراجع قضایی وجود دارد؛ بنابراین قانون‌گذار در مسیر افتراقی‌سازی دادرسی در مقام صدور قرارهای تأمین صرفاً قرار وثیقه و بازداشت موقت را به رسمیت شناخته و امکان صدور قرارهای خفیف‌تر تأمینی مانند کفالت وجود ندارد، مگر اینکه شرایط مذکور در قسمت اول تبصره ۲ ماده ۴۱ یا شرایط مذکور در قسمت انتهایی ماده ۶۳ وجود نداشته باشد که در این حالت امکان صدور قرارهای تأمین کیفری موضوع بندهای (الف) تا (ح) ماده ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری وجود دارد.

نکته دیگری که درخصوص قرار وثیقه به آن باید اشاره نمود، ابهام درخصوص سازوکارهای قانونی مربوط به قرار اخذ وثیقه است. در قانون آیین دادرسی کیفری و از رهگذر مواد ۲۲۲، ۲۲۶ و ۲۳۰ قواعدی نسبت به قرار وثیقه در نظر گرفته شده و درخصوص این موارد در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز حکمی بیان نشده است؛ به عنوان مثال بر اساس ماده ۲۲۲ قانون مذکور، در صورت عدم پذیرش درخواست کتبی وثیقه‌گذار، بازپرس باید مراتب را با ذکر علت در پرونده درج نماید و در غیر این صورت مرتکب تخلف انتظامی از درجه چهار به بالا شده است یا بر اساس ماده ۲۲۶ این قانون، برای متهم نسبت به اصل قرار وثیقه منتج به بازداشت وی حق اعتراض قائل شده است. حال ابهام وجود دارد که در این موارد باید چگونه اقدام کرد؟ در این خصوص به نظر می‌رسد قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در تبصره ۲ ماده ۴۱، صرفاً در مقام بیان اصل قرار تأمین است و درخصوص سایر سازوکارهای مربوط به قرار وثیقه سکوت کرده است؛ بنابراین با مجوزی که در ماده ۵۱ قانون مبنی بر ارجاع به قانون آیین دادرسی کیفری در فرض سکوت قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در ضوابط دادرسی پیش‌بینی شده است، در این موارد باید به عمومات قانونی رجوع کرد و بر این اساس اقدام کرد؛ بنابراین در فروض مطرح‌شده، در پرونده‌های قاچاق کالا و ارز نیز باید مطابق با مواد ۲۲۲ و ۲۲۶ قانون آیین دادرسی کیفری اقدام نمود.

سؤال دیگری که در این خصوص وجود دارد، آن است که اگر مرتکب جرم قاچاق کالا و ارز

طفل یا نوجوان باشد یا مرتکب شخص حقوقی باشد، آیا ضوابط قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز را باید حاکم دانست یا در این موارد باید به مواد ۲۸۷ و ۶۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری مراجعه نمود؟ در پاسخ به سؤالات فوق و در فرض اول یعنی ارتکاب جرم توسط کودک یا نوجوان، می‌توان این‌گونه پاسخ داد که در تبصره ۲ ماده ۴۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، قانون‌گذار صرفاً در مقام بیان نوع قرار تأمین است، و درخصوص مرتکب جرم حکمی بیان نکرده است و بنابراین بر اساس ماده ۵۱ قانون اخیرالذکر باید قواعد مربوط به ماده ۲۸۷ قانون آیین دادرسی کیفری را جاری دانست و در این خصوص صدور قرار وثیقه را باید صرفاً در صورتی که مرتکب جرم بالای ۱۵ سال باشد تجویز کرد. در فرض دوم و ارتکاب قاچاق کالا یا ارز توسط شخص حقوقی نیز به نظر می‌رسد درخصوص جرم قاچاق کالا و ارز با توجه به تبصره ۲ ماده ۴۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز به‌عنوان یک قانون خاص، باید قائل به این بود که درخصوص اشخاص حقوقی مرتکب قاچاق کالا و ارز، باید قواعد این قانون را جاری دانست و عمومات قانون آیین دادرسی کیفری، به‌ویژه ماده ۶۹۰ این قانون، در این خصوص را نادیده گرفت (ر.ک: رستمی غازانی، ۱۳۹۹).

۲-۲. تجدیدنظرخواهی از احکام

پیش‌بینی تجدیدنظرخواهی در جهت حفظ و استقرار حقوق دفاعی متهم و مدعی خصوصی و نیز منافع جامعه، در قبال بی‌توجهی یا نقایص احتمالی تشخیص قاضی مرحله بدوی توجیه شده است (خزانی، ۱۳۷۷: ۸۷). قانون‌گذار در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در این خصوص دو موضع متفاوت اتخاذ کرده است. در رابطه با آرای صادره از مراجع قضایی با توجه به حکم مندرج در تبصره ماده ۵۰ مکرر اصلاحیه سال ۱۴۰۰، آرای برائت صادره در پرونده‌های سازمان‌یافته، حرفه‌ای، کالای ممنوع، مستلزم حبس یا انفصال از خدمات دولتی صرف‌نظر از ارزش ریالی پرونده قابل اعتراض و در رابطه با پرونده‌های ارجاعی به سازمان تعزیرات حکومتی با توجه به صدر تبصره مذکور آرای برائت در پرونده‌های زیر دویست میلیون قطعی و در پرونده‌های با ارزش دویست میلیون و بیشتر قابل اعتراض است.

بر اساس ماده ۵۰ مکرر اصلاحی ۱۴۰۰، آرای صادره در پرونده‌های قاچاق، علاوه بر متهم، به ستاد مرکزی مبارزه با قاچاق کالا و ارز، کاشف، ضابط، دادستان و دستگاه وصول درآمدهای دولت، ابلاغ شده و این اشخاص اختیار تجدیدنظر دارند. صرف‌نظر از اینکه مفهوم ضابط در این ماده مشخص نیست که آیا ضابط عام را شامل می‌شود یا ضابط خاص، آنچه در این خصوص محل ابهام است، این است که آیا تکلیف به ابلاغ آرای موضوع «ماده ۵۰ مکرر ۱» به مراجع پیش‌بینی شده در این ماده، حسب مورد است یا در هر حالت باید ابلاغ آرا صورت گرفته و این مراجع حق

تجدیدنظرخواهی دارند؟ به عنوان مثال اگر کاشف پرونده‌ای نیروی انتظامی باشد، و پرونده منتج به حکم برائت شود، آیا حکم صادره باید به گمرک به عنوان دستگاه مأمور وصول درآمدهای دولت نیز ابلاغ شود؟ به نظر، ابلاغ آرا به ستاد با توجه به اختیاری که قانون در ماده ۶۱ برای ستاد مرکزی مبارزه با قاچاق کالا و ارز پیش‌بینی کرده است، در هر صورتی الزامی است، لکن ابلاغ به ضابط و دستگاه مأمور وصول درآمدهای دولت باید حسب مورد باشد و نیاز نیست در هر پرونده‌ای به این مراجع ابلاغ صورت پذیرد، به عبارت دیگر هرچند الفاظ به کار رفته در این ماده، مطلق بوده و هر دو حالت را شامل می‌شود، لکن عقلاً در مواردی که پرونده ارتباطی با دستگاه مأمور وصول و ضابط ندارد، ابلاغ معنا نداشته و اطلاق این الفاظ با مخصص لبی (حکم عقل) تخصیص می‌خورد. در این خصوص، در راستای جلوگیری از درخواست‌های متعدد تجدیدنظرخواهی از آرای صادره موضوع تبصره ۳ ماده ۵۰ سابق و ماده ۵۰ مکرر اصلاحی، ستاد مرکزی مبارزه با قاچاق کالا و ارز، دستورالعملی را تحت عنوان دستورالعمل نحوه تجدیدنظرخواهی از آرای موضوع تبصره ۳ ماده ۵۰ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز تصویب نمود که بر اساس آن، آرای برائت صادره باید به کمیته ارزیابی آرای برائت مستقر در کمیسیون‌های قاچاق استانی ابلاغ شود و تجدیدنظرخواهی از آرای صادره صرفاً از طریق این کمیته که با حضور اشخاص موضوع تبصره ۳ ماده ۵۰ (در حال حاضر ماده ۵۰ مکرر) تشکیل می‌شود صورت می‌پذیرد.

۳. قواعد ناظر بر مرحله اجرای احکام

یکی از اهداف دادرسی کیفری، اجرای به موقع احکام قطعیت‌یافته است و تا زمانی که حکم به موقع اجرا نشود هیچ‌یک از اهداف اعمال مجازات تأمین نخواهد شد (آخوندی، ۱۳۹۴: ۲۳). اجرای احکام مربوط به قاچاق کالا و ارز، ضمن تبعیت از اصول و قواعد کلی مربوط به دادرسی کیفری، در برخی موارد متضمن قواعد افتراقی است که در این قسمت، چالش‌های پیرامون آن مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳-۱. امکان وصول جزای نقدی از وثیقه تودیع‌ی شخص ثالث

در پرونده‌های قاچاق کالا و ارز، با توجه به ماده ۵۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز و مواد ۲۲۱ و ۲۲۴ قانون آیین دادرسی کیفری وثیقه‌گذار می‌تواند شخصی غیر از متهم باشد. با توجه به تبصره ۳ الحاقی به ماده ۶۰ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز که در سال ۱۴۰۰ پیش‌بینی شده است، امکان وصول جزای نقدی یا جریمه از محل وثیقه سپرده‌شده توسط شخص ثالث باید به وی تفهیم شده و در پرونده درج گردد. پرسشی که ایجاد می‌شود این است آیا عدم تفهیم این موضوع به وثیقه‌گذار به معنای عدم امکان وصول جزای نقدی از وثیقه شخص ثالث است یا این امر صرفاً تخلف انتظامی

برای مقام صادرکننده قرار بوده و تأثیری در امکان پرداخت جزای نقدی ندارد؟ به نظر می‌رسد آنچه اهمیت دارد این است که وثیقه‌گذار ثالث از این موضوع مطلع شود که امکان وصول جزای نقدی محکوم‌علیه از وثیقه وی وجود دارد و در غیر این صورت امکان وصول جزای نقدی وجود دارد، در واقع با تفهیم این موضوع به وثیقه‌گذار، وی دو تعهد را قبول می‌نماید؛ اول تضمین حضور متهم در مواقع ضروری و دوم تضمین پرداخت جزای نقدی محکوم‌علیه.

نکته دیگر درخصوص تبصره اصلاحی تفاوتی است که قانون‌گذار درخصوص وثیقه شخص ثالث قائل شده است، بر اساس ماده ۲۲۸ قانون آیین دادرسی کیفری، وثیقه‌گذار با معرفی و تحویل متهم می‌تواند آزادی وثیقه خود را درخواست نماید، لکن در تبصره اصلاحی ماده ۶۰، آزادی وثیقه صرفاً در صورت تودیع وثیقه نقدی یا ملکی جایگزین و صدور قرار قبولی نسبت به آن‌ها امکان‌پذیر است و صرف معرفی متهم برای آزادسازی وثیقه کافی نیست.

ابهام دیگری که درخصوص وثیقه‌گذار شخص ثالث وجود دارد این است که آیا پرداخت جزای نقدی محکوم‌علیه از وثیقه ثالث در هر حال و صرف نظر از حضور یا عدم حضور متهم است یا تعهد وثیقه‌گذار ثالث به پرداخت جزای نقدی محکوم‌علیه صرفاً در صورتی است که محکوم‌علیه در زمان‌های مقرر حضور پیدا نکند؟ به نظر می‌رسد تعهدی که در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز بر عهده وثیقه‌گذار شخص ثالث گذارده شده است، جایگزین تعهدی که قانون آیین دادرسی کیفری در نظر گرفته شده و بنابراین حضور یا عدم حضور متهم در وصول جزای نقدی محکوم‌علیه از وثیقه شخص ثالث اثری نداشته و در صورت تحقق شرایط مذکور در تبصره اصلاحی ماده ۶۰، امکان وصول جزای نقدی از وثیقه شخص ثالث وجود دارد. علی‌رغم همه مزایایی که پیش‌بینی امکان وصول جزای نقدی از وثیقه تودיעی ثالث وجود دارد و سبب افزایش حجم وصولی در پرونده‌های قاچاق کالا و ارز خواهد شد لکن نباید از این موضوع نیز غافل شد که پیش‌بینی این ضمانت‌اجرای شدید برای وثیقه‌گذار ثالث، ممکن است این نتیجه را به همراه داشته باشد که در عمل بسیاری از وثیقه‌گذارانی که تا قبل از اصلاحیه حاضر به تودیع وثیقه بودند، به دلیل ضمانت‌اجرای سنگینی که در این اصلاحیه پیش‌بینی شده است از تودیع وثیقه خودداری نموده و متهمین به دلیل عجز از تودیع وثیقه بازداشت شوند که پیامد بعدی این موضوع، تکلیف مقام رسیدگی‌کننده در راستای ماده ۲۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری مبنی بر لزوم بازبینی در قرارهای منتهی به بازداشت است. این تکلیف قانونی سبب می‌شود مقام رسیدگی‌کننده برای جلوگیری از اینکه متهم مازاد بر حبس قانونی در بازداشت نباشد، اقدام به کاهش مبلغ مندرج در قرار نماید که این موضوع خود نقض غرض قانون‌گذار در پیش‌بینی قرار وثیقه در پرونده‌های قاچاق کالا و ارز است، زیرا هدف از پیش‌بینی وثیقه

در این موارد امکان وصول جزای نقدی از وثیقه تودییی بود که در این حالت این موضوع عملاً منتفی خواهد شد. البته اگر مراجع رسیدگی کننده به تکلیف قانونی خود مبنی بر رسیدگی در مهلت قانونی مقرر در ماده ۴۵ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز عمل نمایند، عملاً نوبت به اعمال ماده ۲۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری نخواهد رسید و قانون‌گذار می‌تواند به نتیجه‌ای که از پیش‌بینی این مقرر به دنبال آن بود که همان افزایش وصولی و اعاده حقوق تضییع شده بیت‌المال است نائل شود.

۲-۳. افزایش سقف حبس بدل از جزای نقدی

با تصویب قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، قانون‌گذار در موضعی سخت‌گیرانه، میزان سقف حبس بدل از جزای نقدی را به‌نحو قابل‌توجهی افزایش داد و بر اساس ماده ۶۰ قانون، پانزده سال به‌عنوان حداکثر حبس بدل از جزای نقدی در نظر گرفته شد.

برخی در خصوص حداکثر حبس بدل از جزای نقدی بر این عقیده هستند که در اعمال آن، حداکثر مجازات حبس مقرر برای همان جرم در متن قانون، ملاک عمل خواهد بود و در صورتی که وفق مقررات قانونی، حداکثر حبس پیش‌بینی شده برای جرم قاچاق کالا کمتر از پانزده سال باشد، همان حداکثر قانونی هرچند کمتر از پانزده سال مبنای اقدام است و در صورتی که حداکثر حبس قانونی مقرر برای عمل انتسابی بیش از پانزده سال بوده باشد، وفق سقف زمانی پیش‌بینی شده در ماده ۶۰ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، حبس بدل از جزای نقدی از حداکثر پانزده سال بیشتر نخواهد شد (آقازاده، ۱۳۹۵: ۲۸۴). بنابر نظر مذکور، در حبس بدل از جزای نقدی، به‌هیچ‌وجه امکان تحمل پانزده سال برای محکومان به قاچاق کالا و ارز وجود ندارد، زیرا با دقت در مواد قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، مشخص می‌شود که حداکثر حبس پیش‌بینی شده در قانون پنج سال است و بنابراین قانون‌گذار بدون توجه به این موضوع، سقف زمانی پانزده سال را پیش‌بینی کرده است. بدیهی است این استدلال صحیح نبوده و نمی‌توان آن را مبنای عمل قرار داد. در توضیح باید افزود مبنای تبدیل جزای نقدی به حبس در حال حاضر، هر دویست و پنجاه هزار تومان یک روز است و مقصود قانون‌گذار از پیش‌بینی سقف زمانی ۱۵ سال ناظر به مواردی است که حبس تبدیلی بیشتر از ۱۵ سال است که در این حالت محکوم‌علیه صرفاً باید ۱۵ سال حبس را تحمل نماید و مازاد بر این میزان مشمول حکم تبصره ۱۲ ماده ۶۰ قرار می‌گیرد.

۱. «در مورد احکام صادره از شعب تعزیرات حکومتی پرونده جهت صدور حکم مبنی بر تبدیل جزای نقدی به حبس به شعبه یا شعبی از دادگاه‌های حوزه قضائی مربوطه که توسط رئیس قوه قضائیه تعیین می‌شود ارجاع می‌گردد تا ظرف ده روز نسبت به مورد، اقدام مقتضی معمول نمایند».

نکته دیگر در رابطه با حبس بدل از جزای نقدی حکم مندرج در تبصره ۲ ماده ۶۰ قانون است. بر اساس این تبصره، جزای نقدی مازاد بر حبس تبدیلی، در صورت شناسایی اموالی از محکوم علیه حتی پس از اتمام حبس وصول می گردد. حال اگر حبس تبدیلی، مشمول عفو قرار گیرد یا پرونده به هر کیفیتی مختومه شود و پس از آن مالی از محکوم علیه شناسایی شود، چگونه می توان نسبت به وصول جزای نقدی اقدام کرد؟ بازه زمانی استفاده از این امتیاز قانونی تا چه زمانی است؟ متأسفانه در این خصوص نه در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز و نه در قوانین دیگر سازوکاری پیش بینی نشده و مشخص نیست که چگونه در عمل مفاد این حکم اجرا خواهد شد. در مقام بیان راه حل می توان قائل به این نظر بود که امکان بهره برداری از امتیاز مقرر در تبصره ۲ ماده ۶۰ تا قبل از مختومه شدن پرونده است و در صورتی که پرونده مختومه شود، عملاً امکان استفاده از این حکم قانونی وجود ندارد.

ابهام دیگر در خصوص حبس بدل از جزای نقدی، قابلیت اعتراض نسبت به حکم صادره است. با توجه به تبصره ۱ ماده ۶۰ قانون، ماهیت حبس بدل از جزای نقدی، حکم است و با این مقدمه آیا محکوم علیه می تواند نسبت به حکم صادره اعتراض نماید؟ به عنوان مثال محکوم علیه می تواند نسبت به محاسبه حبس بدل از جزای نقدی و میزان آن به دلیل اشتباه مرجع صادرکننده حکم اعتراض نماید یا خیر؟ هرچند قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در این خصوص سکوت کرده، به نظر می رسد با توجه به اینکه در ماده ۴۲۷ قانون آیین دادرسی کیفری، آرای غیر قابل اعتراض احصا شده و در تبصره ۲ ماده مذکور آرای قابل تجدیدنظر را اعم از محکومیت و برائت در نظر گرفته است، در راستای حفظ حقوق متهم منعی برای اعتراض وی نسبت به حکم صادره وجود نداشته باشد و محکوم علیه می تواند نسبت به این موضوع درخواست تجدیدنظر نماید. در مقابل این نظر، می توان این گونه استدلال نمود که اعتراض به احکام در راستای دادرسی عادلانه است و زمانی که حکمی در فرایند دادرسی قطعی شده است، هرگونه اقدامی که خارج از این فرایند؛ مجدد منجر به صدور حکم شود، قطعی و غیر قابل اعتراض است، مانند حکمی که در راستای اعمال آزادی مشروط توسط دادگاه صادر می شود و بنابراین حکم صادره در خصوص حبس بدل از جزای نقدی نیز مشمول همین قاعده قرار می گیرد.

نتیجه

تخصصی و پیچیده بودن کشف و اثبات قاچاق کالا و ارز، مقابله سودمند و اثرگذار با مرتکبین این جرایم با بهره گیری از اصل تسریع در رسیدگی و حتمیت در اجرای مجازات و اعاده حقوق تضییع شده از دولت، ضرورت هایی است که دادرسی افتراقی در این جرم را توجیه پذیر می سازد. قانون گذار کیفری در مسیر افتراقی سازی دادرسی در قاچاق کالا و ارز و تصویب قانون اصلاح قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز گامی مؤثر به سوی تحقق دادرسی افتراقی قاچاق کالا و ارز برداشت لکن

همچنان نواقصی در این مسیر وجود دارد که ضروری است این موارد برطرف گردد. در مرحله کشف جرم، قانون‌گذار علی‌رغم پیش‌بینی دستگاه‌های کشف، به چالش‌هایی اجرایی کاشفین غیرضابط در کشف و برخورد با مرتکبین قاچاق کالا و ارز توجه نکرده و در پرونده‌های زیر پنجاه میلیون ریال بدون درنظر گرفتن ظرفیت‌های اجرایی و چالش‌های پیرامون فروش کالای ضبط‌شده، به کاشفین اختیار رسیدگی و ضبط کالا را اعطا کرده است.

در مرحله دادرسی و اجرای احکام، قانون‌گذار با تبعیت از الگوی دوگانه رسیدگی قضایی و شبه‌قضایی در قوانین سابق، همچنان از همان الگو پیروی کرده، در حالی که میان دادگاه انقلاب به‌عنوان یک مرجع قضایی و سازمان تعزیرات حکومتی به‌عنوان یک مرجع شبه‌قضایی توازن برقرار نیست و مشخص نیست قانون‌گذار از برخورد با قاچاق کالا و ارز به دنبال رویکرد تشدید است یا تخفیفی. همچنین عدم پیش‌بینی قواعد خاص ناظر بر افتراقی‌سازی دادرسی در قانون به‌صورت جامع و ارجاع آن به قوانین عمومی مانند قانون مجازات اسلامی و قانون آیین دادرسی کیفری، در عمل مشکلاتی را به همراه دارد زیرا قوانین مذکور با ساختار قضایی نگاشته شده و نمی‌توان در رسیدگی‌های سازمان تعزیرات حکومتی قوانین مذکور را به خوبی جانمایی کرد.

با توجه به موارد پیش‌گفته به‌منظور تحقق کامل دادرسی افتراقی در حوزه قاچاق کالا و ارز ضروری است اولاً دخالت کاشفین در ضبط کالا و اتخاذ تصمیم ماهیتی درخصوص مجرمانه بودن رفتار مرتکبی حذف شده و این موضوع در اختیار مرجع تخصصی مانند گمرک قرار گیرد، زیرا تطبیق رفتارهای مظنون به قاچاق با مصادیق قانونی امری تخصصی بوده که بررسی و اظهارنظر نسبت به آن از حدود صلاحیت کاشفین خارج بوده و نیازمند بررسی کارشناسی است.

ثانیاً در حوزه رسیدگی، با توجه به ایراداتی که نسبت به دوگانه‌بودن الگوی رسیدگی وجود دارد و نمی‌توان اختیارات مقام قضایی را در بسیاری از موارد به سازمان تعزیرات حکومتی تسری داد، شایسته است نظام دادرسی از الگوی دوگانه قضایی - شبه‌قضایی تبعیت نکرده و صرفاً مرجع قضایی تخصصی صالح به رسیدگی باشد. زیرا اعطای صلاحیت به یک مرجع شبه‌قضایی برای رسیدگی به یک جرم اقتصادی برخلاف فلسفه برخورد تشدید با جرایم اقتصادی است و نوعی قضازدایی را به همراه دارد. در این مسیر ضروری است مرجع قضایی تخصصی نه اختصاصی جهت رسیدگی به جرایم قاچاق کالا و ارز اختصاص یابد و همچنین مقام‌های قضایی دخیل در فرایند دادرسی این جرایم باید علاوه بر دانش حقوقی تخصصی در این حوزه، در حوزه‌های مرتبط با جرم قاچاق کالا و ارز، مانند امور گمرکی، حسابرسی، بانکی و اقتصاد تخصص کافی را داشته باشند.

ثالثاً در افتراقی‌سازی قواعد دادرسی، ضروری است ضمن حفظ اصول دادرسی عادلانه، از

ارجاع به عمومات قانون مجازات اسلامی و آیین دادرسی کیفری خودداری شود و قواعد اختصاصی ناظر به رسیدگی به جرم قاچاق کالا و ارز در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز پیش‌بینی شود و ارجاع به عمومات به صورت حداقلی باشد.

بدین‌سان، اگرچه افتراقی‌سازی دادرسی در حوزه قاچاق کالا و ارز ضرورتی غیرقابل‌انکار است، این موضوع بدون توجه به همه ابعاد آن امکان‌پذیر نخواهد بود. ماهیت تخصصی و پیچیدگی رفتارهای ایجادکننده قاچاق کالا و ارز، نیازمند تخصصی‌شدن مرجع رسیدگی و مقام رسیدگی‌کننده از یک‌سو و پیش‌بینی قواعد افتراقی با توجه به مرجع رسیدگی‌کننده است. امری که در حال حاضر مغفول مانده است.

منابع

فارسی

- ابراهیمی، شهرام و مصطفی دانش (۱۳۹۸)، «تحلیل شکلی - ماهوی قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز»، مجله مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۴۹، شماره ۲.
- آخوندی، محمود (۱۳۹۴)، شناسایی آیین دادرسی کیفری، دفتر سوم، اجرای احکام کیفری، چاپ دهم، تهران: انتشارات دوران‌دیشان.
- آقازاده، علیرضا (۱۳۹۵)، مطالعه تطبیقی دادرسی کیفری قاچاق کالا و ارز در حقوق ایران، ترکیه و عراق، تهران: انتشارات مجد.
- بکاریا، سزار (۱۳۸۹)، جرایم و مجازات‌ها، مترجم: محمدعلی اردبیلی، ج ششم، تهران: نشر میزان.
- بهره‌مند، حمید و زهرا ساکیانی (۱۴۰۱)، «تصمیم‌گیری مجرمان از منظر اقتصاد رفتاری و دلالت‌های آن در سیاست‌گذاری کیفری»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۵.
- پاک‌نیت، مصطفی (۱۳۹۳)، مبانی و آثار افتراقی‌شدن دادرسی کیفری، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، تهران: دانشگاه شهید بهشتی.
- خالقی، علی (۱۳۹۹)، نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، چاپ شانزدهم، تهران: انتشارات شهر دانش.
- خزانی، منوچهر (۱۳۷۷)، فرایند کیفری (مجموعه مقالات)، تهران: انتشارات گنج دانش.
- رستمی‌غازانی، امید (۱۳۹۹)، «پاسخ‌دهی کیفری به اشخاص حقوقی در بزه قاچاق کالا و ارز»، نشریه اقتصاد پنهان، شماره ۳۱.
- رستمی‌غازانی، امید (۱۴۰۰)، «قواعد حاکم بر تعدد در بزه قاچاق کالا و ارز»، دوفصلنامه علمی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال بیست‌ودوم، شماره دوم (پیاپی ۵۴).
- ساکی، محمدرضا (۱۳۹۰)، حقوق کیفری اقتصادی، چاپ دوم، تهران: انتشارات جنگل.
- عارفی‌نیا، عبدل و آینه نگینی (۱۳۹۷)، مجموعه نظریه‌های مشورتی دفتر امور حقوقی سازمان تعزیرات حکومتی، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- علی‌پور، محمدعلی، سیددرید موسوی مجاب، سیدباسم موالی‌زاده (۱۴۰۱)، «استقلال نهاد تحقیق از نهاد تعقیب کیفری در نظام حقوقی ایران و لبنان»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۶، شماره ۱۱۸.
- فتحی، محمدجواد و فضل‌الله امیرحاجلو (۱۳۹۷)، «جلوه‌های دادرسی افتراقی قاچاق کالا (در پرتو اصول دادرسی منصفانه)»، مجله مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۴۸، شماره ۲.
- قپانچی، حسام و حمیدرضا دانش ناری (۱۳۹۱)، «الگوهای دوگانه فرایند کیفری کنترل جرم و دادرسی منصفانه»، مجله آموزه‌های حقوق کیفری، دوره ۹، شماره ۴.
- الماسی، نجادعلی (۱۳۹۱)، «درآمدی بر کیفیت دادرسی در فرایند دادرسی کارآمد»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۱۷، شماره ۵۸.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۹۵)، درباره سیاست جنایی افتراقی، دیپاچه در: لازرژ، کریستین، درآمدی بر سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان.
- نیازپور، امیرحسن (۱۳۹۸)، آیین دادرسی کیفری اقتصادی، چاپ اول، تهران: نشر میزان.

انگلیسی

- Bacigaloupe, Enrique, (2001), **the use of technical means in international and surveillance of private commiunication, towards a European criminal law against organized crime**, Vincenzo milltello, Freiburg.
- Cole, George F. & Mary G. Gertz, (1997), **The criminal justice system: Politics and policies**, 7 ed., West/Wadsworth Publication.
- Packer, Herbert, (1964), **Two models of criminal process**, Stanford University Press.

نظم گفتمانی شرعی و عدالت کیفری

حمیدرضا دانش‌ناری^{*}، مهدیه معالی^{**}

چکیده

دین، مجموعه عقاید و دستورهای عملی و اخلاقی است که برای هدایت و تعالی انسان‌ها تنظیم شده است. با توجه به آنکه پابندی به آموزه‌های دینی موجب پیشگیری از گناه می‌شود، متخصصان بر این باورند که دین در عرصه‌های اجتماعی و در قالب‌هایی چون جرم و انحراف، کارکرد پیشگیرانه دارد. گرچه رابطه میان دین و جرم در زمره موضوعات چالش‌برانگیز در جرم‌شناسی است، اما یافته‌های جرم‌شناسانه، اغلب بر نقش پیشگیرانه دین تأکید کرده‌اند. با این حال، بُرش‌های تاریخی و مذهبی نشان می‌دهند که در برخی موارد، تفسیرهای التقاطی از دین موجب ارتکاب جرم می‌شود. بدین‌سان، این پژوهش درصدد است تا با استفاده از روش تحلیل گفتمان فرکلاف، اندیشه‌های بزهکاران دارای التقاط دینی را توصیف، تفسیر و تبیین کند. یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد که بزهکاران التقاطی با تأکید بر وظیفه الهی، سنت‌گرایی ایدئولوژیک، جهاد مقدس و فشار ایدئولوژیک از یک‌سو، به دنبال گفتمان‌سازی شرعی بوده و از سوی دیگر، موجب بازتولید روابط سلطه مبتنی بر شرع می‌شوند. با این حال، در مقام ارزیابی نهایی باید گفت که مجرمان التقاطی با درک اشتباه از دین و فهم نادرست آموزه‌های دینی مرتکب جرم می‌شوند. بنابراین، در این موارد، ایدئولوژی دینی جرم‌زا ناشی از التقاط معرفت‌شناسانه دینی است و این امر، نمی‌تواند نافی کارکرد مثبت دین در پیشگیری از جرم باشد.

واژگان کلیدی: بزهکاران التقاطی، تحلیل گفتمان، ایدئولوژی، مهدورالدم، نظم گفتمانی شرعی

^{*} استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران
Danehsnari@um.ac.ir (نویسنده مسئول)

^{**} کارشناس ارشد فقه و حقوق جزا، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران
eng.um.maali@gmail.com

مقدمه

«دین» مجموعه معارف و احکام خداوند برای هدایت بشر است. در یک تعریف جامع، «دین عبارت است از مجموعه معارف نظری و عقیدتی، احکام و قوانین عملی و دستورات اخلاقی، در ابعاد گوناگون فردی و اجتماعی، سازگار با عقل و فطرت انسانی که از سوی خداوند توسط پیامبران برای هدایت همه‌جانبه مادی و معنوی بشر فرستاده شده و در صورت اجرا، سعادت و رستگاری دنیوی و اخروی انسان را تأمین می‌کند» (ابراهیم‌زاده، ۱۳۸۷: ۲۳). نوع بشر در تاریخ تحولات خود، همواره با فراز و نشیب‌هایی مواجه بوده که گاه او را با کامیابی و گاه با اختلال در فرایند زندگی روبه‌رو کرده است. تجربیات زندگی بشر و پستی و بلندی آن، در نهایت اندیشمندان را به این نتیجه رسانده که «زندگی با آرامش و اخلاق‌مدار، جز در پرتو دین ممکن نیست و این دین است که موجب مفهوم‌بخشی به حیات انسان می‌شود». (قنبری، ۱۳۸۸: ۶۰) لذا، دین تنها راه سعادت انسانی، اصلاح‌کننده امور حیاتی و عامل نظم‌دهی به زندگی دنیوی و اخروی انسان‌ها است.

علاوه بر تأثیر دین در امور اخلاقی و معنوی، این مفهوم نقش مهمی در علوم جنایی دارد؛ زیرا «در قلمروهایی چون تعریف جرم و بزه‌کار، ایجاد و توسعه نظام‌های عدالت کیفری و تبیین مبانی فلسفی کیفر دارای اثر است» (Sadique, 2016: 16). بر این اساس، کارکرد هنجاری دین در قلمروی عدالت کیفری، این مفهوم را به یک متغیر مهم در این حوزه تبدیل می‌کند. در کنار آن، نقش و حضور دین در جامعه جهانی و اعتقاد اکثریت مردم به دین ضرورت توجه جرم‌شناسی به مطالعات این حوزه را ثابت کرده است (Johnson, 2011: 121). با توجه به آنکه، «مطالعه انسان بزه‌کار و علل گرایش او به جرم به‌عنوان یک پدیده ضداجتماعی، برای نظریه‌پردازان جرم‌شناسی ضروری است» (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۰، ۱۰۱۷)، جرم‌شناسی نظری که «موضوع آن تبیین عمل و اقدام جنایی یا مطالعه عوامل و فرایندهای ارتکاب عمل مجرمانه است» (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۳: ۱۴)، از آغاز هزاره سوم به مسئله دین/معنویت و نقش آن در جرم توجه کرده و بر همان اساس، مطالعات مهمی در این حوزه صورت گرفته است.

با وجود تمرکز جرم‌شناسی بر مسئله دین، یافته‌ها در حوزه رابطه دین و جرم دو رویکرد معارض را نشان می‌دهند. بر اساس رویکرد اول، «یکی از مهم‌ترین آثار دین نقش کنترل‌گر آن در پیشگیری از جرم و نقش اصلاحی آن در درمان بزه‌کار است» (Grasmick & et, 1991; Matthews & et, 2011; Piazza, 2012). در نقطه مقابل ایده اول، رویکرد دوم بر این باور است که «دین و ایمان از عوامل محرک جرم هستند» (Arlidge & Wintour, 1999: 23). هرچند این دیدگاه در حال حاضر طرف‌داران کمی دارد، اما در طول تاریخ، جرایم دینی در زندگی اجتماعی بشر وجود داشته‌اند. در

این جرایم، ارزش دینی «آن نوع از ارزش است که فرد را به سلطه خویش درمی‌آورد» (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۷: ۲۸۵). در این حالت، «انجام تکلیف دینی با فرهنگ برخی از افراد جامعه تعارض پیدا می‌کند و فرد ناتوان از تنظیم روابط فرهنگی، مرتکب جرم می‌شود» (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۱: ۳۰۸). بنابراین، یکی از ویژگی‌های بارز این‌گونه جرایم آن است که مبتنی بر مذهب هستند. در این بستر، «مذهب نه تنها، مانعی برای ارتکاب جرم نیست، بلکه عاملی در جهت هرچه دقیق‌تر، وسیع‌تر و خشن‌تر شدن اعمال افراد محسوب می‌شود» (اصغری و روستائی، ۱۳۹۹: ۱۹۱).

با توجه به رشد جرایم عقیدتی که موجب خدشه‌دار شدن تقدس دین و بدبینی نسبت به آن می‌شود، این پژوهش با تأکید بر نقش مهم دین در سعادت دنیوی و اخروی انسان‌ها، درصدد است تا گفتمان بزهکاران التقاطی را بر اساس روش نورمن فرکلاف^۱ تحلیل کند. بر این اساس، مسئله اصلی پژوهش حاضر آن است که خوانش ایدئولوژیک از دین از چه طریق می‌تواند موجب جرم شود؟ آیا دین جرم‌زا است یا جرم‌زایی ایدئولوژیک دینی را باید در قالب‌های دیگر تحلیل کرد؟ نقش گفتمان ایدئولوژیک بزهکاران التقاطی در ارتکاب جرم چیست؟ تبیین گفتمان این دسته از بزهکاران در قالب روش فرکلاف، پیوند میان برش‌های تاریخی/سیاسی و آزادی‌های مدنی را به چه نحو تشریح می‌کند و در نهایت، تعارض گفتمانی ایدئولوژیک در چه صورت به ارتکاب جرم ختم می‌شود؟ بر این اساس و جهت واکاوی پرسش‌ها و مسئله‌های این پژوهش، پس از ارائه روش‌شناسی، مهم‌ترین یافته‌های این اثر بر اساس نظریه فرکلاف تبیین می‌شوند. در نهایت برآمد حاصل از این نوشتار ارائه می‌شود.

۱. روش‌شناسی

به باور یورگنسن و فیلیپس^۲ «تحلیل گفتمان»^۳ شیوه خاص سخن گفتن درباره جهان و فهم آن است. این دو پژوهشگر بر این باورند که شیوه‌های سخن گفتن درباره جهان، هویت‌ها و روابط اجتماعی، واقعیت را به شکل خنثی بازتاب نمی‌دهند، بلکه نقشی فعال در ایجاد و تغییر حقیقت دارند (یورگنسن و فیلیپس، ۱۳۸۹). در این بستر، تحلیل گفتمان تلاش می‌کند تا نشان دهد که چگونه افراد از ابزار زبان برای برساختن دیدگاه‌های خود درباره پدیده‌های مختلف بهره می‌گیرند. از این‌رو، زبان در همه سطوح اجتماعی در پی ایجاد نظم و تغییر (Van Dijk, 2003) و با قدرت فراوان قادر به معناسازی، دنیاسازی و فعالیت‌سازی است (Gee, 1999: 45).

1. Norman Fairclough
2. Jorgensen and Philips
3. discourse analysis

تحلیل گفتمان یک روش تفسیری و کیفی برای مطالعه و بررسی متون شفاهی یا کتبی است که هدف از آن شناخت عمیق‌تر و دقیق‌تر متن است. با این حال، تحلیل گفتمان خود رویکردهای متنوعی را شامل می‌شود که یکی از آن‌ها «تحلیل گفتمان انتقادی»^۱ است. تحلیل گفتمان انتقادی که ریشه در «زبان‌شناسی انتقادی»^۲ دارد، رهیافتی میان‌رشته‌ای به مطالعه گفتمان است که زبان را به‌منزله شکلی از رویه یا کردار اجتماعی می‌بیند و توجه خود را صرف آشکارسازی شیوه سلطه اجتماعی و سیاسی موجود در متون و گفتارها می‌کند (فرقانی و اکبرزاده، ۱۳۹۳: ۳۲). این نظریه به‌طور هم‌زمان تأثیر محیط اجتماعی و گوینده بر هم و تأثیر آن‌ها از یکدیگر را بررسی و «چگونگی تبلور و شکل‌گیری معنا و پیام واحدهای زبانی را در ارتباط با عوامل درون زبانی، واحدهای زبانی محیط، کل نظام زبانی و عوامل برون زبانی» تحلیل می‌کند (فرکلاف، ۱۳۷۹: ۸). بنابراین، تحلیل گفتمان هدفی فراتر از تحلیل نوشتار دارد و به همین دلیل، در آن تحلیل گفتار است که بررسی می‌شود (ایله‌ای، بی‌تا: ۵۸). در این روش تحلیل گران به دنبال آن هستند که ساختارهای اجتماعی و ادراکی که معمولاً فرامتن نامیده می‌شود را در نظر گرفته و هم‌زمان متن و ساختارهای خُرد و کلان آن را بررسی کنند. بنابراین، تحلیل گفتمان انتقادی به دنبال آن است تا نقش کردارهای گفتمانی را در حفظ و بقای جهان اجتماعی آشکار سازد (محسنی، ۱۳۹۱: ۶۳).

نورمن فرکلاف که یکی از شخصیت‌های برجسته در زمینه تحلیل گفتمان انتقادی است، دارای یک نظریه جامع در رویکرد انتقادی است. رویکرد فرکلاف رویکردی انتقادی است که گفتمان را به‌مثابه کردار اجتماعی در نظر می‌گیرد (سرایی و همکاران، ۱۳۷۸: ۸۴). با این حال، نظریه تحلیل گفتمان انتقادی فرکلاف در راستای کشف ناگفته‌های پنهان در پس بافت متنی، دارای سه سطح توصیف تفسیر و تبیین است.

در گام توصیف که همان تحلیل زبان‌شناختی متن (نحو، ساخت واژه، معناشناسی و...) است، تحلیل گر، متن را از زوایای مختلف و با ترکیب مفاهیم علوم سیاسی، جامعه‌شناسی و زبان‌شناسی، تحلیل زبان‌شناختی می‌کند و رابطه صورت، معنا، دستور و باهم‌آیی واژگان را می‌کاود. پس از آن تحلیل گر به این باور می‌رسد که شرایط سیاسی - اجتماعی جامعه و گفتمان بر هم تأثیر گذاشته و از هم تأثیر می‌پذیرند (یورگنسن و فیلیپس، ۱۳۸۹: ۶۶). در نتیجه، مجموعه ویژگی‌های صوری یک متن، انتخاب‌هایی خاص از میان گزینه‌های مربوط به واژگان و دستور هستند که متن از آن‌ها استفاده می‌کند (فرکلاف، ۱۳۷۹: ۱۶۷). در تفسیر متن بر مبنای آنچه در سطح توصیف گفته شده و با در

1. critical discourse analysis

2. critical linguistic

نظر گرفتن بافت موقعیتی، مفاهیم کاربردشناسی زبان و عوامل بینامتنی بررسی می‌شود. به عبارت بهتر، فرکلاف تفسیر را ترکیبی از محتویات متن و ذهنیت مفسر دانسته و مقصود از ذهنیت مفسر را دانش زمینه‌ای می‌داند که مفسر در تفسیر متن به کار می‌گیرد (فرکلاف، ۱۳۷۹: ۲۱۵). گفتمان متن در سطح تفسیر، به متن و انگیزه نویسنده نظر داشته و به تفسیر واژه‌ها و عباراتی می‌پردازد که در ایجاد معنای یک گفته سهیم‌اند (کالر، ۱۳۸۲: ۷۵). لذا، در مرحله تفسیر با تطبیق نشانه‌های متنی در مرحله توصیف و تحلیل آن‌ها در بینامتنیت و بافت موقعیت، روند معناسازی از نشانه‌های اجتماعی تا تبدیل نشانه‌ها به متن و معانی جدید مشخص می‌شوند. در نهایت، تبیین، سطحی از تحلیل است که در آن چرایی تولید متن در ارتباط با عوامل جامعه‌شناختی، تاریخی، گفتمان ایدئولوژی و قدرت و دانش فرهنگی اجتماعی بررسی می‌شود. در این سطح تحلیل‌گر با هدف پاسخ به این پرسش که «گفتمان حاضر در پی حفظ وضعیت سیاسی موجود و تقویت ساختارهای قدرت است یا در پی تغییر آن؟» به بررسی رابطه میان گفتمان با سه متغیر سیاست، بافت اجتماعی و قدرت می‌پردازد. به عقیده فرکلاف گفتمان، کنش اجتماعی در برابر قدرت حاکم است که در تلاش است تا قدرت و ایدئولوژی حاکم بر جامعه را تغییر دهد. بر این اساس، در تبیین گفتمان فرکلاف بر مفاهیمی همچون قدرت، ایدئولوژی و هژمونی تأکید می‌شود. لذا، ایدئولوژی و قدرت، پایه‌های اصلی گفتمان انتقادی هستند؛ زیرا گفتمان هم‌سو یا در تقابل با جهان‌بینی قدرت حاکم بر جامعه شکل می‌گیرد و یکی از اصول پذیرفته‌شده در تحلیل گفتمان انتقادی، کارکرد ایدئولوژیک گفتمان است. بنابراین فرکلاف با تمرکز بر رابطه زبان و قدرت بیان می‌کند که چگونه زبان در سلطه بعضی بر دیگران کاربرد دارد و این به دلیل آن است که معنا در خدمت قدرت است (کلانتری، ۱۳۹۱: ۲۲۹).

۲. یافته‌ها

در این قسمت، مهم‌ترین یافته‌های حاصل از تحلیل گفتمان فرکلاف در بزهکاران التقاطی مطرح می‌شوند. بررسی و تحلیل گفتمان این دسته از مجرمان، سه یافته مهم بنیادگرایی دینی، نظریه فشار و تجویز شرعی به مثابه شرط اباحه عمل را به عنوان مهم‌ترین علت‌های جرم ثابت کرد. با این حال، با توجه به آنکه روش فرکلاف، حاوی سه مرحله توصیف، تفسیر و تبیین است، در هر قسمت تلاش می‌شود تا گام‌های سه‌گانه روش فرکلاف بررسی و تحلیل شوند.

۲-۱. بنیادگرایی دینی

دین به عنوان بخش اصلی زندگی بشر مجموعه عقاید، دستورها و احکام الهی است که هدایت‌گر انسان به سوی تعالی اخلاقی و مسیری برای دست یافتن به سعادت است. یافته‌های پژوهش‌های صورت گرفته نشان می‌دهد که «هشتاد و چهار درصد مردم جهان به یک دین مشخص باور دارند»

(Cullen, 2012: 157). به همین دلیل، رشد مطالعات دینی در جرم‌شناسی به‌ویژه از آغاز هزاره سوم، موجب شکل‌گیری نحله جرم‌شناسی دینی^۱ در اندیشه متفکرانی چون کولن^۲، کاتی^۳ و رونل^۴ شده است (Cullen, 2012; Cotte, 2014; Ronel, 2017; Ulmer, 2012; Johnson & Jang, 2012). با توجه به آنکه آموزه‌های دینی، قاعده رفتار اخلاقی را در قالب هنجارهای مشخص تعیین می‌کنند، جرم‌شناسی دینی بر این باور است که دین نقش بازپرورانه، پیشگیرانه و بازدارنده دارد؛ زیرا اعتقاد به خداوند، اصول اخلاقی و توجه به مفاهیمی چون گناه، شرم و وجدان موجب می‌شود تا افراد به علقه‌های دینی و اخلاقی پایبند بوده و مرتکب جرم نشوند. به همین دلیل، در جرم‌شناسی دینی اعتقاد بر این است که «پرورش صحیح مذهبی و داشتن ایمان کامل بزرگ‌ترین عامل بازدارنده جنایی محسوب می‌شود» (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۸۵: ۲۷۰). یافته‌های مطالعات در این حوزه نشان می‌دهد که «کتاب‌های دینی و تعالیم و حیانی بهترین و بی‌بدیل‌ترین شیوه برای پیشگیری از جرم و مفساد اجتماعی بوده‌اند» (محمدی، ۱۳۹۷: ۸۱). به عبارت دقیق‌تر، آموزه‌های دینی، نوعی «ضمانت اجرای درونی و خودکنترلی برای افراد به همراه دارد که موجب پیشگیری از جرم می‌شود». (صالح و لیدی، ۱۳۸۸: ۲۹) بدین‌سان، «ایجاد فرهنگ صبر در برابر وسوسه‌های مجرمانه و ایجاد همبستگی و عدم ارتکاب جرم از مهم‌ترین کارکردهای پیشگیرانه دین است» (لطفی و حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۹۱: ۱۶۹). شاید به همین دلیل باشد که به زعم عده‌ای، «دین مهم‌ترین و کارآمدترین نهادی است که پیشگیری بر پایه خودکنترلی را مهم‌تر از دگرکنترلی می‌داند و به‌جای تأکید بر سیاست‌های قهرآمیز و سرکوبگر، به ابزارهای کنترل شخصی در پرتو ساخت یک نظام اعتقادی تمرکز می‌کند» (خسروشاهی و جوادی حسین‌آبادی، ۱۳۹۵: ۹۴).^۵

با وجود نقش مؤثر دین در پیشگیری از جرم، رشد افراط‌گرایی دینی و رادیکالیسم مذهبی، موجب شده است تا جرم‌شناسان به نقش باورهای دینی در ارتکاب جرم توجه کنند (Ritter, 2016: 781). بر

1. Religious Criiminology
2. Cullen
3. Cotte
4. Ronel

۵. با وجود آنکه برخی مطالعات جرم‌شناسانه بر این امر صحه گذاشته‌اند که دین‌داری موجب پیشگیری از جرم می‌شود، اما یافته‌های برخی دیگر از پژوهش‌ها حاکی از عدم نقش دین در پیشگیری از جرم است (Johnson, 2015: 518). در یک پژوهش کلاسیک در سال ۱۹۶۹، تراورس هیرسچی و استارک با مطالعه چهار هزار دانش‌آموز دبیرستانی در کالیفرنیا، به این نتیجه رسیدند که حضور در کلیسا، اعتقاد به خدا، جهنم و زندگی پس از مرگ، هیچ ارتباطی با ارتکاب جرم توسط آن‌ها نداشته است. بر این اساس، پژوهشگران به این نتیجه رسیدند که نمی‌توان میان دین و پیشگیری از جرم ارتباط برقرار کرد (Hirschi & Stark, 1969: 209).

این اساس، می‌توان جرم عقیدتی را ناشی از کژرفتاری دینی/ اعتقادی و با اعتقاد به اهداف مقدس و توأم با رفتارهای خشونت‌بار و مبتنی بر نفرت دانست. امروزه، یکی از مهم‌ترین مصادیق جرم عقیدتی، ارتکاب جرایم تروریستی است. از آنجا که بخش مهمی از تروریسم در حال حاضر متکی به دین و مذهب است، ایدئولوژی به‌عنوان یک عامل اساسی در ارتکاب جرایم تروریستی، مورد توجه قرار گرفته است (عبدالله‌خانی، ۱۳۸۶: ۸۱). با این حال، دامنه ارتکاب جرایم عقیدتی گسترده‌تر از تروریسم است و شامل هر جرمی می‌شود که در آن، انگیزه مرتکب از ارتکاب جرم ایدئولوژی و احیای ارزش‌های دینی باشد.

ارتکاب جرم در این قالب مشخص را می‌توان ذیل مفهوم «بنیادگرایی دینی» تحلیل کرد. بنیادگرایی دینی به افکار گروه‌های بسته مذهبی اطلاق می‌شود که از یک‌سو، قائل به تحریف دین یا خروج افراد از مسیر اصلی دین است و از سوی دیگر، ناظر بر تفکر و ایدئولوژی‌ای است که برتری ذاتی عقاید، افکار، برنامه‌ها و ایده‌های دینی را مورد تأکید قرار می‌دهد (الوارز، ۱۳۹۶: ۳۵۸). بر این اساس، بنیادگرایان، خود را نماینده واقعی دین می‌دانند و در مقام نفی دیگر گروه‌ها برمی‌آیند. با توجه به آنکه، بنیادگرایان تفسیری ایدئولوژیک از دین دارند، می‌توان آن‌ها را گروه‌های عمل‌گرا دانست که دین را به مثابه ایدئولوژی مبتنی بر شریعت در نظر می‌گیرند. شواهد نشان می‌دهد که بسیاری از مرتکبان جرایم دینی، خود را در ارتکاب جرم محق می‌دانند؛ بدین معنا که آن‌ها اغلب رفتار خود را به‌عنوان پاسخی مشروع به نقض مفروض رفتاری یا نقص اخلاقی از سوی بزه‌دیده تعریف می‌کنند. در این معنا، مجرم خشونت خود را به‌عنوان شکلی از کنترل اجتماعی درک می‌کند. لذا بنیادگرایان دینی، برداشتی حداکثری از دین دارند؛ تا جایی که تمایز و جدایی میان دین و سیاست را نوعی مرزبندی صوری و غیرواقعی می‌دانند و به همین دلیل، این حق را برای خود محفوظ می‌دانند که در راه احیای ارزش‌های دینی مرتکب جرم شوند (قطب، ۱۳۷۸: ۳۸).

توصیف گفتمان بزهکاران التقاطی به مثابه بازتابی از افکار، عقاید و باورهای مذهبی آن‌ها در عبارات مختلف و با بسامدهای متفاوت بیان شده است (جدول ۱-۲). در مقام تفسیر، با توجه به ساختار متن و انسجام وضعی آن می‌توان ارتباط تنگاتنگ بافت‌های بینامتنی را مشاهده کرد. بر این اساس، ارتباط مفاهیمی چون رسالت الهی و امداد غیبی، رابطه گناه و خشکسالی، جهاد مقدس، حیات بخشی به آیات قرآن و... بافت‌هایی هستند که در نگاهی دقیق، محور اصلی تفکر بزهکاران التقاطی را بازنمایی می‌کنند. از آنجا که یکی از ویژگی‌های اصلی بنیادگرایی، رد انگاره‌های مدرنیته همچون حق بر متفاوت بودن و آزادی اندیشه است، بنیادگرایان در تقابل با مدرنیته، تغییر وضعیت اجتماعی موجود را هدف و آرمان خود قرار می‌دهند. بنابراین، از آنجا که یکی از ویژگی‌های مشترک

در جنبش‌های بنیادگرا، موضع‌گیری آن‌ها در برابر ایدئولوژی مدرنیته است (کاستلز، ۱۳۸۵: ۳۰)، می‌توان گفت که جرایم عقیدتی ارتكابی توسط مجرمان التقاطی نیز پاسخی به نمادهای مدرنیته در جامعه بوده است (جدول ۲-۱-۲). در عمیق‌ترین سطح تحلیل یعنی تبیین گفتمان، شالوده و نظریات اجتماعی سازنده شخصیت مجرمان التقاطی بررسی می‌شوند. بر اساس یافته‌های حاصل از تحلیل گفتمان، عوامل اجتماعی و نهادی مختلف همچون روح شرعی حاکم بر گفتمان، تسلط و نفوذ عقیده بر سایر قلمروها و تضاد میان ساختار و گفتار از جمله انگیزه‌هایی هستند که در ایجاد کنش‌های اجتماعی بزهکاران التقاطی اثرگذار بوده‌اند. در گفتمان مجرمان التقاطی، به‌طور مشخص بر مفهوم تکلیف شرعی تأکید می‌شود. این امر علاوه بر آنکه آن‌ها را متقاعد می‌کند که نمایندۀ واقعی دین هستند، از یک‌سو، بنیادگرایی را به یک امر اجتماعی و نهادی تبدیل می‌کند و از سوی دیگر، نشان می‌دهد که رفتار آن‌ها نوعی جنبش دینی و اجتماعی است که سعی در ایجاد تغییرات و فسادزدایی دارد. با این تفاسیر می‌توان گفت که بنیادگرایی بزهکاران التقاطی، آن‌ها را قادر می‌سازد تا با نظم‌های اجتماعی معارض دین مقابله کند (جدول ۲-۱-۳).

جدول ۲-۱-۱. توصیف بنیادگرایی

متن	ابعاد معنایی	ارزش‌های ویژگی‌ها	اثرات ساختی
بزهکاران التقاطی	فاعل	بیانی	هویت اجتماعی
عنایت خدا	محتوا	تجربی	دانش / اعتقاد
توکل / ایمان	محتوا	تجربی	دانش / اعتقاد
گناه	محتوا	تجربی	دانش / اعتقاد

جدول ۲-۱-۲. تفسیر بنیادگرایی

متن	سطح تفسیر	بافت موقعیتی (محتوا، افراد درگیر، روابط، پیوند)	بافت بینامتنی
ارتکاب جرم و نزول رحمت الهی	ساختار متن	رضایت الهی، بزهکار و خداوند، بندگی محض، زبان عقیدتی	رابطه گناه و خشکسالی
ارتکاب جرم و امداد الهی	ساختار متن	امداد غیبی، بزهکار و خداوند، روابط ماورایی، زبان عقیدتی	رسالت الهی و امداد غیبی

جهاد فی سبیل الله	انسجام وضعی	تکلیف شرعی، روابط اجتماعی، زبان گفتاری	جهاد/ جهل مقدس
شناسایی افراد مهدورالدم	ساختار متن	تلاش برای فسادزدایی، روابط اجتماعی، زبان گفتاری	جرایم عقیدتی

جدول ۲-۱-۳. تبیین بنیادگرایی

متن	عوامل اجتماعی	زمینه اجتماعی	اثرات
پاداش الهی/ بهشت/ هم سفره شدن با پیامبر	اجتماعی	نظم گفتمانی شرعی	گفتمان تحسین آمیز دینی
دفع فساد و تکلیف الهی	نهادی	مبارزه هژمونیک	گفتمان سازی شرعی
بی تفاوتی نسبت به مجازات شدن در دنیا	نهادی	قلب گفتمانی مفهوم جرم و مجازات	دیالکتیک ساختار و رخداد

۲-۲. نظریه فشار

نظریه فشار ساختاری، رفتارهای انحرافی را نتیجه فشارهای اجتماع می داند که بعضی از مردم را وادار به ارتکاب جرم می کند. لذا، در تقابل با مکتب تحقیقی که عوامل زیستی و روانی را موجب آسیب دیدگی فردی می داند، عده ای به جرم به عنوان مظهر آسیب اجتماعی شناسی^۱ می نگرند و عوامل روانی را ناشی از جامعه می دانند.^۲ مدافعان این نظر، پیام مکتب جامعه شناسی را تحت عنوان نظریه فشار معرفی می کنند که در آن به بررسی خرده فرهنگ ها و انگیزه های ارتکاب جرم پرداخته می شود. نقطه شروع در نظریه فشار این تصور است که جرم اصولاً پدیده ای اجتماعی است. این امر بدان

1. Zemiology

۲. آسیب اجتماعی شناسی به دنبال آن است تا با خروج از رویکرد قانونی به جرم و خسارت به مطالعه آسیب های بالفعل و بالقوه ای بپردازد که در جریان زندگی به رفاه فرد صدمه وارد می کنند. در کنار آن، آسیب اجتماعی شناسی از یک سو، به آسیب هایی که مهم هستند و از سازمان دهی اجتماعی ناشی می شوند توجه دارد و از سوی دیگر، آسیب هایی را که از ناهمگونی ساختارهای سیاسی و اقتصادی ناشی می شوند، مطالعه می کند (ون هایم، ۱۳۹۲: ۹۲۶). همچنین، آسیب شناسان اجتماعی نیز با تأکید بر آسیب های جسمانی، اقتصادی، روانی و فرهنگی به مطالعه فقر، نابرابری، بی عدالتی های تاریخی و تضاد میان منافع و مصالح طبقه صاحب سرمایه و قدرت، از یک سو و منافع و مصالح مردم، از سوی دیگر، برای مطالعه و پی بردن به ریشه های مسائل اجتماعی جامعه روی می آورند.

معناست که این نظریه بر نوعی فهم جامعه‌شناختی از رفتارهای فردی و گروهی استوار است. بدین‌سان، نظریه فشار جرایم عقیدتی را با فرایندها و ساختارهای فراگیر اجتماعی مرتبط می‌داند و بر این باور است که جرم عقیدتی محصول فرایندها و ساختارهای موجود است. بدین ترتیب، در نگاه این نظریه، مجرم دینی محصول نوعی نظم خاص اجتماعی است. به بیان دیگر، نظریه فشار مدعی است که اعمال و ارزش‌های بزه‌کاران عقیدتی را نیروها و عوامل فراگیر موجود در جامعه تعیین می‌بخشند. لذا، درخصوص جرم عقیدتی، نظریه فشار بر آن است که باید این پدیده را ناشی از گسست اجتماعی یا فرایندهایی اجتماعی به حساب آورد که نشان‌دهنده نوعی فشار اجتماعی در درون جامعه است. این دیدگاه همچنین بر آن است تا فشارها یا سرچشمه‌های تنش، طبیعی اجتماعی دارد؛ بدین معنا که علت جرم دینی را باید در ساختارهای اجتماعی یا نظام‌های ارزشی مشاهده کرد. لذا، این نظریه بر فشارهایی متمرکز است که با فرصت‌های ساختاری و فرایندهای فرهنگی پیوند دارد (وایت و هینز، ۱۳۹۲: ۱۴۳).

بر اساس نظریه عمومی فشار به‌عنوان قرائتی معاصر از نظریه فشار مرتون^۱ نیز باید گفت که برای ارتکاب جرم سه مرحله مورد نیاز است. در ابتدا، منابع فشار، سپس احساسات منفی ناشی از این فشارها و در نهایت، رفتار مجرمانه. آگنوو^۲ به‌عنوان نظریه‌پرداز اصلی این تئوری، مفهوم فشار را از رویکرد مرتون گسترده‌تر می‌کند و به‌جای تأکید بر فشارهای اقتصادی، چندین منبع فشار دیگر را نیز معرفی می‌کند. در قلمروی جرایم دینی، تعارض مذهبی، محرومیت مالی و سرکوب شدن افراد توسط دولت‌ها به‌مثابه مهم‌ترین منابع فشار شناسایی شده‌اند (Agnew, 2017: 121). علاوه بر آن، آگنوو در تبیین جرایم عقیدتی به مسئله «فشارهای جمعی» توجه می‌کند (Agnew, 2017: 123). بدین‌سان، وجود فشارهایی چون اختلافات قومی و مذهبی، تهدیدهای دینی، کینه فرهنگی و عقیدتی، خشونت ساختاری دولت، محرومیت مالی، انکار مدنی و سیاسی و تعارضات مذهبی از مهم‌ترین عوامل ارتکاب جرایم ایدئولوژیک محسوب می‌شوند (Cottee, 2011: 741).

در این بستر، فشار دینی با ارتکاب جرایم مبتنی بر نفرت هم‌سو می‌شود. ماهیت جرایم مبتنی بر نفرت، «با سازوکاری خشونت‌آمیز نسبت به گروه‌های اقلیت، این دسته از جرایم را به جرایم مهمی تبدیل کرده است» (Perry, 2001: 2). مطابق تعریف کونین^۳، فراسر^۴ و تامسون^۵ جرایم مبتنی بر

1. Merton
2. Agnew
3. Cunneen
4. Fraser
5. Tomsen

نفرت را می‌توان «انگیزه‌های تحریک‌شده مجرمان متعصب به واسطه نژاد، قوم، ناتوانی، گرایش جنسی و ملیت دانست که منجر به ارتکاب جرم‌های خشونت‌آمیز علیه فرد، اموال و یا اجتماع می‌شود» (Lee et al, 2007: 275). با وجود این، ویژگی مشترک در تعاریف ارائه شده، «انگیزه‌های مبتنی بر تعصب» در مرتکب است. در نتیجه، جرایم مبتنی بر نفرت بیشتر یک اصطلاح توصیفی است؛ زیرا انگیزه ارتکاب جرم، وجود نفرت‌های قدیمی یا تعصب‌های درونی‌شده ناشی از آموزه‌های فرهنگی در فرد مرتکب است. این امر، علاوه بر آنکه از مهم‌ترین سنجه‌های حاکم بر ساختار تشکیل‌دهنده این جرایم است، معرف نگرش‌های متعصبانه در این حوزه است.

توصیف گفتمان بزهکاران التقاطی در پرتو نظریه فشار، مفهوم خاصی را به تصویر می‌کشد. در این تصویر تأکید بر واژگانی چون کفار، زنان خیابانی، افراد مهدورالدم و... تداعی گر معنای برخاسته از کل محتوا هستند که به عنوان کلیدواژه، ابعاد فشارزای ذهنی مجرمان التقاطی را نشان می‌دهند. (جدول ۲-۲-۱) در تفسیر گفتمان بزهکاران التقاطی به وضوح فشار ایدئولوژیک ترکیبی از محتوای متن و دانش زمینه‌ای آن‌ها در قبال بزه‌دیدگان است. به همین دلیل، ارتکاب جرم توسط این دسته از بزهکاران در روابط اجتماعی مشخص و با هدف فسادزدایی، اثرات اجتماعی گفتمان آن‌ها را مشخص می‌کند. پس، ارتکاب جرم توسط مجرمان التقاطی توأم با زبان قدرت‌محور ایدئولوژیک و مبتنی بر نفرت است. بر این اساس، مفاهیمی چون فشار ایدئولوژیک و نظام ارزشی دینی مختص آن‌ها، از یک سو، انگیزه نفرت‌آمیز جرم را نشان می‌دهد و از سوی دیگر، مؤید فشارهای جمعی در بستر ساختارهای اجتماعی است. بدین سان، می‌توان گفت که گفتمان‌سازی شرعی، مبارزه هژمونیک و نظم گفتمانی شرعی مهم‌ترین مصادیق گفتمانی بزهکاران التقاطی را شکل می‌دهند. (جدول ۲-۲-۲) در سطح تبیین نیز موضوع اصلی آن است که ایدئولوژی‌های گفتمان از کجا برخاسته‌اند، درگیری حاصل از آن‌ها در چه بنیان‌هایی دیده می‌شوند و در نهایت، به کجا ختم می‌شوند؟ تبیین گفتمان بزهکاران التقاطی در بستر نظریه فشار و بر اساس بنیان‌های کلامی متن، عوامل موقعیتی و اجتماعی نشان می‌دهد که هنجارسازی شرعی مبتنی بر سنت‌گرایی ایدئولوژیک یک مسئله اساسی در گفتمان آن‌ها است؛ بدین معنا که آن‌ها با هدف انجام تکالیف الهی و با نفرت از بزه‌دیدگان، مرتکب جرم می‌شوند. (جدول ۲-۲-۳)

جدول ۲-۲-۱. توصیف فشار

متن	ابعاد معنایی	ارزش‌های ویژگی‌ها	اثرات ساختی
کفار	محتوا	تجربی	دانش / اعتقاد
زنان خیابانی	محتوا	تجربی	دانش / اعتقاد
شیعیان	روابط	رابطه‌ای	روابط اجتماعی
غیرت	محتوا	تجربی	دانش / اعتقاد

جدول ۲-۲-۲. تفسیر فشار

متن	سطح تفسیر	بافت موقعیتی (محتوا، افراد درگیر، روابط، پیوند)	بافت بینامتنی
ارتکاب جرم علیه زنان خیابانی	معنا	قتل، بزه‌کار و زنان خیابانی، روابط اجتماعی، زبان گفتاری	فشار ایدئولوژیک
رسالت الهی برای فسادزدایی	ساختار متن	فسادزدایی، کل اعضای جامعه، روابط اجتماعی، زبان گفتاری / نوشتاری / عقیدتی	ناتوانی حکومت اسلامی در زدودن فساد
عملیات انتحاری	انسجام وضعی	قتل، بزه‌کار التقاطی و بزه‌دیده، روابط اجتماعی، قدرت	فشار ایدئولوژیک

جدول ۲-۲-۳. تبیین فشار

متن	عوامل اجتماعی	زمینه اجتماعی	اثرات
ظهور ایدئولوگ‌های جدید	اجتماعی	هنجارهای گفتمانی شرعی	سنت‌گرایی ایدئولوژیک
اشتیاق برای ارتکاب جرم	موقعیتی	مبارزه هژمونیک	گفتمان دینی جدید
کرامت‌زدایی از انسان	موقعیتی	آرایش متعارف ایدئولوژیک	انسان‌زدایی مبتنی بر گفتمان شرع

۲-۳. تجویز شرعی به مثابه شرط اباحه عمل

عوامل موجهه جرم^۱ یا اسباب اباحه، در یک تعریف کلی عبارت از شرایط و اوضاع و احوال عینی است که وصف مجرمانه را از رفتاری که در شرایط عادی جرم است برداشته و به آن صورتی غیرقابل سرزنش می‌دهد (اردبیلی، ۱۳۹۲: ۲۴۷). به بیان دیگر، عملی که در شرایط متعارف جرم بوده و طبق قانون قابل مجازات است، با بروز اوضاع و شرایط خاصی که اختصاص به فاعل جرم ندارد، ممنوعیت خود را از دست می‌دهد و از نظر قانون‌گذار مباح محسوب می‌شود. در عوامل موجهه جرم به دلیل موجود بودن اجازه قانون‌گذار و مفقود بودن رکن قانونی، نه تنها رفتار ارتكابی جرم به شمار نمی‌آید، بلکه رفتار به ظاهر مجرمانه، به عنوان حالت خطرناک فاعل به شمار نمی‌رود.

گاه در بستر احکام فقهی، ایدئولوژی موجب مباح شدن عمل می‌شود. با این توضیح که در برخی موارد به دلیل اجازه قانون‌گذار/ شارع، مکلف میان انجام یا ترک عملی مخیر می‌شود و در صورت انجام آن عمل معذور بوده و قابل سرزنش نخواهد بود. اما بسته به نوع عمل و در شرایط خاص، ممکن است گاهی این اجازه قانون‌گذار بستر وقوع جرم را فراهم سازد. در اینجا به طور مشخص می‌توان رابطه میان دین‌داری و جرم با انگیزه‌های مذهبی را ذیل علل موجهه و تحت عنوان اجازه قانون جست‌وجو کرد. با این حال، مهم‌ترین و خطرناک‌ترین جرایم با انگیزه مذهبی عبارت از «سلب حیات از دیگری بدون مجوز قانونی» (آقای نیا، ۱۳۸۵: ۲۰) و با اعتقاد به مهدورالدم بودن است. در این شرایط، قاتلان نه تنها قتل‌ها را قانونی و شرعی می‌دانند، بلکه خود را مسئول می‌دانند تا بر اساس باورهای دینی، گناهکاران را به قتل برسانند.

گرچه، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با به رسمیت شناختن اصل قضامندی مجازات‌ها، در مواردی، مداخلات غیرقضایی و خودسرانه را جرم دانسته است که از آن جمله می‌توان به مواد ۳۰۲، ۳۰۳ و ۴۲۰ قانون اشاره کرد، با این حال، قانون مجازات اسلامی در مواردی همچنان با پیروی از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ و اقتباس ناقص از برخی فتاوی فقهی راه را برای اقدام خودسرانه به مجازات بازگذاشته است. وجود چنین مضامینی در متن قانون، هرچند به صورت موردی، تداعی‌گر آن است که فقه اسلامی به نظم و انضباط اجتماعی و امنیت قضایی شهروندان بها نمی‌دهد و بر این اساس، افراد عادی می‌توانند گاه دیگران را مهدورالدم تشخیص دهند، به کیفر برسانند و از پیگیری و مجازات معاف باشند (نوبهار، ۱۳۹۲: ۶۶).

در خصوص قتل با اعتقاد به مهدورالدم بودن، ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

اشعار می‌دارد: «در صورتی که مجنی علیه دارای ویژگی‌هایی از جمله ارتکاب جرم حدی با شرایط مشخص، مستحق قصاص بودن، متجاوز بودن و همچنین زنا در شرایط مشخص باشند، به قصاص و پرداخت دیه محکوم نمی‌شوند». ماده ۳۰۳ نیز در ادامه اعتقاد به مهدورالدم بودن را در دادگاه قابل اثبات دانسته و معین می‌کند که حتی اگر اشتباه در این اعتقاد وجود داشته باشد، باز هم برای قاتل حکم قصاص در نظر گرفته نخواهد شد و تنها محکوم به دیه می‌شود.

حال پرسش این است که کدام قتل مصداق این ماده قرار گرفته و شرایط این قتل چیست؟ برای پاسخ به این پرسش، ابتدا باید بررسی کرد که آیا اعتقاد قاتل مبنی بر مهدورالدم بودن مقتول، قصد و عمد قاتل را از بین برده و موجب تغییر در ماهیت قتل عمد می‌شود یا خیر؟ از بررسی آرای فقها چنین به دست می‌آید که تحقق قتل عمدی با ذهنیت قاتل نسبت به مقتول و اینکه آیا قاتل کشتن مقتول را مباح می‌داند یا خیر، رابطه‌ای ندارد. لذا اگر عمل قاتل از نوع غالباً کشنده باشد، قصد وی از نظر قانون‌گذار مفروض بوده و مصداق قتل عمد است (طوسی، ۱۴۰۷: ۷۳۳؛ حلی، بی‌تا: ۵۸۲). بنابراین، هم عمل فردی که کسی را با اعتقاد به مهدورالدم بودن می‌کشد و بعد کشف می‌شود که وی محقون‌الدم بوده و هم عمل کسی که با اعتقاد به محقون‌الدم بودن فردی را می‌کشد، از مصادیق قتل عمد است (نظری‌نژاد کیاشی، ۱۳۸۰: ۶۹). با این حال، نکته مهم آن است که اگر فرد اعتقاد اشتباه خود را در دادگاه ثابت کند، مشمول قصاص نخواهد شد. بر این اساس، می‌توان گفت که محرک‌های ایدئولوژیک در این حوزه می‌تواند موجب برداشت‌های اشتباه و البته صادقانه شود. در مجموع، با تصویب ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی به نظر می‌رسد که قانون‌گذار با اعطای مجوز قانونی، از یک‌سو، به جرایم این حوزه دامن زده و از سوی دیگر، مستند قانونی را در اختیار مجرمان این حوزه قرار داده است. بنابراین، تصویب موادی همچون ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی این اجازه را به برخی افراد می‌دهد تا برخلاف عرف، رویه و اخلاق جامعه بر فرهنگ مرسوم جامعه اقدام به هنجارشکنی کنند. در این شرایط، به طور مشخص می‌توان از قانون جرم‌زا سخن به میان آورد.

در توصیف صوری گفتمان بزهکاران التقاطی رویکرد غالب استفاده از اصطلاحات فقهی است. این موضوع نشانگر این مطلب است که مجرمان التقاطی با توجه به زمینه اعتقادی خود، از عبارات خاصی برای توجیه قتل‌ها استفاده می‌کند. (جدول ۲-۳-۱) در لایه تفسیری نیز استناد به احکام فقهی، ویژگی برجسته گفتمان بزهکاران التقاطی است. به همین دلیل، مجازات جرم زنا و جایز بودن قتل انسان مهدورالدم، در بافت بینامتنی یکدیگر را تقویت کرده‌اند. هرچند این مفاهیم به شکلی نادرست در منظومه فکری مجرمان التقاطی شکل گرفته‌اند، اما با این حال، می‌توان اجازه شرع و قانون را به عنوان عامل مهم در ارتکاب جرم به حساب آورد. (جدول ۲-۳-۲) در نهایت، در سطح

تبیین، آنچه شفاف به نظر می‌رسد، بازتولید قدرت مبتنی بر ایدئولوژی و گفتمان شرعی است. ناگفته پیداست که مباح شدن عمل در فقه اسلامی تحت شرایط خاص امکان‌پذیر است. با این حال، استفاده از زبان تهدید در گفتمان بزهکاران التقاطی نشان می‌دهد که تجویز شرعی عاملی برای انتقام خصوصی محسوب می‌شود. در چنین فضایی، در بستر نظم گفتمانی شرعی، از یک سو، روابط مبتنی بر سلطه در قالب آموزه‌های شرعی بازتولید و از سوی دیگر، بر نوعی سنت‌گرایی ایدئولوژیک تأکید می‌شود. بدین‌سان، مجرمان التقاطی با توهم جهاد مقدس و رسالت الهی، تأکید بر هژمونی شرع و با این باور که شرع بر نظم اجتماعی تفوق دارد، مرتکب جرم می‌شود. شدت نظم گفتمانی شرعی در اندیشه‌های بزهکاران التقاطی تا بدان‌جا است که آن‌ها خود را از هرگونه گناه و مجازات مبرا می‌دانند؛ زیرا بر این باورند که در حال اجرای احکام الهی و مشمول پاداش و امدادهای غیبی الهی هستند (جدول ۲-۳-۳).

جدول ۲-۳-۱. توصیف قتل با اعتقاد به مهدورالدم بودن

متن	ابعاد معنایی	ارزش‌های ویژگی‌ها	اثرات ساختی
گناهکار	محتوا	تجربی	دانش / اعتقاد
مفسد فی الارض	محتوا	تجربی	دانش / اعتقاد
وظیفه شرعی	فاعل	بیانی	هویت اجتماعی

جدول ۲-۳-۲. تفسیر قتل با اعتقاد به مهدورالدم بودن

متن	سطح تفسیر	بافت موقعیتی (محتوا، افراد درگیر، روابط، پیوند)	بافت بینامتنی
تلاش برای کشتن افراد مهدورالدم	ظاهر	قتل، بزهکار و مهدورالدم، روابط اجتماعی، زبان گفتاری	جواز قتل مهدورالدم / جهل مقدس
فسادزدایی	انسجام وضعی	قتل، بزهکار و زنان خیابانی، روابط اجتماعی، زبان گفتاری	جواز قتل مهدورالدم
وجوب کشتار کفار	انسجام وضعی	انسان‌زدایی، کافر، روابط اجتماعی، زبان گفتاری و نوشتاری	سرزنش‌پذیری بزه‌دیده

جدول ۲-۳-۳. تبیین قتل با اعتقاد به مهدورالدم بودن

متن	عوامل اجتماعی	زمینه اجتماعی	اثرات
رسالت الهی	نهادی	نظم گفتگویی شرعی	بازتولید روابط سلطه
لذت از جرم	اجتماعی	هژمونی دینی	گفتمان تحسین آمیز فقهی
آموزش افکار التقاطی	اجتماعی	نظم شرع محور	دیالکتیک ساختار و رخداد
ناتوانی دولت‌ها در انجام وظایف دینی	اجتماعی	قدرت مبارزه	تعارض نظم اجتماعی و نظم شرعی

نتیجه

باورها و اعتقادات دینی همواره به عنوان عاملی بی مانند موجب تنظیم رفتار انسان‌ها در حوزه فردی و اجتماعی می‌شوند؛ به طوری که امروزه تمامی نظام‌های حقوقی به این باور رسیده‌اند که پیشگیری از جرم از طریق احکام دینی امری انکارناپذیر است. دین در مفهوم عام خود و در ذیل آن دین اسلام به عنوان کامل‌ترین دین الهی، با جهان بینی توحیدی موجب هدف و نشاط در زندگی شده و در پرتو آن باعث می‌شود انسان به آرامش و جامعه به آسایش دست یابد. به طور مشخص، ترویج احکام اخلاقی اسلام و تلاش برای به کارگیری توصیه‌های آن در زندگی چیزی است که در علم جرم‌شناسی از آن با عنوان پیشگیری از جرم یاد می‌شود. بر این اساس، انسان‌ها از یک سو، در راه اجرای اندیشه‌های دینی به سمت تکامل و کسب مکارم اخلاقی پیش می‌روند و از سوی دیگر، دین در تغییر جهتی آگاهانه، مانع از حرکت آن‌ها به سمت رذایل اخلاقی و به طور خاص ارتکاب جرم می‌شود. بنابراین، دین با محرک‌ها و بازدارنده‌های خود، در موارد مختلفی موجب پیشگیری از جرم می‌شود. با این حال، تعارض‌های فرهنگی - مذهبی و قرائت‌های مختلف از دین گاه موجب می‌شود تا برخی افراد با درک نادرست از آموزه‌های دینی مرتکب جرم شوند.

در این بستر، ارتکاب جرم را می‌توان در پرتو قرائت‌های متفاوت از مفاهیم دینی تحلیل کرد؛ زیرا گاه ممکن است از متون و مفاهیم مشترک یک دین واحد برداشت‌های متفاوتی صورت پذیرد. «علت وجود قرائت‌های مختلف دینی را می‌توان جاذبه‌ها و انگیزه‌های سیاسی^۱ در سطح کلان و خودمحوری^۲ در سطح خرد در نظر گرفت» (آصفی، ۱۳۹۴: ۱۴). بنابراین، قرائت‌های مختلف دینی

1. Political attractions and motives

2. Self-centeredness

و نوع برداشت پیروان یک دین، اغلب منجر به خطا و کژرفتاری دینی می‌شود. این امر نقطه آغاز کارکرد دوگانه دین در بازدارندگی^۱ / تسریع‌کنندگی^۲ جرم است. به عبارت دقیق‌تر، یافته‌های معارض جرم‌شناسانه مبنی بر رابطه میان جرم و دین نشئت گرفته از قرائت‌های مختلف دینی است که در پرتو رهیافت‌های کلان و خرد تبیین می‌شوند. بر این اساس، دین از یک‌سو، در رویکرد بازدارنده، با تکیه بر وجدان و اخلاق از ارتکاب جرم پیشگیری می‌کند و از سوی دیگر، در رویکرد تسریع‌کنندگی، در مقام تعارض میان گروهی ظاهر می‌شود. ریشه این تعارض را می‌توان در التقاط معرفت‌شناختی دین جست‌وجو کرد. درک اشتباه و التقاطی از دین، فهم نادرست مقصود آموزه‌های دینی، کژفهمی دینی و... از جمله عللی هستند که موجب بروز این تغییر پارادایمی در کارکرد دین می‌شوند. لذا، ارتکاب جرایم عقیدتی در این بستر را باید ناشی از گسست معرفت‌شناسانه دینی دانست. به عبارت دقیق‌تر، ارتکاب جرایم تروریستی، قتل‌های با اعتقاد به مهدورالدم بودن، جرایم مبتنی بر نفرت دینی و... برگرفته از قرائت‌های ناصحیح از متون دینی است. به‌عنوان مثال، گفتمان نیروهای داعش در کشتار شیعیان با هدف زدودن فساد در جامعه و احیای ارزش‌های دینی حاکی از برداشت نادرست از آموزه‌های دینی است. به همین دلیل، افراد به ظاهر متدین به خود اجازه می‌دهند تا با نقض قانون و از بین بردن نظم اجتماعی، با گذشت به دوران طبیعی بشر خود مجازات را اعمال کنند. بنابراین، مبانی معرفت‌شناسانه نادرست در بزهکاران التقاطی، از یک‌سو، میان حقیقت دین و قرائت‌های مختلف دینی تضاد ایجاد می‌کند و از سوی دیگر، موجب رشد جرایم عقیدتی می‌شود.

1. Deterrent
2. Accelerator

منابع

فارسی

- ابراهیم‌زاده، عبدالله (۱۳۸۷)، دین پژوهی، تهران: اداره آموزش‌های عقیدتی سیاسی سپاه پاسداران.
- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۲)، حقوق جزای عمومی، جلد ۱، تهران: میزان.
- اصغری، عبدالرضا و سجاد روستائی (۱۳۹۵)، «تکفیر، از مبانی ممنوعیت فقهی تا ضرورت جرم‌انگاری»، مجله آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۱۱.
- ایله‌ای، احمد یحیایی (بی‌تا)، «تحلیل گفتمان چیست؟»، نخستین نشریه بین‌المللی روابط عمومی/علمی/آموزشی، تحقیقات روابط عمومی.
- آصفی، محمدمهدی (۱۳۹۴)، نقش دین در زندگی بشر، ترجمه: نوری کیدقانی، مهدی؛ پورشجاعی، ریحانه، قم: دفتر نشر معارف.
- آقایی‌نیا، حسین (۱۳۸۵)، جرایم علیه اشخاص، تهران: میزان.
- الوارز، الکس (۱۳۹۶)، جرم‌شناسی فراملی، اندیشه‌های ویرانگر: نسل‌زدایی و نقش ایدئولوژی، ترجمه رحیم نوبهار و فاطمه نوبهار، در جرم‌شناسی فراملی، به کوشش حمیدرضا نیکوکار، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: نشر میزان.
- حاجی‌ده‌آبادی، احمد (۱۳۸۵)، جرم‌شناسی، در دانشنامه امام علی (ع)، زیر نظر علی اکبر رشاد، جلد پنجم (حقوق)، چاپ پنجم، قم: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- خسروشاهی، قدرت الله و حسین جوادی حسین آبادی (۱۳۹۵)، «تحلیل رابطه مولفه‌های هویت دینی و پیشگیری از جرم»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، دوره ۵، شماره ۱۷.
- سرائی، حسن و دیگران (۱۳۷۸)، «روش کیفی در مطالعات اجتماعی با تأکید بر روش تحلیل گفتمان و تحلیل گفتمان انتقادی»، پژوهش‌نامه علوم اجتماعی، شماره ۲.
- صالح ولیدی، محمد (۱۳۸۸)، «پیشگیری از جرم در آموزه‌های اسلامی»، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، سال چهارم، شماره یازدهم.
- عبدالله خانی، علی (۱۳۸۶)، تروریسم‌شناسی، تهران: مؤسسه مطالعات و تحقیقات بین‌المللی ابرار معاصر.
- فرکلاف، نورمن (۱۳۷۹)، تحلیل انتقادی گفتمان، ترجمه: فاطمه شایسته پیران و دیگران، تهران: مرکز مطالعات و تحقیقات رسانه‌ها.
- فرقانی، محمدمهدی، اکبرزاده، سید جمال‌الدین (۱۳۹۳)، «جایگاه غرب در سیاست هویتی نظام جمهوری اسلامی، تحلیل گفتمان انتقادی سریال‌های کیف انگلیسی و مدار صفر درجه»، فصلنامه مطالعات فرهنگی و ارتباطات، دوره ۱۰، شماره ۳۷.
- قطب، السید (۱۳۷۸)، نشانه‌های راه، ترجمه: محمودی، محمود، تهران.
- قنبری، حسن (۱۳۸۸)، دین و اخلاق در نگاه هانس کونگ، تهران: دانشگاه ادیان و مذاهب.
- کالر، جانانان (۱۳۸۲)، نظریه ادبی، ترجمه فرزانه طاهری، تهران: نشر مرکز.
- کلانتری، عبدالحسین (۱۳۹۱)، گفتمان از سه منظر زبان‌شناختی، فلسفی و جامعه‌شناختی، تهران: نشر جامعه‌شناسان.

- لطفی، نسرین و محمدعلی حاجی ده‌آبادی (۱۳۹۱)، «بررسی نقش مذهب در پیشگیری از وقوع جرایم از دیدگاه افراد عادی و مجرم»، فصلنامه دانش انتظامی، سال پانزدهم، شماره چهارم.
- محسنی، محمدجواد (۱۳۹۱)، «جستاری در نظریه و روش تحلیل گفتمان فرکلاف»، مجله معرفت فرهنگی اجتماعی، سال سوم، شماره ۳.
- محمدی، ابراهیم (۱۳۹۷)، «نقش آموزه‌های دینی و اعتقادی در پیشگیری از جرم»، فصلنامه علمی اختصاصی معارف فقه علوی، سال چهارم، شماره ششم.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۸۳)، تعامل جرم‌شناسی و حقوق کیفری، دیپاچه در: شناخت جرم‌شناسی، کیت سوتیل و دیگران، ترجمه: امیر روح الله صدیق بطحایی، تهران: دادگستر.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۹۰)، «از جرم‌شناسی تا آسیب اجتماعی شناسی»، مجله تحقیقات حقوقی، ضمیمه شماره ۵۶.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۹۱)، مباحثی در علوم جنایی، تقریرات درس جامعه‌شناسی جنایی، به کوشش: ابراهیمی، شهرام، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ویراست هفتم. دسترس پذیر در: lawtest.ir
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین و حمید هاشم بیگی (۱۳۹۷)، دانشنامه جرم‌شناسی، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- نظری‌نژادکیاشی، محمدرضا (۱۳۸۰)، قلمرو قتل خودسرانه در قانون مجازات اسلامی، مجله دادرسی، سال پنجم، شماره ۲۸.
- نوبهار، رحیم (۱۳۹۲)، «اصل قضامندی مجازات‌ها»، مجله آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۵.
- وایت، راب و فیونا هینز (۱۳۹۲)، جرم و جرم‌شناسی: متن درسی نظریه‌های جرم و کجروی، ترجمه علی سلیمی، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- ون‌هایم، فرانسوا (۱۳۹۲)، آسیب اجتماعی‌شناسی: رشته جدید؛ توسعه قلمرو جرم‌شناسی، برگردان: سیدحسین حسینی و اقبال محمدی، در در دایره المعارف علوم جنایی، زیرنظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: میزان.
- یورگسن، ماریان و لوییز فلیپس (۱۳۸۹)، نظریه و روش در تحلیل گفتمان، مترجم: هادی جلیلی، تهران: نشر نی.

عربی

- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (بی‌تا)، قواعد الاحکام، جلد ۳، قم: منشورات الرضی.
- طوسی، محمد بن الحسن (۱۴۰۷)، الخلاف، قم: جامعه مدرسین.

انگلیسی

- Agnew, R. (2017) **General Strain Theory and Terrorism**, In the **Handbook of the Criminology of Terrorism**, Edited by Charles F. Wellford, University of Maryland, College Park, Wiley Blackwell, p. 121.
- Arlidge, J., & Wintour, P. (1999, January 30). **Hoddle's future is in doubt after disabled slur**. *The Guardian*. Retrieved from <http://www.theguardian.com>
- Chitwood, D. D., Weiss, M. L., & Leukefeld, C. G. (2008). A systematic review of recent literature on religiosity and substance use. *Journal of Drug Issues*, 38.
- Cottee, S. (2011) Jihadism as a subcultural response to social strain: Extending Marc Sageman's "Bunch of Guys" thesis, *Terrorism and Political Violence*, 23 (5),

- Cottee, S. (2014). **We need to talk about Mohammad: Criminology, theistic**, The British Journal of Criminology, Volume 54, Issue 6, November 2014, 981-1001
- Drake, C. J. M (1998), **The role of ideology in terrorists' target selection**, Terrorism and Political Violence, 10 (2), p.p. 54-55.
- Farrington, D. P. (2015). The developmental evidence base: Psychosocial research. In D. A. Crighton & G. J. Towl (Eds.), **Forensic psychology** (2nd ed., pp. 162–181). Hoboken, NJ: John Wiley.
- Gee, James (1999), **An Introduction to discourse analysis: Theory and method**, Arisona, Routledge.
- Grasmick, H., Kinsey, K., & Cochran, J. (1991). **Denomination, religiosity and compliance with the law: A study of adults**. Journal of the Scientific Study of Religion, 30 (1), 99-107.
- Hirschi, Travis, and Rodney Stark. (1969). **Hellfire and delinquency**. Social Problems 17: 202–13.
- Johnson, B. R., & Jang, S. J. (2012). **Crime and religion: Assessing the role of the faith factor**. In R. Rosenfeld, K. Quinet, & C. Garcia (Eds.), Contemporary issues in criminological theory and research: The role of social institutions (pp. 117–150). Belmont, CA: Wadsworth.
- Johnson. R. (2015). **Religion, Delinquency, and Drug Use: A Meta Analysis**, Criminal Justice Review 2015, Vol. 40 (4) 505-523.
- Lee, Yueh-Ting, Sandy Vue, Richard Seklecki and Yue Ma (2007), **How Did Asian Americans Respond to Negative Stereotypes and Hate Crimes? American Behavioral Scientist**, Volume 51 Number 2, pp. 123- 148
- Matthews, T., Johnson, L., & Jenks, C. (2011). **Does religious involvement generate or inhibit fear of crime?** Religions, 2 , 485–503.
- Perry, Barbara (2001), **In the Name of Hate: understanding Hate Crimes**, first published, London, Routledge
- Piazza, J. (2012). If you love me keep my commandments: religiosity increases preference for rule-based moral arguments. **The International Journal for the Psychology of Religion**, 22, 285–302.
- Ritter, R. S., Preston, J. L., Salomon, E., & Relihan-Johnson, D. (2016). Imagine no religion: Heretical disgust, anger and the symbolic purity of mind. **Cognition and Emotion**, 30, 778–796.
- Ronel, N., & Ben Yair, Y. (2017). **Spiritual criminology: The case of Jewish criminology**. International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology. doi:10.1177/0306624X17693865.
- Russell, M. (2012). **Evil: A philosophical intervention**. Oxford: Oxford University Press.
- Sadique, K., & Stanislas, P. (2016). **Introduction: Religion, faith and crime in context**. In K. Sadique & P. Stanislas (Eds.), Religion, faith and crime (pp. 1-17). London, UK: Palgrave Macmillan.
- Ulmer, J. T. (2012). **Religion as a unique cultural influence on crime and delinquency: Expanding on Jang and Johnson's agenda**. In R. Rosenfeld, K. Quinet, & C. Garcia (Eds.), Contemporary issues in criminological theory and research: The role of social institutions (pp. 163–171). Belmont, CA: Wadsworth.
- Van dijk, Deborah Tannen, and Heidi E. Hamilton (2001), **The Handbook of Discourse Analysis**, Blackwell Publishers Ltd.

داوری اختلافات درون شرکتی؛ مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی ایران و انگلستان

محمد رستمی*، بهرام تقی‌پور**

چکیده

شرکت‌های تجاری به‌عنوان اشخاص حقوقی از ارکان متعددی تشکیل می‌شوند. با توجه به اینکه در برخی موارد، منافع اعضا یا اداره‌کنندگان ارکان یک شرکت، ممکن است در تعارض با یکدیگر قرار گیرد، همواره احتمال اختلاف میان ارکان درونی یک شرکت وجود دارد. با توجه به این موضوع، امروزه یکی از مسائل مهم در حقوق شرکت‌ها، شیوه حل و فصل این‌گونه اختلافات می‌باشد. در میان روش‌های حل و فصل اختلافات، روش داوری به‌دلیل مزایایی که دارد همواره مورد توجه بسیاری از شرکت‌های تجاری بوده است. با این حال، این روش به‌دلیل ویژگی‌های خاص شرکت‌ها و تعدد ارکان آن با ابهامات و چالش‌هایی اساسی به‌ویژه در مورد مفهوم و معیار اختلافات درون‌شرکتی، داوری‌پذیری و موانع آن همراه است که به‌کارگیری داوری را دشوار می‌نماید؛ به همین جهت مقاله کنونی به بررسی داوری در اختلافات درون شرکتی در نظام‌های حقوقی ایران و انگلستان پرداخته است. در این راستا پس از تبیین مفهوم اختلاف درون‌شرکتی، گستره داوری و موانع داوری در این اختلافات تبیین شده است. یافته‌های این پژوهش بر مبنای مطالعه تطبیقی نظام حقوقی دو کشور دلالت بر آن دارد که برخلاف نظام حقوقی ایران که داوری اختلافات درون شرکتی به‌دلیل نبودن قوانین و رویه قضایی مشخص، تابع قواعد عمومی موجود در حقوق شرکت‌ها و قوانین مربوط به داوری می‌باشد، در حقوق انگلستان رویه قضایی در برخی پرونده‌ها به بررسی جایگاه داوری در اختلافات داخلی شرکت و موانع موجود در این خصوص پرداخته و معتقد به اختیار گسترده طرفین در ارجاع

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
rostami205@yahoo.com

** استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران
taghipour.bahram@khu.ac.ir

اختلافات درون‌شرکتی به داوری است، ضمن آنکه موانع ساختاری، نظم عمومی، محدودیت در نوع جبران خسارت و تعارض با حقوق اشخاص ثالث را به‌عنوان مهم‌ترین موانع داوری در این اختلافات می‌داند.

واژگان کلیدی: داوری‌پذیری، اساسنامه، حاکمیت شرکتی، مدیران، اختلافات درون‌شرکتی، نظم عمومی، سهام‌داران

مقدمه

شرکت‌های تجاری به‌عنوان اشخاص حقوقی از ارکان متعدد با اهداف متفاوتی تشکیل می‌شوند و به‌دلیل تعارض منافع میان ارکان مذکور، بروز اختلاف در روابط میان آن‌ها همواره امری محتمل است؛ به همین جهت دیرزمانی است در نظام حقوقی کشورها، سازوکارهایی برای حل و فصل این اختلافات تعیین شده است. در عصر کنونی در بیشتر کشورها در کنار حل و فصل اختلافات مرتبط با شرکت‌های تجاری از طریق دادگاه‌ها، شاهد محبوبیت روزافزون داوری می‌باشیم؛ به‌طوری که در سال‌های اخیر ضرورت استفاده از داوری به‌عنوان یکی از راهکارهای ارتقای حاکمیت شرکتی، مورد توجه نهادهای اقتصادی و حقوقی قرار گرفته است؛ به‌عنوان مثال، در مجموعه نشست‌های تخصصی سازمان همکاری و توسعه اقتصادی با کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد و برخی از نهادهای داوری در سال‌های ۲۰۰۳ و ۲۰۰۴ با موضوع جایگاه داوری اختلافات داخلی شرکت در حمایت از حقوق سهام‌داران به این موضوع توجه شده است (OECD, 2004).

با وجود این، حل و فصل اختلافات درون‌شرکتی از طریق نهاد داوری از چند جهت، بحث‌برانگیز بوده و چالش‌هایی را به همراه داشته است؛ نخست آنکه در برخی موارد، ماهیت روابط طرفین درگیر در اختلافات درون‌شرکتی (شامل شخص حقوقی شرکت، مدیران و سهام‌داران)، تعیین اینکه آیا داوری در مورد هر اختلافی امکان‌پذیر است یا خیر را پیچیده می‌نماید (Kennett, 2013: 342)؛ دوم آنکه شرکت‌ها، تبلوری از همبستگی اجتماعی در عرصه اقتصادی می‌باشند که بر منافع گروه‌های مختلفی تأثیرگذار هستند (یحیی‌پور، ۱۳۹۷: ۱۲)؛ به همین دلیل در حل و فصل اختلافات درون‌شرکتی، زمانی که موضوع منفعت عمومی (و یا مسوولیت کیفری) مطرح است، ارجاع به داوری به‌عنوان سازوکار خصوصی حل اختلاف، با چالش‌هایی مواجه می‌باشد؛ سوم آنکه اختلافات شرکتی، طیف گسترده‌ای از اختلافات قراردادی و سازمانی را در بر می‌گیرد که عمدتاً شامل مسائل مربوط به شکل‌گیری شرکت، تشکیلات، فعالیت، حاکمیت شرکتی، حقوق ذی‌نفعان در برابر یکدیگر و علیه شخص حقوقی شرکت است (Carter, 2015: 138). از آنجایی که در بسیاری از کشورها بیشتر این اختلافات در صلاحیت انحصاری دادگاه‌های دولتی قرار داشته و قابلیت ارجاع

آن‌ها به داوری با محدودیت‌هایی مواجه است،^۱ مصادیق اختلافات قابل ارجاع به داوری در اختلافات درون‌شرکتی را با ابهاماتی مواجه می‌نماید.

با توجه به چالش‌های متعدد در زمینه داوری اختلافات داخلی شرکت و ابهامات موجود در نظام حقوقی ایران و موانع موجود در این زمینه، بررسی این موضوع در قالب اثر پژوهشی مستقل، ضروری به نظر می‌رسد؛ بر این اساس، مقاله کنونی با رویکرد تطبیقی و روش توصیفی - تحلیلی به مطالعه این موضوع در دو نظام حقوقی ایران و انگلستان خواهد پرداخت. در این راستا ابتدا، اهمیت و مفهوم داوری اختلافات درون‌شرکتی توضیح داده می‌شود. پس از آن، گستره شرط داوری در اختلافات مذکور تبیین خواهد شد و در نهایت، موانع داوری در اختلافات درون‌شرکتی در حقوق ایران و انگلستان بررسی می‌شود.

۱. اهمیت و مفهوم داوری اختلافات درون‌شرکتی

در این قسمت ابتدا در مورد اهمیت داوری اختلافات درون‌شرکتی و پس از آن در مورد مفهوم آن توضیح داده می‌شود.

۱-۱. اهمیت داوری در اختلافات درون‌شرکتی

در عصر کنونی، بهره‌گیری از نهاد داوری برای حل و فصل اختلافات درون‌شرکتی، از جهات متعدد با اهمیت محسوب می‌شود؛ به‌طوری‌که با توجه به مزایای این روش، شرکت‌های زیادی به آن، متوسل شده‌اند. برخی از این مزایا که توجیه‌کننده ارجاع اختلافات درون‌شرکتی به داوری می‌باشد بدین شرح است؛ نخست آنکه مسئله بی‌طرفی در داوری به مراتب پررنگ‌تر از رسیدگی در دادگاه‌ها است؛ زیرا در مواردی که دولت به‌عنوان سهام‌دار یا عضو هیئت مدیره یک شرکت حضور

۱. در برخی نظام‌های حقوقی با توجه به معایب داوری، در برخی موارد، استفاده از داوری در اختلافات درون‌شرکتی، محدودیت‌هایی دارد؛ به‌عنوان مثال در نظام حقوقی آمریکا دادخواهی یک عنصر مهم در حاکمیت شرکتی برای تضمین حمایت از سرمایه‌گذاران است. به همین دلیل کمیسیون بورس و اوراق بهادار آمریکا صراحتاً استفاده از داوری برای حل و فصل اختلافات سهامداران را ممنوع نموده است؛ زیرا استفاده از شرط داوری، راهکارهای جبران خسارتی که در دسترس سهامداران است را محدود خواهد نمود (Lee, 2017:96)؛ در همین راستا عدم قابلیت داوری دعاوی مذکور برای چندین سال بدون اعتراض بوده، اما در رای پرونده شیرسون (Shearson/American Express Inc. v. McMahon, 1987) با توجه به ضرورت تسهیل در دعاوی تجارت بین‌الملل، دیوان عالی بیان داشت: توافقات قبل از حدوث اختلاف طرفین بر مراجعه به داوری برای حل اختلاف مربوط به اوراق بهادار لازم‌الاجرا می‌باشد. رویکرد مذکور به دلیل ضرورت تسهیل در تجارت بین‌الملل بوده و اگر دلیل قابلیت داوری اختلافات ناشی از اوراق بهادار در سطح بین‌المللی باشد، نمی‌توان انتظار داشت که الزاماً در موارد داخلی نیز قابلیت داوری پذیرفته شود، به این ترتیب ممکن است در حوزه بین‌المللی نیز با از بین رفتن آن دلایل، داوری‌پذیری منع گردد (باقری، ۱۳۸۷: ۳۱۳).

دارد، بیم گرایش دادگاه نسبت به وی وجود خواهد داشت (Milman, 2013: 3).

دوم آنکه داوری اختلافات درون شرکتی، مزیت محرمانگی را برای شرکت به همراه دارد. این موضوع می تواند بر اعتبار شرکت تأثیرگذار باشد یا از خطر انحراف فعالیت یک شرکت به وسیله ادعای سهام داران، جلوگیری نماید؛ به عنوان مثال ادعای تبعیض ناعادلانه (به عنوان یک رفتار غیرمنصفانه شرکت با سهام داران) اگر به صورت علنی مطرح شود، منافع سایر ذی نفعان را نیز تضعیف خواهد نمود (Milman, 2013: 3) یا محرمانگی داوری، مانع از تأثیر منفی بر قیمت سهام در بازارهای مالی می شود؛ زیرا به جای افشای عمومی اشتباهات مدیران در دادگاه، موجب اصلاح اشتباهات مدیران (به عنوان یک روش حاکمیت شرکتی) خواهد شد (Lee, 2017: 96).

سوم آنکه در تحلیل اقتصادی، روشی مورد تأیید منطق اقتصادی است که بتواند با کمترین هزینه برای فرد و جامعه بیشترین منفعت را عاید طرفین و اجتماع کرده و نه تنها باعث کارآمدی نظام حل و فصل اختلاف ها شود، بلکه به رفاه روانی و مادی افراد نیز کمک نماید (شیروی و کاظمی، ۱۳۹۸: ۲۲۸)؛ داوری نیز به جهت این ویژگی، روشی همراه با معیارهای اقتصادی برای حل و فصل اختلافات درون شرکتی می باشد.

چهارم آنکه، زمانی که اختلافات داخلی یک شرکت، به طور منصفانه و کارآمد حل و فصل می شوند، تأثیر مثبتی بر ارزش اقتصادی شرکت دارد؛ زیرا نه تنها داوری به عنوان یک راهکار حل و فصل کارآمد از صرف زمان و منابع شرکت برای رسیدگی به اختلافات در محاکم جلوگیری می کند، بلکه شرکت ها در صورتی بهترین وضعیت را دارند که ادعاهای واهی در کمترین زمان ممکن با شکست مواجه شوند. همچنین اگر ادعاهای غیرواهی در کمترین زمان ممکن تأیید شده و در فرایند داوری قرار گیرند، مدیریت شرکت نیز به احتمال زیاد به وظایف امانتداری خود پایبند خواهد بود. این اثر انضباطی بر مدیران هزینه های نمایندگی شرکت را کاهش داده و هم زمان ارزش شرکت را افزایش می دهد (Jennings, 2018: 24).

پنجم آنکه بررسی های به عمل آمده نشان می دهد در ایران نیز (به ویژه در سال های اخیر) بسیاری از شرکت های تجاری به دلایل متعدد، گرایش به حل و فصل اختلافات درون شرکتی از طریق نهاد داوری داشته اند؛ از جمله دلایل مهم این گرایش را باید دقت و سرعت نهاد داوری نسبت به مراجع قضایی ایران در رسیدگی به اختلافات دانست؛ زیرا در طی یک دهه اخیر، محاکم قضایی ایران با حجم بالایی از پرونده های حقوقی مواجه بوده اند. این موضوع، موجب شده در بسیاری موارد به دلیل پیچیدگی برخی پرونده های مربوط به حقوق شرکت ها، رسیدگی دقیق به آن ها در دادگاه ها امکان پذیر نباشد و یا حداقل مستلزم صرف وقت زیاد بوده و اختلاف را پس از طی شدن یک مدت زمان طولانی

پایان دهد. با توجه به آنکه بهره‌گیری از نهاد داوری، به دلیل تمرکز داور بر موضوع مشخص، موجب رسیدگی دقیق‌تر و سریع‌تر نسبت به محاکم قضایی خواهد شد، بسیاری از شرکت‌های تجاری این روش را برای حل و فصل اختلافات درون شرکتی، ترجیح می‌دهند.

۱-۲. مفهوم اختلافات درون شرکتی

در خصوص مفهوم «اختلافات درون شرکتی»^۱ نظرات مختلفی وجود دارد. اگرچه ممکن است در بدو امر از این اصطلاح، «اختلاف سهام‌داران» متبادر به ذهن شود، اما همچنان که برخی از نویسندگان بیان داشته‌اند: اختلافات درون شرکتی با اختلافات سهام‌داران، کمی متفاوت و گسترده‌تر از آن می‌باشد؛ زیرا اختلافات درون شرکتی، اختلافاتی است که میان شرکت و یک یا چند سهام‌دار به وجود می‌آید؛ از قبیل زیر سؤال بردن اعتبار قانونی مصوبات مجامع عمومی شرکت؛ اما اختلافات سهام‌داران، تنها اختلافاتی است که از روابط میان سهام‌داران ناشی می‌شود (Yingvoragan, 2019: 7).

برخی از حقوق‌دانان همه انواع اختلافات درون شرکتی را به دو دسته اختلافات قراردادی و سازمانی تقسیم نموده‌اند؛ بدین صورت که اختلافات قراردادی از قراردادهای مربوط به تشکیل یا عملیات شرکت به وجود می‌آید و اختلافات سازمانی، شامل حقوق قانونی سهام‌داران، مدیران و سایر ذی‌نفعان در برابر یکدیگر و علیه شخص حقوقی شرکت می‌گردد (Kennett, 2013: 341).

اگرچه این تقسیم‌بندی تا حد زیادی جامع به نظر می‌رسد، با این حال در برخی موارد، دسته‌بندی کردن همه موضوعات مرتبط با اختلافات درون شرکتی تا حدودی دشوار است؛ زیرا نه تنها ماهیت برخی از اختلافات به گونه‌ای است که قراردادی یا سازمانی بودن آن را مبهم می‌نماید، بلکه این امر در هر کشوری تا میزان زیادی به حقوق موضوعه آن کشور بستگی دارد.

اختلافات درون شرکتی به مفهوم مذکور، امروزه در بسیاری از نظام‌های حقوقی مورد توجه قرار گرفته است. در نظام حقوقی انگلستان، این اختلافات، عمدتاً محدود به روابط شرکت و سهام‌داران آن دانسته شده است؛ به طوری که برخی از حقوق‌دانان این کشور در خصوص طرفین اختلافات درون شرکتی، معتقدند: اختلافاتی که میان سهام‌داران با شرکت و خود سهام‌داران در رابطه با شرکت است؛ زیرا طرفین قرارداد داوری، شرکت و اعضای آن می‌باشند. با این تعریف سایر اشخاص از قبیل دارندگان اوراق قرضه از شمول داوری مذکور خارج می‌شوند (Lee, 2017: 86).

با امعان نظر به این موضوع، این سؤال مطرح می‌شود با توجه به اینکه نظام حاکمیت شرکتی انگلستان مبتنی بر جدایی مالکیت از کنترل می‌باشد و مدیران باید از اشخاص غیر سهام‌دار انتخاب

شوند (UK Corporate Governance Code, 2016: E2) آیا مدیران نیز به عنوان اطراف اختلافات درون شرکتی محسوب می گردند؟ در پاسخ به سؤال مذکور رویه قضایی در گذشته در پرونده «بیتی»^۱ بر این عقیده بود: زمانی که مدیران به عنوان خوانندگان دعوی مشتق توسط سهام داران تعقیب می شوند، نمی توانند به شرط داوری مندرج در اساسنامه استناد نمایند؛ زیرا مدیران دخیل در قرارداد شرکت نیستند. با این حال در پرونده باشگاه فولام^۲ دادگاه با توجه به تصریح اساسنامه، مبنی بر ارجاع کلیه اختلافات اعضا و مدیران به داوری، مدیرعامل شرکت را به عنوان یکی از اطراف اختلافات درون شرکتی مورد شناسایی قراردادده است؛ بنابراین در صورت تصریح به ارجاع اختلاف شرکت با مدیران به داوری، آن ها نیز مشمول شرط داوری می گردند.

در نظام حقوقی ایران اگرچه اختلافات درون شرکتی به صراحت مورد توجه مقنن قرار نگرفته است اما با استنباط از قواعد حقوق تجارت درخصوص مفهوم اختلافات درون شرکتی، می توان گفت: اختلافات درون شرکتی، مجموعه اختلافات سهام داران با مدیران، دیگر سهام داران یا شخص حقوقی شرکت که مرتبط با شکل گیری، تشکیلات، فعالیت و حاکمیت شرکتی است، می باشد. با این وصف، اختلافاتی که یک طرف آن، کارگران یا مستخدمان شرکت باشند، اختلافات درون شرکتی محسوب نمی شود. با توجه به تعریف مذکور، مفهوم اختلافات درون شرکتی به دلیل معنای دوگانه، مفهوم پیچیده ای به نظر می رسد؛ زیرا عنوان شرکت، معرفی کننده ساختار روابط قانونی مورد مناقشه، موضوعات و اشخاص مورد اختلاف است و عنوان اختلاف، دلالت بر ماهیت شکلی یا روش رسیدگی این مفهوم دارد؛ بنابراین مفهوم اختلافات درون شرکتی، متضمن تضاد منافع است؛ از آن جهت که ساختار قانونی یک سازمان تجاری به گونه ای است که در ترکیب درونی آن تعداد قابل توجهی از افرادی که صاحب مالکیت منافع هستند، گنجانده شده است و این موضوع نه تنها زمینه ایجاد تعارض منافع، محدودیت های بسیاری از منابع و دارایی ها برای ذی نفعان است، بلکه از نظر روانی دربرگیرنده تضاد منافع شخصی و منافع شرکت می باشد (Tynybekov & other, 2017: 6). با توجه به این موضوع، این سؤال پیش می آید آیا می توان تمامی افراد مذکور اعم از مصرف کنندگان، کارگران و غیره را به عنوان اطراف اختلافات درون شرکتی مورد شناسایی قرار داد؟ به عبارت دیگر طرفین اختلاف درون شرکتی از حیث مصادیق چه افرادی هستند و ملاک احراز آن چیست؟

در پاسخ باید گفت: نخست آنکه، تعریف مشخص و جامعی درخصوص مفهوم و مصادیق ذی نفع وجود ندارد؛ زیرا شرکت یک نهاد اجتماعی است که در مقابل مجموعه عواملی وسیع تر از مالکان خود

1. Beattie v E and F Beattie Ltd (1938)

2. Fulham Football Club (1987) Ltd v. Richards (2012), at para. 25

مسئول و پاسخ‌گو می‌باشد؛ بنابراین ذی‌نفع اصلی در حقوق شرکت‌ها عبارتند از سهام‌داران، مصرف‌کنندگان، تأمین‌کنندگان و توزیع‌کنندگان، کارمندان و جوامع محلی که البته گروه‌های دیگر از قبیل رسانه‌ها، عامه مردم، شرکای تجاری، سازمان‌های غیردولتی و غیره را نیز دربرمی‌گیرد (عیسائی تفرشی و یحیی‌پور، ۱۳۹۲: ۱۴۱). یکی از ویژگی‌های مفهوم گروه ذی‌نفع، پویا بودن گروه‌های مذکور است که در طول زمان ترکیب آن می‌تواند تغییر نماید (شعاعی، ۱۳۹۸: ۸۶).

دوم آنکه، یکی از آثار عقد می‌تواند ایجاد شخصیت حقوقی باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۳۵). اگرچه در قانون تجارت تعریفی از شرکت تجاری ارائه نشده، ولی در مبحث حقوق شرکت‌ها، تمام آثار و احکام و لزوم رعایت شرایط شکلی خاص برای انعقاد آن اشاره شده است؛ به‌طوری‌که امروزه عقد شرکت تجاری خود به‌عنوان یکی از عقود معین و تشریفاتی مورد شناسایی حقوق‌دانان واقع شده است؛ بنابراین شخصیت حقوقی به وجود آمده در ذات خود علاوه بر آثار بیرونی همانند اصل مسئولیت محدود، دارای آثار درونی همانند قاعده اکثریت و دکترین امور داخلی^۱ می‌باشد که صرفاً درون سازمانی بوده و هیچ تأثیری نسبت به اشخاص ثالث ندارد؛ در نتیجه داوری اختلافات درون‌شرکتی مقید به اشخاصی است که در قلمرو داخلی شخصیت حقوقی قرار دارند؛ در نتیجه نه‌تنها نمی‌توان تمامی اشخاص ذی‌نفع را به‌عنوان اطراف اختلافات درون‌شرکتی مورد شناسایی قرار داد، بلکه تنها سهام‌داران، مدیران و شخص حقوقی شرکت اطراف این قبیل اختلافات می‌باشند؛ زیرا ضوابط ساختاری در شرکت‌های تجاری در قالب اسناد شرکت تبلور می‌یابد که به‌لحاظ تحلیلی می‌توان آن را سند اراده مشترکی دانست که بر اساس آن تمامی اعضا می‌پذیرند که نسبت به تمام ضوابط مطیع بوده و رعایت نمایند (شعاعی، ۱۳۹۸: ۷۳).

سؤال دیگری که در این راستا مطرح می‌شود این است که آیا بازرسان شرکت را می‌توان جزو اطراف اختلافات درون‌شرکتی دانست؟

در حقوق ایران اگرچه درخصوص ماهیت رابطه حقوقی بازرس با شرکت نظرات متفاوتی از قبیل وکیل سهام‌داران، وکیل شرکت و رکن شرکت مطرح گردیده است (عیسائی تفرشی، ۱۳۹۵: ۳۲۲)، ولی بازرسان را باید به‌عنوان مأمور شرکت دانست؛ زیرا قانون‌گذار درخصوص اعضای هیئت مدیره شرکت سهامی، سهام‌دار بودن آن‌ها را شرط لازم برای مدیریت می‌داند؛ اما بازرسان می‌توانند از غیرسهام‌دار نیز انتخاب گردند؛ بنابراین یک رابطه قراردادی میان شرکت و بازرسان وجود دارد که با نمایندگی مجمع عمومی از طرف شرکت انجام می‌گیرد (قلی‌زاده، ۱۳۹۰: ۲۴۳)؛ در نتیجه بازرس

به عنوان یک نهاد مستقل طی قراردادی که با شرکت منعقد می نماید وظایفی را انجام می دهد؛ بنابراین اگر در اساسنامه شرکت، شرط داوری قید شده باشد، فی نفسه مشمول آن ها نمی شود، مگر اینکه صراحتاً در اساسنامه شرکت ارجاع اختلافات شرکت با وی به داوری پیش بینی شود یا در قرارداد اشخاص بازرسی با شرکت به طور مستقل به شرط داوری تصریح گردد.

۲. گستره اختلافات درون شرکتی و شرط داوری

پس از تبیین اهمیت و مفهوم اختلافات درون شرکتی، باید روشن شود کدام اختلافات قابل ارجاع به داوری هستند. به همین جهت در این قسمت ابتدا در مورد محدوده و گستره داوری اختلافات درون شرکتی توضیح داده می شود. پس از آن با توجه به آنکه دعاوی قابل ارجاع به داوری در بیشتر موارد بر مبنای یک شرط داوری از قبل موجود به نهاد داوری ارجاع می شوند به بررسی شرط داوری در اختلافات درون شرکتی پرداخته خواهد شد.

۲-۱. محدوده داوری پذیری اختلافات درون شرکتی

اگرچه امروزه در بیشتر نظام های حقوقی، داوری پذیری به عنوان یک اصل پذیرفته شده است؛ با وجود این گستره ارجاع اختلافات درون شرکتی به داوری ممکن است در نظام های حقوقی مختلف، متفاوت باشد. در نظام حقوقی انگلستان، ماده نخست (بند ۲) قانون داوری مقرر می دارد: «طرفین با رعایت لزومات منافع عمومی، در انتخاب شیوه حل اختلاف خود آزاد هستند»؛ بر این اساس یک فرضیه کلی در حقوق انگلیس وجود دارد که «هرگونه اختلاف یا ادعای مرتبط با حقوق قانونی که می تواند موضوع یک رأی قابل اجرا باشد، قابلیت حل و فصل بوسیله داوری را دارد» (Mustill & Boyd, 2001:149)؛ از آنجایی که فرضیه مذکور به خوبی در حقوق انگلیس تثبیت شده است، پرونده های بسیار کمی در رابطه با داوری در اختلافات درون شرکتی وجود دارد (Carter, 2015: 140). یکی از این پرونده ها، «پرونده باشگاه فولام»^۱ است که در انگلستان به عنوان مهم ترین مرجع راهنما در خصوص موضوع داوری پذیری و گستره آن در اختلافات درون شرکتی محسوب می شود. در این پرونده، اقامه دعوی توسط باشگاه فولام به عنوان یکی از سهام داران لیگ برتر فوتبال انگلیس^۲ با ادعای تبعیض ناعادلانه ذیل ماده ۹۹۴ قانون شرکت ها و با اعتقاد به صلاحیت دادگاه شروع گردید.^۳

1. Fulham Football Club (1987) Ltd v Richards and Another (2012)

2. Football Association Premier League (FAPL)

۳. ماده ۹۹۴ قانون شرکت های انگلیس (۲۰۰۶) به سهام داران یک شرکت اجازه می دهد تا در دادگاه اقامه دعوی

تبعیض ناعادلانه نمایند؛ به این دلیل که فعالیت های انجام شده یا در حال انجام شرکت به شیوه ای است که منجر به

تبعیض ناعادلانه نسبت به منافع برخی یا تمام سهام داران شرکت می شود (Section 994 of the Companies Act)

(2006).

بر این مبنا که آقای دیوید ریچاردز^۱ رئیس لیگ برتر فوتبال انگلیس به‌عنوان مدیرعامل لیگ برتر فوتبال، به‌صورت غیرمجاز در نقل و انتقال فوتبال‌بالیست‌ها دخالت می‌نمود. آقای ریچاردز تلاش نمود تا دعوای تبعیض ناعادلانه را مطابق ماده ۹ قانون داوری انگلیس به داوری ارجاع نماید؛ بر این اساس که موارد مورد بحث، در محدوده شروط داوری مندرج در اساسنامه و مقررات لیگ برتر فوتبال انگلیس و قوانین اتحادیه فوتبال قرار می‌گیرد.

در این پرونده، دادگاه تجدیدنظر به اتفاق آرا رأی به نفع ریچارد داد و به این واقعیت اشاره نمود که هیچ مقرره صریحی نه در قانون داوری یا قانون شرکت‌های انگلیس وجود ندارد که داوری را به‌عنوان یک شیوه بالقوه برای حل اختلافات از نوع مورد بحث [اختلافات درون شرکتی] مستثنا نماید؛ همچنین هیچ‌گونه محدودیت ضمنی یا قاعده نظم عمومی که باعث عدم داوری‌پذیری این‌گونه اختلافات گردد، وجود ندارد؛ در همین راستا قاضی «لرد لانگمور» بیان داشت: «من مشاهده نمی‌کنم که در جهت حفظ منافع عمومی لازم باشد که توافقات بر ارجاع اختلافات مربوط به مدیریت داخلی شرکت به داوری به‌طور کلی ممنوع باشد، و دلیلی نمی‌بینم که چرا باید توافقات داوری ممنوع گردد تا حدی که طرفین، به‌ویژه در مورد حل اختلافات، از آن استفاده می‌نمایند، خواه فعالیت‌های درحال انجام (یا انجام شده) یک شرکت به‌گونه‌ای باشد که منجر به تبعیض ناعادلانه نسبت به منافع اعضای آن گردد یا خیر»^۲.

در مورد مسئله گستره داوری در اختلافات درون‌شرکتی در حقوق ایران می‌توان گفت که قانون‌گذار در قوانین تجاری و داوری، وضعیت این موضوع را نسبت به شرکت‌های تعاونی و شرکت‌های سهامی پذیرفته شده در بازار اوراق بهادار، تا حدودی مشخص نموده است اما در مورد سایر شرکت‌ها سکوت کرده است.

در خصوص شرکت‌های تعاونی، قانون بخش تعاونی (مصوب ۱۳۷۰ با اصلاحات بعدی) در تبصره ۶ ماده ۵۷، درج شرط داوری در اساسنامه این شرکت‌ها را الزامی می‌داند به‌نحوی که تعاونی‌ها موظف هستند ظرف سه ماه پس از لازم‌الاجرا شدن قانون مذکور، اساسنامه خود را با این قانون تطبیق دهند و تغییرات اساسنامه خود را به‌عنوان تعاونی به ثبت برسانند؛ در غیر این صورت تعاونی شناخته نخواهند شد و نمی‌توانند از مزایای شرکت‌های تعاونی استفاده کنند.

در خصوص گستره داوری در شرکت‌های تعاونی برخی دادگاه‌ها بیان داشته‌اند: «مقررات مربوط به قانون بخش تعاون خصوصی داوری موضوع ماده ۵۷ قانون مذکور ناظر به اختلافات میان اعضای

1. Sir David Richards

2. Fulham Football Club (1987) Ltd v. Richards, (2012), para. 99

تعاونی با شرکت می باشد ولی در مانحن فیه، اساس عضویت محل نزاع بوده، ابطال عضویت یا تأیید عضویت مقدم بر اختلاف موضوع ماده ۵۷ است و این امر از صلاحیت داوران خارج می باشد، بنابراین محاکم دادگستری به عنوان مرجع عام تظلمات صلاحیت ورود به موضوع را دارند.^۱

همچنین درخصوص شرکت های سهامی پذیرفته شده در بازار بورس اوراق بهادار، اگرچه ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار (مصوب ۱۳۸۴) مقرر می دارد: «اختلافات بین کارگزاران، بازارگردانان، کارگزار/ معامله گران، مشاوران سرمایه گذاری، ناشران، سرمایه گذاران و سایر اشخاص ذی ربط ناشی از فعالیت حرفه ای آنها، در صورت عدم سازش در کانون ها توسط هیئت داوری رسیدگی می شود»؛ با وجود این، در مورد ماده فوق، دو ابهام وجود دارد؛ نخست آنکه آیا داوری مندرج در ماده ۳۶ قانون مذکور داوری به معنای واقعی آن می باشد؟ دوم آنکه آیا امکان درج شرط داوری در اساسنامه شرکت های مذکور و خروج از شمول داوری مندرج در ماده ۳۶ وجود دارد؟

در پاسخ به سؤال نخست باید گفت؛ نخست آنکه داوری ماهیتی خصوصی و قراردادی دارد که نه تنها از سوی نهادی خارج از اراده طرفین اختلاف، اداره نمی شود؛ بلکه مدت داوری، شخص داور، سایر شرایط داوری نیز توسط خود طرفین تعیین می گردد. همچنین تأسیس نهادهای دیگر مانند داوری قضایی یا هیئت داوری یا داوری اجباری تحت لوای داوری، تصنعی بوده و تحدید و کنترل دولت در این خصوص ضمن تبدیل ماهیت قراردادی آن به قضایی، قواعد اصیل این شیوه دادرسی را به انحراف می کشاند؛ دوم آنکه داوری موضوع ماده ۳۶ با توجه به نقش پر رنگ نماینده قوه قضائیه با نهاد داوری مندرج در قانون آیین دادرسی مدنی و قانون داوری تجاری بین المللی متفاوت می باشد؛ زیرا مناط صدور رأی، علاوه بر رویه معمول، مطابق ماده ۴۴ دستورالعمل آیین رسیدگی به اختلافات در هیئت داوری قانون بازار اوراق بهادار، جلسات رسیدگی با حضور قاضی و دو عضو دیگر رسمیت می یابد و صدور رأی با موافقت اکثریت اعضاست؛ در نتیجه روشن است با توجه به ماهیت شبه قضایی هیئت (عبدی پور و همکاران: ۴۱۹)، چنانچه دو عضو غیرقضایی نظری برخلاف نظر قاضی داشته باشند، امکان صدور رأی قابل استناد وجود ندارد؛ بلکه برای تحقق چنین امری لازم است عضو قاضی متقاعد گردد (نیکبخت و صادقی، ۱۴۰۰: ۲۴۰-۲۴۴)؛ بنابراین بنیان کنونی حل و فصل اختلاف در بازار اوراق بهادار ایران را باید بر رسیدگی رسمی (شبه قضایی) دانست که برخلاف عنوان هیئت داوری که در واقع هیئت رسیدگی به اختلاف است، داوری به معنای واقعی آن نمی باشد.

در پاسخ به سؤال دوم باید گفت؛ نخست آنکه مطابق ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار، لازمه

۱. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۲۳۸، مورخ ۱۳۹۳/۰۳/۱۰ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

رسیدگی به اختلافات در هیئت داور، ارجاع به کمیته سازش کانون مربوطه و عدم حصول سازش است؛^۱ از این رو در صورت طی نشدن این فرایند، امکان رسیدگی توسط هیئت داور و وجود نخواهد داشت. همچنین با وحدت ملاک از پذیرش سازش در دعاوی به وجود آمده، می‌توان معتقد به پذیرش شرط داور و حل اختلاف با تراضی شد. در این خصوص برخی از حقوق دانان معتقدند، این واقعیت را نباید نادیده گرفت که برای طرفین اختلاف امکان وجود دارد که نسبت به حل و فصل نزاع خویش، داور مرضی الطرفین تعیین نمایند. البته این به معنای عدم صلاحیت هیئت داور و رسیدگی به دعوا نبوده و تنها از موجبات عدم استماع و نه عدم صلاحیت می‌باشد. اما چون روش حل اختلاف به تراضی محسوب گردیده و در رویه هیئت داور بورس نیز مورد اقبال واقع شده است (نیکبخت و صادقی، ۱۴۰۰: ۲۴۲)، در همین راستا هیئت داور بورس و اوراق بهادار در برخی از آرای خود نیز این موضوع را مورد تأیید قرار داده است و رسیدگی توسط داور مرضی الطرفین را مقدم بر رسیدگی توسط هیئت داور ماده ۳۶ دانسته است؛ به عنوان مثال در یکی از آرای صادره، هیئت داور مذکور بیان داشته است: با توجه به اینکه مطابق ماده ۲۱ قرارداد مقرر داشته است، در صورت بروز هرگونه اختلاف مراتب ابتدا از طریق مذاکره و در صورت عدم رفع اختلاف از طریق دو داور مرضی الطرفین حل و فصل خواهد شد، قرار عدم استماع دعوی اصلی خواهان صادر می‌گردد.^۲

دوم آنکه، ماده ۱۱ دستورالعمل آیین رسیدگی به اختلافات در هیئت داور قانون بازار اوراق بهادار (مصوب ۱۳۹۸) مقرر می‌دارد: «در صورت وجود شروطی همچون شرط داور یا کارشناسی جهت حل اختلاف بین طرفین، تا زمانی که تشریفات مقرر طی نشده باشد، طرح دعوا نزد هیئت مسموع نخواهد بود. کمیته سازش مکلف است بدو این موضوع را بررسی نموده و قبل از طی تشریفات مزبور، از پذیرش تقاضا امتناع کند»؛ در همین راستا دیوان عدالت اداری در دعوی ابطال

۱. استفاده از سازش برای حل و فصل اختلافات حرفه‌ای بازار اوراق بهادار ایران با توجه به اینکه قواعد حقوقی مربوط به آن به درستی پیش‌بینی نشده است با چالش‌هایی مواجه است؛ زیرا باید سازکار قانونی انتخاب میانجی‌گر و خروجی میانجی‌گری (به این معنا که رای باشد یا مصوبه یا گزارش اصلاحی) و ضمانت‌اجراها مشخص گردد (نیکبخت و صادقی، ۱۴۰۰: ۲۴۹)؛ به همین جهت پذیرش شرط داور در شرکت‌های پذیرفته شده در بازار بورس و اوراق بهادار، با توجه به مشخص بودن قواعد و رویه‌های داور، فاقد مشکلات ذکر شده می‌باشد.

۲. دادنامه‌های شماره ۹۴۱۱۰۰۰۴۱ مورخ ۱۳۹۴/۰۶/۱۶ هیات داور ماده ۳۶ قانون بازار بورس و اوراق بهادار (جمالی و صادقی، ۱۳۹۶: ۳۱-۲۹)؛ همچنین در دادنامه شماره ۹۳۱۱۰۰۰۲۴، مورخ ۱۳۹۳/۰۷/۱۵ و شماره ۹۷۱۱۰۰۰۱۱۴ مورخ ۱۳۹۷/۰۷/۱۷ نیز هیات مذکور با توجه به وجود شرط داور، رأی به عدم استماع دعوی صادر نموده است.

ماده مذکور بیان داشته است: «مقرره مورد شکایت به هیچ وجه دلالتی بر صلاحیت داوران موضوع توافق نامه داوری و یا کارشناس برای ورود در صلاحیت های هیئت داوری موضوع ماده ۳۷ این قانون ندارد و مانعی برای رسیدگی هیئت مقرر در این قانون در فرضی که اختلاف و دعوی طرفین به سازش و مصالحه منتهی نشده باشد به شمار نمی رود؛ بنابراین مستنداً به بند ب ماده ۸۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ رأی به رد شکایت صادر می شود.»^۱

در مورد سایر شرکت ها باید گفت: اگرچه قانون گذار در قوانین تجاری و داوری، در این زمینه سکوت نموده است؛ اما به نظر می رسد در حقوق ایران با توجه به اینکه منع قانونی در این زمینه وجود ندارد، اصولاً هرگونه اختلافی از این طریق قابل ارجاع به داوری است به جز در مواردی که قانون گذار منعی وارد نموده باشد (حبیبی و صوفی، ۱۳۹۶: ۷۸)؛ این رویکرد از سوی برخی قضات نیز پذیرفته شده است؛ به عنوان مثال، در یکی از آرای صادره چنین بیان شده است: «نظر به اینکه رابطه حقوقی طرفین ناشی از اساسنامه شرکت مذکور بوده که اصالت و صحت آن محل بحث و اختلاف نیست و اساسنامه مذکور با رعایت مواد ۹۴ الی ۱۱۵ قانون تجارت بین شرکا تنظیم شده و همان گونه که قراردادهای خصوصی بین افراد را در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ و معتبر می باشد، شرط ضمن آن نیز نافذ و لازم الاتباع است.»^۲

همچنین مصادیق ممنوعیت شرط داوری را باید محدود به مواردی دانست که مربوط به منافع عمومی، قواعد آمره یا حقوق اشخاص ثالث است. این موضوع در برخی آرای صادره از محاکم بدین صورت انعکاس یافته است: شرطی که مربوط به رفع هرگونه اختلاف حاصله بین شرکا و شرکت از طریق داوری است، شامل دعوی انحلال شرکت نمی شود؛^۳ زیرا انحلال شرکت علاوه بر مدیران و سهام داران، به سایر اشخاص ذی نفع از قبیل طلبکاران نیز تسری می یابد. همچنین در رأیی دیگر بیان شده است: «مداخله محاکم در موضوع، محدود به جایی است که بر اساس قواعد آمره قانون گذار اجازه ورود داده است، در غیر این صورت ورود به حریم اراده طرفین قرارداد تلقی شده و هیچ توجیه قانونی ندارد»؛^۴ بر این اساس در حقوق ایران ممنوعیت های داوری را باید شامل منافع عمومی،

۱. دادنامه شماره ۱۴۰۰۹۹۷۰۹۰۶۰۱۰۱۹۴، مورخ ۱۴۰۰/۰۴/۱۹ هیات تخصصی اداری و امور عمومی دیوان عدالت اداری.

۲. دادنامه شماره ۹۲۰۹۵۳، مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۰۹ شعبه ۱۸۵ دادگاه عمومی حقوقی استان تهران.

۳. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۶۹۵۰۱۶۹۱، مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۲۸ شعبه ۵۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۴. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۶۸۶، مورخ ۱۳۹۱/۰۶/۰۵ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

قواعد آمره و حقوق اشخاص ثالث دانست.

همچنین در خصوص شرط داوری در اختلافات داخلی شرکت‌های دولتی باید گفت: شرکت‌های مذکور شکل مستقلی از شرکت‌های تجاری نبوده و مطابق ماده ۳۰۰ لایحه اصلاحی قانون تجارت (مصوب ۱۳۴۷) تابع قوانین تأسیس و اساسنامه‌های خود می‌باشند و فقط نسبت به موضوعاتی که در قوانین و اساسنامه‌های آن‌ها ذکر نشده تابع مقررات قواعد شرکت‌های سهامی می‌باشند. با توجه به این موضوع، این سؤال مطرح می‌شود که با توجه به اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی، آیا اختلافات داخلی این قبیل شرکت‌ها قابل ارجاع به داوری می‌باشند؟

در خصوص شمول یا عدم شمول شرکت‌های دولتی نسبت به ۱۳۹ قانون اساسی، رویه قضایی رویکرد واحدی ندارد؛ برخی دادگاه‌ها معتقدند: «ارجاع دعاوی راجع به اموال و دارایی‌های عمومی و دولتی به داوری منوط به تصویب هیئت وزیران است و بین انعقاد عقد حاوی شرط داوری و ارجاع دعوی به داوری فرق اساسی وجود ندارد.»^۱ در مقابل برخی دیگر بر این عقیده‌اند: «ممنوعیت مذکور در اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی، شامل شرکت‌های دولتی نیست؛ زیرا اموال شرکت‌های دولتی، اموال دولتی و عمومی محسوب نشده و دولت صرفاً سهام‌دار این قبیل شرکت‌ها است.»^۲

به نظر می‌رسد هم نظر با رأی اخیر، باید به دو دلیل، قائل به قابلیت ارجاع اختلافات داخلی راجع به شرکت‌های دولتی به داوری بود؛ نخست آنکه، مستنبط از ماده ۲ آیین‌نامه اموال دولتی (با اصلاحات مصوب ۱۳۷۴/۰۹/۰۱)، اموال شرکت‌های دولتی به تملک دولت در نمی‌آیند، بلکه در تصرف و تملک شرکت‌های دولتی بوده و تنها سود سهام شرکت‌های مذکور به حساب خزانه واریز می‌گردد (هندی، ۱۳۸۶: ۶۹). در این خصوص، مرکز داوری اتاق بازرگانی در رأی شماره ۳۶/۸۶/۳۵/۱۹۵ بیان داشته است: «در فرض اینکه اموال موضوع دعوی، اموال دولتی باشد در دعوی حاضر شرکت خوانده چون حرفه‌اش حمل و نقل مسافر و کالا است شرکت تجاری محسوب می‌شود؛ بنابراین در دعوی حاضر با عنایت به اینکه اموال موضوع دعوی به مالکیت دولت درنیامده است و از اموال خصوصی است، و از طرف دیگر خوانده که شرکت دولتی است اموالش که در امر تجارت بکار برده می‌روند از شمول اموال دولتی موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی یا ماده ۴۵۷ قانون

۱. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۴۷۸، مورخ ۱۳۹۳/۰۴/۲۵ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۲. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۶۴۰، مورخ ۱۳۹۳/۰۹/۲۵ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

آیین دادرسی مدنی خارج است»^۱.

دوم آنکه از تعاریف قانونی و فلسفه وجودی شرکت‌های دولتی استنباط می‌گردد که هدف از تاسیس این شرکت‌ها انجام امور اقتصادی و داد و ستدهای تجاری است و قانون‌گذار هویتی مستقل به این شرکت‌ها اعطا نموده تا با عدم تسری احکام دولتی نسبت به این‌گونه شرکت‌ها، انجام امور تجاری را برای آن‌ها سهل و همچون بنگاه‌های اقتصادی خصوصی زمینه فعالیت مناسبی برای آن‌ها فراهم نماید (هندی، ۱۳۸۶: ۷۱).

۲-۲. شرط داوری در اختلافات درون‌شرکتی

در بیشتر موارد، خاستگاه داوری، قراردادی است که نه تنها موجودیت خود را از اراده طرفین آن می‌گیرد، بلکه ادامه حیات آن نیز به توافق طرفین وابسته است. در حقوق انگلستان نیز استقلال طرفین، سنگ بنای داوری در اختلافات درون‌شرکتی است و با اصول قراردادی موجود در حقوق شرکت‌ها نیز تقویت می‌شود؛ بنابراین ماهیت این قبیل حل اختلافات، مبنی بر استقلال طرفین در عمل به اساسنامه شرکت است که شامل شرط داوری به‌عنوان یک توافق الزام‌آور میان سهام‌داران و شرکت و میان خود سهام‌داران می‌گردد (Lee, 2018: 52)؛ برخی نویسندگان معتقدند مستفاد از ماده ۳۳ قانون شرکت‌های انگلیس که آثار الزام‌آور اساسنامه نسبت به شرکت و اعضای آن را فراتر از توافقات صورت گرفته می‌داند، نمی‌توان اساسنامه شرکت را به‌عنوان یک قرارداد در نظر گرفت (Moore, 2014: 694). با وجود این، نظام قضایی انگلستان عمدتاً، آن را به‌منزله شبه‌قرارداد می‌داند و اساسنامه را به‌عنوان سندی که طرفین را قادر می‌سازد تا به‌صورت اختصاصی فعالیت‌هایشان را در شرکت تنظیم نمایند و دارای یک اثر الزام‌آور برای طرفین باشد، به شمار می‌آورد (Moore, 2014: 715).

با توجه به اینکه ممکن است در مواد اساسنامه مقرر شود هرگونه اختلاف میان شرکت و اعضای آن از قبیل مدیران و سهام‌داران باید به داوری ارجاع گردد؛ این سؤال مطرح می‌شود آیا شرکت و اعضای آن به این شرط ملزم بوده و نمی‌توانند در دادگاه طرح دعوا نمایند؟ این موضوع مورد توجه برخی از محاکم انگلستان نیز قرار گرفته است؛ به‌عنوان مثال قاضی «جان

۱. همچنین طبق رأی شماره ۳۶/۸۶/۴۲/۱۲۱: «پذیرش شرط داوری توسط دولت با علم به اصل ۱۳۹ که هدف آن‌ها حمایت از دولت است، به‌منزله اعراض از چنین حمایتی است و شرکت دولتی که به اعمال تصدی اشتغال دارد باید عرف تجار و بازرگانان را رعایت کند؛ لذا پذیرش شرط داوری توسط دولت و متعاقباً شانه خالی کردن از اجرای آن با اصل حسن نیت تعارض دارد.» (به نقل از: کاکاوند، ۱۳۹۴: ۳۴۷)

میر استبری^۱ در «پرونده هیکن»^۲ بیان داشت: «یک شرط در مواد اساسنامه برای استفاده از داوری جهت حل و فصل اختلافات، یک قرارداد داوری به مفهوم قانون داوری ۱۸۸۹ است، صرف‌نظر از اینکه خواهان آن مواد اساسنامه را امضا نکرده بود». همچنین قاضی «لرد پاتن» در پرونده باشگاه فولام بیان نمود: «اختلافات میان اعضای شرکت یا اختلافات سهام‌داران و هیئت مدیره در مورد ادعای نقض مواد اساسنامه یا یک توافق سهام‌داران، ذاتاً یک اختلاف قراردادی است»^۳؛ بنابراین در این صورت، از آنجایی که در مواد اساسنامه شرکت پیش‌بینی شده است؛ حتی اگر طرفین توافق‌نامه داوری را امضا نکنند نیز ملزم به شرط داوری هستند.

در حقوق ایران نیز شرط داوری مندرج در اساسنامه را باید نوعی موافقت‌نامه داوری دانست.^۴ ماده ۱۰۸ قانون تجارت در خصوص شرکت با مسئولیت بیان می‌دارد: «روابط بین شرکا تابع اساسنامه است» و به‌طور کلی با عنایت به ماهیت اساسنامه و پذیرش آن در روابط سهام‌داران، شرط داوری، یکی از بخش‌های توافق جمعی تلقی می‌گردد و پیش‌بینی شرط در اساسنامه مانند قید آن در قرارداد مستقیم است (خدابخشی، ۱۳۹۳: ۱۹۱) که دلیلی بر عدول از آن وجود ندارد. در راستای تقویت این نظر می‌توان از برخی از آرای صادره نیز بهره گرفت؛ به‌عنوان مثال یکی از محاکم تجدیدنظر در تأیید الزام‌آور بودن شرط داوری مندرج در اساسنامه شرکت مقرر بیان داشته است: «شرکا در ماده ۲۴ اساسنامه موصوف توافق نموده‌اند که در صورت هرگونه اختلافات حاصله بین شرکا و شرکت از طریق داوری حل و فصل خواهد شد. طبعاً مادامی که چنین رجوعی صورت نگرفته طرح دعوی در مراجع قضایی موردی ندارد»؛^۵ همچنین هیئت داوری ماده ۳۶ قانون بورس اوراق و بهادار نیز لزوم احترام به قراردادهای خصوصی فیما بین طرفین در قلمرو بازار سرمایه را مورد تأیید قرار داده و بیان داشته است: «اگرچه خواننده دعوای اصلی از شرط داوری اعراض نموده و نسبت به رسیدگی موضوع توسط هیئت داوری رضایت دارد، لکن از مراجعه خواهان به هیئت داوری، اعراض از شرط داوری

1. John Meir Astbury

2. Hickman v. Kent or Romney Marsh Sheepbreeders' Association (1915)

3. Fulham Football Club (1987) Ltd v. Richards, (2012), para. 77

۴. لازمه ارجاع اختلافات درون‌شرکتی به داوری علاوه بر اصل داوری‌پذیر بودن موضوع، لزوم توجه به قرارداد داوری نیز می‌باشد؛ زیرا داوری به‌عنوان یکی از روش‌های خصوصی حل اختلاف، پیش از هر چیزی دارای ماهیتی قراردادی می‌باشد (بهمنی و شیخ‌عطار، ۱۳۹۷: ۵۴۷)؛ بنابراین شرط داوری در صورتی الزام‌آور است که یا در اساسنامه و شرکت‌نامه به‌عنوان یک سند قراردادی لازم‌الاجرا قید شده باشد، یا در قراردادی جداگانه که مورد توافق اشخاص مذکور است، قید گردد.

۵. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۶۹۵۰۱۶۹۱، مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۲۸ شعبه ۵۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

مذکور در بند ۱۰ قرارداد مذکور مستفاد نمی‌شود، زیرا عدول از شرط هنگامی محقق می‌شود که خواهان با علم و قصد اعراض از شرط دآوری اقدام کرده باشد؛ حال آنکه در ما نحن فیه خواهان بر استفاده از شرط دآوری تصریح دارند و بر این اساس با عنایت به لزوم احترام به قراردادهای خصوصی فیما بین، قرار عدم استماع دعوی صادر و علام می‌شود.^۱

حال سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا شرط دآوری مندرج در اساسنامه، سهام‌دارانی را که از طریق پذیرهنویسی به عضویت شرکت در می‌آیند نیز ملزم می‌نماید؟

در پاسخ به سؤال فوق باید گفت: نخست آنکه باید ماهیت عقد یا ایقاعی بودن پذیرهنویسی در مرحله افزایش سرمایه شرکت مشخص شود؛ زیرا اگر معتقد به ایقاع بودن پذیرهنویسی باشیم از آنجایی که دآوری مبنایی قراردادی دارد با چالش‌هایی درخصوص الزام آوری شرط دآوری مواجه خواهیم شد. اگرچه برخی از حقوق‌دانان با ایقاعی بودن پذیرهنویسی موافق هستند (صقری، ۱۳۹۳: ۴۸۶)، با این حال بیشتر حقوق‌دانان پذیرهنویسی را نوعی از قرارداد الحاقی می‌دانند (عرفانی، ۱۳۸۶: ۳۰). دوم آنکه به استناد ماده ۱۵ لایحه اصلاحی ۱۳۴۷: «امضای ورقه تعهد سهم به‌خودی‌خود مستلزم قبول اساسنامه شرکت و تصمیمات مجامع عمومی صاحبان سهام است»، پذیرهنویس با امضای ورقه تعهد سهم، اساسنامه شرکت را که به منزله قرارداد شرکت است امضا کرده و بدین وسیله در زمره طرف‌های قرارداد شرکت قرار گرفته می‌گیرد (اسکینی، ۱۳۸۷: ۳۳). سوم آنکه مطابق قسمت دوم ماده ۷ قانون دآوری تجاری بین‌المللی (مصوب ۱۳۷۶): «ارجاع به سندی در قرارداد کتبی که متضمن شرط دآوری باشد نیز به منزله موافقت‌نامه مستقل دآوری خواهد بود». با توجه به موارد برشمرده شده می‌توان گفت، شخص با امضای ورقه تعهد پذیرهنویسی ملزم به مفاد اساسنامه می‌گردد و نمی‌تواند با ادعای عدم پذیرش شرط دآوری مندرج در اساسنامه از الزام به آن، شانه خالی نماید.

۳. موانع دآوری در اختلافات درون شرکتی

اگرچه دآوری در اختلافات درون شرکتی، امروزه در بسیاری از نظام‌های حقوقی پذیرفته شده است، با این حال، اعمال این شیوه حل‌وفصل اختلافات در برخی موارد با موانعی همراه است که مهم‌ترین آنها، شامل: موانع ساختاری، نظم عمومی، محدودیت در نوع جبران خسارت و تعارض با حقوق اشخاص ثالث در این قسمت بررسی خواهند شد.

۱. دادنامه شماره ۹۳۱۱۰۰۰۲۴، مورخ ۱۳۹۳/۰۷/۱۵.

۳-۱. موانع ساختاری

با وجود آنکه استفاده از نظریه قراردادی برای شرط داوری در اختلافات درون شرکتی، رویکرد منعطفی در جهت مشخص نمودن حدود شرط داوری در این اختلافات فراهم می‌کند (Lee, 2018: 52) اما به کارگیری داوری در این اختلافات با موانع ساختاری نیز همراه است که عموماً به دو مانع تقسیم می‌شوند؛ دسته نخست ناشی از ابهام در عبارت شرط داوری در اساسنامه شرکت‌ها می‌باشد؛ زیرا به طور معمول در اساسنامه شرکت‌ها، شرط داوری به صورت کلی ذکر می‌گردد؛ با وجود این شرکت‌های تجاری از ارکان متعددی تشکیل می‌شوند و اختلاف میان ارکان شرکت می‌تواند اختلافی باشد که طرف‌های آن، منافع متفاوتی دارند (Kennett, 2013: 341)؛ بنابراین برخلاف دادگاه‌های ملی که به لحاظ جایگاه و متناسب با قوانین مورد عمل‌شان، ابزارهای کارآمدی برای مدیریت اختلافات و رسیدگی توأم به دعاوی مرتبط یا تفکیک آن‌ها، در اختیار دارند، مراجع داوری به دلیل ضعف ساختاری و ماهیت ایجاد آن‌ها، در زمینه حل و فصل جامع اختلافات با چالش‌های متعددی مواجه می‌باشند (کاشانی و شیخیانی، ۱۳۹۰: ۳۹)؛ در واقع، یکی از مهم‌ترین موضوعات در خصوص شرط داوری در این قبیل اختلافات، چالش‌های مرتبط با داوری چندجانبه از قبیل نحوه انتخاب داوران، سازوکار اطلاع طرفین داوری، پیشگیری از رسیدگی‌های موازی و امکان ادغام پرونده‌های مرتبط می‌باشد؛ با این حال، هنگامی که در عمل اختلافی به وجود می‌آید، طرفین متوجه می‌شوند که سازوکار طرح دعوی به درستی مشخص و واضح نیست، که نه تنها می‌تواند موجب صدور آرای داوری متعارض گردد؛ بلکه از آنجایی که در داوری چندجانبه رأی صادره درخصوص هریک از طرفین می‌تواند در حقوق طرفین دیگر اختلاف مؤثر باشد، می‌تواند موجبات ابطال آرای صادره گردد؛ در همین راستا شرط داوری در اختلافات درون شرکتی باید به گونه‌ای در اساسنامه شرکت آورده شود که مشخص نماید کدام دسته از اختلافات و چه اشخاصی را شامل می‌شود و تعیین‌کننده حیطه اختیارات داوران باشد (Lee, 2018: 51).

دسته دوم، ریشه در نقص و ابهام در بسیاری از قوانین حاکم بر حقوق شرکت‌ها دارد که نهاد داوری را در عمل ناتوان می‌گذارد؛ به عنوان مثال یکی از موضوعاتی که امروزه مورد توجه نظام‌های حقوقی واقع شده است، دکترین فرصت در حقوق شرکت‌ها^۱ می‌باشد، اگرچه در حقوق ایران ماده ۱۳۳ لایحه اصلاحی قانون تجارت (مصوب ۱۳۴۷) مدیران را از انجام معاملاتی که متضمن رقابت با عملیات شرکت باشد ممنوع می‌نماید، با وجود این ماده مذکور تنها به طور محدود منع تصاحب فرصت توسط

1. Corporate opportunity doctrine

مدیر را ممنوع می‌نماید و نسبت به سایر مصادیق محتمل، فاقد مقرره مشخصی می‌باشد؛ در نتیجه در صورت بروز اختلاف در شرکت‌ها، نه تنها داوران امکان تفسیر موسع این موضوع را ندارند، بلکه مراجعه سهام‌داران به محاکم نیز با وجود شرط داوری در اساسنامه با قرار عدم استماع مواجه می‌گردد؛ درحالی‌که در حقوق انگلیس به دلیل عدم ابهام قانونی در این خصوص، انتفاع از یک فرصت اگر سبب تعارض بین منافع شخصی مدیر و وظایف او در برابر شرکت شود، فرصت باید برای شرکت منظور شود و نفع شرکت توسط قضات به صورت موسع تعریف می‌شود (مقدم، ۱۳۹۹: ۸۱۲-۸۰۷)؛ در نتیجه داوران نیز در مقام رسیدگی با این قبیل ابهامات و چالش‌ها مواجه نمی‌گردند.

۲-۳. نظم عمومی

در بیشتر نظام‌های حقوقی، نظم عمومی، یکی از محدودیت‌های اصل آزادی قراردادی است؛ به طوری که در واکنش به این وضعیت، در بسیاری موارد، دادگاه‌ها دیدگاه محدودکننده و سختگیرانه نسبت به آن دارند (Born, 2016: 309). به همین دلیل حوزه‌های مرتبط با نظم عمومی، خارج از دامنه داوری بوده و در صلاحیت انحصاری مقامات عمومی باقی می‌ماند و می‌تواند مانع از داوری برخی از دعاوی خاص گردد (حبیب و شوشتری، ۱۳۹۸: ۱۵۳). در نظام حقوقی انگلستان، قانون داوری انگلیس (مصوب ۱۹۹۶) در ماده ۶۸ درخصوص به چالش کشیده شدن رأی داوری مقرر می‌دارد: «رأی با تقلب به دست آید یا رأی یا شیوه به انجام رساندن رأی مخالف با نظم عمومی باشد» (بند ۲). همچنین، ماده ۱۰۳ درخصوص اجتناب از شناسایی یا اجرای رأی مقرر می‌دارد: «از شناسایی و اجرای رأی همچنین می‌توان خودداری کرد در صورتی که رأی درخصوص موردی بوده که توسط داوری نمی‌توان حل و فصل کرد یا شناسایی یا اجرای آن مغایر با نظم عمومی باشد» (بند ۳). بر همین اساس در انگلستان معنای خاصی از نظم عمومی مورد توجه دادگاه‌ها قرار می‌گیرد که از قانون ناشی می‌شود؛ در همین راستا نیز رویه قضایی در «پرونده جانسون»^۱ مقرر داشت که دادگاه‌ها مجاز نیستند عنوان جدیدی از نظم عمومی ایجاد کنند و وظیفه اصلی تحدید اصل آزادی قراردادی به نام نظم عمومی به عهده مجلس [قانون‌گذاری] است (میرزائاد، ۱۳۹۷: ۱۷۵-۱۷۳).

در حقوق ایران اگرچه قانون داوری تجاری بین‌المللی، مخالفت با نظم عمومی را یکی از دلایل ابطال رأی داوری می‌داند (بند ۲ ماده ۳۴) اما مفهوم نظم عمومی و دایره شمول آن را بیان نمی‌کند. برخی از حقوق‌دانان برآنند که قواعد آمره به عنوان تجلی‌گاه اقتدار جامعه، اساس و مبنای نظم عمومی را تشکیل می‌دهد؛ در نتیجه «نظم عمومی مترادف با قواعد امری بوده که افراد نمی‌توانند به وسیله

1. Jonson V. Driefontein Consolidated Mines Ltd (1902).

قراردادهای خصوصی، آن قواعد را نقض کنند» (الماسی، ۱۳۷۹: ۱۲۹). برخی دادگاه‌های ایران نیز به‌طور ضمنی به برابر بودن نظم عمومی و قواعد آمره معتقد بوده و بیان داشته‌اند: «آنچه بدیهی است بعضی از مواردی که داور درباره آن‌ها اتخاذ تصمیم می‌نماید و در مغایرت آشکار با قواعد نظم عمومی و آمره که خلاف آن‌ها نمی‌شود تراضی نمود، حتی با تراضی هم قابل اجرا نخواهد بود.»^۱

در مقابل بیشتر حقوق‌دانان مفهوم نظم عمومی را گسترده‌تر از قواعد آمره دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۱۱۱). از نظر برخی نویسندگان، نظم عمومی فراتر از قواعد امری است؛ زیرا امکان آنکه تمام آنچه در قلمرو یک کشور، مربوط به نظم عمومی است در قالب قوانین آمره به نظم حقوقی درآید، بسیار دشوار و تا حدی ناممکن است (رستمی، ۱۳۹۸: ۲۳۲)؛ بنابراین، نظم عمومی را نمی‌توان محدود به قاعده آمره دانست.

حال با مشخص شدن مفهوم و محدوده نظم عمومی، این سؤال مطرح می‌گردد که نظم عمومی در حقوق شرکت‌ها به چه معناست؟ یکی از مشخصه‌های حقوق شرکت‌ها در بیشتر نظام‌های حقوقی، وجود دو دسته قواعد فرضی و قواعد آمره است (Kraakman & et al, 2017: 18-24). اگرچه قسمت مهمی از ساختار حقوق شرکت‌ها را نهاد قرارداد، تبیین می‌نماید؛ اما نمی‌توان قرارداد را به‌عنوان معیاری برای تبیین تمام واقعیت حقوق شرکت‌ها دانست؛ زیرا امروزه، قسمت اعظم حقوق شرکت‌های مدرن را قواعد آمره تشکیل می‌دهند که برخلاف مقررات تجویزی و تکمیلی، عدول از آن‌ها با توسل به قراردادهای خصوصی، امکان‌پذیر نمی‌باشد (طوسی، ۱۳۹۳: ۲۶۴)؛ بنابراین، داوری در اختلافات سهام‌داران باید زمانی که مربوط به جنبه‌های تسهیل‌کننده حقوق شرکت‌ها است، مجاز باشد و دخالت دادگاه‌ها باید تنها در مواردی که ادعاها شامل جنبه‌های منع‌کننده حقوق شرکت‌ها است، باشد (Chiu, 2006: 312). مورد اخیر به تعهد به امانت مدیران، افشای اطلاعات و گزارش مالی شرکت اشاره دارد و مورد نخست شامل حقوق بازخرید، شرایط خروج از شرکت، میزان سود سهام، چگونگی اعمال حق رأی و مواردی که می‌تواند موضوع توافقات سهام‌داران باشد (Chiu, 2006: 313)؛ همچنین این واقعیت وجود دارد که قواعد امری به وسیله قراردادهای خصوصی قابل کنار گذاشتن نیستند، اما بدین معنی نیست که اختلافات ناشی از این قواعد را نمی‌توان به داوری تسلیم نمود (Lee, 2018: 54).

با توجه به مطالب فوق، این سؤال، مطرح می‌شود که کارکرد و ضرورت قواعد امری در حقوق شرکت‌ها چیست؟

در پاسخ می‌توان گفت: پیش‌بینی قواعد آمره در حقوق شرکت‌ها، معمولاً بر مبنای نوعی تعادل

۱. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۷۸۸، مورخ ۱۳۹۲/۰۶/۲۵ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

در قرارداد است؛ به دلیل اینکه برخی از اطراف قرارداد شرکت ممکن است به طور متفاوت مورد سوءاستفاده قرار گیرند (Kraakman & et al, 2017: 19)؛ زیرا به آن‌ها به خوبی در خصوص قرارداد شرکت اطلاع داده نمی‌شود یا منافع اشخاص ثالث ممکن است تحت تأثیر قرار گیرد و یا آنکه منجر به مشکلات دعاوی جمعی که می‌تواند به طریق دیگر منجر به شروط قراردادی ناکارآمد یا غیرمنصفانه گردد، بشود.

۳-۳. محدودیت در نوع جبران خسارت

قدرت جبران خسارت یک نهاد داوری در درجه نخست، به وسیله موافقت‌نامه داوری تعریف می‌شود که یکی از ارکان استقلال عمومی طرفین موافقت‌نامه داوری با توجه به صلاحیت داوران و رویه‌های داوری است؛ در واقع، داوران قدرت گسترده‌ای برای دادن جبران خسارتی دارند که دادگاه‌ها فاقد آن اختیار هستند (Born, 2016: 361)؛ با وجود این، یکی از چالش‌هایی که در خصوص داوری اختلاف درون‌شرکتی مطرح می‌گردد، این است اگر اختلافات برخاسته از مقرره‌ای باشد که به طور مشخص هر دو جنبه مدنی و جزایی را داشته باشد، آیا اختلاف مذکور قابل ارجاع به داوری است؟ در انگلستان، دادگاه رسیدگی کننده به پرونده باشگاه فولام، میان داوری‌پذیر بودن موضوع و راه‌های جبران خسارتی که دیوان داوری می‌تواند حکم دهد تفاوت قائل شده و بیان داشته است: «یک اختلاف تنها به این دلیل که اختیارات دیوان داوری برای اعطای حکم به جبران خسارت محدودتر از اختیارات دادگاه است، داوری‌پذیر شناخته نمی‌شود»؛^۱ در همین راستا در پرونده‌های «شرکت سرمایه‌گذاری وستراک»^۲ و «شرکت کشتی بخاری»^۳ دو مورد از پرونده‌هایی هستند که نشان می‌دهند، اگر ادعاهایی مبنی بر رفتار مجرمانه در جریان دادرسی نیز مطرح شده باشد، اختلاف را غیرقابل داوری نخواهد کرد؛ به عنوان مثال در پرونده «شرکت کشتی بخاری»، دادگاه اظهار داشت: «لازم است میان تعیین مسئولیت کیفری و اعمال مجازات‌های کیفری با تعیین موضوعاتی که می‌تواند دربرگیرنده مسئولیت کیفری باشد، تمایز قائل شد؛ موارد اخیر به طور معمول شامل موضوع داوری می‌شوند؛ مانند مواردی که در پرونده‌های شامل ادعای کلاهبرداری وجود دارد».

اگرچه محدودیت در نوع جبران خسارت موجب می‌گردد تعیین مسئولیت کیفری، حتی در چهارچوب اختلاف یک شرکت غیرقابل داوری باشد؛ با این حال تعیین موضوعاتی که ممکن است مستلزم مسئولیت کیفری باشد از قبیل ادعای رشوه، غیرقابل داوری تلقی نمی‌شوند (Carter, 2015).

1. Fulham Football Club (1987) Ltd v. Richards, (2012), para.33.

2. Westacre Investments Inc. v. Jugoinport-SPDR Holding Co Ltd (2000)

3. London Steam Ship Owners Mutual Insurance Association Ltd v. Spain, (2013).

143؛ بر این اساس، اگر بر پایه مسائل نژادپرستانه ممانعت‌هایی از طرف شرکت برای یک سهام‌دار ایجاد شود یا از ورود به شرکت منع گردد؛ با وجود آنکه نژادپرستی می‌تواند یک جرم کیفری باشد، اما هرگونه جبران خسارتی که از چنین رفتاری حاصل می‌شود به وسیله داوری قابل حل و فصل است (Valladares, 2016: 175). در نظام حقوقی ایران نیز ماده ۷۵۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «حقوق خصوصی که از جرم تولید می‌شود ممکن است مورد صلح واقع شود.» همچنین ماده ۴۷۸ و ۴۷۹ قانون آیین دادرسی مدنی نیز در خصوص جرایمی که تفکیک جهات مدنی از جزایی آن ممکن باشد به جز ادعای جعل و تزویر، داوری را مجاز می‌دانند مگر اینکه ضمن رسیدگی مسائلی کشف شود که مربوط به وقوع جرمی باشد و در رأی داور مؤثر بوده و تفکیک جهات مدنی از جزایی ممکن نباشد که در این صورت رسیدگی داوران تا صدور حکم نهایی از دادگاه صلاحیت‌دار نسبت به امر جزایی متوقف می‌گردد.

۳-۴. تعارض با حقوق اشخاص ثالث

برخلاف دادرسی دادگاه، حق ورود ثالث در داوری مشروط به موافقت طرفین است؛ به همین دلیل برخی از کشورها این نگرانی را مورد شناسایی قرار داده و تأثیرات آن را به عنوان یکی از عواملی که موجب عدم داوری‌پذیری این اختلافات می‌شود، در نظر می‌گیرند؛ به عبارت دیگر داوران به دلایل زیر نمی‌توانند با استفاده از قدرت خود رأیی صادر نمایند که منافع اشخاص ثالث را تحت تأثیر قرار دهد؛ نخست آنکه حق تمامی سهام‌داران برای شرکت در رسیدگی داوری همانند دادرسی در دادگاه باید محفوظ بماند، اعم از اینکه آن‌ها تصمیم به شرکت در رسیدگی داوری را داشته باشند یا خیر (Brekoulakis, 2009: 491)؛ دوم آنکه، در برخی موارد، آرای داوری به دلیل ویژگی غیرقابل تجزیه بودن خود به اشخاص ثالثی که طرف موافقت‌نامه داوری نیستند نیز سرایت می‌نماید؛ به همین دلیل اگر موضوع مورد داوری بر حقوق اشخاص ثالث تأثیر گذارد، قابل داوری نخواهد بود، مانند اینکه گروهی از سهام‌داران که طرف قرارداد داوری نوع خاصی از اختلاف نباشند. به دلیل اینکه صلاحیت دیوان داوری از توافق طرفین ناشی می‌شود، صلاحیت مذکور نمی‌تواند به سازمان‌ها و اشخاصی که طرف موافقت‌نامه داوری نیستند، گسترش یابد (Carter, 2015: 143).

حال با مشخص شدن دلایل ممنوعیت تسری داوری به حقوق اشخاص ثالث، این سؤال مطرح

می‌شود که معیار تسری رأی داور به حقوق اشخاص ثالث کدام است؟

در انگلستان، قاضی «لرد پاتن» در پرونده باشگاه فولام در این خصوص معیار زیر را ارائه داده است: «موضوعات مورد اختلافی که شامل حقوق اشخاص ثالث می‌شود یا نشان دهنده تلاشی برای دادن نمایندگی به داوران در مورد چیزی که مربوط به منافع عمومی است و در محدوده قلمرو

قرارداد خصوصی قابل تعیین نیست همانند حکم به انحلال یا تصفیه شرکت»؛^۱ بنابراین باید گفت هرگونه روش جبران خسارت که می‌تواند منافع شخص ثالث را تحت تأثیر قرار دهد، در واقع بخشی از موضوعات مورد ارجاع به داوری را تشکیل نخواهد داد. در همین راستا موضوع مورد بحث در پرونده باشگاه فولام، ادعای تبعیض ناعادلانه بود که دادگاه بیان نمود: دیوان داوری آزاد است تا رأی دهد که آقای ریچارد از سمت خود به‌عنوان رئیس لیگ فوتبال استعفا دهد یا مانع از فعالیت وی به‌عنوان نماینده در آینده شود؛ با این حال دیوان داوری نمی‌تواند رأی به انحلال لیگ برتر دهد یا دستوراتی درخصوص تنظیم فعالیت‌های شرکت صادر نماید که سهام‌داران غیر اطراف داوری را مقید نماید. همچنین دادگاه در این پرونده، متذکر شد اگر چنین دستوری را از دیوان داوری طلب نمایند، این مسئله در حقیقت بخشی از موضوع جهت ارجاع به داوری را تشکیل نمی‌دهند در نتیجه قابل اجرا نیستند.^۲ در نظام حقوقی ایران اگرچه قانون‌گذار درخصوص تسری رأی داور به حقوق اشخاص ثالث سکوت نموده است، ولی با توجه به وحدت ملاک بند (۳) ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی (مصوب ۱۳۷۹) و بند (هـ) ماده ۳۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی که صدور رأی داور خارج از حدود اختیار وی را موجب بطلان یا تقاضای ابطال رأی می‌داند، می‌توان گفت این اختیار، اعم است از اینکه از جانب طرفین به وی تفویض شده باشد یا از طرف قانون‌گذار؛ همچنین صدور رأی خارج از اختیار، اعم از اختیار شخصی یا اختیار موضوعی می‌باشد، که در هر دو صورت می‌تواند موجب بطلان یا تقاضای ابطال رأی گردد.

نتیجه

یکی از روش‌های سنتی حل و فصل اختلافات که در بیشتر نظام‌های حقوقی پذیرفته شده، داوری است. با این حال، امکان استفاده از این روش برای حل و فصل برخی اختلافات همچون اختلافات درون‌شرکتی میان ارکان شرکت، همواره محل بحث بوده است. با توجه به اینکه امروزه شرکت‌ها به‌عنوان یکی از مهم‌ترین فعالان اقتصادی، دربرگیرنده طیف وسیعی از اشخاص ذی‌نفع هستند که اغلب در تعارض منافع با یکدیگر قرار دارند؛ از این رو بحث داوری در حل و فصل اختلافات آن‌ها از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. پژوهش کنونی که با موضوع داوری در اختلافات درون‌شرکتی با نگاهی تطبیقی به حقوق ایران و انگلستان به رشته تحریر در آمده است، یافته‌های آن، نشان می‌دهد برخلاف ایران که قانون‌گذار و رویه قضایی به‌صورت پراکنده و مبهم اشاره‌هایی به شرط داوری در اختلافات درون‌شرکتی داشته‌اند، در کشور انگلیس، رویه قضایی در برخی پرونده‌ها به‌جایگاه و

1. Fulham Football Club (1987) Ltd v. Richards, (2012), para. 40

2. Fulham Football Club (1987) Ltd v. Richards, (2012), para.33.

موانع شرط داوری در اختلافات داخلی شرکت‌ها توجه نشان داده است. با این حال درخصوص شرط داوری، میان دو نظام حقوقی، مشابهت‌هایی وجود دارد؛ به‌طوری که هر دو نظام حقوقی با توجه به عدم منع قانونی، شرط داوری در اختلافات درون‌شرکتی را به‌طور گسترده پذیرفته‌اند، درخصوص موضوع دیگر، یعنی موانع داوری در اختلافات درون‌شرکتی می‌توان گفت: در هر دو نظام حقوقی موانع ساختاری، نظم عمومی، محدودیت در نوع جبران خسارت و تعارض با حقوق اشخاص ثالث به‌عنوان مهم‌ترین موانع موجود شناخته می‌شوند؛ در همین راستا اگرچه تعیین مصادیق مربوط به محدودیت در نوع جبران خسارت و تعارض با حقوق اشخاص ثالث، با استنباط از قوانین و آرای مربوطه در هر دو نظام حقوقی تا حدودی قابل تعیین می‌باشند؛ اما در هیچ‌یک از قوانین و آرای صادره از محاکم هر دو نظام حقوقی، معیار مشخص و دقیقی، برای شناخت مصادیق قواعد آمره حقوق شرکت‌ها به‌عنوان مفهوم پذیرفته شده از نظم عمومی وجود ندارد.

در نهایت باید گفت: در کشورهایی چون ایران که محاکم قضایی با حجم بالایی از پرونده‌ها مواجه هستند استفاده از روش داوری نسبت به رسیدگی قضایی، کارآمدتر به نظر می‌رسد؛ زیرا در بسیاری موارد به‌دلیل پیچیدگی پرونده‌های مربوط به حقوق شرکت‌ها، رسیدگی دقیق به آن‌ها دشوار یا مستلزم صرف وقت زیاد است و ممکن است اختلاف را پس از طی شدن یک مدت زمان طولانی پایان دهد؛ به همین جهت، توجه و بهره‌گیری بیشتر از نهاد داوری در اختلافات درون‌شرکتی که از یک سو، موجب کاهش حجم ورود پرونده به محاکم قضایی و از دیگر سو، موجب رسیدگی دقیق‌تر و سریع‌تر به موضوع می‌شود، در ایران ضرورت دارد.

در این راستا پیشنهاد می‌شود در اصلاحات آتی قانون داوری، آیین دادرسی مدنی یا قوانین تجاری، به ضرورت درج شرط داوری در اساسنامه شرکت‌ها توجه بیشتری گردد و با مشخص نمودن مواردی چون گستره و موانع داوری اختلافات درون‌شرکتی و نیز سازوکارهای اجرایی، بسترهای قانونی لازم برای ارجاع هر چه بیشتر اختلافات درون‌شرکتی به داوری، فراهم گردد.

منابع

فارسی

- اسکینی، ربیعا (۱۳۸۷)، *شرکت‌های تجاری (۲)*؛ چاپ دهم، تهران: سمت.
- الماسی، نجادعلی (۱۳۷۹)، *تعارض قوانین*، چاپ هفتم، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
- باقری، محمود (۱۳۸۷)، «قابلیت داوری اختلاف ناشی از حقوق اقتصادی: ناکامی قراردادی در رجوع به داوری در دعوای حقوق رقابت و حقوق بازار بورس»، *تحقیقات حقوقی*، شماره ۴۸.
- بهمنی، محمدعلی و حسنی شیخ‌عطار (۱۳۹۷)، «قانون حاکم بر داوری‌پذیری دعاوی»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۹، شماره ۲.
- جمالی، جعفر و محمد صادقی (۱۳۹۶)، *رویه هیئت داوری بورس و اوراق بهادار (تا پایان سال ۱۳۹۵)*، چاپ نخست، تهران: بورس.
- جمالی، جعفر، محمد صادقی و نوید شیدانی آشتیانی (۱۳۹۹)، *رویه هیئت داوری بورس و اوراق بهادار (۱۳۹۶ الی ۱۳۹۹)*، جلد دوم، چاپ نخست، تهران: بورس.
- حبیبی، سعید و زهرا شوشتری (۱۳۹۸)، «نظم عمومی و داوری‌پذیری دعاوی مالکیت فکری»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال ۸۴، شماره ۱۱۰.
- حبیبی، بهنام و میثاق صوفی (۱۳۹۶)، «بررسی درج شرط داوری در اساسنامه شرکت‌های تجاری»، *فصلنامه دانش حقوق و مالیه*، سال اول، شماره ۱.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۳)، *حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی*، چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- رستمی، مرتضی (۱۳۹۸)، *سازوکارهای حمایت از حقوق مکتسبه اشخاص حقیقی در کشور بیگانه*، تهران: نشر خرسندی.
- شعاعی، گل‌اثر (۱۳۹۸)، *تحلیل اقتصادی نفع شرکتی*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق اقتصادی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران.
- شیروی، عبدالحسین و محمدجواد کاظمی (۱۳۹۸)، «تحلیل اقتصادی مذاکره در حل و فصل‌های اختلاف‌های تجاری»، *فصلنامه مجلس و راهبرد*، سال ۲۶، شماره ۹۹.
- صقری، محمد (۱۳۹۳)، *حقوق بازرگانی: شرکت‌ها*، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- طوسی، عباس (۱۳۹۳)، *تحلیل اقتصادی حقوق شرکت‌ها*، چاپ نخست، تهران: شهردانش.
- عبدی‌پور، ابراهیم و همکاران (۱۳۸۹)، «ماهیت حقوقی و صلاحیت‌های هیئت داوری بازار اوراق بهادار»، *فصلنامه مجله پژوهش‌های حقوقی*، دوره ۹، شماره ۱۷.
- عرفانی، محمود (۱۳۸۶)، *حقوق تجارت (ج ۲)*، چاپ سوم، تهران: میزان.
- عیسائی تفرشی، محمد (۱۳۹۵)، *مباحثی تحلیلی از حقوق شرکت‌های تجاری (ج ۲)*، چاپ سوم، تهران: دانشگاه تربیت مدرس، مرکز نشر آثار علمی.
- عیسائی تفرشی، محمد و جمشید یحیی‌پور (۱۳۹۲)، «تئوری ذی‌نفعان با رویکرد مقررات شرکت‌های سهامی ایران»، *فصلنامه بورس و اوراق بهادار*، سال ششم، شماره ۲۳.

- قلی‌زاده، احد (۱۳۹۰)، «تحلیل مسائل حقوقی نظام بازرسی شرکت‌های سهامی، دولتی، عمومی»، فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، سال پانزدهم، شماره ۵۸.
- کاکاوند، محمد (۱۳۹۴)، گزیده آراء مرکز داوری اتاق ایران (۱۳۸۷-۱۳۸۳)، جلد نخست، چاپ چهارم، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
- کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۸۱)، عقود معین، ج ۱، چ هشتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاشانی، جواد و مهدی شیخیانی (۱۳۹۰)، «داوری‌های مختلط در قواعد جدید داوری اتاق بین‌المللی بازرگانی»، دوفصلنامه پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۹.
- مقدم، عیسی (۱۳۹۹)، «تصاحب فرصت بستن قرارداد متعلق به شرکت تجاری توسط مدیر و ضمانت اجرای آن (مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس و آمریکا و ایران)»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۵۰، شماره ۴.
- میرزاژاد جویباری، اکبر (۱۳۹۷)، «بحثی پیرامون منبع نظم عمومی در حقوق قراردادهای ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق آمریکا، انگلیس و فرانسه»، فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دروه ۲۲، شماره ۱.
- نیکبخت، حمیدرضا و محمد صادقی (۱۴۰۰)، «حل اختلاف حرفه‌ای فعالان بازار اوراق بهادار؛ عبور از الزام به روش‌های جایگزین»، فصلنامه حقوق اداری، سال هشتم، شماره ۲۷.
- هندی، سیداصغر (۱۳۸۶)، «بررسی تسری شروط اصل ۱۳۹ قانون اساسی به اموال شرکت‌های دولتی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۱، شماره ۶۱.
- یحیی‌پور، جمشید (۱۳۹۷)، حاکمیت شرکتی در شرکت‌های سهامی، چاپ نخست، تهران: میزان.

انگلیسی

- Milman, David. (2013). "Shareholder litigation in the UK: the implications of recent authorities and other developments". Sweet and Maxwell's Company Law Newsletter.
- Beattie v. E and F Beattie Ltd (1938)
- Born, Gary (2016), **International arbitration: law and practice**. Wolters Kluwer.
- Brekoulakis, Stavros. (2009). "On arbitrability: Persisting misconceptions and new areas of concern." Kluwer.
- Carter, James, and Sophie Payton. (2015), "Arbitration and Company Law in England and Wales". **European Company Law**, Kluwer Law International BV, the Netherlands.
- Chiu, Iris HY. (2006). "Contextualising shareholders' disputes: a way to reconceptualise minority shareholder remedies". **Journal of business law**, vol3.
- Fulham Football Club (1987) Ltd v. Richards (2012)
- Hickman v. Kent or Romney Marsh Sheepbreeders' Association (1915)
- Jennings, Andrew K (2018). "Firm Value and Intracorporate Arbitration". **The Review of Litigation**. 38, 1.
- Jonson V. Driefontein Consolidated Mines Ltd (1902)
- Kennett, Wendy. (2013). "Arbitration of intra-corporate disputes". **International Journal of Law and Management**, vol 55, issue5.
- Kraakman, Reinier, et al. (2017). **The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach**. Oxford University Press.
- Lee, Joseph. (2017) "Intra-corporate dispute arbitration and minority shareholder

protection". **The International Journal of Arbitration**, Mediation and Dispute Management, 83 (1).

- Lee, Joseph. (2018). "The Nexus of Contracts Theory and Intra-Corporate Dispute Arbitration". *The Future of the Commercial Contract in Scholarship and Law Reform*. Springer, Cham.
- London Steam Ship Owners Mutual Insurance Association Ltd v Spain (2013).
- Moore, Marc T. (2014). "Private ordering and public policy: the paradoxical foundations of corporate contractarianism". *Oxford Journal of Legal Studies*, vol 34, issue4.
- Mustill J. Mustill, Stewart C. Boyd, (2001). **Commercial Arbitration**, Publisher: LexisNexis Butterworths, Third edition.
- OECD, Programme Statement for Corporate Governance and Arbitration of Company-Law Disputes (ACLD), 2004.
- Shearson/American Express Inc. v. McMahon (1987)
- Valladares de Oliveira, Leonardo. (2016). "The English law approach to arbitrability of disputes". **International Arbitration Law Review** 19.6.
- Westacre Investments Inc. v. Jugimport-SPDR Holding Co Ltd (2000)
- Yingvoragan, Pakorn, (2019). **The Use of Arbitration in Corporate Disputes: International and Thai Perspectives**, LLM thesis, Bureau of Foreign Affairs.
- Tynybekov, Serikkaly & other (2017). *The legal nature of corporate disputes*, Ost institut, Germany.

نگرش کارکردی به نهاد مهلت عادلانه؛ با مطالعه تحولات آن در حقوق فرانسه

اصغر زیرک باروقی*

چکیده

عدم تجزیه تعهد اقتضا دارد که متعهد تعهد خود را در سررسید به صورت یکپارچه ایفاء نماید و نمی تواند متعهدله را به قبول جزئی از موضوع تعهد ملزم کند. ولی مطابق جزء دوم ماده ۲۷۷ قانون مدنی، حاکم می تواند نظر به وضعیت متعهد، مهلت عادلانه دهد. این حکم که برگرفته از ماده ۱۲۴۴ سابق قانون مدنی فرانسه است؛ به جهت اینکه در برخی از قوانین مؤخر، اعسار مدیون، شرط امهال و تقسیط دیون آمده است؛ در عمل متروک شده و غالباً محاکم به آن به عنوان یک نهاد مستقل در آرای صادره استناد نمی کنند. این امر ایجاب کرد تا در پژوهش حاضر، خاستگاه تاریخی، شرایط و گستره نهاد اعطای مهلت عادلانه با لحاظ اصلاحات بعدی قانون مدنی فرانسه بررسی و به این سؤال اساسی پاسخ داده شود که آیا اثبات اعسار مدیون لازمه اعطای مهلت است؟ اجمالاً می توان گفت که اعطای مهلت به مدیون در روم باستان مطرح بوده و به تبع آن وارد حقوق فرانسه شده و با تحولاتی که در طول زمان داشته نهایتاً در سال ۲۰۱۶ با تغییراتی در ماده ۴-۱۳۴۲ قانون مدنی فرانسه تکرار شد؛ و در صورت جمع شرایط و عدم منع قانونی، بدون نیاز به اثبات اعسار مدیون، اعطای مهلت در تعهدات مالی اعم از قراردادی و غیرقراردادی قابل جریان است؛ و در مورد تعهداتی که برای شان شیوه خاص امهال در قانون پیش بینی شده است یا اعطای مهلت برخلاف مقتضای آن تعهدات می باشد قابل تسری نیست.

واژگان کلیدی: مهلت عادلانه، اعسار، تقسیط، تجزیه دین

* استادیار گروه حقوق، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه شهید مدنی آذربایجان، تبریز، ایران
Zirak161@gmail.com

مقدمه

قاعده «منع اعطای مهلت عادلّه به مدیون»^۱ که برگرفته از «اصل سخت گیری در سررسید»^۲ است؛ اقتضا می کند تعهدات به صورت واحد و بدون تجزیه از جانب متعهد در سررسید اجرا شود و نمی توان طلبکار را به پذیرش بخشی از طلب واداشت و یا او را مجبور کرد که به تأخیر تمام طلب رضایت دهد؛ چراکه تأخیر در ایفای دین از ارزش آن می کاهد و طلبی که با تأخیر و یا به اقساط پرداخته می شود به جهت نوسانات بازار و رشد نرخ تورم، دارای همان ارزشی نیست که مدیون در قرارداد به عهده گرفته بود؛ یعنی اجبار متعهده به پذیرش جزئی از موضوع تعهد، به ضرر اوست و تحمیل ضرر به غیر نارواست. بر این اساس «متعهد نمی تواند متعهده را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید» (جزء اول ماده ۲۷۷ قانون مدنی). این قاعده در عالم تجارت ظهور بیشتری داشته تا جایی که محاکم نیز مجاز به اعطای مهلت در تأدیه دیون تجاری نیستند (ماده ۲۶۹ قانون تجارت)؛ زیرا تاجر باید بتواند بر روی مطالبات خود برای انجام تعهداتش حساب کند؛ چه بسا که تاجری به دلیل نداشتن امکان دریافت مطالبات خود در سررسید، دچار توقف و ورشکستگی شود؛ لیکن در تعهدات مدنی «حاکم می تواند نظر به وضعیت مدیون مهلت عادلّه یا قرار اقساط بدهد» (جزء دوم ماده ۲۷۷ قانون مدنی). این حکم با عبارتی دیگر در ماده ۶۵۲ قانون مدنی تکرار شده است؛ و در قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی مصوب ۱۳۹۴ در صورت ثبوت اعسار مدیون، دادگاه با ملاحظه وضعیت او مهلت مناسبی برای پرداخت می دهد یا حکم تقسیط بدهی را صادر می کند. ماده ۳۷ قانون اعسار ۱۳۱۳ نیز که با تصویب قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی ۱۳۹۴ نسخ شده است در بر دارنده این شیوه تقسیط می بود. چنان که ملاحظه می شود در مواد ۲۷۷ و ۶۵۲ قانون مدنی برخلاف قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی، اعطای مهلت یا تقسیط، موقوف به ثبوت اعسار نشده است.

حال سؤالی که قابل طرح است اینکه آیا حکم مواد ۲۷۷ و ۶۵۲ قانون مدنی با حکم قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی متعارض و ناسخ و منسوخ هم هستند؟ یا تعارضی بین حکم دو قانون وجود نداشته و قانون مدنی در مقام بیان قاعده کلی امکان اعطای مهلت عادلّه یا تقسیط دیون بوده و قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی و قانون اعسار سابق، نحوه اجرای آن را بیان می دارند؟ یا اساساً موضوع دو قانون متفاوت بوده و به جهت عدم وحدت موضوع تعارضی مطرح نیست؛ و برخلاف قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی به حکم مواد ۲۷۷ و ۶۵۲ قانون مدنی اعطای

1. Obtenir un délai de grâce/ Reporter le paiement

2. Echelonner le paiement

مهلت عادلۀ یا قرار اسقاط متوقف بر ثبوت اعسار نمی‌باشد؟

۱. سیر تاریخی «مهلت عادلۀ»^۱

در دوران روم باستان، در ابتدا با بدهکاران بدحساب با شدت خاصی رفتار می‌شد؛ ولی رومیان دریافته‌اند که شرایطی مانند عدالت و انصاف ممکن است مستلزم انعطاف به نفع بدهکار باشد (Carre, 1938: 23)؛ چراکه از نگاه آن‌ها «تنگدستی؛ بیشتر سزاوار برانگیختن شفقت است تا ستیز»^۲ (Manfredini, 2013: 26). از آن‌پس رسم امپراتوران روم این بود که یا به‌عنوان قاضی به نفع یک بدهکار خاص یا به‌عنوان قانون‌گذار به نفع گروهی از بدهکاران مهلت اعطا می‌کردند (Carre, 1938: 23-26). البته طول مهلت‌ها انعطاف‌پذیر بود و مدیون را از هرگونه طرح دعوی طلبکارانش محافظت می‌کرد. باوجوداین، سود و بهره همچنان ادامه داشت؛ و برخی از بدهی‌ها استثنای این اعطای مهلت بودند (Ibid).

در فرانسه، قبل از تصویب قانون مدنی، طی فرمان اوت ۱۶۶۹ میلادی، مکانیسم اعطای مهلت، شکل سیستمی به خود گرفت که فرمان حکومتی را از مهلت‌نامه‌ها متمایز می‌کرد. مورد اول شامل مهلت در کلیۀ تعقیب‌های قانونی بود که توسط پادشاه به کارمندان دولت اعطا شد. آن‌ها شخصاً یک مهلت تعلیق‌پیگرد قانونی به مدت شش ماه داشتند و فقط در صورت ادامه خدمت قابل تمدید بود؛ و قاضی بدون اختیار و به‌صورت غیرارادی اعطای مهلت می‌کرد (Baudry, 1907: 575). دومین مورد برای کمک به بدهکاران با حسن‌نیت که مشکل پرداخت داشتند، با اعطای یک مهلت معقول که از پنج سال تجاوز نمی‌کرد از سوی پادشاه صادر می‌شد. در این مورد هیچ مهلتی از سوی قضات اعطا نمی‌شد، مگر به‌موجب نامه‌ای از شاه مبنی بر ناتوانی مدیون. (Carre, 1938: 26-35).

این شیوۀ اعطای مهلت که هم اعطای آن دشوار بود و هم گاه موجب سوءاستفاده‌های آشکار می‌شد، درنهایت در سال ۱۷۹۱ میلادی لغو و منجر به تصویب ماده ۱۲۴۴ قانون مدنی شد که اختیار اعطای مهلت را به قضات می‌داد. از آن‌پس در اعطای مهلت شاهد تغییر از قدرت سلطنتی به قدرت قضایی هستیم (Pothier, 1984: 276-278).

ماده مذکور مقرر می‌داشت «مدیون نمی‌تواند طلبکار را مجبور به قبول پرداخت جزئی از دین کند، حتی اگر قابل تجزیه باشد. باین حال، قضات می‌توانند با توجه به وضعیت مدیون و با استفاده از این اختیار با احتیاط بیشتر، تأخیر متناسبی برای پرداخت قائل شوند و فرایند دادرسی را به تعویق اندازند». همین حکم با تفاوت جزئی در ماده ۲۷۷ قانون مدنی ایران نیز آمده‌است.

1. délai de grâce, terme de grâce

2. la pauvreté mérite de susciter la compassion plutôt que la haine

در اصلاحیه سال ۱۹۳۶ حداکثر مهلت اعطایی در ماده مذکور به ۱ سال محدود شد و در ۱۱ اکتبر ۱۹۸۵ این مهلت به ۲ سال افزایش یافت. در اصلاحیه ۹ ژوئیه ۱۹۹۱ به شکل مواد ۱۲۴۴ تا ۳-۱۲۴۴ اصلاح شد؛ و نهایتاً در اصلاحیه بخش تعهدات قانون مدنی فرانسه در سال ۲۰۱۶ حکم مواد ۱۲۴۴ و ۱۲۴۳ در ماده ۴-۱۳۴۲ جمع و حکم سایر بندهای ماده ۱۲۴۴ در ماده ۵-۱۳۴۳ تکرار شد. ماده مذکور مقرر داشته است:

«قاضی می تواند نظر به وضعیت مدیون و با عنایت به نیازهای طلبکار، پرداخت وجوه را به مدت دو سال به تأخیر بیندازد یا تقسیط کند. او می تواند با تصمیم خاص و مستدل دستور دهد به اقساط معوق، حداقل به نرخ قانونی، سود تعلق گیرد و یا اینکه در ابتدا پرداختی ها در اصل بدهی منظور شود. ممکن است برای تسهیل یا تضمین پرداخت بدهی، قاضی این امور را منوط به انجام اقدامات خاصی از سوی مدیون بکند. رأی قاضی موجب تعلیق مراحل اجرایی شروع شده از طرف طلبکار می شود. برای تأخیر در مدت تعیین شده توسط قاضی، افزایش سود یا جرایم پیش بینی شده تحمیل نمی شود. هرگونه شرط مخالف، کأن لم یکن تلقی می شود. مفاد این ماده شامل بدهی های نفقه نمی شود».

اعطای مهلت در ماده ۲۸۱ قانون مدنی الجزایر^۱، ماده ۳۴۶ قانون مدنی مصر^۲ و ماده ۳۳۴ قانون مدنی اردن^۳ با تفاوت هایی آمده است.

۲. مهلت عادلانه و نقش اعسار در آن

مهم ترین نکته ای که موجب متروک ماندن نهاد اعطای مهلت عادلانه در نظام دادگستری ایران

۱. المادة ۲۸۱- «يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. غير أنه يجوز للقضاء نظراً لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالاً ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها. وفي حالة الاستعجال يكون منح الأجل من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة. وفي حالة إيقاف التنفيذ فإن الأجل المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية، بصحة إجراءات التنفيذ تبقى موقوفة إلى انقضاء الأجل الذي منحه القاضي».

۲. المادة ۳۴۶- «۱- يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك».

۲- على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية، إذا لم يمنع نص في القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم».

۳. المادة ۳۳۴- «۱- يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك».

۲- على أنه يجوز للمحكمة في حالات استثنائية إذا لم يمنعها نص في القانون أن تنظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم».

شده است؛ تأثیر دادن اعسار در آن است؛ یعنی برای رهایی مدیون از تعهد به ایفای کامل دین در موعد مقرر، اثبات اعسار ایشان نزد محکمه ضروری است. همان کارکردی که در ماده ۳۷ قانون اعسار ۱۳۱۳ و مواد ۳ و ۱۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷ و ۱۳۹۴ برای اعسار پیش‌بینی شده است. وجود این مواد در زمان اعتبارشان این شبهه را ایجاد کرده است که حکم ماده ۲۷۷ قانون مدنی با حکم آن مواد متعارض بوده و ناسخ و منسوخ هم هستند؛ یا اینکه تعارضی وجود نداشته و قانون مدنی در مقام بیان قاعده کلی امکان اعطای مهلت عادلّه یا تقسیط دیون بوده و قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی و قانون اعسار سابق، نحوه اجرای آن را بیان می‌دارند. طوری که درخواست مهلت عادلّه و تقسیط به نوعی اعسار دانسته و نسبت میان این دو نهاد عموم و خصوص مطلق پنداشته شده است (متین، ۱۳۸۱: ۴۰۸)؛ یعنی مطابق این باور، ماده ۲۷۷ قانون مدنی از مصادیق اجرای قاعده عسر و حرج است (عابدی، ۱۳۸۳: ۱۳۳).

برای تأیید این رویکرد در رویه محاکم به چند رأی اشاره می‌شود:

طی دادنامه شماره ۱۷۳۶ مورخ ۹/۱۰/۱۳۹۳، شعبه ۲۷۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران مقرر داشته است: «توجهاً به اصل مندرج در ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و ملاک ماده ۵۰۴ آن، به استناد مواد ۱-۲۰-۲۱-۲۳-۳۷ قانون اعسار و ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی و مواد ۲۷۷-۱۰۸۳-۶۵۲ قانون مدنی، نظر به تجویز تبصره ذیل ماده ۱۹ آیین‌نامه اجرایی موضوع ماده ۶ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، النهایه ناتوانی خواهان از پرداخت دفعی و نقدی محکوم‌به یادشده را محرز دانسته، با صدور حکم اعسار و درنهایت با استناد به قاعده «المیسور لا یسقط بالمعسور» به شرح زیر این بدهی را در حق خواهان تقسیط می‌نماید».

همچنین شعبه ۹۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران طی دادنامه شماره ۵۴۹ مورخ ۱۷/۶/۱۳۹۳ اعلام داشته: «دادگاه با نگرستن به زندانی بودن خواهان از روی عدم پرداخت محکوم‌به و در راستای ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی و شهادت‌نامه پیوست و در پی آن گواهی گواهان در دادگاه، خواسته پیش‌گفته را درخور پذیرش دانسته و برگرفته از مواد ۱ و ۲۳ قانون اعسار حکم به اعلام اعسار خواهان در پرداخت یک جای محکوم‌به یادشده صادر و اعلام می‌نماید. وانگهی در راستای ماده ۶۵۲ قانون مدنی حکم به تقسیط آن بر پرداخت پنجاه میلیون ریال در قسط نخست که بیست روز پس از قطعیت این دادنامه آغاز می‌گردد و باقی مانده در اقساط ماهانه پنج میلیون ریال تا استهلاك کامل آن صادر و اعلام می‌نماید».

شعبه ۵۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران نیز طبق دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۷۰۴۰۰۰۳۵ مورخ ۱۳۹۳/۰۱/۲۳ ضمن احراز اعسار تجدیدنظرخواه اظهار داشته است: «دادگاه تجدیدنظرخواهی را

وارد دانسته به استناد مواد ۱ و ۲۳ قانون اعسار و ماده ۳ قانون نحو اجرا محکومیت‌های مالی و مواد ۲۷۷ و ۶۵۲ قانون مدنی و بنده ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی با نقض دادنامه تجدیدنظر خواسته که برخلاف موازین قانون و اصول حقوقی صادر شده حکم به تقسیط در پرداخت محکوم به موضوع دادنامه صدرالذکر به نحو پرداخت ۳۰ درصد آن در ابتدا و مابقی در ۵۰ قسط ماهیانه به نحو مساوی و تا استهلاك کامل محکوم به و خسارت متعلقه صادر و اعلام می نماید.

چنان که مشاهده می شود، دادگاه ها بعد از اثبات اعسار مدیون، مستند به حکم قانون اعسار، قانون نحوه اجرای محکومیت مالی و مواد ۲۷۷ و ۶۵۲ قانون مدنی حکم به تقسیط بدهی داده اند؛ و با مهلت عادلانه موضوع مواد مذکور به عنوان یک کارکرد قانونی مستقل و بدون نیاز به اثبات اعسار مدیون برخورد نکرده اند.

با وجود این، برخی از حقوق دانان مبنای ماده ۲۷۷ قانون مدنی را قاعده انصاف می دانند و مهلت عادلانه را وسیله ملایم کردن قواعد منطقی حقوق و سازگار کردن آن با ندای عدالت و انصاف تلقی می کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۴۲). مطابق این دیدگاه، اگر ماده ۲۷۷ قانون مدنی از مصادیق اجرای قاعده عسر و حرج باشد تنها ناظر به وضع مدیون و میزان دارایی او خواهد بود، در حالی که ماده ۲۷۷ قانون مدنی گستره بیشتری را مورد نظر دارد. پس اگر بدهکار توانایی وفای به عهد را در زمان حاضر داشته باشد، ولی پرداخت دین، او را دچار عسرتی سازد که منصفانه به نظر نیاید و یا از نظر روحی بر او صدمه ای وارد کند که در نظر دادرس خلاف انصاف باشد، با توسل به قاعده عسر و حرج و دادخواست اعسار نمی توان به کمک بدهکار شتافت، در حالی که اطلاق ماده ۲۷۷ قانون مدنی همه این موارد را در بر می گیرد (کاتوزیان: ۲/۱۳۷۴: ۶۸۰).

در تأیید این نظر می توان گفت که اولاً؛ ماده ۲۷۷ قانون مدنی ذیل فصل سقوط تعهدات و بحث وفای به عهد آمده و این امر حاکی از آن است که دادگاه در مقام حکم به الزام متعهد به ایفای تعهد، مهلت عادلانه و یا قرار اقساط می دهد؛ ولی ماده ۱۱ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی همانند ماده ۳۷ قانون اعسار ناظر به محکوم به می باشد؛ یعنی موضوع ماده ۲۷۷ قانون مدنی نحوه وفای به عهد است ولی موضوع ماده ۱۱ فوق، نحوه اجرای محکومیت های مالی است. ثانیاً؛ همان طور که بیان شد نویسندگان قانون مدنی ماده ۲۷۷ را با الهام از ماده ۱۲۴۴ قانون مدنی فرانسه تدوین کرده اند که در آن بحث اعسار مطرح نبوده است؛ طوری که اگر مدیون کلاً یا تقریباً مالی برای تأدیه نداشته باشد اعطای مهلت را غیر مفید دانسته اند (Mornet, 1997: 81)؛ یعنی در اعطای مهلت عادلانه، اعسار یا افلاس مدیون، مانعیت دارد نه شرطیت. همچنین مقتن در ماده ۲۹ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی ۱۳۹۴ و ماده ۴۰ قانون اعسار به تصریح مواد قانونی منسوخ به حکم این قوانین

را بیان داشته و مواد ۲۷۷ و ۶۵۲ قانون مدنی از جمله موارد منسوخ نیامده است. بنابراین دو نهاد پیش گفته را نباید با یکدیگر یکسان دانست (محمصانی، ۱۹۸۳: ۴۷۳) یا اثبات اعسار را مقدمه اعطای مهلت عادلّه دانست؛ زیرا در مواد ۲۷۷ و ۶۵۲ قانون مدنی برخلاف قانون اعسار و قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، دادن مهلت، موقوف به اثبات اعسار نشده است و این مواد هرگز بر اعسار متعهد تکیه نکرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۴/۱: ۱۸۰).

۳. شرایط اعطای مهلت عادلّه

قانون‌گذار ایران برای اعطای مهلت عادلّه به قید «نظر به وضعیت مدیون» اکتفا کرده و شرایط آن را به تفصیل بیان ننموده است؛ لیکن در حقوق فرانسه و برخی از کشورها شرایطی برای اعطای مهلت عادلّه مقرر شده است که به بررسی آن‌ها می‌پردازیم.

۳-۱. منع قانونی برای اعطای مهلت وجود نداشته باشد.

«منع اعطای مهلت عادلّه به مدیون» مطابق با قاعده است و در اعطای مهلت عادلّه، صلاحیت قاضی مبتنی بر اختیاری است که برگرفته از قانون است (جزء دوم ماده ۲۷۷ قانون مدنی) و این اختیار قانونی در چهارچوب آنچه قانون اجازه داده است می‌باشد؛ بنابراین اگر نص قانونی وجود داشته باشد که قاضی را از اعطای این امر منع کند یا آن را محدود کند؛ قاضی در این مورد تکلیفی جزء احترام به آن ندارد.

۳-۲. بدهکار حسن‌نیت داشته باشد.

حسن‌نیت در زمره آن دسته از مفاهیم اخلاقی است که به عرصه حقوق وارد شده (موسوی‌مجاب، ۱۴۰۱: ۲۸۰) و یکی از اصول کلی حاکم بر حقوق قراردادها است. علی‌رغم عدم ارائه تعریف صریح و روشن در متون قانونی، در قوانین کشورهای مختلف بدان اشاره شده است؛ طوری که ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی جدید فرانسه رعایت حسن‌نیت در مراحل مذاکره، انعقاد و اجرای قرارداد را لازم دانسته است. یا ماده ۱۰۷ قانون مدنی الجزایر مقرر داشته «قرارداد باید بر اساس مفاد آن و با حسن‌نیت اجرا شود».

در تعریف حسن‌نیت گفته شده است: «رفتاری صادقانه، منصفانه و معقول که در مرحله گفت‌وگوهای مقدماتی، انعقاد، اجرا و تفسیر قرارداد، عرفاً از طرفین نسبت به یکدیگر و یا حتی نسبت به اشخاص ثالثی که با قرارداد ارتباط پیدا می‌کنند، انتظار انجام آن می‌رود» (باریکلو، ۱۳۹۰: ۵۵). بنابراین طرفین قرارداد علاوه بر مذاکرات پیش قراردادی و انعقاد قرارداد باید در مرحله اجرای آن نیز حسن‌نیت داشته و قرارداد را با حسن‌نیت اجرا کنند. با این وصف متعهد در صورتی که تمام تلاش خود را برای ایفاء تعهد خود به کار گرفته باشد، با حسن‌نیت محسوب می‌شود (Sériaux, 1993: 789).

رفتار توأم با حسن نیت یک امر مفروض در هر عقدی است مگر اینکه از سوی طرف ذی نفع خلاف آن ثابت شود. در این صورت چنانچه ثابت شود که متعهد در ایفاء تعهدات خود سوءنیت داشته و عمداً در اجرای آن‌ها کوتاهی کرده است، از مهلت عادلانه بهره‌مند نمی‌شود (فوده، ۲۰۰۰: ۴۲۵).

۳-۳. بدهکار در ایجاد وضعیت موجود مقصر نباشد.

برای برخورداری از اعطای مهلت، نباید تعمد یا سهل‌انگاری متعهد در ایجاد وضعیت موجود او مؤثر باشد؛ یعنی شرایط موجود قابل انتساب به متعهد با حسن نیت نباشد (Manfredini, 2013: 261). شرایطی مانند کاهش درآمد، بیکاری، نوسانات اقتصادی که متعهد را در انجام تعهدات خود با مشکلات واقعی روبه‌رو کرده است و با اعطای مهلت می‌تواند تعهدات خود را ایفاء نماید.

۳-۴. از تعویق دین بر طلبکار ضرر جدی وارد نشود.

مطابق ماده ۴-۱۳۴۲ قانون مدنی فرانسه در اعطای مهلت علاوه بر «وضعیت مدیون» باید «نیازهای طلبکار» نیز مورد توجه قاضی باشد؛ به‌طوری‌که اگر اعطای مهلت، به طلبکار ضرر جدی برساند، قاضی از آن خودداری می‌کند؛ چراکه در مقابل ضرر شدید طلبکار، تخفیف به مدیون جایز نیست. مثلاً اگر تأدیه دین طلبکار وابسته به وصول طلبش از شخصی باشد یا اینکه طلبکار معامله سودآوری انجام داده اما در آن عدم تأدیه ثمن در سررسید به‌عنوان شرط فاسخ یا موجب ایجاد حق فسخ برای بایع آمده است و چنانچه طلبش در سررسید وصول نگردد امکان تأدیه ثمن را نداشته و به‌جهت انفساخ یا فسخ معامله از نفع محروم خواهد شد.

در ماده ۲۷۷ قانون مدنی ایران لحاظ نیازهای طلبکار به‌عنوان شرط در اعطای مهلت عادلانه ذکر نشده است؛ اما به نظر می‌رسد هرچند دادگاه نظر به وضعیت مدیون مجاز در اعطای مهلت عادلانه است لیکن این جواز، دلیل تجویز اضرار به دائن نمی‌شود؛ و قاضی باید بین منافع طلبکار و منافع بدهکار تعادل ایجاد کند، زیرا ممکن است اعطای مهلت به بدهکار باعث آسیب جدی به طلبکار شود؛ و عادلانه نیست که با وارد کردن خسارت شدید به طلبکار به بدهکار کمک شود.

۳-۵. مهلت اعطاشده معقول و متناسب باشد.

همان‌طور که بیان شد در حقوق فرانسه اعطای مهلت، محدود به دو سال شده است که قاضی نظر به وضعیت بدهکار و لحاظ نیازهای طلبکار مهلت مناسبی برای تأدیه دین تعیین می‌کند. در ماده ۳۳۴ قانون مدنی اردن با اینکه برای مهلت اعطایی، حداکثر و حداقلی بیان نشده لیکن مهلت مذکور مقید به «أجل معقول» شده است. در قانون مدنی ایران در مواد ۲۷۷ و ۶۵۲ بدون ایجاد محدودیت زمانی برای اعطای مهلت، به‌صورت مطلق بیان شده است که حاکم می‌تواند مهلت عادلانه یا قرار اقساط دهد؛ اما به نظر می‌رسد علی‌رغم تصریح مقنن، مهلت اعطایی باید معقول و متناسب

باشد؛ چراکه فرض بر این است که این مدت معقول برای تحقق هدف از اعطای آن، یعنی کمک به مدیون برای ایفای تعهدش کافی و متناسب است.

۳-۶. بدهکار دچار اعسار و ورشکستگی نباشد.

اعطای مهلت به مدیون مساعدت برای ایفای تعهداتش است و اگر مدیون کلاً یا جزئاً مالی برای تأدیه نداشته باشد اعطای مهلت غیر مفید خواهد بود (Morinet, 1997: 81)؛ بر این اساس است که برخی معتقدند برای اعطای مهلت، مدیون باید توانایی خود برای پرداخت بدهی را اثبات کند (Planiol & Ripert, 1954: 325). همچنین با صدور حکم ورشکستگی تاجر متوقف، طلب طلبکاران مطابق قواعد تصفیه امور ورشکسته از دارایی تاجر تأدیه می‌شود. همان طور که برای تسهیل و تسریع در فرایند امر تصفیه، دیون مؤجل تاجر با ورشکستگی، حال می‌شود به طریق اولی دیون حال نیز نباید به تعویق بیافتد؛ زیرا تقسیم دارایی تاجر ورشکسته میان طلبکارانی که طلبشان حال است موجب می‌شود طلب مؤجل سایر طلبکاران بلاوصول بماند (اسکینی، ۱۳۸۱: ۶۳؛ ستوده تهرانی، ۱۳۷۵: ۱۴۶). علاوه بر این، اعطای مهلت به تاجر متوقف نسبت به یکی از دیونش، نقض اصل تساوی بین طلبکاران است. چراکه مطابق این اصل، طلبکاران مدیون، جملگی در موقعیت واحد قرار دارند و نباید بر یکدیگر ترجیح داده شوند (Finch, 1999: 633).

۴. گستره اعطای مهلت

در اینکه مهلت عادلانه در مورد کدام دیون و تعهدات قابل اعطا است مفاد بند ۱ ماده ۱۲۴۴-۱ سابق و ماده ۵-۱۳۴۳ فعلی قانون مدنی فرانسه هیچ شرطی را در مورد ماهیت دین تعیین نکرده است. همچنین ماده ۲۷۷ قانون مدنی ایران از اصطلاح «تعهد» استفاده کرده است. در این بخش در مورد امکان اعطای مهلت در مورد تعهدات قراردادی و غیرقراردادی، تعهدات براتی، تعهدات مالیاتی و بیمه‌ای و دیون ناشی از جرم بحث خواهیم کرد.

۴-۱. تعهدات قراردادی و غیر قراردادی

دادگاهی در سال ۱۹۷۷ گستره بند دوم ماده ۱۲۴۴ را به دلیل قرار گرفتن در باب عقود و تعهدات قراردادی قانون مدنی فقط محدود به تعهدات قراردادی نمود (Deleval, 1989: 35). ولی طبق نظر غالب حقوق دانان هر آنچه دین است، فارغ از اینکه تعهد پولی باشد یا تعهد به فعل یا ترک فعل مشمول حکم ماده خواهد بود؛ و منشأ دین لازم نیست قراردادی باشد؛ مهلت در مورد دیون ناشی از شبه‌قراردادها، مسئولیت مدنی و شبه جرم نیز اعمال می‌شود (Morinet, 1997: 77). نویسندگانی مانند جرج ریپر و ژان بولانژه ضمن دفاع از ماهیت کلی اعطای مهلت معتقدند که نباید بین تعهدات مختلف تمایزی قائل شد (Ripert et Boulanger, 1957: 555)؛ و برخی دیگر محدود کردن حکم

ماده مذکور نسبت به بدهکاران قراردادی را تبعیض آشکار قلمداد نمودند (Bazier, 2015: 69-70). در حقوق ایران، رویه قضایی و علمای حقوق در گستره اعطای مهلت عادلانه ورود به بحث نکردند. لیکن علاوه بر استناد به استدلال حقوق دانان فرانسه و امکان تسری آن به ماده ۲۷۷ قانون مدنی، می‌توان گفت تعهد در مفهوم عام شامل تمام تکالیف و حقوق دینی است؛ خواه ناشی از الزامات خارج قرارداد و اسباب قهری باشد یا منشأ ارادی و قراردادی داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۷). در فصل ششم از باب اول قسمت دوم کتاب دوم جلد اول قانون مدنی که به سقوط تعهدات اختصاص یافته، «تعهد» در مفهوم عام به کار رفته است (احمدی، ۱۳۸۸: ۱۰)؛ بنابراین اعطای مهلت عادلانه مذکور در ماده ۲۷۷ قانون مدنی محدود به تعهدات قراردادی نبوده و شامل تمام تعهدات اعم از قراردادی و خارج قرارداد می‌شود.

۲-۴. دیون ناشی از جرم

در حقوق فرانسه دادگاه تجدیدنظر در رأی اعلام کرد که ماده ۱۲۴۴ به طور کلی مربوط به تعهدات قراردادی است؛ و وقتی علت دین یک جرم است که مدیون به آن محکوم شده است نمی‌تواند اعمال شود.^۱ برخی در این خصوص تصریح کرده‌اند که مرتکب جرم لزوماً سوءنیت دارد و نمی‌تواند از مهلت برخوردار شود (Benoît, 1997: 77). برخی دیگر این موضع را بر اساس این نظر که «قاضی» در ماده ۱۲۴۴ قانون مدنی به طور کلی و بدون استثنا کردن قاضی کیفری است، مورد انتقاد قرار داده‌اند (Seriaux, 1993: 789).

در حقوق ایران طبق ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷ و ماده ۲۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۲۳ خرداد ۱۳۹۴، چنانچه محکوم به دیه، ضرر و زیان ناشی از جرم و رد مال باشد در صورت اثبات «اعسار» شخص محکوم، دادگاه با ملاحظه وضعیت او مهلت مناسبی برای پرداخت می‌دهد یا حکم تقسیط بدهی را صادر می‌کند. لیکن طبق ماده ۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷ و ماده ۲۲ فوق، جزای نقدی قابل امهال و تقسیط مطابق آن قانون نیست. در حالی که در ماده ۵۲۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ «هر کس به موجب حکم قطعی دادگاه به پرداخت جزای نقدی محکوم گردد... در صورت تقاضای تقسیط از جانب محکوم علیه و احراز قدرت وی به پرداخت اقساط، دادگاه نخستین که رأی زیر نظر آن اجراء می‌شود می‌تواند با اخذ تضمین مناسب امر به تقسیط نماید». با توجه به اینکه در قانون اصلاح قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۲۴ خرداد ۱۳۹۴ حکم ماده مذکور تغییری

1. Cass. crim. 17 janvier 1991, Bull n° 32.

نکرد به نظر می‌رسد بین حکم مواد ۲۲ و ۵۲۹ فوق تعارضی وجود ندارد؛ و جزای نقدی بدون نیاز به اثبات اعسار و صرفاً با احراز شرایط مذکور در ماده ۵۲۹ قانون آیین دادرسی کیفری با أخذ تضمین مناسب قابل تقسیط است.

در مورد اعمال حکم ماده ۲۷۷ قانون مدنی در اعطای مهلت عادلانه برای دیون ناشی از جرم، در آثار حقوقی و رویه قضایی سابقه‌ای یافت نشد؛ ولی با استفاده از وحدت ملاک مواد مذکور می‌توان گفت؛ حکم ماده ۲۷۷ قانون مدنی قابل تسری به ضرر و زیان ناشی از جرم و رد مال موضوع جرم است؛ اما جزای نقدی به جهت وجود قانون خاص (مواد ۵۲۹ الی ۵۳۳ قانون آیین دادرسی کیفری) مشمول اعطای مهلت عادلانه مذکور در آن ماده نخواهد بود.

۴-۳. تعهدات مالیاتی

در برخی دیون، محاکم مجاز به اعطای مهلت در تأدیه آن‌ها نیستند و مقنن مستقلاً برای نهاد غیرقضایی، اختیار اعطای مهلت شناسایی کرده‌است؛ به‌طور مثال در بدهی مالیاتی مطابق ماده ۱۶۷ قانون مالیات‌های مستقیم «وزارت امور اقتصادی و دارایی یا سازمان امور مالیاتی کشور می‌تواند نسبت به مودیانی که قادر به پرداخت بدهی مالیاتی خود اعم از اصل و جریمه به‌طور یک‌جا نیستند از تاریخ ابلاغ مالیات قطعی، بدهی مربوط را حداکثر به مدت سه سال تقسیط نماید». در اینجا اختیار اعطای مهلت که به‌نحو تقسیط صورت می‌گیرد فقط برای وزارت امور اقتصادی و دارایی یا سازمان امور مالیاتی کشور پیش‌بینی شده‌است و همچنین برخلاف ماده ۲۷۷ قانون مدنی، مدت زمان این مهلت محدود بوده و نمی‌تواند بیش از سه سال باشد.

۴-۴. تعهدات بیمه‌ای

در مورد تعهدات بیمه‌ای نیز سازمان تأمین اجتماعی مطابق ماده ۴۶ قانون تأمین اجتماعی می‌تواند بدهی کارفرما را حداکثر تا سی‌وشش قسط ماهانه تقسیط نماید. در این صورت برخلاف حکم ماده ۲۷۷ قانون مدنی، کارفرما باید معادل دوازده درصد در سال نسبت به مانده بدهی خود بهره به سازمان بپردازد. همچنین بر اساس بند «و» ماده ۱۹ همان قانون کارفرمایانی که به عللی قادر به پرداخت حق بیمه معوقه نباشند و یا پرداخت بدهی به‌طور یک‌جا خارج از حدود قدرت مالی کارفرما و موجب تعطیلی و یا وقفه کار کارگاه باشد شورای عالی تأمین اجتماعی می‌تواند به پیشنهاد هیئت مدیره، کارفرما را از پرداخت تمام یا قسمتی از خسارات مقرر در این قانون معاف دارد همچنین ترتیبی برای تقسیط بدهی با رعایت مهلت کافی بدهد.

۴-۵. تعهدات ناشی از اسناد تجاری

طراحی سازوکارهای تجاری مانند اسناد تجاری، تصفیه و... برای این است که موضوعات تجاری

را با رعایت اصل سرعت از لحاظ تجاری ساماندهی کند (مقدم، ۱۴۰۰: ۲۷۲). این اصل و نقش عمده سرمایه در تجارت مانع اعطای مهلت در تعهدات ناشی از اسناد تجاری می‌شود بر این اساس ماده ۲۶۹ مقرر داشته است «محاکم نمی‌توانند بدون رضایت صاحب برات برای تأدیه وجه برات مهلتی بدهند». این حکم طبق مواد ۳۰۹ و ۳۱۴ قانون تجارت در مورد چک و سفته نیز قابل تسری است؛ و در لایحه جدید اصلاح قانون تجارت در مواد ۷۴۳ و ۷۸۶ و ۷۹۲ تکرار شده است.

شعبه ۳۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۱۶۶۸/۲۲۳۰۲۲۳۰۹۹۷۰ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۰۷ در رد رأی شعبه بدوی برای صدور قرار عدم استماع نسبت به خواسته اعسار از پرداخت مبلغ یک فقره چک آورده است: «با عنایت به عموم و اطلاق مواد ۲ و ۳ از قانون نحوه اجرا محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷/۸/۸۰ به‌عنوان قانون مؤخر در باب شمول این قانون نسبت به کلیه محکومیت‌های مالی از جمله محکومیت راجع به اسناد تجاری و رویه قضایی حاکم در رسیدگی به دعاوی اشعاری استناد به ماده ۲۶۹ از قانون تجارت بی‌وجه بوده...».

در انتقاد از استدلال رأی فوق که همچنان از سوی برخی محاکم به استناد مؤخر بودن قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی ۱۳۹۴ تکرار می‌شود لازم به توضیح است که ماده ۲۶۹ قانون تجارت مصوب سال ۱۳۱۱ و حکم خاص بوده و ماده ۱۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب سال ۱۳۹۴ و حکم عام می‌باشد؛ و در فرض متعارض بودن حکم دو ماده، تعارض بین عام مؤخر و خاص مقدم خواهد بود؛ و امر دایر است بین اینکه عام مؤخر، ناسخ خاص مقدم است یا خاص مقدم، مخصص عام مؤخر است؛ که توسط اصولیون تحت عنوان دوران امر بین تخصیص و نسخ مورد بحث واقع شده است. مشهور اصولیون در این خصوص قائل به تخصیص شده‌اند (آخوند خراسانی، ۱/۱۴۱۷: ۲۳۸؛ مظفر، ۱/۱۳۸۳: ۱۸۲؛ غروی اصفهانی، ۳/۱۳۷۴: ۴۰۷). بر این اساس ماده ۲۶۹ قانون تجارت ماده ۱۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های را تخصیص زده و همچنان محاکم نمی‌توانند در مورد تعهدات ناشی از اسناد تجاری برای متعهد یا متعهدین اعطای مهلت قرار اقساط صادر نمایند.

۴-۶. عقود که اقتضای طبیعتشان عدم اعطای مهلت است.

برخی از تعهدات با اعطای مهلت سازگاری نداشته و برخلاف مقتضای آن نوع تعهدات می‌باشد. به‌طور مثال در عقد ودیعه مستودع مکلف است با مطالبه مودع، مال ودعی را استرداد نماید و اعطای مهلت به مستودع در رد مورد ودیعه برخلاف مصلحت مودع و طبیعت عقد ودیعه است (فوده، ۲۰۰۰: ۴۵۴). چراکه اقتضای عقد ودیعه نگهداری از مال و رد فوری آن به مجرد مطالبه مودع است. همین‌طور در موردی که تعهد و زمان ایفای تعهد، وحدت مطلوب باشند؛ یعنی ایفای تعهد در زمان مقصود، مطلوب متعهدله باشد، اعطای مهلت ممکن نیست. چراکه در این نوع تعهدات، زمان

اجرای تعهد، قید تعهد بوده و با عدم توانایی در ایفای تعهد در آن زمان، در حقیقت، قید زمان و در نتیجه تعهد مقید به آن منتفی خواهد شد (شهیدی، ۱۳۹۴: ۲۹۴)؛ مانند اینکه موضوع قرارداد تهیه لوازم و مواد غذایی برای مجلس جشنی باشد که در روز معین برگزار می‌شود و اجرای این تعهد در آن روز برای متعهد غیرممکن باشد.

۷-۴. شرط فاسخ

برای صحت شرط فاسخ، مدت باید معلوم و معین باشد (اسدی‌نژاد، ۱۳۹۰: ۹) حال اگر در مدت مقرر، عمل به تعهد موضوع شرط محقق نشد آیا امکان اعطای مهلت برای ایفای آن تعهد وجود دارد؟ در شرط فاسخ، ممکن است حصول معلق‌علیه که انفساخ بر آن استوار است خارج از اراده طرفین باشد؛ مانند فروش حقه به مدت یک سال با این شرط که در صورت بروز خشک‌سالی عقد منفسخ شود. یا حصول معلق‌علیه ارادی باشد؛ طوری که فعل یا ترک فعلی از سوی هریک از طرفین موجب انفساخ عقد شود. مثلاً در عقد بیعی که ثمن آن به اقساط و از طریق چند فقره چک پرداخت می‌شود شرط شود چنانچه هریک از چک‌ها با عدم پرداخت مواجه شود عقد منفسخ شود؛ و همچنین اگر در صلح یک مالی متصالح تعهد به پرداخت نفقه معین به شخص ثالث یا مصالح برای مدت معین نماید و شرط شود در صورت ترک اتفاق عقد صلح منفسخ گردد. یا ممکن است فعل یا ترک فعل از سوی شخص ثالث سبب انفساخ عقد تعیین شود؛ مثلاً در عقد اجاره ملکی شرط شود چنانچه از اتحادیه صنف مستأجر برای آن ملک در مدت معین، پروانه کسب صادر نکند عقد اجاره منفسخ شود.

در فرضی که معلق‌علیه امر خارجی است اساساً تعهدی وجود ندارد که ایفای آن محتاج اعطای مهلت باشد. همچنین اگر فعل یا ترک فعل شخص ثالث، معلق‌علیه شرط انفساخ باشد به جهت اینکه با شرط فاسخ برای ثالث تعهدی ایجاد نشده است؛ استمهال برای ایفای تعهد موضوعیت نخواهد داشت؛ اما در فرضی که فعل یا ترک فعل یکی از طرفین عقد، معلق‌علیه شرط فاسخ قرار گیرد سؤال این است که آیا شرط مذکور، ایجاد تعهد می‌کند و مشروط‌علیه ملتزم به ایفای تعهد است؟ و در صورت تخلف، مطابق ماده ۲۳۷ قانون مدنی مشروط‌له می‌تواند الزام مشروط‌علیه به ایفای تعهد را از محکمه تقاضا نماید؟ یا اینکه ضمانت اجرای شرط مذکور، انفساخ قرارداد است؟ به نظر می‌رسد مؤدای قصد طرفین از درج شرط فاسخ در قرارداد، ایجاد التزام نسبت به فعل یا ترک فعل موضوع شرط است؛ لیکن ضمانت اجرای شرط مذکور، برخلاف ماده ۲۳۷ قانون مدنی فقط انفساخ عقد است و الزام مشروط‌علیه به ایفای تعهد ناشی از شرط، خارج از قصد متعاقدين می‌باشد؛ بنابراین در دو فرض اول به دلیل عدم ایجاد تعهد برای طرفین عقد، اعطای مهلت عادلانه برای ایفای تعهد نیز منتفی خواهد بود؛ و در فرض اخیر نیز به جهت اینکه ضمانت اجرای تعهد ناشی

از شرط، انحلال قهری قرارداد تعیین شده است نه امکان الزام متعهد به ایفای تعهد، با تحقق معلق علیه شرط فاسخ، قرارداد منفسخ شده و اعطای مهلت برای عدم وفای به عهد موضوع شرط در مدت معین میسر نخواهد بود.

نتیجه

مهم‌ترین نکته‌ای که موجب متروک ماندن نهاد اعطای مهلت عادلانه در نظام دادگستری ایران شده است؛ تأثیر دادن اعسار در آن است؛ در صورتی که ماده ۲۷۷ قانون مدنی ذیل فصل سقوط تعهدات و بحث وفای به عهد آمده و این امر حاکی از آن است که دادگاه در مقام حکم به الزام متعهد به ایفای تعهد، مهلت عادلانه و یا قرار اقساط می‌دهد؛ همچنین نویسندگان قانون مدنی ماده ۲۷۷ را با الهام از ماده ۱۲۴۴ قانون مدنی فرانسه تدوین کرده‌اند که در آن بحث اعسار مطرح نبوده است؛ و نیز مقنن در ماده ۲۹ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی ۱۳۹۴ و ماده ۴۰ قانون اعسار به تصریح مواد قانونی منسوخ به حکم این قوانین را بیان داشته و مواد ۲۷۷ و ۶۵۲ قانون مدنی از جمله موارد منسوخ نیامده است. برای اعطای مهلت عادلانه شرایطی از قبیل «عدم منع قانونی برای اعطای مهلت»، «حسن نیت بدهکار»، «عدم تقصیر بدهکار در ایجاد وضعیت موجود»، «عدم ورود ضرر جدی به طلبکار از تعویق دین»، «معقول و متناسب بودن مهلت اعطاشده» و «عدم اعسار و ورشکستگی مدیون» لازم است. در مورد گستره اعطای مهلت عادلانه در ایفای تعهدات می‌توان گفت هر آنچه تعهد است، فارغ از اینکه تعهد پولی باشد یا تعهد به فعل یا ترک فعل مشمول حکم ماده ۲۷۷ خواهد بود؛ و منشأ دین لازم نیست قراردادی باشد چراکه تعهد در مفهوم عام شامل تمام تکالیف و حقوق دینی است؛ خواه ناشی از الزامات خارج قرارداد و اسباب قهری باشد یا منشأ ارادی و قراردادی.

در مورد جزای نقدی، تعهدات مالیاتی و بیمه‌ای به جهت وجود حکم خاص قانونی و شیوه متفاوت برای تقسیط و امهال، حکم ماده ۲۷۷ قانون مدنی اعمال نمی‌شود؛ و اصل سرعت و تسهیل در روابط تجاری و نقش عمده سرمایه در تجارت مانع اعطای مهلت در تعهدات ناشی از اسناد تجاری می‌شود. برخی از تعهدات اقتضای طبیعتشان عدم اعطای مهلت است مثل شرط فاسخ، تعهد مستودع به رد مال ودعی یا موردی که تعهد و زمان ایفای تعهد، وحدت مطلوب باشند.

به جهت آثار و شرایط متفاوت حکم ماده ۲۷۷ قانون مدنی از نهاد اعسار مذکور در قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی و جهت کاربردی کردن آن، پیشنهاد می‌شود مقنن با لحاظ نهاد اعسار در حقوق ایران و با الهام از تحولات ماده مذکور در سایر نظام‌های حقوقی بالأخص نظام حقوقی فرانسه، ماده ۲۷۷ قانون مدنی را اصلاح نماید.

منابع

فارسی

- اسدی نژاد، سید محمد (۱۳۹۰)، «شرط فاسخ»، پژوهشنامه حقوقی، سال دوم شماره اول.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۸۱)، حقوق تجارت، ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، تهران: انتشارات سمت.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۵۴)، دوره مقدماتی حقوق مدنی: حقوق تعهدات، تهران: مدرسه عالی امور قضایی و اداری.
- ستوده تهرانی، حسن (۱۳۷۵)، حقوق تجارت، چاپ اول، جلد ۴، تهران: نشر دادگستر.
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۴)، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ یازدهم، تهران: انتشارات مجد.
- عابدی، محمد (۱۳۸۳)، أجل در تعهدات و قراردادها، رساله دکترای حقوق خصوصی، دانشگاه تهران.
- باریکلو، علیرضا و سیدعلی خزایی (۱۳۹۰)، «اصل حسن نیت و پیامدهای آن در دورۀ پیش قراردادی؛ با مطالعۀ تطبیقی در حقوق انگلیس و فرانسه»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۶.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، نظریه عمومی تعهدات، تهران: نشر میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- متین، احمد (۱۳۸۱)، مجموعه رویه قضایی (قسمت حقوقی)، تهران: نشر رهام.
- مقدم، عیسی (۱۴۰۰)، «جایگاه قاعده داراشدن ناعادلانه یا استفاده بدون جهت در حقوق تجارت با تأکید بر رویه قضایی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۵، ۲۶۵-۲۸۵.
- موسوی مجاب، سیددرد (۱۴۰۱)، «بررسی جایگاه و نقش اصل حسن نیت در حقوق کیفری»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۲۰.

عربی

- آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۱۷)، کفایه الاصول، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث.
- فوده، عبدالحکم (۲۰۰۰)، إنهاء القوه الملزمه للعقد، الإسكندرية: دارالمطبوعات الجامعية.
- غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۳۷۴)، نهاییه الدرايه فی شرح الکفایه، قم: مؤسسه سیدالشهداء (ع).
- محمصانی، صبحی (۱۹۸۳)، النظرية العامة للموجبات و العقود فی الشريعة الاسلاميه، بيروت: دارالعلم للملایین.
- المظفر، الشيخ محمد رضا (۱۳۸۳)، أصول الفقه، چاپ پنجم، قم: بوستان کتاب.

لاتین

- Bazier, Pierre (2015), L'application de l'article 1244 alinéa 2 du Code civil dans le cadre du Code des impôts sur les revenus, Bruylant (Bruxelles), Journal de Droit Fiscal (J.D.F), Vol. 89, no. 1.
- Benoît, Mornet (1997), Les délais de grâce, Revue juridique de l'Ouest, N° Spécial 1997.
- G. Baudry Lacantinerie et L. Barde (1907), **Des obligations, vol. II, in Traité théorique et pratique de droit civil**, t. XIII, Paris, Librairie de la Société du recueil J.B., Journal du palais.
- G. De Laval (1989), **Délais de grâce, Répertoire Notarial**, t. XIII, 1. IV, procédures relatives à des moyens de libération, I, Délais de grâce et règlement collectif de dettes,

Bruxelles, Larcier.

- Manfredini, Arrigo.D (2013), Rimetti a noi i nostri debiti, Bologna, Società editrice Il mulino.
- Planiol, Marcel et Ripert, Georges (1954), **Traité pratique de droit civil français**, t. VII, 2e éd., L.G.D.J.
- Pothier, Robert Joseph (1841), **Traité de la procédure civile, Article préliminaire**, t. III, Paris, Videcoq.
- Ripert, Georges et Boulanger, Jean (1957), **Traité de droit civil**, t. II, Paris, L.G.D.J.
- S. CARRE (1938), Des moratoires et délais de grâce accordés aux débiteurs par les textes récents, Thèse pour le doctorat, Paris, Pédonne.
- Sérieux, Alain (1993), **Réflexions sur les délais de grâce, Revue trimestrielle de droit civil (RTDCiv)**, n 04.
- Venessa Finch (1999), Security, insolvency and risk, The Modern Law Review, published By: Wiley.

بازخوانی اصول دادرسی کیفری در تقابل گفتمان‌های آزادی‌مدار و امنیت‌گرا^۱

محمد اکبری*، سیدمحمدجواد ساداتی**، عبدالرضا جوان جعفری بجنوردی***

چکیده

بهره‌گیری از اصول دادرسی کیفری نیازمند شناسایی مفهومی و مصداقی آن است تا بر اساس آن بتوان اجرای عدالت را تضمین و مانع خودکامگی صاحبان قدرت شد. به‌رغم اهمیت این اصول و جایگاه والای آن در قوانین کیفری، این حوزه نیز به مانند سایر شئون دیگر زندگی اجتماعی متأثر از تقابل گفتمان‌های آزادی‌مدار و امنیت‌گرا بوده و همین مسئله موجب گردیده تا با گذشت حدود چهار دهه از پیروزی انقلاب اسلامی و تصویب قوانین متعدد ازجمله قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، همچنان مفهوم و مصادیق این اصول مبهم باقی بماند و تعریفی واحد از آن ارائه نشود. اختلاف نظرهای متعدد و وجود رویه‌های قضایی مختلف در این زمینه، ارائه تعریفی مناسب را ضمن تعیین مصادیق واقعی این اصول ایجاب می‌کند. در نوشتار حاضر که به روش توصیفی - تحلیلی است با ارائه تعریفی مناسب از اصول دادرسی نشان داده می‌شود که تقسیم‌بندی اصول به دو دسته بنیادین و غیربنیادین صحیح نبوده و باید قائل بر یک نوع اصول دادرسی کیفری بود. در ادامه نیز با توجه به ضمانت‌اجراهای در نظر گرفته شده برای اصول دادرسی کیفری، ضمن برشمردن مصادیق

۱. این مقاله برگرفته از رساله دکتری نویسنده اول تحت عنوان «تحلیل جامعه‌شناختی گفتمان‌های حاکم بر قوانین شکلی کیفری پس از انقلاب در پرتوی تقابل گفتمان‌های امنیت‌گرا و آزادی‌مدار» با راهنمایی آقای دکتر سیدمحمدجواد ساداتی و مشاوره آقای دکتر عبدالرضا جوان جعفری بجنوردی در دانشگاه فردوسی مشهد است.

* قاضی دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران
makbari251@yahoo.com

** استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران
(نویسنده مسئول)
mj.sadati@um.ac.ir

*** استاد گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران
Javan-j@um.ac.ir

واقعی این اصول، بیان می‌شود که مصادیق این اصول را باید به مواردی که رسیدگی‌های قضایی را تحت تأثیر قرار می‌دهند محدود کرد و هر مقررۀ قانونی را نمی‌توان جزء این مصادیق به شمار آورد. **واژگان کلیدی:** اصول دادرسی کیفری، گفتمان امنیت‌گرا، گفتمان آزادی‌مدار، گفتمان قدرت، نظام دادرسی عادلانه

مقدمه

امنیت و آزادی از جمله حقوقی هستند که بشر همواره به دنبال دست یافتن به آن‌ها بوده است. «اصطلاح امنیت به‌خودی‌خود دارای هیچ‌گونه معنای ثابت یا توافق شده‌ای نیست» (von Boemcken and Schetter, 2016: 1) لذا ارائه تعریفی واحد که مورد توافق همگان باشد نیز بسیار مشکل است. «اگر امنیت را نه صرفاً به‌عنوان محافظت در برابر حمله مسلحانه، بلکه به‌طور گسترده‌تر به‌عنوان فقدان تهدید ارزش‌های عمده اجتماعی درک کنیم، آنگاه امنیت در جوامع مختلف معانی متفاوتی دارد» (Weiner, 1993: 12). این تفاوت معنایی باعث می‌شود تا با رفتارها و اقدامات گوناگونی از سوی هر کشور یا نهادی مواجه شویم که در تلاش برای تحقق امنیت مورد نظر خود هستند. از سویی دیگر، بشر به دنبال کسب آزادی نیز هست و «هر انسانی می‌خواهد آزاد باشد، اگرچه که همه انسان‌ها در مورد اینکه چه چیزی آزادی را تشکیل می‌دهد [نیز] اتفاق نظر ندارند» (Saliba, 1991: 217). ابهام در مفهوم آزادی همچون امنیت نیز دلیلی است تا تعاریف متفاوتی از آن ارائه شود بدون آنکه اتفاق‌نظری در این مورد وجود داشته باشد.

تعادل بین آزادی و امنیت و چگونگی ایجاد آن، موضوع چالش‌برانگیز دیگری است که تاکنون راه حل مناسبی برای آن یافت نشده است. تفاوت‌های موجود بین این دو باعث شده تا غالباً جامعه شاهد نوعی تقابل بین آن‌ها باشد و این دو مفهوم را متعارض با یکدیگر بداند. ظهور گفتمان‌های امنیت‌گرا و آزادی‌مدار ناشی از این دو مفهوم، علاوه بر تأثیرات گوناگون بر تمامی شئون زندگی اجتماعی، حوزه حقوق کیفری را نیز بی‌نصیب نگذاشته است. از یک سو، ورود حداکثری به حریم خصوصی افراد، فشار حداکثری در جهت کسب دلیل، محدودسازی حقوق دفاعی متهمان و... با هدف حفظ نظم و کنترل اجتماعی و از سویی دیگر، گسترش آزادی‌های افراد، حقوق دفاعی آن‌ها، تحدید موارد دخالت در حریم شخصی افراد و... که بتواند حقوق شهروندی را تضمین نماید، تنها موارد محدودی از این تأثیرات هستند. قوانین شکلی کیفری نیز همانند سایر قوانین از این تقابل گفتمانی تأثیر پذیرفته و در تحولات قانون‌گذاری‌های مختلف دستخوش تغییرات فراوانی شده‌اند. اصول و تشریفات دادرسی یکی از حوزه‌های اصلی حضور قوانین شکلی در فرایند رسیدگی کیفری است که به‌واسطه اهمیتی که دارند ضمانت‌اجراهای مختلفی برای آن‌ها وضع گردیده که در صورت

لزوم می‌تواند از موجبات ابطال آرای صادره نیز تلقی شوند. اما به‌رغم اهمیت فراوان این اصول و تشریفات، در پژوهش حاضر نشان داده می‌شود که بعد از گذشت سالیان متمادی از پیروزی انقلاب اسلامی و تصویب قوانین متعدد هنوز به‌صراحت، تعریف قانونی از این اصول و تشریفات ارائه نشده و مصادیق آن‌ها نیز نامشخص است. در غالب پژوهش‌های مرتبط با این حوزه نیز، همچنان در مورد مفهوم و مصادیق این اصول و تشریفات اختلاف‌نظرات فراوانی وجود داشته و مصادیق متعددی برای آن‌ها بیان شده است. تفکیک اصول دادرسی به دو دسته بنیادین و غیربنیادین، ذکر تعاریف مختلف از مفهوم اصول و تشریفات دادرسی و تعیین مصادیق متعدد برای آن‌ها در این پژوهش‌ها بدون اینکه منتهی به ارائه تعریفی واحد و معرفی مصادیق واقعی آن‌ها بشود، تنها باعث سردرگمی بیش‌ازپیش محققان و مقامات قضایی در مواجهه با این موضوعات بوده است.

ازاین‌رو، پژوهش حاضر درصدد واکاوی تقابل گفتمان‌های امنیت‌گرا و آزادی‌مدار و نتایج حاصل از آن با محوریت اصول و تشریفات دادرسی است. اینکه چرا این اصول و تشریفات نیز به مانند سایر موضوعات دیگر حقوق کیفری تحت تأثیر این تقابل گفتمانی قرار می‌گیرند سؤالی است که پاسخ به آن نیازمند تحلیل شرایط حاکم بر جامعه و منافع گفتمان‌های آزادی‌مدار و امنیت‌گراست. سکوت و اجمال قوانین در مورد اصول و تشریفات دادرسی ناشی از این تقابل گفتمانی در حال حاضر یکی از مهم‌ترین نقایص نظام حقوقی کشور است که شفافیت در آن یکی از ضروریات در عرصه تحولات قانونی است. استمرار ابهام در این موضوعات به معنای بی‌ثمر بودن قوانین در این زمینه است چراکه وجود تفاسیر مختلف و متعارض با یکدیگر درخصوص مفهوم و مصادیق اصول و تشریفات دادرسی باعث اعمال سلیقه‌ای آن‌ها می‌شود که با هدف قانون‌گذار که همانا اجرای عدالت برای همگان بوده در مغایرت کامل است. لذا برای تحقق اهداف پژوهش، در گام نخست به بررسی تقابل گفتمان‌های امنیت‌گرا و آزادی‌مدار و نتایج حاصل از آن پرداخته خواهد شد تا از این طریق چگونگی تأثیرات این تقابل بر مقررات ناظر بر اصول و تشریفات دادرسی نشان داده شود. در گام دوم نیز با توجه به اهمیت بیشتر اصول دادرسی نسبت به تشریفات دادرسی، به بررسی مفهومی و مصداقی این اصول پرداخته می‌شود تا از این طریق بتوان به تعریفی روشن از اصول دادرسی کیفری دست پیدا کرد و مصادیقی که به واقع بشود آن‌ها را جزء این اصول دانست برشمرد.

۱. گفتمان آزادی‌مدار و امنیت‌گرا، جدالی تمام‌نشدنی

آزادی و امنیت الفاظی هستند که هر انسانی از بدو تولد خود به‌طور مکرر آن‌ها را شنیده است بی‌آنکه مفهوم دقیق آن‌ها را به درستی درک کند. تفاوت‌های قومی و منطقه‌ای، تعارض منافع جوامع و... ازجمله عواملی بوده که باعث شده تا هیچ‌گاه نتوان از آن‌ها تعریفی که مورد وفاق همگان باشد

ارائه کرد. حق بر آزادی و امنیت از جمله حقوق اساسی همه انسان‌ها هستند و وجود آن‌ها لازمه تداوم زندگی اجتماعی است، اما چگونگی تعامل آن‌ها با یکدیگر موضوعی اختلافی بوده که در مورد آن نظرات متفاوتی بیان شده است. برخی «خود امنیت را برجسته کرده و اهمیت آن را گوشزد کرده‌اند... دسته‌ای دیگر معتقد به تقدم آزادی بر امنیت هستند. [و] دسته‌ای دیگر رابطه میان آزادی و امنیت را تعاملی می‌دانند، به گونه‌ای که بروز و تأمین هر یک مبتنی بر دیگری است» (سعادت فر، ۱۳۸۷: ۲). صرف نظر از دیدگاه‌های ارائه شده، باید این واقعیت را پذیرفت که «بین امنیت برخی افراد و آزادی برخی دیگر تبادل وجود دارد» (Dornan. 2011: 4) و به همین جهت انسان‌ها همواره به دنبال کسب قدرت هستند تا امنیت یا آزادی مورد نظر خویش را محقق سازند. تلاش برای دستیابی به این قدرت را می‌توان ریشه شکل‌گیری گفتمان‌های امنیت‌گرا و آزادی‌مدار دانست. تلاش این دو گفتمان برای تحقق اهداف خود غالباً موجب تقابل و تعارض آن‌ها با یکدیگر می‌شود.

در گفتمان آزادی‌مدار «کلید نیل به مقصود، دخالت حداقلی دولت در امور مردمان است. این دخالت تنها از روی ضرورت باید باشد و غرض از آن جلوگیری از اخلال در سیر طبیعی و نظم عمومی است» (میرزایی و رضایی، ۱۳۹۹: ۷۳). ظهور دولت‌های رفاه، شکل‌گیری سیاست‌های اصلاح و درمان، جرم‌انگاری‌های حداقلی و... از جمله نتایج این گفتمان بود که سعی در گسترش آزادی‌های شهروندان و کاهش دخالت دولت در آن‌ها را داشت. اما وقوع حوادث تروریستی گسترده در سال‌های اخیر باعث فاصله گرفتن دیدگاه حقوق کیفری از رویکردهای آزادی‌گرایانه و چرخش بیش‌ازپیش آن به سمت امنیت‌گرایی شد. احساس ترس و ناامنی ایجاد شده ناشی از این حوادث موجب ظهور مجدد سخت‌گیری کیفری در میان اندیشه‌های عصر حاضر گردید. رویکردهای آزادی‌گرایانه و اصلاحی، دیگر به مانند گذشته مؤثر و مورد قبول همگان نبودند. تأکید مجدد بر حالت خطرناک، دشمن‌انگاری مجرم، جرم‌انگاری تهاجمی و تحدید آزادی‌های افراد از جمله اقداماتی بودند که در نهایت موجب ایجاد فضای امنیتی گسترده در غالب جوامع شدند. «دست‌اندازی دولت بر همه کارها به طوری که فراتر از قانون یا فراتر از چشم داشت شهروندان باشد» (مهدوی‌پور و شهرانی کرانی، ۱۳۹۳: ۱۶۳) شرایطی بود که اکثر جوامع با آن روبه‌رو شدند. در این زمان به تدریج سایه سنگین گفتمان امنیت‌گرایی بر تمامی شئون زندگی افراد جامعه حس گردید، گفتمانی که توانست سوار بر موج احساسات شهروندان شود و آن‌ها را با خود همراه سازد. در گفتمان امنیت‌گرا، نظم عمومی و امنیت جامعه مقدم بر حقوق و آزادی‌های افراد است. دستیابی به امنیت به عنوان اولویت اصلی این گفتمان «مستلزم صرف هزینه‌هایی است، یعنی اهداف دیگری که می‌توان با منابع اختصاص داده شده به امنیت به آن‌ها دست یافت، قربانی می‌شوند» تا

امنیت مورد نظر محقق شود (Baldwin, 1997: 16). سیاست‌زدگی تقنینی، جرم‌انگاری‌های حداکثری، تورم قوانین، عبور از موازین دادرسی منصفانه و... ازجمله نتایج این گفتمان است. تجربه حاکی از آن است که رویکرد جامعه در تمامی جنبه‌های آن اعم از سیاسی، اقتصادی، نظامی و... رویکرد گفتمان قدرت حاکم بر آن است. جامعه ایران پس از انقلاب اسلامی نیز از این امر مستثنا نبوده است و با نگاهی به وضعیت آن می‌توان تقابل این دو گفتمان‌ها را در آن مشاهده کرد. حوزه حقوق کیفری نیز همانند سایر حوزه‌های دیگر جامعه تحت تأثیر این تقابل گفتمانی قرار گرفته است که در ادامه این نوشتار به بررسی بیشتر آن پرداخته خواهد شد.

۲. اصول دادرسی، قربانی تقابل گفتمانی قدرت

توجه به امنیت و تلاش در جهت حفظ آن، محصول شرایط موجود در جامعه است. ناامنی واقعی یا ترس از آنکه تهدیدکننده آسایش یا موجودیت جامعه است، موجب توجه بیشتر به امنیت می‌شود. جامعه ایران پس از انقلاب اسلامی مصداق بارزی از وضعیتی است که در آن تأمین امنیت جزء اولویت‌های اصلی آن شده بود. این جامعه در آن زمان «دست‌کم برای یک دهه، نمود بارزی از انسجام اجتماعی یکپارچه را به نمایش می‌گذاشت که بر محوریت یک نظام ارزشی و هنجاری با اعتبار بالا سامان می‌یافت» (ساداتی و نوبهار، ۱۳۹۷: ۱۶۸). با این حال هنوز هم امنیت کشور ناپایدار بود و «برخی از مناطق مرزی مانند مناطق ترکمن‌نشین، کردنشین، آذربایجان، بلوچستان و خوزستان دچار ناآرامی‌هایی گردیدند ... هم‌زمان با این بحران‌ها، انقلاب ایران در سال‌های اولیه خود با موجی از اقدامات تروریستی و در نهایت کودتا علیه انقلاب مواجه شد که به شهادت جمع کثیری از نیروهای انقلابی و مردم بی‌گناه طرفدار انقلاب انجامید» (فوزی، ۱۳۹۹: ۳۹). کثرت شهیدان و ترورها در جریان پیروزی انقلاب و بعد از آن، ازجمله هزینه‌هایی بود که برای استقرار جامعه اسلامی و حفظ امنیت آن داده شد. نتیجه پرداخت این قبیل هزینه‌های سنگین افزایش تعلق خاطر مردم به انقلاب اسلامی بود و هر اقدامی که تمامیت این جامعه را مورد تعرض قرار می‌داد گناه و جرمی نابخشودنی به شمار می‌آمد. به همین علت در آن زمان «از نگاه وجدان جمعی، ارتکاب جرایمی نظیر قاچاق مواد مخدر و به اعتیاد کشاندن جوانان، ارتباط با عناصر رژیم سابق، ترور شخصیت‌های انقلابی و حتی مردم عادی که متمایل به ارزش‌های انقلابی بودند، تنها یک مفهوم داشت: مبارزه مستقیم با انقلاب و بیهوده شدن تمامی هزینه‌های پرداختی» (ساداتی و نوبهار، ۱۳۹۷: ۱۶۹).

ضرورت مقابله جدی با مجرمان و برهم‌زنندگان امنیت جامعه در آن زمان موجب تصویب قوانین متعددی ازجمله آیین‌نامه دادگاه‌ها و دادرسی‌های انقلاب سال ۱۳۵۸ و لایحه قانونی تشکیل دادگاه فوق‌العاده رسیدگی به جرایم ضد انقلاب سال ۱۳۵۸ شد. محکومیت بی‌چون‌وچرای مخالفان و

مجرمان، نیازمند تحدید حقوق و برخورد شدید با آن‌ها بود که ظهور قاضی شرع، ابزاری برای اجرای همین سیاست بود. بر طبق آیین‌نامه دادگاه‌ها و دادرسی‌های انقلاب، قاضی شرع به‌عنوان رئیس دادگاه^۱ تنها مکلف بود که رأی خود را بر طبق موازین اسلام صادر کند.^۲ این نحوه صدور رأی «یک معیار کیفی با امکان تفسیرهای متعدد است که نه تنها اختیاراتی بسیار وسیع به حاکمان شرع می‌داد، بلکه زمینه را برای عمل بر اساس اجتهاد ایشان فراهم می‌کرد» (جوان جعفری بجنوردی و دیگران، ۱۴۰۰: ۹۴-۹۳). در چنین فضایی که «دولت به دلیل تداوم تفوق و سلطه‌گری خویش از سویی و همچنین به لحاظ ترس از دست دادن ارج و اقتدار خود از سوی دیگر، نه تنها به بیرون رفتن از جنبه حقوق کیفری تمایل ندارد، بلکه از این ابزار برای تحکیم بنیان‌های ساختاری و مادی خود بهره می‌برد» (شمعی و شهباز، ۱۳۹۴: ۱۲۶) می‌توان به سهولت غلبه گفتمان امنیت‌گرا و فرایند تبدیل شدن آن به گفتمان قدرت و تأثیراتش بر حقوق کیفری را مشاهده کرد.

اگرچه در عالم نظر، سخن از قطعیت قاعده حقوقی و امکان پیش‌بینی پیامدهای حقوقی اعمال است (COSTA, 2010: 24)، اما با نگاهی به قوانین می‌توان دید که «در حقوق کیفری و به خصوص در جرم‌انگاری جرایم مرتبط با امنیت، تصویب قوانین مبهم همواره شیوه‌ای کارآمد برای فائق آمدن بر سد مستحکم اصل قانونی بودن بوده است» (نیک‌خو، ۱۳۹۰: ۶۸). گفتمان امنیت‌گرا پس از پیروزی انقلاب اسلامی با استفاده از شرایط جامعه آن زمان و با غلبه بر گفتمان آزادی‌مدار، خود را به‌عنوان گفتمان حاکم بر جامعه معرفی کرد و موجب تغییر قوانین و رویکرد آن‌ها شد. آیین دادرسی کیفری نیز در آن زمان به واسطه اینکه ابزاری برای پیاده‌سازی قوانین ماهوی کیفری بود به یکی از مهم‌ترین موضوعات در ارتباط با حقوق کیفری و امنیت مبدل شد. در این میان اصول و تشریفات دادرسی کیفری نیز به‌عنوان چهارچوب اصلی رسیدگی‌های کیفری به مانند سایر بخش‌های حوزه قوانین شکلی تحت تأثیر این گفتمان قرار گرفت. با نگاهی به قوانین شکلی مصوب پس از انقلاب اسلامی همچون ماده ۱۳ لایحه قانونی تشکیل دادگاه فوق‌العاده رسیدگی به جرایم ضد انقلاب سال ۱۳۵۸، مواد ۱۱ و ۲۲ لایحه قانونی تشکیل دادگاه‌های عمومی سال ۱۳۵۸، بند ۲ ماده ۲۳ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب سال ۱۳۷۳، مواد ۱، ۱۱، ۱۳، تبصره ماده ۱۴۳، بند (ب) ماده ۲۵۷ و بند (ب) ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب سال ۱۳۷۸ (در امور کیفری) وجود ابهام در مفهوم و مصادیق این اصول و تشریفات و عدم تفکیک آن‌ها از یکدیگر را به

۱. ماده ۵

۲. ماده ۱۱

خوبی می‌توان مشاهده کرد که علت آن را باید در غلبه گفتمان امنیت‌گرا جست‌وجو کرد، گفتمانی که در آن تأمین امنیت مورد نظر و حفظ آن جزء اهداف اصلی بود.

گسترش حقوق بشر و ظهور دهکده جهانی از جمله دلایلی بود که موجب گردید تا به مانند گذشته دیگر امکان نقض آشکار این اصول و تشریفات وجود نداشته باشد، لذا لازم بود تا شیوه دیگری در این خصوص اتخاذ شود. عدم تصریح در مفاهیم و مصادیق این اصول و تشریفات و عدم تفکیک آن‌ها از یکدیگر در قوانین مصوب شیوه‌ای بود که توانایی نادیده گرفتن آن‌ها را به قدرت حاکم می‌داد بدون اینکه خدشه‌ای به شکل ظاهری فرایند دادرسی وارد شود. عدم امکان استناد به اصول دادرسی در تمام مراحل رسیدگی کیفری به دلیل ابهام در مفهوم و مصادیق آن‌ها از یک سو و عدم تفکیک این اصول از تشریفات دادرسی از سوی دیگر از مهم‌ترین دلایلی بود که باعث گردید تا این اصول و تشریفات به حاشیه رانده شوند. از آنجایی که گفتمان امنیت‌گرا رسالت اصلی خود را در دشمن‌انگاری جنایتکاران و مقابله با آن‌ها بازتعریف می‌کند وضع قوانین با رویکردی که بتواند در پیشبرد این هدف کارآمد باشد امری کاملاً طبیعی است. انزوای اصول دادرسی و عدم تفکیک آن‌ها از تشریفات دادرسی به معنای عدم امکان اجرای مقررات ناظر بر آن‌هاست که باعث می‌گردد تا صرفاً نام آن‌ها بدون آنکه قابلیت اجرایی داشته باشند در قوانین گنجانده شود. نقض اصول دادرسی از ویژگی‌های اصلی همان حقوق کیفری مدنظر گفتمان امنیت‌گرا است. متأسفانه علی‌رغم گذشت حدود چهار دهه از پیروزی انقلاب اسلامی همچنان نیز در قوانین جدیدالتصویب همچون قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ در تبصره ماده ۴۵۵ و بند (ب) ماده ۴۶۴ آن و قانون شوراهای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴ در تبصره ۱ ماده ۱۸ و تبصره ماده ۱۹ آن، مفهوم و مصادیق اصول و تشریفات دادرسی مبهم باقی مانده و از یکدیگر تفکیک نشده‌اند و کماکان تشخیص و اعمال آن‌ها منوط به نظر مقامات قضایی است.

گفتمان امنیت‌گرا با تنزل جایگاه اصول دادرسی تا حد تشریفات دادرسی و حتی پایین‌تر از آن موجبات تضعیف و انزوای این اصول را فراهم ساخت، اقدامی که ضربه‌ای سخت بر پیکره فرایند دادرسی منصفانه بود. نقش اساسی این اصول و ضمانت اجرای شدیدتر آن‌ها نسبت به تشریفات دادرسی عاملی بود که موجب گردید این عدم تفکیک تا امروز نیز به قوت خود باقی بماند. عدم تصریح قانونی درخصوص مفهوم و مصادیق اصول و تشریفات دادرسی به همراه اختلاف نظر فراوان در پژوهش‌های مرتبط با این حوزه موجب افزایش روزبه‌روز ابهام این موضوع شده است. در غالب این پژوهش‌ها تعریفی که بتواند راهگشا باشد بیان نشده و بدون ارائه معیاری قابل قبول از موارد متعددی همچون علنی بودن دادرسی، حفظ آبروی طرفین، اصل رسیدگی در مدت متناسب و... (محمدعلی زاده اشکلک و رشیدی، ۱۳۹۹: ۱۶۱-۱۵۶) به عنوان اصول دادرسی کیفری نام برده شده

است. با توجه به این وضعیت، شناسایی مفهوم و مصادیق اصول و تشریفات دادرسی از ضروریات جامعه حقوقی کشور است و باید به صورت شفاف و صریح در قوانین آینده به آن توجه شود اما با توجه به اینکه در حال حاضر در این حوزه ابهام وجود دارد، نیاز است تا در حد توان نسبت به تعریف و شناسایی مصادیق این اصول اقدام شود تا از این طریق از سرگردانی بیشتر نظام حقوقی کشور در آینده جلوگیری شود.

۳. اصول دادرسی کیفری از مفهوم تا مصداق

سیطره گفتمان امنیت‌گرا بر قوانین کیفری اعم از ماهوی و شکلی باعث گردید تا تعریفی قانونی و صریح از اصول و تشریفات دادرسی ارائه نگردد و همچنان محل بحث و مناقشه باقی بماند. از آنجایی که از اصول دادرسی کیفری به عنوان چهارچوب‌های اصلی رسیدگی کیفری نام برده می‌شود و اهمیت بیشتری نسبت به تشریفات دادرسی دارند لذا برای تبیین هر چه بهتر موضوع و جلوگیری از اطاله کلام در این بخش تنها به تعریف مفهوم اصول دادرسی کیفری و بیان مصادیق آن پرداخته می‌شود تا از این طریق بتوان ابهاماتی که در این خصوص وجود دارد را رفع و به تحقق هر چه بهتر عدالت کمک کرد.

۳-۱. مفهوم اصول دادرسی کیفری

«اصول» جمع اصل است و در لغت به معنای ریشه‌ها، پایه‌ها، بنیادها و قواعد و قوانین می‌باشد (عمید، ۱۳۸۴: ۹۵). برخی اصل را دارای معانی مختلفی از جمله راجح، استصحاب، قاعده و معنای لغوی آن دانسته‌اند (محسنی، ۱۳۸۵: ۱۰۱) و برخی نیز دو معنای قاعده و دلیل را به عنوان مهم‌ترین آن‌ها ذکر کرده‌اند (باقری نژاد، ۱۳۹۴: ۱۷-۱۶). با توجه به اینکه عموماً لفظ اصل و قاعده در یک مفهوم پنداشته می‌شوند باید گفت که منظور از اصل چیزی فراتر از مفهوم قاعده است و نباید این دو را دارای یک مفهوم تلقی کرد. اصل، مفهومی است که اصولاً غیرقابل تغییر و ثابت بوده که همواره وجود داشته و دارد و تنها ممکن است گاهی بر اساس تغییرات جامعه و زمان، مصادیق آن کمی دچار تغییر شوند ولی خود اصل بدون تغییر باقی می‌ماند. «اصول حقوقی احکامی کلی، دائمی و الزامی‌اند که مبنای حقوق موضوعه قرار گرفته و در تمام نظام‌های حقوقی مشترکند» (میرزایی، ۱۴۰۰: ۳۱۲)، اما «قواعد بر مبنای در حال تغییر اجتماعی مبتنی است. تغییر مصالح جمعی و ظهور متغیرهای جدید، قاعده‌ای نو می‌آفرینند و این قاعده در گذر زمان جای خود را به مقررات جدید می‌دهد... به همین دلیل است که تغییر و زوال قواعد، روندی سریع‌تر از اصول دارند.» (باقری نژاد، ۱۳۹۴: ۱۷) این ویژگی قواعد از مهم‌ترین تفاوت‌های میان قاعده و اصل است و از آنجایی که در عالم حقوق نیاز به مبنای ثابت و غیرقابل تغییر است لذا موضوعی که قابلیت تغییر آن زیاد و متعدد باشد را نمی‌توان مبنای قوانین کیفری قرار داد.

در خصوص اینکه منظور از اصول دادرسی چیست، تعاریف مختلفی ارائه شده است. برخی چنین بیان کرده‌اند که «اصول آیین دادرسی کیفری، گزاره‌هایی کلی هستند که به تنهایی یک یا چند ویژگی دیگر دادرسی کیفری را نشان می‌دهند، اما در مجموع، می‌توانند شخصیت یک نظام دادرسی را به عنوان یک کل و از آن مهم‌تر، ویژگی‌های اجرایی آن را مشخص نمایند» (Erdei, 2020: 63). در تعریفی دیگر چنین بیان شده که «منظور از اصول دادرسی، اصولی هستند که آیین دادرسی بر اساس آن‌ها بنا شده است و بدون آن‌ها شالوده آیین دادرسی کیفری به هم می‌ریزد» (رحمدل، ۱۳۹۷: ۱۶۲). از نظر برخی دیگر «اصول دادرسی به سان پایه‌ها و ستون‌های محکم ساختمان عظیم آیین دادرسی هستند که در زیر انبوهی از تزئینات گچ و شیشه و کاشی که همانا مقررات تشریفاتی و غیرتشریفاتی می‌باشند، پنهان شده‌اند...» (شاهچراغ، ۱۳۸۹: ۱۶). برخی دیگر از نویسندگان نیز با تمسک به بند (ب) ماده ۴۶۴ قانون آیین دادرسی کیفری از اصول دادرسی بنیادین بدون آنکه نامی از اصول غیربنیادین ببرند سخن گفته‌اند. از نظر این افراد، اصول بنیادین اصولی هستند که «ریشه در این حقوق اساسی و بنیادین دارند که وجود آن‌ها باعث پایداری و دوام و نبود آن‌ها موجب از هم‌گسیختگی حیات دادرسی و مشروعیت آن می‌گردد... این اصول ضامن اجرای عدالت در دادرسی هستند و عدول از آن‌ها به درجه‌ای از اهمیت است که می‌تواند دادرسی، ادله یا تصمیم قضایی را بی‌ارزش و بی‌اعتبار سازد» (تدین و باقری‌نژاد، ۱۳۹۹: ۱۹۳-۱۹۲). با لحاظ دسته‌بندی این گروه، باید گفت که دسته دیگر از اصول دادرسی که از چنین اهمیت و ضمانت‌اجرایی برخوردار نیستند، اصول غیربنیادین نام دارند و از لحاظ ارزشی در درجه پایین‌تری قرار دارند.

شناسایی مصادیق واقعی اصول دادرسی نیازمند ارائه تعریف مناسبی از این اصول است، بنابراین باید ابتدا به این سؤال پاسخ داد که آیا می‌توان قائل بر دو دستگی اصول دادرسی به بنیادین و غیربنیادین بود یا خیر. پاسخ اولیه این است که بر اساس ظاهر بند (ب) ماده ۴۶۴ قانون آیین دادرسی کیفری که بیان داشته «ادعای عدم رعایت اصول دادرسی با درجه‌ای از اهمیت منجر به بی‌اعتباری رأی دادگاه» می‌تواند از جهات فرجام‌خواهی محسوب شود، می‌توان قائل بر این دو دستگی بود و اگر برخی از این اصول از اهمیت کافی برخوردار نباشند نمی‌توانند موجب بی‌اعتباری رأی دادگاه شوند. اما با نگاهی متفاوت به مقررۀ فوق می‌توان گفت که این تفکیک، مدنظر قانون‌گذار نبوده و تنها باید قائل بر وجود یک دسته از اصول دادرسی بود. در تعاریف مختلف از اصول دادرسی، از آن به‌عنوان مقرراتی که از چهارچوب‌های اصلی رسیدگی کیفری به شمار می‌آیند یاد شده است، لذا این سؤال مطرح می‌شود که با توجه به اهمیت مطرح شده در این تعاریف چگونه می‌توان قائل بر وجود دسته‌ای از اصول دادرسی شد که نقض آن‌ها ضمانت‌اجرایی به دنبال ندارد. وقتی عنوان اصول

دادرسی بر مقرراتی خاص گذاشته می‌شود، تعیین ضمانت‌اجراهای مهم نیز جزء لاینفک آن محسوب می‌گردد، لذا در صورت عدم وجود چنین ضمانت‌اجرایی برای این مقررات نمی‌توان آن‌ها را جزء اصول دادرسی به شمار آورد و در این حالت مقررات مورد نظر با سایر مقررات تفاوت خاصی ندارند. بر همین اساس، باید قائل بر یک دسته از اصول دادرسی با ضمانت‌اجراهای مشخص در قوانین بود. با این دیدگاه بند (ب) ماده ۴۶۴ قانون آیین دادرسی کیفری را باید این‌گونه تفسیر کرد که اصل بر اعمال ضمانت‌اجراهای تعیین شده در موارد عدم رعایت اصول دادرسی است اما در برخی از شرایط ممکن است که عدم رعایت این اصول موجب بی اعتباری رأی دادگاه نباشد که این موارد با توجه به شرایط حاکم در پرونده تعیین می‌شوند. به عبارت دیگر، در این حالت، اصول دادرسی ضمانت‌اجرای خود را دارند اما با توجه به شرایط خاص موجود، ممکن است که صرفاً آن ضمانت‌اجرا قابل اعمال نباشد نه اینکه بتوان گفت که اصولی به نام اصول غیربنیادین وجود دارد که ضمانت‌اجرا ندارد. به عنوان مثال، عدم تعیین وکیل برای متهم و یا سلب این حق از وی می‌تواند از موجبات نقض رأی دادگاه باشد ولی در حالتی که وکیل متهم در یکی (نه همه) از جلسات دادگاه به علت عدم ابلاغ حاضر نشود، در صورتی که جلسه تشکیل شده حاوی مطالب مهم و به ضرر متهم نباشد، شاید بتوان گفت که در اینجا عدم حضور وکیل متهم را نتوان از عدم رعایت اصول دادرسی با درجه اهمیت بالا دانست که موجب نقض رأی دادگاه شود. با این تفسیر می‌توان مدعی شد که قائل شدن به دو دستگی اصول دادرسی به بنیادین و غیربنیادین صحیح نبوده و برخلاف مفهوم این اصول است. حال، با توجه به تعاریف و ویژگی‌هایی همچون کلی و دائمی بودن، داشتن ضمانت‌اجرا و دارای ارزش اجتماعی بودن که برای اصول دادرسی بیان شده، در تعریف آن می‌توان چنین گفت که اصول دادرسی کیفری مقرراتی کلی، دائمی و لازم‌الاجرائی هستند که نظام‌دهنده فرایند رسیدگی کیفری بوده و به اقتضای اهمیتی که دارند نقض آن‌ها در غالب موارد می‌تواند از موجبات ابطال فرایند رسیدگی یا آرای صادره به شمار آید. با اتکا بر دیدگاه دوم یعنی پذیرش یک نوع بودن اصول دادرسی، باید به این سؤال پاسخ داده شود که مصادیق واقعی اصول دادرسی کیفری کدامند؟ کاستن از مصادیق متعدد بیان شده برای این اصول و تعیین موارد مشخص به عنوان مصادیق واقعی آن می‌تواند چراغ راهی برای رهایی از وضعیتی باشد که رویه‌های قضایی کشور را با مشکلات عدیده‌ای مواجه ساخته است.

۲-۳. مصادیق اصول دادرسی کیفری

اگرچه احصای مصادیق اصول حاکم بر فرایند دادرسی کیفری به علت اختلاف نظر درخصوص مفهوم و پراکندگی مصادیق آن، به راحتی ممکن نیست ولی با توجه به تعریف ارائه شده در این پژوهش برای این اصول و ضمانت‌اجرای قانونی آن، مهم‌ترین مصادیق آن را می‌توان در دو دسته

اصول دادرسی ناظر بر مراجع قضایی و اصول دادرسی ناظر بر فرایند رسیدگی تقسیم‌بندی کرد که در ادامه به بررسی بیشتر آن‌ها پرداخته می‌شود.

۳-۲-۱. اصول دادرسی ناظر بر مراجع قضایی

دارا بودن صلاحیت قانونی جهت رسیدگی و صدور رأی مستدل و مستند به قانون جزء مهم‌ترین مقررات الزام‌آور برای تمامی مراجع قضایی هستند. اینکه این مقررات در زمره کدام یک از اصول دادرسی یا تشریفات دادرسی قرار می‌گیرند سؤالی است که پاسخ به آن نیازمند این است که به بررسی هر یک از آن‌ها پرداخته شود تا از این طریق بتوان متوجه میزان اهمیت و جایگاهی که این مقررات دارند شد.

۳-۲-۱-۱. اصل قانونی بودن مراجع قضایی

تعدد صلاحیت مراجع قضایی اعم از صلاحیت ذاتی و محلی و صلاحیت مقام قضایی رسیدگی‌کننده و صلاحیت شخصی مواردی هستند که در این اصل می‌توانند مورد بررسی قرار گیرند. احراز هر یک از این صلاحیت‌ها در رسیدگی به هر پرونده، یکی از اقدامات اولیه توسط آن مرجع قضایی است و در صورت عدم احراز شرایط لازم، حق رسیدگی به پرونده وجود ندارد. اینکه آیا همه این صلاحیت‌ها جزء اصول دادرسی هستند یا خیر نیازمند بررسی است که در ادامه بحث به هر یک از آن‌ها پرداخته می‌شود.

صلاحیت ذاتی: ملاک تعیین‌کننده این صلاحیت، موضوع اتهام است. در این نوع از صلاحیت، هریک از مراجع قضایی باید در چهارچوب رسیدگی نوع جرایمی که برای آن‌ها مشخص شده حرکت کنند و حق عدول از آن را ندارند، لذا از آنجایی که صلاحیت دادگاه‌های انقلاب با دادگاه کیفری و دادگاه روحانیت از نوع صلاحیت ذاتی است، هیچ‌کدام از آن‌ها حق دخالت در صلاحیت یکدیگر را ندارند. اگرچه این صلاحیت مرتبط با نظم عمومی^۱ است اما بند (ب) ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ به صراحت از عدم رعایت تشریفات دادرسی با درجه اهمیت بالا سخن گفته و نقض رأی به علت عدم رعایت صلاحیت ذاتی را نیز به رسمیت شمرده است. بر اساس مقررۀ قانونی فوق، صلاحیت ذاتی را باید به‌عنوان یکی از تشریفات دادرسی با درجه اهمیت بالا که امکان نقض رأی را دارد محسوب کرد. در رویۀ قضایی نیز این صلاحیت به‌عنوان یکی از مصادیق تشریفات دادرسی با درجه اهمیت بالا به شمار آمده و صدور رأی از مرجع فاقد صلاحیت را معتبر ندانسته است.^۲

۱. در این خصوص می‌توان به ماده ۴۳۰ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ اشاره کرد.

۲. نظر هیئت عالی: در مواردی که پرونده با صدور قرار عدم صلاحیت به دادگاه نظامی ارسال می‌گردد، رسیدگی این

صلاحیت محلی: این صلاحیت، متعاقب تشخیص صلاحیت ذاتی توسط مرجع قضایی مورد بررسی قرار می‌گیرد. اگرچه که طبق بند (پ) ماده ۴۳۴ قانون آیین دادرسی کیفری یکی از جهات تجدیدنظرخواهی ادعای عدم صلاحیت دادگاه صادرکننده رأی است و بر طبق بند (پ) ماده ۴۵۰ «هرگاه رأی توسط دادگاهی که صلاحیت ذاتی یا محلی ندارد صادر شود، دادگاه تجدیدنظر استان، رأی را نقض و پرونده را به مرجع صالح ارسال و مراتب را به دادگاه صادرکننده رأی اعلام می‌کند» ولی قانون‌گذار در بند ۳ ماده ۴۶۹ تنها صلاحیت ذاتی را مورد توجه خود قرار می‌دهد و عدم رعایت آن را از موجبات نقض رأی صادره می‌داند. برخی از اساتید نیز در تعریف صلاحیت محلی آن را به‌عنوان یک قاعده نگریسته‌اند نه اصل (خالقی، ۱۳۹۴/۲: ۲۰). در ماده ۲۴۹ قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۷۸ نیز تنها در صورت اعتراض یکی از طرفین پرونده به صلاحیت محلی، این موضوع مورد توجه قرار می‌گرفت و به آن رسیدگی می‌شد. با عنایت به این موارد و استثنائات قانونی فراوانی همچون تعدد اتهام، تعدد متهم، احاله و... که به صلاحیت محلی وارد شده است به نظر می‌رسد که این صلاحیت را نتوان جزء اصول دادرسی به مفهوم خاص کلمه محسوب کرد، به همین دلیل تنها ضمانت اجرای عدم رعایت این صلاحیت همان است که در بند (پ) ماده ۴۵۰ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ بیان شده است. رویه قضایی نیز این نوع صلاحیت را جزء اصولی که عدم رعایت آن موجب نقض رأی باشد به شمار نیاورده و به تحقیقات صورت گرفته و آرای صادره اعتبار داده است.^۱

صلاحیت شخصی: این صلاحیت بر اساس شخصیت مرتکب تعیین می‌گردد. در این نوع از صلاحیت، شخصیت مرتکب جرم باعث تغییر در صلاحیت ذاتی یا صلاحیت محلی مراجع قضایی می‌شود. دادگاه اطفال و نوجوانان نمونه تغییر در صلاحیت ذاتی و دادگاه موضوع ماده ۳۰۷ قانون

دادگاه بر مبنای کیفر خواست صادره از دادرسی عمومی و انقلاب فاقد وجاهت قانونی است؛ زیرا رسیدگی به جرایم مربوط به وظایف خاص نظامی و انتظامی کلیه افراد نظامی در صلاحیت ذاتی دادرسی و دادگاه نظامی است و صدور کیفرخواست در این گونه جرایم نیز با عنایت به مواد ۵۸۱، ۵۶۸ و ۲۶۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ به عهده دادستان نظامی است که در صورت عقیده به جلب متهم به دادرسی، مبادرت به صدور کیفرخواست می‌نماید و در دادگاه نظامی نیز دفاع از این کیفرخواست را به عهده دارد (نشست قضایی شهر مشهد، ۱۳۹۷).

۱. در سوال مطرح شده در خصوص اثر کیفرخواست صادره از دادرسی فاقد صلاحیت محلی، اختلاف پیش آمده است که مفاد نظریه هیأت عالی بدین شرح بوده است که: در آیین دادرسی کیفری هیچ منعی برای پذیرش این نوع کیفرخواست وجود ندارد، بدیهی است بر فرض وجود نقض، دادگاه صالح می‌تواند مراتب را به دادرسی در معیت دادگاه انعکاس دهد، لذا صرف فقدان صلاحیت محلی مانع قبول ادعای نام از سوی دادگاه نیست (نشست قضایی شهر لارستان فارس، ۱۳۹۶).

آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ نمونه تغییر در صلاحیت محلی است. با توجه به اینکه درخصوص این صلاحیت ذاتی و محلی به‌طور مجزا سابقاً بحث شد، صلاحیت شخصی را نیز باید طبق همان قاعده لحاظ کرد.

صلاحیت مقام قضایی: بی‌طرفی مقام قضایی یکی از ویژگی‌های دادرسی عادلانه است که به‌دلیل اهمیت فراوان آن در اکثر قوانین داخلی و خارجی ازجمله ماده ۱۰ اعلامیه حقوق بشر، ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶)، ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی و بند ۱۴ اصل ۳ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ به آن اشاره شده است. «مسئلاً سلامت دادرسی در گرو بی‌طرفی قضات و حفظ بی‌طرفی نیز مرهون استقلال و کیفیت عملکرد دستگاه قضایی است» (امیری و همکاران، ۱۴۰۰: ۲۸). با پیش‌بینی مصادیقی که در ماده ۴۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ به‌عنوان موجبات نقض اصل بی‌طرفی قاضی بیان شده‌اند، قانون‌گذار سعی در حفظ این اصل و سلامت فرایند رسیدگی کیفری دارد. شمول هر یک از بندهای ماده مذکور بر مقام قضایی باعث می‌گردد تا دیگر صلاحیت رسیدگی به آن پرونده خاص را نداشته باشد. اهمیت این سلب صلاحیت تا حدی است که آمرانه تلقی شده و حتی اگر مورد اعتراض طرفین پرونده نیز قرار نگیرد، در صورتی که مقام قضایی رأساً متوجه آن شود موظف به امتناع از رسیدگی است و عدم توجه به آن می‌تواند از موجبات اعتراض به آراء بر طبق بند (پ) ماده ۴۳۴ قلمداد شود. از آنجایی که بی‌طرفی مقام قضایی یکی از مؤلفه‌های اصلی دادرسی عادلانه محسوب می‌شود لذا به نظر می‌رسد که بتوان این مورد را جزء اصول دادرسی کیفری محسوب و مشمول ماده بند (ب) ماده ۴۶۴ قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ دانست.

۳-۲-۱-۲. اصل مستند و مستدل بودن آرای محاکم

مستدل بودن رأی به معنای این است که «دادرس با تمسک به یافته‌های خود از مجموع حقایق موجود در پرونده و انطباق آن با اعمال و وقایع حقوقی و مقررات خاص به توجیه رأی بپردازد. همچنین رأی مستند، رأیی است که در آن دادرس، واقعیات دعوا را با ماده یا مواد قانونی تطبیق داده و در رأی قید کند» (مافی و غمیلویی، ۱۳۹۸: ۶۴۵). اصول ۳۶، ۱۶۶ و ۱۶۷ قانون اساسی، مواد ۲ و ۳۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ و ماده ۲ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ همگی بر لزوم مستند و مستدل بودن آرای صادره اشاره کرده‌اند و حتی برای عدم رعایت آن نیز ضمانت اجرای انتظامی تعیین شده است.^۱

۱. بند ۱ ماده ۱۵ قانون نظارت بر رفتار قضات سال ۱۳۹۰

منطبق نبودن رأی با قوانین جاری کشور و نیز عدم پیروی آن از منطق و عقلانیت باعث می‌گردد تا نه تنها فاقد ارزش قانونی تلقی شود بلکه حمایت اجتماعی را نیز از دست بدهد. قانون‌گذار در ماده ۴۳۴ قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲، ادعای عدم اعتبار ادله یا مدارک استنادی دادگاه، ادعای مخالف بودن رأی با قانون و ادعای عدم توجه دادگاه به ادله ارائه شده را جزء جهات تجدیدنظرخواهی و از موجبات نقض رأی بر اساس ماده ۴۵۵ این قانون دانسته است. همچنین طبق ماده ۴۶۴ قانون مذکور در بحث فرجام‌خواهی، ادعای عدم رعایت قوانین مربوط به تقصیر متهم و مجازات قانونی او و عدم انطباق مستندات با مدارک موجود در پرونده می‌تواند طبق ماده ۴۶۹ این قانون باعث نقض رأی صادره شود. با توجه به اهمیتی که ویژگی مستند و مستدل بودن آرا ذکر شده است، به نظر می‌رسد که بتوان آن را جزء اصول دادرسی تلقی کرد. در رویه قضایی نیز این اصل مورد توجه قرار گرفته و در رأی وحدت‌رویه شماره ۸۱۵ مورخ ۱۳۸۰/۰۸/۱۸ دیوان عالی کشور اثبات جنبه عمومی بزه از طریق قسامه را مورد قبول ندانسته و بر لزوم حرکت بر مدار قانون و مستدل و مستند بودن آرای صادره تأکید کرده است.^۱

۳-۲-۲. اصول ناظر بر فرایند رسیدگی

رعایت مقررات قانونی در فرایند رسیدگی کیفری تضمین‌کننده حقوق اصحاب دعوا است. اهمیت برخی از این مقررات باعث گردیده تا بتوان آن‌ها را در زمره اصول دادرسی قلمداد کرد که تخطی از آن‌ها باعث بی‌اعتباری جریان دادرسی یا آرای صادره شود. شناخت این مقررات می‌تواند مانعی در مقابل خودکامگی قدرتمندان و محکومیت به ناحق بی‌گناهان به شمار آید که در ادامه به دو مورد از مهم‌ترین این مقررات اشاره خواهد شد.

۳-۲-۲-۱. اصل قانونی بودن تحصیل دلیل

در فرایند رسیدگی کیفری نه تنها باید دلایلی که بر اساس آن متهم محاکمه می‌شود مشروع و قانونی باشند بلکه لازم است روش کسب این دلایل نیز قانونی باشد. در صحت و اعتبار دلایلی که به‌صورت قانونی کسب می‌شوند تردیدی وجود ندارد. اختلاف زمانی است که دلایل از طریق نامشروع کسب شده‌اند که در این حالت رویکردها می‌تواند متفاوت باشد. «در برخی از کشورها، عامل تحصیل دلیل غیرقانونی قابل مجازات است ولی همچنان دلیل تحصیل شده معتبر است ... [اما] در قوانین بعضی کشورها نیز تحصیل دلیل از طریق غیرقانونی مطلقاً بی‌اثر بوده و علاوه بر

۱. ... قسامه دلیلی است که صرفاً برای اثبات حق خصوصی اشخاص در موارد منصوص معتبر دانسته شده (و نه به طور مطلق) و در نتیجه تعیین مجازات تعزیری برای جنبه عمومی جرم، بر اساس آن، فاقد وجهت قانونی است.

مجازات مأمور، به آن دلیل نیز توجهی نمی‌کنند...» (حشمتی، ۱۳۹۳: ۷۱-۷۰). روش دیگر نیز می‌تواند پذیرش دلایل کسب شده از طریق غیر قانونی در حد اماره قضایی باشد که در کنار سایر دلایل منتهی به علم یا عدم علم قاضی شود. تحصیل دلیل به صورت غیر قانونی را می‌توان در دو دسته تقسیم‌بندی کرد. دسته اول کسب دلیل از طریق اعمال شکنجه و دسته دوم کسب دلیل از سایر طرق همچون بازرسی‌ها و دسترسی‌های غیر مجاز، دام‌گستری، هیپنوتیزم و... سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا در حقوق ایران کسب دلیل از طریق نامشروع نقض اصول دادرسی محسوب می‌شود یا خیر و آیا این دلایل اعتبار دارند یا خیر که در ادامه به این موضوع پرداخته خواهد شد.

تحصیل دلیل از طریق شکنجه: امروزه کسب اطلاعات از متهمان از طریق قانونی و بدون اجبار، یکی از مهم‌ترین جلوه‌های دادرسی منصفانه است. از این رو مقررات داخلی و خارجی با کسب هر دلیلی که با اجبار باشد مخالفت کرده و ضمانت‌اجراهایی برای آن مقرر کرده‌اند. در مقررات بین‌المللی در زمینه منع شکنجه می‌توان به مواردی همچون ماده ۵ اعلامیه حقوق بشر، ماده ۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، ماده ۳ کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی و از همه مهم‌تر به کمیسیون منع شکنجه مصوب ۱۰ دسامبر ۱۹۸۴ اشاره کرد. در مقررات داخلی نیز اصل ۳۸ قانون اساسی مهم‌ترین مقرره‌ای است که اعمال شکنجه را منع کرده و به تبع آن در مقررات مختلف دیگر ضمانت‌اجراهایی از جمله مسئولیت کیفری و بطلان اظهارات بیان شده برای این موضوع در نظر گرفته شده است. «در مجموع هر چند در موادی از قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۵ و قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح سال ۱۳۸۲ مصادیقی از شکنجه جسمی و روحی بیان شده است، لیکن این مقررات فاقد جامعیت لازم است و با آرمان‌های اصل ۳۸ قانون اساسی که آن هم مبتنی بر آموزه‌های دینی است، منطبق نمی‌باشد» (پوربافرانی و رحیمی، ۱۳۹۵: ۴۴).

علی‌رغم وضع مقررات متعدد در خصوص ممنوعیت اعمال شکنجه در قوانین و معاهدات بین‌المللی مختلف، همچنان می‌توان شاهد آن بود که بعضی از کشورها با تفاسیری که از شکنجه و چگونگی تأمین امنیت ملی خود ارائه می‌دهند، مبادرت به استفاده از این حربه می‌کنند تا جایی که حتی برخی در جهت توجیه عمل خود از اصطلاحی به عنوان شکنجه پیشگیرانه سخن گفته‌اند. اقدام به این نوع از شکنجه «توسط برخی کشورها همچون آلمان در بازجویی‌های کیفری پلیس از متهمان و کشورهایی چون آمریکا و اسرائیل در مبارزه با تروریسم در دهه‌های اخیر، به بهانه‌هایی چون

۱. از آنجایی که موضوع این نوشتار تحلیل حقوقی شکنجه نمی‌باشد، لذا برای توضیحات بیشتر به مقالات مرتبط مراجعه شود.

حمایت از زندگی انسان‌های بی‌گناه، دفاع از امنیت ملی و جلوگیری از حملات تروریستی در آینده سبب شده است گاه مشروعیت این شیوه از شکنجه به‌صورت جدی مورد بحث و دقت قرار گیرد.» (محمدی، ۱۳۹۹: ۱۱۶۳).

کسب دلیل از سایر طرق همچون بازرسی‌ها و دسترسی‌های غیرمجاز، دام‌گستری و...: قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ در ماده ۱۶۰ به احصای ادله اثبات جرم پرداخته است. پذیرش برخی از این ادله همچون اقرار و شهادت منوط به تحقق شرایطی است که در صورت عدم تحقق آن‌ها به اعتبار این ادله طور کلی یا جزئی خدشه وارد می‌شود. از آنجایی که علم قاضی نیز جزء ادله اثبات جرم بوده و می‌تواند بر سایر ادله رجحان یابد و مستند آن نیز اعم از ادله احصا شده و غیر آن است، لذا می‌توان گفت که ادله اثبات جرم برخلاف آنچه در ماده ۱۶۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ بیان شده‌اند، در واقعیت بیشتر هستند. بر طبق اصل تحصیل دلیل از طریق مشروع و قانونی، نظریه کارشناس، تحقیقات محلی، گزارش ضابطان و... که نوعاً علم‌آور هستند زمانی می‌توانند به‌عنوان دلیل و اساس فرایند رسیدگی کیفری قرار گیرند که روش کسب آن‌ها نیز قانونی باشد. قانون آیین دادرسی کیفری در مواد مختلف، روش و چگونگی کسب دلیل را بیان کرده است^۱ که عمل نکردن به آن‌ها می‌تواند مسئولیت‌های مدنی، کیفری و انتظامی را به دنبال داشته باشد.

به‌طور کلی، با توجه به تعدد روش‌های جمع‌آوری ادله و مقرراتی که در این زمینه وضع شده‌اند نمی‌توان نظر قاطع درخصوص پذیرش یا عدم پذیرش دلایلی که از طریق غیر قانونی کسب شده‌اند ابراز کرد. برخی برای حل این مشکل بین ادله اخباری و ادله احرازی قائل به تفکیک شده‌اند. «بر این مبنا اظهارات متهم که حاوی مطالبی مثل محل دفن جسد مقتول باشد، ولو به طریق غیرقانونی بیان شده باشد، چون در واقع بیان امور خارجی و عینی هستند که در عالم خارج موجود است، نمی‌توان قائل به بی‌اعتباری آن‌ها گشت. اما ادله اخباری که همان خبر دادن اشخاص تحت عناوین اقرار، شهادت و سوگند است در صورت تحصیل دلیل از طریق نامشروع محکوم به بی‌اعتباری هستند» (حشمتی، ۱۳۹۳: ۷۲). صرف‌نظر از اختلافات موجود در این زمینه، از آنجایی که هدف از ممنوعیت این نوع از کسب ادله تضمین حقوق افراد و جلوگیری از محکومیت افراد بی‌گناه است، لذا اصل تحصیل دلیل از طریق مشروع و ممنوعیت آن از طریق نامشروع را باید به‌عنوان یکی از اصول دادرسی کیفری پذیرفت اگرچه که در رویه قضایی کشور قاعده بطلان تمامی ادله کسب شده

۱. به عنوان مثال می‌توانید رجوع کنید به مواد ۳۲، ۳۶، ۴۲، ۴۳، ۴۴، ۴۶، ۵۵، ۵۷، ۶۰، ۱۳۷، ۱۴۱، ۱۵۰ و...

از طریق نامشروع پذیرفته نشده است.^۱ بنابراین در جهت حل این مشکل به نظر می‌رسد که اصل منع تحصیل دلیل از طریق نامشروع باید محدود به مواردی شود که صراحتاً در قوانین در مورد آن‌ها سخن به میان آمده است، مثل بطلان اقرار یا اظهارات ناشی از شکنجه که در اصل ۳۸ قانون اساسی بیان شده است. تنها در این موارد مصرح قانونی است که می‌توان مدعی شد که اصول دادرسی نقض شده است چراکه در سایر موارد می‌توان ادله کسب شده را دارای اعتبار دانست زیرا در این موارد یکی از ویژگی‌های اصلی اصول دادرسی بنیادین که همانا داشتن ضمانت اجرای قانونی است وجود ندارد.

۳-۲-۲. اصل حق داشتن وکیل

«یکی از ابعاد مهم تحولات صورت گرفته در نیمه قرن بیستم در زمینه آیین دادرسی کیفری، تقویت حق دفاع متهم از طریق تسهیل شرایط دخالت وکیل مدافع در مرحله تحقیقات مقدماتی است» (خالقی، ۱/۱۳۹۴: ۱۷۴). وجود این حق در تمامی مراحل رسیدگی یکی از مهم‌ترین جلوه‌های حقوق متهم در فرایند دادرسی کیفری است. اگرچه که حق داشتن وکیل در مقررات مختلف دچار تغییراتی شده و گاهی نیز با محدودیت‌هایی مواجه گردیده، اما اصل وجود این حق هیچ‌گاه مورد تردید قرار نگرفته است. پیش‌بینی حق داشتن وکیل در اصل ۳۵ قانون اساسی و مواد قانونی دیگر همچون بند ۷ ماده ۱۳۰ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، بند ۳ از ماده‌واحد قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی، بند ۳ از میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و مواد مختلف قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ نشان از اهمیت بی‌شائبه این حق است.

در تبصره ماده ۱۹۰ لایحه قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ درخصوص این حق در مرحله تحقیقات مقدماتی بیان شده بود که سلب حق همراه داشتن وکیل یا عدم تفهیم این حق به متهم موجب بی‌اعتباری تحقیقات می‌شود. پس از ارسال این لایحه به شورای نگهبان، این مقرر تغییر یافته و بدین شکل مورد تصویب قرار گرفت که سلب حق همراه داشتن وکیل و عدم تفهیم این حق به متهم به ترتیب موجب مجازات انتظامی درجه ۸ و ۳ است و بدین گونه به تحقیقاتی که بدون

۱. نظر هیئت عالی: ... وقتی با اعلام غیر قانونی مامورینی در بازرسی از منزلی مقداری مشروبات الکلی و یا مواد مخدر کشف می‌کنند و یا بر اثر شکنجه، متهم اقرار به ارتکاب قتل می‌نماید و ناشی از همین اقرار تحت شکنجه، قرائن و امارات کاملاً علم‌آوری حاصل می‌شود که موید ارتکاب جرم توسط متهم بوده است، دادگاه نمی‌تواند علی‌رغم تخلفات ضابطین به این جرایم توسط متهمین بی‌توجه باشد و ضمن تعقیب تخلف و یا جرم صورت گرفتن توسط مامورین (حسب مورد) به جرم کشف شده نیز رسیدگی می‌گردد. نظریه شماره ۲۳۱/۹۲/۷ مورخ ۹۳/۰۵/۲۵ اداره حقوقی نیز مؤید این عقیده می‌باشد (نشست قضایی استان گلستان/ شهر آق قلا، ۱۳۹۷).

حضور وکیل متهم صورت گرفته است نیز اعتبار داده شد. اگرچه که خود قانون‌گذار نیز در مواردی همچون تبصره ماده ۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ حق دسترسی به وکیل را برای متهم محدود کرده ولی آن را هیچ‌گاه از بین نبرده و این امر حاکی از بنیادین بودن این حق است. به رسمیت شناختن حق داشتن وکیل به‌عنوان یکی از اصول دادرسی می‌تواند به استحکام پایه‌های دادرسی عادلانه کمک شایانی کند و در صورتی که این حق از متهم سلب شده باشد می‌تواند از موجبات فرجام‌خواهی از رأی صادره باشد. وجود این حق در رویه قضایی نیز به‌عنوان یکی از مقررات اساسی پذیرفته شده^۱ و در دادنامه‌های صادره از دیوان عالی کشور به شماره ۹۴۰۹۹۸۶۱۱۴۱۰۰۲۸۰ مورخ ۱۳۹۵/۰۱/۲۴ و ۹۳۰۹۹۸۰۴۰۲۰۰۰۲۱۸ مورخ ۱۳۹۵/۰۵/۲۶ تأکید بر حضور وکیل برای متهم در جلسه رسیدگی شده و عدم توجه به آن را از موجبات نقض رأی دانسته است.

نتیجه

پژوهش حاضر با هدف بررسی چگونگی تأثیر تقابل گفتمان‌های آزادی‌مدار و امنیت‌گرا بر اصول دادرسی کیفری انجام گرفت تا بتوان از زاویه‌ای دیگر، قرائتی جدید از مفهوم این اصول و مصادیق

۱. نظر اقلیت مورد تأیید هیات عالی: به موجب مواد ۲ و ۵ قانون آیین دادرسی کیفری که بیان‌کننده اصل تساوی سلاح و تضمین حقوق برابر طرفین در رسیدگی کیفری است داشتن وکیل یکی از مصادیق سلاح و حقوق دفاعی طرفین است و به همین جهت قانون‌گذار برای تضمین حقوق متهم حضور وکیل او را در مرحله تحقیقات مقدماتی در دادسرا و رسیدگی در دادگاه طبق تبصره ماده ۱۹۰ و ماده ۳۴۸ قانون اخیرالذکر را ضروری دانسته است. به همین جهت است که وکیل متهم، می‌تواند حقوق او را به طور نسبی تضمین کند. در صورتی که دادگاه او را محکوم کرد اصول دادرسی عادلانه و تساوی سلاح و تضمین حقوق متهم، اقتضا دارد که دادنامه به وکیل او ابلاغ و در موضوع فرجام‌خواهی نیز محکوم رها نشود و تا پایان مراحل رسیدگی این حقوق مستمر، تضمین شود. بنابراین در فرض سؤال دادگاه باید برای متهم وکیل تسخیری تعیین نماید تا فرجام‌خواهی کند (نشست قضایی شهر بندرعباس، ۱۳۹۸).

۲. با توجه به این که رسیدگی به جرائم موضوع ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری بر اساس مفاد ماده ۳۴۸ قانون مزبور باید با دخالت وکیل انجام گیرد و جلسه دادگاه بدون حضور وکیل تشکیل نمی‌شود، لذا رسیدگی ناقص بوده دادنامه فرجام‌خواسته شماره ... مستنداً به بند ۲ شق ب ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری نقض و رسیدگی مجدد به همان دادگاه ارجاع می‌گردد.

۳. ... و چون نامبرده به اتهام قتل عمدی محاکمه و تعیین مجازات شده است ... تعیین وکیل اعم از تعیینی و یا تسخیری و مشارکت وکیل در جلسات رسیدگی دادگاه به پرونده جرائم مذکور در تبصره مذکور الزامی و ضروری است و دادگاه محترم بدون دخالت آن و بدون حضور وکیل متهم، به اتهامات وی رسیدگی و حکم صادر نموده است، علیهذا با قبول اعتراض، دادنامه معترض‌علیه با استناد به بند ۲ شق ب ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ نقض و جهت رفع نقص اعلام شده و رسیدگی و صدور حکم مجدد به شعبه صادرکننده حکم منقوض ارجاع می‌گردد.

واقعی آن ارائه کرد. بررسی‌های انجام شده بیانگر این نکته است که تقابل گفتمانی مذکور بر اصول دادرسی کیفری تأثیر مستقیمی داشته و موجب گردیده تا به‌رغم گذشت حدود چهار دهه از پیروزی انقلاب اسلامی، وجود ابهام در مفهوم و مصادیق این اصول همچنان استمرار داشته باشد. در غالب پژوهش‌های انجام شده در این حوزه، بدون ارائه معیاری واقعی از اصول دادرسی کیفری، صرفاً به ارائه تعریفی از این اصول و بیان موارد متعددی از مقرراتی که ناظر بر روند رسیدگی کیفری هستند به‌عنوان مصادیق آن اکتفا شده است. اگرچه این نوشتار درخصوص اهمیت اصول دادرسی و برخی از مصادیق شاخص آن با سایر پژوهش‌های مرتبط موافق است اما در دسته‌بندی این اصول و تعداد و نوع مصادیق آن، با توجه به متون قانونی و فلسفه وجودی اصول دادرسی قائل بر این است که صرفاً می‌توان یک دسته اصول دادرسی کیفری با ضمانت اجرای مشخص داشت. بر این اساس و با توجه به قوانین حال حاضر، باید مقرراتی به‌عنوان مصادیق این اصول استخراج شوند که به واقع در روند رسیدگی تأثیرگذار بوده و به اندازه‌ای اهمیت داشته باشند که در صورت عدم رعایت آن‌ها، ابطال آرای صادره امری قابل قبول به نظر برسد. با توجه به این معیار، می‌توان از اصل بی طرفی مقام قضایی، اصل منع تحصیل دلیل از طریق شکنجه، اصل مستند و مستدل بودن آرای صادره و در نهایت اصل حق داشتن وکیل از سوی متهم به‌عنوان مهم‌ترین اصول دادرسی کیفری نام برد.

با توجه به ابهام قوانین درخصوص مفهوم و مصادیق اصول دادرسی کیفری و پدید آمدن اختلاف نظرهای فراوان، لازم است تا در قوانین آتی این ابهامات به‌طور شفاف رفع شده و تعریفی صریح از این اصول ارائه گردد تا از این طریق بتوان بین اصول و تشریفات دادرسی تفاوت قائل شد. احصای مصادیق این اصول نیز از دیگر ضروریاتی است که به‌واسطه عدم تصریح قانونی نسبت به آن‌ها، نظام قضایی کشور را در زمان اعمال آن با چالش‌های فراوانی مواجه ساخته و نیاز است تا این موضوع نیز در قوانین به‌طور مشخص بیان شود تا رویه‌ای واحد در نظام قضایی کشور شکل بگیرد. علاوه بر این، نوع و میزان تأثیرگذاری ضمانت اجرای عدم رعایت این اصول بر فرایند رسیدگی کیفری و آرای صادره نیز از دیگر موضوعاتی است که نیاز به شفاف‌سازی دارد. این موضوع که در چه صورتی عدم رعایت اصول دادرسی منتهی به ابطال تمام فرایند دادرسی و در چه صورتی منتهی به ابطال آرای صادره شود باید در قوانین به‌صراحت تعیین گردد. رفع ابهام در این موضوعات می‌تواند گامی مهم در جهت تحقق دادرسی عادلانه و گستردن سایه امنیت قضایی بر تمامی افراد جامعه به شمار آید.

منابع

فارسی

- امیری، علی، جواد طهماسبی و بتول پاکزاد (۱۴۰۰)، «کاربرد مدیریت ارجاع در تضمین دادرسی بی طرفانه کیفری»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۵، شماره ۱۱۴.
- باقری نژاد، زینب (۱۳۹۴)، *اصول آیین دادرسی کیفری*، تهران: نشر خرسندی.
- پوربافرانی، حسن و رثوف رحیمی (۱۳۹۵)، «مطالعه تطبیقی شکنجه در حقوق ایران و کنوانسیون منع شکنجه»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال هشتادم، شماره ۹۳.
- تدین، عباس و زینب باقری نژاد (۱۳۹۹)، «هستی شناسی اصول بنیادین دادرسی کیفری»، *پژوهش حقوق کیفری*، دوره نهم، شماره ۳۳.
- جوان جعفری بجنوردی، عبدالرضا، محسن نورپور و سیدمحمدجواد ساداتی (۱۴۰۰)، «تأملی جامعه‌شناختی بر چرایی گذار از حاکم شرع مقتدر به قاضی دیوان‌سالار در ایران پس از انقلاب»، *نشریه علمی مطالعات حقوق معاصر*، شماره ۲۱.
- حشمتی، ابوالفضل (۱۳۹۳)، «تحصیل دلیل از طرق نامشروع»، *جستارهای فقه و حقوق*، سال اول، شماره دوم.
- خالقی، علی (۱۳۹۴)، *آیین دادرسی کیفری*، جلد اول، چاپ بیست و نهم، تهران: نشر شهر دانش.
- خالقی، علی (۱۳۹۴)، *آیین دادرسی کیفری*، جلد دوم، چاپ بیست و نهم، تهران: نشر شهر دانش.
- رحمدل، منصور (۱۳۹۷)، «تشریفات قانونی و دادرسی و آثار مترتب بر عدم رعایت آن‌ها در امور کیفری»، *آموزه‌های حقوق کیفری*، دوره ۱۵، شماره ۱۵.
- ساداتی، سیدمحمدجواد و رحیم نوبهار (۱۳۹۷)، «تأملی در زمینه‌های شکل‌گیری سیاست کیفری سخت‌گیرانه در دهه نخست انقلاب اسلامی ایران»، *نشریه فقه و حقوق اسلامی*، شماره ۱۷.
- سعادت‌فر، احترام (۱۳۸۷)، «مناسبات آزادی و امنیت»، *فصلنامه فرهنگ پژوهش*، دوره ۱، شماره ۱.
- شاهچراغ، سیدحسن (۱۳۸۹)، «معیارهای تمییز اصول دادرسی از تشریفات در رسیدگی‌های حقوقی»، *فصلنامه تعالی حقوق*، سال دوم، شماره ۷.
- شمعی، محمد، سارا شهباز (۱۳۹۴)، *جرم‌انگاری حداکثری*، چاپ اول، تهران: نشر جنگل - کاوشیار.
- علی میرزایی، اقبال (۱۴۰۰)، «نقش اصول حقوقی در تفسیر و رفع تعارض قوانین؛ مطالعه موردی قوانین کیفری و مدنی ایران»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳.
- عمید، حسن (۱۳۸۴)، *فرهنگ فارسی*، چاپ سی و سوم، تهران: نشرامیرکبیر.
- فوزی، یحیی (۱۳۹۹)، *تحولات سیاسی اجتماعی در جمهوری اسلامی ایران ۱۳۵۷-۱۳۹۶*، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، پژوهشکده تحقیق و توسعه علوم انسانی؛ شورای عالی انقلاب فرهنگی، شورای تخصصی تحول و ارتقای علوم انسانی.
- مافی، همایون و محمد غمیلویی (۱۳۹۸)، «مفهوم و ضمانت اجرای اصول دادرسی در آیین دادرسی مدنی»، *مجموعه مقالات همایش ملی تجلیل از مقام علمی استاد محمدجعفر جعفری لنگرودی*، دانشنامه‌های حقوقی، شماره ۳.

- محسنی، حسن (۱۳۸۵)، «مفهوم اصول دادرسی و نقش تفسیری آن‌ها و چگونگی تمییز این اصول از تشریفات دادرسی»، *مجله کانون وکلا*، شماره ۱۹۲ و ۱۹۳.
- محمدعلی زاده اشکلک، حبیب و یاسر رشیدی (۱۳۹۹)، «بررسی اصول منصفانه در محاکم کیفری با توجه به قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲»، *دوفصلنامه آموزه‌های حقوقی گواه*، سال ششم، شماره اول (پیاپی ۱۰).
- محمدی، عقیل (۱۳۹۹)، «شکنجه پیشگیرانه از منظر قواعد منع شکنجه و کرامت انسانی»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۵۰، شماره ۳.
- مهدوی پور، اعظم و نجمه شهرانی کرانی (۱۳۹۳)، «امنیتی شدن جرم‌شناسی؛ راهبردها و آثار آن بر حقوق کیفری»، *پژوهشنامه حقوق کیفری*، سال پنجم، شماره اول.
- میرزایی، محمد و محسن رضایی (۱۳۹۹)، *سیاست جنایی معطوف به امنیت و آزادی*، تهران: نشر میزان.
- نیک‌خو، محمد (۱۳۹۰)، *حقوق کیفری امنیت‌مدار و جلوه‌های آن در حقوق آمریکا و ایران*، پایان نامه کارشناسی ارشد، گیلان: دانشکده ادبیات و علوم انسانی.

انگلیسی

- Erdei, Á. (2020), "The Principles of the New Code of Criminal Procedure", *ELTE Law Journal*, Vol. 2020, Issue 2, pp. 63-70.
- Weiner, M (1993), "Security, Stability, and International Migration", *International Security*, 17: 3: 91-126
- Dornan, m. (2011, JUN 23). **Security vs. Liberty? Is There a Trade off?** Retrieved from <https://www.e-ir.info/2011/06/23/security-vs-liberty-is-there-a-trade-off/>.
- Costa, p. (2010). **The Rule of Law History, Theory and Criticism**. Retrieved from <https://www.researchgate.net/publication/281345135>
- Baldwin, d. (Jan., 1997). "The concept of security. Review of International Studies". **Cambridge University Press**. Vol. 23, No. 1, pp. 5-26.
- Saliba, a. (1991). **The concept of freedom**. Retrieved from <https://www.um.edu.mt/library/oar/handle/123456789/25153>
- von Boemcken, M, schetter, c (2016). **Security What Is It? What Does It Do?**, Retrieved from <https://www.fes.de/reflection-group-monopoly-on-the-use-of-force-20>.

رویکرد حقوق کیفری ایران به آزادی عقیده و مذهب

محسن رحیمی*، مجید شایگان فرد**، عباس شیخ الاسلامی***

چکیده

آزادی عقیده و مذهب از حق‌های بنیادین و اصل‌های پایه‌ای در نظام‌های حقوقی است. شناسایی حق بر اقلیت بودن مذهبی، آزادی در انتخاب و تغییر عقیده و انجام مناسک و تعالیم مذهبی از جمله حقوق موسوم به آزادی باور است که به‌عنوان حقی از حقوق مدنی و سیاسی بشری محسوب می‌شود. در این مقاله با رویکردی توصیفی - تحلیلی و به روش کتابخانه‌ای و اسنادی به دنبال تحلیل نسبت حقوق کیفری ایران با حق آزادی عقیده و مذهب شهروندان هستیم؛ برای دستیابی به این منظور با نگاهی به اسناد و میثاق‌های بین‌المللی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، رویکردهای حامی و ناقض آزادی باور در قوانین کیفری ایران بررسی شده است. یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد که قانون‌گذار ایران در قانون اساسی برداشتی کلی از حق آزادی عقیده و مذهب دارد. در قوانین کیفری هم‌رگه‌هایی از نقض و نقص حقوق اقلیت‌های مذهبی و اعمال تبعیض‌های ناروا نسبت به آنان دیده می‌شود. در قانون مجازات اسلامی حمایت‌هایی از جنبه‌هایی از برابری شهروندان با داشتن باورها و آیین‌های متفاوت از اکثریت و ممنوعیت تبعیض بر اساس عقیده وجود دارد، اما این تضمین‌ها کافی و فراگیر نبوده و همه اقلیت‌ها را دربرنمی‌گیرد و حقی برای اقلیت‌های غیرمصرح در قانون اساسی قائل نیست. **واژگان کلیدی:** آزادی عقیده، حقوق کیفری، آزادی مذهب، عدم تبعیض

* دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، گروه حقوق، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران
mohsenrahimi_ir@yahoo.com

** استادیار گروه حقوق، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران (نویسنده مسئول)
majid.shayeghan@yahoo.com

*** دانشیار گروه حقوق، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران
dr.sheikholeslami@gmail.com

مقدمه

آزادی عقیده و مذهب از بنیادی‌ترین حق‌های مدنی - سیاسی و به مفهوم آزادی هر انسان برای داشتن یک دین، جهان‌بینی و باور ناوابسته و جدا از آیین‌ها و باورهای دیگران و اکثریت و حتی نداشتن هر گونه گرایش مذهبی و دینی است، حقی که باید از سوی شهروندان و حکومت گرامی شمرده و هر گونه تعرض و تبعیض نسبت به دارنده آن ناورا دانسته شود، در واقع آزادی عقیده عبارت است از اینکه هر فرد، هر فکر و باوری اعم از اجتماعی، فلسفی، سیاسی یا مذهبی را که می‌پسندد یا عین حقیقت می‌پندارد، آزادانه انتخاب کند، بی آنکه با نگرانی یا بیم و یا تجاوزی روبه‌رو شود (طباطبایی مومتمنی، ۱۳۹۶: ۸۴).

آزادی عقیده متضمن آزادی نفی هر گونه عقیده، آزادی انتخاب هر گونه عقیده و آزادی تغییر عقیده‌ای به عقیده دیگر است و زمانی که از آن سخن گفته می‌شود، آن را در سه حوزه آزادی انتخاب باور یا عقیده، آزادی اظهار عقیده و در نهایت آزادی تبلیغ عقیده تصور کرده‌اند (حسنی کارنامی، ۱۳۹۳: ۸۱). بنابراین حق بر آزادی عقیده و مذهب، اعتقاد یا عدم اعتقاد به عمل یا عدم عمل است. اما تنگنای اصلی به‌ویژه با توجه به ابعاد هنجاری و اخلاقی ادیان این است که بسیاری از این هنجارها به قالب‌های الزام‌آور دیگری مانند قوانین کیفری یا نظم عمومی جامعه دگرگون شده‌اند. در بحث محدودیت‌های آزادی عقیده و مذهب، بُعد هنجارساز یک مذهب ویژه یا حکومتی در یک کشور به‌عنوان اخلاق نیک و همگانی جامعه، محدودکننده آزادی عقیده و مذهب خواهد شد. این در حقیقت گونه‌ای تعارض یا حداقل ترجیح یک مذهب بر دیگر باورها است (زمانی، ۱۳۸۴: ۱۵۹). هیچ دینی آزادی عقیده را به اندازه اسلام رعایت نکرده است (مطهری، ۱/۱۳۶۴: ۱۱۱).

بنیاد و گوهر آزادی عقیده و مذهب، گزینش دلخواهانه هر باوری است، داد و گرفت اندیشه‌ها و آموزه‌ها به‌عنوان یک پدیده اجتماعی و سیاسی در قلمرو حقوق قرار می‌گیرد. به‌عنوان یک قاعده عام می‌توان گفت که ثبات و امنیت کشور با حفظ حقوق دگرکیشان و دگراندیشان بهتر تأمین می‌شود. اگر حکومت، حقوق این گروه‌ها را رعایت کند، امید است که اقلیت‌ها نیز وفاداری خود را به آن نشان دهند و در نتیجه امنیت کشور و پایداری نظام سیاسی حفظ شود، زیرا ثبات و رفاه عمومی کشور به سود اقلیت‌ها نیز خواهد بود (ابراهیمیان، ۱۳۹۱: ۲۴۴). در این مقاله این اندیشه‌ها مورد توجه قرار گرفته و با طرح مسئله توازن میان امنیت و آزادی باور، لزوم عدم تبعیض در جرم‌انگاری و کیفردهی و تساوی افراد در برابر قانون، در بادی امر سؤال این است که رویکرد حقوق کیفری ایران به مسئله آزادی عقیده و مذهب چگونه است؟ در ادامه به دنبال پاسخ‌گویی به این پرسش‌ها هستیم؛ آیا قوانین کیفری ایران به‌گونه‌ای که تضمین‌کننده حقوق اقلیت‌های دینی و فکری باشد، طراحی شده

است؟ یا برعکس مقرره‌های کیفری خود اعمال نوعی تبعیض ناروا نسبت به شهروندان است؟ مصادیق این جرم‌انگاری‌های تبعیض‌آمیز و ناقض آزادی باور چیست؟ در مقام پاسخ به این سؤالات، در آغاز نگاهی به اسناد بین‌المللی و مقایسه مقررات این اسناد با اصول قانون اساسی ایران پرداخته‌ایم تا پس از آشنایی با چهارچوب‌های بین‌المللی و حقوق بشری، مقرره‌های حامی و ناقض آزادی عقیده و مذهب در حقوق کیفری ایران بررسی شود.

۱. حق بر آزادی عقیده و مذهب در اسناد بین‌المللی و ملی

در اسناد بین‌المللی حقوقی مکرر به این حق برین انسانی اشاره شده است:

اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۰ دسامبر ۱۹۴۸) در مواد (۱۹، ۱۸، ۲) مقرر می‌دارد که هر فرد حق آزادی مذهب داشته و این حق از دید این اعلامیه شامل حق تغییر مذهب یا عقیده نیز هست، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۶ دسامبر ۱۹۶۶) با آنکه با شرح بیشتری از اعلامیه در ماده ۱۸ به مسئله آزادی مذهب و عقیده پرداخته و آشکارا پاره‌ای از جلوه‌های آن را برشمرده، در باره حق تغییر کیش، خاموش است، اما کمیته حقوق بشر بر این دید است که نتیجه ضروری پیش‌بینی حق انتخاب مذهب دلخواه در میثاق، حق تغییر مذهب و عقیده نیز هست و این حق را هم نمی‌توان از کسی سلب و یا محدود نمود.

ماده ۹ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (۳ سپتامبر ۱۹۵۳) مقرر می‌دارد: «هر کس حق آزادی اندیشه، وجدان و مذهب دارد. این حق شامل آزادی افراد برای تغییر مذهب و اعتقاد نیز می‌شود.» اعلامیه ۲۵ نوامبر ۱۹۸۱ مجمع عمومی سازمان ملل راجع به محو همه اشکال ناپردباری و تبعیض بر اساس مذهب یا عقیده در بیان آزادی مذهب و عقیده مقرر اعلام کرده است:

«۱- هر کس حق بهره‌مندی از آزادی فکر، وجدان و مذهب را دارد. این حق شامل آزادی داشتن مذهب یا هر نوع عقیده و همچنین آزادی ابراز مذهب و عقیده، به صورت فردی یا جمعی، به طور آشکار و پنهان، از طریق عبادت و انجام آیین‌های مذهبی، عمل و آموزش مذهب است.

۲- هیچ‌کس نباید زیر اجباری قرار گیرد که آزادی داشتن مذهب یا عقیده‌ای را که به اختیار برگزیده، مورد تعرض قرار می‌دهد.

۳- آزادی ابراز تعلقات مذهبی یا عقیدتی، هیچ‌گونه محدودیتی ندارد، جز آنچه از راه قانون مقرر گردیده و برای حفظ امنیت و نظم عمومی، سلامت یا اخلاق یا آزادی‌های اساسی دیگران ضروری است.»

همان گونه که می‌بینیم همه این اسناد، واژه‌های مذهب و عقیده را با هم یا به جای هم به کار برده‌اند. این امر به این دلیل است که مبدا عدم استفاده از واژه «عقیده»، گریزگاهی برای حکومت‌ها

باشد تا با عدم تلقی یک طرز فکر به عنوان مذهب، از زیر بار تعهدهای خود شانه خالی کنند (زمانی، ۱۳۸۴: ۱۶۲).

پیش‌بینی یک مذهب خاص به عنوان دین رسمی کشور یا پیوند حکومت با یک آیین ویژه واقعی است که هم در میان کشورهای با نظام سیاسی لیبرال دموکراسی و هم برخی از کشورهای دارای نظام مبتنی بر شریعت دیده می‌شود. در پیوند با این مسئله در نظام حقوقی ایران؛ اصول ۱۲، ۱۳، ۱۴ و ۲۳ قانون اساسی قابل توجه است، در این اصول دین رسمی کشور، اسلام و مذهب جعفری دوازده‌امامی اعلام و برای پیروان برخی مذاهب اسلامی (اهل تسنن و شیعیان زیدی) آزادی در انجام مراسم آیینی به رسمیت شناخته شده است، ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی تنها اقلیت‌های غیرمسلمان شناخته شده به شمار می‌آیند که در حدود قانون در انجام مراسم کیش خود آزادند، هرچند اصل ۱۳ با قید واژه «ایرانیان» تابعیت ایرانی را شرط برخورداری از حقوق اقلیت‌های دینی دانسته است، همچنین به موجب این اصول بازجستن باورها ممنوع و حکومت اسلامی مکلف است تا نسبت به افراد غیرمسلمان که به نظر می‌رسد منظور از آن‌ها تنها ایرانیان زرتشتی، مسیحی و یهودی است، با اخلاق حسنه، قسط و عدل اسلامی رفتار نموده و حقوق آنان را گرامی بدارد. با نگرش به این اصول می‌توان گفت: نخست آزادی عقیده و مذهب در قانون اساسی ایران برخلاف آنچه در بیشتر نظام‌های حقوقی پیش‌بینی شده است، متضمن آزادی در تغییر عقیده و مذهب نیست. دوم آزادی عقیده و مذهب، انجام مراسم و مناسک مذهبی برای دیگر اقلیت‌های مذهبی و دینی به جز موارد مصرح، به رسمیت شناخته نشده و این افراد و گروه‌ها حق آزادی اظهار عقیده و آموزه‌های مذهبی و اجرای آیین‌های دینی و کسب آگاهی‌های آیینی و گسترش آن را ندارند و حتی آزادی مسلمانان غیرشیعه و اقلیت‌های دینی سه‌گانه در این باره همراه با محدودیت‌هایی است (رحیمی‌نژاد، ۱۳۸۷: ۱۲۶). این اصول توأم با ابهام‌هایی نیز هستند؛ در اصل ۱۹ در شمارش اموری که موجب امتیاز نمی‌شود، پس از رنگ و نژاد و زبان، عبارت «و مانند این‌ها» آمده است و معلوم نیست که آیا دین و مذهب از مصادیق این تعبیر هست یا نه؟ به علاوه در اصول ۴، ۱۲، ۹۱، ۱۱۵ التزام به دین رسمی، ضروری یا موجب امتیازی خاص به شمار رفته است. همچنین حاکمیت موازین اسلامی بر همه مقررات کشور که در اصل چهارم بر آن تأکید شده، مقتضی آن است که برخی آرای مشهور فقهی درباره غیرمسلمانان بتواند وجهه قانونی یابد و چالش‌هایی برانگیزد. همچنین در اصول ۱۳ و ۲۰ آزادی اقلیت‌ها با قیودی همچون در حدود قانون یا رعایت موازین اسلامی آمده که مراد از این قیود مبهم است (مهرپور، ۱۳۸۳: ۳۹۵).

۲. رویکردهای حمایتی از آزادی عقیده و مذهب در حقوق کیفری ایران

اعمال مجازات‌های کیفری بر کسانی که حق آزادی باور شهروندان یا موجودیت گروه‌های اقلیت فکری و مذهبی را نقض می‌کنند، می‌توان بالاترین شکل حمایت از اقلیت‌ها و آزادی عقیده و مذهب دانست. (عزیزی، ۱۳۸۶: ۱۲۶) اقلیت‌های مذهبی و فکری در کشوری که اکثریت بالایی در آن بر یک مذهب ایمان دارند، با داشتن ویژگی «در اقلیت بودن» به‌عنوان یکی از گروه‌های آسیب‌پذیر، نیازمند حمایت‌های قانونی‌اند. کثرتگرایی و رواداری اجتماعی که قائل به پاسداشت اندیشه‌ها و آیین‌های اقلیت و ارج‌گذاری به تفاوت‌های مذهبی و فکری مردمان گوناگون یک کشور است، بر این اندیشه استوار است که برابری در مقابل قانون، عامل تضمین‌کننده حقوق گروه‌های اقلیت به شمار می‌رود. اصل برابری در مقابل قانون دارای دو مفهوم شکلی (منع تبعیض در برخورداری از حقوق به‌جهت داشتن ویژگی‌های اقلیت) و ماهوی (حمایت برابر قانون از حقوق خاص و تفاوت‌های فرهنگی گروه‌های اقلیت) است (حبیب‌زاده و هوشیار، ۱۳۹۳: ۶۱). در ادامه به بررسی رویکردهای حمایت‌کننده از حق آزادی عقیده و مذهب شهروندان در قوانین کیفری می‌پردازیم.

۲-۱. منع تفتیش عقیده

اصل ۲۳ قانون اساسی ایران، بازجست باور و تعرض به افراد را به صرف داشتن عقیده‌ای خاص منع می‌کند، برخلاف برخی از اصول قانون اساسی که در آن‌ها پیش‌بینی شده که شرایط و کیفیات امر را قانون مشخص می‌کند در اصل ۲۳ هیچ قید و شرطی برای ممنوعیت تفتیش عقاید پیش‌بینی نشده است. این امر مبین آن است که از نظر قانون‌گذار تفتیش عقاید در هیچ فرضی پذیرفتنی نیست و هیچ قانونی نمی‌تواند برای حفظ هیچ مصلحتی در هیچ زمانی و مکانی و موردی اجازه تفتیش عقاید را بدهد و وضع چنین قانونی نقض صریح اصل ۹ قانون اساسی خواهد بود (رحمدل، ۱۳۹۱: ۶۷). در حقوق کیفری ایران هم داشتن یک عقیده یا مرام خاص، تبلیغ یک عقیده، اداره یا عضویت در یک فرقه خاص مذهبی یا فکری جرم نیست. در گذشته و طبق ماده ۱ قانون مجازات مقدمین بر علیه امنیت و استقلال مملکت، مصوب ۱۳۱۰ و ماده ۳۱۰ قانون اصلاح قسمتی از قانون دادرسی و کیفر ارتش و نسخ بعضی از مواد قانون مجازات عمومی، مصوب ۱۳۵۴ تشکیل یا اداره گروهی با مرام اشتراکی (کمونیستی) و عضویت در این دسته‌ها جرم بود، قانون‌گذار اسلامی با اصلاح این ماده و وضع ماده ۴۹۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵، جرم‌انگاری اعتقادی را از سیاهه قوانین کیفری ایران حذف کرد، بنابراین صرف باور داشتن به آیین‌هایی مانند مندائی، اسماعیلی، درویشی، تصوف و عرفان، اهل حق (یارسان)، علی‌اللهی، ایزدی و... و یا تبلیغ تعالیم آن‌ها و عضویت در این فرقه‌ها و جمعیت‌ها جرم نیست، آزادی مذهب حق طبیعی است که همه افراد آدمی به مقتضای انسان

بودن خود، به‌طور یکسانی از آن برخوردار و به‌موجب آن در انجام مناسک دینی خود تا جایی که موجب نقض حقوق دیگران و اصول ارزشی مورد احترام جامعه نشود، مجازند. اما به نظر می‌رسد برخی جرم‌انگاری‌هایی که به تازگی انجام شده، ممکن است تا اندازه‌ای در بردارنده تفسیرهایی باشد که بتوان با توسل به آن‌ها دست‌کم جنبه‌هایی از این حقوق را محدود کرد. بند دوم ماده ۵۰۰ مکرر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۹/۱۰/۲۴، «هر گونه فعالیت آموزشی و یا تبلیغی انحرافی مغایر و یا مخلف به شرع مقدس اسلام» را ممنوع کرده است، می‌توان پرسید که چه نوع فعالیت تعلیمی - تربیتی، انحرافی است؟ و آیا تبلیغ دیگر ادیان و مذاهب و انجام مناسک دینی و آیینی، تغایر و تداخل با اسلام دارد؟ همچنین طبق بند دوم ماده ۱۷ قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۱/۴/۹ «عضویت در یکی از فرق ضاله که خارج از اسلام شناخته شده‌اند.» موجب انفصال دائم کارمند از خدمات دولتی است.

۲-۲. شرب خمر غیرمسلمان

قانون‌گذاران کیفری به‌منظور حمایت از اقلیت‌های فکری و مذهبی از جرم‌انگاری مواردی که بر پایه آیین و سنت آن‌ها رواست، خودداری می‌کنند، این کار بدیهی‌ترین امر در احترام به حق آزادی عقیده و مذهب است. برخی از فرق و مذاهب غیراسلامی نوشیدن شراب را برخلاف اسلام، گناه و حرام نمی‌دانند، قانون‌گذار ایران در ماده ۲۷۵ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴، استعمال علنی مسکرات را بدون قائل شدن به تفاوت میان بزه‌کار مسلمان و غیرمسلمان با توجه به جنبه اجتماعی موضوع جرم‌انگاری کرده بود. پس از انقلاب اسلامی با عنایت به اینکه طبق نظر اکثر فقها، مسلمانان و غیرمسلمانان در جرایم مستوجب حد با یکدیگر برابرند و تنها حدی که بر غیرمسلمان جاری نمی‌شود، حد شرب خمر است، مگر آنکه «تظاهر به مصرف مسکر» نمایند (طوسی، ۱۳۸۷/۸: ۶۰، حلی، ۱۴۱۰/۲: ۱۸۰، نجفی، ۱۳۹۰/۲: ۲۱۱)، قانون‌گذار اسلامی در ماده ۱۳۱ قانون حدود و قصاص و مقررات آن مصوب ۱۳۶۱ و ماده ۱۷۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، مقرر کرد: «حد شرب مسکر برای مرد و یازن، هشتاد تازیانه است.» همچنین در تبصره آن افزود: «غیرمسلمان فقط در صورت تظاهر به شرب مسکر به هشتاد تازیانه محکوم می‌شود.»

ماده ۷۰۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵، در مصرف علنی مسکر مقرر کرد: «هر کس متجاهراً و به‌نحو علن در اماکن و معابر و مجامع عمومی مشروبات الکلی استعمال نماید، علاوه بر اجرای حد شرعی شرب خمر به ۲ تا ۶ ماه حبس تعزیری محکوم می‌شود.»

ماده ۲۶۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز مقرر نمود: «غیرمسلمان تنها در صورت تظاهر به مصرف مسکر، محکوم به حد می‌شود.» تبصره آن می‌افزاید: «اگر مصرف مسکر توسط

غیرمسلمان علنی نباشد، لکن مرتکب در حال مستی در معابر یا اماکن عمومی ظاهر شود به مجازات مقرر برای تظاهر به عمل حرام محکوم می‌گردد.»

بنابراین درخصوص جرم‌انگاری شرب خمر غیرمسلمانان سه مقررہ موجود است: اگر غیرمسلمان تنها تظاهر به مصرف کند، یعنی این کار را به‌صورت آشکار انجام دهد، به مجازات حد (هشتاد ضربه شلاق) محکوم خواهد شد (ماده ۲۶۶)، اگر مصرف را به‌صورت آشکار انجام ندهد، ولی در حالت مستی در معابر و اماکن عمومی ظاهر شود، به جرم تظاهر به عمل حرام (ماده ۶۳۸) محکوم و اگر در معابر و اماکن عمومی و به‌صورت آشکار مسکر مصرف کند، علاوه بر حد به حبس تعزیری محکوم می‌شود (ماده ۷۰۱).

حال می‌توان پرسید آیا این شیوه جرم‌انگاری نگاهی حمایتی دارد یا برعکس حتی در مواردی کیفر بیشتری برای غیرمسلمانان دربر دارد. افزون بر آن، این مواد اطلاق بر غیرمسلمانان دارد و هیچ فرقه و یا مذهبی از مسلمانان شامل آن نمی‌شود، در حالی که برخی از فرق اهل سنت مانند حنفی‌ها معتقدند لفظ «خمر» تنها بر شرابی که از تخمیر انگور به دست آید، اطلاق می‌شود. در نتیجه آیه تحریم خمر، اختصاص به شراب انگوری دارد. دیگر مشروبات سکرآور، اگر علت تحریم (مست‌کنندگی) در آن‌ها باشد، حرامند و گرنه نوشیدن مشروبات سکرآور به غیر از خمر، مادامی که ایجاد حالت مستی در فرد نکند، حلال است و هیچ گونه مجازاتی در پی ندارد. همچنین می‌توان آن‌ها را با آب مخلوط کرد تا از حالت مست‌کنندگی بیرون آید و آنگاه نوشید (وحدتی شبیری، ۱۳۷۶: ۷۳). در واقع قانون‌گذار حکم عام ممنوعیت شرب خمر در مذهب شیعه را به مذهب تسنن نیز سرایت داده و یک مسلمان حنفی نمی‌تواند با استناد به فقه خود که در آن نوشیدن مشروبات با شرایط بالا، مجاز است، از مجازات شلاق مصون بماند. از سویی دیگر روشن نیست که حکم ماده ۲۶۶ شامل نوکیشانی که دین خود را از اسلام تغییر داده‌اند (مرتدان ملّی) یا مرتدان فطری هم می‌شود یا خیر؟ قانون‌گذار در ماده ۷۰۲ قانون مجازات اسلامی اصلاحی ۱۳۸۷/۸/۲۲، ساخت، حمل و نگهداری مسکرات را توسط غیرمسلمان هم جرم دانسته است: «هر کس مشروبات الکلی را بسازد یا بخرد یا بفروشد یا در معرض فروش قرار دهد یا حمل یا نگهداری کند یا در اختیار دیگری قرار دهد به ۶ ماه تا ۱ سال حبس و تا ۷۴ ضربه شلاق و نیز پرداخت جزای نقدی به میزان ۵ برابر ارزش عرفی (تجاری) کالای یادشده محکوم می‌شود.» این ماده با ماده ۲۶۶ تعارض دارد، زیرا اذن در شیء، اذن در لوازم آن نیز هست، در نتیجه می‌سزد که قانون‌گذار کارهایی مانند تولید و نگهداری، خرید و فروش مسکر را نیز برای غیرمسلمانان جرم نداند (شاکری و مالدار، ۱۳۹۶: ۱۵۲).

۲-۳. جنایت بر درگذشته غیرمسلمان

فقیهان جنایت و جراحت وارد بر مرده غیرمسلمان (ذمی) را مانند مرده مسلمان مستوجب دیه دانسته‌اند، گرچه در مقدار دیه مانند دیه جنایت وارد بر غیرمسلمان دارای قوه حیات، اختلاف نظر دارند و نظر مشهور، آن را کمتر از دیه جنایت بر میت مسلمان تعیین کرده است (نجفی، ۱۳۹۰/۴۳: ۳۸۹). در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ جنایت بر میت غیرمسلمان فاقد ضمانت اجرای کیفری بود، اما در ماده ۷۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با حذف قید «مسلمان» از اطلاق عبارت «دیه جنایت بر میت» برمی‌آید که میت اعم از مسلمان و غیرمسلمان است: «دیه جنایت بر میت، یک دهم دیه کامل انسان زنده است مانند جداکردن سر از بدن میت که یک دهم دیه و جدا کردن یک دست، یک بیستم دیه و هر دو دست، یک دهم دیه و یک انگشت، یکصدم دیه کامل دارد. دیه جراحات وارده به سر و صورت و سایر اعضا و جوارح میت به همین نسبت محاسبه می‌شود.» برخی از فقهای معاصر نیز بر همین نظر هستند.^۱

۲-۴. تساوی در دیه و تغلیظ آن

در مواردی قانون‌گذار اسلامی برتری و امتیازهای حقوقی که مسلمانان بر غیرمسلمانان بر طبق فقه امامیه داشته‌اند، بر پایه اجتهادهای جدید و واقعیت‌های اجتماعی از میان برداشته است. در حالی که هزینه‌های درمانی شهروندان در سامانه بهداشت و درمان ایران برابر است و برای نمونه هزینه‌های درمانی یک شهروند زرتشتی که در یک سانحه رانندگی آسیب دیده، برابر با هزینه‌های درمانی یک شهروند مسلمان است، عدم برابری دیه مسلمانان و غیرمسلمانان در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ از تبعیض‌های ناروای قانونی بود (دیه اقلیت‌های دینی یک‌بیستم مسلمانان بود)، فقهای امامیه در حالی قائل به این میزان اندک دیه غیرمسلمانان بودند که فقهای حنفیه قائل به برابری دیه غیرمسلمان با مسلمان شده‌اند. مالکیه و حنابله، دیه غیرمسلمان را نصف دیه مسلمان می‌دانند و شافعیه برای اهل کتاب، ثلث و برای سایر غیرمسلمانان یک پانزدهم دیه مسلمان را قرار داده‌اند (ضیایی و فهم، ۱۳۹۵: ۴۷). در مجلس ششم لایحه برابری دیه مسلمان و غیرمسلمان تصویب شد. در شورای نگهبان دو بار این لایحه رد و به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع شد و سرانجام به موجب نظر حکومتی مقام رهبری در سال ۱۳۸۲ و تصویب مجمع، دیه اقلیت‌های دینی

۱. سؤال ۱۳۰۱- دیه جراحات یا صدماتی که بر میت غیرمسلمان وارد می‌شود، چه مقدار است؟ جواب: احتیاط آن است که مانند دیه مسلمان عمل شود یا مصالحه کنند. (پایگاه اینترنتی اطلاع‌رسانی دفتر حضرت آیت‌الله العظمی مکارم شیرازی)

شناخته شده در قانون اساسی با دیه مسلمانان در جنایات غیر عمدی برابر اعلام شد و قانون ماده واحده الحاق یک تبصره به ماده ۲۹۷ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۸۲/۳/۴) تساوی دیه مسلمانان با اقلیت‌های دینی شناخته شده در قانون اساسی را وارد نظام حقوقی ایران نمود. هم اکنون ماده ۵۵۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: «بر اساس نظر حکومتی مقام رهبری، دیه جنایت بر اقلیت‌های دینی شناخته شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به اندازه دیه مسلمان تعیین می‌گردد.» قانون‌گذار در ماده ۵۵۶ در تغلیظ دیه هم قائل به تفاوتی نیست و مقرر داشته است «در حکم تغلیظ دیه فرقی میان بالغ و غیر بالغ، زن و مرد و مسلمان و غیر مسلمان نیست.»

۵-۲. توهین به ادیان و مذاهب شناخته شده در قانون اساسی

ماده ۴۹۹ مکرر قانون مجازات اسلامی (مصوب ۲۴/۱۰/۱۳۹۹) توهین به ادیان زرتشتی، مسیحی و یهودی و مذاهب اهل تسنن را جرم‌انگاری و مقرر کرده است: «هر کس با قصد ایجاد خشونت یا تنش در جامعه و یا با علم به وقوع آن به قومیت‌های ایرانی یا ادیان الهی یا مذاهب اسلامی مصرح در قانون اساسی توهین نماید، چنانچه مشمول حد نباشد و منجر به خشونت یا تنش شده باشد به حبس و جزای نقدی درجه پنج یا یکی از آن دو محکوم و در غیر این صورت به حبس و جزای نقدی درجه شش یا یکی از آن دو محکوم می‌شود.»

قانون‌گذار این ماده را در ذیل فصل نخست کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی با عنوان «جرایم ضد امنیت داخلی و خارجی کشور» افزوده است، بنابراین دغدغه حمایت از مقدسات دینی اقلیت‌های دینی و مذهبی را نداشته است، از این رو با آوردن قیودی چون «قصد ایجاد خشونت یا تنش در جامعه» هدف اصلی خود را که حفظ امنیت بوده، ملحوظ داشته است، ضمن آنکه توهین به ادیان و مذاهب غیر مصرح در قانون اساسی هم اساساً از حمایت قانونی برخوردار نیست. قانون‌گذار به «ادیان» و «مذاهب» هم به شکل کلی و بدون مشخص کردن گروه‌هایی که ممکن است، مورد هدف تحریک و ترغیب به خشونت و تبعیض قرار گیرند، اشاره می‌کند.

۳. رویکردهای ناقض آزادی عقیده و مذهب در حقوق کیفری ایران

دولت‌ها باید حقوق موسوم به آزادی باور؛ حق بر اقلیت بودن مذهبی و فکری یا نداشتن هر گونه باور دینی و مذهبی را توأم با داشتن حق برخورداری از همه حقوقی که شهروندان اکثریت دارند، تمام و کمال در حقوق داخلی و از جمله حقوق کیفری به رسمیت شناخته و تضمین نمایند و از سوی دیگر در فرایند تقنینی و قضایی از اعمال تبعیض و رفتارهای ناعادلانه با اقلیت‌ها خودداری کنند. یکی از مهم‌ترین اصول حقوقی که همواره در ارتباط با اقلیت‌ها مورد توجه بوده، اصل برابری در مقابل قانون است. صرف‌نظر از مفهوم متواتر از این اصل که عدم تبعیض در برخورداری از حقوق

میان همه شهروندان است، اقلیت‌ها در پرتو این اصل، خواهان توجه به حقوق خاص خود هستند، دخالت تبعیض‌آمیز دولت می‌تواند در یک طیف گسترده که در یک سوی آن اعمال تبعیض‌های قانونی و مجازات‌های خشونت‌بار ضد پیروان یک مذهب و در سوی دیگر اقدام‌های غیرمستقیم تبعیض‌آمیز باشد، قرار گیرد (قاری سیدفاطمی، ۱۳۹۶: ۱۴۹-۱۴۷). رانده شدن از جامعه، فشارهای روانی، فرهنگی و اقتصادی، تحمیل انزوا، حذف و تحریم فرهنگی و سیاسی و اجتماعی و اقتصادی از دیگر شیوه‌های برخورد است. نظام عدالت کیفری ناقض حق آزادی عقیده و مذهب افزون بر اینکه حقوق اقلیت‌ها را به‌عنوان یک انسان نادیده و بر حق آنان بر داشتن عقیده‌ای متفاوت از اکثریت یا تغییر مذهب آسیب می‌رساند، به نوعی ترغیب به ارتکاب جرم علیه آن‌ها محسوب می‌شود. در ادامه به بررسی برخی از رویکردهای کیفری سالب حق آزادی عقیده و مذهب شهروندان در حقوق کیفری ایران می‌پردازیم.

۳-۱. ارتداد

ارتداد به معنای عدول از دین اسلام و ورود به دیگر ادیان است. (شهیدثانی، ۱۴۱۴/۴: ۲۸۵، خویی، ۱۴۱۰: ۵۳) قانون اساسی ایران از حق بر تغییر مذهب که یکی از جنبه‌های آزادی باور است، حمایت نمی‌کند. حقوق کیفری ایران هم به‌گونه‌ای ابهام‌آمیز و موسع نسبت به جرم‌انگاری آن اقدام نموده است. در قانون حدود و قصاص و مقررات آن مصوب ۱۳۶۱ که درصدد وضع حدود برآمد، نامی از ارتداد نیست، لیکن در قانون مطبوعات مصوب ۱۳۶۴ نخستین بار عنوان ارتداد بدون تعیین کیفر به کار رفت.^۱ در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ هم هیچ گونه اشاره‌ای به ارتداد نشد. این در حالی بود که به‌رغم عدم جرم‌انگاری ارتداد، کسانی به جرم ارتداد اعدام و مجازات شدند. (محمدی و همکاران، ۱۳۹۷: ۳) در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، باز هم از جرم‌انگاری صریح ارتداد خودداری شد، هرچند که لایحه این قانون به‌طور مفصل به ارتداد پرداخته بود، به

۱. ماده ۲۶: «هر کس به وسیله مطبوعات به دین مبین اسلام و مقدسات آن اهانت کند، در صورتی که به ارتداد منجر شود، حکم ارتداد در حق وی صادر و اجرا و اگر به ارتداد نینجامد طبق نظر حاکم شرع بر اساس قانون تعزیرات باوی رفتار خواهد شد.»

هنگام تصویب نهایی، این مواد حذف شد.^۱ البته با وضع ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی^۲، به نظر می‌رسد، قانون‌گذاران درصدد به کیفر رساندن مرتدان هستند، اما شاید به دلیل فشارهای بیرونی از صراحت که شرط هر قانون‌گذاری است، دور شده‌اند. بهتر است که حق تغییر گرایش از دین اکثریت به دینی دیگر، حداقل به گونه‌ای فردی و در خلوت خود که ریشه در حق آزادی عقیده و مذهب دارد، با ابزار کیفری پاسخ داده نشود.

۲-۳. عدم پذیرش شهادت غیرمسلمان

هم‌زمان با پیدایش اندیشه حقوق بشر و مفهوم کرامت ذاتی انسان‌ها در نظام‌های حقوقی، کمابیش همه تفاوت‌ها و تبعیض‌ها از میان رفته و دولت‌ها به رعایت اصل برابری افراد در مقابل قانون و نفی و طرد هر گونه تبعیض مکلف شده‌اند. (رحیمی‌نژاد، ۱۳۸۷: ۱۱۵) در فقه بیشتر بینه را به شهادت دو مرد عادل حمل کرده‌اند، در نتیجه این رویکرد شهادت زنان و غیرمسلمانان بی‌اعتبار تلقی می‌شود که در عرف قضا نیز از پشتوانه قوی استدلالی و بنای عقلا برخوردار نیست. (عربیان، ۱۳۹۲: ۱۶۶) شهادت جدا از آنکه از مهم‌ترین ادله اثبات دعواست که در تمام نظام‌های حقوقی پذیرفته شده، یکی از حقوق اجتماعی افراد است، اینکه گواهی افرادی از ملت به دلیل داشتن باور دینی متفاوت از اکثریت مورد پذیرش قرار نگیرد، مصداق بارزی از تبعیض‌های ناروا است. شهادت گاه نسبت مسلمان با مسلمان و غیرمسلمان و غیرمسلمان نسبت به مسلمان و غیرمسلمان مطرح است. طبق ادله فقهی شهادت مسلمان نسبت به غیرمسلمان پذیرفته، ولی شهادت غیرمسلمان

۱. ماده ۲۲۵-۱: «مسلمانی که به طور صریح اظهار و اعلان کند که از دین اسلام خارج شده و کفر را اختیار نموده، مرتد است.»

ماده ۲۲۵-۳: «مرتد بر دو نوع است: فطری و ملی.»

ماده ۲۲۵-۸: «حد مرتد ملی قتل است؛ اما بعد از قطعیت حکم تا سه روز ارشاد و توصیه به توبه می‌شود و چنانکه توبه ننماید، کشته می‌شود.»

ماده ۲۲۵-۱۰: «حد زنی که مرتد شده، اعم از فطری و ملی حبس دایم است و ضمن حبس طبق نظر دادگاه تضيیقاتی بر وی اعمال و نیز ارشاد و توصیه به توبه می‌شود و چنانچه توبه ننماید، بلافاصله آزاد می‌گردد.»

۲. ماده ۲۲۰: «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است، طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود.»

اصل ۱۶۷: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.»

نسبت به مسلمان رد شده است،^۱ در حقوق کیفری ایران این رویکرد تبعیض آمیز نسبت به اقلیت‌های دینی وجود دارد و شهادت غیرمسلمان علیه مسلمان پذیرفته نمی‌شود. ماده ۱۷۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ یکی از شرایط شهادت شرعی را ایمان می‌داند و در مورد ایمان در فقه امامیه اختلاف نظر است، لیکن در مفهوم پذیرفته شده، تنها قابل انطباق با مسلمان بودن شاهد است. شهادت غیرمسلمان علیه مسلمان فقط به عنوان اماره و قرینه قابل پذیرش است، زیرا در اماره و قرینه شرایط شرعی و قانونی که برای شاهد آمده، لازم نیست. این رویکرد موجب نقض اصل تساوی افراد در برابر قانون است.

۳-۳. زنا، لواط و تفخیز

در تبعیض در جرم‌انگاری، قانون‌گذاری کیفری به گونه‌ای است که تنها رویکرد حمایتی از گروه اکثریت دارد و موجب نقض برابری همگان در پیشگاه قانون می‌شود. این امر به احساس نابرابری و عدم امنیت قضایی در گروه‌های اقلیت می‌انجامد. عدم تبعیض در کیفردهی (ضمانت‌اجراهای کیفری) نیز از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است، صرف نظر از اصول سنتی حاکم بر نظام مجازات‌ها، مهم‌ترین اصلی که در خصوص اعمال مجازات بر مجرمان گروه‌های اقلیت حاکم است، اصل برابری در توزیع و اعمال ضمانت‌اجراهای کیفری بر مجرمان اکثریت و اقلیت است.

در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، مجازات زنا ی مرد غیرمسلمان با زن مسلمان قتل است. (بند پ ماده ۲۲۴) و میان زانی مُحصَن و غیر مُحصَن تفاوتی وجود ندارد. در لواط و تفخیز چنانچه فاعل غیرمسلمان و مفعول مسلمان باشد، حد فاعل اعدام است. (تبصره ۱ ماده ۲۳۳ و تبصره ماده ۲۳۶) این تفاوت در جرم مساحقه دیده نمی‌شود.^۲ برخی امکان خدشه در احکام مقرر در این مواد را با توجه به اهمیت مسئله که حیات یک انسان و نبودن این حکم در قرآن و مستند بودن اعدام به روایات و اجماع است، خواستار شده‌اند. (امام و همکاران، ۱۳۹۵: ۴۱) بر این مقرردها می‌توان از باب تناسب میان جرم و مجازات هم خرده گرفت، چراکه هر عقل سلیمی کیفر مرگ را برای جرمی چون تفخیز در این زمان، بسیار سنگین و نامتناسب می‌داند. در این میان پالایش چنین مقرردهایی با پالایه حق حیات و حق داشتن مذهب متفاوت از اکثریت جامعه و تساوی

۱. از شرایط صحّت شهادت، مؤمن (شیعه دوازده امامی) بودن شاهد است. پس شهادت غیرشیعه دوازده امامی - اعم از مسلمان و کافر - علیه مسلمان یا غیرمسلمان پذیرفته نیست، بنا به سخن مشهور، شهادت ذقی علیه ذقی دیگر نیز درست نیست.

۲. ماده ۲۴۰: «در حد مساحقه، فرقی بین فاعل و مفعول و مسلمان و غیرمسلمان و محصن و غیرمحصن و عنف و غیر عنف نیست.»

شهروندان در برابر قانون به خوبی احساس می‌شود.

۴-۳. قذف

قانون مجازات اسلامی، گاه ارتکاب یک رفتار را علیه مسلمانان، ناروا و علیه غیرمسلمانان، روا اعلام نموده است. در این موارد، قانون‌گذار در جرم‌انگاری یک رفتار تنها از بزه‌دیدگان مسلمان پشتیبانی کرده و چتر حمایتی خود را بر روی بزه‌دیدگان گروه اقلیت نگسترده است. در این حالت، تفاوتی نمی‌کند مرتکب مسلمان یا غیرمسلمان باشد و تنها بزه‌دیدگی مسلمانان به رسمیت شناخته شده است. در جرم قذف قانون‌گذار با پیروی از نظر فقها، برای ثبوت حد، اسلام را از شرایط قذف دانسته است و به موجب ماده ۲۵۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: «قذف در صورتی موجب حد می‌شود که قذف‌شونده در هنگام قذف، بالغ، عاقل، مسلمان، معین و غیر متظاهر به زنا یا لواط باشد.» با توجه به اینکه قذف جزو جرایم علیه شخصیت معنوی بوده و حرمت و حیثیت اشخاص را هتک می‌کند و کرامت انسانی موضوع جرم است، نباید از این دید تفاوتی میان انسان‌ها وجود داشته باشد. تفاوت انسان‌ها در دین نباید موجبی برای عدم حمایت یا حمایتی تبعیضی از شخصیت انسانی آن‌ها گردد. قانون‌گذار در تبصره ۱ همین ماده می‌گوید: «هر گاه قذف‌شونده، نابالغ، مجنون، غیرمسلمان یا غیرمعین باشد، قذف‌کننده به ۳۱ تا ۷۴ ضربه شلاق تعزیری درجه شش محکوم می‌شود، لکن قذف متظاهر به زنا یا لواط، مجازات ندارد.» این تبصره یعنی با غیرمسلمان بودن بزه‌دیده جرم از حدی به تعزیری تقلیل می‌یابد و مجرم افزون بر مجازات کمتر از نهادهای ارفاقی نیز بهره‌مند می‌شود.

۵-۳. قتل عمد

در قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴، میان مسلمان و غیرمسلمان تفاوتی نبود، به موجب مواد یکم و سوم اصلاحی قانون مذکور در سال ۱۳۵۲، این قانون بدون هیچ گونه تبعیضی همه مجرمان (مسلمان و غیرمسلمان) را در برمی‌گرفت. حتی در جرمی مانند قتل که کیفر غیرمسلمان با مسلمان در شرع نابرابر است، مجازاتی یکسان مقرر گردید. (ماده ۱۷۰ قانون مجازات عمومی) پس از انقلاب اسلامی، قانون‌گذار این برابری را بر هم زد و با پیروی از دیدگاه مشهور فقهای شیعه مقرر کرد که قاتل مسلمان برای قتل غیرمسلمان قصاص نمی‌شود و مجازات او دیه است.^۱ در

۱. ماده ۳۱۰ قانون مجازات اسلامی: «هرگاه غیرمسلمان، مرتکب جنایت عمدی بر مسلمان، ذقی، مستأمن یا معاهد شود، حق قصاص ثابت است. در این امر، تفاوتی میان ادیان، فرقه‌ها و گرایش‌های فکری نیست. اگر مسلمان، ذقی، مستأمن یا معاهد، بر غیرمسلمانی که ذقی، مستأمن یا معاهد نیست جنایتی وارد کند، قصاص نمی‌شود. در این صورت مرتکب به مجازات تعزیری مقرر در کتاب پنجم «تعزیرات» محکوم می‌شود.

حقوق کیفری اسلام، مجازات قتل عمد در صورتی قصاص است که قاتل و مقتول در دین مساوی باشند، قاعده کلی این است که پایین‌تر از نظر دین (غیرمسلمان) در برابر بالاتر از نظر دین (مسلمان) قصاص می‌شود، ولی بالاتر در برابر پایین‌تر قصاص‌شدنی نیست. در برابر این دیدگاه برخی معتقدند در قرآن حکم کلی به قصاص داده شده و در این مسئله برابری در دیانت لازم نیست و جان انسانی، صرف‌نظر از ایمان و دیانت وی محترم است و مسلمان و نامسلمان در حق قصاص برابرند (صانعی، ۱۳۸۳: ۷۵-۸۶). قرآن فلسفه قصاص را به طور مطلق بر ضرورت پاسداشت حق حیات استوار نموده و چون مسلمان و غیرمسلمان در اصل حق حیات برابرند، در تقریر این فلسفه هم تفاوتی میان دارندگان آن مقرر نفرموده و این حق را با قطع نظر از تمایزهای طبیعی و اعتبارهای عرضی مانند جنسیت، دیانت و مذهب مورد حمایت قرار داده و تعرض به آن را نهی کرده، با این همه قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی از روح کلی حاکم بر آیات و احادیث دور شده و با نادیده گرفتن تعهدات بین‌المللی خود و با فراموش کردن رهنمودهای کلی قانون اساسی، نظریه عدم مساوات و عدم ثبوت قصاص میان مسلمان و غیرمسلمان را پذیرفته است. قانون‌گذاری که با وجود روایت‌های پرشمار و با فقدان مستندهای فقهی، زیر تأثیر خواسته‌های ملی و فشارهای جهانی برابری مسلمان و غیرمسلمان را در دیه پذیرفته است، بر همین قیاس می‌توانست و می‌تواند در این موضوع هم بازنگری کند و مفاد روایات قاتل به مساوات را مورد حکم قرار دهد (امیدی و حسینی، ۱۳۹۳: ۸۰).

۳-۶. نابرابری دیه مسلمان با غیرمسلمان

همان گونه که دیدیم طبق ماده ۵۵۴ قانون مجازات اسلامی دیه اقلیت‌های دینی شناخته شده در قانون اساسی در جنایات غیرعمدی با دیه مسلمانان برابر است، طبق این ماده، قانون‌گذار تنها تساوی دیه اقلیت‌های به رسمیت شناخته شده در قانون اساسی را پذیرفته و درباره دیگر اقلیت‌های به رسمیت شناخته نشده (اعم از مسلمان و غیرمسلمان) همچنان قائل به تفاوت دیه است. این

تبصره ۱- غیرمسلمانانی که ذمی، مستأمن یا معاهد نیستند و تابعیت ایران را دارند یا تابعیت کشورهای خارجی را دارند و با رعایت قوانین و مقررات وارد کشور شده‌اند، در حکم مستأمن می‌باشند.

تبصره ۲- اگر مجنی علیه غیرمسلمان باشد و مرتکب پیش از اجرای قصاص، مسلمان شود، قصاص ساقط و علاوه بر پرداخت دیه به مجازات تعزیری مقرر در کتاب پنجم «تعزیرات»، محکوم می‌شود.»

مقرره پیروان آیین‌هایی چون یارسان^۱، صابئان مندایی^۲، شیعیان اسماعیلی، علویان و ایرانیان بدون هر گونه باور دینی را در برنمی‌گیرد. نظریه مشورتی ۲۰۲۴/۹۹/۷ مورخ ۱۴۰۰/۰۱/۲۴ اداره کل حقوقی قوه قضائیه هم میزان دیه این افراد را به جست‌وجوی دادرس در منابع فقهی یا فتاوی معتبر واگذارده است: «نظر به اینکه در ماده ۵۵۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تساوی دیه مسلمان و غیر مسلمان صرفاً ناظر به غیرمسلمان موضوع اصل سیزدهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است و نص خاصی درخصوص غیرمسلمانان دیگر وجود ندارد، به نظر می‌رسد با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که قاضی مکلف شده است حکم هر قضیه را در قوانین مدون بیابد و اگر قانونی درخصوص مورد نباشد، با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر کند، درخصوص دیه غیرمسلمانان دیگر باید با توجه به منابع معتبر فقهی حکم قضیه را تعیین و بر آن اساس اتخاذ تصمیم کند.» (پایگاه اینترنتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه) قانون‌گذار در ماده ۳۷۴، جنایات عمدی همچنان قائل به بیشتر بودن دیه مسلمان نسبت به غیرمسلمان است: «هر گاه دیه جنایت، بیش از دیه مقابل آن جنایت در مرتکب باشد، مانند این که... غیرمسلمانی، مسلمانی را عمداً به قتل برساند یا دست وی را قطع کند...»

در جنایات خطای محض، غیرمسلمانان برخلاف مسلمانان که بدو عاقله آنان مسئول پرداخت دیه است، خودشان مسئولند و در صورت عدم تمکن، پس از دادن مهلت به آنان، دولت مسئول پرداخت دیه است. لیکن این مقرره حمایتی باز هم مرتکبان غیرمتمکن اقلیت‌های به رسمیت شناخته‌نشده در قانون اساسی را دربرنمی‌گیرد و درخصوص اقلیت‌های دینی شناخته شده در قانون اساسی هم پرداخت دیه از سوی دولت منوط به زندگی مرتکب در ایران شده که ضابطه‌ای تفسیربردار است. ماده ۴۷۱ قانون مجازات اسلامی مقرر داشته است: «هر گاه فرد ایرانی از اقلیت‌های دینی شناخته شده در قانون اساسی که در ایران زندگی می‌کند، مرتکب جنایت خطای محض گردد، شخصاً عهده‌دار پرداخت دیه است، لکن در صورتی که توان پرداخت دیه را نداشته باشد، به او مهلت مناسب داده می‌شود و اگر با مهلت

۱. در جنگ عراق با ایران، ۷۸۸ تن از پیروان آیین یارسان (اهل حق) در استان کرمانشاه، شهید شدند، همچنین ۱۵۹۸ تن «جانباز» و ۱۳۴ تن «آزاده» هستند. این آمار شهدا و ایثارگران پیروی آیین یارسان در استان‌های دیگر (کردستان و آذربایجان) را در برنمی‌گیرد. (خبرگزاری ایسنا، ۹۴/۵/۱۷)

۲. آیین مندایی از ادیان کهن جهان است که پیروان آن خود را از نسل سام فرزند نوح می‌دانند و پیرو یحیی‌اند. در قانون اساسی ایران، این دین با وجود پیروان زیادی که در ایران داشت، به عنوان یکی از ادیان توحیدی رسمی پذیرفته نشد. در زمان جنگ، مندائیان از کسانی بودند که دچار خسارت‌های فراوان مالی و جانی شدند. هم‌اکنون نیز این اقلیت دینی به نسبت، بیشترین آسیب‌دیدگان را از جنگ هشت ساله عراق با ایران دارد.

مناسب نیز قادر به پرداخت نباشد، معادل دیه توسط دولت پرداخت می‌شود.»، بر اساس ماده ۴۷۰، اگر یک مسلمان که خود و عاقله‌اش نامتکین هستند، مرتکب جنایت خطای محض شود، دولت بدون وجود شروط مقرر در ماده ۴۷۱، مسئول پرداخت دیه است: «در صورتی که مرتکب [مسلمان]، دارای عاقله نباشد، یا عاقله او به دلیل عدم تمکن مالی نتواند دیه را در مهلت مقررپردازد، دیه توسط مرتکب و در صورت عدم تمکن از بیت‌المال پرداخت می‌شود...»

۷-۳. ربا

در حقوق کیفری ایران گاه قانون‌گذار ارتکاب رفتاری را تنها از سوی اقلیت‌ها ناروا و سزاوار کیفر دانسته، در حالی ارتکاب همان رفتار از سوی اکثریت مسلمان آزاد و روا است. به دیگر سخن، مصادیقی از جرایم در حقوق کیفری ایران وجود دارد که با وجود همسانی موضوع آن‌ها نسبت به گروه‌های اکثریت و اقلیت، ارتکاب آن‌ها تنها از سوی گروه اقلیت غیرمسلمان جرم است.

قانون‌گذار در ماده ۵۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵، ضمن جرم‌انگاری ربا، دریافت ربا را مسلمان از کافر را مجاز دانسته است، ولی عکس این حالت، جرم محسوب می‌شود. به موجب این ماده: «هر نوع توافقی بین دو یا چند نفر تحت هر قراردادی از قبیل بیع، قرض، صلح و امثال آن جنسی را با شرط اضافه با همان جنس مکیل و موزون معامله نماید و یا زائد بر مبلغ پرداختی، دریافت نماید ربا محسوب و جرم شناخته می‌شود مرتکبین اعم از ربادهنده، رباگیرنده و واسطه بین آن‌ها علاوه بر رد اضافه به صاحب مال به شش ماه تا سه سال حبس و تا ۷۴ ضربه شلاق و نیز معادل مال مورد ربا به عنوان جزای نقدی محکوم می‌گردند. ... تبصره ۳- هر گاه قرارداد مذکور بین پدر و فرزند یا زن و شوهر منعقد شود یا مسلمان از کافر ربا دریافت کند، مشمول مقررات این ماده نخواهد بود.»

جدا از ابهام مفهومی که در واژه «کافر» وجود دارد باید گفت تبصره بالا از دیدگاه برخی فقها پیروی کرده که معامله‌های ربوی میان مسلمان و غیرمسلمان را چنانچه رباگیرنده مسلمان باشد، جایز دانسته‌اند (خوانساری، ۱۳۶۵: ۲۷۵) لیکن بیشتر فقیهان شیعی قائل به تحقق ربا بین مسلمان و ذمی بوده و دادوستدهای ربوی میان آن‌ها را حرام شمرده‌اند و جواز دریافت ربا از غیرمسلمان را محدود به کافر حربی نموده‌اند (سند، ۱۴۲۸: ۳۷۳). در تحلیل این جرم‌انگاری تبعیض‌آمیز باید گفت اصول ۳ (تأمین امنیت قضایی برای همه مردم)، ۱۹ و ۲۰ (حمایت قانون از همه مردم و برابری حقوق مردم) و بند ۵ اصل ۴۳ قانون اساسی (باطل بودن معاملات ربوی) نقض شده و اگر موضوع جرم، حمایت از مالکیت مشروع افراد است، چرا چتر حمایتی قانون‌گذار اموال غیرمسلمانان را شامل نشده است؟ همچنین با نگرش به ماده ۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که قلمروی اجرایی قوانین کیفری را سرزمین ایران می‌داند و به طبع غیرمسلمانی که داخل در قلمرو ایران شده

یا اهل ذمه است یا مستأمن یا معاهد یا در حکم مستأمن؛ بنابراین استثنای سوم تبصره سوم ماده ۵۹۵ که طبق نظر فقها ویژه کافر حربی است، به طور کلی باید حذف شود. به علاوه در شرایط فعلی و اقتضائات زمانی و مکانی، بحث از کافر حربی منتفی است؛ به ویژه آنکه بحث غیرمحترم بودن جان و مال حربی در فقه، اختصاص به کسی دارد که در حال حرب باشد (علنی کردن جنگ) و ضدیت و عناد خود را با مسلمانان آشکار کرده باشد (حبیب زاده و هوشیار، ۱۳۹۳: ۷۷).

۸-۳. تظاهر به عمل حرام

ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵^۱ با ایجاد عنوان جزایی کلی و مبهم «تظاهر به عمل حرام» و اطلاق شبهه آور متن آن در بیان کیفر نفس عمل حرام، به منظور رفع ابهام، به طور ضمنی مراجعه به منابع فقهی برای تشخیص مصداق و کیفر عمل حرام را تجویز می کند. این ماده از قاعده فقهی «التعزیر لکل عمل محرم» اخذ شده است. جدا از خرده هایی که از باب اصل قانونی بودن جرم و مجازات، اصل صلاحیت انحصاری قوه مقننه، اصل برائت، قاعده قبح عقاب بلا بیان، مبهم بودن مصداق فعل حرام، تعرض به حقوق و آزادی های بنیادین افراد ملت مصرح در قانون اساسی، تفسیرهای موسع و ناروا، مجازات های نامعین و... بر این ماده می توان گرفت (حبیب زاده، ۱۳۸۴: ۱۰). باید گفت دغدغه مقنن در حمایت از ارزش های فقهی و هنجارهای اخلاقی اسلامی و شیعی، نباید زمینه را برای دست اندازی به حقوق و آزادی های گروه های اقلیت فراهم آورد. در حالی که در میان فقهای شیعه درباره تعریف «فعل حرام» و مفهوم، مصداق و دایره «تعزیر» توافق وجود ندارد (محقق داماد و حاجیان، ۱۴۰۰: ۱۹۹)، چگونه می توان از باورمندان به دیگر ادیان و مذاهب انتظار داشت که ضمن شناسایی مصداق فعل حرام طبق نظر فقهای امامیه، از تظاهر به آن خودداری کنند. تعمیم تعزیر به جمیع معاصی و محرمات در فقه شیعه و تجریم آن در قوانین کیفری یعنی یکسان دانستن مفهوم گناه شرعی با جرم قانونی، یکی دیگر از مصداق آشکار تضییع حقوق اقلیت های مذهبی است که باور به دیگر ادیان و مذاهب دارند، به ویژه در تعزیرات که یکی از اهداف اصلی شارع از وضع آن ها، اصلاح مرتکب است (رضائزاد و محسنی، ۱۴۰۰: ۷۹). این مسئله ای است که حقوق دانان کیفری ایران از این بُعد به آن نپرداخته اند.

۱. «هر کس علناً در انتظار و اماکن عمومی و معابر تظاهر به عمل حرامی نماید، علاوه بر کیفر عمل به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم می گردد و در صورتی که مرتکب عملی شود که نفس آن عمل دارای کیفر نمی باشد ولی عفت عمومی را جریحه دار نماید فقط به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم خواهد شد.»

نتیجه

آزادی عقیده از حقوق مسلم بشر است که اسناد بین‌المللی بر آن گواهی می‌دهد. امروزه حق انسان را برای قبول یا انکار هر عقیده و اظهار آن به رسمیت می‌شناسند و عقیده و مذهب را خارج از حیطه دخالت دولت می‌دانند. در این پژوهش به بررسی رابطه حقوق کیفری ایران و آزادی عقیده و مذهب پرداختیم، حقوق کیفری از دو منظر سلبی (نقض آن) و ایجابی (حمایت از شهروندان) با آزادی باور پیوند می‌خورد. نظام حقوقی ایران در تکاپوی برقراری توازن منطقی میان آزادی عقیده و مذهب شهروندان و امنیت حکومت است. قانون‌گذار اساسی ایران، درکی کلی از حق داشتن عقیده و مذهبی متفاوت یا نداشتن هر گونه باور دینی، تغییر مذهب و دین و انجام مناسک و تبلیغ مذاهب به‌عنوان حقی مستقل و اصلی حقوقی دارد، قانون‌گذار کیفری نیز گرایش به تبعیض حقوق افراد به‌جهت تفاوت در عقیده و مذهب و در نتیجه محرومیت اقلیت‌ها از برخی حقوق انسانی دارد. این رویکرد جدا از اینکه از نظر حقوقی پذیرفته نیست، از نظر ارزشی نیز قابل قبول نیست، چراکه برای نمونه بسیاری از اقلیت‌های دینی و مذهبی ایران در جریان جنگ تحمیلی دوشادوش ایرانیان مسلمان شیعه از اسلام، انقلاب و ایران دفاع کردند. در قانون مجازات اسلامی، جرایم سازمان‌یافته یا مبتنی بر نفرت بر ضد یک گروه اقلیت فکری یا عقیدتی به‌منظور از بین بردن موجودیت یا ضربه زدن به آن‌ها، ترغیب و تحریک به تبعیض، خصومت یا خشونت علیه فرقه‌ها یا گروه‌های مذهبی جرم‌انگاری نشده و ارتکاب جرم علیه اعضای یک گروه اقلیت با قصد ضدیت با باور ویژه آنان به‌عنوان علتی مشدد به‌گونه‌ای جدا از مقررات کلی ناظر بر تشدید مجازات مورد شناسایی قرار نگرفته است. هرچند رویکردهایی ایجابی همچون جرم‌انگاری توهین به ادیان و مذاهب شناخته‌شده در قانون اساسی، جنایت بر میت غیرمسلمان و جرم‌زدایی از شرب خمر غیرمسلم در این قانون وجود دارد، ولی این مقرره‌ها کامل و جامع نیست. قانون‌گذاران در سال‌های اخیر گام‌هایی برای برابری افراد در پیشگاه قانون صرف‌نظر از باور آنان برداشته‌اند؛ مانند برابری دیه اقلیت‌های شناخته‌شده در قانون اساسی با مسلمانان، اما این اقدامات با نقطه مطلوب فاصله دارد. با گذراندن این قوانین که نابرابری‌هایی در جرایم مستوجب قصاص، حدود و دیات برای ایرانیانی با باوری متفاوت از اکثریت پدید آورده است، از پالایه حق آزادی عقیده و مذهب و روزآمد کردن برخی دیدگاه‌های شرعی با توجه به پویایی فقه جعفری، باید در راستای رفع تبعیض‌های ناعادلانه موجود اقدام کرد.

منابع

فارسی

- ابراهیمیان، حجت‌الہ (۱۳۹۱)، «حقوق خاص اقلیت‌های دینی در نظام سیاسی ایران با تأکید بر قانون اساسی»، فصلنامه مطالعات انقلاب اسلامی، سال نهم، شماره ۲۹.
- امام، محمدرضا و محمد حسینی، محمود هل اتائی (۱۳۹۵)، «بازخوانی ادله مشروعیت اعدام در زنا با محارم»، مجله فقه و اصول، سال ۴۸، شماره ۱۰۵.
- امیدی، جلیل وزکریا حسینی (۱۳۹۳)، «جریان قصاص میان مسلمان و غیرمسلمان از منظر فقه اسلامی و حقوق ایران»، دوفصلنامه فقه مقارن، شماره ۴.
- حبیب‌زاده، محمدجعفر و مهدی هوشیار (۱۳۹۳)، «موقعیت اقلیت‌های دینی در حقوق کیفری ایران در پرتو اصل برابری در مقابل قانون»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال ۵، شماره ۲ (پیاپی ۱۰).
- حبیب‌زاده، محمدجعفر (۱۳۸۴)، «مجازات عمل حرام و تعارض آن با قانون‌مداری در قانون اساسی ایران»، نشریه حقوق اساسی، دوره ۲، شماره ۳.
- حسینی کارنامی، سیدحسین (۱۳۹۳)، «آزادی عقیده و آزادی بیان با تکیه بر واکاوی تفسیری آیه لا اکراه فی الدین»، پژوهشنامه معارف قرآنی، دوره ۵، شماره ۱۹.
- رحمدل، منصور (۱۳۹۱)، «حمایت کیفری از حقوق ملت»، مجله تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، شماره ۱۸.
- رحیمی، محسن (۱۳۹۹)، نخستین قوانین کیفری ایران، تهران: مجد.
- رحیمی‌نژاد، اسمعیل (۱۳۸۷)، کرامت انسانی در حقوق کیفری، تهران: میزان.
- رضائزاد علی و محمد محسنی دهکلانی (۱۴۰۰)، «تعزیرات منصوص شرعی در سایه حکم حکومتی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۵.
- زمانی، قاسم (۱۳۸۴)، «حمایت از اقلیت‌ها در اسناد جهانی حقوق بشر»، مجله حقوق و سیاست، دوره ۷، شماره ۱۶.
- شاکری، ابوالحسن و محمدحسن مالدار (۱۳۹۶)، «جرائم ناشی از مصرف الکل توسط گردشگران خارجی غیر مسلمان در حقوق ایران»، مجله برنامه‌ریزی و توسعه گردشگری، سال ۶، شماره ۲۳.
- صانعی، یوسف (۱۳۸۳)، برابری قصاص (زن و مرد، مسلمان و غیرمسلمان)، قم: ميثم تمار.
- صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۶۴)، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، جلد سوم.
- ضیایی، محمدعادل و فهیم نرگس (۱۳۹۵)، «دیه غیرمسلمان ساکن در بلاد اسلامی از دیدگاه فقه مذاهب اسلامی»، مجله فقه مقارن، سال ۴، شماره ۷.
- طباطبایی مومنی، منوچهر (۱۳۹۶)، آزادی‌های عمومی و حقوق بشر، تهران: دانشگاه تهران.
- عزیزی، ستار (۱۳۸۶)، «حمایت از حق موجودیت اقلیت‌ها در پرتو مجازات مرتکبان ژنوسید در رویه قضایی بین‌المللی»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۷، شماره ۴.
- عربیان، اصغر (۱۳۹۲)، «عدم اختصاص بینه به شهادت دو شاهد»، فقه و حقوق اسلامی، سال ۳، شماره ۶.

- قاری سیدفاطمی، محمد (۱۳۹۶)، حقوق بشر معاصر (۲) (جستارهایی تحلیلی در حق‌ها و آزادی‌ها)، تهران: نگاه معاصر
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: شرکت سهامی انتشار، بهمن برنا.
- محقق داماد، مصطفی و هانی حاجیان (۱۴۰۰)، «نظریه عمومی جرمه مدنی (تغزیرات غیرکیفری) در فقه اسلامی و حقوق ایران»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۴.
- محمدی، صفدر و سلمان علی‌پور، معصومه کریمی (۱۳۹۷)، «بررسی جرم‌انگاری ارتداد در حقوق ایران و بین‌الملل»، پنجمین همایش ملی پژوهش‌های مدیریت و علوم انسانی در ایران، تهران: دانشگاه تهران.
- مطهری، مرتضی (۱۳۶۴)، پیرامون جمهوری اسلامی، جلد اول، تهران: انتشارات صدرا.
- مهرپور، حسین (۱۳۸۳)، نظام بین‌المللی حقوق بشر، جلد اول، تهران: انتشارات اطلاعات.
- وحدتی شبیری، حسن (۱۳۷۶)، الكل و فرآورده‌های آن در فقه اسلامی، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

عربی

- خوانساری، سیداحمد (۱۳۶۵ق)، جامع المدارک فی الشرح المختصر النافع، جزء سوم، چاپ ۲، تهران: مکتبه الصدوق.
- خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۰ق)، تکملة المنهاج، چاپ بیست و هشتم، قم: مدینه العلم.
- سند، محمد (۱۴۲۸ق)، فقه المصارف و النقود، تقریر از مصطفی اسکندری، قم: محبین.
- شهیدثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۴ق)، حاشیه الارشاد، تحقیق رضا مختاری، قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین قم.
- شیخ صدوق، محمدبن علی (۱۴۰۱ق)، من لایحضره الفقیه، الجزء الرابع، بیروت: دارصعب-دارالتعارف.
- طوسی، محمدبن حسن (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الإمامیه، جلد ۸، تهران: المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه.
- نجفی، محمدحسن (۱۳۹۰ق)، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۲، بیروت: داراحیا التراث العربی.

شرکت‌های کاغذی و راهکارهای مقابله با آن‌ها در پرتو آسیب‌شناسی نظام ثبت شرکت‌ها

نسرین طباطبائی حصاری*، سروش صفی‌زاده**

چکیده

شرکت‌های کاغذی به‌عنوان ابزاری برای ارتکاب جرایم اقتصادی همچون جعل، کلاهبرداری، فرار مالیاتی، پولشویی، تأمین مالی تروریسم و... در سال‌های اخیر در کشور ایران به‌طور گسترده‌ای رواج یافته است و این امر نه تنها نظام قضایی کشور را درگیر خود ساخته است؛ بلکه به اخلال در نظام مالیاتی، نظام بانکی و نظام گمرکی کشور منجر شده و کاهش اعتماد عمومی به حاکمیت را در پی داشته است. بی‌تردید این مسئله مرهون ضعف نظام رصد، شناسایی و نظارت بر انواع شرکت‌های تجاری است و ثبت شرکت‌ها به‌عنوان تنها سازمانی که به‌طور تخصصی مرتبط با اطلاعات شرکت‌های تجاری است می‌تواند نقش عمده‌ای در مقابله با بروز و ظهور این شرکت‌ها ایفا کند. لذا این پرسش قابل طرح است که توسعه شرکت‌های کاغذی از دریچه نظام ثبت شرکت‌ها معلول چه اشکالاتی در این نظام ثبتی است و چه راهکارهایی برای رفع این نقاط ضعف وجود دارد. این پژوهش با روشی توصیفی-تحلیلی، متکی بر مطالعات کتابخانه‌ای-اسنادی، در وهله اول به شناسایی مفهوم و ساختار شرکت‌های کاغذی می‌پردازد. سپس علل ایجاد و توسعه شرکت‌های کاغذی از منظر نظام ثبت شرکت‌ها را مورد بررسی قرار داده و پس از شناسایی موارد خلأ نظام ثبتی در مقابله با شرکت‌های کاغذی، راهکارهایی جهت رفع اشکالات موجود ارائه می‌دهد.

واژگان کلیدی: شرکت کاغذی، ثبت شرکت‌ها، مدیر قانونی، مدیر در سایه، جمع‌آوری اطلاعات، صحت‌سنجی اطلاعات

* دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسنول)
nasrintaba@ut.ac.ir

** دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشکدگان فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران
safizade.soroush@ut.ac.ir

مقدمه

به زعم صاحب نظران، سازماندهی فعالیت اقتصادی در قالب نهادی همچون شرکت های تجاری و انجام دادوستد با این اشخاص فرضی و اعتباری به جای اشخاص حقیقی، از جلوه های اصلی اقتصاد و تجارت مدرن است (طوسی، ۱۳۹۳: ۱۹؛ بهمنی و نریمانی زمان آبادی، ۱۴۰۱: ۷۲). اساساً از نظر حقوقی تمامی شرکت های تجاری دارای یک شخص حقوقی هستند که همانند اشخاص حقیقی می توانند دارای حق و تکلیف از جمله حق دادخواهی، حق داشتن حساب بانکی، حق انجام معامله نسبت به اموال و سایر دارایی ها باشند (Findley, et al, 2012: 7). بنابراین تأسیس شرکت تجاری، عنوانی اعتمادساز است که با ایجاد شخصیت حقوقی نوعی اعتبار و حیثیت تجاری به وجود می آورد که به آسانی می تواند سبب جلب اطمینان اشخاص گردد.

با وجود این، اقتصاد امروز دنیا، شاهد تولد دسته ای از شرکت ها است که برخلاف غالب شرکت های تجاری که کارمندانی دارند، کالا یا خدماتی ارائه می دهند، بیش از آن شخصیت حقوقی نیستند و به همین دلیل که صرفاً از صورت و حجاب شخصیت حقوقی برای پیشبرد اهداف و انگیزه های مالی یا غیرمالی استفاده می کنند. این شرکت ها در نظر صاحب نظران با عنوان «شرکت های صوری»^۱ شناخته شده اند (Findley, et al, 2012: 7).

اصولاً تأسیس شرکت های صوری در کشورهای مختلف به دلیل آنکه عموماً انگیزه های قانونی و مشروع در پشت تأسیس آن ها وجود دارد مجاز است؛ برای مثال در حقوق خارج ممکن است شرکتی صوری با انگیزه مدیریت دارایی های شخصی یا خانوادگی در قالب تراست ایجاد شود (سلیمانی، ۱۴۰۰: ۳۶). همچنین برندهای معروف هنگام خرید املاک، برای جلوگیری از افزایش قیمت، معمولاً در قالب تأسیس شرکتی صوری اقدام به انعقاد معامله می کنند که امری قانونی است. (Krišto & Thirion, 2018: 27) با این حال اقلیتی از این شرکت ها که با عنوان شرکت های کاغذی یا بی نام و نشان شناخته می شوند، به عنوان ابزاری برای ارتکاب جرایم اقتصادی همچون جعل، کلاهبرداری، فرار مالیاتی، پولشویی، تأمین مالی تروریسم و... قرار دارند. (Krišto & Thirion, 2018: 11-12, 27) استفاده از این دسته از شرکت ها در سال های اخیر در کشور ایران به طور گسترده ای میان فعالان اقتصادی رواج یافته است که این موضوع نه تنها نظام قضایی کشور را درگیر خود ساخته است؛ بلکه به اخلال در نظام مالیاتی، نظام بانکی و نظام گمرکی کشور منجر شده و در نهایت موجب کاهش اعتماد عمومی به نهادهای حاکمیتی گردیده است (دانش شهرکی، ۱۴۰۰: ۳۴).

در باب آسیب‌شناسی پیرامون علل تحقق و گسترش شرکت‌های کاغذی در ایران، به گفته صاحب‌نظران، بی‌تردید ضعف نظام رصد، شناسایی و نظارت بر انواع شرکت در حقوق ایران، مهم‌ترین خلأ سیستمی نظام راهبری شرکتی محسوب می‌شود (حسن‌زاده، ۱۳۹۵: ۱۱). اگرچه گفته شده است اصلاح نظام نظام مالیاتی در کنار تشکیل بانک اطلاعاتی جامع و فراگیر برای رصد فعالیت‌های اقتصادی شرکت‌ها می‌تواند در مقابله با این شرکت‌ها مؤثر باشد (غلامی و باقرپور، ۱۴۰۰: ۳۰۳)، لیکن باید اذعان داشت محور اصلی نظارت معطوف به نهاد ثبت شرکت‌ها به‌عنوان تنها سازمانی است که به‌طور تخصصی مرتبط با شرکت‌های تجاری می‌باشد (پاسبان، ۱۳۸۴: ۹۰). اگرچه سازمان‌های دیگری همچون سازمان مالیاتی به اعتبار وظایف قانونی خود، بر شرکت‌های تجاری نظارت می‌کنند؛ اما چنین سازمان‌هایی به‌دلیل آنکه کارکرد اصلی‌شان مواردی همچون وصول مالیات است نمی‌توانند به‌عنوان ناظر نقش ایفا کنند (پاسبان، ۱۳۸۴: ۹۰). به همین واسطه نیز به عقیده برخی صاحب‌نظران عدم به‌روزرسانی نظام ثبت شرکت‌های تجاری و عدم تطابق با شرایط موجود، یکی از تأثیرگذارترین عوامل در رشد شرکت‌های کاغذی است (موسی‌پور لقمیجانی و همکاران، ۱۴۰۰: ۱۸۶). در این راستا پرسش آن است که توسعه شرکت‌های کاغذی از دریچه نظام ثبت شرکت‌ها معلول چه اشکالاتی در این نظام ثبتی است و چه راهکارهایی برای رفع این نقاط ضعف وجود دارد.

نسبت به آسیب‌شناسی مسئله شرکت‌های کاغذی، آثار متعددی چه در داخل و چه در خارج به رشته تحریر درآمده است. با این حال در غالب این آثار مسئله مذکور و راهکارهای مقابله با آن از منظر نظام مالیاتی مورد بررسی قرار گرفته است و آسیب‌شناسی از نقطه نظر نظام ثبت شرکت‌ها جایگاه اندکی در این مطالعات داشته است (سلیمانی، ۱۴۰۰: ۳۵-۴۴؛ موسی‌پور لقمیجانی و همکاران، ۱۴۰۰: ۲۱۰-۱۸۵؛ پورزمانی و همکاران، ۱۳۹۷: ۱۳۳-۱۱۷؛ توکل و همکاران، ۱۳۸۳: ۶۰-۵۹؛ Krišto & Thirion, 2018: 11-41; Findley, et al, 2012: 1-29; Sharman, 2010: 127-140) با این حال در محدود آثاری هم که به مسئله شرکت‌های کاغذی از دریچه ثبت شرکت‌ها اشاره شده، از نقش اطلاعات مدیران در شناسایی و مقابله با این شرکت‌ها غفلت شده است (حسن‌زاده، ۱۳۹۵: ۱۱-۲۸). در حالیکه به زعم نظریه‌پردازان، شناسایی افرادی که کنترل و مدیریت شرکت‌های کاغذی را در دست دارند، تأثیر به مراتب بیشتری از رصد فعالیت‌ها و معاملات برای مقابله با شرکت‌های کاغذی دارد (Krišto & Thirion, 2018: 28).

در این راستا، این پژوهش بر مبنای روش جمع‌آوری اطلاعات کتابخانه‌ای و روش تحقیق توصیفی - تحلیلی، در وهله اول به شناسایی مفهوم شرکت کاغذی و ساختار آن می‌پردازد؛ سپس با شناسایی موارد خلأ سیستمی ثبت شرکت‌ها، علل ایجاد و توسعه شرکت‌های کاغذی را از منظر ثبت

شرکت‌ها بررسی می‌کند و در نهایت به ارائه راهکارهایی جهت مقابله با شرکت‌های کاغذی در نظام ثبت شرکت‌ها می‌پردازد.

۱. شرکت کاغذی؛ از مفهوم تا ساختار

شرکت کاغذی اصطلاحی است که در سالیان اخیر در پرونده‌های مربوط به جرایم اقتصادی بارها شنیده شده است؛ اصطلاحی که به زعم برخی صاحب‌نظران همیشه همراه با کلاهبرداری بوده و یک پایه ثابت پرونده‌های کیفری به‌شمار می‌رود (سلیمانی، ۱۴۰۰: ۳۵). با این حال ازجمله انتقاداتی که همواره از سوی صاحب‌نظران به مقنن ایرانی وارد می‌شود عدم تعریف مفهوم شرکت کاغذی و شناسایی ساختار این شرکت‌هاست (موسی‌پور لقمیجانی و همکاران، ۱۴۰۰: ۱۹۴). ذیلاً در دو بخش به شناسایی مفهوم شرکت کاغذی و ساختار آن پرداخته می‌شود.

۱-۱. مفهوم شناسایی شرکت کاغذی

مروری بر آثار پدید آمده در حوزه شرکت‌های کاغذی در ایران، نشان می‌دهد که صاحب‌نظران اصولاً اصطلاح شرکت کاغذی را مترادف با شرکت صوری می‌دانند و این اصطلاحات را به‌جای یکدیگر به‌کار می‌برند (پورزمانی و همکاران، ۱۳۹۷: ۱۱۸؛ موسی‌پور لقمیجانی و همکاران، ۱۴۰۰: ۱۸۹؛ سلیمانی، ۱۴۰۰: ۴۰؛ امیدیان و ندچالی، ۱۴۰۰: ۱). با این حال مرور آثار صاحب‌نظران خارجی نشان می‌دهد که اصطلاح شرکت صوری مفهومی اعم از شرکت کاغذی دارد. در گزارشی که پارلمان اروپا با عنوان «درآمدی بر شرکت‌های صوری در اتحادیه اروپا» منتشر نمود، شرکت صوری به شرکتی تعریف گردیده است که فاقد فعالیت واقعی در کشور عضوی است که در آن‌جا به ثبت رسیده است (Krišto & Thirion, 2018: 11). مطابق این تعریف شرکت‌های صوری در سه دسته تقسیم می‌شوند:

- دسته اول با عنوان «شرکت‌های صوری ناشناس»^۱، شرکت‌هایی هستند که خصلت آن‌ها بی‌نام و نشان بودن آن‌هاست یعنی در عین اینکه مالک و ذی‌نفع واقعی، کنترل شرکت و منابع را در اختیار دارد، امکان شناسایی وی مقدور نمی‌باشد؛
- دسته دوم با عنوان «شرکت‌های دارای اقامتگاهی متفاوت از محل تأسیس»^۲ به شرکت‌های گفته می‌شود که در یکی از کشورهای عضو اتحادیه به ثبت می‌رسند اما برای دور زدن قوانین کار و تأمین اجتماعی، فعالیت اقتصادی اصلی خود را در کشور دیگری از اعضای اتحادیه انجام می‌دهند؛

1. Anonymous shell companies

2. Letterbox companies

- در دسته سوم « شرکت‌های با کارکردهای ویژه^۱ » یا SPE قرار دارد. یعنی شرکت‌هایی که فعالیت اصلی آن‌ها تأمین مالی گروه یا فعالیت در قالب شرکت هلدینگ است. این شرکت‌ها نهادهایی بدون (یا با تعداد کمی) کارمند هستند که بدون حضور در کشور میزبان در اقتصاد آن سرمایه‌گذاری می‌کنند (Křišto & Thirion, 2018: 11-12).

به نظر می‌رسد در ادبیات شرکت‌های صوری ایران، مقصود از شرکت کاغذی، شرکت‌های صوری ناشناس است. چراکه در تعریف این شرکت‌ها، گفته شده است ناشناس بودن عنصر اصلی شرکت‌های کاغذی است و این عنصر ابزاری مهم جهت فرار مالیاتی، پولشویی و ناشناس ماندن هویت افرادی است که برای اجرای فعالیت غیرقانونی خود این دسته از شرکت‌ها را راه‌اندازی می‌کنند (سلیمانی، ۱۴۰۰: ۳۵). این نوع شرکت‌ها به صورت مداوم در گزارش‌های کنسرسیوم‌های بین‌المللی به‌عنوان شرکت‌های فعال در زمینه فرار مالیاتی، فساد، پولشویی و تأمین مالی تروریسم مطرح می‌شوند (Křišto & Thirion, 2018: 11).

در گزارشی که در سال ۲۰۰۶ سازمان مقابله با جرایم مالی وزارت خزانه داری ایالات متحده پیرامون پولشویی در قالب شرکت‌های کاغذی منتشر کرد، استفاده از آن دسته از قالب‌های شرکت‌های تجاری که مسئولیت مالکان محدود به میزان آورده می‌باشد، مهم‌ترین وصف این شرکت‌ها تلقی شده است. با استفاده از این قالب‌های شرکتی، در کنار شخصیت حقوقی شرکت که به‌عنوان یک پوشش برای فعالیت‌های غیرقانونی محسوب می‌شود، اطلاعات مالکیتی مربوط به شرکت‌ها را نیز می‌توان از مقامات نظارتی پنهان کرد؛ زیرا اکثر ایالات در مرحله تأسیس یا پس از تأسیس شرکت، افشای اطلاعات مالکیتی مربوط به قالب‌های شرکت‌های تجاری که مسئولیت مالکان محدود به میزان آورده می‌باشد را ضروری نمی‌دانند (Department of the Treasury, Financial Crimes Enforcement Network, 2006: 1-2).

بنابر آنچه گفته شد شرکت کاغذی را می‌توان به نهادی در پوشش شرکت‌های تجاری که مسئولیت مالکان محدود به میزان آورده می‌باشد تعریف کرد که نه با هدف مشارکت تجاری و انجام فعالیت تجاری و اقتصادی، بلکه با انگیزه سوءاستفاده از شخصیت حقوقی و مسئولیت محدود آن جهت فرار مالیاتی، پولشویی، فساد، تأمین مالی تروریسم، اخذ تسهیلات بانکی و سایر انگیزه‌های متقلبانه تأسیس می‌گردد.

۲-۱. ارکان شرکت کاغذی

شرکت‌های کاغذی معمولاً برای پنهان کردن هویت مالکان ذی‌نفع خود - یعنی شخصی که در نهایت شرکت را کنترل می‌کند و از آن سود می‌برند - مورد استفاده قرار می‌گیرند (Krišto & Thirion, 2018: 27). در این راستا افراد سودجو از طریق پرداخت مبلغی ناچیز در ازای دسترسی به اوراق هویتی افراد ناآگاه به امور حقوقی و مالی و عموماً کم‌سواد یا بیکار یا بی‌بصاعت، مبادرت به ثبت شرکت کاغذی به نام آن‌ها نموده و با اخذ وکالت بلاعزل و اختیارات گسترده‌ای که از این افراد (که دیگر صاحب کرسی مؤسسين و مدیران قانون شرکت می‌باشند) به دست آورده‌اند، پس از اخذ مجوزهای لازم برای شرکت مزبور و با ثبت اسناد معاملاتی به نام این شرکت‌ها، اقدامات غیرقانونی و مجرمانه خود را در پوشش این شرکت‌ها انجام می‌دهند (دانش شهرکی، ۱۴۰۰: ۳۸). به‌طور مثال با ثبت اسناد معاملاتی به نام شرکت کاغذی تازه تأسیس، مالیاتی که باید خودپردازند را بر عهده شرکت قرار می‌دهند و از آنجا که این شرکت‌ها و مدیران قانونی آن سرمایه چندانی در دست ندارند، دارایی کافی برای پرداخت مطالبات نخواهند داشت (پورزمانی و همکاران، ۱۳۹۷: ۱۱۹)؛ به عبارت دیگر اشخاص حقوقی یا حقیقی که بر اساس اسناد قانونی ثبت شده نزد مرجع ثبت شرکت‌ها و سایر مراجع ذی‌صلاح، مدیر قانونی شرکت بوده و مسئول تعهدات مالی مربوط به حقوق دولتی یا عمومی همانند مالیات هستند دارایی کافی جهت ایفاء تعهدات قانونی را ندارند و از سوی دیگر اشخاص حقیقی یا حقوقی که مدیریت واقعی و عملی شرکت را در اختیار داشته‌اند و در واقع طرف معاملات و منتفع از عواید آن‌ها بوده‌اند به دلیل عدم تنظیم سند به نام آن‌ها از پذیرش تعهدات قانونی و پرداخت مطالبات اجتناب می‌نمایند و این‌گونه فرار مالیاتی رخ می‌دهد (دانش شهرکی، ۱۴۰۰: ۳۸). بنابراین ارکان شرکت کاغذی را باید حول مفهوم مدیریت (رسمی و قانونی، عملی و در سایه) یافت.

مدیر از جمله مفاهیمی است که در مقررات شرکت‌های تجاری ایران تعریف نشده است. با این حال از قرائن موجود در لایحه اصلاحی شرکت‌های سهامی سال ۱۳۴۷ می‌توان استنباط کرد که مدیر شرکت در این لایحه قانونی به مفهوم عضو هیئت مدیره شرکت تجاری به کار رفته است (جنیدی و زارع، ۱۳۹۴: ۹۱). در تعریف برخی حقوق‌دانان «اداره شرکت به معنای انجام همه کارها و گرفتن کلیه تصمیمات مرتبط با اداره شرکت است» و بر همین اساس مفهوم مدیر، مفهومی اعم از هیئت مدیره و مدیرعامل دانسته شده است (پاسبان، ۱۳۹۳: ۱۷۸).

در دستورالعمل حاکمیت شرکتی شرکت‌های پذیرفته شده در بورس اوراق بهادار تهران و فرابورس ایران ابلاغی ۱۳۹۷ مفهومی از مدیر ارائه شده است که به نظر می‌رسد فراتر از تعاریف مورد اشاره است. در بند پنج ماده یک، مدیران اصلی یک شرکت اشخاصی تلقی شده‌اند که اختیار و مسئولیت

برنامه‌ریزی، هدایت و کنترل فعالیت‌های واحد تجاری را به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم بر عهده دارند؛ در این بند به شیوه تمثیلی، از جمله این اشخاص به اعضای هیئت مدیره، مدیرعامل و مدیران ارشد اجرایی اشاره شده است. این مفهوم از مدیر در بند ۱ ماده یک آیین‌نامه اجرایی ماده (۱۸) قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور مصوب ۱۳۹۴ با عنوان «کنترل» بیان شده است و تصریح شده است که مقصود از کنترل، توانایی اعمال سیاست‌های مالی و عملیاتی شرکتی به‌منظور کسب منافع از فعالیت‌های شرکت تجاری است. تأکید این مفهوم، بر قدرت تصمیم‌گیری در امور مالی، اقتصادی و حیاتی شرکت است (عابدی فیروزجائی، ۱۳۹۷: ۵۴) که می‌تواند از جانب مدیران رسمی شرکت همچون هیئت مدیره، مدیرعامل و... صورت پذیرد یا از جانب اشخاصی که سهام‌دار عمده و کنترلی شرکت محسوب می‌گردند و به‌واسطه قدرت رأی خود در سیاست‌گذاری‌های اصلی شرکت و عزل و نصب‌ها مستقیماً نقش دارند. بنابراین مدیر عبارت از شخصی است که به‌صورت بالفعل اداره شرکت (اعم از اداره رسمی یا عملی) را بر عهده دارد (Dine, 2001: 166). به نظر می‌رسد قانون شرکت‌های ۲۰۰۶ انگلستان نیز در مواد ۲۵۰ و ۲۵۱ با تعریف مدیریت رسمی و مدیریت در سایه به‌عنوان مصادیق مدیر شرکت‌ها، همین مضمون را مورد توجه قرار داده است.^۱ در حقوق فرانسه نیز مدیران به دو دسته مدیران قانونی و مدیران عملی تقسیم شده‌اند (جنیدی و زارع، ۱۳۹۴: ۹۱). مدیران قانونی همان مدیران رسمی همچون مدیرعامل و اعضای هیئت‌اند و مدیران عملی اشخاصی‌اند که اگرچه رسماً متصدی اداره امور شرکت نیستند اما اقدامات آن‌ها به‌گونه‌ای است که می‌توان به آن‌ها مدیریت شرکت را نسبت داد (جنیدی و زارع، ۱۳۹۴: ۹۱).

بر همین اساس در این پژوهش، «مدیر» واژه‌ای اعم از مدیر رسمی (قانونی) و مدیر در سایه (عملی) در نظر گرفته شده است. ذیلاً به تشریح این مصادیق می‌پردازیم.

۱-۲-۱. مدیر رسمی (قانونی)^۲

به افرادی که رسماً وظیفه اعمال حاکمیت نسبت به کسب‌وکار و دارایی شرکت‌ها را بر عهده دارند، مدیر رسمی یا قانونی گفته می‌شود (Berle and Means, 1999: 196). این مفهوم از مدیر در گذر زمان به‌دست آمده است. در حقوق شرکت‌های سنتی که شرکت فاقد شخصیت حقوقی است، مدیر به‌عنوان وکیل شرکا محسوب می‌شد و اصل بر عدم اختیار وی در انجام امور شرکت بود؛ مگر آنکه از جانب

1. section(250) "Director": In the Companies Acts "director" includes any person occupying the position of director, by whatever name called.

Section(251) "Shadow director": (1) In the Companies Acts "shadow director", in relation to a company, means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act.

2. Formal Director

شرکا صراحتاً این جواز اعطا می‌شد (صقری، ۱۳۹۳: ۱۴۷-۱۴۶). در این خصوص مواد ۵۱ قانون تجارت و ۶۶۳ قانون مدنی شایان توجه است. با گسترش شرکت‌ها و افزایش میزان سهامداران و به تبع آن پراکندگی مالکیت سهام شرکت‌ها، مرکزیت قدرت سهامداران و صاحبان حق‌الشرکه از بین رفت و قدرت کنترل بر دارایی‌ها از سهامداران به مدیران انتقال یافت (Dignam and Lowry, 2012: 290). در این خصوص مواد ۱۰۵ قانون تجارت و ۱۱۸ لایحه اصلاحی شرکت‌های سهامی ۱۳۴۷ قابل استناد است. به زعم برخی صاحب‌نظران، ماده ۱۰۵ قانون تجارت با اعمال شرط شکلی درج در اساسنامه برای محدودسازی اختیارات مدیریت، اولین گام در راستای عدول از تئوری کلاسیک وکالت را برداشت (طوسی، ۱۳۹۳: ۱۹۳-۱۹۲) و در در ماده ۱۱۸ لایحه اصلاحی هرگونه تحدید اختیاری را کأن لم یکن دانست و مدیران را واجد اختیار مطلق در حدود موضوع شرکت قلمداد نمود.

این موضوع که در حقوق شرکت‌ها به دکتین «تفکیک مالکیت از مدیریت شرکت» مشهور است، به زعم صاحب‌نظران، بر مبنای اقتضانات و ضروریات بازار و لزوم سازماندهی کارآمد منابع اقتصادی شکل گرفته است (طوسی، ۱۳۹۳: ۱۹۵). مسئله‌ای که در نظر آدولف برل^۱ و گاردینر مینز^۲ در کتاب مشهور «شرکت مدرن و مالکیت خصوصی»^۳ این‌گونه تبیین شده است: «با افزایش پراکندگی مالکیت سهام شرایط جدیدی در ارتباط با کنترل شرکت پدید آمده است؛ دیگر اشخاصی که کنترل این شرکت‌ها را در اختیار دارند مالکان شرکت‌ها نیستند و کنترل تا حد زیادی جدا از مالکیت فرض می‌شود؛ ... این در حالی است که در گذشته فرض می‌شد کنترل شرکت تابعی از مالکیت است» (Berle and Means, 1999: 110-111).

۲-۱. مدیر در سایه (عملی)^۴

حقوق شرکت‌های مدرن مبتنی بر منطق پلوتوکراسی^۵ یا زرسالاری است. زرسالاری بدین معناست که هرکه آورده بیشتری در شرکت تجاری داشته باشد، قدرت تصمیم‌گیری بیشتری هم در شرکت خواهد داشت (عابدی فیروزجانی، ۱۳۹۷: ۵۳). در چهارچوب این مفهوم، سهام‌دارانی را می‌توان یافت که با وجود آنکه هیچ سمت رسمی مدیریتی در شرکت تجاری ندارند، به واسطه حجم آورده‌ای که در شرکت تجاری دارند دارای یک قدرت مدیریتی و سیاست‌گذاری در شرکت تجاری می‌باشند و عملاً مدیران رسمی از این افراد تبعیت می‌کنند و به‌گونه‌ای گماشته آن‌ها محسوب

1. Adolf A. Berle

2. Gardiner C. Means

3. The Modern Corporation and Private Property

4. Shadow Director

5. Plutocracy

می‌شوند (Dine, 2001: 169). پرونده مالک سابق شرکت استیل آذین که از بدهکاران عمده بانکی بود و در شعبه سوم دادگاه ویژه رسیدگی به جرایم اخلاص‌گران و مفسدان اقتصادی مورد رسیدگی قرار گرفت، نمونه‌ای بارز از مفهوم مدیریت در سایه در نظام حقوق شرکت‌های ایران است. در این پرونده، متهم در پوشش هشت فقره شرکت و از طریق گماردن برخی اشخاص بی‌بضاعت در سمت مدیریت عاملی و عضویت در هیئت مدیره شرکت‌های مذکور، اقدام به اخذ تسهیلات کلان بانکی بدون رعایت ضوابط و مقررات مربوط به پرداخت و تأمین وثیقه هم وزن شده بود. در بخشی از رأی صادره شعبه سوم می‌خوانیم: «... مدیران عامل و اعضای هیئت مدیره هشت فقره شرکت مزبور را اشخاص بی‌بضاعت و فاقد تمکن مالی تشکیل می‌دهند که در ازای دریافت حقوق ماهیانه ناچیز و بدون کوچک‌ترین آشنایی با امور تجاری و بدون وجود سوابق کاری در امور بازرگانی، مکلف به حضور فیزیکی در دفاتر شرکت‌ها و امضای صورت جلسات و قراردادهای بانکی به درخواست محکوم‌علیه بوده‌اند.... بدین صورت که به دستور محکوم‌علیه، مدیران عامل شرکت‌ها پیش از واریز مبلغ تسهیلات به حساب شرکت‌ها، دسته چک شرکت‌ها را به صورت سفیدامضاء در اختیار محکوم‌علیه می‌گذاشتند تا بلافاصله پس از واریز مبلغ تسهیلات به حساب شرکت‌ها، محکوم‌علیه با درج مبلغ دلخواه بر روی چک‌های سفیدامضاء شده، اقدام به خارج نمودن مبالغ موضوع تسهیلات از حساب شرکت‌ها نماید...».^۱ سایمون گولدینگ^۲ تعبیر جالبی از این افراد موسوم به مدیران در سایه دارد. او معتقد است: «مدیران در سایه به مثابه عروسک‌گردان‌های نمایش‌های خیمه‌شب‌بازی اند که مدیران رسمی شرکت را تحت کنترل خود داشته و این مدیران در حکم عروسک‌های این نمایش‌اند» (Goulding, 1998: 18).

۲. علل ایجاد و توسعه شرکت‌های کاغذی از منظر نظام ثبت شرکت‌ها

به زعم صاحب‌نظران، توسعه و گسترش شرکت‌های کاغذی در وهله اول مرهون ضعف در نظام ثبتی است (توکل و همکاران، ۱۳۸۳: ۶۰). بر همین اساس هم هرگونه راهکاری که با محوریت سایر دستگاه‌های نظارتی غیر از ثبت شرکت‌ها ارائه شود، راهکار بنیادین و اساسی برای رفع مشکل شرکت‌های کاغذی محسوب نمی‌گردد (توکل و همکاران، ۱۳۸۳: ۶۰). این موضوع نشان از لزوم بازنگری نظام ثبت شرکت‌ها و رفع خلأ سیستمی این نظام ثبتی برای مقابله با شرکت‌های کاغذی دارد. با وجود اهمیت این بحث، در حوزه آسیب‌شناسی نظام ثبت شرکت‌ها و تأثیر آن در توسعه

۱. دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۷۸۰۷۳۰۰۰۲۶ شعبه سوم دادگاه ویژه رسیدگی به جرایم اخلاص‌گران و مفسدان اقتصادی مورخ ۱۳۹۹/۸/۱۱، صص ۷ و ۸.

2. Simon Goulding

شرکت‌های کاغذی، نظریات اندکی مطرح شده است. با این حال میان همین محدود نظریات هم تفاوت‌های زیادی وجود دارد که کار را برای ارائه تئوری عمومی مقابله با شرکت‌های کاغذی دشوار می‌کند. ذیلاً ضمن ارائه نظریات مطرح شده به تحلیل نظریات و شناسایی موارد خلأ نظام ثبتی با رویکرد هماهنگ‌سازی میان نظریات ارائه شده می‌پردازد.

۲-۱. نظریات مطرح شده

در نظریات مطرح شده پیرامون آسیب‌شناسی نظام ثبت شرکت‌ها، دو مکتب فکری قابل طرح می‌باشد. مکتب فکری اول، مبتنی بر اصل دقت در نظام تجارت است. مطابق این اصل، لازم است در همه مراحل تأسیس، حیات و انحلال شرکت‌ها، نظارت موشکافانه‌ای توسط دولت از طریق مکانیزم ثبت شرکت‌ها اعمال گردد (معمدی، ۱۳۹۸: ۷۰). بر همین اساس هم به عقیده برخی صاحب‌نظران، از آنجا که حجم عظیم تولید ثروت توسط شرکت‌های تجاری انجام می‌شود، لزوم ثبت شرکت و تغییرات آن به نحو قابل توجهی می‌تواند منافع عمومی را تأمین کرده و روند تأسیس شرکت‌های کاغذی را کاهش دهد (وحیدی، ۱۳۹۵: ۵۶). در واقع به عقیده این دسته از صاحب‌نظران، تسهیل بیش از حد مراحل ثبت شرکت‌ها و کاهش نظارت اداره ثبت می‌تواند افراد را به تأسیس شرکت‌های کاغذی به اسم اشخاص ثالث یا اسامی موهوم و مجعول سوق دهد و منافع عمومی را به خطر بیندازد (وحیدی، ۱۳۹۵: ۵۶؛ توکل و همکاران، ۱۳۸۳: ۶۰).

در مقابل این نظام فکری، تفکر دیگری معتقد به اصل تسهیل در نظام تجارت است. تسهیل تجاری در نظر صاحب‌نظران حقوق تجارت به معنای ساده‌سازی انجام امور تجاری و روان کردن جریان تجارت می‌باشد (مسعودی تفرشی، ۱۳۸۷). مطابق این نظر این دسته از صاحب‌نظران، از آنجا که شاخص بانک جهانی جهت طبقه‌بندی کشورها از منظر شاخص سهولت کسب‌وکار متشکل از چهار فاکتور تعداد مراحل، زمان، هزینه و حداقل سرمایه مورد نیاز است، نظارت ثبت شرکت‌ها از طریق بررسی مداوم و صحت‌سنجی اسناد و مدارک ارائه شده توسط شرکت‌های تجاری، موجب اطاله و دشواری فرایند ثبتی شده و کاهش رتبه ایران در نظام کسب‌وکار بین‌المللی را در پی دارد (حسن‌زاده، ۱۳۹۵: ۱۹-۱۸). بنابراین، باید هریک از دستگاه‌های ذی‌ربط در حوزه شرکت‌های تجاری بر اساس ارتباط و هماهنگی که با یکدیگر خواهند داشت، زمینه نظارت بهتر بر فرایند تأسیس و فعالیت شرکت‌های تجاری را فراهم نمایند. مطابق نظر ارائه شده، اشکال اصلی نظام ثبت شرکت‌های ایران که زمینه‌ای برای توسعه و گسترش شرکت‌های کاغذی در کشور است را باید ضعف ارتباطات میان دستگاه‌ها همچون ثبت شرکت‌ها، سازمان مالیاتی، سازمان بورس، بانک مرکزی و... و فقدان تفاهم مشترک جهت نظارت بر اشخاص حقوقی دانست (حسن‌زاده، ۱۳۹۵: ۲۷).

در تحلیل نظریات ارائه شده این نکته شایان ذکر است که اگرچه مبانی فکری حاکم بر هریک از نظریات نقطه مقابل مبنای دیگر قرار دارد؛ اما این دو نظر در راستای «ارائه تئوری عمومی مقابله با شرکت‌های کاغذی» و بر اساس «اصول و کارکردهای مورد انتظار از نظام ثبت شرکت‌ها» با یکدیگر قابل جمع می‌باشند. شایان ذکر است که نظام ثبت شرکت‌ها بر مبنای رسالتی که در ثبت اطلاعات ناظر بر «هویت شرکت تجاری» و «وضعیت مالی - اقتصادی» آن‌ها بر عهده دارد، دارای کارکردی ثبوتی - اعلامی است. بر اساس این کارکرد نهاد ثبت شرکت‌ها باید نسبت به اطلاعات ناظر بر هویت شرکت‌های تجاری در چهارچوب یک مکانیزم صحت‌سنجی دقیق حرکت کند. زیرا در یک نظام ثبتی کارا، نهاد ثبت شرکت‌های تجاری متولی اعطای شخصیت حقوقی از جانب حاکمیت به شرکت‌هاست و برای این موضوع باید نسبت به فرایند ثبت شرکت و اطلاعات مربوط به آن به قطعیتی مسلم برسد (طباطبائی حصاری و زمانی، ۱۳۹۷: ۲۴۰-۲۳۵). این در حالیست که در حوزه اطلاعات مربوط به وضعیت مالی - اقتصادی شرکت‌ها همچون اطلاعات معاملاتی، ترازنامه سالیانه و... کارکرد سیستم ثبت شرکت‌ها کارکردی اعلامی است که وارد فرایند تحقیق و تفحص از اطلاعات شرکت‌های تجاری نمی‌گردد (طباطبائی حصاری و صفی‌زاده، ۱۳۹۹: ۲۰۱). بنابراین برای اعتمادسازی هرچه بیشتر بانک اطلاعاتی مربوط به وضعیت مالی - اقتصادی شرکت‌ها ایجاد ارتباطات بین دستگاهی میان ثبت شرکت‌ها و سایر نهادهای ناظر بر فعالیت‌های شرکت‌های تجاری همچون سازمان امور مالیاتی، سازمان بورس، بانک مرکزی و... اجتناب‌ناپذیر است (طباطبائی حصاری و صفی‌زاده، ۱۳۹۹: ۲۱۹). با وجود جمع میان این دو نظریه، همچنان ماحصل آن را نمی‌توان به‌عنوان تئوری عمومی مقابله با شرکت‌های کاغذی از منظر بازتعریف کارکردهای نظام ثبتی دانست. زیرا برای ارائه نظریه‌ای جامع لازم است سیر فرایند ثبت اطلاعات شرکت‌های تجاری را مورد بررسی و آسیب‌شناسی قرار گیرد و خلأ سیستمی را در هر مرحله شناسایی کرد و برای آن راهکار ارائه داد. برای این امر در بخش بعد در قالب طرح بحث شناسایی موارد خلأ سیستمی و راهکارهای مقابله با آن به این موضوع پرداخته شده است.

۲-۲. شناسایی موارد خلأ نظام ثبتی در مقابله با شرکت‌های کاغذی و راهکارهای رفع آن

ثبت شرکت‌ها را می‌توان به پروسه ثبت و ضبط اطلاعات در دفاتری که از سوی نهادی بی‌طرف به نام ثبت شرکت‌ها نگهداری می‌شود و در دسترس عموم قرار دارند تعریف نمود (نک: طباطبائی حصاری، ۱۳۹۳: ۸۸). مطابق این تعریف پروسه ثبت شرکت‌های تجاری متشکل از سه مرحله جمع‌آوری اطلاعات، صحت‌سنجی اطلاعات و دسترسی به اطلاعات می‌باشد که به ترتیب ضمن بررسی خلأ سیستمی، به شناسایی راهکاری برای حل آن می‌پردازد.

۲-۲-۱. در بُعد جمع‌آوری اطلاعات

مطالعات در حوزه وضعیت ثبتی اطلاعات مربوط به مدیران شرکت‌های تجاری در ایران نشان می‌دهد که اطلاعاتی که درخصوص مدیران شرکت‌های تجاری در دفاتر ثبتی به ثبت می‌رسد چندان نیاز سهام‌داران و ذی‌نفعان را برطرف نمی‌سازد و تنها محدود به اطلاعات هویتی مدیران قانونی و دارندگان حق امضا است که در کنار تعداد سهام بانام، بی‌نام و ممتاز آن‌ها ثبت می‌شود.^۱ این در حالیست که از یک‌سو بررسی برخی اسناد بین‌المللی همچون سند راهبری شرکتی سازمان همکاری و توسعه اقتصادی^۲، توصیه‌های گروه ویژه اقدام مالی در مورد مبارزه با پولشویی^۳، کمیته بازل در خصوص نظارت بانکی و کمیسیون مقابله با فساد سازمان ملل، شناسایی ساختار مالکیتی شرکت‌ها را یکی از راهکارهای مهم جهت مقابله با شرکت‌های کاغذی دانسته‌اند (Sharman, 2010: 129). همچنین مروری بر تجربیات پیشین برخی از نظام‌های مشهور ثبت شرکت‌ها همچون سیستم خانه شرکت‌های انگلستان، پیشنهاداتی برای ثبت اطلاعات مربوط به تخصص مدیران قانونی شرکت‌ها ارائه می‌دهد که می‌تواند در ایران جهت بهبود شناسایی شرکت‌های کاغذی در ایران کمک شایانی نماید (Department for Business, Energy and Industrial Strategy 2020, 54-59). ذیلاً اقلام اطلاعاتی مذکور مورد بررسی قرار می‌گیرد:

ساختار مالکیت شرکتی، مالکان ذی‌نفع و حق رأی: کارکرد مهمی که شرکت‌های کاغذی به مالک خود ارائه می‌دهند ناشناس بودن در عین تضمین کنترل بر شرکت و منابع مالی آن است (Křišto & Thirion, 2018: 27). این شرکت‌ها در واقع نهادهایی هستند که دارندگان واقعی سرمایه را پنهان می‌کنند تا بدون نظارت فعالیت کنند. آن‌ها معمولاً برای پنهان کردن هویت مالک واقعی خود یعنی شخصی که در نهایت شرکت را کنترل می‌کند و از آن سود می‌برد استفاده می‌شوند (Křišto & Thirion, 2018: 27). بر این اساس اسناد بین‌المللی متعدد ازجمله سند راهبری شرکتی سازمان همکاری و توسعه اقتصادی (OECD)، توصیه‌های شماره ۳۳ و ۳۴ گروه ویژه اقدام مالی (FATF) در مورد مبارزه با پولشویی، اصل هجدهم کمیته بازل در مورد نظارت بانکی و ماده ۵۲ کمیسیون مقابله با فساد سازمان ملل بر ضرورت شناسایی «ساختار مالکیتی شرکت‌ها» تأکید داشته و معتقد است یکی از راهکارهای اصلی مقابله با تهدید شرکت‌های کاغذی «شناسایی مالک ذی‌نفع» آن‌هاست (Sharman, 2010: 129). در این خصوص فایندلی و همکارانش معتقد به وجود سه راهکار اقدام از طریق ادارات پلیس،

۱. سازمان ثبت اسناد و املاک، «فرم‌های ثبت شرکت‌ها و موسسات غیر تجاری»، قابل دسترسی در:

<<https://www.ssaa.ir/index.jsp?fkeyid=&siteid=1&fkeyid=&siteid=1&pageid=191&g=27>>

آخرین بازدید: ۱۴۰۰/۱/۶

2. Organization for Economic Co-operation and Development (OECD)

3. Financial Action Task Force (FATF)

از طریق نهاد ثبت شرکت‌ها، از طریق سایر نهادهای ناظر بر فعالیت شرکت‌های تجاری می‌باشند و اقدام از طریق ثبت شرکت‌ها را امیدوارکننده‌ترین راه می‌دانند؛ زیرا شرکت‌ها مخلوق قانون هستند و بدون اسنادی که ارائه آن‌ها به ثبت شرکت‌ها برای اخذ گواهی ایجاد شخصیت حقوقی الزامی است، نمی‌توانند مجوز تأسیس اخذ کنند (Findley, et al, 2012: 9). با این حال اشکالی که به عقیده این اندیشمندان وجود دارد ضعف بایگانی ادارات ثبت شرکت‌هاست که باعث می‌شود امکان نگهداری حجم وسیعی از اطلاعات را نداشته باشند (Findley, et al, 2012: 9). برای حل این مسئله شناسایی اقلام اطلاعاتی حیاتی ناظر به مدیران در سایه ضروری است. مطابق سند راهبردی شرکتی سازمان همکاری و توسعه اقتصادی، اطلاعات ناظر به ساختار مالکیتی شرکت، میزان حق رأی آن‌ها و حقوق ویژه‌ای که برای این افراد در شرکت در نظر گرفته می‌شود به عنوان اطلاعات حیاتی قلمداد می‌شوند (OECD, 2015: 39). با این حال پرسش قابل طرح آن است که چه میزان مالکیت از سهام شرکت، شخص را مالک ذی‌نفع می‌کند و سیستم ثبت شرکت‌ها را مجاب به شناسایی و ثبت مشخصات وی می‌کند. در این خصوص ماده سوم دستورالعمل شماره ۲۰۱۵/۸۴۹ پارلمان اتحادیه اروپا درخصوص مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم، مقصود از مالک ذی‌نفع را هر شخصی می‌داند که مالکیت بیش از ۲۵ درصد یک شرکت را به صورت مستقیم (در مالکیت خود شخص) یا غیرمستقیم (در مالکیت یکی از شرکت‌های تحت مالکیت شخص) دارا باشد. مطابق این مقرر در صورتیکه هیچ شخصی بیش از ۲۵ درصد سهام شرکت را در مالکیت خود نداشته باشد، مشخصات مدیران قانونی و رسمی به عنوان مالک ذی‌نفع درج می‌شود.^۱

اطلاعات مربوط به میزان وابستگی مدیر قانونی: اطلاعات مربوط به میزان وابستگی مدیران قانونی، نقش مهمی در شناسایی و ردیابی معاملات مشکوک دارد. مقصود از معاملات مشکوک معاملاتی است که دارای نشانه‌های هشدار مرتبط با نظریه تقلب باشند (پورزمانی و همکاران، ۱۳۹۷: ۱۲۰). طبیعتاً بخشی از این معاملات را معاملات با اشخاص وابسته تشکیل می‌دهد که در قالب موارد ۱۲۹-۱۳۲ قانون تجارت تحت رژیم حقوقی ویژه قرار گرفته‌اند. بخشی از مکانیزم نظارتی معاملات

1. Art 3- For the purposes of this Directive, the following definitions apply: (6) 'beneficial owner' means any natural person(s) who ultimately owns or controls the customer and/or the natural person(s) on whose behalf a transaction or activity is being conducted and includes at least: (a) in the case of corporate entities: (i) ... A shareholding of 25 % plus one share or an ownership interest of more than 25 % in the customer held by a natural person shall be an indication of direct ownership. ... (ii) if, after having exhausted all possible means and provided there are no grounds for suspicion, no person under point (i) is identified, or if there is any doubt that the person(s) identified are the beneficial owner(s), the natural person(s) who hold the position of senior managing official(s), the obliged entities shall keep records of the actions taken in order to identify the beneficial ownership under point (i) and this point;

با اشخاص وابسته^۱ در گرو شناسایی روابط خویشاوندی است (OECD, 2015: 40-41). همچنین همان طور که در ماده ۱۴۷ لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ قانون تجارت عنوان شده است، بازرسان شرکت نباید نسبت خویشاوندی تا درجه سه از طبقه دوم مدیران داشته باشند. مقدمه چنین نظارت‌هایی در گرو ثبت اطلاعات مربوط به وابستگی‌های خویشاوندی است. پر واضح است که در مورد محدوده رابطه خویشاوندی که نیاز به ثبت دارد، قانون‌گذار است که حکم مقتضی را صادر می‌کند.

بخش دیگری از اطلاعات مربوط به وابستگی‌های حقوقی است. در این خصوص گفته شده است که رد پای شرکت‌های کاغذی در ۹۷ درصد معاملات مشکوک به چشم می‌خورد (پورزمانی و همکاران، ۱۳۹۷: ۱۱۷). در این خصوص مروری بر بخشی از پرونده عظیم فساد اقتصادی بانک سرمایه شایان توجه است. در این پرونده که در شعبه سوم دادگاه ویژه رسیدگی به جرایم اخلاص گران و مفسدان اقتصادی رسیدگی شد، مدیرعامل در کنار عضو اصلی هیئت مدیره (که بیش از ۸۰ درصد سهام بانک را تحت اختیار خود داشتند) به بهانه دور زدن مقررات بانک مرکزی در خصوص سقف سود وام‌های اعطایی از سوی بانک، مبادرت به تأسیس شرکتی نمود که از طریق آن شرکت و بدون رعایت محدودیت‌های بانک مرکزی، به متقاضیان اعطای وام کند. با این حال این موضوع صرفاً بهانه‌ای برای خروج پول از بانک و تخصیص آن به یازده فقره شرکت کاغذی بود که با گران‌نمایی چندبرابری وثایق اعطایی، سرمایه بانک را به راحتی تحت کنترل دو عضو اصلی هیئت مدیره قرار می‌داد.^۲ این موضوع نشان از اهمیت ثبت اطلاعات مربوط به وابستگی‌های حقوقی در مقابله با شرکت‌های کاغذی است. در کنار آنچه گفته شد شناسایی شرکت‌هایی که مدیران به‌طور هم‌زمان در آن‌ها ذی‌سمت می‌باشند در کنار سهام‌دارانی که به مدیر منتخب رأی داده‌اند، تا حد زیادی به شناسایی میزان استقلال مدیران کمک می‌کند (OECD, 2015: 40-41). در همین راستا بند ۱۳ بخشنامه شماره ۸۲۱۴۳/۱۴۰۱ الحاقی ۱۴۰۱/۸/۲۱ سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، ثبت اطلاعات اشخاصی که در بیش از پنج شرکت عضو هیئت مدیره می‌باشند و ارائه آن‌ها به مرکز اطلاعات مالی وزارت امور اقتصادی و دارایی جهت شناسایی و اعمال مقررات را الزامی کرده است.

اطلاعات مربوط به شغل و تخصص^۳ مدیر قانونی: ثبت اطلاعات مربوط به تخصص مدیران قانونی، از جمله اقلام اطلاعاتی بود که از سال ۱۸۴۴ در سیستم خانه شرکت‌های انگلستان

1. Related party transactions

۲. دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۷۸۰۷۳۰۰۰۳۵ شعبه سوم دادگاه ویژه رسیدگی به جرایم اخلاص گران و مفسدان اقتصادی مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۱۶، صص ۳-۵.

3. Director occupation

به ثبت می‌رسید (Department for Business, Energy and Industrial Strategy, 2019: 56). در قانون شرکت‌های سال ۲۰۰۶ نیز قانون‌گذار در بند e بخش اول مقررات موضوع ماده ۱۶۳ از ثبت آن سخن گفته است که بر اساس آن اگر مدیر شغلی داشته باشد، می‌تواند آن قسمت را که در فرم‌های ثبتی خانه شرکت‌ها وجود دارد خالی گذارد اما اگر شغلی دارد باید آن را درج کند. بر همین اساس مطابق آماری که تا اواخر سال ۲۰۱۸ توسط خانه شرکت‌ها ارائه شد، تنها ۴۰ درصد مدیران (۲/۷ میلیون از ۶/۶ میلیون مدیر شرکت‌ها) این دسته از اطلاعات را در سیستم ثبتی به ثبت رساندند (Department for Business, Energy and Industrial Strategy, 2019: 57-58). عدم استقبال در کنار مخاطراتی که افشای شغل می‌توانست برای برخی پست‌های حساس همچون نیروهای پلیس داشته باشد، دولت در سال ۲۰۱۹ تصمیم گرفت بار دیگر نظر کارشناسان را در این حوزه جویا شود و از آن‌ها بخواهد با توجه به منافع اشخاص ثالث در این زمینه نسبت به لزوم یا عدم لزوم ثبت اطلاعات مربوط به تخصص این موضوع را مجدداً مورد بازنگری قرار دهند (Department for Business, Energy and Industrial Strategy, 2019: 58). در نظرسنجی سال ۲۰۲۰ از کارشناسان امر، حدود ۴۸ درصد از کارشناسان مخالف ثبت اطلاعات مربوط به تخصص مدیران بودند. البته بخش عظیمی از آن‌ها نسبت به این امر قائل به تفکیک بوده و به این امر اذعان داشتند که باید بر اساس نوع فعالیت شرکت تصمیم‌گیری نمود. در کنار این جمعیت ۳۷ درصد کارشناسان موافق ثبت بودند (Department for Business, Energy and Industrial Strategy, 2020: 54). اما سیاست دولت در نهایت به سمت عدم لزوم ثبت در سال ۲۰۲۰ پیش رفت و به‌عنوان یکی از پیشنهادات قانونی جهت اصلاح سیستم ثبت شرکت‌ها مطرح شده است؛ لیکن تاکنون صورت قانونی پیدا نکرده است (Department for Business, Energy and Industrial Strategy, 2020: 56).

پیشنهاد ثبت این دسته از اطلاعات در ایران از آن جهت حائز اهمیت است که اصولاً اعضای هیئت مدیره شرکت‌های کاغذی را افرادی کم‌سواد و بی‌بضاعت تشکیل می‌دهند که در راستای گذران زندگی خود مبادرت به فروش هویت خود برای تأسیس چنین شرکت‌های می‌کنند (پورزمانی و همکاران، ۱۳۹۷: ۱۱۹؛ دانش شهرکی، ۱۴۰۰: ۳۸). بالطبع در صورتی که امکان ثبت میزان تخصص مدیران قانونی در دفاتر ثبت شرکت‌ها فراهم باشد، دستگاه‌های نظارتی در کنار ذی‌نفعانی که درصدد سرمایه‌گذاری یا معامله با شرکت مربوطه می‌باشند، با تطبیق دادن حوزه فعالیت شرکت

1. Section 163 (Particulars of directors to be registered: individuals) (1) A company's register of directors must contain the following particulars in the case of an individual— (a) name and any former name; (b) a service address; (c) the country or state (or part of the United Kingdom) in which he is usually resident; (d) nationality; (e) **business occupation** (if any); (f) date of birth.

و تخصص مدیران می‌توانند شرکت‌های کاغذی را بهتر شناسایی کنند.

۲-۲-۲. در بُعد صحت‌سنجی اطلاعات

در بُعد صحت‌سنجی اطلاعات، آسیب‌شناسی بر اساس نوع رسالت سازمان ثبت در اطلاعات مربوط به هویت شرکت‌های تجاری و وضعیت مالی - اقتصادی آن‌ها متفاوت است:

اطلاعات هویتی شرکت‌های تجاری: فرایند عملی ثبت تأسیس شرکت‌ها در ایران یک فرایند اعلامی است. بدین معنا که مأمورین ثبتی نسبت به صحت و اصالت اطلاعات و اسناد ارائه شده هیچ‌گونه اقدامی به عمل نیاورده و صرفاً به ثبت اطلاعات اشخاص می‌پردازند (وحیدی، ۱۳۹۵: ۹۶-۹۷). در تحلیل چرایی این موضوع گفته شده است که روش ثبت شرکت‌های تجاری با روش ثبت در دفاتر اسناد رسمی متفاوت است و مرجع ثبت شرکت‌ها تنها اطلاعات نماینده شرکت که در اسناد عادی مندرج است را به ثبت می‌رساند و به هیچ عنوان هویت، اهلیت و... به صورت مستقیم احراز نمی‌شود (کاویانی، ۱۳۹۵: ۱۰۲).

در نقد این گزاره، ماده ۱۰۲ قانون ثبت اسناد و املاک یک تکلیف عمومی برعهده کلیه مأمورین و اعضای سازمان ثبت اسناد و املاک قرار داده است. بر اساس این مقرر، تمامی اعضای سازمان ثبت اسناد و املاک پیش از ثبت سند مکلف به احراز هویت، اهلیت و موضوع معامله و سپس ثبت سند می‌باشند؛ در غیر این صورت مرتکب تخلف اداری شده‌اند.

در کنار آنچه گفته شد این نکته شایان ذکر است که بند دوم ماده ۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک، دفاتر اسناد رسمی را متولی ثبت شرکت‌نامه‌ها قرار داده است. این صلاحیت در قالب ماده نهم اصلاحیه طرح اصلاحی آیین نامه ثبت شرکت‌ها مصوب ۱۳۸۶ رئیس قوه قضائیه (ماده پنجم طرح اصلاحی آیین نامه ثبت شرکت‌ها مصوب ۱۳۴۰) به نهاد ثبت شرکت‌ها تفویض گردید و در آن مقرر به قائم مقامی ادارات ثبت شرکت‌ها از دفاتر اسناد رسمی در ثبت شرکت‌نامه‌ها تصریح گردید. قائم مقام در عالم حقوق به شخصی گفته می‌شود که در یک رابطه حقوقی جانشین دیگری می‌شود و کلیه حقوق و تکالیف آن شخص را برعهده می‌گیرد و هیچ‌گونه تغییری در اصل رابطه ایجاد نمی‌کند (جلالی و شایسته، ۱۳۹۱: ۲۵). بنابراین انجام تکالیفی که سردفتر به موجب مواد ۵۰، ۵۳، ۵۷ و ۶۰ قانون ثبت اسناد و املاک درخصوص احراز هویت، اهلیت و قانونی بودن معامله دارد، با توجه به کاربرد لفظ قائم مقام، توسط نهاد ثبت شرکت‌ها الزامی است. در غیر این صورت ماده نهم آیین‌نامه مذکور با قانون بالادستی ثبت اسناد و املاک مغایرت پیدا می‌کند که از منظر فنون قانون‌گذاری امری قبیح است. در این خصوص بخشنامه شماره ۱۴۰۱/۸۲۱۴۳ مورخ ۱۴۰۱/۵/۸ سازمان ثبت اسناد و املاک کشور درخصوص نحوه ممیزی مستندات مالی و اسنادی شرکت‌های تجاری در شش بند از ضرورت

صحت‌سنجی اطلاعات هویتی ناظر به شرکت‌ها از جمله اطلاعات ناظر به سرمایه و اقامتگاه شرکت سخن گفته است.^۱

اطلاعات ناظر به وضعیت مالی - اقتصادی شرکت‌های تجاری: به‌زعم صاحب‌نظران، اطلاعات ناظر به وضعیت مالی - اقتصادی شرکت‌های تجاری، اطلاعاتی هستند که از منبع واحد تأمین نمی‌شوند؛ بلکه مبتنی بر تکرار منابع‌اند و ارائه آن‌ها از طریق نهادهای مختلف اطلاعاتی صورت می‌گیرد (طباطبائی حساری و صفی‌زاده، ۱۴۰۰: ۵۴). بر این اساس آنچه سبب بهبود کیفیت اطلاعاتی از این دست می‌گردد، نوع ارتباطی است که میان سازمان‌های ناظر جهت رصد فعالیت شرکت‌های تجاری ایجاد می‌شود (حسن‌زاده، ۱۳۹۵: ۲۵-۲۴). در این خصوص اگرچه تلاش‌هایی از سوی نهاد ثبت شرکت‌ها جهت ایجاد پنجره واحد با سایر دستگاه‌ها از جمله سازمان امور مالیاتی، سازمان ثبت احوال، شرکت پست و وزارت اطلاعات ایجاد شده است (موسی‌پور لقمیجانی و همکاران، ۱۴۰۰: ۱۸۶)، اما همچنان هریک از سازمان‌های ناظر بر فعالیت شرکت‌های تجاری مستقلاً اقدام به تشکیل بانک اطلاعاتی خود می‌دهد؛ ضعف ارتباطی میان نهادهای ناظر بر فعالیت شرکت‌های تجاری در نظام اداری ایران محسوس است و ایجاد شبکه ارتباطی یکپارچه میان نهادهای رصدکننده فعالیت شرکت‌های تجاری، همچنان دور از دسترس است (طباطبائی حساری و صفی‌زاده، ۱۴۰۰: ۱۱۳).

۳-۲-۲. در بُعد دسترسی به اطلاعات

لزوم نظارت و کنترل عمومی فعالیت شرکت‌های تجاری و مدیران از بدو تولد حقوق شرکت‌های مدرن و تأسیس اولین نهادهای ثبت شرکت‌ها مورد توجه نظام‌های حقوقی قرار داشته است. در اواسط قرن نوزدهم در بریتانیا در نتیجه سوءاستفاده‌های عدیده‌ای که از شخصیت حقوقی شرکت‌های تجاری توسط مدیران صورت پذیرفت، این کشور با شکست و بحران اقتصادی بی‌سابقه‌ای مواجه گردید. در این راستا کمیته‌ای در مجلس نمایندگان انگلستان ایجاد شد و پیشنهاد این کمیته برای مقابله با این امر، ایجاد یک نظام اطلاعاتی شفاف و قابل‌رویت برای همگان در خصوص اطلاعات مربوط به شرکت و مدیران که هویت و وضعیت کنونی شرکت و مدیران را زیر ذره‌بین عمومی قرار داده و از تقلب و کلاهبرداری پیشگیری نماید (Maltby, 1998: 11). با این پیشنهاد اولین نهاد ثبت شرکت‌های دنیا به نام «خانه شرکت‌ها»^۲ تأسیس شد که در کنار نظارت

۱. در این خصوص بندهای شماره یک، دو و شش الی نه این بخشنامه شایان توجه است.

مقامات دولتی نظارت عموم مردم را در چهارچوب دسترسی به اطلاعات شرکت‌های تجاری معتبر می‌شمارد؛ بدین صورت که نهاد ثبت شرکت‌ها باید همه روزه از ساعت ۱۰ صبح الی ۵ بعد از ظهر برای ملاحظه دفاتر ثبت اطلاعات شرکت‌های تجاری به روی عموم باز می‌بود (Harris, 2004: 283). این موضوع نشان از قدرت شفافیت در مقابله با فساد دارد. همان طور که قاضی لوئیز براندیس در مقاله قابلیت‌های شفافیت با این تمثیل به مدح شفافیت پرداخته است: «آفتاب بهترین ضد عفونی کننده است و چراغ الکتریکی بهترین پلیس است» (Brandies, 1913: 10).

در ایران قدرت دسترسی عمومی به اطلاعات دفاتر ثبت شرکت‌ها در ماده ۲۶ نظام‌نامه ثبت شرکت‌ها مورد تصریح قرار گرفته است. همچنین در مقررات موضوع ماده ۲۲۹ لایحه اصلاحی شرکت‌های سهامی تصریح شده است که دفاتر و سایر اسناد و مدارک شرکت تصفیه شده در اداره ثبت شرکت‌ها محفوظ می‌ماند تا امکان مراجعه به آن‌ها برای هر ذی‌نفع ممکن باشد. با این حال نهاد ثبت شرکت‌ها با تفسیری مضیق از این ماده و محدود نمودن امکان دسترسی به اطلاعات به افرادی که دارای گواهی ذی‌نفعی می‌باشند، عملاً خود را از این قدرت نظارت عمومی جهت کشف فساد شرکت‌های کاغذی محروم نموده است (وحیدی، ۱۳۹۵: ۵۳). هرچند با راه‌اندازی سامانه شناسه ملی دسترسی بدون هیچ‌گونه مدرک ذی‌نفعی امکان‌پذیر است، اما اطلاعات مندرج در این سامانه اطلاعاتی کلی است و از ارائه اطلاعات جزئی ناظر به بازرسان و مدیران، میزان سرمایه و اعتبار حقوقی آن شرکت که نقش مهمی در نظارت عمومی دارد معذور است (طباطبائی حصارى و زمانى، ۱۳۹۷: ۲۴۵).

نتیجه

در سال‌های اخیر، همگام با افزایش تأسیس شرکت‌های تجاری در ایران، شرکت‌های کاغذی به‌عنوان یکی از آسیب‌های اصلی نظام تجاری - اقتصادی کشور خود را نمایان ساخته است که نه تنها نظام حقوقی، بلکه نظام مالیاتی، بانکی و گمرکی را نیز درگیر ساخته است. این شرکت‌ها که برخلاف فلسفه تأسیس شرکت‌های تجاری، تنها به دنبال سوءاستفاده از حجاب شخصیت حقوقی و مسئولیت محدود به آورده مالکان می‌باشند، به‌واسطه ویژگی ناشناس بودن مدیریت عملی شرکت، در کنار امکان کنترل شرکت و دارایی آن توسط وی، با استقبال ویژه‌ای مواجه شده است.

بررسی‌های این پژوهش نشان از وجود خلأ قانون‌گذاری در کنار اشکالاتی در فرایند عملی نظام ثبت شرکت‌ها دارد که باعث وجود آسیب در نظام راهبری شرکتی ایران برای مقابله با شرکت‌های کاغذی بوده است. در این راستا در وهله اول لازم است خلأ قانون‌گذاری در حوزه شرکت‌های

کاغذی، با تدوین مقرراتی، نظام قانون‌گذاری در راستای شناسایی این نوع شرکت‌ها، ارکان شرکت‌ها و مجازات‌های ناظر بر مدیران این‌گونه شرکت‌ها قدم بردارد.

در کنار آنچه گفته شد، به‌عنوان نظریه عمومی مقابله با شرکت‌های کاغذی از منظر نظام ثبت شرکت‌ها پیشنهاداتی به شرح ذیل ارائه می‌گردد:

در گام اول، با توجه به نقش ویژه مدیران رسمی و عملی به‌عنوان ارکان اصلی شرکت‌های کاغذی، ضروری است اقلام اطلاعاتی موضوع ثبت در دفتر ثبت شرکت‌ها به اطلاعات ناظر بر ساختار مالکیت شرکتی (با تعیین معیار دقیق جهت تعیین مالک کنترل‌کننده)، مالکان ذی‌نفع و حق رأی، اطلاعات مربوط به میزان وابستگی مدیر قانونی، اطلاعات مربوط به تخصص مدیر قانونی گسترش یابد.

به‌عنوان گام دوم، عدول از نظام اعلامی در حوزه ثبت تأسیس شرکت‌های تجاری که صرفاً اطلاعات اظهارشده از سوی مؤسسين را به ثبت می‌رساند، به نظامی تحقیقی که تمامی اسناد و مدارک ارائه شده به ثبت شرکت‌ها را با دقت و در قالب پروسه‌ای اصالت‌سنج - همچون نقش سردفتر در تنظیم و ثبت اسناد رسمی - مورد بررسی قرار می‌دهد به‌عنوان گام دوم، توصیه می‌شود.

با توجه به ضعف ارتباطی میان سازمان ثبت و سایر مراجع دولتی و رسمی مرتبط با حوزه شرکت‌های تجاری - خاصه سازمان امور مالیاتی - جهت دسترسی به بانک اطلاعاتی ثبت شرکت‌ها از طریق ایجاد پنجره واحد و از آنجا که یکی از ارکان موفقیت نظام راهبری شرکتی برای مقابله با شرکت‌های کاغذی همکاری نهاد ثبت شرکت‌ها با نهادهای ناظر بر فعالیت شرکت‌های تجاری به‌منظور ایجاد شبکه اطلاعاتی واحد جهت رصد دقیق هویت و وضعیت شرکت‌ها، در گام سوم ایجاد سامانه‌ای اطلاعاتی برای دسترسی برخط کلیه دستگاه‌های مرتبط با حوزه شرکت‌های تجاری (خاصه سازمان امور مالیاتی) برای پوشش تکلیف مقرر در مقررات موضوع تبصره شش ماده ۱۶۹ مکرر قانون مالیات‌های مستقیم از جمله اقداماتی است که باید در حوزه ثبت شرکت‌ها صورت پذیرد.

در نهایت برای پوشش دقیق تکلیف مقرر در ماده ۲۶ نظام‌نامه ثبت شرکت‌ها، گام چهارم اختصاص به طراحی بانک اطلاعات ثبتی شرکت‌ها و توسعه آن به کلیه اطلاعاتی که از نظر بازار اقتصادی برای مدیریت و کاهش ریسک معاملاتی مورد نظر ذی‌نفعان دارد که می‌تواند ابزار نظارتی رایگان و کارآمدی به نام نظارت عمومی را فعال سازد. بالطبع نظارت عمومی از سوی اشخاص خصوصی که به‌طور مداوم با شرکت‌های تجاری سروکار دارند، کارایی به مراتب بیشتری در قیاس با نظارت دولتی صرف دارد.

منابع

فارسی

- باقری، محمود، محمد ساردوئی نسب و مهدی موسوی (۱۳۹۳)، «مطالعه راهبری شرکتی بیمه در حقوق ایران»، **مطالعات حقوق خصوصی**، دوره ۴۴، شماره ۴.
- بهمنی، محمدعلی و محمدرضا نریمانی زمان آبادی (۱۴۰۱)، «دعوی سهام‌داران بابت خسارات انعکاسی در حقوق شرکت‌ها»، **مجله حقوقی دادگستری**، دوره ۸۶، شماره ۱۱۹.
- پاسبان، محمدرضا (۱۳۸۴)، «بازبینی نظام بازرسی در شرکت‌های تجاری ایران: بررسی تطبیقی با حقوق انگلستان»، **حقوق و سیاست**، دوره ۷، شماره ۱۵ و ۱۶.
- پاسبان، محمدرضا (۱۳۹۳)، **حقوق شرکت‌های تجاری**، چاپ نهم، تهران: سمت.
- پور زمانی، زهرا، ابوالقاسم محمد نژاد عالی زمینی و فرخ عسکری (۱۳۹۷)، «تأثیر شرکت‌های کاغذی بر ریسک حسابرسی مالیات بر ارزش افزوده (VAT)»، **پژوهشنامه مالیات**، دوره ۲۶، شماره ۴۰.
- توکل، محمد؛ علی اکبر عرب مازار، م.ت همدانی، م. الوندکوهی، م اکباتان و م چکاد (۱۳۸۴)، «مالیات و چگونگی ثبت شرکت‌ها»، **فصلنامه تخصصی مالیاتی**، دوره ۱۳، شماره ۲۴.
- جلالی، سیدمهدی و نگین شایسته (۱۳۹۱)، «تأثیر انتقال دعوی دادرسی مدنی با تأکید بر ورشکستگی»، **تحقیقات حقوقی آزاد**، دوره ۵، شماره ۱۸.
- جنیدی، لعیا و ملیحه زارع (۱۳۹۴)، «اعمال قاعده خرق حجاب شخصیت حقوقی بر مدیران؛ تحلیل مسئولیت مدیران شرکت‌های سرمایه در قبال دیون پرداخت‌نشده شرکت»، **مطالعات حقوق تطبیقی**، دوره ۶، شماره ۱.
- حسن‌زاده، بهرام (۱۳۹۵)، «تأملی بر علل ایجاد شرکت‌های صوری از منظر ثبت شرکت‌ها»، **پژوهشنامه حقوق خصوصی عدالت**، شماره ۵.
- دانش شهرکی، محمدرضا (۱۴۰۰)، «رویکردهای مواجهه با جرم فرار مالیاتی در نظم کیفری کنونی: مطالعه موردی پدیده شرکت‌های کاغذی»، **پژوهشنامه مالیات**، دوره ۲۹، شماره ۴۹.
- ستوده تهرانی، حسن (۱۳۹۲)، **حقوق تجارت**، جلد دوم، چاپ بیست و چهارم، تهران: دادگستر.
- سلیمانی، یاسر (۱۴۰۰)، «شرکت‌های کاغذی و ملاحظات امنیت اقتصادی آن»، **امنیت اقتصادی**، شماره ۸۷.
- صقری، محمد (۱۳۹۳)، **حقوق بازرگانی شرکت‌ها**، چاپ اول، تهران: سهامی انتشار.
- طباطبائی حصاری، نسرين و سروش صفی‌زاده (۱۴۰۰)، **نظام ثبت شرکت‌های تجاری در آینه حق دسترسی به اطلاعات**، چاپ اول تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- طباطبائی حصاری، نسرين و سروش صفی‌زاده (۱۳۹۹)، «تحول سیستم‌های حقوقی ثبت شرکت‌های تجاری بر مبنای حق دسترسی به اطلاعات»، **مطالعات حقوق تطبیقی**، دوره ۱۱، شماره ۱.
- طباطبائی حصاری، نسرين و محمود زمانی (۱۳۹۷)، «کارکرد ثبت شرکت‌های تجاری در ایجاد اعتماد و امنیت قراردادی»، **تحقیقات حقوقی**، دوره ۲۱، شماره ۸۲.
- طباطبائی حصاری، نسرين (۱۳۹۳)، **مبانی و آثار نظام ثبت املاک**، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- طوسی، عباس (۱۳۹۳)، **تحلیل اقتصادی حقوق شرکت‌ها**، چاپ اول، تهران: شهردانش.
- عابدی فیروزیانی، ابراهیم (۱۳۹۷)، **نظام حقوقی حاکم بر گروه شرکت‌ها (نظریه عمومی وابستگی**

- شرکت‌های تجاری)، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- غلامی، جهانبخش و سلمان باقرپور (۱۴۰۰)، «سوءاستفاده شرکت مادر از شرکت‌های تابعه در حقوق ایران؛ مصادیق، تبیین مسئولیت و راهکارها»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳
- کاویانی، کورش (۱۳۹۵)، *حقوق شرکت‌های تجاری*، چاپ پنجم، تهران: میزان.
- معتمدی، جواد (۱۳۹۵)، *روش تفسیر در حقوق تجارت*، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- مسعودی تفرشی، بابک (۱۳۸۷)، «تاثیر قاعده «اعتماد به ظاهر» در عملکرد اصول سرعت و تسهیلات تجارت»، *دنیای اقتصاد*، شماره ۱۵۰۱.
- موسی پور لقمیجانی، مهدی، زهرا پور زمانی و احمد یعقوب نژاد (۱۴۰۰)، «ارائه الگویی برای شناخت نواقص زمینه‌ای شکل‌گیری شرکت‌های صوری در نظام مالیاتی»، *دوفصلنامه علمی حسابداری دولتی*، دوره ۷، شماره ۲.

- وحیدی، قریده (۱۳۹۵)، *رژیم حقوقی حاکم بر ثبت شرکت‌های تجاری*، چاپ اول، تهران: میزان.

آرای قضائی

- دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۷۸۰۷۳۰۰۰۳۵ شعبه سوم دادگاه ویژه رسیدگی به جرایم اخلاص‌گران و مفسدان اقتصادی مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۱۶.
- دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۷۸۰۷۳۰۰۰۲۶ شعبه سوم دادگاه ویژه رسیدگی به جرایم اخلاص‌گران و مفسدان اقتصادی مورخ ۱۳۹۹/۸/۱۱.

لاتین

- Berle, Adolf A., C. Means, Gardiner (1999), **The Modern Corporation and Private Property**, 3d printing, United States of America: Transaction Publishers.
- BRANDEIS, LOUIS D. (1913), "What Publicity Can Do", **HARPER'S WEEKLY**, Issue December 20, 1913.
- Department for Business, Energy and Industrial Strategy (2019). Corporate Transparency and Register Reform (Consultation on Options to Enhance the Role of Companies House and Increase the Transparency of UK Corporate Entities), London: Transparency and Trust Team. available: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/819994/Corporate_transparency_and_register_reform.pdf
- Department for Business, Energy and Industrial Strategy (2020). Corporate Transparency and Register Reform (Government response to the consultation on options to enhance the role of Companies House and increase the transparency of UK corporate entities), London: Transparency and Trust Team. available: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/925059/corporate-transparency-register-reform-government-response.pdf
- Department of the Treasury Financial Crimes Enforcement Network (2006), **Potential Money Laundering Risks Related to Shell Companies (Guidance)**, FIN-2006-G014, available: <https://www.sec.gov/about/offices/ocie/aml2007/fin-2006-g014.pdf>.
- Dignam, Alan and John Lowry, (2012), **Company Law**, 7th edition, Oxford: Oxford University Press.

- Dine, Janet (2001), **Company Law**, 4th edition, New York: Palgrave.
- Findley Michael G., Nielson Daniel L. and Sharman J. C. (2012), **Global Shell Games: Testing Money Launderers' and Terrorist Financiers' Access to Shell Companies**, Griffith University Centre for Governance and Public Policy, available: <https://www.gfintegrity.org/wp-content/uploads/2014/05/Global-Shell-Games-2012.pdf>.
- Goulding, Simon (1998), **Company Law**, Third edition, London and Sydney: Cavendish Publishing Limited.
- Harris, Ron. (2004). **Industrializing English law Entrepreneurship & Business Organization**, 1720-1844, 1st Edition, Cambridge: Cambridge University Press.
- Krišto, Ivana Kiendl and Elodie Thirion (2018), An overview of shell companies in the European Union, European Parliamentary Research Service (EPRS), Ex-Post Evaluation Unit and European Added Value Unit PE 627.129 – October 2018, available: https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/155724/EPRS_STUD_627129_Shell%20companies%20in%20the%20EU.pdf
- Maltby, Josephine (1998), “UK joint stock companies’ legislation 1844-1900: accounting publicity and “mercantile caution”, **Accounting History**, Vol.3, Issue1.
- OECD (2015), G20/OECD Principles of Corporate Governance, Paris: OECD Publishing.
- Sharman, J. C. (2010), “Shopping for Anonymous Shell Companies: An Audit Study of Anonymity and Crime in the International Financial System”, **Journal of Economic Perspectives**, Vol.24, Issue.4.

امکان سنجی اقدامات بازپرس در فرایند دادرسی الکترونیکی

حسنعلی مؤذن‌زادگان*، امیرحسین عابدی نیستانک**

چکیده

موضوع دادرسی کیفری الکترونیکی، تحقق مراحل دادرسی از کشف جرم تا اجرای مجازات در صورت احراز بزهکاری متهم و یا صدور قرار منع تعقیب یا برائت او از طریق سامانه‌های الکترونیکی و مخابراتی است. اهداف برقراری این نوع دادرسی، سرعت در رسیدگی با لحاظ کیفیت آن، کاهش هزینه‌های اقتصادی در رسیدگی و اجرای احکام و تحقق فاصله‌گذاری اجتماعی در بروز حوادثی از قبیل شیوع ویروس کرونا برای حفاظت از جان انسان‌ها است. مسئله مقاله حاضر چگونگی تلفیق موازین دادرسی منصفانه در ارتباط با وظایف و اختیارات بازپرس به هنگام تحقیقات الکترونیکی، ضمن حفظ محرمانگی و حریم خصوصی افراد است. روش تحقیق توصیفی - تحلیلی با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و تارنماهای تخصصی است. یافته‌های تحقیق در پاسخ به چالش‌های این دادرسی از قبیل اخلال در حقوق طرفین دعوی از طریق ابلاغ الکترونیک، نقض حق دفاع متهم در بازجویی و صدور قرار تأمین، بیانگر امکان‌پذیری انجام اقدامات بازپرس از طریق سامانه‌های الکترونیکی و مخابراتی در تلفیق حقوق طرفین دعوا با حفظ محرمانگی تحقیقات، حریم خصوصی و با رعایت موازین دادرسی است. با این حال نظام دادرسی ایران به لحاظ عدم تدارک و اصلاح زیرساخت‌های دادرسی الکترونیکی برای تأمین امنیت و ثبت مطمئن داده‌ها جهت حفظ محرمانگی و انجام تحقیق توسط بازپرس و با نظارت وی بر ضابطان دادگستری در تحت نظرگاه حوزه انتظامی و دفاتر خدمات قضایی مطمئن برگزیده و عدم تعریف امضای الکترونیکی طرفین هنگام بازجویی با چالش مواجه است. مرکز آمار و فناوری اطلاعات قوه قضائیه با استمداد از بخش خصوصی، مکلف به تأمین امنیت محیط الکترونیک است.

* دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران
moazenadegan@gmail.com (نویسنده مسئول)

** دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران
aamirhosean@gmail.com

امری که در مصاحبه از تعدادی قضات دادگاه کیفری یک در باب شهادت الکترونیکی، که می‌تواند یکی از اقدامات بازپرس و تعمیم به سایر مصادیق تلقی شود، تاکنون به‌نحو کامل محقق نشده است. **واژگان کلیدی:** دادرسی الکترونیکی، قراردادهای تأمین و نهایی الکترونیکی، تحقیق الکترونیکی، تأمین امنیت فضای الکترونیکی، ثبت مطمئن الکترونیکی، اخذ شهادت الکترونیکی

مقدمه

موضوع دادرسی کیفری الکترونیکی بهره‌گیری از فناوری اطلاعات و ارتباطات در فضای مجازی در کلیه مراحل رسیدگی از قبیل طرح و ثبت شکایت، ثبت گزارش ضابطان، جمع‌آوری ادله، بازجویی، صدور قراردادهای تأمین و نهایی و... است (نک: مؤذن‌زادگان و روستا، ۱۳۹۶: ۱۷۱-۱۷۴). سابقه اعمال دادرسی الکترونیکی در نظام‌های قضایی برای اولین بار به سال ۱۹۷۲ در دادگاه ایلینویز ایالات متحده آمریکا به روش کنفرانس ویدیویی مربوط می‌شود. با این حال اولین قوانین مرتبط به این موضوع در سال ۱۹۹۵ در ارتباط با قانون اصلاح دعای مرتبط با حبس جهت برقراری ارتباط افراد زندانی از طریق تلفن، ویدیو کنفرانس یا سایر فناوری‌ها بدون انتقال فرد از زندان به دادگاه مطرح شد. سرانجام در حقوق آمریکا در سال ۲۰۰۱ قانونی وضع شد تا امکان انجام ویدئو کنفرانس فقط در برخی از جرایم وجود داشته باشد (مهرافشان، ۱۳۹۰: ۱۲۲). اما رسمیت یافتن دادرسی کیفری الکترونیکی از طریق نظام تقنینی در ایران را باید در بخش نهم قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ که با اصلاحاتی در سال ۱۳۹۴ اجرایی شد، متجلی دانست. با شیوع ویروس کرونا در اوایل اسفندماه سال ۱۳۹۸ در ایران، موضوع دادرسی الکترونیکی به‌موجب بخشنامه‌های متعدد قوه قضائیه برای قطع زنجیره ابتلای به این ویروس اهمیت بیشتری یافته است.

مقررات مورد اشاره در قانون آیین دادرسی کیفری و همچنین بخشنامه‌های صادرشده توسط مقامات عالی قضایی، این امکان را می‌دهد که بازپرس به‌عنوان مقام تحقیق، اقدامات خود را از طریق تجهیزات الکترونیکی و مخابراتی مدیریت کند. موضوع پژوهش این مقاله، امکان‌سنجی، نقد و بررسی اقدامات مزبور است.

از حیث پیشینه تحقیق راجع به این موضوع، اگرچه درخصوص دادرسی الکترونیکی تحت عناوین مختلف در پایان‌نامه‌های کارشناسی ارشد، مقاله‌های مروری، ترویجی و علمی تحقیقاتی راجع به سابقه دادرسی مزبور، ارتباط آن با دادرسی منصفانه و امکان دسترسی به عدالت از طریق این دادرسی و نحوه جمع‌آوری مدارک و اسناد در این فضای غیرفیزیکی وجود دارد (نک: شهبازی‌نیا، غمامی و جوان، ۱۳۹۶؛ محسنی و رضایی‌نژاد، ۱۳۹۱؛ روستا، ۱۳۹۵؛ حبیبی درگاه، ۱۳۹۸)، اما در این مقاله چنان‌که اشاره شد، چگونگی اقدامات بازپرس به‌صورت جزئی و دقیق در فرایند دادرسی

مطرح است که در ادبیات علمی این حوزه واجد جنبه نوآوری است.

پرسش مقاله، امکان‌سنجی چگونگی اقدامات بازپرس در انطباق با موازین دادرسی کیفری از طریق سامانه‌های الکترونیکی و مخابراتی است؟ فرضیه مقاله که به بررسی تأیید یا رد آن پرداخته خواهد شد، این است که اگرچه چالش‌هایی در این زمینه از قبیل تفهیم اتهام، صدور قرار تأمین، اخذ شهادت، حفظ محرمانگی تحقیقات، احراز هویت و ثبت مطمئن داده‌ها به نظر می‌رسد، اما در صورت زیرساخت‌های لازم الکترونیکی و مخابراتی و آموزش قضات، ضابطان، کارکنان و مراجعان دادگستری انطباق این نوع دادرسی با موازین دادرسی کیفری ممکن و قابل تحقق است. با وجود این در دستورالعمل‌هایی که از طرف مقامات عالی قوه قضائیه در این زمینه صادر شده است، حقوق دفاعی متهمان در امر بازجویی بعضاً مخدوش شده است که نیاز به بازنگری و اصلاح دارد. مطالب مقاله در ذیل چهار عنوان برحسب نوع اقدامات بازپرس مطرح شده است. در بند نخست به اقدامات بازپرس در راستای دسترسی به طرفین پرونده و سایر اشخاص خواهیم پرداخت. در بند دوم و سوم موضوع بررسی ادله، تفهیم اتهام، پرونده شخصیت و نیابت قضایی مطرح می‌شود و بند چهارم ناظر به اقدامات مربوط به صدور قرارهای کیفری اعم از تأمین، نظارت قضایی و نهایی است.

۱. دسترسی به طرفین پرونده و سایر اشخاص

دسترسی به اصحاب دعوا و سایر اشخاص مربوط در مرحله تحقیقات مقدماتی لازمه شروع تحقیقات است. مقررات دادرسی الکترونیکی، در این زمینه امکان دسترسی برای اشخاص مزبور را از طریق تجهیزات الکترونیکی و مخابراتی فراهم کرده است که در این مبحث به آن پرداخته می‌شود.

۱-۱. شیوه دسترسی به طرفین پرونده

بازپرس به عنوان مقام تحقیق به منظور شروع تحقیقات مقدماتی ناگزیر از دسترسی به متهم است، به گونه‌ای که در صورت وجود دلیل کافی برای توجه اتهام به متهم اقدام به احضار یا جلب وی می‌کند. در رابطه با احضار، مقررات ماده ۱۷۵ قانون آیین دادرسی کیفری استفاده از سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی، از قبیل پیام‌نگار (ایمیل)، ارتباط تصویری از راه دور، نمابر و تلفن را برای طرح شکایت یا دعوی، ارجاع پرونده، احضار متهم، ابلاغ اوراق قضایی و همچنین نیابت قضایی با رعایت مقررات راجع به دادرسی الکترونیکی امکان‌پذیر دانسته است.

یکی از سامانه‌های پیش‌بینی شده در اجرای ماده مزبور توسط قوه قضائیه سامانه ابلاغ است که می‌تواند برای احضار متهم یا سایر اشخاص مرتبط با پرونده به کار گرفته شود. به موجب ماده ۱۱ آیین‌نامه نحوه استفاده از سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی مصوب ۱۳۹۵/۵/۲۴ رئیس قوه قضائیه، مراجعان به قوه قضائیه موظف‌اند جهت انجام امور قضایی خود حساب کاربری دریافت نمایند.

به موجب ماده ۱۳ همان آیین نامه وصول الکترونیکی اوراق قضایی به حساب کاربری مخاطب در سامانه، ابلاغ محسوب می شود. رویت اوراق قضایی در سامانه ابلاغ، با ثبت زمان و سایر جزئیات، ذخیره می شود و کلیه آثار ابلاغ واقعی بر آن مترتب می گردد. ورود به سامانه ابلاغ از طریق حساب کاربری و رویت اوراق از این طریق به منزله رسید است. اما اگر مخاطب از مراجعه به سامانه ابلاغ خودداری نماید، این امر به منزله استتکاف از قبول اوراق قضایی موضوع ماده ۷۰ قانون آیین دادرسی مدنی محسوب گردیده و ابلاغ قانونی است (تبصره ۲ ماده ۱۳). با وجود این، اداره کل حقوقی قوه قضائیه در نظریه شماره ۱۱۸۴/۹۶/۷ به تاریخ ۱۳۹۶/۵/۲۹ صرف وصول الکترونیکی اوراق قضایی به حساب کاربری مخاطب را تاریخ ابلاغ محسوب کرده است و در نتیجه مبدأ احتساب مهلت ها در اعتراض به آرا را نیز همین تاریخ دانسته است و ارسال پیامک به تلفن همراه را جهت اطلاع رسانی اعلام کرده است. در حالی که مستند به ماده ۱۳ همان آیین نامه صرف تاریخ وصول اوراق در حساب کاربری و بدون رویت مخاطب، نمی تواند ابلاغ واقعی محسوب شود و از این جهت، به نظریه مزبور اشکال وارد است. این اداره در نظریه ای متعارض با نظریه فوق الذکر به شماره ۲۱۶۸/۹۷/۲ به تاریخ ۱۳۹۸/۴/۱۲، فقط رویت اوراق قضایی در سامانه ابلاغ را، ابلاغ واقعی قلمداد کرده است.

بدون تردید ابلاغ الکترونیک موجب رفع چالش های ابلاغ عادی از قبیل صرفه جویی در هزینه های دادگستری، ممانعت از سوء استفاده یا تبانی با شاکی یا خواهان با مأمورین ابلاغ برای نرساندن ابلاغ به مخاطب یا متهم، حفاظت از سلامتی اشخاص در تردد و مراجعه به دادگستری به هنگام حوادثی از قبیل شیوع ویروس کرونا و حفظ محیط زیست است. با این حال یکی از چالش های ابلاغ الکترونیک، سوء استفاده مخاطب از این موضوع برای استفاده از صدور رأی غیابی و تقاضای واخواهی و در نتیجه اطاله دادرسی است، زیرا مخاطب می تواند ادعای بی اطلاعی از ابلاغ کند. تبصره ۱ ماده ۱۳ اخیر الذکر برای رفع این چالش مقرر داشته است که «در ابلاغ الکترونیک مخاطب در صورتی می تواند اظهار بی اطلاعی کند که ثابت نماید به لحاظ عدم دسترسی یا نقص در سامانه رایانه ای و مخابراتی از مفاد ابلاغ مطلع نشده است». در ضمن اینکه همچنان که در ابلاغ عادی نیز این سوء استفاده وجود دارد، نمی توان به بهانه وجود این چالش از مزایای ابلاغ الکترونیک، چشم پوشی کرد (اسماعیلی و پورقهرمانی، ۱۳۹۸: ۳۷).

در خصوص امکان اثبات ادعای عدم اطلاع از تصمیم قضایی دادسرا در خصوص قرار منع تعقیب توسط شاکی خصوصی و اعتراض او به قرار منع تعقیب در خارج از مهلت قانونی ده روزه مقرر در قانون، با توجه به گزارش واحد انفورماتیک ابلاغ الکترونیکی مبنی بر اخلاف در سیستم و عدم ابلاغ

قرار به شاکی، مستند به نظریه شماره ۱۲۰۸/۹۶/۷ مورخ ۱۳۹۶/۵/۳۰ اداره کل حقوقی قوه قضائیه، این گزارش مثبت ادعای شاکی خصوصی تلقی شده است. بدین ترتیب صرف ادعای عدم اطلاع از مفاد ابلاغ الکترونیکی قابل پذیرش نیست. بنابراین لزوم اثبات عدم اطلاع از طریق اثبات نقص در ساختار الکترونیک، موجب جلوگیری از سوءاستفاده مخاطب است.

چالش دیگری که مطرح شده است، اینکه افراد بی سواد نمی توانند از مفاد ابلاغ الکترونیک آگاه شوند و بدین ترتیب حقوق آن ها ضایع می شود، زیرا در ابلاغ کاغذی، مأمور ابلاغ مفاد آن را به اطلاع مخاطب رسانده و از او امضا اخذ می کند. در پاسخ به این چالش باید گفت راه چاره در این مورد، توسعه آموزش همگانی و کاستن از حجم بی سوادی است و با این اشکال نباید از مزایای ابلاغ الکترونیک، صرف نظر کرد.

برخلاف شاکی، که با طرح شکایت حساب کاربری در سامانه ابلاغ را اخذ می نماید، ممکن است متهم به لحاظ عدم وجود سابقه در مراجعه قضایی و اخذ حساب کاربری در سامانه ابلاغ، فاقد حساب کاربری باشد. در این فرض روش ابلاغ به متهم، اصطلاحاً به صورت «نیمه الکترونیک» صورت می گیرد.

روش نیمه الکترونیک به طور کلی در خصوص اشخاص کاربری دارد که فاقد حساب کاربری در سامانه ابلاغ باشند. در این روش یک نسخه احضاریه به روش غیرالکترونیک ارسال می شود. بدین معنی که در قسمت بالای احضاریه به روش عادی عنوان «ابلاغیه نیمه الکترونیکی» نوشته شده است و در متن ابلاغیه تاریخ، مهلت حضور، ساعت حضور و علت حضور قید و متهم ارشاد می شود که در سامانه ابلاغ وارد و تاریخ صدور احضاریه را مشاهده کند. در غیر این صورت به دفاتر خدمات قضایی یا نزدیک ترین واحد قضایی برای ورود در سامانه ثنا و اطلاع از اوراق قضایی ثبت نام کند. عدم مراجعه به سامانه ابلاغ یا مراجع مذکور، به منزله استنکاف از قبول اوراق قضایی بوده و ابلاغ محسوب است.

رئیس مرکز آمار و فناوری اطلاعات قوه قضائیه در مصاحبه مورخ ۱۴۰۱/۱/۲۷ خود در راستای توسعه استفاده از خدمات الکترونیک قضایی اعلام کرده است که امکان احراز هویت غیرحضوری برای دریافت ثنا (ثبت نام الکترونیکی) یا شناسه قضایی بدون نیاز به حضور در دفاتر خدمات قضایی فراهم شده است و تاکنون بیش از ۵۰۰ هزار نفر از این مسیر ثنای خود را دریافت کرده اند. بدین ترتیب اشخاص مزبور با دریافت احضاریه نیمه الکترونیک، بلافاصله می توانند بدون مراجعه به دفاتر خدمات قضایی و صرف وقت و هزینه شخصاً با ورود به درگاه ملی قوه قضائیه مبادرت به اخذ شناسه قضایی خود کرده و از مفاد احضاریه مطلع شوند (واحد خبری مافا قوه قضائیه، ۱۴۰۱).

ماده ۱۶ آیین‌نامه فوق‌الذکر اجرای فرایند نشر آگهی برای متهم مجهول‌المکان را از طریق سامانه‌های الکترونیکی پیش‌بینی نموده است. به موجب این ماده در صورت مجهول‌المکان بودن مخاطب و عدم دسترسی به حساب کاربری، ابلاغ اوراق قضایی از طریق آگهی در سامانه ابلاغ و یکی از روزنامه‌های الکترونیکی کثیرالانتشار به تشخیص مرکز آمار و فناوری اطلاعات قوه قضائیه انجام می‌شود و در آگهی مزبور اعلام می‌گردد که مخاطب موظف است جهت ثبت نام و دریافت حساب کاربری اقدام نماید. همچنین اشخاص می‌توانند با مراجعه به سامانه ابلاغ که قسمتی از آن اختصاص دارد به «سامانه آگهی الکترونیک» با وارد کردن مشخصات خود و ملاحظه تاریخ آگهی‌ها امکان مشاهده آگهی‌های بعد از تاریخ ۱۳۹۶/۷/۱ را که سامانه فراهم کرده است، مشاهده کرده و پیگیری نمایند. در واقع ماده ۱۶ علاوه بر الزام مراجع قضایی به نشر آگهی احضاریه از طریق روزنامه‌های الکترونیکی کثیرالانتشار سامانه مزبور را هم برای اطلاع اشخاص از روند قضایی مربوط به پرونده خود مقرر کرده است. با این حال ایراد وارد به اطلاع از طریق سامانه ابلاغ، عدم اطلاع‌رسانی صحیح و کامل قوه قضائیه به عموم مخاطبان درخصوص وجود این سامانه است. با توجه به نظریه مشورتی شماره ۳۷۷/۹۸/۷ مورخ ۱۳۹۸/۴/۱ اداره کل حقوقی قوه قضائیه «انتشار آگهی در سامانه آگهی الکترونیک قوه قضائیه به منزله انتشار آگهی در روزنامه (اعم از محلی و کثیرالانتشار) است و انتشار آگهی کافی و معتبر است. بدیهی است در فضای الکترونیک تقسیم نشریه به محلی و غیر محلی منتفی است».

در فرضی که متهم دارای حساب کاربری در سامانه ابلاغ باشد، اما به لحاظ بازداشت موقت و یا محکومیت به حبس، امکان دسترسی به سامانه ابلاغ نداشته باشد، ماده ۱۹ آیین‌نامه نحوه استفاده از سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی ارائه طریق کرده است. به موجب این ماده برای حفظ حقوق متهم، احضاریه به صورت الکترونیک به سامانه ابلاغ متهم و همچنین به سامانه بازداشتگاه یا زندان ارسال می‌شود. مؤسسه کیفری مزبور باید احضاریه را برابر مقررات به متهم ابلاغ و نتیجه آن را از طریق سامانه ابلاغ به واحد قضایی ارسال کند. همچنین طبق تبصره ۱ ماده ۱۹ مزبور چنانچه متهم فاقد حساب کاربری باشد، برای او حساب کاربری ایجاد کند و وفق تبصره ۲ همان ماده امکان دسترسی به سامانه ابلاغ را برای متهم با رعایت اصول امنیتی فراهم نمایند.

در مقررات مربوط به دادرسی الکترونیکی موضوع برگه جلب الکترونیکی مقرر نشده است. آنچه در مواد ۱۷۹، ۱۸۰ و ۱۸۱ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر شده است تنها ناظر به صدور برگه جلب در فضای فیزیکی می‌باشد. درخصوص صدور برگ جلب الکترونیکی می‌توان پیشنهاد کرد که سامانه‌ای سراسری پیش‌بینی شود. در این سامانه، قاضی برگه جلب صادرشده را درخصوص متهم

خاص قرار دهد. مأموران انتظامی با آموزش قبلی، موظف باشند که به محض رؤیت برگ جلب در حوزه مأموریت قاضی و حوزه قضایی که در آن فعالیت می‌کنند، چنانچه متهم را یافتند مطابق با قانون اقدام کرده و متهم مجلوب را به دادستان حوزه قضایی مأموریت خود تحویل دهند تا دادستان مزبور این متهم را تحت‌الحفظ به قاضی صادرکننده برگ جلب معرفی کند.

۲-۱. شیوه دسترسی به شهود و مطلعان و سایر اشخاص

به موجب ماده ۱۱ آیین‌نامه اخیرالذکر، سایر اشخاص مرتبط با پرونده‌های قضایی از قبیل شاهد، داور، کفیل، وثیقه‌گذار و کارشناس باید نسبت به ثبت‌نام در سامانه ثنا و دریافت حساب کاربری اقدام کنند. در غیر این صورت واحدهای قضایی قبل از هرگونه اقدام قضایی، باید آنان را برای ثبت‌نام به دفاتر خدمات قضایی دلالت کنند و در صورت فوریت رأساً نسبت به ثبت‌نام آنان اقدام نمایند. به عنوان مثال چنانچه متهم، کفیل یا وثیقه‌گذار معرفی نماید، مقام قضایی پیش از بررسی ملائت و سایر شرایط لازم برای صدور قرار قبولی کفالت و یا وثیقه، باید کفیل یا وثیقه‌گذار را برای ایجاد حساب کاربری سامانه ابلاغ به دفتر خدمات قضایی راهنمایی کند. بدین ترتیب مستند به ماده ۲۳۰ قانون آیین دادرسی کیفری چنانچه متهم در مواعد مقرر با صدور احضاریه نزد بازپرس حاضر نشود، از طریق ابلاغ الکترونیک به کفیل یا وثیقه‌گذار اخطار می‌شود که ظرف یک ماه متهم را تحویل دهد. در خصوص دسترسی به کارشناس رسمی دادگستری، دستورالعملی تحت عنوان «ساماندهی زمان و فرایند کارشناسی رسمی دادگستری» توسط ریاست قوه قضائیه در دوران همه‌گیری بیماری کرونا برای تحقق دادرسی الکترونیکی و فاصله‌گذاری اجتماعی در حوادثی از قبیل بیماری مزبور، تهیه و به تاریخ ۱۳۹۹/۰۱/۷ به مراجع قضایی و کانون کارشناسان ابلاغ شده است. به موجب ماده ۱۸ دستورالعمل مزبور، مرکز آمار و فناوری اطلاعات قوه قضائیه مکلف شده است، به منظور بهبود فرایند کارشناسی با روزآمد کردن سامانه‌های قضایی و ایجاد ارتباط با کانون کارشناسان، اقداماتی از قبیل ابلاغ اوراق و قرار صادرشده و نیز ایجاد دسترسی کارشناس منتخب را جهت مطالعه قرار به صورت الکترونیکی ساماندهی کند.

در حال حاضر مرکز در تارنمای عدل‌ایران، سامانه خودکاربری کارشناسان را راه‌اندازی کرده است و از جمله مزایای این سامانه امکان ارسال لوایح برای مقام قضایی بدون نیاز به مراجعه حضوری به شعبه یا دفاتر خدمات قضایی است. ولی همچنان کارشناسان برای مطالعه پرونده لازم است تا با مراجعه حضوری به دفتر شعبه به این امر اقدام نمایند.

۲. رسیدگی به ادله و تفهیم اتهام

بازپرس پس از دسترسی به طرفین پرونده و سایر اشخاص از طریق سامانه‌های الکترونیکی و

مخابراتی باید مبادرت به بررسی قراین و شواهد و یا ادله ارتکاب جرم کند و در صورت توجه این ادله به متهم تحت تعقیب، به وی تفهیم اتهام با بیان صریح ادله جمع‌آوری شده نماید. در این قسمت از مقاله امکانات مقررات دادرسی الکترونیکی در موضوع رسیدگی به ادله و سپس تفهیم اتهام به متهم را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۲-۱. رسیدگی به ادله

مقررات دادرسی الکترونیکی امکانات بسیار خوبی را برای بازپرس در جمع‌آوری ادله و سپس ارزیابی آن‌ها مطرح کرده است. از جمله این امکانات، اخذ شهادت از راه دور به واسطه تجهیزات الکترونیکی است. مفاد ماده ۱۸۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مقرر داشته است که چنانچه حضور فیزیکی شاهد نزد مقام قضایی اعم از بازپرس و قاضی دادگاه در حادثی از قبیل همه‌گیری بیماری کرونا، متعذر باشد، با احراز شرایط شهادت و صحت انتساب مطالب به او، اخذ شهادت از طریق تجهیزات الکترونیکی و مخابراتی معتبر است. با این حال بررسی میزان اعتبار شهادت الکترونیکی قابل بررسی و مذاقه است.

با همان هدف تبیین تعذر از حضور شاهد در ماده فوق‌الذکر، مواد ۲۰۴ و ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، اخذ شهادت از شهود و یا مطلعان پرونده را از طریق تجهیزات الکترونیکی و مخابراتی بدون لزوم حضور فیزیکی نزد قاضی ضروری قلمداد کرده است. با این حال در تبصره ۲ ماده ۲۰۴ همان قانون نیز ضمن اذعان به امکان اخذ شهادت شاهد یا مطلع به صورت الکترونیکی، این نوع شهادت را در صورت منحصر به فرد بودن دلیل پرونده بی اعتبار دانسته است. با توجه به مواد ۱۶۱ و ۱۶۲ قانون مجازات اسلامی، بی اعتباری اخذ شهادت الکترونیکی را در ماده مزبور به زمانی می‌توان تعبیر کرد که اخذ شهادت مزبور دارای شرایط شرعی نباشد و در این صورت با جمع قرائن و امارات دیگر، چنانچه موجب تحقق علم قاضی شود، این نوع شهادت هم معتبر بوده و در پرونده امر قابل استناد می‌باشد.

طبق ماده ۲۱۴، در صورت بیم خطر جانی یا حیثیتی و یا ضرر مالی برای شاهد یا مطلع یا خانواده آنان که بدون تردید یکی از مصادیق آن بروز حادثی از قبیل شیوع ویروس کرونا می‌باشد، استماع اظهارات شاهد یا مطلع در خارج از دادسرا با وسایل ارتباط از راه دور، امکان‌پذیر است. همچنین در مقررات دادرسی، علاوه بر جواز شهادت الکترونیکی به شرحی که گذشت، آیین‌نامه حمایت از شهود و مطلعان مصوب سال ۱۳۹۴، امکان شهادت از راه دور و با استفاده از تجهیزات الکترونیک را فراهم کرده است. به موجب مفاد تبصره ماده ۳ این آیین‌نامه مواجهه حضوری شاهد یا مطلع در جلسه مواجهه اعم از حضور فیزیکی و یا غیر فیزیکی از طریق وسایل ارتباط از راه دور است.

طبق تبصره ۱ ماده ۲۱۴ فوق‌الذکر در صورتی که شناسایی شاهد یا مطلع مستلزم بیم خطر جانی برای او باشد، حسب درخواست وی بازپرس باید تدابیر لازم را از قبیل آموزش برای حفاظت از سلامت جسمی و روحی یا تغییر مکان او اتخاذ کند. طبق فصل چهارم و پنجم آیین‌نامه حمایت از شهود و مطلعان، بازپرس مکلف است تدابیر لازم برای حفاظت از شهود و مطلعان درخصوص عدم افشای اطلاعات ایشان و خانواده‌شان اعم از هویت و سایر مشخصات مانند محل سکونت، اشتغال یا نوع فعالیت یا هر امر دیگر و نیز نسبت به اعزام گشت‌های منظم پلیسی به صورت آشکار یا پنهانی، در اختیار دادن تجهیزات تماس سریع با مراجع مربوط برای شاهد یا مطلع، آموزش تدابیر دفاع شخصی و امکان تغییر مکان وی، تصمیم مقتضی اتخاذ نماید.

با این حال اصل در شهادت شهود و یا مطلعان مبتنی بر افشای هویت آنان، امکان طرح پرسش از سوی طرفین پرونده از آنان، خواه به صورت عادی و یا مجازی است. همچنین بازپرس باید وفق مفاد مواد ۱۹۶-۱۹۲ قانون مجازات اسلامی، با استفاده از تجهیزات الکترونیکی موضوع حق جرح و تعدیل شهود را به طرفین اعلام کند تا چنانچه هر یک از طرفین درخصوص صلاحیت شخص شاهد و یا مفاد اظهارات او اعتراضی داشته باشند، بیان کند و در مقابل برای طرف دیگر که شهود او مورد جرح قرار گرفته است، امکان اقامه دلیل برای اثبات صلاحیت شاهد و یا صحت مفاد اظهارات او را فراهم نماید.

با توجه به لزوم رعایت اصل مزبور برای حمایت از حقوق دفاعی متهمان است که تبصره ۲ ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، امکان گمنامی شهود یا مطلعان و عدم مواجهه حضوری شاکی و متهم را با هدف حمایت از امنیت از آنان و خانواده‌شان، مشروط به عدم تنافی با حقوق دفاعی متهمان اعلام کرده است. برای تحقق مفاد تبصره مزبور، مواد ۵ و ۴ آیین‌نامه حمایت از شهود، عدم امکان مواجهه حضوری بین شاهد یا مطلع با متهم را مانع از آگاهی از اظهارات اعلام‌شده توسط شاهد یا مطلع و همچنین خدشه به حق پرسش متهم ندانسته است.

در عین حال طبق دکترین حقوقی حمایت از امنیت شهود و مطلعان و نیز رویه قضایی دیوان حقوق بشر اروپا، ناشناس ماندن یا گمنامی شاهد یا مطلع باید راهکاری استثنایی باشد و ارزش اثباتی اظهارات چنین شاهی را محدود می‌کند. چراکه به‌رحال تأثیرگذار بر حق برخورداری از دادرسی عادلانه برای لزوم مواجهه حضوری و حق پرسش از شاهد به‌نحو آشکار است (دفتر مقابله با مواد مخدر و جرم سازمان ملل متحد وین، ۱۳۸۸: ۵۹-۵۸).

مطابق مفاد ماده ۶۵۲ قانون آیین دادرسی کیفری، قوه قضائیه موظف شده است که به‌منظور ساماندهی ارتباطات الکترونیکی بین محاکم، ضابطان و دستگاه‌های تابعه خود و نیز سایر اشخاص

حقیقی و حقوقی که در فرایند دادرسی به اطلاعات آنان نیاز است، «شبکه ملی عدالت» را ضمن به کارگیری تمهیدات مطمئن از قبیل ایجاد امضای الکترونیکی^۱ راه اندازی کند. شبکه ملی عدالت در صورت راه اندازی کامل با ضریب امنیتی بالا و ثبت مطمئن مکاتبات، استعلامات و پاسخ مقامات اداری، بستر مناسبی برای ایفای نقش بازپرس در جمع آوری ادله می باشد. در صورت راه اندازی شبکه مزبور، بازپرس درخصوص جمع آوری ادله، در رابطه با استعلام از اشخاص حقوقی از امکانات قابل توجهی برخوردار خواهد بود که بعضی از این موارد به اختصار اشاره می شود.

• طبق مفاد ماده ۱۵۰ قانون آیین دادرسی کیفری، اصل بر منع کنترل ارتباطات مخابراتی افراد است مگر در مواردی که به امنیت داخلی و خارجی کشور مربوط بوده یا برای کشف جرایم موضوع بندهای (الف)، (ب)، (پ) و (ت) ماده ۳۰۲ ضروری تشخیص داده شود. در این فرض بازپرس می تواند بر حسب قرائن و شواهد موجود در پرونده برای تکمیل ادله ارتکاب جرم با موافقت رئیس کل دادگستری و با تعیین مدت و دفعات کنترل، دستور الکترونیکی کنترل مکالمات تلفنی اشخاص را به وزارت مخابرات و سازمان های تابعه او صادر کند.

• گاهی حسب قرائن و شواهد کافی که در اختیار بازپرس موجود است و به موجب آن ظن قوی برای کشف جرم، دستیابی به ادله وقوع جرم و یا شناسایی متهم از طریق تفتیش و بازرسی مراسلات پستی مربوط به متهم، حاصل است، در این صورت این امکان برای بازپرس وجود دارد که از سازمان مربوط درخواست کند که مراسلات مربوط به متهم توقیف و نزد او فرستاده شود. در صورت تحقق فرض مزبور، بازپرس می تواند با درخواست مجوز از رئیس کل دادگستری استان و سپس از سازمان مربوط به صورت الکترونیکی اقدام کند (مواد ۶۵۲ و ۱۵۳ قانون آیین دادرسی کیفری).

• کنترل حساب های بانکی اشخاص با تأیید رئیس حوزه قضایی برای دستیابی به ادله از طریق دستور الکترونیکی به بانک های ذی ربط امکان پذیر است (مواد ۱۵۱ و ۶۵۲ قانون آیین دادرسی کیفری). این کنترل فراتر از یک استعلام است و با استفاده از برنامه های هوشمند صورت می پذیرد. علاوه بر آن، با به کارگیری هوش مصنوعی^۲ و راه اندازی پایگاه داده های مالی، بازپرس

۱. بند «ی» ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۱۷: «امضای الکترونیکی (Electronic Signature): عبارت از هر نوع علامت منضم شده یا به نحو منطقی متصل شده به «داده پیام» است که برای شناسایی امضاءکننده «داده پیام» مورد استفاده قرار می گیرد.»

2. AI (Artificial Intelligence). See: Christina Ahmet (2018), Artificial Intelligence: How Advance Machine Learning Will Shape The Future Of Our World, Shockwave Publishing via Publish Drive, Chapter 2.

بر حسب قرائن و شواهد در اختیار امکان پایش و شناسایی خودکار مبادلات مالی متهمان به ارتکاب این‌گونه جرایم را دارد و بدین ترتیب در اسرع وقت مبادرت به جمع‌آوری ادله برای مقابله با فسادهای مالی خواهد کرد (Per Aarvik, 2019: 1-2).

- به‌طور کلی در چهارچوب اجرای مفاد ماده ۱۵۳ همان قانون، بازپرس می‌تواند با دستور الکترونیکی از مقامات و مأموران وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی و... ادله و اطلاعات راجع به جرم و آن قسمت از اوراق، اسناد و دفاتری را که مراجعه به آن‌ها برای تحقیق امر کیفری لازم است، درخواست کند. همچنین از بانک اطلاعات ژنتیک با دستور الکترونیکی، هویت متهمان را استعلام نماید.^۱

۲-۲. تفهیم اتهام با ذکر ادله

ازجمله اقدامات بازپرس پیش از صدور قرار تأمین و نظارت قضایی و متعاقب دسترسی به متهم، لزوم وجود دلایل کافی برای تفهیم اتهام به اوست. ماده ۶۵۹ قانون مذکور، تفهیم اتهام را به متهمان از طریق به‌کارگیری سامانه‌های ویدیوکنفرانس و سایر سامانه‌های ارتباطات الکترونیکی با لحاظ ضرورت سه شرط احراز هویت متهمان، صحت اعتبار اظهارات و ثبت مطمئن این اظهارات، با حفظ محرمانگی در امر تحقیقات مقدماتی امکان‌پذیر و معتبر دانسته است. قوه‌قضائیه به‌منظور تحقق شرایط مزبور و با هدف تسهیل و تسریع رسیدگی‌های قضایی، کاهش اتلاف وقت و نیروی انسانی و ایجاد رویه واحد در رسیدگی‌های الکترونیکی و تحقق فاصله‌گذاری اجتماعی در حوادثی از قبیل شیوع ویروس کرونا، «دستورالعمل نحوه تحقیق و رسیدگی با استفاده از سامانه‌های ارتباط الکترونیک» اسفندماه سال ۹۹ تصویب کرده است.

بر اساس ماده ۱۹۳ قانون آیین دادرسی کیفری و ماده ۳ دستورالعمل مزبور، بازپرس باید قبل از شروع به تفهیم اتهام متهم، هویت او را از طریق ملاحظه اوراق هویت در سامانه الکترونیکی، احراز کند در صورتی که هویت افراد شرکت‌کننده در تحقیق الکترونیکی از طریق مزبور ممکن نباشد، مشاهده کارت ملی یا دیگر اوراق هویتی معتبر از طریق ارتباط تصویری و یا تأیید قاضی ناظر زندان، رئیس زندان، بازداشتگاه و سایر مراکز نگهداری زندانیان یا نماینده معرفی شده از سوی ایشان

۱. این بانک به موجب دستورالعمل مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۱۹ رییس قوه‌قضائیه تشکیل و راه‌اندازی شده است و طبق آخرین اخبار با همکاری و مساعدت نزدیک سازمان زندان‌ها با سازمان پزشکی قانونی، در طی ۳ سال اخیر ۹۰ هزار نمونه بیولوژیک و ۲۰ هزار پروفایل ژنتیکی از مجرمین تحت پوشش بانک تهیه و در آن ذخیره شده است (خبرگزاری دانشجو، ۱۳۹۸).

درخصوص زندانی فاقد مدرک هویتی معتبر و یا تأیید نمایندگی دولت ایران یا کارگزاری‌های مورد تأیید مرکز در مورد ایرانیان خارج از کشور که فاقد مدارک هویتی باشند، ضرورت دارد.

نکته اساسی در بازجویی از متهمان و ثبت اظهارات اشخاص دیگر در تحقیق الکترونیکی مانند شاکی، شاهد و کارشناس، پیش‌بینی محیط‌های امن، مطمئن و مجهز به تجهیزات سامانه‌های ویدیوکنفرانس و سایر سامانه‌های ارتباطات الکترونیکی است. با عنایت به مواد ۲۶ الی ۲۸ دستورالعمل، تجهیز دفاتر خدمات قضایی، حوزه‌های انتظامی و زندان برای تحقیق الکترونیکی از متهم صورت می‌گیرد. برای تحقیق الکترونیکی آموزش کافی به قضات، ضابطان دادگستری، کارکنان زندان و خدمات دفاتر قضایی و مراجعان دادگستری امری ضروری است. به موجب مفاد ماده ۲۶ دستورالعمل، دفاتر خدمات قضایی باید علاوه بر تجهیزات مورد نیاز برای تحقیق الکترونیکی، دارای اتاق مخصوص برای این منظور باشد. شرایط اتاق تحقیق الکترونیکی دفاتر توسط مرکز آمار و فناوری اطلاعات قوه قضائیه تعیین می‌شود. اما مسئولیت حفظ محرمانگی و عدم دخالت یا حضور اشخاص غیرمجاز به‌عهده مدیر دفتر خدمات قضایی است.

مطابق ماده ۲۷، اگر تحقیق الکترونیک از متهم در مراجع انتظامی انجام شود، باید امکان دسترسی به رمز یکبار مصرف از طریق حساب کاربری یا تلفن همراه برای متهم فراهم شود. درخصوص تحقیق الکترونیکی از متهم در زندان، باید رمز یک بار مصرف به حساب کاربری آنان ارسال شود. امکان دسترسی به حساب کاربری توسط زندان صورت می‌گیرد (ماده ۲۸ دستورالعمل).

در این خصوص باید توجه داشت که امر تجهیز الکترونیک حوزه‌های انتظامی و زندان توسط مرکز آمار و فناوری اطلاعات قوه قضائیه از حیث حضور ضابطان دادگستری صالح در این محیط‌ها بسیار واجد اهمیت است. زیرا بازپرس امکان نمایندگی به ضابطان مزبور را در امر تحقیق الکترونیکی، که ازجمله آن تفهیم اتهام به متهم است، دارد. با وجود این باید توجه داشت که در برخی موارد ازجمله به‌موجب مواد ۹۸ و ۱۲۶ قانون آیین دادرسی کیفری امر تحقیقات قائم به شخص بازپرس است.

برخی از مؤلفان تفهیم اتهام به‌صورت الکترونیکی را اخلال به حق دفاع متهم می‌دانند. زیرا در این طریق که متهم در حضور فیزیکی بازپرس نیست، اضطراب و فشار روانی احساس می‌کند و در دفاع مؤثر او خلل وارد می‌شود. (Anne, 2003-2004: 1133). همچنین گفته‌اند که حصول اطمینان قاضی مبنی بر لزوم آگاه متهم از ماهیت اتهام و مجازات در فرض استفاده از سامانه‌های مزبور مشکل است. اگر متهم در ضمن بازجویی، اقرار به ارتکاب جرم کند، چگونه قاضی متوجه شود که این اقرار

تحت فشار و یا اجبار نبوده است. چراکه در حضور فیزیکی او صورت نگرفته است. (اسماعیلی و پورقهرمانی، ۱۳۹۸: ۴۷). در پاسخ به این ایرادات می‌توان گفت، امروزه ارتباطات الکترونیکی از راه دور به صورت مواجهه‌ای امری عادی شده است. به علاوه حضور تصویری بازپرس با متهم برای تفهیم اتهام تفاوتی با حضور فیزیکی ندارد و در واقع مقنن در ماده ۶۵۹ قانون آیین دادرسی کیفری و دستورالعمل مورد اشاره قوه قضائیه، تحقیق الکترونیکی را در مورد اصحاب دعوی و سایر اشخاص مانند شهود، مطلعان و کارشناسان پذیرفته و به این امر عرفی جاری و ساری صحنه گذاشته است. به علاوه باید توجه داشت که طبق دستورالعمل مزبور، تحقیق از متهم باید در محیط امن الکترونیکی و با حضور ضابطان دادگستری در حوزه‌های انتظامی، مسئولین زندان و دفاتر خدمات قضایی برگزیده صورت گیرد. بنابراین همچنان‌که اگر در دادرسی عادی اقرار متهم در حوزه‌های انتظامی نزد ضابطان دادگستری صورت گیرد، چنانچه خدشه‌ای از حیث رعایت حقوق متهم، به تشخیص قاضی بر آن وارد نباشد، با جمع سایر قرائن و شواهد می‌تواند موجب قناعت وجدانی قاضی باشد، در فرض اقرار الکترونیکی نزد اشخاص مذکور نیز قابل اعتناء و اعتبار خواهد بود.

به همین جهت علاوه بر دستورالعمل فوق‌الذکر ماده ۱۶ لایحه پلیس ویژه اطفال و نوجوانان مصوب ۱۴۰۰/۲/۵ هیئت وزیران به عکس استدلال مخالفان، بهره‌مندی از ظرفیت ماده ۶۵۹ قانون آیین دادرسی کیفری را برای تحقیق الکترونیکی به عنوان یکی از اجزای مهم دادرسی الکترونیکی در مراجع انتظامی و قضایی موجب جلوگیری از ورود آسیب به این رده سنی قلمداد کرده است. در این ماده تصریح شده است که تفهیم اتهام الکترونیکی توسط بازپرس می‌تواند با شیوه‌هایی از قبیل اتاق‌های نظارت یا سامانه‌های دورسخنی (ویدئوکنفرانس) و سایر سامانه‌های الکترونیکی یا ضبط صوت با رعایت مقررات قانون آیین دادرسی کیفری با اصلاحات آن به‌ویژه مقررات دادرسی الکترونیکی انجام گیرد.

با وجود این، چنانچه امکان تعرض یا اخلال در حق دفاع متهم در موقع تفهیم اتهام وجود داشته باشد، در صورت ضرورت یا به درخواست متهم با تشخیص مقام قضایی، تحقیق یا رسیدگی با حضور در شعبه انجام می‌شود (ماده ۲۴ دستورالعمل). همچنین ممکن است که به تشخیص قاضی در جنایات یا جرایم مهم مخل به نظم و امنیت اساسی جامعه مانند قتل عمد، آدم‌ربایی، جرایم سازمان‌یافته و امنیتی، بازجویی مجازی حقوق دفاعی جامعه را به‌عنوان یکی از هدف‌های آیین دادرسی تأمین نکند. در این دسته از جرایم با استناد به ماده مزبور تحقیق از متهم در فضای عادی صورت خواهد گرفت.

حقوق دفاعی متهمان در تفهیم اتهام الکترونیکی همانند شیوه عادی تفهیم اتهام باید رعایت

شود. به عنوان مثال در تفهیم اتهام الکترونیکی نیز بازپرس باید قبل از شروع به تحقیق از امکان ارتباط متهم و آزادی اراده او در بیان مطالب اطمینان حاصل کند و در صورتی که ثابت شود اظهارات او ناشی از اکراه یا تهدید بوده است، این اظهارات بی اعتبار تلقی می شود (ماده ۱۹۵ قانون آیین دادرسی کیفری و ۱۲ همان دستورالعمل).

اظهارات متهم در صورت جلسه سامانه مدیریت پرونده قضایی (سمپ) ثبت شده و برای او قرائت و یا نمایش داده می شود و با استفاده از تجهیزات الکترونیکی (پد امضا)، به امضای او می رسد. چنانچه استفاده از این تجهیزات ممکن نباشد، رمز یک بار مصرف از طریق پیامک برای متهم ارسال شده و در صورت پذیرش مطالب ثبت شده، رمز پس از تأیید در اختیار شعبه بازپرسی قرار می گیرد. در غیر این صورت از بازپرس درخواست اصلاح صورت جلسه را می نماید. اگر متهم از امضاء الکترونیکی به روش مزبور خودداری کند، امتناع از امضا محسوب و صورت جلسه با ذکر علت توسط بازپرس و منشی امضا می شود (ماده ۲۱ همان دستورالعمل).

در ماده ۲۲ دستورالعمل فرضی مطرح شده است که از حیث رعایت حقوق دفاعی متهم در تحقیق الکترونیکی، قابل نقد است. به موجب مفاد ماده مزبور، در صورت عدم امکان امضا الکترونیکی یا ارسال رمز یک بار مصرف، امضای صورت جلسه بازجویی توسط بازپرس و منشی با ذکر علت و ضبط صوتی جلسه کافی است. این فرض در قانون آیین دادرسی کیفری به شرحی که در امر تفهیم اتهام از متهمان در مواد ۱۹۵ و ۱۹۷ مرقوم گردیده، مقرر نشده است. طبق مواد فوق الذکر، پاسخ متهم پس از تفهیم اتهام با ذکر دلایل باید بدون تغییر، تبدیل و یا تحریف نوشته شده و پس از قرائت برای متهم به امضا یا اثر انگشت او برسد. متهم با سواد خودش پاسخ را می نویسد، مگر آنکه نخواهد از این حق استفاده کند، اگر در پاسخ پرسش ها سکوت کند، مراتب امتناع وی از دادن پاسخ یا امضای اظهارات، در صورت مجلس قید می شود. چنان که ملاحظه می شود، در هر صورت باید امکان امضای متهم در ذیل اظهارات او توسط مقام قضایی فراهم شود و اینکه امکان امضای او به نحو عادی و یا الکترونیکی یا از طریق تأیید با رمز یکبار مصرف وجود نداشته باشد و بازپرس و منشی، صورت جلسه را امضا کند، هر چند که صدای او ضبط شده باشد، برخلاف مقررات مزبور است. از این حیث اصلاح ماده ۲۲ دستورالعمل اخیرالذکر ضروری به نظر می رسد.

آخرین نکته ای که در امر بازجویی در موقع تفهیم اتهام به متهمان لازم به ذکر است، چنان که پیش تر هم اشاره شد، لحاظ محیط امن و محرمانگی فضای الکترونیکی است. ماده ۹ دستورالعمل مقرر داشته است که شرکت در جلسات باید با حفظ محرمانگی و آرامش در تحقیق و عدم دخالت یا حضور اشخاص غیر مجاز باشد. شرکت در جلسه از طریق کافی نت ممنوع است. همچنین هرگونه

عکس‌برداری یا تصویربرداری یا ضبط صدا از جلسه تحقیق ممنوع است. فقط به موجب مقررات یا تشخیص بازپرس امکان اقدام راجع به موارد مزبور وجود دارد (ماده ۱۹ همان دستورالعمل). از آنجا که در امر تحقیق الکترونیکی مانند سایر اقدامات قضایی و انتظامی دادرسی الکترونیکی، امکان اختلال در سیستم امنیتی مراجع قضایی و انتظامی، دسترسی غیرمجاز به اطلاعات محرمانه، اختلال در سیستم صوتیو تصویری دادسرا و دادگاه در حین تحقیق و رسیدگی، ورود به حریم خصوصی و اطلاعات قضایی وجود دارد، ماده ۳۸ دستورالعمل مزبور، مرکز آمار و فناوری اطلاعات قوه قضائیه را با استمداد از بخش خصوصی مکلف به تأمین هرچه بیشتر و ممکن تأمین امنیت محیط الکترونیک کرده است. در عین حال با توجه به مصاحبه‌ای که با تعدادی از قضات دادگاه‌های کیفری یک درخصوص اجرای شهادت الکترونیکی صورت گرفته است و به‌عنوان مصدق از اقدامات بازپرس می‌تواند مطرح باشد، زیرساخت‌های لازم که از جمله آن محیط امن الکترونیک است، تاکنون محقق نشده است (مؤذن‌زادگان و مولابیگی، ۱۴۰۰: ۲۳۳).

با وجود این، حسب مصاحبه قائم مقام دادگستری استان تهران به تاریخ هفتم شهریور ۱۴۰۰ در حال حاضر ۷۰ درصد از دادرسی‌ها در محاکم تخصصی به‌صورت الکترونیکی انجام می‌پذیرد و این خود، گامی در راستای تعالی و خدمت‌رسانی به مردم است (خبرگزاری میزان، ۱۴۰۰). همچنین رئیس مرکز آمار و فناوری اطلاعات قوه قضائیه درخصوص تحقیق و رسیدگی الکترونیکی در مراجع قضایی در مصاحبه بیست و دوم شهریور ماه ۱۴۰۰ اعلام کرد که هفتاد و هفت درصد شرکت زندانیان در جلسات تحقیق و رسیدگی به‌صورت الکترونیکی انجام می‌شود و این رقم در برخی استان‌ها بالای نود درصد است (گروه اجتماعی خبرگزاری تسنیم، ۱۴۰۰). بنابراین با توجه به آمار و اطلاعات مذکور که توسط مقامات قضایی ارائه شده است، اصلاح ساختارهای الکترونیکی برای ایجاد محیط امن و مطمئن برای امر بازجویی رو به پیشرفت می‌باشد.

۳. پرونده شخصیت و نیابت قضایی

پرونده شخصیت و اعطای نیابت قضایی نیز از جمله اقداماتی در تحقیقات مقدماتی است که امکان اجرای آن‌ها از طریق تجهیزات الکترونیکی و مخابراتی فراهم شده است.

۳-۱. پرونده شخصیت

یکی از ابزارهایی که بازپرس به‌منظور اشراف بر شخصیت متهم باید در فرایند تحقیقات مقدماتی مورد استفاده قرار دهد، به‌صراحت ماده ۲۰۳ قانون آیین دادرسی کیفری پرونده شخصیت است. «پرونده شخصیت حاوی اظهارنظر متخصصان حوزه‌های مختلف پزشکی، روان‌پزشکی و مددکاران اجتماعی است که از ابعاد مختلف شخصیت زیستی، روانی و اجتماعی متهم را به‌منظور تعیین

واکنش اجتماعی مناسب، اعم از مجازات و یا اقدام تأمینی به عنوان راهنمای قاضی ارائه می دهند» (مؤذن زادگان، ۱۳۸۹: ۲۳۸).

این پرونده تأثیر بسزایی در شناسایی شخصیت متهمان برای صدور قرار متناسب تأمین در دادسرا و دادگاه و نیز تعیین مجازات و اقدام تأمینی مناسب در خور شخصیت مجرم برای تحقق بازپروری او دارد. ارتباط تشکیل پرونده شخصیت با سامانه های الکترونیکی و مخابراتی در جرایم مذکور، در دستورالعمل تشکیل پرونده شخصیت مصوب ۱۳۹۸/۶/۲۴ و دستورالعمل نحوه تحقیق و رسیدگی یا استفاده از سامانه های ارتباط الکترونیک مصوب ۱۳۹۹/۱۲/۲۸ رئیس قوه قضائیه معین شده است. طبق ماده ۲۰ دستورالعمل سال ۱۳۹۸، پرونده شخصیت پیوست پرونده اتهامی است و باید در کلیه موارد همراه آن به مراجع صالح ارسال شود تا مورد مطالعه و استناد واقع شود و تشکیل پرونده به صورت الکترونیکی بلامانع است. لازم به ذکر است طبق ماده ۲۱ دستورالعمل مزبور، مرکز آمار و فناوری اطلاعات قوه قضائیه مکلف شده است که ظرف سه ماه از تاریخ تصویب دستورالعمل، سامانه متناسب با تشکیل پرونده شخصیت را ایجاد کند.^۱

۳-۲. نیابت قضایی

گاهی انجام اقداماتی از تحقیقات مقدماتی از جمله امر تحقیق از متهم خارج از حوزه قضایی محل مأموریت بازپرس لازم می شود. در این فرض بازپرس باید با صدور قرار به نام نیابت قضایی انجام تحقیق از متهم را از بازپرس محل مزبور تقاضا نماید. قانون گذار تشریفات صدور قرار نیابت قضایی را در مواد ۱۱۹ الی ۱۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر کرده است. طبق مفاد مواد مزبور بازپرس باید با ارسال اصل یا تصویر اوراق پرونده نزد خود به بازپرس مجری نیابت قضایی، اجرای تمام یا بخشی از مفاد نیابت از جمله تحقیق از متهم را تقاضا نماید. بازپرس می تواند به هنگام صدور

۱. حسب بررسی و اطلاع از سایت مرکز آمار و فناوری اطلاعات قوه قضائیه، تاکنون سامانه تشکیل پرونده شخصیت ایجاد نشده است. با وجود این طبق اطلاعیه شماره ۷۴۲/۲۷۴۰ مورخ ۱۳۹۹/۷/۲۰ دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه پنج دادگستری استان اصفهان از پاییز ۱۳۹۹ در این استان طرح تشکیل پرونده شخصیت با استفاده از ظرفیت نهادهای مردمی به طور الکترونیک ایجاد شده است. شیوه اجرای این طرح بدین صورت بوده است که تشکیل پرونده شخصیت برای متهمان مستقر در زندان هایی که مجهز به باجه های دادرسی الکترونیک هستند، امکان پذیر است. بر این اساس، مرجع قضایی متقاضی، بدون نیاز به ارسال فیزیکی اصل یا بدل پرونده تنها به صورت سیستمی با صرف کمترین انرژی و وقت قادر است با دادسرای شهید بهشتی جهت تشکیل پرونده شخصیت ارتباط برقرار کند. از تحلیل این رویه در دادگستری اصفهان می توان به خوبی متوجه شد که چگونه بهره مندی از ظرفیت دادرسی الکترونیکی، امکان تشکیل پرونده شخصیت را تسهیل و تسریع می کند.

قرار نیابت قضایی، نوع قرار تأمین مورد نظر خود را معین یا اختیار اخذ تأمین و نوع آن را به نظر بازپرس مجری قرار نیابت واگذار کند. قانون‌گذار به منظور جلوگیری از اطاله دادرسی، به عنوان یک نوآوری در قانون مزبور، مقرر داشته است که چنانچه تأمین صادره توسط قاضی مجری نیابت منتهی به بازداشت متهم شود، پرونده جهت اظهارنظر نزد دادستان محل اجرای نیابت ارسال شده و به اعتراض متهم نیز مطابق مقررات در دادگاه صالح محل اجرای نیابت رسیدگی می‌شود.

از جمله اقداماتی که در فرایند اجرای دادرسی کیفری الکترونیکی توسط بازپرس قابل تحقق است و می‌تواند به‌ویژه در شرایط بحرانی مانند دوران بیماری و ویروس کرونا برای اجرای فاصله‌گذاری اجتماعی اعمال شود، صدور قرار نیابت قضایی است. این موضوع آشکارا در ماده ۱۷۵ قانون آیین دادرسی کیفری چنین آمده است که نیابت قضایی با رعایت مقررات راجع به دادرسی الکترونیکی بلامانع است. بر این اساس در آیین‌نامه مصوب ۹۵ فصلی مجزا (فصل پنجم) به سازوکارهای انجام نیابت قضایی از طریق سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی پرداخته است.

طبق ماده ۲۴ آیین‌نامه نحوه استفاده از سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی، درخواست انجام نیابت از طریق سامانه مدیریت پرونده قضایی به واحد قضایی مورد نظر ارسال می‌شود. مقام ارجاع پس از دریافت نیابت، با رعایت تخصص، آن را فوراً به یکی از شعب ارجاع می‌دهد. مجری نیابت موظف است در هر مرحله، اقدامات انجام‌شده را در سامانه مزبور، ثبت و پس از اجرای نیابت گزارش آن را از طریق همان سامانه برای معطی نیابت ارسال کند. همچنین، به موجب ماده ۲۵ همان آیین‌نامه در صورت فراهم بودن امکانات لازم، مقام معطی نیابت می‌تواند تمام یا بخشی از موضوع نیابت را مانند تحقیق از اصحاب دعوا، اخذ شهادت شهود و نظرات کارشناسی و سایر مواردی که به موجب قانون مجاز است، از طریق ارتباط تصویری یا صوتی یا الکترونیکی از راه دور انجام دهد. درخواست این ارتباط از طریق سامانه مزبور به واحد قضایی ارسال و انجام آن با نظارت مرجع مجری نیابت صورت می‌گیرد.

به موجب ماده ۲۵ دستورالعمل نحوه تحقیق و رسیدگی با استفاده از سامانه‌های ارتباط الکترونیک، تفهیم اتهام الکترونیکی از متهمی که در حوزه قضایی محل مأموریت بازپرس اقامت ندارد، به عنوان مثال در زندان یا حوزه انتظامی شهرستان دیگری غیر از محل مأموریت بازپرس، حضور دارد، چنانچه با رعایت قانون آیین دادرسی کیفری و دستورالعمل مزبور، صورت گیرد، نیازی به اعطای نیابت قضایی به قضات مستقر در آن حوزه که متهم حضور دارد، نیست. این ماده نیز با توجه به اهداف دادرسی الکترونیکی از جمله تفهیم اتهام، مبتنی بر صرفه‌جویی در وقت قضات حوزه قضایی محل استقرار متهم است و به نظر می‌رسد با مفاد مواد ۱۱۹ تا ۱۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری

در باب نیابت قضایی که الزاماً تحقیق از متهم را در خارج از حوزه قضایی بازپرس، صرفاً با اعطای نیابت قضایی مجاز اعلام کرده است، مغایرتی ندارد؛ چراکه تحقیق الکترونیکی در فضای مجازی، به مثابه تحقیق در فضای عادی است.

۴. صدور قرارهای تأمین، نظارت قضایی و نهایی

ازجمله اقدامات بازپرس در جریان تحقیقات مقدماتی صدور قرارهای تأمین، نظارت قضایی و صدور قرارهای نهایی است. در این قسمت از بحث ارتباط صدور این دسته از قرارها را با تجهیزات الکترونیکی و مخابراتی در فرایند دادرسی کیفری مورد بحث قرار می‌دهیم.

۴-۱. صدور قرارهای تأمین و نظارت قضایی

با توجه به ماده ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری بازپرس به منظور دسترسی به متهم و حضور به موقع وی، جلوگیری از فرار یا مخفی شدن او و تضمین حقوق بزه‌دیده در صورت وجود دلایل کافی مبادرت به صدور قرار تأمین و یا نظارت قضایی بر حسب مورد می‌کند. قرارهای تأمین در ماده ۲۱۷، ده مورد و قرارهای نظارت قضایی در ماده ۲۴۷ قانون آیین دادرسی کیفری، پنج مورد هستند. چنان‌که در صراحت ماده ۲۱۷ فوق‌الذکر آمده است، در صورت وجود دلایل کافی پس از تفهیم اتهام، بازپرس باید نسبت به صدور قرار تأمین و نظارت قضایی متناسب با شدت جرم، مجازات و شخصیت متهم تصمیم مقتضی اتخاذ کند (ماده ۲۵۰ قانون آیین دادرسی کیفری).

با توجه به مراتب مزبور درخصوص صدور قرار تأمین و نظارت قضایی از طریق سامانه‌های الکترونیکی و مخابراتی برخی بر این عقیده هستند که صدور این قرار نیاز به حضور فیزیکی متهم دارد، زیرا امکان صدور قرار متناسب برای متهم که مستلزم شناسایی شخصیت او از حیث شرایط روحی، سنی، جسمی و احتمال فرار و یا مخفی شدن اوست، امری کیفی است و بازپرس نمی‌تواند از طریق تصویر مجازی به این مهم دست یازد (اسماعیلی و پورقهرمانی، ۱۳۹۸: ۴۴).

چنان‌که قبلاً دیدیم، منتقدان این ایراد را هم درخصوص تفهیم اتهام مطرح کرده بودند. اما واقع قضیه این است که با توسعه فناوری ارتباطات و اطلاعات، بسیاری از امور جاری افراد از طریق حضور مجازی آن‌ها و با امضای الکترونیکی صورت می‌گیرد، لذا حضور مجازی به همان اندازه اهمیت پیدا کرده است که حضور فیزیکی و عینی افراد مطرح بوده است. علاوه بر این در حوادثی از قبیل شیوع ویروس کرونا که هر چه بیشتر و ممکن افراد باید فاصله اجتماعی را رعایت کنند، دولت‌ها در معنای وسیع کلمه به انجام امور از طریق سامانه‌های الکترونیکی ناگزیر شده‌اند. به همین دلیل است که در قانون آیین دادرسی کیفری شهادت الکترونیکی به شرحی که قبلاً ملاحظه کردیم پذیرفته شده است. نکته مهم دیگر این است که استفاده از این فناوری‌ها برای امور قضایی ازجمله صدور

قرار تأمین و نظارت قضایی در صورت تشخیص مقام قضایی مانع از انجام این امور در تمسک به روش‌های دادرسی سنتی نیست (ماده ۲۴ دستورالعمل فوق‌الاشاره). بنابراین این ایراد را هم مانند اشکال تفهیم اتهام نمی‌توان مانع از استفاده سامانه‌های الکترونیکی و مخابراتی در صدور قرار تأمین و نظارت قضایی دانست.

بازپرس می‌تواند بر حسب مورد مبادرت به صدور یکی از قرارهای التزام به حضور و یا عدم خروج متهم از حوزه قضایی با قید قول شرف و یا تعیین وجه التزام و یا التزام به معرفی نوبه‌ای به‌صورت هفتگی یا ماهانه را به مرجع قضایی یا انتظامی یا التزام مستخدمان رسمی کشور یا نیروهای مسلح به حضور با تعیین وجه التزام با رعایت شرایط مقرر در قانون برای متهم کند (بندهای الف تا ج ماده ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری). پس از صدور این قرار و ابلاغ به متهم از طریق همان سامانه‌ای که بازجویی او در محیط امن الکترونیکی صورت گرفته است، چنانچه متهم متعهد مفاد قرار شود، در این قسمت پرونده تکمیل و تصویر آن برای بازپرس از طریق مأموران حاضر در محیط مزبور ارسال می‌شود. اما در صورت امتناع متهم از پذیرش قرار تأمین مندرج در بند (الف) قرار التزام به حضور با تعیین وجه التزام صادر و در صورت امتناع از پذیرش قرارهای مندرج در بندهای (ب)، (ت)، (پ)، (ن) و (ث) همان ماده، قرار کفالت صادر می‌شود.

در خصوص بند (ج) که متضمن صدور قرار التزام مستخدمان رسمی کشوری یا نیروهای مسلح به حضور با تعیین وجه التزام است، چنانچه متهم امتناع کند، چون موافقت متهم از شرایط صدور قرار است، در این صورت بازپرس باید برای صدور قرار دیگری اتخاذ تصمیم کند. یکی دیگر از قرارهای التزام که از حیث ماهیت متفاوت با قرارهای مزبور است، قرار عدم خروج از منزل یا محل اقامت تحت نظارت الکترونیکی است.

نظارت الکترونیکی به معنای کنترل و مراقبت از طریق ابزارهای الکترونیکی است. سازوکاری است که بازپرس با استفاده از ابزارهای الکترونیکی، متهم را تحت نظارت قضایی قرار می‌دهد (رحمانیان، ۱۳۹۰: ۱۳-۱۲). ابزارهای الکترونیکی می‌توانند موقعیت متهم را در سامانه مربوط مشخص کنند و ناظر بر حرکت و تغییر مکان او باشند. این ابزارها در اعمال قرار نظارت قضایی می‌توانند بسیاری از هزینه‌ها را کاهش دهند. حتی می‌توانند از سوی ضابطان دادگستری برای نظارت الکترونیکی یک روزه اعمال شوند (رحمانیان، ۱۳۹۰: ۸۵). از این‌رو در نظام قضایی ایران، به‌موجب بند «ج» ماده ۲۱۷ پیش‌گفته که امکان صدور قرار تأمین مزبور را پیش‌بینی کرده است، استفاده از این نوع فناوری در فرایند تحقیقات مقدماتی، مقرر گردیده است.

چنانچه بازپرس مبادرت به صدور قرار عدم خروج از منزل یا محل اقامت تعیین‌شده با موافقت

متهم و با تعیین وجه التزام از طریق نظارت الکترونیکی کند، قانون‌گذار تشریفات صدور این قرار و نحوه نظارت بر متهم را در منزل یا محل اقامت در «آیین‌نامه اجرایی مراقبت‌های الکترونیکی» که در ۲۸ ماده و ۵ تبصره در تاریخ ۱۳۹۷/۴/۱۰ به تصویب رئیس قوه قضائیه رسیده است، مقرر کرده است. طبق مقررات مزبور، باید موافقت متهم نسبت به تعیین محدوده مراقبت (محلی که متهم متعهد به استقرار در آن محل خواهد بود) اخذ شود. مبنای اخذ موافقت این است که متهم احیاناً نسبت به تبعات بدنامی بستن پابند یا دست‌بند و برچسب بزهکاری و زوال عزت نفس خود در جامعه آگاهی داشته باشد و با آزادی کامل اراده موافقت خود را به بازپرس اعلام کند (مهابادی، ۱۳۹۶: ۱۱۰).

بازپرس امکان صدور سایر قرارهای تأمین و نظارت قضایی را نیز از طریق تجهیزات الکترونیکی و مخابراتی دارد. در مورد صدور قرارهای کفالت و وثیقه متعاقب صدور قرار که در محیط امن الکترونیکی پس از تفهیم اتهام به متهم ابلاغ می‌شود، چنانچه کفیل یا وثیقه‌گذار معرفی کند و به نظر بازپرس معتبر باشد، قرار قبولی کفالت و یا وثیقه صادر و پس از امضای کفیل یا وثیقه‌گذار، تصویر مدارک برای بازپرس ارسال می‌شود (مواد ۲۱۹ تا ۲۲۴ قانون آیین دادرسی کیفری).

در صورت صدور قرار بازداشت موقت یا عجز از معرفی کفیل یا وثیقه‌گذار با رعایت شرایط و مقررات آیین دادرسی کیفری به شرح مواد ۲۳۹ و ۲۲۶ همان قانون متهم به بازداشتگاه معرفی می‌شود. ماده ۲۷ د.ن.ت.ر.س.ا. مصوب ۱۳۹۹ رئیس قوه قضائیه، مشخصاً در مورد تحقیق الکترونیکی در حوزه انتظامی، مقرر می‌دارد که «... چنانچه تحقیقات در مرجع فوق منتهی به صدور قرار به بازداشت متهم شود، نامه معرفی به زندان تنظیم و به آن مرجع ارسال می‌شود. مرکز فناوری اطلاعات و ارتباطات قوه قضائیه موظف است امکان سپردن تأمین به صورت الکترونیکی را فراهم نماید...». با توجه به ماده ۲۸ همان دستورالعمل استنباط می‌شود که چنانچه تحقیق از متهمی در زندان صورت گیرد که به لحاظ اتهام دیگری محکومیت خود را در زندان سپری می‌کند و یا تحت قرار بازداشت موقت است و درخصوص اتهام مورد تحقیق، قرار تأمین کفالت یا وثیقه صادر شود، یا قرار قبلی او در رابطه با همان اتهام که مثلاً التزام بوده است، به یکی از قرارهای مزبور تشدید شود و وی عجز از تأمین قرار را داشته باشد، مراتب مزبور به بازداشتگاه او درخصوص اتهام جدید برای درج در پرونده اعلام و ثبت می‌شود.

با توجه به مفاد بخشنامه ۵۵۰/۲۸۹۸۹/۹۰۰۰ مورخ ۱۳۹۸/۱۲/۲۰ رئیس قوه قضائیه که مبتنی بر استفاده از تجهیزات الکترونیکی و مخابراتی در ماه‌های اولیه شیوع کرونا برای رعایت فاصله‌گذاری اجتماعی بوده است، متهم، کفیل، وثیقه‌گذار، دادستان و بازپرس در ارتباط با قرارهای مزبور امکان انجام اقدامات زیر را دارند:

- اعتراض به قرار بازداشت موقت، قرارهای کفالت و وثیقه منتهی به بازداشت؛
 - درخواست تغییر وثیقه؛
 - درخواست تبدیل قرار بازداشت موقت به وثیقه از ناحیه متهم بازداشت‌شده.
- دستورالعمل ساماندهی زندانیان و کاهش جمعیت کیفری زندان به شماره ۹۰۰۰/۵۵/۶۹۸/۱۰۰ مصوب ۱۳۹۸/۶/۶ نیز در ارتباط با صدور قرارهای تأمین و نظارت قضایی، از طریق تجهیزات الکترونیکی به موارد ذیل صراحت دارد:
- امکان‌سنجی ارتباط مکانیزه بین مراجع قضایی با ارگان‌های دولتی جهت ارزیابی اصالت فیش حقوقی و...؛
 - الزام متقاضیان کفالت یا وثیقه به درج مشخصات در سامانه ثنا جهت سهولت ابلاغ اوراق به آن‌ها در مواقع لزوم؛
 - امکان ارتباط مکانیزه بین قاضی کشیک و زندان جهت درخواست وثیقه و... بدون نیاز به اعزام زندانی؛
 - با ایجاد شبکه دسترسی واحد کشیک از طریق سامانه‌های برخط به لحاظ ضرورت رعایت تبصره ماده ۲۲۶ قانون آیین دادرسی کیفری، مرجع صادرکننده قرار و رئیس یا معاونان زندان مکلفند تمهیدات لازم را به منظور دسترسی متهم به افرادی که وی برای یافتن کفیل یا وثیقه‌گذار معرفی می‌کند، فراهم کنند و هر زمان متهم کفیل یا وثیقه‌گذار معرفی کند، هرچند خارج از وقت اداری باشد، در صورت وجود شرایط قانونی مرجع صادرکننده قرار یا قاضی کشیک مکلف به پذیرش آن هستند؛
 - درخواست رفع مسئولیت کفیل یا وثیقه‌گذار حسب ماده ۲۲۸ قانون آیین دادرسی کیفری؛
 - اعتراض کفیل یا وثیقه‌گذار به ضبط وجه الكفاله و وثیقه با سامانه‌های الکترونیکی؛
 - اعلام نظر دادستان و ملاحظه پرونده به صورت الکترونیکی؛
 - در خصوص اظهارنظر نماینده دادستان یا دادیار اظهارنظر نسبت به تصمیمات و قرارهای تأمین.
- در صورت درخواست رفع مسئولیت کفیل یا وثیقه‌گذار از بازپرس، وی مکلف است بلافاصله مراتب رفع مسئولیت یا آزادی وثیقه را فراهم نماید. همچنین در صورتی که وجه الكفاله کفیل و یا وثیقه وثیقه‌گذار در اجرای ماده ۲۳۰ قانون آیین دادرسی کیفری توسط دادستان ضبط شود این اشخاص می‌توانند مراتب اعتراض خود را ظرف مهلت ده روز از تاریخ ابلاغ دستور دادستان به دادگاه کیفری دو از طریق سامانه‌های الکترونیکی اعلام نمایند.

۴-۲. صدور قرارهای نهایی

بازپرس در خاتمه تحقیقات و قبل از صدور قرار نهایی چنانچه دلایل کافی بر وقوع جرم وجود داشته باشد برحسب مورد به متهم یا وکیل او اعلام می‌کند که برای براءت یا کشف حقیقت، آخرین دفاع خود را مطرح کند. اگر در آخرین دفاع مطلبی اظهار شود یا مدرکی ابراز گردد که در کشف حقیقت یا براءت متهم مؤثر باشد بازپرس مکلف به رسیدگی است (ماده ۲۶۲ قانون آیین دادرسی کیفری). با این حال، در صورتی که متهم یا وکیل او برای اخذ آخرین دفاع احضار شده و هیچ‌یک از آنان بدون اعلام عذر موجه حضور نیابد، بدون اخذ آخرین دفاع اتخاذ تصمیم می‌شود (ماده ۲۶۳ قانون آیین دادرسی کیفری). پس از تکمیل و ختم تحقیقات بازپرس مکلف است به‌صورت مستدل و مستند، عقیده خود را در قالب قرار نهایی اعلام کند (ماده ۲۶۴ همان قانون).

قانون آیین دادرسی کیفری مقررات ناظر به قرارهای نهایی را در مواد ۲۶۵ تا ۲۷۸ مطرح کرده است. از سوی دیگر طبق ماده ۶۵۲ همان قانون که پیش از این مطرح شد، در صورت راه‌اندازی شبکه ملی عدالت که ازجمله کاربردهای آن ارتباط بین مراجع قضایی و دستگاه‌های تابعه است، کلیه اقدامات ناظر به قرارهای نهایی مزبور و نیز قرار توقف تحقیقات (ماده ۱۰۴)، از طریق تجهیزات الکترونیکی و مخابراتی قابل انجام و پیگیری است.

به‌موجب ماده ۲۶۵ بازپرس در صورت جرم بودن عمل ارتكابی و وجود ادله کافی برای انتساب جرم به متهم، قرار جلب به دادرسی و در صورت جرم نبودن عمل ارتكابی و یا فقدان ادله کافی برای انتساب جرم به متهم، قرار منع تعقیب صادر و پرونده را فوری نزد دادستان ارسال می‌کند. دادستان باید ظرف سه روز از تاریخ وصول، پرونده تحقیقات را ملاحظه و نظر خود را به‌طور کتبی اعلام نماید و پرونده را نزد بازپرس برگرداند. چنانچه مورد از موارد موقوفی تعقیب باشد، قرار موقوفی تعقیب صادر و وفق مقررات فوق اقدام می‌شود. طرح درخواست تکمیل تحقیقات از سوی دادستان (ماده ۲۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری) نیز در همان چهارچوب قابل طرح است. افزون بر این‌ها، در موارد عدم صلاحیت، که لازم است پرونده به مرجع صالح ارسال شود، در صورتی که پرونده به‌صورت الکترونیکی (e-filing) در آمده باشد می‌توان در اسرع وقت تمام پرونده را در چهارچوب سامانه‌های موجود (شبکه ملی عدالت/ سمپ) بدان مرجع ارسال کرد. وانگهی، در موارد قرار موقوفی و منع تعقیب که باید به طرفین ابلاغ شود نیز موضوع از طریق سامانه ابلاغ قابل انجام است. حال، اگر قرار جلب دادرسی مطرح باشد، صدور کیفرخواست و ارسال به دادگاه صالح نیز از طریق سامانه‌های الکترونیکی امکان‌پذیر است. همین امکان در موارد اختلاف بازپرس و دادستان و ارسال پرونده به دادگاه صالح (ماده ۲۶۹ همان قانون) مطرح است.

در موارد اعتراض به قرار بازپرس از سوی شاکی و متهم ماده ۲۷۰ همان قانون قابل ملاحظه است. متقاضی تجدیدنظر در قرار نهایی در حال حاضر می‌تواند با مراجعه به دفاتر خدمات قضایی نسبت به ثبت اعتراض خود اقدام و دفاتر مزبور به محض وصول درخواست تجدیدنظر، آن درخواست را به شعبه صادرکننده قرار نهایی ارسال می‌نماید و دفتر شعبه صادرکننده رأی مبادرت به ارسال پرونده به دادگاه صالح می‌کند.

ازجمله قرارهایی که بازپرس در فرایند تحقیقات مقدماتی صادر می‌کند قرار توقف تحقیقات است. به موجب ماده ۱۰۴ قانون آیین دادرسی کیفری، در جرایم تعزیری درجه چهار، پنج، شش، هفت و هشت، هرگاه با انجام تحقیقات لازم، مرتکب جرم معلوم نشود و دو سال تمام از وقوع جرم بگذرد، با موافقت دادستان، قرار توقف تحقیقات صادر و پرونده به طور موقت بایگانی می‌شود. کسب موافقت دادستان، بایگانی کردن پرونده، ابلاغ به شاکی، اعتراض به قرار و اعلام هویت مرتکب به دادستان از سوی شاکی می‌توانند از طریق سامانه‌های الکترونیکی (شبکه ملی عدالت، سامانه مدیریت پرونده‌های قضایی (سمپ)، سخا) انجام شوند.

افزون بر آن، یکی از قرارهایی که ممکن است در فرایند تحقیقات مقدماتی توسط بازپرس صادر شود قرار عدم صلاحیت است که می‌تواند از طریق سامانه‌های الکترونیکی و مخابراتی صورت گیرد. چنانچه بازپرس مبادرت به صدور قرار عدم صلاحیت نماید، در این صورت چنانچه پرونده در سامانه ثبت شده باشد، از این طریق برای جلب موافقت دادستان به او ارسال می‌شود. در صورت عدم موافقت دادستان، به موجب ماده ۲۷۲ قانون آیین دادرسی کیفری حل اختلاف با دادگاه کیفری دویی است که دادسرا در معیت آن انجام وظیفه می‌کند. در شبکه ملی عدالت این امکان نیز می‌تواند وجود داشته باشد که موضوع اختلاف از طریق تجهیزات الکترونیکی به دادگاه کیفری مزبور و نیز نتیجه حل اختلاف متعاقباً به دادسرا اعلام شود.

بدین ترتیب، در تمام مواردی که تعامل میان مقامات قضایی (بازپرس، دادستان، دادرس دادگاه) در فرایند تحقیقات مقدماتی مطرح است بدون هیچ مانعی و با انجام زیرساخت‌های لازم از طریق شبکه ملی عدالت با رعایت اصل محرمانگی می‌توان از سامانه‌های الکترونیکی استفاده کرد.

نتیجه

دادرسی کیفری الکترونیکی ناظر به انجام مراحل دادرسی از کشف جرم تا رسیدگی و صدور حکم و اجرای آن در فضای مجازی از طریق سامانه‌های الکترونیکی و مخابراتی است. این نوع از دادرسی در بخش نهم قانون آیین دادرسی کیفری در نظام حقوقی ایران در معیت دادرسی کیفری سنتی عادی رسمیت یافته است. اهداف قانون‌گذار، سرعت در رسیدگی ضمن رعایت موازین دادرسی در تأمین حقوق طرفین دعوی، صرفه‌جویی در هزینه‌های دادگستری و رعایت فاصله‌گذاری اجتماعی در وقوع حوادثی از قبیل بیماری کرونا برای پیشگیری از اتلاف جان آحاد جامعه است. اقدامات بازپرس از طریق مقررات دادرسی الکترونیکی می‌تواند نقش مهمی در تحقق اهداف مزبور داشته باشد. با توجه به بررسی‌های انجام‌شده در منابع حقوقی و قانونی، در صورت اقدام به تهیه زیرساخت‌های لازم فنی در ایجاد سامانه‌های الکترونیکی و مخابراتی مطمئن و ایمن، آموزش ضابطان دادگستری، قضات و ارتقای فرهنگ عمومی و آموزش همگانی، انجام اقدامات بازپرس از زمان ارجاع پرونده به او تا ختم تحقیقات و اتخاذ تصمیم قضایی از طریق سامانه‌های مزبور امکان‌پذیر است و مغایرتی با موازین دادرسی کیفری ندارد. بنابراین علی‌الاصول فرضیه تحقیق تأیید می‌شود. اما در دستورالعمل رئیس قوه قضائیه درخصوص نحوه تحقیق و رسیدگی در سامانه‌های مزبور، از این جهت که به قضات اجازه می‌دهد، به اظهارات متهم بدون اخذ امضای او یا امتناع از امضاء، ترتیب اثر دهند، برخلاف موازین و قانون دادرسی کیفری است که باید اصلاح شود.

برای ارتقای مقررات دادرسی الکترونیکی پیشنهادهایی برای تدارک سامانه‌ای برای صدور برگ جلب الکترونیکی متهمان، توسعه شبکه ملی عدالت کشور به منظور ایجاد ارتباط برخط حوزه‌های انتظامی سراسر کشور با قضات و نیز دستگاه‌های اجرایی با نظام قضایی، انتشار تصویر متهم یا متهمان مذکور در ماده ۹۶ قانون آیین دادرسی کیفری در فضای مجازی، در متن مقاله مطرح شده است که می‌تواند مورد توجه نظام قضایی ایران قرار گیرد.

منابع

- اسمعیلی، اکبر و بابک پورقهرمانی (۱۳۹۸)، «چالش‌های فراوری دادرسی الکترونیک در ایران»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۴، شماره ۸۷، صص ۲۹-۵۹.
- حبیبی درگاه، شهرام (۱۳۹۸)، اصل دسترسی به عدالت با تأکید بر دادرسی الکترونیک، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق اقتصادی، دفاع‌شده در دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی (ره).
- حسینی‌پویا، سید محسن (۱۳۹۵)، «نقدی بر آیین‌نامه نحوه استفاده از سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی». وکیل مدافع، شماره ۵، صص ۱۱-۱۵.
- خدادادی، ابوالقاسم و علی خالدی (۱۳۹۵)، «شهادت از راه دور (تحلیل ماده ۱۸۶ قانون مجازات اسلامی)»، نشریه علمی پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، شماره ۷ (علمی-پژوهشی)، صص ۵۶-۳۳.
- دادگستری کل استان اصفهان (۱۳۹۹/۷/۲۰)، معاون قضایی رئیس کل و معاون آمار و فناوری اطلاعات دادگستری کل استان: «انجام بیش از ۹۰۰ دادرسی الکترونیک در ۲ ماه گذشته در سطح استان»، دیده در <https://b2n.ir/337053> ۱۳۹۹/۹/۴.
- دفتر مقابله با مواد مخدر و جرم سازمان ملل متحد وین (۱۳۸۸)، بهترین راهکار برای حمایت از شهود در پرونده‌های کیفری مربوط به جرایم سازمان‌یافته، معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضائیه.
- رحمانیان، سعید (۱۳۹۰)، مطالعه تطبیقی نظارت الکترونیکی در حقوق کیفری ایران و آمریکا، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دفاع‌شده در دانشکده معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق (ع).
- روستا، نرجس (۱۳۹۵)، دادرسی الکترونیکی و تأثیر آن بر دادرسی منصفانه در عدالت کیفری ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی، دفاع‌شده در دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی.
- محسنی، حسن و همایون رضایی‌نژاد (۱۳۹۱)، «دادگستری و پیشرفت فناوری اطلاعات و ارتباطات»، مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره چهارم، شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۱، صص ۱۴۲-۱۱۷.
- مرتضی شهبازی‌نیا، مجید غمامی و صدیقه جوان (۱۳۹۶)، «فناوری اطلاعات و ارتباطات و عدالت قضایی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷۹ و ۸۰، صص ۱۴۸-۱۲۱.
- مهرافشان، علیرضا (۱۳۹۰)، «دادرسی مجازی، مفهومی نوین در عدالت قضایی»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۳، شماره ۵، صص ۱۱۹ تا ۱۴۷.
- مؤذن‌زادگان، حسنعلی (۱۳۸۹)، «پرونده شخصیت متهمان و ضرورت تشکیل آن در مرحله تحقیقات مقدماتی دادرسی کیفری»، نشریه پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۳۰، صص ۲۴۸-۲۲۷.
- مؤذن‌زادگان، حسنعلی و علی مولاییگی (۱۴۰۰)، «بررسی حقوقی - فقهی شهادت از راه دور با نگاهی به دیدگاه قضات کیفری یک استان تهران»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۶، شماره ۹۴، صص ۲۴۹-۲۲۳.
- مهابادی، علی اصغر (۱۳۹۶)، نقش فناوری‌های علمی نوین در دادرسی کیفری، رساله دکتری رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی، دفاع‌شده در دانشگاه آزاد اسلامی واحد امارات متحده عربی.

انگلیسی

- Bowen Poulin, Anne (2004). "Criminal Justice and Videoconferencing Technology: Remote Defendant", **Tulane Law Review**, Vol 78, pp 1089-1136.
- Per Aarvik (2019), Artificial Intelligence – a promising anti-corruption tool in development settings?, Norway, Anti-Corruption Resource Center, Chr. Michelsen Institute (CMI).

مطالعه تطبیقی اعاده دادرسی در نظام حقوقی ایران و مصر^۱

محمدصادق مهدوی‌راد*، محمود حبیبی**، اسماعیل شاهسوندی***، علیرضا مشهدی‌زاده****

چکیده

اعاده دادرسی در امور کیفری و مدنی متفاوت است به نحوی که در امور کیفری تنها محکوم‌علیه، دادستان مجری حکم و دادستان کل کشور آن هم از ناحیه محکوم‌علیه حق تقاضای تجویز اعاده دادرسی را دارند. در امور حقوقی حسب مواد ۴۲۶ الی ۴۴۱ قانون آیین دادرسی مدنی؛ اولاً جهات تقاضای رسیدگی مجدد به جهات مندرج در ماده ۴۲۶ است. ثانیاً حسب ماده ۴۴۱ در اعاده دادرسی غیر از طرفین دعوی و قائم مقام آن‌ها شخص دیگری به هیچ عنوان نمی‌تواند تقاضای رسیدگی مجدد کند. ثالثاً تقاضا محدود به مهلت است. رابعاً برخلاف امور کیفری که تقاضا به دیوان تقدیم و از ناحیه دیوان تجویز اعاده دادرسی می‌گردد، در امور حقوقی دادخواست اعاده دادرسی به دادگاه صادرکننده حکم قطعی تقدیم می‌شود و این دادگاه است که قرار قبولی صادر و وارد رسیدگی مجدد می‌شود. قانون‌گذار مصر، اعاده دادرسی در امور کیفری را در مواد ۴۴۱ الی ۴۵۷ قانون آیین دادرسی کیفری مصر مورد شناسایی قرار داده و هدف از اعاده دادرسی در امور کیفری را جلوگیری از ضرر و

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده مسئول تحت عنوان «اعاده دادرسی فوق‌العاده با تأکید بر رویه قضایی در حقوق ایران در مقایسه با حقوق آمریکا و مصر» با استاد راهنمایی آقایان دکتر محمود حبیبی و دکتر اسماعیل شاهسوندی و مشاوره آقای دکتر علیرضا مشهدی‌زاده در دانشگاه آزاد اسلامی تهران شمال است.

* قاضی دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
mahdavirad.ms@gmail.com

** استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران
Dr.MahmoodHabibi@gmail.com

*** استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران
es.shahsavandi@ymail.com

**** استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران
Al.mashhadizadeh@iau.ac.ir

زیان قاضی یا دادگاه به محکوم علیه در اثر اشتباه در صدور حکم دانسته است. بنابراین درخواست اعاده دادرسی توسط دادستانی عمومی، محکوم علیه و در صورت فوت محکوم علیه توسط زوجه یا یکی از اقارب متوفی مورد تقاضا قرار می گیرد، اما اعاده دادرسی در امور مدنی از مواد ۲۴۱ الی ۲۴۷ قانون آیین دادرسی مدنی مدنظر قانون گذار مصر قرار گرفته که اغلب با جهات مقرر در حقوق ایران مشابهت دارد. اعاده دادرسی در نظام حقوقی مصر مدعای اصلی جستار تحقیقی حاضر است که تطبیق روند شکلی و ماهوی این سازوکار در حقوق مصر بررسی و همچنین به بنیان های موجود در نظام حقوقی ایران در این خصوص نیز گریزی زده می شود تا افتراق و تشابهات موجود بررسی و مورد مقایسه قرار گیرد.

واژگان کلیدی: اعاده دادرسی، تجدیدنظرخواهی، اصلاح تصمیم تبعیض آمیز، دادگاه نقض، حقوق مصر

مقدمه

تمام نظام های حقوقی به تجدیدنظرخواهی از احکام دادگاه ها اهمیت زیادی قائل شده اند و آن را یکی از لوازم مهم و مطلوب تحقق هر چه بیشتر عدالت^۱ برشمرده اند. از آنجا که قاضی انسانی بیش نیست نمی توان او را فارغ از خطا و اشتباه پنداشت و به همین دلیل اعطای فرصت تجدیدنظرخواهی مجدد از طریق اعاده دادرسی به اصحاب دعوا که در واقع یک شیوه غیر معمول از تجدیدنظرخواهی می باشد به نفع ایصال حق و بسط عدالت است. اگر طرف دعوا در مدت تجدیدنظر یا فرجام خواهی نسبت به حکم، تجدیدنظرخواهی نماید، شاید به حقوق خود نائل شود و در غیر این صورت و به هر جهت راه اعتراض مسدود گردیده و برای اجتناب از بی عدالتی تنها توسل به اعاده دادرسی راهگشا خواهد بود.

فلسفه وضع مقررات راجع به اعاده دادرسی را می توان حاصل تجارب چندین ساله نظام های حقوقی کشورهای مختلف دانست. زیرا قضات در هر دو نظام حقوقی «کامن لا» و «حقوق نوشته»، به مرور دریافته اند به رغم چند مرحله ای بودن رسیدگی گاه قضات دادگاه ها به واسطه مشغله، عدم تجربه و تبحر، تقلب و سوءنیت و جعل نمایندگی توسط یکی از طرفین دعوا و یا در اثر تبانی قاضی با یکی از طرفین دعوا، مبادرت به اتخاذ تصمیم و اصدار رأی می نمایند که در این اثنا تضییع حقوق عمومی و یا حقوق اشخاص و یا حقوق یکی از طرفین دعوا امکان پذیر است که منجر به مخدوش شدن عدالت، حق و حقیقت می گردد. لذا علی رغم اصل «عدم جواز تجدیدنظرخواهی از احکام قطعی»

و توجه به ثبات و قطعیت احکام صادره قضایی به مرور قانون‌گذاران کشورها، نهاد اعاده دادرسی را با شمارش موارد تجویز در قوانین خود گنجانده‌اند.

همان‌طور که بیان شد اعاده دادرسی روش استثنایی در تجدیدنظرخواهی از احکام قطعی است که به موجب آن محکوم‌علیه در مواردی که قانون معین می‌کند تجدیدنظر می‌کند. این‌گونه تجدیدنظرخواهی بر این فرض استوار است که حقیقت قضایی همیشه با حقیقت واقعی یکسان نیست. زیرا ممکن است محکوم‌علیه به عمد مدارک جعلی و یا مخدوش ارائه دهد تا بتواند نظر دادگاه را جلب و منجر به گمراهی و النهایه صدور حکم قضایی شود.

حال با این مقدمه و اگرچه قانون‌گذاران هر دو نظام حقوقی مصر و ایران تجدیدنظرخواهی از احکام قطعی یا همان اعاده دادرسی را شناسایی نموده‌اند، اما در این خصوص تاکنون مطالعه‌ای تطبیقی که به زوایای مختلف این دو نظام حقوقی در خصوص اعاده دادرسی باشد پرداخته نشده است. لذا این مقاله سعی در بررسی تطبیقی اعاده دادرسی در این دو نظام حقوقی دارد و سؤال اصلی این جستار عبارت است از اینکه وجوه افتراق و اشتراک اعاده دادرسی در نظامات حقوقی ایران و مصر چیست؟ و با روش تحلیلی، توصیفی و کتابخانه‌ای به بررسی تاریخچه، ماهیت حقوقی، اهمیت، ویژگی، شرایط خاص تجویز تجدیدنظرخواهی در اعاده دادرسی، انواع تجدیدنظرخواهی از احکام قضایی و موارد اعاده دادرسی و شرایط و زمان تجدیدنظرخواهی که باید رعایت شود و به‌طور کلی چهارچوب اعاده دادرسی در هر دو نظام پرداخته است و با توجه به تأسی هر دو نظام حقوقی از حقوق فرانسه در برخی از موارد به این نظام حقوقی رجوع شده تا بتواند کمبود و خلأهای حقوقی موجود در ایران را شناسایی کند.

۱. تعریف، تاریخچه و ماهیت اعاده دادرسی

اعاده دادرسی روش استثنایی بر تجدیدنظرخواهی احکام قطعی محاکم است که در ذیل به تبیین مفهوم و ماهیت آن پرداخته می‌شود.

۱-۱. تعریف لغوی و اصطلاحی اعاده دادرسی

اعاده^۱ در لغت به معنای بازگرداندن یا بازگشت دادن است. اعاده دادرسی^۲ لفظ مرکب قضایی است که از دو واژه اعاده و دادرسی تشکیل شده است که در لغت به منزله اقامه مجدد دعوا پس از

۱. اعاده یا تکرار از وعده‌های خداوند است و از صفات خداوند المبدئ المعید است اوست که خلقت را پس از زندگی تا مرگ و پس از آن باز می‌گرداند مرگ بر حیات در قیامت دوباره به سوی او باز می‌گردد.

۲. إعادة المحاكمة یا re-trial

صدور حکم است و تعریف لغوی آن از تعریف حقوقی آن چندان دور نیست به طوری که اعاده دادرسی یعنی ختم محاکمه که نقش مهمی در بازگرداندن حقوق به صاحبان آن‌ها دارد. به عنوان نوعی اعتراض به حکمی که از سوی محکوم علیه یا هر کس که طبق قانون حق اعتراض مجدد دارد دانسته‌اند و اینجا رابطه مفهوم زبانی با مفهوم اصطلاحی نمایان می‌شود. اعاده دادرسی به عنوان روش غیر معمول تجدیدنظرخواهی برای به چالش کشیدن قضاوت‌های انجام شده می‌باشد.

اعاده دادرسی از ادله شرعی و نصوص فقها و تجدیدنظر از احکام آن‌ها از طرق تجدیدنظرخواهی از حکم پس از ختم رسیدگی و قطعی شدن حکم، در حین رسیدگی، قبل از صدور حکم و بعد از آن از حکم صورت می‌گرفته (جمعیه المجله، المجله، ۱۹۸۲: ۳۷۴).

اعاده دادرسی در مبانی شرعی و حقوقی چنین تعریف شده است:

«طریقه غیر متعارف طرح دعوی برای بار دوم و شیوه استثنایی است که جز در مواردی که روش‌های متعارفی مانند تجدیدنظر و اعتراض به حکم وجود نداشته باشد، به آن متوسل نمی‌شود.» (عبدالناصر أبوالبصل، ۱۹۹۹: ۲۳) و یا «روش فوق العاده‌ای برای تجدیدنظرخواهی که طرف دعوا در مواردی برای اخذ رأی مبنی بر نقض حکم قطعی دادگاه صادرکننده به آن متوسل می‌شود تا بتواند رسیدگی مجدد به دعوا را در همان دادگاه تقاضا کند.» (العشماوی و العشماوی، ۲/۱۹۵۷) و یا «وسیله‌ای که قانون برای رفع خطای قضایی پس از احراز، حادث شده است» (الدركزلی، ۱۹۸۰: ۲۲۷). و یا «تصحیح صلاحیت اجباری احکام برای اصلاح اشتباهات عینی در برآورد واقعیات که فقط با اعاده دادرسی و در جهت تحقق عدالت و حفظ منافع عمومی قابل رفع است.» (ممدوح خلیل البحر، ۲۰۱۰: ۳۸۲).

به طوری که در قانون جدید فرانسه در ماده ۵۹۳ قانون آیین دادرسی مدنی، اعاده دادرسی چنین تعریف شده است: «اعاده دادرسی در واقع عدول از رأیی است که از اعتبار امر مختوم و قضاوت شده برخوردار بوده برای اینکه رأی جدیدی در موضوع و در حکم صادر شود».

۱-۲. تاریخچه پیدایش اعاده دادرسی

از لحاظ تطور تاریخی اعتراض به احکام صادره و اعاده دادرسی از قرون وسطی و به طور خاص به قرن پانزدهم میلادی بازمی‌گردد.

در آن زمان هدف تجدیدنظرخواه ترغیب قاضی به انصراف از حکم اشتباه و صدور حکم جدید به جای آن بوده و به آن «اعاده اشتباه» گفته می‌شد که از سال ۱۶۶۷ میلادی، اصطلاح «اعاده اشتباه» منسوخ و درخواست تجدیدنظر مرسوم شد و اصطلاح «درخواست تجدیدنظر با ذکر دلایل نام‌گذاری» گردید (نبیل إسماعیل عمر، ۱۹۸۳: ۱۲).

اعاده دادرسی یا دادرسی جدید در حقوق «کامن‌لا» به‌عنوان سومین مؤلفه اصلی قانون کنترل هیئت منصفه، علاوه بر اظهارنظر، توسعه رسیدگی قضایی به احکام هیئت منصفه بود که تحت عنوان دادرسی جدید صورت گرفت. قدرت قضات برای دستور دادن به دادرسی جدید در اواخر قرون وسطی به‌عنوان وسیله‌ای برای جبران تخلف هیئت منصفه در موارد استثنایی مانند رشوه دادن یا دخالت هیئت منصفه سرچشمه دارد. در نیمه دوم قرن هفدهم، قضات شروع به گسترش قدرت خود برای اعطای محاکمه جدید به مواردی که در آن‌ها حکم را مغایر با دستورالعمل یا مخالف شواهد موجود می‌دانستند نمودند و در اواخر قرن هجدهم، قانون محاکمه جدید^۱ دامنه وسیعی پیدا کرد.^۲ تقویت قدرت قضات برای اعطای اعاده دادرسی، اختیاری بود که قضات مدعی بودند قبل از پذیرش حکم صادر شده، مبنای آن را بررسی می‌کنند.

اعاده دادرسی در نظام حقوقی فرانسه^۳ نیز دارای تاریخچه مطولی است به طوری که این راه حل یعنی اعاده دادرسی ابتدا به‌عنوان مجازاتی برای قضات مقصر در نظر گرفته شد، و سپس وسیله‌ای برای اصلاح اشتباهات در تصمیمات دادگاه تبدیل شده است که ریشه در یک ضرب‌المثل فرانسوی دارد که بیان می‌کند «موقعیت باعث دزدی می‌شود».^۴ به طوری که این تأسیس برای اولین بار در پارلمان پاریس و در حدود سال ۱۲۵۰ میلادی برای اولین بار در دادگاه استیناف در فرانسه تشکیل شده است.^۵

۳-۱. رابطه اعاده دادرسی با دیگر روش‌های تجدیدنظرخواهی

احکام قضایی ناشی از اعمال انسانی بوده و به دور از اشتباه و جهل نمی‌باشد و جهل و اشتباه انسانی حتی در وضع مقررات هم عیان و آشکار است و مستلزم دگرگونی و اصلاح می‌باشد و دگرگونی در قانون برای تأمین و بهینه کردن مقررات امری الزامی است و دیگر یک قاعده حقوقی مسلم و تغییرناپذیر نمی‌باشد (جمالی و محمدی، ۱۴۰۱: ۱۵۱، ۱۶۴). از قدیم‌الایام برای تجدیدنظرخواهی از احکام و رفع نواقص و برای جلوگیری از آسیب‌های ناشی از آن راه‌های متفاوتی را ایجاد می‌کردند. روش‌های تجدیدنظر در دو روش به شرح ذیل است:

1. new trial
2. See, R.B. Lettow, New trial for verdict against law: judge-jury relations in early nineteenth-century America, 71 Notre Dame L.Rev. 505, 510 (1996)
3. la reprise de la procédure
4. "l'occasion fait le larron".
5. Marcel Rousselet résume la tendance en ces termes: "Au fur et à mesure que la Royauté s'annexait les grands fiefs, nous la voyons transformer les juridictions souveraines qui s'y trouvaient en parlements provinciaux" (Histoire de la magistrature française: Des origines à nos jours, t 1, Paris, Librairie Plon, 1957 à la p 45).

روش اول: تجدیدنظرخواهی که شامل دو مرحله: واخواهی و تجدیدنظرخواهی است. روش دوم: که روش فوق‌العاده تجدیدنظرخواهی است و شامل: فرجام‌خواهی و اعاده دادرسی می‌باشد. تفاوت جهات اعاده دادرسی و دیگر روش‌های اعتراض به احکام (به‌طور خلاصه به شرح زیر است): الف) اعاده دادرسی از این جهت از طرق عادی تجدیدنظر متمایز است که قصد نهایی درخواست‌کننده تنها اصلاح حکمی که از آن شکایت می‌کند نیست بلکه تقاضا برای بررسی مجدد به حکمی است که پیش‌تر به ضرر او صادر شده، به دنبال راهی است برای رهایی از چیزی که علیه او حکم شده است.

ب) واخواهی یا اعتراض به رأی غیابی از طرق عادی و در واقع یک شیوه اعتراض به رأی در همان دادگاهی که حکم صادر کرده می‌باشد و با اعاده دادرسی که فقط به احکام نهایی اصداری می‌پردازد متفاوت است (عیدالغریب، ۲۰۰۵: ۵).^۱

ج) اعاده دادرسی از این جهت با تجدیدنظر تفاوت دارد که تجدیدنظر در دادگاه بالاتر و به همان دادگاهی که رأی صادر کرده تقاضا داده می‌شود. همان‌طور که ذکر شد استناد به درخواست اعاده دادرسی لازم است به یکی از دلایل ذکر شده در قانون و به‌صورت محدود صورت پذیرد. اعاده دادرسی غیر از فرجام‌خواهی است. زیرا فرجام‌خواهی از طرق فوق‌العاده شکایت می‌باشد. رسیدگی فرجامی طبق ماده ۳۶۶ قانون آیین دادرسی مدنی عبارت از «تشخیص انطباق یا عدم انطباق رأی مورد درخواست فرجامی با موازین شرعی و مقررات قانونی است».

نتیجتاً بررسی مقیاس‌های جهات نقض در تجدیدنظر، فرجام و اعاده دادرسی، در حقوق کشور ما نشان می‌دهد، این سه شکایت در تعداد قابل‌توجهی از موارد نقض، مشترک هستند؛ به عبارت دیگر، برخی از جهات نقض، در هر سه شکایت مذکور، سبب نقض رأی می‌شوند؛ اما تعداد قابل‌توجه دیگری از جهات نقض، مشترک بین تجدیدنظر و فرجام هستند و در اعاده دادرسی قابل‌استناد نیستند و موجب نقض حکم نمی‌شوند. برخی از جهات هم منحصر به تجدیدنظر و اعاده دادرسی هستند و در فرجام‌خواهی، نقض رأی را در پی ندارند (حسن‌زاده، ۱۳۹۲: ۴۵).

۲. سیاست قانون‌گذاری ایران و مصر در اعاده دادرسی

قانون‌گذاران ایران و مصر این امکان را برای اصحاب دعوا فراهم کرده‌اند تا در صورتی که حکم

۱. در مصر اعتراض به حکم غیابی صادره در جنبه مشمول اعتراض است و دادگاه نمی‌تواند مجازات و اعتراض به حکم غیابی را تشدید کند و به عبارتی تجدیدنظرخواهی غیابی به حکم جایز نیست مگر اینکه قبل از صدور حکم قطعی جرم ثابت شود.

صادر شده قطعی برخلاف حق و عدالت باشد متضرر از حکم به قصد بطلان، نقض، فسخ یا تعدیل آن حکم، تقاضای تجدیدنظر نماید (اعم از اینکه این درخواست در دادگاه صادرکننده حکم یا در مرجع بالاتر رسیدگی شده باشد یا نباشد). اعاده دادرسی از جمله مهم‌ترین روش‌های تجدیدنظرخواهی از احکام قطعی است و به نظر می‌رسد بنا به دلایلی از جمله تقلب، جعل، تخلف از قانون، صدور احکام غیر منصفانه و غیر منطبق با واقعیت یا انصاف می‌باشد که رعایت آن و الزام محکوم علیه به اجرای آن منصفانه نیست و عدالت ایجاب می‌کند تا سازوکار لازم برای محکوم علیه یا اشخاصی که بی جهت دعوای آن‌ها مردود شناخته شده راه معقولی و قانون‌مندی باشد تا حقیقت ماجرا را در مراجع قضایی آشکار کند و بتواند رأی را الغا یا آن را به نحوی که منطبق بر حق و انصاف باشد، توسط دادگاه صالح اصلاح کند.

با توجه به مطالب فوق این موضوع و شرایط و آثار آن را در هر دو نظام حقوقی بررسی خواهیم کرد:

۳. شرایط و آثار اعاده دادرسی در نظام حقوقی ایران

۳-۱. اعاده دادرسی در امور کیفری در نظام حقوقی ایران

قانون‌گذار راجع به درخواست اعاده دادرسی و مرجع تجویز آن، مهلت و هزینه دادرسی شرایطی را در نظر گرفته که در ذیل به آن اشاره می‌شود.

برای روشن شدن اینکه چه کسی حق ارائه درخواست برای اعاده دادرسی در ایران و مصر را دارد، ابتدئاً باید بر این واقعیت تأکید کنیم که قانون آیین دادرسی کیفری و مدنی ایران بین دو موضوع حقوقی و خصوصی تمایز قائل شده است. به نحوی که در احکام قطعی کیفری چنانچه محکوم علیه دارای یکی از شرایط هفت‌گانه ماده ۴۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری باشد، خود و یا دادستان مجری حکم حق تقاضای تجویز اعاده دادرسی بدون محدودیت زمان از دیوان عالی کشور را دارد. در آن صورت، تقاضای اشخاص مندرج در ماده ۴۷۵ به یکی از شعب کیفری دیوان ارجاع می‌گردد. چنانچه شعبه مرجوع‌الیه، تقاضا را منطبق با یکی از بندهای هفت‌گانه تشخیص دهد مستند به مواد ۴۷۶ و ۴۷۸ قانون اخیرالذکر، رأی صادره را متوقف و رسیدگی مجدد را در شعبه هم‌عرض تجویز می‌کند. مطابق تبصره ماده ۴۷۸ قانون آیین دادرسی کیفری چنانچه شخص به قصاص نفس، اعدام، شلاق، قلع و قمع بنا و خلع‌ید محکوم شده باشد ممکن است با دستور شعبه مرجوع‌الیه اجرای رأی موردنظر متوقف شود^۱. قابل ذکر اینکه تقاضای اعاده دادرسی از آرای کیفری قطعی به‌رغم آرای حقوقی محدود به زمان نیست و محکوم علیه یا وکیل او می‌تواند به جهات مختلف تقاضای تجویز

۱. نک: رأی وحدت رویه شماره ۷۴۲ مورخ ۹۴/۵/۶ هیات عمومی دیوان عالی کشور

اعاده دادرسی کند و نکته قابل توجه دیگر آن است که در بند چ ماده ۴۷۴ یکی از مواردی که موجب تجویز اعاده دادرسی می شود، جرم نبودن عمل ارتكابی متهم است و در تفسیر این قسمت از بند چ ماده مذکور نظرات مختلف است. عده ای معتقدند نبود دلیل برای فعل ارتكابی متهم برای تجویز اعاده دادرسی کافی است و برخی قضات نیز معتقدند در صورتی که رفتار متهم و محکوم علیه به طور کلی جرم نباشد (از جمله مشمول مرور زمان و یا مال فروخته شده متعلق به خود متهم باشد) مورد از مصادیق بند چ ماده ۴۷۴ است.^۱

در نظام حقوقی ایران به جهات ذیل امکان تقاضای تجویز اعاده دادرسی از دیوان در امور کیفری وجود دارد:

۱. معلوم گردد مقتول زنده است؛ ۲. متقاضی اعاده دادرسی به جرمی محکوم شده که قبلاً دیگری هم به همان جرم عیناً محکوم گردیده و رأی صادره مذکور به قطعیت رسیده است؛ ۳. با اینکه موضوع و جرم مطروحه در پرونده دارای اعتبار امر قضاوت شده بوده، متقاضی اعاده دادرسی مجدداً به همان جرم، تعقیب و دوباره محکوم شده و رأی صادره قطعی شده است؛ ۴. دو یا چند نفر به ارتكاب جرمی محکوم شدند و سپس معلوم شده که ارتكاب آن جرم نمی تواند بیش از یک مرتکب داشته باشد؛ ۵. خلاف واقع بودن شهادت و یا جعلی بودن سندی که شخص به لحاظ آن محکوم شده پس از صدور حکم به اثبات برسد؛ ۶. عمل ارتكابی شخص جرم نباشد (به لحاظ فقدان دلیل و سوءنیت، مرور زمان و امثال آن) و یا مجازات اعمال شده بیش از مجازات مقرر در قانون باشد؛ ۷. پس از صدور حکم قطعی، دلیل یا واقعه جدید به دست آید که مثبت بی گناهی متهم باشد (به مثل اینکه معلوم شود که محکوم علیه به هنگام وقوع جرم در خارج از کشور بسر می برده و یا فلج بوده و یا شاکی اقرار به خودزنی کند و نظایر آن).

قانون گذار می تواند جهاتی دیگر هم به جهات مذکور اضافه کند از جمله اینکه: الف) پس از صدور حکم قطعی، فساد و بی طرف نبودن قاضی و شاهد و یا بی طرف نبودن هیئت منصفه ثابت شود. ب) ثابت شود عدم حضور شاهد برای ادای شهادت به واسطه عوامل خارجی خارج از اختیار شاهد بوده و برطرف شده است. ج) حکم صادره در ایصال حق شاکی ناقص باشد (به طور مثال به جای حکم به رد مال، حکم به پرداخت ثمن معامله در موضوع انتقال مال غیر صادر شود). د) شاکی در صورت کسب دلیل جدید متقن حق تقاضای اعاده دادرسی در مواردی که مشتکی عنه تبرئه

۱. نک: در پرونده کلاسه ۹۷/۰۰۳۵ (شعبه سوم دادگاه انقلاب تهران) به رأی شماره ۹۱۶ - ۱۴۰۱/۴/۲۰ صادره از شعبه دو دیوان عالی کشور.

شده است را ندارد و این امر خلاف عدالت است.

قابل ذکر است تمامی بندهای هفت‌گانه مندرج در ماده ۴۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری و نیز موارد اخیرالذکر می‌توانست تحت عنوان فرجام‌خواهی فوق‌العاده مطرح شود و این فرجام‌خواهی جزء اختیارات دادستان کل کشور می‌توانست باشد.

۳-۲. درخواست اعاده دادرسی در امور حقوقی ایران

همان طور که بیان شد اعاده دادرسی از طرق فوق‌العاده شکایت از آراء قطعی می‌باشد و باید تنها در موارد و شرایط مقرر در قانون اعمال گردد. در آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹ موارد و شرایط پذیرش اعاده دادرسی در ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی احصا و بیان گردیده و مقرر شده که نسبت به احکامی که قطعیت یافته ممکن است به جهات ذیل اعاده دادرسی شود:

۱. موضوع حکم مورد ادعای خواهان نبوده باشد؛ ۲. حکم به میزان بیشتر از خواسته صادر شده باشد؛ ۳. وجود تضاد در مفاد یک حکم که ناشی از استناد به اصول یا به مواد متضاد باشد؛ ۴. حکم صادره با حکم دیگری درخصوص همان دعوا و اصحاب آنکه قبلاً توسط همان دادگاه صادر شده است متضاد باشد بدون آنکه سبب قانونی موجب این مغایرت باشد؛ ۵. طرف مقابل درخواست‌کننده اعاده دادرسی حيله و تقلب به کار برده که در حکم دادگاه مؤثر بوده است؛ ۶. حکم دادگاه مستند به اسنادی بوده که پس از صدور حکم جعلی بودن آن‌ها ثابت شده باشد؛ ۷. پس از صدور حکم اسناد و مدارکی به دست آید که دلیل حقانیت درخواست‌کننده اعاده دادرسی باشد و ثابت شود اسناد و مدارک یادشده در جریان دادرسی مکتوم بوده و در اختیار متقاضی نبوده است.

با نگاه به صورت ماده مذکور نکات ذیل قابل توجه است.

نخست اینکه در ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی قانون‌گذار رسیدگی مجدد را تنها در احکام قطعیت‌یافته تجویز کرده و اعاده دادرسی شامل کلیه قرارهای نهایی و حتی قرارهای قاطع دعوا به مثل قرار سقوط دعوا نمی‌شود. در ثانی، در جهات مندرج در ماده ۴۲۶ ابهام و اجمال وجود دارد. به طور مثال در بند ۱ واژه موضوع دعوی و در بند ۳ واژه «تضاد در مفاد» و یا «تضاد در اصول» و نیز واژه «همان دادگاه» ابهام هست و محدوده دو حکم متضاد معلوم نیست و در بند ۴ محدوده حيله و تقلب به‌کاررفته در هاله‌ای از ابهام است (السان و افتخار جهرمی، ۱۳۹۹: ۳۳۰-۳۲۶).

باید توجه داشت همان طور که یکی از اساتید حقوق متذکر شده (شمس، ۱۳۸۴: ۴۸۳-۴۷۲) «موضوع حکم» یا واژه «مورد ادعا» همان خواسته و عنوان خواسته (مثل خلع‌ید) خواهان، چه در دادخواست اولیه و چه تغییر آن تا پایان جلسه اول دادرسی بوده و منظور از مفاد حکم نیز معنای اخص و معنای اعم است. مفاد حکم به معنای اخص همان موضوع خواسته و منطق حکم است

که مورد اختلاف طرفین بوده و منتهی به صدور حکم و فصل خصومت شده و معنای اعم «مفاد حکم» شامل همه معنای حکم از قبیل اسباب مواجهه و منطوق حکم است و معنای «تضاد در مفاد حکم» به معنای آن است که دو حکم مفاداً با هم مغایر باشند و منظور از اصول در بند ۳ ماده به نظر می‌رسد منظور قانون‌گذار وصف غالبی حکم بوده که چنانچه دو حکم مفاداً با هم اختلاف داشته باشند، حکم صادره خلاف اصول دادرسی است (السان و افتخار جهرمی، ۱۳۹۹: ۳۲۷).

موضوع حيله و تغلب مندرج در بند ۵ ماده ۴۲۶ نیز دامنه وسیعی دارد و شامل همه حيله و تقلباتی که منجر به صدور حکم خلاف عدالت و حق می‌شود (به مثل اینکه خواهان فردی را اجیر کند تا به جای خواننده در دادگاه حاضر و اقرار به نفع خواهان نماید و یا خواهان با تبانی با غیر معامله‌ای کنند و فردی را داور قرار دهند و اختلاف صوری درست کنند و از داور رأی به الزام به تنظیم سند رسمی به دست بیاورند و...).

۴. اعاده دادرسی در نظام حقوق مصر

فرایند دادرسی در پرونده‌های جنایی در دادگاه‌های مصر بر اساس قانون آیین دادرسی کیفری مصر^۱ به شماره ۱۵۰ مصوب ۱۹۵۰ و اصلاحات بعدی آن^۲ بیان شده است. در حقوق مصر ترجمه تحت‌اللفظی اعاده دادرسی «اعاده المحاکمه» می‌باشد؛ لیکن اعاده دادرسی در اصطلاح حقوقی و نظام قضایی کشور مصر «التماس اعاده النظر» نامیده می‌شود و عبارت «اعاده المحاکمه» ناظر به موضوع واخواهی در نظام حقوقی ایران می‌باشد. «التماس اعاده النظر» در نظام دادرسی کشور مصر به عنوان یکی از طرق فوق‌العاده اعتراض به آراء صرفاً درخصوص آرای قطعی (به اصطلاح «الاحکام النهائية») کیفری تقنین و پیش‌بینی شده است و در سایر قضایا و احکام امکان اعتراض صرفاً محدود به واخواهی، تجدیدنظرخواهی و فرجام‌خواهی است.

۴-۱. اعاده دادرسی در امور کیفری مصر

مواد ۴۴۱ الی ۴۵۳ «قانون الاجرائات الجنائية» (آیین دادرسی کیفری) مصر به ارائه تعریف و بیان احکام و شرایط اعاده دادرسی یا همان «التماس اعاده النظر» پرداخته که به شرح ذیل به موضوع و شرایط درخواست اشاره خواهد شد؛

الف) موضوع و شرایط قانونی: بر طبق ماده ۴۴۱ در موارد زیر درخواست اعاده دادرسی

۱. قانون آیین دادرسی کیفری مصر به چهار بخش تقسیم شده است: کتاب اول: شامل پرونده‌های جنایی، جمع‌آوری شواهد، دلایل و نحوه تحقیقات. کتاب دوم: مربوط به دادگاه‌ها و جرائم جحه‌ای است. کتاب سوم: شامل شیوه‌های تجدید نظر به احکام است. کتاب چهارم: شامل اجرای احکام است.

۲. آیین دادرسی کیفری ۱۹۷۱ و اصلاحات آن در ۲۰۱۰ میلادی

(دادخواست اعاده دادرسی) احکام قطعی محکومیت، به دلیل ارتکاب جنایت‌ها و جنحه‌ها جایز می‌باشد:

۱. چنانچه متهم به دلیل ارتکاب قتل محکوم گردد و سپس کشف شود که فردی که قتل او ادعا شده زنده است؛ ۲. چنانچه شخصی به سبب واقعه‌ای محکوم گردد سپس شخص دیگری به سبب همان واقعه محکوم گردد و بین دو حکم به نحوی تناقض وجود داشته باشد که از دو حکم صادره برائت یکی از دو محکوم علیه استنتاج گردد؛ ۳. چنانچه بر اساس احکام باب ششم از کتاب سوم قانون مجازات یکی از شهود یا کارشناسان محکوم به مجازات شهادت دروغ گردند، یا حکم به جعلیت یکی از اسناد ارائه شده در رسیدگی به دعوی صادر گردد و شهادت یا نظریه کارشناس یا سند ارائه شده مؤثر در حکم باشد؛ ۴. چنانچه مبنای حکم صادره، حکم یکی از دادگاه‌های مدنی یا دادگاه‌های احوال شخصیه باشد و حکم یاد شده لغو گردد؛ ۵. چنانچه بعد از صدور حکم اموری حادث یا کشف و یا اسنادی ارائه گردد که در زمان رسیدگی آشکار نبوده و امور یا اسناد مذکور قابلیت اثبات برائت محکوم علیه را داشته باشد.

ب) صاحب حق و شرایط شکلی اعاده دادرسی: حسب ماده ۴۴۲ در چهار مورد اول از موارد یادشده در ماده قبل، هریک از دادستان کل یا محکوم علیه یا نماینده قانونی وی در صورتی که محکوم علیه فاقد اهلیت یا مفقود باشد، بستگان وی یا همسر وی بعد از فوت وی حق درخواست اعاده دادرسی را دارند.

در مواردی که درخواست کننده اعاده دادرسی، دادستانی کل نباشد، محکوم علیه باید تقاضای خود را طی درخواستی که بر اساس آن حکمی که از آن تقاضای اعاده دادرسی دارد را تبیین می‌نماید و دلیل اعاده دادرسی و همچنین مستندات اثبات کننده درخواست را به دادستان کل تقدیم نماید. دادستان کل در هر صورت یعنی چنانچه درخواست اعاده دادرسی به تقاضای وی بوده یا درخواست به تقاضای شخص دیگری باشد به همراه اقدامات و تحقیقاتی که به صلاح دید وی انجام شده را طی گزارشی که نظر خود را در آن ارائه و همچنین اسبابی که به آن استناد نموده را به «دادگاه نقض»^۱ تقدیم می‌نماید. به موجب مقررات یاد شده درخواست اعاده دادرسی باید ظرف سه ماه از تاریخ تقاضای اعاده دادرسی تقدیم «دادگاه نقض» گردد.

مطابق ماده ۴۴۳ در مورد پنجم ماده ۴۴۱، دادستان کل رأساً یا به تقاضای اشخاص ذی ربط

۱. دادگاه نقض بالاترین مرجع قضایی کشور مصر است که چنانچه بخواهیم این دادگاه را با نظام قضایی ایران مقایسه کنیم دادگاه نقض همان دیوان عالی کشور می‌باشد.

صرفاً خود حق تقاضای اعاده دادرسی را دارد و در صورت وجود موجبی جهت اعاده، دادستان کل درخواست را به همراه تحقیقاتی که انجام آن را لازم دانسته به کمیسیون متشکل از یکی از مستشاران دادگاه نقض و دو مستشار از دادگاه تجدیدنظر که هر کدام از افراد یادشده توسط مجمع عمومی دادگاهی که هریک از مستشاران در آن مشغول به کار هستند تقدیم می‌کند و باید در ضمن درخواست، سند یا واقعه‌ای که به آن استناد می‌گردد نیز بیان شود.

ج) شرایط و نحوه رسیدگی و صدور حکم مجدد: بر اساس ماده ۴۴۵ دادستانی کل حداقل سه روز پیش از تشکیل جلسه بررسی تقاضای اعاده دادرسی در دادگاه نقض، طرفین را جهت حضور دعوت می‌نماید.

به دلالت ماده ۴۴۶ دادگاه نقض پس از استماع نظر دادستانی و طرفین دعوی و همچنین پس از انجام تحقیقات و اقدامات لازم توسط خود دادگاه یا توسط شخصی که برای این امر مأمور می‌گردد به تقاضای اعاده دادرسی رسیدگی می‌نماید. چنانچه دادگاه نقض تقاضای اعاده را بپذیرد، دستور لغو حکم مورد اعاده را صادر و در صورتی که بی‌گناهی متهم آشکار باشد، رأی به برائت متهم صادر می‌نماید و در غیر این صورت چنانچه دادگاه نقض، خود رسیدگی را لازم نداند، دعوی را به دادگاه صادرکننده رأی جهت رسیدگی توسط قضات دیگر همان دادگاه ارسال می‌نماید. (شایان ذکر است دیوان عالی کشور یا همان دادگاه نقض در رسیدگی اختیار کامل به موضوع تقاضای دادرسی را دارد بدون اینکه خود را مقید به حکم مورد اعاده دادرسی نماید و می‌تواند رأی جدیدی صادر کند که کاملاً با رأی سابق مغایر باشد) (کرار ریاض، ۲۰۱۵: ۱۹۴).

بر اساس ماده ۴۴۷ چنانچه محکوم‌علیه فوت کند و تقاضای اعاده دادرسی از سوی یکی از بستگان یا همسر وی تقدیم نشده باشد، دادگاه جلسه را با حضور شخصی که برای دفاع از یادبود متوفی تعیین می‌کند، تشکیل می‌گردد. شخص یاد شده باید حتی‌الامکان از بستگان متوفی باشد. در این صورت دادگاه در صورت لزوم حکم به محو آنچه موجب لطمه وارد کردن به یادبود متوفی می‌کند را صادر می‌نماید.

شایان ذکر اینکه تقاضای اعاده دادرسی موجب توقف اجرای حکم جز در موارد محکومیت به اعدام نمی‌گردد. (ماده ۴۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصر)

د) جبران خسارت صاحب حق و جریمه رد درخواست اعاده دادرسی: مطابق ماده ۴۴۹ در چهار مورد اول از ماده ۴۴۱، چنانچه تقاضای اعاده دادرسی توسط دادستان کل تقدیم نشده باشد، در صورت رد تقاضای اعاده، تقاضاکننده محکوم به پرداخت جریمه‌ای به میزان حداکثر ۵ جنية خواهد بود. همچنین برای اعاده حیثیت متقاضی اعاده دادرسی به موجب ماده ۴۵۰ کلیه احکام برائت که

در نتیجه اعاده دادرسی صادر می‌گردد به درخواست دادستانی کل، با هزینه دولت در روزنامه رسمی و دو روزنامه به تعیین صاحب دعوی منتشر می‌گردد و در صورت لغو حکم مورد اعاده، حکم به جبران خسارت نیز صادر می‌گردد. در این صورت باید مقداری از خسارت‌های جبران شده با رعایت قواعد سقوط حق به دلیل گذشت زمان به محکوم علیه مسترد گردد (ماده ۴۵۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصر).

هـ) قابل اعتراض بودن رأی دادگاه: بر اساس ماده ۴۵۳ کلیه احکام صادره از دادگاه‌ها در نتیجه اعاده دادرسی، به جز احکام صادره از دادگاه نقض از طریق کلیه طرق اعتراض مقرر در قانون قابل اعتراض می‌باشد. در هر صورت امکان تشدید مجازات متهم بیش از مجازات منصوص در حکم سابق ممکن نیست.

و) درخواست مجدد اعاده دادرسی در صورت رد درخواست: به موجب ماده ۴۵۲ در صورت رد تقاضای اعاده دادرسی، تقاضای مجدد با استناد به همان وقایع و استنادات ممکن نیست. با این حال برخلاف قاعده و به عنوان استثناء، در مواردی عدول از رأی صادره از دادگاه نقض پذیرفته شده و آن در مواردی است که در حکم صادره اصول مسلم قانونی مانند «منع ضرر رساندن معترض به رأی در صورت اعتراض»^۱ رعایت نشده است. همان گونه که اشاره شد بر اساس ماده ۴۵۴ از «قانون الاجرائات الجنائیه» در چنین مواردی در صورت اعتراض مجدد، امکان رسیدگی مجدد و صدور حکم با رعایت اصول حقوقی امکان پذیر می‌باشد. لیکن مورد یاد شده باعث نمی‌شود که اعاده دادرسی بتواند موارد تخطی از قانون را جبران کند. هدف از پیش‌بینی چنین امکانی در صورت تخطی از اصول قانونی تحقق سیر عدالت است. چراکه عدالت هدف غائی از وضع کلیه قواعد دادرسی می‌باشد. به این صورت که دادگاه نقض، پایان روند رسیدگی است و احکام آن قطعی و غیرقابل اعتراض می‌باشد.^۲

۲-۴. اعاده دادرسی در امور حقوقی مصر

الف) موضوع و شرایط قانونی درخواست: در قانون مصر اعاده دادرسی در امور حقوقی در مواد ۲۴۱ الی ۲۴۷ مورد شناسایی قرار گرفته است.^۳ وفق ماده ۲۴۱ طرفین دعوی می‌توانند در موارد ذیل

۱. منظور از این قاعده این است که در صورت اعتراض به رأی از سوی معترض، امکان ضرر رساندن به وی از قبیل تشدید مجازات و صدور رأی به ضرر وی وجود ندارد.

۲. الطعن رقم (۲۴۵۵۱) لسنه ۶۸ ق جلسه ۲۸/۳/۲۰۰۵

۳. قانون المرافعات المدینه و التجاریه رقم ۱۳ لسنه ۱۹۶۸ " الفصل الثالث التماس اعاده النضر".

نسبت به احکام قطعی تقاضای اعاده دادرسی نمایند؛

۱. اگر از سوی یکی از دو طرف فریبی واقع گردد که در حکم مؤثر باشد؛ ۲. اگر پس از صدور حکم اقراری نسبت به جعلی بودن اسناد واقع گردد یا حکم به جعلی بودن اسناد صادر شود؛ ۳. اگر حکم بر اساس شهادت صادر شده و سپس حکم به کذب بودن شهادت صادر گردد؛ ۴. اگر تقاضاکننده اعاده دادرسی پس از صدور حکم به اوراقی دست یابد که قاطع دعوی بوده لیکن آن اوراق نزد طرف مقابل بوده و از سوی طرف دیگر ارائه نشده باشد؛ ۵. اگر حکم نسبت به امری صادر گردد که مورد خواسته خواهان نبوده یا بیش از خواسته صادر شده باشد؛ ۶. اگر بخشی از منطوق حکم با بخش دیگری از آن تناقض داشته باشد؛ ۷. اگر حکم علیه شخص حقیقی یا حقوقی صادر گردد که از وی به طور قانونی اعلام نمایندگی نشده باشد جز در مورد وکالت اتفاقی؛ ۸. برای کسی که حکم صادر در دعوی دلیلی علیه وی باشد و در دادرسی حضور نداشته مشروط بر اینکه فریب یا توطئه یا اهمال گسترده نماینده خود را اثبات نماید.

ب) مهلت درخواست و شرایط دادخواست: برابر ماده ۲۴۱ مهلت اعاده دادرسی چهل روز می باشد. مهلت مذکور در چهار بند اول ماده فوق از تاریخ کشف فریب یا اقرار به مجعول بودن اسناد از سوی جاعل یا صدور حکم مبنی بر مجعول بودن اسناد یا حکم به شهادت کذب یا کشف سند ارائه نشده آغاز می گردد و به موجب همین ماده قانونی در مورد بند هفتم مهلت اعاده دادرسی از زمان ابلاغ حکم به شخصی که نمایندگی وی بر اساس قانون معتبر می باشد، آغاز می گردد. در مورد بند هشتم، مهلت مذکور از روز کشف فریب یا توطئه یا اهمال گسترده آغاز می گردد.

بر اساس ماده ۲۴۳ تقاضای اعاده دادرسی به موجب دادخواست و با رعایت شرایط تقدیم دادخواست به دفتر دادگاه صادرکننده حکم تقدیم می گردد. دادخواست باید مشتمل بر بیان حکم مورد اعاده و تاریخ آن و اسباب اعاده باشد، در غیر این صورت باطل می باشد.

تقاضاکننده اعاده دادرسی در موارد بندهای ۷ و ۸ ماده ۲۱۴ این قانون باید مبلغ یک صد جنیه به صندوق دادگاه به عنوان تضمین پرداخت نماید. دفتر دادگاه دادخواست اعاده دادرسی را بدون پیوست رسید پرداخت مبلغ مذکور ثبت نمی کند. معسر از هزینه دادرسی، از پرداخت مبلغ تضمین مذکور معاف می باشد.

ج) دادگاه ذی صلاح و نحوه رسیدگی: بنابر قانون آیین دادرسی مدنی مصر دادخواست اعاده دادرسی به دادگاه صادرکننده حکم قطعی تقدیم می شود. لذا ماده ۲۴۵ از قانون اعاده دادرسی مدنی مصر مقرر می دارد: دادگاه ابتدا در خصوص قبول اعاده دادرسی اتخاذ تصمیم می کند. سپس جلسه ای به منظور رسیدگی بدون نیاز به ابلاغ مجدد تعیین خواهد شد همچنین دادگاه می تواند در صورتی که

طرفین تقاضای خود را بیان نموده باشند نسبت به قبول اعاده دادرسی و رسیدگی به موضوع طی یک جلسه تصمیم‌گیری نماید. (دادگاه فقط نسبت به خواسته طرفین رسیدگی می‌نماید).

د) خسارت رد درخواست: بر اساس ماده ۲۴۶ در صورت رد تقاضای اعاده دادرسی در مورد شش بند اول ماده ۲۴۱، تقاضاکننده اعاده دادرسی محکوم به پرداخت حداقل مبلغ شصت جنیه و حداکثر دویست جنیه می‌گردد و در صورت رد تقاضای اعاده دادرسی در دو بند اخیر ماده ۲۴۱ دادگاه تمام یا بخشی از مبلغ ضمانت سپرده شده به حساب دادگاه را ضبط می‌نماید. در تمامی موارد مذکور، در صورت وجود سبب، دادگاه می‌تواند حکم به پرداخت خسارت نماید.

۵. مطالعه تطبیقی دو نظام حقوقی مصر و ایران (در اعاده دادرسی)

۵-۱. جهات مشترک در امور حقوقی

حیله و تقلب، کشف جعلی بودن سند مبنای حکم و کشف سند مکتوم، هم در حقوق ایران و هم در حقوق مصر از جهات اعاده دادرسی هستند.

الف) حیله و تقلب: به موجب بند ۵ ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی، اولاً حیله و تقلب برای به دست آوردن حکم در فرایند رسیدگی، یعنی اقدامی فریبکارانه به قصد به اشتباه انداختن دادگاه انجام شده باشد و ثانیاً حیله و تقلب توسط کسی به کار رفته باشد که از اصحاب دعوا بوده و حکم به نفع او صادر شده است. از این رو اگر با وجود حیله و تقلب اصحاب دعوا، حکم دادگاه تحت تأثیر آن قرار نگیرد، چنین حیله و تقلبی سبب نقض حکم در اعاده دادرسی نمی‌شود و لازم است حیله و تقلب پس از صدور حکم قطعی آشکار شود؛ وانگهی به موجب ماده ۴۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی حیله و تقلب باید با حکم نهایی به اثبات رسیده باشد و مهلت اعاده دادرسی به این جهت، از تاریخ ابلاغ حکم نهایی اثبات حیله و تقلب است. جهت حیله و تقلب در بند ۱ ماده ۲۴۱ قانون آیین دادرسی دعاوی مدنی و تجاری مصر بیان شده است.^۱ به موجب این بند، یکی از جهات اعاده دادرسی این است که پس از صدور رأی معلوم شود که تصمیم دادگاه تحت تأثیر حیله و تقلب کسی بوده که رأی به نفع او صادر شده است. با مقایسه این بند و بند ۵ ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی ایران مشخص می‌شود که شرایط این دو بند در خصوص حیله و تقلب، تقریباً مشابه است.

ب) اثبات جعلی بودن سند: در حقوق ایران اثبات جعلی بودن سندی که مستند حکم دادگاه بوده در بند ۶ ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی از جهات اعاده دادرسی اعلام شده است. بر اساس

۱. ماده (۲۴۱): للخصوم أن يلتمسوا إعادة النظر في الأحكام الصادرة بصفة انتهائية في الأحوال الآتية: (۱) إذا وقع من الخصم غش كان من شأنه التأثير في الحكم.

این بند و ماده ۴۲۹ ضروری است که جعلی بودن سند پس از صدور حکم نهایی دادگاه اثبات شود و از تاریخ ابلاغ حکم قطعی و نهایی ظرف مهلت مقرر، اعاده دادرسی قابل درخواست است. جهت جعلی شناخته شدن سند چند نکته حائز اهمیت است:

۱. سندی که جعلی شناخته شده، در حکم دادگاه مؤثر باشد، ۲. در صورتی که جعلی بودن سند پیش از صدور حکم مورد اعاده دادرسی ثابت شده ولی به متقاضی اعاده دادرسی ابلاغ نشده باشد پذیرفته می شود، همین مطلب سبب شده تا برخی از حقوق دانان حکم بند ۶ ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی را در خصوص لزوم اثبات جعلی بودن سند پس از صدور حکم، ناظر به موارد غالب اعلام و اعاده دادرسی را در موارد اثبات جعلی بودن سند، پیش از صدور حکم مورد اعتراض جایز بدانند، مشروط به اینکه حکم جعلی بودن سند پیش از صدور حکم مورد اعتراض، ابلاغ نشده باشد (شمس، ۱۳۹۹: ۱۳۸).

در حقوق مصر در بند ۲ ماده ۲۴۱ مبتنی بودن رسیدگی دادگاه بر اسنادی که جعلی بودن آنها پس از صدور رأی شناخته شده یا به طریق دیگری مثل اقرار به جعلی بودن آن شده، از جهات اعاده دادرسی محسوب شده است.^۱ شرایط این بند با بند ۶ ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی کشور ما همسو است؛ اگرچه اقرار جاعل در خارج از دادگاه هم از جهات اعاده دادرسی محسوب شده است. ج) دستیابی به اسناد مکتوم: بند ۷ ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی دستیابی متقاضی پس از صدور حکم به اسنادی است که دلیل حقانیت درخواست کننده اعاده دادرسی است و در جریان دادرسی مکتوم بوده و در اختیار متقاضی نبوده است می باشد. روشن و بدیهی است که نباید کتمان توسط خود متقاضی بوده باشد و به استناد اسنادی که خود متقاضی آنها را در جریان دادرسی مکتوم و از ارائه و استناد به آنها خودداری کرده، نمی توان درخواست اعاده دادرسی کرد. شاید با هدف تذکر و خارج کردن این حالت بوده که در بند ۷ ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی به دنبال قید مکتوم بودن سند، قید در اختیار متقاضی نبودن اضافه شده است (قهرمانی، ۱۳۸۶: ۲۱۸).

در حقوق مصر، در بند ۴ ماده ۲۴۱ قانون آیین دادرسی دعاوی مدنی و تجاری دستیابی پس از صدور رأی به اسناد تعیین کننده مکتومی که توسط طرف مقابل کتمان شده از جهات اعاده دادرسی اعلام گردیده است. این بند از این جهت که کتمان را مقید به طرف مقابل کرده، با بند ۷ ماده ۵۹۲ قانون آیین دادرسی مدنی سابق (مصوب ۱۳۱۸) ایران هماهنگ است. در نتیجه، دستیابی به سندی که در دادرسی مکتوم بوده، اما طرف مقابل عامل کتمان آن نبوده، سبب اعاده دادرسی نمی شود. در

۱. (۲) إذا حصل بعد الحكم إقرار بتزوير الأوراق ألتى بنى عليها أو قضى بتزويرها.

برخی از منابع آیین دادرسی مدنی مصر بر تعمدی بودن کتمان توسط طرف مقابل که حکم به نفع او صادر شده و عدم تقصیر متقاضی اعاده دادرسی تأکید شده است (علی برکات، ۲۰۱۶: ۴۳۳). اما آنچه مسلم است آن است که بی‌اعتباری سند نباید قبلاً ثابت و یا مورد تعرض طرف مقابل واقع شود. (د) صدور حکم به میزان بیشتر از خواسته و یا خارج از خواسته خواهان: حکم در خارج از خواسته مشمول بند ۱ ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی و حکم بیش از خواسته تابع بند ۲ آن است. در بند اول محکوم به «خروج تخصصی و موضوعی» از عنوان خواسته دارد و از این جهت قابل اعاده دادرسی است. مانند آنکه در خواسته الزام به تنظیم سند رسمی است، به اشتباه تحویل مبیع هم در رأی آمده است. از آنجا که موضوع حکم متأثر از موضوع خواسته است، در بند ۱ ماده ۴۲۶ با صدور حکم در خارج خواسته موضوع حکم از موضوع دعوا یا خواسته متفاوت شده است (بهرامی، ۱۳۸۸: ۲۹۴). بند دوم در جایی است که رأی صادره در موضوع خواسته صادر شده، اما بیش از تقاضای خواهان است؛ زیرا چنین حکمی با قانون امری مندرج در ماده ۲ و بند ۳ ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی مخالفت دارد و به این دلیل قابل اعاده دادرسی است. مشابه حقوق ایران در بند ۵ ماده ۲۴۱ قانون آیین دادرسی مدنی و تجاری مصر چنین مقرره‌ای وجود دارد^۱. البته برخلاف قانون‌گذار ایران که در دو بند ماده ۴۲۶ این موارد را بیان کرده، ولی در حقوق مصر هر دو جهت در یک بند آمده است. قانون‌گذار مصر نیز در ماده ۶۳ آنجا که موارد لازم برای طرح دعوی را بیان کرده قیودی لازم دانسته که مطابق بند ۶ همین ماده مقرر داشته «(۶) وقائع الدعوى و طلبات المدعى وأسانيدها». یعنی خواهان باید وقایع، خواسته و مستندات خود را در دادخواست ذکر کند^۲. هـ) تضاد و مغایرت در مفاد حکم: وجود تضاد در مفاد حکم که ناشی از استناد به اصول یا به

۱. (۵) إذا قضی الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه.

۲. ماده (۶۳): ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك.

و يجب أن تشمل صحيفة الدعوى على البيانات الآتية:

(۱) إسم المدعى ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه واسم من يمثل له ولقبه ومهنته أو وظيفته وصفته وموطنه.

(۲) إسم المدعى عليه ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه فإن لم يكن موطنه معلوماً فأخر موطن كان له.

(۳) تاريخ تقديم الصحيفة.

(۴) المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى.

(۵) بيان موطن مختار للمدعى فى البلدة التى بها مقر المحكمة إن لم يكن له موطن فيها.

(۶) وقائع الدعوى وطلبات المدعى وأسانيدها.

مواد متضاد باشد به عنوان یکی دیگر از جهات اعاده دادرسی در بند ۳ ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی ایران و بند ۶ ماده ۲۴۱ قانون آیین دادرسی دعاوی مدنی و تجاری مصر پیش‌بینی شده است.^۱ مهم‌ترین وجه مغایرت دو حکم تحقق شرط مندرج در ماده ۴۳۹ قانون آیین دادرسی مدنی بوده و تأثیر احکام نسبت به هم و التزام دادگاه به تجویز اعاده دادرسی را نشان می‌دهد (عزیزیانی، ۱۴۰۱: ۱۶۳). اصطلاح مفاد مقرر در این نص را باید در مفهوم اعم و اخص آن تفسیر نمود که در پیش به آن پرداخته شد.

۲-۵. جهات اختصاصی

در مقابل جهاتی که پیش از این بحث شد و مشترک بین حقوق ایران و حقوق مصر بود، جهاتی وجود دارند که فقط در حقوق یکی از این دو کشور سبب اعاده دادرسی می‌شوند. در حقوق ایران مطابق بند ۴ ماده ۴۶۲ مغایرت بین دو حکم دادگاه از جهات اعاده دادرسی معرفی شده‌اند.^۲ درحالی‌که این مورد در حقوق مصر مورد توجه قرار نگرفته و از جهات اعاده دادرسی شناخته نشده است. در مقابل در بندهای ۳ و ۷ و ۸ ماده ۴۲۱ قانون آیین دادرسی دعاوی مدنی و تجاری مصر^۳ که در صفحات پیشین بیان شد جهاتی بیان گردیده که در قانون آیین دادرسی مدنی ایران به عنوان جهات اعاده دادرسی بیان نشده و وضعیت آن در حقوق ایران محل بحث است. در ادامه هر کدام از جهات اختصاصی قوانین این دو کشور به صورت تطبیقی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

الف) اثبات غیر واقعی بودن شهادت: قانون‌گذار ایران در بند ۳ ماده ۴۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری جعلی بودن اسناد یا خلاف واقع بودن شهادت گواهانی که شهادتشان مبنای صدور حکم بوده را از جهات اعاده دادرسی اعلام کرده است.

با وجود اینکه شهادت یا گواهی به عنوان یکی از ادله در قانون آیین دادرسی مدنی و قانون مدنی ایران مطرح شده است، ولی اثبات شهادت خلاف واقع در حقوق کشور ما به عنوان یکی از جهات

۱. (۶) إذا كان منطق الحكم مناقضاً بعضه لبعض.

۲. بند ۴ ماده ۴۶۲ که مقرر شده «حکم صادره با حکم دیگری در خصوص همان دعوا و اصحاب آن که قبلاً توسط همان دادگاه صادر شده است متضاد باشد بدون آن که سبب قانونی موجب این مغایرت باشد».

۳. (۳) إذا كان الحكم قد بنى على شهادة شاهد قضى بعد صدوره بأنها مزورة.

(۷) إذا صدر الحكم على شخص طبيعى أو اعتبارى لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً فى الدعوى وذلك فيما عدا حالة النيابة الاتفاقية.

(۸) لمن يعتبر الحكم الصادر فى الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فىها بشرط إثبات غش من كان يمثله أو توطئه أو إهماله الجسم.

اعاده دادرسی در ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی بیان نشده است. با وجود این، برخی از حقوق‌دانان (متین دفتری، ۱۳۷۸: ۱۱۶) شهادت خلاف واقع را در صورت تبانی با یکی از اصحاب دعوا و برخی آن را به طور مطلق از مصادیق حيله و تقلب دانسته‌اند (قهرمانی، ۱۳۸۶: ۲۱۰).

در حقوق مصر با وجود اعلام حيله و تقلب به عنوان یکی از جهات اعاده دادرسی در بند ۱ ماده ۲۴۱ قانون آیین دادرسی دعاوی مدنی و تجاری آن کشور، شهادت خلاف واقع نیز به طور مستقل در بند ۳ آن ماده به عنوان یکی دیگر از جهات اعاده دادرسی بیان شده است. به نظر می‌رسد تفکیک این دو جهت و اختصاص دو بند جداگانه برای سهولت در اثبات بوده و در حقوق ما آنجایی که یکی از اصحاب دعوا با تبانی با شاهد، به شهادت دروغ متوسل می‌شود، نیز می‌توان پذیرفت که شهادت غیرواقعی به عنوان مصداقی از حيله و تقلب مندرج در بند ۵ ماده ۴۲۶ می‌باشد.

ب) بی‌اعتباری حضور نماینده: حسب بند ۷ ماده ۲۴۱ قانون آیین دادرسی دعاوی مدنی و تجاری مصر چنانچه فردی بدون وکالت یا نمایندگی در دادگاه به هر جهت شرکت کند، پس از ثبوت بی‌اعتباری نمایندگی، ذی‌نفع می‌تواند در مهلت مقرر درخواست اعاده دادرسی کند و این امر در قانون ایران با تصریح جزء موارد اعاده دادرسی پیش‌بینی نشده ولی شاید، این رفتار هم از جمله حيله و تقلب محسوب گردد.

ج) اهمال، فریب و توطئه نماینده: به موجب بند ۸ ماده ۲۴۱ قانون مصر چنانچه اصیل، توطئه، فریب و اهمال نماینده خود را ثابت کند و حکم صادره نیز بر علیه اصیل باشد؛ در آن صورت درخواست اعاده دادرسی اصیل قابل پذیرش است و این امر اختصاص به حقوق مصر می‌تواند داشته باشد. بند ۴ ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی ایران در مقایسه با قانون مصر منحصر به فرد است و مشابه آن در قانون مصر نیامده است.

۳-۵. تشابه در شرایط شکلی و دادگاه صالح

در هر دو نظام حقوقی مصر و ایران، دادخواست اعاده دادرسی حقوقی به دادگاه صادرکننده رأی قطعی تقدیم می‌شود و باید درخواست‌کننده هزینه دادرسی بپردازد، ولی تقاضای معافیت از پرداخت اعسار از پرداخت هزینه دادرسی قابل پذیرش بوده و ضمائم و پیوست‌های دادخواست مشابه می‌باشد و به علاوه اینکه در هر دو نظام حقوقی از جهتی که تقاضای رسیدگی اعاده شده، دیگر تکرار آن قابل قبول نیست.

۴-۵. تفاوت در شرایط شکلی

به موجب ماده ۴۲۷ قانون آیین دادرسی مدنی و سایر مواد در مقایسه با قانون مصر از جمله ماده ۲۴۲ قانون آیین دادرسی دعاوی مدنی و تجاری مصر مهلت تقدیم دادخواست متفاوت است. در

ایران عموماً ۲۰ روز و در مصر مهلت تقدیم دادخواست ۴۰ روز می‌باشد. در حقوق مصر از جمله به موجب ماده ۲۴۳ قانون علاوه بر پرداخت هزینه دادرسی باید درخواست‌کننده اعاده دادرسی تضمین نیز بسپارد و به موجب ماده ۲۴۶، در صورتی که درخواست خواهان رد شود بخشی از ضمانت و سپرده به نفع صندوق دولت ضبط می‌گردد و این عمده تفاوت دو نظام حقوقی می‌باشد. عمده‌ترین تفاوت در نظام حقوقی دو کشور وجود ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری ایران است که بر اساس آن رئیس قوه قضائیه حق دارد، آرای خلاف شرع بین را تجویز اعاده دادرسی کند و چنین تشخیصی و اختیاری، مستلزم نقض رأی مورد نظر توسط شعبه خاص دیوان عالی کشور می‌باشد و تجویز اعاده دادرسی در چنین شرایطی همواره می‌تواند قابل تکرار باشد (شاید بتوان گفت در حقوق مصر، دادگاه نقض که وصف آن گذشت و معادل شعبه دیوان عالی می‌باشد چنین اختیاری را دارا باشد).

۶. مقایسه اعاده دادرسی دو نظام حقوقی ایران و مصر در امور کیفری

در هر دو نظام حقوقی درخواست اعاده دادرسی تنها از آرای پذیرفته می‌شود که به هر جهت به قطعیت رسیده و امکان واخواهی، تجدیدنظرخواهی و یا فرجام‌خواهی وجود نداشته باشد. در هر دو نظام حقوقی، درخواست‌کننده شامل محکوم‌علیه یا وکیل یا نماینده قانونی او و در صورت فوت و غیبت محکوم‌علیه، همسر و وراث قانونی و حتی ولی و قیم او و دادستان مجری حکم می‌تواند باشد (ماده ۴۷۵ قانون آیین دادرسی کیفری ایران و مواد ۴۴۲ و ۴۴۷ قانون آیین دادرسی دعاوی مدنی و تجاری مصر).

در حقوق ایران بندهای الف، پ، ث و ج از ماده ۴۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری به ترتیب با بندهای ۱، ۲، ۳ و ۵ ماده ۲۴۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصر با کمی اغماض مشابه است. همچنین، در قانون ایران و مصر، درخواست اعاده دادرسی موجب تعویق اجرای حکم اعدام است. در اثر تجویز اعاده دادرسی در دیوان عالی کشور ایران و یا در دادگاه نقض مصر، دادگاه مرجوع‌الیه در راستای امری که تجویز اعاده دادرسی شده، می‌تواند رأی سابق را اصلاح کند و یا کاملاً رأی جدید متناقض با رأی سابق و یا به براءت متهم رأی دهد ولی حق تشدید رأی سابق را ندارد. در هر دو نظام حقوقی، تجویز اعاده دادرسی اثر انتقالی دارد. یعنی دادگاه مرجوع‌الیه وظیفه دارد از نو به پرونده از هر حیث رسیدگی نماید.

در صورتی که درخواست اعاده دادرسی رد شود، دیگر درخواست به همان جهات سابق قابل پذیرش نیست.

۶-۱. جهات خاص

بند ۴ ماده ۲۴۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصر، مورد مشابه در قانون ایران بالصراحه ندارد ولی در ایران در این طور موارد به استناد بند ج ماده ۴۷۴، درخواست قابل پذیرش و رسیدگی است. زیرا لغو حکم دلیل جدید محسوب می‌گردد. به علاوه، بند پ ماده ۴۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری ایران فاقد مورد مشابه در قانون مصر است.

باید اشاره نمود که در حقوق ایران درخواست تجویز اعاده دادرسی به دیوان عالی کشور و در حقوق مصر درخواست به دادستان محل صدور حکم تقدیم می‌شود و دادستان پس از بررسی و قبول آن، پرونده را برای اتخاذ تصمیم به دادگاه نقض ارسال می‌دارد. دادگاه نقض پس از بررسی و در صورت قبول درخواست یا خود رأی می‌دهد و یا پرونده را برای رسیدگی مجدد و با تعیین آنچه باید مورد رسیدگی مجدد قرار گیرد به دادگاه تجدیدنظر ارسال می‌دارد. به علاوه، در ایران، دادگاه هم‌عرض تنها در مورد یا موارد و مصادیقی که دیوان عالی کشور تجویز اعاده دادرسی کرده می‌تواند به پرونده رسیدگی کند لیکن در مصر اختیار دادگاه و نیز دادگاه نقض فراتر از مقررات اعاده دادرسی در ایران است. به همین جهت مدعی خصوصی نیز به دنبال تجویز اعاده دادرسی (در صورتی که دادخواست حقوقی تقدیم دادگاه حقوقی نکرده باشد) می‌تواند درخواست خسارت کند.^۱

نتیجه

دادرسی عادلانه خاستگاه همیشگی جامعه بشری و حق بشری در تأمین دادرسی عادلانه بوده و هست و هدف از دادرسی حفظ عدالت و حفظ حق است و آحاد بشری و اشخاص جامعه انسانی هیچ‌گاه احکام ناعادلانه و تضییع‌کننده حقوق عمومی و خصوصی را تحمل نکرده و نمی‌کند. به همین جهت اغلب قانون‌گذاران کشورها با وضع مقررات اعاده دادرسی به اشخاص مجال دادند تا آن‌ها با مدارک تحصیل شده و مدلل بتوانند تقاضای رسیدگی مجدد را به مراجع ذیصلاح قضایی تقدیم کنند. در حقوق ایران اصل بر اعتبار امر مختوم است و قانون‌گذار تمایل ندارد آرای قطعی شده متزلزل گردد و اجازه رسیدگی مجدد را تنها در جهات و موارد خاص تجویز کرده و در واقع اعاده دادرسی مجدد فرصتی است که قانون‌گذار به طرفین دعوا داده تا چنانچه در حین رسیدگی نتواند از خود دفاع کند و یا نتواند حقوق حقه خود را به اثبات برساند، پس از دستیابی به آن تحت شرایطی خاص بتواند رسیدگی مجدد را تقاضا کند. درخواست اعاده دادرسی در امور کیفری با آنچه در قانون آیین دادرسی مدنی ایران مذکور است فرق دارد. زیرا در امور کیفری با توجه به مواد ۴۷۴ الی ۴۷۸ تنها محکوم‌علیه یا دادستان

۱. الطعن رقم (۲۳۱۷) لسنه ق جلسه ۲۰۱۱/۵/۷ غیر منشور

مجری حکم و یا دادستان کل کشور حق تقاضای تجویز اعاده دادرسی، آن هم از دیوان عالی کشور را دارد و این درخواست محدود به زمان نیست و برای شاکی پرونده حتی در صورت به دست آوردن مدارک جدید، فرصت درخواست رسیدگی مجدد در موارد عادی را ندارد ولی درخواست محکوم علیه یا دادستان کل کشور و دادستان مجری حکم محدود به زمان نیست و به طور کلی دادستان می تواند از ناحیه محکوم علیه درخواست تجویز اعاده دادرسی به عمل آورد و پس از تجویز اعاده دادرسی از ناحیه دیوان عالی کشور، رسیدگی مجدد به عهده دادگاه هم عرض صادرکننده رأی قطعی است. به علاوه در مرحله دادرسی، تجویز اعاده دادرسی در مواردی که شکایت منتهی به صدور قرار منع تعقیب شده حسب مورد با تقاضای شاکی، موافقت دادستان و تجویز رسیدگی مجدد از ناحیه دادگاه است. اما در امور حقوقی برابر مواد ۴۲۶ الی ۴۴۱ قانون آیین دادرسی مدنی؛ اولاً جهات تقاضای رسیدگی مجدد به جهات مندرج در ماده ۴۲۶ است. ثانیاً حسب ماده ۴۴۱ در اعاده دادرسی غیر از طرفین دعوی و قائم مقام آن ها، شخص دیگر نمی تواند تقاضا کرده و داخل دعوا شود. ثالثاً تقاضا محدود به مهلت است و در صورت منقضی شدن مهلت، درخواست رد می شود ولو اینکه مدارک مثبت حق و مؤثر در تحقق عدالت باشد. رابعاً درخواست اعاده دادرسی به جای اینکه به دیوان تقدیم و از ناحیه دیوان تجویز گردد، دادخواست به دادگاه صادرکننده حکم قطعی تقدیم می شود و این دادگاه است که یا قرار قبولی صادر و وارد رسیدگی مجدد می شود و یا درخواست را رد می کند.

در حقوق مصر در امور کیفری موضوع و شرایط اعاده دادرسی به شرح ماده ۴۴۱ (قانون الاجرائیات الاجنایه) می باشد. درخواست کننده مشابه اشخاصی هست که در ماده ۴۷۵ قانون آیین دادرسی کیفری ایران قید شده و متقاضی باید در مهلت مقرر درخواست خود را به دادستان محل صدور حکم با ضمانت و پیوست های مقرر در قانون تقدیم کند و در صورتی که دادستان درخواست را واجد شرایط تشخیص دهد پرونده را برای اتخاذ تصمیم به دادگاه نقض ارسال می دارد. دادگاه نقض در صورت پذیرش تقاضا اجازه رسیدگی را به دادگاه تجدیدنظر می دهد و یا خود با اختیار کامل به پرونده رسیدگی کرده و حکم مقتضی می دهد. دادگاه حسب مورد یا رأی را اصلاح یا حکمی متناقض با حکم سابق صادر و یا متهم را تبرئه می کند و در هر حال مجازات نباید از مجازات سابق اشد باشد. مدعی خصوصی پس از اطلاع از تجویز اعاده دادرسی در صورتی که برای وصول خسارت ناشی از جرم دادخواست حقوقی به دادگاه حقوقی نداده باشد می تواند وارد دعوا شود. چنانچه دادگاه درخواست را رد کند با حکم دادگاه درخواست کننده به پرداخت جریمه محکوم می شود. تجویز اعاده دادرسی به مثل حقوق ایران اثر تعلیقی در مجازات اعدام دارد و دادگاه برای رسیدگی مجدد دارای اختیار کامل است.

شرایط و موضوعات مشمول اعاده دادرسی در امور حقوقی به شرح ماده ۲۴۱ قانون آیین دادرسی مدنی و تجاری مصر می‌باشد و دادخواست به دادگاه صادرکننده رأی قطعی با پرداخت هزینه دادرسی در مهلت مقرر تقدیم می‌گردد و دادگاه اختیار دارد در صورت لزوم توقف اجرای حکم را صادر کند. خواهان علاوه بر پرداخت هزینه دادرسی، مبلغی هم به عنوان تضمین به صندوق دادگستری می‌پردازد تا در صورت رد دادخواست جریمه مقرر با حکم دادگاه از آن برداشته شود. درخواست مجدد با جهات سابق قابل پذیرش نیست ولی دادگاه نقض بنا به قاعده «منع ضرر رساندن معترض به رأی در صورت اعتراض» هم در امور کیفری و هم در امور حقوقی حق تجویز اعاده دادرسی را دارد و این اختیار مشابه اختیار رئیس قوه قضائیه در ایران است.

با توجه به پژوهش انجام گرفته، به نظر می‌رسد که: ۱. تجویز اعاده دادرسی توسط دیوان عالی کشور و مردود دانستن تصمیم دیوان مبنی بر تجویز اعاده دادرسی توسط محاکم تالی بر هیچ اصولی سازگار نیست و تغییر این سازوکار و نگرش جایگاه دیوان را ارتقا می‌دهد. ۲. تجویز اعاده دادرسی در امور کیفری با پرداخت هزینه دادرسی و مقید شدن تقاضای اعاده دادرسی به زمان، نظم قضایی را افزایش می‌دهد.

منابع

فارسی

- السان، مصطفی و گودرز افتخار جهرمی (۱۳۹۹)، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، چاپ دوم، تهران: میزان.
- بهرامی، بهرام (۱۳۸۸)، آیین دادرسی مدنی، جلد ۳ و ۴، تهران: نگاه بینه.
- جمالی، مرتضی و قاسم محمدی (۱۴۰۱)، «دیالکتیک پایایی و پویایی حقوق در رهیافت نظریه اصول حقوقی با نگاهی به رویه قضایی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۶، شماره ۱۱۹.
- حسن‌زاده، مهدی (۱۳۹۲)، «مقایسه جهات تجدیدنظر، فرجام و اعاده دادرسی»، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره پنجم، شماره سوم.
- شمس، عبدالله (۱۳۹۹)، آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)، جلد ۲، چاپ ۸، تهران: انتشارات دراک.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۴)، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، چاپ هفتم، تهران: انتشارات شایک.
- عزیزانی، مجید (۱۴۰۱)، «تأثیرات متقابل آرای حقوقی و کیفری در تئوری تا رویه قضایی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۶، شماره ۱۱۷.
- قهرمانی، نصراله (۱۳۸۶)، مباحث دشوار آیین دادرسی مدنی، جلد ۱، تهران: انتشارات خرسندی.
- هاشمی باجکائی، سیدجعفر و محمدرضا بوربور (۱۴۰۰)، «آثار و شرایط اعاده دادرسی در حقوق ایران و فرانسه»، تمدن حقوقی، دوره ۴، شماره ۹.
- متین‌دفتری، احمد (۱۳۷۸)، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد ۲، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.

عربی

- عبدالناصر، ابوالفضل (۱۹۹۹)، شرح قانون اصول المحاکمات الشرعية، عمان.
- قانون المرافعات المدنية و التجارية المصمر، رقم ۱۳ لسنة ۱۹۴۸، الفصل الثالث التماس اعاده النظر.
- ریاض، سیدکرار و میثم غانم الجبوری (۲۰۱۵)، الاتجاهات التشريعية الحديثة في الاعادة المحاکمه، دراسة مقارنة اهل البيت العدد ۳۰.
- لدركذلي (۱۹۸۰)، طرق الطعن في الاحكام في قانون اصول المحاکمات الجزائية السوري.
- لعشماوی (۲۰۱۷)، قواعد المرافعات في التشريع المصري و المقارن، جلد ۲.
- نجيب حسني، محمود (۲۰۰۵)، الوجيز في شرح قانون الاجرائات الجنائية، مكتبة الجلاء، المنصورة.
- خليل البحر، ممدوح، مبادئ قانون اصول المحاکمات الجزائية الاردني.
- نبيل اسماعيل، عمر (۱۹۸۳)، الطعن بالتماس اعاده النظر في المواد المدنية و التجارية، منشأة المعارف.

انگلیسی

- Second Chances: What Appellate Courts Can (And Cannot) Do For You. (<https://ccbjournal.com/articles/second-chances-what-appellate-courts-can-and-cannot-do-you>)
- CCBJ "Second Chances: What Appellate Courts Can (And Cannot) Do For You" (<https://ccbjournal.com/articles/second-chances-what-appellate-courts-can-and-cannot-do-you>)
- See, R.B. Lettow, New trial for verdict against law: judge-jury relations in early nineteenth-century America, 71 Notre Dame L.Rev. 505, 510 (1996).

کاربست نظریه احیای حقوق عامه در دادرسی اداری؛ مطالعه آرای مؤسسان اساسی

ابراهیم موسی‌زاده*، علیرضا نصراله‌ی نصرآباد**، مصطفی منصوریان***

چکیده

نظارت قضایی، به واسطه ویژگی‌های منحصر به فرد خود از جمله همراهی با ضمانت اجرای قهری، نقش تعیین‌کننده‌ای در تحقق حاکمیت قانون و تضمین حقوق شهروندان دارد. نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران با تصویب اصلحیه قانون دیوان عدالت اداری (۱۴۰۲) مقوله حقوق عامه را در حوزه دادرسی اداری به صراحت مورد شناسایی قرار داد. این امر، در صورتی است که با گذشت بیش از یک سده از حیات حقوق عامه (قانون اصول تشکیلات عدلیه، محاضر شرعیه و حکام صلحیه ۱۲۹۰) این حقوق در زادگاه خویش یعنی حوزه کیفری، همچنان با چالش‌هایی مواجه هست. عدم سازکارمندی قانونی (به معنای خاص)، اندک بودن مطالعات حقوقی، تشتت نظر و نبود استدلال در معدود منابع موجود و همچنین فقدان سیاست و رویه مشخص قضایی، به گسترده‌تر شدن ابهام‌های حقوق عامه در نظام حقوقی و قضایی کشور دامن می‌زند. از این روی اجرای اصلحیه اخیر قانون دیوان عدالت اداری در عرصه‌های مختلف مفهومی، مصداقی، ساختاری، صلاحیتی، فرآیندی و تشریفاتی با ابهام‌های متعدد مواجه است. باری، قانون اساسی به عنوان سند دربرگیرنده قواعد برتر در سلسله مراتب هنجارهای حقوقی، تبعیت نهادهای عمومی از خود را اقتضا دارد. قانون اساسی ۱۳۵۸، با اساسی‌سازی «احیای» حقوق عامه و تصریح بر «وظیفه» بودن برای «قوه قضائیه» به ترسیم چهارچوب نحوه دادرسی در این حوزه پرداخته است. بدین ترتیب سؤالی که در این میان شکل می‌گیرد این است که «امر قانون‌گذار اساسی مبنی بر احیا چگونه در دادرسی اداری موضوعات

* استاد گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران e.mousazadeh@ut.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
nasrol.alireza73@gmail.com

*** استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران
mansourian@ujsas.ac.ir

حقوق عامه تأمین می‌شود؟» نوشته با روش توصیفی تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای، علی‌الخصوص بررسی آرای مؤسسان اساسی بدین نتیجه می‌رسد که احیای حقوق عامه به‌مثابه صلاحیت تکلیفی دادرس اداری با مبانی، معیارها و اقتضائاتی همراه است که با محوریت روش‌های تفسیر لفظی و عمل (مصلحت) گرا محقق نمی‌شود.

واژگان کلیدی: احیا (گری)، حقوق عامه، دیوان عدالت اداری، تفسیر لفظی، غایت‌گرایی، مؤسسان

اساسی

مقدمه

طبق اصل حاکمیت قانون (شکلی و ماهوی) هر تصمیم اداری باید مبتنی بر قانون و تأمین‌کننده منافع عمومی باشد (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۰: ۴۶۳). دامنه مشمولان و تحت تأثیر قرارگیرندگان تصمیم، به هر میزان گسترده‌تر شوند، به همان اندازه نیز رعایت این اصل جنبه حیاتی‌تر پیدا می‌کند. لذا طراحی سازوکاری نظارتی، جهت کنترل اعمال دولت بر مدار تضمین حقوق عامه اهمیت پیدا می‌کند. حقوقی که برای عموم جامعه نفع و مطلوبیت داشته^۱ و شامل مواردی همچون محیط زیست، بهداشت، سلامت عمومی، فرهنگ عمومی، میراث فرهنگی، انفال، اموال عمومی، استانداردهای اجباری، امر به معروف و نهی از منکر و منابع طبیعی می‌شود (تبصره ۲ ماده ۱۷ قانون دیوان عدالت اداری اصلاحی ۱۴۰۲ و ماده ۱ دستورالعمل نظارت و پیگیری حقوق عامه ۱۳۹۷). بدین ترتیب، نظارت قضایی بر موضوعاتی همچون رعایت آسایش عمومی، ممنوعیت احداث بناهای منجر به ترافیک در مسیرهای عمومی، پخش فیلم دارای آثار زیان‌بار بر بینندگان، حمایت از بناهای تاریخی، گیاهان و جانوران کمیاب که ذی‌نفع خاص ندارد، مورد شناسایی نظام‌های حقوقی مختلف قرار می‌گیرد (هداوند و مشهدی، ۱۳۸۹: ۳۰۲).

در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، قانون اساسی ۱۳۵۸، از یک سمت، قوا و مقامات رسمی را در حدود صلاحیتشان در قبال حقوق و مصالح عمومی به‌صورت مصرح یا ضمنی موظف نموده است (ازجمله مقدمه، اصول ۵۶، ۶۷، ۱۲۱، ۱۷۵ و ۱۷۶) و از سمت دیگر وفق اصول ۶۱ و ۱۵۶ به اساسی‌سازی تکالیف قوه قضائیه در قبال حقوق عامه پرداخته است. در این

۱. ماده ۱ دستورالعمل نظارت و پیگیری حقوق عامه (۱۳۹۷) به عنوان تنها سند حقوقی که تعریف مشخصی از حقوق عامه ارائه می‌دهد، چنین مقرر می‌دارد: «حقوق عامه، حقوقی است که در قانون اساسی، قوانین موضوعه و یا سایر مقررات لازم‌الاجرا ثابت است و عدم اجرا یا نقض آن، نوع افراد یک جامعه مفروض مانند افراد یک شهر، منطقه، محله و صنف را در معرض آسیب یا خطر قرار می‌دهد یا موجب فوت منفعت یا تضییع یا سلب امتیاز آنان می‌شود...»

راستا، قانون دیوان عدالت اداری اصلاحی ۱۴۰۲، برای نخستین بار در مواد ۱۷ (تبصره ۲) و ۱۲۰، حقوق عامه را به صورت مصرح وارد حوزهٔ دادرسی اداری نمود.^۱ پیش از آن، تضمین حقوق عامه با تفسیری حاکم در برداشت از قوانین^۲، منحصر به حوزهٔ حقوق و محاکم کیفری می‌شد. در صورتی که به نظر می‌رسید حقوق عامه مندرج در اصل ۱۵۶، به مثابهٔ اصطلاح برآمده از فقه اسلامی^۳، مورد توجه در منابع حقوقی (از زمان مشروطه^۴) و در عین حال، پرارجاع در نظام‌های حقوقی مدرن^۵، ظرفیتی بس مهم‌تر و فراتر از صرف جرم، یعنی در حوزهٔ حکمرانی و رابطهٔ دولت با عموم شهروندان دارد. همچنان که بر اساس نگاه فقهی، دیوان مظالم به عنوان نهاد مشابه دیوان عدالت، اساساً مرجعی جهت تظلم‌خواهی از اجحافات (اعم از جرم) مأموران و سازمان‌های

۱. ماده ۱۷ - تبصره ۱ - «دادستانی کل کشور، سازمان بازرسی کل کشور و دیوان محاسبات کشور در حدود اختیارات قانونی خود، صلاحیت طرح شکایت نسبت به موضوعاتی که متضمن تضییع حقوق عمومی است و رسیدگی به آن برابر ماده (۱۰) این قانون در صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار دارد را دارند....»

تبصره ۲ - «سازمان‌های مردم‌نهادی که موضوع فعالیت آنها طبق اساسنامه مربوط، در زمینه حمایت از حقوق عامه از قبیل امر به معروف و نهی از منکر و موضوعات محیط زیستی، منابع طبیعی، میراث فرهنگی، بهداشت عمومی و حمایت از حقوق شهروندی است، می‌توانند در خصوص موضوعات تخصصی مرتبط با فعالیت‌شان، نسبت به غیرقانونی بودن تصمیمات و اقدامات یا خودداری از انجام وظیفه مقامات و مراجع موضوع ماده (۱۰) این قانون که متضمن تضییع حقوق عمومی است، در دیوان طرح شکایت کنند و حق تجدیدنظرخواهی دارند.»

ماده ۱۲۰ - «به منظور حفظ حقوق عامه و جلوگیری از تضییع آن در حدود صلاحیت دیوان عدالت اداری، رئیس دیوان یکی از معاونان قضائی خود را برای انجام وظایف زیر تعیین می‌کند:

طرح شکایت از اقدامات و تصمیماتی که به جهات مذکور در ماده (۱۰) این قانون موجب تضییع حقوق عامه می‌شود، نزد شعب دیوان و حسب مورد تجدیدنظرخواهی نسبت به آرای مذکور...

شناسایی آیین‌نامه‌ها، مقررات و سایر نظامات ناظر بر حقوق عامه که مغایر جهات مذکور در ماده (۱۲) این قانون است و درخواست ابطال آن‌ها...»

۲. به عنوان مثال نک: مواد ۲۲، ۲۹۰ و ۲۹۳ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و همچنین ماده ۱۲۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت ۱۳۹۲ و تبصره ۱ ماده ۲ قانون سازمان بازرسی کشور ۱۳۹۳.

۳. به عنوان مثال اعلام عمومی اطلاعات، تبادل آرا و مشورت گرفتن در نظام اجتماعی سیاسی از حقوق عامه دانسته شده است (برای مطالعه بیشتر نک: بحرانی، ۱۴۰۵: ۳۹).

۴. به عنوان مثال نک: رساله یک کلمه مستشارالدوله که نگارنده در آن، با توجه به اعلامیه حقوق بشر و شهروندی ۱۷۸۹ و متون دینی، از حقوق عامه سخن می‌گوید (برای مطالعه بیشتر: تبریزی، ۱۳۴۸: ۹۴، ۱۰۴ و ۱۰۷).

۵. اصطلاحاتی همچون rights, diffuse rights Public interest, Common goods, collective در نظام‌های حقوقی را می‌توان به عنوان تعابیر با کارکرد مشابه در نظام‌های حقوقی و قضایی قضایی مختلف دانست. برای نمونه:

<https://www.jstor.org/stable/1096844>

دولتی بوده است (موسی‌زاده، ۱۳۹۱: ۱۷۱) و این نگاه، با تصریح به امکان اعتراض که شامل هر نوع اعتراضی (حتی بدون وجود جنبه مجرمانه) است، نزد مقنن اساسی (اصل ۱۷۳) پذیرفته شد (پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۶ [ب]: ۱۹۲).

فقدان متن قانونی بیانگر کیفیت رسیدگی در حقوق عامه^۱، بیان تمثیلی هنجارها و اسناد مرتبط (همچون ماده ۱ دستورالعمل نظارت و پیگیری حقوق عامه ۱۳۹۷) در عین حال گستردگی مصادیق نقض حقوق عامه (از جمله، بخشنامه تکالیف دستگاه‌های اجرایی در رعایت حقوق عامه ابلاغی ۱۴۰۱)، اندک‌بودن ادبیات حقوقی^۲ در عین تشتت نظری و فقدان روش استدلالی مشخص در همان منابع معدود، عقب‌ماندگی مطالعات نظری نسبت به مسائل قضایی و چالش‌هایی مانند آن به میزانی است که حقوق‌دان و دادرس را مواجه با سؤالات متعددی در حوزه‌های مفهومی - مصداقی، ساختاری - صلاحیتی و فرایندی - تشریفاتی حقوق عامه می‌نماید. بنابراین، علی‌رغم رو به جلو و مثبت دانستن قانون اصلاحی ۱۴۰۲، توجه به وضعیت خلأ نظام حقوقی (قانون، رویه و دکتترین) در تفصیل قلمرو و سازوکارهای حقوق عامه علی‌الخصوص در حوزه دادرسی اداری، دادرس را در اجرای قانون اصلاحی ۱۴۰۲ با چالش‌های عدیده مواجه می‌نماید. چرا که از یک سمت، دادرس وفق قوانین از جمله اصل ۱۶۷ نمی‌تواند از رسیدگی امتناع نماید. از سمت دیگر نیز، دادرس اداری در اعمال مواد ۱۷ و ۱۲۰ قانون اصلاحی ۱۴۰۲، باید به شناخت موضوع، تشخیص حکم و تطبیق حکم پردازد (اصل ۱۷۱)؛ در حالی که قوانین حوزه حقوق عامه با خلأ و ابهام‌هایی مواجه هستند. بدین ترتیب، برای اصدار رأی در زمینه حقوق عامه، برداشت و تفسیر قضایی دادرس واجد نقشی تعیین‌کننده‌تر نسبت به پرونده‌های دیگر می‌شود.

از آنجا که اصل حاکمیت و برتری قانون اساسی، لزوم تفوق و محوریت این قانون در نظام حقوقی و اعمال مقامات عمومی را گوشزد می‌نماید؛ اصل ۱۵۶ ظرفیت و ضرورت توجه پیدا می‌کند. اصل مذکور، در بیان الزام حاکم بر حقوق عامه، احیای این حقوق را لازم می‌داند. در

۱. دستورالعمل نظارت و پیگیری حقوق عامه ۱۳۹۷ در مواد ۱ و ۲ بر صیانت و حفظ حقوق عامه اتکا داشته است؛ نه احیا. همچنین قانون دیوان عدالت اصلاحی ۱۴۰۲، صرفاً به حقوق عامه تأکید داشته است.
۲. برای مثال نک: نصرالهی و کبگانی، علیرضا و حسن (۱۳۹۹)، «رصد و فراتحلیل آثار حوزه حقوق عامه»، تهران: پژوهشگاه قوه قضائیه، چاپ اول.

چالش نخست از مأموریت دوم قوه قضائیه مندرج در سند تحول قضایی ابلاغی ۱۳۹۹ و همچنین Bitonti, Alberto (2020), Public interest, in the Palgrave Encyclopedia of interest groups, Lobbying and Public Affairs, Springer, p 2.

حالی که این الزام تاکنون محل توجه تفصیلی و منسجم حقوق‌دانان نبوده است. بدین ترتیب سؤالی که در این میان شکل می‌گیرد این است که «امر قانون‌گذار اساسی بر احیا چگونه در دادرسی حقوق عامه محقق می‌شود؟» نویسندگان با روش تحلیلی و با استفاده از معدود منابع کتابخانه‌ای، مباحث را در سه بخش اصل الزام دیوان عدالت به احیا در دادرسی حقوق عامه (۱)، چهارچوب الزامات ناشی از احیا در پرتوی معیارهای آن (۲) و تأثیر احیا بر رویکرد تفسیری دادرسی اداری (۳) بحث خواهند نمود.

۱. اصل الزام دیوان عدالت به احیا در دادرسی حقوق عامه

این بخش به دنبال پاسخ به این سؤال است که از منظر مؤسس اساسی، قلمروی ماهوی و نهادی احیا چگونه ترسیم شود. به عبارتی ادعای حصر یا تأکید بر محوریت نهادی خاص (مانند دادستان) در حوزه حقوق عامه، آن هم با تخییری پنداشتن صلاحیت وی تا چه میزان با ارادهٔ مؤسسان اساسی هم‌خوان می‌نماید؟

۱-۱. تکلیفی بودن صلاحیت احیا

احیاء^۱، بیانگر صلاحیت تکلیفی و موجب الزامی مشخص بر قوه است. با توجه به دلایلی می‌توان این ادعا را تفصیل داد. نخست اینکه، مقنن در صدر اصل به‌صورت مصرح از «وظایف» قوه قضائیه سخن می‌گوید^۲ و وظیفه متبادر بر تکلیفی بودن است. دوم اینکه اصل ۱۵۶، در نسخهٔ پیش‌نویس^۳ به‌صورت «اهداف» قوه قضائیه آمده بود که با اصلاح خبرگان مجلس بررسی نهایی قانون اساسی ۱۳۵۸ به «وظایف» قوه قضائیه تغییر کرد؛ چراکه «این‌ها (بندهای اصل ۱۵۶) اهداف نیستند... در واقع این‌ها همه‌اش راه است لذا باید بنویسیم که موظف به امور زیر است...» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۳/۱۳۶۴: ۱۵۶۹). بنابراین، مؤسس اساسی

۱. پیشینهٔ احیا به رغم محدودیت نوشته علمی، قابل توجه می‌نماید. از جمله آنکه احیا در ادبیات دینی، سابقهٔ دیرینه‌ای دارد و استعمال آن به عصر نزول وحی برمی‌گردد. این واژه در برخی از آیات قرآن به کار رفته و سپس به متون و نصوص دیگر راه یافته است (عمید زنجانی و موسی‌زاده، ۱۳۸۹: ۱۰۹-۱۱۰). قرآن کریم ۴۹ مرتبه از احیا و مشتقات آن سخن گفته است (جمعی از محققین، ۱۳۸۷: ۲۹). در احادیث نیز احیا(گری) به معنای بیدار کردن، بازگرداندن ارزش‌ها، زنده کردن انسان‌ها و جامعه اسلامی از غفلت به کار رفته است (عمید زنجانی و موسی‌زاده، ۱۳۸۹: ۱۰۹-۱۱۰).

۲. اصل ۱۵۶: «قوه قضائیه قوه‌ای است... که عهده‌دار وظایف زیر است:»

۳. پیش‌نویس اصل مذکور: قوه قضائیه قوه‌ای است مستقل و به عنوان پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی عهده‌دار تحقق بخشیدن عدالت و اهداف زیر است:

۲... اقدام متناسب در احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی‌های مشروع...

به دنبال تکلیفی مشخص (نه کلان) بر عهده قوه بوده است. سوم، احیاء مندرج در اصل ۱۵۶ در فصل یازدهم قانون اساسی (قوه قضائیه) و نه در فصل کلیات (اصول و اهداف کلی)، قرار گرفته است. لذا جایگاه اصل نیز گویای صلاحیت تکلیفی بودن احیاست. مؤید این برداشت را می‌توان پیشینه حقوق عامه در نظام حقوقی ایران دانست که نشانگر وجود تکالیف مشخص و نه صرف آرمان و برنامه‌های طولانی مدت و یا صلاحیت تخییری در حوزه حقوق عامه بر نهادهای ذی صلاح بوده است.^۱ همچنین در برخی منابع فقهی، پیگیری مصالح عامه نیز در دایره قضا و از جمله وظایف قضات دانسته شده است (نجفی، ۱۲۶۲: ۱۰-۹).

۱-۲. مکلف بودن دیوان عدالت در قبال احیا

دیوان عدالت نیز همچون دیگر نهادهای قضایی مکلف به احیا می‌باشد. تفصیل اینکه نخست؛ صدر اصل ۱۵۶، به صراحت از وظیفه «قوه قضائیه» بودن سخن می‌گوید و دیوان عدالت نیز در فصل یازدهم جزء قوه قضائیه محسوب شده است. اطلاق مندرج در فصل یازدهم، در اصول دیگر مرتبط با قوه قضائیه در متن قانون اساسی و حتی مشروح مذاکرات خبرگان اساسی ۱۳۵۸ به نهاد خاص قضایی منحصر نشده است. کما اینکه در جریان بازنگری قانون اساسی، حصر احیای حقوق عامه به دادستانی کل، تصویب نشد و اصل ۱۵۶ به همان شکل باقی ماند. دوم اینکه، حصر احیا به یک نهاد خاص (مانند دادستانی) تکلیف مالا یطاق و مغایر فرض حکمت و عدالت قانون‌گذار است. چراکه از یک طرف گستردگی حوزه‌ها و مصادیق حقوق عامه^۲ و از سوی دیگر، محدودیت اختیارات و امکانات قانونی در اختیار دادستانی، امکان انحصار احیای حقوق عامه به صرف دادستانی را نمی‌دهد. سوم اینکه اصل ۱۷۳ در بیان صلاحیت دیوان عدالت اداری، قلمروی اختیارات دیوان را به قانون‌گذار عادی واگذار کرده است. در این راستا، قانون دیوان عدالت اداری اصلاحی ۱۴۰۲، دیوان را در قبال حقوق عامه موظف کرده است و این امر توسط پاسدار قانون اساسی (شورای نگهبان) مغایر دانسته نشده است. با توجه به مکلف شدن دیوان در قبال حقوق عامه از یک سمت و حکومت بند دوم اصل ۱۵۶ یعنی احیا بر حقوق عامه از سمت دیگر، تکلیف دیوان عدالت در قبال احیا

۱. قانون اصول تشکیلات عدلیه ۱۲۹۰، قوانین دیگر همچون قوانین موقتی محاکمات جزایی (آیین دادرسی کیفری) ۱۲۹۱، قانون اصول تشکیلات عدلیه (۱۳۰۷)، قانون راجع به اراضی دولت و شهرداری‌ها و اوقاف و بانک‌ها (ماده واحده مصوب ۱۳۳۵) به عنوان قوانین حاکم بر نظام حقوقی مشروطه، الزاماتی مبنی بر حفظ و دفاع از حقوق عامه را مقرر می‌داشتند.

۲. همچون موارد برشمرده در ماده ۱ دستورالعمل نظارت و پیگیری حقوق عامه ۱۳۹۷، بخشنامه تکالیف دستگاه‌های اجرایی در حقوق عامه ۱۴۰۱ و ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اصلاحی ۱۴۰۲.

مستنبط می‌شود. علاوه بر این سه دلیل، مباحث بخش بعدی نیز در تقویت مدعای ذکر شده در این بند، قابل اشاره می‌باشند.

۳-۱. حکومت احیا در دادرسی اداری موضوعات حقوق عامه

دادرسی اداری در حقوق عامه، باید با توجه به الزام احیا صورت بگیرد. تفصیل اینکه نخست، بنابر تصریح بند دوم اصل ۱۵۶، احیا الزام خاص و حاکم بر حقوق عامه و پرونده‌های مرتبط (احتمالی) با آن نزد دادرس می‌باشد. دوم اینکه مقنن اساسی، احیا را با تصریح به احقاق، مد نظر داشته است. قانون‌گذار اساسی، وظیفهٔ دیوان عدالت اداری را صرف رسیدگی نمی‌داند و برخی از مؤسسان اساسی، احقاق را امری لازم در رسیدگی و علاوه بر دادرسی اداری می‌داند (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴/۳: ۱۶۵۳؛ پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۶ [ب]: ۱۸۷). به عبارتی، قانون‌گذار اساسی با ذکر احقاق حقوق در اصل ۱۷۳ این نکته را الزام می‌کند که رسیدگی به شکایات و تظلمات مردم از دولت باید منتج به احقاق حقوق مردم شود (جمعی از نویسندگان، ۱۴۰۰: ۴۳۰). از سوی دیگر، احقاق مندرج در اصل ۱۷۳ از نزدیک‌ترین تعبیر به احیای مقرر در اصل ۱۵۶ است که مقنن اساسی، بخشی از مقصود خود از احیا را در این اصل (۱۷۳) تفصیل داده است. چراکه یا باید اصل ۱۵۶ را امری دانست که قانون‌گذار به صورت کلان، بدون نیاز به ذکر سازوکار مشخص آن را مد نظر داشته است یا باید اصول بعد از آن، از جمله اصل ۱۷۳ را مصداق و سازوکاری برای احیای حقوق دانست. با توجه به اینکه فرض نخست، در مباحث بند اول، رد شد، این فرض رد می‌شود.

در اثبات فرض دوم، برخی از خبرگان اساسی احیا را از وظایف اصیل دادرس می‌دانسته‌اند: «...موضوع قضا و دیوان داوری (عدالت) در اسلام یکی از اصول مهم و اساسی است که تکیه‌گاه اسلام است. اصل مسئله، مسئلهٔ احیای حقوق و آگاهی بخشیدن به حقوق‌های ناشناخته جامعه (توسط عمل قضایی دیوان) است» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ج ۱، صص ۱۱۶-۱۱۷). در واقع قانون اساسی با سپردن احقاق حقوق مردم به دیوان عدالت، بخشی از مسئولیت‌های ناشی از بند دوم یعنی احیای حقوق عامه را بر عهدهٔ دادرس اداری قرار داده است (عمیدزنجانی، ۱۳۸۵: ۳۷۲). همان طور که حکمت قانون‌گذار و نگاه حکیمانهٔ مقنن در تقنین اصول مختلف (بابایی مهر، ۱۳۸۸: ۱۹۰) مستلزم این است که ارادهٔ مؤسس ۱۳۵۸ بر احیا بدون سازوکار تحقق بخش نماند و توسط اصول دیگر، الزام‌آور و سازوکارمند گردد. به عبارت دیگر «صرف اینکه دادستان طرح دعوا در دادگاه بکند، اینکه احیاء حق نشده، تازه آمده یک ادعایی را در دادگاه طرح کرده است...» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بازنگری قانون اساسی،

۷۲۷: ۲/۱۳۶۸). بنابراین، حصر احیا به صرف عمل طرح شکایت به دیوان عدالت (توسط دادستان یا مقامات ذیصلاح دیگر)، بدون توجه دادرس به احیا در رسیدگی، الزام مقنن اساسی بر احیای حقوق عامه را محقق نمی‌کند؛ لذا برداشت صرف رسیدگی یا رسیدگی و احقاق بدون احیا، منجر به لغو و بیهودگی امر قانون‌گذار اساسی می‌شود. چراکه بی‌توجهی دادرس نشسته به احیا منجر به بدون فایده شدن و به ثمر نشستن صلاحیت‌های قانونی نهادهای دیگر در پیگیری حقوق عامه می‌شود. همچنین به‌عنوان مؤید بر برداشت مشابه از احقاق و احیا، ادراک منابع عمومی و تخصصی مرجع قابل‌اشاره است. بر این اساس، احقاق حقوق عامه و احیای حقوق عامه در منابع حقوقی مرجع به‌جای هم به کاربرده می‌شوند (هاشمی، ۱۳۹۸: ۳۷۷). کما اینکه احقاق حق به معنای رسانیدن حق به مستحق آن (دهخدا، ۱۳۸۵: ۹۷؛ معین، ۱۳۸۵: ۱۶۰) از اجلا مصادیق احیا و زنده کردن حق به نظر می‌رسد.

این مطلب را نیز می‌توان به‌عنوان مؤیدی دیگر، بر الزام‌آوری احیا در دادرسی اداری، مورد تأکید قرار داد که ماهیت حقوق عامه و دعاوی ناشی از آن، اقتضای احیا و کنشگری دادرس را می‌طلبد. توضیح آنکه از منظر آبراهام چایس، شناساگر دعاوی منفعت عمومی، دادرس در پرونده‌های منفعت عمومی منفعل نبوده و نقش فعالی در سازماندهی و شکل‌گیری دعاوی برای اطمینان از نتیجه منصفانه و قابل‌دوام ایفا می‌نماید؛ کما اینکه موضوع این نوع دعاوی، اختلاف در مورد حقوق خصوصی افراد نیست؛ بلکه شکایت از عملکرد یک سیاست عمومی (chayes, 1976: 1302)؛ لذا اساساً راجع به اعمال دولت است. بنابراین با بینشی جدید در مورد روش‌ها، مقررات بی‌جان بر روی کاغذ، می‌تواند به حقوق معنادار برای اصحاب دعوا تبدیل شود که در غیر این صورت از طریق چهارچوب قانونی دعاوی سنتی به عدالت دسترسی پیدا نمی‌کنند (Onyango, 2015: 781). بدین ترتیب کنشگری و زنده کردن قوانین کاغذی در حوزه منفعت عمومی را می‌توان تعبیری قریب به احیای حقوق عامه دانست. البته اینکه احیا، دارای چه قلمرویی است و با چه معیارها و سنجه‌هایی قابل‌رصد است، در بخش بعد روشن خواهد شد.

۲. چهارچوب الزامات ناشی از اصل احیا در پرتوی معیارهای آن

در بخش پیش، الزام‌آوری احیا مورد بحث و بررسی قرار گرفت. در ارتباط با قلمرو و چهارچوب الزامات ناشی از احیا، هرچند این اصطلاح مورد استعمال متون عمومی و تخصصی (فقهی و

حقوقی) قرار داشته است؛ اما قانونی خاص، اقدام به تبیین سنجه‌های احیای حقوق عامه^۱ نکرده است. از آنجا که احیا، از یک سمت از طریق انجام یک رشته کارهای مقدماتی، انجام می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۹۵-۱۹۴) و از سوی دیگر، مصادیق عمل احیاگرانه، تمثیلی و عرفی است (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲۴۷)؛ حاکمیت قانون، اقتضای تعیین و از پیش معلوم بودن حداقل قلمروی احیا را دارد. لذا در این بخش معیارهایی جهت شناسایی دامنهٔ احیا و کنش احیاگرانه در حقوق عامه ترسیم می‌شود. احیا را می‌توان به صورت خلاصه با حیات‌بخشی معنا نمود؛ حیاتی که بر مدار هدف محقق می‌شود.

۲-۱. معیار کارکردی یا الزام به تضمین تحقق

احیا در معنای عمومی و تخصصی خود، تأکید بر حیات عینی دارد؛ لذا توجه به معنا و معیار احیا نیز الزام‌آوری آن (بخش پیش) را اثبات می‌کند. علاوه بر این کارکرد، معیار احیا در بخش بعد نیز مورد استفاده قرار خواهد گرفت. تفصیل آنکه، احیا در منابع لغوی با معانی همچون زنده کردن، آبادکردن، زندگی (از نو) (معین، ۱۳۸۵: ۱۶۲)، تزیین شده را بازگرداندن، جان بخشیدن (دهخدا، ۱۳۸۵: ۹۸-۹۹)، آباد کردن امور معطل مانده (مانند معدن بدون استفاده) یا مرده (مانند زمین موات) آمده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۹۵-۱۹۴). معانی مذکور گویای معنای احیا بر فعلیت یافتن و تحقق امر مورد احیاست.

معنای لغوی احیا در برداشت دکترین از اصل ۱۵۶ نیز مد نظر بوده است. از این‌رو «احیای حقوق عامه یعنی زنده کردن حقوق مردم، مثل برخورد با کسانی است که نسبت به مدارس، راه‌ها، مساجد، بیمارستان‌ها، پارک‌ها، شهرها و روستاها، تصرفات نامشروع و غیرقانونی داشته‌اند» (یزدی، ۱۳۷۵: ۶۶۸-۶۶۹). بدین ترتیب، احیای حقوق عامه، ناظر به وضعیتی است که به‌رغم پیش‌بینی وظایف و مسئولیت‌ها برای سازمان و نهادهای عمومی، اقدام کافی و مناسب نسبت به حقوق مذکور در زمان مقتضی انجام نشده باشد (جمعی از نویسندگان، ۱۴۰۰: ۳۳۵). همچنان‌که احیا ناظر بر حقوقی است که وجود داشته و صاحب حق از آن متمتع است؛ اما امکان استیفای آن را در واقع ندارد. در این چارچوب، احیا ناظر بر به وجود آوردن حقی جدید نیست؛ بلکه ناظر بر حقوقی است که بدون ورود مقام قضایی، بلااستیفا بوده و امکان اعمال آن وجود ندارد. لذا احیا به معنای ایجاد موجبات حقوقی امکان استیفا و عینی شدن این حقوق در یک

۱. احیا با تعابیری همچون احیای موات و اراضی در قوانین مختلف مانند قانون مدنی ۱۳۰۷ با اصلاحات بعدی آمده است؛ اما راجع به احیای حقوق عامه قانون خاصی وجود ندارد.

وضعیت حقوقی مشخص برای صاحب آن است. به عبارت دیگر، تمهید ایجاد مقدماتی برای تبدیل حقوق بالقوه به حقوق بالفعل در منصه عمل را می‌توان احیای حقوق دانست (عباسی و دیگران، ۱۳۹۸). چراکه در بسیاری از مواقع به دلیل مشغله‌های فراوان اجرایی، پاره‌ای از امور و حقوق، از دیدگاه مجریان مغفول می‌ماند، این بند تعبیه شده است. کما اینکه عبارات بند قانونی مذکور، منحصر به جنبه‌های قضایی نبوده و موضوع احیا امری عام است. قوه در صورت عدم اجرای حقوق ملت توسط دولت، می‌تواند ابزارهای قانونی و اقدامات مقتضی را نسبت به دستگاه‌های اجرایی و قوای مختلف معمول دارد (محسنی، ۱۳۹۵: ۴۴۶ و ۴۹۰؛ جوان آراسته، ۱۳۹۷: ۲۲۹).

بنابراین، احیای حقوق عامه ناظر به حقوقی است که توسط مقامات عمومی مغفول مانده یا در اثر نوع برداشت‌ها و یا مرور زمان و یا وجود فرهنگ‌های ناهنجار به ورطه نسیان و فراموشی سپرده شده است (نقره‌کار، ۱۳۸۸: ۱۸۶). در عین حال از آنجا که تضمین و تحقق حقوق عامه با اشکال و مراتب مختلف توسط دولت قابل تصور است، عینی شدن حیات که مأموریت احیاست، نیازمند معیار دیگر نیز می‌باشد.

۲-۲. معیار ماهوی یا الزام به هدف محوری

احیا برای دسترسی به محصول مانند اشیاء معدنی یا ثمره است، لذا کیفیت (شیوه) احیا بسته به هدف احیا کننده دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۹۵-۱۹۴). مثلاً اگر احیا با هدف زراعت در زمین جنگل است، باید اشجار و بوته‌های جنگل را درآورد و اگر زمین محتاج به آب است، راه آب را درست و حفر نهر کند. یا مثلاً در مورد احیای قانون، با حکم به اجرای قانونی که به هر دلیل مجرا نبوده است، آن را احیا می‌کند (رفسنجانی مقدم و حسن پور، ۱۳۹۵: ۴۴). از این روی احیا، آماده کردن برای بهره‌برداری در نتیجه‌های (مقاصد) عقلایی است که از آن انتظار می‌رود (منتظری، ۱۳۷۹: ۵۸). از این روی تحقق احیا همواره یکنواخت نیست و به حسب بهره و غرض عقلایی طی زمان و مکان تفاوت خواهد کرد (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲۴۷). بنابراین آنچه تحقق یا عدم تحقق احیا را مشخص می‌کند، هدف مد نظر برای احیاست. بدین ترتیب مراجعه به اراده و قصد مؤسسان اساسی، جهت تفصیل و اعتبار معیارهای احیا لازم است.

۲-۳. اعتبار و مصداق معیارهای احیا از منظر مؤسس اساسی

اینکه کدام یک از معیارهای احیا ذیل الزام حقوقی جای می‌گیرند و شامل چه مصادیقی می‌شوند، مورد بررسی این بند است. مؤسسان در اساسی سازی احیای حقوق عامه به دنبال تحقق عینی هدف قوه قضائیه یعنی عدالت بوده است. این هدف محوری و تحقق بخشی در بیانات مختلف اعضای

خبرگان اساسی مورد تصریح قرار گرفته است.

قانون اساسی با ادراک عدالت‌محور از احیا، اعتبار و مصداق معیار هدف‌محوری در حقوق عامه را اراده کرده است. اول آنکه، صدر اصل ۱۵۶ با تصریح به وظایف قوه قضائیه، عدالت را به‌عنوان یکی از اموری که موضوعیت (در مقابل طریقت) داشته و به تعبیری از اهداف اصلی قوه قضائیه است، شناسایی کرده است. لذا تصریح و محوریت دادن به عدالت در اصل بیانگر صلاحیت‌های قوه، نشانگر برداشت هدف‌محور مقنن اساسی در اصل ۱۵۶ و احیاست. دوم اینکه تصریحات مکرر اعضای متفاوت و مؤثر خبرگان اساسی همچون «انجام امور زیر (بندهای پنج‌گانه اصل ۱۵۶) طریق عدالت است...»، «مگر امور زیر غیر از عدالت است؟ نایب رئیس: خیر، آن‌ها (وظایف) عدالت را تحقق می‌بخشند...» و «تمام این‌هایی که در زیر آمده است (بندهای پنج‌گانه) مقدمهٔ تحقق عدالت است...» مؤید موضوعیت و غایت بودن عدالت برای صلاحیت‌های قوه قضائیه از جمله احیای حقوق عامه بوده است. در این نگاه «مردم و اجتماع صاحب حقوقی هستند که حفظ و استیفای آن در دایرهٔ عدالت معنا پیدا می‌کند: «این‌ها اهداف نیستند بلکه برای رسیدن مردم و اجتماع به حقوقشان (هستند)... در واقع این‌ها همه‌اش راه (عدالت) است...» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی، ۳/۱۳۶۴: ۱۵۶۹).

دوم اینکه مقنن اساسی، احیای حقوق عامه را نیز به‌صورت خاص بر مدار عدالت ادراک می‌کرده است: «... این بند (بند دوم اصل ۱۵۶) جز عدالت چیز دیگری نیست...» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی، ۳/۱۳۶۴: ۱۵۷۱). بر اساس نگاه هدف (عدالت) محور مؤسسان به حقوق عامه در قوه قضائیه: «اصل مسئله مسئولیت قضا، مسئله احیای حقوق و آگاهی بخشیدن به حقوق‌های ناشناخته جامعه است و بعد هم اگر به حقوق‌های شناخته شده تجاوز شد، جلوگیری می‌شود» بوده است (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی، ۱/۱۳۶۴: ۱۱۶-۱۱۷). جالب اینکه این تقریر و فهم از احیا مورد پذیرش خبرگان اساسی نیز قرار داشته است و احیای حقوق عامه و گسترش عدل در کنار هم و مقدم (از لحاظ ترتیب منطقی) بر سایر صلاحیت‌های قوه قضائیه در اصل ۱۵۶ قرار بگیرد (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی، ۳/۱۳۶۴: ۱۵۸۳). سوم، عدالت بنابر اصول ۲ و ۳^۱، صدر اصل ۱۵۶^۲ و بیانات فوق‌الذکر از خبرگان اساسی، جزء اهداف

۱. اصل ۲: «جمهوری اسلامی نظامی است که قسط و عدل را تأمین می‌کند...»؛ اصل ۳: «دولت جمهوری اسلامی

ایران موظف است برای نیل به اهداف مذکور در اصل دوم...»

۲. اصل ۱۵۶: «قوه قضائیه... مسئول تحقق بخشیدن به عدالت و عهده‌دار وظایف زیر است»

نظام حقوقی جمهوری اسلامی است. بر این اساس، ادراک و تأکید مؤسسان بر عدالت در تبیین مقصود خویش از احیای حقوق عامه را می‌توان نشانگر محوریت هدف در برداشت ایشان از احیا و مصداق آن یعنی زنده کردن عدالت دانست.

در ادامه باید گفت، هدف (عدالت) محوری خبرگان اساسی از احیای حقوق عامه، نزد ارزش‌های ذهنی و انتزاعی نبوده است؛ بلکه مقنن اساسی با تصریح به بند دوم به دنبال عینی شدن حقوق عامه و عدالت اجتماعی در بستر جامعه سیاسی بوده است. توضیح آنکه مقنن اساسی، تضمین و تحقق بخشی احیا را به اشکال مختلف مد نظر داشته است. اول اینکه، تحقق احیا را از طریق اصول و بیان‌های مختلف مانند اصول سوم (از جمله بند ۱۴ مبنی بر تأمین حقوق همه‌جانبه)، نهم (همراهی استقلال و آزادی) و چهاردهم (اخلاق اسلامی و عدالت نسبت به غیرمسلمین)، فصل سوم (حقوق ملت) تفصیل و تضمین کرده است (مهرپور، ۱۳۹۱: ۳۴۲). دوم اینکه، همچنین دغدغه عینیت بخشی احیا را از تصریحات خبرگان اساسی می‌توان برداشت نمود. نائب رئیس مجلس خبرگان اساسی، پاسخ به اشکال یکی از اعضای مجلس خبرگان را خواستار می‌شوند. پاسخ‌دهنده نیز، احیای حقوق عامه را با بیانی مشابه، بر مدار عدالت و به صورت کاملاً تضمین شده معنا می‌نماید: «... اما راجع به احیای حقوق عامه، باید عرض کنم که اگر کسی آمد و خواست اجحاف بکند در اینصورت دادستان موظف است برای احیای حقوق عامه جلوی اجحاف را بگیرد...» (صورت مشروح مذاکرات، ۱۳۶۴/۳: ۱۵۷۲). با این پاسخ، خبرگان قانع شده و اصل تصویب می‌شود. بر این مدار «احیا به معنای اینکه حقوق عمومی مردم را زنده بکند و برجا بشود...» مد نظر خبرگان بازنگری اساسی نیز بوده است (صورت مشروح مذاکرات مجلس بازنگری قانون اساسی ۱۳۶۸، ۱۳۶۹/۲: ۷۲۷).

سوم اینکه خبرگان این ادراک واقعی و فعلیت بخش نسبت به احیا را در اصل مشابه دیگر (۲۱) به صورت مصرح اشاره کرده‌اند. قانون‌گذار در اصل مذکور، احیای حقوق مادی و معنوی زن را از تکالیف دولت دانسته است. معیار و دلیل این بیان، در مقدمه (زن در قانون اساسی) با اصطلاح بازیابی و استیفا آمده است: «در این بازیابی طبیعی است که زنان، استیفای حقوق آنان بیشتر خواهد بود». همچنین در مشروح مذاکرات خبرگان اساسی راجع به اصل ۲۱ نیز در پاسخ به ایرادات برخی مؤسسان (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی، ۱۳۶۴/۳: ۱۷۴۰) مبنی بر حذف احیا به دلیل شعارگونه بودن و ذکر مفاد آن در سایر بندها، چنین آمده است: «این اصل، اصلی است که جنبه شعار ندارد و یک واقعیتی است...» و «کاری که پیغمبران کردند، شخصیت انسان‌ها را زنده کردند، چون حقوق خواهران سابقاً از بین رفته و این نهادهای انسانی قبلاً در وجود

ما مرده است، باید این‌ها را از قوه به فعل در آوریم» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی، ۱۳۶۴/۳: ۱۷۴۳).

بنابراین احیا در معنای زنده کردن و حیات بخشیدن واقعی به حقوق ناشی از عدالت دانسته شده است؛ لذا احیا در معنای صریح و ضمنی خود با هدف محوری واقع‌بینانه همراه است. علاوه بر ارادهٔ مؤسسان اساسی می‌توان به‌عنوان مؤید به رویکرد پاسدار قانون اساسی طی این سالیان در نظارت بر قوانین نیز اشاره کرد. شورا در ایرادهایی که مستند به حقوق مردم گرفته است، بند دوم را به‌صورت بند واحد مورد اشاره و بیان قرار داده است. ازجمله اینکه شورای نگهبان در ارزیابی لایحهٔ اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب ۱۳۸۰، موادی از لایحه را مغایر به‌جهت تضییع حقوق مردم مغایر بند دوم اصل ۱۵۶ تشخیص داد. همچنین شورای نگهبان در نظارت بر ماده ۱۰ طرح اصلاح موادی از قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی ۱۳۹۸ این برداشت را مد نظر داشته است. بنابراین از نظر شورا، میان فرازهای مختلف بند دوم اصل ۱۵۶، تفاوت از سنخ تفاوت در مصداق وجود ندارد و «واو» موجود در اصل، توضیحی و نه احترازی است. در غیر این صورت، پاسدار قانون اساسی باید در اخذ ایراد مستند به حقوق عامه، بخش مورد استناد خود در ارزیابی مصوبه را به‌صورت مجزا از عدالت و آزادی اعلام می‌داشت.

با بیانات مذکور، قرینه‌ای دیگر بر رویکرد هدف‌محور تحقق‌بخش و عدالت تضمین‌شده از منظر مؤسس اساسی استنباط می‌شود. اینکه تأکید قانون‌گذار اساسی بر عنوان دیوان «عدالت» اداری و عدم پذیرش عنوان شورای دولتی (نهاد موجود در مشروطه و کشورهای دیگر) و دیوان مظالم (نهاد موجود در فقه) روشن می‌شود. به عبارت دیگر، ازجمله دلایل مثبت مکلف بودن دیوان عدالت و دادرسی اداری به احیا از منظر مؤسس اساسی را می‌توان در عنوان انتخاب شده (دیوان عدالت اداری) توسط مقنن اساسی برای دادرسی اداری در ایران از میان عناوین مختلف دانست. ازاین‌روی اساساً دیوان عدالت برای احیای حقوق عامه یا تحقق عینی هدف (عدالت) تأسیس شده است. بنابراین همان گونه که توقع بازگرداندن سلامت و حیات به بیمار توسط بیمارستان امری بدیهی است، انتظار احیای حقوق عامه و هدف‌محوری از دیوان عدالت، امری است که به قرینه عنوان، وجود دیوان با آن گره خورده است. در نتیجه احیا در متن قانون اساسی و مشروح مذاکرات خبرگان اساسی به عنوان یک الزام هدف‌محور تحقق‌بخش شناسایی شده است. بدین ترتیب، عدالت به عنوان مصداق مدنظر مؤسس اساسی، تأمین‌کنندهٔ هدف محوری و تحقق‌بخشی مدنظر قانون اساسی خواهد بود.

۳. تأثیر احیا بر رویکرد تفسیری دادرسی اداری

با توجه به اینکه مسئلهٔ اصلی حقوق عامه، تفسیربرداری این حقوق دانسته شد؛ تأثیر احیا در

نحوه پاسخ به این مسئله در این بخش مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.

۳-۱. کارکرد احیا در تفسیر قضایی

در مباحث بخش اول و دوم، معیار و اعتبار حقوقی احیا مشخص شد؛ اما اینکه آیا هنجار ناشی از دلالت احیا، دارای کارکردی برای مسئله حقوق عامه یعنی تفسیر برداری آن هست یا خیر، پاسخ مثبت به نظر می‌رسد. این ارتباط از دو جهت قابل توجه و اثبات است: نخست از جهت حاکمیت قانون اساسی. بیان اینکه بنابر حاکمیت قانون اساسی و برتری آن، الزامات مندرج در قانون اساسی (احیا) بر سایر هنجارها و قواعد حقوقی، ازجمله قوانین حوزه اداری، حاکم می‌باشد. تاریخ حقوق عمومی نشانگر رابطه متقابل دگرگونی‌های نظری حقوق اساسی و کیفیت تأثیر آن در حقوق اداری است. این الزامات همچون حکومت اندیشه تفکیک قوا، حاکمیت پارلمان یا اندیشه‌های حقوق طبیعی هر کدام به رواج یا عدم رواج یک مکتب تفسیری در حقوق اداری دامن زده است. برای نمونه کسانی که به حاکمیت پارلمان اعتقاد دارند، تفسیر متن‌گرا را بیشتر قبول دارند (یاوری و پرهام، ۱۳۹۵: ۲۶۴ و ۲۶۹). بنابراین از جهت نخست، احیا به عنوان الزامی اساسی، نحوه عملکرد دادرسی اداری را مشخص می‌نماید.

دوم؛ از جهت نقش تفسیری احیا. به عبارت دیگر، احیا به عنوان هنجار و الزامی اساسی راجع به کیفیت تفسیر نیز دارای اقتضا می‌باشد. دلیل بر این ادعا متون اسلامی است که اولاً قضاوت را شأن مجتهد دانسته و ثانیاً احیا را درباره مجتهدان با روش اجتهادی خاص به کار می‌برده‌اند. احیا (گری) در عین اینکه به منظور رفع تهمت بدعت‌گذاری استفاده می‌شود؛ به معنای نوآوری منهای بدعت، امتداد راستین اجتهاد در مذاهب مختلف اسلامی بوده است (عمید زنجانی، ۱۳۸۴: ۲۰۵-۲۰۴). بر این اساس، احیا معطوف به نحوه دین‌داری و قرائت‌های دینی است که به مرور زمان و بر اثر تحمیل شرایط مغایر، دچار انحراف شده است (شجاعی‌زند، ۱۳۹۱: ۹۲-۹۱). بنابراین احیا کارکردی راجع به نحوه برداشت و تفسیر از قانون (شرع)، در نسبت با موارد انحراف است. این معنا و کارکرد از احیا به موجب مقدمه قانون اساسی (قضا در قانون اساسی) نیز برای قوه قضائیه مورد تأکید قرار گرفته است: «مسئله قضا به منظور پیشگیری از انحرافات موضعی در درون امت اسلامی امری است حیاتی». بنابراین، احیا دارای کارکرد تفسیری در مواجهه با بدعت و انحراف است.

۳-۲. غایت‌گرایی عینی به مثابه رویکرد تفسیری متناسب با احیا

در این بخش، رویکرد تفسیری که متناسب با معیارهای احیاست، محل توجه قرار می‌گیرد. برای پرداختن به این مهم، بیان سه مقدمه ضروری است. اول اینکه تقریباً تمامی مفسرین، متن قانون را نقطه آغاز تفسیر می‌دانند؛ لذا این بخش در بیان کنار گذاشتن متن قانون نیست، بلکه بحث بر سر

چگونگی فهم قانون و کفایت و قطعیت آن برای فهم است. دوم اینکه، امروزه تقریباً تمامی روش‌ها، تا حدودی مورد استفاده دادرسان است. لذا بحث از کفایت یا حصر تفسیر در همه موارد به یک روش خاص نیست، بلکه بحث از رهیافت اصلی و حاکم (علی‌الخصوص در مواقع اختلاف برداشت) است. سوم اینکه، در موضوع بحث یعنی دادرسی اداری، علی‌رغم وجود اصل ۱۶۷، ماده ۱۲۲ قانون دیوان عدالت اداری اصلاحی ۱۴۰۲^۱ و ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) ۱۳۷۹^۲، مسئله بر این است که دادرس در پرونده‌های حقوق عامه، با چه روش برداشتی به منابع و اصول حقوقی یا فقهی، مراجعه کرده و از آن‌ها، حکم را استنباط نماید.

۱-۲-۳. روش لفظ‌گرا و ناکارآمدی آن در استنباط حقوق عامه

آنچه دیوان عدالت اداری در بسیاری از آرای خود نشان داده، این است که دیوان به ارائه تفاسیر لفظی از قوانین گرایش بیشتری دارد. در این شیوه تفسیر، دادرس در جست‌وجوی معانی عمومی الفاظ، کلمات و عبارات خاص در زمان وضع قانون (مزارعی، ۱۳۹۰: ۳۲) با استفاده از ابزارهایی همچون منطق و اصول (مفهوم موافق، مفهوم مخالف و تمثیل) و تاریخ است (ساکت، ۱۳۸۷: ۴۱۸-۴۱۵) است. از این‌روی پرمحتمل است که دادرس در صورت سکوت قوانین اداری، علی‌الخصوص قاضی با تخصص و بینش کیفری، اصل عملی برانت را جاری کرده و دولت را از مسئولیت مبرا بداند. این روش علاوه بر عدم هم‌خوانی با الزامات و معیارهای احیا که تمرکز خود را بر هدف و تحقق می‌گذارند؛ با ایرادات عمومی و خاص (حقوق عامه) مواجه است. از جمله اینکه، با روش تفسیر لفظ‌محور، ترتیب مقتضیات حقوق اداری جدید، گسترش دامنه مداخلات دولت در بسیاری از امور و نهایتاً کنترل دولت و حمایت از حقوق شهروندان محل اتکای مفسر، به شکل پویا محل توجه نمی‌باشد (یاوری و دیگران، ۱۳۹۶: ۱۷۹) در این راستا، تفسیر لفظ‌گرا به جهت تفوق اصل برانت (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۲۴۴) منجر به عدم تکلیف دولت و در مواردی موجب تضییع حقوق

۱. ماده ۱۲۲: «مقررات مربوط به رد دادرس و نحوه ابلاغ اوراق، آراء و تصمیمات دیوان و وکالت و سایر موارد سکوت در این قانون به ترتیبی است که در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) و قانون اجرای احکام مدنی مقرر شده است.»

۲. ماده ۳: «قضات دادگاه‌ها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعاو و صدور حکم امتناع ورزند و الا مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد.»

افراد می‌شود (انصاری و مبین، ۱۳۹۰: ۳۵-۳۲).

ایرادات فوق‌الذکر، در حقوق عامه نیز به شکل خاص با اشکالاتی مواجه می‌شود. نخست اینکه، موارد بسیاری از نقض حقوق عامه، ماهیت اداری، نه کیفری و مدنی، داشته و در این موارد، معمولاً ظواهر قانونی رعایت می‌شود؛ اما قانون با سوءنیت خاصی دور زده شده یا از اختیارات سوءاستفاده می‌شود. به عنوان مثال، در پرونده معروف فروش پارک پردیسان، هیچ جرمی اتفاق نیفتاد. دولت نیز سند مالکیت پارک را داشت و هیئت وزیران نیز حکم به فروش مال دولتی کرده بود. در عین حال حقوق و منافع عمومی مورد تعرض قرار گرفته بود (پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۶ [ب]: ۱۹۴ و ۱۹۶). دوم اینکه، همان طور که گذشت، تمثیلی بودن مصادیق قانونی حقوق عامه و نوبه‌نوشوندگی موارد حقوق عامه به دلیل ماهیت سیال نفع عمومی، عدم وجود قلمروی صلاحیتی مشخص برای دادرس اداری نسبت به دادرس غیراداری (کیفری و مدنی)، امکان مداخله دادرس در حوزه صلاحیت‌های ذاتی اداره از جمله مسائلی است که قوانین حوزه حقوق عامه در آن‌ها دچار ابهام و سکوت هستند؛ به نحوی که اساساً یا الفاظ نسبت به مسائل حقوق عامه مبهم است یا اینکه اصلاً لفظی در ارتباط با نحوه کنشگری دادرس در حقوق عامه وجود ندارد تا وی با استناد به ظاهر الفاظ آن بخواهد اقدامی را انجام دهد. به عنوان مثال، دستورالعمل نظارت و پیگیری حقوق عامه ۱۳۹۷، در بیان ممنوعیت ورود دادرس در امور اجرایی، به موجب ماده ۱۳ خود مقرر می‌دارد: «اجرای مقررات این دستورالعمل در جهت حفظ، نظارت و پیگیری حقوق عامه توسط دادستان‌ها نباید موجب اختلال در تصمیمات و وظایف مدیریتی دستگاه اجرایی که در چهارچوب قوانین و مقررات صورت گرفته گردد...». این امر در صورتی است که هیچ متن قانونی (به معنای عام) وظایف مدیریتی و اختلال در آن را تعریف نکرده است. لذا محوریت دادن به لفظ و معنای ادبی قانون، به دلیل خلأهای حقوق عامه و نیاز به تفسیر از متون یا منجر به تفاسیر محدودکننده صلاحیت دولت یا موجب گسترش یافتن مصادیق نقض حقوق عامه در واقع و بستر جامعه سیاسی خواهد شد. در حالی که مقنن اساسی با الزام احیا، تضمین، تحقق و گسترش حقوق عامه را تکلیف دادرس اداری دانسته است.

۲-۳. روش مصلحت (عمل)‌گرا و مغایرت آن با قانون اساسی

در مواجهه با مسائل روش لفظ‌گرایی، در مقابل ممکن است، ادعایی بر این باشد که رویکرد تفسیری دادرس در حقوق عامه به دلیل ماهیت این حقوق یعنی نفع و مصلحت عمومی باید با توجه به شیوه مصلحت (عمل)‌گرا باشد. در این روش، مفسر به جای توجه انحصاری به عبارات و کلمات قانونی نظر خود را به پیامدها، مصالح، منافع و ارزش‌های اجتماعی که باید از طریق قانون تأمین

گردد، معطوف می‌سازد. قاضی چیزی بیش از ماشین حقوقی است که بر طبق قواعد مکانیک منطقی عمل کند و در مواردی که قانون، قصدی نداشته یا قاعدهٔ مشخصی وضع نکرده، رأساً به بررسی مصالح مربوط پردازد و ارزش‌های حقوقی را تحقق می‌بخشد (صانعی، ۱۳۸۹: ۲۴۸-۲۴۷). به نظر حکومت و اتکای صرف به این روش در تفسیر قضایی دادرس، از دو جهت عمومی و خاص با قانون اساسی مغایرت دارد. نخست اینکه نظام حقوقی و قضایی ایران بر پایهٔ قانون (شرع) مدون شکل گرفته است. بر این اساس، اصول ۱۶۶ و ۱۶۷ اتکای رأی دادرس بر قانون و شرع را گوشزد می‌نماید. لذا مصلحت‌گرایی، علی‌الخصوص در مواردی که جنبهٔ شخصی و سلیقه‌ای (غیرقانونی) پیدا نماید، مغایر اصول یاد شده می‌باشد. دوم اینکه، احیا به‌عنوان الزام حاکم، علاوه بر تحقق بخشی، معیار ماهوی و جهت‌دهنده به عمل دادرس را بر اتکای تفسیر دادرس بر هدف الزام می‌نماید؛ در حالی که مفسر مصلحت‌گرا، بالابتدا آثار و پیامدهای تصمیم را مد نظر قرار می‌دهد و به هدف نگاه ثانوی دارد. همچنان‌که در توجه به هدف نیز عوامل مختلفی در عرض آن مد نظر مفسر قرار می‌گیرد (پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۶ [الف]: ۵۳-۵۱).

۳-۲-۳. رویکرد مختار

هرچند نظام حقوقی ایران، نظامی مدون و بر اساس متن نوشته است؛ در عین حال، نکتهٔ مهم و حائز اهمیت این می‌باشد که محوریت متن و مراد مقنن را نباید با لفظ محوری (معنای عرفی یک یا چند ماده در زمان وضع قانون) یکسان پنداشت. چراکه منشأگرایی از روش‌های دیگر همچون قصدگرایی (تاریخی) و ساختارگرایی نیز می‌تواند استفاده نماید^۳. به عبارتی یکسان‌انگاری امر قانون‌گذار اساسی مبنی بر اتکای بر قانون (شرع) مدون با لفظ‌گرایی، مغالطهٔ کل و جزء است؛ چراکه یک بخش و روش منشأگرایی، لفظ محوری است نه همهٔ آن. همچنین، تصلب بر نص قانون با روش استنتاجی و مکانیکی قضایی، همواره آرمان‌های حقوقی و عدالت را تأمین نمی‌کند (الماسی و واعظی، ۱۴۰۱: ۱). کما اینکه استناد به اصول حقوقی نیز تا زمانی که معنایی برای قانون (ولو با استناد به قصد و هدف قانون‌گذار) قابل استنباط است، ممکن نمی‌باشد. همچنین انتخاب از میان اصول

۱. اصل ۱۶۶: «احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است.»

۲. اصل ۱۶۷: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید...»

۳. برای مطالعهٔ بیشتر نک: مزارعی، ۱۳۹۰: ۳۲-۳۷ و ۱۳۵-۱۳۰.

حقوقی بستگی به روش تفسیر در حقوق عامه دارد. چراکه اصول حقوقی، متنوع و متعدد بوده^۱ و انتخاب هر یک از آن‌ها می‌تواند منجر به صدور آرای متفاوتی بشود. از عوامل مهم در انتخاب اصل حاکم، روش تفسیری است که دادرس انتخاب می‌نماید. بنابراین، توجه به الزام خاص و حاکم بر حقوق عامه یعنی احیا، می‌تواند در انتخاب روش تفسیری از میان شیوه‌های موجود و اصول حقوقی تعیین کننده باشد.

به هر حال، با توجه توأمان به الزام قانون اساسی بر محوریت قانون (شرع) مدون و همچنین الزام خاص در حقوق عامه (احیا) به نظر می‌رسد، روش غایت‌گرایی عینی می‌تواند تأمین کننده الزامات مد نظر مؤسسان اساسی باشد. تفصیل آنکه، مشخصه ماهوی احیا نزد مقتن اساسی، هدف محوری آن دانسته شد. از میان روش‌های تفسیری، غایت‌گرایی، وجهه اهتمام خود را هدف قانون قرار می‌دهد. به عبارتی، در غایت‌گرایی، مفسر (دادرس و حقوق دان) بر هدف قانون برای تفسیر آن تمرکز می‌کند. لذا مفسر، هدف قانون را از متن و سایر منابع استنباط کرده و سپس در سایه آن هدف کلی، مقررات قانون را تفسیر نماید (مزارعی، ۱۳۹۰: ۱۳۴). در عین حال تأکید اصول ۱۶۶ و ۱۶۷ بر متن مدون و همچنین معیار کارکردی احیا بر تحقق عینی، هدف محوری انتزاعی و بدون ارزیابی جهات حکمی و موضوعی قانون را رد می‌نماید. لذا با امعان نظر به این دو معیار، غایت‌گرایی عینی را می‌توان به عنوان شیوه تفسیری متناسب با احیای حقوق عامه در نظر گرفت.

در شیوه غایت‌گرایی عینی، تفسیر با استناد به هدف عینی از وضع قاعده توجیه می‌شود. این غایت از خود متن، برای مثال از عنوان یا مقدمه آن قانون یا فصل مربوطه آن، قابل استنباط است. همچنین ممکن است این هدف به صورت مقدر یا فرضی، با دلالت‌هایی که منطقاً و به تعبیر دیگر، از حکیمانه خواندن متن قانون یا همان چیزی که گفته می‌شود «قانون‌گذار حکیم است»، فهمیده شود. به همین منظور فرض می‌شود که قانون‌گذار خواسته است که یک حکم قانونی اثری معنادار داشته باشد و نه آنکه معنایی لغو و بی‌فایده باشد. در این روش، منظور یافتن هدف یک موضوع یا قاعده است (خلف‌رضایی، ۱۳۹۳: ۸۴). اهداف را در یک نگاه می‌توان شامل تعهدات، ارزش‌ها، سیاست‌ها و کارویژه‌هایی دانسته می‌شود که قانون (اساسی) برای تحقق آن‌ها مدون شده است (Aharon, 2005: 379).

نکته مهم شایان ذکر اینکه روش غایت‌گرایی همیشه منجر به افزایش صلاحیت دادرس و محدودیت صلاحیت دولت نمی‌شود. چراکه هدف قانون ممکن است گاهی موجب تفسیر موسع و

۱. برای مطالعه بیشتر نک: گرجی ازندریانی، ۱۳۹۰.

گاهی منجر به تفسیر مضیق از قاعده شود (خلف‌رضایی، ۱۳۹۳: ۸۴).

بنابراین معیارهای مد نظر قانون‌گذار اساسی از احیا متفاوت از امور مد نظر روش‌های لفظ‌محور و عمل (مصلحت) گراست. مقنن اساسی با الزام احیا، تکیهٔ دادرسی بر هدف هنجار حقوقی معتبر در زمینهٔ حقوق عامه را خواستار بوده است. با توجه به اینکه ممکن است قانون‌گذار، اهداف متفاوت و حتی متعارضی داشته باشد یا به اهداف خود اشاره نکرده باشد، با توجه به معیارهای مد نظر خبرگان اساسی، عدالت غایت بوده و نظارت قضایی بر اساس عدالت صورت خواهد گرفت. یعنی اهداف موجود در اسناد برتر و شرع که بیانگر عدالت در موضوع هستند میزان سنجش نقض یا عدم نقض حقوق عامه خواهد بود. بنابراین در عین اینکه قانون مدار و محور تصمیم دادرسی اداری در زمینهٔ حقوق عامه خواهد بود، دادرسی متن قانون را در پرتوی اهداف مد نظر قانون‌گذار که به‌نحوی در قانون عینیت یافته و هنجار حقوقی برای تضمین آن نوشته شده است، ادراک می‌نماید.

۳-۳. به‌کارگیری احیا در دادرسی اداری

احیا و غایت‌گرایی عینی ناشی از آن برای دادرسی اداری را می‌توان در پرونده‌هایی به‌عنوان نمونه مورد بحث و بررسی قرار داد. از آن‌جا که مقام بحث نشان دادن کاربست احیاست، رأیی از دیوان که به نظر قابل‌نقد است، بیان می‌شود.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی وحدت‌رویه به شماره دادنامه ۲۶۶ مورخ ۱۳۹۹/۲/۱۶، با اصدار رأی به عدم صلاحیت سازمان بازرسی در شکایت از اقدامات ناقض حقوق عامه به شعب، تفسیری ناهم‌خوان با الزام احیا داشته است. تبیین اینکه بین شعب دیوان عدالت اداری در مورد اینکه آیا سازمان بازرسی مجاز به طرح مطلق دعاوی (اعم از اقدام، تصمیم یا مصوبه) در دیوان است یا صرفاً در دعاوی موضوع ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری ۱۳۹۲ است، اختلاف برداشت پیدا شده بود. نتیجه آنکه هیأت عمومی دیوان، سازمان بازرسی را ذی‌سمت در طرح شکایت نزد شعب دیوان عدالت نمی‌داند.^۱ این رأی با توجه به الزامات احیا واجد ایراد به نظر می‌رسد. نکتهٔ مقدماتی اینکه موضوع در یکی از دعاوی راجع به اموال عمومی بوده است. بدین ترتیب، با توجه به تعریف ذکر شده در مقدمه و مادهٔ ۱ دستورالعمل نظارت و پیگیری حقوق عامه، مورد از مصادیق حقوق عامه بوده است. در عین حال، دیوان عدالت اداری با برداشتی لفظی از مواد ۱۰ و ۱۷ قانون دیوان که چه بسا همراه با مصلحت (عمل)‌گرایی

۱. برای مطالعهٔ بیشتر ر.ک: <https://dotic.ir/news/7045>

به دلیل ایجاد کثرت پرونده‌های ورودی اینچنین به دیوان در آینده بوده است، صلاحیت اقامه دعوا علیه اقدامات و تصمیمات موردی ناقض حقوق عامه توسط سازمان بازرسی در دیوان را نمی‌پذیرد. در حالیکه توجه به الزام احیا، پذیرش صلاحیت سازمان و بالتبع دیوان در رسیدگی به اقدامات موردی را موجب می‌شود. چراکه مقنن در اصل ۱۷۴ قانون اساسی و ماده ۱ قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور ۱۳۹۳، غایت تشکیل سازمان را نظارت بر حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین در دستگاه‌های اداری می‌داند. کما اینکه غایت دیوان عدالت اداری بنابر اصل ۱۷۳ و عنوان آن، تحقق «عدالت» در ادارات با رویکردی تخصصی است. تأمین این مهم با پیدایش و پیشرفت فناوری‌های نوین مانند هوش مصنوعی راحت‌الوصول شده است. همچنین توجه دیوان به هدف دستگاه اداری از اقدام انجام داده، نیز می‌توانست در کنار صلاحیت شکلی سازمان، نقش مؤثری در برداشت از قانون داشته باشد.

در برخی کشورهای دیگر، دادرش حقوق و منافع عمومی را در اعمال صلاحیت (اختیاری) دولت، مد نظر قرار داده است. به‌عنوان مثال، شورای دولتی در پرونده رولت، مقررات مربوط به رقص را که شهردار، آن را نه برای تأمین نظم عمومی بلکه برای ترغیب مردم به استفاده از مهمانخانه وی، به تصویب رسانده بود، ابطال کرد (هداوند، ۱۳۹۶: ۷۱۳). چراکه شورای دولتی در دعاوی تحت صلاحیت خود، بیشتر به سود مردم با اتکای به روح قوانین و عدالت رأی داده و به‌طور استثنایی بر پایه نص (لفظ) قانون نظر داده است (ابوالحمد، ۱۳۸۸: ۸۱۰). همچنین در انگلستان نیز حتی اگر تصمیم‌گیرنده دقیقاً مطابق با نص قانون عمل کند، انگیزه و محرک او ممکن است، نامطلوب باشد یا تحت تأثیر عوامل غیر مرتبط قرار گیرد یا ممکن است به عوامل مرتبط بی‌توجهی کند. این قاعده حتی زمانی اعمال می‌شود که قانون به تصمیم‌گیرنده، صلاحیت اختیاری انتزاعی غیرمحدودی داده باشد. معیار اهداف نامطلوب یا نامناسب^۱ جهت سنجش منافع عمومی، گاهی با آزمون «هدف اصلی و غالب» ارزیابی می‌شود. در قضیه «پورتر علیه ماجیل» یک مقام محلی برای جذب آرای مردم، سیاست فروش خانه را در برخی از حوزه‌های انتخابی متمرکز کرده بود. مجلس لردان حکم داد که علی‌رغم پذیرش واقعیت‌های سیاسی، در عین حال خطی مشی اتخاذ شده با در نظر گرفتن اهداف تأمین مسکن توجیه‌پذیر نیست. در بررسی، نقطه شروع ارزیابی معمولاً توجه به زبان قانون مورد نظر است. برای مثال، در پرونده «آر علیه هیئت بازنگاری اجاره مسکن شهر وستمینستر» هیئت مذکور قانون را به این نحو تفسیر می‌کرد که نباید به وضعیت

1. improper purposes

خاص خواهان، مثلاً به بارداری همسر یا کاهش درآمد او، توجه نشان دهد. دادرس رأی داد که اوضاع و احوال شخصی در تصمیم‌گیری باید مورد توجه قرار بگیرد؛ چراکه عبارت قانونی «با توجه خاص»، عوامل دیگر را نیز برای بررسی هیئت مسکن فرامی‌خواند. محدودهٔ اختیارات قانونی ممکن است از زبان و الفاظ قانون به روشنی قابل استنباط نباشد؛ اما دادگاه باید محدودهٔ اختیارات را از تمامی اوضاع و احوالی که متناسب با اهداف و ملاحظات مرتبطند، استنباط کند (هداوند، ۱۳۹۶: ۵۴۷-۵۴۸). در نهایت در آمریکا نیز اقدامات سازمان اداری، فقط در صورتی مطابق با سیاست‌های متحد از سوی قوهٔ مقننه فرض می‌شود که این اقدامات، هم‌سو با قصد قانون‌گذار از واگذاری صلاحیت به سازمان اداری باشد. تنها در آن صورت است که می‌توان گفت اقدامات مزبور بر اساس محاسبهٔ صحیح از قصد قانون‌گذار انجام پذیرفته است. از این نظر دادگاه‌ها با تلاش برای حصول اطمینان از اینکه سازمان در چهارچوب مقاصد تعیین شده حرکت می‌کنند، کنگره را یاری می‌دهند (هداوند، ۱۳۹۶: ۶۲۵). بنابراین به نظر می‌رسد، هرچند الزام به احیا در قوانین اساسی نظام‌های حقوقی کشورهای تحت‌الذکر مورد تصریح قرار نگرفته است؛ اما این کشورها با تعریف معیارهایی مبتنی بر هدف عینی، این الزام را با روش تفسیری متناسب مورد پیگیری قرار داده‌اند.

نتیجه

با توجه به مطالب مندرج در بدنه نوشته، ازجمله نتایج ذیل حاصل می‌شود:

۱. احیا صلاحیتی تکلیفی و حاکم بر نحوهٔ نظارت قضایی دیوان در حقوق عامه می‌باشد.
۲. احیا با دو معیار «تضمین تحقق» و «هدف محوری» معنا و کارکرد پیدا می‌کند.
۳. الزامی بودن و معیارهای احیا به اشکال مختلف و متعدد، مورد تأکید مؤسسان اساسی بوده است. امارات و قرائنی نیز استفاده از مفاد احیا را با تعبیر و اشکال مختلف در دیگر نظام‌های حقوقی و قضایی نشان می‌دهد.
۴. هرچند نظام حقوقی و محدودیت‌های قانونی حاکم بر مقام قضایی، اجازهٔ فراغ کامل از متن قانون را به قاضی نمی‌دهد؛ اما قاضی اداری احیاگر در استنباط احکام قانونی پرونده‌های (احتمالی) حقوق عامه، از شیوهٔ غایت‌گرایی عینی یعنی اتکا به اهداف معتبر نزد هنجارهای مدون حقوقی و بررسی عمل دولت در تأمین یا نقض آن هدف، با عقل متعارف و کارشناسی استفاده می‌نماید.
۵. غایت‌گرایی عینی لزوماً با توسعهٔ صلاحیت دادرس اداری همراه نخواهد بود و بنابر هدف مد نظر قانون‌گذار، در مواردی صلاحیت دادرس مضیق خواهد بود.

۶. دادرس اداری با غایت‌گرایی عینی، جایگزین قانون و مقنن نمی‌شود؛ بلکه با پیگیری اهداف مدنظر قانون‌گذار و حصول اطمینان از اینکه سازمان در چهارچوب مقاصد تعیین شده حرکت می‌کند، آن‌ها را یاری می‌دهد.

منابع

فارسی

- ابوالحمد، عبدالحمید (۱۳۸۸)، حقوق اداری ایران، چاپ هشتم، تهران: توس.
- الماسی، مسعود و احمد واعظی (۱۴۰۱)، «پوزیتویسم حقوقی در نظام قضایی ایران؛ برآیند تعاملی فرمالیسم حقوقی و نص‌گرایی قانونی»، حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۷.
- انصاری، علی و حجت مبین (۱۳۹۰)، «بررسی انتقادی رویه قضایی دیوان عدالت اداری در ارتباط با سازمان تأمین اجتماعی»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۲.
- بابایی‌مهر، علی (۱۳۸۸)، «تفسیر، اصول و مبانی آن در حقوق عمومی»، حقوق خصوصی، شماره ۱۴.
- پژوهشگاه قوه قضائیه (۱۳۹۹)، رصد و فراتحلیل آثار حوزه حقوق عامه، به کوشش: نصراله‌ی و کبگانی، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- پژوهشگاه قوه قضائیه (۱۳۹۶)، اصول و معیارهای تفسیر قضایی در حقوق عمومی، به کوشش: یآوری و دیگران، چاپ اول، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- پژوهشگاه قوه قضائیه (۱۳۹۶)، گفتارهایی در دیوان عدالت اداری، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- تبریزی، میرزا یوسف خان (مستشارالدوله) (۱۲۴۸ق)، رساله یک کلمه، به کوشش باقر مؤمنی، بی‌جا: بی‌نا.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد اول، چ اول، تهران: گنج دانش.
- جمعی از محققین (۱۳۸۷)، دانشنامه کلام اسلامی، ج ۱، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- جمعی از نویسندگان (۱۴۰۰)، محشای قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد دوم، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- جوان آراسته، حسین (۱۳۹۷)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، قم: دارالحدیث.
- خلف‌رضایی، حسین (۱۳۹۳)، «رویکردهای تفسیر قانون اساسی؛ با نگاهی به نظریات شورای نگهبان»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، شماره ۷.
- خلف‌رضایی، حسین (۱۳۹۳)، «رویکردهای تفسیر قانون اساسی؛ با نگاهی به نظریات شورای نگهبان»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، شماره ۷.
- دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۸۵)، فرهنگ متوسط دهخدا، تهران: دانشگاه تهران.
- رفسنجانی مقدم، حسین و معصومه حسن‌پور (۱۳۹۵)، ترمینولوژی تنقیح قوانین، چاپ دوم، تهران: نگاه بینه.
- صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی (۱۳۶۴)، جلد ۱-۳، تهران: اداره کل روابط عمومی و فرهنگی مجلس شورای اسلامی.
- صورت مشروح مذاکرات مجلس بازنگری قانون اساسی ۱۳۶۸ (۱۳۶۹)، چاپ ۱، جلد ۲، تهران: مجلس شورای اسلامی.
- ساکت، محمد حسین (۱۳۸۷)، حقوق‌شناسی، چاپ اول، تهران: ثالث.
- شجاعی‌زند، علیرضا (۱۳۹۱)، «احیا و اصلاح؛ مقایسه رویکرد دینی شیخ، میرزا و امام»، پژوهشنامه متین، شماره ۵۶.

- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۹۰)، حقوق اداری، چاپ هفدهم، تهران: سمت.
 - عباسی و دیگران (۱۳۹۸)، حقوق شهروندی؛ از حقوق ملت تا احیای حقوق عامه، تهران: انتشارات حقوقی.
 - عمید زنجانی، عباسعلی و ابراهیم موسی‌زاده (۱۳۸۹)، دانشنامه فقه سیاسی، تهران: دانشگاه تهران.
 - عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۵)، حقوق اساسی ایران، تهران: دانشگاه تهران.
 - کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، فلسفه حقوق؛ منطق حقوق، جلد سوم، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
 - گرجی ازندریانی، علی‌اکبر (۱۳۹۰)، «ده فرمان حقوق عمومی: تأملی درباره اصول و مفاهیم بنیادین حقوق عمومی»، مطالعات حقوق خصوصی، شماره پیاپی ۲.
 - محسنی، فرید (۱۳۹۵)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
 - محقق داماد، سیدمصطفی (۱۴۰۶ق)، قواعد فقه، ج ۱، چاپ دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
 - محمودی، جواد (۱۳۸۴)، «تأملی بر نظریه تفسیری شورای نگهبان درباره صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری»، نشریه حقوق اساسی، شماره پنجم.
 - مزارعی، غلامحسین (۱۳۹۰)، تحلیل و مطالعه آرای تفسیری شورای نگهبان در پرتوی نظریه‌ها و اصول تفسیر قانون اساسی، رساله دکتری، دانشگاه شهید بهشتی.
 - معین، محمد (۱۳۸۵)، فرهنگ فارسی (متوسط)، جلد اول، چاپ بیست و سوم، تهران: امیرکبیر.
 - منتظری، حسینعلی (۱۳۷۹)، مبانی فقهی حکومت اسلامی، ج ۸، تهران: سرای.
 - موسی‌زاده، ابراهیم (۱۳۹۱)، حقوق اداری، تهران: دادگستر.
 - مهرپور، حسین (۱۳۹۱)، مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، چاپ سوم، تهران: دادگستر.
 - نقره‌کار، فیروز (۱۳۸۸)، نقش دادستان در صیانت از حقوق عامه، تهران: جنگل.
 - هاشمی، سیدمحمد (۱۳۹۸)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد دوم، چاپ بیست و نهم، تهران: میزان.
 - هداوند، مهدی و علی مشهدی (۱۳۸۹)، اصول حقوق اداری (در پرتوی آرای دیوان عدالت اداری)، تهران: خرسندی.
 - هداوند، مهدی (۱۳۹۶)، حقوق اداری تطبیقی، جلد دوم، چاپ ششم، تهران: سمت.
 - یزدی، محمد (۱۳۷۵)، قانون اساسی برای همه، چاپ اول، تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر.
- عربی**
- بحرانی، بوسف (۱۴۰۵ق)، الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، جلد ۳، ج ۴، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
 - نجفی، محمدحسن (۱۲۶۲)، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۴۰، بیروت: داراحیاء التراث العربی، چاپ هفتم.

لاتین

- Barak, Aharon (2005), **Purposive interpretation in law**, Princeton.
- Bitonti, Alberto (2020), **Public interest, in the Palgrave Encyclopedia of interest groups**, Lobbying and Public Affairs, Springer.
- Chayes, Abram (1976), **The Role of the Judge in Public Law Litigation**, Harvard Law

Review, Vol. 89, No. 7.

- J. Olike Onyango (2015), **Human Rights and Public Interest Litigation in East Africa: A Birds Eye View**, The Geo. Wash. Int IL. Rev.

پذیرش دلیل جدید در مرحله تجدیدنظر

یونس یوسفی گرجی*، محمدباقر قربانوند**، مسعود البرزی ورکی***، علیرضا نواریان****

چکیده

به رغم اهمیت موضوع امکان ابراز دلیل جدید در مرحله تجدیدنظر، حکم صریحی در خصوص آن وجود ندارد. این امر، محل نزاع استادان حقوق آیین دادرسی و قضات در فرایند رسیدگی مرحله تجدیدنظر می باشد. اغلب محاکم از مقررات حاکم بر موضوع این گونه استنباط کرده اند که در مرحله تجدیدنظر به دلایل جدید حتی اگر در مرحله نخستین از عداد دلایل خارج یا از آن عدول شده یا به هر علتی مورد رسیدگی دادگاه قرار نگرفته باشد، به لحاظ اینکه نمی توان محصور در زمان ارائه کرد، استناد نمود. سابقه موضوع در پژوهش‌های قانون آیین دادرسی ۱۳۱۸ و حقوق فرانسه برابر ماده ۵۶۳ کد جدید آیین دادرسی مدنی، به چنین رویکردی دامن زده و می توان گفت رویه قضایی بر این مبنا شکل گرفته است و تنها محدودیت آن، استناد به دلیل جدید برای اثبات ادعاهای مطروحه در مرحله نخستین است. با وجود این چنین رویه‌ای با سابقه فقهی تجدیدنظرخواهی و برخی ظواهر قانونی سازگار نیست و رویکرد مصلحت‌اندیشانه دادگاه‌ها باید در تحولات تقنینی آتی مد نظر قرار گیرد. با چینی رویکردی می توان مقنن را به بازگشت به مقررات سابق در باب پژوهش‌خواهی با تعدیلاتی برای مقابله با اطاله دادرسی فرا خواند.

واژگان کلیدی: تجدیدنظر، پژوهش خواهی، اثر انتقالی، دلیل جدید، ادعای جدید

* قاضی دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد زنجان، دانشگاه آزاد اسلامی، زنجان، ایران
amirgorji7597@gmail.com

** استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد زنجان، دانشگاه آزاد اسلامی، زنجان، ایران (نویسنده مسئول)
studeys@yahoo.com

*** دانشیار گروه حقوق، دانشکده علوم اجتماعی، دانشگاه بین‌المللی امام خمینی، قزوین، ایران
alborzivm@yahoo.com

**** استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد زنجان، دانشگاه آزاد اسلامی، زنجان، ایران
Dr.a.navariyan@gmail.com

مقدمه

در اصطلاح حقوقی، تجدیدنظر به معنی بازنگری حکم نخستین، یکی از راه‌های عادی و اصلاحی شکایت از آرا است که به موجب آن محکوم‌علیه دادنامه نخستین، رسیدگی مجدد از آن رأی را از یک مرجع بالاتر، درخواست می‌نماید. درخصوص ممنوع و یا آزاد بودن ارائه دلیل جدید در مرحله تجدیدنظر، در میان صاحبان اندیشه‌های حقوقی و قضایی اتفاق نظر وجود ندارد. ریشه اصلی اختلاف این پرسش است که آیا اثر انتقالی در مرحله تجدیدنظر وجود دارد و به تبع آن دلیل جدید مورد پذیرش قرار می‌گیرد یا خیر. اگر در فرایند رسیدگی به دلایل در مرحله نخستین، دلیلی در شمار دلایل دادخواست ذکر نشده یا اصل سندی ارائه نشود و مورد انکار یا تردید قرار گیرد، در مرحله تجدیدنظر، امکان استناد به آن وجود دارد؟ در تعیین مختصات یک دادرسی استاندارد بسیار مهم است که به‌طور شفاف مشخص شود قضات چه موضوعی درخصوص پذیرش دلیل جدید در مرحله تجدیدنظر دارند و پیامدهای ناشی از پذیرش دلیل جدید در مرحله تجدیدنظر و نسبت آن با حقوق آیینی اصحاب دعوا چیست؟ برای پاسخ به سؤالات یاد شده، ناگزیر از تبیین ابزارهای مفهومی تحقیق هستیم. تبیین مفاهیم اثر انتقالی، دلیل و ادعای جدید برای یافتن پاسخ روشن به سؤال تحقیق گریز ناپذیر است.

۱. اثر انتقالی

اثر انتقالی^۱ در ماده ۵۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه بدین‌سان بیان شده است: تجدیدنظرخواهی موضوعی را که از اعتبار امر قضاوت شده برخوردار است، در مقابل دادگاه تجدیدنظر قرار می‌دهد تا دوباره، هم در امور حکمی، هم در امور موضوعی مورد قضاوت قرار گیرد.^۲ انتقال دعوا در تمام مسائل موضوعی و حکمی از مرحله نخستین به پژوهش در حقوق فرانسه و حقوق ایران طبق ماده ۵۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸ جای تردید نیست ولی تسری آن به تجدیدنظر که ریشه در فتاوی فقهی داشته که اصولاً آرا را غیرقابل پژوهش اعلام می‌کند و تجدیدنظر را در حدود مشخصی با فراز و نشیب زیاد در سال‌های بعد از انقلاب مورد پذیرش قرار داده چندان قطعی نیست و تشبیه کامل تجدیدنظر به پژوهش از این حیث به سادگی ممکن نیست.

۱-۱. اثر انتقالی در حقوق آیینی فرانسه و قانون آیین دادرسی مدنی سابق ایران

مطابق ماده ۵۴۲ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه، پژوهش‌خواهی موجب تصحیح یا فسخ رأی صادره مرجع نخستین توسط دادگاه پژوهش می‌شود (محسنی، ۱۳۹۳: ۲۴۰). طرفی که از رأی صادره

1. la devolution: effet devolutif

2. Art 561 : L'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel. Il est statué à nouveau en fait et en droit dans les conditions et limites déterminées aux livres premier et deuxième du présent code.

زیان دیده، بر پایه این روش که به اصلاح یا ابطال رأی منتهی می‌شود، به آن اعتراض می‌کند و بدین ترتیب، رسیدگی توسط دادرسان بالاتر انجام می‌شود (Gerard et Foyer Jean, 1996: 293, 294). اثر انتقالی ضرورتاً در مورد همه موضوعات رسیدگی دادگاه نخستین نیست. این دادگاه، مانند دادگاه نخستین در چهارچوب دادخواست تقدیمی، به دعوا رسیدگی و درباره درستی یا نادرستی رأی مورداعتراض در همان حدود اظهارنظر می‌کند. وفق ماده ۵۶۲ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه، قلمرو دعوای تجدیدنظر، فقط نسبت به قسمت‌هایی از حکم که صریحاً یا ضمناً مورد اعتراض قرار گرفته و متفرعات آن اثر انتقالی دارد. در صورتی که پژوهش محدود به قسمت خاصی از حکم نباشد و یا منظور از پژوهش، ابطال حکم باشد و یا موضوع دعوا غیرقابل تفکیک باشد، اثر انتقالی نسبت به کل حکم، سرایت می‌کند.^۱

هر یک از طرف‌های دعوا که در مرحله نخست رسیدگی محکوم شده است، می‌تواند در شرایطی رسیدگی دوباره به این دعوا را از دادگاهی که از نظر سلسله‌مراتب بالاتر است، درخواست کند. این دادگاه بالاتر، درست همان دادگاه تجدیدنظر است. وظیفه آن، رسیدگی دوباره به حکم صادره دادگاه نخست می‌باشد (Roger, 2012: 170). در رابطه با اثر انتقالی پژوهش، قاضی تجدیدنظر به وسیله دادخواست تجدیدنظر، نسبت به دعوی تجدیدنظرخواه، اشتغال می‌یابد که باعث فراغت قاضی دادگاه نخستین می‌شود. قاضی پژوهش، فقط رؤس دادخواست را مورد توجه قرار داده و فقط به آنچه توسط دادگاه نخستین مورد رسیدگی واقع شده است، محدود می‌شود. نویسنده دیگری اظهار داشته: «... در این مرحله از رسیدگی است که دادگاه پژوهش توجه می‌کند که آیا رسیدگی به دعوا در دادگاه پایین، صحیحاً صورت گرفته است یا خیر؟» (Vincent, Jean et Guinchard, Serge, 2005: 633). در اثر انتقالی، دادگاه تجدیدنظر برای رسیدگی دوباره در شکل و ماهیت دعوا، پرونده را با همان شرایط مرحله نخستین دریافت می‌کند (Roger, 2012: 668).

قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸ ایران نیز پژوهش را بر همین مبانی استوار کرده بود. قانون‌گذار در ماده ۷ قانون یادشده، پژوهش را رسیدگی در ماهیت دعوا معرفی می‌نماید. از ماده ۴۷۵ به بعد قانون چیزی تحت عنوان جهات پژوهش‌خواهی مقرر نکرده بود و در ماده ۴۹۱ از جمله نکات اجباری دادخواست پژوهشی علی‌الاطلاق «اعتراضات پژوهشی» را قید نموده بود. گرچه به‌صراحت قانون فعلی فرانسه به اثر انتقالی اشاره ننموده ولی همین ویژگی‌ها کافی بود که برای پژوهش، اثر انتقالی قائل شویم. با چنین وصفی وجود ماده ۵۰۹ که پس از منع طرح ادعای جدید

1. Art 562: Limite a certains chefs.lorsqu'il tend a l'annulation du jugement ou sil'object du litige est indivisible.

اعلام می‌نماید «ابراز دلایل جدید ادعای جدید نیست» دور از انتظار نبود و کاملاً، با ماهیت پژوهش هم‌سو بوده است.

۱-۲. اثر انتقالی در «تجدیدنظر»

در این قسمت تجدیدنظر به‌عنوان طریق شکایتی متمایز از پژوهش مورد نظر است که با ادبیات فقهی بعد از انقلاب اسلامی وارد متون قانونی گردید.^۱

پس از مقاومت‌هایی که در سال‌های اول پیروزی انقلاب اسلامی و مقارن با شروع اصلاحات تقنینی بر اساس منابع فقهی، در مورد پذیرش تجدیدنظر در آراء دادگاه‌ها بروز نمود، بالاخره مقنن شکلی از روش اعتراض تصحیحی نسبت به احکام را پذیرفت. تجدیدنظر، به‌عنوان راهکاری برای جبران اشتباهات احتمالی دادگاه نخستین و اصلاح آنچه به اشتباه تصمیم گرفته شده، مورد تأیید شورای نگهبان قرار گرفت و در آخرین قانون آیین دادرسی که در سال ۱۳۷۹ تصویب شد نیز وارد گردید. برای جست‌وجوی اثر انتقالی در این قانون ناگزیر باید به ماهیت تجدیدنظر پرداخت و این سؤال را مطرح نمود که آیا همچون پژوهش، قاضی تجدیدنظر قادر به استماع همه ایرادات شکلی و ماهوی است و تجدیدنظر یک مرحله رسیدگی ماهوی به دعوای مطروحه در مرحله نخستین مثل پژوهش در قانون سال ۱۳۱۸ می‌باشد؟ ظاهر ماده ۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی این همسانی را تقویت می‌کند، ولی مراجعه به مواد ۳۴۸ به بعد قانون مذکور چنین برداشتی را تأیید نمی‌کند. زیرا مقنن همچون روش فوق‌العاده فرجامی در پنج بند جهاتی را برای درخواست تجدیدنظر ذکر می‌کند. اگرچه در بند «هـ» آن، همه جهات حکمی را شامل می‌شود، اما آزادی کامل در طرح جهات موضوعی از آن استنباط نمی‌شود یا چنین استنباطی به راحتی میسر نمی‌باشد. در بند الف و ب و ج راه‌هایی برای کنترل و ارزیابی احراز موضوعات در مرحله نخستین گشوده شده ولی به گستردگی پژوهش نیست و صورت‌هایی از اعتراض پژوهشی قابل انطباق با هیچ یک از بندهای ماده ۳۴۸ نیست. برای مثال پیدا شدن دلیل جدید در فاصله صدور حکم نخستین و رسیدگی تجدیدنظر یا اقامه دلایلی که در مرحله بدوی به موقع فراهم نشده قابل انطباق با هیچ یک از این جهات نیست.

نویسندگان در مورد اثر انتقالی تجدیدنظر، غالباً همان ادبیات گذشته در مورد پژوهش را بازتولید کردند؛ بدین مفهوم که به وسیله تجدیدنظر، اختلاف از دادگاه نخستین به دادگاه تجدیدنظر، با تمام مسائل موضوعی و حکمی که داشته، منتقل می‌شود. در نگاه آنان تجدیدنظر دوباره قضاوت کردن

۱. در قوانین قبل از انقلاب، تجدیدنظر در مقاطعی به عنوان معادلی برای revision در حقوق فرانسه به معنای اعاده دادرسی استعمال شد که از موضوع بحث خارج است.

امر و بازبینی رأی دادگاه نخستین است، دادگاه تجدیدنظر باید علی القاعده، همه مسائل موضوعی و حکمی مربوط به دعوا را، با توجه دقیق به ایرادات تجدیدنظرخواه و پاسخ تجدیدنظرخوانده، بررسی و اگر لازم باشد مورد رسیدگی دوباره قرار دهد. دادگاه تجدیدنظر، نسبت به امری که به او محول شده است اختیار تام دارد و می تواند نسبت به آن تصمیم گیری کند؛ بدین معنا که مانند دادگاه نخستین، اگر لازم باشد، قرارهای اعدادی مثل قرار تحقیق محلی، معاینه محل، کارشناسی و... صادر کند (شمس، ۱۴۰۰: ۳۴۷). اگر دادگاه نخستین در تطبیق موضوع دعوا با حکم مناسب اشتباه کرده باشد، این دادگاه می تواند آن را با قانون مناسب تطبیق دهد (حیاتی، ۱۳۹۰: ۱۷۶). رسیدگی تجدیدنظری مانند رسیدگی فرجامی، محدود به مسائل حکمی، بالنتیجه محدود به نقض و ابرام نیست. دادگاهی که به تجدیدنظرخواهی رسیدگی می کند، می تواند حکم نخستین را استوار، یا آن را نقض و رأی تازه صادر کند. مطابق این دیدگاه تنها محدودیت، همان است که در پژوهش قانون سال ۱۳۱۸ و حقوق فرانسه وجود دارد که در ماده ۳۴۹ قانون مذکور تکرار شده است: «مرجع تجدیدنظر فقط به آنچه مورد تجدیدنظرخواهی است و در مرحله نخستین مورد حکم قرار گرفته رسیدگی می کند.»

این دیدگاه حقوقی علی رغم پذیرش آن توسط اکثریت قضات مصون از انتقاد نمانده است. زیرا عده ای با تحلیل جهات تجدیدنظر و تأکید بر ماهیت متفاوت آن در مقایسه با پژوهش اعلام نمودند که «تجدیدنظرخواهی ... دارای اثر انتقالی نیست. به عبارت دیگر دعوا به طور کامل به مرحله تجدیدنظر منتقل نمی شود زیرا قاضی تجدیدنظر تنها در محدوده جهات تجدیدنظرخواهی حق ورود و اظهار نظر دارد و این جهات تمام امور موضوعی را شامل نمی شود» (ابراهیمیان، ۱۳۷۱: ۲۴۶). تجدیدنظرخواهی به نوعی ناقص جای پژوهش را گرفته است و یکی دانستن آن با پژوهش فاقد مبنا است (واحدی، ۱۳۷۰: ۴۱۴).

مبنای چنین نگاهی می تواند این باشد که از نظر فقهی موجبات نقض متعدد هستند اما بخش مهمی از آن ناظر به اشتباه در فرایند کشف و تعیین حکم است. در اصل این بخش، قضای شرعی به معنای خاص نیست بلکه افتاء است، ممکن است قاضی در استنباط حکم قضیه دچار خطا شود. بسیاری از متون فقهی اشتباهات حکمی را در آراء قضایی مجوز نقض می دانند، البته در مورد نوع و اهمیت اشتباهات حکمی، نظرات یکسان نیست. برخی مخالفت حکم با دلیلی که نزد همه معتبر است را درخور نقض می دانند (طباطبائی یزدی: ص ۲۸؛ میرزاحبیباله رشتی، جزء اول، ص ۱۰۹). برخی عدم رعایت موازین حکمی مربوط به ادله اثبات را نیز بر جهات نقض افزوده اند (آغا ضیاءالدین عراقی، ص ۳۲ و ۳۳). اما درخصوص مسائل موضوعی ذیل عنوان مخالفت حکم با واقع تردید و اختلاف نظر بیشتر است. در بسیاری از فتاوی به طور مطلق یقین قاضی به مخالفت

حکم با واقع اعم از حکمی یا موضوعی را مجوز نقض حکم می‌دانند ولی در مقابل این سؤال که آیا محکوم علیه هم می‌تواند با طرح دعوا، ادعای عدم اصابت حکم به واقع را مطرح نماید. از برخی متون فقهی برمی‌آید که چنانچه ادعایی از محکوم علیه پذیرفته نمی‌شود. یعنی اشتباه در احراز موضوع نمی‌تواند مجوز تجدیدنظرخواهی قرار گیرد. مرحوم میرزا حبیب‌الله رشتی عقیده دارد که ادعای جور علیه قاضی تنها در شبهات حکمیه پذیرفته می‌شود (کتاب القضاء، ص ۱۱۶). دلیل اصلی عدم پذیرش این ادعا از سوی محققینی چون مرحوم آشتیانی یا آغاضیاءالدین عراقی این است که آن را مخالف نظم اجتماعی و مصالحی که قضاوت برای آن تشریع شده می‌دانند و معتقدند با فتح این باب، دعای حل و فصل نمی‌شود و خصومت‌ها استمرار می‌یابد (آشتیانی، ص ۵۶؛ آغاضیاءالدین عراقی، ص ۳). به نظر می‌رسد همین شیوه نگرش باعث شده است که مقنن برخلاف پژوهش‌خواهی در تجدیدنظر به احصا جهات درخواست نقض در ماده ۳۴۸ همت گمارد. در واقع مقنن نمی‌خواهد باب طرح اعتراضات ماهوی بدون محدودیت مفتوح باشد. با چنین نگاهی می‌توان گفت اثر انتقالی در تجدیدنظر مطلق نیست و شاید حتی بتوان ادعا کرد چنین اثری وجود ندارد مگر اینکه بنا بر طرح اولیه مبتنی بر فتاوی، ابتدا به جهات محدود رأی نقض شود سپس راه برای رسیدگی مجدد به تمام دعوا فراهم شود.

۲. مفهوم دلیل و تفاوت دلیل جدید با ادعای جدید

آگاهی نسبت به ماهیت حقوقی دلیل و تمایز آن از ادعا می‌تواند در پاسخ به سؤال تحقیق راهگشا باشد.

۲-۱. دلیل در حقوق آیینی ایران

در اصطلاح عرف، دلیل به چیزی اطلاق می‌شود که امر مجهولی را ثابت کند (مدنی، ۱۳۸۲: ۱۵). ماده ۱۹۴ قانون آیین دادرسی مدنی، دلیل را امری که اصحاب دعوا برای اثبات یا دفاع از دعوا به آن استناد می‌کنند، می‌داند. به موجب ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی، دلایل اثبات دعوا، اقرار، اسناد کتبی، شهادت، اماره و قسم می‌باشد. می‌توان گفت دلیل، عامل اثبات حقیقت امری است که مورد ادعای یکی از اصحاب دعوا و انکار دیگری، است. در سلسله ابزار اثباتی، در کنار دلیل، با اماره و اصول عملیه روبه‌رو می‌شویم. ارزش دلیل بالاتر از اماره و ارزش اثباتی اماره فراتر از اصول عملیه است (موسوی، ۱۴۰۱: ۳۲). دلیل موتور انرژی بخش و حرکت‌آفرین دادخواهی است و دغدغه صاحب حق باید یافتن این سرمایه ارزشمند باشد (موسوی، ۱۴۰۰: ۱۶۱).

۲-۲. دلیل در حقوق آیینی فرانسه

دلیل، اظهار و بیان یک امری، یا یک سند یا یک نص قانونی است که در آن به وسیله یک استدلال

حقوقی^۱، مدعی استنتاج مدلل از یک دادخواست یا یک دفاعیه باشد. در تعریف استدلال نیز گفته شده، چیزی است که به واسطه آن، وسایل اثبات دعوا را تبیین و توجیه می‌کند. (Bencze matyas & Gar rein Ng, 2018: 2) مواد ۱ الی ۱۳ قانون آیین دادرسی فرانسه، مبین اصل همکاری مؤثر دادگاه و اصحاب دعوا است. با توجه به ماده ۹، بر عهده هر یک از اصحاب دعوا است که برابر قانون اموری را که در موفقیت ادعای خود لازم می‌داند، اثبات کند. وفق ماده ۱۰، قاضی اختیار دارد رأساً، تمام ترتیبات تحقیقی را که قانوناً قابل قبول است، دستور دهد. به موجب ماده ۱۳ قاضی می‌تواند اصحاب دعوا را برای ادای توضیح نسبت به امور حکمی که فصل اختلاف به آن بستگی دارد، دعوت کند. طبق ماده ۶۷، خواسته خواهان باید دربردارنده مدارک باشد (Guinchard Serge et les autres, 2011: 375). با توجه به ماده ۱۴۳، اموری که فصل اختلاف به آن بستگی دارد می‌تواند به درخواست اصحاب دعوا یا رأساً، موضوع تمام ترتیبات تحقیقی که قانوناً قابل قبول است، قرار گیرند. در اجرای ماده ۱۴۴ ترتیبات تحقیقی می‌تواند در هر حال و مورد، که قاضی عناصر کافی برای تصمیم‌گیری در اختیار نداشته باشد، دستور داده شود (شمس، ۱۴۰۰: ۱۱۵).

وفق بند ۳ ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، موضوع دعوا عبارت است از آنچه خواهان به عنوان خواسته خود قرار داده و دادگاه محصور به اظهارنظر در همان حدود است. دعوا توانایی قانونی مدعی حق تضییع یا انکار شده در رویارویی با مراجع قانونی در جهت به قضاوت گذاشتن وجود یا نبودن آن تعریف شده است (شمس، ۱۴۰۰: ۸). دیگری، آن را عملی برای تثبیت حقی که مورد انکار یا تجاوز واقع شده معرفی کرده است (متین دفتری، ۱۳۸۱: ۲۰۹).

۲-۳. تمایز دلیل جدید و ادعای جدید

ادعا، وقتی جدید تلقی می‌شود که یکی از ارکان آن، یعنی (طرفین، موضوع و سبب دعوا) با ارکان دعوایی که در مرحله نخستین مطرح شده، مغایرت داشته باشد. ادعایی که سابقه طرح در دادگاه نخستین نداشته و برای اولین بار در دادگاه پژوهش عنوان شود جدید دانسته شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۳۱۲) در عالم فرضی، ادعا به چند اعتبار ممکن است ادعای جدید تلقی بشود: الف، به اعتبار سبب و منشأ دعوا. مثلاً شیئی در مرحله نخستین به استناد قرض مطالبه شده، در مرحله پژوهش به استناد ودیعه مطالبه شود. ب، به اعتبار خواسته و ج، به اعتبار تغییر اصحاب دعوا (متین دفتری، ۱۳۸۱: ۱۳۴).

سبب دعوا، چیزی است که به استناد آن مدعی خود را مستحق مطالبه دانسته و مبنای مستقیم و

بدون واسطه حقی است که مورد ادعا قرار گرفته باشد (صباغیان، ۱۳۹۶: ۷). تغییر سبب دعوا، موجب تغییر موضوع دعوا و در نتیجه دعوایی که با سبب جدید مطرح می‌شود با دعوای قبلی متفاوت می‌شود. این امر به یکی از ارکان شرایط تحقق اعتبار امر مختومه که وحدت سبب بین دو دعوا است، آسیب وارد می‌کند. به عنوان مثال، اگر موجر، در مرحله تجدیدنظر، سبب دعوای نخستین را از تخلیه به علت نیاز شخصی، به تخلیه به علت انتقال به غیر تغییر دهد، این امر وفق بند ۴ ماده ۵۱ و ۷ و ۳۴۹ همین قانون به لحاظ تغییر موضوع دعوا، ممنوع است. زیرا، در صورت احراز نیاز شخصی موجر و صدور حکم تخلیه، تمام حق کسب و پیشه و در صورت احراز تخلف مستأجر به لحاظ انتقال به غیر، نصف این حق به مستأجر تعلق می‌گیرد.

ماده ۷ همین قانون، به بیان اصل عدم امکان طرح دعوای جدید در مرحله تجدیدنظر و تنها خواسته‌ای که در مرحله نخستین رسیدگی شده را شایسته بررسی مجدد در مرحله تجدیدنظر دانسته است. قسمت دوم این ماده، به یک حکم استثنایی که همانا رسیدگی نخستین به بعضی از دعوای قابل طرح در دادگاه تجدیدنظر مثل دعوای ورود و جلب ثالث و... اشاره دارد.

ماده ۳۶۲ نیز، تغییر آنچه در مرحله نخستین نسبت به آن مورد رسیدگی واقع شده، مثل مطالبه قیمت مال محکوم به که عین آن موضوع رأی نخستین بوده، ادعای اجاره بها و مطالبه بقیه اقساط آن و اجرت المثل و دیونی که موعد پرداخت آن بعد از صدور رأی رسیده باشد و تغییر عنوان خواسته از اجرت المثل به اجرت المسمی و بالعکس را به لحاظ اینکه ادعای جدید ندانسته، تجویز کرده است. در نظام دادرسی فرانسه، ادعای جدید آن است که طرفین دعوا، وضعیت آنان و موضوع یا سبب دعوا را تغییر دهد. برعکس، تغییر ساده در دعوا، دلایل و یا موجبات رأی در مفهوم مندرج در ماده ۵۶۵ قانون آیین دادرسی فرانسه، به یک ادعا، ویژگی «جدید بودن» نمی‌دهد (Cornu Gerard, et al., 1996: 611).

طبق ماده ۵۶۵ ادعا، جدید محسوب نمی‌شود، اگر با همان هدفی مطرح شود که در برابر قاضی نخستین مطرح شده، هر چند پایه حقوقی آن متفاوت باشد و صرف تغییر انگیزه، ویژگی «جدید بودن» را به یک ادعا نمی‌دهد. می‌توان ادعایی با موضوع متفاوت ولی با هدف یکسان نسبت به ادعای نخست را پذیرفت. بنابراین، درخواست بطلان قرارداد که پس از درخواست فسخ مطرح گردد و همچنین، درخواست انحلال شرکت که پس از درخواست بطلان قرارداد شرکت مطرح شود، پذیرفتنی است. در تمام این موارد با بی‌اثر شدن عمل حقوقی متنازع‌فیه، یکسانی اهداف محقق می‌شود (Serge, 2006: 1216). این تلقی موسع در حقوق ایران وجود ندارد.

۳. مبانی عدم پذیرش دلیل جدید در مرحله تجدیدنظر

پس از تبیین ماهیت تجدیدنظر و اختلاف موجود در مورد اثر انتقالی بررسی دقیق تر دلایل مخالفین پذیرش دلیل جدید ممکن می گردد.

مهم ترین دلیل طرفداران عدم پذیرش دلیل جدید، ماهیت متفاوت تجدیدنظر و عدم وجود اثر انتقالی و بلا دلیل بودن تشبیه کامل تجدیدنظر به پژوهش است. همان گونه که پیش تر گفته شد از شیوه بیان جهات نقض که تا حدی شبیه موارد درخواست فرجامی است، عده ای این گونه نتیجه گرفته اند که دامنه پذیرش دلیل جدید صرفاً محدود به اثبات جهات مذکور در ماده ۳۴۸ است. برای مثال دلیل جدید برای اثبات عدم صلاحیت قاضی یا بی اعتباری مستندات قابل پذیرش است، اما دلیل جدید که به کار اثبات جهات تجدیدنظرخواهی نیاید و فقط مخالفت حکم با واقع را ثابت نماید قابل پذیرش نیست. این گروه عقیده دارند استناد به تبصره ماده ۳۴۸ که مقرر می دارد چنانچه درخواست تجدیدنظر به استناد یکی از جهات مذکور در این ماده به عمل آمده باشد در صورت وجود جهات دیگر مرجع تجدیدنظر به آن جهت هم رسیدگی می کند برای پذیرش دلیل جدید و اثر انتقالی تجدیدنظر راهگشا نیست. زیرا مراد از «جهات دیگر» جهات دیگر مذکور در همان ماده است و الا احصای جهات تجدیدنظر لغو خواهد بود و هر نوع تفسیر دیگر مغایر سابقه فقهی است که پذیرش ادعای خطا و اشتباه در رأی قاضی را محدود به موارد خاص نموده است.

یکی از شرایط دادخواست طبق بند ۶ ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی، ذکر ادله و وسایلی است که خواهان برای اثبات ادعای خود دارد؛ تا طرف مقابل هم از آن دلایل مطلع و آماده برای دفاع گردد. البته تشخیص ادله و وسایل اثبات ادعای خواهان با خود او می باشد که وفق مواد ۹۶ و ۲۱۷ این قانون، اصول اسناد باید قبل از جلسه اول دادرسی ارائه شود و الا ممکن است با مجازات قرار ابطال دادخواست مواجه گردد. از طرفی سرعت دادرسی ایجاب می کند که خواهان برای احتراز از اطاله دادرسی دلایل خود را در دادخواست بیان کند تا موجب اطاله دادرسی نشود. همچنین وفق ماده ۹۸ همین قانون، مواردی که می شود اضافه نمود را بیان و راجع به افزایش ادله چیزی نگفته است.

وفق ماده ۹۰ قانون آیین دادرسی مدنی، همان گونه که برای طرح ایرادات مذکور در ماده ۸۴، مهلت خاصی در نظر گرفته شده، برای ارائه دلایل و وسایل اثبات دعوا نیز چنین مهلتی ضرورت دارد. اصولاً ارائه دلایل و وسایل اثبات دعوا در زمان قانونی خود، موافق نظم دادرسی است و اصحاب دعوا نمی توانند به صورت قطره چکانی، به ارائه ادله اثبات ادعای خود در مراحل مختلف دادرسی مبادرت نمایند. زیرا از یک طرف موجب بی نظمی در دادرسی و از سویی دیگر حقوق

ماهوی طرف دعوا را در دفاع از خود در مقابل ادله اثباتی ارائه شده متزلزل می نماید (مهاجری، ۱۳۸۲: ۸۴). چنانچه خواهان یا خوانده در ارائه دلیل جهت اثبات ادعا، عمداً یا سهواً قصور یا نقصیر و یا به علتی امتناع نموده باشد و قاضی دادگاه نخستین بدون ملاحظه دلایل جدید مبادرت به انشای رأی علیه تجدیدنظرخواه نماید، بر اساس قاعده اقدام (الاقدام مسقط الضمان)، اقدام انسان در جهت ضرر خود مسقط ضمان است (محمدی، ۱۳۹۵: ۲۳۵).

حذف مقررات ماده ۵۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی سابق که مقرر می داشت: «ابراز دلیل جدید، ادعای جدید نیست»، قرینه است بر اینکه در وضع حاکم، دلیل جدید در این مرحله قابلیت پذیرش نیست. درخصوص زمان ارائه دلیل، برخی گفته اند که «نخستین و آخرین فرصت برای اقامه ادله، زمان تقدیم دادخواست است، مگر اینکه در قانون خلاف آن تصریح شده باشد ... دادخواست شرایطی دارد که فقدان هر یک از این شرایط اصولاً دارای ضمانت اجرا است. جهات تجدیدنظر در ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی به طور حصری پیش بینی شده است که به هیچ وجه شامل وجود دلیل جدید نمی شود.» (کریمی، ۱۳۸۷: ۴۸).

۴. مبانی پذیرش دلیل جدید در مرحله تجدیدنظر

طرف دارن این نظر عمدتاً عقیده به این همانی تجدیدنظر و پژوهش دارند و نمی توانند به راحتی از مزیت های پژوهش خواهی آن گونه که در قانون آیین دادرسی سال ۱۳۱۸ و حقوق فرانسه پذیرفته شده بود صرف نظر کنند. با این حال بخش اصلی دلایل آن ها همان ویژگی های پژوهش و برخی استنادات لفظی از مواد قانون آیین دادرسی مدنی است. از آن جمله می توان به موارد زیر اشاره نمود. تجدیدنظر، راهی برای جبران اشتباهات دادگاه نخستین است. به وسیله تجدیدنظرخواهی رسیدگی به دعا از دادگاه نخستین به دادگاه تجدیدنظر منتقل می شود. لذا، این دادگاه حق بررسی و رسیدگی به دعا را دارد (نوبخت، ۱۳۹۳: ۴۱۸؛ مرتضوی، ۱۳۹۴: ۳۸۶). طبق ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی، در کلیه امور حقوقی، دادگاه علاوه بر رسیدگی به دلایل مورد استناد طرفین دعا، هرگونه تحقیق یا اقدامی که برای کشف حقیقت لازم باشد، انجام خواهد داد. در نتیجه، به مرجع قضایی رسیدگی کننده اختیار هرگونه تحقیق و بررسی جهت کشف حقیقت داده شده است. ضمانت اجرای امتناع محکمه از تکمیل پرونده برای کشف حقیقت، نقض دادنامه به لحاظ نقص تحقیقات و به استناد بند ۵ شق اول ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسی مدنی است. در واقع، می توان گفت که آرمان قانون گذار، حقیقت مطلق می باشد (پوراستاد، ۱۳۹۱: ۱۷۷). تحصیل دلیل از راه مشروع به منظور روشن شدن حقیقت واجب است (صادقی، ۱۴۰۱: ۱۵۹).

چنانچه به دلیلی در مرحله نخستین توسط یکی از اصحاب دعا استناد و به علتی مورد توجه

دادگاه رسیدگی کننده قرار نگیرد و یا اینکه صاحب واقعی حق، اطلاعات کافی نداشته باشد و نتواند دلایلش را به موقع ارائه دهد و یا به تصور اینکه سایر ادله ابرازی در اثبات ادعای وی کافی است و به قصد اجتناب از اطاله دادرسی ناشی از ارزیابی آن دلیل، از ارائه آن خودداری کرده باشد و در نتیجه طرف او از این ناتوانی سود ببرد و حقی را که ندارد تصاحب نماید، در این صورت می تواند نسبت به ارائه دلیل جدید اقدام نماید.

لغو ماده ۵۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ توسط مقنن قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹، دلیل بر عدم پذیرش دلیل جدید در مرحله تجدیدنظر نیست؛ زیرا، در ماده ۳۶۲ قانون آیین دادرسی مدنی، تنها پذیرش ادعای جدید، یعنی ادعایی غیر از آنچه در مرحله نخستین مطرح شده، ممنوع گردیده است و علت آن هم تخلف از قاعده دودرجه ای بودن رسیدگی ماهیتی به دعوای مذکور در ماده ۷ این قانون است (شمس، ۱۴۰۰: ۳۴۲، ۳۹۲).

اصولاً از حقوق اصحاب دعوا می باشد که اگر ادله اثباتی دیگری در اختیار داشته باشند و یا اینکه مکتم بوده و دسترسی به آنها بعد از صدور حکم مرحله نخستین حاصل شده باشد، بتواند در مرحله تجدیدنظر ارائه نمایند. چطور بعد از صدور رأی قطعی و دستیابی به دلیل جدید، می تواند درخواست اعاده دادرسی نماید ولی در مرحله تجدیدنظر نمی تواند دلیل جدید ارائه کند. ادله اثبات دعوا، گاه ممکن است در زمان دادرسی در اختیار نباشد یا امکان دسترسی به آن فراهم نبوده و یا فراموش کند و یا به هر دلیل از ارائه آن خودداری کرده باشد، می تواند پس از صدور حکم قطعی ارائه و تقاضای اعاده دادرسی کند (بهرامی، ۱۳۹۶: ۷۶). وفق ماده ۴۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی، امکان ارائه دلیل جدید در اثنای دادرسی ممکن است. چراکه اگر چنین امکانی وجود نداشت، اعتراض ثالث طاری نیز موجب نداشت. زیرا وقتی ارائه حکم یا قرار به عنوان دلیل جدید قابل پذیرش نباشد، اعتراض نسبت به آن، به عنوان اعتراض طاری نیز ممکن نیست. از آنجا که قانون گذار در ماده ۴۱۹ همین قانون، به طور مطلق، ارائه حکم یا قرار در ضمن دادرسی را مد نظر قرار داده است، می توان نتیجه گرفت که خواهان، بعد از تقدیم دادخواست نیز می تواند دلیل جدید ارائه کند، همان گونه که خوانده نیز می تواند بعد از دفاعیات جلسه اول دادرسی، برای پاسخ گویی به دعوای خواهان دلیل جدید ارائه کند (مهاجری، ۱۳۹۲: ۳۱۵). همچنین از نص ماده ۲۱۷ همین قانون که انکار و تردید نسبت به دلایل اقامه شده را حتی الامکان تا اولین جلسه دادرسی قابل طرح می داند، بند ۷ ماده ۴۲۶ و ماده ۴۳۹ قانون مذکور این استنباط را پشتیبانی می کند (مهاجری، ۱۴۰۰: ۶۳).

قانون گذار ۱۳۱۸، در بیان شرایط دادخواست در بند ۶ ماده ۷۲ از عبارت «تمام ادله» استفاده کرده است. ولی، در قانون گذاری سال ۱۳۷۹ و در بند ۶ ماده ۵۴، کلمه «تمام» را بر داشته است. این امر

حاکمی از آن است که خواهان می‌تواند یک دلیل را الان ذکر کند و به سایر دلایل در مسیر دادرسی استناد کند. هرگاه طرفین به دلایلی استناد کردند، مانع از این نیست که دادگاه به دلایل دیگر رسیدگی کند. با توجه به ماده ۲۷۸ قانون آیین دادرسی کیفری، اگر به علت فقدان دلایل کافی بر وقوع جرم انتسابی به متهم، قرار منع تعقیب صادر و قرار صادره قطعی شده باشد، با ارائه دلیل جدید، تعقیب مجدد متهم امکان‌پذیر است. بند ج ماده ۴۷۴ همین قانون و بند ۷ ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی، نیز می‌تواند نشانه‌ای بر پذیرش دلیل جدید حتی در مرحله فرجام باشد. به موجب این مقرره، واقعه یا دلیل جدیدی که حتی پس از صدور حکم قطعی پیدا شده و نشانگر حقانیت محکوم‌علیه باشد، قابل استناد است.

طبق مواد ۸ و ۹ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه، دادرس می‌تواند طرفین را برای اخذ توضیح دعوت و هرگونه تحقیقی را که برای دادرسی لازم است انجام دهد. بر عهده طرفین است که ادله را ارائه کنند. همچنین، با توجه به مواد ۱۰ و ۱۴۳ همین قانون، دادرس اختیار دارد رأساً دستور کلیه اقدامات تحقیقی را که به‌طور قانونی مسموع هستند، صادر کند. مواد ۵۶۳ و ۵۶۴ در این خصوص تصریح نموده است: «طرفین دعوا می‌توانند در مرحله پژوهش برای توجیه دعاوی که در مرحله نخستین مطرح کرده‌اند به وسایل جدید متوسل، دلایل جدید اقامه نمایند».^۱ این قاعده با مفهوم اثر انتقالی پژوهش ارتباط پیدا می‌کند. طرفین می‌توانند، قبل از آنکه قاضی مرحله پژوهش دعوا را از جهت موضوعی و حکمی رسیدگی کند، با عرضه مدارک و دلایل جدید، همه عواملی را که در روشن شدن موضوع مؤثر می‌باشد ارائه دهند.^۲ (Jean, 1976: 809).

به موجب قاعده ۳۳-۴ آیین دادرسی فراملی، بازنگری پژوهشی، به ادعاها و مدافعات مطرح شده در دادرسی نخستین محدود می‌شود. اما، دادگاه تجدیدنظر جهت اجرای عدالت می‌تواند به دلایل جدید نیز رسیدگی کند. بند ۴ اصل ۹ نیز به طرفین دعوا حق داده است که تا آخرین مقطع دادرسی، دلایل بیشتری به دادگاه ارائه کنند. اصحاب دادرسی باید این کار را در آخرین جلسه استماع نهایی تمرکز یافته‌ای که کلیه ادعاها را در آن مطرح می‌کنند، انجام دهند. همچنین، طبق اصل ۲۷-۳ دادگاه پژوهش می‌تواند برای اجرای بهتر عدالت، موضوعات و دلایل جدید را بپذیرد. (غمامی و

1. Art 563: Pour justifier en appel les prétentions qu'elles avaient soumises au premier juge, les parties peuvent invoquer des moyens nouveaux, produire de nouvelles pièces ou proposer de nouvelles preuves.

2. Art 564: A peine d'irrecevabilité relevée d'office, les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait.

محسنی، ۱۳۹۲: ۲۵۹).

۵. راه حل منتخب و تعدیل آن

به نظر می‌رسد برای ارزیابی ادله دو دیدگاه مورد مطالعه، ابتدا با مشکلات پذیرش دلیل جدید آشنا، سپس راه حل مناسب را در وضعیت فعلی حقوق موضوعه با لحاظ این مشکلات تبیین نمود.

۵-۱. پیامدهای ارائه دلیل جدید در مرحله تجدیدنظر

ارائه و پذیرش دلیل جدید در مرحله تجدیدنظر، نتایج زیر را به دنبال دارد.

۵-۱-۱. اطالة دادرسی

ارائه دلیل جدید، موجب اطالة دادرسی و تأخیر در صدور حکم می‌شود. زیرا وقتی یکی از طرفین در مرحله نخستین برای اثبات ادعای خود به سندی استناد نموده و در مرحله تجدیدنظر برای اثبات آن امر به دلیلی متوسل شود، ممکن است قاضی دادگاه تجدیدنظر برای رسیدن به اقناع وجدانی، قرار استماع شهادت شهود یا ارجاع امر به کارشناس صادر که تکمیل فرایند دادرسی و آماده کردن پرونده برای صدور رأی و لزوم رعایت اصل حقوق دفاعی و اصل تقابل و نیز اصول حاکم بر موضوع رسیدگی به دعا و تشریفات کشف حقیقت، مدت زمان زیادی را طلب نماید. همچنین وفق ماده ۲۰۰ قانون آیین دادرسی مدنی، در رسیدگی به دلایل در صورتی که صحت آن بین طرفین مورد اختلاف و در تصمیم دادگاه مؤثر باشد، به درخواست یکی از طرفین باید در جلسه دادرسی به عمل آید که مطابق ماده ۲۰۱ همین قانون باید جلسه رسیدگی با اطلاع پیشین به طرفین صورت گیرد، تا طرفین دعا از جلسه رسیدگی به درستی دلایل آگاه باشند (مهاجری، ۱۳۸۰: ۸۸).

۵-۱-۲. تولید و تکثیر دعاوی

در پی ارائه دلیل جدید، ممکن است شخصی خود را ذی‌نفع در محکوم‌له واقع شدن یکی از طرفین دعاوی اصلی بداند، بر این اساس برای کمک و تقویت یکی از طرفین دعاوی اصلی به‌عنوان شخص ثالث وارد دعا شده و مدارکی تقدیم و صدور حکم به نفع آن شخص را درخواست کند. فرضی را در نظر بگیریم که ملکی مورد معامله واقع و شخص دیگری بر خریدار ملک اقامه دعاوی خلع ید نماید. در این صورت، شخص فروشنده، دادخواست ورود ثالث تقدیم و دلایل خود را در خصوص مالکیت زمینی را که فروخته به دادگاه ارائه دهد تا خوانده اصلی را تقویت و مدعی مالکیت زمین محکوم به بی‌حقی شود. زیرا اگر فروشنده به‌عنوان ثالث وارد دعاوی اصلی نشود و خریدار زمین محکوم به خلع ید از آن زمین شود، وی می‌تواند از باب ضمان درک موضوع مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مدنی به فروشنده مراجعه و ثمن پرداختی و خسارت وارده را از فروشنده بخواهد. طرح دعاوی طاری و ارائه دلیل جدید در مرحله تجدیدنظر و ارزیابی و سنجش دعاوی جدید

سبب پیچیده شدن دادرسی و اطاله دادرسی و تأخیر در صدور حکم می‌شود. با این همه، طولانی شدن روند دادرسی به هیچ وجه توجیه‌کننده عدم پذیرش دلیل جدید نخواهد بود. بر عکس، مبنای تقنینی ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی را کاملاً روشن می‌کند. زیرا، ذات رسیدگی در این خصوص بر مبنای عدالت است و عدالت ولو با طولانی شدن رسیدگی، مطلوب نهایی خواهد بود. زیرا، ممکن است جریان دادرسی دادگاه نخستین به واسطه ارائه دلیل جدید تغییر و رأی تجدیدنظر خواسته نقض و رأی دیگری صادر شود.

۳-۱-۵. تجاوز به دستاوردهای آیینی اصحاب دعوا

دادرسی مدنی عرصه هنر آفرینی و نقش آفرینی اصحاب دعوا هست. در این دامنه «اصل ابتکار عمل خصوصی اصحاب دعوا»^۱ جاری است. برخلاف دادرسی کیفری که محل نقش آفرینی و «ابتکار عمل قضایی دادرس»^۲ نیست (موسوی، ۱۴۰۰: ۴۹). پذیرش دلیل جدید این نظم را تخریب ساخته و دستاوردهای ناشی از ابتکار عمل طرف پیروز را بر هم می‌زند.

۲-۵. نظر منتخب

به نظر نگارنده مبنای اصلی مخالفان پذیرش دلیل جدید که تکیه بر پیشینه فقهی تجدیدنظرخواهی دارد و اثر انتقالی و تشبیه کامل تجدیدنظر و پژوهش را نفی می‌کند با ظاهر مواد قانونی خصوصاً ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی از نظر تفسیر قضایی سازگار است و به راحتی نمی‌توان به آن بی‌اعتنا بود. مع‌ذلک علی‌رغم عدم پذیرش مطلق ادعای اشتباه در امور موضوعی در فقه معلوم نیست، چگونه همین مقنن در اعاده دادرسی که ماهیتاً و در معنی نوعی استیناف حکم و از سر گرفتن مرافعه است، علاوه بر امکان مناقشه در امور موضوعی به موجب بندهای ۵ و ۶ ماده ۴۲۶ قانون گفته شده به صراحت در بند ۷، ارائه دلیل مکتوم که به نوعی ادعای مخالفت حکم با واقع است را تجویز نموده و شورای نگهبان نیز آن را مخالف شرع ندیده است. چنانچه باب استناد به دلیل مکتوم اعم از سند و هر مدرک دیگر که می‌تواند اماره قضایی باشد، باز شود دلیل ندارد که این ادعا شرعاً در مرحله تجدیدنظر با بندهای تضییق‌کننده ماده ۳۴۸ قانون مذکور مسموع نباشد. شاید به همین دلیل است که تشتت در رویه قضایی را شاهدیم. برخی محاکم برای ارائه دلیل جدید محدودیت زمانی و بعضی دیگر تا پایان امر دادرسی مورد پذیرش قرار می‌دهند و به مفهوم ماده ۳۶۲ قانون آیین دادرسی عمومی و انقلاب در امور مدنی استناد می‌نمایند. در زیر به تعدادی از این آراء اشاره می‌شود:

در پرونده شعبه ۲۹ دادگاه حقوقی تهران، وفق دادنامه شماره ۱۱۹۲ مورخ ۹۰/۱۲/۲۴ حکم بر

1. Le principe de initiative judiciaire

2. le principe de initiative prive

بطلان دعوای خواهان به خواسته مطالبه ثمن معامله صادر شده، شعبه ۵۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران طبق رأی شماره ۹۱۰۱۱۴۴ با این استدلال «... چون وفق بند ۶ ماده ۵، دادخواست باید حاوی ذکر ادله و وسایلی که خواهان برای اثبات ادعای خود دارد، از اسناد و نوشتجات و اطلاع مطلعین و غیره باشد. از همین رو، پس از تقدیم دادخواست و حین رسیدگی چنانچه دلایلی از ناحیه خواهان ارائه شود آن دلایل غیرقابل ترتیب اثر است.» اعتراض را رد کرده است.

طبق دادنامه شماره ۹۱۰۵۱۹ شعبه ۱۱۸ دادگاه حقوقی تهران، خوانده به تنظیم سند رسمی محکوم و محکوم علیه به علت مجعول بودن مستند دعا از رأی صادره تجدیدنظرخواهی نموده است. شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران وفق رأی شماره ۹۲۰۶۹۷ استدلال کرده است: «... ادعای تجدیدنظرخواه بر جعلی بودن وکالتنامه‌ها در مرحله تجدیدنظر مطرح شده، در حالی که زمان طرح آن در جلسه رسیدگی به دعوای واخواهی می‌باشد (مواد ۲۱۷ و ۲۱۹ ق.آ.د.م)، در حالی که ادعای جعلیت در لایحه تجدیدنظرخواهی صورت گرفته که قابل اعتنا نمی‌باشد.»

دادنامه شماره ۹۱۰۶۱۹ شعبه ۱۰ دادگاه عمومی تهران مشعر بر صدور حکم بر بی‌حقی خواهان به خواسته مطالبه ثمن معامله می‌باشد. تجدیدنظرخواه ضمن تجدیدنظرخواهی به سوگند تجدیدنظرخوانده استناد نموده است. شعبه ۱۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران چنین استدلال کرده است: «... با توجه به سند عادی ارائه شده از سوی تجدیدنظرخوانده، چون در دادخواست اولیه خواهان، سوگند را به‌عنوان ادله اثبات دعوا ذکر ننموده است، لذا نمی‌توان در این مرحله دلیل جدید مطرح نماید.»

نشست قضایی مورخ ۸۵/۷/۲ با کد ۵۴۶۶-۱۳۹۷ دادگستری استان یزد نیز در همین راستا درخور توجه است: «اسناد جدیدی که رونوشت آن‌ها پیوست دادخواست نباشد به آن‌ها ترتیب اثر داده نمی‌شود، ولو اینکه این اسناد در جلسه اول دادرسی تقدیم شود. در مرحله تجدیدنظر، دلیل جدید پذیرفته نمی‌شود. بند ۶ از ماده ۳۴۱ ق.آ.د.م اشاره به دلایل تجدیدنظرخواهی دارد که در مرحله نخستین به آن‌ها رسیدگی شده است.»

اما با وجود این قبیل تصمیمات قضایی نمی‌توان انکار کرد که اکثریت قضات مراجع تجدیدنظر اجازه ورود در ماهیت و ارائه دلیل جدید را به‌سان پژوهش می‌دانند.

شعبه ۱۴ دیوان عالی کشور، طبق دادنامه شماره ۱۴۰۲۶۸۲۷۹ مورخ ۱۴۰۱/۴/۱۵، رأی شماره ۱۴۰۰۴۳۳۳ شعبه ۳۷ دادگاه حقوقی تهران به خواسته ابطال سند وکالت و ابطال سند رسمی مترتب بر وکالت به‌لحاظ عدم رعایت مصلحت موکل را با این استدلال که: «به‌رغم ضرورت تحقیق و بررسی به اینکه آیا تعادل عوضین رعایت و حساب زمان وکالت پرداخت و مصلحت موکل مراعات

گردیده یا خیر» به استناد بند ۳ و ۵ ماده ۳۷۱ و فقرات مواد ۴۰۱ و ۴۰۵ ق.آ.د.م. نقض و جهت رسیدگی مجدد به دادگاه صادر کننده رأی منقوض ارجاع نموده است.

شعبه ۱۹ دیوانعالی کشور، طی دادنامه شماره ۱۴۸۴۸۹ مورخ ۱۴۰۱/۳/۲، رأی شماره ۹۹۸۸۸ مورخ ۹۹/۵/۲۰ شعبه ۳۳ تجدیدنظر استان آذربایجان شرقی که متضمن بطلان دعوی زوجه به خواسته طلاق به لحاظ تحقق اعمال وکالت در طلاق را با این استدلال که: «... در بند ۷ شرط ضمن عقد، اعتیاد به طور مطلق و عام به کار رفته و در نتیجه می تواند شامل هر نوع اعتیاد شود، حسب غلبه عرفی اعتیاد به مواد مخدر مضر به اساس زندگی خانواده می باشد ...» را نقض و جهت تحقیق از مطلعان درباره تأثیر اعتیاد زوج بر زندگی زوجین و انشای رأی جدید به دادگاه صادرکننده رأی فرجام خواسته ارجاع نمود.

شعبه ۴۲ دیوان عالی کشور، وفق رأی شماره ۴۷۹۴۵۲ مورخ ۱۴۰۰/۶/۳۱، دادنامه شماره ۱۸۸۲ مورخ ۱۴۰۰/۳/۱۷ شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر خراسان رضوی، حکم حجر فرجام خواه را به علت عدم تحقیقات مکفی از حیث نحوه اعمال و رفتار وی از بستگان و همسایگان و جلب نظر کمیسیون روانپزشکی درخصوص سفاهت و همچنین در رأی شماره ۵۴۱۵۰۸ مورخ ۱۴۰۰/۷/۲۷، دادنامه شماره ۸۴ مورخ ۱۴۰۰/۴/۲ شعبه نهم دادگاه تجدیدنظر استان کرمانشاه را در مورد فسخ نکاح، به علت عدم تحقیقات لازم درخصوص ادعای زوج در مورد مکتوم بودن بیماری زوجه و زمان اطلاع از آن و علم به وجود حق فسخ و فوریت آن نقض و پرونده را جهت رسیدگی مجدد به دادگاه صادر کننده رأی منقوض ارجاع نمود.

طبق نظریه شماره ۷/۸۰۷۱ اداره حقوقی قوه قضائیه در بند ۶ ماده ۳۴۱ قانون آیین دادرسی مدنی به تجدیدنظر خواه اجازه داده شده است که دلایل تجدیدنظر خواهی را ذکر کند. ممکن است از جمله دلایل تجدیدنظر خواهی، دلایل جدیدی باشد که در مرحله بدوی اقامه نشده که در این صورت تجدیدنظر خوانده نیز حسب مقررات ماده ۳۴۶ این قانون ضمن لایحه تجدیدنظر خواهی می تواند دلایلی در مقابل تجدیدنظر خواه ارائه نماید.

در این میان به نظر می رسد راه حلی را که بر اساس آن با توجه به پذیرش ورود در امور موضوعی در اعاده دادرسی و اخذ ملاک از آن، پذیرش دلیل جدید که در مرحله نخستین در ارائه آن کاهلی صورت نگرفته تجویز می شود، باید راه حلی میانه و مطابق عمومات مورد اشاره دانست. از یک طرف دغدغه رعایت عدالت و کشف حقیقت نباید فراموش شود و از سوی دیگر طراحی نظم دادرسی و قواعد مربوط به اداره دلیل نباید بی ثمر گردد. در صورت آزادی مطلق ارائه دلیل جدید، مرجع تجدیدنظر و اصحاب دعوا با مشکلات مربوط به ارائه آزادانه دلیل جدید مواجه می شوند. زیرا

خواهان نباید آگاهانه دلیلی از دلایل ادعای خود را از سبد دلایل خارج و به نوعی ذخیره کند، تا شاید در مراحل بعدی دادرسی و از جمله اعاده دادرسی، طرف مقابل را غافل گیر کند. این شیوه، خلاف اصل صداقت در اثبات موضوعات و مرجحات اصل انصاف و قاعده «دفاع بر مبنای دستان پاک»^۱ است. در نتیجه، این گونه فریبکاری پذیرفته نیست. زیرا، ممکن است خاصیت خود را از دست داده و دیگر به کار دادخواه نیاید (موسوی، ۱۴۰۰: ۱۴۸). ولی به نظر می‌رسد، در اجرای مواد ۹۶ و یا ۲۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی، با توجه به اینکه خروج دلیلی از عداد دلایل در مرحله نخستین، دلیل عدم اصالت آن نمی‌باشد، در صورتی که دلیلی در مرحله نخستین مورد استناد قرار گرفته باشد که دادگاه نخستین به علت تأخیر در استناد به آن و در باب ارجاع امر به کارشناس، معاینه محل یا تحقیق محلی، چنانچه به علت عدم پرداخت هزینه کارشناسی یا عدم تهیه وسیله اجرای قرار از عداد دلایل خارج شود یا خواهان به اصول اسناد دسترسی پیدا کرد، هیچ منعی در جهت ارائه آن در مرحله تجدیدنظر وجود ندارد. درخواست سوگند، قرار تحقیق و معاینه محلی در مرحله تجدیدنظر نیز پذیرفتنی است حتی اگر قرار در مرحله نخستین اجرا شده و یا از عداد دلایل خارج شده باشد (شمس، ۱۳۸۷: ۲۱، ۵۹، ۱۳۱، ۱۶۶، ۱۷۹ و ۲۱۵). لذا عقیده طرف‌داران پذیرش دلیل جدید در مرحله تجدیدنظر را باید با تعدیلاتی مورد پذیرش قرار داد. چنین راه حلی با بند ۶ ماده ۵۱، بند ۶ ماده ۳۴۱، ۳۶۲ و بند ۷ ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و با هدف دادرسی و اصول کلی حاکم بر آیین دادرسی مدنی انطباق بیشتری دارد؛ لیکن ترسیم دقیق خطوط مربوط به دغدغه کشف عدالت و نظم دادرسی باید توسط مقنن صورت پذیرد. به نظر می‌رسد طراحی رسیدگی دودرجه‌ای در مورد قضاات مأذون و نظام دادرسی بر اساس قانون که خود امری مستحدث است برخلاف تلقی سال‌های اول انقلاب مغایرتی با شرع ندارد و در یک نظام سازمان‌یافته و دقیق رسیدگی دودرجه‌ای، بیم اخلال در نظام و تسلسل در دعاوی و استمرار خصومت‌ها وجود ندارد. با این حال مدل ساده پژوهش سال ۱۳۱۸ نیازمند به‌روزرسانی است.

نتیجه

پذیرش دلیل جدید در ایران و به‌ویژه در میان قضاات مورد اختلاف نظر است. دلیل اصلی این اختلاف را باید در ماهیت تجدیدنظر و همسانی یا مغایرت آن با پژوهش رایج در حقوق فرانسه و قانون آیین دادرسی سال ۱۳۱۸ جست‌وجو نمود. مقنن در تأثیرپذیری از مقررات فقهی، رویه واحدی را اتخاذ ننموده است و به نظر می‌رسد پذیرش دلیل جدید در حقوق موضوعه با محدودیت‌هایی

مواجه می‌باشد. با وجود این بر پذیرش دلیل جدید در مرحله تجدیدنظر، آثار مثبت و منفی بار است و نمی‌توان هر یک از این دو اندیشه را بدون اشکال پذیرفت. پذیرش دلیل جدید در غنای محتوای دادرسی و رسیدن به اصول انصاف و عدالت، یاری‌گر دادرس است. اگر هدف دادرسی رسیدن به عدالت باشد، این امر با محدود کردن زمان استفاده ادله به‌صورت قاطع و بدون هر گونه انعطاف منافات دارد. ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی، به محکمه این امکان را داده که به‌وسیله هر گونه تحقیق و اقدام لازم، به کشف واقع دست پیدا کند. ماده ۳۶۲ همین قانون، تنها طرح ادعای جدید در مرحله تجدیدنظر را ممنوع کرده است. مفهوم مخالف این ماده، دلالت دارد که ارائه دلیل جدید در مرحله تجدیدنظر ممنوعیت و محدودیتی ندارد. لذا، اصحاب دعوا باید مجاز باشند در مرحله تجدیدنظر در راستای رعایت اصول دادرسی عادلانه با رعایت حدودی به دلایل جدید استناد کنند. با این حال سایر اصول دادرسی مانند اصل تناظر باید رعایت گردد و دادگاه تجدیدنظر باید حق دفاع طرف مقابل را نسبت به دلیل جدید ارائه‌شده رعایت کند. پیشنهاد می‌شود با توجه به اینکه محدودیت‌های نقض حکم قاضی و عدم جواز ادعای جور در امور موضوعی که در برخی فتاوی مورد تأکید قرار گرفته است مختص قضاوت مجتهدین جامع‌الشرایط است، برای قضاوت قضات مأذون که بر اساس قانون، داوری می‌کنند نه فتاوی خود، با احیای طریق شکایت پژوهشی، مقررات فعلی تجدیدنظرخواهی را اصلاح و مقنن با وضع قانون و هیئت عمومی دیوان عالی کشور با صدور رأی وحدت‌رویه در این زمینه مبادرت به رفع نزاع نمایند. همچنین از تجربیات سه دهه اخیر ممالک دیگر برای کاهش اثرات منفی آزادی مطلق در توسل به دلایل جدید و طراحی دادرسی دودرجه‌ای که از معضل اطاله نیز رنج نبرد استفاده کند.

منابع

فارسی

- بهرامی، بهرام (۱۳۸۲)، آیین دادرسی مدنی کاربردی، تهران: انتشارات نگاه بینه.
- بهرامی، بهرام (۱۳۹۶)، بایسته‌های اعاده دادرسی، چاپ چهارم، تهران: انتشارات نگاه بینه.
- پوراستاد، مجید (۱۳۹۱)، نقش دادرسی مدنی در تحصیل دلیل، تهران: انتشارات شهر دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۳)، دانشنامه حقوقی، جلد چهارم، تهران: انتشارات امیرکبیر.
- جور ابراهیمیان، نجات‌اله (۱۳۷۱)، تجدیدنظر در رأی دادگاه در امور مدنی، پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد در رشته حقوق خصوصی، تهران: دانشگاه تهران.
- حسن زاده، مهدی (۱۴۰۰)، «تحلیل قلمرو در نقض آراء محاکم»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۳.
- حیاتی، علی عباس (۱۳۹۰)، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، تهران: نشر میزان.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۲)، لغت نامه، جلد هفتم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۷)، ادله اثبات دعوا، تهران: انتشارات دراک.
- شمس، عبدالله (۱۴۰۰)، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، تهران: انتشارات دراک.
- صباغیان، حسین (۱۳۹۶)، شرح کامل دعاوی، تهران: انتشارات جنگل.
- غمامی، مجید و حسن محسنی (۱۴۰۱)، آیین دادرسی فراملی، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، اثبات و دلیل اثبات، جلد اول، تهران: انتشارات میزان.
- کریمی، عباس (۱۳۸۷)، ادله اثبات دعوا، تهران: نشر میزان.
- متین دفتری، احمد (۱۳۷۸)، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد دوم، تهران: انتشارات مجد.
- محسنی، حسن (۱۳۹۵)، آیین دادرسی مدنی فرانسه، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۹۵)، قواعد فقه، تهران: انتشارات میزان.
- مدنی، سیدجلال (۱۳۸۲)، ادله اثبات دعوا، تهران: پایدار.
- مرتضوی، عبدالحمید (۱۳۹۴)، آیین دادرسی مدنی عمومی، تهران: انتشارات جنگل.
- مردانی، نادر و محمدجواد بهشتی (۱۳۸۱)، آیین دادرسی مدنی، جلد اول، تهران: انتشارات میزان.
- موسوی، سیدعباس (۱۴۰۱)، اماره مدیونیت یا اصل عدم مدیونیت، تهران: مرکز انتشارات قوه قضائیه.
- موسوی، سیدعباس (۱۴۰۱)، رویه قضایی، تبلور اصول حقوقی بر آرای دادگاه‌های حقوقی، چاپ سوم، تهران: نشر خرسندی.
- موسوی، سیدعباس (۱۴۰۰)، مهارت‌های دادرسی، چاپ دوم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- مهاجری، علی (۱۴۰۰)، ادله اثبات دعوی مدنی، چاپ اول، تهران: انتشارات فکرسازان.
- مهاجری، علی (۱۳۸۰)، شرح قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب، جلد دوم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- مهاجری، علی (۱۳۹۲)، مبسوط در قانون آیین دادرسی مدنی، جلد سوم، تهران: انتشارات فکرسازان.
- معاونت آموزش قضائیه (۱۳۸۶)، مجموعه نشست‌های قضایی مسائل آیین دادرسی مدنی، تهران: نشر قضا.
- معین، محمد (۱۳۸۷)، فرهنگ فارسی معین، تهران: انتشارات فرهنگ نما.

- نجارزادگان سرابی، زهرا، هادی صادقی و محمدحسین ناظمی اشنی (۱۴۰۱)، «تحصیل دلیل در اجتهاد قضایی»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۱۱۸.
- نوبخت، یوسف (۱۳۷۰)، *اندیشه‌های قضایی*، تهران: انتشارات مؤسسه کیهان.
- نوبخت، یوسف (۱۳۹۳)، *نگاهی به آیین دادرسی مدنی*، تهران: انتشارات راد نو اندیش.
- واحدی، جواد (۱۳۷۰)، «پاسخ نقدی بر مقاله اعاده دادرسی»، *مجله کانون وکلای دادگستری*، شماره ۵.
- یاری، الیاس و مرتضی شهبازی‌نیا (۱۳۹۴)، «ارائه دلیل جدید در مرحله تجدیدنظر»، *نشریه پژوهش‌های تطبیقی*، شماره ۱.

عربی

- آشتیانی، میرزاحسن (۱۳۶۳)، *کتاب القضا*، قم: مؤسسه منشورات دارالهجره.
- حکیم، سیدمحسن (۱۳۷۶ق)، *مستمسک العروه الوثقی*، جلد اول، نجف: المطبعه النجف.
- رشتی، میرزا حبیب اله (بی تا)، *کتاب القضا*، دو جلد در یک مجلد، قم: مطبعه الخيام.
- طباطبایی، سیدمحمدکاظم (۱۳۷۷ق)، *عروة الوثقی*، (ملحقات) جز دوم و سوم در یک مجلد، تهران: مطبعه الحیدری.
- کنی، حاج ملاعلی (بی تا)، *تحقیق الدلائل (کتاب القضا)*، بدون مشخصات چاپ.

فرانسوی

- Bencze, matyas & Gar rein Ng (2018), *How to measure the Quality of Judicial reasoning*, Spriger International.
- Cornu, Gerard et Jean Foyer (1996), *Procédure Civile*, po 605 et bob, couch procedure civil, (Paris: Presses universitaires de France, 3 éd.
- Guinchard, Serge, Frédérique Ferrand (2006), *Procédure Civile, Droit interne et droit communautaire*, 28 ème edition, Dalloz.
- Guinchard, Serge et les autres (2011), *Droit processuel: droits fondamentaux du procès*, DALLOZ, sixième éditon.
- Motulsky, Henri, écrits (2009), *études et notes de procédure civile*, Dalloz, Paris.
- Perrot, Roger (2012), *Institutions Juridiciaires*, LGDJ, 15 ème edition.
- Vincent, Jean, Guinchard, Serge (2005), *Procédure Civile*, Paris: Dalloz.