

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيْمِ

مَحْلٌ حُوْدَةٌ

سال هشتاد و دوم / شماره یکصد و سوم / پاییز ۱۳۹۷

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

صاحب امتیاز: قوه قضاییه

مدیر مسئول: علیرضا امینی

سردیر: حسین میرمحمد صادقی

مدیر اجرایی: مهدی صبوری پور

اعضاء هیأت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

محمد آشوری، محمدعلی اردبیلی، ریبعا اسکینی، نجادعلی الماسی، محمدمجود جاوید

سام سوادکوهی فر، سیدمرتضی قاسمزاده، علی حسین نجفی ابرندآبادی

حروفچینی، صفحه‌بندی و چاپ: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه

قیمت: ۵۰۰۰۰ ریال

شمارگان: ۱۰۰۰

نشانی: تهران، بزرگراه شهید چمران، بزرگراه بادگار امام (ره)، بعد از خروجی اوین در که،

پژوهشگاه قوه قضاییه، دفتر مجله حقوقی دادگستری

صندوق پستی: ۱۱۱۵۵ - ۳۵۱۵

تلفکس: ۰۲۱ - ۲۲۰۹۱۸۶۹

وب سایت: www.jlj.ir

نشانی پست الکترونیک: Majaleh_hoghooghi@jpri.ir

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

راهنمای تدوین مقالات

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

مجموعه حقوقی

از نشریات
اداره فنی وزارت عدالت

دورس آموزگاههای وزارت عدالت

مواد اتحانات مستخدمین قضائی
بحث در موضوعات حقوقی

تصیمات محکم
حقوقی تطبیقی
بنقوایین و تعلیمات رسی

هفته یکبار منتشر میشود

مخصوص مستخدمین عدالت و دادطلبان خدمت قضائی

چهارشنبه ۱۲ مرداد ماه ۱۳۹۷

شرکت چاپ خودکار و ایران

شماره نوزدهم (سال دوم) مجموعه حقوقی

صفحه	نوع سند	موضوع
<u>دروس آموزشگاههای وزارت عدله</u>		
		آورزشگاه فناوری
۱	آقای دکتر شایگان	حقوق مدنی
۳	آقای دکتر جلال‌عبدی	اسول محاکمات حقوقی
۷	» اخوی	قانون مجازات عمومی
۱۱	» حسن امامی	ثبت اسناد و املاک
۱۳	آقای سیده‌بدری بصر	حقوق تجارت
<u>وادامه‌های مستخدۀ مین قضائی</u>		
۱۵	آقای مظاہر	حقوق بین‌الملل عمومی
<u>بحث در موضوعات حقوقی</u>		
۱۹	آقای دکتر آقابان	حقوق جزائی
۲۳	» احمد‌مودون	حمایت بین‌المللی اطفال
۲۵	» مجید کنائی	دربان‌تعریف همه
۲۷	» دکتر آشوب	انواع شمات اچرا
۲۹	» رضا‌لطئی	سی‌فل تحقیق در موزاست: طلاق
<u>تصمیمات محاکم</u>		
۳۳	تصمیم دیوان عالی تمیز بر نقض در مورد دعوی خصوصی از طرف مادر مجرمی علیه	
۳۴	۱۳ » » بر نقض در مورد محکومیت متهم بسرفت بحسب تأثیبی در صورتیکه بیش از دو سایقه محکومیت جزائی دارد	
۳۴	۱۴ تصمیم دیوان عالی تمیز بر ابرام راجح به رد درخواست استیناف تبع مدعاو در موردی که محکمه استیناف وارد ماهیت نشده	
۳۵	۱۵ » » بر ابرام در مورد شکایت جزائی راجح بیردن خاک زمین کشی و خرابی زمین	
۳۵	۱۶ » » » بر نقض ۱ - در مورد عدم مدافعت در تشخیص سن متهم ۲ - محکومیت متهم بر از شکایت طرف جرمی که حبس و قوع جنایت بسن زشد نرسیده بوده	
۳۶	۱۷ » » » بر ابرام در مورد محکومیت متهم بثبت سند جعلی	
۳۸	۱۸ رویه‌های تمیزی در اثر نقض حکم در دیوان عالی تمیز که آقای منتج جمع آوری نموده و	
<u>حقوق تطبیقی</u>		
۳۹	آقای امیر علائی	۱۹ هیئت انعامیه در حقوق جزائی فرانسه

حقوق تطبيقی

دبالة شماره پیش

هیئت اتهامیه Chambre D'accusation

در حقوق جزائی فرانسه

یعنی بوسیله متهم و مدعی خصوصی (قانون اصول محاکمات جزائی ماده ۲۲۲) وکیل عمومی استیناف پس از اینکه تقاضانمہ کتبی خود را تسلیم نمود بااتفاق مدیر دفتر از دادگاه خارج می‌شود (ماده ۲۲۴) قضات داخل سور میشوند بدون اینکه از کسی ملاقات نمایند و رئیس دادگاه موظف است بالاصله پس از گزارش دادگاه را وادار بشور نماید اگر هیئت اتهامیه در دادن رأی خود تأخیر کرد این تأخیر ایجاب نمی‌کند که نتوان تقاضای جدیدی در این باب از مدعی‌العموم پذیرفت.

۲- تجدیدنظر در تحقیقات

۱۹- موردی که ماده ۲۳۵ پیش‌بینی میکند - وقتیکه دادگاه اتهامیه خواسته باشد از حق تجدید نظری که برای آن قائل شده‌اند استفاده نماید صریحاً این معنی را اعلام مینماید و سپس دستور میدهد که طبق ماده ۲۳۶ قانون اصول محاکمات جزائی تحقیقات بعمل آید. و بهمین نحو عمل میشود اگر مدارک کافی موجود باشد بر اینکه میتوان متهم را بعلت جرم جدیدی که مرتکب شده است بدادگاه صلاحیتار اعزام داشت و این اصل همیشه لازم‌الرعايه است که هیچ کس را نمیتوان تحت اتهام قرار داد مگر اینکه مطابق قانون توضیحات و جواهیر اینستامع شود (بشماره ۲۲ ذیلاً مراجعه شود).

۲۰- مورد مخصوصی که در ماده ۲۵۰ پیش‌بینی شده است- ماده ۲۵۰ قانون اصول محاکمات جزائی مورد مخصوصی را از قاعده که در ماده ۲۳۵ تذکر بآن داده شده

معذک بايستی برای اینکه متهم بتواند از حقی که ماده ۲۱۷ برای او قائل شده است استفاده کند بداند که هیئت اتهامیه برای رسیدگی بکار دعوت شده است - وزارت عدیله دستور داده است که مدعی‌العموم متهم را اخطار نماید که کار بهیئت اتهامیه مراجعته گردیده (تصمیم وزارتی ۲۷ دسامبر ۱۸۷۶ مجله رسمی ۱۸۷۶ - صفحه ۲۵۲) بعلاوه طبق ماده ۱۰ قانون ۸ دسامبر ۱۸۹۷ بوکیل متهم نیز بايستی اخطار شود که قرار صادر و کار بهیئت اتهامیه مراجعته گردیده است راجع بمدعی خصوصی نیز همین اخطار بوکیلش میشود و این تصمیم از موقع اجرای قانون ۲۲ مارس ۱۹۲۱ عملی گردیده است.

۱۸- گزارش - قرائت اوراق - شود - هیئت اتهامیه محramانه تشکیل جلسه میدهدن گزارش کار بوسیله یکی از اعضاء دادگاه عرض میشود نه بوسیله وکیل عمومی (قانون ۳۰ اوت ۱۸۸۳ ماده یک که قانون ۲۸ آوریل ۱۹۱۹ آنرا اصلاح نموده است) عرض این گزارش بقدرتی حائز اهمیت است که اگر انجام نگردد عملیات قضائی باطل میشود گزارش ممکن است کتسی یا شفاهی باشد زیرا قانون در این موضوع ساكت است مدیر دبیرخانه بايستی تمام اوراق و مدارک کار را قرائت کرده و در حضور مدعی‌العموم مبادرت باین امر نماید ولی این تشریفات از تاریخی که یکی از اعضاء دادگاه گزارش کار را میدهد زائد است پس از قرائت اوراق و مدارک در دفتر باقی میماند و همچنین یادداشت‌هایی که تسلیم گردیده است

اعضاء خود هیئت اتهامیه یا یکنفر از قضاط دادگاه ابتدائی را مأمور نمایند.

۲۲- اختیارات قضی که نمایندگی تحقیقات را دارد - قضی تحقیقی که باو نمایندگی داده شد دارای همان اختیارات مستنطخ خواهد بود و تحقیقاتی که انجام میدهد بایستی همان قواعدی که در مواد ۶۱ اصول محکمات جزائی و بعدی آن ذکر شده رعایت نماید بنابر این قضی محقق می‌تواند:

اولاً شخصاً یا با حاله کار باقضی دیگری شهود را با قید قسم استماع نماید.

ثانیاً تعیین خبره نموده و آنان را بقید قسم متلزم نماید.

ثالثاً شخصاً مبادرت بمعاینات محلی نموده یا بوسیله ضابطین عدیله این عمل را انجام دهد.

رابعاً تحقیقات محلی کرده و اموالی را که مقتضی بداند توقيق کند.

خامساً قرار دستگیری یا توقيق صادر نماید.

باید متذکر بود که اگر تحقیقات بر علیه کسی جریان پیدا کند که در تحقیقات اولیه عنوان متهم نامبرده نشده یا اینکه متهم بجرائمی جدیدی باشد بایستی حتماً بوسیله قضی محقق از مشارالیه تحقیقات بعمل آید و الا عمليات قضائی باطل خواهد بود و بایستی به متهم اخطار شود که متهم به ارتکاب جرم است تا بتواند دفاعات خود را بنماید.

ماده ۱۳۵ قانون اصول محکمات جزائی در مورد قراerahای قضی محقق که نمایندگی تحقیقات را دارد نیز اعمال میشود ضمناً بایستی متذکر شد که قضی محقق که نمایندگی تحقیقات را دارد عمل دیگری غیر از تحقیقات نمیتواند بنماید در اعمالی که مربوط بدادگاه است. نایستی دخالت کند و با هیئت اتهامیه است که وظیفه خود را انجام دهد.

بنابراین قرار آزادی متهم و استخلاص او مربوط بهیئت اتهامیه میباشد.

ناتمام ش. امیر اعلانی

پیش‌بینی میکند ماده مجبور ناظر است باینکه مدعی‌العلوم استیناف به یادداشت هفتگی خود که ماده ۲۴۹ تجویز کرده است مراجعه نموده و ملاحظه میکند که جرائمی که به دادگاهها ارجاع شده است در صلاحیت آنان میباشد یا خیر یعنی مثلاً کاری که به دادگاه جنحه رجوع شده جنائی است یا کاری که بدادگاه خلاف رجوع شده جنحه است یا خلاف اگر ملاحظه کرد که جرم از درجه شدیدتر است میتواند در ظرف مدت پانزده روز از تاریخ وصول یادداشت هفتگی دستور دهد مدارک و اسناد جرم بوسیله مدعی‌العلوم ابتدائی برای او فرستاده شود خواه اینکه کار بوسیله مستنطخ تعقیب شده باشد و یا اینکه رأساً دادگاه اقدام نموده باشد مدعی‌العلوم استیناف یک مهلت ۱۵ روزه دیگر هم از تاریخ وصول اسناد و مدارک کار دارد تا بتواند توضیحات لازم خواسته و تحقیقات تکمیلی درخواست کند اگر پس از مذاقه مدعی‌العلوم مقتضی داشت که کار در دادگاهی که تعقیب شده است متروک بماند تقاضانمه کتبی خود را قبل ماضی مهلت مقرر قانونی بهیئت اتهامیه تسلیم مینماید ولی موقوف نمودن کار در دادگاه حدودی دارد: «نظر دیوان عالی تمیز این است که اگر دادگاه محکمه کرده باشد دیگر نمی‌توان کار را از آن منتزع نمود و بایستی ماده ۲۳۵ اجرا شود».

قسمت سوم

تحقیقات اضافی

۲۱- نمایندگی یکنفر از قضاط برای تحقیقات- هیئت اتهامیه نمیتوانند شخصاً مبادرت بتحقیقات نمایند و هیئت مجبور نمیتوانند نه شهود را استماع کنند و نه اینکه از متهم تحقیقات بعمل آورند و همچنین نمیتواند قرار دستگیری یا توقيق صادر کنند. بنابراین وقتی که طبق ماده ۲۲۸ یا ماده ۲۲۶ دستور تحقیقاتی را میدهنند بایستی قبل از یکنفر از قضاط را مأمور تحقیق نمایند و نمیتوانند برای انجام این تحقیقات یکنفر از

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
چینش مقالات در این شماره براساس حرف نخست نام خانوادگی نویسنده مسئول می‌باشد.	
❖ نوآوری‌های قانون نحوه اجرای محاکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ در دعوای اعسار محاکوم‌علیه ۱۱	
علیرضا آذربایجانی / فرناز فروزان بروجنی	
❖ صلاحیت رئیس قوه قضائیه در ارسال مستقیم لوایح قضائی به مجلس شورای اسلامی ۳۲	
امین‌الله زمانی / محمدحسن باقری خوزانی	
❖ توقیف مرتكب جرم توسط شهروندان ۵۱	
محمد نوروزی / عبدالرضا جوان‌جعفری / سیدمهدي سيدزاده ثانی	
❖ اعتبار تعهد پرداخت حق الوکاله از محاکوم به ۷۵	
عبدالرسول دیانی	
❖ سردسنجی در حقوق کیفری ایران ۹۹	
ابوالحسن شاکری / بهروز قلیزاده	
❖ طرح امور موضوعی و آثار آن در دعوای مدنی ۱۲۳	
عبدالله شمس / ابراهیم تقی‌زاده / کامران میر حاجی	
❖ تحلیل عوامل بی‌عدالتی کیفری در جرایم مواد مخدر ۱۵۱	
جمشید غلاملو	
❖ سیاست کیفری ایران بعد از انقلاب در تعزیرات ۱۷۵	
نصرین مهرا / محمد یکرنگی / عباس مؤذن	
❖ روح قانون در حقوق ایران ۲۰۱	
حسین مهرپور / سجاد صفیری	

نوآوری‌های قانون نحوه اجرای محاکومیت‌های مالی محضوب ۱۳۹۴ در دعوای اعسار محاکوم‌علیه

علیرضا آذربایجانی*

فرناز فروزان بروجنی**

چکیده

طريق اعمال ضمانت اجرای محاکومیت‌های مالی به خصوص در باب اثبات اعسار و ساختار طرح دعوى در اين زمينه همواره حائز اهميت بوده است. تاريخ قانون گذاري، چندين مرحله وضع قانون پيرامون نحوه اجرای محاکومیت مالی و اثبات اعسار در اين خصوص را نشان مي‌دهد. در اين مسیر، مشكلات متعدد ناشی از اجرای قولاني متعدد، آخرین اراده قانون گذار را در جهت رفع برخى ايرادات مطروحه سوق داد و در نهايتي منجر به تصويب قانون اخيرالذكر در سال ۱۳۹۴ گردید. مطالعه قانون جديد و مقاييسه آن با قانون سابق، نوآورى‌ها و دستاوردهای جالب توجهی را نشان مي‌دهد که در کنار برخى نوافص و ابهامات موجود، گويای رفع بسياری از نگرانی‌های مرحله اجرای حكم مدنی است. بر اين اساس مقاله حاضر به بررسی تغييرات ناشی از تصويب اين قانون با تأكيد بر نحوه اثبات اعسار و چگونگي طرح دعوا در اين زمينه مي‌پردازد. در نهايتي نتایج کاربردي مهمی به دست آمده که برخى از دستاوردهای آن، تshireح نوآورى‌هایی همچون ضرورت و تکليف شناسايی اموال محاکوم‌علیه، اهميت پيوست صورت اموال به دادخواست اعسار، توسعه شمول قانون جديد، تقسيم‌بندی محاکوم‌علیهم پيرامون بار اثبات اعسار، بيان شرایط تقسيط محاکوم‌به یا تعیین مهلت مناسب و نيز تبيين برخى ايرادات مانند عدم تعیین ضمانت اجرا برای تخلف مسئولان مراجع غيردولتی از دستورات مقام قضائي در خصوص شناسايی اموال محاکوم‌علیه و همچنین تحليل

Azrbaijani@ut.ac.ir

Farnazforouzan@gmail.com

* عضو هيأت علمی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)

** دانشآموخته دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران

پذيرش: ۹۶/۰۲/۰۳

دریافت: ۹۵/۰۴/۰۲

برخی ابهامات از جمله اثبات جریان حکم ماده ۲۲ قانون خاص حمایت خانواده بر مهریه به عنوان دین خاص می‌باشد.

کلیدواژه‌ها: اجرای محکومیت مالی، اعسار، تقسیط محکوم‌به، تعیین مهلت مناسب، شناسایی اموال.

مقدمه

بی‌شک یکی از مهم‌ترین مسائل آیین دادرسی مدنی و کیفری، مسئله اجرای احکام و مقررات خاص آن حوزه می‌باشد. در این میان، مباحث پیرامون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی بخش قابل توجه این مقوله را به خود اختصاص داده است. سابقه تاریخی قانون‌گذاری در این خصوص نیز همواره بر اهمیت آن افزوده است. سیری در تاریخ قانون‌گذاری، چندین اصلاح بر قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی و مقوله اعسار و نحوه اثبات آن را نشان می‌دهد. برخی از مهم‌ترین این موارد، قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳، قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی و آیین‌نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۵۱، قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷ و آیین‌نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۷۸، بخشنامه رئیس قوه قضائیه پیرامون اصلاحیه بندج ماده ۱۸ آیین‌نامه اجرایی موضوع ماده ۶ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۱ و در نهایت آخرین اراده قانون‌گذار به عنوان قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در تیر ماه ۱۳۹۴، در این زمینه نقش‌آفرینی کرده‌اند.

با توجه به اینکه همواره مقایسه قوانین این امکان را فراهم می‌آورد تا با تحلیل تطبیقی و مقایسه قوانین جدید و قدیم به دریافت دستاوردها و نوآوری‌های قانون جدید نایل شویم، این ظرفیت را نیز ایجاد خواهد کرد تا به ابهامات و نواقص آن پی برده و در جهت رفع ایرادات آن تلاش نماییم. بر این اساس، مقاله حاضر به تحلیل نوآوری‌های قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ با تأکید بر چگونگی اثبات اعسار و نحوه طرح دعوا در این زمینه می‌پردازد و بدین منظور، ساختار بحث از مفهوم محکومیت مالی و دایره شمول آن آغاز و در ادامه به بررسی نحوه اجرای محکومیت مالی در موضع جدید نسبت به برخورد با دعوای اعسار و نحوه اثبات آن، طبقه‌بندی محکوم‌علیهم در مواجهه با ادعای اعسار، توجه به اصل شناسایی اموال محکوم‌علیه و تکلیف مقامات ذی‌ربط بر این امر، امکان تقسیط محکوم‌به و یا تعیین مهلت مناسب می‌انجامد.

۱. محکومیت‌های مالی و دایره شمول این قانون

محکومیت مالی صادره در پرونده کیفری که ناشی از ارتکاب فعل مجرمانه است منجر به پرداخت جزای نقدی (جریمه) و یا جبران ضرر و زیان ناشی از جرم (اعم از دیه، رد مال، جبران ضرر ناشی از جرم و امثال آن) می‌گردد و محکومیت مالی صادره در پرونده حقوقی که ناشی از مسئولیت مدنی اعم از قراردادی و یا قهری است منجر به

تادیه و یا استیفای مال موضوع بدھی خواهد شد.^۱ بنابراین دو مقوله کیفری و حقوقی را به شرح ذیل می‌توان تفکیک نمود:

در پرونده‌های کیفری با دو عنوان «پرداخت جزای نقدی (جریمه)» و «پرداخت ضرر و زیان ناشی از جرم» روبرو هستیم. در این میان مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم و یا به عبارت دیگر «زیانی که از عمل مجرمانه شخصی بر دیگری (مجنی علیه و یا ورثه و کسان او) وارد می‌گردد»، خود به دو گونه قابل تقسیم است:^۲ یک، جبران ضرر و رد مالی که قانون‌گذار آن را در کنار مجازات‌ها بیان نموده است و لذا پس از احراز مجرمیت در حین صدور حکم محکوم‌علیه ذکر می‌گردد. دو، جبران ضرر و رد مالی که قانون‌گذار آن را در کنار مجازات‌ها بیان ننموده است و لذا مطالبه آن، گرچه قانون‌گذار رسیدگی به آن را به لحاظ عنایت بر اصل سرعت در رسیدگی‌های کیفری در محکمه کیفری مجاز دانسته است، لکن نیازمند تقدیم دادخواست می‌باشد.

در پرونده‌های حقوقی و به عبارت دیگر در بحث محکومیت محکوم‌علیه به اجرای محکوم به اعم از اینکه بدھی ناشی از مسئولیت قراردادی بوده و یا ناشی از مسئولیت مدنی به معنای اخص (ضمان قهری)، عنوان «تأدیه و یا استیفای مال موضوع بدھی» مطرح می‌گردد. در این راستا، موضوع «قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی» نیز دامنه‌ای گسترده را شامل می‌شود. قید محکومیت به دادن «هر نوع مالی» در ماده ۱ قانون اخیرالتصویب^۳ و همچنین عبارت ماده ۲۲ این قانون مبنی بر اینکه کلیه محکومیت‌های مالی از جمله دیه، ضرر و زیان ناشی از جرم، رد مال و امثال آنها، جز محکومیت به پرداخت جزای نقدی، مشمول این قانون می‌گردد، گویای این امر است که آنچه موضوع قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی قرار می‌گیرد، تأدیه هر نوع مال مندرج در حکم محکومیت صادره اعم از پرونده‌های حقوقی و کیفری، جز پرداخت به جزای نقدی می‌باشد و به عبارت دیگر تأدیه و یا استیفای مال موضوع بدھی و نیز جبران ضرر و زیان ناشی از جرم (اعم از دیه، رد مال، جبران ضرر ناشی از جرم و امثال آن).

با توجه به وضع قانون اخیر می‌توان گفت که این قانون صرفاً در مورد محکومیت‌های مالی می‌باشد و بحث جزای نقدی و محکومیت‌های کیفری در آن وجود ندارد و لذا موضوع ماده ۱ قانون سابق (۱۳۷۷) که در مورد جزای نقدی بود^۴ در قانون

۱. اسدی، لیلا، «آیا بدھکار مجرم است؟!»، ندای صادق، شماره ۲۶ و ۲۷، ۱۳۸۱، ص. ۲۶.

۲. همان، صص. ۳۷ - ۳۹.

۳. «هر کس به موجب حکم دادگاه به دادن هر نوع مالی به دیگری محکوم شود و از اجرای حکم خودداری کند، ...».

۴. برای اطلاع بیشتر درباره جزای نقدی: شهری، غلامرضا، «نحوه اجرای محکومیت‌های مالی با توجه به قوانین جدید»، دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۱۷ و ۱۸، ۱۳۷۹.

جدید (۱۳۹۴) نیامده است و این امر در قانون آیین دادرسی کیفری جدید (۱۳۹۲) پیش‌بینی شده است.^۱

از سوی دیگر نیز دایره شمول قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴، بسیار وسیع بوده و به دلیل استفاده از عبارت «آرای مدنی» در متن ماده ۲۷ قانون اخیرالذکر،^۲ به توسعه موضوع قانون منتهی شده است^۳ و حتی در جمع با موارد مربوط به اجرای احکام مدنی می‌توان گفت که اجرای آرای آرای داوری ایرانی و خارجی را نیز در بر خواهد گرفت.^۴

همچنین به استناد بند ث ماده ۵^۵ و صراحت ماده ۳۰^۶ قانون شوراهای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴، می‌توان گفت در صورتی که شورای حل اختلاف نسبت به اصل دعوى رسیدگى کرده باشد، رسیدگى به ادعای اعسار از پرداخت محکوم^۷ به نیز مشمول قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی اخیرالتصویب خواهد بود. به علاوه اجرای آرای مدنی صادره از مراجعی مانند سازمان تعزیرات حکومتی و کمیسیون‌های حل اختلاف کارگر و کارفرما در مواجهه با عدم اجرا، بر عهده اجرای احکام مدنی دادگستری است و مشمول قانون اخیرالتصویب می‌گردد.

بنابراین، نه تنها احکام دادگاه و داوری، بلکه احکام مربوط به شوراهای حل اختلاف، سازمان تعزیرات حکومتی و محکومیت‌های مربوط به کمیسیون‌های حل اختلاف کارگر و کارفرما^۸ را نیز شامل می‌شود.^۹

۱. ماده ۵۲۹ الی ۵۴۰ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲) و ماده ۲۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی (۱۳۹۴).

۲. «... آرای مدنی سایر مراجعی که به موجب قانون، اجرای آنها بر عهده اجرای احکام مدنی دادگستری است».

۳. ماده ۲۷ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی (۱۳۹۴): «مقررات این قانون در مورد گزارش‌های اصلاحی مراجع قضایی و آرای مدنی سایر مراجعی که به موجب قانون، اجرای آنها بر عهده اجرای احکام مدنی دادگستری است و همچنین آرای مدنی تعزیرات حکومتی نیز مجری است. تبصره - محکومیت‌های کیفری سازمان تعزیرات حکومتی تابع مقررات حاکم بر اجرای احکام کیفری دادگاهها است».

۴. اگر رأی داور را رأی مدنی به معنای آیین دادرسی آن محسوب کنیم، اجرای قانون اخیرالتصویب در مورد اجرای این آرای اعمال می‌گردد، ولی اگر رأی داوری را رأی مدنی در مقابل رأی کیفری و اداری قرار دهیم، این قانون بر آرای داوری اعمال نمی‌گردد (محسنی، حسن، اجرای موثر رأی و آیین اجرای محکومیت مالی، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴، صص. ۱۴۲ - ۱۴۱).

۵. ماده ۹ قانون شوراهای حل اختلاف (۱۳۹۴): «در موارد زیر، قاضی شورا با مشورت اعضای شورا رسیدگی و مبادرت به صدور رأی می‌نماید: ... ث - ادعای اعسار از پرداخت محکوم به در صورتی که شورا نسبت به اصل دعوى رسیدگى کرده باشد».

۶. ماده ۳۰ قانون شوراهای حل اختلاف (۱۳۹۴): «چنانچه محکوم^{۱۰} علیه، محکوم^{۱۱} به را پرداخت نکند و اموالی از وی به دست نیاید، با تقاضای ذی‌نفع و دستور قاضی شورا مراتب جهت اعمال قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی به واحد اجرای احکام شورای حل اختلاف اعلام می‌شود».

۷. در صورتی که این احکام اجرا نشوند، اجرا بر عهده قوه قضائیه می‌باشد.

۸. شریفی، علیرضا، قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در نظام کنونی، انتشارات بهنامی، ۱۳۹۴، ص. ۱۰۶.

۲. روند اعمال ضمانت اجراء‌ای محکومیت مالی با تاکید بر اعسار

بنا بر قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، قانون‌گذار در راستای اجرای محکومیت‌های مالی، سه طریق را بیان داشته است:^۱ ۱- توقيف، تسلیم یا فروش اموال محکوم‌علیه؛ ۲- بازداشت محکوم‌علیه، حکم تقسیط یا تعیین مهلت مناسب؛ ۳- منوعیت محکوم‌علیه از خروج از کشور. لیکن با توجه به گستردنگی مباحثت در هر طریق، آنچه موضوع این مقال می‌باشد بررسی تغییرات قانون اخیرالتصویب پیرامون طریق دوم اجرای حکم یعنی تحلیلی بر موضوع بازداشت محکوم‌علیه، اثبات اعسار و ساختار طرح دعوا‌ای اعسار، امکان تقسیط محکوم‌به و یا اعطای مهلت مناسب می‌باشد.

برابر ماده ۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ که در مقام بیان نخستین طریق اجرای محکومیت مالی می‌باشد، هر کس به موجب حکم دادگاه به دادن هر نوع مالی به دیگری محکوم شود و از اجرای حکم خودداری کند، هرگاه محکوم‌به عین معین نباشد، آن مال اخذ و به محکوم‌له تسلیم می‌شود و در صورتی که رد عین ممکن نباشد یا محکوم‌به عین معین نباشد، اموال محکوم‌علیه با رعایت مستثنیات دین و مطابق قانون اجرای احکام مدنی و سایر مقررات مربوط، توقيف و از محل آن حسب مورد محکوم‌به یا مثل یا قیمت آن استیفا می‌شود. بررسی نحوه توقيف اموال و فروش آن نیز در قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ بیان شده است. اما آنچه در این مقاله در پی آن هستیم این است که چنانچه استیفادی محکوم‌به از این طریق ممکن نگردد، چه باید کرد؟

۱-۲. بازداشت محکوم‌علیه، حکم تقسیط و یا تعیین مهلت مناسب

همان‌گونه که بیان شد، تاریخ قانون‌گذاری در ایران، حکومت چندین قانون را بر موضوع حبس بدھکاران مالی روایت می‌کند. این مسیر، از «قانون تسریع محاکمات» مصوب ۱۳۰۹^۲ تا به امروز راهی طولانی را طی نموده است.^۳ پس از آنکه «قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی» مصوب ۱۳۵۱ به تصویب رسید، این امکان در اختیار

۱. اسدی، لیلا، منبع پیشین، ص. ۴۲.

۲. ماده ۶۰ قانون تسریع محاکمات مصوب ۱۳۰۹: «رئیس محکمه مکلف است در موقع صدور ورقه اجراییه در آن ورقه قید نماید که هرگاه در ظرف ده روز محکوم‌علیه به هیچ‌یک از طرق مذکور در ماده ۵۵ اقدام ننمود و یا عرض حال اعسار داد و نتوانست اعسار خود را ثابت کند و یا در مدت مقرر در ماده ۵۹ محاکمه خود را تعقیب نکرد، رئیس اجرا به تقاضای محکوم‌له، محکوم‌علیه را توقيف نماید». رهگشا، امیرحسین، نگرشی بر قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، انتشارات مجد، ۱۳۸۱، ص. ۱۵.

۳. تقی‌زاده داغیان، مجتبی، «بررسی فقهی- حقوقی قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی»، مجله تخصصی الهیات و حقوق، شماره ۲۰، ۱۳۸۵، ص. ۱۱۷.

محکوم‌له قرار گرفت تا وی بتواند در صورت امتناع محکوم‌علیه از پرداخت محکوم‌به مندرج در حکم قطعی صادره در پرونده حقوقی، از دادگاه مجری حکم قطعی، درخواست بازداشت محکوم‌علیه را نماید.^۱ لکن عمر این قانون کوتاه بود و با تصویب «ماده واحده قانون منع توقيف اشخاص در قبال تخلف از تعهدات و الزامات مالی» در سال ۱۳۵۲ نسخ گردید و اجرای آن جز در مورد افرادی که محکومیت مالی آنان عنوان «جزای نقدی یا جریمه» داشت، متوقف گردید.^۲ گفته شده است که احتمال دارد نسخ بازداشت بدھکاران به دلیل تبعات اجتماعی بازداشت افراد بی‌بصاعت که خلاف شرع و عقل است و یا به دلیل پیوستن به میثاق حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶) بوده باشد.^۳

در هر حال، پس از آن ماده ۱۳۹ «قانون تعزیرات» مصوب ۱۳۶۲، بازداشت مدیونی که منشأ محکومیت مالی او ارتکاب جرم بوده و ملزم به جبران ضرر و زیان ناشی از جرم گردیده است، مقرر شد^۴ و در ادامه ماده ۶۹۶ «قانون مجازات اسلامی» ۱۳۷۵ نیز بر آن مهر تأیید زد. اما همچنان به موجب «ماده واحده قانون منع توقيف اشخاص در قبال تخلف از تعهدات و الزامات مالی» مصوب ۱۳۵۲ بازداشت مدیونی که محکومیت مالی وی دارای منشأ حقوقی بود، امکان نداشت و ضمانت اجرای قابل اعمال در این خصوص، توقيف و فروش اموال وی جز مستثنیات دین بود.

پس از مدتی قانون گذار گامی به عقب نهاد و با استقبال از رویکرد سابق و تصویب «قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی» در سال ۱۳۷۷ بازداشت افراد در قبال محکومیت‌های مالی دارای منشا حقوقی را تا زمان تادیه محکوم‌به و یا صدور حکم اعسار پیش‌بینی نمود^۵ و بدین ترتیب زمینه‌ساز ایجاد تبعات ناگواری از جمله افزایش زندانیان کشور گردید. با گذشت زمان و بروز مشکلات بیشتر، بخشنامه‌ای^۶ متضمن اصلاح بند «ج» ماده ۱۸ آیین‌نامه اجرایی قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی از سوی رئیس قوه قضائیه به منظور رفع مشکلات صادر شد که به دلیل تعارض مفاد این بخشنامه با قانون، منجر به نتیجه مطلوب نگردید.

با توجه اینکه عدم تمایز میان انواع دیون و جواز صدور حکم حبس برای کلیه بدھکاران و نیز عدم ارائه شیوه رسیدگی اعسار در قانون سال ۱۳۷۷، خلاف مبانی

۱. اسدی، لیلا، منبع پیشین، ص. ۵۰؛ تقی‌زاده داغیان، مجتبی، منبع پیشین، ص. ۱۱۷.

۲. همان، ص. ۱۱۸.

۳. تقی‌زاده داغیان، پیشین، ص. ۱۱۶.

۴. اسدی، لیلا، منبع پیشین، صص. ۵۲-۵۱.

۵. همان، ص. ۳۵.

۶. اصلاحیه بند ج ماده ۱۸ آیین‌نامه اجرایی موضوع ماده ۶ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۸ و مصوب ۱۳۹۱ (روزنامه رسمی به شماره ۱۹۶۲۹ مورخ ۱۳۹۱/۵/۴).

فقهی^۱ و نقض مفاد میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶)^۲ بود و زمینه‌ساز ایجاد انتقادات بر رویه قضایی در رسیدگی به دعوای اعسار و افزایش روز افزون شمار زندانیان و پیامدهای ناگوار^۳ گردید، چاره‌اندیشی و اصلاح در این خصوص ضروری می‌نمود.^۴ لذا در نهایت پس از تقدیم لایحه «نحوه اجرای محاکومیت‌های مالی» به مجلس و طی مراحل و تشریفات در تیر ماه سال ۱۳۹۴ «قانون نحوه اجرای محاکومیت‌های مالی» جدید تصویب شد. اگر چه در این قانون نیز سخن از حبس محاکوم‌علیه مالی می‌رود، اما به نظر می‌رسد این روند تا حدودی تعدیل شده است.

حال باید دید در صورت عدم حصول نتیجه مندرج در ماده ۱ قانون جدید (طريق نخست اجرای حکم)، در صورتی که محاکوم‌علیه از پرداخت و انجام محاکوم‌به امتناع ورزد، تکلیف چیست. آخرین اراده قانون‌گذار در قانون اخیر التصویب دلالت دارد که اگر استیفای محاکوم‌به از طرق فوق‌الذکر ممکن نگردد، محاکوم‌علیه به تقاضای محاکوم‌له تا زمان اجرای حکم یا پذیرفته شدن ادعای اعسار او یا جلب رضایت محاکوم‌له حبس می‌شود.^۵ البته آنچه مسلم است چنانچه محاکوم‌علیه به موجب قانون، حبس شده یا مستحق حبس باشد، اگر مالی معرفی کند و یا با رعایت مستثنیات دین مالی از او کشف شود، به نحوی که مطابق نظر کارشناس رسمی مال مزبور تکافوی محاکوم‌به و هزینه‌های اجرایی را نماید، بازداشت نخواهد شد و اگر در حبس باشد آزاد می‌گردد. در این صورت مال معرفی یا کشفشده را مرجع اجراکننده رأی توقيف می‌کند و محاکوم‌به از محل آن استیفا می‌شود.^۶ بنابراین آنچه مهم است بازداشت محاکوم‌علیه به عنوان ضمانت اجرایی که در قانون سابق نیز وجود داشت، با عملکرد و مدت زمان اجرایی متفاوت تأیید شده و یا به عبارت دیگر به نوعی تعدیل شده است.

این بار نیز همچون گذشته، ادعای اعسار به عنوان مانع برای حبس و یا وسیله‌ای برای رهایی از حبس مطرح می‌شود ولی با روایتی دیگر. قانون‌گذار اعلام داشته است اگر محاکوم‌علیه به دلیل نداشتن مالی به جز مستثنیات دین، قادر به تأدیه

۱. برای مطالعه پیرامون مبانی فقهی موضوع: آیتی، سید محمد رضا؛ زرگوش‌نسب، عبدالجبار، «نقد و بررسی دلایل

و آرای فقها پیرامون زندانی کردن بدھکار معرس»، فصلنامه فقه و تاریخ تمدن، شماره ۱۳۹۰، ۲۷.

۲. ماده ۱۱ میثاق: «هیچ کس را نمی‌توان تنها به این علت که قادر به اجرای یک تعهد قراردادی خود نیست زندانی کرد».

۳. برای اطلاع بیشتر مراجعه شود: رحمتی، محمد؛ میری، ایوب؛ فرجزادی، علی‌اکبر، «نقد رویه قضایی در بررسی دعوای اعسار»، حقوق خصوصی، شماره ۱۳۹۲، ۲.

۴. تقی‌زاده داغیان، مجتبی، منبع پیشین، ص. ۱۱۶.

۵. صدر ماده ۳ قانون نحوه اجرای محاکومیت‌های مالی (۱۳۹۴).

۶. ماده ۴ قانون نحوه اجرای محاکومیت‌های مالی (۱۳۹۴).

دیون خود نباشد،^۱ تا سی روز پس از ابلاغ اجراییه، ضمن ارائه صورت کلیه اموال خود، دعوای اعسار خویش را اقامه نماید، بازداشت نمی‌شود، مگر اینکه دعوای اعسار مسترد یا به موجب حکم قطعی رد شود.^۲ اما اکنون باید دید آخرين اراده قانون‌گذار، نحوه اقامه دعوای اعسار را چگونه ترسیم کرده است.

۲-۲. اقامه دعوای اعسار

دعوای اعسار در مورد محکوم^۳ به در دادگاه نخستین رسیدگی کننده به دعوای اصلی^۴ یا دادگاه صادرکننده اجراییه و به طرفیت محکوم‌له اقامه می‌شود.^۵ این دعوا یک دعوای غیرمالی محسوب می‌گردد و قابل تجدیدنظر می‌باشد^۶ که در مرحله بدوى و تجدید نظر خارج از نوبت رسیدگی می‌شود.^۷ همچنین این دادخواست صرفاً از اشخاص حقیقی غیرتاجر پذیرفته می‌شود و به موجب نص ماده ۱۵ قانون اخیرالتصویب، دادخواست اعسار از تاجر و اشخاص حقوقی پذیرفته نمی‌شود، لذا این اشخاص در صورتی که مدعی اعسار باشند، باید رسیدگی به امر «ورشکستگی» خود را درخواست کنند.^۸ از ماده ۲۶ قانون مذکور نیز بر می‌آید که اشخاص حقوقی از چارچوب اعسار خارج هستند. در نتیجه، اگر دادخواست اعسار از سوی اشخاص حقوقی (اعم از تاجر و غیرتاجر) یا اشخاصی که تاجر بودن آنها نزد دادگاه مسلم است طرح شود، دادگاه بدون اختصار به خواهان، قرار رد دادخواست وی را صادر می‌کند.^۹

بر این اساس، عدم کفایت دارایی اشخاص حقوقی اعم از تاجر و غیرتاجر از مصادیق ورشکستگی تعیین شده است و می‌توان گفت که کلیه اشخاص حقوقی موضوع حقوق خصوصی اعم از شرکت‌های تجاری و مؤسسات غیرتجاری، مشمول مقررات ورشکستگی قرار گرفته‌اند و بدین ترتیب عجز از پرداخت بدھی برای «شخص حقیقی غیرتاجر» موجب «اعسار» و برای «شخص حقیقی یا حقوقی تاجر» و «شخص حقوقی غیرتاجر» موجب «ورشکستگی» خواهد شد.

۱. ماده ۶ همان قانون.

۲. ماده ۳ همان قانون.

۳. ماده ۱۳ قانون آینین دادرسی مدنی.

۴. ماده ۱۳ قانون نحوه اجرای محكومیت‌های مالی (۱۳۹۴).

۵. ماده ۱۴ همان قانون؛ رأی وحدت رویه شماره ۶۶۲ مورخ ۸۲/۷/۲۹.

۶. ماده ۱۴ همان قانون.

۷. ماده ۱۵ همان قانون.

۸. تبصره ماده ۱۵ همان قانون.

۱-۲-۲. اقامه دعوای اعسار پس از دادرسی

قانون‌گذار در خصوص حکم اقامه دعوای اعسار پس از دادرسی، دو فرض «در مهلت مقرر قانونی» و «خارج از مهلت مقرر قانونی» را به شرح ذیل مقرر نموده است:

۲-۱-۱-۱. اقامه دعوای اعسار در مهلت مقرر قانونی

محکوم علیه اعسارات باشد و این اعسارات معمولاً در صورت کلیه اموال^۱ و نیز فهرست نقل و انتقالات و هر نوع تغییر دیگر در اموال مذکور «از زمان یک سال قبل از طرح دعوا اعسارت به بعد» را «تا سی روز پس از ابلاغ اجراییه»، تقدیم دادگاه نموده و دعوا اعسارت خویش را اقامه نماید.^۲ چنانچه محکوم علیه، به منظور فرار از اجرای حکم از اعلام کامل اموال خود مطابق مقررات قانون اخیر التصویب خودداری نماید یا پس از صدور حکم اعسارت، خلاف واقع آشکار گردد، دادگاه ضمن حکم به رفع اثر از حکم اعسارت سابق، محکوم علیه را به حبس تعزیری در جه هفت^۳ محکوم خواهد کرد.^۴

بی‌شک تکلیف محکوم‌علیه مدعی اعسار به تقدیم دادخواست به همراه صورت کلیه اموال خود، آوردن قید زمانی «از زمان یک سال قبل از طرح دعوای اعسار به بعد» و پیش‌بینی ضمانت اجرای حبس تعزیری مذکور در راستای جلوگیری از فرار محکوم‌علیه نسبت به پرداخت محکوم‌به، از نوآوری‌های قانون‌گذار در قانون جدید محسوب می‌گردد.

۲-۱-۲. اقامه دعوای اعسار خارج از مهلت مقرر قانونی

قانون‌گذار فرض دیگری را نیز که به نظر می‌رسد به منظور به حداقل رساندن بازداشت محکومان مالی پاشد، پیش‌بینی نموده و آن فرض تقدیم دادخواست اعسارت

۱. مطابق ماده ۸ قانون، صورت کلیه اموال شامل تعداد یا مقدار و قیمت کلیه اموال منقول و غیرمنقول، مشتمل بر میزان وجود نقدی که وی به هر عنوان نزد بانکها یا موسسات مالی و اعتباری ایرانی و خارجی دارد، به همراه مشخصات دقیق حساب‌های مذکور و نیز کلیه اموالی که او به هر نحو نزد اشخاص ثالث دارد و کلیه مطالبات او از اشخاص ثالث و نیز فهرست نقل و انتقالات و هر نوع تغییر دیگر در اموال مذکور «از زمان یک سال قبل از طرح دعوای اعسار به بعد» می‌باشد.
 ۲. ماده ۸ همان قانون، همچنین عدم رعایت مقررات حاکم بر نحوه ارائه صورت اموال مندرج در ماده ۸ قانون مورد بحث، به استناد بند ۶ ماده ۵۱ و بند ۲ ماده ۵۳ قانون آیین دادرسی مدنی منجر به صدور اخطار رفع نقص از سوی مدیر دفتر دادگاه می‌شود (شریفی، علیرضا، منبع پیشین، صن، ۳۴-۳۵؛ محسنی، حسن، منبع پیشین، ص. ۸۶).
 ۳. ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲): «... درجه ۷- حبس از نود و یک روز تا شش ماه؛ ...».
 ۴. ماده ۱۶ قانون، نجده اخراج، محكومت‌های، مال، (۱۳۹۴).

صورت کلیه اموال محکوم‌علیه خارج از مهلت قانونی (پس از محدوده زمانی تا سی روز پس از ابلاغ اجراییه) است که در این صورت هرگاه محکومله آزادی وی را بدون اخذ تأمین بپذیرد یا محکوم‌علیه به تشخیص دادگاه، کفیل یا وثیقه معترض و معادل محکوم‌به ارائه نماید، دادگاه با صدور قرار قبولی کفیل یا وثیقه^۱ تا روشن شدن وضعیت اعسار از حبس محکوم‌علیه خودداری می‌نماید و در صورت حبس، او را آزاد می‌کند.^۲

۲-۲. اقامه دعواه اعسار ضمن دادرسی

اما فرضی که قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب سال ۱۳۹۴ نسبت به آن ساخت است، وضعیتی است که بدهکار در اثنای دادرسی دعواه طلبکار، خواهان رسیدگی به دعوی اعسار خویش است. این وضعیت با لحاظ ماده ۲۴ قانون آیین دادرسی مدنی و قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳، به موجب رأی وحدت رویه شماره ۷۲۲ مورخ ۱۳۹۰/۱۰/۱۳ پیش‌بینی شده و مقرر گردید که «... دعوی اعسار که مدیون در اثنای رسیدگی به دعوی داین اقامه کرده قابل استماع است و دادگاه به لحاظ ارتباط آنها باید به هر دو دعوی یکجا رسیدگی و پس از صدور حکم بر محکومیت مدیون در مورد دعواه اعسار او نیز رأی مقتضی صادر نماید».

لکن با توجه به سکوت قانون گذار سئوالی که مطرح می‌شود این است که آیا رأی صادره کماکان به قوت خود باقی است یا اینکه رأی مذکور با تصویب قانون اخیر و نسخ صریح قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳ از اعتبار افتاده است؟ با توجه به اینکه قانون گذار در مقام بیان آخرین اراده خویش بوده و در جمع بین قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷ و قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳ قدم برداشته است و از سوی دیگر نیز می‌توان دلیل سکوت قانون گذار در قانون مورد بحث را به جهت بیان امور پس از محکومیت، نه در اثنای رسیدگی، برداشت کرد، لذا در این فرض می‌توان گفت رأی وحدت رویه مذکور کماکان جریان دارد.

۲-۳. بار اثبات اعسار

بار اثبات دعواه اعسار بر دوش کدام یک از اصحاب دعوا است، محکوم‌علیه یا محکوم‌له؟ به عبارت دیگر، اصل بر اعسار است یا تمکن؟ برای پی بردن به تفاوت نگرش بین دو قانون قدیم و جدید، به ماده ۳ از قانون سابق و ماده ۷ از قانون جدید مراجعه می‌کنیم:

۱. نحوه صدور قرارهای تأمینی مزبور، مقررات اعتراض نسبت به دستور دادستان و سایر مقررات مربوط به این دستورها تابع قانون آیین دادرسی کیفری است (تبصره ۱ ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴).
۲. تبصره ۱ ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی (۱۳۹۴).

به موجب ماده ۳ قانون سابق (۱۳۷۷) ^۱ و در حکومت قانون سابق، مدعی اعسار باید ادعای خود را اثبات می‌نمود یعنی، اصل بر ملاتت وی بود مگر خلاف آن را ثابت می‌کرد. لیکن پس از گذشت زمان و افزایش تعداد زندانیان، این وضعیت ایجاد مشکل نمود و از اقدامات انجامشده جهت رفع مشکل مجبور، پیش‌بینی بند ۲ ماده ۱۷ دستورالعمل سامان‌دهی زندانیان و کاهش جمعیت کیفری زندان‌ها مصوب ۲۹ اردیبهشت‌ماه ۱۳۹۲، در مورد اجرای ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی و آیین‌نامه اجرایی آن به ویژه اصلاحیه بند ج ماده ۱۸ آیین‌نامه مذکور بود که قائل به نوعی طبقه‌بندی ^۲ در این زمینه گردید.

با عنایت به موارد فوق‌الذکر و افزایش جمعیت زندانیان، رویکرد قانون‌گذار در قانون سال ۱۳۹۴ در خصوص بار اثبات دعواه اعسار، به سمت طرح فروض مختلف و بیان نوعی طبقه‌بندی در این زمینه سوق پیدا کرد. در ماده ۷ قانون جدید (۱۳۹۴) می‌خوانیم «در مواردی که وضعیت سابق مدیون دلالت بر ملاتت وی داشته یا مدیون در عوض دین، مالی دریافت کرده یا به هر نحو تحصیل مال کرده باشد اثبات اعسار بر عهده او می‌باشد مگر اینکه ثابت کند آن مال تلف حقیقی یا حکمی شده است در این صورت و نیز در مواردی که مدیون در عوض دین، مالی دریافت نکرده یا تحصیل نکرده باشد هرگاه خوانده دعواه اعسار نتواند ملاتت فعلی یا سابق او را ثابت کند یا ملاتت فعلی یا سابق او نزد قاضی محرز نباشد ادعای اعسار با سوگند مدیون مطابق تشریفات مقرر در قانون آیین دادرسی مدنی پذیرفته می‌شود».

بنابراین به موجب ماده ۳ قانون سابق، اثبات اعسار، به طور کلی و بدون هیچ قید و تفکیک، در هر صورت بر عهده محکوم‌علیه مدعی اعسار بود، اگر چه بعدها با صدور

۱. «هرگاه محکوم‌علیه مدعی اعسار شود (ضم اجرای حبس) به ادعای وی خارج از نوبت رسیدگی و در صورت اثبات اعسار از حبس آزاد خواهد شد...».
۲. «در خصوص ادعای اعسار محکوم‌علیه و درخواست بازداشت وی حسب درخواست محکوم‌له به جهت امتناع از پرداخت محکوم‌به، دادگاه با بررسی ادله ابرازی و توجه به نکات زیر اتخاذ تصمیم خواهد نمود:
 (الف) هرگاه وضعیت سابق محکوم‌علیه از نظر اعسار یا ایسارت معلوم بوده و دلیلی که تغییر حالت سابقه را اثبات نماید ارائه نشده باشد؛ دادگاه با استصحاب حالت سابقه دستور یا حکم متضمن صادر خواهد نمود.
 (ب) در صورتی که منشأ دین قرض یا معاملات معمول بدام که تلف مال مکتبه ثابت نشده باشد، دادگاه با استصحاب وجود مال و تمکن محکوم‌علیه، نسبت به صدور حکم رد اعسار اقدام خواهد نمود. مگر آنکه مدعی اعسار خلاف آن را ثابت نماید.
 (ج) چنانچه وضعیت سابق محکوم‌علیه مجھول بوده و دین مورد حکم دادگاه ناشی از اخذ و تحصیل مال به صورت مستقیم یا غیرمستقیم نباشد، مانند: مهرهای یا ضمان ناشی از مقررات مربوط به دیات، ادعای اعسار محکوم‌علیه مطابق اصل بوده و مادامی که خلاف آن ثابت نشده موجبی برای بازداشت محکوم‌علیه به عنوان ممتنع خواهد بود».
۳. همچنین نظریه شماره ۹۱-۲۶ اداره حقوقی قوه قضائیه در این زمینه جالب توجه می‌باشد.

اصلاحیه رئیس قوه قضاییه مربوط به اصلاح بند ج ماده ۱۸ آییننامه اجرایی قانون ۱۳۷۷ و همچنین تصویب دستورالعمل ساماندهی زندانیان و کاهش جمعیت کیفری زندان‌ها مصوب ۲۹ اردیبهشت‌ماه ۱۳۹۲، در مورد اجرای ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، طبقه‌بندی و قیودی حاکم شد. اما رویکرد قانون جدید نیز در ماده ۷ آن قانون، قائل به تفکیک میان سه فرض شده است:

الف- فرض بر ملائت محکوم‌علیه در دیون معوض: در صورتی که وضعیت سابق مدیون دلالت بر ملائت وی داشته یا مدیون در عوض دین، مالی دریافت کرده یا به هر نحو تحصیل مال کرده باشد، به موجب اعلام قانون‌گذار، اثبات اعسار بر عهده محکوم‌علیه می‌باشد و لذا اصل را بر ملائت وی قرار داده‌اند.^۱ در این موارد هرگاه مدیون بخواهد ادعای خود را با شهادت شهود ثابت کند باید شهادتنامه کتبی حداقل دو شاهد را به مدتی که بتوانند نسبت به وضعیت معیشت فرد اطلاع کافی داشته باشند به دادخواست اعسار خود ضمیمه نماید.^۲ در شهادتنامه مذکور، شاهد باید علاوه بر هویت، اقامتگاه، شغل، میزان درآمد و نحوه قانونی امرار معاش مدعی اعسار، به این امر تصریح کند که با مدیون به مدتی که بتوانند نسبت به وضعیت معیشت وی اطلاع کافی داشته باشد، معاشرت داشته و او افزون بر مستثنیات دین هیچ مال قابل دسترسی ندارد که بتواند به وسیله آن دین خود را بپردازد.^۳

ب- فرض بر اعسار محکوم‌علیه در دیون ابتدایی و روابط مالی غیر معوض: در صورتی که مدیون در عوض دین، مالی دریافت نکرده یا تحصیل نکرده باشد، همچنین در مواردی که مالی تحصیل گردیده اما منجر به تلف حقیقی یا حکمی شده است، اعلام شده است که هرگاه خوانده دعوای اعسار نتواند ملائت فعلی یا سابق او را ثابت کند، ادعای اعسار با سوگند مدیون مطابق مقررات پذیرفته می‌شود و در نتیجه فرض قانون‌گذار در اینجا بر اعسار محکوم‌علیه می‌باشد.^۴

ج- فرض بر اعسار محکوم‌علیه در حالت عدم احراز وضعیت محکوم‌علیه و یا در فرض عدم قابلیت دسترسی به مال وی: در صورتی که ملائت فعلی یا سابق او نزد قاضی

۱. اصلاحیه بند ج ماده ۱۸ آییننامه اجرایی موضوع ماده ۶ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۸ مصوب ۱۳۹۱ (روزنامه رسمی به شماره ۱۹۶۲۹ مورخ ۱۳۹۱/۵/۴).

۲. ماده ۷ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی (۱۳۹۴).

۳. عدم رعایت مقررات حاکم بر نحوه تنظیم استشهادیه مندرج در ماده ۸ قانون مورد بحث، به استناد بند ۶ ماده ۵۱ و بند ۲ ماده ۵۳ قانون آیین دادرسی مدنی منجر به صدور اخطار رفع نقص از سوی مدیر دفتر دادگاه می‌شود.

۴. ماده ۸ همان قانون.

۵. ماده ۷ همان قانون.

محرز نباید، ادعای اعسار با سوگند مدیون مطابق مقررات آیین دادرسی مدنی پذیرفته می شود و در نتیجه قانون گذار در اینجا نیز اصل را بر اعسار محاکوم علیه قرار داده است.^۱ در این راستا، بار اثبات دعوای اعسار محاکوم علیه در جریان مطالبه مهربه از مواردی است که با تصویب قانون اخیرالتصویب نحوه اجرای محکومیت‌های مالی دچار ابهام و اختلاف نظر گردیده است. اختلاف از آنجا ناشی می شود که از یک سو، ماده ۲۲ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ بیان می دارد «هرگاه مهربه در زمان وقوع عقد تا یکصد و ده سکه تمام بهار آزادی یا معادل آن باشد، وصول آن مشمول مقررات ماده ۲ قانون اجرای محکومیت‌های مالی^۲ است. چنانچه مهربه، بیشتر از این میزان باشد در خصوص مازاد، فقط ملائت زوج ملاک پرداخت است». بدین ترتیب، مطالبه مهربه تا یکصد و ده سکه تمام بهار آزادی یا معادل آن، نیاز به اثبات ملائت زوج ندارد و محاکوم علیه (زوج) باید عدم توانایی مالی خویش را اثبات کند. در حالی که نسبت به مازاد، بار اثبات ملائت زوج، بر عهده زوجه می باشد. لیکن از سوی دیگر، با تصویب قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در سال ۱۳۹۴، این استدلال مطرح شده است که قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷ از جمله ماده ۲ این قانون به استناد نص صریح ماده ۲۹ قانون اخیرالتصویب نسخ گردیده است و با توجه به پیش‌بینی ماده ۷ قانون اخیرالتصویب پیرامون طرح طبقه‌بندی محاکوم علیهم در راستای بار اثبات دعوای اعسار، اگر محاکوم علیه در قبال یک عوض مدیون نشده باشد، مانند دیون ناشی از مهربه، قول بدھکار مقدم بوده و بار اثبات دعوا بر عهده زوجه می باشد.

به نظر می رسد غالب اختلاف نظر پیش‌آمده ناشی از بی‌توجهی به فلسفه وضع متون قانونی و اடکای بیش از حد به ظاهر قانون است. اولاً مهربه به عنوان دین مالی خاص مطرح می شود و با توجه به تصویب قانون خاص حمایت خانواده در سال ۱۳۹۱ جایگاه و نحوه مطالبه این دین خاص در قانون خاص پیش‌بینی شده است. البته شایسته بود قانون گذار در جریان وضع ماده ۲۲ قانون مذکور، به جای ذکر عبارت «ماده ۲ قانون اجرای محکومیت‌های مالی»، متن حکم قانونی ماده ۲ را درج می نمود و باب اختلاف نظر را نمی گشود. ثانیاً اصولاً در تعارض قانون سابق خاص و قانون جدید

۱. ماده ۷ و تبصره ماده ۶ همان قانون.

۲. ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت مالی (۱۳۷۷): «هر کس محاکوم به پرداخت مالی به دیگری شود، چه به صورت استرداد عین یا قیمت یا مثل آن و یا ضرر و زیان ناشی از جرم یا دیده و آن را تأدیه ننماید، دادگاه او را الزام به تأدیه نموده و چنانچه مالی از او در دسترس باشد، آن را ضبط و به میزان محاکومیت، از مال ضبط شده استیفا می نماید و در غیر این صورت بنا به تقاضای محاکوم له، ممتنع را در صورتی که معاشر نباشد تا زمان تأدیه حبس خواهد کرد».

عام، «غالب نویسنده‌گان گفته‌اند که عام ناسخ خاص نمی‌شود». ^۱ به عبارت دیگر با عنایت به اینکه در همه قوانین تا حدودی احکام استثنایی یافت می‌شود، به نظر می‌رسد حکم عام بار اثبات دعوا در این خصوص، قابل تخصیص است و حکم ماده ۲۲ قانون خاص حمایت خانواده بر مهریه به عنوان دین خاص کماکان حاکم باشد. لذا در فرضی که دادگاه محکوم‌علیه (زوج) را الزام به تأدیه نموده است، چنانچه مالی از او در دسترس باشد آن را ضبط و به میزان محکومیت، از مال ضبط شده استیفا می‌نماید، در غیر این صورت بنا به درخواست محکوم‌له (زوجه)، ممتنع را در صورتی که معسر نباشد تا زمان تأدیه حبس خواهد کرد که در صورت اثبات اعسار از حبس جلوگیری می‌شود. در واقع، با توجه به خاص بودن دین مذکور، اثبات اعسار بر عهده زوج خواهد بود.

در جمع‌بندی مباحث پیرامون بار اثبات دعوى اعسار می‌توان گفت که بیان طبقه‌بندی فروض مختلف، ^۲ اختیاری بودن استفاده از استشهادیه در اثبات اعسار ^۳ بر خلاف اجباری بودن آن در قانون اعسار، ^۴ بیان نحوه تنظیم شهادت‌نامه و تکلیف شاهد بر تصریح به اینکه با مدیون به مدتی که بتواند نسبت به وضعیت معیشت وی اطلاع کافی داشته باشد، معاشرت داشته و او افزون بر مستشیات دین هیچ مال قابل دسترسی ندارد که بتواند به وسیله آن دین خود را بپردازد، ^۵ کفایت شهادت حداقل دو شاهد برای اثبات اعسار ^۶ بر خلاف پیش‌بینی حداقل چهار شاهد مندرج در قانون اعسار، ^۷ پیوست صورت کلیه اموال، حساب‌ها، مطالبات و نقل و انتقالات و هر نوع تعییر دیگر در اموال مذکور مدعی اعسار از زمان یک سال قبل از طرح دعوای اعسار به بعد به دادخواست اعسار از جمله نوآوری‌های قانون ۱۳۹۴ محسوب می‌گردد.

۴-۲. تکلیف بر شناسایی اموال محکوم‌علیه

در قانون جدید آمده است که مرجع اجرائی‌نده رأی، ^۸ تکلیف دارد تا به درخواست محکوم‌له از طرق پیش‌بینی شده در این قانون مانند اینکه به بانک مرکزی دستور دهد

۱. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶، ص. ۱۷۴.

۲. ماده ۷ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی (۱۳۹۴).

۳. ماده ۸ همان قانون: «... هرگاه مدیون بخواهد ادعای خود را با شهادت شهود ثابت کند باید شهادت‌نامه کتبی حداقل دو شاهد را ...».

۴. ماده ۲۳ قانون اعسار (۱۳۱۳): «مدعی اعسار باید شهادت کتبی لااقل چهار نفر از اشخاصی که از وضع معیشت و زندگانی او مطلع باشند به عرض حال خود ضمیمه نمایند در شهادت‌نامه مذکور باید اسم و شغل و وسائل گذران مدعی اعسار و عدم تمكن او برای پرداخت محکوم‌به یا دین با تعیین مبلغ آن تصریح شود».

۵. مواد ۸ و ۹ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی (۱۳۹۴).

۶. ماده ۸ همان قانون.

۷. ماده ۲۳ قانون اعسار (۱۳۱۳).

۸. اعم از قسمت اجرای دادگاه، صادرکننده اجراییه یا مجری نیابت (ماده ۲ قانون جدید).

که فهرست کلیه حساب‌های محکوم‌علیه در بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری را برای توقیف به مرجع مذکور تسلیم نماید^۱ و نیز به هر نحو دیگر که به موجب قانون ممکن باشد در خصوص شناسایی اموال محکوم‌علیه و توقیف آن به میزان محکوم‌به اقدام کند.^۲ همچنین پس از ثبت دادخواست اعسار، بر دادگاه تکلیف است که با قید فوریت از مراجع ذی‌ربط استعلام نموده و به هر نحو دیگر که ممکن باشد نسبت به بررسی وضعیت مالی محکوم‌علیه جهت روشن شدن اعسار یا ایسار او اقدام کند.^۳ لذا دادگاه بر شناسایی اموال محکوم‌علیه، خواه محکوم‌له درخواست نموده یا ننموده باشد،^۴ تکلیف فوری دارد.

در واقع، این امر را می‌توان گامی برای اجرای اصل لزوم شناسایی اموال محکوم‌علیه در راستای کارآمدی اجرای احکام مدنی و نیل به دادرسی منصفانه محسوب نمود.^۵ در این راستا، دادگاه باید به مراجع ذی‌ربط از قبیل ادارات ثبت محل و شهرداری‌ها دستور دهد که بر اساس نشانی کامل ملک یا نام مالک پلاک ثبتی ملکی را که احتمال تعلق آن به محکوم‌علیه وجود دارد برای توقیف به دادگاه اعلام کنند و این حکم در مورد تمامی مراجعی که به هر نحو اطلاعاتی در مورد اموال اشخاص دارند نیز مجری است.

آنچه حائز اهمیت است مراجع ذی‌ربط از جمله ادارات ثبت محل و شهرداری‌ها مکلفند به دستور دادگاه فهرست و مشخصات اموال متعلق به محکوم‌علیه و نیز فهرست نقل و انتقالات و هر نوع تغییر دیگر در اموال مذکور «از زمان یک سال قبل از صدور حکم قطعی به بعد» را به دادگاه اعلام کنند. لذا آوردن قید زمانی مذکور نیز می‌تواند تا حدودی مانع تبانی برخی اشخاص در جهت انتقال اموال خود به دیگران با قصد فرار از دین گردد و یا در صورت انتقال این‌گونه اموال، با شناسایی و تشخیص درست نسبت به تضییع حقوق دیگران جلوگیری به عمل آید.

قانون‌گذار جهت تأکید بر این امر، ضمانت اجرای «انفال درجه شش از خدمات عمومی و دولتی» را نسبت به عدم رعایت ترتیب فوق نسبت به مسئولان مربوطه پیش‌بینی نموده و اعلام داشته است که هر یک از مدیران یا مسئولان کلیه مراجعی که

۱. ماده ۱۹ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی (۱۳۹۴).

۲. ماده ۲ همان قانون.

۳. ماده ۱۰ همان قانون.

۴. با توجه به مقررات پیرامونی ماده ۱۹۹، ۲۰۰ و ۲۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی و رعایت الزامات دادرسی عادلانه (محسنی، حسن، منبع پیشین، صص. ۵۱-۵۲).

۵. برای مطالعه بیشتر: محسنی، حسن، اجرای موثر رأی مدنی (مفهوم، راهکارها و موانع)، فصلنامه حقوق، شماره ۴۲، ۱۳۹۱.

به تکلیف مقرر پیرامون شناسایی اموال و ارائه اطلاعات اشخاص حقیقی و حقوقی مطابق قانون عمل نکنند به انفال درجه شش از خدمات عمومی و دولتی محکوم می‌شوند.

اما در کنار اقدام مثبت قانون‌گذار، ایرادی بر مقرره مذکور وارد است و آن اینکه گویا تخلف مدیران و مسئولان مراجع غیر دولتی از دستورات مقام قضایی در خصوص شناسایی اموال محکوم‌علیه از سوی قانون‌گذار نادیده انگاشته شده است، چرا که ضمانت اجرای انفال مذکور اختصاص به کارمندان دولت داشته و مقتن در این زمینه نسبت به مسئولان بخش غیردولتی سکوت نموده است.

۲-۵. تصمیم دادگاه در دعواه اعسار

پس از بررسی و طی مراحل مقرر، دو فرض قابل تصور است: ۱- قبول اعسار و ۲- رد اعسار. در صورت ثبوت اعسار و تمکن مدييون از پرداخت به نحو اقساط، دادگاه ضمن صدور حکم اعسار با ملاحظه وضعیت او یا «مهلت مناسبی برای پرداخت می‌دهد» یا «حکم تقسیط بدھی» صادر می‌کند. بنابراین تصمیم‌گیری در خصوص یکی از دو امر مذکور مطرح می‌شود: تعیین مهلت مناسب یا تقسیط بدھی. البته باید توجه نمود که حکم قسمت اخیر ماده ۲۷۷ قانون مدنی که بیان می‌دارد «... ولی حاکم می‌تواند نظر به وضعیت مدييون مهلت عادله یا قرار تقسیط دهد»، علی‌رغم شباهت با مفاد ماده ۱۱ قانون مورد بحث، با آن تفاوت دارد.^۱ چرا که زمینه اعلام حکم تعیین مهلت مناسب یا تقسیط بدھی مندرج در قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، تقدیم دادخواست اعسار به ضمیمه صورت کلیه اموال و فهرست نقل و انتقالات از سوی محکوم‌علیه مدعی اعسار از زمان یک سال قبل از طرح دعواه اعسار به بعد می‌باشد، در حالی که دادن مهلت عادله یا قرار تقسیط مندرج در ماده ۲۷۷ قانون مدنی نیاز به تقدیم دادخواست از سوی متعهد نداشته و با توجه دادرس نسبت به وضعیت مدييون و اوضاع و احوال محکوم‌علیه^۲ و با لحاظ منافع متعهدلله، در داوری وجدان دادرس اثر دارد، جایی که اخلاق در حقوق نقش‌آفرینی می‌کند. در واقع قرار دادن قید «عادله» در کنار «مهلت»، خود وسیله‌ای را در جهت ملایم نمودن قواعد منطقی حقوقی و سازگار ساختن آن با ندای عدالت و انصاف فراهم

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی - نظریه عمومی تعهدات، میزان، ۱۳۹۱، ص. ۱۴۵.
۲. ملاک ترکیبی برگرفته از مواد ۲۷۷ و ۶۵۲ قانون مدنی (کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی - نظریه عمومی تعهدات، منبع پیشین، صص. ۱۴۵-۱۴۷)؛ احتمال دارد مدييون مسرب نباشد و وجود ضرورت‌های دیگر مهلت عادله یا قرار اقساط را ایجاب کند (کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظام کنونی، نشر دادگستر، ص. ۲۴۶).

آورده است.^۱ بدین ترتیب می‌توان گفت که این امر مهلت قضایی تلقی شده و از اختیارهای دادرس محسوب می‌گردد.

به موجب قانون اخیرالتصویب، در تعیین اقساط نیز باید میزان درآمد مدیون و معیشت ضروری او لحاظ شده و به نحوی باشد که او توانایی پرداخت آن را داشته باشد.^۲ به علاوه هر یک از محاکوم‌له یا محاکوم‌علیه می‌توانند با تقدیم دادخواست، تعدیل اقساط را از دادگاه بخواهند و دادگاه با لحاظ نرخ تورم اعلام شده از سوی مراجع رسمی قانونی کشور و یا تغییر در وضعیت معیشت و درآمد محاکوم‌علیه نسبت به تعديل میزان اقساط اقدام می‌کند.^۳

اما در فرضی که دعوای اعسار رد شود، دادگاه در ضمن حکم به رد دعوی، مدعی اعسار را به پرداخت خسارات وارد شده برخوانده دعوای اعسار، البته مشروط به درخواست وی، محاکوم می‌کند.^۴ همچنین در فرض تبصره ۱ ماده ۳ قانون مورد بحث در فرضی که محاکوم‌علیه دادخواست اعسار خود را خارج از مهلت تقدیم داشته است به واسطه صدور قرار قبولی وثیقه یا کفیل تا روشن شدن وضعیت اعسار آزاد می‌باشد و اگر وضعیت وی منتهی به رد دعوای اعسار به موجب حکم قطعی گردیده است، به کفیل یا وثیقه‌گذار ابلاغ می‌شود تا ظرف مهلت بیست روز پس از ابلاغ واقعی نسبت به تسلیم محاکوم‌علیه اقدام کند. در صورت عدم تسلیم ظرف مهلت مذکور، حسب مورد به دستور دادستان یا رئیس دادگاهی که حکم تحت نظر آن اجرا می‌شود، نسبت به استیفادی محاکوم‌به و هزینه‌های اجرایی از محل وثیقه یا وجهه‌الکفاله اقدام می‌گردد. در این مورد دستور دادگاه ظرف مهلت ده روز پس از ابلاغ واقعی قابل اعتراض در دادگاه تجدیدنظر است.^۵

قید «واقعی» بودن ابلاغ که در قانون قدیم (۱۳۷۷) آورده نشده بود را می‌توان از نوآوری‌های قانون جدید (۱۳۹۴) و برگرفته از قانون آیین دادرسی کیفری محسوب نمود. اما با وجود مزیت ناشی از قید «بلاغ واقعی» از یک سو، قید واقعی بودن ابلاغ، مسیری را برای فرار محاکوم‌علیه ممتنع از ادائی دین از اجرا باز خواهد کرد تا به behane عدم ابلاغ واقعی، مانعی در راه اجرای حکم شود. بنابراین با نوعی پارادوکس مواجه می‌شویم که ارائه راه حل برای رفع آن، ضروری به نظر می‌رسد.

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی - نظریه عمومی تعهدات، منبع پیشین، صص. ۱۴۲-۱۴۷؛ اسماعیل‌آبادی، علیرضا، «مطالعه تطبیقی مهلت عادله»، اندیشه‌های حقوقی، شماره ۱۱، ۱۳۸۵، ص. ۱۶۵-۱۶۶.

۲. ماده ۱۱ قانون نحوه اجرای محاکومیت‌های مالی (۱۳۹۴).

۳. تبصره ۲ ماده ۱۱ همان قانون.

۴. ماده ۱۲ همان قانون.

۵. تبصره ۱ ماده ۳ همان قانون.

باید اضافه نمود، هرگاه پس از صدور حکم اعسار ثابت شود که عسرت از مديون رفع شده یا مديون بر خلاف واقع خود را معسر معرفی کرده، یا علی‌رغم تعیین مهلت مناسب و یا تقسیط بدھی در زمان مقرر دین خود یا اقساط تعیین‌شده را نپرداخته است، به تقاضای محاکوم^{له}، محاکوم^{علیه} تا زمان اجرای حکم یا اثبات حدوث اعسار یا جلب رضایت محاکوم^{له} حبس خواهد شد.^۱

اما این موضوع نیز حائز اهمیت است که آیا رأی دادگاه مبني بر قبول و یا رد دعوای اعسار از اعتبار امر مختصومه برخوردار است یا خیر. در پاسخ می‌توان گفت با عنایت به اینکه موضوع اعسار و تمکن از امور قابل تجدد و حدوث محسوب می‌گردد که بر فرض ثبوت هر یک در زمانی، قابل تغییر و تبدل در زمان دیگری می‌باشد، لذا قاعده اعتبار امر مختصوم و ممنوعیت تجدید دعوا در دعوای اعسار نمی‌تواند حاکم باشد. البته لازم به ذکر است که حکم اعسار تنها در حدود مقتضای خود اعتبار امر قضاوت شده را داراست و محاکوم^{علیه} نمی‌تواند مفاد آن را در زمان صدور انکار نماید، لکن اثبات این موضوع که وضعیت مالی او و دارایی وی دگرگون شده است با مفاد رأی تعارض ندارد.^۲

۱. ماده ۱۸ همان قانون.

۲. کاتوزیان، ناصر، اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی، میزان، ۱۳۹۲، ص. ۲۴۲.

نتیجه‌گیری

آنچه در این مقاله بررسی شد تحلیلی پیرامون نوآوری‌های قانون نحوه اجرای محکومیت مالی مصوب ۱۳۹۴ در باب اثبات اعسار و نحوه طرح دعوى اعسار از سوی محکوم‌علیه است که مهم‌ترین دستاوردهای عنوان شده آن به طور خلاصه به شرح ذیل می‌باشد:

- ۱- موضوع قانون مورد بحث صرفا اختصاص بر محکومیت‌های مالی به جز جزای نقدی دارد و از سوی دیگر نیز آوردن عبارت «آرای مدنی» مندرج در ماده ۲۷ این قانون بر وسعت دایره شمول آن افزوده است.
- ۲- به موجب مواد ۱۵ و ۲۶ قانون مورد بحث، عدم کفایت دارایی اشخاص حقوقی، اعم از تاجر و غیرتاجر، از مصاديق ورشکستگی تعیین شده است و لذا از آنان دادخواست اعسار پذیرفته نمی‌شود.
- ۳- ضرورت پیوست صورت کلیه اموال محکوم‌علیه مدعی اعسار به دادخواست اعسار، تکلیف بر شناسایی اموال محکوم‌علیه و در مواردی با قید «فوریت»، اضافه نمودن قید زمان «یک سال» در معرفی و شناسایی اموال محکوم‌علیه، تعیین ضمانت اجرای انفال از خدمت برای مدیران و مسئولان مراجع ذی‌ربط که در خصوص ارائه اطلاعات وضعیت مالی محکوم‌علیه همکاری نمی‌نمایند، از ابتکارات قانون اخیر التصویب است. اما گویا در تعیین ضمانت اجرای پیش‌بینی شده تخلف مدیران و مسئولان مراجع غیر دولتی از دستورات مقام قضایی در خصوص شناسایی اموال محکوم‌علیه از سوی قانون‌گذار نادیده انگاشته شده، چرا که ضمانت اجرای انفال مذکور اختصاص به کارمندان دولت داشته و مقتن در این زمینه نسبت به مسئولان بخش غیر دولتی سکوت نموده است و شایسته است نسبت به رفع این ایراد اقدام گردد.
- ۴- از نوآوری‌های دیگر قانون مورد بحث، اضافه نمودن قید «واقعی» در باب اعتراض‌ها پیرامون امر ابلاغ است که علی‌رغم اینکه عنوان «بلاغ واقعی» نوعی مزیت محسوب می‌گردد، اما از سوی دیگر در عمل با نوعی تضاد مواجه می‌شویم و آن اینکه امکان فرست‌سازی برای بدھکاران با سوءنيت که خواستار ايجاد موقعیت دروغین تحت عنوان عدم امكان ابلاغ واقعی هستند فراهم خواهد شد و بدین ترتیب آنها می‌توانند در روند اجرایی مانع تراشی نمایند که ضرورت دارد قانون‌گذار به نحو شایسته نسبت به رفع آن اقدام نماید.

-
- ۵- اضافه نمودن قید زمان «تا سی روز پس از ابلاغ اجراییه» در خصوص تقدیم دادخواست اعسار محکوم‌علیه و عدم بازداشت نامبرده در طول این مدت، مزیتی برای بدھکاران با حسن نیت محسوب می‌گردد. همچنین بعد از انقضای مهلت مذکور نیز هرگاه محکوم‌له آزادی وی را بدون اخذ تأمین بپذیرد یا محکوم‌علیه به تشخیص دادگاه کفیل یا وثیقه معتبر و معادل محکوم‌به ارائه نماید، دادگاه با صدور قرار قبولی وثیقه یا کفیل تا روشن شدن وضعیت اعسار از حبس محکوم‌علیه خودداری و در صورت بازداشت، او را آزاد می‌نماید.
- ۶- در خصوص تقدیم دادخواست اعسار در حین دادرسی حکمی بیان نشده است و استدلال شد که به نظر مردمی رسید رأی وحدت رویه شماره ۷۲۲ مصوب ۱۳۹۰/۱۰/۱۳ کماکان به قوت خود باقی است و دعوی اعسار مديون در اثنای رسیدگی به دعوی داین قابلیت استماع دارد.
- ۷- در قانون اخیرالتصویب، بار اثبات اعسار که به صورت مطلق بر دوش محکوم‌علیه قرار داشت، برداشته شده و با شرح فروض مختلف، به نوعی قائل به تفکیک شده است: اول - اصل بر ملات محکوم‌علیه در دیون معوض است و در صورت ادعای خلاف، او باید اعسار را اثبات نماید. دوم - اصل بر اعسار محکوم‌علیه در دیون ابتدایی و روابط مالی غیر معوض است و خوانده دعوای اعسار باید عدم اعسار یا ملات محکوم‌علیه را اثبات کند. سوم - اصل بر اعسار محکوم‌علیه در حالت عدم احراز وضعیت محکوم‌علیه است. به علاوه عدم قابلیت دسترسی به مال محکوم‌علیه نیز در حکم نداشتن مال تلقی شده که اثبات عدم قابلیت دسترسی به مال بر عهده مديون است.

مراجع

- آیتی، سید محمد رضا؛ زرگوش نسب، عبدالجبار، «نقد و بررسی دلایل و آرای فقهای پیرامون زندانی کردن بدھکار معسر»، *فصلنامه فقه و تاریخ تمدن*، شماره ۲۷، ۱۳۹۰.

اسدی، لیلا، «آیا بدھکار محرم است؟!»، *ندای صادق*، شماره ۲۶ و ۲۷، ۱۳۸۱.

اسماعیل آبادی، علیرضا، «مطالعه تطبیقی مهلت عادله»، *اندیشه‌های حقوقی*، شماره ۱۱، ۱۳۸۵.

تفی‌زاده داغیان، مجتبی، «بررسی فقهی - حقوقی قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی»، *مجله تخصصی الهیات و حقوق*، شماره ۲۰، ۱۳۸۵.

رحمتی، محمد؛ میری، ایوب؛ فرجزادی، علی‌اکبر، «نقد رویه قضایی در بررسی دعوای اعسار»، *حقوق خصوصی*، شماره ۲، ۱۳۹۲.

رهگشا، امیرحسین، نگرشی بر قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، *انتشارات مجد*، ۱۳۸۱.

شریفی، علیرضا، *قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در نظام کنونی*، *انتشارات بهنامی*، ۱۳۹۴.

شهری، غلامرضا، «تحویله اجرای محکومیت‌های مالی با توجه به قوانین جدید»، *دیدگاه‌های حقوقی*، شماره ۱۷ و ۱۸، ۱۳۷۹.

کاتوزیان، ناصر، اعتبار امر قضاؤت شده در دعوای مدنی، *میزان*، ۱۳۹۲.

_____، اعمال حقوقی، *شرکت سهامی انتشار*، ۱۳۸۹.

_____، حقوق مدنی - نظریه عمومی تعهدات، *میزان*، ۱۳۹۱.

_____، قانون مدنی در نظام کنونی، *نشر دادگستر*، ۱۳۷۷.

_____، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، *شرکت سهامی انتشار*، ۱۳۷۶.

محسنی، حسن، اجرای موثر رأی مدنی (مفهوم، راهکارها و موانع)، *فصلنامه حقوق*، شماره ۴۲، ۱۳۹۱.

_____، اجرای موثر رأی و آیین اجرای محکومیت مالی، *شرکت سهامی انتشار*، ۱۳۹۴.

مشکینی، محمدحسین، مجازات ممتنع از اداء دین و حکم اعسار در حقوق امامیه، *کانون وکلا*، شماره ۸۱، ۱۳۴۱.

مؤمنی، عابدین؛ آهوار، امین، «حبس بدھکار از منظر فقه امامیه با نگاهی به فقه شافعی»، *فروغ وحدت*، شماره ۲۸، ۱۳۹۱.

یثربی، سید علی محمد، «قاعده اعسار مستند عمومی رخصت‌های قانون گذار و قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷»، *پژوهش‌های دینی*، شماره ۳، ۱۳۸۴.

امین‌اله زمانی*

محمدحسن باقری خوزانی**

چکیده

یکی از وظایف رئیس قوه قضاییه با استناد به بند دوم اصل (۱۵۸) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران «تهیه لوایح قضایی متناسب با جمهوری اسلامی» است. اصل (۷۴) قانون اساسی نیز رعایت تصویب لوایح قانونی در هیأت وزیران جهت ارسال به مجلس شورای اسلامی را الزامی دانسته است. یکی از موضوعات محل اختلاف در این زمینه، امکان ارسال مستقیم لوایح قضایی از سوی رئیس قوه قضاییه به مجلس شورای اسلامی است. این پژوهش با نگاهی توصیفی - تحلیلی و با تبیین هدف قانون‌گذار اساسی، تعریف واژه «لایحه» در اصول قانون اساسی و استناد به اصل استقلال قوا و برخی از نظرات شورای نگهبان، صلاحیت رئیس قوه قضاییه در ارسال مستقیم لوایح قضایی به مجلس شورای اسلامی را مورد تحلیل و بررسی قرار می‌دهد.

کلیدواژه‌ها: لایحه، لوایح قضایی، لوایح قانونی، رئیس قوه قضاییه، اصل ۱۵۸ قانون اساسی.

ابتکار قانون، به حق ابداع و پیشنهاد متنی در جهت وضع قانون جدید یا اصلاح قانون اشاره دارد که به عنوان مرحله مقدماتی فرآیند تصویب قوانین در مجالس قانون گذاری با توجه به نوع رژیم سیاسی به طرق مختلفی قابل اعمال است. اصول مختلفی از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به صلاحیت ابتکار قانون در فرآیند قانون گذاری در ایران اشاره می‌نماید و در این خصوص دولت، مجلس، شورای عالی استان‌ها و قوه قضاییه صلاحیت ابتکار قانون را دارند. بند دوم اصل (۱۵۸) قانون اساسی «تهیه لواح قضایی متناسب با جمهوری اسلامی» را به عنوان یکی از وظایف رئیس قوه قضاییه برشمرونده است. در خصوص صلاحیت رئیس قوه قضاییه در ارسال مستقیم لواح قضایی به مجلس شورای اسلامی، از آنجا که در دولت دهم در برخی موقع این لواح به مجلس ارسال نمی‌شد، «قانون الحق یک تبصره به ماده (۳) قانون وظایف و اختیارات رئیس قوه قضاییه» مقرر داشته است: «در صورتی که دولت در مدت مذکور [= سه ماه] نتواند نسبت به تصویب و ارسال لایحه به مجلس اقدام نماید و سه ماه دیگر از مهلت قانونی آن بگذرد، رئیس قوه قضاییه می‌تواند مستقیماً لایحه را به مجلس ارسال کند.» مطابق این تبصره، قانون گذار عادی صلاحیت ارسال مستقیم لواح قضایی از سوی رئیس قوه قضاییه به مجلس را بدون تصویب هیأت وزیران در شرایطی به رسمیت شناخته است. با این حال در خصوص صلاحیت اعطایی به رئیس قوه قضاییه در ارسال مستقیم لواح قضایی با توجه به اصول قانون اساسی همچنان اختلاف نظر وجود دارد. لذا بررسی این موضوع در حوزه حقوق سیاسی جمهوری اسلامی ایران وجود دارد. پذیرفته شده در حقوق عمومی اهمیت دارد.

بر این اساس سئوال اصلی پژوهش حاضر ناظر بر امکان قانونی و حقوقی صلاحیت رئیس قوه قضاییه در ارسال مستقیم لواح قضایی به مجلس است. به بیان دیگر آیا می‌توان در کنار سایر مراجع صالح پیش‌بینی شده در قانون اساسی که صلاحیت ارسال طرح‌ها و لواح را به مجلس دارند، چنانی صلاحیتی را برای رئیس قوه قضاییه در ارسال مستقیم لواح قضایی قائل شد؟ مخالفان به استناد اصول (۷۴)، (۷۵) و (۱۵۸) قانون اساسی، ارسال مستقیم لواح قضایی از سوی رئیس قوه قضاییه به مجلس شورای اسلامی، را مغایر با قانون اساسی می‌دانند.

تحلیل سؤال اصلی، ابتدا مستلزم پاسخ‌گویی به سؤوالات فرعی از قبیل مفهوم لایحه و طرح، ابتکار قانون‌گذاری و لواحی قضایی، است.

۱. لایحه و طرح قانونی

پیشنهادی که به موجب آن نمایندگان مجلس می‌توانند درخواست تصویب قانون را به مجلس ارائه دهند «طرح» نامیده می‌شود.^۱ لایحه^۲ نیز به مصوبه پیشنهادی از سوی دولت برای تصویب در مجلس گفته می‌شود.^۳ «ایجاد نظم عمومی و تأمین نیازمندی‌های عمومی» از طرف دولت^۴ مبنای تهیه پیش‌نویس لوایح توسط وزیران مربوط و تصویب آن در هیأت دولت و در نهایت تقدیم آن به مجلس شورای اسلامی است.^۵ قانون‌گذار اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز بر همین مبنای در اصل (۷۴) قانون اساسی، لوایح قانونی را مصوبه هیأت وزیران دانسته و پیشنهادات نمایندگان مجلس در راستای تصویب قانون را به عنوان طرح شناسایی کرده است.^۶

۲. ابتکار قانون‌گذاری

ابتکار قانون به عنوان گام نخست تقنین به معنای «حق ابداع و پیشنهاد متنی در جهت وضع قانون جدید یا اصلاح قانون موجود است».^۷ مناسب با نوع نظام‌های سیاسی، صلاحیت ابتکار یا پیشنهاد قانون متفاوت بوده و به صورت کلی در نظام پارلمانی پیشنهاد قانون توسط نمایندگان مجلس و یا هیأت دولت انجام می‌شود و این در حالی است که در نظام‌های ریاستی تنها نمایندگان مجلس صلاحیت ابتکار قانون را دارند.^۸ به موجب اصول (۷۴)، (۱۰۲) و (۱۵۸) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ابتکار قانون‌گذاری می‌تواند از طریق دولت، مجلس، شورای عالی استان‌ها و رئیس قوه قضائیه و به صورت لایحه [قانونی]، طرح[قانونی] یا لایحه قضائی، اعمال شود. لایحه قانونی باید ممضی به امضای رئیس جمهور، وزیر یا وزیری مسئول بوده^۹ و شرایط شکلی و ماهوی (عنوان، موضوع، ادله توجیهی و ...) نیز در آن رعایت شده باشد.^{۱۰} لوایح

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ نوزدهم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷، ص. ۴۲۸.

2. Bill

۳. بابایی، پرویز، فرهنگ اصطلاحات سیاسی، چاپ اول، انتشارات نگاه، ۱۳۹۱، ص. ۷۰۷.

۴. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (حاکمیت و نهادهای سیاسی)، جلد دوم، چاپ

بیست و پنجم، ۱۳۹۳، ص. ۳۱۸.

۵. مهرپور، حسین، مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، چاپ سوم، نشر دادگستر، ۱۳۹۱، ص. ۳۱۹.

۶. اصل (۷۴) قانون اساسی اشعار می‌دارد: «لوایح قانونی پس از تصویب هیأت وزیران به مجلس تقدیم می‌شود و طرح‌های قانونی به پیشنهاد حاصل پذیره نفر از نمایندگان، در مجلس شورای اسلامی قبل طرح است».

۷. قاضی، ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ دوازدهم، نشر میزان، ۱۳۸۳، ص. ۴۳۱.

۸. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اساسی، چاپ چهاردهم، نشر میزان، ۱۳۹۰، ص. ۱۱۷.

۹. ماده (۱۳۶) قانون آینه‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی.

۱۰. ماده (۱۳۴) قانون آینه‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی.

مزبور با تصویب نمایندگان مجلس، به صورت یک فوریتی، دو فوریتی و سه فوریتی در مجلس مطرح می شوند.^۱ طرح های قانونی نیز با امضا و ذکر نام حداقل پانزده نفر از نمایندگان، قابل ارائه و پیشنهاد در مجلس هستند.^۲ علاوه بر این شورای عالی استان ها به استناد اصل (۱۰۲) قانون اساسی، حق ابتکار قانون گذاری را دارد. مطابق با این اصل شورای عالی استان ها می تواند طرح را تهیه و به طور مستقیم و یا از طریق دولت جهت تصویب به عنوان قانون پیشنهاد کند.

۳. لایحه قضایی و ابتکار آن

یکی از وظایف رئیس قوه قضاییه به موجب اصل (۱۵۸) قانون اساسی، تهیه لوایح قضایی است. اصطلاح «لایحه قضایی» متشكل از دو واژه «لایحه» و «قضایی» است. مفهوم لایحه از جهت لغوی در زبان فارسی به معنای طرح، مکتوب^۳ و نوشته ای که وکیل دادگستری در دفاع از دعوا به دادگاه می دهد^۴ استعمال می شود. قضایی نیز، صفت نسبی است که بر هر آنچه که منسوب و مربوط به قضا و داوری است، دلالت می کند.^۵ بنابراین، عبارت «لایحه قضایی» در معنای لغوی آن به معنای نوشته و مکتوبی است که محتوای آن مربوط به امور قضایی است. در معنای اصطلاحی «لایحه قضایی» در خصوص شمول محتوای لوایح مزبور میان دیدگاهی مضيق و حداقلی (شامل امور قضایی محض) و دیدگاهی موسع و حداکثری (اعم از امور قضایی محض و امور اداری و مالی مرتبط) بین صاحب نظران اختلاف نظر وجود دارد. برخی از نویسندها امور اداری، استخدامی، مالی مرتبط با دستگاه قضایی را از آنجا که به صورت غیرمستقیم بر عملکرد قضایی نظام قضایی تأثیرگذار است، لوایح قضایی در مفهوم موسع آن تعریف کرده اند.^۶ با این حال شورای نگهبان به عنوان مرجع رسمی تفسیر قانون اساسی، در تاریخ ۱۳۷۹/۷/۳۰ با اعلام نظر تفسیری خود سعی در ارائه مبنای برای تعیین مفهوم «لوایح قضایی» و همچنین تبیین ارتباط رئیس قوه قضاییه و هیأت وزیران در ارائه این قبیل از لوایح داشته است. بر این مبنای شورای نگهبان در مقام تفسیر

۱. ماده (۱۵۸) قانون آیین نامه داخلی مجلس شورای اسلامی.

۲. ماده (۱۳۱) قانون آیین نامه داخلی مجلس شورای اسلامی.

۳. دهخدا، علی اکبر، فرهنگ متوسط دهخدا، چاپ اول، زیر نظر دکتر سید جعفر شهیدی، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۸۵، ص. ۲۴۹۲.

۴. معین، محمد، فرهنگ فارسی معین، چاپ بیست و پنجم، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۸۸، ص. ۳۵۴۸.

۵. همان، ص. ۲۶۸۵.

۶. مرادی بریان، مهدی، مفهوم لوایح قضایی و آثار حقوقی آن، پژوهشگاه قوه قضاییه، انتشارات مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۴، ص. ۴.

بند دوم اصل (۱۵۸) و ضمن پذیرش دوگانگی «لوايح قضائي» و «لوايح قانوني» و تمایز میان آنها بيان می دارد: «فرق لوايح قضائي و غيرقضائي مربوط به محتواي آن است و محتواي لوايح قضائي را فصل يازدهم قانون اساسی به ويژه اصول ۱۵۶ و ۱۵۷ و ۱۵۸ معین می کند.»^۱ با توجه به فصل يازدهم قانون اساسی، که در بردارنده وظایف و اختیارات قوه قضائيه و رئيس قوه قضائيه و مشتمل بر كلیه امور خاص قضائي، استخدامي، مالي و اداري نظام قضائي است، به نظر می رسد که رویکرد تفسيري شوراي نگهبان پذيرش بيانی موسع از لوايح قضائي است.

۴. فرآيند شكلي تصويب لوايح قضائي

به استناد بند (۲) اصل (۱۵۸) قانون اساسی، ابتکار لوايح قضائي و تأمین و تأييد محتوا و ماهيت اين لوايح از سوي رئيس قوه قضائيه مشخص شده است و از اين جهت اختلافی ميان شارحين قانون اساسی وجود ندارد. شوراي نگهبان نيز، در مواردي از مصوبات که وظيفه لوايح قضائي را بر عهده فرد ديگري غير از رئيس قوه قضائيه دانسته، مغایر با اصل (۱۵۸) قانون اساسی تشخيص داده است و به همين خاطر در بررسی لایحه برنامه چهارم توسعه اقتصادي، اجتماعي و فرهنگي جمهوري اسلامي ايران «تجویز تنظیم لایحه قضائی در مورد جرایم سیاسی در بند (و) ماده (۱۰۱)» به دولت را مغایر بند (۲) اصل (۱۵۸) قانون اساسی^۲ تشخيص داد.^۳ لیکن، فرآيند شكلي تصويب اين لوايح، ميان ارسال مستقل و مستقيم آنها و يا ارسال غيرمستقيم لوايح قضائي و از طریق هیأت وزیران به مجلس شورای اسلامی به دلیل ابهام ظاهری ميان برخی از اصول قانون اساسی، محل اختلاف است.

۵. ارسال مستقيم لوايح قضائي به مجلس شوراي اسلامي

اين رویکرد - دیدگاه نگارندگان - معتقد است که رئيس قوه قضائيه به صورت مستقل می تواند لوايح قضائي را جهت تصويب به مجلس شوراي اسلامي تقديم کند و

۱. نظریه شماره ۱۰۶۵/۲۱/۷۹ تاریخ ۱۳۷۹/۷/۳۰ شورای نگهبان مندرج در وبگاه رسمي شورای نگهبان به آدرس: <http://nazarat.shora-rc.ir/Default.aspx>

۲. جزء (۸) بند (۵) نظر شماره ۸۳/۳۰/۷۴۶۶ مورخ ۱۳۸۳/۳/۳ شورای نگهبان.

۳. از مصاديق ديگر می توان به نظر شوراي نگهبان در بند (۱۳) نامه شماره ۱۳۹۰/۱۲/۲۳ در خصوص بررسی لایحه آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۴ اشاره کرد که به موجب این نظر: «اطلاق و اگذاري تهیه لایحه در ماده (۳۱)، در مواردی که لایحه قضائي مربوط به ضابطین امور قضائي است به هیأت وزیران و سلب اختیار از رئيس قوه قضائيه، مغایر بند (۲) اصل (۱۵۸) قانون اساسی است.»



ارسال لایحه قضایی به دولت، نه به جهت رعایت تشریفات اصل (۷۴) قانون اساسی، بلکه تنها از جهت تعیین طرق جبران کاهش درآمد و یا تأمین هزینه‌های جدید لایحه و رفع ایراد مقدر با اصل (۷۵) قانون اساسی از سوی شورای نگهبان، قابل توجیه است. در این بند از مقاله، نگارنده‌گان ضمن ارائه ادله مکفى در تأیید نظریه مختار، دیدگاه رقیب را نیز مورد نقد قرار خواهند داد.

۱-۵. استقلال قوا در ساختار جمهوری اسلامی ایران

تفکیک قوا به سه قوه مقننه، مجریه و قضاییه، نتیجه دیدگاه‌های منتسکیو در کتاب روح القوانین است که این رویکرد نیز متأثر از نظرات فلاسفه یونان و جان لاک است.^۱ این اصل که در راستای نظارت و تعدل قوا نسبت به همدیگر و توزیع قدرت بنیان نهاده شده، از ویژگی‌های اصلی حکومت‌های جمهوری بوده^۲ این اصل به جهت دفع فساد و سوءاستفاده از قدرت در حکومت و به جهت دفاع از حقوق و آزادی‌های مردم جامعه شکل گرفته است.^۳ مبتنی بر مبانی دینی و اسلامی، حکومت از آن خدا بوده و متصدیان و حاکم جامعه اسلامی بر اساس تقوا و کسب رضای الهی اعمال حاکمیت می‌کنند. حاکم اسلامی نیز با تنفیذ اختیارات به قوای سه‌گانه بر آنها و سازمان‌های حکومت اسلامی نظارت و کنترل داشته و از این جهت مانع از انشاش قدرت و فساد در میان حکومت اسلامی می‌شود. به همین خاطر منع برای تداخل برحی از وظایف قوای سه‌گانه در جامعه اسلامی وجود ندارد.^۴ در همین راستا الگوی پذیرفته شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی، همان‌طور که در اصل ۵۷ به صراحت اشاره شده است، استقلال قواست؛ که بر اساس آن سه قوه در عرض هم و به صورت مستقل و تحت نظارت و کنترل رهبری عمل می‌کنند.^۵ بدین جهت واژه استقلال قوا در مقابل تفکیک قوا در قانون اساسی انتخاب شده است و به نحوی دخالت‌های هماهنگ‌کننده و تأثیرات متقابل سیاسی قوا نسبت به همدیگر را تا زمانی که به استقلال آنان ضریب نزند، تجویز کرده است.^۶ قانون‌گذار اساسی جمهوری اسلامی ایران

۱. قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل، بایسته‌های حقوق اساسی، چاپ سی و ششم، نشر میزان، ۱۳۸۸، ص. ۱۶۴.

۲. ترنس بال، ریچارد دگر، ایدئولوژی‌های سیاسی و آرمان دموکراتیک، مترجم: احمد صبوری، انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۸۲، ص. ۴۸.

۳. هاشمی، سیدمحمد، منبع پیشین، ص. ۶.

۴. مدنی، سید جلال الدین، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ پانزدهم، انتشارات پایدار، ۱۳۸۹، ص. ۱۵۷.

۵. صنیعی منفرد، محمدعلی، «استقلال قوا در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، حکومت اسلامی، شماره ۲۲، ۱۳۸۰، ص. ۷۲.

۶. عمید زنجانی، عباسعلی، حقوق اساسی ایران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۵، ص. ۲۷۴.

در اصل (۱۵۶)، قوه قضاییه را قوه‌ای مستقل معرفی می‌کند که پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت است. استقلال قوه قضاییه مشتمل بر استقلال سازمانی و استقلال قضایی (قضات) است. لازمه استقلال سازمانی این قوه، انحصار صلاحیت این قوه و عدم ورود و دخالت سایر قوا در وظایف آن است. پذیرش الزام در ارسال لوایح قضایی دولت و اختیار دولت در تغییر، تعليق و رد لوایح قضایی، مغایر با اصل استقلال قوا و در نتیجه اصل (۵۷) قانون اساسی است. مؤید این دیدگاه، ماده (۳) قانون وظایف و اختیارات رئیس قوه قضاییه مصوب ۱۳۷۸/۱۲/۰۸ است که در آن «دولت موظف است لوایح قضایی را که توسط رئیس قوه قضاییه تهیه و تحويل دولت می‌شود، حداقل ظرف مدت سه ماه تقديم مجلس شورای اسلامی نماید.» در غیر این صورت پذیرش اختیار مطلق دولت در تعليق لوایح قضایی و رد آنها، مغایر با اصل استقلال قوا خواهد بود. زیرا از یک سو، تهیه لایحه قضایی مستلزم تخصص و تجربه در امور حقوقی و قضایی و نیازمند تهیه و اظهارنظر آن توسط قضات و حقوقدانان نظام قضایی است از سوی دیگر، مطابق با اصل استقلال و تفکیک قوا، قوه قضاییه به مثابه قوه مجریه دارای اعتبار اساسی و حاکمیتی است که این موضوع مستلزم برخورداری نظام قضایی از حق ابتکار لایحه و ارسال مستقیم آن به مجلس می‌باشد. بنابراین عدم پذیرش چنین حقی برای قوه قضاییه با وجود چنین اختیاری برای شورای عالی استان‌ها به موجب اصل ۱۰۰ قانون اساسی، چنان با هدف قانون گذار اساسی و مبانی اصل تفکیک قوا سازگاری ندارد.^۱

۵-۲. اصل ثبات و استمرار خدمات عمومی

منطق با این اصل، ادارات و سازمان‌های عمومی می‌بایست به طور مستمر به عموم جامعه خدمت‌رسانی کنند و فعالیت آنها نباید متوقف و معلق شود.^۲ این اصل ریشه در تأمین نیازهای عمومی و دائمی جامعه دارد.^۳ همچنین در قانون اساسی مواردی وجود دارد که اگر شخصی نتواند به وظیفه تعیین شده در قانون اساسی عمل نماید، شخص یا اشخاصی جایگزین آن مقام مسئول می‌شوند. به عنوان مثال مطابق اصل (۱۳۱) در صورت فوت یا عزل رئیس جمهور، معاون اول رئیس جمهور با موافقت رهبری اختیارات و مسئولیت‌های وی را بر عهده می‌گیرد و شورایی متشکل از رئیس

۱. نجفی اسفاد، مرتضی؛ محسنی، فرید، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، چاپ دوم، انتشارات بین‌المللی الهدی، ۱۳۸۱، ص. ۱۸۰-۱۸۱.

۲. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، چاپ نهم، انتشارات سمت، ۱۳۸۳، ص. ۲۲۸.

۳. موسی‌زاده، ابراهیم، حقوق اداری، چاپ اول، نشر دادگستر، ۱۳۹۱، ص. ۱۲۹.

مجلس، رئیس قوه قضاییه و معاون اول رئیس جمهور موظف هستند ترتیبی دهند که حداقل طرف مدت پنجاه روز رئیس جمهور جدید انتخاب شود. یکی از اساسی‌ترین خدمات عمومی به جامعه، اجرای عدالت و حل و فصل دعاوی میان اشخاص و به عبارت دیگر خدمات قضایی است. شرط و انحصار تهیه و ارسال لوایح قضایی از طریق دولت به مجلس می‌تواند زمینه توقف و تعليق امور قضایی و در نتیجه تضییع حقوق و آزادی‌های اجتماع و افراد و در نتیجه نقض اصل ثبات و استمرار خدمات عمومی را به همراه آورد.^۱

۳-۵. تفسیر معنایی واژه «لایحه» در اصل (۱۵۸) قانون اساسی و دیگر اصول قانون اساسی

نگارندگان بر این باورند که آنچه موجب ابهام در تشریفات شکلی تصویب لوایح قضایی شده است، خلط معنایی واژه «لایحه» در اصول (۷۴) و (۱۵۸) قانون اساسی است. این در حالی است که مدنظر قانون‌گذار اساسی، دو معنای متفاوت از این واژه بوده، به گونه‌ای که وضع ترکیب اضافی «لایحه قانونی» و «لایحه قضایی» در این دو اصل، از باب اشتراک لفظی میان آنهاست. تبیین لغوی «لایحه» نشان می‌دهد که اطلاق آن شامل هر نوع نوشته و مکتوبی است که متضمن پیشنهاد و پاسخ است.^۲ به همین خاطر در اصل سی و نهم قانون اساسی مشروطه به پیشنهادی که توسط پانزده نفر از نمایندگان مجلس طرح می‌شود لایحه اطلاق شده است.^۳ برداشت از اصول قانون اساسی نشان می‌دهد که اگر این پیشنهاد مکتوب به ترتیب از سوی دولت و یا رئیس قوه قضاییه ارائه شوند، «لوایح قانونی» و «لوایح قضایی» بر آنها اطلاق می‌شود. لازم به ذکر است در صورتی که این پیشنهاد مکتوب از سوی مجلس و یا شورای عالی استان ارائه شود، «طرح قانونی» و «طرح» نامیده می‌شود. بنابراین، لفظ «لایحه» صرفاً در معنای پیشنهاد دولت نیست تا اطلاق لوایح در اصل (۷۴) را شامل هر گونه پیشنهاد مکتوب از سوی مراجع دیگر که متضمن واژه لایحه است، بدانیم. اصل (۷۴) تنها بر این نکته تأکید می‌کند که پیشنهادات دولت برای تصویب در مجلس [بخوانیم لوایح قانونی]

۱. جمعی از پژوهشگران، مبانی نظرات شورای نگهبان در خصوص مصوبات و استفساریه‌های سال ۱۳۹۲ برگرفته از مشرح مذاکرات شورای نگهبان، چاپ اول، انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۴، ص. ۳۹۶.

۲. جعفری لگرودی، محمدجعفر، مبنی پیشین، ص. ۲۴۲.

۳. اصل سی و نهم قانون اساسی مشروطه مصوب ۱۲۸۵: «هر وقت مطلبی از طرف یکی از اعضای مجلس عنوان شود فقط وقتی مطرح مذکوره خواهد شد که اقلًا پانزده نفر از اعضای مجلس آن مذکوره مطلب را تصویب نمایند. در این صورت آن عنوان کتابی به رئیس مجلس تقدیم می‌شود. رئیس مجلس حق دارد که آن لایحه را بدأ در انجمن تحقیق مطرح مذاقه قرار بدهد.»

مستلزم تصویب هیأت وزیران است و رئیس جمهور و یا هر یک از وزیران به تنها یا با صورت مشترک، حق ارائه لایحه قانونی به مجلس را ندارند. شورای نگهبان نیز با همین نگاه، به تفسیر لوایح قضایی پرداخته است و با تفکیک میان «لوایح قضایی» و «غیرقضایی» در مقام پاسخ به تفاوت میان لوایح قضایی و لوایح قانونی، به تفاوت میان لوایح قضایی با سایر لوایح [در معنای پیش‌گفته] پرداخته است و منظور ایشان، از لوایح غیرقضایی، هر نوع لایحه و پیشنهاد دیگر برای تصویب قانون مانند لوایح قانونی دولت، طرح‌های شورای عالی استان‌ها و طرح‌های قانونی مجلس است. لذا برخلاف دیدگاه برجی از نویسنده‌گان،^۱ شورای نگهبان در این نظریه تفسیری به دنبال تبیین لوایح قضایی و غیرقضایی به عنوان مصادیق «لوایح قانونی» موضوع اصل (۷۴) قانون اساسی نیست. لازم به ذکر است که عنوان «قانونی» در اصول (۷۴) و (۷۵) قانون اساسی، بدین معناست که لایحه و طرح، متناسب پیشنهاد یک قانون است و چنین عنوانی از باب مجاز مشرف است.^۲ لذا این استدلال که قانونی بودن یعنی رعایت تشریفات اصول (۷۴) و (۷۵) به گونه‌ای که تا لایحه‌ای از جمله لایحه قضایی به تصویب هیأت وزیران نرسد عنوان قانونی بودن به خود نمی‌گیرد،^۳ قابل پذیرش نیست. نتیجه آنکه، رئیس قوه قضاییه صلاحیت قانونی برای ارسال مستقیم لوایح قضایی به مجلس شورای اسلامی را به صورت مطلق دارد. با این حال می‌تواند (به صورت اختیاری) در برخی از موارد لایحه قضایی را به هیأت وزیران ارسال کند این موضوع نه از جهت رعایت تشریفات قانونی اصل (۷۴) قانون اساسی، بلکه جهت رفع ایراد اصل (۷۵) قانون اساسی و تنها برای جبران و یا تأمین درآمدها و هزینه‌های لایحه، انجام می‌شود و دولت حق هیچ‌گونه تغییر در ماهیت لایحه و یا توقف و تعلیق آن را ندارد. در ادامه لازم است که با پاسخگویی به شباهت مطرح در این زمینه، نظریه مختار را تقویت نماییم.

۱-۳-۵. شبهه اول: مغایرت صلاحیت ارسال مستقیم لوایح قضایی با

اصل (۷۴) قانون اساسی

پذیرش اختیار و صلاحیت رئیس قوه قضاییه در ارسال مستقیم لوایح قضایی به مجلس شورای اسلامی، این شبهه را ایجاد می‌کند که این موضوع مغایر با فرایند اصل

۱. مرادی برلیان، مهدی، منبع پیشین، ص. ۳۳.

۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد چهارم، چاپ هفتم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۵، ص. ۳۰۸۸.

۳. پژوهشکده شورای نگهبان، مشرح مذاکرات شورای نگهبان درباره طرح الحق یک تبصره به ماده ۳ قانون وظایف و اختیارات رئیس قوه قضاییه، ویراستار و مستندساز: محمدمحسن باقری، ۱۳۹۳، ص. ۴۰.

(۷۴) قانون اساسی است. قائلان به این دیدگاه شرط «قانونی» شدن هر لایحه را تصویب هیأت وزیران دانسته و با استناد به واژه «تهیه» در اصل (۱۵۸) قانون اساسی، رئیس قوه قضاییه را صالح به «تصویب» لایحه قضایی نمی‌دانند.^۱ همان‌طور که در بخش‌های پیشین توضیح داده شد، این اختلاف ناشی از برداشت متفاوت از کلمه «لایحه» در اصول مختلف قانون اساسی است. در حالی که دیدگاه مختار در این تحقیق، عبارت «لوایح قانونی» را منصرف به پیشنهادات دولت در خصوص تهیه قانون دانسته و بر تشریفات صلاحیت دولت برای ارائه پیش‌نویس یک قانون در مجلس شورای اسلامی تأکید می‌کند و این بدان معنا نیست که هر پیشنهادی مانند امور قضایی که متصف به واژه «لایحه» باشد، باید در مجرای اصل (۷۴) قرار گیرد.

۲-۳-۵. شبیه دوم: مغایرت ارسال مستقیم لایحه قضایی به مجلس با انحصار ارائه پیشنهادهای قانونی به شکل لوایح قانونی و طرح‌های قانونی در اصول (۷۴) و (۷۵) قانون اساسی

این تعبیر که رئیس قوه قضاییه تنها می‌تواند لایحه قضایی را «تهیه» کند و باید برای ارائه به مجلس آن را به «تصویب» هیأت وزیران برساند، قابل قبول نیست. این دیدگاه، ارائه پیشنهاد جهت تهیه قانون را تنها به دو شکل لوایح قانونی «دولت» و طرح‌های قانونی «مجلس» می‌داند. در پاسخ باید گفت که قانون‌گذار اساسی به صراحت در اصل (۱۰۲) قانون اساسی، حداقل شیوه سومی را نیز برای پیشنهاد قانون در مجلس شورای اسلامی پذیرفته است. به موجب این اصل، طرح‌های شورای عالی استان‌ها، به صورت مستقیم از طریق دولت و یا از طریق مجلس - بدون نیاز به امضاء پانزده نفر از نمایندگان شورای اسلامی - پیشنهاد و رسیدگی می‌شود. ضمن اینکه، قانون‌گذار اساسی در خصوص اینکه، ارائه طرح‌های شورای عالی استان‌ها از طریق دولت، به معنای رعایت یک فرآیند اداری و تسريع امور است و یا به معنای اجرای تشریفات اصل (۷۴) قانون اساسی، ساكت است.

با این حال نگارندگان به استناد ادله اظهاری خود، معتقدند که پیشنهاد پیش‌نویس قانون به مجلس شورای اسلامی در انحصار دولت و یا مجلس و تنها به شکل لوایح قانونی و طرح‌های قانونی نیست بلکه، قانون‌گذار اساسی، دو شکل دیگر از جمله ارائه لوایح قضایی از سوی رئیس قوه قضاییه و همچنین طرح‌های شورای عالی استان‌ها را نیز پذیرفته است.

۱. الهام، غلامحسین؛ ابریشم‌کش، محمدامین، «نقض نظر شورای نگهبان در خصوص امکان ارسال مستقیم لوایح قضایی به مجلس»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال پانزدهم، شماره دوم، ۱۳۹۳، ص. ۶۳.

۳-۳-۵. شبهه سوم: مغایرت ارسال مستقیم لواح قضایی به مجلس با اصل (۷۵) قانون اساسی

برخی از نویسندگان، ارسال مستقیم لواح قضایی به مجلس را در مواردی که لایحه قضایی متنضم بار مالی برای دولت باشد، مغایر اصل (۷۵) قانون اساسی دانسته و این موضوع را ابزاری جهت تحمیل فشار به دولت از سوی قوه قضاییه می‌دانند.^۱ این رویکرد حکم موضوع اصل (۷۵) را تنها ظهور در طرح‌ها و پیشنهادات مجلس دانسته و لواح قضایی را از شمول آن مستثنی می‌داند^۲ و با استناد به بند (۳) نظر تفسیری شماره ۷۹/۲۱/۱۰۶۵ ۱۳۷۹/۷/۳۰ مورخ شورای نگهبان که اشعار می‌دارد «هرگونه تغییر مربوط به امور قضایی در این‌گونه لواح فقط با جلب موافقت رئیس قوه قضاییه مجاز می‌باشد»، بر این نکته تأکید می‌کنند که منظور از امور غیرقضایی همان امور مالی است که هیأت وزیران صلاحیت تغییر و تعديل آن را دارد و شورای نگهبان به صورت ضمنی بر رعایت اصل (۷۵) از طریق اجرای تشریفات اصل (۷۴) اشاره می‌کند.

در پاسخ به این ایراد باید گفت که اشکال مزبور در خصوص طرح‌های شورای عالی استان‌ها که به مجلس پیشنهاد شده‌اند و متنضم بار مالی برای دولت هستند نیز وارد است، زیرا با توجه به توضیحات قبل، طرح‌های مزبور از نوع طرح‌های قانونی موضوع اصل (۷۵) قانون اساسی نیستند. از سوی دیگر در تفسیر قانون اساسی باید به هدف و فلسفه قانون‌گذار نیز اشاره کرد. از آنجا که تهیه بودجه سنتویی کل کشور و تأمین منابع مالی برنامه‌های دولت (در معنای عام و شامل هر سه قوه) و مطابق اصل (۵۲) قانون اساسی، بر عهده دولت است. عقلانیت قانون‌گذاری ایجاب می‌کند که هر گونه قانون مصوب مجلس که متنضم تغییرات مالی در بودجه پیش‌بینی شده دولت باشد، با هماهنگی دولت و یا رفع مشکلات مالی آن از طریق تعیین ردیف بودجه، مرفوع شود. قانون‌گذار اساسی نیز به این موضوع در اصل (۷۵) قانون اساسی اشاره کرده است و به نظر می‌رسد که به هیچ عنوان در مقام بیان انحصار رفع این مشکل تنها در طرح‌ها و لواح قانونی مجلس و دولت نباشد و اشاره به این دو نوع «لایحه» [در معنای عام] تنها از جهت غالبیت پیشنهادی آنها به مجلس بوده است. بنابراین، تصویب لایحه قضایی و یا طرح‌های پیشنهادی شورای عالی استان‌ها که متنضم بار مالی برای دولت هستند یا با موافقت نماینده دولت در مجلس و یا با تعیین ردیف مکفى از بودجه از سوی نماینده‌ان مجلس امکان‌پذیر خواهد بود.

به نظر می‌رسد که از جهت عملی، استدلال این دسته از نویسندگان و الزام به تصویب لوایح قضایی در هیأت وزیران جهت رفع ایرادات مالی لایحه، با مشکل مواجه خواهد شد. مطابق ماده (۳) قانون وظایف و اختیارات رئیس قوه قضاییه مصوب ۱۳۷۸/۱۲/۰۸: «دولت موظف است لوایح قضایی را که توسط رئیس قوه قضاییه تهیه و تحويل دولت می‌شود، حداکثر ظرف مدت سه ماه تقدیم مجلس شورای اسلامی نماید.» اما از آنجا که در دولت دهم در برخی موقع این لوایح به مجلس ارسال نمی‌شد، یک تبصره به این ماده الحق گردید؛ که بر اساس تبصره الحقی (مصطفوی ۱۳۹۲/۰۷/۳۰) به این ماده «در صورتی که دولت در مدت مذکور نتواند نسبت به تصویب و ارسال لایحه به مجلس اقدام نماید و سه ماه دیگر از مهلت قانونی آن بگذرد، رئیس قوه قضاییه می‌تواند مستقیماً لایحه را به مجلس ارسال کند.» حال، در صورتی که لایحه قضایی متضمن کاهش درآمد و یا افزایش هزینه‌های دولت باشد و دولت در این خصوص هیچ‌گونه اظهارنظری نکرده باشد، ارسال لایحه مذبور از سوی رئیس قوه قضاییه به مجلس شورای اسلامی، مغایر با اصل (۷۵) قانون اساسی است. لیکن، شورای نگهبان با تأیید تبصره مذبور، دیدگاه مذکور را نپذیرفته است. بنابراین در صورتی که لایحه قضایی متضمن ایراد اصل (۷۵) قانون اساسی باشد، با موافقت نماینده دولت در زمان طرح لایحه در مجلس شورای اسلامی و یا تعیین ردیف و محل جبران و یا تأمین کاهش درآمد و هزینه‌های لایحه، قابل رفع است.

۴-۳-۵. شبهه چهارم: مغایرت ارسال مستقیم لوایح قضایی با بند دوم اصل (۱۵۸) قانون اساسی

یکی دیگر از استدلال‌های مطرح در زمینه مغایرت صلاحیت ارسال مستقیم لوایح قضایی با قانون اساسی، قید «تهیه لوایح قضایی متناسب با جمهوری اسلامی ایران» در بند (۲) اصل (۱۵۸) است؛ با این استدلال که از قید «تهیه» در بند (۲) اصل (۱۵۸) قانون اساسی این‌گونه برداشت نمی‌شود که این اصل به غیر از «تهیه» لوایح قضایی، «تصویب» لوایح قضایی را نیز بر عهده رئیس قوه قضاییه گذارد. بلکه منظور از «تهیه لوایح»، تدوین و آماده کردن لایحه است و نه تصویب آن.^۱ در پاسخ باید گفت که «تصویب» به معنای تأیید کردن، صواب دیدن، درست شمردن^۲ و به درستی چیزی حکم کردن است.^۳ هر چند از لحاظ اصطلاحی، عبارت «تصویب کردن» مرادف با «رأی

۱. پژوهشکده شورای نگهبان، منبع پیشین، ص. ۴۷.
 ۲. دهخدا، علی اکبر، منبع پیشین، ۱۳۸۵، ص. ۷۴۷.
 ۳. معین، محمد، منبع پیشین، ص. ۱۰۹۳.

دادن اکثریتی از مراجع اداری یا قانون‌گذاری چون مجلس شورا در اجرا یا عدم اجرای امری» است. لیکن، در ادبیات تقنینی نظام جمهوری اسلامی ایران برای اعمال فعل «تصویب»، نصاب اکثریت ضروری نبوده و در مواردی از جمله اعمال برخی از وظایف رئیس قوه قضاییه در مقررات جمهوری اسلامی نیز واژه تصویب استعمال می‌شود.^۱ از سوی دیگر در قانون اساسی و به استناد اصل (۱۰۲) کلمه «تهیه» به معنای تصویب کردن، استعمال شده است. مطابق با اصل مزبور، «شورای عالی استان‌ها حق دارد در حدود وظایف خود طرح‌هایی تهیه و مستقیماً ... به مجلس شورای اسلامی پیشنهاد کند ...» که منظور از تعبیر «تهیه طرح» در این اصل، آماده کردن و تصویب طرح است که شورای عالی استان‌ها حق دارد بدون آنکه طرح را به دولت ارسال نماید و یا امضای ۱۵ نفر از نمایندگان اخذ کند، مستقیماً به مجلس پیشنهاد دهد.

انصراف «تهیه لواح» به آماده کردن پیش‌نویس لایحه با استقلال قوه قضاییه مغایرت دارد. قوه قضاییه یکی از قوای اساسی نظام جمهوری اسلامی است که دارای وظایف مهم و تخصصی از جمله «رسیدگی و صدور حکم در مورد تظلمات»، «تعقیب و مجازات مجرمین و اجرای مقررات کیفری» و همچنین نظارت قضایی بر رعایت اصل حاکمیت قانون توسط قوه مجریه و حمایت از حقوق شهروندان در قبال سوءاستفاده از قدرت و تجاوز به حقوق و آزادی‌های فردی و عمومی توسط مقامات و مأمورین قوه مجریه را بر عهده دارد که اعمال چنین وظایفی مستلزم تأمین استقلال سیاسی، مالی و اداری لازم برای این قوه است و با پذیرش این استقلال به موجب اصل (۵۷) قانون اساسی، چگونه ممکن است که این قوه در راستای تصویب تخصصی‌ترین وظایف خود از جمله لواح قضایی و مقررات مربوطه اختیاری نداشته باشد؟ و تصور اینکه قانون‌گذار اساسی، برای شورای عالی استان‌ها، به عنوان یک نهاد فرعی، صلاحیت تصویب را به رسمیت شناخته باشد، لیکن، از یکی از ارکان نظام خود غافل شده باشد، قدری مشکل است. لذا، هر گونه برداشت دیگری از عبارت «تهیه لواح» از جمله «آماده کردن پیش‌نویس» لواح قضایی با هدف قانون‌گذار اساسی، رویه تقنینی جمهوری اسلامی ایران و منطق قانون اساسی در تغایر است و در نتیجه اقدامات رئیس قوه قضاییه در تهیه لایحه قضایی می‌تواند کاملاً عبث و بی‌فایده تلقی گردد.^۲

از سوی دیگر، از لوازم صلاحیت تصویب یک لایحه و یا پیشنهاد قانون، اختیار اعمال تعییرات ماهوی و شکلی در آن پیشنهاد است، بنابراین اگر دولت صلاحیت

۱. به عنوان نمونه آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌های که به تصویب رئیس قوه قضاییه می‌رسند.

۲. جمعی از پژوهشگران، منبع پیشین، ص. ۳۹۸.

تصویب لوایح قضایی را داشته باشد، باید بتواند ماهیت و یا شکل آن را تغییر و یا آن را تعلیق و رد کند. این در حالی است که به استناد نظریه تفسیری شورای نگهبان، دولت اختیار اعمال تغییرات در امور قضایی را ندارد و هر گونه تغییر نیز باید با جلب موافقت و نظر رئیس قوه قضاییه باشد. همچنین، دولت به استناد قانون اختیار رد و یا تعلیق لوایح قضایی را نیز ندارد. شورای نگهبان نیز در بسیاری از نظرات خود در بررسی لوایح قضایی، اعمال تغییرات دولت در لوایح را مغایر اصل (۱۵۸) قانون اساسی دانسته و دولت را موظف به جلب نظر ریاست قوه قضاییه کرده است. نکته قابل تأمل اینجاست که در این گونه موارد پس از تأیید رئیس قوه قضاییه، لایحه بدون طرح مجدد در هیأت وزیران به مجلس شورای اسلامی عودت داده است.^۱ به عبارت دیگر در این موارد، رویه عملی نشان داده است که صلاحیت ارسال مستقیم مصوبات رئیس قوه قضاییه به مجلس شورای اسلامی اعمال می‌شود. از دیگر مصادیق این رویه می‌توان به اظهارنظر شورای نگهبان در خصوص لوایح «مبارزه با قاچاق کالا و ارز»^۲ و «مبارزه با تأمین مالی تروریسم»^۳ مبنی بر مغایرت آنها با بند (۲) اصل (۱۵۸) و الزام به تأیید و اخذ نظر رئیس قوه قضاییه در مورد آنها اشاره کرد.

مطابق با اصل (۵۲) قانون اساسی، وظیفه تهیه بودجه سالانه کشور و تغییرات نهایی آن و «تصویب» در هیأت دولت، بر عهده و در اختیار دولت است. به همین علت، قانون‌گذار در اصل مذبور به جای استعمال واژه «پیشنهاد» از کلمه «تهیه» بهره برده است. از سوی دیگر، قانون‌گذار عادی در بند (ج) ماده (۱) قانون وظایف و اختیارات رئیس قوه قضاییه مصوب ۱۳۷۸ از الزام «پیشنهاد» بودجه سالیانه قوه قضاییه از سوی رئیس قوه قضاییه به هیأت وزیران اشاره کرده است. این موضوع نشان می‌دهد که پیشنهاد بودجه سالانه قوه قضاییه مستلزم اقدامات و تغییرات ماهوی دیگر یعنی «تهیه» (= تصویب) در هیأت دولت است. به همین خاطر اشاره قانون‌گذار اساسی به واژه «تهیه» لوایح قضایی به جای «پیشنهاد» آن، در بند (۲) اصل (۱۵۸) قانون اساسی، ناشی از دقت قانون‌گذار اساسی در شناسایی وظیفه «تصویب» لوایح قضایی توسط

۱. به عنوان نمونه می‌توان به ایجاد مغایرت اصل ۱۵۸ قانون اساسی نسبت به لایحه قاچاق کالا و ارز و اصلاحیه مجلس در خصوص رفع این مغایرت اشاره کرد (بند (الف) نظر شماره ۹۰/۳۰/۴۵۹۴۴ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۸ شورای نگهبان) که در مصوبه اصلاحی، مجلس تنها به تأمین نظرات اصلاحی رئیس قوه قضاییه، بدون ارسال مجدد لایحه به هیأت وزیران، اشاره کرد.

۲. نظر شماره ۹۰/۳۰/۴۵۹۴۴ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۸ شورای نگهبان در خصوص مرحله اول بررسی لایحه مبارزه با قاچاق کالا و ارز.

۳. نظر شماره ۹۰/۳۰/۴۶۱۱۷ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۲۲ شورای نگهبان در خصوص مرحله اول بررسی لایحه مبارزه با تأمین مالی تروریسم.

رئیس قوه قضاییه و ارسال مستقیم آن به مجلس شورای اسلامی است. همچنین در بسیاری از مقررات و قوانین بعد از کلمه «پیشنهاد» عبارت و فرآیند «تصویب» به کار رفته است.^۱ لازم به ذکر است که در ماده (۳) قانون مزبور، تنها دولت موظف شده است که لواح قضایی که توسط رئیس قوه قضاییه به آن تهیه و تحويل داده می‌شود را حداکثر ظرف مدت سه ماه به مجلس شورای اسلامی تقدیم کند و در این ماده هیچ اشاره‌ای به تصویب یا بررسی و ... توسط هیأت وزیران نشده است.

۱. به عنوان نمونه می‌توان به ماده (۲۸) قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ اشاره کرد. هر چند که این موضوع نمی‌تواند به عنوان یک دلیل منقن استناد شود. زیرا در برخی از مقررات نیز بعد از واژه «تهیه» عبارت «تصویب» به کار رفته است، لیکن، می‌تواند مؤید و قرینه‌ای بر نظریه مختار باشد.

نتیجه‌گیری

بر اساس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران یکی از صلاحیت‌های رئیس قوه قضاییه تهییه لوایح قضایی متناسب با جمهوری اسلامی ایران است. لوایح قضایی از مصادیق لوایح قانونی دولت نیست تا بخواهیم رعایت تشریفات اصل (۷۴) قانون اساسی را در مورد آن الزامی بدانیم. به همین خاطر رئیس قوه قضاییه به صورت مستقل می‌تواند لوایح قضایی را به مجلس شورای اسلامی ارسال کند. همچنین اختیار رئیس قوه قضاییه در ارسال لوایح قضایی به هیأت وزیران تنها از جهت رفع ایرادات اصل (۷۵) قانون اساسی، قابل توجیه است. به گونه‌ای که در این موارد دولت حق هیچ‌گونه تغییر در لایحه و یا تعلیق و رد آن را ندارد. تبیین واژه لایحه، استقلال قوه قضاییه و نظرات شورای نگهبان در تأیید تبصره الحقی به ماده ۳ قانون وظایف و اختیارات رئیس قوه قضاییه مصوب ۱۳۸۷ مؤید دیدگاه مختار است. ضمن اینکه ایراد مغایرت اصل (۷۵) لوایح قضایی که به صورت مستقیم از سوی رئیس قوه قضاییه به مجلس ارسال می‌شود، با موافقت نماینده دولت در زمان طرح لایحه در مجلس و یا تعیین ردیف و محل مالی برای لایحه مرفوع خواهد شد.

منابع

- الهام، غلامحسین؛ ابریشم‌کش، محمدامین، «قد نظر شورای نگهبان در خصوص امکان ارسال مستقیم لواح قضایی به مجلس»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال پانزدهم، شماره دوم، ۱۳۹۳.
- بابایی، پرویز، فرهنگ اصطلاحات سیاسی، چاپ اول، انتشارات نگاه، ۱۳۹۱.
- پژوهشکده شورای نگهبان، مشروح مذاکرات شورای نگهبان درباره طرح الحقیق تبصره به ماده ۳ قانون وظایف و اختیارات رئیس قوه قضائیه، ویراستار و مستندساز: محمدحسن باقری، ۱۳۹۳.
- ترنس بال، ریچارد دگر، ایدئولوژی‌های سیاسی و آرمان دموکراتیک، مترجم: احمد صبوری، انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۸۲.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ نوزدهم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷.
- —————، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد چهارم، چاپ هفتم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۵.
- جمیعی از پژوهشگران، مبانی نظرات شورای نگهبان در خصوص مصوبات و استفساریه‌های سال ۱۳۹۲ برگرفته از مشروح مذاکرات شورای نگهبان، چاپ اول، انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۴.
- دهخدا، علی‌اکبر، فرهنگ متوسط دهخدا، چاپ اول، زیر نظر دکتر سیدجعفر شهیدی، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۸۵.
- صنیعی منفرد، محمدعلی، «استقلال قوا در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، حکومت اسلامی، شماره ۲۲، ۱۳۸۰.
- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، چاپ نهم، انتشارات سمت، ۱۳۸۳.
- —————، حقوق اساسی، چاپ چهاردهم، نشر میزان، ۱۳۹۰.
- عمید زنجانی، عباسعلی، حقوق اساسی ایران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۵.
- قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل، بایسته‌های حقوق اساسی، چاپ سی و ششم، نشر میزان، ۱۳۸۸.
- —————، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ دوازدهم، نشر میزان، ۱۳۸۳.
- مدنی، سید جلال الدین، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ پانزدهم، انتشارات پایدار، ۱۳۸۹.
- مرادی برلیان، مهدی، مفهوم لواح قضایی و آثار حقوقی آن، پژوهشگاه قوه قضائیه، انتشارات مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ۱۳۹۴.
- معین، محمد، فرهنگ فارسی معین، چاپ بیست و پنجم، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۸۸.
- مهرپور، حسین، مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، چاپ سوم، نشر دادگستر، ۱۳۹۱.

-
- موسیزاده، ابراهیم، حقوق اداری، چاپ اول، نشر دادگستر، ۱۳۹۱.
 - نجفی اسفاد، مرتضی؛ محسنی، فرید، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، چاپ دوم، انتشارات بین‌المللی الهدی، ۱۳۸۱.
 - هاشمی، سیدمحمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (حاکمیت و نهادهای سیاسی)، جلد دوم، چاپ بیست و پنجم، ۱۳۹۳.

توقیف مرتكب جرم توسط شهروندان

محمد نوروزی*

عبدالرضا جوان جعفری**

سیدمهدی سیدزاده ثانی***

چکیده

هر چند شهروندان وظیفه تأمین امنیت را به حکومت و نهادهای ذی صلاح حکومتی سپرده‌اند، اما در شرایط اضطراری خود این وظیفه را به عهده می‌گیرند. ابتکار قانون‌گذار در تبصره یک ماده ۴۵ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، مصدقی بارز از مشارکت‌های انتظامی شهروندان جهت برقراری امنیت عمومی است. بنا به فحوات این تبصره، شهروندان با دستگیری مرتكبان جرایم مشهود مستوجب مجازات‌های سلب حیات، حبس ابد، قطع عضو و جنایات عمدى با میزان نصف دیه کامل یا بیش از آن و همچنین تعزیر درجه سه و بالاتر، نقش به سزاگی در ارتقای امنیت جامعه خواهند داشت. البته شیوه قانون‌گذاری در این تصریه خالی از انتقاد نیست، چرا که حق دستگیری به صورت مبهم و فارغ از تعیین بایسته‌ها و ضوابط لازم به شهروندان اعطاء گردیده است که این می‌تواند باعث ایجاد بی‌نظمی و دخالت ناروا در حریم خصوصی افراد گردد. هدف از نگارش این مقاله، مطالعه علمی فرآیند بازداشت شهروندی جهت ممانعت از هرگونه بی‌نظمی و تجاوز به آزادی و حریم خصوصی افراد می‌باشد. مطالعات نظری و پژوهش‌های تطبیقی حاکی از آن است که علی‌رغم پیش‌بینی بازداشت شهروندی در نظام حقوقی ایران، احکام و تشریفات ضروری برای حفظ حقوق شهروندان و مرتكبان جرایم احتمالی پیش‌بینی نشده است.

کلیدواژه‌ها: شهروندان، دستگیری شهروندی، ضابطان قضایی، امنیت عمومی، متهم.

* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه فردوسی مشهد
Mohamadreza502@yahoo.com

** عضو هیأت علمی گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه فردوسی مشهد (نویسنده مسئول)
Javan-j@um.ac.ir

*** عضو هیأت علمی گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه فردوسی مشهد
Seidzadeh@um.ac.ir تاریخ دریافت: ۹۶/۰۵/۱۰ تاریخ پذیرش: ۹۶/۰۵/۰۳

مقدمه

در ۱۳ مارس سال ۱۹۶۴ میلادی، خانم کاترین کیتی ژنویز^۱ در خیابان مقابل آپارتمانش در نیویورک با ضربات چاقو مورد سوء قصد قرار گرفت و کشته شد. این حادثه در شرایطی اتفاق افتاد که همسایگان قربانی بیش از نیم ساعت شاهد ارتکاب جرم بودند ولی عکس العملی جهت کمک به وی یا تماس با پلیس انجام ندادند. تنها اقدام صورت‌گرفته تماس یکی از شاهدان ماجرا با مقر پلیس پس از فوت قربانی بود.^۲ این حادثه ناگوار که خبر آن به طور وسیعی در جامعه آمریکا پخش شد، حکایت از رشد بی‌تفاوتی شهروندان جهت مشارکت در فرآیند پیشگیری و واکنش به جرایم داشت. پس از این اتفاق، تلاش‌های زیادی برای افزایش مشارکت‌های انتظامی شهروندان صورت گرفت، چرا که ضعف ناشی از عملکرد اقتدارگرایانه پلیس و شدت آسیب به ارزش‌های اساسی جامعه ایجاب می‌کرد که شهروندان حضور جدی‌تری در تأمین امنیت داشته و گاهی خود عهددار ایفای این مهم می‌گرددند. از جمله این تلاش‌ها، قانونی نمودن عملیات «دستگیری شهروندی»^۳ در نظام حقوقی برخی کشورها بود. منظور از دستگیری شهروندی، توقيف کردن مرتكبان جرایم توسط اشخاص عادی بدون حکم قضائی^۴ است.^۵ در نظام حقوقی ما هر چند تا قبل از تصویب قانون آیین دادرسی کیفری ۹۲، این بازداشت در پناه مضمانتی چون دفاع مشروع، اجرای قانون اهم و اضطرار توجیه می‌شد، لکن ضعف و عدم انطباق این مبانی با بایسته‌های دستگیری شهروندی باعث شد تا قانون‌گذار در تبصره یک ماده ۴۵ قانون آیین دادرسی کیفری صراحةً حق دستگیری مجرمان را به شهروندان اعطای کند، بدون آنکه هنجارها و قواعد آن را تصریح کند.

هدف از نگارش این مقاله، پژوهش پیرامون عملیات «دستگیری شهروندی»، تبیین چارچوب، ضوابط و استلزمات آن برای جلوگیری از بی‌نظمی و دخالت ناروا در حریم خصوصی افراد می‌باشد. در واقع تفویض بی‌حد و حصر اختیار بازداشت به شهروندان زمینه سلب آزادی و هتك حیثیت اشخاص را به صورت غیرقانونی فراهم می‌کند. بنابراین ضروری است این اختیار به صورت اصولی و علمی اعطای گردد. اهمیت مطالعه این موضوع از آن جهت است که هدف قانون‌گذار از بنای این تبصره

1. Catherine Kitty Genovese
2. N.Y. Times, March 27, 1964, p. 1, col. 4.
3. Citizen's arrest
4. Without a warrant
5. Collin, Peter Hodgson, Dictionary of Law, Second Edition, Chicago, Fitzroy Dearborn Publishers, 1999, p. 40.

مشارکت دادن عموم شهروندان در اجرای برنامه‌های منبعث از سیاست جنایی جهت ارتقای نسبی عدالت کیفری است. واگذاری اختیارات انتظامی به شهروندان خارج از یک چارچوب مشخص، نه تنها سودمند نیست بلکه باعث ایجاد بی‌نظمی می‌گردد.

برای نیل به این مطلوب، در آغاز نوشتار به بررسی مبانی قانونی بازداشت شهروندی در نظام حقوقی ایران می‌پردازیم (بند اول). تا قبل از تصویب قانون آیین دادرسی کیفری ۹۲ علی‌رغم فقدان نص صریح قانونی، دستگیری شهروندی بر اساس تئوری‌هایی همچون دفاع مشروع، اضطرار و اجرای قانون اهم توجیه می‌شد. لکن با تصویب قانون مذکور به نظر می‌رسد این فرآیند بنا به اجازه قانون‌گذار توجیه گردد. این مجوز نشان‌دهنده اهمیت مشارکت انتظامی شهروندان جهت ارتقای امنیت عمومی است، مشروط به اینکه همکاری‌ها به صورت اصولی محقق شود. بدین ترتیب برای تدوین راهکار علمی جهت تحقیق این بازداشت، ضمن بررسی ضوابط و پیش‌شرط‌های بازداشت شهروندی (بند دوم)، به تبیین استانداردها و کیفیاتی که در این بازداشت باید رعایت گردد (بند سوم) می‌پردازیم. در این میان مطالعه یافته‌های نظام‌های حقوقی شناخته‌شده دنیا (از جمله فرانسه، انگلستان و آمریکا) و معاهدات بین‌المللی باعث غنی‌تر شدن پژوهش خواهد شد.

۱. مبانی قانونی بازداشت شهروندی

تا قبل از تصویب قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، مقرراتی که صریحاً به دستگیری شهروندی اشاره کند، در نظام حقوقی ایران وجود نداشت. لکن ضرورت توقیف مظنونان در شرایط اضطراری ایجاب می‌کرد حقوق دانان با توصل به برخی مبانی، تئوری‌های متعددی در توجیه دستگیری شهروندی مطرح کنند. از جمله این مبانی عبارت «دستگیر شده باشد» در بند (ب) ماده ۵۹ قانون اصلاح اصول محاکمات جزایی مصوب ۱۰ خرداد ماه ۱۳۱۱ شمسی بود^۱ که از نظر برخی اطلاق آن اجازه ضمنی بازداشت را به شهروندان می‌داد.^۲ همچنین با توجه به مجھول بودن فعل «دستگیر شدن» در بند ۴ ماده ۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸،^۳ این اجازه ضمنی قابل ملاحظه بود.^۴ در نقد این ادعا می‌توان گفت که صرف مجھول بودن

۱. «هرگاه متهمی در جنجه مشهود دستگیر شده باشد فوراً او را با صورت مجلس‌های تنظیم شده توسط مأموران نظمیه یا ابتدیه نزد مدعی‌العموم باید ببرند ...».

۲. پاد، ابراهیم، حقوق جزای اختصاصی، جلد اول، چاپ دوم، چاپخانه دانشگاه تهران، ۱۳۴۸، ص. ۲۲۹.

۳. «... در صورتی که متهم بالاصله پس از وقوع جرم قصد فرار داشته یا در حال فرار یا فوری پس از آن دستگیر شود».

۴. کشاورز، بهمن، مجموعه محسای قانون تعزیزات، چاپ سوم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸، ص. ۴۷.

عبارات دلیل متقنی بر این ادعا نیست که قانون‌گذار در صدد واگذاری اختیارات انتظامی به شهروندان بوده است. همچنین اصل احترام به حقوق و آزادی‌های فردی ایجاب می‌کند که دستگیری مظنونان صرفاً توسط ضابطان قضایی صورت گیرد مگر مقنن صریحاً این اختیار را به دیگران واگذار کند.

ماده ۵۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ (ضرورت)^۱ و بند ب ماده ۵۶ این قانون (اجراهی قانون اهم)^۲ از دیگر مبانی توجیه‌کننده بازداشت شهروندی بودند؛ به طوری که عده‌ای با استناد به این دو ماده معتقد بودند افراد عادی حاضر در صحنه جرم قابلیت مداخله انتظامی جهت بازداشت مجرمان را دارند.^۳ در باب اجرای قانون اهم و جواز بازداشت شهروندی، از قاتلی مثال زده شده است که به عمد دیگری را کشته و سپس می‌گریزد. به نظر یکی از اساتید «اقدام به توقيف قاتل فراری از مصاديق اعمالی است که برای اجرای قانون اهم یعنی محاکمه و مجازات ضروری است».^۴

در نقد این استدلال‌ها باید گفت ضرورت حالتی است که فرد به علت وجود خطرهای شدید ناشی از عوامل قهری اقدام به ارتکاب جرم می‌کند.^۵ در فرار مجرم عملاً اثری از وجود یک عامل قهری خارجی مشاهده نمی‌شود که در پرتو مراقبت از آسیب‌های آن بتوان دستگیری شهروندی را توجیه نمود. علاوه بر این برای آنکه جرم در پناه عامل ضرورت مشمول معافیت قانونی قرار گیرد، می‌باشد برای حفظ جان و مال خود یا دیگری ارتکاب یابد.^۶ بسیاری از مصاديق دستگیری شهروندی جهت مساعدت به ضابطان دادگستری صورت می‌گیرد، بدون آنکه مسأله حفاظت از جان و مال مطرح باشد. از طرفی اجرای قانون اهم بر عهده مأموران و قوای دولتی است و شامل افراد عادی نمی‌شود، چرا که انجام قانون برخلاف تبعیت از آن صرفاً وظیفه مأموران دولت است.^۷ بر فرض صلاحیت داشتن شهروندان جهت اجرای قانون، واگذار نمودن تشخیص قانون اهم به ایشان ممکن است به آزادی‌های فردی و حقوق اجتماعی

۱. به موجب این ماده: «هر کس هنگام بروز خطر شدید از قبیل آتش‌سوزی، سیل و توفان به منظور حفظ جان یا مال خود یا دیگری مرتکب جرمی شود مجازات نخواهد شد، مشروط بر اینکه خطر را عمدآ ایجاد نکرده و عمل ارتکابی نیز با خطر موجود متناسب بوده و برای رفع آن ضرورت داشته باشد».

۲. به موجب این بند از ماده: «اعمالی که برای آنها مجازات مقرر شده است در موارد زیر جرم محسوب نمی‌شود:

- الف-...؛ ب- در صورتی که ارتکاب عمل برای اجرای اجرای قانون اهم لازم باشد».

۳. ناصرزاده، هوشنگ، «حبس و توقيف قانونی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۳۷۱، ۱۳۶ و ۱۳۵.

۴. آقایی‌نیا، حسین، حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه اشخاص (شخصیت معنوی)، چاپ چهارم، نشر میزان، ۱۳۸۹، ص. ۱۴۷.

۵. شکری، رضا، قانون مجازات اسلامی در نظام حقوق کنونی، چاپ هشتم، نشر مهاجر، ۱۳۸۹، ص. ۱۴۵.

۶. گلدوزیان، ایرج، محتشای قانون مجازات اسلامی، چاپ دهم، نشر مجده، ۱۳۸۷، ص. ۸۲.

۷. نوربهه، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، چاپ بیست و هفتم، نشر دادآفرین، ۱۳۸۸، ص. ۲۵۶.

افراد آسیب بزند، چرا که اولاً قانون اهم اصطلاحی گنج و مبهم است و تعریفی دقیق از آن نشده است؛ ثانیاً تشخیص درجه اهمیت دو یا چند قانون برای شهروندانی که آگاه به این مسائل نیستند، دشوار است و ممکن است باعث سوءاستفاده گردد.

برخی دیگر از حقوق‌دانان در پناه اصل دفاع مشروع، اقدام به توجیه دستگیری شهروندی می‌کنند و معتقدند «شخص می‌تواند در مقام دفاع از خود یا دیگری مبادرت به توقيف متجاوز نماید».۱ از آنجا که دفاع مشروع منوط به فعلیت یا قریب الوقوع بودن تجاوز به مال، عرض، ناموس و آزادی خود یا دیگری است تا موجب دفع خطر گردد، لذا هنگامی که تجاوز پایان یافته و جرم تحقق پیدا کرده است، رفتار متقابل علیه متجاوز دفاع مشروع محسوب نخواهد شد.^۲ در نقطه مقابل دستگیری شهروندی منوط به ارتکاب جرائم است و شهروندان در تقابل با جرایمی که در آینده محقق خواهند شد، حق مداخله انتظامی نخواهند داشت. بدین ترتیب به نظر می‌رسد در پناه دفاع مشروع نتوان بازداشت شهروندی را توجیه نمود مگر در مورد جرایمی که در حال ارتکاب هستند، چرا که شهروندان در قبال این جرائم حق مداخله و بازداشت مجرمان را دارند.^۳ از طرفی دستگیری شهروندی با هدف جلوگیری از فرار مجرم صورت می‌گیرد، بدون آنکه هدف حفاظت از مال، عرض و ناموس خود یا دیگری در آن مطرح باشد.

علی‌رغم این مبانی، وجود دلایلی همچون فقدان نص صریح قانونی، ضعف مبانی مذکور و در نهایت ضرر و زیانی که ممکن است بازداشت خارج از ضابطه به حقوق و آزادی‌های اشخاص وارد کند، باعث شد که تا قبل از تصویب قانون آینین دادرسی کیفری ۹۲، بازداشت شهروندی با استقبال مواجه نگردد. قانون‌گذار با ملاحظه اهمیت جلوگیری از فرار مجرم و تأثیر شگرف آن در تکمیل فرآیند تحقیقات و روند دادرسی اقدام به وضع تبصره یک ماده ۴۵ قانون آینین دادرسی کیفری نمود. بر اساس این تبصره «چنانچه جرایم موضوع بندهای الف، ب، پ و ت ماده ۳۰۲ این قانون به صورت مشهود واقع شود، در صورت عدم حضور ضابطان دادگستری، تمام شهروندان می‌توانند اقدامات لازم را برای جلوگیری از فرار مرتكب جرم و حفظ صحنه جرم به عمل آورند». حکم این تبصره صراحتاً دستگیری شهروندی را تجویز کرده است. از آنجا که اجازه و حکم قانون هر دو از عوامل موجهه جرم شناخته شده و آثار آن بر هر دو مترتب می‌شود،^۴ باید دید اراده قانون‌گذار از وضع این تبصره چیست. آیا باید این اراده را حمل

۱. آقایی‌نیا، حسین، منبع پیشین، ص. ۱۴۸.

۲. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد ۱، چاپ سی و دوم، نشر میزان، ۱۳۹۲، ص. ۲۹۰.

۳. در قسمت ضوابط بازداشت شهروندی (۱-۳) بیشتر به تبیین این مسأله خواهیم پرداخت.

۴. اردبیلی، محمدعلی، منبع پیشین، ص. ۲۶۰.

بر نوعی تکلیف شهروندی^۱ کرد یا مقنن صرفاً اجازه بازداشت مجرمان را به شهروندان داده است؟

شاید تصور شود که مردم در مواجهه با یک جرم مشهود مطابق وجدان، اخلاقیات و وظیفه انسانی، باید به مداخله انتظامی اقدام کنند. به عبارت دیگر قانون‌گذار در خصوص جرایم بندهای الف، ب، پ، ت ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری که به صورت مشهود ارتکاب می‌یابند، نوعی تکلیف قانونی برای شهروندان در نظر گرفته است.^۲ تکلیفی که سرپیچی از آن مجازات در پی خواهد داشت. در برخی قوانین کشورهای اروپایی نیز نوعی تکلیف قانونی برای مداخله انتظامی افراد وجود دارد. به طور مثال به موجب ماده ۱۰۶ قانون تحقیقات جنایی فرانسه مصوب ۲ مه ۱۸۶۳ افراد عادی مانند کلیه مأموران قوای عمومی مکلفند در جرایم مشهود، بدون نیاز به ورقه جلب و توقيف، متهم را دستگیر کرده و نزد دادستان شهرستان ببرند.^۳ اما واقعیت این است که چنین اعمالی به دلیل حساسیت بالا، نیازمند آموزش‌های خاص قضایی و انتظامی است و تنها یک خطا می‌تواند حقوق مجنبی‌علیه و متهم را به خطر بیندازد. به همین دلیل مقنن چنین تکلیفی برای شهروندان در نظر نگرفته است^۴ و به صرف اعطای اختیار از شدت معایب مذکور کاسته است. عدم تعیین ضمانت اجرا و استفاده از قانون‌گذار از فعل «می‌توانند» در تبصره، همگی قراین صحیح بودن این فرضیه هستند. اعطای این اختیار حکایت از اهمیت مشارکت انتظامی شهروندان جهت ارتقای امنیت عمومی دارد. البته این همکاری‌ها زمانی فایده‌بخش خواهد بود که به صورت ضابطه‌مند محقق شود. در غیر این صورت نتیجه عکس خواهد داشت. بنابراین در ادامه ضمن مطالعه ضوابط تحقق این مشارکت، به بررسی تشریفات و استلزماتی که در فرآیند دستگیری شهروندی باید رعایت گردد، می‌پردازیم.

۲. ضوابط قانونی بازداشت شهروندی

واگذاری اختیارات انتظامی به شهروندان زمینه تجاوز به حریم خصوصی افراد را فراهم می‌آورد. بدین ترتیب لازم است شرایطی اعم از سلی و ایجابی پیش‌بینی گردد

۱. تکالیف شهروندی ریشه گرفته از قانون اساسی کشوری است که فرد شهروند آنجاست یا در آنجا اقامت دارد و دارای ضمانت اجرای کیفری است. (در: جاوید، محمد جواد؛ صادقی، محمد؛ شفیع‌زاده خولنجانی، مصطفی، «تسیبت تکالیف طبیعی و تکالیف شهروندی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵۹ پاییز ۱۳۹۱، ص. ۹۳-۲۵۳).
۲. جوانمرد، بهروز، آیین دادرسی کیفری، جلد نخست، ویراست پنجم، چاپ اول، انتشارات جنگل، ۱۳۹۴، ص. ۳۶۷.
۳. انصاری فرد، ولی الله، حقوق تحقیقات جنایی (مطالعه تطبیقی)، چاپ اول، انتشارات سمت، ۱۳۸۰، ص. ۹۳.
۴. انظاری، محمدحسن، جرم مشهود در فقه امامیه و حقوق ایران (با نگاهی به حقوق کیفری فرانسه و انگلستان)، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه فردوسی مشهد، ۱۳۸۹، ص. ۹۳.

تا درگذر از آن تعرضی به حقوق سایرین صورت نگیرد. قانون‌گذار با در نظر گرفتن این قاعده مهم برای دستگیری شهروندی، ارتکاب مشهود جرایم خاص و عدم حضور ضابطان دادگستری در صحنه جرم را لازم دانسته است. این ضوابط با کمی تغییرات در سایر نظامهای حقوقی نیز پذیرفته شده است.

۱-۲. ارتکاب جرایم خاص

اولین پیششرط قانون‌گذار ارتکاب آن دسته از جرایمی است که شهروندان در مقابل آنها حق مداخله انتظامی دارند. مسلماً رعایت حقوق و آزادی‌های فردی ایجاب می‌کند که شهروندان در مصاف با جرایم مهم عهده‌دار این اختیار حساس باشند. از طرفی مداخله انتظامی شهروندان منوط به تحقق برخی جرایم خاص شده است و تکلیف افراد در مصاف با جرایم ارتکاب‌یافته و جرایم در حال ارتکاب مشخص نیست. بنابراین ضروری است ضمن تبیین مبحث مذکور به بررسی جرایمی که در مواجهه با آنها شهروندان حق مداخله انتظامی دارند، بپردازیم.

۱-۱-۲. تحقیق جرایم

همان‌طور که بیان شد دستگیری شهروندی مستلزم ارتکاب برخی جرایم خاص است و قانون‌گذار اشاره‌ای به حیطه اختیارات شهروندان در مصاف با جرایم حادثشده و جرایم در حال ارتکاب نکرده است. علی‌رغم سکوت قانون‌گذار، احکام این موضوع به صراحت در نظام حقوق انگلستان و برخی ایالات آمریکا پیش‌بینی شده است. مع‌هذا وجود عبارات «چنانچه جرایم ... واقع شوند» و «جلوگیری از فرار مجرم» در تبصره مؤید این ادعاست که شهروندان در مصاف با جرایم ارتکاب‌یافته و جرایم در حال ارتکاب حق مداخله انتظامی دارند. همچنین وجود عبارت «جرائم مشهود» در تبصره قرینه‌ای بر صحت این ادعاست، چرا که مشهود بودن مستتر در فعلیت و ارتکاب یافتن جرایم است. البته آنچه در این بازداشت‌ها ضرورت دارد، فقدان فاصله زمانی میان ارتکاب جرم و عملیات بازداشت است.^۱ کما اینکه در نظام حقوقی آمریکا نیز بازداشت شهروندی می‌بایست در حین ارتکاب جرم یا بالافصله پس از تحقیق آن صورت گیرد.^۲

۱. بی‌تردید تعدد استفاده از عبارت «بالافصله» در بندهای ماده ۴۵ قانون آینین دادرسی کیفری مؤید صحت این ادعاست و در صورتی که از لحظه ارتکاب جرم زمان قابل ملاحظه‌ای سپری بشود، جرم دیگر مشهود نیوده و شهروندان حق مداخله انتظامی نخواهد داشت.

2. Hunsicker, A, Advanced Skills in Executive Protection, Florida-Boca Raton, Universal Publishers, 2010, p. 135.

بنابراین شهروندان در قبال جرایمی که سابقاً در منظر آنها ارتکاب یافته است حق مداخله انتظامی نداشته و می‌بایست به صرف گزارش آن بسنده نمایند.

در انگلستان به موجب بند یک ماده ۲۴ مکرر (24A) قانون پلیس و ادله کیفری مصوب سال ۱۹۸۴^۱ زمانی که جرم با کیفرخواستی^۲ در حال ارتکاب است و همچنین به موجب بند دو همین ماده زمانی که چنین جرمی اتفاق افتاده باشد، شهروندان حق مداخله انتظامی جهت بازداشت مظنونان را خواهند داشت. اما در حالتی که شخص تصور می‌کند جرمی در آینده اتفاق خواهد افتاد، حق دستگیری نداشته^۳ و به صرف گزارش به مأموران پلیس باید بسنده شود. در آمریکا نیز شهروندان حق دارند مجرمان و اشخاص در حال ارتکاب جرم را دستگیر و به مقامات قضایی ذی‌صلاح تحويل دهند.^۴ با این حال کنوانسیون اروپایی حقوق بشر^۵ جهت پیشگیری از وقوع جرایم، به اشخاص اجازه بازداشت مجرمان احتمالی را داده است. به موجب بند ۱ ماده ۵ این کنوانسیون «هر کسی حق آزادی و امنیت شخصی دارد. هیچ کسی نباید از آزادی خود محروم گردد مگر در موارد ذیل و طبق تشریفات قانونی» و قسمت C یکی از موجبات بازداشت و سلب آزادی که ممکن است توسط افراد عادی محقق شود را این‌گونه تبیین نموده است: «دستگیری یا بازداشت قانونی یک فرد با هدف اعزام وی نزد مقام قانونی صالح با ظن معقول نسبت به ارتکاب جرم یا با احتمال عقلانی ضرورت پیشگیری از وقوع جرم توسط وی یا پیشگیری از فرار وی پس از ارتکاب جرم مجاز است.»

با واگذاری این اختیار به شهروندان در نظامهای حقوقی مبتنی بر کامن‌لا، برای فردی که با اعتقاد نادرست به ارتکاب جرم اقدام به بازداشت مظنونان می‌کند، مسئولیت‌هایی پیش‌بینی شده است. در آمریکا بر خلاف افسران پلیس، شهروندانی که اقدام به بازداشت مظنونان می‌کنند، در صورت محقق نبودن جرم دچار مسئولیت مدنی می‌شوند.^۶ در دعوای Cervantez v. J.C. Penney Company کارآگاه یک شرکت دو مظنون به سرقت را بازداشت نمود. متهمان به علت فقدان دلیل تبرئه شده و از شرکت کارفرما و افسر مذبور شکایت کردند. از آنجا که بازداشت‌کننده افسر پلیسی بود

1. Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE)

2. Indictable offence

3. Cowrie, Fiona, Anthony Bradney & Mandy Burton, English Legal System in Context, sixth Edition, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 253.

4. Hess, Kären, Introduction to Private Security, Fifth Edition, Belmont, CA, Cengage Learning, 2009, p. 267.

5. European Convention on Human Rights (ECHR)

6. Ferdico, John; Fradella, Henry; Totten, Christopher, Criminal Procedure for the Criminal Justice Professional, Twelfth Edition, Boston, Cengage Learning, 2015, p. 250.

که خارج از ساعت اداری اقدام به بازداشت متهمان کرده بود، متشارکیان ادعا کردند که به صرف وجود یک علت احتمالی وی حق دستگیری داشته است. متقابلاً شاکیان پرونده اعلام داشتند که بازداشت‌کننده به عنوان یک افسر امنیت خصوصی اقدام به دستگیری متهمان کرده و از آنجا که جرمی محقق نشده است، به تبعیت از احکام بازداشت شهروندی وی باید مسئول اعمال خویش باشد. دادگاه عالی^۱ کالیفرنیا با اعلام اینکه قوانین حاکم بر بازداشت بستگی به وضعیت کارفرما در زمان بازداشت دارد، ادعای شاکیان دعوا را پذیرفت.^۲ تفاوت مسئولیت‌های حاصله از اشتباه شهروندان و افسران پلیس آمریکایی در این پرونده به خوبی مشخص شده است. در نظام حقوقی انگلستان به موجب بند ۱ ماده ۲۴ مکرر (24A) قانون پلیس و جرایم سازمان یافته مصوب سال ۲۰۰۵^۳، این تصور که جرمی در حال ارتکاب است، باعث مشروعیت بازداشت شهروندی می‌گردد، هر چند جرمی واقع نشده باشد.^۴ لکن اگر شخص معتقد باشد که جرمی در گذشته اتفاق افتاده است و با استناد به همین ظن اقدام به بازداشت مظنونان کند، در صورت محقق نبودن جرم بازداشت موجه نخواهد بود.^۵ در پرونده انگلیسی Self (۱۹۹۲)، آقای Self به اتهام سرقت از فروشگاه تحت تعقیب شهروندان قرار گرفت. وی در دادگاه به اتهام‌های سرقت شکلات و حمله به قصد مقاومت در برابر بازداشت قانونی محکمه گردید. وی از اتهام سرقت تبرئه شد و دادگاه استیناف با این استدلال که مظنون مرتكب هیچ سرقتنی نشده است، محکومیت به حمله را نیز نقض نمود و اذعان داشت که Self می‌تواند به خاطر تحمل بازداشت غیر قانونی از سالبان حقش درخواست جبران خسارت نماید.^۶ به موجب این رأی دادگاه انگلیسی، تصور نادرست به ارتکاب جرم در گذشته باعث مشروعیت بازداشت شهروندی نشده و شهروندان می‌بایست پاسخگوی اعمال خویش باشند.

۲-۱-۲. نوع جرم ارتکابی

بنا به ماده ۳۰۲ قانون آینین دادرسی کیفری، شهروندان در مصاف با جرایم مستوجب سلب حیات، حبس‌ابد، قطع عضو، جنایات عمدى علیه تمامیت جسمانی با

1. Supreme Court
 2. Fischer, Robert; Green, Gion, *Introduction to Security*, Seventh Edition, Amsterdam, Butterworth-Heinemann, 2004, p. 108, p. 108.
 3. Police and serious organized crime Act 2005
۴. پرویزی فرد، آیت‌الله، سلب آزادی از متهم در حقوق ایران و انگلستان، چاپ اول، انتشارات جنگل، ۱۳۹۱، ص. ۱۵۸.
5. Murphy, Peter; Stockdale, Eric, *Blackstone's Criminal Practice* 2012, 22 ed, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 1194.
 6. Spencer, J., "Citizens Arrest – at their Peril", *The Cambridge law Journal*, Vol. 51, No. 3, 1992, P. 406.

میزان نصف دیه کامل یا بیش از آن^۱ و جرایم تعزیری درجه سه و بالاتر^۲ حق مداخله انتظامی جهت بازداشت مجرمان را دارند. منظور از مجازات‌های سلب حیات، قصاص نفس، اعدام و سایر مجازات‌هایی است که نوعاً منجر به مرگ می‌شود. مجازات حبس ابد در نظام کیفری ایران برای برخی جرایم حدی^۳ و تعزیری^۴ پیش‌بینی شده است. قطع عضو نیز غیر از قصاص عضو بوده و شامل مجازات‌های محاربه و سرقت حدی می‌شود. همچنین جنایت علیه تمامیت جسمانی شامل جرایم عمدى علیه اعضای بدن است، اعم از اینکه شاکی تقاضای قصاص یا دیه کرده باشد. آخرین گونه از جرایمی که در مصاف با آنها، شهروندان عادی حق مداخله انتظامی دارند، جرایم مستوجب مجازات تعزیری درجه سه و بالاتر است. برای شناسایی این مجازات‌ها می‌بایست به ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ رجوع نمود. ارتکاب این جرایم از طرفی صدمات جبران ناشدنی بر پیکره جامعه و اعضای آن وارد می‌کند و از طرف دیگر سنگینی مجازات، احتمال فرار مجرمان را بالا برده و باعث تشویش بیشتر افکار عمومی می‌گردد. قانون‌گذار با ملاحظه این آثار، اقدام به اعطای اختیارات انتظامی به شهروندان کرده است.

همان‌طور که مشخص است شاخص قانون‌گذار برای واگذاری اختیارات انتظامی به شهروندان، نوع و مقدار مشخصی از مجازات بوده است و این طیف وسیعی از عنوانین مجرمانه را در بر می‌گیرد. بدین ترتیب شهروندان حقوق‌دانانی فرض شده‌اند که به صورت تفصیلی جرایم مستوجب این کیفرها را می‌شناسند، حال تشخیص این جرایم برای حقوق‌دانان نیز به سختی امکان‌پذیر است. بنابراین از آثار فاسد مقرره مذکور می‌تواند آن باشد که مردم در تشخیص جرایم اشتباه کرده و بسان نظام‌های حقوق کامن‌لا دچار مسئولیت‌های کیفری همچون بازداشت غیرقانونی، آدمربایی و ضرب و جرح گردند. در انگلستان مدیر یک سینما شخصی را که به طور رایگان به تماشای فیلم می‌پرداخت، بازداشت نمود. جوان مقاومت کرد و در جریان درگیری دو عدد از دندان‌های مدیر تلف شد. از آنجا که در انگلستان استفاده رایگان از وسائل تفریحی از جمله جرایم با کیفرخواست نیست، جوان با این دفاع که تنها در مقابل دستگیری غیرقانونی اقدام به دفاع از خود نموده است از اتهام جرح عمدى تبرئه گشت.^۵ بنا به

۱. با اصلاحات صورت‌گرفته در تاریخ ۹۴/۳/۲۴، میزان «ثلث دیه کامل» به «نصف دیه کامل» افزایش یافت.

۲. با اصلاحات صورت‌گرفته در تاریخ ۹۴/۳/۲۴، مجازات تعزیری «درجه چهار و بالاتر» به «درجه سه و بالاتر» تغییر یافت.

۳. مجازات حبس‌ابد برای تکرار مرتبه سوم سرقت حدی (ماده ۲۷۸ قانون مجازات اسلامی).

۴. مجازات حبس‌ابد در جرایم مواد مخدر (مواد ۴ و ۵ قانون مبارزه با مواد مخدر).

۵. پرویزی فرد، آیت‌الله، منبع پیشین، صص. ۱۶۰-۱۶۱.

مفاد این رأی، اشتباه شهروندان انگلیسی در تشخیص جرایم با کیفرخواست رافع مسئولیت کیفری ایشان نیست.

برای ممانعت از تجاوز به حریم خصوصی افراد مطلوب بود قانون‌گذار به جای شاخص قرار دادن مجازات‌های سنگین، اقدام به تهیه لیستی از عناوین مجرمانه می‌نمود که شهروندان در مصاف با آنها حق مداخله انتظامی داشتند. با اجرا شدن این پیشنهاد از طرفی میزان دخالت ناروای اشخاص در سلب آزادی دیگران کاهش می‌یافت و از طرف دیگر برای جرایم مهمی همچون جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی که دارای آثار محربی نسبت به نظم و آسایش عمومی بوده، ولی مشمول مجازات‌های مذکور نیست، امکان بازداشت شهروندی فراهم می‌گردد.^۱

البته تحديد مشارکت‌های انتظامی شهروندان به جرایم سنگین عملکردی مثبت محسوب می‌شود. ضرورت واکنش سریع به جرایم مهم و ضعف نهادهای انتظامی در عرصه مذکور ایجاب می‌کند شهروندان با مشارکت‌های خود ضعفها را جبران نمایند.^۲ در نظام‌های قدرتمند حقوقی نیز مشارکت‌های انتظامی شهروندان محدود به جرایم سنگین و مهم است. قانون‌گذار فرانسوی در ماده ۷۳ قانون آینین دادرسی کیفری تنها در مورد جنحه‌ها و یا جنایاتی^۳ که مجازات آنها حبس می‌باشد، به اشخاص عادی اجازه دستگیری مجرمان را داده است. در آمریکا نیز صلاحیت مداخله شهروندان محدود به جرایم جنحه و جنایات می‌باشد.^۴ مراد از جنایت در این نظام حقوقی، جرایم مستوجب مجازات مرگ یا حبس بیش از یک سال و جنحه جرم مستوجب جزای نقدی یا حبس کمتر از یک سال یا هر دو می‌باشد.^۵ در انگلستان و ولز به موجب ماده ۲۴ مکرر قانون ۱۹۸۴ اصلاحی سال ۲۰۰۵ مشارکت انتظامی شهروندان منحصر به جرایم با

۱. اسدی، لیلاSadat، شرحی بر آینین دادرسی کیفری، چاپ اول، انتشارات فکرسازان، ۱۳۹۴، ص. ۳۹۱.

۲. بدین ترتیب در کشورهایی که توائینهادن با به کارگیری ابزارهای زرادخانه سنتی کیفری، مقابله مؤثری با جرایم سنگین داشته باشند، عده مشارکت‌های انتظامی شهروندان در جهت مقابله با جرایم خرد می‌باشد. (در: نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، «مشارکت مردم در تأمین امنیت»، نشریه امنیت (میزگرد)، شماره ۸-۷، ۱۳۷۸، ص. ۶ و ۷).

۳. «جرمی که مجازات آن حبس جنایی عمومی یا جنایی سیاسی دائم یا جنایی عمومی یا جنایی سیاسی ۱۵، ۲۰ یا ۳۰ سال دارد جنایت است (مانند قتل با سبق تصریم یا مسموم کردن) و جرمی که مجازات جنحه‌ای حبس حداقل تا ده سال و جزای نقدی حداقل ۲۵ هزار فرانک جنحه می‌باشد (مانند سرفت ساده)» (در: استقانی، گاستون؛ لواسور، زر؛ بربلوك، برناز، حقوق جزای عمومی، ترجمه حسن دادبان، جلد اول، چاپ اول، انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۸۳، ص. ۲۷۲).

4. Emanuel, Steven L, Criminal law, Sixth Edition, Austin, Wolters Kluwer Law & Business/Aspen Publishers, 2007, p.135.

5. Carper, Donald; McKinsey, John A., Understanding the Law, Sixth Edition, Mason OH, South-Western, Cengage Learning, 2012, p. 233.



کیفرخواست می‌باشد.^۱ جرایم با کیفرخواست، جرایم مهمی همچون قتل عمد و سرقت هستند که در دادگاه شاهی^۲ در محضر قاضی و هیأت منصفه مورد رسیدگی قرار می‌گیرند.^۳

۲-۲. ارتکاب مشهود جرایم

دومین شرط تفویض اختیار انتظامی به شهروندان، ارتکاب جرایم بندهای الف، ب، پ و ت ماده ۳۰۲ قانون آ.د.ک، به صورت مشهود است. ماده ۴۵ ق.آ.د.ک بدون آنکه جرم مشهود را تعریف کند، مصادیق آن را مشخص کرده است.^۴ لکن به طور خلاصه می‌توان گفت که جرم مشهود، جرمی است که در منظر ضابطان و یا مردم تحقق یابد. در نظامهای بزرگ حقوقی دنیا نیز شهروندان در مصاف با جرایم مشهود حق مداخله انتظامی دارند. برای نمونه در آمریکا شهروندان زمانی می‌توانند اقدام به بازداشت مظنونان کنند که جرم یا شروع به آن در محضر ایشان اتفاق بیافتد و مشهود باشد. البته در مورد جنایات ارتکابی صرف دلیل معقول که احرازکننده ارتکاب جرم توسط متهم است، باعث مشروعیت بازداشت شهروندی می‌گردد، هر چند جرم مشهود نباشد.^۵ دلیل معقول زمانی وجود دارد که یک شخص محظوظ به این نتیجه برسد که جرمی محقق شده است. این دلیل (که گاهاً با تردید همراه است) باید فراتر از ظن صرف باشد و با توجه به اوضاع و شرایط خاص حاکم بر هر مورد مشخص می‌شود.^۶

1. Cownie, Fiona; Bradney, Anthony; Burton, Mandy, English Legal System in Context, Sixth Edition, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 13.

2. Crown Court

3. Slapper, Gary; Kelly, David, the English Legal System, Fifteenth Edition, Abingdon-Oxon, Routledge, 2014, p. 291.

۴. به موجب ماده ۴۵ قانون آیین دادرسی کیفری، «جرائم در موارد زیر مشهود است:

الف- در مرئی و منظر ضابطان دادگستری واقع شود یا مأموران یادشده بلافقاصله در محل وقوع جرم حضور یابند و یا آثار جرم را بلافقاصله پس از وقوع مشاهده کنند؛ ب- بزدیده یا دو نفر یا بیشتر که ناظر وقوع جرم بوده‌اند، حین وقوع جرم یا بلافقاصله پس از آن، شخص معینی را به عنوان مرتكب معرفی کنند؛ پ- بلافقاصله پس از وقوع جرم، علائم و آثار واضح یا اسباب و ادله جرم در تصرف متهم یافته شود و یا تعلق اسباب و ادله یادشده به متهم محرز گردد. ت- متهم بلافقاصله پس از وقوع جرم، قصد فرار داشته یا در حال فرار باشد یا بلافقاصله پس از وقوع جرم دستگیر شود؛ ث- جرم در منزل یا محل سکنی افراد، اتفاق افتاده یا در حال وقوع باشد و شخص ساکن، در همان حال یا بلافقاصله پس از وقوع جرم، ورود مأموران را به منزل یا محل سکنی خود درخواست کنند؛ ج- متهم بلافقاصله پس از وقوع جرم، خود را معرفی کند و وقوع آن را خبر دهد؛ چ- متهم ولگرد باشد و در آن محل نیز سوء شهرت داشته باشد».

5. Nemeth, Charles, Private Security and the Law, Fourth Edition, Amsterdam, Butterworth-Heinemann, 2012, p. 73.

۶. رستمی، ولی، «مشارکت مردم در فرآیند کیفری (بررسی سیاست جنایی کشورهای غربی)»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۶، ص. ۱۴۴.

برخلاف جنایات در مورد جنحه‌های ارتکابی، شهروندان تنها در صورتی می‌توانند مداخله انتظامی کنند که جرم در محضر ایشان ارتکاب یافته باشد^۱ و ظن ارتکاب جنحه باعث مشروعیت بازداشت شهروندی نمی‌شود.^۲ البته برخی جنحه‌های خطرناک، مشمول این قاعده نشده و با ظن ارتکاب این جنحه‌ها شهروندان حق دستگیری خواهند داشت. حمله به سالمندان،^۳ حمله به اموال مدرسه،^۴ خشونت خانگی^۵ و در نهایت حمله به امدادگران و آتش‌نشانان،^۶ از جمله این جنحه‌ها هستند.^۷

البته ضروری نیست برای تحقق قاعده (در حضور)، جنحه‌ها حتماً در مجاورت شهروندان ارتکاب یابد. در دعواهی (People v Lee), خانم Lee همراه خود تعدادی لباس زنانه به داخل اتاق پر برد و پس از خروج تعداد کمتری از لباس‌ها را به قفسه بازگرداند. در پی این اتفاق، خانم Lee مورد بازرسی نگهبان فروشگاه قرار گرفت و لباس مفقودی در کیف وی یافت شد. با دستگیری سارق این مسئله مطرح گردید که نگهبان فروشگاه عمل رباش لباس را ندیده، لذا عملیات دستگیری غیر قانونی بوده است. در پاسخ به این تردید بیان شد، قاعده مذکور در طول تاریخ دچار تفاسیر موسوعی شده است، لذا مجاورت فیزیکی و مشاهده جرم جهت دستگیری ضروری نمی‌باشد.^۸

در فرانسه شهروندان تنها در مصاف با جرایم مشهود^۹ حق دستگیری مجرمان را دارند.^{۱۰} در این کشور تصور ارتکاب جرم مشهود نیز از مصادیق جرم مشهود محسوب شده و باعث مشروعیت مداخله انتظامی شهروندان می‌گردد. در دعواهی که در آن شخصی انگورش به سرقت برد شد، در فاصله زمانی و مکانی کوتاه اقدام به دستگیری فردی نمود که حامل سبد انگوری بوده و حاضر به نشان دادن محتوای سبد نمی‌شد. فرد دستگیر شده به علت فقد دلیل آزاد گردید، لکن وی علیه شاکی اقامه دعوى مدنی از باب تقصیر و خطا نمود. دیوان عالی کشور فرانسه تقصیر و خطای مالباخته را رد و

۱. قاعده در حضور (In the presence rule)

2. Emanuel, Steven L, op. cit., p. 135.

3. Elder Assault

4. Assault on school property

5. Domestic violence

6. Assault on firefighter or paramedic

7. <https://www.attorney-sacramento.com/law/393>

8. Maxwell, David A, Private Security Law Case Studies, Boston, Butterworth-Heinemann, 1993, pp. 246-247.

۹. برای شناسایی مصادیق جرم مشهود در حقوق فرانسه، ر.ک: لارگیه، زان، آینین دادرسی کیفری، ترجمه حسن کاشفی اسماعیل‌زاده، چاپ اول، گنج دانش، ۱۳۷۸، ص. ۹۴.

۱۰. استفانی، گاستون؛ لواسور، زرز؛ بربلوك، برنا، آینین دادرسی کیفری، ترجمه حسن دادبان، جلد اول، چاپ اول، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۷۷، ص. ۴۷۰.

وی را آزاد می‌نماید. پارا و مونتروی به نقل از گرانیه، با استناد به این رأی دیوان عالی نتیجه گرفته‌اند که تصور ارتکاب جرم از مصادیق جرم مشهود تلقی می‌شود.^۱ در نظام حقوقی انگلستان نیز بنا به ماده ۱۱۰ قانون پلیس و جرم سازمان یافته شدید مصوب ۲۰۰۵ وجود مؤلفه‌های جرم مشهود همچون «وجود ظن متعارف به وقوع جرم یا ظن متعارف نسبت به شناخت مجرم» برای دخالت‌های انتظامی شهروندان جهت بازداشت مجرمان ضروری است.^۲

ظاهراً مقابله جدی با برخی جرایم خاص که به صورت مشهود محقق می‌شود، در بیشتر نظام‌های حقوقی پیش‌بینی شده است. تا آنجا که رسیدگی به این جرایم به دلیل مهیا بودن ادله جرم و ضرورت مقابله با گستاخی مجرم با فوریت مداخله و سرعت در انجام کار همراه بوده است. این رویه منجر به محدود شدن قسمتی از آزادی‌های فردی به نفع نظم عمومی و در نتیجه واگذار نمودن برخی اختیارات انتظامی به شهروندان شده است. علی‌رغم فواید اعطای این اختیار، تشخیص مشهود بودن جرایم برای مردم عادی به راحتی میسر نیست و این خود ممکن است باعث برخی بی‌نظمی و احتمالاً درگیری‌ها در صحنه جرم شود.^۳ همچنین تعقیب جرایم قابل‌گذشت نیازمند شکایت شاکی خصوصی است و مشخص نشده تکلیف شهروندان در قبال این جرایم مشهود که شاکی هنوز شکایت نموده چیست؟ مطلوب بود قانون‌گذار اقدام به پیش‌بینی رویه مشخصی در این عرصه می‌نمود.

۲-۳. عدم حضور ضابطان دادگستری

سومین شرط لازم برای تحقق بازداشت شهروندی عدم حضور ضابطان قضایی در محل ارتکاب بزه است.^۴ در واقع تأمین امنیت عمومی از وظایف اولیه ضابطان دادگستری محسوب می‌شود. اما از آنجا که جرم عموماً به صورت پنهانی و در غیاب ایشان ارتکاب می‌یابد، اعطای این اختیار به شهروندان ضروری به نظر می‌رسد. این قید

۱. انصاری فرد، ولی الله، منبع پیشین، صص. ۳۷۰-۳۶۹.

2. Cownie & Bradney and Burton, op. cit.

مطابق ماده ۲۴ مکرر قانون ۱۹۸۴ اصلاحی سال ۲۰۰۵.

«۱- شخصی که ضابط دادگستری نیست، می‌تواند بدون دستور قضایی، اشخاص زیر را دستگیر کند:
الف- شخصی را که مشغول ارتکاب یک جرم با کیفرخواست است؛ ب- شخصی که مبانی عاقلانه‌ای برای ظن به ارتکاب چنین جرمی توسط او وجود دارد. ۲- در جایی که یک جرم با کیفرخواست ارتکاب یافته باشد، یک شخص عادی می‌تواند اشخاص زیر را بدون دستور قضایی دستگیر کند: الف- کسی را که مجرم این جرم است؛ ب- کسی که مبانی معقولی برای ظن به مجرمیتش وجود دارد.»

۳. خالقی، علی، آین دادرسی کیفری، جلد اول، چاپ سی و یکم، انتشارات شهر دانش، ۱۳۹۴، صص. ۸۳-۸۲.

۴. لفظ ضابط در مقرره به صورت مطلق آمده است، در نتیجه حضور ضابطان ذی صلاح عام و خاص مانع اعطای اختیارات انتظامی به شهروندان می‌گردد.

در لایحه اولیه قانون آیین دادرسی کیفری پیش‌بینی نشده بود لکن با اصلاحات گرفته به مقرره اضاف شد و حکم تبصره را تعدیل نمود.^۱

البته ممکن است ضابطان دادگستری در صحنه جرم حضور فیزیکی داشته باشند، ولی به دلیل ناتوانی و یا قصور در انجام تکلیف نتوانند مجرمان را بازداشت کنند. بدین ترتیب مطلوب بود مداخله انتظامی شهروندان منوط به عملکرد ضعیف ضابطان می‌شد و به صرف عدم حضور ضابطان در صحنه جرم محدود نمی‌گشت.^۲ مقنن انگلیسی با در نظر گرفتن این مهم، در بند ۳ ماده ۲۴ (ماده ۱۱۰) قانون پلیس و جرم سازمان یافته اذعان می‌دارد: «شهروندان زمانی می‌توانند اقدام به دستگیری مظنونان کنند که معتقد باشند امکان بازداشت توسط افسران پلیس به طور متعارف امکان‌پذیر نیست».^۳ ظاهراً دستگیری شهروندی در انگلستان منحصر به عدم حضور افسران پلیس نیست و در صورت محقق نشدن بازداشت قضایی به هر دلیل، شهروندان حق مداخله انتظامی خواهند داشت. در آمریکا فرقی نمی‌کند متقاضی دستور بازداشت شخص عادی یا افسر پلیس باشد،^۴ ولی مطلوب است تا حد ممکن این عملیات توسط افسران صورت گیرد، چرا که دستگیری مظنونان وظیفه شهروندان نیست.^۵ البته در برخی از ایالات این کشور افسران اجازه دارند که حین عملیات بازداشت از شهروندان درخواست کمک کنند و شهروندان مکلف به اجابت این درخواست هستند.^۶ این عملکرد شهروندان بازداشت شهروندی نیست، بلکه همکاری با افسران پلیس جهت بازداشت مظنونان است.^۷

مسلمان برای تفویض اختیار بازداشت به شهروندان، تحقق همزمان سه شرط فوق لازم است و در صورت حادث نشدن این ضوابط، شهروندان حق مداخله انتظامی نداشته و بنا به اصل هشتم قانون اساسی تنها می‌توانند به انجام امر به معروف و نهی از منکر کلامی بپردازند.^۸ مقنن برای شهروندانی که علی‌رغم محقق نشدن این ضوابط اقدام به بازداشت مظنونان می‌کنند مجازاتی در نظر نگرفته است، لکن به نظر می‌رسد ایشان

۱. تبصره ماده ۱۷-۱۲۱ تنظیمی لایحه آیین دادرسی کیفری؛ «چنانچه جرایم موضوع بند الف و ب و ج ماده ۱۳۱-۶ این قانون به صورت مشهود واقع بشوند، تمام شهروندان می‌توانند اقدامات لازم را برای جلوگیری از فرار مرتكب جرم و حفظ صحنه جرم به عمل آورند».

۲. قانون گذار با ملاحظه این مهم، عملکرد ضابطان مردمی بسیج را منوط به عدم حضور ضابطان دیگر و یا عدم اقدام به موقع آنها و یا اعلام نیاز آنان کرده و آن را منحصر به عدم حضور سایر ضابطان تکرده است.

۳. PACE, 24A(3) (b)
۴. انصاری فرد، ولی‌الله، منبع پیشین، ص. ۳۷۷.

۵. <http://www.wikihow.com/Make-a-Citizen's-Arrest>
۶. در کامن‌لا اختیار افسران پلیس در وادار کردن اشخاص عادی جهت کمک به ایشان برای حفظ صلاح یا بازداشت بزهکاران به Posse Comitatus مشهور است.

7. Del Carmen, Ronaldo; Hemmens, Craig, Criminal Procedure: Law and Practice, Tenth Edition, Wadsworth Publishing, 2016, p. 178.

۸. اصل هشتم قانون اساسی؛ «در جمهوری اسلامی ایران دعوت به خیر، امر به معروف و نهی از منکر وظیفه‌ای است همگانی و متقابل بر عهده مردم نسبت به یکدیگر، دولت نسبت به مردم و مردم نسبت به دولت. شرایط و حدود و کیفیت آن را قانون معین می‌کند».

پاسخگوی مسئولیت‌های حاصل از اعمالشان هستند، هر چند وجود انگیزه شرافتمدانه ممکن است مسئولیت‌های ایشان را تخفیف دهد.

۳. بایسته‌های بازداشت شهروندی

هر بازداشتی به علت تعارض با حقوق و آزادی‌های فردی باید با رعایت استانداردهای حقوق داخلی و بین‌المللی صورت گیرد و در صورت منطبق نبودن با این کیفیت‌های غیرقانونی خواهد بود.^۱ به همین دلیل تلاش فراوانی جهت تبیین بایسته‌ها و استلزمات‌های بازداشت قضایی صورت گرفته است، لکن در حوزه بازداشت‌های شهروندی توجه چندانی به این مهم نشده است. از آنجا که شهروندان سواد حقوقی کافی نداشته و احتمال تجاوز به حقوق اشخاص در این بازداشت زیاد است، شایسته بود قانون‌گذار اشاره‌ای به الزامات و کیفیت‌های تحقق این بازداشت می‌نمود. در ادامه پژوهش قصد داریم به تبیین مهم‌ترین قواعد حاکم بر دستگیری شهروندی بپردازیم. مطالعه تجربیات سایر نظام‌های حقوقی می‌تواند الهام‌بخش راهکارهای این حوزه باشد.

۳-۱. به کارگیری قوه قدریه معقول

به عنوان یک قاعده کلی، بازداشت شهروندی همچون بازداشت قضایی باید با استفاده از نیروی معقول محقق شود، چرا که هدف از بازداشت صرفاً توقيف مظنون و تحويل وی به مقام قضایی ذی‌صلاح است. بنابراین شهروندان در دستگیری فردی که بدون هیچ مقاومتی تسليم می‌شود، نباید از اجراء غیرمعتارف استفاده نمایند. احکام این موضوع صراحتاً در نظام حقوقی کشورمان پیش‌بینی نشده است. لکن از فحوای اصل ۳۹ قانون اساسی می‌توان کلیاتی را استنباط نمود. به موجب این اصل: «هتك حرمت و حیثیت کسی که به حکم قانون دستگیر، بازداشت یا زندانی و یا تبعید شده به هر صورت که باشد ممنوع و موجب مجازات است». مسلماً استفاده از نیروی قوه قدری غیرمعتارف باعث هتك حرمت اشخاص شده و به کارگیری آن قانونی نمی‌باشد. لکن در شرایطی که متهم با به کارگیری ابزارهای عادی قابل بازداشت نیست، استفاده از این نیرو برای «اجراهی قانون آهنم» معقول به نظر می‌رسد. البته در این حالت نیز شرط تناسب باید رعایت گردیده و استفاده از نیروی غیرمعتارف می‌بایست در حد دفع مهلکه و بازداشت مجرم باشد. در انگلستان، شهروندان عادی همچون افسران پلیس می‌توانند از نیروی معتارف برای بازداشت مظنونان استفاده کنند. در صورتی که استفاده از این اجراء فراتر از مقدار معقول و حد ضروری باشد، بازداشت‌کننده به اتهام دستگیری غیرقانونی و سایر مسئولیت‌ها تحت پیگرد قانونی قرار می‌گیرد.^۲ در آمریکا نیز

۱. طه، فریده؛ اشرافی، لیلا، دادرسی عادلانه، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۸۶، ص. ۴۱.

۲. مهران، نسرین؛ جهانی، بهزاد، «دستگیری شهروندی در حقوق ایران و انگلستان»، مجله پژوهش حقوق کیفری، شماره ۱۴، بهار ۱۳۹۵، ص. ۵۳.

شهروندان از چنین حقی برخوردار هستند و استفاده از اجرار غیرعقلایی، بازداشت‌کننده را در معرض مسئولیت‌های حاصله قرار می‌دهد.^۱ در این کشور دادگاهها با ملاحظه متغیرهای متعددی چون جدیت اتهام، تعداد افراد درگیر در پرونده و ارزیابی میزان مقاومتی که مظنون حین بازداشت از خود نشان می‌دهد، معمول بودن نیروی استفاده شده در بازداشت را مورد ارزیابی قرار می‌دهند.^۲ به طور مثال در دعوای Art Kelly افسر پلیسی خارج از وقت اداری، به عنوان یک شهروند عادی اقدام به بازداشت فرد مظنون نمود. وی پس از اتمام بازداشت، علی‌رغم تسليم کامل متهم به برخورد قهری خود ادامه داد. دادگاه رأی داد که دستگیری شهروندی زمانی قانونی است که به محض متوقف شدن مقاومت مظنون، استفاده از اجرار ادامه پیدا نکند.^۳

البته در آمریکا این رویه یکسان نیست. در برخی از حوزه‌های این کشور شهروندان در مصاف با هر جنایتی حق استفاده از نیروی غیرمتعارف جهت دستگیری مجرمان را دارند و در حوزه‌های دیگر شهروندان تنها در مواجه با جنایات خاص (همچون قتل عمدى و تجاوز جنسی) دارای چنین اختیاری هستند.^۴ آنچه مسلم است در این حوزه‌ها شهروندان حق استفاده از این نیرو جهت بازداشت مرتكبان جنحه را ندارند و در صورت استفاده دچار مسئولیت کیفری می‌شوند. در دعوای People v. Wild شهروندی سنجاندازی فردی به سوی پنجره‌ها را مشاهده نمود. وی به تصور اینکه جنایتی در آستانه ارتکاب است، اقدام به بازداشت متهم کرد. در جریان نزاع بازداشت، شهروند با کشتن مظنون، متهم به ارتکاب قتل عمدى شد. هیأت منصفه وی را محکوم به قتل عمد کرد و دادگاه تجدیدنظر با این استدلال که ادله پرونده حکایت از جنحه‌ای بودن فعالیت‌های متوفی مانند خرابکاری^۵ و فساد مخرب^۶ دارد، حکم هیأت منصفه را تأیید نمود.^۷ در نقطه مقابل برخی از ایالات این کشور به دنبال پیروی از سیستمی هستند که استفاده از نیروی مرگبار توسط شهروندان را ممنوع اعلام کرده است، مگر زمانی که مأموران پلیس نیازمند کمک ایشان باشند. در این حالت افسر پلیس ممکن است به خاطر اقدامات شهروند مسئول شناخته شود.^۸

1. Emanuel, Steven L, op. cit., p. 40.

2. www.jimwagnerrealitybased.com/images/If_you_are_placed_under_citizens_arrest.pdf

3. Putman, William, Legal Analysis and Writing, Fourth Edition, Clifton Park, NY, Cengage Learning, 2012, p. 42.

4. Hall, Daniel E, Criminal Law and Procedure, Sixth Edition, Clifton Park, NY, Cengage Learning, 2012, p. 267.

5. Vandalism

6. Malicious Mischief

7. Queen, David, The Private Investigator's Legal Manual, Third Edition, United States of America, iUniverse Inc, 2011, pp. 18-19.

8. Ibid, p. 268.

۲-۳. تحويل فوري مظنون

از آنجا که تحويل متهم به مراجع قانونی از جمله اقدامات مربوط به مرحله تحقیقات مقدماتی است، لازم است در کوتاهترین زمان ممکن محقق شود. بایسته مذکور این فرصت را به متهم می‌دهد که در اولین زمان ممکن قانونی بودن دستگیری خود را به چالش کشیده و نسبت به آن اعتراض کند.^۱ قوانین متعددی در سایر نظامهای حقوقی و مصوبات بین‌المللی به این موضوع اشاره داشته‌اند. اما تبیین این مهم از چشم قانون‌گذار ایرانی مخفی مانده است. در آمریکا شهروندان مکلفند بازداشت‌شده را فوراً نزد دادرس^۲ برد و یا تحويل افسران صح^۳ دهند. اگر نفس بازداشت قانونی باشد، لکن متهم با تأخیری غیر موجه تحويل مراجع داده شود، وی محق است دادخواست حقوقی برای حبس نادرست خود بدهد.^۴ در انگلستان هر شخصی که اقدام به بازداشت خصوصی می‌کند، مکلف به تحويل مجرم در کوتاهترین زمان ممکن است، در غیر این صورت مسئول تجاوز به اشخاص و حبس غیر قانونی خواهد بود.^۵ در پرونده بروین^۶ در سال ۱۹۷۶ میلادی کودکی توسط شخص عادی دستگیر و به پدرش تحويل داده شد. از آنجا که دستگیری از جانب پدر طفل نبود و تصمیم جدی برای تحويل طفل به پلیس نیز وجود نداشته است، حکم به غیر قانونی بودن بازداشت داده شد.^۷ در فرانسه نیز افراد عادی که اقدام به دستگیری مظنونان می‌کنند، مکلفند دستگیرشده را در کوتاهترین زمان ممکن نزد اولین ایستگاه پلیس قضایی ببرند.^۸

استانداردهای بین‌المللی نیز به این مهم اذعان داشته‌اند که حاضر کردن متهم نزد مقام ذی‌صلاح باید فوری صورت گیرد. به موجب بند ۳ ماده ۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی: «هر کس به اتهام جرمی دستگیری یا بازداشت می‌شود باید او را به اسرع وقت نزد دادرس یا هر مقام دیگری که به موجب قانون مجاز به اعمال اختیارات قضایی باشد حاضر نمود ...». همچنین به موجب بند ۳ ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر: «هر کس که در چارچوب مفاد قسمت C بند ۱ این ماده دستگیر یا بازداشت گردیده است، باید فوراً نزد قاضی یا دیگر مقام ذی‌صلاح قانونی جهت اعمال قدرت قضایی اعزام شود ...». ظاهرآ نظامهای حقوقی و مصوبات بین‌المللی که به این مهم اشاره داشته‌اند، مهلت مشخصی برای تحويل متهم در نظر نگرفته‌اند. مطلوب است در نظام حقوقی ما برای حفظ حقوق متهمان، ضمن پیش‌بینی این بایسته حداقل زمان معقولی برای تحويل مظنونان در نظر گرفته شود.

۱. طه، فریده؛ اشرافی، لیلا، منبع پیشین، ص. ۷۶.

2. Magistrate

3. Peace officer

4. Queen, David, Op. Cit., p. 19.

5. Mothersole, Brenda; Ridley, Ann, A Level law in Action, Second Edition, Basingstoke, Macmillan, 1999, p. 153

6. Brewin (1976)

7. Sanders, Andrew; Young, Richard; Burton, Mandy, Criminal Justice, Fourth Edition, New York, Oxford University Press, 2010, p. 154.

۸. انصاری فرد، ولی‌الله، منبع پیشین، ص. ۳۶۷-۳۶۸.

برای تشخیص این موضوع که آیا متهم فوراً تحويل مراجع ذیصلاح داده شده است، باید به اوضاع و احوال حاکم بر پرونده توجه نمود. چرا که در برخی بازداشت‌ها تأخیر در انتقال متهم دارای وجهه منطقی و قانونی است.^۱ البته این ضرورت بیشتر در بازداشت‌های قضایی قابل ملاحظه است. ولی در بازداشت‌های شهروندی نیز چنین تأخیری نباید منجر به مسئولیت کیفری افراد گردد. به طور مثال لزوم رعایت برخی بایسته‌ها و تشریفات قانونی توسط شهروندان گاهی چنین تعليٰ را ایجاب می‌کند. در پرونده انگلیسی جان لویس علیه تایمز^۲ متهمی که توسط نگهبان فروشگاه بازداشت شده بود، سریعاً به مراجع ذیصلاح قانونی تسليم نشد و برای تحقیق ابتدائی نزد مدیر فروشگاه برده شد. دادگاه با این استدلال که نگهبان به نیابت از مدیر فروشگاه اقدام به بازداشت مظنون کرده است، تعلل وی را تأیید نمود.^۳ همچنین برای احراز بی‌گناهی متهم گاهی لازم است متهم برای مدتی کوتاه نگهداشت شود و این مستلزم تأخیر در تحويل وی خواهد بود.^۴

۳-۳. ابلاغ سریع دلایل بازداشت

از جمله حقوق بازداشت‌شده‌گان در اکثر نظامهای حقوقی، آگاهی از دلایل دستگیری است. به موجب این حق، تعقیب و دستگیری مظنونان می‌باشد منطقی، توجیه‌پذیر و بر اساس ضوابط قانونی بوده و پس از ارائه دلایل آن، متهم بازداشت گردد. از فواید ابلاغ این دلایل ضمن خروج متهم از بلاتکلیفی و سرگردانی، آگاهی وی از علت بازداشت است تا بتواند قانونی بودن آن را مورد مناقشه قرار دهد. اطلاعاتی که در مورد علت بازداشت ارائه می‌شود باید دقیق و جزئی باشد تا متهم مبانی قانونی و علت واقعی بازداشت خود را درکنند.^۵ ضرورت این تکلیف در دستگیری‌های شهروندی بیشتر احساس می‌شود، چرا که در این بازداشت‌ها احتمال افزایش دستگیری‌های غیر قانونی و تجاوز به حقوق اشخاص بیشتر است. علی‌رغم اهمیت این موضوع، قانون‌گذار کشورمان چنین تکلیفی برای شهروندان در نظر نگرفته است. معذلک اصل ۳۲ قانون اساسی به ابلاغ بازداشت و ذکر دلایل آن به طور کلی اشاره داشته که به نظر می‌رسد بتوان احکام آن را برای شهروندان نیز در نظر گرفت.^۶ شایسته است به منظور رعایت حقوق شهروندی و حفظ حقوق متهم، مقنن صراحتاً ضابطان دادگستری و شهروندان را مکلف به ابراز دلایل دستگیری کند.

1. Murphy, Peter; Stockdale, Eric, op. cit., P. 1190.

2. John Lewis v. Times.

3. Sanders, Andrew; Young, Richard; Burton, Mandy, op. cit., pp. 153-154.

۴. پرویزی فرد، آیت‌الله، منبع پیشین، ص. ۱۵۹.

۵. صابر، محمود، «معیارها و تضمین‌های دادرسی عادلانه در مرحله تحقیقات مقدماتی»، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۸، ص. ۱۵۲.

۶. بنا به این اصل: «هیچ کس را نمی‌توان دستگیر کرد مگر به حکم و ترتیبی که قانون معین می‌کند. در صورت بازداشت، موضوع اتهام باید با ذکر دلایل بلافصله کتابی به متهم ابلاغ و تفهیم گردد و ...».

در نظام حقوقی انگلستان هر شخص که دیگری را بازداشت می‌کند، باید در کوتاهترین زمان ممکن او را از دلایل دستگیری آگاه کند.^۱ این موضوع به صراحت در دعوای Christie v. Leachinsky 1974 توسط قاضی سیمون^۲ این‌گونه بیان شد: «حق شهروندان است بدانند برای چه اتهام یا ظن به چه جرمی دستگیر می‌شوند». ^۳ به موجب ماده ۲۸ قانون پلیس و ادله کیفری اگر شخصی دستگیر شود، باید نفس بازداشت و مبانی آن سریعاً به اطلاع وی برسد، در غیر این صورت عمل دستگیری غیر قانونی خواهد بود. در آمریکا نیز چنین حقی برای متهم پیش‌بینی شده و بازداشت‌کننده مکلف است دستگیری و دلایل آن را ابلاغ نماید. برای حفظ حقوق متهم دلایلی باید به وی اعلان شود که صراحتاً به جرم ارتکاب یافته اشاره کند. با این حال استثنائاتی به این قاعده وارد است. به طور مثال در حالتی که مجرم در حال شروع به جرم یا در حال ارتکاب جرم است، ابلاغ این دلایل ضروری نیست.^۴

حق مذکور به عنوان یکی از مهم‌ترین حقوق دفاعی متهم در اسناد متعدد بین‌المللی و منطقه‌ای مورد شناسایی قرار گرفته است. بند ۲ ماده ۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی فارغ از اینکه شخص توسط ضابطان یا اشخاص عادی دستگیر شده باشد، ابراز می‌دارد: «هر کس دستگیر می‌شود باید در موقع دستگیر شدن از دلایل دستگیری مطلع شود و در اسرع وقت اخطاریهای دایر بر اتهامی که به او نسبت داده می‌شود دریافت دارد». این بند از میثاق با به کار بردن عبارت «ابلاغ دلایل دستگیری در موقع دستگیر شدن» به لزوم اطلاع‌رسانی فوری این دلایل توجه داشته است. به موجب مقرره مذکور دلایل بازداشت باید در همان لحظه دستگیری و یا حداقل تا کوتاهترین زمان ممکن پس از تحقق آن اعلام شود.^۵ از منظر کمیته حقوق بشر سازمان ملل، ابلاغ سریع دلایل بازداشت به متهم باعث می‌شود که اگر وی اعتقاد به بی‌اعتباری این مستندات داشته باشد بتواند گام‌های فوری جهت آزادی خویش بردارد.^۶ به همین طریق، بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر اعلام می‌دارد: «هر کسی که دستگیر می‌شود باید فوراً به هر زبانی که برای وی قابل درک است، از دلایل دستگیری و اتهامات وارده بر خود مطلع گردد».^۷

1. Murphy, Peter; Stockdale, Eric, op. cit., P. 1189.

2. Simon

3. Zander, Michael, Cases and Materials on the English Legal System, Tenth Edition, London, Cambridge University Press, 2007, p. 204.

4. J stor, "The Law of Citizen's Arrest", Columbia Law Review, vol. 65, No. 3, 1965, p. 507.

5. آشوری، محمد؛ دیگران، حقوق بشر و مقاومت مساوات، انصاف و عدالت، چاپ اول، انتشارات گرایش، ۱۳۸۳، ص. ۳۰۸.

6. محمدی قوهکی، محمود، حقوق بازداشت‌شدگان در اسناد بین‌المللی حقوق بشر، چاپ اول، انتشارات جاودانه (نشر جنگل)، ۱۳۹۳، ص. ۱۰.

7. اصطلاح «فوراً» در این ماده معمولاً به نحو مضيق تفسیر می‌گردد؛ هر چند که از منظر دادگاه‌های اروپایی حقوق بشر، تأخیرهای جزئی قابل اغمض می‌باشد (صابر، محمود، منبع پیشین، ص. ۱۵۳).

نتیجه‌گیری

بحران‌های نظام‌های عدالت کیفری در مقابله با بزهکاری، زمینه‌ساز توجه به واقعیت مشارکت شهروندان در برنامه‌های مُنبَعِث از سیاست‌جنایی شده است. ایده قانون‌گذار برای ارتقای امنیت عمومی از طریق مشارکت مردم، همکاری انتظامی ایشان جهت کشف جرم و تعقیب مجرمان است. بنا به این ایده شهروندان علاوه بر پیشگیری در امر کیفری مشارکت داده شده و با بهره‌مندی از اختیارات انتظامی در مراحل مختلف فرآیند رسیدگی کیفری حضور پیدا می‌کنند. عملیات «دستگیری شهروندی» از جمله برنامه‌هایی است که برخی نظام‌های کیفری برای توسعه مشارکت‌های انتظامی شهروندان در نظر گرفته‌اند. در کشور ما تا قبل از تصویب قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، قانون‌گذار به این نوع مشارکت اشاره‌ای نکرده بود. اما ضرورت توقیف مجرمان ایجاب می‌کرد که حقوق‌دانان با توصل به مبانی چون دفاع مشروع، اجرای قانون اهم و ضرورت این نوع بازداشت را توجیه نمایند. با این وجود ضعف مبانی مذکور و عدم انطباقشان با بایسته‌های دستگیری شهروندی باعث شد که قانون‌گذار طی تبصره یک ماده ۴۵ قانون آیین دادرسی کیفری صراحتاً چنین حقی را به شهروندان داده و ایشان را در فعالیت‌های انتظامی مشارکت دهد.

تفویض اختیارات ضابطان به شهروندان به دلیل حساسیت زیاد نیازمند آموزش‌های خاص انتظامی بوده و افراد عادی نیز عموماً سواد حقوقی کافی ندارند. به همین دلیل قانون‌گذار صرفاً اجازه چنین مشارکتی را به شهروندان داده و ایشان را عهده‌دار هیچ مسئولیتی در این عرصه نکرده است. اعطای این مجوز حکایت از اهمیت مشارکت انتظامی شهروندان جهت ارتقای امنیت عمومی دارد، مشروط به اینکه همکاری‌ها به صورت ضابطه‌مند تحقق یابد، در غیر این صورت نتیجه عکس خواهد داشت. متن با ملاحظه این مهم و به تبعیت از سایر نظام‌های قدرمند حقوقی، یک سری ضوابط برای دستگیری شهروندی در نظر گرفته است. ارتکاب جرایم خاص، تحقق این جرایم به صورت مشهود و عدم حضور ضابطان قضایی در صحنه جرم از جمله شرایط مداخله انتظامی شهروندان جهت بازداشت مظنونان می‌باشد. با تحقق این ضوابط شهروندان در مصاف با جرایم ارتکاب یافته و جرایم در حال ارتکاب حق مداخله و بازداشت مجرمان را دارند.

از طرفی دستگیری شهروندی مستلزم رعایت یکسری بایسته قانونی است و افراد بازداشت‌کننده مکلف به رعایت این تشریفات هستند؛ در غیر این صورت عملیات دستگیری غیر قانونی بوده و موجب مسئولیت بازداشت‌کننده می‌گردد. این بایسته‌ها در نظام کیفری ایران بر خلاف نظام‌های قدرمند حقوقی به صراحت پیش‌بینی نشده است و به ناجار می‌باشد تابع کلیات قانونی حوزه بازداشت بود. مسلماً سکوت قانون‌گذار در مورد موضوعات مهمی از این قبیل می‌تواند باعث تضییع حقوق شهروندان، اختلال در مناسبات اجتماعی و ایجاد ابهام و تشتت در آراء قضایی گردد. منع استفاده از نیروی غیر متعارف جهت بازداشت، ابلاغ سریع دلایل بازداشت به مظنون و تحويل فوری وی به نهادهای ذی صلاح قانونی از جمله الزاماتی است که باید رعایت گردد.

منابع

- آشوری، محمد؛ و دیگران، حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، چاپ اول، انتشارات گرایش، ۱۳۸۳.
- آفایینیا، حسین، حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه اشخاص (شخصیت معنوی)، چاپ چهارم، نشر میزان، ۱۳۸۹.
- اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد ۱، چاپ سی و دوم، نشر میزان، ۱۳۹۲.
- استفانی، گاستون؛ لواسور، رژ؛ برلوک، برنار، آیین دادرسی کیفری، ترجمه حسن دادبان، جلد اول، چاپ اول، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۷۷.
- حقوق جزای عمومی، ترجمه حسن دادبان، جلد اول، چاپ اول، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۳.
- اسدی، لیلاSadat، شرحی بر آیین دادرسی کیفری، چاپ اول، انتشارات فکرسازان، ۱۳۹۴.
- انصاری فرد، ولی الله، حقوق تحقیقات جنایی (مطالعه تطبیقی)، چاپ اول، انتشارات سمت، ۱۳۸۰.
- انظاری، محمدحسن، جرم مشهود در فقه امامیه و حقوق ایران (با نگاهی به حقوق کیفری فرانسه و انگلستان)، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه فردوسی مشهد، ۱۳۸۹.
- پاد، ابراهیم، حقوق جزای اختصاصی، جلد اول، چاپ دوم، چاپخانه دانشگاه تهران، ۱۳۴۸.
- پرویزی فرد، آیت الله، سلب آزادی از متهم در حقوق ایران و انگلستان، چاپ اول، انتشارات جنگل، ۱۳۹۱.
- جاوید، محمد جواد؛ صادقی، محمد؛ شفیع زاده خولنجانی، مصطفی، «نسبت تکالیف طبیعی و تکالیف شهروندی»، فصلنامه دیدگاههای حقوق قضایی، شماره ۵۹، پاییز ۱۳۹۱.
- جوانمرد، بهروز، آیین دادرسی کیفری، جلد نخست، ویراست پنجم، چاپ اول، انتشارات جنگل، ۱۳۹۴.
- خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، چاپ سی و یکم، انتشارات شهر دانش، ۱۳۹۴.
- شکری، رضا، قانون مجازات اسلامی در نظام حقوق کنونی، چاپ هشتم، نشر مهاجر، ۱۳۸۹.
- طه، فریده؛ اشرفی، لیلا، دادرسی عادلانه، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۸۶.
- کشاورز، بهمن، مجموعه محشای قانون تعزیزات، چاپ سوم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸.
- گلدوزیان، ایرج، محشای قانون مجازات اسلامی، چاپ دهم، نشر مجده، ۱۳۸۷.
- لارگیه، ژان، آیین دادرسی کیفری، ترجمه حسن کاشفی اسماعیل زاده، چاپ اول، گنج دانش، ۱۳۷۸.
- محمدی قوهکی، محمود، حقوق بازداشت شدگان در اسناد بین المللی حقوق بشر، چاپ اول، انتشارات جاویدانه (نشر جنگل)، ۱۳۹۳.
- نوریها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، چاپ بیست و هفتم، نشر دادآفرین، ۱۳۸۸.

-
- جاوید، محمدجواد؛ محمد صادقی، محمد؛ شفیع زاده خولنجانی، مصطفی، «نسبت تکالیف طبیعی و تکالیف شهروندی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵۹، پاییز ۱۳۹۱.
 - رستمی، ولی، «مشارکت مردم در فرآیند کیفری (بررسی سیاست جنابی کشورهای غربی)»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۶.
 - صابر، محمود، «معیارها و تضمین‌های دادرسی عادلانه در مرحله تحقیقات مقدماتی»، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۸.
 - مهراء، نسرین؛ جهانی، بهزاد، «دستگیری شهروندی در حقوق ایران و انگلستان»، مجله پژوهش حقوق کیفری، شماره ۱۴، بهار ۱۳۹۵.
 - ناصرزاده، هوشنگ، «حبس و توقيف قانونی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶، ۱۳۷۱.
 - نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، «مشارکت مردم در تأمین امنیت»، نشریه امنیت (میزگرد)، شماره ۸-۷، ۱۳۷۸.

- Carper, Donald; McKinsey, John A., Understanding the Law, Sixth Edition, Mason OH, South-Western, Cengage Learning, 2012.
- Collin, Peter Hodgson, Dictionary of Law, Second Edition, Chicago, Fitzroy Dearborn Publishers, 1999.
- Cownie, Fiona; Bradney, Anthony; Burton, Mandy, English Legal System in Context, Sixth Edition, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- Del Carmen, Ronaldo; Hemmens, Craig, Criminal Procedure: Law and Practice, Tenth Edition, Wadsworth Publishing, 2016.
- Emanuel, Steven L, Criminal law, Sixth Edition, Austin, Wolters Kluwer Law & Business/Aspen Publishers, 2007.
- Ferdico, John; Fradella, Henry; Totten, Christopher, Criminal Procedure for the Criminal Justice Professional, Twelfth Edition, Boston, Cengage Learning, 2015.
- Fischer, Robert; Green, Gion, Introduction to Security, Seventh Edition, Amsterdam, Butterworth-Heinemann, 2004, p. 108.
- Hall, Daniel E, Criminal Law and Procedure, Sixth Edition, Clifton Park, NY, Cengage Learning, 2012.
- Hess, Kären, Introduction to Private Security, Fifth Edition, Belmont, CA, Cengage Learning, 2009.
- Hunsicker, A, Advanced Skills in Executive Protection, Florida-Boca Raton, Universal Publishers, 2010.
- Maxwell, David A, Private Security Law Case Studies, Boston, Butterworth-Heinemann, 1993.
- Mothersole, Brenda; Ridley, Ann, A Level law in Action, Second Edition, Basingstoke, Macmillan, 1999.

-
- Murphy, Peter; Stockdale, Eric, Blackstone's Criminal Practice 2012, 22 ed, Oxford, Oxford University Press, 2011.
 - Nemeth, Charles, Private Security and the Law, Fourth Edition, Amsterdam, Butterworth-Heinemann, 2012.
 - Putman, William, Legal Analysis and Writing, Fourth Edition, Clifton Park, NY, Cengage Learning, 2012.
 - Queen, David, The Private Investigator's Legal Manual, Third Edition, United States of America, iUniverse Inc, 2011.
 - Sanders, Andrew; Young, Richard; Burton, Mandy, Criminal Justice, Fourth Edition, New York, Oxford University Press, 2010.
 - Slapper, Gary; Kelly, David, the English Legal System, Fifteenth Edition, Abingdon-Oxon, Routledge, 2014.
 - Zander, Michael, Cases and Materials on the English Legal System, Tenth Edition, London, Cambridge University Press, 2007.
 - J stor, “The Law of Citizen's Arrest”, Columbia Law Review, vol. 65, No. 3, 1965.
 - Spencer, J., “Citizens Arrest – at their Peril”, The Cambridge law Journal, Vol. 51, No. 3, 1992.

اعتبار تعهد پرداخت حق الوکاله از محکوم به

*عبدالرسول دیانی

چکیده

یکی از بحث‌هایی که در سال‌های اخیر به صورت جدی موضوع بسیاری از پرونده‌های تخلفات دادسرا و دادگاه انتظامی کانون وکلای رسمی دادگستری قرار گرفته، موضوع منع هر گونه مشارکت وکیل در محکوم به به عنوان حق الوکاله خود می‌باشد. در این مقاله مختصر ضمن بیان قواعد عمومی مربوط به حق الزرحمه وکیل و بیان عدم مخالفت قانون و شرع با این گونه از مشارکت، و گذار از یک اشاره اجمالی به حقوق دو کشور آمریکا و فرانسه به عنوان دو نظام معتبر جهانی در خصوص این مسئله، به علل فلسفی و اجتماعی و اخلاقی منع این امر پرداخته و با توجه به کارا نبودن این توجیه‌ها و بر عکس، به دلیل مشکلات اخلاقی که منع فوق الذکر در کلیت جامعه موجب می‌شود و نیز به دلیل مشکلات حقوقی و موانع حرفاًی که برای وکلا به وجود می‌آورد، نهایتاً بر این باور است که منع مشارکت وکیل در محکوم به هیچ‌گونه توجیه اخلاقی، حقوقی، شرعی و حرفاًی ندارد. لذا شایسته است موانع قانونی در این خصوص برداشته شود و قانون مناسب در زمینه مشروعیت آن تصویب گردد.

کلیدواژه‌ها: قرارداد مشارکت، مدعی‌به، تخلفات وکیل، شأن وکیل، حق الوکاله.

مقدمه

یکی از مشاغل مهم و کلیدی به خصوص در نظامهای مردمسالار، وکالت دادگستری است که استقلال آن در کنار نهاد دادستانی و به موازات آن، تضمینی دیگر برای پاسداشت تمام و کمال از حقوق خصوصی و عمومی آحاد جامعه محسوب می‌شود. اما این شغل به مثابه هر شغل دیگر عمل تبرعی و رایگان محسوب نمی‌شود و کسی که به نیابت از دیگری و بنا به امر وی اقدامی برای او انجام می‌دهد، مستحق اجرت خود می‌باشد و این معنا در ماده ۶۷۷ قانون مدنی نیز به صراحت تأکید شده است^۱; اما به نظر می‌رسد کسانی که در امر تدوین قوانین مربوط به میزان حق‌الوکاله و کلا مداخله کرده‌اند، یا در مقام تفسیر قوانین مربوطه بوده‌اند، از روی ناآگاهی یا به بهانه و ادعای حفظ شأن وکیل و یا به عمد، در جهت خشکاندن ممر اعашه اعضای یکی از مددود نهادهای مردمسالار کشور برآمده‌اند و وکلا نیز به نوبه خود و در مقام مقابله، با آن، به انحای مختلف در صدد یافتن گریزگاههای قانونی باشند؛ ارتکاب امری که شئون وکالت و اخلاق حرفه‌ای این شغل را به شدت مورد خدشه قرار داده، و چه بسا دستخوش طعن و موشکافی دستگاه قضایی و نظام مالیاتی نیز واقع نموده است. امری که توجیه مداخله قانون‌گذار را دو چندان می‌کند. النهایه، قواعد عام مربوط به عمل مأجور تابع قواعدی کلی است که ابتدائاً مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

۱. اجرای قواعد عام در مورد پاداش عمل نوعاً مأجور وکیل در قانون مدنی

با توجه به اینکه عمل وکیل در قالب عقد بر منفعت آدمی باید مورد بحث و بررسی قرار گیرد و قانون وکالت قوانین ویژه و اختصاصی به عنوان یک عقد معین برای آن منظور ننموده، ابتدا باید بدانیم که حق‌الرحمه وکیل تابع کدام قواعد کلی است. دقت و مطالعه بیشتر در قواعد مربوط به وکالت نشان می‌دهد که در عقد وکالت قواعد ویژه‌ای در خصوص اجرت وکیل منظور نشده و با به کاربردن عناوینی همچون اجرت‌المثل تلویحاً به قوانین مربوط به عقد اجاره اشخاص ارجاع داده شده است. النهایه، مقررهای مربوط به احتساب پاداش عمل غیرتبرعی وکیل منحصر به قواعد عقد اجاره اشخاص نیز نیست، بلکه مقررات مربوط به عقد جعاله نیز در این خصوص جایگاه خاص خود را دارند که حسب مورد می‌توانند مجرماً باشند، زیرا عقد جعاله نیز عقد بر منفعت آدمی است. البته، در برخی موارد قراردادهای مربوطه تحت عناوینی

۱. ماده ۶۷۷ قانون مدنی: اگر در وکالت، مجانی یا بالاجرت بودن آن تصریح نشده باشد، محمول بر این است که با اجرت باشد.

مانند «خرید خدمات» نامیده می‌شود ولی از آنجا که نوعاً موضوع قرارداد بیع یک عین است که بر مال فیزیکی قابل اطلاع است، استفاده از خدمات وکیل در قالب عقد بیع فرض دور از ذهن است. معمولاً قراردادهای مربوطه در قالب تعهد به پرداخت دستمزد، حق العمل، یا حق السعی یا به صراحت، در قالب حق الوکاله، بعد از انجام موقفيت آمیز موضوع عمل نیابتی تنظیم می‌شود که از نظر ماهوی منحصرآ در قالب یکی از دو عقد اجاره اشخاص و یا جualeه قابل طرح خواهد بود که بتوانند با ضوابط قانون مدنی و شرع نیز در انطباق کامل باشند.

در همین راستا قواعد این دو عقد اجاره اشخاص و جualeه را به طور جداگانه در تطبیق با حق الزحمه وکیل مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱-۱. اجرای قواعد عقد اجاره اشخاص در مورد میزان حق الزحمه عمل غیرتبرعی وکیل

با توجه به اینکه رکن عمل وکیل انجام یک کار نوعاً مأجور است، در مورد حق الزحمه وی طبق نص خود قانون مدنی در مورد وکالت، باید قواعد عقد اجاره را اجرا کرد که البته این قواعد در ماده ۶۷۶ قانون مدنی تکرار شده‌اند. قواعد فوق الذکر دو وضعیت را فرا روی ما می‌نهند:

فرض اول این است که ابتدائاً قراردادی بین وکیل و موکل نسبت به پاداش عمل منعقد شود که در این فرض، وکیل طبق قرارداد مستحق حق الزحمه مقرر در پیمان منعقده است و این معنا به صراحت در صدر ماده ۶۷۶ قانون مدنی نیز آمده است.

در فرض دوم که فرض فقدان قرارداد خصوصی در مورد حق الوکاله است، وفق قسمت اخیر ماده ۶۷۶ قانون مدنی وکیل مستحق آن چیزی است که به موجب عرف و عادات مسلم استحقاق پیدا می‌کند؛ بنابراین، اگر در موردی عرف عمل را مستحق حق الوکاله بداند، در آن صورت، وکیل مستحق اجرت می‌باشد، اما اگر عرف و عادتی در خصوص تعیین میزان حق الوکاله وکیل در بین نباشد، وکیل مستحق اجرت المثل عمل خود می‌گردد که بر اساس نوع کار انجام شده، پیچیدگی آن، مراحل مختلف لزوم به مداخله، شأن وکیل از نظر داشتن دفتر و خدمه و امکانات، میزان معلومات وکیل، میزان تخصص و تجربه عملی وکیل، سختی کار، حجم اوراق پرونده، میزان وقت مصروف، ارزش ریالی پرونده میزان مالیات و هزینه‌های جانبی، بعد مسافت تا دادگاه، فشارهای روانی و عصبی وارد به وی در طول مدت وکالت، مسئولیت نگهداری استاد و مدارک و اطلاعات پرونده برای حداقل ده سال، این اجرت محاسبه و باید پرداخت گردد. لذا

حق‌الزحمه وکيل دادگستری به مثابه مزد کارگر کوره آجرپزی نیست که میزان آن با ملاحظه تعداد خشت‌های عمل‌آوری شده به راحتی قابل ارزیابی باشد.

۱-۲. اجرای قواعد عقد جuale برای احتساب میزان حق‌الزحمه وکيل

اگر عمل وکيل بتواند در قالب «عمل تعریف‌شده» قرار گیرد، قرارداد فیما بین می‌تواند موضوع عقد جuale نیز قرار گیرد و حق‌الوكاله وکيل از مقررات مربوط به این عقد تبعیت نماید. به خصوص، مقررات این عقد با توجه به اینکه میزان عمل برای وصول به نتیجه مورد نظر جاعل (موکل) نوعاً معلوم نیست، بیشتر قابلیت انتباط با عمل وکالی رسمی دادگستری را دارد. بنابراین، می‌توان مبلغ معینی در قالب قرارداد به عنوان مال‌الجعل برای عامل (وکيل) مقرر نمود. اما مهم‌ترین نکته‌ای که در اینجا وجود دارد این است که وفق ماده ۵۶۳ قانون مدنی مبنای حق‌الزحمه عامل می‌تواند حصه مشاع معینی از مال قرار داده شود و چنین جuale‌ای صحیح است. این مال معین می‌تواند همان مالی باشد که برای به دست آوردن یا پیداکردن آن عقد جuale منعقد شده است و لذا می‌توان تلویحاً این معنا را دریافت که وفق مقررات مربوط به عقد جuale منعی برای مشارکت در محاکوم‌بهر مقرر نگردیده است. شباهت دیگری که بین عمل وکيل دادگستری و عمل عامل در جuale وجود دارد این است که عمل در عقد جuale ممکن است مردد و کیفیات آن نامعلوم باشد. در حقیقت، میزان عمل وکيل دادگستری نیز برای حصول نتیجه مورد نظر موکل در بدو امر معلوم نیست. ممکن است این عمل با طرح مراحل مختلف بدوى، تجدیدنظر و دیوان عالی کشور به درازا انجامد و یا با یک مداخله ساده وکيل برای به مصالحة‌کشاندن طرفین دعوا، مأموریت وکيل انجام شده تلقی گردد.

اما از آنجا که وفق ماده ۵۶۵ قانون مدنی جuale عقدی جایز است، ممکن است قبل از اتمام عمل هر یک از طرفین رجوع کنند و عملاً استحقاق مال‌الجعل مقرر با اشکال مواجه شود. خوشبختانه قانون‌گذار تکلیف اجرت عمل جاعل را در فرض فسخ قبل از موعد عقد جuale در ماده ۵۶۶ قانون مدنی معین نموده است؛ به این شرح که اگر جاعل در اثنای عمل رجوع نماید، باید اجرت‌المثل عمل عامل را بدهد؛ اما اگر فسخ‌کننده عقد، عامل باشد، در اینجا نیز دو فرض پیش می‌آید:

فرض اول این است که عمل دارای اجزای متعدد و هر یک از اجزاء مقصود بالاصاله جاعل بوده باشد، در این صورت، عامل از اجرت‌المسمی به نسبت عملی که کرده است، مستحق خواهد بود.

فرض دوم آن است که عمل دارای اجزای متعدد بوده و هر کدام مقصود بالاصله جاूل نباشد. در این صورت، جاूل استحقاقی ندارد.

اجرای قواعد عقد جعاله از این نظر بیشتر با عمل وکلای دادگستری منطبق است که به خصوص وفق ماده ۵۶۷ قانون مدنی عامل وقتی مستحق مال‌الجعل می‌گردد که متعلق جعاله را انجام داده باشد. عبارت «انجام داده باشد» مذکور در نص قانون، به صراحت ناظر به انجام یک تعهد فعل است که موضوع قراردادهای وکالت وکلای رسمی دادگستری است. بدیهی است منظور از فعل، انجام عملی است که وکیل باید نوعاً برای حصول نتیجه مورد نظر موکل انجام دهد و البته باید دانست نوعاً موضوع وکالت وکیل دادگستری یک تعهد نتیجه نیست.^۱ هر چند انعقاد آن به صورت تعهد نتیجه با اشکالی مواجه نیست. به این معنا که استحقاق وکیل نسبت به حق الوکاله منوط به برندeshدن در دعوا باشد و در صورت عدم موفقیت در دعوا استحقاقی نداشته باشد. البته باید گفت عدم استحقاق نسبت به حق الوکاله ملازمه با عدم مسئولیت وی درصورت قصور وی از انجام تعهداتی که نوعاً به موجب قرارداد وکالت و یا به موجب تکالیف قانونی و حرفة‌ای که بر عهده وکیل دادگستری است، ندارد. بنابراین، ممکن است وکیل نه تنها استحقاقی نسبت به حق الوکاله نداشته باشد، که به موجب قواعد مربوط به مسئولیت مدنی ضامن قصور از انجام تعهدات قانونی و حرفة‌ای خود نیز باشد. این دو نوع عقد اساساً از نظر مقررات قانون مدنی و شرع برای تنظیم روابط حقوقی وکیل و موکل - در آنچه به میزان حق الزرحمه آنها است - مرتب است. النهایه، قانون‌گذار برای پیشگیری از اجحاف بر موکلین و برای رعایت شئون مربوط به این حرفة، در امر تعیین حق الوکاله وکیل مداخله نموده و با وضع مقرراتی که خواهد آمد در تنظیم این امر وارد شده که ما با استدلال‌های زیر به روز نبودن، ناعادلانه بودن و چه بسا وهن آن را در قسمت ممنوعیت مشارکت در محکوم‌به معرض می‌داریم. اما بدوان اشاره اجمالی به حقوق آمریکا و فرانسه به عنوان نمونه‌های بارز دو نظام شناخته شده رومی - ژرمنی و نظام کامن‌لا داریم تا ببینیم مشارکت در محکوم‌به چگونه مورد ارزیابی این دو نظام واقع شده است.

۲. تعیین میزان حق الوکاله و مسأله مشارکت در محکوم‌به از منظر حقوق تطبیقی

با توجه به تأثیر حقوق ما از حقوق فرانسه لازم است مسأله مشارکت در محکوم‌به ابتدا در حقوق فرانسه مورد بررسی قرار گیرد و آن گاه نظام حقوقی ایالات متحده

۱. دیانی، عبدالرسول، قواعد عمومی قراردادها، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۹۵، ص. ۱۶.



آمریکا به عنوان یکی از نظامهای شناخته شده در این خصوص مورد بررسی اجمالی قرار گیرد.

۱-۲. مشارکت در محکوم به در حقوق فرانسه

در فرانسه میزان حق‌الوکاله بر اساس ماده ۱۰ قانون شماره ۷۱-۱۱۳۰ مورخ ۳۱ دسامبر ۱۹۷۱ مشخص شده است.^۱ البته، این قانون بعداً با ماده ۲۷ قانون ۹۱-۶۴۷ مورخ ۱۰ ژوئیه ۱۹۹۱ اصلاح شد^۲ و این قانون اخیرالذکر از تاریخ ۱ ژانویه ۱۹۹۲ اجرایی شده است.

قانون فوق راجع به همه گونه مساعدت قضایی وکیل از جمله مداخله قضایی برای تعقیب پرونده در دادگاه، حق‌المشاوره، مساعدت برای نوشتن لواح و شکایات و دادخواست و یا استناد عادی و نمایندگی به خصوص برای شرکت در یک جلسه دادگاه، مقرراتی را وضع نموده است. در این قانون بر اعتبار قرارداد خصوصی به عنوان اولین مبنای محاسبه حق‌الوکاله صحه گذاشته شده است. تا اینجای قانون دقیقاً مثل قواعد عمومی مربوط به همه اعمال غیرتبرعی که در قانون ما هم وجود دارد، عمل شده است. النهایه در ادامه این ماده آمده است چنانچه قرارداد خصوصی در زمینه حق‌الوکاله وجود نداشته باشد، حق‌الوکاله بر اساس عرف و حسب ملائت موکل، پیچیدگی پرونده، هرینه‌های تحمیل شده بر وکیل، سادگی راه حل پرونده از این نظر که ماده روشن و به خصوصی برای حل آن وجود داشته باشد و در نهایت، میزان و دفعات پیگیری وکیل، محاسبه می‌گردد. شایان گفتن است که انعقاد قرارداد وکالت در مورد حق‌الزحمه وکیل در همه انواع خدمات قضایی که از طرف وکیل ارائه می‌شود مثل مشاوره، نمایندگی قضایی در دادگاه، تنظیم لواح، از تاریخ ۸ اوت ۲۰۱۵ اجباری شده است.^۳ در زمینه طلاق دو سال قبل از این قانون، یعنی از اول ژانویه ۲۰۱۳ تنظیم قرارداد وکالت اجباری شده بود.^۴

در ادامه ماده ۱۰ فوق‌الذکر به مطلبی اشاره شده است که بر اساس آن، تعلیق وصول حق‌الوکاله به موفقیت در دعوا تجویز نشده است. این قسمت مقرر می‌دارد که هر گونه تعیین حق‌الوکاله که فقط بر اساس میزان موفقیت قضایی به دست آمده در دعوا

1. <https://www.barreau-marseille.avocat.fr/fr/profession/honoraires>.
2. Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridiqueR, JORF n°0162 du 13 juillet 1991 p. 9170
3. <http://sosconso.blog.lemonde.fr/2015/09/09/avocats-la-convention-dhonoraires-desormais-obligatoire/>
4. L'article 14 la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011.

وضع شده باشد، ممنوع است.^۱ البته، در دنباله این ماده قاعده سختگیرانه فوق تا حدی تعديل شده است، زیرا قراردادهایی را که علاوه بر میزان خدمات ارائه شده مبلغی را هم به عنوان حق الزحمه تکمیلی بر اساس میزان موقفیت در دعوا یا خدمت ارائه شده قرار داده شود، بلاشکال دانسته است.

بر اساس این ماده می‌توان برای فرار از منع قانونی تعليق وصول حق الوکاله به برندeshدن در دعوا، مبلغی را ابتدا به عنوان حق الزحمه اولیه مقرر نمود که این مبلغ ثابت است و مبلغ معین دیگری را هم به عنوان حق الزحمه تکمیلی در صورت موقفیت در دعوا یا خدمات ارائه شده قابل پرداخت دانست. لذا اساساً وکیل به استثنای منع قانونی پیش‌بینی شده و برخلاف برخی از مشاغل دیگر مثل سردفتری استاد رسمی، محدودیتی در مطالبه هر گونه وجهی در قالب قراردادهای منعقده فیما بین ندارد. البته، وکلا باید وفق نظریه شورای ملی مصرف‌کنندگان مصوب ۲۰۰۰/۱۲/۲۱ میزان مالیات لازم به پرداخت را بدؤاً به سمع و نظر موکلان خود برسانند.

با این حساب، در فرانسه دو گونه حق الوکاله وجود دارد: حق الوکاله بر مبنای میزان فعالیت و حق الوکاله بر مبنای نتیجه دعوا.

در نوع اول که حق الوکاله بر مبنای میزان تلاش وکیل معین می‌گردد، تعهد وکیل نوعی تعهد وسیله تلقی می‌شود و این میزان از همان ابتدای رابطه قراردادی وکیل و موکل معین می‌گردد یا در طول جریان دعوا برای پرداخت حق الزحمه کارهای انجام شده مشخص می‌شود.

اما نوع دیگری از قرارداد وکالت وجود دارد که در آن حق الوکاله آن تابع نتیجه کار است. همان‌طور که گذشت این گونه حق الوکاله اگر تمام پاداش عمل وکیل را دربرگیرد، طبق قانون فرانسه ممنوع است، ولی اگر به عنوان جزیی از حق الوکاله باشد، با منع قانونی مواجه نیست، مشروط بر این که حتماً در قرارداد اولیه وکالت در مورد آن توافق صورت گرفته باشد.

به هر حال، در حقوق فرانسه علاوه بر قرارداد مربوط به حق الوکاله که باید مبلغ معینی باشد، ممکن است بر مبنای درصد پیشرفت کار و موقفیت وکیل در دعوا مبلغی اضافی نیز به وکیل اختصاص یابد. اما سئوال مهم این است که آیا می‌توان برای تعیین این حق الوکاله تکمیلی نیز به صورت مشارکت، درصدی از میزان محکوم به را قرار داد؟ برخلاف آنچه تصور می‌شود، پاسخ این سئوال مثبت است. یعنی در این صورت وکیل به طور همزمان مستحق دو نوع حق الوکاله است. یکی تحت عنوان مبلغ ثابت حداقلی

1. Toute fixation d'honoraires, qui ne le serait qu'en fonction du résultat judiciaire, est interdite.



برای اقداماتی که انجام می‌دهد و دیگری یک مبلغ اضافی که می‌تواند ثابت و یا به صورت درصدی از نتیجه کار یعنی محاکوم به قرار داده شود. در شکل اخیر، میزان این مبلغ در ابتدای رابطه قراردادی نامشخص است و بعداً معلوم می‌گردد. آنچه در حقوق فرانسه به صراحت منع شده، این است که از ابتدا کل حق الوکاله منوط به پیروزی در دعوا شود، حال چه به صورت ثابت و چه به صورت مبلغی از محاکوم به.

مثلاً در یک دعوای مطالبه خسارت موکل متعهد می‌شود مبلغ ثابتی در ابتدای رابطه قراردادی به عنوان حق الوکاله به وکیل بددهد و چنانچه در دعوا موفق هم بشود، مبلغی را متعاقباً که می‌تواند به صورت درصدی از خسارت مورد حکم باشد، به وی علاوه بر مبلغ اصلی بددهد.

البته، برخی از موکلان که کارهای متنوع و متعددی دارند، مبلغی مشخص را به طور ماهیانه به وکیل می‌دهند و وکیل موظف است در پروندهایی که به وی ارجاع می‌دهد مداخله نماید و دیگر از بابت هر پرونده استحقاق جداگانه تخواهد داشت. این حق الوکاله در قالب یک آبونمان ماهیانه بوده که عموماً برای وکلای شرکت‌ها و یا وکلای مالی پیش‌بینی شده است. یادآوری می‌نماییم این‌گونه حق الوکاله که در فرانسه کمتر معمول است، عموماً ۱۵ تا ۲۰٪ حق الوکاله کلی را شامل می‌شود. یعنی وکیل میزان حق الوکاله را در ابتداء معین می‌کند، ولی شرط می‌کند که در صورت موفقیت در دعوا، به میزان ۱۵ تا ۲۰٪ از حق الوکاله معین شده در ابتداء را بیشتر پرداخت نماید.

در فرانسه قرارداد وکالت وکیل با موکل سند مهمی است که میزان حق الوکاله بر مبنای توافق مندرج در این سند معین می‌گردد. در تعیین توافقی حق الوکاله که در قالب یک تخمین‌نامه^۱ تنظیم می‌شود، عوامل متعددی از جمله تعداد ساعتی است که برای مطالعه و پیگیری پرونده لازم است، مد نظر قرار می‌گیرد. البته، حق الزحمه ممکن است در نهایت بر اساس میزان ساعات واقعی اختصاص یافته توسط وکیل به یک پرونده محاسبه گردد. بد نیست یادآوری نماییم افرادی که حقوقشان از حد معینی کمتر است، می‌توانند از مساعدت قضایی بهره‌مند شوند.

ملاحظه می‌شود که در فرانسه هر چند به صراحت تعلیق وصول حق الوکاله به برنده شدن در دعوا ممنوع است، ولی راهکار دور زدن قانون دشوار نیست؛ یعنی می‌توان مبلغ کمی در ابتداء به عنوان حق الوکاله ثابت معین کرد و وصول بقیه حق الوکاله را منوط به برنده شدن در دعوا نمود. به علاوه، از آنجایی که در حقوق فرانسه مشخص نشده که نسبت حق الوکاله ثابت به حق الوکاله متغیر چه نسبتی باشد، بنابراین می‌توان

رقم حق الوکاله ثابت را مبلغ کمی مقرر نمود، ولی میزان قسمت حق الوکاله متغیر را بیشتر قرار داد.

۲-۲. نحوه محاسبه حق الوکاله در آمریکا

در آمریکا بر خلاف فرانسه و ایران، نه تنها دریافت حق الوکاله به شرط برندeshدن در دعوا ممنوع نیست، که مشارکت در محاکوم‌به نیز با منع قانونی مواجه نیست. یعنی تمامی میزان حق الزحمه وکیل می‌تواند از نوع دوم مذکور در حقوق فرانسه باشد که به آن «حق الزحمه به شرط موفقیت»^۱ می‌گویند. به این ترتیب، حق الوکاله وکیل در پرونده می‌تواند مشروط به موفقیت در آن و بر اساس درصدی از محاکوم‌به باشد. با این وصف، عملی که در لسان عوام تحت عنوان حق الوکاله «فروش هندوانه به شرط چاقو» یا در اصطلاح حقوقی «به شرط نتیجه» از آن یاد می‌شود، در حقوق آمریکا مجاز است. البته، توجیه انعقاد چنین قراردادهایی با وکلا تنها عدم توان پرداخت موکلان نسبت به پرداخت حق الوکاله در بدو امر نیست، بلکه بعضًا علت اصلی هزینه‌های سنگین دادرسی نیز می‌باشد که معمولاً در پرونده‌های مالکیت صنعتی و ادبی و خسارات بدنی این گونه است و در بدو امر قابل برآوردهم نیستند. یعنی در قراردادهای مشارکت با وکیل نه تنها حق الوکاله وکیل که هزینه‌ای بابت دادرسی نیز در بدو امر پرداخت نمی‌شود.^۲ البته کانون وکلای آمریکا قواعد استانداردی را برای صحت قراردادهای مشارکت الزامی کرده که از آن جمله کتبی بودن آنهاست و لذا چنانچه قرارداد به صورت کتبی منعقد نشده باشد، الزامی ایجاد نمی‌کند.^۳ این قواعد^۴ در همه ایالت‌های جز ایالت کالیفرنیا مورد پذیرش قرار گرفته است، ولی از آنجا که این شرایط بیشتر به شرایط شکلی برمی‌گردد، شرح کامل این شرایط خارج از حوصله این مقاله است.

به هر حال، هم در فرانسه و هم در آمریکا هر چند انعقاد قرارداد خصوصی با وجود تعریف وکالت ضرورتی ندارد، اما انعقاد قرارداد وکالت قویاً توصیه می‌شود. زیرا در صورت حدوث اختلاف بین وکیل و موکل دادگاهها بر این اساس مباردت به صدور رأی می‌نمایند. با این حساب، قراردادی که وکیل شریک در محاکوم‌به در صورت موفقیت در

1. Success fees / contingent fees.
2. Towns, William, Honoraires conditionnels aux États-Unis d'Amérique –égalité de chances pour tous? Available at:
http://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2010/01/article_0002.html
3. Avocats : la convention d'honoraires est désormais obligatoire. Site:
[۸۳](http://sosconso.blog.lemonde.fr/2015/09/09/avocats-la-convention-dhonoraires-desormais-obligatoire/Christophe De Backere en Nino De Lathauwer, Contingent.4. Model Rules</div><div data-bbox=)



پرونده می شود^۱ ممنوع نیست. یعنی موکل می تواند با وکیل قراردادی منعقد نماید که تنها در صورت موفقیت در پرونده مستحق حق الوکاله باشد و حق الوکاله هم در صورت پیروزی در پرونده درصدی از همان محاکوم به باشد. این درصد می تواند حتی تا ۴۰ درصد میزان خواسته هم باشد. البته، باید یادآوری کرد در برخی ایالات مثل تگزاس چنین امکانی محدود به پرونده های مدنی شده است و در پرونده های کیفری امکان مشروط نمودن وصول حق الوکاله به پیروزی در دعوا وجود ندارد.^۲

۳. منع تعليق وصول حق الوکاله به برنده شدن در دعوا و مشارکت در محاکوم به و فلسفه آن از منظر حقوق ایران

چنانچه گذشت، آنچه در حقوق فرانسه ممنوع است، تعليق وصول حق الوکاله به برنده شدن در دعواست و الا مشارکت در محاکوم به ممنوع نیست. اما در حقوق ایران نصوصی وجود دارد که دلالت بر منع صریح بر مشارکت در محاکوم به نیز دارد. البته، آنچه مسلم است نص شرعی دایر بر منع تعليق و نیز مشارکت در محاکوم به وجود ندارد که قائل شویم بر اینکه منع مشارکت مفاد یک حکم شرعی است و باید تعبد آن را بپذیریم، بلکه درست برعکس، بنا به صراحت قانون مدنی و شرع، اساساً منعی در این کار وجود ندارد.

اما قبل از پرداختن به علت توجیه کننده منع قانون گذار عرفی باید ببینیم که نصوص قانونی دایر بر ممنوعیت کدامند که متعاقباً بتوانیم متعلق ممنوعیت قانونی را شناسایی کرده و نهایتاً ببینیم فلسفه منع تعليق حق الوکاله به برنده شدن در دعوا و نیز منع مشارکت در مدعی به و نیز در محاکوم به چیست و در ادامه دلایل توجیه قانونی بودن مشارکت در محاکوم به را بر شماریم و مورد تحلیل قرار دهیم.

۳-۱. قوانین ایران راجع به منع مشارکت در محاکوم به

اولین نص قانونی ماده ۳۹ قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵ است که انتقال دعاوی به طور مصانعه یا در ظاهر به اسم دیگری و در باطن به نام وکیل را ممنوع و این قبیل دعاوی را در محکمه قابل پذیرش ندانسته متخلف را مستوجب مجازات انتظامی از درجه چهار به بالا قلمداد کرده است. همان طور که در این ماده به صراحت بیان شده،

1. Pactum de quota litis.

2. Grosdidier, Pierre, Les avocats aux Etats-Unis, Haynes and Boone, LLP Houston, Texas Le 30 avril 2013. Available at:
<http://www.haynesboone.com/~/media/files/attorney%20publications/2013/lesavocatsauxetatsunis.ashx>.

موضوع منع در این ماده، ظاهرسازی و مصانعه (که در زبان عامیانه «ساخت و پاخت» نامیده می‌شود) برای نشان دادن وکالت برای غیر است، در حالی که فرد برای خود وکالت می‌نماید.

با اندکی مذاقه مشاهده می‌شود که این ماده کمترین دلالت بر منع تعلیق حق الوکاله به برنده شدن در دعوا و نیز ممنوعیت مشارکت در محکوم‌به ندارد، هر چند در جایی که فرد در محکوم‌به شریک است، حداقل به طور جزئی مشمول منع مندرج در این ماده می‌شود؛ زیرا به همان نسبت مشارکت جزئی، اصلی پرونده محسوب می‌شود، در حالی که خود را وکیل در کل موضوع دعوی معرفی کرده است.

اما ماده‌ای که به طور صریح شرکت در مدعایه را ممنوع کرده، ماده ۸۰ نظامنامه قانون وکالت مصوب ۱۳۱۶ است که این عمل را بر وکلای دادگستری علاوه بر ممنوعیت، واحد وصف کیفری نیز دانسته و مرتکب را مستوجب مجازات انتظامی از درجه ۴ به بالا نموده است. این ماده مصانعه ممنوع موضوع ماده ۳۹ قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵ را ناظر به مشارکت در مدعایه دانسته و از باب تمثیل و بیان مصاديق مسلم حکم مقرر در این ماده مقرر داشته: «در صورتی که ثابت شود این عمل به طور ساختگی و حیله انجام یافته از قبیل آنکه شرکت در مدعایه با نام دیگری است و در باطن مربوط به خود وکیل می‌باشد، مجازات متخلف از درجه ۵ به بالا می‌باشد».

با این وصف، نظامنامه قانون وکالت مصوب ۱۳۱۶ «ورود مصانعه‌ای» در دعوا موضوع ماده ۳۹ قانون وکالت، به «شرکت در مدعایه» نیز تسری پیدا کرد و شرکت در مدعایه به صورت تصنیعی را مشمول تشدید مجازات ساخت.

در رد استدلال به این قانون برای ممنوعیت مشارکت در مدعایه باید گفت نظامنامه مصوب ۱۳۱۶ مشتمل بر ۷ فصل بوده که فصل ۶ آن مربوط به حق الوکاله و هزینه مسافرت وکلا و از جمله همین ماده ۸۰ آن، با تصویب آیین‌نامه تعریف حق الوکاله و هزینه سفر وکلای دادگستری مصوب ۱۳۷۸ این فصل نظامنامه، نسخ گردیده است؛ زیرا قبلًا یکبار دیگر با اصلاح آیین‌نامه قانون وکالت مصوب ۱۳۲۵ مواد ۷۱ تا ۷۵ نظامنامه قانون وکالت نسخ گردیده بود. برابر ماده ۱ از آیین‌نامه، تعریف حق الوکاله و هزینه سفر وکلای دادگستری مصوب ۱۳۷۸، قرارداد حق الوکاله بین وکیل و موکل طبق ماده ۱۹ لایحه قانونی، معتبر است. ماده ۱۹ اخیرالذکر مقرر می‌دارد: «میزان حق الوکاله در صورتی که قبلًا بین طرفین توافق نشده باشد، طبق تعریفهای است که با پیشنهاد کانون و تصویب وزیر دادگستری تعیین خواهد شد».

در این ماده ملاک تعیین حق الوکاله، اولاً توافق و اراده طرفین است که وفق اصول مربوط به حاکمیت اراده، اصاله‌اللزوم و اصاله‌الصحه فقهی و تکرار شده در مواد

۲۲۳ و ۲۱۹ و ۱۰ قانون مدنی، بر طرفین لازم‌الاتباع است. علی‌هذا با تصویب آیین‌نامه مصوب ۱۳۷۸، فصل ۶ نظامنامه نسخ و قابل اجرا نخواهد بود؛ چرا که قانون‌گذار در آیین‌نامه در مقام بیان بوده و از آنجا که از نحوه مطالبه حق‌الوکاله سخنی به میان نیاورده، می‌توان فهمید که آیین‌نامه در صدد نسخ نظامنامه در این قسمت هم بوده است. این استدلال درست به مثابه استدلال نسخ مهلت مرور زمان ۶ ماهه مندرج در تبصره ماده ۴ قانون ازدواج ۱۳۱۰ می‌باشد که نص این ماده در ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی بازنویسی شده، ولی تبصره آنکه مربوط به مهلت مرور زمان ۶ ماهه برای طرح دعوای فسخ نکاح پس از کشف موجب فسخ است، در ذیل ماده ۱۱۲۸ نیامده است. بنابراین، باید قائل شد مرور زمان مندرج در تبصره ماده ۴ قانون ازدواج ۱۳۱۰ نسخ شده است؛ زیرا قانون‌گذار در مقام بیان بوده و عمداً در مقام نسخ، به مرور زمان مندرج در تبصره اشاره‌ای نکرده است.^۱

ولی شایان گفتن است که کمیسیون استفتایات کانون در نظریه مورخ ۱۳۷۶/۱۰/۱۸ خود قائل به نسخ نظامنامه نیست، با این استدلال که در آیین‌نامه از چگونگی دریافت حق‌الوکاله ذکری به عمل نیامده است. این کمیسیون در تبعیت از نظریه تمھیدی برخی از اسناید حقوق از جمله مرحوم دکتر مهدی شهیدی (ره)^۲ دایر بر تفاوت گذاشتن بین مشارکت در محکوم‌بُه و مشارکت در مدعایه، قائل شده مورد منع قانون‌گذار در نظامنامه، «مشارکت در مدعایه» است نه «مشارکت در محکوم‌بُه». با این توضیح که اگر وکیل در بدو رابطه قراردادی با موکل خود در امری که مدعای موکل است مشارکت کند، این امر ممنوع است؛ ولی اگر در امری که در نهایت موضوع حکم قرار خواهد گرفت مشارکت کند، با اشکال قانونی مواجه نیست. البته، در این نظریه گفته شده که «در عین حال احوط این است که در این‌گونه موارد در قرارداد مقرر گردد که وکیل استحقاق قیمت ... محکوم‌بُه را خواهد داشت».

در همین راستا کمیسیون امور حقوقی کانون نیز در نظریه شماره ۴۳۲۰.ک.ق مورخ ۸۲/۸۳/۱ مشارکت در حق انتفاع در مدعایه، به معنای مشارکت در مدعایه یا انتقال گرفتن تمام یا قسمتی از آن بابت حق‌الوکاله، را با عنایت به ماده ۳۹ قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵ و بند ۱ ماده ۸۱ آیین‌نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلا مصوب ۱۳۳۴ و ماده ۸۰ آیین‌نامه قانون وکالت مصوب ۱۳۱۶، ممنوع دانسته و آن را تخلف انتظامی تلقی کرده است.

۱. دیانی، عبدالرسول، حقوق خانواده، چاپ سوم، نشر میزان، ۱۳۹۵، ص. ۲۶۶.

۲. مرحوم دکتر مهدی شهیدی در پاسخ به کمیسیون استفتایات و متعاقباً نظریه کمیسیون استفتایات.

اما این استدلالات موجه به نظر نمی‌نماید، زیرا اولاً نظریه مشورتی کمیسیون امور حقوقی و نظریه کمیسیون استفتایات کانون و حتی رویه دادگاه انتظامی هیچ‌کدام دلیل حکمی محسوب نمی‌شوند.^۱ ثانیاً با توجه به نص قانون باید به صراحت معتقد شد که قانون‌گذار در آیین‌نامه مصوب ۱۳۷۸ در مقام بیان بوده و اگر موضوع چگونگی پرداخت حق‌الوکاله را مطلق گذارد، در این کار خود عمد داشته است و می‌خواسته در ماده ۱ خود - که ناظر به ماده ۱۹ قانون وکالت است - دست وکیل و موکل را در امر نحوه مطالبه حق‌الوکاله قراردادی باز بگذارد؛ به خصوص اینکه چنانچه قبل‌اً مذکور شد، وفق قواعد شرع و قانون مدنی مشارکت در مدعابه و نیز مشارکت در محکوم‌به با مانع شرعی و قانونی مواجه نیست و قواعد شرع وفق اصل ۴ قانون اساسی به اطلاع و یا عموم خود بر همه قوانین کشور حکومت دارد. نهایتاً می‌توان با استفساری دایر بر نسخ یا عدم نسخ قسمت مربوط به حق‌الوکاله در نظامنامه از مرجع تصویب کننده آیین‌نامه ۱۳۷۸ به همه شباهات پایان داد.

از منظر آنها که تحت تأثیر نظریه روان‌شاد دکتر مهدی شهیدی و کمیسیون استفتایات، بین شرکت در مدعابه و شرکت در محکوم‌به تفاوت قائل بودند، واژه‌های «قبل» و «بعد» از صدور حکم دیده می‌شود که اگر توافق بر مشارکت مربوط قبل از صدور حکم دادگاه بوده باشد، اشکال دارد و اگر مشارکت به زمان بعد از صدور حکم بوده باشد، ایرادی نمی‌دیدند. هر چند همین امر هم مورد اشکال واقع شده بود که کمیسیون برای رعایت احتیاط، مشارکت در قیمت محکوم‌به را پیشنهاد داده بود. اما آنچه ما در بخش سوم تحت عنوان بررسی یک پرونده مورد مطالعه قرار خواهیم داد، موردي است که بعد از صدور حکم قطعی، قرارداد دیگری با موضوع مقرر کردن حق‌الوکاله از میزان مشاعی از محکوم‌به قطعی بابت حق‌الوکاله کار انجام گرفته دیگر قطعاً با اشکال قانونی مواجه نبوده است. با این حال دادگاه آن را دارای اشکال دیده است که توضیح آن خواهد آمد. اما قبل از بررسی پرونده بینیم شأن وکیل چیست که مشارکت در محکوم‌به یا در مدعابه پرونده‌ای که وکیل در آن مداخله می‌کند، مخالف این شأن تلقی شده است.

۲-۳. مفهوم و حدود شأن وکالت

مقدمتاً عرض کنیم که یکی از ادله حکمی قابل استناد توسط قضاط، فلسفه قانون است.^۲ فلسفه قانون به دلیل وضع قانون‌گذار از تصویب قانون برمی‌گردد. بدیهی

۱. دیانی، عبدالرسول، ادله اثبات دعوا در امور مدنی و کیفری، چاپ پنجم، نشر میزان، ۱۳۹۴، صص. ۶۵ و ۷۲.

۲. همان، ص. ۷۳.



است در جایی که این فلسفه به عنوان علت غایی تصویب قانون از دست برود، قانون توجیه خود را از دست می‌دهد. اگر فلسفه قانون مربوط به ورود تصنیعی وکیل در دعوا و مشارکت در مدعی به را پاسداری از شان و منزلت وکیل و جایگاه رفیع آن در جامعه بدانیم,^۱ باید بررسی کرد که مشارکت در محکوم‌به و یا مدعابه چگونه موجبات خدشه به این شان را فراهم می‌آورد.

در مورد نحوه ورود خدشه به این جایگاه گفته شده است که در جایی که وکیل شخص دیگری را صاحب دعوا معرفی می‌کند، در حالی که با انعقاد قراردادی جداگانه خود را در مدعابه سهیم کرده است، مرتکب «عمل برخلاف سوگند» شده، زیرا وکیل باید جز به راستی چیزی نگوید و به خصوص باید از «کتمان واقعیت» مبرا باشد.^۲ فلسفه منع قانون‌گذار در توجیه فوق، «عمل بر خلاف سوگند» و «کتمان واقعیت» دانسته شده که از شان وکیل به دور است.

با اندکی مدافعت در این دو عنوان معلوم می‌شود که اگر وکیل قرارداد خود با موکل با موضوع شرکت در محکوم‌به را بدلواً به سمع و نظر قاضی برساند و متعهد شود پس از صدور رأی به نفع موکل خود، مالیات قانونی مربوط به حق الوکاله مربوطه را نیز خواهد پرداخت، یا حتی بدلواً مالیات مربوطه را هم برای رعایت احتیاط بپردازد، مرتکب ترک فعل کتمان واقعیت نشده و نتیجتاً عمل خلاف سوگند خود نیز مرتکب نشده است؛ زیرا عدم مشارکت در محکوم‌به در بین مفاد سوگندی که وکلا در هنگام اخذ پرونده وکالت یاد می‌کنند، قید نشده است. مضاف بر اینکه بر خلاف شرع، کتمان واقعیت در حقوق موضوعه به جز موارد بسیار خاص عمل مجرمانه نیست.^۳

اینجا است که باید مدافعت بیشتری در فلسفه جعل قانون مشتمل بر منع مشارکت در محکوم‌به و شناخت شان وکیل نمود. سئوال عمده در این خصوص این است که اگر وکیل در محکوم‌به مشارکت داشته باشد، شئون چه کسی رعایت نمی‌شود؟ شئون وکیل، شئون شغل شریف وکالت یا شئون کل دستگاه قضائی وکیل در معنای عام، جزئی از این مجموعه است؟

ممکن است گفته شود که منظور این است که از آنجا که وکیل در محکوم‌به مشارکت دارد، در بدو ارتباط کاری با موکل خود وجهی از موکل دریافت نمی‌دارد و در

۱. سمامی، عبدالله، تعیین حق الوکاله از مدعای، مطلب بر گرفته از سایت:
<http://vokalayeazadandish.com/index.php/samami/te/157-2014-07-03-11-13-05>,
 last visited: 2016/4/3

۲. همان.

۳. دیانی، عبدالرسول، ادلی اثبات دعوا در امور مدنی و کیفری، همان، ص. ۲۳۶.

صورت عدم وصول به نتیجه، نتیجتاً عمل وکیل بدون اجرت باقی می‌ماند و این بدون اجرت ماندن عمل وکیل، امری خلاف شئون وکالت است. زیرا نوعاً عمل وکیل محترم است و احترام به عمل ملازمه با مأجور دانستن آن دارد؛ زیرا وکیل هم باید ممری برای امور رعاش خود داشته باشد.

در جواب باید گفت بعید است که منظور قانون گذار از پاسداری از جایگاه رفیع وکالت، این امر بوده باشد. یعنی شأن وکیل این نیست که حق الوکاله را همان اول بگیرد یا اصلاً وکالت تبرعی انجام ندهد. پس رعایت شئونات مربوط به این شغل لازمه‌اش تبرعی نبودن و یا وعده سرخرمن نبودن دریافت حق الوکاله نیست، هر چند اگر وکیل را دارای شأن و منزلت اجتماعی بدانیم، لازمه‌اش مأجور دانستن عمل وی و نتیجتاً امکان وصول حق الوکاله‌اش هم می‌تواند باشد. خلاصه اینکه اگر وکیل حق الوکاله را متعاقباً بگیرد و یا رایگان مباردت به انجام امور وکالتی کند، عملی برخلاف شأن خود انجام نداده است و چه بسا بر عکس، این عمل موجب ارتقای شأن وکیل در جامعه می‌شود.

اما اگر گفته شود مشارکت در محکوم‌به موجب می‌شود که وکیل تمام مساعی خود را برای برنده‌شدن در دعوا به کار گیرد و این امر ممکن است منجر به انجام مساعی بیش از حد متعارف شده، به نوعی به تلاش برای خود و وصول به حق الوکاله خود تلقی شود و اینکه اگر وکیل این چنین امیدوارانه و مجدانه برای خود تلاش کند، عملی برخلاف شئون وکالت انجام داده است.

در جواب باید گفت درست است کسی که برای خود کوشش می‌کند، تلاش بیشتری انجام می‌دهد و جدیت وی با کسی که مبلغی را همان اول به عنوان حق الوکاله می‌گیرد و برنده‌شدن و یا نشدن در دعوا تأثیر مالی و مادی برای او ندارد، متفاوت است. ولی باید پرسید کجای قانون، عرف و یا اخلاق این گونه تلاش وافر برای برنده شدن در دعوا حتی با هدف وصول حق الوکاله را با مانع مواجه ساخته است. به نظر می‌رسد این کار نه تنها منع قانونی و اخلاقی ندارد که بر عکس، توجیه خاص خود را نیز دارد؛ زیرا در بسیاری از موارد مالباختگان که هستی خود را از دست داده‌اند، توان برداخت هزینه وکیل را ندارند و مشارکت دادن وکیل در مدعایه یا محکوم‌به در این موارد توجیه خاص عقلی و منطقی خود را پیدا می‌کند؛ زیرا مشوق بیشتری برای وکیل برای پیگیری مؤثرتر پرونده جهت برنده شدن در دعوا خواهد بود.

ممکن است گفته شود که مشارکت در محکوم‌به به خصوص در جایی که در صد مشارکت وکیل بالا باشد، مشوقی خواهد شد که وکیل دست به اقدامات غیرقانونی مثل

دادن رشوه، دلال بازی و یا تطمیع قاضی برای گرفتن رأی به نفع موکل خود بزند و از این نظر است که چنین مشارکتی با منع اخلاقی مواجه است.

اندکی تأمل در این توجیه وهن آن را نیز بر ملا می سازد و این درست مثل آن است که در تقبیح تلاش برای کسب ثروت بگوییم برخی برای این کار به دزدی دست می یازند و چون دزدی پسندیده نیست، تحصیل ثروت هم امری ناپسند است.

ممکن است گفته شود مشارکت در محکوم^ب به موجب طرح دعاوی واہی می شود. این استدلال هم درست نیست، زیرا برای طرح هر دعوایی هزینه هایی بر طرح کننده تحمیل می شود و علاوه بر آن، اگر دعوا واہی بوده باشد، باید طرف محکوم علیه هزینه های طرف دیگر دعوا از جمله حق الوکاله وی را نیز متتحمل شود. یعنی تحمیل قانون گذار بر امر پرداخت هزینه های دادرسی و حق الوکاله طرف دیگر مانع و رادع مؤثری برای عدم طرح دعاوی واہی می تواند باشد. نتیجه اینکه با توجه به نقش دلایل قائلان به منع مشارکت، به دلیل رعایت شأن و کلا باید ببینیم بر عکس، چه دلایلی برای توجیه مشروعیت مشارکت در محکوم^ب و یا مدعابه وجود دارد؟

۳-۳. دلایل توجیه جواز مشارکت

دلایل متعددی برای توجیه جواز مشارکت در محکوم^ب و حتی مشارکت در مدعابه وجود دارد. از جمله این دلایل این است که بسیاری از مال باختگان توان پرداخت حق الوکاله و بعضًا هزینه های دادرسی - که اخیراً به طرز غیرمنتظره ای افزایش پیدا کرده است^۱ - را در بدو امر ندارند. اگر چنین موکلاتی نتوانند نسبت به پرداخت حق الوکاله خود پس از صدور حکم اقدام نمایند، ناچار دو گزینه فرازوی آنها قرار می گیرد: گزینه اول اینکه وکیل از گرفتن پرونده آنها خودداری کند و بدین وسیله جوانمردی به قربانگاه برده شود. گزینه دیگر اینکه وکیل با توجه به ممنوعیت های قانونی مربوط به منع مشارکت در محکوم^ب یا مدعابه، به گریزگاه های قانونی متول شود که در اغلب موارد اگر سر از کلاهبرداری در نیاورد، حتماً سر از تقلب نسبت به قانون و چه بسا جعل درمی آورد. متأسفانه باید اذعان کرد که وکلا در اکثر موارد از باب اضطرار و ناخواسته در این دامها می افتدند. وکلای شریف که با این حرفة دست و پنجه نرم می کنند اگر در ابتدا وجهی بابت حق الوکاله خود نگیرند و قرارداد معتبر لازم الاجرا بی هم برای گرفتن حق الوکاله خود نتوانند بنا به حکم قانون تنظیم کنند، پس از انجام متعلق وکالت، مستمسک قانونی معتبری برای گرفتن حق الوکاله خود ندارند جز اموری همچون توسل به معرفها و واسطه هایی که در امر معرفی موکل به وکیل مداخله کرده اند که آنها هم در چنین مواردی عدم مداخله را ترجیح می دهند و یا نقش خود را در حد چند توصیه اخلاقی خلاصه می کنند.

۱. وفق بخشname مورخ ۹۵/۴/۲۱ رئیس قوه قضائیه (جایگزین بخشname مورخ ۹۴/۵/۱۸) این رقم می تواند به درصد هم برسد!

باید گفت دعواهی مطالبه اجرتالمثل عمل وکیل نیز یکی از دعاوهی قانونی قبل طرح است که متأسفانه برای چنین دعواهی حقالوکاله قانونی قبل مطالبه در برخی موارد بیشتر به مزاح شباهت دارد تا حقالزحمه یک شغل شرافتمند مثل وکالت. مثلاً برای یک دعواهی کیفری، سیصد هزار ریال حقالوکاله قانونی در نظر گرفته شده است که در رأی دادگاه هم بیش از این مقدار حکم داده نمی‌شود.

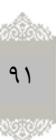
شایان گفتن است هر چند طبق قانون افراد بی‌بصاعت برای پرداخت حقالوکاله وکیل می‌توانند وکیل معاضدتی بگیرند، ولی با توجه به اندک بودن چنین حقالوکاله‌ای عامل وقت مناسب برای چنین موکلانی صرف نمی‌شود. بنابراین، به نظر می‌رسد منع مشارکت وکیل در محکوم‌به و یا حتی در مدعابه توجیه مناسبی ندارد.

یکی دیگر از دلایل توجیه مشارکت در حقالوکاله این است که بسیاری از موکلان به دانش و توانمندی وکیل در امر برنده شدن در دعوا اطمینان ندارند. در چنین شرایطی وکیل در مواجهه با منع قانونی مشارکت در محکوم‌به یا مدعابه معمولاً از طریق یک منتقل‌الیه واسطه یا در قالب یک وکیل مدنی واسطه عمل می‌نماید و یا به طرق مختلف دست و پای موکل را با گرفتن استناد لازم‌الاجرا دیگر می‌بندند. یعنی اضطراراً مرتكب همان کارهای می‌شوند که بنا به لحاظ شأن خود نباید مرتكب شوند. اگر چنین وکیلانی تخواهدند چنین کارهای خلاف شأن را رأساً انجام دهد، باید از طریق واسطه‌ها و دلالان عمل کنند و این افراد کار وکالتی را از موکلان خود دریافت کنند و آنگاه دلال‌ها و یا به عبارتی کارچاق‌کن‌ها با وکالت مع‌واسطه مأخوذه از موکلان خود مبادرت به انعقاد قرارداد وکالتی با وکلای دادگستری می‌نمایند و عامل‌بازار واسطه‌گری افراد بی‌شخص روزبه‌روز گرم‌تر شده و جرم تظاهر به وکالت افزایش می‌یابد. آیا این امر بیشتر موجبات کسر شأن وکیل را فراهم می‌آورد یا اینکه خود وکیل بتواند با موکل قرارداد ببنند و مسئولیت مربوطه را نیز رأساً پذیرا شود؟ قطعاً واسطه‌گری در امر وکالت به خصوص توسط افراد عمدتاً کلاهبردار حرفه‌ای، شئونات این شغل را به طور جدی در مخاطره قرار خواهد داد.

عرف اکثر مشاغل خدماتی این است بالاخره حقالزحمه کامل خود را می‌گیرند، ولی در مورد حقالزحمه وکالت در قالب طنز مقرون به واقع آمده «حقالوکاله» یعنی هر چه وکیل همان اول گرفت! لذا اگر نتوانست در ابتدای رابطه وکالتی چیزی از موکل بگیرد، قانون به حمایت از وکیل برنمی‌خیزد هر چند استناد مثبته قوی مثل قرارداد بر صحت ادعای خود داشته باشد. چون ممکن است حتی در صورت داشتن قرارداد، موکل وکیل را در حین انجام عمل نیابتی عزل کند. خلاصه اینکه منع مشارکت در محکوم‌به و یا حتی مدعابه هیچ توجیهی ندارد.

۴. بررسی موردی یک پرونده

در این بخش با مرور یک پرونده می‌بینیم که استنباط نامتعارف از یک قانون سر از کجا درآورده است.



۱-۴. شرح پرونده

در این پرونده، موکل مالباخته مدعی عدم قدرت بر پرداخت حق الوکاله است. ولی از آنجا که قادر به پرداخت حق الوکاله قانونی وکیل در بدو امر نیست، قراردادهایی بین وکیل و موکل منعقد می‌گردد که با عدم پرداخت حق الوکاله توسط موکل، وکیل مستند به آن قراردادها مدعی حق الوکاله خود می‌گردد، ولی دادگاه به دلایل واهی این ادعا را با به رسمیت نشناختن این قراردادها عقیم می‌گذارد. هر چند موضوع دعوا خیلی ساده است، ولی وصول محاکومه ۱۴ سال طول می‌کشد. در این پرونده آقای «ش» زمینی را در سال ۷۶ به موکل می‌فروشد و مبلغ ۶/۵ میلیون تومان دریافت می‌دارد. متعاقباً معلوم می‌شود زمین فروخته شده متعلق به سازمان موقوفات استان تهران است که در حقیقت اداره کننده موقوفات آستان قدس رضوی است و «ش» هیچ‌گونه حقی بر این زمین ندارد. موکل ابتدا رأساً مبادرت به طرح شکایت فروش مال غیر در دادسرا می‌نماید و در زمانی که دعوای کیفری وی در دادسرا علیه «ش» تحت عنوان فروش مال غیر و کلاهبرداری عقیم مانده، در سال ۷۹ به وکیل برای احراق حق خود مراجعه و اظهار عجز از پرداخت حق الوکاله داشته، اطمینان می‌دهد پس از صدور رأی قطعی حق الوکاله را خواهد پرداخت. وکیل قبول کرده ولی جریان ساده دعوای ابطال سر از ۱۰ پرونده مختلف درمی‌آورد. اجمالاً اینکه وکیل دو دعوای کیفری و مدنی را همزمان به نیابت از موکل مطرح می‌نماید که دعوای مدنی هم بر دو عنوان است:

- ابتدا نسبت به دعوای کیفری مطروحه در دادسرا اعتراض می‌نماید که پس از قبولی و صدور کیفرخواست، محاکومیت کیفری «ش» را به جرم فروش مال غیر می‌گیرد.
- در قسمت دعوای مدنی ابتدا مطالبه اصل ثمن موضوع دعوای مستقلی قرار می‌گیرد که دادگاه نسبت به آن هم رأی مقتضی به نفع موکل صادر می‌نماید و از آنجایی که ثمن معامله به حد زیادی کاهش ارزش پیدا کرده بود، وکیل دعوای مطالبه غرامات حاصله به دلیل جهل موکل از تعلق حق غیر را نیز مطرح و نسبت به آن هم رأی مقتضی به نفع موکل می‌گیرد.
با اعتراض «ش» نسبت به رأی مدنی، در مرحله تجدیدنظر، آرای حقوقی مربوط به استرداد اصل وجه مورد تأیید قرار می‌گیرد، ولی رأی بدوي مربوط به غرامات وارد به شیوه عجیب دیگری تأیید می‌شود. عجیب بودن نحوه تأیید رأی مربوط به غرامات به این جهت است که دادگاه تجدیدنظر وجه بطلان بیع را نه فروش مال غیر، بلکه درج شرط فسخ به مدت نامحدود در ضمن عقد بیع قلمداد نموده و معامله را از این جهت باطل می‌داند. رأی دایر بر بطلان (که توسط دادگاه از پیش خود مطرح شد بدون اینکه موضوع خواسته دعوای طرف مقابل باشد) به دلیل وجود شرط فسخ به مدت نامحدود، از دو جهت به ضرر موکل است. یکی از این جهت که می‌توانست تأثیر در دعوای کیفری دایر بر فروش مال غیر

گذاشته و دعوای کیفری مستند است به این رأی را مردود گرداند و دیگر اینکه دعوای مطالبه غرامات را ضمناً مردود قلمداد سازد.

در همین راستا «ش» از رأی کیفری نیز تجدیدنظر خواهی نموده و دادگاه تجدیدنظر مستند به رأی تجدیدنظر دادگاه حقوقی، با استناد به اینکه اصلاً معامله صحیحی صورت نگرفته است که جرم فروش مال غیر محقق گردد، مجازات کیفری «ش» به جرم فروش مال غیر را نقض نمود. امری که البته احتمال ضعیف آن می‌رفت.

موکل با مساعدت وکیل خود از رأی تجدیدنظر حقوقی اعلام اشتباه به دیوان می‌برد و دیوان رأی تجدیدنظر حقوقی راجع به غرامات را نقض می‌کند با این استدلال صحیح که از مفاد عبارتی که بنگاهدار رأساً در ضمن قرارداد آورده است، خیار فسخ به مدت نامحدود استنباط نمی‌گردد، بلکه بنگاهدار برای حفظ حقوق خود رأساً عبارتی به این شرح در متن قرارداد اضافه کرده بود که «اگر طرفین خواستند این معامله را فسخ نمایند، باید حق دلالی بنگاه را بدهند». با این استدلال، دیوان در دو مرحله رسیدگی، رأی دادگاه تجدیدنظر حقوقی راجع به غرامات را نقض کرد و علت بطلان بیع را بهدلیل همان فروش مال غیر دانست که در رأی بدوي مورد حکم قرار گرفته بود.

همان‌طور که گفتیم، در فاصله بین صدور رأی حقوقی راجع به غرامات و مداخله دیوان برای نقض آن، دادگاه تجدیدنظر نسبت به رأی کیفری دادگاه بدوي استدلال واهی دادگاه تجدیدنظر حقوقی را دایر بر علت بطلان (درج فسخ به مدت نامحدود) را توجیهی برای نقض حکم کیفری دانست، دایر بر اینکه معامله‌ای انجام نشده که بخواهد به دليل فروش مال غیر باطل شود ولذا با این استدلال واهی دعوای کیفری را عقیم گذاشت.

وکیل برای نقض رأی صادره از دیوان اعلام اشتباه نمود، ولی دیوان با یک استدلال به مراتب ناصحیح‌تر مدعی شد که فقط محکوم‌علیه دعوای کیفری حق اعلام اشتباه از دیوان را دارد و در ما نحن فيه موکل محکوم‌علیه محسوب نمی‌شود که ذی‌سمت در طرح دعوای اعلام اشتباه قلمداد شود!

ملاحظه شد که یک پرونده ساده فروش مال غیر تا اینجا سر از ۹ پرونده درآورد که وکیل در تمام این مراحل اقدام نمود و تمیر مالیاتی و کالت را در هر بار مداخله باطل کرد و با وعده سر خرمن موکل در انتظار اجرای حکم و وصول محکوم‌به و گرفتن حق الوکاله خود از آن محل بود. النهاية، موکل با مساعدت وکیل مبادرت به توقيف منزل ویلایی خارج از شأن محکوم‌علیه را نمود. دادگاه ابتدا خارج از حدود شأن بودن منزل را پذیرفت و امر به فروش و خرید یک باب آپارتمان متناسب با شأن وی را صادر نمود. در مزايده مرحله سوم در حالی که بايستی دادگاه حکم تمليک منزل را به نفع موکل صادر می‌نمود، با طرح مجدد دعوای اعسار توسط محکوم‌علیه، منزل در ردیف مستثنیات دین قرار گرفت و عملیات اجرایی متوقف ماند تا سال ۸۸ یعنی زمان فوت محکوم‌علیه یعنی «ش». پس از فوت محکوم‌علیه (ش)، موکل به وکیل مراجعه نموده و رسید قبلی دایر بر بدھکار بودن مبلغ ثابت پنج میلیون تومان قبلی را پس گرفته برای جلب اعتماد وکیل جهت ادامه پرونده، و

نیز قبیل چهار پرونده دیگر که سه عدد آن مرتبط با این پرونده است، آن را تبدیل به قرارداد مشارکت به صورت درصدی از محکوم^۱ به اجرایی پرونده‌های مربوط به استرداد اصل وجه و غرامات وارد در اثر بطلان بیع نمود. یعنی در قرارداد تنظیمی بابت حق الوکاله‌های قبلي و نیز حق الوکاله سه پرونده دیگر مرتبط با این پرونده و نیز یک پرونده غیرمرتبط با این پرونده را به وکیل واگذار می‌نماید. در حقیقت، قرارداد تنظیمی دایر بر واگذاری نصف حقوق موکل در دو پرونده اجرایی عمدتاً بابت حق الوکاله عمل انجامشده قبلی به علاوه حق الوکاله دو قرارداد وکالت بعدی است که مربوط به اجرای همین آرا و نیز یک پرونده دیگر کاملاً غیرمرتبط با این پرونده است. دو پرونده مرتبط یکی اعتراض ثالث نسبت به منزل توقيف شده متعلق به محکوم‌علیه متوفی است و دیگری رفع سه مورد توقيفی ملک است که البته همه این سه مورد توقيفی به دلیل لاحق بودنشان نسبت به توقيف موکل مردود می‌شوند. دعوای ثالث هم به دلیل لاحق بودن آن بر زمان توقيف و تعلق حق قبلی موکل مردود می‌شود و لذا عملیات اجرایی تداوم می‌یابد تا اینکه به مرحله تملیک منزل به عنوان قسمتی از محکوم^۲ به موکل می‌انجامد. زیرا طلب موکل بر مبنای شاخص تورم بانک مرکزی به بیش ۳۵۰ میلیون تومان بالغ شده بود که از ارزش عرفی و معاملاتی منزل توقيف شده تجاوز کرده بود.

این توضیح برای این بود که مشارکت ۵۰٪ حق الوکاله قابل توجیه شود، زیرا در مجموع با دو پرونده دیگر خارج از موضوع این دعوا به وکیل واگذار شد مجموعاً ۱۵ مرحله اقدام شده است که در طول ۱۴ سال انرژی وکیل را به خود معطوف داشته است. مراحلی که هر کدام وکالت‌نامه مستقل به همراه تمبر وکالت لازم به الصاق برای هر پرونده به طور جداگانه ارائه شده است. البته، اگر حتی عرفاً میزان حق الوکاله مبلغ بالایی باشد، به صرف خلاف عرف بودن، دلیلی برای عدم صدور حکم به نفع موکل نخواهد بود. زیرا مبنای روابط وکیل و موکل قرارداد تنظیمی است و قرارداد به عنوان قانون حاکم بر روابط طرفین، مقدم بر عرف است. النهایه، هر چند در مانحن فیه فرض اجرت قراردادی گزاف و اجرای خیار غبن و نتیجتاً فسخ پیمان وکالت که موجب استحقاق اجرتالمثل برای وکیل است، منتفی نیست.^۱ ولی با توجه به طول مدت و تعدد مراحل مداخله وکیل و انصمام پرونده‌های دیگر غیرمرتبط به این پرونده، فرض گزاف بودن اجرت و اجرای خیار غبن را منتفی می‌سازد.

خلاصه، پس از تملیک منزل به موکل به عنوان محکوم‌له، موکل از پرداخت حق الوکاله توافقی به وکیل مماطله می‌نماید تا اینکه وکیل ناچار از طرح دعوای مطالبه حق الوکاله به استناد دو قرارداد منعقده فیما بین شد. در قرارداد اول منعقده در سال ۸۲ موکل اقرار به بدھکاری ۵ میلیون تومان نموده و در قرارداد بعدی، قرارداد ۵ میلیون تومانی

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: عقود اذنی - وثیقه‌های دین، شرکت سهامی انتشار با همکاری شرکت بهمن بنا، ۱۳۷۶، ص. ۱۸۶.

بی اعتبار نموده قرارداد دوم را جایگزین می‌گرداند. موضوع این قرارداد دوم انتقال ۵۰٪ از حقوق موکل در پرونده‌های اجرایی به عنوان حق الوکاله وکیل می‌باشد.

وکیل با مستند قراردادن این قرارداد، انتقال نصف مشاع از منزل توقيف شده که در اجرای آرای مربوط به مطالبه اصل ثمن و غرامات ناشی از بطلان بیع را از دادگاه بدوي مطالبه می‌نماید. لازم به ذکر است وکیل تا تملیک قطعی ملک کلیه مراحل مربوط به اجرا را رأساً به وکالت از موکل خود دنبال می‌نماید. لذا وکیل در دادخواست خود عليه موکل جهت پیشگیری از هر گونه نقل و انتقال، بدوً تضادی توقيف نصف مشاع آن را نیز می‌نماید. همچنین وکیل با توجه به اینکه سند تنظیم شده مفاد یک سند عادی است، تنفيذ اقرارنامه مربوط را هم از دادگاه مطالبه می‌نماید. اما دادگاه بدوي «با استناد به ماده ۳۴ قانون وکالت ۱۳۱۵ که دریافت هر وجه و یا مالی از موکل با گرفتن سند رسمی یا غیررسمی از او علاوه بر میزان مقرر به عنوان حق الوکاله و علاوه بر مخارج لازم به هر اسم و عنوان که باشد و لو به عنوان وجه التزام و نذر ممنوع دانسته و چنین سندی را در ادارات منشأ اثر تلقی نکرده و نیز نظر به اینکه تصویر اسناد پیوست دادخواست از جمله وکالت‌نامه و آرای صادره بر تضمین حق الوکاله وکیل بین طرفین دارد، وفق بند ۷ ماده ۸۴ قانون آ.د.م. بر فرض ثبوت چنین اقرارنامه‌ای اثر حقوقی نخواهد داشت و صرف نظر از اینکه تنفيذ اقرارنامه دعوا محسوب نمی‌شود، لذا دعوا خواهان را به کیفیت مطروحه قابل استمامع ندانسته و قرار رد دعوى صادر نمود».

۴-۲-۱. ایرادهای آرای صادره

با توجه به اینکه رأی صادره در دو مرحله مورد رسیدگی قرار گرفته است، ایرادات هر مرحله را جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۴-۲-۲. ایرادهای رأی بدوي

رأی بدوي مربوط به این پرونده که تنفيذ سند عادی را دعوا محسوب ننموده به نظر بلاشکال نیست، زیرا وقتی مستند دعوا مدعی یک سند عادی است، مدعی برای پیشگیری از هر گونه طرح ادعای انکار و تردید و یا جعل نسبت به مفاد سند مورد استناد در دعوا خود ناچار است ابتدا تکلیف اصالت این سند را معلوم کند. بدیهی است تنفيذ در این معنا با تنفيذ معامله فضولی و یا اکراهی به یک معنا نیست. این اصطلاح در مورد وصیت‌نامه عادی نیز معمول است و دادگاهها قبل از اجرای مفاد وصیت‌نامه عادی ناچارند ابتدائاً اصالت و صحت انتساب وصیت‌نامه عادی به مورث متوفی را احراز کنند. اما اشکال عمده دوم این رأی آن است که سند مذبور را قابل ترتیب اثر قرار نداده است. معلوم نیست چرا قراردادی تا این حد روشن را وفق ماده ۱۹ قانون وکالت، توافق‌نامه در مورد حق الوکاله محسوب می‌شود را بلااعتبار دانسته است. این رأی اشکال دیگری هم دارد و آن اینکه دعوا وکیل اولاً و بالذات مطالبه حق الوکاله می‌باشد و لذا اگر دلیل استنادی وکیل برای

مطلوبه حق الوکاله بی اعتبار بود، بایستی حکم به حق الوکاله قانونی وکیل بر اساس نظریه کارشناس صادر می نمود و دعوا را با قرار عدم استماع مواجه نمی ساخت.

النهایه، وکیل از رأی صادره تجدیدنظرخواهی نموده و خوشبختانه دادگاه تجدیدنظر وفق ماده ۱۹ قانون وکالت مستند دعوى او را نوعی توافق در حق الوکاله دانسته و علاوه بر آن ندانست. یعنی حکم دادگاه بدوى را که در قرارداد منعقده در خصوص حق الوکاله علاوه بر حق الوکاله قانونی می باشد را مردود قلمداد کرد، اما الزام به واگذاری نصف مشاع از منزل توقيف شده را قابل استماع تلقی ننمود و لذا هر چند رأی تجدیدنظر خواسته را نقض کرد، اما مستندًا به ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی قرار عدم استماع دعوى صادر نمود.

۴-۲-۲. ایراد رأی تجدیدنظر

هر چند ظاهر امر این است که دادگاه بدوى و تجدیدنظر به دلیل مشارکت در محکوم به دعوای مطالبه حق الوکاله را رد نکرده اند و به خصوص حتی از مفاد رأی دادگاه تجدیدنظر این استنباط می شود که این دادگاه مشارکت موجود را از نوع مشارکت در محکوم به دانسته نه از نوع مشارکت در مدعابه، ولی نتوانسته است خود را از پس مانده های فکری نظریه مشورتی کمیسیون امور حقوقی و نظریه کمیسیون استفتائات و نیز رویه دادگاه انتظامی و به خصوص از رعایت جانب احتیاط مندرج در این نظریه^۱ خالی الذهن نماید. باید خاطر نشان کرد اینکه درست است طرفین در زمان انعقاد مشارکت در مدعابه را شرط نکرده اند و رأی دادگاه تجدیدنظر از این نظر کاملاً منطبق با واقع است، ولی با اندکی تأمل معلوم می گردد این قرارداد دوم از مصاديق مشارکت در محکوم به هم محسوب نیست، زیرا قرارداد مشارکت در محکوم به قبل از انجام عمل وکالتی وکیل منعقد می شود و در مانحن فیه این قرارداد بعد از آن و به عنوان حق الرحمه عمل انجام شده وکیل منعقد شده است. یعنی قرارداد منعقده در ابتدای رابطه نیابتی بین وکیل و موکل منعقد نشده که مشارکت موضوعیت پیدا کند و لذا مفاد این قرارداد نه مشارکت در محکوم به است و نه مشارکت در مدعابه. النهائيه، از آنجا که این مشارکت نهایتاً در مرحله اجرای حکم در یک باب منزل توقيفي از محکوم عليه معین شده است، ذهن قضات محترم دادگاه تجدیدنظر مشوش شده است و رأی صادره را به گونه ای تقریر نموده اند که گویا اگر در دادخواست مطالبه نصف بهای محکوم به اجرایی می شد، با اشکال قانونی مواجه نبود و به این دلیل که مطالبه وجه نشده است، مبادرت به صدور قرار عدم استماع دعوى نموده اند.

۱. «در عین حال احوط این است که در این گونه موارد در قرارداد مقرر گردد که وکیل استحقاق قیمت ... محکوم به را خواهد داشت.»

نتیجه‌گیری

تعهد به پرداخت محکوم‌به از مورد وکالت موضوع اختلافات زیاد در رویه عملی دادگاهها و نیز در دکترین می‌باشد. در حقیقت، اختلافات موجود در خصوص مشارکت وکیل در محکوم‌به و یا مدعایه عمدتاً ناشی از استنباط‌های متفاوت از مواد مربوطه به خصوص مواد قانون وکالت و یا ناشی از بقای اعتبار آن مواد است؛ امری که نیاز به یک بازنگری عمیق در این موضوع را نه تنها از بعد نظری و حقوقی محض که از منظر عرفی و عملی نیز توجیه می‌نماید. با توجه به حاکمیت اسلام بر تمامی قوانین موضوعه کشور و انطباق قرارداد مشارکت وکیل در محکوم‌به و نیز مدعایه با قواعد اسلام به خصوص با اصاله‌اللزوم و اصاله‌الصحه و قانون مدنی با اجرای قواعد مربوط به جعاله و یا اجره اشخاص در این دو قانون و نیز منسخ بودن قوانین مانع بر سر مشروعتی چنین قراردادی، باید معتقد شد که مشارکت وکیل در مدعایه و نیز در محکوم‌به به عنوان حق‌الوکاله یا مال‌الجعل، با اشکال قانونی، عرفی و شرعی مواجه نیست و منع اخلاقی از جهت عدم انطباق با شئونات شغل شریف وکالت و دستگاه قضایی نیز ندارد. بنابراین، طرفین ملزم به رعایت آن هستند و در صورت استنکاف متعهد از پرداخت حق‌الوکاله توافق شده، الزام قضایی مستنکف نیز میسر خواهد بود.

منابع

- دیانی، عبدالرسول، ادله اثبات دعوا در امور مدنی و کیفری، چاپ پنجم، نشر میزان، ۱۳۹۴.
- _____، حقوق خانواده، چاپ سوم، نشر میزان، ۱۳۹۵.
- _____، قواعد عمومی قراردادها، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۹۵.
- سمامی، عبدالله، تعیین حق الوکاله از مدعایه، مطلب برگرفته از سایت:
<http://vokalayeazadandish.com/index.php/samami/te/157-2014-07-03-11-13-05>, last visited: 2016/4/3
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: عقود اذنی - وثیقه‌های دین، شرکت سهامی انتشار با همکاری شرکت بهمن بنا، ۱۳۷۶.
- Avocats : la convention d'honoraires est désormais obligatoire.
Site: <http://sosconso.blog.lemonde.fr/2015/09/09/avocats-la-convention-dhonoraires-desormais-obligatoire/Christophe De Backere en Nino De Lathauwer, Contingent>.
- Fees: Beyond the intuitive threat, Jura falconis Jg. 49, 2012-2013, nummer 1, pages 101-12
 - برگرفته از سایت:
https://www.law.kuleuven.be/jura/art/49n1/debackere_delathauwer.pdf
- JuriSourcing, Honoraires d'avocats: Privilégier un honoraire fixe ou de résultats? Site: <http://jurisourcing.com/>? p=755.
- Grosdidier, Pierre, Les avocats aux Etats-Unis, Haynes and Boone, LLP Houston, Texas Le 30 avril 2013. Available at: <http://www.haynesboone.com/~/media/files/attorney%20publications/2013/lesavocatsauxetatsunis.ashx>
- Towns, William, Honoraires conditionnels aux États-Unis d'Amérique –égalité de chances pour tous? Available at: http://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2010/01/article_0002.html

سردستگی در حقوق کیفری ایران

ابوالحسن شاکری*

بهروز قلیزاده**

چکیده

سردستگی که با طراحی، تشکیل، سازماندهی یا اداره گروه مجرمانه، موجب تحقق جرم می‌شود، به سبب تسهیل در ارتکاب جرم از حیث رفتار معاونت در جرم است، ولی از طرف دیگر چون باعث می‌شود که سردسته بدون اینکه در انجام جرم مباشرت داشته باشد، بر اساس ماده ۱۳۰ ق.م.ا به حداکثر مجازات شدیدترین جرمی که اعضای آن گروه در راستای اهداف گروه مرتکب شوند، محکوم می‌گردد، لذا عامل مشدده مجازات است. در مواردی که مجازات شخصی بر اساس قوانین خاص به دلیل رهبری یا تشکیل باند، شبکه یا تشکیلات تشدید می‌شود نمی‌توان مجازات وی را مجدداً بر اساس ماده ۱۳۰ ق.م.ا در نظر گرفت. اشخاص حقوقی علی‌رغم داشتن مسئولیت کیفری نمی‌توانند عضو یا سردسته گروه مجرمانه شوند. با لحاظ اینکه حداقل اعضای گروه باید سه نفر باشد، زمان سردستگی گروه، زمان طراحی، تشکیل، سازماندهی یا اداره گروه مجرمانه است نه زمان وقوع جرم که از این جهت در صورت جرم کاهش اعضای گروه به زیر سه نفر تأثیری در مجازات سردسته ندارد.

کلیدواژه‌ها: سردستگی، گروه مجرمانه، معاون، مجازات، عضو.

* عضو هیأت علمی دانشگاه مازندران (نویسنده مسئول) Shakeri_criminallaw@yahoo.com

** دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه مازندران Behrouzgh.cl@gmail.com

تاریخ دریافت: ۹۵/۰۷/۲۷ تاریخ پذیرش: ۹۵/۰۲/۰۱

مقدمه

متعاقب جرم و شناسایی مجرم عوامل زیادی هستند که می‌توانند در واکنش اجتماعی علیه مجرم مؤثر باشند، از جمله این عوامل نوع جرم، تعداد افراد دخیل در جرم و نقش مجرم در ارتکاب جرم است. منطقاً واکنش اجتماعی و قانونی باید متناسب با قباحت رفتار مجرمانه و نقش مجرم باشد، یعنی هر چه نقش مجرم در ارتکاب یک جرم مهم‌تر باشد مجازات شدیدتر خواهد بود. بر این اساس یکی از عواملی که قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی با مورد لحاظ قرار دادن آن مجازات مجرم را شدید کرده است سردستگی گروه مجرمانه است. در لغت، سردسته عبارت از رئیس، قائد و پیشوای است^۱ که ارتکاب جرم را سازماندهی و گروه مجرمانه را اداره می‌کند. تعریف اصطلاحی سردستگی را ابتدائاً باید در قانون جستجو کرد. برای اولین بار در قوانین کیفری ایران راجع به سردستگی در ماده ۳۰ قانون مجازات عمومی^۲ آمده بود، سپس در سال ۱۳۶۱ قانون راجع به مجازات اسلامی تصویب و ماده ۲۳ آن راجع به سردستگی بود. در هیچ‌یک از قوانین مزبور تعریفی از سردستگی و شرایط گروه مجرمانه ارائه نشده و علاوه بر آن در قانون اخیر سقف تشدید مجازات نیز مشخص نشده بود. پس از آن در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ مقررات سردستگی زیر ماده ۴۵^۳ با همان ادبیات ماده ۲۳ قانون راجع به مجازات اسلامی تنظیم شد.

در سال ۱۳۹۲ قانون‌گذار در ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی در کتاب اول این قانون با اختصاص فصل چهارم تحت عنوان سردستگی گروه مجرمانه سازمان یافته، به سردستگی توجه ویژه‌ای نشان داد. در این ماده و تبصره‌های ذیل آن سردستگی و گروه مجرمانه تعریف و میزان مجازات سردسته نیز مشخص شد. این ماده مقرر می‌دارد: «هرکس سردستگی یک گروه مجرمانه را بر عهده گیرد به حداقل مجازات شدیدترین جرمی که اعضای آن گروه در راستای اهداف همان گروه مرتکب شوند، محکوم می‌گردد؛ مگر آنکه جرم ارتکابی موجب حد یا قصاص یا دیه باشد که در این صورت به

سینه‌پری ایرانی

۱. دهخدا، علی اکبر، لغت‌نامه، دانشگاه تهران، ۱۳۷۳، ج ۸، ص ۱۱۹۸۰.
۲. ماده ۳۰ قانون مجازات عمومی ۱۳۵۲: «مجازات شخص یا اشخاصی که اداره یا سردستگی دو یا چند نفر را در ارتکاب جرم به عهده داشته باشند، اعم از اینکه عمل آنان شرکت در جرم یا معاونت باشد، حداقل مجازات آن جرم خواهد بود، مگر اینکه در قانون مجازات خاصی تعیین شده باشد».
۳. ماده ۲۳ قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱: «زبری و سردستگی دو یا چند نفر در ارتکاب جرم اعم از اینکه عمل آنان شرکت در جرم یا معاونت باشد می‌تواند از علل مشده مجازات باشد».
۴. ماده ۴۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰: «سردستگی یک یا چند نفر در ارتکاب جرم اعم از اینکه عمل شرکت یا معاونت در جرم داشته باشد از علل مشده جرم مجازات است».

حداکثر مجازات معاونت در آن جرم محکوم می‌شود...» طبق تبصره یک این ماده: «گروه مجرمانه عبارت است از گروه نسبتاً منسجم متشكل از سه نفر یا بیشتر که برای ارتکاب جرم تشکیل می‌شود یا پس از تشکیل، هدف آن برای ارتکاب جرم منحرف می‌گردد».

سردستگی از نظر جرم‌شناسی مباحث خاص خود را دارد که این مقاله منصرف از آن است. آیچه که بحث راجع به سردستگی در حقوق کیفری را ضروری کرده است سوالات و ابهاماتی است که در خصوص ماهیت سردستگی و چگونگی مجازات آن وجود دارد به اینکه آیا سردستگی یکی از عوامل مشدده مجازات است یا یک جرم خاص می‌باشد؟ آیا شخص حقوقی می‌تواند عضو یا سردسته گروه مجرمانه باشد؟ افرادی که تحت عنوان باند، شبکه یا سازمان یافته بودن مجازاتشان بر اساس قوانین خاص تشدید می‌شود آیا به‌واسطه سردستگی نیز مجازاتشان مجدد تشدید می‌گردد؟ به منظور پاسخ به سوالات فوق و تبیین سردستگی و مطالب مرتبط با آن، با استفاده از آموزه‌ها و قواعد فقهی و حقوقی، از آنجا که تحلیل یک موضوع حقوقی (جزایی) مستلزم شناسایی تطبیق آن حداقل با یکی از تأسیسات حقوقی (قانونی) و مقومات تحقق آن و سپس ضمانت اجرا است، لذا مباحث این مقاله ابتدا تحت عنوان «ماهیت حقوقی سردستگی» و سپس «شرایط تحقق سردستگی» و در انتها «ماجازات سردستگی» مورد بررسی و تحلیل قرار گرفته است.

۱. ماهیت حقوقی سردستگی

مباحث مرتبط با سردستگی در رشته مختلف علوم انسانی مورد توجه است، از نظر جامعه‌شناسی و علوم سیاسی با مطالعه گروه‌های سازمان یافته مشخص می‌شود که همه گروه‌ها اعم از گروه‌های کوچک، سازمان‌ها و اجتماعات بزرگ دارای سردسته با ساختار تقسیم قدرت هستند،^۱ سردسته در قانون تعریف نشده است. اما سردستگی طبق تبصره ۲ ماده ۱۳۰ ق.م.ا. عبارت از تشکیل یا طراحی یا سازمان‌دهی یا اداره گروه مجرمانه است، تشکیل به معنای جمع‌آوری اعضاء برای تأسیس و به وجود آوردن گروه مجرمانه، طراحی به معنای ارائه نقشه و برنامه‌ریزی گروهی برای ارتکاب جرم توسط اعضای گروه، سازمان‌دهی در معنای ایجاد روابط کاری اعضاء و اداره گروه نیز به منزله مدیریت انجام کار گروهی با هدف خاص یعنی ارتکاب جرم است. اگر هر کدام از اعمال

طراحی، تشکیل، سازماندهی و اداره گروه مجرمانه تحت عنوان سرديستگی مورد اشاره قانون‌گذار قرار نمی‌گرفت، تحقیقاً می‌توانست تحت عنوان معاونت در جرم مورد توجه باشد، زیرا معاونت در جرم کمک‌کردن به مجرم در عمل مجرمانه است^۱، هر یک از موارد سرديستگی تسهیل در ارتکاب جرم است که طبق بند پ ماده ۱۲۶ ق.م.ا معاونت در جرم محسوب می‌شوند، زیرا سرديسته با عمل به هر یک از این موارد دخالت مستقیم یا به اصطلاح مبادرت در ارتکاب جرم ندارد و چون دخالت او غیرمستقیم است، می‌تواند تحت عنوان معاونت مطرح شود به شرطی که جرم مورد نظر واقع گردد. معاونت در حقوق ایران عاریتی است یعنی تا زمانی که جرم اصلی محقق نشود معاون هم مرتكب جرم نشده و مجازات نخواهد شد، مگر در مواردی که معاونت خود جرم مستقلی باشد. سرديسته نیز عاریه به وقوع جرم اصلی است یعنی تا زمانی که جرمی اتفاق نیفتاده باشد، سرديسته مجازات نخواهد شد. البته باید توجه داشت که نقش سرديسته در ارتکاب جرم مؤثرتر از نقش معاون در ارتکاب جرم است، به همین علت قانون‌گذار عمل سرديسته را به اندازه عمل مبادر جرم خطرناک فرض کرده و مجازات او را حداکثر مجازات قانونی جرم انجام گرفته توسط اعضای گروه اعلام کرده است. یکی از شرایط تحقق معاونت در جرم وحدت قصد بین مبادر و معاون است، یعنی معاون نیز همان سوئیت لازم در مبادر برای تتحقق جرم را داشته باشد. از این جهت بین سرديسته و اعضای گروه قصد مشترک وجود دارد. با وجود اینکه ممکن است نظر بر این باشد که در جرائم غیرعمدی هم امکان تحقق معاونت در جرم وجود دارد^۲، لکن باید در نظر داشت در جرائم غیرعمدی قصدی وجود ندارد که بتوان در آن وحدت قصد بین معاون و مبادر را تصور نمود^۳؛ این جهت باید گفت همان طور که معاونت در جرائم غیرعمدی قابل تتحقق نیست، سرديستگی در جرائم غیرعمدی نیز قابل تصور و تحقیق نیست.

قابل توجه است که نمی‌توان سرديسته را با لحاظ ماهیت معاون بودنش هم به مجازات معاونت و هم به مجازات سرديستگی در جرائم اعضای گروه مجازات کرد، زیرا صدر ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی در خصوص مجازات معاونت بیان کرده است: معاون در صورتی طبق این ماده مجازات می‌شود که در شرع یا قانون مجازات دیگری پیش‌بینی نشده باشد. از آنجا که سرديستگی به صورت خاص در ماده ۱۳۰ این قانون

۱. مرعشی، محمدمحسن، دیدگاه‌های حقوقی قضایی (تقریرات درسی دوره دکتری جزا مدرسه عالی شهید مطهری)، شماره ۱، ۱۳۷۵، ص. ۵.

۲. نوریها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۸۸، ص. ۲۳۸.

۳. پاد، ابراهیم، حقوق کیفری اختصاصی، چاپ سوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۲، ص. ۲۳۳.

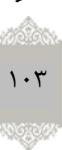
پیش‌بینی شده است، مجدداً نمی‌توان سرداسته را به جهت معاونت در جرم مورد حکم به مجازات قرار داد. همچنان که ممکن است شخصی با وجود سرداستگی گروه مجرمانه خود مباشرت در ارتکاب آن جرم نیز داشته باشد، در این صورت هم نمی‌توان مرتكب را به تحمل هر دو مجازات مباشرت و سرداستگی محکوم کرد، بلکه صرفاً به تحمل حداقل مجازات جرم ارتکابی محکوم می‌گردد، چرا که سرداستگی جرم مستقلی نیست تا بین سرداستگی و مباشرت تعدد حاصل شود بلکه آن یک عامل مشدده است، از این جهت می‌توان گفت شخصی که به مباشرت در جرمی سرداستگی آن جرم را بر عهده داشته است به لحاظ ماهوی یک رفتار انجام داده است و یک مجازات تعیین و اجرا خواهد شد که آن همان مجازات سرداستگی خواهد بود زیرا مجازات سرداسته حداقل مجازات آن جرم است که می‌تواند بیشتر از مجازات مباشر آن جرم باشد.

سرداستگی علت به حداقل رسیدن مجازات جرم ارتکابی نیز است که همان تشید مجازات می‌باشد. علل تشید مجازات را می‌توان به علل مشدده عمومی (عام) و علل مشدده اختصاصی (خاص) تقسیم کرد. منظور از علل مشدده عمومی عواملی است که به جرم معینی اختصاص ندارد بلکه در همه جرایم ممکن است باعث تشید مجازات شود. در مقابل، علل مشدده اختصاصی است که در جرایم خاصی موجب تشید مجازات می‌شوند.^۱ با لحاظ مجازات سرداسته که در قانون به حداقل مجازات شدیدترین جرمی که هر یک از اعضای گروه در راستای اهداف گروه مجرمانه ارتکاب یافته باشند محکوم می‌شود و از آنجا که در تشید مجازات سرداسته به جرم خاص نظر نبوده است می‌توان سرداستگی را از علل مشدده عام مجازات دانست. سرداسته در حالی به حداقل مجازات مباشرت در جرم اعضای گروه مجرمانه محکوم می‌شود که معمولاً خود در جرم ارتکابی گروه مجرمانه مباشرت یا شرکت نمی‌کند. قانون‌گذار با پیش‌بینی سرداستگی سعی بر ایجاد جرم جدید نداشته بلکه می‌خواسته است مجازات سرداسته گروه را با توجه به نقش اساسی و محوری که در ارتکاب جرم ایفا می‌کند، تشید کند و حداقل مجازات قانونی آن جرم را صرف نظر از اینکه در جرم انجام گرفته مباشرت یا معاونت داشته باشد بر وی تحمیل کند.

۲. شرایط تحقق سرداستگی

یکی از الزامات بدیهی سرداستگی، وجود گروه مجرمانه است. سرداستگی بدون وجود گروه مجرمانه معنایی نخواهد داشت. از این‌رو ابتدا تشکیل «گروه مجرمانه» و

۱. فتحی، محمدمجود؛ چنگایی، فرشاد؛ رهدارپور، حامد، «تحدید قلمرو جرم محال»، حقوق اسلامی، سال دهم، شماره ۳۷، ۱۳۹۲، ص. ۸۳.



سپس «وقوع جرم توسط اعضای گروه مجرمانه» و در انتهای «شرایط سردسته مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۲. تشکیل گروه مجرمانه

گروه تعدادی اشخاص هستند که با یکدیگر هماهنگ، تعامل و رابطه معنی‌داری دارند. گروه مجرمانه را باید با ویژگی‌های آن و سپس در مقایسه با مفاهیم مشابه شناخت. یکی از ویژگی‌هایی که ماده ۱۳۰ ق.م.ا در تعریف گروه مجرمانه مورد توجه قرار داده تعداد اعضای گروه مجرمانه است که سه نفر یا بیشتر از آن باشند. اینکه اعضای گروه در چه مرحله‌ای از وقوع جرم حداقل باید سه نفر باشند قابل بحث است. مثلاً ممکن است یک گروه در ابتدا دو عضو داشته باشد ولی در طول وقوع جرم در موقع نیاز از اشخاص دیگری نیز در راستای اهداف مجرمانه گروه استفاده کند یا ممکن است یک گروه مجرمانه سه نفره در مرحله‌ای از عملیات مجرمانه قبیل از تحقق نتیجه جرم تعدادی از اعضای خود را از دست بددهد، مثلاً یکی از اعضای گروه فوت کند یا گروه را ترک کرده باشد به نحوی که اعضای گروه در زمان جرم دو نفر باشند. البته اگر شخص فوت شده سردسته گروه باشد، ماده ۱۳۰ مارالذکر موضوعیت خود را از دست خواهد داد و بحث در خصوص منحل بودن یا نبودن گروه بی‌فایده خواهد بود، ملاک سه نفر بودن اعضای گروه، در زمان انجام سردستگی یعنی تشکیل، طراحی، سازمان‌دهی یا اداره گروه مجرمانه است؛ زیرا اعضای گروه در نتیجه اعمال مذکور دست به ارتکاب جرم زده‌اند و جرم حاصل تعامل آنهاست.

اشخاصی می‌توانند عضو گروه مجرمانه شوند که طبق قانون مسئولیت کیفری داشته باشند، یعنی عاقل، بالغ و مختار باشند. عضویت اطفال، مجانین و اشخاص حقوقی محل بحث است. افرادی که مسئولیت کیفری ندارند و عموماً به عنوان وسیله ارتکاب جرم مورد استفاده قرار می‌گیرند مانند مجانین و اطفال غیرممیز نمی‌توانند عضو گروه مجرمانه شوند. مضار بـ اینکه لازمه عضویت در گروه مجرمانه آگاهی و توجه به اهداف گروه و قابلیت ارتکاب جرم، مستقل از سردسته است که در این اشخاص نیست. لذا در این خصوص به شخصی که با جمع کردن مجانین مرتکب جرمی شود نمی‌توان گفت گروه مجرمانه تشکیل داده بلکه صرفاً از مجانین برای ارتکاب جرم استفاده کرده است. سفیه با توجه به اینکه مستقل امی تواند مرتکب جرم شود می‌تواند عضو گروه مجرمانه شود. در خصوص اطفال ممیز باید به ماده ۸۸ ق.م.ا توجه داشت که صرفاً برای اشخاص بالای ۹ تا ۱۵ سال در صورت ارتکاب جرم تعزیری اقدامات تأمینی

پیش‌بینی شده است؛ مفهوم مخالف این ماده آن است که گویا اطفال زیر ۹ سال شمسی اعم از ممیز یا غیرممیز نمی‌توانند مرتكب جرم و عضو گروه مجرمانه شوند، چرا که اساساً مسئولیت کیفری یا حتی اقدامات تأمینی و تربیتی متوقف بر ارتکاب جرم است که این گروه از اطفال با لحاظ سکوت قانون و اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها مشمول قوانین جزایی نمی‌شوند. البته اینکه افراد نابالغ زیر ۹ سال می‌توانند مرتكب جرایم مستلزم حد یا قصاص شوند نظرات مختلفی می‌تواند مطرح شود که بحث در رابطه با آن خارج از موضوع این مقاله است. به اشاره می‌توان گفت از یک نظر تبصره ۲ ماده ۸۸ مورد استناد در این خصوص را باید با متن این ماده جمع کرد که دلالت بر انصراف از اشخاص زیر ۹ سال شمسی دارد. مضافاً اینکه چنانچه حسب این قانون در ماده ۸۸ طفل زیر ۹ سال نمی‌تواند جرم تعزیری انجام دهد به طریق اولی نمی‌تواند مرتكب جرم مستلزم حد و قصاص شود، چرا که این‌گونه جرایم عموماً مشدده جرایم تعزیری هستند. به علاوه عضویت افراد در گروه مجرمانه باید عالمانه و با قصد ارتکاب جرم ناشی از کار گروهی باشد که در خصوص این افراد چون تردید در درک و رشد عقل آنها وجود دارد آنها را باید منطبقاً مسئول ارتکاب جرم ندانست که تحقیقاً بر همین اساس از مسئولیت کیفری و اقدامات تأمینی و تربیتی مبری هستند. ولی از طرف دیگر این نظر هم مطرح است که در تبصره ۲ ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی نابالغان زیر ۱۲ سال در صورت ارتکاب جرم موجب حد یا قصاص مشمول اقدامات تأمینی و تربیتی (الف) تا (پ) می‌شوند که می‌تواند ناظر به بالغان زیر ۹ سال شمسی هم گردد، البته مشروط به اینکه این افراد نابالغ ممیز باشند.

در خصوص قابلیت عضویت شخص حقوقی در گروه مجرمانه ابتدا باید گفت که اداره امور شخص حقوقی بر عهده نماینده شخص حقوقی است و وی اعمال شخص حقوقی را انجام می‌دهد. ممکن است گفته شود با توجه به اینکه شخص حقوقی طبق ماده ۱۴۳ ق.م.ا مسئولیت کیفری دارد و می‌تواند مرتكب جرم شود پس می‌تواند عضو گروه مجرمانه شود. ولی این بحث جای تأمل دارد، چرا که در مقابل می‌توان گفت با توجه به اینکه شخصیت اشخاص حقوقی، اعتباری و تبعی است که نشأت گفته از اشخاص حقیقی و اهداف آنها می‌باشد و عضویت در گروه ملازمه با هماندیشی و تعامل با دیگر اعضای گروه دارد که شخص حقوقی فی‌نفسه و ذاتاً فاقد چنین توانایی است، به علاوه با دقت نظر در واژه «نفر» در تبصره یک ماده ۱۳۰ این قانون که بیان داشته است گروه مجرمانه عبارت است از گروه نسبتاً منسجم متشكل از سه نفر یا حتی الفاظ مشابه مثل «شخص» یا «کس»، به دلالت عقلی می‌توان گفت شخص حقوقی که

شخصیت تبعی و اعتباری دارد نمی‌تواند به عنوان یکی از اعضای گروه مجرمانه محسوب شود. در واقع شخص حقیقی است که با عنوان نماینده شخص حقوقی در گروه عضو است هر چند به نام و در راستای منافع شخص حقوقی باشد زیرا تفسیر مضيق قوانین جزایی و شک به نفع متهم باید گفت اصل بر انتساب جرم به شخص حقوقی اعتباری نیست.

بر اساس تبصره ۱ ماده ۱۳۰ ق.م.ا یکی از ویژگی‌های گروه مجرمانه داشتن انسجام نسبی است، این عبارت قانون‌گذار مبهم است. انسجام به معنی روان بودن و روان شدن، منظم شدن و با هم جور شدن است. انسجام در سطح یک گروه به معنی همبستگی اعضا با یکدیگر است، به طوری که متقابلاً نیازمند یکدیگر باشند. رفع نیازمندی‌های متقابل مستلزم تعامل با همدیگر است که ناشی از مسئولیت متقابل بین آنها است که با آگاهی و اراده عضو گروه شده‌اند. از طرف دیگر انسجام به معنای وجود هماهنگی و ساختار نظام‌مند در یک گروه نیز است. از جمله مواردی که منجر به هماهنگی در فعالیت‌ها و روابط بین اعضای گروه می‌شود وجود سردهسته است. انگیزه اعضا از گروه از تعیین سردهسته در بیشتر مواقع حل اختلافات داخلی گروه است که بخشی از مفهوم انسجام می‌باشد. بنابراین برای اینکه یک گروه مجرمانه منسجم دانسته شود باید اعضای گروه با هم در تعامل، هماهنگ و دارای هدف مشترک در ارتکاب جرم باشند.

گروه مجرمانه با مفاهیم مشابهی مثل باند، شبکه، تشکیلات و جرایم سازمان یافته قابل قیاس است. یکی از رایج‌ترین اصطلاحاتی که در رابطه با جرایم گروهی استفاده می‌شود عبارت «جرائم سازمان یافته» است. با توجه به اینکه در جرایم سازمان یافته، افراد و سازمان‌های مجرمانه قدرتمندتر و متنوع‌تر عمل می‌کنند و به منظور پیشبرد فعالیت‌های مجرمانه همکاری در این سازمان‌ها شکل نظام‌مندتری به خود می‌گیرد، لذا تعقیب جرایم سازمان یافته، به ویژه شکل‌های جدیدتر و پیچیده‌تر آن ضروری است. در تعریف این جرم که به نظر برخی با اهداف مالی^۱ و به نظر برخی دیگر با وسیله ارعاب و خشونت و افساد دیگران انجام می‌گیرد،^۲ آمده است: «جرائم سازمان یافته، اقدام مجرمانه مستمر گروهی است که برای تحصیل سود به ارتکاب فعالیت‌های نامشروع مشغولند و مشتریان فراوانی را در جامعه دارد و برای استمرار این فعالیت‌ها از اعمال خشونت،

۱. میرمحمد صادقی، حسین، حقوق جزای بین‌الملل (مجموعه مقالات)، چاپ دوم، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۶، ص. ۱۹۱.

۲. نجفی ابردآبادی، علی‌حسین؛ حبیب‌زاده، محمدجعفر؛ شمس‌ناتری، محمدابراهیم، جرم سازمان یافته در جرم‌شناسی و حقوق جزا، مجله مدرس، دوره ۴، شماره ۴، ۱۳۷۹، ص. ۶۲.

تهدید و فاسد کردن کارمندان بهره می‌برد.^۱ در این تعریف گروه مجرمانه جزء مقوم قرار گرفته است، چرا که گروه مجرمانه در سازمان‌یافتنی عملیات مجرمانه، نقش تعیین‌کننده دارد. برخی از کنوانسیون‌های بین‌المللی مثل کنوانسیون دسامبر ۲۰۰۰ سازمان ملل متحد برای مبارزه با جرایم سازمان‌یافته فراملی معروف به کنوانسیون پالرمو در ماده ۲ از گروه مجرمانه سازمان‌یافته تعریف کرده‌اند به اینکه گروه سازمان‌یافته متشكل از سه نفر یا بیشتر است که برای دوره زمانی مشخص وجود داشته و به طور هماهنگ با هدف ارتکاب یک یا چند جرم یا تخلف شدید مندرج در این کنوانسیون به منظور تحصیل مستقیم یا غیر مستقیم منافع مالی یا سایر منافع مادی فعالیت می‌کند. در تعدادی از قوانین ایران مثل بند ۵ ماده ۷۵۴ قانون مجازات اسلامی (بخش جرایم راینه‌ای) و ماده ۲۸ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۳ دی ۱۳۹۲ به جرایم سازمان‌یافته اشاره دارند بدون اینکه تعریفی از آن ارائه دهند. فصل چهارم از بخش سوم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به جرایم گروهی اختصاص داده شده و تحت عنوان «گروه مجرمانه سازمان‌یافته» نام‌گذاری شده است. قانون‌گذار با استفاده از عبارت «سازمان‌یافته» در عنوان این فصل و متعاقب آن تعریف گروه مجرمانه در تبصره ۱ ماده ۱۳۰ ق.م.ا به دنبال بیان جرم توسط «گروه مجرمانه سازمان‌یافته» است، ولی لزوماً با لحاظ مفهوم سازمان‌یافته به شرح فوق نمی‌توان گفت چون گروه مجرمانه مذکور سازمان‌یافته است، هر جرمی که توسط آن واقع شود جرم سازمان‌یافته خواهد بود.

کلمه دیگری که توسط قانون‌گذار برای بیان فعالیت‌های مجرمانه گروهی استفاده شده است، باند مجرمانه است. طبق ماده واحده قانون تشديد مجازات جاعلين اسكنناس و واردکنندگان، توزيع‌کنندگان و مصرف‌کنندگان اسكنناس مجعلو ۱۳۶۸/۱/۲۹ هرکس اسكنناس رايج داخلی را بالمبasherه یا به واسطه جعل کند یا با علم به جعلی بودن توزيع یا مصرف نماید، چنانچه عضو باند باشد و یا قصد مبارزه با نظام جمهوري اسلامي ايران را داشته باشد به اعدام محکوم می‌شود. در قوانین کيفري ايران تعریف و ضابطه مشخصی برای تشخيص باند ارائه نشده است. باندها نقش کارآفرینان سازمان‌یافته‌ای را دارند که کالاهما و خدمات غیرقانونی خود را به بازار عرضه کرده و از این راه سود هنگفتی کسب می‌کنند^۲ که در واقع مشاركتی هماهنگ برای رسیدن به هدف خاص

1. Bassiouni, Cherif; Vetere, Edvardo, Organized Crime, Transnational Publisher, New York, 1998, p. 38.

2. مالوري، استیون، شناختی بر جرایم سازمان‌یافته، ترجمه تقی بختیاری و رسول نجار، انتشارات دانشگاه علوم انتظامی امین، ۱۳۹۲، ص. ۱۷۰.

است. اگر این مشارکت حداقل با سه عضو انجام گیرد، باند را باید یک گروه مجرمانه نیز دانست.

اصطلاح دیگری که در قوانین خاص استفاده شده شبکه یا تشکیلات مجرمانه است. ماده ۴ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری، مجازات کسانی را که با تشکیل یا رهبری شبکه چندنفری به امر ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری مبادرت ورزند، مورد تشدید قرار داده است. همین‌طور طبق بند «و» ماده یک قانون مجازات اخلالگران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۳۶۹ اقدام باندی و تشکیلاتی جهت اخلال در نظام صادراتی کشور به هر صورت از قبیل تقلب در سپردن پیمان ارزی یا تأديه آن و تقلب در قیمت‌گذاری کالاهای صادراتی به عنوان یکی از معیارهای شکل‌گیری اخلال در نظام اقتصادی است. شبکه در معنای لغوی به چند مؤسسه یا دستگاه وابسته به هم و یا چند نفر گفته می‌شود که در یک رشته کار می‌کنند.^۱ با این لحاظ بین جرایم گروهی مربوط به باند و شبکه مجرمانه که به صورت خاص در قوانین کیفری ذکر شده‌اند و تبصره ۱ ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی رابطه عموم و خصوص مطلق برقرار است؛ یعنی همه باندها و شبکه‌های مجرمانه که حداقل دارای سه عضو هستند گروه مجرمانه هم محسوب می‌شوند ولی همه گروه‌های مجرمانه باند یا شبکه مجرمانه محسوب نمی‌شوند، زیرا همه این باندها و شبکه‌های مجرمانه ویژگی‌های گروه مجرمانه را دارند ولی همه گروه‌های مجرمانه ویژگی‌های باندها و شبکه‌های مجرمانه را ندارند.

تحقیقاً تصویب ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به عنوان یک قانون عام نمی‌تواند موجب نسخ قوانین فوق‌الذکر مربوط به باند، شبکه و تشکیلات و جرایم سازمان‌یافته باشد که قوانین خاص هستند، چرا که در مباحث حقوقی که عمدهاً برگرفته از مباحث فقهی و اصولی است شناخته شده است در نگاه اول قانون عام لاحق نمی‌تواند قانون خاص سابق را نسخ کند^۲ که بحث در این خصوص از حوصله این مقاله خارج است. ولی مستفاد از نظریه اداره حقوقی به شماره ۷/۹۲/۹۶۴ ۷/۹۲/۵/۲۶ مورخ^۳

۱. جر، خلیل، فرهنگ لاروس، ترجمه سید‌حمدی طبییان، ۲، چاپ ششم، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۵، ص. ۱۲۴۶.

۲. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، چاپ ششم، تهران، اقبال، ۱۳۶۴، ص. ۱۰۷.

۳. نظریه شماره ۷/۹۲/۹۶۴ - ۷/۹۲/۵/۲۶ اداره حقوقی قوه قضائیه: «با توجه به اینکه مقتن در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ادر مقام ایجاد نظام خاصی برای مجازات «شروع به جرم» است، لذا در تمام مواردی که معمول ماده ۱۲۲ قانون مذکور است مجازات‌هایی به شرح بندهای ذیل این ماده تعیین نموده است. همچنین با توجه به لزوم یکسان‌سازی نحوه رسیدگی در امور قضائی که دربند ۷ سیاست‌های کلان مقام معظم رهبری مورد تأکید قرار گرفته است و با توجه به ماده ۷۲۸ قانون مزبور در خصوص لغو کلیه مقررات و قوانین مغایر با این قانون، به نظر این اطلاق شامل کلیه قوانین و مقررات خاص و عام در خصوص موضوع سوال است. زیرا چنانچه

نظر مخالفی هم وجود دارد مبنی بر اینکه عام جدید می‌تواند ناسخ قانون خاص قدیم باشد. در این صورت این نسخ مبتنی بر وضعیت خاصی است یا نظر دیگری هم بر اساس تفسیر به نفع متهم مطرح کرد به اینکه هر قانونی که مجازات آن کمتر باشد باید مورد توجه قاضی قرار گیرد که در این صورت منجر به تبعض در قوانین خواهد شد. قوانین خاص مربوط به جرایم سازمان یافته، باند، شبکه و تشکیلات را به دو دسته می‌توان تقسیم کرد: دسته اول قوانین خاص هستند که برای رهبری یا سرdestگی یک گروه مجرمانه مجازات تعیین کرده‌اند. در این موارد نمی‌توان مجازات رهبر یا سرdestه باند را که مجازاتش بر اساس قانون خاص تشدید یافته است، مجدداً به مجازات سرdestگی بر اساس ماده ۱۳۰ ق.م.ا. محکوم کرد. در این خصوص می‌توان به تبصره ماده ۲۸ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲ و ماده ۴ قانون تشدید مجازات مرتكبین ارتقاء و اختلاس و کلاهبرداری اشاره کرد. البته ممکن است گفته شود که صرف عضویت در شبکه مجرمانه مذکور در ماده ۴ فوق الذکر باعث می‌شود که مجازات آن شخص بر اساس این ماده تشدید گردد. یعنی تشدید مذکور هم شامل افرادی می‌شود که نقش رهبری و تشکیل شبکه‌ای مجرمانه را داشته‌اند و هم شامل دیگر اعضای شبکه می‌شود که چنین نقشی را نداشته‌اند. تحقیقاً این تفسیر محل تأمل است، چرا که بر خلاف تفسیر مضيق قوانین جزایی و بر خلاف نص ماده ۴ قانون مارالذکر است. در این ماده صراحةً بیان شده است کسانی که با «تشکیل یا رهبری شبکه چند نفری» مرتكب جرایم کلاهبرداری و ... شوند، بنابراین افراد مذکور حتماً باید تشکیل‌دهنده یا رهبر شبکه مجرمانه باشند تا مشمول ماده ۴ قانون فوق الذکر شوند. دسته دوم قوانینی هستند که صرفاً به جهت عضو بودن در باند، تشکیلات و شبکه مجرمانه، مجازات مرتكب تشدید می‌یابد. این گونه قوانین اشاره‌ای به سرdestه و رهبر شبکه یا باند ندارند. چنانچه شخصی رهبری یا مدیریت این باندها، شبکه‌ها و تشکیلات را داشته باشد، مجازاتش بر اساس ماده ۱۳۰ ق.م.ا. تحت عنوان سرdestگی نیز تشدید می‌شود. البته این تشدید مجازات مطابق با رأی وحدت رویه هیات عمومی دیوان عالی کشور به شماره ۵۷۱ مورخ ۱۳۷۰/۱۱/۱ نباید موجب تغییر صلاحیت محکمه رسیدگی کننده گردد.

قابل به عدم نسخ موارد خاص مندرج در قوانین جزایی در خصوص تعیین مجازات شروع به جرم باشیم، شاهد تفاوت و شدت و ضعف میزان مجازات و عدم تناسب آن خواهیم بود در نتیجه کلیه مقرراتی که در قانون به طور خاص برای «شروع به جرم» مجازات تعیین شده است با تصویب ولازم الاجرا شدن قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ملغی و مجازات شروع به جرم در تمام جرایم مطابق بندهای ذیل ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با رعایت ماده ۱۰ همان قانون تعیین می‌شود.»

یکی دیگر از مواردی که ممکن است با گروه مجرمانه خلط شود، تبانی برای ارتکاب جرم می باشد. در این خصوص می توان به ماده ۶۱۰ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات در رابطه با تبانی دو یا چند نفر جهت ارتکاب جرایم ضد امنیت داخلی و خارجی و همچنین ماده ۶۱۱ این قانون در خصوص تبانی دو یا چند نفر علیه اعراض یا نفوس یا اموال مردم به همراه تدارک مقدمات اجرایی اشاره کرد. تبانی برای ارتکاب جرم به معنای تشکیل گروه مجرمانه نیست، برای تشکیل گروه مجرمانه شرایط مقرر در تبصره ماده ۱۳۰ ق.م.ا نیاز است، یعنی اعضا گروه حداقل باید سه نفر و نسبتاً منسجم باشند، در حالی که برای تبانی مذکور در ماده ۶۱۰ و ۶۱۱ قانون مجازات اسلامی وجود دو نفر نیز کفايت می کند. از طرف دیگر مجازات سرديسته فرع بر وقوع جرم توسط گروه مجرمانه است، در حالی که در تبانی ممکن است هنوز جرمی توسط تبانی کنندگان اتفاق نیفتاده باشد. باید توجه داشت که همه گروهها الزاماً دارای سرديسته نیستند، برای مثال ممکن است چند نفر برای ارتکاب جرم تبانی کرده باشند و گروه مجرمانه شکل گرفته باشد ولی سرديسته نداشته باشد.

در برخی موارد نیز طبق قانون صرف تشکیل گروه یا عضویت در گروههای خاص جرم انگاری شده است، در این رابطه می توان به ماده ۴۹۸ و ۴۹۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ اشاره کرد، در این دو ماده صرف تشکیل اداره یا عضویت در گروهی که هدف آن برهم زدن امنیت کشور باشد مجازات دارد که منصرف از سرديستگی است. چنانچه تبانی و گروه مجرمانه مذکور در مواد بالا با گروه مجرمانه مذکور در تبصره ۱ ماده ۱۳۰ ق.م.ا تداخل و همپوشانی داشته باشند، در صورت ارتکاب جرم اعضا گروه به مجازات‌های مقرر در قانون برای آن جرم محکوم خواهند شد و سرديسته به حداقلتر مجازات جرم ارتکابی واقع شده محکوم خواهد شد و اگر جرم خاصی اتفاق نیفتاده باشد افراد تبانی کننده یا تشکیل‌دهنده گروه (فارغ از اینکه سرديسته باشند یا عضو عادی) صرفاً به مجازات تبانی یا تشکیل گروه یا عضویت در گروه (گروه مذکور در ماده ۴۹۸ و ۴۹۹) محکوم می شوند.

تشکیل گروه مجرمانه به منظور ارتکاب جرم می تواند با شخص حقوقی که مرتکب جرم می شود قابل مقایسه باشد، شخص حقوقی ممکن است یک شرکت یا مؤسسه باشد. ماده ۲۲ ق.م.ا برای شخص حقوقی که با انحراف از هدف مشروع نخستین، فعالیت خود را منحصرأ در جهت ارتکاب جرم تغییر داده باشد یا برای ارتکاب جرم بوجود آمده باشد مجازات انحلال را پیش‌بینی کرده است. البته این ادبیات قانون‌گذار محل تأمل است، چرا که با توجه به قانون تجارت امکان ثبت شخص حقوقی

که موضوع آن مخالف با نظم عمومی یا نامشروع^۱ باشد وجود ندارد. به تحقیق این نقد در صورتی وارد است که تشکیل شخص حقوقی را مستلزم ثبت آن بدانیم. اگر به وجودآورندگان شخص حقوقی با هدف ارتکاب جرم، شخص حقوقی را به صورت صوری تشکیل داده و تشریفات قانونی ثبت و تأسیس شرکت را رعایت کرده باشند با گروه مجرمانه که از همان ابتدا برای انجام جرم تشکیل می‌شود حکم واحدی خواهند داشت و هر دو گروه مجرمانه محسوب می‌شوند. این در صورتی است که شخص حقوقی باید حداقل سه نفر عضو داشته باشد. اعمال ماده ۲۲ ق.م.ا نسبت به شخص حقوقی مانع از اعمال ماده ۱۳۰ این قانون نسبت به مدیر شخص حقوقی که نقش سردستگی گروه مجرمانه را انجام دهد، نخواهد بود.

۲-۲. وقوع جرم با دخالت گروه مجرمانه

مسیر تحقق جرم را می‌توان به چهار قسم تقسیم نمود. ابتدا قصد ارتکاب جرم، سپس تهییه مقدمات ارتکاب جرم، آن گاه شروع به جرم و النهاية مرحله اجرای کامل جرم است.^۲ اینکه سرdestه در چه مرحله‌ای از جرم باید سرdestگی گروه مجرمانه را عهده‌دار باشد جای بحث است. به عبارت دیگر باید بررسی کرد که چگونه یک شخص می‌تواند در عملیات مجرمانه جرمی سرdestه گروه باشد ولی در نتیجه همان جرم سرdestه نباشد یا بالعکس.

در غالب جرایم مقید از نظر زمانی نتیجه جرم، متصل به عملیات مجرمانه می‌باشد و تفکیک زمانی بین این دو به سختی ممکن است. برای مثال در جرم سرقت که مستند به ماده ۲۶۷ ق.م.ا که عبارت از ربودن مال متعلق به غیر است همزمان با عملیات مجرمانه رباش، مال شخص دیگری ربوده می‌شود و نتیجه به وقوع می‌پیوندد. اما این فاصله همیشه متصل و نامحسوس نیست، در برخی جرایم مقید که وقوع نتایج خاص نظر قانون‌گذار است، فاصله‌ای بین عملیات مجرمانه و نتیجه حاصله ممکن است زمان زیادی طول بکشد. مثلاً به صراحت ماده ۳ قانون مواد خوارکی آشامیدنی و بهداشتی مصوب ۱۳۴۶ (اصلاحی ۱۳۵۳/۱۲/۱۸) «در صورتی که مصرف مواد خوردنی و آشامیدنی و آرایشی و بهداشتی منجر به فوت مصرف‌کننده گردد، مجازات سازنده یا تهیه‌کننده یا مخلوط‌کننده اعدام است و در سایر موارد مذکور در ماده یک در صورتی

۱. ماده ۵۸۶ قانون تجارت: مؤسسات و تشکیلاتی را که مقاصد آنها مخالف با انتظامات عمومی یا نامشروع است نمی‌توان ثبت کرد.

2. Chawla, Monika, Criminal Attempt and Punishment, New Delhi, Deep and Deep publication, 2006, p. 2.

که منجر به فوت شود مجازات مرتكب سه تا پانزده سال حبس جنایی درجه یک است». همان‌طور که واضح است این جرم مقید به نتیجه فوت هست که ممکن است مدت‌ها بعد از ارتکاب جرم حاصل شود و یا اصلاً این نتیجه حاصل نشود. با فرض اینکه این جرایم توسط گروه مجرمانه مشمول ماده ۱۳۰ ق.م.ا به وقوع بپیوندد ممکن است شخص در زمان ارتکاب جرم یعنی در زمان ارتکاب هر یک از اعمال عرضه یا فروش جنسی به جای جنس دیگر، مخلوط کردن مواد خارجی به جنس به منظور سوءاستفاده یا سایر موارد مذکور در ماده یک همان قانون سرdestه گروه مجرمانه باشد، لکن در زمان حاصل‌شدن هر یک از نتایج که در مواد بعدی ذکر شده‌اند مثل فوت، سرdestه گروه نباشد. در این موارد باید زمان اعمال سرdestگی یعنی طراحی، تشكیل، سازمان‌دهی یا اداره گروه مجرمانه ملحوظ نظر باشد، چرا که عملیات مجرمانه تحت تأثیر اعمال سرdestگی ارتکاب یافته است و در زمان تحقق نتیجه سرdestه بودن یا نبودن شخص تأثیری در حصول نتیجه ندارد. چنانچه شخصی بعد از آنکه گروهی را تشکیل داد و یا طراحی یا سازمان‌دهی کرد فوت نماید و سرdestگی گروه را شخص دیگری بر عهده بگیرد و یکی از اعضای گروه جرمی را در نتیجه اعمال سرdestه قبلی انجام دهد، سرdestه جدید نیز به حداکثر مجازات مباشر آن جرم محکوم و مجازات می‌شود، چرا که جرم تحت اداره و مدیریت سرdestه جدید واقع شده است.

جز در برخی جرایم خاص مانند تبانی و تهیه مقدمات اولیه مذکور در مواد ۶۱۰ و ۶۱۱ قانون مجازات اسلامی که خود جرایم مستقلی محسوب می‌شوند، مرحله‌ای که پیش از انجام جرم تمام جرم‌انگاری شده باشد، شروع به جرم است. شاید این امر به این دلیل باشد که شروع به جرم خطواناک است^۱ و تا حدودی حالت خطواناک مجرم را نمایان می‌سازد.^۲ قانون مجازات اسلامی در ماده ۱۲۲ در رابطه با شروع به جرم بیان می‌دارد: «هر کس قصد ارتکاب جرمی کرده و شروع به اجرای آن نماید، لکن به واسطه عامل خارج از اراده او قصدش معلق بماند...». عبارت «عامل خارج از اراده» هم شامل عوامل خارجی و هم شامل عوامل منتبه به شخص مرتكب است؛ بنابراین می‌توان گفت که ماده ۱۲۲ قانون فوق‌الذکر علاوه بر شروع به جرم، جرم عقیم را نیز در بر می‌گیرد،^۳ زیرا آن قسمت از عوامل خارج از اراده که مربوط به موانع خارجی است،

۱. محسنی، مرتضی، دوره حقوق جزای عمومی (پدیده جنایی)، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲، ص. ۱۶۰.

۲. فلچر، جورج. پی، مفاهیم بنیادین حقوق کیفری، ترجمه سیدمهدی سیدزاده ثانی، چاپ دوم، تهران، گروه پژوهشی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۹، ص. ۲۹۸.

۳. رهارپور، حامد؛ چنگایی، فرشاد، «بررسی شروع به جرم، جرم عقیم و جرم محال در لایحه مجازات اسلامی با نگاهی به سیر قانون‌گذاری»، پژوهشنامه حقوق کیفری، شماره ۳، ۱۳۹۰، ص. ۶۷.

منجر به تحقق شروع به جرم می‌گردد^۱ و آن قسمت از عوامل خارج از اراده که منتب به شخص مرتكب است منجر به تحقق جرم عقیم می‌گردد.^۲ در ادامه تبصره ماده مزبور در مقام بیان جرم محال مقرر می‌کند «هرگاه رفتار ارتکابی ارتباط مستقیم با ارتکاب جرم داشته، لکن به جهات مادی که مرتكب از آنها بی‌اطلاع بوده، وقوع جرم غیرممکن باشد اقدام انجام شده در حکم شروع به جرم است». در صورتی که حداقل یکی از اعضای گروه مجرمانه مرتكب شروع به جرم، جرم عقیم یا جرم محال منتب به گروه شود، می‌توان سرdestه را بر اساس ماده ۱۳۰ ق.م.ا. مجازات کرد. البته باید در نظر داشت که همه شروع به جرم‌ها قابل مجازات نیستند. بر اساس بندهای (الف) تا (پ) ماده ۱۲۲ این قانون جرایمی که مجازاتشان کمتر از درجه ۵ است، شروع به جرمشان مجازات ندارد که به جرایم محال نیز تسری می‌یابد. لذا سرdestگی در جرایم با این مجازات‌های تعزیری هم جرم نیست و چون شروع به جرم تعزیرات درجات ۶ و ۷ و ۸ جرم نیست این افراد (سرdestه) به عنوان معاون در شروع به جرم این جرایم هم قابل مجازات نخواهند بود.

۳-۲. شرایط سرdestه

در بیشتر مواقع ارتکاب جرم به پیشنهاد سرdestه انجام می‌گیرد.^۳ اشخاصی که ارتکاب جرم را پیشنهاد می‌دهند اغلب خودشان گروه را سازماندهی و اداره می‌کنند، در حالت معمول اشخاصی می‌توانند سرdestگی گروه مجرمانه را بر عهده گیرند که نسبت به سایر اعضای گروه به لحاظ توانایی مدیریتی از برتری نسبی برخوردار باشند. موارد سرdestگی که در تبصره ۲ ماده ۱۳۰ ق.م.ا. (سازماندهی، طراحی، تشکیل و اداره گروه) بیان شده اغلب از اموری هستند که نیاز به تفکر و درک کامل از رفتار دارند. از این رو نمی‌توان گفت صرف اینکه یک شخص بتواند مرتكب جرم شود، می‌تواند سرdestه گروه نیز باشد. اشخاصی مانند طفل ممیز یا معتوه هر چند ممکن است عضو گروه مجرمانه باشند، ولی نمی‌توانند سرdestه باشند. در رابطه با اشخاص حقوقی نیز باید گفت که هر چند ارتکاب هر یک از اعمال سرdestگی یعنی طراحی، سازماندهی، تشکیل و اداره گروه مجرمانه می‌تواند توسط شخص حقوقی انجام گیرند لکن با توجه به شخصیت اعتباری و تبعی شخص حقوقی رفتارهای مذکور منتب به شخص حقیقی

۱. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، دو جلد، جلد اول، چاپ ششم، تهران، میزان، ۱۳۸۳، ص. ۲۲۴.

۲. صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، چاپ اول، تهران، طرح نو، ۱۳۸۲، ص. ۳۵۷.

3. Porter, L. E.; Alison, L. J., "Leadership and hierarchies in criminal groups: Scaling degrees of leader behaviour in group robbery", Legal and Criminological Psychology, vol. 11, issue 2, 2006, p. 7.



است، از این‌رو در نهایت شخص حقیقی است که باید سرdestگی گروه مجرمانه را بر عهده بگیرد. به علاوه توجه به لفظ «هرکس» در صدر ماده ۱۳۰ این قانون نیز که مختص اشخاص حقیقی است، دلالت بر آن دارد که صرفاً اشخاص حقیقی هستند که می‌توانند سرdestگی گروه مجرمانه را بر عهده بگیرند.

هر یک از اعمال مذکور در تبصره دو ماده ۱۳۰ ق.م.ا می‌تواند توسط شخص یا اشخاص مختلف به تنها یی یا با مشارکت هم به وقوع بپیونددند. برای مثال در مواردی ممکن است دو نفر با مشارکت یکدیگر گروهی را طراحی کنند یا با مشارکت یکدیگر گروه را اداره کنند. در این موارد می‌توان هر دو نفر را طبق ماده ۱۳۰ ق.م.ا به مجازات سرdestگی محکوم کرد. در برخی گروه‌ها هم ممکن است یک شخص طراحی گروه را اجرا کند، شخص دیگر تشکیل گروه، شخص دیگری سازمان‌دهی و یک شخص دیگر نیز اداره گروه را بر عهده بگیرد و هر چهار نفر عضو یک گروه باشند. در این صورت می‌توان هر چهار نفر را با عنوان سرdestگی مورد مجازات قرار داد. تعدد سرdestه‌ها ممکن است به شکل دیگری نیز مطرح باشد. برای مثال یک گروه ۱۵ نفری به سه زیر گروه پنج‌نفره که دارای شرایط گروه مجرمانه‌ای مذکور در ماده ۱۳۰ مارژال ذکر هستند، تقسیم شده و هر زیر گروه نیز دارای یک سرdestه باشد. در صورتی که اعضای زیرگروه‌ها مرتکب جرم شوند هر یک از سرdestه‌های زیر گروه‌ها را می‌توان طبق ماده ۱۳۰ فوق‌الذکر به مجازات سرdestگی محکوم کرد، از این‌رو سرdestگی دقیقاً متزلف با رهبری، فرماندهی و ریاست نیست، چرا که اصولاً یک گروه نمی‌تواند بیش از یک رهبر، فرمانده یا رئیس داشته باشد، اما یک گروه مجرمانه می‌تواند بیش از یک سرdestه داشته باشد. همین‌طور با دقت نظر در تعریف گروه مجرمانه که عبارت است از گروه نسبتاً منسجم و متخلک از حداقل سه نفر که برای ارتکاب جرم تشکیل یافته یا پس از تشکیل هدف آن برای ارتکاب جرم منحرف می‌شود؛ به این نتیجه می‌رسیم که تعداد سرdestه مورد توجه قانون‌گذار نبوده است به طوری که ممکن است هر یک از اعضای گروه سرdestگی یکی از اهداف گروه را بر عهده گرفته باشند. البته به لحاظ عرفی باید تنسابی بین تعداد سرdestه و تعداد اعضای گروه مجرمانه باشد یعنی به نسبت هر سرdestه حداقل دو نفر عضو عادی نیز وجود داشته باشد، بنابراین چنانچه در یک گروه سه نفره هر کدام از آنها تشکیل، طراحی و سازمان‌دهی گروه را انجام داده باشند، نمی‌توان گفت هر سه نفر سرdestه گروه مجرمانه هستند. در این صورت می‌توان شخصی که مدیریت گروه را بر عهده دارد سرdestه گروه دانست.

۳. مجازات سرdestگی

سرdestه با انجام طراحی، تشکیل، سازمان‌دهی یا اداره گروه مجرمانه، نقش مهمی در تحقیق جرم دارد. قانون‌گذار در تشدید مجازات سرdestه به نوع جرمی که

اعضای گروه در راستای اهداف گروه انجام می‌دهند، توجه داشته و بین جرایم مستلزم مجازات‌های تعزیری از یک طرف و جرایم مستوجب حد و قصاص و دیه از طرف دیگر تفکیک قابل شده است. بر اساس ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی هر کس سردستگی یک گروه مجرمانه را بر عهده گیرد، به حداکثر مجازات جرمی که اعضای آن گروه در راستای اهداف همان گروه مرتكب می‌شوند، محکوم می‌گردد. این قسمت از ماده حکم سردستگی را در جرایم تعزیری بیان کرده و تفاوتی بین تعزیرات منصوص شرعی و غیرمنصوص شرعی قائل نشده است.

اعضای گروه مجرمانه ممکن است مرتكب جرایم متعدد تعزیری یا چند جرم مستلزم حد و قصاص همراه با چند جرم تعزیری شوند. اگر جرایم انجام‌گرفته فقط از نوع جرایم تعزیری تا سه جرم باشند، با لحاظ قسمت اول ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی در خصوص تعدد جرم و ماده ۱۳۰ این قانون حداکثر مجازات‌های هر یک از جرایم ارتکابی برای سردسته در دادنامه تعیین ولی وی فقط متتحمل حداکثر مجازات شدیدترین جرم می‌گردد و اگر جرایم ارتکابی گروه مجرمانه صرفاً جرایم مستلزم حد یا قصاص باشد با لحاظ ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی حداکثر مجازات هر یک از معاونت‌های ارتکابی برای سردسته تعیین می‌شود ولی فقط حداکثر مجازات شدیدترین مجازات معاونت در دادنامه به اجرا در می‌آید. در صورتی که تا سه جرم ارتکابی گروه مجرمانه از جرایم مستلزم تعزیر همراه با ارتکاب جرایم مستلزم حد و قصاص باشد، بر اساس مواد فوق الذکر سردسته در دادنامه صادره به حداکثر مجازات جرایم تعزیری و حداکثر مجازات معاونت در جرایم مستلزم حد و قصاص محکوم می‌شود و هر کدام که شدیدتر باشد بر ولی تحمیل می‌گردد. اگر گروه مجرمانه بیش از سه جرم مرتكب شوند، چون سردسته با انجام سردستگی ماهیتاً مرتكب معاونت به جرایم مختلفی شده است تعدد حاصل می‌شود، طبق ملاک فوق عمل می‌گردد. لذا بین مجازات‌های معاونت‌های صورت گرفته که تماماً تعزیری محسوب می‌شوند با لحاظ ماده ۱۳۴ قانون مارالذکر به اینکه هرگاه جرایم ارتکابی بیش از سه جرم باشد مجازات هر یک را بیش از حداکثر مجازات مقرر قانونی مشروط به اینکه از حداکثر به اضافه نصف آن تجاوز نکند، تعیین می‌نماید و مجازات اشد به اجرا در می‌آید. در هر حال با لحاظ تعزیری بودن انواع مجازات‌ها (حدود، قصاص و تعزیرات) فقط یک مجازات علیه او به اجرا در می‌آید، در حالی که مباشر جرایم حدی متعدد از انواع مختلف باید مجازات هر کدام از مجازات‌های حدی را تحمل کند که در مقایسه با یکدیگر از این جهت که نقش سردسته کمتر از مباشر در ارتکاب جرم نیست محل تأمل است.

در صورتی که سرديسته علاوه بر سرديستگی، مباشرت در جرمی نيز داشته باشد با توجه به اينکه مباشرت در جرم خاص و سرديستگی (اعم از تشکيل، سازماندهی، طراحی یا اداره) ماهيّتاً رفتارهای جدگانه و مستقلی محسوب می‌شوند، بين رفتارهای انجام‌گرفته تعدد حاصل می‌شود. با اعمال قواعد تعدد در صورتی که تعداد جرائم انتسابی کمتر از سه جرم باشد تأثیری در ميزان مجازات سرديسته نخواهد داشت، چرا که در تعدد تا سه جرم مرتكب به حداکثر شدیدترین جرم انجام‌گرفته محکوم می‌شود که همانند مجازات سرديستگی است. لكن اگر جرائم انجام‌گرفته بيش از سه جرم باشد، مجازات سرديسته علاوه بر حداکثر مجازات شدیدترین جرم بر اساس مقررات تعدد در اين ماده تشدید می‌يابد و به حداکثر مجازات شدیدترین جرم به اضافه تا نصف آن مجازات نيز محکوم می‌شود. عوارض شخصی که بر تعیين کيفر اثر می‌گذارند مانند كيفيات مشدده يا مخففه بر کيفر سرديسته بي اثر است.

گاهی ممکن است جرمی که توسط اعضای گروه اتفاق می‌افتد در قالب معاونت باشد، برای قریب به ذهن شدن سرديستگی در معاونت، مثالی در اين رابطه ذكر می‌گردد: يكى از اعضای گروهی که برای ترور يك مقام سیاسی تشکيل گردیده شخصی را نسبت به قتل وی تحريک کرده باشد و شخص مذکور که خارج از گروه می‌باشد اين مقام را به قتل رسانده باشد، در اين حالت جرمی که توسط عضو گروه صورت گرفته معاونت است، در اين صورت سرديسته نيز به حداکثر مجازات معاونت در جرم انجام‌گرفته محکوم خواهد شد. البته در برخی موارد نيز ممکن است شخصی معاون سرديسته باشد. برای مثال شخصی شخص دیگری را برای تشکيل يا طراحی يك گروه مجرمانه ترغیب کند. در اين صورت با توجه به اينکه سرديستگی خود يك جرم مستقلی نیست بلکه ماهيّتاً معاونت در جرم می‌باشد. پس معاونت در سرديستگی معاونت در معاونت جرم اصلی است، لذا مجازات معاون سرديسته را نباید بر اساس مجازات سرديسته تعیين کرد بلکه مجازات معاون هر جرمی هم با استناد به ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی تعیين خواهد شد.

بر اساس قسمت دوم ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی در جرائم مستلزم حد، قصاص و ديه، سرديسته به حداکثر مجازات معاونت در آن جرم محکوم می‌شود. با توجه به قائم به شخص بودن اين جرائم و تعریف مشخص شرع از جرائم مستلزم حد و قصاص قانون‌گذار نخواسته است مجازات مباشر را بر سرديسته که ماهيّتاً معاون جرم است، تحمیل کند. البته ذکر ديه در اینجا ناظر به مواردی است که ديه بدل از جنایات عمدى باشد نه جنایات غيرعمدى، چرا که سرديستگی در جرائم غيرعمدى قابل تصور نیست.

با لحاظ قانون مجازات اسلامی راجع به محاربه و افساد فیالارض در مواد ۲۷۹ الی ۲۸۵ قسمت آخر ماده ۱۳۰ ق.م.ا که بیان میدارد «زمانی که عنوان محارب یا مفسد فیالارض بر سرdestه گروه مجرمانه صدق کند حسب مورد به مجازات محارب یا مفسد فیالارض محکوم میشود» زائد به نظر میرسد؛ چرا که بدیهی است اگر عنوان محارب یا مفسد فیالارض بر اساس ضوابط مقرر در مادههای ۲۷۹ و ۲۸۶ ق.م.ا بر سرdestه صدق کند به مجازات آن محکوم میشود و نیازی به ذکر مجدد نیست، مگر اینکه قانون گذار نظر داشته باشد که بدون اینکه سرdestه در عملیات مجرمانه محاربه و افساد فیالارض مباشد کند به سبب نقش مهمش وی را به مجازات محاربه یا مفسد فیالارض محاکوم کند که ظاهر عبارت قانون گذار این چنین نیست. از آنجا که با مدیریت سرdestه است که جرم محاربه یا افساد فیالارض بوقوع میپیوندد، چنانچه نظر قانون گذار مطابق با ملاک مجازات سرdestگی که حداقل مجازات مباشد آن جرم است در خصوص مجازات سرdestه گروه محاربه و افساد فیالارض نیز همان مجازات محارب یا مفسد فیالارض باشد، قسمت آخر ماده باید با عبارت زیر تنظیم و اصلاح شود: «در محاربه و افساد فیالارض زمانی که عنوان محارب یا مفسد فیالارض بر یکی از اعضا گروه صدق کند، سرdestه حسب مورد به مجازات محاربه یا مفسد فیالارض محکوم میشود». همچنان که قانون گذار در فصل نهم از کتاب دوم قانون مجازات اسلامی تحت عنوان بغی و افساد فیالارض در ماده ۲۸۶ این قانون «معاونت» در برخی جرایم از جمله جرایم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور را با شرایط خاصی مثل گستردن ارتکاب جرم و اخلال شدید در نظام عمومی کشور مفسد فیالارض محسوب و مجازات وی را اعدام اعلام کرده است، با الغای خصوصیت، دلالت بر پیروی قانون گذار از ملاک واحد دارد چرا که سرdestگی در محاربه نیز که ماهیتاً معاونت در جرم است میتواند این چنین باشد و نباید در تعارض و مستثنای از آن در نظر گرفته شود، مگر وی مشمول وضعیت خاصی دانسته شود که از عبارات مواد قانون مجازات اسلامی مفهوم نیست.

نتیجه‌گیری

قانون‌گذار در ماده ۱۳۰ ق.م.ا سرdestه را به حداکثر مجازات شدیدترین جرمی که اعضای آن گروه در راستای اهداف همان گروه مرتكب شوند محکوم کرده است مگر آنکه جرم ارتکابی موجب حد یا قصاص یا دیه باشد که در این صورت به حداکثر مجازات معاونت در آن جرم محکوم می‌شود. هر کدام از اعمال طراحی، تشکیل، سازمان‌دهی و اداره گروه مجرمانه اگر تحت عنوان سرdestگی مورد اشاره قانون‌گذار قرار نمی‌گرفت، می‌توانست تحت عنوان معاونت در جرم مورد مجازات قرار گیرد. بنابراین ماهیت سرdestگی معاونت در جرم است که چون قانون‌گذار به خاطر اهمیت نقش سرdestه در ماده ۱۳۰ ق.م.ا مجازات خاصی را پیش‌بینی کرده است، عامل مشددۀ مجازات هم می‌باشد. غیر از ماده ۱۳۰ ق.م.ا در برخی قوانین خاص نیز ارتکاب جرم به صورت گروهی از موارد تشديد مجازات در نظر گرفته شده است. مسلماً تصویب ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ موجب نسخ مجازات مرتكبان قوانین فوق‌الذکر نشده است. قوانین خاص مربوط به جرایم سازمان‌یافته و باند و تشکیلات به دو دسته تقسیم می‌شوند. قوانینی که برای رهبری یا سرdestگی یک گروه مجرمانه مجازات تعیین کرده‌اند. در این موارد نمی‌توان مجازات رهبر یک باند را که مجازاتش بر اساس قانون خاص تشديد یافته است، مجدداً به مجازات سرdestگی بر اساس ماده ۱۳۰ ق.م.ا محکوم کرد. در این خصوص می‌توان به تبصره ماده ۲۸ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲ و قوانین مشابه دیگر اشاره کرد. دسته دوم قوانینی هستند که صرفاً به جهت عضو بودن در باند، تشکیلات و شبکه مجرمانه مجازات مرتكب تشديد می‌یابد. اين گونه قوانین اشاره‌ای به سرdestه و رهبر شبکه یا باند ندارند. چنانچه شخصی رهبری یا مدیریت این باندها، شبکه‌ها و تشکیلات را داشته باشد، مجازاتش بر اساس ماده ۱۳۰ ق.م.ا تحت عنوان سرdestگی حداکثر مجازات جرم ارتکابی خواهد بود.

افرادی می‌توانند عضو گروه مجرمانه شوند که قابلیت تحمل مسئولیت کیفری را داشته باشند، یعنی عاقل، بالغ و مختار باشند. بر این اساس اشخاص حقوقی نمی‌توانند عضو گروه مجرمانه شوند یا سرdestگی گروه مجرمانه را بر عهده گیرند، چرا که شخصیت اشخاص حقوقی، یک شخصیت اعتباری و نشأت‌گرفته از اشخاص حقیقی و اهداف آنها است. با لحاظ اینکه حداقل اعضای گروه باید سه نفر باشد، زمان سرdestگی گروه زمان طراحی، تشکیل، سازمان‌دهی یا اداره گروه مجرمانه است نه زمان جرم که از

این جهت در صورت وقوع جرم کاهش اعضای گروه به زیر سه نفر تأثیری در مجازات سرdestه ندارد.

پیشنهاد می‌شود با توجه به مواد ۲۷۹ و ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی چون قسمت آخر ماده ۱۳۰ این قانون راجع به جرم محاربه یا افساد فی‌الارض زائد به نظر می‌رسد، حذف گردد یا اگر به لحاظ سبب مؤثر سرdestه در وقوع این جرم، نظر بر مجازات محاربه و افساد فی‌الارض است با عبارات زیر اصلاح گردد: «اگر عنوان محارب یا مفسد فی‌الارض بر یکی از اعضای گروه صدق کند، سرdestه نیز به مجازات محاربه یا مفسد فی‌الارض محاکوم می‌شود».

منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، کفایه الاصول، ترجمه جمشید سمعیعی، انتشارات خاتم الانبیاء، اصفهان، ۱۳۸۶.
- اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، دوجلد، جلد اول، چاپ ششم، تهران، میزان، ۱۳۸۳.
- بیرو، آلن، فرهنگ علوم اجتماعی، ترجمه باقر ساروخانی، تهران، انتشارات کیهان، ۱۳۶۶.
- پاد، ابراهیم، حقوق کیفری اختصاصی، چاپ سوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۲.
- جر، خلیل، فرهنگ لاروس، ترجمه سید حمید طبیبیان، ج ۲، چاپ ششم، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۵.
- حسینی، احمد؛ طریحی، فخرالدین بن محمد، مجمع البحرين، ج ۶، چاپ دوم، نشر مرتضوی، ۱۳۶۵.
- رهدارپور، حامد؛ چنگایی، فرشاد، «بررسی شروع به جرم، جرم عقیم و جرم محال در لایحه مجازات اسلامی با نگاهی به سیر قانون گذاری»، پژوهشنامه حقوق کیفری، شماره ۳، ۱۳۹۰.
- صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، چاپ اول، تهران، طرح نو، ۱۳۸۲.
- عضدانلو، حمید، آشنایی با مفاهیم اساسی جامعه‌شناسی، تهران، نشر نی، ۱۳۸۴.
- فتحی، محمدجواد، «بررسی انتقادی کیفیات مشدده عمومی در قانون مجازات اسلامی»، مجتمع آموزش عالی، شماره ۷ و ۸، پاییز و زمستان ۱۳۷۹.
- فتحی، محمدجواد؛ چنگایی، فرشاد؛ رهدارپور، حامد، «تحدید قلمرو جرم محال»، حقوق اسلامی، سال دهم، شماره ۳۷.
- فرهودی‌نیا، حسن، جرایم ناقص (بررسی تطبیقی)، چاپ اول، تبریز، انتشارات فروزن، ۱۳۸۸.
- فلچر، جورج پی، مفاهیم بنیادین حقوق کیفری، ترجمه سیدمهدی سیدزاده ثانی، چاپ دوم، تهران، گروه پژوهشی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۹.
- کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، چاپ ششم، تهران، اقبال، ۱۳۶۴.
- مالوری، استیون، شناختی بر جرایم سازمان یافته، ترجمه تقی بختیاری و رسول نجار، انتشارات دانشگاه علوم انتظامی امین، ۱۳۹۲.
- محسنی، مرتضی، دوره حقوق جزای عمومی (پدیده جنایی)، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲.
- مرعشی، محمدحسن، دیدگاه‌های حقوقی قضایی (تقریرات درسی دوره دکتری جزا مدرسه عالی شهید مطهری)، شماره ۱، ۱۳۷۵.
- میرمحمد صادقی، حسین، حقوق جزای بین‌الملل (مجموعه مقالات)، چاپ دوم، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۶.
- نجفی، محمدحسن، جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۱، ۱۵، ۱، بیروت، موسسه المرتضی العالمیه، ۱۴۱۲ ق.

-
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین؛ حبیبزاده، محمد جعفر؛ شمس ناتری، محمد ابراهیم، جرم سازمان یافته در جرم‌شناسی و حقوق جزا، مجله مدرس، دوره ۴، شماره ۴، ۱۳۷۹.
 - نوربها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۸۸.
- Bassiouni, Cherif; Vetere, Edvardo, *Organized Crime*, Transnational Publisher, New York, 1998.
- Chawla, Monika, *Criminal Attempt and Punishment*, New Delhi, Deep and Deep publication, 2006.
- Porter, L. E.; Alison, L. J., "Leadership and hierarchies in criminal groups: Scaling degrees of leader behaviour in group robbery", *Legal and Criminological Psychology*, vol. 11, issue 2, 2006.
- Tyler, T. R., "Leadership and cooperation in groups", *American Behavioral Scientist*, vol. 45, issue 5, 2002.
- Warr, M., "Organization and instigation in delinquent groups", *Criminology*, vol. 34, issue 1, 1996.

طرح امور موضوعی و آثار آن در دعواه مدنی

عبدالله شمس*

ابراهیم تقیزاده**

کامران میرحاجی***

چکیده

امور موضوعی، مجموعه وقایع مادی و حقوقی است که هر یک از اصحاب دعوا برای توجیه و تقویت خواسته و ادعای خود، ارائه و برای اثبات آن تلاش می‌نمایند. معلوم نبودن وظایف و اختیارات هر یک از اصحاب دعوا و دادرس در طرح امور موضوعی، امکان یا عدم امکان طرح امور موضوعی در تمامی مراحل دادرسی و چگونگی تأثیر امور موضوعی در نتیجه دادرسی، جملگی از مسائل مهم دادرسی است که به لحاظ سکوت قانون آیین دادرسی مدنی، ابهاماتی را برای دادرسی صحیح مدنی ایجاد نموده‌اند. ارائه امور موضوعی و بیان موضوعات عمدتاً به عهده اصحاب دعواست؛ اما به تدریج با اصلاح قوانین نقش انفعالی دادگاه‌ها تعدیل شد و اهمیت نقش دادرس در کنار اصحاب دعوا، در تحقق عدالت پررنگ‌تر گردید. ارائه و اثبات امور موضوعی در هر مرحله از رسیدگی دادگاه نخستین و تجدیدنظر ممکن است و با طرح ادعای جدید متفاوت است. دادگاه نمی‌تواند بدون آنکه امور موضوعی به اندازه و به کیفیتی ارائه شده باشد که اعمال قاعده حقوقی مورد نظر را توجیه نماید، مبادرت به صدور رأی ماهیتی به نفع خواهان نماید و دادگاه تجدیدنظر نیز چنانچه امور موضوعی را به گونه‌ای دیگر تشخیص دهد، حکم تجدیدنظر خواسته را فسخ و رأی جدید صادر خواهد کرد. پس از قطعیت حکم نیز دیوان عالی کشور در رسیدگی فرجامی، چنانچه کشف کند که امور

* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

Shams@derakpub.com

Taghizaadeh@gmail.com

Mirhajikamran@gmail.com

** عضو هیأت علمی گروه حقوق دانشگاه پیام نور تهران

*** دانشجوی دکتری دانشگاه پیام نور تهران

تاریخ پذیرش: ۹۶/۰۷/۱۱ تاریخ دریافت: ۹۵/۱۱/۱۷

موضوعی ارائه شده کافی برای توجیه اعمال قاعده حقوقی مورد استناد نیست؛ رأی فرجام خواسته را به علت فقدان اساس قانونی نقض خواهد کرد. در رفع ابهام و اجمال از حکم و تشخیص اعتبار امر قضاوت شده نیز امور موضوعی تأثیر مستقیم دارد.

کلیدوازه‌ها: امور موضوعی، موضوع دعوا، جهات موضوعی، دلیل و امور حکمی.

مقدمه

یکی از مباحث مهم آیین دادرسی مدنی که در عمل آثار قابل توجهی دارد، لکن با توجه به نحوه نگارش مواد قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، کمتر مورد توجه قرار گرفته، امور موضوعی و مسائل مربوط به آن است. علاوه بر نقص قانون‌گذاری، علی‌رغم تأثیر بهسزای آن در تمامی مراحل دادرسی از زمان پذیرش دادخواست تا مراحل مربوط به شکایت از آراء، در آموزه‌های حقوقی نیز تاکنون به جز چند مقاله که بیشتر مباحث تئوری مربوط به امور موضوعی در آنها مطرح شده به این بحث توجهی نشده است. از این‌رو در این مقاله، طرح امور موضوعی و آثار آن در دعوای مدنی مورد بررسی قرار می‌گیرد؛ به نحوی که سوال اصلی مقاله در خصوص «چگونگی ارائه امور موضوعی از ناحیه اصحاب پرونده و تأثیر آن بر تصمیمات دادرس و روند رسیدگی در مراحل مختلف» است و فرضیه مربوطه نیز بر این اساس است که طرح و اثبات امور موضوعی بر اساس اصل تسلیط، تکلیف اصحاب دعواست؛ دادرس نیز از دخالت در طرح امور موضوعی به جز مواد استثنایی (امور غیرترافعی) ممنوع است. این امر از ناحیه دادگاه تجدیدنظر و دیوان عالی کشور نیز مورد نظرات است.

در این راستا ابتدا می‌بایست امور موضوعی را شناخت و سپس آن را از اصطلاحات مشابه تفکیک نمود و بعد نقش دادرس و اصحاب دعوا را در ارائه و اثبات امور موضوعی تحلیل نمود و همین‌طور تأثیر امور موضوعی در دعوای مدنی تا صدور حکم قطعی در دادگاههای نخستین و تجدیدنظر و پس از آن در دیوان عالی کشور را مشخص تا زمینه لازم جهت نتیجه‌گیری فراهم گردد. لذا در این مقاله به موارد مذکور پرداخته می‌شود.

۱. شناسایی امور موضوعی

در این قسمت به لحاظ نبود تعریف قانونی، ابتدا مفهوم امور موضوعی از دیدگاه حقوق‌دانان بررسی و سپس با مفاهیم مشابه شامل «امور حکمی»، «دلیل» و «موضوع دعوا» مقایسه خواهد شد.

۱-۱. مفهوم امور موضوعی

در قوانین ایران تعریفی از «امور موضوعی» دیده نمی‌شود. با این حال در نوشته‌های حقوق‌دانان تعاریف متعددی ارائه شده است. برخی معتقدند «جنبه موضوعی دعوا شامل اعمال حقوقی یا واقعی است که سبب اولیه طرح دعوا شده و مبنای آن را

تشکیل می‌دهند.^۱ این تعریف از این جهت دارای اشکال است که با تعریف برخی حقوق دانان از «سبب دعوا» منطبق است، به نحوی که برخی سبب دعوا را امور موضوعی می‌دانند که از نظر حقوقی توصیف شده باشند.^۲

برخی دیگر گفته‌اند که «امر موضوعی» که بدان «موضوع»^۳ یا «واقعه»^۴ نیز می‌گویند به طور کلی و عام به معنای هر رویدادی است که اثری به همراه دارد. این رویداد می‌تواند جسمی، مکانیکی و یا گروهی یا فردی باشد. یعنی هر گونه رویداد صرف نظر از حکم اثر ناشی از آن در قوانین و مقررات یا اصول حقوقی، در این معنا «امر موضوعی یا ماهوی» را مفهومی در مقابل «امر حکمی یا قانونی» دانسته‌اند.^۵

برخی نیز عنوان داشته‌اند که هر مسئله‌ای که محتوای آن بتواند در مورد وجود یک واقعه‌ای اطلاع بدهد، مسئله‌ای موضوعی است، خواه طرفین دعوا آن را انجام داده باشند یا شرایط محیطی و اوضاع و احوال آن را به وجود آورده باشد؛ به شرط آنکه بررسی محتوای آن مسئله مستلزم ملاحظه متن قانونی نباشد.^۶

آنچه از این تعاریف و تعاریف دیگر حقوق دانان بر می‌آید و در تمامی آنها مشترک است، این است که «امر موضوعی» در برابر «امر حکمی» قرار می‌گیرد و امور موضوعی توسط قانون ایجاد نمی‌شوند بلکه در جهان خارج و فراتر از قانون وجود دارند و قانون تنها مشخص می‌کند که چه وقایعی و کدام نوع از آنها موجب حق و تکلیف است. به عبارت دیگر، قانون به آنها اثر حقوقی می‌بخشد، اثری که فاعل آنها لزوماً در نظر نداشته است.^۷ از طرفی لازم نیست از ابتدا واجد آثار معین باشند؛ بلکه واقعه یا رویداد ممکن است آثار نامشخصی داشته باشد؛ به عبارت دیگر داده‌های خاصی است که اصحاب دعوا آنها را ارائه می‌کنند و سهمی در اثبات آن دارند تا بتوانند خواسته خود را اثبات نماید؛ این امور موضوعی هنگامی که توسط طرفین دعوا در دادگاه مطرح می‌شوند اصطلاحاً «عنصر موضوعی یا ماهوی» خوانده می‌شوند که «منبع حکم» به شمار می‌آیند.^۸

بنابراین در کامل‌ترین تعریف، امور موضوعی را می‌توان «مجموعه عناصر موضوعی - در برابر حکمی یا قانونی - از هر گونه که باشد» قلمداد کرد. یعنی امور

۱. دیانی، عبدالرسول، ادله اثبات دعوا در امور مدنی و کیفری، چاپ اول، انتشارات تدریس، ۱۳۸۵، ص. ۳۰.

۲. مارتین، ریموند، اصول راهبردی دادرسی مدنی، چاپ اول، ترجمه اسماعیل شایگان، نشر میزان، ۱۳۹۵، ص. ۷۴.

3. Issue

4. Fact

۵. محسنی، حسن، اداره جریان دادرسی مدنی، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۶، ص. ۱۵۴.

۶. غمامی، مجید؛ اشرف آرانی، مجتبی، «تفکیک امر حکمی از امر موضوعی در دادرسی مدنی، تبیین نظریه عمومی»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، شماره ۲، ۱۳۸۹، ص. ۲۸۰.

۷. شمس شمس، عبدالله، «سبب، امور موضوعی و توصیف آنها در دعواه مدنی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۶۵، ۱۳۹۳، ص. ۳.

۸. محسنی، حسن، منبع پیشین، ص. ۱۵۴.

موضوعی داده‌های خامی هستند که اصحاب دعوا مطرح می‌نمایند، چه شخصی باشند (فعل، ترک فعل، گفتار، نوشتار، رفتار؛ ارادی یا غیر ارادی)، چه اجتماعی باشند (تعطیلی، اعتصاب، جنگ) و چه طبیعی (خشکسالی، سیل، رویدن گیاه، ریزش تگرگ). لذا امور موضوعی را اصحاب دعوا، هر یک به نوبه خود، پیش می‌کشند و کوشش در اثبات آنها می‌نمایند تا اجرای قاعده‌ای حقوقی را بر این امور به سود خود و در جهت خواسته خود درخواست و توجیه نمایند.^۱

وقتی دادگاه برای استدلال خود در رأی، به عمل یا واقعه‌ای که همان «امور موضوعی» است، استناد کند، «جهت یا جهات موضوعی» نامیده می‌شود.^۲

۱-۲. امور موضوعی و اصطلاحات مشابه

در کنار امور موضوعی، اصطلاحات دیگری نیز وجود دارند که می‌توانند در عمل موجب اشتباه در مفهوم امور موضوعی و این اصطلاحات شوند که از جمله آنها «موضوع دعوا»، «دلیل» و «امور حکمی» هستند که به ترتیب به آنها پرداخته می‌شود.

۱-۲-۱. امور موضوعی و موضوع دعوا

موضوع دعوا یکی از اركان اصلی دعواست. در تعریف موضوع دعوا، نظرات مختلفی ارائه و ابراز شده است. برخی آن را با خواسته اصلی یکی می‌دانند و معتقدند اصلی ترین و مهم‌ترین موضوعی که توسط خواهان به عنوان خواسته و احراق حقوق قانونی وی از دادگاه مطالبه و درخواست می‌شود، همان اصل خواسته و در واقع موضوع دعوا اصلی است (ماده ۲ و بند ۳ ماده ۵۱ ق.آ.د.م.)^۳ خواسته و موضوع دعوا اصلی به مفهوم اخص، حقی است که خواهان به خاطر وصول به آن ناگزیر از تظلم و دادخواهی می‌شود و اگر این حق و خواسته به دست خواهان برسد و یا خوانده از تسلیم و ایفا یا شناسایی آن خودداری ننماید، بی‌تردید خواهان به مراجع قضایی و قانونی جهت وصول آن توسل نخواهد جست.^۴

برخی دیگر موضوع دعوا را حقی می‌دانند که مورد مطالبه قرار می‌گیرد.^۵ عده‌ای خواسته خواهان، با لحاظ پاسخ خوانده را تشکیل‌دهنده «موضوع دعوا» می‌دانند.^۶ در

۱. شمس، عبدالله، منبع پیشین، ص. ۳.
۲. محسنی، حسن، منبع پیشین، ص. ۱۵۵.

۳. قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹.

۴. نهرینی، فریدون، متفرعات دعوا و ویژگی‌های آن، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱، ص. ۵۶۷.

۵. کاتوزیان، ناصر، اعتبار امر قضاوت شده در دعوا مدنی، چاپ نهم، نشر میران، ۱۳۹۲، ص. ۲۸۲.

۶. شمس، عبدالله، منبع پیشین، ص. ۲.



همین راستا نویسنده‌گان دیگر هم با تأیید این نظر اظهار عقیده نموده‌اند. به نحوی که برخی گفته‌اند که موضوع دعوا همان حق مورد نزاع بوده و در دادرسی مدنی منظور از موضوع دعوا، مجموع ادعاهای خواهان و خوانده است. به طور مثال اگر خواسته خواهان اثبات وجود حق ارتقا در ملک متعلق به غیر باشد، موضوع دعوا جمع ادعای خواهان و خوانده در مورد وجود حق ارتقا می‌باشد.^۱ همین‌طور گفته شده است: «دعوا در امور مدنی اختلافی است که از تحقق یا اجرای حقوق خصوصی ایجاد می‌شود و باید با اعمال مقررات همین حقوق حل و فصل گردد. موضوع دعوا، در این معنا، با ادعاهای دفاعیات متقابل خواهان و خوانده تعیین می‌شود؛ یعنی چیزی که «خواسته و ادعا شده» در برابر چیزی که «ایجاد و اعتراض شده» باشد.^۲

بنابراین همان‌طور که از تعاریف «امور موضعی» و «موضوع دعوا» مشخص است، «امور موضعی» رویدادها و وقایعی است که اصحاب دعوا پیش کشیده و سعی در اثبات آن می‌نمایند تا اجرای قاعده‌ای حقوقی را بر این امور به سود خود در جهت «موضوع دعوا» درخواست و توجیه نمایند. به عبارت دیگر اثبات امور موضعی از سوی اصحاب دعوا نهایتاً منتهی به اثبات حقانیت هر یک از طرفین در موضوع دعوا خواهد بود.

۱-۲-۲. امور موضعی و دلیل

دلیل در قانون عبارت از امری است که اصحاب دعوا برای اثبات یا دفاع از دعوا به آن استناد می‌کنند.^۳ در اصطلاح حقوقی دو مفهوم برای دلیل به کار برده‌اند. در مفهوم اخص «دلیل» به هر وسیله‌ای گفته می‌شود که در قانون پیش‌بینی شده و در مرجع قضاوی با نمایاندن امری، سبب اقناع وجدان (ایجاد باور درونی) دادرس به واقعیت ادعا می‌شود و در مفهوم اعم فراهم آوردن وسایلی است که وجدان دادرس را اقناع می‌کند.^۴ همان‌طور که در تعریف اصطلاحی دلیل آورده شد، دلیل برای آنکه بتواند اقناع وجدانی برای دادرس ایجاد کند باید از ادله‌ای باشد که در قانون با توان اثباتی مشخص پیش‌بینی شده است؛ بنابراین از یک سو، هرگاه وسیله‌ای به عنوان دلیل ارائه می‌شود باید تعریف یکی از ادله مصادیق هشتگانه اثبات دعوا که در قانون شمارش شده‌اند بر آن صادق باشد؛ از سوی دیگر هرگاه امر ادعایی از اموری باشد که به موجب قانون،

۱. هرمزی، خیراله، «تفصیل عناصر دعوا: شرحی بر ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی»، مجله پژوهش‌های حقوق خصوصی، سال دوم، شماره سوم، ۱۳۹۲، ص. ۱۴.

۲. محسنی، حسن، منبع پیشین، ص. ۵۱.

۳. ماده ۱۹۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی.

۴. شمس، عبدالله، ادله اثبات دعوا، چاپ دوازدهم، انتشارات دراک، ۱۳۹۰، ص. ۲۸.

اثبات آن مستلزم دلیل ویژه‌ای باشد تنها در صورت ارائه آن دلیل است که وجدان دادرس قانوناً می‌تواند و باید اقاعع شود.^۱ در تعریف دیگری از دلیل، «هر شیوه‌ای که اثبات وجود یا عدم یک فعل ارتکابی یا درستی یا نادرستی یک قضیه را اجازه دهد» دلیل نامیده شده است.^۲

با این تعاریف، می‌توان گفت که دلیل برای اثبات امور موضوعی به کار می‌رود. بنابراین اصحاب دعوا با ارائه دلیل، امور موضوعی مورد ادعای خود را ثابت نموده و نهایتاً دادرس را برای صدور حکم به نفع خود، قانع می‌کند. اما به نظر می‌رسد که باید بین موضوع دلیل، ارائه دلیل، دلالت دلیل و موارد دیگر قائل به تفکیک شد. به نحوی که موضوع دلیل، علی‌القاعده امور موضوعی است، زیرا فرض بر این است که دادرس امور حکمی را می‌داند البته در استثنایاتی مدعی مکلف به اثبات امور حکمی نیز می‌باشد که از جمله می‌توان به «قاعده عرفی»، «قانون خارجی» و «مقررات مربوط به احوال شخصیه سایر مذاهب» اشاره نمود.^۳

بنابراین ادله اثبات دعوا دست کم به جهت موضوع آنها که از امور ماهوی تشکیل می‌شوند و از آنجا که ابراز آنها با طرفین دعوا می‌باشد، به عنوان امور موضوعی شهرت یافته‌اند و به همین دلیل است که دیوان عالی کشور علی‌الاصول نمی‌تواند اقدام به تحقیق محلی یا ارجاع امر به کارشناسی یا مطالبه دلیل جدید از طرفین نماید، چون این امور در زمرة امور موضوعی بوده که از صلاحیت دیوان خارج است.^۴

بی‌گمان ارائه دلیل که در راستای اثبات امور موضوعی صورت می‌گیرد نیز، امری موضوعی است؛ چرا که صرفاً از سوی اصحاب دعوا صورت می‌پذیرد. ارزیابی دلیل نیز که طی آن دادرس اعلام می‌کند آنچه مدعی ارائه کرده است او را نسبت به رویداد مورد استناد قانع ساخته است یا خیر، در تمام نظامهای حقوقی دنیا امری موضوعی تلقی می‌شود.^۵

لکن «پذیرش دلیل» یک مفهوم نوعی بوده و منظور از آن بررسی تأثیر دلیل در دعوا است.^۶ دلیل برای اینکه قابل پذیرش تلقی شود باید در موعد مقرر قانونی مطرح شده و قانوناً قابل پذیرش بوده و قوه اثبات موضوع را داشته باشد.^۷ لذا پذیرش دلیل از این جهت که بررسی شرایط قانونی دلیل است امری حکمی تلقی می‌شود.

۱. همان، ص. ۲۹.

2. Laure Rassat, Michele, Procedure Penale, 15eme edition, Paris, PUF, 2007, p. 293.

۳. شمس، عبدالله، منبع پیشین، صص. ۳۳-۳۵.

۴. غمامی مجید؛ اشراق آراني، مجتبی، «فواید عملی و نظری تفکیک امر حکمی از امر موضوعی در دادرسی مدنی»، مجله مطالعات حقوق خصوصی، سال چهلم، شماره ۴، ۱۳۸۹، ص. ۲۷۱.

۵. همان، ص. ۲۷۲.

۶. همان.

۷. همان.

در هر حال دلیل نه تنها برای اثبات امور موضوعی ارائه می‌شود و از این حیث با امور موضوعی متفاوت است، بلکه همان‌طور که اشاره شد دلیل، محدود به مواردی است که در قانون با توان اثباتی مشخص پیش‌بینی شده است و هرگاه امری به عنوان دلیل ارائه می‌شود باید با تعریف یکی از ادله هشت‌گانه اثبات دعوا که در قانون شمارش شده‌اند منطبق باشد. در حالی که امور موضوعی چنین محدودیتی ندارد.

۱-۲-۳. امور موضوعی و امور حکمی

امور حکمی معمولاً در برابر امور موضوعی قرار دارند. امور حکمی را می‌توان قواعد و مقررات حاکم بر امور موضوعی دانست که توسط قاضی بر امور موضوعی اعمال می‌شود. به عبارت بهتر دادرسی در دادرسی ابتدا امور موضوعی را احراز کرده و سپس حکم قانونی را بر آن منطبق می‌نماید تا نتیجه مطلوب را استخراج نماید. بنابراین امور حکمی مسائلی هستند که در مقام قضا از اراده و تصمیم قاضی برای اجرا یا تفسیر قانون ناشی می‌شوند. در تعریف امور حکمی گفته شده است که «امور حکمی، اموری هستند که قانون در مقام بیان، به آنها پاسخ داده و دادگاه نمی‌تواند به تشخیص خود در مورد آن تصمیم بگیرد». البته باید یادآور شد که اصحاب دعوا از بیان قواعد حقوقی حاکم بر موضوع، ممنوع نمی‌باشند. به عبارت دیگر اختیار طرح امور حکمی را دارند، اما قاضی تکلیف به پذیرش نظر آنان ندارد؛ زیرا این قاضی است که بر امور حکمی سلطه کامل دارد.^۱

برخلاف امور موضوعی که حادثه و وضعیت واقع شده در عالم خارج است که فرد به استناد آن طرح دعوا می‌کند، صرف نظر از آنکه نظم حقوقی نسبت به آن واقعیت خارجی چه رویکردی دارد، امور حکمی واکنش نظام حقوقی به وقایع و پدیده‌های اجتماعی است که به خودی خود استقلال و هویتی ندارد و اثر آن در عالم خارج منوط به وقوع و وجود وقایع و پدیده‌هاست.^۲ علاوه بر این لازم به توضیح است که «جنبه حکمی» یعنی تشخیص قانون مناسب به مفهوم اعم و انطباق و اعمال آن بر موضوع دعوا^۳ که به نظر می‌رسد مراد نویسنده از موضوع دعوا در اینجا همان امور موضوعی است.

۱. الحامی، الیاس ابو عبید، اصول المحاكمات المدنیه، بین النص و الاجتہاد والفقہ: دراسه المقارنه اثر، منتشرات زین الحقوقیه، ۲۰۰۸، م، ص. ۴۱.

۲. موسوی، سید امیر حسام، «ورود دیوان عالی کشور به امور ماهوی»، مجله حقوق خصوصی، دوره ۱۳، شماره ۲، ۱۳۹۵، ص. ۱۸۶.

۳. کاشانی، جواد؛ جعفری، زهرا، بررسی اثر انتقالی تجدیدنظرخواهی در دعاوی مدنی (در حقوق ایران و فرانسه)، فصلنامه پژوهش حقوق، سال سیزدهم، شماره ۳۳، ۱۳۹۰، ص. ۲۳۹.

۲. نقش اصحاب دعوا و دادرس در طرح امور موضوعی

هر چند بر اساس اندیشه مکتب اصالت فرد در دادرسی مدنی اصحاب دعوا محور بودند و همه امور دادرسی با خواست و اراده آنها صورت می‌گرفت و دادگاه نقش منفعلانه داشت و جز رسیدگی به دلایل ابرازی از ناحیه اصحاب دعوا نقش دیگری نداشت،^۱ اما به تدریج با گذشت زمان و تحولات اجتماعی، قوانین تكمیلی و اصلاحی متعددی تصویب شدند که نقش انفعالی دادگاهها را تعدیل نمودند. به نحوی که امروزه دادرسی مدنی به عنوان یکی از ابزارهای تحقیق مشارکت مردم بر چگونگی صدور آرای تأثیرگذار بر آنها شناخته می‌شود. مشارکت یکی از معیارهای نیل به عدالت آینی است که تنها در صورت رعایت اصول مرتبط با نقش متقابل طرفین و قاضی، قابل تحقیق واقعی است. از این‌رو لازم است به نقش هر دو طرف (اصحاب دعوا و دادرس) در تحقیق عدالت توجه شود.^۲ در حقیقت، امروزه دعوا و داوری «شیء متعلق به طرفین دعوا» نیست. آین دادرسی مدنی از این پس «شیء متعلق به طرفین و دادرس به شمار می‌آید».«^۳ در همین راستا، در این مبحث به نقش طرفین و دادرس در مطرح شدن موضوعات (امور موضوعی) می‌پردازیم. پس به همین منظور ابتدا نقش اصحاب دعوا در طرح امور موضوعی و سپس نقش دادرس در طرح امور موضوعی مطرح می‌شود.

۲-۱. نقش اصحاب دعوا در طرح امور موضوعی

در دادرسی مدنی، اصول متعددی حاکم است که جهت اجرای عدالت آینی ضروری‌اند. یکی از این اصول که به اصول راهبردی در دادرسی مدنی معروف است «اصل تسلط طرفین بر جهت و موضوعات دعوا» است که بر مبنای آن، دعواهای مدنی در سلطه اصحاب دعوا قرار دارد و قاضی در آن نقش تعیین‌کننده ندارد. لذا دادگاه باید در محدوده دادخواست، با لحاظ دفاع خوانده، رسیدگی کند و نمی‌تواند رسیدگی خود را به بیشتر از موضوع دعوا گسترش داده و یا به کمتر از آن کاهش دهد و اگر چه می‌تواند به کمتر از خواسته رأی دهد، اما نمی‌تواند به بیش از خواسته و یا غیر از خواسته حکم دهد و حتی اگر تشخیص دهد که حق خواهان بیش از خواسته او و یا غیر از خواسته اوست، نمی‌تواند نسبت به آیچه تشخیص داده و خواهان نخواسته حکم

۱. پوراستاد، مجید، نقش دادرس مدنی در تحصیل دلیل و کشف حقیقت، انتشارات شهر دانش، چاپ دوم، ۱۳۹۱، ص. ۲۹.

۲. پورطهماسی، محمد؛ محسنی، حسن، «اصل تسلط طرفین دعوا بر جهت و موضوعات دعوا»، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره ۱۹۰، ۱۳۸۴، ص. ۵۴.

۳. ریموند، مارتین، منبع پیشین، ص. ۳۲.



صادر نماید.^۱ در حال حاضر در حقوق دادرسی کشور ما، اصول دادرسی جز در برخی موارد خاص،^۲ در قوانین آیین دادرسی به صراحت پیش‌بینی نشده است و رویه قضایی این اصول را از روح قوانین و با تفسیر مقررات استخراج می‌نماید.

در آیین دادرسی مدنی به طور سنتی از دو اصل ابتکار عمل اصحاب دعوا در دادرسی (دادرسی شیء متعلق به اصحاب دعوا است) و حاکمیت اصحاب دعوا بر ماهیت دعوا (دعوا شیء متعلق به اصحاب دعواست) سخن گفته می‌شد. اما همان‌طور که گفته شد این دو اصل تعديل شده و اصول جدیدی بر آنها افزوده شد و در حال حاضر اصول دادرسی را می‌توان به طور کلی به اصول ناظر به «سازمان‌دهی دادرسی» و اصول ناظر به «تضمینات بنیادین دادرسی عادلانه» تقسیم نمود. بر اساس اصول ناظر به سازمان‌دهی دادرسی، هر چند ارائه جهات موضوعی و دلایل اثبات آن بر عهده طرفین دعواست، اما دادرس نیز می‌تواند دستور انجام برخی تحقیقات را به منظور کشف حقیقت صادر نماید. افزون بر این قاضی می‌تواند دستور ارائه مدارک مرتبط و مؤثر در پرونده را صادر کند، طرفین را جهت اخذ توضیح دعوت نماید و بدین ترتیب، زمینه ورود جهت موضوعی جدید را به دادرسی فراهم آورد.^۳

در حال حاضر با وجود همه تعديل‌هایی که در بحث حاکمیت اصحاب دعوا بر دادرسی مدنی به عمل آمده است، باز هم ارائه امور موضوعی و بیان موضوعات عمده‌ای به عهده اصحاب دعواست، به همین لحاظ در این بند ابتداء به نقش خواهان در ارائه امور موضوعی پرداخته و سپس نقش خوانده در ارائه امور موضوعی بررسی می‌شود.

۱-۱-۲. نقش خواهان در طرح امور موضوعی

همان‌طور که گفته شد بر اساس نتیجه اصل تسلیط، طرح و ارائه امور موضوعی، تکلیف اصحاب دعواست. بدیهی است که چون طرح دعوا توسط خواهان صورت می‌پذیرد، تکلیف اولیه در طرح امور موضوعی نیز به عهده خواهان است. چنانچه خواهان امور موضوعی مبنای ادعای خود را طرح ننموده و سپس اثبات ننماید، ادعای وی فاقد مبنا و اساس تلقی و رد خواهد شد.^۴ این نکته را که خواهان می‌بایست امور موضوعی مبنای ادعای خود را در دادخواست طرح و ارائه نماید، در ماده ۵۱ ق.آ.د.م. می‌توان به صراحت ملاحظه کرد.^۵

۱. شمس، عبدالله، «سبب، امور موضوعی و توصیف آنها در دعواه مدنی»، منبع پیشین، ص. ۶۵

۲. مواد ۲ تا ۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲

۳. ریموند، مارتین، منبع پیشین، ص. ۳۲

۴. شمس، عبدالله، «تقریرات آیین دادرسی مدنی تطبیقی» دوره دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۱۳۸۶-۸۷

۵. در قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه نیز ماده ۶ به تکلیف اصحاب دعوا به ارائه و طرح امور موضوعی اشاره کرده است و مقرر می‌دارد: «اصحاب دعوا مکلفند جهات موضوعی متناسب با ادعاهای خود را به منظور اثبات ادعاهای

خواهان نه تنها در زمان تقدیم دادخواست تکلیف و حق ارائه امور موضوعی دارد، بلکه به نظر می‌رسد مانعی جهت طرح امور موضوعی در اثناء دادرسی نیز برای او وجود ندارد. زیرا وقتی قانون‌گذار به خواهان در ماده ۹۸ ق. آ. د. م. اجازه افزایش خواسته، تغییر خواسته، تغییر نحوه دعوا را مشروط به شرایطی داده است، چون اذن در شیء، اذن در لوازم آن نیز می‌باشد، لذا خواهان باید بتواند با تغییری که در دعوا خود می‌دهد، امور موضوعی جدید هم ارائه نماید. از طرفی در مرحله تجدیدنظر نیز آنچه ممنوع شده است طرح ادعای جدید است، که در ماده ۳۶۲ ق. آ. د. م. ممنوع اعلام شده است. لذا ارائه امور موضوعی جدید و دلایل جدید در این مرحله نیز امکان‌پذیر است.

منع خواهان از طرح امور موضوعی، در مقاطع بعدی دادرسی (بعد از جلسه اول) با اصول راهبردی دادرسی به ویژه حق دفاع در تضاد است. ضمن آنکه مطابق قاعده، طرح امور موضوعی جدید توسط خواهان همواره امکان‌پذیر است، زیرا امور موضوعی تنها محدود به آنچه در دادخواست آمده نمی‌باشد.^۱ امکان طرح امور موضوعی جدید در مرحله پژوهشی در ماده ۵۶۳ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه نیز به صراحت اجازه داده شده است.^۲ این ماده مقرر داشته است که «برای توجیه ادعاهای مطرح شده نزد دادگاه نخستین، طرفین می‌توانند به جهات جدید استناد نموده، استناد جدیدی آورده یا ادله جدیدی پیشنهاد کنند.»^۳

۲-۱-۲. نقش خوانده در طرح امور موضوعی

همان‌طور که اشاره شد، بر اساس اصل تسلیط، طرح امور موضوعی حق و تکلیف اصحاب دعوا شمرده شده است. خوانده نیز نه تنها باید امور موضوعی جدید را نسبت به آنها بی که خواهان مطرح کرده است و ویژه برائت خود است مطرح کند، بلکه اگر خواهان در مطرح کردن امور موضوعی خود به گونه‌ای عمل نموده است که ادعای او را کاملاً پذیرفتی می‌نماید، با انکار مسائل مطرح شده از سوی خواهان، در جهت رد قاعده

← ارائه نمایند» که قطعاً تکلیف اولیه در ارائه امور موضوعی به عهده خواهان است. در آیین دادرسی فراملی نیز در بند چهارم اصل پنجم به صراحت حق طرح موضوعات داده شده است؛ در ماده ۱۲ پیش‌نویس قواعد آیین داوری مدنی فراملی نیز خواهان مکلف به بیان و قایعی شده که مبنای دعوی هستند.

۱. افتخار جهرمی، گودرز؛ دنکوب، ابوالفضل، «نقش اصحاب دعوا در امور موضوعی»، مجله تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه شماره ۸، ۱۳۹۱، ص. ۱۹.

۲. محسنی، حسن، منبع پیشین، ص. ۲۴۴.

۳. در بند ۲-۱ اصل ۲۲ اصول آیین دادرسی مدنی فراملی نیز اجازه تغییر امور موضوعی به خواهان داده شده است؛ حتی در بند ۳ ماده ۱۲ پیش‌نویس قواعد آیین دادرسی مدنی فراملی به طرفی که در خصوص توجیه موضوعات و احکام مردد است، اجازه داده شده که بتواند آنها را متعاقباً بیان نماید. (عمامی، مجید؛ محسنی، حسن، آیین دادرسی مدنی فراملی، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۹۲، ص. ۱۵۱)

حقوقی که خواهان در صدد اجرای آن است، تلاش می‌نماید.^۱ در مورد چگونگی نقش خوانده در طرح امور موضوعی، ابتدا باید چگونگی دفاع خوانده در برابر ادعای خواهان مد نظر قرار گیرد. واکنش خوانده در مقابل ادعای خواهان ممکن است به چند روش صورت پذیرد: دفاع شکلی (ایراد)، دفاع ماهوی و یا طرح دعوای متقابل.

در مقام ایراد، خوانده معمولاً تکلیفی جهت ارائه امور موضوعی ندارد، چرا که ایراد مانعی موقتی است که قبل از ورود قاضی به ماهیت دعوا از جانب اصحاب دعوا مطرح می‌شود. در حالی که امور موضوعی به وقت ورود به ماهیت مورد بررسی قرار می‌گیرند. با وجود این، در برخی از موارد مربوط به ایرادات نیز خوانده چاره‌ای جز ارائه برخی امور موضوعی ندارد. چرا که فهم برخی قواعد و اجرای صحیح آنها مستلزم رسیدگی به وقایع و امور موضوعی است. مثلاً در بحث صلاحیت محلی و در راستای احراز نوع و محل وقوع مال غیرمنقول در محل معین، چاره‌ای جز بررسی‌های عینی و محلی نبوده که این امر محتاج رسیدگی است. بنابراین در عرصه دادرسی ممکن است با دو نوع رسیدگی ماهوی روبرو شویم. یک رسیدگی ماهوی برای تشخیص شرایط اقامه دعوا و فهم و اجرای قواعد شکلی دادرسی و رسیدگی ماهوی دیگر برای تشخیص ذی حق بودن یا بی‌حقی خواهان در ماهیت دعوا^۲ که ورود به امور موضوعی در نوع اول رسیدگی ماهوی، صرفاً برای پذیرش یا عدم پذیرش ایراد مطرح شده بوده و به معنای رسیدگی ماهوی در ماهیت دعوا نیست. لذا در صورت پذیرش ایراد دادگاه مبادرت به صدور قرار می‌نماید. با این توصیف در قالب ایراد، ضرورت ارائه امور موضوعی از سوی خوانده صرفاً محدود به مواردی است که برای اثبات ایراد ضرورت دارد.

در دفاع ماهوی به معنای اخص نیز دو نوع دفاع ممکن است از سوی خوانده به عمل آید. اول اینکه خوانده در برابر ادعای خواهان صرفاً ادعا را انکار نماید. به نظر صرف تکذیب و انکار ادعای خواهان نمی‌تواند مؤثر در مقام باشد و صرفاً در مواردی که خواهان فاقد بیانه و گواه واجد شرایط باشد و خوانده نیز منکر ادعای خواهان شود، به تقاضای خواهان منکر ادای سوگند نموده و ادعا ساقط می‌شود.^۳ در غیر این صورت، اگر خواهان دارای امور موضوعی کافی بوده و آنها را اثبات نماید، صرف انکار خوانده فایده‌ای برای وی نخواهد داشت.

دومین نوع دفاع ماهوی که خوانده ممکن است در برابر ادعای خواهان به عمل آورد، این است که خوانده نسبت به حق اصلی مورد ادعای خواهان با او وارد نبرد و

۱. شمس، عبدالله، «تقریرات آیین دادرسی مدنی تطبیقی»، منبع پیشین.

۲. مولوی، محمد؛ صفری، ناهید، «ایرادها و دفاع ماهوی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۹۷، ۱۳۹۶، ص. ۱۶۷.

۳. ماده ۲۷۲ آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی.

مبازه شود تا شکست قاطع و اساسی بر او تحمیل نماید.^۱ به همین منظور ادعاهایی را مطرح نماید که جنبه دفاعی داشته باشد. به عبارت دیگر ضمن پذیرفتن اولیه ادعای خواهان، به دنبال اثبات بیاعتباری سبب دعوای خواهان است.^۲ در این نوع دفاع، خوانده به جای انکار ادعای خواهان، به دنبال اثبات این موضوع است که به دلیل فعل یا ترک فعلی که از سوی خواهان یا خوانده روی داده یا قهرآ تحقق یافته امکان پیروزی خواهان وجود ندارد.^۳ ادعاهایی مانند تهاتر، فسخ، صلح، رد خواسته و امثال آن که در مواد ۱۸ و ۱۴۲ ق. آ. د. م. آمده است، از این قبیل دفاعیات میباشند. لازمه چنین دفاعی توسل به اموری است که با مورد ادعا، عناصر متفاوتی دارد. بنابراین لازم است خوانده امور موضوعی کافی به دادگاه ارائه و آنها را اثبات نماید، تا بتواند موجب بیاثر شدن سبب دعوا خواهان و در نتیجه شکست کلی یا جزئی وی شود.^۴

دفاع دیگری که در زمرة دفاع ماهوی در کتب حقوقی دسته‌بندی شده است و از طرق دفاعی است که خوانده میتواند اختیار نماید، دعواهای متقابل است. این دعوا در ماده ۱۴۱ به بعد ق. آ. د. م. تعریف و شرایط اقامه آن به تفصیل بیان شده است. با توجه به اینکه این دعوا، دعواهای مستقلی است و خوانده دعواهای اصلی در پرونده دعواهای متقابل، خواهان بوده و در پی اثبات ادعایی جدید در برابر ادعای خواهان دعواهای اصلی است، لذا با لحاظ مطلب گذشته که در مورد تکلیف خواهان به ارائه امور موضوعی گفته شد، بدیهی است که خوانده (خواهان دعواهای متقابل) مکلف به ارائه امور موضوعی و به تبع آن اثبات آنهاست تا بتواند در دعواهای متقابل نیز ادعای خود را ثابت نماید.

۲-۲. نقش دادرس در طرح امور موضوعی

بر مبنای آنچه گفته شد، طرفین دعوا بر امور موضوعی تسلط داشته و مکلفند امور موضوعی مبنای ادعای خود را ارائه و اثبات نمایند و در مقابل، دادرس نمیتواند در ارائه امور موضوعی دخالتی داشته باشد. علت این امر نیز دغدغه خروج دادرس از اصل بی‌طرفی است. به همین دلیل در حقوق فرانسه سابقاً تسلط طرفین دعوا روی امور موضوعی و دادخواست، بازدارنده قاضی از دخالت در این موارد شمرده می‌شد. اما با

۱. شمس، عبدالله، آینین دادرسی مدنی، دوره پیشرفت، جلد اول و دوم، چاپ سی و یکم، انتشارات دراک، ۱۳۹۳، ص. ۴۵۹.

۲. اللسان، مصطفی؛ احمدی، خلیل، «دفاع اثباتی»، مجله تحقیقات حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۷۶، ۱۳۹۵، ص. ۲۱۱.

۳. همان، ص. ۲۱۲.

۴. همان، ص. ۲۱۳.

تصویب قانون جدید آیین دادرسی مدنی در این کشور، این رویه در بین قضاط و دکترین به فراموشی سپرده شد و قاضی از حالت انفعالی خارج شد.^۱

همان طور که گفته شد، به تدریج و با گذشت زمان و تحولات اجتماعی با اصلاح قوانین نقش انفعالي دادگاهها تعدیل شد و اهمیت نقش دادرس در کنار اصحاب دعوا، در تحقق عدالت پررنگ تر گردید. بنابراین در حال حاضر با وجود برتری اصحاب دعوا در طرح و ادعای امور موضوعی و انحصاری بودن این حق برای آنها، این برتری و حاکمیت دارای قلمرو و حدود مشخصی است.^۲ مداخله دادرس در واقعیع دعوا در حقوق فرانسه با تصویب قسمت اخیر ماده ۷ قانون آیین دادرسی مدنی جدید که مقرر داشته «...دادرس می‌تواند از بین جهات موضوعی موجود در پرونده، جهاتی را مورد توجه قرار دهد که اصحاب دعوا به منظور اثبات ادعاهای خود به طور خاص به آنها استناد ننموده‌اند» افزایش یافت. ولی این افزایش بی‌حد و حصر نیست. به عقیده برخی، افزایش این اختیار، به مفهوم «واقعیع داخل در دعوا» بستگی دارد و بدین سان دادرس می‌تواند وجود یک واقعیتی را که طرفین دعوا آن را با وضوح مطرح نساخته‌اند، آشکار سازد.^۳ این موضوعات را که منشأ استخراج آنها در دفاعیات و ادعاهای اصحاب دعوا وجود دارد، اما مورد توجه خاص اصحاب دعوا قرار نگرفته و حتی ممکن است احراز چنین موضوعاتی از واقعیع موجود، به ذهن اصحاب دعوا خطور نکرده باشد، در نوشتار برخی از حقوق‌دانان تحت عنوان «موضوعات ناگهانی» یا «موضوعات جانبی» نامیده شده‌اند.^۴ اصطلاح «موضوعات جانبی» برای نخستین بار توسط متولسکی بنابر رویه بسیار قدیمی دادگاه‌های فرانسه مطرح شده است.^۵ احراز تهاتر و تعیین جهات موضوعی تشکیل‌دهنده عملیات تدلیس کارانه، تعیین ماهیت و قلمرو تعهدات قراردادی و احراز عدم توانایی مديون در پرداخت دین، از مصاديق موضوعات ناگهانی است.^۶ برای مثال، اگر دادرس وجود یک شرط در قرارداد که ناقض یک قاعده امری است را اعلام کند، این امر به قاضی اجازه می‌دهد تا رأساً نقض نظم عمومی را احراز کند.^۷ این امور (موضوعات ناگهانی) را برخی نویسنده‌گان، هماهنگ با اصول دانسته‌اند، چرا که اعتقاد

۱. انصاری، باقر، نقش دادرس مدنی در تحصیل دلیل و کشف حقیقت، انتشارات شهر دانش، چاپ دوم، ۱۳۹۱، ص. ۱۱۹.

۲. پوراستاد، مجید، منبع پیشین، ص. ۱۱۹.

3. Serge, Guinchard, Droit Etpratique de la Procedure Civile, Dalloz, Paris, 2016, p. 221.

۴. محسنی، حسن، اداره جریان دادرسی مدنی، منبع پیشین، ص. ۱۷۴.

۵. همان، ص. ۱۷۴.

۶. همان، ص. ۱۷۵.

۷. انصاری، باقر، منبع پیشین، ص. ۱۳۳.

دارند اصولاً محکمه حق دارد کل پرونده را در نظر داشته باشد و به تمامی مجادلات و استناد و مدارک موجود در آن هنگام صدور رای توجه کند.^۱

مورد دیگری که در حقوق ایران، حقوق دنان آن را زمینه‌ای برای مداخله دادرس در موضوعات دعوا دانسته‌اند، «خواسته ضمنی» است. «مقصود موضوعاتی است که در دادخواست نیامده و به موجب یکی از دعاوی طاری بر خواسته اصلی افزوده نشده است؛ بلکه ضمن مجادلات طرفین یا به موجب یک طریقه تأمینی - مانند تأمین دلیل یا تأمین خواسته - به دعوا افزوده شود.»^۲ این اصطلاح از رأی دیوان عالی کشور به شماره ۳۷۵۲ مورخ ۱۳۴۰/۱۰/۲۴ گرفته شده است، که در مقام رأی اصراری صادر شده و در آن علی‌رغم اینکه موضوع دعوا اعتراض به ثبت، از سوی اداره اوقاف بوده، دیوان رأی را نهایتاً تایید نموده که ضمن صدور حکم به ابطال ثبت، به الزام معترضین به رفع ید از موقوفه و تحويل آن به اوقاف رای داده است. با این استدلال که الزام به رفع ید از موقوفه و تحويل آن به اوقاف خواسته ضمنی آنها بوده است.^۳

به نظر می‌رسد پذیرش این امر با مقررات ماده ۲ ق. آ. د. م. که یکی از شرایط لازم برای رسیدگی را درخواست ذی‌نفع دانسته و با بند ۳ از ماده ۵۱ قانون موصوف مبنی لزوم تعیین خواسته و مقررات مربوط به اعاده دادرسی که صدور حکم به چیزی که مورد ادعای خواهان نبوده و یا صدور حکم به میزان بیش از خواسته را از موارد اعاده دادرسی دانسته است، مغایرت دارد. از سوی دیگر صدور رأی در خارج از خواسته موجب نادیده گرفتن اصل حق دفاع خوانده خواهد بود، که این ایراد به لحاظ نقض اصول دادرسی (اصل تناظر) قابل توجیه نمی‌باشد، هر چند به عقیده برخی نویسنده‌گان، پذیرش خواسته ضمنی مشروط به شرایطی، از طرح دعوای مجدد، اتلاف وقت دادگاه و اصحاب دعوا جلوگیری کرده و هزینه‌های طرفین دعوا و جامعه را کاهش می‌دهد، علاوه بر آن می‌تواند در جهت تحقق عدالت آینینی مورد توجه قرار گیرد.^۴

ماده ۹۵ ق. آ. د. م. نیز که در مقام بیان اخذ توضیح است، اشاره‌ای به اینکه دادگاه بتواند رأساً امر موضوعی را بدون اینکه از سوی اصحاب دعوا طرح شده باشد مورد استناد قرار دهد، ندارد. بلکه سیاق ماده به نحوی است که باید موضوعی از سوی خواهان مطرح شده باشد که آن موضوع نیاز به توضیح داشته باشد و دادگاه به لحاظ عدم حضور خواهان و بدون اخذ توضیح از خوانده نتواند رأی بدهد، یا هیچکدام حاضر

۱. پورطهماسی، محمد؛ محسنی، حسن، منبع پیشین، ص. ۶۲

۲. همان، ص. ۶۲

۳. همان، ص. ۶۲

۴. همان، ص. ۶۵

نباشد و دادگاه نتواند در ماهیت رأی دهد، یعنی اینکه نتواند به امور موضوعی مطرح شده به لحاظ ابهام یا ابهاماتی که دارد ورود نماید، در این صورت باید دادخواست بطل شود.

آخرین موردی که دادرس می‌تواند در طرح امور موضوعی دخالت کند، امور حسبی است. این امور که به «امور غیرترافعی» معروفند نیز در قلمرو اصل تسلیط جای نمی‌گیرند.^۱

در حقوق ایران در ماده یک قانون امور حسبی و در تعریف امور حسبی رسیدگی و اتخاذ تصمیم در مورد آن را تکلیف دادگاه دانسته بدون اینکه رسیدگی به آنها متوقف بر اقامه دعوا از طرف اشخاص باشد. در ماده ۱۴ قانون مذکور نیز دادرس مکلف شده است هر گونه اقدامی برای اثبات قضیه لازم است به عمل آورد هر چند درخواستی از دادرس نسبت به آن اقدام نشده باشد. بنابراین در امور حسبی قضیی می‌تواند تصمیم خود را بر مبنای آن دسته از امور موضوعی بنا نهاد که توسط اشخاصی مرتبط با آن امور مطرح نشده‌اند.

۳. آثار طرح امور موضوعی در دعوای مدنی

بعد از اینکه امور موضوعی را شناسایی کردیم و نقش اصحاب دعوا و دادرس را در طرح امور موضوعی بیان نمودیم، در این مبحث در دو قسمت به تأثیر امور موضوعی می‌پردازیم. ابتدا تأثیر طرح امور موضوعی تا صدور حکم قطعی را بررسی و سپس به امور موضوعی بعد از صدور حکم قطعی خواهیم پرداخت.

۳-۱. تأثیر امور موضوعی در دعوای مدنی تا صدور حکم قطعی

همان گونه که گفته شد طرح امور موضوعی حق و تکلیف طرفین دعوا است، لذا عدم طرح امور موضوعی یا عدم ارائه دلیل کافی جهت اثبات آنها نیز دامن‌گیر اصحاب دعوا خواهد شد. اولین تأثیر امور موضوعی در دعوا مربوط به تأثیر عدم طرح امور موضوعی در دادخواست توسط خواهان است. در مورد خواهان و وظیفه وی به طرح

۱. ماده ۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه صراحتاً به دادرس اجازه داده که تصمیم خود را بر تمامی موضوعات مرتبط با موردی که نزد وی مطرح شده، از جمله آنچه که بیان نشده است، مبتنی کند. به استناد ماده ۲۷ آن قانون حتی راساً می‌تواند به هر گونه تحقیق مفید دست بزند. او (دادرس) بدون رعایت تشریفات می‌تواند اظهارات اشخاصی را که قادر به تبیین مسأله هستند، مانند افرادی که بیم تحت تأثیر قرار گرفتن منافعشان از تصمیم او می‌رود استماع نماید. علاوه بر این دادرس می‌تواند برای یافتن امور موضوعی دیگر «کاوش» کند. در حالی که در امور ترافعی، دادرس تنها حق «تحقیق» در محدوده امور موضوعی مطرح شده توسط اصحاب دعوا را دارد.

امور موضوعی، گفته شد که بر اساس بند ۴ ماده ۵۱ ق.آ.د.م. خواهان مکلف است تعهدات و جهاتی که به موجب آن خود را مستحق مطالبه می‌داند، در دادخواست تصریح نماید. به نحوی که مقصود او از طرح دعوا روشن باشد. ضمنانت اجرای این بند نیز در مواد ۵۳ و ۵۴ قانون موضوعی توقيف دادخواست، صدور اخطار رفع نقص و به تبع آن در صورت عدم رفع نقص از سوی خواهان صدور قرار رد دادخواست از ناحیه مدیر دفتر یا جانشین او پیش‌بینی شده است. البته لازم به ذکر است در دادخواست سطر یا ستونی جهت درج امور موضوعی پیش‌بینی نشده است. لکن این امور موضوعی عموماً بلاfaciale پس از بیان خواسته در ستون مربوط به خواسته و یا در شرح دادخواست ارائه و طرح می‌شوند و این امر که آیا امور موضوعی طرح گردیده‌اند یا خیر، تنها در بازبینی دادگاه و دفتر دادگاه مورد بررسی قرار می‌گیرد و چنانچه خوانده مدعی عدم ارائه امور موضوعی در دادخواست از سوی خواهان باشد، می‌تواند در قالب تذکر همزمان با طرح دفاعیات، موضوع را به اطلاع دادگاه رسانده و تقاضای اعمال مقررات بنماید که باز با تشخیص دادگاه و در صورت پذیرش ادعای خوانده، پرونده در اجرای ماده ۶۶ ق.آ.د.م. به دفتر اعاده می‌شود تا به وظیفه قانونی خود که همانا رفع نقص است، عمل نماید.

گفته شد که خواهان می‌تواند در جریان دادرسی نیز امور موضوعی جدید ارائه نماید یا حتی با اختیار حاصل از ماده ۹۸ ق.آ.د.م. با تغییر خواسته، نحوی دفاع و افزایش خواسته، خواسته اولیه خود را تغییر داده و به تبع آن امور موضوعی دیگری ارائه نماید. برخی از نویسنندگان حتی مشخص نمودن تمام خطوط مبارزه از سوی خواهان در ابتدای کشمکش را منطقی ندانسته‌اند.^۱

از طرفی ممکن است خوانده در مقام دفاع، اموری را مطرح نموده یا دلایلی ارائه نماید که پاسخ به آنها مستلزم طرح امور موضوعی جدید توسط خواهان باشد.^۲ بی‌شک در چنین مواردی خواهان برای اینکه بتواند امور موضوعی ارائه‌شده از سوی خوانده را بلااثر نموده و برنده دعوا باشد، تکلیف به طرح امور موضوعی داشته و در صورت عدم ارائه امور موضوعی مناسب، در مقابل خوانده محکوم به بی‌حقی یا بطلان دعوا خواهد شد. در هر حال تأثیر بعدی عدم ارائه امور موضوعی کافی از سوی خواهان و به تبع آن عدم اثبات آنها، این است که دادگاه در صورت ورود به ماهیت دعوا نیز دعوای خواهان را به لحاظ فقدان اساس قانونی مردود اعلام می‌نماید.^۳

لازم به ذکر است که اگر خواهان امور موضوعی به اندازه کافی ارائه ننماید، به نحوی که دادگاه با بررسی اولیه و با نگاه به امور موضوعی ارائه‌شده به این نتیجه برسد

۱. شمس، عبدالله، «تقریرات آیین دادرسی مدنی تطبیقی»، منبع پیشین.

۲. افتخار جهرمی، گودرز؛ دنکوب، ابوالفضل، منبع پیشین، ص. ۳۳.

۳. شمس، عبدالله، «تقریرات آیین دادرسی مدنی تطبیقی»، منبع پیشین.

که در صورت اثبات امور موضوعی ارائه شده نیز به نتیجه‌ای که خواهان مدنظر دارد نخواهد رسید، بدون ورود در ماهیت و با این استدلال که دعوا به کیفیت مطروحه قابل استماع نیست، مبادرت به صدور قرار عدم استماع دعوا می‌نماید. در صورت کافی بودن امور موضوعی و ورود در ماهیت و رسیدگی به امور موضوعی، نیز چنانچه به این نتیجه برسد که امور موضوعی ارائه شده واقع نشده‌اند، حکم به بطلان دعوا یا بحقی خواهان صادر می‌نماید. چرا که به موجب بند ۴ ماده ۲۹۶ ق.آ.د.م. جهات، دلایل، مستندات، اصول و مواد قانونی که رأی بر اساس آنها صادر شده است باید در رأی ذکر شود و منظور از جهات شامل جهات موضوعی و قانونی است،^۱ که در صورت نبودن جهات موضوعی اثبات شده کافی، صدور حکم به نفع خواهان ممکن نیست.

بنابراین اگر دادگاه بدون آنکه امور موضوعی به اندازه و به کیفیتی ارائه شده باشد که اعمال قاعده حقوقی مورد نظر را توجیه نماید، مبادرت به صدور رأی ماهیتی به نفع خواهان نماید، در صورت تجدیدنظرخواهی در صورتی که دادگاه تجدیدنظر جنبه موضوعی امر را به گونه‌ای دیگر تشخیص دهد، حکم تجدیدنظر خواسته را فسخ و رأی جدید صادر خواهد کرد.^۲

هر چند برخی از نویسنده‌گان نیز معتقدند دادگاه تجدیدنظر از جهت جایگزینی نظر خود را به جای نظر دادگاه بدovی مطلق العنان نیست و از جهت جنبه موضوعی امر فقط در محدوده تنگ مواد ۳۴۸ و ۳۵۰ ق. آ. د. م. می‌تواند عمل نماید و هر گونه تشخیص به گونه دیگر مبنای نقض رأی نخواهد بود.^۳ به نظر می‌رسد با توجه به اثر انتقالی تجدیدنظرخواهی چون تجدیدنظر در واقع دوباره قضاؤت کردن است، دادگاه تجدیدنظر باید تحقق یا عدم تحقق امور موضوعی مورد ادعای اصحاب دعوای مرحله نخستین را احراز نموده و قانون مناسب با موضوع را تشخیص داده و با انطباق آن بر موضوع، رأی صادر نماید.^۴ لذا قطعاً در صورت عدم وجود امور موضوعی به اندازه و کیفیت لازم جهت توجیه قاعده حقوقی، دادنامه تجدیدنظر خواسته نقض خواهد شد.

در مورد خوانده نیز در مواردی که تکلیف به ارائه امور موضوعی دارد، یعنی در مواردی که برای اثبات برائت خود نیاز به طرح امور موضوعی دارد، چنانچه مبادرت به طرح امور موضوعی و به تبع آن اثبات آن ننماید و امور موضوعی خواهان را انکار

۱. شمس، عبدالله، آینین دادرسی مدنی، جلد اول، منبع پیشین، ص. ۴۷۸.

۲. کاشانی، جواد؛ جعفری، زهرا، منبع پیشین، ص. ۲۴۸.

۳. قلیزاده، احد، «تحلیل بر اصل وحدت رسیدگی در قانون آینین دادرسی مدنی»، دو فصلنامه علمی - پژوهشی دانش حقوق مدنی، سال پنجم، شماره دوم، ۱۳۹۵، ص. ۷۰.

۴. شمس، عبدالله، آینین دادرسی مدنی، جلد دوم، منبع پیشین، ص. ۳۶۹.

نماید، بیم محکومیت وی می‌رود، هر چند صرف عدم انکار امور موضوعی ارائه شده از سوی خواهان از سوی خوانده را نمی‌توان حمل بر واقع بودن امور مطروحه توسط خواهان دانست و خواهان باید ادله کافی برای اثبات امور موضوعی خود ارائه نماید و در صورت اثبات امور موضوعی ارائه شده از سوی خواهان در محکمه، خوانده محکوم خواهد شد.

لازم به ذکر است که اگر خواهان دلیل نداشته باشد که امور موضوعی را ثابت کند دعوای وی الزاماً مردود نمی‌شود، بلکه بر اساس ماده ۱۹۷ ق.آ.د.م. به خواهان اجازه سوگند داده شده است.^۱ بدیهی است به استناد ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی، ارائه امور موضوعی از سوی خوانده نیز برای برائت وی کافی نبوده و می‌بایست امور موضوعی ارائه شده را اثبات نماید تا بتواند برائت خود را حاصل نماید.

۲-۳. تأثیر امور موضوعی در دعوا مدنی بعد از صدور حکم قطعی

در این قسمت بحث تأثیر امور موضوعی در دعوا مدنی بعد از صدور حکم قطعی را از دو جنبه مهم بررسی خواهیم کرد. ابتدا به امور موضوعی و تأثیر آن در تصمیم دیوان عالی کشور در امر رسیدگی فرجمی به آراء قطعی پرداخته، سپس تأثیر امور موضوعی در بحث رفع ابهام یا اجمال از دادنامه صادره را بیان نموده و در نهایت تأثیر امور موضوعی در تشخیص اعتبار امر قضاؤت شده را بررسی خواهیم کرد.

۲-۳-۱. تأثیر امور موضوعی در تصمیم دیوان عالی کشور در رسیدگی فرجمی

برخلاف مرحله تجدیدنظر، در طی فرجم خواهی، فرجم خواه و فرجم خوانده نمی‌توانند به ارائه عناصر موضوعی جدید برای تقویت موضع خود متول شوند.^۲ هر چند در حقوق داخلی ماده صریحی که دلالت بر ممنوعیت ارائه امور موضوعی جدید در مرحله فرجم باشد وجود ندارد. اصل این است که دیوان عالی کشور ضامن تساوی مردم در مقابل قانون و رعایت قانون از طرف دادگاه‌هاست و وظیفه دیوان عالی کشور نظارت بر اجرای قانون است (اصل یکصد و شصت و یکم قانون اساسی). لکن ورود دیوان عالی کشور در امور موضوعی به لحاظ اینکه رسیدگی در دیوان عالی کشور، رسیدگی غیرماهی است، ممنوع بوده و تنها می‌تواند به قسمت حکمی یا مسائل قانونی وارد شود^۳ و همان‌طور که از ماده ۳۶۶ ق.آ.د.م. فرجم خواهی را تشخیص

۱. کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، جلد دوم، چاپ اول، انتشارات میزان، ۱۳۸۳، ص. ۱۸۳.

۲. ماده ۶۱۹ قانون آینین دادرسی مدنی فرانسه به این امر تصریح دارد و هدف اصلی و عمدۀ دیوان عالی کشور، نظارت بر تفسیر دادگاه‌ها از قوانین، قواعد، اصول حقوقی و به طور کلی امور حکمی است (Jolowicz, John, On Civil Procedure, Cambridge, 2017, p. 199).

۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دانشنامه حقوق، جلد پنجم، چاپ سوم، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۷۵، صص. ۲۷۵ و ۲۷۶.

انطباق یا عدم انطباق رأی مورد درخواست فرجامی با موازین شرعی و مقررات قانونی مقرر داشته بر می‌آید، دیوان حق رسیدگی به امور موضوعی را ندارد.^۱ با این حال با دقت در موارد نقض مذبور در مواد ۳۷۱ الی ۳۷۵ ق.آ.د.م. به صراحت حکمی نبودن بعضی از آنها آشکار می‌شود. از جمله آنها بند ۵ ماده ۳۷۱ و مواد ۳۷۴ و ۳۷۵ است که بر اساس بند ۵ ماده ۳۷۱ اگر تحقیقات انجام‌شده ناقص بوده و یا به دلایل و مدافعت طرفین توجه نشده باشد، رأی نقض می‌شود. در حالی که پی بردن به نقص تحقیقات انجام‌شده یا عدم توجه به دلیل و مدافعت طرفین مستلزم رسیدگی دقیق به امور موضوعی دعوا و رأی است که در شأن دیوان عالی کشور نمی‌باشد. هر چند عده‌ای تلاش کرده‌اند تا عدم نظارت دیوان بر امور موضوعی را محدود به چگونگی قناعت قاضی ماهوی در مورد وقایع نمایند. اما در مورد چگونگی یافتن واقعیت توسط قاضی ماهوی با توجه به ادله و قواعد اثبات، دیوان را صالح می‌دانند.^۲ برخی نیز عقیده بر این دارند که دیوان عالی کشور نمی‌تواند بدون هر گونه نظارت بر امور موضوعی صحت یا سقم آراء را مورد نظارت قرار دهد، چرا که اسباب موضوعی است که مشخص می‌کند آیا دادرس در فهم وقایع دعوا راه درست پیموده و نتیجه‌ای که گرفته از نظر علمی و منطقی صحیح است یا خیر.^۳ در ماده ۳۷۴ ق.آ.د.م.^۴ با توجه به اینکه هدف از تفسیر قرارداد جستجوی قصد مشترک طرفین است و کشف حقیقت و به تبع آن تفسیر، اصولاً امری موضوعی است،^۵ نیز به نظر دیوان عالی کشور در امر موضوعی ورود می‌نماید. در توجیه این امر برخی قائل بر این امر هستند که در صورتی که قانون‌گذار قواعدی را بر فرایند تفسیر حاکم کرده باشد، در آن محدوده، تفسیر، امری حکمی است. لذا مثلاً دادگاه نمی‌تواند بر مفاد صریح سند معنایی غیر از معنای عرفی الفاظ بدهد و تجاوز از این قاعده موجب نقض رأی در دیوان عالی کشور است.^۶

۱. غمامی، مجید؛ اشراف آرانی، مجتبی، «تفکیک امر حکمی از امر موضوعی در دادرسی مدنی، تبیین نظریه عمومی»، منبع پیشین، ص. ۲۷۳.

۲. همان، ص. ۲۷۴.

۳. هرمزی، خیراله، «توجیه آرای مدنی و ضمانت اجرای عدم رضایت آن»، پژوهش حقوق و سیاست، دوره ۶، شماره ۱۱، ۱۳۸۳، ص. ۴۳.

۴. در مواردی که دعوا ناشی از قرارداد باشد، چنانچه به موارد صریح سند یا قانون یا آینه نامه مربوط به آن قرارداد معنای دیگری غیر از معنای مورد نظر دادگاه صادرکننده رأی داده شود، رأی صادره در آن خصوص نقض می‌گردد.

۵. غمامی، مجید؛ اشراف آرانی، مجتبی، «تفکیک امر حکمی از امر موضوعی در دادرسی مدنی، تبیین نظریه عمومی»، منبع پیشین، ص. ۲۷۵.

۶. همان، ص. ۲۷۵.

در ماده ۳۷۵ ق.آ.د.م. نیز مقرر شده است: «چنانچه عدم صحت مدارک، اسناد و نوشتۀ‌های مبنایی که طرفین در جریان دادرسی ارائه کرده‌اند؛ ثابت شود رأی صادره نقض می‌شود.» این امر هم از این جهت که بررسی صحت مدارک، اسناد و نوشتۀ‌های مبنای رأی، بررسی امور موضوعی دعوا محسوب می‌شود، این شبّهه را در ذهن ایجاد می‌کند که دیوان عالی کشور در بررسی امور موضوعی دخالت می‌کند.

در توجیه این ماده برخی از نویسنده‌گان گفته‌اند که در حقیقت در دیوان عالی کشور، رسیدگی ماهیتی انجام نمی‌شود. بنابراین صحت مدارک مبنای رأی، منصرف به صحت رأی (اعتبار) یا اصالت اسناد نیست، بلکه منصرف به صحت دلالت آنها بر موضوعی است که در دادگاه صادر کننده رأی مطرح بوده و بر آن اساس موضوع محرز شمرده شده است.^۱

برخی دیگر عقیده دارند که صلاحیت دیوان در اجرای ماده ۳۷۵ فقط محدود به مواردی است که عدم صحت مدارک و دلایل نیاز به رسیدگی ماهوی در دیوان نداشته باشد، مانند آنکه جعلیت سند به موجب رأی قطعی دادگاه اثبات شده باشد.^۲ عده‌ای نیز در تفسیر مواد ۳۷۴ و ۳۷۵ قائل به این نظرند که در این مواد، قانون‌گذار فرض را بر کشف تصادفی چنین مواردی گرفته است و دیوان عالی کشور نمی‌تواند به طور خود خواسته و با توصل به این مواد در پی کشف خطای رأی دادگاه از جنبه‌های موضوعی باشد.^۳

اما آنچه در رویه قضایی می‌گذرد به نحوی است که گویی دیوان عالی کشور بدون توجه به ساختار و اهداف بنیادین خود در امور ماهوی مرتبط با ادله وارد شده است و در جایی که دادگاه ماهوی از بررسی اسناد و مدارک دعوا به علم مورد نظر خود دست یافته است، با این حال دیوان عالی کشور، نحوه بررسی اسناد و مدارک را محل ایراد دانسته و به نقض رأی پرداخته است. به عنوان مثال رأی شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور بر این امر دلالت دارد که دادگاه ماهوی نحوه رسیدگی کارشناس را کافی و مفید پیدایش علم نسبت به عدم صحت و درستی امضاء خوانده دانسته، با این حال دیوان عالی کشور به دلیل اینکه کارشناس پرونده، فرمان‌های دادگاه ماهوی را به نحو کامل رعایت نکرده است، رأی را نقض نموده است.^۴

۱. شمس، عبدالله، آینه دادرسی مدنی، دوره پیشرفت، جلد دوم، منبع پیشین، ص. ۴۱۷.

۲. غمامی، مجید؛ اشراق آراني، مجتبی، «تفکیک امر حکمی از امر موضوعی در دادرسی مدنی، تبیین نظریه عمومی»، ص. ۲۷۶.

۳. موسوی، سید امیر حسام، منبع پیشین، ص. ۲۰۷.

۴. همان، صص. ۱۹۳ و ۱۹۴.

به هر حال هر کدام از نظرات فوق پذیرفته شود، می‌توان در بحث ما چنین استدلال کرد که هر چند اصولاً دیوان عالی کشور نباید به بحث امور موضوعی ورود کند، اما به هر ترتیب برای فهم امر حکمی اعمال شده توسط دادگاه ماهوی، ناگزیر از تورق پرونده است و اگر در این راستا اشتباہی را کشف کند که امور موضوعی ارائه شده از سوی طرفین به اندازه و کیفیتی نیست که اعمال حقوقی مورد نظر را توجیه کند دیوان عالی کشور رأی فرجام خواسته را به علت فقدان اساس قانونی نقض خواهد کرد.

۲-۲-۳. تأثیر امور موضوعی در رفع ابهام و اجمال از دادنامه قطعی

به استناد ماده ۲۷ قانون اجرای احکام مدنی اختلافات راجع به مفاد حکم که از اجمال یا ابهام حکم حادث شود، در دادگاهی که حکم را صادر کرده است، رسیدگی می‌شود. اما در اینکه دادگاه برای رفع ابهام یا اجمال از حکم صادره چه مواردی را باید بررسی کند، در قانون اشاره نشده است. در ماده ۲۹ قانون اجرای احکام مدنی پیش‌بینی تعیین وقت رسیدگی برای رفع اختلاف از مفاد حکم نیز شده است. با این حال رسیدگی دادگاه و دعوت از طرف مقابل به این معنا نیست که دادگاه رسیدگی کاملی دارد و باید حق دفاع را رعایت کند، بلکه صرفاً برای خروج از بن‌بست و رسیدن دادگاه به تصمیم صحیح است که این دعوت به عمل می‌آید.^۱

این که دادگاه برای رفع ابهام نیاز به تعیین وقت رسیدگی و دعوت از طرفین داشته باشد یا خیر اهمیت چندانی ندارد؛ اما آنچه اهمیت دارد این است که دادگاه نمی‌تواند بر خلاف اساس رأی تصمیم تازه‌ای اتخاذ نماید و باید به مبنای رأی پای‌بند بوده و در مقام رفع اختلاف در مفاد رأی یا دیگر موارد آن، نباید نظم حقوقی جدیدی را پی‌ریزی کند^۲ و همان‌طور که قبلًا اشاره شد اساس و مبنای رأی را امور موضوعی ارائه و اثبات‌شده طرفین تشکیل می‌دهند. لذا هر گونه رفع ابهام یا اجمال از رأی باید بر اساس همان امور موضوعی که در پرونده ارائه شده و مبنا و اساس قانونی رأی را پایه‌ریزی نموده است به عمل آید.

۲-۳-۳. تأثیر امور موضوعی در تشخیص اعتبار امر قضاوت‌شده

بعد از قطعیت دادنامه چنانچه در پرونده جدیدی ایراد امر قضاوت‌شده مطرح شود، گاه دادگاه برای تشخیص اینکه آیا موضوعی که قبلًا رسیدگی شده است با موضوع فعلی واحد بوده و اعتبار امر مختومه دارد یا نه، به ناچار وارد بررسی امور

۱. خدابخشی، عبدالله، قانون حاکم بر اجرای آرای مدنی، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳، ص. ۲۳۴.
۲. همان، ص. ۲۳۲.

موضوعی دادنامه قطعیت یافته قبلی می‌شود؛ به طور مثال در پروندهای خواسته خواهان خلع ید و رفع تصرف بوده که دادگاه صرفاً با بررسی در ارکان دعوا رفع تصرف، حکم به خلع ید و رفع تصرف صادر و دادنامه قطعیت می‌یابد. متعاقباً بین همان اصحاب دعوا، دعوایی به خواسته خلع ید مطرح می‌شود و خوانده دعوای ایراد اعتبار امر قضاؤت‌شده را مطرح می‌نماید. در همین راستا در پرونده کلاسه ۸۸۰۹۹۸۳۸۱۹۱۰۶۷ شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی بروجن که مربوط به ادعای خلع ید بوده و ایراد امر قضاؤت‌شده مطرح شده است، طی دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۳۸۱۹۲۰۰۷۷ که عیناً طی دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۳۸۱۴۱۰۰۷۴۳ شعبه اول تجدیدنظر تأیید کرده، دادرس دادگاه چنین استدلال نموده است که: «گاه برای تشخیص اتحاد یا اختلاف موضوع دعوا، باید به حدود و قلمرو حکم صادرشده در دعوای پیشین توجه کرد و از طرفی اعتبار امر قضاؤت‌شده تنها به مقررات صریح (منطقو) حکم اختصاص ندارد و ممکن است ناشی از امری باشد که به صورت ضمنی مورد حکم واقع شده است. به عبارت دیگر هر تصمیمی که نتیجه ضروری و اجتناب‌ناپذیر مصراحت دادگاه باشد (مدلول حکم) از همان اعتبار منطقو بهره‌مند است. برای درک مدلول رأی ناگزیر از مراجعه به گفتگوهای دو طرف در مراحل رسیدگی و پیش از صدور حکم هستیم تا از طریق توجه به آن و اوضاع و احوال حاکم بر دعوا بتوانیم معین کنیم به چه «موضوعی» رسیدگی شده و النهایه نسبت به آن اتخاذ تصمیم شده است. بنابراین مطلبی که در بخش حاکم رأی دادگاه می‌آید باید مسبوق به اختلاف متداعین پرونده بوده باشد. به عبارتی نتیجه رأی در صورتی از اعتبار امر قضاؤت‌شده برخوردار است که ناظر به موضوع اختلاف بین اصحاب دعوا و مورد نزاع باشد، در مانحن فیه، حکم صادره در پرونده کلاسه ۲۵۳/۸۶ ح/۲ مبنی بر بی‌حق خواهان دعوای اصلی است و از این منظر که آیا این حکم را باید ناظر به هر دو خواسته (موضوع) دعوا یعنی «خلع ید» و «رفع تصرف عدوانی» دانست یا یکی از آنها و در صورت اخیر بر چه اساس و مبنایی، مورد بحث است. همان‌گونه که اشاره شد، برای فهم صحیح مدلول حکم، به ناچار باید به اوضاع و احوال حاکم بر دعوا و مشروح مذاکرات طرفین مراجعه نمود. در این پرونده (پرونده کلاسه ۲۵۳/۸۶ ح/۲) دفاعیات خوانده دعوا اصلی (مسعود الف) پیرامون نحوه تصرفات و مجوز آن (انعقاد قرارداد با مصطفی ع) است و وکیل خواهان وارد ثالث نیز در دادخواست و دفاعیات خویش علاوه بر طرح مالکیت موکل، به سابقه طویل‌المدت تصرفات وی اشاره داشته است. کانون استدلال‌ها و اشارات دادگاه به ۱- نظریه کارشناس در باب زراعت، به منظور تبیین نحوه تصرفات. ۲- مأذونه بودن «تصرفات» خوانده دعوا اصلی و تجویز آن از سوی مالک (مهرداد ع) و عدم ارائه دلیل از

سوی خواهان دعوا اصلی بر جواز «تصرفات» طولانی خوانده دعوا اصلی، در جهت توجیه مشروع جلوه دادن تصرفات خوانده دعوا اصلی. ۳- ذکر سایر ارکان دعوا اصلی از اثبات سبق تصرفات خویش، که در اسباب و جهات حکم ذکر گردیده، از جمله قرائنسی است که نشان می‌دهد دادگاه به عناصر دعوا «تصرف عدوانی» توجه و در صدد رسیدگی به این موضوع بوده است و اساساً در مقام تعیین تکلیف راجع به دعوا «خلع‌ید» بر نیامده است.

به خوبی قابل ملاحظه است که دادگاه برای اینکه تشخیص دهد آیا «موضوع» جدید با «موضوع قدیم» واحد بوده و اعتبار امر مختومه دارد یا خیر، به بررسی امور موضوعی و رسیدگی شده در پرونده سابق پرداخته و به این نتیجه رسیده است که آنچه در پرونده سابق نسبت به آن رأی داده شده است «رفع تصرف» بوده و راجع به «خلع‌ید» اظهارنظری نشده است تا موضوع مشمول اعتبار امر مختومه گردد. چرا که امور موضوعی مطروحه در پرونده حکایت از دعوا رفع تصرف دارند و عنوان کردن عبارت خلع‌ید در منطق رای سابق برای اینکه برای دعوا خلع‌ید ایجاد اعتبار امر مختومه نماید، کافی نیست و ظاهراً مراد، خلع‌ید در مفهوم اعم بوده که در بر گیرنده دعاوی تصرف نیز می‌باشد. بنابراین حتی بعد از قطعیت دادنامه نیز دادگاه ممکن است مجدداً امور موضوعی را برای تشخیص «موضوع دعوا» بررسی نماید و نکته حائز اهمیت این است که بررسی مجدد امور موضوعی ممکن است توسط دادرس دیگری که پرونده دوم نزد وی مطرح است به عمل آید و مبنای برداشت وی از امور موضوعی، اساس اظهارنظر وی در دادنامه دوم قرار گیرد.

نتیجه‌گیری

طرح امور موضوعی بر اساس اصل تسلیط تکلیف اصحاب دعواست. خواهان مکلف است هم در دادخواست تقدیمی امور موضوعی به اندازه و با کیفیت لازم جهت اعمال قاعده حقوقی مورد نظر خود را برای اخذ نتیجه متنظر خود ارائه نماید هم می‌تواند در هر مرحله از مراحل دادرسی امور موضوعی جدید ارائه و ابراز نماید چه در برابر امور موضوعی ارائه شده خوانده و چه در راستای تغییراتی که در اجرای ماده ۹۸ ق. آ. د. م. در خواسته اولیه خود انجام می‌دهد. دادرس بر اساس اصل تسلیط از دخالت در طرح امور موضوعی به جز مواد استثنایی (امور غیرترافعی) منمنع است. عدم ارائه امور موضوعی برای خواهان قبل از صدور رأی قطعی چند نتیجه در پی دارد. اولاً چنانچه در زمان طرح دعوا و در دادخواست تقدیمی، امور موضوعی طرح و ارائه ننموده باشد به لحاظ نقص دادخواست، در صورت عدم رفع نقص با قرار رد دادخواست از ناحیه مدیر دفتر یا جانشین وی مواجه خواهد شد. ثانیاً چنانچه امور موضوعی ارائه شده وی به اندازه کافی نباشد، به نحوی که در فرض اثبات نیز دادگاه را به نتیجه دلخواه خواهان نرساند، دعوا وی با این استدلال دادگاه که دعوا به کیفیت مطروحه قابل استماع نیست، با قرار عدم استماع دعوا مواجه خواهد شد. ثالثاً چنانچه در مرحله بدوي نیز حکم به نفع وی صادر شده در مرحله تجدیدنظر به لحاظ اینکه دادگاه تجدیدنظر به جنبه موضوعی دعوا نیز به صورت کامل رسیدگی می‌کند، در صورت اینکه امور موضوعی مطروحه به اندازه و کیفیتی نباشد که اعمال قاعده حقوقی مورد استناد را توجیه نماید، دادنامه در مرحله تجدیدنظر نقض خواهد شد. در مورد خوانده دعوا نیز چنانچه در برابر ادعای خواهان امور موضوعی در ارستای برائت خود لازم بداند باید ارائه و اثبات نماید، در غیر این صورت به صرف انکار ادعای خواهان، در صورتی که خواهان امور موضوعی ارائه شده خود را اثبات نماید خوانده محکوم خواهد شد. بعد از صدور رأی قطعی نیز امور موضوعی در سه مورد مؤثر در رأی صادره است، اول اینکه در مرحله فرجام خواهی هر چند اصولاً دیوان عالی کشور نباید به بحث امور موضوعی ورود کند، اما به هر ترتیب برای فهم امر حکمی اعمال شده توسط دادگاه ماهوی، ناگزیر از تورق پرونده است و اگر در این راستا اشتباهی را کشف کند که امور موضوعی ارائه شده از سوی طرفین به اندازه و کیفیتی نیست که اعمال حقوقی مورد نظر را توجیه کند، دیوان عالی کشور رأی فرجام خواسته را به علت فقدان اساس قانونی نقض خواهد کرد. دوم اینکه دادگاه نمی‌تواند برای رفع ابهام، برخلاف اساس رأی تصمیم تازه‌ای اتخاذ نماید و باید به مبنای رأی پایبند باشد. اساس و مبنای رأی را نیز امور موضوعی ارائه و

اثبات شده طرفین تشکیل می‌دهند. لذا هر گونه رفع ابهام یا اجمال از رأی باید بر اساس همان امور موضوعی که در پرونده ارائه شده و مبنا و اساس قانونی رأی را پایه‌ریزی نموده است به عمل آید. در نهایت اینکه حتی بعد از قطعیت دادنامه نیز دادگاه ممکن است جهت احراز ارکان ایراد امر قضاؤت شده، مجددًا امور موضوعی را برای تشخیص «موضوع دعوا» بررسی نماید و نکته حائز اهمیت این است که بررسی مجدد امور موضوعی ممکن است توسط دادرس دیگری که پرونده دوم نزد وی مطرح است به عمل آید و مبنای برداشت وی از امور موضوعی، اساس اظهارنظر وی در پرونده دوم قرار گیرد.

منابع

- انصاری، باقر، نقش دادرس مدنی در تحصیل دلیل و کشف حقیقت، انتشارات شهر دانش، چاپ دوم، ۱۳۹۱.
- افتخار جهرمی، گودرز؛ دنکوب، ابوالفضل، «نقش اصحاب دعوا در امور موضوعی»، مجله تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه شماره ۸، ۱۳۹۱.
- الحامی، الیاس ابو عبید، اصول المحاكمات المدنیه، بین النص و الاجتهاد والفقه: دراسه المقارنه اثر، منشورات زین الحقوقیه، ۲۰۰۸ م.
- السان، مصطفی؛ احمدی، خلیل، «دفاع اثباتی»، مجله تحقیقات حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۷۶، ۱۳۹۵.
- پوراستاد، مجید، نقش دادرس مدنی در تحصیل دلیل و کشف حقیقت، انتشارات شهر دانش، چاپ دوم، ۱۳۹۱.
- پورطهماسبی، محمد؛ محسنی، حسن، «اصل تسلط طرفین دعوا بر جهت و موضوعات دعوا»، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره ۱۹۰، ۱۳۸۴.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوق، جلد پنجم، چاپ سوم، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۷۵.
- خدابخشی، عبدالله، قانون حاکم بر اجرای آرای مدنی، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳.
- دیانی، عبدالرسول، ادله اثبات دعوا در امور مدنی و کیفری، چاپ اول، انتشارات دریس، ۱۳۸۵.
- ریموند، مارتین، اصول راهبردی دادرسی مدنی، چاپ اول، ترجمه اسماعیل شایگان، نشر میزان، ۱۳۹۵.
- شمس، عبدالله، «سبب، امور موضوعی و توصیف آنها در دعوای مدنی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۶۵، ۱۳۹۳.
- شمس، عبدالله، ادله اثبات دعوا، چاپ دوازدهم، انتشارات دراک، ۱۳۹۰.
- _____، آیین دادرسی مدنی، دوره پیشرفته، جلد اول و دوم، چاپ سی و یکم، انتشارات دراک، ۱۳۹۳.
- _____، «تقریرات آیین دادرسی مدنی تطبیقی» دوره دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۱۳۸۶-۸۷.
- غمامی، مجید؛ محسنی، حسن، آیین دادرسی مدنی فراملی، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۹۲.
- _____، آیین دادرسی مدنی فرانسه، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۹۲.
- غمامی، مجید؛ اشراق آرانی، مجتبی، «تفکیک امر حکمی از امر موضوعی در دادرسی مدنی، تبیین نظریه عمومی»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، شماره ۲، ۱۳۸۹.

-
- غمامی، مجید؛ اشراق آرانی، مجتبی، «فواید عملی و نظری تفکیک امر حکمی از امر موضوعی در دادرسی مدنی»، مجله مطالعات حقوق خصوصی، سال چهلم، شماره ۴، ۱۳۸۹.
 - قلیزاده، احمد، «تحلیل بر اصل وحدت رسیدگی در قانون آیین دادرسی مدنی»، دو فصلنامه علمی - پژوهشی دانش حقوق مدنی، سال پنجم، شماره دوم، ۱۳۹۵.
 - کاتوزیان، ناصر، اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی، چاپ نهم، نشر میزان، ۱۳۹۲.
 - _____، اثبات و دلیل اثبات، جلد دوم، چاپ اول، انتشارات میزان، ۱۳۸۳.
 - کاشانی، جواد؛ جعفری، زهرا، بررسی اثر انتقالی تجدیدنظرخواهی در دعاوی مدنی (در حقوق ایران و فرانسه)، فصلنامه پژوهش حقوق، سال سیزدهم، شماره ۳۳، ۱۳۹۰.
 - محسنی، حسن، اداره جریان دادرسی مدنی، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۶.
 - _____، آیین دادرسی مدنی فرانسه، چاپ دوم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱.
 - موسوی، سید امیر حسام، «ورود دیوان عالی کشور به امور ماهوی»، مجله حقوق خصوصی، دوره ۱۳، شماره ۲، ۱۳۹۵.
 - مولوی، محمد؛ صفری، ناهید، «ایرادها و دفاع ماهوی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۹۷، ۱۳۹۶.
 - نهرینی، فربدون، متفرعات دعوا و ویژگی‌های آن، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱.
 - هرمزی، خیرالله، «تغییر عناصر دعوا: شرحی بر ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی»، مجله پژوهش‌های حقوق خصوصی، سال دوم، شماره سوم، ۱۳۹۲.
 - _____، «توجیه آرای مدنی و ضمانت اجرای عدم رضایت آن»، پژوهش حقوق و سیاست، دوره ۶، شماره ۱۱، ۱۳۸۳.
- Jolowicz, John, *On Civil Procedure*, Cambridge, 2017.
 - Laure Rassat, Michele, *Procédure Pénale*, 15^eme edition, Paris, PUF, 2007.
 - Serge, Guinchard, *Droit Etpratique de la Procédure Civile*, Dalloz, Paris, 2016.

تحلیل عوامل بی‌عدالتی کیفری در جرایم مواد مخدر

جمشید غلاملو*

چکیده

نظام عدالت کیفری به وسیله نهادهای خود برای کنترل جرم، متهمن را شناسایی و با گردآوری ادله و برگزاری محاکمه، مرتكبان را محکوم می‌کند. اصولاً مفروض است که محکومان، مرتكبان واقعی هستند. اما این فرض، مطلق نیست. برخی محکومان به رغم بی‌گناهی به خطا محکوم می‌شوند. بخش عمده‌ای از علت بازداشت و محکومیت بی‌گناهان به خطاها متعدد و متوالی کنش‌گران پلیسی و قضایی (دادستان، پلیس، بازپرس و قاضی) مربوط می‌شود. ویژگی‌های اثباتی جرایم مواد مخدر -چه در قانون و چه در عمل- به گونه‌ای است که امکان ارتکاب خطا و در نهایت محکومیت فرد بی‌گناه در آنها بیش از جرایم دیگر است. در این پژوهش کیفی، با روش نمونه‌پژوهی (۲۹ نمونه) عوامل غالبی که موجب بی‌عدالتی کیفری (محکومیت و بازداشت بی‌گناهان) در جرایم مواد مخدر می‌شوند، تحلیل شدند که حسب یافته‌های پژوهش دلیل اثباتی اصلی و مبنای تشکیل پرونده کیفری در جرایم مواد مخدر، یافت شدن مواد در تصرف فرد است. در نتیجه، چنانچه مواد در تصرف فردی کشف شود، اثبات بی‌گناهی بسیار دشوار خواهد بود. اهمیت بررسی محکومیت بی‌گناهان در جرایم مواد مخدر از آن روی افزون‌تر است که تعداد بسیار قابل توجهی از کیفرهای اعدام، در این دسته از جرایم تعیین و اجرا می‌شوند. حتی اگر احکام محکومیت مرتكبان مواد مخدر را دست کم عاری از خطا ندانیم و امکان محکومیت افراد بی‌گناه را حتی به تعداد کم به رسمیت بشناسیم، مبانی توجیهی کیفر اعدام در این جرایم سیستم‌تر از همیشه می‌شود. سلب حیات یک بی‌گناه در جرایمی که حتی با الزام شرعی برای مجازات و نوع معین آن (اعدام) رو برو نیست، بیش از پیش مشروعیت این کیفر را

مخدوش می‌سازد. یکی از نتایج و الزامات اصلی وجود آسیب محاکومیت بی‌گناهان در نظام عدالت کیفری، لغو کیفرهای جبران‌نایابی مانند اعدام است.

کلیدواژه‌ها: جرایم مواد مخدر، ادله اثبات، کیفر اعدام، محاکومیت بی‌گناهان، اتهام‌نگاری نادرست.

مقدمه

خطا اگرچه امری است ناخوشایند، جزیی از عملکرد انسان است. وقتی در زندگی روزمره خود مرتکب خطای شویم، تعجب آور نیست که در قضاؤت کردن درباره مسائلی که خود علم مستقیم به آنها نداریم، مرتکب اشتباه شویم. اشتباه در فرضی است که با حسن نیت باشیم و جاهل به واقعیت، و گرنه ممکن است آگاهانه به خطای قضاؤت کنیم. کنش‌گران پلیسی و قضایی شامل پلیس، دادستان، بازپرس و قاضی در کنار سایر افراد درگیر در فرآیند دادرسی کیفری، مانند شاهد، شاکی، وکیل و کارشناس، ممکن است گاهی آگاهانه یا ناآگاهانه در تصمیم‌گیری‌هایشان مرتکب خطای شوند. در ذات خطای ضرر نهفته است؛ در برخی پرونده‌ها به ضرر متهم و در برخی دیگر به ضرر بزهیده یا شاکی. نقض تصمیمات آنها در مراجع صلاحیت‌دار قانونی دلیل متقنی است بر این ادعا. به رغم وجود این واقعیت، با تأکید بر اصول و فروض مبنایی مانند بی‌گناه مفروض شدن متهم، احتیاط در دماء، درآ به شباهه، تفسیر شک به نفع متهم^۱ در فرآیند دادرسی کیفری، گویی صیانت از محکوم نشدن بی‌گناهان حتی به قیمت فرار کردن بزهکاران واقعی از چنگ عدالت به عنوان آموزه غالب حقوق کیفری برگزیده شده است.^۲

خطا در رسیدگی به جرایم مواد مخدر از مرحله کشف جرم و شناسایی متهمان تا رسیدگی و صدور حکم وضعیتی متفاوت‌تر و آسیب‌پذیرتر از جرایم دیگر دارد. از یکسو، اغلب به علت اینکه متهم همراه با مواد شناسایی و دستگیر می‌شود، اثبات بی‌گناهی بسیار دشوار است؛ ماهیت این جرایم به‌گونه‌ای است که دلیل اثباتی معمول و غالب، یافت‌شدن مواد در تصرف فرد است. در این جرایم ادله‌ای مانند سند، نظریه کارشناسی و DNA به ندرت و شاید هرگز موضوعیتی برای استناد پیدا نمی‌کنند. این مسئله احتمال وقوع اشتباه را بسیار زیاد می‌کند. از سوی دیگر، برای ارتکاب این جرایم کیفرهای شدیدی مانند اعدام و حبس‌های طولانی مدت پیش‌بینی شده است. آیا ممکن نیست در فرآیند رسیدگی به این جرایم برخی بی‌گناه به خطای متهم، بازداشت و محکوم

۱. اصل برائت در اصل قانون اساسی و ماده ۳۶ قانون آینین دادرسی کیفری تأکیده شده است. علاوه بر قواعد فقهی مستحکمی، مانند احتیاط در دماء، در مواد ۱۲۰ و ۱۲۱ قانون مجازات اسلامی قاعده درآ به شباهه تصریح شده است.

۲. در حدیثی منتسب به امام علی(ع) آمده است که «اگر صد گناهکار از کیفر بگریزند بهتر از آن است که یک بی‌گناه کیفر داده شود». در ادبیات علمی محاکومیت بی‌گناهان نسبت معروف به نسبت یا فرمول بلکاستون حقوقدان انگلیسی (Blackstone's Ratio) در این باره بسیار معروف است: «رهایی ده مجرم بهتر از محکومیت یک بی‌گناه است». در این باره بنگرید به:

Sorochan, Donald, "Wrongful Convictions: Preventing Miscarriage of Justice, Some Case Studies", Texas Tech Law Review, vol. 41, 2008.

شوند؟ نقض آراء در مراحل تجدیدنظر عادی یا از طریق اعاده دادرسی یقیناً ما را قانع می‌کند به این پرسش پاسخ مثبت دهیم. ممکن است هیچ‌گاه محکوم بی‌گناهی که به خاطر ارتکاب جرایم مواد مخدور محکوم شده است، فرصت یا امکانی برای اثبات بی‌گناهی خود نیابد. آنگاه مشروعیت اعدام برای جرمی که انتخاب مجازاتش بر عهده جامعه و حاکمیت، و نه شرع بوده، بسیار تأمل برانگیز می‌شود.

گرچه جرمانگاری مواد مخدور در ایران در مقایسه با سایر جرایم سنتی سابقه طولانی نداشته است، تعیین کیفرهای شدیدی مانند اعدام به پیش از وقوع انقلاب بر می‌گردد.^۱ دولت پس از انقلاب اسلامی سیاست جدی‌تری در مقابله با این دسته از جرایم اتخاذ و در نخستین گام شورای موقت انقلاب قانونی تصویب کرد که به موجب آن کشت خشخاش به طور کامل منوع و رفتارهای دیگری که در قوانین پیش از آن جرم نبودند، جرمانگاری و مرتکبان با کیفرهای شدیدی مواجه شدند.^۲ در حالی که در هر دو قانون پیش‌گفته از کلمه «تشدید» استفاده شده که خود نشانگر سیاست افتراقی سخت‌گیرانه‌تر نسبت به جرایم مواد مخدور بود، در سال ۱۳۶۷ و این بار نهاد خاص‌تری به نام مجمع تشخیص مصلحت نظام در این باره قانون وضع کرد: قانون مبارزه با مواد مخدور که در آن به جای کلمه «تشدید»، از کلمه «مبارزه» استفاده شده بود. اینکه چرا با وجود مجلس قانون‌گذاری، نهاد عالی دیگر به امر تقینین کیفری اقدام کرد مسأله دیگری است، اما گویای این مطلب است که مواد مخدور، دغدغه‌ای بسیار مهم در ایران محسوب می‌شود که نهاد فوق العاده‌ای را که برای تشخیص مصلحت نظام تأسیس شده است، به خود مشغول داشته و این نهاد، قانون‌گذاری کیفری در حوزه مواد مخدور را مصلحت نظام دانسته است. این قانون که سیاست سخت‌گیرانه‌تری را با هدف ارعاب و بازدارندگی دنبال می‌کرد، همواره با نقدها و چالش‌های مهمی مواجه بوده است. از یکسو، در سطح داخلی برخی حقوق‌دانان سیاست سرکوب و سزاده‌نده را در کاهش جرایم مواد مخدور اثربخش ندانسته و از نظر حقوقی نیز تعیین کیفر بدنه اعدام را برای جرم تعزیری ناموجه محسوب می‌کردند. این گروه از حقوق‌دانان و جرم‌شناسان خواستار این بودند که با توجه به نرخ بالای جرم در این حوزه، لازم است قانون بازنگری شود. از

۱. به موجب ماده واحده قانون تشدید مجازات مرتکبین اصلی جرایم مندرج در قانون تشدید مجازات مرتکبین اصلی جرایم مندرج در قانون منع کشت خشخاش و اجزاء موقوفی تعقیب و اجرای مجازات سایر مرتکبین جرایم مذکور مصوب ۱۳۴۸ برای اولین بار برای برخی جرایم مواد مخدور کیفر اعدام تعیین شد.

۲. لایحه قانونی تشدید مجازات مرتکبین جرایم مواد مخدور و اقدامات تأمینی و درمانی به منظور مداوا و اشتغال به کار معتادین مصوب ۱۳۵۹ بنگرید به: رحمدل، منصور، تحولات سیاست جنایی تقیی و قضایی ایران در زمینه مجازات اعدام در جرایم مواد مخدور، جامعه‌شناسی ایران، شماره ۲۵، بهار ۱۳۸۵، صص. ۱۴۹-۱۶۵.

سوی دیگر، از نظر سیاسی و در سطح بین‌المللی، دولت جمهوری اسلامی برای اجرای کیفر اعدام، ناقض حقوق بشر اعلام و سرزنش می‌شد.

قانون مبارزه با جرایم مواد مخدر چند مرحله در سال‌های ۱۳۷۶ و ۱۳۸۹ بازبینی و در نهایت ۲۰ سال بعد، در سال ۱۳۹۶ با گذر از چالش‌های زیاد، در اصلاحیه‌ای، ماده مهمی در تعديل کیفرهای شدید اعدام و حبس ابد به آن ملحق شد. در این مقرره برخی جرایم مواد مخدر، صرفاً چنانچه با شرایط مشددهای مانند استفاده از سلاح، استفاده از کودکان و نوجوانان، سابقه کیفری و حجم زیاد مواد همراه باشند، مشمول اعدام می‌شوند؛ در غیر این صورت مجازات‌های خفیفتر دیگری تعیین می‌شوند. این تغییر سیاست در کاهش مواد کیفر اعدام بسیار قابل توجه است، ولی نقطه تاریک این اصلاحیه قانونی، تبدیل جرایم مواد مخدر از تعزیری به حدی است؛ زیرا به موجب این اصلاحیه برای توجیه و مشروعیت‌بخشی به کیفر اعدام، برخی جرایم مواد مخدر مصدق جرم حدی «مفشد فی‌الارض» و مستحق کیفر اعدام دانسته شده‌اند.^۱ به رغم اینکه این قانون در محدود کردن محکومیت‌های اعدام گام بزرگی برداشته است، ولی اگر تاکنون رویکرد انتقادی به سیاست‌های کیفری و نیز کیفرگذاری و کیفردهی به جرایم مواد مخدر با استناد به ماهیت تعزیری این جرایم، لغو کیفر اعدام را ممکن‌تر می‌دانست، با حداچاری این جرم، وضعیت از نظر حقوقی دشوارتر از پیش شده است.

در این مقاله ضمن تحلیل عوامل اصلی خطاهای منجر به بازداشت و محکومیت افراد بی‌گناه در جرایم مواد مخدر، مشروعیت کیفرهای شدید و جبران‌ناپذیری مانند اعدام، نه از رویکرد عدم اثربخشی و بازدارندگی‌شان و نه از نظر مخالفت آن با استناد بین‌المللی در لغو کیفر اعدام، بلکه از منظر آسیب‌پذیر بودن این جرایم در برابر خطاهای پلیسی و قضایی در شناسایی مرتكبان، اثبات جرم و محکومیت افراد بی‌گناه که نظام حقوقی ایران و فقه اسلامی بر حمایت از فرض بی‌گناهی تأکید دارد، نقد و بررسی می‌شود. در این مقاله منظور از بی‌عدالتی کیفری^۲ دو مصدق مهم آن یعنی بازداشت و محکومیت بی‌گناهان است. فرضیه این است که دلیل اثباتی اصلی و غالب

۱. برای مطالعه مبانی فقهی کیفر اعدام در جرایم مواد مخدر بنگرید به: حبیبی‌تبار، جواد؛ حبیبی، ضامن علی، مبانی فقهی مجازات اعدام در جرایم مواد مخدر، کاوشنی نو در فقه، سال بیست و یکم، تابستان ۱۳۹۳، صص. ۷۸-۱۰۲.

2. Miscarriages of justice

به نظر می‌رسد که بی‌عدالتی کیفری یا خطاهای قضایی معادل مناسب‌تری برای این عبارت هستند و خطاهای زیادی را اعم فرازیندی و برآیندی شامل می‌شود. در این باره بنگرید به: غلاملو، جمشید؛ فرجیها، محمد، «محکومیت بی‌گناهان: از خطای قضایی تا بی‌گناهی واقعی»، مجله پژوهش حقوق کیفری، شماره ۸، پاییز ۱۳۹۳، صص. ۸۶-۹۳.

جرائم مواد مخدر، یافت شدن مواد در تصرف فرد است که این مسئله وقوع خطای بازداشت و محکومیت بی‌گناهان را بسیار محتمل می‌کند. در این مقاله با انتخاب روش کیفی و استفاده از روش نمونه‌پژوهشی، ۲۹ نمونه مطالعه شد که داده‌ها با ابزارهای تجزیه و تحلیل اسناد و مدارک (دادنامه و پرونده‌های قضایی)، مشاهده و مصاحبه گردآوری شدند. از بین نمونه‌ها، ۲۰ رأی دادگاه‌های انقلاب صادره در بازه زمانی سال ۱۳۹۶ تا ۱۳۹۷ از نظر ادله اثباتی جرائم مواد مخدر با حضور در دادگاه انقلاب اسلامی تهران (شعبات اجرای احکام) مطالعه شدند که با تکراری شدن داده‌ها، پژوهشگر را به نقطه اشباع از نظر نوع ادله اثباتی در جرائم مواد مخدر رساند.

۱. سیاست سخت‌گیرانه و ماهیت ادله اثباتی

سیاست مقابله با جرائم مواد مخدر، افتراقی بوده است؛ اما باید وصف دیگری را نیز به آن افزود: افتراقی سخت‌گیرانه. از تعیین کیفر اعدام در این دسته از جرائم ماهیتاً تعزیری تا تعیین همین کیفر شدید برای حمل و نگهداری ۳۰ گرم هروئین (در اصلاحیه سال ۱۳۹۶ به ۲ کیلوگرم افزایش پیدا کرد) تا غیر قابل تجدیدنظر بودن بخش عمده‌ای از احکام محکومیت تا رسیدگی به این جرائم در دادگاه انقلاب، جملگی این ادعا را تأیید می‌کند.^۱ همین وضعیت خاص در تشکیل ستادی به نام ستاد مبارزه با مواد مخدر در سطح عالی و به ریاست رئیس جمهور نگرانی ویژه‌ای را منعکس می‌کند. این تدابیر خاص عمدتاً، اگر نگوییم کاملاً، منتج به سخت‌گیری نسبت به متهمان و مرتكبان این جرائم شده است. یکی از عواقب سیاست‌های سخت‌گیرانه، نقض حقوق اساسی و قانونی افراد است؛^۲ حقوقی که از ابتدای اقدامات پلیس در کشف و شناسایی متهم و حفظ آثار و ادوات جرم تا دادرسی و محکومیت در قوانین پیش‌بینی شده است. اغلب، محصل نقض این حقوق، متهم یا محکوم شدن بی‌گناهان است.^۳

۱. برای مطالعه درباره آینین دادرسی افتراقی جرائم مواد مخدر بنگرید به: «آینین دادرسی کیفری افتراقی در قبال جرائم مواد مخدر» در: علوم جنایی: مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر آشوری، چاپ دوم، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۸، صص. ۲۴۲-۲۶۱.

۲. افزایش ارتکاب جرم، جایجایی جرم، به خطر افتادن سلامت اجتماعی و بهداشتی مصرف‌کنندگان از جمله عواقب دیگر سیاست‌های سخت‌گیرانه در مقابله با جرائم مواد مخدر است. در این‌باره بنگرید به: فرجهها، محمد؛ صادقی، آزاده، «پیامدهای ناخواسته برنامه‌های پلیسی کنترل بازارهای خربید و فروش مواد مخدر»، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۱۳، بهار و تابستان ۱۳۹۶، صص. ۱۱۵-۱۳۸.

۳. برای تأیید این ادعا که بازداشت و محکومیت بی‌گناهان از پیامدهای ناخواسته سیاست‌های سخت‌گیرانه کنترل جرم با تمرکز بر شناسایی، دستگیری، محاکمه و مجازات مجرمان است، بنگرید به:

Huff, C.R.; Rattner, A.; Sagarin, E., Convicted but Innocent: Wrongful Conviction and Public Policy, London, Sage Publications, 1996; Ramsey, Robert, False

این سیاست‌ها و تشکیلات اختصاصی برای «مبارزه» با جرایم مواد مخدر مستلزم به کارگیری نیروی انسانی و صرف هزینه‌های زیاد برای نظام عدالت کیفری و دولت بوده و بی‌تردید از نظر سازمانی موقع مابه‌ازا دارد؛ شناسایی، دستگیری و محکومیت هرچه بیشتر و هرچه زودتر مرتکبان به امید کاهش این جرایم و ارائه بیلان کاری به دولت و جامعه. صرف نظر از اثربخش بودن یا نبودن این تدبیر که خارج از مسأله این مقاله است،^۱ از آسیب‌های پنهان این رویکردها، افزایش ارتکاب خطاهای قضایی است. برخی مطالعات با تأیید این مطلب نشان می‌دهند که محکومیت‌های نادرست در دو جبهه جنگ‌های ملی علیه جرم و جرایم مواد مخدر، بیش از سایر جرایم واقع می‌شود.^۲ آری، گاهی طرح‌ها و سیاست‌هایی مانند جنگ یا مبارزه با مواد مخدر به رغم قابل درک‌بودن رسالت‌شان در حمایت از منافع عمومی و شهروندان، افرادی بی‌گناه را حتی اگر تعدادشان خیلی کم باشد، قربانی کرده و به تعبیری تر و خشک را با هم می‌سوزانند. رونالد هاف و همکارانش می‌نویسنند: «جای تعجب نیست که ابعادی از نظام عدالت کیفری ما که بر اهداف کنترل جرم تاکید دارند، ممکن است نه تنها به کنترل جرم کمک نکند، بلکه با ارتکاب خطا در محکومیت افراد بی‌گناه نیز همراه باشند».^۳ شاید با تأثیر از همین دیدگاه مبارزه با جرایم مواد مخدر باشد که برخی پژوهشگران دانشگاه‌های پلیس بر این باورند که چنانچه مأمور پلیسی با نقض ضوابط قانونی و شکلی، جرایم مواد مخدر را کشف و با ضبط مواد دلیل اثباتی تحصیل کند، اقداماتش به رغم تخلف، معتبر است.^۴

البته، در برخی کشورها، از جمله ایالات متحده، گاهی ارتکاب چنین رفتارهایی از پلیس نه برای دفاع از جامعه، بلکه برای منافع شخصی است؛ زیرا جرایم مواد مخدر

- Positives in the Criminal Justice Process- An Analysis of Associated with Wrongful Conviction of Innocent, University of Cincinnati, 2003.

فرجیها، محمد؛ مقدسی‌پور، محمدمباقر، «جلوه‌های عوامگرایی در سیاست‌های کیفری مواد مخدر»، تحقیقات حقوقی، شماره ۶۸، زمستان ۱۳۹۳، ص. ۴۸-۲۵.

۱. حتی اگر فرض کنیم که این سیاست‌ها اثربخش بوده و موجب کاهش ارتکاب جرایم مواد مخدر شده باشند، نافی افزایش خطاهای قضایی به ضرر متهمان نیستند.

- 2. Laqueur, Hannah; Rushin, Stephen; Simon, Jonathan, Wrongful, Policing, and the "War on Crime," Examining Wrongful Convictions: Stepping Back and Moving Forward, 2014.

- 3. Huff, C.R.; Rattner, A., Sagarin, E., "Guilty Until Proven Innocent: Wrongful Conviction and Public Policy", Crime and Delinquency, vol. 32, 1986, p.535.

۴. این پژوهشگر دانشگاه علوم انتظامی می‌گوید: «... در این مورد باید با جرم مربوط به مواد کشف شده به مثابه جرم مشهود بروخورد نماید ولی این اختیار مانع بروخورد با نامبرده به دلیل نقض حریم خصوصی و عمل غیر قانونی نامبرده نخواهد بود». عباسلو، بختیار، «بررسی الزامات قانونی پلیس در امر مبارزه با مواد مخدر و روان‌گردان با تأکید بر پلیس زن»، پلیس زن، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۸۹، ص. ۱۴۸-۱۲۹.

اغلب با مبالغه هنگفتی پول در ارتباطاند و مأموران پلیس خود در این موارد به دنبال سود بردن هستند. بنابراین، آنها برای ضبط و توقيف اموال و پول، تخلفات زیادی مرتكب می‌شوند تا متهمان را دستگیر کنند.^۱

زمانی که ماهیت ادله اثباتی جرایم مواد مخدر در کنار این سیاست سخت‌گیرانه - صرف نظر از قضاوت درباره درستی یا نادرستی و اثربخشی یا عدم اثربخشی آن - قرار می‌گیرد، احتمال خطا زیادتر و نگران‌کننده می‌شود. جرایم مواد مخدر، تعزیری بوده و ادله اقرار، شهادت، قسامه، سوگند و علم قاضی می‌توانند دلیل اثباتی آن باشند. به رغم عدم تصريح قانون مجازات اسلامی به ادله پرکاربردی چون سند، نظریه کارشناسی و ادله‌های آزمایش محوری مانند DNA. این موارد نیز در قالب دلایلی مانند اقرار، شهادت یا علم قاضی ثابت‌کننده جرایم هستند. در جرایم مواد مخدر به علت ماهیت و شیوه ارتکاب جرم، به ندرت ادله‌ای که در سایر جرایم پر استناد هستند، دلیل اثباتی قرار می‌گیرند. داده‌های حاصل از مطالعه میدانی نشان داد که یافت شدن مواد در تصرف فرد، اقرار متهم و علم قاضی ادله اثباتی غالب این جرایم هستند. در مطالعه ۲۰ دادنامه محکومیت مواد مخدر در بین سال‌های ۱۳۹۶ تا ۱۳۹۷ صادره از شعبات دادگاه انقلاب تهران، این فرضیه ثابت شد. در همه این دادنامه‌ها دادگاه با استناد به گزارش پلیس، صورت جلسه کشف مواد و برگ توزین و تقریباً با ادبیات یکسانی حکم بر محکومیت متهم صادر کرده و در مواردی که متهم اقرار داشت، به اقرار نیز استناد شده بود. در پرونده موضوع حمل و نگهداری هروئین، نمونه شماره یک، در رأی محکومیت دادگاه آمده است: «بزه انتسابی به آقای ... با توجه به محتویات پرونده و ادله موجود از قبیل گزارش مأمورین، نحوه دستگیری و کشف مواد، برگ توزین و تحويل مواد به انبار و اظهارات متهم ... ». گاهی دادگاه بدون تصريح ادله، نمونه شماره دو، به این روش و با بیان عبارت کلی به ادله مندرج در کیفرخواست استناد می‌کند: «... با توجه به دلایل مندرج در کیفرخواست و سایر قرائن و شواهد ... ». در کیفرخواست‌های صادره نیز ادله ثابت و ادبیات یکسانی ملاحظه شد. مثلاً در نمونه شماره سه این ادله ذکر شده بود: «۱- گزارش مورد وثوق مأمورین کاشف ۲- صورت جلسه کشف مواد ۳- ملاحظه اعلامیه توزین مواد مکشوفه ۴- اقلیر صریح و مقرر به واقع متهم نسبت به اتهامات انتسابی ۵- سایر قرائن و امارات منعکس در پرونده». در هیچ‌یک از این پرونده‌ها اتهام انتسابی با استناد به دلیل شهادت، سند،

1. Laqueur, Hannah; Rushin, Stephen; Simon, Jonathan, Op. cit.

۲. با توجه به مشابهت کامل متن ادله استنادی در کیفرخواست‌ها و دادنامه‌ها، از تکرار متن نمونه‌ها خودداری می‌شود. بنابراین، نمونه‌هایی که در ادامه بیان می‌شوند، علاوه بر ۲۰ نمونه آرایی است که در اینجا به مقاد آنها اشاره و به متن سه نمونه از این ۲۰ نمونه تصريح شد.

نظریه‌های کارشناسی، نظریه پژوهشی قانونی و مانند اینها ثابت نشد؛ ادله‌ای که در بیشتر آرای کیفری برای اثبات جرم یا حتی بی‌گناهی مورد استناد قرار می‌گیرند. در واقع، همان‌طور که در جرایم مواد مخدر تکیه ادله اثباتی بر اماره یافت‌شدن مواد در تصرف فرد و اقرار است، به ادله استنادی متهم برای خنثی‌سازی این اماره و اثبات بی‌گناهی کم‌توجهی می‌شود.

در اغلب آراء محکومیت جرایم مواد مخدر، علاوه بر استناد به یافت‌شدن مواد، به اقرار متهم و یا علم قاضی استناد می‌شود. در برخی از این احکام متهم در دادگاه نیز اقرار کرده و در برخی دیگر، از اقرار مرحله تحقیقات مقدماتی و نزد پلیس، نکول و در دادگاه با انکار اتهام اقرار مستند در کیفرخواست را ناشی از عنف در بازجویی‌ها اعلام می‌کند. ممکن است اغلب این ادعاهای نادرست باشند و یا حتی بر فرض استفاده از عنف و شکنجه، متهم واقعاً مجرم باشد، ولی انکار عدم وجود تحصیل اقرار ناشی از اجرابهای روانی و فیزیکی دور از واقعیت است.^۱ شاید به همین علت است که تبصره ۲ ماده ۱۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری به عنوان یک حکم الزام‌آور قانونی تکلیف کرده است که چنانچه اقرار مستند حکم محکومیت باشد، الزاماً باید نزد قاضی دادگاه بیان شود.

بنابراین، دادگاه از نظر قانونی نمی‌تواند با استناد به اقرار متهم در دادسرا حکم محکومیت صادر کند، ولی در رویه قضایی برخی قضايان اقرار متهم در دادسرا را منشاء علم خود دانسته و با استناد به علم قاضی موضوع ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی جرم را ثابت و متهم را محکوم می‌کنند. در پرونده موضوع حمل ماده مخدر تریاک، نمونه شماره چهار، قاضی دادگاه به رغم نکول اقرار مرحله تحقیقات مقدماتی و استناد وکیل تسخیری متهم به عدم اعتبار اقرار نزد پلیس و بازپرس، با توجه به گزارش پلیس و کشف مواد، اتهام انتسابی را با استناد به علم قاضی ثابت تشخیص و حکم بر محکومیت صادر کرد.

البته ایراد چندانی در عدم استناد به سایر ادله به پلیس و بازپرس و قاضی وارد نیست؛ زیرا ماهیت جرایم مواد مخدر به گونه‌ای است که ادله پیش‌گفته در اغلب موارد موضوعیتی برای استناد پیدا نمی‌کنند. پلیس و بازپرس و قاضی باید آگاهی داشته باشند که با توجه به ماهیت ادله اثباتی جرایم مواد مخدر، به آسیب‌پذیر بودن افراد بی‌گناه در این پرونده‌ها توجه کرده و فارغ از پیش‌فرضهای ذهنی و تجاربی که دارند با اتخاذ بیشترین دقت در تصمیم‌گیری، از فرض بی‌گناهی بیشتر مراقبت کنند؛ ممکن

۱. برخی پژوهش‌ها این واقعیت را تأیید می‌کنند. برای نمونه بنگرید به: غلاملو، جمشید، تحلیل حقوقی - جرم‌شناختی محکومیت بی‌گناه در ایران، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس، آذر ماه ۱۳۹۴.

است از هر ده یا بیست یا سی پروندهای که متهم یا متهمنش منکر اتهام و حمل مواد یافت شده هستند، یک نفر از آنها واقعه بی‌گناه بوده و موادی که در تصرفش (خودرو، ساک، جیب، کیف و ...) یافت شده است، مال او نبوده و او نیز از حملش بی‌خبر باشد.

۲. اتهام‌انگاری نادرست

به رغم اینکه در قانون تعزیرات ماده عامی برای جرم‌انگاری افترای عملی یا انتساب غرض وزانه اتهام واہی به شخصی پیش‌بینی شده، در قانون مبارزه با مواد مخدر این رفتار به طور جداگانه و با مجازاتی متفاوت جرم‌انگاری شده است. در حالی که ارتکاب افترای عملی در سایر جرایم مجازات مشخصی دارد، اما چنانچه این جرم با جاسازی مواد مخدر و آلات و ادوات استعمال آن ارتکاب یابد، مرتكب به حداقل کیفر مقرر برای همان جرم واہی محکوم می‌شود.^۱ به نظرمی‌رسد مجازات ارتکاب افترای عملی با مواد مخدر و ادوات استعمال آن شدیدتر است؛ زیرا بر خلاف جرم افترای عملی عام که نوع و میزان کیفرش معین بوده و حداقل سه سال حبس یا ۷۴ ضربه شلاق است، کیفر این جرم در مواد مخدر کاملاً نسبی بوده که با توجه به کیفرگذاری‌های بسیار شدیدتر برای جرایم مواد مخدر، ممکن است مرتكب به حبس‌های طولانی مدت و حتی اعدام محکوم شود.

اتهام‌انگاری نادرست زمانی واقع می‌شود که اساساً هیچ رفتار مجرمانه‌ای واقع نشده است و اتهام واہی به فردی نسبت داده می‌شود.^۲ به عبارت دیگر، در این خطاب، از نظر ماهوی هیچ رفتار مجرمانه‌ای ارتکاب نیافته و فرد به ارتکاب جرمی که هیچ‌گاه واقع نشده است، متهم می‌شود. مهم‌ترین جلوه این خطاب، متهم‌کردن فرد به ارتکاب جرمی است که موضوع آن به طور کلی منتفی بوده است. برای نمونه، در حالی فرد الف به ارتکاب قتل عمد فرد ب متهم می‌شود که قربانی زنده بوده است.^۳ گاهی ارتکاب رفتاری به عنوان اتهام به فردی منتبه می‌شود که آن رفتار به طور کاملاً واضح در قانون جرم نیست. با وجود این، فرد به خاطر ارتکاب آن تحت تعقیب قرار می‌گیرد. این موارد نیز اتهام‌انگاری نادرست است. برای نمونه، در تعقیب کیفری الف به اتهام شروع

۱. مطابق با ماده ۶۹۹ قانون تعزیرات مجازات افترای عملی حبس از شش ماه تا سه سال و یا تا ۷۴ ضربه شلاق است. ماده ۲۶ قانون مبارزه با مواد مخدر مقرر می‌دارد: «هر کس به قصد متهم‌کردن دیگری مواد مخدر و آلات و ادوات استعمال آن را در محلی قرار دهد به حداقل مجازات همان جرم محکوم خواهد شد».

2. See: Rattner, A., When Justice Goes Wrong: Convicting the Innocent, Unpublished Doctoral Dissertation, Ohio State University, 1983.

۳. بند الف ماده ۴۷۴ قانون آ.د.ک مصوب ۱۳۹۲ دقیقاً این مورد را پیش‌بینی کرده و آن را از جهات اعاده دادرسی و صدور حکم بر بی‌گناهی محکوم دانسته است.

به ارتکاب جرم مواد مخدری که شروعش جرم نیست، خطا در خود طرح اتهام واهم نهفته است.

اتهام انگاری نادرست، اغلب آگاهانه و ناشی از غرض‌ورزی است.^۱ با توجه به اینکه دادستان مسئول اصلی تعقیب کیفری است، ارتکاب این خطا عمدتاً از جانب اوست. به رغم قابل تصور بودن این فرض که دادستان و پلیس با غرض‌ورزی مرتكب این خطا می‌شوند، در جرایم مواد مخدر عامل اصلی ارتکاب این خطا، گزارش‌های واهم افراد به پلیس و یا نهادهای ذی‌ربط است. مهم‌ترین جلوه اتهام‌انگاری نادرست در جرایم مواد مخدر جاسازی یا قرار دادن مواد مخدر در خودرو، منزل، محل کار، لباس و ... فرد بی‌گناه است. در واقع، فرد با انجام این کار به انگیزه‌های گوناگون مرتكب افترای عملی می‌شود. چه‌بسا نوع و میزان مواد به گونه‌ای باشد که فرد بی‌گناه پس از تعقیب، محاکمه و مجرم شناخته شده و به کیفر اعدام یا حبس‌های طولانی محکوم شود. در این موارد به رغم اینکه در ظاهر جرم حمل یا نگهداری مواد مخدر واقع شده، در واقعیت به علت صوری بودن، جرمی ارتکاب نیافته و به همین‌علت از مصاديق اتهام‌انگاری نادرست هستند. البته، انگیزه یا سوءنیت مرتكب در تحقق آنچه منظور از اتهام‌انگاری نادرست یک بی‌گناه است، بی‌تأثیر است؛ یعنی اگرچه برای تحقق جرم افترای عملی وجود انگیزه یا قصد «به قصد متهم کردن دیگری» شرط است، ولی اتهام‌انگاری نادرست اعم از هرگونه قصد و انگیزه‌ای است؛ زیرا متهم در هر صورتی بی‌گناه است، حتی اگر جاسازی‌کننده مواد نیز مجرم نباشد.

همچنین، به نظر می‌رسد در فرضی که (الف) بسته مواد مخدری را به (ب) که در یک شرکت پیک موتوری کار می‌کند و کاملاً بی‌خبر از محتوای آن است می‌سپارد تا آن را به فرد (ج) تحويل دهد و راننده موتور هنگام تحويل بسته، همراه با (ج) که تحت نظر بوده است به اتهام حمل مواد مخدر دستگیر شود، نسبت به او اتهام‌انگاری نادرست واقع شده است، نه متهم‌انگاری نادرست؛^۲ مگر اینکه قاتل باشیم فرد (الف) نسبت به رفتار حمل، در حکم مباشر بوده و می‌توان او را به جای (ب) به جرم حمل محکوم کرد که در این صورت، فرد (ب) با متهم‌انگاری نادرست مواجه می‌شود.

یکی از انگیزه‌ها در جرایم مواد مخدر، حذف کردن رقیب یا شریک از قاچاق مواد مخدر است. برای نمونه، گاه فردی برای سود بیشتر و تسخیر بازار یا جلب مشتریان، با قرار دادن مواد به اندازه‌ای که در صورت دستگیری موجب تعیین مجازات اعدام شود،

۳. متهم انگاری نادرست

بر خلاف اتهام انگاری نادرست، در متهم انگاری نادرست جرمی به صورت واقعی ارتکاب می یابد، ولی به جای مرتكب واقعی فرد بی گناهی به ارتکاب آن متهم می شود.

۱. منظور بی گناهی متهم در جرم انتسابی است، و گرنه ممکن است فرد بارها پیش از آن مرتكب جرم خرید و فروش مواد مخدر شده باشد.

به طرق مختلف موجب می شود فردی بی گناه^۱ تحت تعقیب قرار گیرد. در نمونه شماره پنج مصاحبه شونده که سابقه چندین فقره محاکومیت به جرایم مواد مخدر را داشت، در تأیید این واقعیت گفت: «در زندان که بودم از برخی زندانیان می شنیدم که می گفتند واقعاً بی گناه هستند. می گفتند شریکشان برایشان توطئه کرده و مواد در خانه یا ماشینشان گذاشتند و بعد به پلیس گزارش داده ... ». مصاحبه شونده دیگری، نمونه شماره شش، با تجربه مشابهی با اشاره به یکی از انگیزه های چنین پرونده هایی می گوید: «من در زندان از زبان خودش شنیدم که می گفت وقتی شریکم ادر خرید و فروش مواد مخدر] سرم کلاه گذاشت و سهمم را نداد، تو خونه اش مواد جاسازی کردم و گزارش کردم گرفتنش. اون هم بعداً من را لو داد».

یکی دیگر از جلوه های جاسازی متقابله مواد مخدر برای متهم کردن فردی بی گناه، وضعیتی است که برخلاف نمونه های پیش گفته بین افرادی که هیچ گونه مشارکت و مداخله ای در جرایم مواد مخدر ندارند، واقع می شود. در این موارد، فرد برای رها شدن از متهم و حذف او از زندگی اش، آسان ترین راه را جاسازی متقابله مواد مخدری که مستلزم کیفر اعدام یا حبس است، انتخاب می کند. در نمونه شماره هفت بازپرس پرونده در بیان یکی از تجربیاتش درباره افتراق عملی زوجه علیه همسرش از طریق جاسازی مواد مخدر به انگیزه محاکومیت او به اعدام برای وصال به معشوقش می گوید: «مرد به شدت منکر اتهام انتسابی در حمل سی گرم مواد مخدر شیشه بود و اصرار داشت که توطئه است. در بین حرفا هایش گفت که با زنش اختلافات جدی دارد و به او مشکوک است. از مخابرات پیامک های خط تلفن همراه زوجه را استعلام کردم. در بین پیامک ها متوجه شدم که زن با مرد دیگری روابط عاشقانه داشته و با یکدیگر تبانی می کنند با جاسازی مواد مخدر در ماشین مرد، او را از سر راهشان بردارند. جالب بود که از نوع و میزان موادی که موجب کیفر اعدام می شود نیز مطلع بودند». این بازپرس پس از مشاهده متن پیامک های رد و بدل شده بین همسر متهم و معشوقش به واهی بودن اتهام انتسابی و بی گناهی وی بی برد. اما همه متهمان بی گناه چنین وضعیتی ندارند. در این پرونده اگر بازپرس کنجدکاوی نمی کرد یا دلیل استعلام مخابراتی به علل مختلف فنی در دسترس نمی بود و یا تبانی به وسیله خط تلفن همراه به صورت پیامک انجام نمی گرفت، به احتمال بسیار زیاد متهم بی گناه به کیفر اعدام محاکوم می شد.

به بیانی دیگر، در این نوع خطا یقیناً جرمی واقع شده و مجرمی وجود دارد، اما فرد بی‌گناهی به نادرستی متهم می‌شود. متهمانگاری نادرست به مراتب از سایر خطاها مهم‌تر است. نقطه آغاز اغلب محاکومیت‌های بی‌گناهان، متهم‌کردن یک فرد بی‌گناه به ارتکاب جرمی است که مرتکب نشده است.^۱ کافی است فرد بی‌گناهی به عمد یا غیر عمد به ارتکاب جرمی متهم و بازجویی شود؛ در این وضعیت، هر احتمالی ممکن می‌گردد. ممکن است او به دلایل متعدد نتواند ادامه رسیدگی را به سلامت سپری کند. احتمال این موضوع زمانی بیشتر می‌شود که متهم به وکیل دسترسی نداشته باشد یا وکیلی استخدام نکند و یا دادستان و سایر کنش‌گران تحقیق به حقوق قانونی وی بی‌توجهی کرده یا حتی غیر اخلاقی عمل کنند.

مدیریت تعقیب جرایم و متهمان بر عهده دادستان است. بنابراین، فرض بر این است که دادستان شخص یا اشخاصی را به عنوان مظنون تعیین کرده و تعقیب می‌کند. با این وجود، در عمل، اغلب پلیس است که مشخص می‌کند چه کسی مظنون است. جرایم یا مشهودند یا غیر مشهود. در اکثر جرایم مشهود، پلیس بر اساس مشاهدات خود یا اظهارات شاکی یا شهود فرد یا افرادی را به عنوان متهم معرفی می‌کند. در مورد جرایم غیر مشهود و جرایمی که اساساً فردی به عنوان مظنون شناسایی نشده است نیز در عمل همین رویه وجود دارد. در این وضعیت، دادستان پرونده را جهت انجام تحقیقات بیشتر به پلیس یا بازپرس ارجاع می‌دهد. در جرایم مواد مخدر به دلیل اینکه از جرایم عمومی محض است، اصولاً شاکی خصوصی وجود ندارد تا شکایتی مطرح و متهمی معرفی شود. ضابطان عام و خاص از طریق گشتهای محسوس و نامحسوس و گزارش‌ها، جرایم و متهمان را کشف و شناسایی می‌کنند. اغلب متهمان حین ارتکاب جرم و یا همراه با مواد مخدر دستگیر می‌شوند. در واقع، همزمان با شناسایی یا دستگیری متهم، مهم‌ترین دلیل اثباتی این جرایم، یعنی وجود مواد مخدر، نیز گردآوری می‌شود. زمانی که مواد مخدر به متهم منتبه می‌شود، عملاً جرم اثبات شده فرض شده و متهم برای اثبات بی‌گناهی‌اش مسیری بسیار دشوار در پیش خواهد داشت.

دادستان در تعیین اینکه چه کسی باید به عنوان متهم تحت تعقیب قرار گیرد، نقش چندانی نداشته و بر اساس نظر پلیس و سایر ظابطان مرتبط، متهم معرفی شده را

۱. پژوهشگران محاکومیت بی‌گناهان اصولاً بین اتهام‌گاری نادرست و متهمانگاری نادرست تقاضوتی قائل نشده و حسب مورد هر دو را ذیل یک عنوان بررسی می‌کنند. بنگرید به:

Leo, Richard, "False Confessions: Causes, Consequences, and Implications", The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law, vol. 37, 2009.



تعقیب می‌کند. زمانی که پرونده برای انجام تحقیقات مقدماتی به بازپرس یا دادیار ارجاع می‌شود، وی نیز بر همین اساس از متهم معرفی شده، پس از تفهم اتهام، بازجویی می‌کند. ماده ۱۶۸ قانون آیین دادرسی کیفری^۱ بازپرس را مکلف کرده است تا بدون دلیل کافی بر توجه اتهام، کسی را به عنوان متهم احضار نکند. با این وصف، بازپرس نیز در تعقیب کیفری متهم نقش مستقیم دارد. بنابراین، در عمل، پلیس، شاکی و بازپرس به مراتب بیشتر از دادستان در تعقیب متهمان و مظنونانگاری نقش دارند.

یکی از مهم‌ترین جلوه‌های اتهام‌نگاری نادرست در جرایم مواد مخدر، وضعیتی است که فردی بدون آنکه از موضوع مجرمانه‌ای مطلع باشد، وارد مکانی می‌شود که با دستور دادستانی تحت نظارت پلیس یا سایر ظباطان بوده است. فرض کنید خانه‌ای به دلیل خرید و فروش مواد مخدر تحت نظارت بوده و افراد مختلفی به آنجا تردد داشته و پلیس برای غافلگیر کردن خریداران و فروشنده‌گان مترصد ورود به منزل و دستگیری مرتكبان است. در همین حین، صاحبخانه دو نفر مهمانی که هیچ ارتباطی با موارد مخدر ندارند و صرفاً جهت دیدار با بستگان خود به آنجا رفته بودند نیز به همراه سایر افراد به اتهام خرید و فروش مواد مخدر دستگیر می‌شوند. دادستان نیز با متهم ساختن آنها پرونده را به بازپرس ارجاع می‌دهد. در نمونه شماره هشت مشاهده شد که چهار نفر شامل سه زن و یک مرد به اتهام خرید و فروش و نگهداری موارد مخدر و آلات استعمال مواد به وسیله مأمور پلیس و زندان در شعبه بازپرسی بازجویی شدند. مأمور پلیس به بازپرس گزارش داد که حسب گزارش مردمی و با دستور دادستان وارد منزل متهم ردیف اول، یعنی صاحبخانه شدند و متهمان را به همراه وافور و مقداری سوخته دستگیر کردند. بازجویی بازپرس از متهمان، به جز صاحبخانه که فقط نگهداری وافور و سوخته را قبول داشت، مابقی متهمان اتهام انتسابی را انکار کردند. یکی از متهمان گفت: «من هیچ خبری از ماجرا ندارم، برای دیدن مادر بیمار صاحبخانه که از اقوام است به همراه همسرم وارد خانه شدم. به محض ورود ما را دستگیر کردند و از دیشب در کلانتری بازداشتیم». متهم دیگر نیز به واهی بودن اتهام تأکید داشت و گفت: «من مهمان بودم، اصلاً اهل مواد نیستم و بدون اینکه کاری انجام دهم مرا دستگیر کردند». دادستان در حالی این افراد را متهم کرد که هیچ دلیلی که اتهام آنها را ثابت کند، وجود نداشت. علاوه بر این، امارات و قرائن نیز مانند رابطه خویشاوندی متهمان با مادر صاحبخانه و بیمار بودن وی و عدم داشتن سوءپیشینه در کنار فرض مستحکم برائت، بی‌گناهی آنها و واهی بودن اتهام را تقویت می‌کرد. البته بازپرس پس از استماع

۱. ماده ۱۶۸ آ.د.ک: «بازپرس نباید بدون دلیل کافی برای توجه اتهام، کسی را به عنوان متهم احضار و یا جلب کند».

دفاعیات و بررسی مدارک و با احراز نادرست بودن اتهام، در همان جلسه نخست قرار منع تعقیب صادر کرد. در این نمونه، متهمان هیچ رفتاری جز حضور در منزل متهم اصلی را مرتکب نشده بودند، ولی دادستان با طرح اتهام نادرست، آنها را به خرید و فروش و نگهداری مواد مخدوش متهمنم کرد. ممکن بود بازپرس و پس از آن قاضی دادگاه نیز مرتکب خطای می‌شند و متهمان بی‌گناه به کیفرهای شدیدی از جمله اعدام (در فرضی که با نوع و میزان مواد ملارزم داشته باشد) محکوم می‌شوند.

در نمونه شماره نه، مأموران پلیس مواد مخدوش بر اساس آنچه نوشتند «گزارش‌های واصله ...»، منزل فرد مظنون را بازرسی و سه نفر را به عنوان مظنون دستگیر می‌کنند. ابتدا دو نفر از آنها اتهام را انکار کرده، ولی در بازجویی دوم، مشارکت در ارتکاب جرم را پذیرفته و بازداشت می‌شوند. در مرحله بازپرسی به جز مظنون اصلی، دو مظنون دیگر از اقرار نکول و خود را بی‌گناه اعلام می‌کنند. گواهی متهمن اصلی به آنها کمک کرد: «... خانه پدرم دوطبقه است. من طبقه همکف هستم و پدرم بالا می‌نشیند. برادرم برای سر زدن به پدرم آمده بود و چون ایشان تعمیرکار است، دوستش ... هم آمده بود ایشان را ببرد تا ماشینش را تعمیر کند و مأمورین آمدند و هر سه نفر را دستگیر کردند. این مواد مال خودم بود. به ما گفتند که اگر هر سه نفر گردن بگیرید، تقسیم بر سه نفر می‌شود و هر سه نفر آزاد می‌شوید. ولی حالا می‌بینم بازداشت هستیم. من نمی‌خواهم که اینها به پای من بسوزند، این دو نفر اصلاً مصرف هم ندارند ...». دفاعیات دو متهمن نیز همین بود. بازپرس با استناد به فقد ادله اثباتی، قرار منع تعقیب صادر کرد. ممکن است در حقیقت بی‌گناه نبودند و چه بسا شریک بودند، ولی آنچه مسلم است تنها دلیلی که آنها متهمن شدند این بود که در منزل مرتکب حضور داشتند!

جلوه دیگر، وضعیتی است که فردی بدون اطلاع از مقاصد مجرمان، با آنها همراه می‌شود. این همراهی ممکن است موجب انتساب اتهام معاونت یا مشارکت در جرم به وی شود؛ مانند راننده‌ای که بدون علم و عمد، مجرمان را برای انجام رفتارهای مجرمانه جابجا می‌کند. در نمونه شماره ده خودرویی به وسیله پلیس متوقف و در ساک سرنشیان آن مقدار زیادی هروئین کشف می‌شود. به جز راننده مابقی سرنشیان اقرار می‌کنند، ولی همه آنها با دستور دادستان بازداشت می‌شوند. بازپرس دفاعیات راننده را مبنی بر عدم اطلاع از وجود مواد مخدوش و حمل آن نمی‌پذیرد و پس از صدور قرار مجرمیت، پرونده با صدور کیفرخواست به دادگاه ارجاع می‌شود. وکیل راننده در شرح دفاع از موکلش (راننده) می‌گوید: «واقعاً راننده بی‌گناه بود. شغلش رانندگی بود. اصلاً خبر نداشت مسافران با خودشان مواد دارند. البته آنها را می‌شناخت و در بازجویی اولیه

نیز گفته بود. بیان همین مطلب به ضرورش تمام شده بود. خوشبختانه مسافران از همان اول تأکید کردند که مواد مال خودشان است و موکل فقط راننده بوده است. قاضی هم با مشاهده اوضاع و احوال پذیرفت و آنها را به اعدام محکوم کرد و موکل تبرئه شد. در این پرونده خطاب زمانی واقع شد که راننده به عنوان مظنون شناسایی و بازجویی شد. دادستان به صرف اعتراض شکات و البته برای حفظ ادله جرم و اموال برده شده، همه عوامل مرتبط از جمله راننده بی‌گناه را مظنون معرفی و تعقیب کرد. همین خطای در مظنونانگاری، کافی بود تا فرد وارد فرآیند دادرسی شود. با توجه به حجم کار در دادسرا و البته متعدد بودن متهمان، دفاعیات وی نیز به نتیجه نرسید. بازپرس پس از تقهیم اتهام و صدور قرار بازداشت فقط یکبار متهم را احضار کرد و دلیل آن نیز اخذ آخرین دفاع جهت صدور قرار نهایی بود. این‌گونه بود که وی به عنوان مجرم شناخته شد. دادستان نیز که خود به طور مستقیم فرد را مظنون دانسته بود، قرار را تأیید کرد.

البته، گاهی ممکن است پذیرش جرم به وسیله برخی و گواهی بر بی‌گناهی دیگری ناشی از تبانی آنها برای رها شدن از مجازات باشد. برای نمونه، در نمونه شماره یازده مشاهده شد که قاضی در واکنش به این وضعیت بر این باور بود که «این ترفندهای قاچاقچیان است که برای کمک به یکی از شرکایشان و از دست ندادن بازار و حفظ سودشان، کل مواد را گردن بگیرند». با این وجود، چنین مواردی نباید بر فرض بی‌گناهی خدشه وارد کند. همانند نمونه پیش‌گفته ممکن است واقعاً راننده یا یکی از سرنشینان خودرو یا ساکنین منزل بی‌گناه باشند. آن گاه محکوم کردن چنین افرادی به ویژه به کیفرهای جبران‌ناپذیری مانند اعدام با عدالت و قانون سازگاری ندارد.

جلوه دیگر وضعیتی است که در گشتهای بازرگانی بین‌راهی خودروهای اتوبوس‌ها اتفاق می‌افتد.^۱ در این موارد گاهی حمل‌کننده مواد محترم با اطلاع از امکان بازرگانی از ابتدا با ترددات مختلف مواد را که معمولاً داخل ساک یا بسته‌ای است از ابتدا یا در حین حرکت اتوبوس در جایی قرار می‌دهد که در تصرف سرنشین دیگری به نظر برسد. ممکن است گاهی با بازرگانی غافلگیرانه مواجه شده و به محض متوجه شدن از حضور بازرسان، مواد را به روش‌های مختلف مانند پرت‌کردن به زیر صندلی دیگری متعلق به سرنشین بی‌گناهی جلوه دهد. در نمونه شماره دوازده، ایستگاه ایست بازرگانی شب‌هنگام اتوبوسی که در مسیر برگشت از تهران در حرکت بود را برای بازرگانی متوقف می‌کند. در زیر صندلی مرد جوان ۱۹ ساله که خواب بوده، بسته سیاه رنگی حاوی ماده

۱. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با رأی شماره ۱۷۷ به تاریخ ۱۳۸۰/۵/۲۸ و با استناد به قانون آیین دادرسی کیفری، بخش‌نامه اداره کل امور حقوقی و قوانین ناجا که توقف و بازرگانی کلیه خودروها را به صورت کلی تجویز کرده بود، باطل اعلام و بازرگانی را به اخذ اجازه و دستور قضایی موردی مشروع کرد.

مخدو شیشه کشف می‌شود. وی با بی‌خبری از وجود این بسته، تعلق آن به خودش را نفی می‌کند، ولی بازرسان وی را به همراه چند نفر از مسافران صندلی‌های اطراف توقیف و بازداشت می‌کنند. مرد جوان که از نظر بینایی نیز با مشکل مواجه بود به اتهام حمل مواد شیشه با وزن تقریبی ۲۰۰ گرم به دادسرا اعزام شد. در بازجویی مقدماتی او ضمن انکار شدید اتهام در پاسخ به این پرسش که در تهران چه می‌کرده است، با ارائه مدارک گفت: «ساکن تهران نیستم اما آنجا نزد استاد معروفی کلاس موسیقی می‌روم. می‌توانید از این استاد بپرسید. با توجه به فاصله حدود پنج ساعت از شهرم تا تهران، صبح روزهایی که کلاس دارم به تهران می‌روم و شب پس از اتمام کلاس با اتوبوس بر می‌گردم. نمی‌دانم چه کسی مواد را زیر صندلی من انداخته است. من خواب بودم و چشمم نیز از نظر بینایی کمی مشکل دارد. تازه جراحی کرده‌ام». همچنین، وی تأکید می‌کند که هیچ محموله‌ای جز سازش را همراه خود نمی‌برد. ساز نیز داخل کیفش بالای همان صندلی بود که در آن نشسته بود. مشاهده شد که دادستان که خود تحقیقات را انجام می‌داد این دفعات را پذیرفت و با تشخیص بی‌گناهی بدون صدور قرار تأمین متهم را آزاد کرد.

۴. توسل به مخبران و خبرچینان

شناسایی و دستگیری متهمان همراه با مواد و اعتماد به گزارش ضابطان به وسیله دادستان، بازپرس و قاضی امری متعارف و معقول است. مشکل جایی است که با تعصب بیش از حد به این اماره، به سرعت از هر گونه ادعای خلاف آن عبور شود. چه بسا با ارزیابی ادله گردآوری شده و بررسی سایر ادله و مظنونان دیگر، مشخص شود که خطای ارتکاب یافته و متهم یا برخی از آنها بی‌گناه باشند. در نمونه شماره ۵۵، دیدیم که چگونه مأموران پلیس، دادستان و بازپرس به علت کشف شدن مواد در خودرویی که متهم راننده آن بود با حل دانستن معماً جرم چشم بر هر گونه فرض دیگری از جمله بی‌گناهی راننده بسته بودند. اینکه راننده خودرویی که مسافرانش را نیز می‌شناسد، اماره مطلقی برای باخبر بودن از محتوای چمدان‌های آنها نیست. متهم شغلش راننده بود، به راحتی می‌شد با تحقیقات محلی درستی یا نادرستی این ادعا را احراز کرد. علاوه بر این، داشتن رابطه دوستی، آشنایی یا حتی خویشاوندی راننده با سرنشینان اماره‌ای قطعی بر آگاهی از محتوای بار خودرو و هم‌قصد بودن با آنها نیست. تمامی این امارات نباید فرض قانونی، اخلاقی و شرعی برائت و آثارش را خنثی ساخته و یا دست کم نباید مانع بررسی تمام احتمالات ممکن و شنیدن دفعات مظنون شود.

گاهی دادستان‌ها برای اثبات مجرمیت به ادله‌ای متولّ می‌شوند که چندان قابل وثوق نیستند. بهویژه در جرایم مواد مخدر یکی از منابع خبری که پلیس و مقامات قضایی برای شناسایی متهمان و اثبات اتهامات از آن استفاده می‌کنند، مخبران و خبرچینان هستند.^۱ منظور ما از مخبران همه افرادی هستند که با هماهنگی با مقامات پلیسی، قضایی و حتی امنیتی با روش‌های نامحسوس، مجرمان مواد مخدر را ردیابی می‌کنند؛ اعم از نیروهای پلیسی، امنیتی یا افراد عادی؛ گزارش‌های مردمی و شهود، مخبر نیستند.^۲ نقش خبرچینان نیز همین است، ولی این افراد ممکن است هم‌بندان زندانی یا از مجرمان مواد مخدر باشند. در هر صورت، به نظر می‌رسد که گرچه غالباً وثاقت گزارش مخبران بیش از خبرچینان است، هر دو یک نقش را ایفا می‌کنند. گاهی قضاط در احکام محکومیت صادره به این منابع با عباراتی مانند «منابع موثق خبری»^۳ به طور غیر مستقیم اشاره می‌کنند.

برخی پژوهشگران در مطالعات خود بر نقش این عامل در محکومیت افراد بی‌گناه تأکید داشته و بر این باورند که مخبران زندانی در ازای دریافت پول و امتیازات مالی، تخفیف در محکومیت و رهایی از بند، به پلیس و قضات اطلاعات می‌دهند.^۴ در چنین مواردی، گاهی خبرچینان به رغم اطلاعات نادرستی که می‌دهند، پاداش دریافت می‌کنند. برای نمونه، در کانادا با بررسی‌های صورت‌گرفته در پرونده‌های معروف مورین و سوفانو^۵ مشخص شد که این عامل نقش تعیین‌کننده‌ای در محکومیت متهمان بی‌گناه

۱. در تبصره ۴ ماده ۲۲ آیین‌نامه قانون مبارزه با مواد مخدر به صراحت در حمایت از امنیت مخبران آمده است: «به منظور حفظ امنیت منابع و مخبرین، هویت آنان صرفاً در اختیار قضی رسیدگی کننده به پرونده قرار خواهد گرفت.»

۲. برخی مخبران را با عبارات کمی گنج به دو نوع تقسیم کرده‌اند: «مأموران ناجا - گزارش مأمور و افراد عادی - شاهد». به رغم اینکه ایشان توضیح داده‌اند که وجه افتراق مخبران عادی با شاهدان عادی این است که مخبر عادی از پیش برای این کار مأموریت دارد، ولی مخبر محسوب کردن بی‌قید مأموران پلیس اهل‌میرانگیز است. مأمور پلیسی که در راستای انجام وظیفه یا در جرایم مشهود، جرمی را گزارش می‌کند، مخبر نیست. برای مطالعه این نظر بنگرید به: ساکی، محمدرضا، مواد مخدر و روان‌گردان از دیدگاه علوم جنایی و حقوق بین‌الملل، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۱، ص. ۲۱۶.

۳. البته منابع موثق خبری، لزوماً مخبران نبوده و ممکن است منابع دیگری باشند.

4. See: Natapof, Alexandra, "Beyond Unreliable: How Snitches Contribute to Wrongful Convictions", Golden Gate University Law Review, vol. 37, 2006.

۵. در پرونده معروف به مورین Guy Faul Morin خطاها پلیس در مرحله تحقیقات مقدماتی طوری پیش رفت که موجب محکومیت نادرست وی شد و همچنین اشتباهات مرکز علوم پزشکی قانونی در بررسی از مدارک بر آن دامن زد. همین اتفاق درباره پرونده سوفانو Sophonow در سال ۱۹۸۱ افتاد و دادگاه وی را به اشتباه به قتل دختری شانزده ساله به نام باریارا استابل محکوم کرد. بنگرید به:

Tachino, Tosh, Academic Research and Public Policy: Rhetorical Lessons from the Sophonow Inquiry, A Dissertation Submitted to the Graduate Faculty for the Degree of Doctor of Philosophy, Iowa State University, 2008.

داشت.^۱ این مسئله اغلب زمانی اتفاق می‌افتد که ادله‌ای که اتهام انتسابی را ثابت کند، وجود ندارد. در نمونه شماره سیزده مشاهده شد که دادستان از متهمی که به اتهام ارتكاب جرم قاچاق مواد مخدر در زندان بود، راجع به یکی از هم‌بندانش در بازداشتگاه پرسید: «او در زندان راجع به اتهامش چه می‌گوید؟». البته، جستجوی دلیل حتی بدین نحو الزاماً به معنای غرض‌ورزی دادستان نیست؛ ولی بی‌تردید گمراه‌کننده است. در نمونه پیش‌گفته، دور از ذهن نیست که فرد مزبور برای جلب رضایت دادستان مطالبی را بر خلاف واقعیت بیان کند؛ آن گاه ممکن است که دادستان با مبنای قرار دادن همین اظهارات و مطمئن شدن از مجرمیت متهم، برای اثبات جرم بیشتر تلاش کند. یکی از این اقدامات می‌تواند انجام بازجویی‌های مکرر تا اخذ اقرار از متهم باشد. در واقع، او ناچیزترین امارات موجود علیه متهم را تقویت خواهد کرد.

در مصاحبه‌ای، نمونه شماره چهارده، قاضی دادگاه انقلاب در بیان یکی از تجربیات خود در متهم‌شدن فردی بی‌گناه به حمل مواد مخدری که مستلزم کیفر اعدام بود به نقش غرض‌ورزی و فریب یکی از مخبران جرایم مواد مخدر اشاره کرد. این مخبر ساکن یکی از شهرهای شمالی به زنی که قصد داشت به هر ترتیبی از همسرش جدا شده و با فرد دیگری ازدواج کند، با واسطه دوستی با معشوقة جدید، راهنمایی می‌کند تا شوهرش را برای سفر به شمال راضی کرده و با جاسازی مواد مخدر شیشه در صندلی پشت خودرو با گزارش وی و مواد به نتیجه مدنظر برستند. در نزدیکی مقصد زن به شوهرش اصرار می‌کند که بنزین بزند و وقتی با تعجب وی به دلیل داشتن بنزین مواجه می‌شود، به بهانه استفاده از سرویس بهداشتی پمپ بنزین از خودور پیاده می‌شود. زن به مخبر خبر داده و مخبر نیز به پلیس گزارش می‌دهد و پلیس با بازرسی ناگهانی خودرو مواد جاسازی را کشف و متهم بی‌خبر از ماجرا را به اتهام حمل مواد مخدر دستگیر می‌کند. دادستان پرونده را به بازپرس ارجاع داده و بازپرس نیز قرار مجرمیت صادر کرده و پرونده با صدور کیفرخوست به دادگاه ارجاع می‌شود. متهم در محکمه انگشت اتهام به سوی همسرش برده و با ذکر جزئیات، اتهام را توطئه وی اعلام می‌کند. وی با قرار وثیقه آزاد شده و بدون اینکه به همسرش خبر دهد منزل مشترک را تحت نظر می‌گیرد. وقتی مرد غریبه‌ای وارد خانه می‌شود، غافلگیرانه به منزل ورود کرده و در حالی که مرد غریبه از بالکن خانه پایین پریده و پایش مصدوم می‌شود، با پلیس تماس گرفته و طرح اتهام رابطه نامشروع هر دو دستگیر می‌شوند و به جرم ارتكابی اقرار می‌کنند. همچنین، مرد غریبه اعتراف می‌کند که حیله جاسازی

مواد مخدر و دستگیری متهم با راهنمایی و کمک دوستش که مخبر است، بود. قاضی دادگاه انقلاب با استعلام خط تلفن زن آخرین تماس تلفنی وی را کنترل کرده و فرد مخاطب را که همان مخبر غرض‌ورز بود، احضار کرده و بی‌گناهی متهم محرز می‌شود. در این پرونده اگر متهم موفق به اثبات رابطه نامشروع همسرش با مرد دیگری نمی‌شد تا آنها پرده از تبانی دام‌گستری بردارند و نیز قاضی دادگاه تدقیق نمی‌کرد، متهم بی‌گناه حسب اعتماد پلیس، دادستان و بازپرس به مخبر، فاصله‌ای با صدور کیفر مرگ نداشت.

نتیجه‌گیری

جرائم مواد مخدر اغلب با استناد به کشف موادی که در تصرف متهم یافت می‌شوند، ثابت می‌گرددند. البته، کنترل‌های نامحسوس و تعقیب مظنونان تا کشف مواد و دستگیری آنان حین ارتکاب جرم نیز از جمله اقداماتی است که دادسرا و دادگاه بر اساس گزارش‌ها و گواهی‌های ظابطان به آنها استناد می‌کنند. گاهی متهم پس از دستگیری ارتکاب جرم را پذیرفته و اقرار می‌کند و گاهی انکار. در حالت نخست، بازپرس در مرحله تحقیقات و قاضی در مرحله صدور حکم کار آسانی دارد. در وضعیت دوم، معمولاً متهم ترغیب به اقرار می‌شود. ممکن است به وی وعده شود که در صورت اقرار در مجازاتش تخفیف داده می‌شود و اگر مؤثر نیفتاد و متهم بر بی‌گناهی اصرار ورزید، با استناد به اماره یافتشدن موضوع جرم در تصرف متهم در قالب دلیل علم قاضی حکم بر محکومیت صادر می‌شود. آری! تا حدی طبیعی است که در جرایم مواد مخدر یافتشدن مواد در تصرف کسی، او را با اتهام مواجه کرده و ادله اثباتی جرم را آمده کند. یکی از پیامدهای اتهام‌انگاری نادرست، تحصیل ادله نادرست برای اثبات آن است. طبیعی است زمانی که اتهام واهی باشد، ممکن است دادستان یا سایر کنش‌گران پلیسی و قضایی برای اثبات اتهام خطاهای دیگری را از جمله تحصیل اقرار نادرست مرتكب شوند.

حسب یافته‌های حاصل از داده‌های پژوهش، با توجه به ماهیت اثباتی جرایم مواد مخدر، اماره کشف و یافت شدن مواد مبنای اثباتی اغلب این جرایم است. سند، نظریه پژوهشی قانونی، نظریه‌های کارشناسی که دلیل اثباتی بسیاری از جرایم هستند، اصولاً دلیل اثباتی جرایم مواد مخدر قرار نمی‌گیرند. این مسأله بیش از هر جرم دیگری افراد را در برابر اتهامات مربوط به مواد مخدر آسیب‌پذیر می‌کند؛ افراد بی‌گناهی که به علل گوناگون متهم و محکوم می‌شوند. یافته‌های پژوهش نشان دادند که عوامل اختصاصی و مهمی که موجب بازداشت و محکومیت بی‌گناهان می‌شوند، در مرحله تحقیقات مقدماتی واقع می‌شوند؛ حضور در محلی که تحت کنترل پلیس برای دستگیری مظنونان است، جاسازی مواد به وسیله دیگران، سوار شدن بر خودرویی که حامل مواد است، رانندگی مسافرانی که حامل موادند از مهم‌ترین جلوه‌هایی است که افراد بی‌گناه را در معرض اتهام یا محکومیت قرار می‌دهند.

در این وضعیت، علاوه بر اینکه نحوه اثبات جرمی مانند جرایم مواد مخدر به‌گونه‌ای است که احتمال متهم کردن فردی چندان سخت نبوده و اثبات بی‌گناهی آسان نیست، به علل گوناگون حساسیت جرایم مواد مخدر باعث شده تا دولت‌ها

سیاست سخت‌گیرانه‌ای با نام «جنگ یا مبارزه با مواد مخدر» در قبال مجرمان اتخاذ کنند. نشانه این سیاست‌ها در ایران، تصویب قانون «مبارزه با مواد مخدر» به وسیله نهادی غیر از مجلس قانون‌گذاری، یعنی مجمع تشخیص مصلحت نظام، در سال ۱۳۷۶ است. این سیاست‌های سخت‌گیرانه و سرکوب گرایانه موجب شده است تا برای جنگ و مبارزه موققیت‌آمیز با این جرایم، اعتنای کمتری به بی‌گناهی افراد شده و خواسته و ناخواسته افرادی بی‌گناه در مظلان اتهام قرار گرفته و در مواردی محکوم شوند. این عوامل هشدار می‌دهند که برای حفاظت از اصل ۳۶ قانون اساسی و ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری درباره جرایم مواد مخدر نگرانی دو چندانی وجود دارد. آموزش پلیس و آگاهی‌بخشی کنش‌گران پلیسی و قضایی درباره احتمال بی‌گناه بودن فرد یا افرادی که مواد مخدر در تصرف آنها یافت می‌شود تا حد زیادی می‌تواند پیش‌فرض‌های حرفه‌ای این کنش‌گران را تعديل کرده و با تحقیقات جنایی بیشتر از وقوع بازداشت و محکومیت بی‌گناهان پیشگیری کند. مهم‌تر از آن، برای پایبندی به این الزام قانونی و اخلاقی و شرعی فرض بی‌گناهی، با توجه به احتمال محکوم شدن افرادی بی‌گناه در این دسته از جرایم تعزیری، مشروعيت اعدام و کیفرهای جبران‌نایابی با ایراد بسیار مهمی مواجه می‌شود. در واقع، یکی از اصلی‌ترین نتایج وجود آسیب و نقص محکومیت بی‌گناهان در نظام عدالت کیفری، لغو کیفر اعدام است؛ با این تأکید که جرایم مواد مخدر - چه از نظر جرم‌انگاری و چه از نظر کیفرگذاری - با نص و حد شرعی روبرو نیستند و جرایم مربوط به آنها تعزیری است.

منابع

- حبیبی تبار، جواد؛ حبیبی، خامن علی، مبانی فقهی مجازات اعدام در جرایم مواد مخدر، کاوشی نو در فقه، سال بیست و یکم، تابستان ۱۳۹۳.
- رحمدل، منصور، «آیین دادرسی کیفری افتراقی در قبال جرایم مواد مخدر» در: علوم جنایی: مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر آشوری، چاپ دوم، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۸.
- _____، تحولات سیاست جنایی تقینی و قضایی ایران در زمینه مجازات اعدام در جرایم مواد مخدر، جامعه‌شناسی ایران، شماره ۲۵، بهار ۱۳۸۵.
- _____، حقوق کیفری مواد مخدر، چاپ اول، تهران، انتشارات سها دانش، ۱۳۸۳.
- ساکی، محمد رضا، مواد مخدر و روان‌گردان از دیدگاه علوم جنایی و حقوق بین‌الملل، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۱.
- عباسلو، بختیار، «بررسی الزامات قانونی پلیس در امر مبارزه با مواد مخدر و روان‌گردان با تأکید بر پلیس زن»، پلیس زن، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۸۹.
- غلاملو، جمشید، تحلیل حقوقی - جرم‌شناختی محکومیت بی‌گناهان در ایران، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس، آذر ماه ۱۳۹۴.
- غلاملو، جمشید؛ فرجیها، محمد، «محکومیت بی‌گناهان: از خطای قضایی تا بی‌گناهی واقعی»، مجله پژوهش حقوق کیفری، شماره ۸، پاییز ۱۳۹۳.
- فرجیها، محمد؛ صادقی، آزاده، «پیامدهای ناخواسته برنامه‌های پلیسی کنترل بازارهای خرید و فروش مواد مخدر»، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۱۳، بهار و تابستان ۱۳۹۶.
- فرجیها، محمد؛ مقدسی‌پور، محمدمباقر، «جلوه‌های عوام‌گرایی در سیاست‌های کیفری مواد مخدر»، تحقیقات حقوقی، شماره ۶۸، زمستان ۱۳۹۳.
- Crank, J.P.; Caldero, M.A., Police Ethics: The Corruption of Noble Cause, Cincinnati, Anderson Publishing Co, 2000.
- Huff, C.R.; Rattner, A., Sagarin, E., "Guilty Until Proven Innocent: Wrongful Conviction and Public Policy", Crime and Delinquency, vol. 32, 1986.
- _____, Convicted but Innocent: Wrongful Conviction and Public Policy, London, Sage Publications, 1996.
- Kennedy, Jerome, Writing the Wrongs: The Role of Defence Counsel in Wrongful Convictions – A Commentary, 2004.
- Laqueur, Hannah; Rushin, Stephen; Simon, Jonathan, Wrongful, Policing, and the “War on Crime,” Examining Wrongful Convictions: Stepping Back and Moving Forward, 2014.

-
- Leo, Richard, "False Confessions: Causes, Consequences, and Implications", *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, vol. 37, 2009.
 - Natapof, Alexandra, "Beyond Unreliable: How Snitches Contribute to Wrongful Convictions", *Golden Gate University Law Review*, vol. 37, 2006.
 - Ramsey, Robert, *False Positives in the Criminal Justice Process-An Analysis of Associated with Wrongful Conviction of Innocent*, University of Cincinnati, 2003.
 - Rattner, A., *When Justice Goes Wrong: Convicting the Innocent*, Unpublished Doctoral Dissertation, Ohio State University, 1983.
 - Sorochan, Donald, "Wrongful Convictions: Preventing Miscarriage of Justice, Some Case Studies", *Texas Tech Law Review*, vol. 41, 2008.
 - Tachino, Tosh, *Academic Research and Public Policy: Rhetorical Lessons from the Sophonow Inquiry*, A Dissertation Submitted to the Graduate Faculty for the Degree of Doctor of Philisophy, Iowa State University, 2008.

سیاست کیفری ایران بعد از انقلاب در تعزیرات

نسرین مهراء*

محمد یکرانگی**

عباس مؤذن***

چکیده

سیاست کیفری در معنای مقابله با ارتکاب بزه با ابزار کیفر مانند تمامی سیاست‌های دیگر دولتی دارای الگوهای خاص می‌باشد. این سیاست کیفری در سه حوزه جرم‌انگاری، مسئولیت کیفری و کیفر قابل بحث بوده و هریک از این سه حوزه الگوها و مدل‌های خاص خود را دارند. هر کشور در قانون‌گذاری خود به طور معمول یک الگوی اصلی را انتخاب کرده و به طور موردی از الگوی دیگر نیز پیروی می‌نماید. مسأله مهم یکپارچگی این الگوها در قانون می‌باشد. اینکه در تصویب قانون از چه الگویی پیروی شود، ارتباط وثیقی با شرایط وضع قانون و ایدئولوژی حاکم دارد. نوشتار حاضر با رویکرد تحلیل گفتمانی قوانین پس از انقلاب، پس از معرفی الگوهای رایج کیفری در صدد است با تحلیل کارکردگرایانه و ساختارگرایانه قوانین کیفری، به الگوهایی که در طی چهار دهه بر قوانین کیفری ایران در زمینه تخفیف کیفر و تشديد کیفر در تکرار جرم حاکم بوده است، دست یابد و چرایی تغییر در انتخاب الگو را به ویژه در دهه چهارم انقلاب و در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ تحلیل نماید. نوشتار حاضر که با رویکرد تحلیلی - توصیفی انجام شده است در پایان نتیجه‌گیری می‌نماید الگوی سه دهه اول انقلاب در تخفیف و تشديد مجازات در تکرار جرم، به دلیل پیروی از فقه سنتی، الگوی کیفردهی غیرالزمائی اختیاری بوده و لیکن در قانون مجازات

N_mehra@sbu.ac.ir

* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

Yekrangi@ut.ac.ir

** عضو هیأت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

*** دانش آموخته دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)
A_moazzen1352@yahoo.com

اسلامی ۱۳۹۲ با چرخش کامل، الگوی غیرالزامی مفروض، پذیرفته شده است. این امر باعث شده است تا سیاست کیفری ایران دارای انسجام و یکپارچگی مناسبی در زمینه الگوی کیفردهی در این دو زمینه شود.

کلیدواژه‌ها: تحلیل گفتمان، قوانین کیفری، تحفیف، تکرار جرم، تشدید مجازات.

مقدمه

هیچ شخص معقولی نمی‌تواند و نباید از نظر منطقی مرتکب رفتاری شود که برای آن توجیهی نداشته باشد. در واقع آنچه به عنوان فلسفه یک تصمیم بیان می‌شود، همان توجیه‌آوری و مبانی است که شخص برای اتخاذ آن تصمیم داشته است. این امر در دوران اخیر صرفاً ناظر به شخص حقیقی نیست، بلکه اشخاص حقوقی را نیز در بر می‌گیرد تا بدان جا که فلسفه سیاسی قسمت عمده‌ای از مباحث خود را مصروف این می‌نماید که دولتها چگونه باید عمل نمایند. به عبارت دیگر عقلانیت حکمرانی بحث مهمی است که امروزه در بطن بحث‌های سیاست‌گذاری عمومی قرار دارد. عقلانیت، در حکمرانی مدرن یکی از عناصر مهم در ارزیابی عملکرد دولت و حتی مشروعيت و یا عدم مشروعيت آن می‌باشد. در این فرآیند تصمیمات دولت باید بر مبنای توجیهاتی استوار باشد که بتواند در صورت مواجهه با چالش‌ها و یا ابراز مخالفتها اقدامات خود را توجیه نماید. در واقع عقلانیت سیاسی شامل ایده‌ها و اصولی است که دولت باید از آن پیروی نماید مانند اصولی که مربوط به آزادی، عدالت، برابری، مسئولیت متقابل، درک عمومی، کارایی اقتصادی، گسترش انصاف می‌شود.^۱ از طرفی این روح عقلانیت در سراسر دولت در معنای عام و فارغ از تحولات درونی دولتها جاری است و به همین جهت برای مثال قانون‌گذار در ادوار مختلف، در حکم واحد تصور شده و می‌توان قسمتی از قانون را که سال‌ها پیش وضع شده است، با قسمتی دیگر تفسیر نمود.^۲ سیاست کیفری یک دولت نیز از این امر مستثنی نمی‌باشد. در سیاست کیفری سه حوزه جرم‌انگاری، مسئولیت کیفری و کیفر مورد بحث واقع می‌شود که هر یک مبانی و الگوهای خاص خود را دارند. برای کیفردهی نیز، بر این اساس، مدل‌هایی تدوین شده که اغلب کشورها از یک یا چند مدل بهره می‌برند. در واقع، هر کشور به طور معمول یک مدل را به عنوان مدل مادر و اصلی برگزیده و در موارد خاص از آن عدول کرده و روی به سوی مدل‌های دیگر کیفر می‌آورد. شناخت الگوی کیفردهی در یک نظام حقوقی به چند دلیل در هر دو مرحله جعل قانون و اعمال آن دارای اهمیت است:

اول در مرحله جعل و وضع، یعنی زمانی که قانون‌گذار قصد تدوین و تصویب قانون را دارد، شناخت الگوی کیفردهی به وی یاری می‌رساند تا بهترین نوع الگو را در شرایط خاص و زمان خاص برگزیند. همچنین، به مقنن یاری می‌رساند بر پایه الگوی

1. Ros, Nikolas; Miller, Peter, "Political Power beyond the State: Problematic of Government", the British Journal of Sociology, vol. 43 (2), 1992, p. 179.

۲. تروپه، میشل، فلسفه حقوق، ترجمه مرتضی کلانتریان، چاپ دوم، تهران، نشر آگه، ۱۳۹۰، ص. ۱۳۴.



انتخابی، نوعی یکپارچگی و انسجام را در کیفر قانونی داشته باشد و در نوسان بین مدل‌های مختلف که هریک استلزماتی دارند، قرار نگیرد.

دوم در مرحله اجرای قانون، شناخت الگوی مقتن، به مفسر یاری می‌رساند، هنگامی که قصد تفسیر تشريعی یا تفسیر بر مبنای احراز نظر مقتن را دارد، با توجه به این الگو مبادرت به تفسیر قانون نماید و در این حال، بتواند در تفسیر نیز از انسجام حاکم بر اندیشه مقتن پیروی نماید.

برای تشخیص این الگوها نیاز به آن است که اولاً، این مدل‌های رایج شناخته شده و دوم، از میان متون قانونی شواهد مختلف جمع‌آوری شود تا بتوان به الگوی مورد نظر مقتن دست یافت. در مرحله نخست که شناخت الگوها می‌باشد، این نکته دارای اهمیت است که الگوهای کیفردهی بر اساس معیارهای مختلف تقسیم‌بندی شده و به همین جهت به تعداد وجه تقسیم می‌توان الگوی کیفردهی تعریف نمود. با این حال، نوشتار حاضر به رایج‌ترین الگوها پرداخته و آنها را در سه دسته تقسیم‌بندی کرده است، به گونه‌ای که بتوان در راستای مباحث مقاله از آنها بهره برد. در زمینه مورد دوم، یعنی جمع‌آوری شواهد مختلف از قوانین برای دستیابی به الگوی مدنظر مقتن، نوشتار حاضر از تحلیل گفتمانی بهره خواهد برد. در واقع در تحلیل گفتمان از واحد جمله جدا شده و به کلیت متن و آنچه حاکم بر آن است توجه می‌شود. به عبارتی، اگرچه تمرکز متن حاضر بر تحلیل گفتمانی ساختارگرا می‌باشد، لیکن در برخی موارد به تحلیل گفتمانی کارکردگرا نیز دست خواهد زد تا چرایی انتخاب الگو را مشخص نماید. به نوعی، در تحلیل گفتمانی، جمله‌ها - در بحث حقوقی مواد قانونی - نشانه‌هایی می‌شود برای احراز آنچه قانون‌گذار بیان نکرده، لیکن در بین مواد و متون وجود دارد. برای انجام این مهم باید به کلیت قانون توجه نمود و توجه به فردیت مواد نمی‌تواند کارا باشد.

بر اساس موارد فوق، نوشتار حاضر در صدد بررسی تحلیل گفتمانی مقتن کیفری ایران در قوانین کیفری پس از انقلاب در زمینه تعزیرات می‌باشد تا بتوان از طریق این تحلیل به شناخت الگوهایی که مقتن جمهوری اسلامی در طی چهار دهه در خصوص کیفرهای تعزیری از آن پیروی کرده و چرایی انتخاب این الگوها دست یابد. بنابراین، الگوهای کیفردهی در قصاص، دیات و تعزیرات در این نوشتار مورد بحث قرار نمی‌گیرد. هدف اصلی تحقیق حاضر آن است که با تحلیل کلی، تعیین نماید، آیا قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران پس از گذشت حدود چهاد دهه از انقلاب، رویکرد یکسانی از کیفردهی را در تعزیرات اتخاذ نموده است و یا در بردهای مختلف رویکردهای مختلف داشته است. همچنین، در صورتی که در بردهای گوناگون رویکردها مختلف بوده تبیین دلیل این تغییر رویکرد در کیفردهی - با وجود یکسان بودن ایدئولوژی حاکم بر

حکومت - از اهداف دیگر تحقیق می‌باشد. نوع تحقیق حاضر توصیفی - تحلیلی می‌باشد. نوع جمع‌آوری داده‌ها نیز به شکل کتابخانه‌ای بوده و با مراجعه به منابع مختلف و مطالعه آنها رویکرد قانون‌گذار تعیین و تحلیل می‌شود. همچنین در راستای پاسخ به سوالات تحقیق، در بند اول، ابتدا به معرفی مدل‌های مختلف کیفردهی پرداخته و سپس در بند‌های دوم و سوم، به تحلیل گفتمانی ساختارگرا دست زده و با بررسی قوانین اصلی مجازات اسلامی و تمامی قوانین خاص کیفری پس از انقلاب که در زمینه تخفیف و یا تکرار دارای مقرره خاص و عام می‌باشند، سعی در تبیین الگوهای اصلی و فرعی در زمینه تخفیف مجازات و کیفر تکرار جرم دارد. در بند پایانی نیز به تحلیل گفتمانی کارکردگرا و فرآیند محور پرداخته و به بررسی زمینه‌هایی که در تصویب قانون نقش داشته‌اند، می‌پردازد.

۱. مدل‌های رایج کیفردهی

مدل‌های کیفردهی به معنای سیستم‌هایی که بر اساس آن برای مجرمان مجازات تعیین می‌شود و هر نظام حقوقی می‌تواند یک یا چند مدل را انتخاب نماید. الگوهای کیفردهی هرگاه به صورت منفرد نگریسته شوند، تعدد بسیار دارند. برای مثال می‌توان به الگوی کیفردهی با حداکثر کیفر، الگوی کیفردهی با حداقل مجازات، الگوی کیفردهی معلق، الگوی کیفردهی هموار یا صاف^۱ و الگوی کیفردهی نهایی^۲ اشاره کرد. با ملاحظه الگوهای کیفردهی می‌توان اولاً بین آنها نوعی همپوشانی احراز نمود. ثانیاً چنانکه بیان شد از وجود مختلف آنها را تقسیم کرد. نوشتار حاضر، سه گونه تقسیم‌بندی بین الگوهای کیفردهی را که رایج‌تر بوده و به طور نسبی همه الگوها را پوشش می‌دهد، انتخاب کرده و بر اساس این الگوها پیش می‌رود. این سه دسته عبارتند از الگوی کیفردهی معین و نامعین، الگوی کیفردهی اختیاری و مفروض و الگوی کیفردهی اجباری و غیراجباری.

۱-۱. کیفردهی معین و نامعین

این الگو بر اساس اختیارات قاضی برای تعیین کیفر مشخص و یا نامشخص، در زمان صدور حکم بر محکومیت است. در الگوی کیفردهی معین،^۳ قاضی مکلف است میزان مشخصی از کیفر را در رأی خود بیان نماید و همین کیفر اجرا خواهد شد. برای مثال قاضی، مجرم را به تحمل شش ماه حبس و یا بیست میلیون ریال جزای نقدی محکوم می‌نماید و همین میزان حبس اجرا خواهد شد.



در مقابل در الگوی کیفردهی نامعین^۱ قاضی در رأی صادره یک بازه زمانی را برای کیفر تعیین می‌نماید که فرد بین این حداقل و حداکثر تحمل کیفر خواهد کرد. برای مثال قاضی، مجرم را به تحمل شش ماه تا یک سال حبس محکوم می‌نماید. در این سیستم، زمان آزادی مشخص نمی‌باشد و بنا به رفتار مجرم و به تشخیص نهادهای ارزیابی‌کننده در زمان تحمل کیفر باز می‌گردد. برای مثال در آمریکا پیش از سال ۲۰۰۲ که برخی ایالات از سیستم کیفردهی نامعین تعیین می‌کردند.^۲ برای تعیین زمان آزادی، هیأت آزادی وجود داشت که در خصوص محکوم نظر می‌داد.^۳ به عبارت دیگر، در زمان حاکمیت کیفردهی نامعین، هیأت آزادی مشروط تعیین می‌کرد که مجرم چه زمانی در این محدوده زمانی آزاد شود. در این شیوه آزادی زندانی بستگی به رفتار وی در زندان دارد؛ تبعاً رفتار خوب با آزادی زودتر وی همراه خواهد بود و سوعرفتار زندانی می‌تواند به تحمل مدت کامل محرومیت منجر شود.^۴ اکنون حداقل در نظام قضایی آمریکا و ایران سیستم کیفردهی نامعین وجود ندارد و قاضی در تمام موارد ملزم است مجازات معینی را در رأی خود ذکر نماید.

۱-۲. کیفردهی اختیاری^۵ و مفروض^۶

کیفردهی اختیاری و مفروض بر اساس اختیار قاضی در تغییر مجازات قانونی می‌باشد. بر اساس الگوی کیفردهی مفروض، قانون مجازات خاصی را برای هر جرم مقرر نموده است که قاضی بدواً ملزم به تعیین این کیفر می‌باشد ولی در تعیین کیفر قاضی باید موارد خاص دیگر را که در تعیین کیفر مؤثر بوده است و در قانون یا رهنمودهای تعیین کیفر آمده رعایت کند. برای مثال قاضی مکلف است سابقه متهم، رفتار، سن، وضعیت اجتماعی را لحاظ کرده و سپس مجازات مناسب را تعیین نماید.^۷ نامگذاری مجازات مفروض هم بر این اساس است که قانون‌گذار فرض می‌گیرد که هر فردی مرتكب جرمی شده باشد، تعیین کیفر میزان خاصی از کیفر برای او مناسب است و به جهت همین فرض قانون‌گذار، نام الگوی کیفردهی مفروض بر آن نهاده شده است.

1. Indeterminate sentencing
2. Engen, Rodney, "Assessing Determinate and Presumptive Sentencing—Making Research Relevant", Criminology & Public Policy, vol. 8 (2), 2009, pp. 323-336.
3. Champion, John, Sentencing: A Reference Handbook, California, ABC-CLIO, Inc, 2007.
4. Frase, R. S., Just Sentencing: Principles and Procedures for a Workable System, Chicago, Oxford University Press, 2013.
5. Voluntary sentencing
6. Presumptive sentencing

۷. مهران، نسرین، «کیفر و چگونگی تعیین آن در فرایند کیفری انگلستان»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۵، ۱۳۸۶، صص. ۸۹-۸۶.

در مقابل این مدل، کیفردهی اختیاری قرار دارد. در این الگو کیفر در قانون مشخص شده است ولیکن قاضی محدود به این کیفر نبوده و دارای اختیارات وسیعی در کیفر نمودن متهم می‌باشد. لذا، بر خلاف الگوی کیفردهی مفروض که میزان خاصی را برای تخفیف یا تبدیل مشخص می‌نماید، در این مورد قاضی می‌تواند به هر میزان که مایل است کیفیات مشدده و یا مخففه را اعمال کند. تعیین مجازات به کمتر از حداقل و یا بیشتر از حداکثر از مصادیق این الگو می‌باشد. در ایالات متحده اکنون هر دو سیستم جاری می‌شود. به طوری که مدل کیفردهی مفروض در ۱۸ ایالت و الگوی کیفردهی اختیاری در ۸ ایالت اعمال می‌شود.^۱

در ایالات متحده، در الگوی کیفردهی مفروض که به الگوی کیفردهی رهنمودمحور^۲ نیز مشهور است، تعیین کیفر با توجه به رهنمودهای خاص صورت می‌گیرد؛ به گونه‌ای که در ایالاتی که از این الگو پیروی می‌نمایند، کیفیات مشدده و مخففه از قبل پیش‌بینی شده است. عواملی مانند ایراد صدمه بدنی شدید و یا قتل، ارتکاب جرم در زمان تعلیق و یا آزادی مشروط، تکرار جرم، سردستگی در ارتکاب جرم، افزایش تعداد بزه‌دیدگان جرایم و ارتکاب جرم به شیوه خشونت‌آمیز، رفتار غیرانسانی در زمان ارتکاب جرم و استفاده از سلاح در حقوق آمریکا از کیفیات مشدده بیان شده است.^۳ از طرفی کیفیاتی مانند عدم ایراد صدمه بدنی، تلاش برای ممانعت دیگران از ارتکاب جرم و یا کاهش نتایج مجرمانه، برخورداری از وضعیت روانی نامناسب، ارتکاب جرم تحت تحریک شدید و فقدان سابقه کیفری از کیفیات مخففه می‌باشد.^۴ بنابراین در این الگو این موارد از قبل مشخص می‌باشد.

۱-۳. کیفردهی الزامی و غیرالزامی

در این شیوه مقدار کیفر در قانون مشخص شده و محکوم به تحمل دقیق همان میزان کیفر ملزم شده است. در الگوی کیفردهی الزامی،^۵ قاضی در حکم میزان دقیقی از کیفر، برای مثال ده سال را تعیین می‌نماید و مجرم ملزم است این میزان را تحمل کند. این مقدار توسط قانون‌گذار تعیین شده و قاضی هیچ اختیاری برای کاستن از آن یا افزایش آن ندارد.^۶ در نظام کیفری ایران مجازات‌های حدی و مجازات‌های تعزیری

1. Engen, Rodney, op. cit., pp. 227-228.

2. Guideline Based sentencing

3. Champion, John,op. cit., p. 6.

4. Ibid, 9-10.

5. Mandatory sentencing

6. Van Zyl Smit, D.; Ashworth, A., "Disproportionate Sentences as Human Rights Violations", the Modern Law Review, vol. 67 (4), 2004, pp. 541-560.

اجباری نظیر اعدام و حبس ابد در قانون مبارزه با مواد مخدر، مصاديق روشني از اين شيوه کيفردهی است. لذا، اگر مجازات قانونی جرمی در قانون اعدام و يا حبس ابد بدون امكان تقليل باشد، مدل کيفردهی الزامي است. در اين سیستم امكان اعمال آزادی مشروط و يا تعليق کيفر وجود ندارد.^۱ در آمریکا در ایالتی که مجازات‌های اجباری مقرر نموده‌اند اغلب این کيفرها برای مجرمینی که بیش از سه بار مرتكب جرم شده‌اند و یا در ارتکاب جرم از اسلحه بهره برده‌اند و فروشنده‌گان عمدۀ مواد مخدر مقرر شده است.^۲

در مقابل در الگوی کيفردهی غيرالزامي، مجازات مشخص الزامي در قانون تعیین نشده است، قاضی می‌تواند بنا به اختیارات خود مقدار خاصی را تعیین نماید و یا از آن کاسته یا بر آن بیافزاید. برای مثال اگر مجازات قانونی جرمی تا ۷۴ ضربه شلاق و یا دو تا پنج سال حبس باشد، چون قاضی می‌تواند بین دو تا پنج سال انتخاب کرده و یا از دو سال بکاهد و یا بر اثر کیفیات مشددۀ بر پنج سال بیافزاید، مدل کيفردهی غيرالزامي است. بر این اساس، می‌توان بیان داشت مدل کيفردهی غيرالزامي خود به گونه‌های مختلف تقسیم می‌شود که چهار الگوی پیش‌گفته یعنی الگوهای کيفردهی معین، نامعین، مفروض و اختياری همگی زیر مجموعه این مدل قرار خواهند گرفت.

پس از شناسایی الگوهای رایج کيفردهی می‌توان به تحلیل گفتمانی قوانین کيفری پس از انقلاب اسلامی پرداخت.

۲. کيفردهی در زمینه تخفیف کيفر

قانون زمانی عادلانه است که بر اساس برابری اشخاص وضع شود. به عبارتی در زمان اعمال، افراد در برابر قانون برابر فرض شده و در صورتی که مرتكب اعمال یکسان شوند، قانون به گونه‌ای یکسان با آنها برخورد نماید. این امر اصل اولیه در هر سیستم عدالت کيفری می‌باشد. همیشه این گونه نیست که بتوان اقدام یکسان در برابر افراد را عادلانه فرض نمود، بلکه در برخی موارد مقتضای عدالت برخورد متفاوت با افراد می‌باشد. این امر در فلسفه سیاسی رالز که از آن به عدالت انصافی تعبیر می‌شود به خوبی نمایان شده است. رالز دو اصل عدالت را برای هر جامعه سیاسی بر شمرده است. این دو اصل عبارتند از:

«اصل نخست، هر شخص قرار است حق برابری نسبت به گستردگرین آزادی اساسی سازگار با آزادی مشابه دیگران داشته باشد. اصل دوم، قرار است نابرابری‌های

1. Champion, John, op. cit.
2. Ibid.

اجتماعی و اقتصادی به گونه‌ای سامان‌دهی شوند که: الف) به نحو معقول انتظار رود به سود همگان باشد؛ و ب) وابسته به مشاغل و مناصبی باشد که دسترسی به آنها برای همگان امکان‌پذیر است.^۱

بنابراین طبق اصل دوم تفاوت گاهی عادلانه است مشروط بر آنکه افراد در این تفاوت هم برابر باشند و تمام اشخاصی که شرایط لازم را دارند فرصت برابر در بهره‌برداری از این تفاوت را داشته باشند.

این امر در حقوق کیفری نیز وجود دارد. در حقوق کیفر اصل اولیه آن است که اشخاصی که مرتکب رفتارهای مجرمانه یکسان می‌شوند، باید به طور یکسان کیفر شوند با این حال در صورتی که شرایطی وجود داشته باشد که آنها را مستحق بهره از نهادهای ارفاقی و یا تخفیف نماید و یا آنها را مستحق تشدید کیفر کند، این نابرابری ناقض اصل برابری در مقابل قانون نیست. مشروط بر آنکه این نهادها برای همگانی که از آن شرایط بهره‌مند هستند به طور یکسان اعمال شود. به عبارت دیگر «دقت در جرایم مختلف یا شخصیت‌های متفاوت بزهکاران نیز نه موقع همگوئی آنها را منطقی می‌شناسد و نه لزوم واکنش یکسان با ایشان را واقعی می‌داند. بدین لحاظ قانون که تبلور توقعات اجتماعی است علی‌الاصول صرف نظر از توسل به اصل تساوی مجازات‌ها، نسبت به افراد در تحمل کیفر تفاوت قائل می‌شود.»^۲ لذا، تفاوتی که در شرایط یکسان در اختیار دارندگان آن شرایط باشد نه تنها غیرعادلانه نیست، بلکه عنصری از اعمال عدالت است.

اعمال تخفیف بر مجرمان اگرچه امر جدیدی نیست و حتی در قوانین کیفری ایران باستان نیز مواردی از آن قابل ملاحظه است.^۳ لیکن با علمی‌شدن علوم، تخفیف کیفر با توجیهاتی از فلسفه فایده‌گرایی و دیدگاه غایتمند بودن کیفر به قوانین کیفری راه یافت، پس از انقلاب اسلامی فراز و فروود بسیاری را تجربه نمود. با مطالعه قوانین مختلف از قانون راجع به مجازات اسلامی ۱۳۶۱ تا قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و قوانین میان آنها اعم از قوانین عام و خاص شاهد سیر قانون‌گذار از اعطای اختیار مطلق به دادرس برای تخفیف تا تحدید این اختیار می‌باشیم. به عبارتی حرکت قانون‌گذار در زمینه تخفیف از الگوی کیفردهی اختیاری به سمت الگوی کیفردهی مفروض است. این سیر در لایه‌های مختلف قانون‌گذاری قابل مشاهده است.

۱. رال، جان، نظریه عدالت، ترجمه سیدمحمدکمال سروریان و مرتضی بحرانی، چاپ اول، تهران، پژوهشکده مطالعات فرهنگی و اجتماعی، ۱۳۸۷، ص. ۱۱۰.

۲. نوربهای، رضا، «تعديل شدت مجازات: تعديل کیفر»، در نگاهی به قانون مجازات اسلامی، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۸۳، ص. ۲۸۰.

۳. همان، صص. ۲۸۱-۲۸۲.



۱-۲. تخفیف در قوانین پیش از قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

قانون راجع به مجازات اسلامی به عنوان نخستین قانون کیفری عام در ماده ۳۵ راجع به تخفیف بیان نموده بود: «در مورد تعزیرات دادگاه در صورت احراز کیفیات مخففه می‌تواند مجازات را تخفیف دهد ...» این ماده اختیار تخفیف را به میزان نامعین به قاضی اعطا می‌کند. این نامعین بودن و اعطای اختیار و نه الزام، نشان‌دهنده آن است که این قانون در تخفیف از الگوی کیفردهی غیرالزامی و اختیاری پیروی می‌نمود که در آن اختیار قاضی است که می‌تواند به طور نامحدود اعمال شود. قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ نیز در ماده ۲۲ خود مشابه همین مقرره را وضع نمود لیکن اختیار قاضی را گستردۀ تر کرده و در کنار تخفیف اجازه تبدیل را نیز داد. با این حال، در فاصله زمانی این دو قانون، قانون گذار جمهوری اسلامی دو قانون خاص وضع نمود که از الگوی کیفردهی متفاوت تبعیت کرده بود. این قوانین عبارت بودند از ماده ۳۸ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر و الحق موادی به آن مصوب ۱۳۶۷ و تبصره ۱ ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتكبین ارتشاء، اختلاس و کلامبرداری مصوب ۱۳۶۷. این دو قانون که هر دو در یک سال و در دهه اول انقلاب بین دو قانون مجازات اسلامی فوق تصویب شدند دارای سه خصیصه مشابه هستند: اول آنکه هر دو میزان تخفیف را محدود نموده و لذا از الگوی کیفردهی غیرالزامی و اختیاری عدول کرده‌اند. دوم، هر دو قانون مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام بودند و سوم، هر دو قانون در مقام برخورد شدیدتر با جرایم مذکور در آنها وضع شده بودند. بنابراین می‌توان این‌گونه نتیجه گرفت که در دهه اول انقلاب، دو الگوی عمدۀ در دو نهاد قانون گذاری، در زمینه تخفیف در مجازات وجود داشته که الگوی کیفردهی اختیاری در مجلس شورای اسلامی اعمال می‌شد و این امر نیز به دلیل مخالفت شورای نگهبان با محدود کردن اختیارات قاضی بود و الگوی کیفردهی مفروض که در قوانین خاص توسط مجمع تشخیص مصلحت اعمال می‌شد که در آن میزان دقیق تخفیف مشخص شده است. دلیل این امر آن است که مجمع تشخیص مصلحت نظام مقيّد به نظرات شورای نگهبان نبوده و بنا به مصلحت با توجه به ضرورت برخورد با جرایم خاص از این الگو پیروی کرده و اختیارات قاضی را در تخفیف محدود کرده بود. این رویه مجمع تشخیص مصلحت نظام باعث شد در یک مورد در دهه نخست انقلاب، مجلس از رویه معمول خود عدول کرده و در تعزیرات به الگوی کیفردهی الزامی روی آورد و آن در تبصره ۵ ماده ۲ قانون مجازات اخلالگران در نظام اقتصادی کشور بود که صراحتاً هر گونه تخفیف را منوع اعلام نمود. بنابراین در کنار الگوی اصلی مجلس شورای اسلامی که الگوی کیفردهی غیرالزامی - اختیاری بود مورد کیفردهی الزامی که میزان مجازات ثابت است، جاری شد.

سه قانون فوق، باعث شد دز محکم و بی نفوذ تخفیف بمایراه الحاکم شکسته شود و هر چند در فاصله زمانی بین دو قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ و قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ اصل کلی در باب تخفیف در مجازات، تبعیت قوانین از قاعده عام مقرر در ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ بود لیکن در این برده قوانین دیگری تصویب شد که مقررات خاصی برای تخفیف مقرر نموده بود. دو قانون عام که ناظر به جرایم نظامیان بود یعنی ماده ۳ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران ۱۳۷۱ و مواد ۴، ۵ و ۷ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح ۱۳۸۲ اختیارات قضی را در دو دهه کاست و برای تخفیف میزان مشخصی مقرر نمود. بنابراین در دو دهه ۷۰ و ۸۰ نیز به مانند دهه نخست انقلاب مجلس از الگوی کیفردهی غیرالزامی - اختیاری پیروی کرده و به طور استثنای دو مورد الگوی غیرالزامی - مفروض را در مورد نظامیان آن هم به دلیل اهمیت جرایم آنها پذیرفت.

در کل می توان این سه دهه را این گونه ارزیابی نمود که قانون گذار اصل کلی را مبسوط‌الید بودن دادرس در تخفیف یعنی الگوی اختیاری بودن قرار داده لیکن در جایی که به دلیل ضرورت مقابله با جرم یا اهمیت جرایم ارتکابی به واسطه شخصیت مرتكب برخورد شدیدتر را مصلحت دانسته است، از قاعده اولیه عدول کرده و به الگوی مفروض و یا به طور استثنائی تر به الگوی الزامی بودن مجازات تعزیری روی آورده است.

۲-۲. تخفیف در قوانین پس از قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

پس از سه دهه حکومت الگوی عام غیرالزامی - اختیاری، قانون گذار در دهه چهارم انقلاب در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، با تأسی به اصل قانونی بودن مجازات در معنای عرفی آن، در ماده ۳۷ به سمت تحديد اختیارات قضی رفته و بیان می دارد: «درصورت وجود یک یا چند جهت از جهات تخفیف، دادگاه می تواند مجازات تعزیری را به نحوی که به حال متهم مناسب تر باشد به شرح ذیل تقلیل دهد یا تبدیل کند: الف - تقلیل حبس به میزان یک تا سه درجه ب - تبدیل مصادره اموال به جزای نقدي درجه یک تا چهار پ - تبدیل انفصال دائم به انفصال موقت به میزان پنج تا پانزده سال ت - تقلیل سایر مجازات های تعزیری به میزان یک یا دو درجه از همان نوع یا انواع دیگر» چنانکه از این ماده بر می آید قانون گذار از آزادی مطلق قضی در تخفیف که در سی و یک سال پیش بر آن پای می فشد، روی گردانده و به سمت تعیین دقیق میزان تخفیف گرایش یافته است. لذا، به رغم آنکه در این قانون تخفیف هنوز اختیاری می باشد لیکن به دلیل تعیین میزان دقیق آن می توان بیان داشت مبنی از الگوی کیفردهی اختیاری جدا شده و به سمت الگوی کیفردهی مفروض روی آورده است.

شایان ذکر است که اختیاری بودن تخفیف نمی‌تواند به الگوی اختیاری بودن ارتباط داشته باشد زیرا چنانکه بیان شد الگوی کیفردهی اختیاری بر اساس اراده آزاد در تعیین میزان مجازات است و نه در اصل تخفیف یا تشددی. علت این چرخش را نیز چنانکه بیان خواهد شد می‌توان از یک سو ترکیب نمایندگان، قدرت یافتن اندیشه‌های فرامرزی و تا حدی تعديل دیدگاه‌های فقهی سنتی در شورای نگهبان دانست.

با این حال، مجلس شورای اسلامی در دهه ۹۰ در دو مقرر، از این امر نیز فراتر رفته و به سمت الگوی کیفردهی الزامی در تعزیرات در حوزه تخفیف روی آورده است. ماده ۷۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲، به صراحت تخفیف و تعلیق در جزای نقدی را ممنوع می‌دارد و ماده ۷ قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر مصوب ۱۳۹۴ نیز مجازات کسانی را که مرتکب اعمال مجرمانه نسبت به آمران به معروف و ناهیان از منکر می‌شوند را قابل تخفیف نمی‌داند. بر این اساس، در این دو قانون نیز قانون‌گذار با پیروی از رویه سخت‌گیرانه سابق خود، الگوی الزامی بودن مجازات را پیش‌بینی می‌نماید. با ملاحظه این مواد می‌توان بیان داشت که در طی سه دهه از سال ۱۳۹۴ تا ۱۳۶۷، این امر از طرف مجمع تشخیص مصلحت به سمت مجلس رفته و شورای نگهبان با تأیید این مقررات به گونه‌ای بر امکان مصلحت‌اندیشی مجلس برای عدول از حکم اولیه التعزیر بما برآمده تایید زده است.

۳. کیفردهی در تکرار جرم

مجازات همان‌گونه که می‌تواند مشمول تخفیف قرار گرفته و از میزان آن کاسته شود، از سوابی می‌تواند یا در مواردی طبق تصریح قانون، می‌بایست تشدد شده و از حداقل مجازات مقرر در قانون فراتر رود. این امر با احراز کیفیات مشدده امکان‌پذیر است. این کیفیات عبارتند از کیفیات و اوصافی که توسط قانون تعیین شده و در صورت احراز آنها، دادرس به حداقل یا بیش از حداقل کیفر قانونی برای آن جرم حکم می‌دهد.^۱ این کیفیات به دو دسته عام و خاص تقسیم می‌شوند.^۲ کیفیات خاص از آن جهت که تنها در جرایم خاص به واسطه وجود شرایط معین و یا خصوصیتی در بزهکار یا بزه دیده^۳ است، نمی‌تواند مشمول بررسی الگو شود. زیرا این موارد به طور خاص تعیین می‌شود و از الگوی خاصی به دلیل ماهیت متفاوت پیروی نمی‌کند. لیکن در

۱. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد سوم، چاپ دوم، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۳، ص. ۱۷.

۲. آقایی جنت‌مکان، حسین، حقوق کیفری عمومی، جلد دوم، چاپ سوم، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۲، ص. ۲۷۹.

۳. الهام، غلامحسین؛ برهانی، محسن، درآمدی بر حقوق جزای عمومی (واتنش در برابر جرم)، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۳، ص. ۲۳۱.

کیفیات مشده عام که شامل تکرار و تعدد می‌شود، از آنجا که عام می‌باشد می‌توان از آن الگو برداشت نمود. به همین جهت نوشتار حاضر تنها به بررسی الگوهای کیفردهی در یکی از کیفیات مشده عام یعنی تکرار جرم می‌پردازد. لذا، در این مقال در خصوص تعدد جرم و الگوی کیفردهی آن بحث نخواهد شد زیرا بررسی آن با توجه به انواع مختلف تعدد و سیاست‌گذاری‌های متعدد مجال دیگر می‌طلبد.

۱-۳. کیفردهی تکرار جرم در قوانین پیش از قانون مجازات اسلامی

در زمینه شیوه جمهوری اسلامی در خصوص تکرار جرم، موضوع نسبت به تخفیف سهل و ممتنع‌تر می‌باشد. سهل‌تر است زیرا به دلیل حساسیت موضوع تشدید نسبت به تخفیف میزان دقیق‌تری از آن در قوانین تعیین شده است و ممتنع‌تر است زیرا رویکرد عam در زمینه تکرار جرم، در سه نخست دارای ابهام بوده است. در واقع در سه دهه نخست، قانون ایران با دو رویکرد مواجه است. اول، رویکرد عدم تعیین میزان تشدید کیفر در تکرار جرم که از الگوی اختیاری پیروی می‌نماید و دوم، الگوی تعیین دقیق میزان تشدید کیفر که از الگوی مفروض‌بودن پیروی می‌نماید. با این حال این دو الگو زمانی پیچیده‌تر می‌شوند که با الگوهای خاص تخفیف در تعارض قرار می‌گیرند و در نتیجه نوع خاصی از مدل‌های کیفردهی را ایجاد می‌نمایند که به ترتیب مورد بحث واقع می‌شوند.

تکرار جرم در قانون راجع به مجازات اسلامی ۱۳۶۱ اگرچه به عنوان کیفیت مشده پیش‌بینی شده بود لیکن در پی پیروی از قاعده کلی التعزیر بما یراه الحاکم میزان این تشدید مشخص نبود. ماده ۱۹ این قانون و ماده ۴۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ به طور مشابه مقرر داشته بودند: «هر کس به موجب حکم دادگاه به مجازات تعزیری محکوم شود، چنانچه بعد از اجرای حکم مجدداً مرتکب همان جرم گردد دادگاه می‌تواند مجازات او را در صورت لزوم تشدید نماید.» این تشدیدها نیز الزاماً بود و میزان آن مشخص نشده بود. اگرچه بسیاری از حقوق‌دانان معتقد بودند به جهت عدم تعیین میزان دقیق تشدید امکان تشدید به علت تعارض با اصل قانونی بودن کیفر وجود نداشت،^۱ ولیکن به نظر می‌رسد قانون‌گذار جمهوری اسلامی عامدآ این امر را مقرر

۱. برای رهایی از این امر، بخشنامه‌ای توسط شورای عالی قضایی تدوین گردید که به علت مغایرت با قانون توسط بسیاری از قضات پذیرفته نشد. طبق این بخشنامه نظر به اینکه در خصوص نحوه و میزان تشدید مجازات در مورد تعدد و تکرار جرم موضوع مادتین ۲۵ و ۱۹ قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب مهرماه ۱۳۶۱ و نیز، ماده ۲۳ قانون مزبور سوالاتی می‌شود و مشکلات عنوان شده از ناحیه شرکت‌کنندگان در سمینار قضایی خداداد ماه ۱۳۶۳ با توجه به قانون مجازات عمومی سابق و به منظور وحدت عمل و هماهنگی در دادگاه‌ها، حسب تصمیم مورخ ۱۳۶۴/۴/۱۲ شورای عالی قضایی ارشاداً متذکر می‌گردد: هرگاه جرائم ارتکابی متعدد قابل تعزیر از

نموده زیرا وی با توجه به گرایش مذهبی مایل به سوی الگوی کیفردهی اختیاری بوده است. با این وصف در زمینه کیفیات مشدده عام گرایش به الگوی کیفردهی غیرالزامی و اختیاری بوده است. بنابراین الگوی عام کیفردهی در این سه دهه کیفردهی اختیاری بود که بر اساس آن قاضی در تشدید کیفر بنا به نص قانونی محدودیتی نداشت.

با این حال، با بررسی قوانین خاص در طول این سه دهه، رویکردی کاملاً متفاوت از قانون‌گذار یافت می‌شود. با تبعیغ انجام شده و بررسی تمامی قوانین کیفری پس از انقلاب، حتی یک مورد نیز یافت نشد که قانون‌گذار در مقام تشدید مجازات تکرار جرم در قوانین خاص، میزان تشدید را مشخص نکرده باشد و در تمامی این قوانین میزان دقیق کیفر را مشخص کرده است. در تمامی آنها ترجیح حق مجرم و اصل قانونی بودن بر قاعده اولیه التعزیر بما یراه الحاکم، صورت گرفته و از الگوی کیفردهی مفروض پیروی نموده است. اما با بررسی این قوانین نیز دو رویکرد متفاوت دیده می‌شود:

در رویکرد اول، در مقام تشدید بازه مشخصی از مجازات که نسبت به مجازات اصلی بالاتر می‌باشد تعیین شده است. این رویکرد را در قوانینی مانند ماده ۶۳ قانون خدمت وظیفه عمومی مصوب ۱۳۶۳، ماده ۳ قانون نحوه رسیدگی به تخلفات و مجازات فروشنده‌گان لباس‌هایی که استفاده از آنها در ملاء عام خلاف شرع است و یا عفت عمومی را جریهدار می‌کند مصوب ۱۳۶۵، ماده ۲ قانون مجازات متخلفین از تعریفه نرخ حمل کالا و مسافر مصوب ۱۳۶۷، ماده ۳ قانون منع خرید و فروش کوپنهای کالاهای اساسی مصوب ۱۳۶۷، مواد ۲۹ الی ۳۲ قانون نحوه جلوگیری از آلودگی هوا مصوب ۱۳۷۴ دیده می‌شود.

رویکردی دوم، رویکردی است که در آن مجازات ثابتی به عنوان کیفر تشدید شده مشخص می‌گردد. برای مثال ماده ۲ قانون مجازات عاملین مختلف در امر حمل و نقل کالا مصوب ۱۳۶۷ و تبصره ماده ۲ قانون تخلفات، جرایم و مجازات‌های مربوط به اسناد سجلی و شناسنامه مصوب ۱۳۷۰ و ماده ۶۶۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ برای تکرارکننده جرم، حداقل مجازات مقرر در آن مواد را مقرر نموده است. همچنین، تبصره ۵ ماده واحده قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل مصوب ۱۳۷۳، تبصره ۲ ماده ۳ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغها مصوب ۱۳۷۴، ماده ۵۹۷ قانون

← یک نوع بوده و مختلف نباشند و نیز در مورد تکرار جرایم قابل تعزیر از نوع همان جرم قبلی و تشدید مجازات ماده ۲۳ قانون صدرالاشعار، دادگاه‌ها می‌توانند مجازات را تا یک برابر و نیم حداقلی که در قانون برای آن جرم تعیین شده، تشدید نمایند و در صورتی که مجازات تعزیری جرمی، شلاق بوده و مجرم برای دفعه قبل به کمتر از ۷۴ ضریبه محکوم شده باشد به حداقل ۷۴ ضریبه محکوم گردد و چنانچه دادگاه، تشدید مجازات بیش از ۷۴ ضریبه را در موارد فوق ضروری بداند علاوه بر ۷۴ ضریبه شلاق، می‌تواند حبس تعزیری برای مدتی که مناسب با جرم یا جرایم ارتکابی باشد نیز تعیین نماید.

مجازات اسلامی ۱۳۷۵ برای تکرار کننده مجازات ثابت انفصل دائم را مقرر نموده است. علاوه بر این بندهای ۴، ۵ و ۶ ماده ۵ و ماده ۶ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر و الحاق موادی به آن مصوب ۱۳۶۷ نیز تکرار را با شرایطی مشمول اعدام می‌دانست. بنابراین، با توجه به تمامی موارد فوق می‌توان نتیجه گرفت، سیاست کیفری ایران پیش از قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، در زمینه تشدید مجازات تکرار جرم دارای سه شیوه متفاوت بوده است: در رویکرد عام، میزان تشدید را مشخص نکرده از الگوی اختیاری پیروی نموده بود در قوانین خاص از دو الگوی کیفردهی مفروض در یک سری از قوانین و از الگوی الزامی در قوانین دیگر پیروی نموده است.

۱۳۹۲. ۲-۳. کیفردهی تکرار جرم در قوانین پس از قانون مجازات اسلامی

تکرار جرم از جمله مواردی است که در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نسبت به قوانین سابق بر آن پس از انقلاب اسلامی تحولی شگرف یافت. این قانون در رویکردی دگرگون و کاملاً مغایر با رویکرد عامی که در طی سه دهه در قوانین مجازات اسلامی حاکم بود، از الگوی اختیاری عدول کرده و روی به الگوی مفروض نمود. ماده ۱۳۷ این قانون در تعیین دقیق میزان کیفر تکرار جرم بیان می‌دارد: «هر کس به موجب حکم قطعی به یکی از مجازات‌های تعزیری از درجه یک تا شش محکوم شود و از تاریخ قطعیت حکم تا حصول اعاده حیثیت یا شمول زمان اجرای مجازات، مرتکب جرم تعزیری درجه یک تا شش دیگری گردد، به حداقل مجازات تا یک و نیم برابر آن محکوم می‌شود.». همچنین در قوانین خاص دیگر که پس از این قانون نیز وضع شده است رویکرد مشابه اتخاذ شده است. چنانکه در ماده ۶۳ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲ نیز حکم تکرار مشمول قانون مجازات اسلامی شده است.^۱ بنابراین، آنچه تا پیش از این قانون به عنوان الگوی کیفردهی در قوانین خاص بود به عنوان الگوی کیفردهی در تکرار جرم شد و قانون‌گذار پس از سه دهه سیاست یکسانی را در خصوص حکم تکرار جرم در قوانین خاص و قانون مجازات اسلامی پی‌گرفت و از رویکرد الگوی کیفردهی مفروض پیروی نمود.

با این حال، مسأله مهمی که در این خصوص وجود دارد تعارض الگوهای کیفردهی در تخفیف و تشدید است. بدین معنا که آیا در تکرار جرم می‌توان کیفر را تخفیف داد یا خیر. برای پاسخ دقیق به این امر باید بین سه دسته از مقررات تکرار جرم تفاوت گذارد. دسته اول، تکرار جرم‌هایی که شامل مقررات عام ماده ۱۳۷ قانون مجازات اسلامی می‌شوند. دوم، تکرار جرم‌هایی که در قوانین خاص پیش‌بینی شده و یک بازه کیفر را تعیین نموده‌اند و سوم، تکرارهایی که در قوانین خاص پیش‌بینی شده و

۱. حکم تعدد و یا تکرار ارتکاب قاچاق و معاونت آن و مجازات تبعی و تکمیلی، مطابق قانون مجازات اسلامی است.

مجازات ثابت مانند حداکثر حبس مقرر برای آن جرم یا انفصال دائم را پیش‌بینی نموده‌اند. در دو دسته نخست جاری‌شدن ماده ۱۳۹ قانون مجازات اسلامی شبهه‌ای ندارد. طبق این ماده می‌توان در تکرار جرم کیفر را تخفیف داد لیکن مقدار تخفیف کمتر از میزان معمول می‌باشد. در خصوص دسته سوم، این شبهه وجود دارد که قانون‌گذار با تعیین مجازات ثابت آیا مایل بوده که همان مجازات اعمال شود. به عبارت دیگر از الگوی کیفردهی الزامی که مجازات ثابت است پیروی نموده و یا باز هم از الگوی کیفردهی مفروض حمایت کرده است. با این وصف می‌توان این کیفرها را تخفیف داد؟ هر دو جنبه دارای دلیل می‌باشد. در صورتی که عقیده بر آن باشد که نمی‌توان تخفیف داد می‌توان به جنبه سزاگرا بودن استناد نمود که در این موارد به جهت خطرناکی مجرم، مجازات ثابت توسط قانون پیش‌بینی شده است. از طرف دیگر، می‌توان به جنبه اصلاح و آینده‌نگر بودن کیفر استناد نمود. در صورتی که مجرمی دارای شرایط تخفیف باشد، بدان معناست که قانون خود شدت کیفر را در مورد وی ضروری نمی‌داند؛ لذا امکان تخفیف وجود دارد. از این دو جنبه به نظر می‌رسد دیدگاه دوم به علت وجود دو قرینه توسط قانون مورد پذیرش قرار گرفته است. قرینه اول، بند (ب) ماده ۱۳۹ است که در مقام بیان میزان تخفیف در تکرار مقرر می‌دارد: «چنانچه مجازات، ثابت یا فاقد حداقل باشد، دادگاه می‌تواند مجازات مرتكب را تا نصف مجازات مقرر تقلیل دهد.» بنابراین هرگاه کیفر پس از تشدید میزان ثابتی شود مشمول این بند شده و قابل تخفیف است. قرینه دوم نیز تبصره ماده ۶۶۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ می‌باشد. در این تبصره پس از آنکه حکم تشدید در تکرار جرم بیان شده است و حداکثر کیفر مقرر در سرقت برای آن تعیین شده است، قانون‌گذار بیان می‌دارد: «در تکرار جرم سرقت در صورتی که سارق سه فقره محکومیت قطعی به اتهام سرقت داشته باشد دادگاه نمی‌تواند از جهات مخففه در تعیین مجازات استفاده نماید.» این تبصره نیز نشان می‌دهد در صورتی که منع صریحی بر اعمال تخفیف ذکر نشده باشد، اعمال مقررات تخفیف جایز است. با توجه به تمام موارد فوق می‌توان بیان داشت، پس از قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، الگوی کیفردهی مفروض در تمامی موارد در سیاست کیفری ایران مبنا قرار گرفته است و تنها در مواردی که منع صریح آمده است مانند قانون مجازات اسلامی ۶۶۶ قانون مجازات اسلامی الگوی کیفردهی الزامی در تکرار وجود دارد.

چنانکه ملاحظه شد در زمینه تخفیف کیفر و تشدید مجازات در تکرار در دو دهه اول، الگوی کیفردهی اختیاری و در قوانین خاص الگوی کیفردهی مفروض و در دهه چهارم الگوی کیفردهی مفروض به طور عام و بعضًا الزامی جاری شده است. برای

تحلیل گفتمانی و چرایی این تغییر سیاست‌گذاری در زمینه الگوی کیفردهی در زمینه تخفیف و تکرار جرم، شناخت زمینه‌ها و عوامل دخیل در سیاست‌گذاری در آن برره ضروری است. لذا، در بند آتی جهت دریافت چرایی این تفسیر به بررسی این عوامل پرداخته می‌شود.

۴. عوامل دخیل در تصویب قوانین کیفری پس از انقلاب اسلامی

پس از پیروزی انقلاب اسلامی در ۲۲ بهمن ۱۳۵۷، ضرورت بررسی قوانین و وضع قوانینی که مغایرتی با شریعت نداشته باشند، مورد توجه قرار گرفت. بر این اساس ابتدا شورای انقلاب موظف به وضع قوانینی برای سامان دادن به انقلاب نوپا گردید که در ۳۰ تیر ۱۳۵۹ آخرین لایحه قانونی را تصویب کرده و پس از تشکیل مجلس شورای اسلامی منحل گردید. این شورا لواح معتمدی به تصویب رساند که در آن برای برخی اعمال کیفر تعیین شده بود. با بررسی این مقررات مشخص می‌گردد در تمامی این لایحه‌های قانونی مجازات‌های معینی برای کیفرها تعیین شده بود و در واقع رویکرد شورای انقلاب به کیفر، از الگوی حاکم بر فقه که تعزیر را بنا به صلاح‌دید قاضی می‌دانست، پیروی نمی‌کرد و همواره بازه مشخصی را برای حبس و یا جزای نقدی تعیین کرده بود. تنها در یک مورد، در «لایحه قانونی تشدید مجازات مرتكبین جرائم مواد مخدر و اقدامات تأمینی و درمانی به منظور مداوا و اشتغال به کارمعتادین» مصوب ۱۹/۳/۵۹ در موارد ۶، ۷ و ۸ عبارتی به کار برده بود که تعیین دقیق مجازات را مبهم می‌نمود. در این مواد پس از جرم‌انگاری و تعیین میزان دقیق حبس عبارت «ولی دادگاه می‌تواند به جای مجازات حبس، حکم به جزای نقدی مناسب با میزان مجازات مقرر یا تنیبیه بدنی (هر کدام در ترک فعل متهم مؤثر باشد) بدهد.» به کار رفته بود که بر خلاف رویه معمول شورا این بار ید قاضی را برای تعیین کیفر باز گذارد بود. با وجود این سه ماده، می‌توان در کل رویکرد شورای انقلاب را بر تعیین دقیق میزان کیفر دانست.

با این حال، عمر این شورا به تصویب یک قانون کیفری عمومی نرسید و اولین قانون مجازات که کلیت داشته و به عمومات پرداخته بود، در سال ۱۳۶۱ با عنوان «قانون راجع به مجازات اسلامی» در مجلس شورای اسلامی وضع گردید. این قانون تا سال ۱۳۷۰ لازم‌الاجرا بود تا در این سال «قانون مجازات اسلامی» جایگزین آن شد و نهایتاً در سال ۱۳۹۲ قانون مجازات اسلامی جدید، قانون سال ۱۳۷۰ را نسخ کرده و از آن سال لازم‌الاجرا شد. برای تحلیل کامل الگوی کیفردهی تخفیف و تشدید در تکرار جرم پس از انقلاب اگرچه ضروری است سه قانون کیفری مادر به همراه قوانینی که

دارای جنبه کیفری بوده به صورت تحلیلی بررسی شده و سیاست کیفری آن با توجه به مواد مختلف آنها استخراج شود لیکن این امر بدون شناخت زمینه‌هایی که در آن این قوانین تصویب شده‌اند ناقص می‌نماید؛ در واقع رویکرد بند حاضر، گفتمان تحلیلی کارکردگرایانه و فرآیند محور می‌باشد. بر این اساس در هر مورد ابتدا زمینه‌های اجتماعی و سیاسی زمان تصویب قانون مورد توجه قرارداده می‌شود و سپس انعکاس این موارد در قانون مصوب تحت آن شرایط تحلیل می‌گردد.

۴-۱. عوامل دخیل در تصویب قوانین کیفری دو دهه نخست

قانون راجع به مجازات اسلامی ۱۳۶۱ که نخستین قانون کیفر مبسوط در جمهوری اسلامی ایران است، از جهات مختلف حائز اهمیت می‌باشد. اولاً این قانون نخستین قانون کیفری مادر پس از انقلاب اسلامی بود که در بحبوحه جنگ و گرایش‌های شدید به اسلامی‌سازی قوانین تصویب شد. دوم، این قانون چالش بزرگی بین حقوق دانان عرفی و فقهاء از یک سو و فقهاء با گرایش‌های مختلف از سوی دیگر ایجاد نمود. چالش چندین ساله مجلس شورای اسلامی با شورای نگهبان بر سر تصویب تعزیرات که حدود دو دهه حقوق کیفری ایران را متأثر نمود، از این قانون آغاز شد. لذا، ابتدا فضای تصویب این قانون تحلیل شده و سپس به تحلیل گفتمانی این قانون پرداخته می‌شود.

مسئله بسیار مهم در قانون راجع به مجازات اسلامی چالشی بود که بین شورای نگهبان و مجلس شورای اسلامی بر تعیین الگوی کیفردهی ایجاد شد. این امر از آنجا اهمیت دارد که جهت‌گیری الگوی کیفردهی ایران را بسیار متأثر نمود. در زمان تصویب قانون تعزیرات مصوب ۱۳۶۲، مجلس شورای اسلامی مبادرت به تعیین کیفرهای دقیق برای تعزیرات نمود و شورای نگهبان با توجه به قاعده اولیه «التعزیر بما يراه الحاکم» با این امر مخالفت نمود. چراکه این امر از سوی مجلس و مخالفت شورای نگهبان را در دو بعد می‌توان بررسی نمود.

بعد اول را می‌توان در ساختار مجلس شورای اسلامی در دوره اول دانست. آن مجلس را شاید بتوان از نظر طیف‌های فکری متنوع‌ترین دوره مجلس دانست. در آن مجلس از حزب توده تا جامعه روحانیت مبارز دارای نماینده بوده و در مجلس حضور داشتند. بنابراین، اولاً ناآشنایی طیف عمده‌ای از آنها با موازین فقهی و البته حقوقی مبرهن بود و از طرف دیگر، حضور طیف‌های گوناگون باعث شد تا نتوان قوانین را کاملاً بر اساس آنچه در فقه است، تصویب نمود.

بعد دوم، ساختار شورای نگهبان ابتدای انقلاب بود. تعدادی از فقهای این شورا در آن برده پیرو فقه سنتی بوده و از این رو تمایلی به تغییر احکام اولیه بر اساس مصلحت نداشتند. این دوگانگی نگرشی بین این دو نهاد بود که باعث عدم تأیید قانون راجع به مجازات عمومی ۱۳۶۱ و تعزیرات ۱۳۶۲ توسط شورای نگهبان گردید. با این حال رئیس مجلس به دلیل ایرادی که در بازگشت نامه شورای نگهبان بود، مصوبه را برای رئیس جمهور وقت ارسال نمود و در روزنامه رسمی منتشر شد. این امر باعث بالا گرفتن اختلاف مجلس و شورای نگهبان شد. این واقعه تاریخی، یعنی اختلافاتی که در دهه ۱۳۶۰ بین مجلس و شورای نگهبان در خصوص قانون تعزیرات ایجاد شد،^۱ باعث شد تا امام خمینی (ره) در تاریخ ۱۳۶۰/۷/۱۹ اعلام نمایند که در صورت حدوث اختلاف بین این دو نهاد «پس از تشخیص موضوع به وسیله اکثریت نمایندگان مجلس شورای اسلامی، با تصریح به موقع بودن آن..... در تصویب و اجرای آن مصوبات مجاز هستند». ^۲ یک سال بعد امام در ۱۳۶۱/۱۱/۲۲ نیز اعلام نمودند که «در صورتی که دو سوم نمایندگان مجلس امری را ضروری و اضطراری دانسته و بر اساس آن مصوبه‌ای تصویب نمایند مصوبه مجلس قابل اجرا خواهد بود.^۳ این امر در واقع اختیار مصلحت‌اندیشی را به نمایندگان مردم در مجلس شورای اسلامی اعطا نمود و در نهایت منجر به تشكیل مجمع تشخیص مصلحت نظام گردید. در واقع، دو الگوی کیفردهی مفروض از طرف مجلس و نظام کیفردهی اختیاری البته با معنای موسع‌تر که حتی کیفر هم در قانون تعیین نشود، در دهه اول انقلاب روی نمود. این چالش باعث دوگانگی قانون‌گذاری در قوانین کیفری شد. از یک سو، قوانینی مانند قانون تعزیرات ۱۳۶۲ وضع شد که در آن میزان مشخصی از کیفر تعیین شده بود و از طرفی قوانینی تصویب شد که در آن میزان مشخصی از کیفر تعیین نشده بلکه با عبارت «با رعایت شرایط و امکانات خاطی و دفعات و مراتب جرم و مراتب تعزیر اعم از وعظ، تذکر، توبیخ، تهدید»^۴ مجازات می‌شود، موضوع کیفر آها تعیین شده بود. بنابراین دو الگوی کیفردهی فوق حدود یک دو دهه در مقابل یکدیگر وجود داشتند.

۱. جهت مطالعه کامل شرح تصویب این قانون ر.ک: مهریور، حسین، «سرگذشت تعزیرات»، مندرج در: دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی، چاپ دوم، تهران، مؤسسه اطلاعات، ۱۳۷۴، صص. ۹۹-۱۳۷.

۲. خمینی، روح‌الله، صحیفه امام (ره) (مجموعه سخنرانی‌ها، نامه‌ها، پیام‌های امام خمینی (ره)، جلد ۱۵، چاپ چهارم، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۸۶، ص. ۲۹۷.

۳. خمینی، روح‌الله، صحیفه امام (ره) (مجموعه سخنرانی‌ها، نامه‌ها، پیام‌های امام خمینی (ره)، جلد ۱۷، چاپ چهارم، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۸۶، ص. ۳۲۱.

۴. عبارت فوق به اشکال مشابه با اندک تغییر در مواد زیر به کار رفته است: ماده ۴۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰، ماده ۱۲ قانون اصلاح بعضی از مواد قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خودزنی و

لیکن به دلیل ضرورت تأیید قوانین توسط شورای نگهبان، نظر شورای نگهبان در قوانین قوت بیشتری یافت و در این قانون و قوانین تصویبی تا حدود دهه ۱۳۸۰ ملاحظه می‌شود که قانون‌گذار به سمت الگوی اختیاری کیفردهی گرایش داشته است. البته با بررسی قوانین دیگر می‌توان به عدم رضایت ضمنی مجلس شورای اسلامی از این رویکرد و الگو پی برد؛ چنان که در هر قانونی که ممکن بود در کنار الگوی کیفردهی اختیاری میزان مجازات مورد نظر خود را هم تعیین می‌نمود. برای مثال در ماده ۲ قانون تشديد مجازات محتکران و گرانفروشان برای تأمین نظر شورای نگهبان و همچنین اعمال نظر خود این گونه بیان داشته است: «هر کس مواد غذایی موضوع بند الف ماده ۱ را احتکار نماید محتکر محسوب شده و با رعایت امکانات و شرایط خاطی و دفعات و مراتب جرم و مراتب تأدیب به مجازاتی از دو برابر تا ده برابر قیمت کالای احتکار شده و شلاق تا ۷۴ ضربه محکوم می‌گردد.» با این حال، این دوگانگی نظر مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان به طور مشهود در قوانین این دوره نمود داشت.

۴-۲. عوامل دخیل در تصویب قوانین کیفری در دهه‌های سوم و چهارم

دهه سوم انقلاب یعنی از سال ۱۳۸۰ به بعد، حقوق ایران با نوعی تحولی ظریف و آرام مواجه شد که به طور خاص خود را در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نشان داد. اسباب این تغییرات را می‌توان در تحولاتی که در جامعه حقوقی ایران روی داد پیگیری نمود که می‌توان اهم آن را در چند مورد بیان کرد:

- ۱- در این دهه به دلیل فقدان مقطع دکتری در ایران، تعدادی از اشخاصی که در دهه‌های ۶۰-۷۰ برای ادامه تحصیل به خارج رفته بودند، به ایران بازگشته و در ایران آغاز به تدریس و انتقال داده‌ها و گرایش‌های جدید در خارج از ایران، به ویژه اروپا، نمودند.
- ۲- با ورود این دسته از استادان، غنای علمی ایران برای ایجاد مقطع‌های تحصیلات تكمیلی افروده شد و دانشگاه‌های معتبر شروع به اخذ دانشجو در مقطع کارشناسی ارشد و دکتری نمودند. به گونه‌ای که تا پایان دهه ۱۳۷۰ تنها سه دانشگاه تهران، شهید بهشتی و تربیت مدرس دارای مقطع دکتری حقوق کیفری

← آشامیدنی، ماده ۷ قانون تشديد مجازات محتکران و گرانفروشان، ماده ۶ قانون مجازات متخلفین از تعریفه نرخ حمل کالا و مسافر، ماده ۵ قانون مجازات عاملین مختلف در امر حمل و نقل کالا. تبصره ۵ ماده واحده قانون الزام تزریق واکسن ضد کراز برای بانوان قبل از ازدواج، ماده ۲۲ قانون تشکیل شرکت پست جمهوری اسلامی ایران.

و جرم‌شناسی بودند ولیکن در دهه ۱۳۸۰ و ۱۳۹۰ ناگهان شمار دانشگاه‌های دارای مدرک دکتری افزایش چشمگیری یافت.

۳- تربیت دانشجویان دارای مدرک کارشناسی ارشد و دکتری باعث شد که این افراد وارد حوزه‌های مختلف قانون‌گذاری و تدریس شده و مبادرت به اعمال آموخته‌ها در عمل نمایند. نمونه بارز آن را می‌توان معاونت حقوقی و قضایی قوه قضائیه در دهه ۱۳۸۰ دانست که در آن شمار بسیاری از استادان و دانشجویان دکتری مشغول پژوهش و تدوین قوانین جدید بودند.

۴- در این دهه بسیاری از دانشآموختگان این دانشگاه‌ها وارد کار قضا شده و مبادرت به اعمال نظرات آموخته شده در مقام قضا نمودند. نمونه این آرا در دهه ۱۳۸۰ را می‌توان رأی دادگاه تجدید نظر مبنی بر عدم قبول دلایلی که به طور غیرقانونی تحصیل شده بود و آرایی که در دادگاه اطفال برای بازپروری اطفال صادر شده است، دانست.

۵- گسترش فضای مجازی و افزایش ناگهانی در شمار رایانه‌های خانگی و دسترسی به اینترنت، باعث شد حقوق دانان بتوانند به راحتی به منابع خارج از کشور دسترسی یافته و با آموزه‌های غیربومی آشنا شوند.

اگرچه عوامل تغییر در دهه ۱۳۸۰ محدود به این موارد نمی‌شود و عوامل سیاسی و اجتماعی حاکم بر اوایل این دهه در این تغییرات مؤثر بود، می‌توان بیان کرد قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ نتیجه تغییراتی بوده که نطفه آن سال‌ها قبل پایه‌گذاری شده بود. از جمله این تغییرات می‌توان به مجازات‌های جایگزین که در دهه ۱۳۸۰ تدوین و در قالب لایحه در ۱۳۹۱/۴/۶ در مجلس اعلام وصول شد و یا مسئولیت کیفری اطفال که مطالعات آن در دهه ۱۳۸۰ انجام و در ۱۳۹۱/۴/۷ به شکل لایحه در مجلس اعلام وصول شد، اشاره نماید.

تمامی این عوامل باعث شد در زمینه الگوی کیفردهی، این قانون در یک چرخش عمده از الگوی حاکم بر قوانین راجع به مجازات اسلامی ۱۳۶۱ و قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ روی گرداند و در پی گرایش به اصل قانونی بودن مجازات در معنای مدرن آن، به سمت کمی نمودن کیفرها حرکت کرد و میزان دقیق آنها را مشخص نمود.

نتیجه‌گیری

قانون مجازات هر کشور به عنوان نماد مهم‌ترین ارزش‌های یک کشور از منظر جرم‌انگاری و نشان‌دهنده تمایل آن کشور به نحوه برخورد با مجرمین از نظر کیفرانگاری می‌باشد. در قانون گذاری صحیح و اصولی قانون گذار از بین الگوهای مختلف کیفرده‌ی یک مورد را به عنوان الگوی اصلی پذیرفته و حسب مورد می‌تواند بنا به وجود دلایلی در موارد خاص از این الگو عدول نماید و روی به سوی الگوی دیگر آورد. چالش اصلی این نوشتار یافتن الگوی کیفرده‌ی در زمینه تخفیف مجازات و تشدید کیفر در تکرار جرم در قوانین کیفری پس از انقلاب بود. در پاسخ به مسئله اصلی این نوشتار یعنی تحلیل گفتمانی رویکرد کیفرده‌ی قوانین پس از انقلاب در مرحله نخست، الگوهای کیفرده‌ی رایج بیان شد. با بررسی‌های به عمل آمده بیان گردید که می‌توان تمامی الگوهای کیفرده‌ی رایج را اکنون در سه دسته‌بندی ارائه نمود. الگوی کیفرده‌ی معین و نامعین که به اختیار قاضی در تعیین یک بازه به عنوان کیفر و یا یک کیفر مشخص در رأی باز می‌گردد. این اختیار را باید قانون به قاضی اعطای کرده باشد. از سویی الگوی کیفرده‌ی مفروض و اختیاری، به تعیین حدود و ثغور تخفیف و تشدید باز می‌گردد که در صورت تعیین میزان دقیق این میزان الگوی مفروض و در صورت آزادی قاضی الگوی کیفرده‌ی اختیاری می‌باشد و در نهایت در الگوی کیفرده‌ی الزامی میزان دقیقی از مجازات در قانون تعیین شده و همان میزان به وسیله دادرس در رأی ذکر می‌گردد و در الگوی کیفرده‌ی غیرالزامی مجازات به صورت کمینه و بیشینه در قانون تعیین گشته و قاضی مقدار مشخصی را در رأی به عنوان کیفر تعیین می‌نماید.

در مرحله دوم، با بررسی مقررات ناظر به تخفیف کیفر و تشدید کیفر در تکرار در دو برهه پیش و پس از قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مشخص گردید که به دلیل رویکرد غالب فقهی در دهه نخست انقلاب و به رغم چالش‌هایی که بین مجلس که رویکرد عرفی‌گرایانه‌تری به قوانین داشت و شورای نگهبان که رویکرد شرعی داشت، قانون راجع به مجازات اسلامی با غالب رویکرد فقهی تصویب گردید و در آن از الگوی کیفرده‌ی غیرالزامی و اختیاری پیروی شد. دلیل این امر را می‌توان قوت اندیشه‌های فقهی حاکم در مرحله پس از انقلاب اسلامی و عدم قوت نسبی اندیشه‌های عرفی در این برهه دانست. لذا، در قانون راجع به مجازات اسلامی و قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ به پیروی از فقه شیعی، قاضی دارای اختیارات بسیار وسیعی برای مثال در تخفیف بوده و می‌توانست ده سال حبس را به یک ضربه شلاق و یا جزای نقدی به هر میزان تبدیل

نماید. الگوی کیفردهی غیرالزامی و اختیاری تا دهه ۱۳۸۰ الگوی غالب کیفردهی ایران بود. لیکن در این بازه زمانی، در قوانین ثابت در زمینه تخفیف هم قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران دو الگو را به عنوان استثنائی پذیرفته است که عبارتند از الگوی کیفردهی مفروض و الزامی. لیکن پذیرش این دو الگو در مواردی صورت گرفته است که ضرورت برخورد شدید با جرم و یا مجرمین در نظر مقنن وجود داشته است مانند قانون مجازات اخلالگران در نظام اقتصادی کشور، قانون تشدید مجازات ارتشا، اختلاس و کلاهبرداری و قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۶۷.

در دهه ۱۳۸۰ به دلیل تغییراتی که در بدنۀ اجتماعی و دانشگاهی صورت گرفت، زمینه به طور بسیار آرام به سمت تعیین میزان دقیق‌تر مجازات در راستای اعمال اصل قانونی بودن کیفر رفت. در این دهه، لواحی تهیه شد که در آن از الگوی کیفردهی غیرالزامی مفروض پیروی می‌شد. در نهایت قانون مجازات اسلامی که حاصل تغییرات آرام دهه گذشته بود در سال ۱۳۹۲ تصویب شد که در آن تغییر کاملاً فاحشی از الگوی کیفردهی اختیاری به سمت الگوی کیفردهی مفروض صورت گرفت. این تغییرات را به طور عمده می‌توان ناشی از قرائت‌های جدید در فقه و توفق اندیشه‌های عرفی بر رویکرد سنتی فقهی دانست که بر پایه تغییرات اندیشه‌ای دهه ۱۳۸۰ ایجاد شد. در این رویکرد میزان دقیقی برای تخفیف تعیین شده است. در این دوره نیز قانون‌گذار در دو مقرره (قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر و قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز) از الگوی کیفردهی الزامی پیروی نمود و تعیین مجازات بدون امکان تخفیف را پیش‌بینی کرده است. بنابراین به نظر می‌رسد قانون‌گذار ایران پس از حدود سه دهه قانون‌گذاری در برهه فعلی به ثباتی از الگوی کیفردهی در زمینه تخفیف دست یافته است و می‌تواند بر مبنای الگوی کیفردهی مفروض برای ایجاد یکپارچگی قانون مجازات پیش‌رود. البته عدول از این الگو در موارد استثنای نیز ممکن بوده و در حدی که باعث شکاف در الگوی عام نشود، در موارد خاص مناسب است.

در زمینه تشدید در تکرار نیز نوعی تشتبه در سه دهه نخست ملاحظه می‌شد. به گونه‌ای که الگوی اصلی مذکور در قوانین مجازات اسلامی الگوی کیفردهی اختیاری بود لیکن تمامی قوانین خاص در آن دوره از الگوی کیفردهی مفروض پیروی می‌کردند. پس از قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، مجددًا قانون‌گذار نوعی یکپارچه‌سازی و یکسان‌سازی سیاست کیفری را نمایان ساخت و الگوی کیفردهی مفروض را به عنوان الگوی اصلی انتخاب نمود. این سبب شد تعارض بین دو دسته الگوی کیفردهی که بین قوانین خاص و قوانین مجازات اسلامی تا پیش از سال ۱۳۹۲ وجود داشت از بین بود.

با این حال، قانون‌گذار باز هم کیفردهی الزامی را در این دوره در مواردی که به صراحت اعمال تخفیف را منع نموده است به عنوان مدلی در جوار الگوی اصلی مورد پذیرش قرار داده است.

در نتیجه، با توجه به سیر قانون‌گذاری در سه دهه پس از انقلاب می‌توان به طور کلی بیان نمود که ثبات و هماهنگی در سیاست کیفری در قوانین در دهه چهارم، خود را به طور مشخص عیان نموده است. این امر، با وجود یکسان‌بودن ایدئولوژی حکومت اسلامی پس از انقلاب، به نظر می‌رسد ناشی از نوعی عقبنشینی از دیدگاه‌های سنتی فقهی و قدرتمندتر شدن مبانی حقوق عرفی و دیدگاه‌های فقهی نزدیک به این حقوق می‌باشد.

منابع

- آقایی جنت‌مکان، حسین، حقوق کیفری عمومی، جلد دوم، چاپ سوم، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۲.
- اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد سوم، چاپ دوم، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۳.
- الهام، غلامحسین؛ برهانی، محسن، درآمدی بر حقوق جزای عمومی (واکنش در برابر جرم)، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۳.
- تروپه، میشل، فلسفه حقوق، ترجمه مرتضی کلاتریان، چاپ دوم، تهران، نشر آگه، ۱۳۹۰.
- حسینی، سیدمحمد، سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران، چاپ اول، تهران، سمت، ۱۳۸۳.
- خمینی، روح‌الله، صحیفه امام (ره) (مجموعه سخنرانی‌ها، نامه‌ها، پیام‌های امام خمینی (ره)), جلد‌های ۱۵ و ۱۷، چاپ چهارم، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۸۶.
- رالز، جان، نظریه عدالت، ترجمه سیدمحمد‌کمال سروریان و مرتضی بحرانی، چاپ اول، تهران، پژوهشکده مطالعات فرهنگی و اجتماعی، ۱۳۸۷.
- لازر، کریستین، درآمدی به سیاست جنایی، ترجمه علی‌حسین نجفی ابرند آبادی، چاپ اول، تهران، میزان، ۱۳۸۲.
- مهراب، نسرین، «کیفر و چگونگی تعیین آن در فرایند کیفری انگلستان»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۵، ۱۳۸۶.
- مهرپور، حسین، «سرگذشت تعزیرات»، مندرج در: دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی، چاپ دوم، تهران، مؤسسه اطلاعات، ۱۳۷۴.
- نوربهای، رضا، «تغییر شدت مجازات: تعديل کیفر»، در نگاهی به قانون مجازات اسلامی، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۸۳.
- Bagaric, Mirko, *Punishment and Sentencing: A Rational Approach*, London, Cavendish Publishing, 2001.
- Champion, John, *Sentencing: A Reference Handbook*, California, ABC-CLIO, Inc, 2007.
- Engen, Rodney, "Assessing Determinate and Presumptive Sentencing—Making Research Relevant", *Criminology & Public Policy*, vol. 8 (2), 2009.
- Frase, R. S., *Just Sentencing: Principles and Procedures for a Workable System*, Chicago, Oxford University Press, 2013.

-
- Reitz, K. R., The Disassembly and Reassembly of US Sentencing Practices. In: *Sentencing and Sanctions in Western Countries*, New York, Oxford University Press, 2001.
 - Ros, Nikolas; Miller, Peter, "Political Power beyond the State: Problematic of Government", the *British Journal of Sociology*, vol. 43 (2), 1992.
 - Van Zyl Smit, D.; Ashworth, A., "Disproportionate Sentences as Human Rights Violations", the *Modern Law Review*, vol. 67 (4), 2004.

روح قانون در حقوق ایران

حسین مهرپور*

سجاد صفری**

چکیده

در نوشه‌های حقوقی، مطابق یا مخالف «روح قانون» دانستن استنباطها رایج است. نویسنده‌گان علی‌رغم استناد به روح قانون هیچ‌گاه به چیستی و مبانی استناد به این عنوان نمی‌پردازند. روح قانون به عنوان منبع قاعده حقوقی در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ مطرح و در قوانین و مقررات پراکنده مورد توجه بوده است. هر چند اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی جایگاه «روح قانون» به عنوان منبع حقوقی حل و فصل دعاوی را متزلزل ساخت، اما این عنوان همچنان در کنار سایر موارد اعلامی در این اصل به حیات خود ادامه داد. در این راستا حتی پس از نسخ ماده ۳ مزبور، رویه قضایی موارد متعددی از استناد به روح قانون را ثبت کرده است. دکترین حقوقی نیز معنی اجتماعی از این عبارت به دست نمی‌دهد و شامل طیف وسیعی از ساده‌ترین مفاهیم نظری مفهوم مخالف قانون تا کلی‌ترین مفاهیم مانند مبانی استنباط اصول کلی حقوقی را شامل می‌شود. در این طیف وسیع گاه معانی متضادی برای این مفهوم ارائه می‌گردد که به هیچ‌وجه قابل جمع نیستند.

کلید واژه‌ها: روح قانون، قاعده حقوقی، اصول حقوقی، هدف قانون.

* عضو هیأت علمی مدعو دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات تهران
(نویسنده مسئول)
H_Mehrpour@sbu.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات تهران
Saccad87@gmail.com

مقدمه

علی‌رغم گشاده‌دستی دکترین در استناد به روح قانون، بررسی درباره ماهیت و چیستی و مبانی استناد به این عنوان مغفول مانده است. این در حالی است که مطابق ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی سابق، مصوب ۱۳۱۸، روح قانون، در کنار عرف و عادت، یکی از منابع قاعده حقوقی شناخته شده است: «دادگاه‌های دادگستری مکلفند به دعاوى موافق قوانین رسیدگى كرده»، حکم داده یا فصل نمایند و در صورتی که قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد و یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، دادگاه‌های دادگستری باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم، قضیه را قطع و فصل نمایند». اما سئوالی که مطرح می‌شود این است که منظور از روح قانون، که دادگاه‌های دادگستری در صورت نقص قانون باید موافق آن حکم کنند، چیست و چه جایگاهی در منابع رسمی حقوق و نیز دکترین حقوقی دارد. در این‌باره هیچ‌گونه تحقیق مستقلی در آثار حقوقی کشور صورت نگرفته و صرفاً نویسنده‌گانی نظری سید حسن امامی و ناصر کاتوزیان در بحث از منابع حقوق به تعریف روح قانون پرداخته و آن را معادل اصول حقوقی دانسته‌اند.

در این مقاله با این فرض که روح قانون یکی از منابع مستقل استنباط قاعده حقوقی و منبعی برای تفسیر متون قانونی در نظام حقوقی ماست، ابتدا خاستگاه مفهومی روح قانون بررسی و سپس در دو قسمت دیگر روح قانون به عنوان منبع قاعده حقوقی در منابع رسمی و معنی و مفهوم آن در دکترین حقوقی بررسی می‌گردد و هدف بهره‌گیری از ظرفیت‌های حقوقی در تفسیر و استنباط قواعد حقوقی و بازناسی منبعی فراموش شده در نظام حقوقی کشور است.

نخست خواهیم دید که روح قانون ریشه در ادبیات مذهبی و به طور مشخص تفاوت بین انجیل و تورات در ارتباط با هستی و انسان دارد و در چنین زمینه‌ای وارد حقوق برخی کشورهای غربی شده است. سپس ملاحظه می‌کنیم که این عنوان هم در قانون اساسی و هم در قوانین عادی ایران صراحتاً قید شده است. در قانون آیین دادرسی مدنی که مقرراتی در رابطه با استفاده از سایر منابع حقوقی در صورت سکوت یا نقص قانون در خود دارد، این منبع برای تکمیل و یا استنباط قاعده معرفی شده تا دادرسان در نبود قانون صریح، با مشکل مواجه نشوند. همچنین در برخی از قوانین و مقررات دیگر فهم قاعده حقوقی در سایه روح مقررات دیگر قوانین یا پیکره کلی قوانین پیشنهاد شده است. در نهایت، دکترین حقوقی و تفاوت اندیشه‌ها در خصوص موضوع مطالعه می‌شود. برخی روح قانون را مفهومی معادل هدف قانون‌گذار معرفی کرده و برخی دیگر با نگاهی عمیق‌تر به جای تطبیق آن با مفاهیم دیگر، آن را مفهومی مستقل و کلی دانسته‌اند که اصول کلی حقوقی و قواعد حقوقی در سایه آنها استنباط و فهمیده می‌شود.

۱. خاستگاه مفهومی

روح قانون امری بدیع و جدید نیست که محصول حقوق مدرن باشد، بلکه ریشه در ادبیاتی دارد که در ورای جسم مادی به دنبال امری معنوی و غیر مادی است؛ می‌خواهد از جسمانیت عبور کند و در سوی دیگر به حقیقت امر دست یابد. اندیشه‌ای که همه چیز را دارای دو جنبه می‌داند، جنبه‌ای که ظاهری، نزدیک و سهل الوصول و جنبه‌ای که باطنی و دست یافتن به آن سخت‌تر است. خاستگاه «روح قانون» را باید در اندیشه مذهبی جستجو کرد؛ آنجا که روحانی بودن جنبه‌ای از حقیقت اشیاست.

۱-۱. روح قانون در عهده‌داران

اولین نشانه‌های تفکیک میان «روح» و «متن» را در عهد جدید می‌توان یافت. نویسنده‌گان و الهی‌دانان مسیحی در این ارتباط به آیات ۳.۱۸ الی ۳.۵ عهد جدید استناد می‌کنند. در این آیات به تفاوت بین عهد عتیق و جدید می‌پردازد و دسته‌ای از مفاهیم را در مقابل دسته دیگر قرار می‌دهد. دسته اول مربوط به روح و دسته دیگر مربوط به متن است؛ در آیات ۶ و ۱۴ به ترتیب عهد جدید را در مقابل عهد عتیق قرار می‌دهد، در آیه ۶ صراحتاً روح را در مقابل متن مطرح می‌کند و در همین آیه کشتن را در مقابل بخشیدن حیات متذکر می‌شود، در آیه ۸ و ۷ به ترتیب از ریاست روح در مقابل ریاست مرگ صحبت می‌کند و در آیه ۹ سخن از عدالت در مقابل ظلم می‌شود. نهایتاً در آیه ۱۱ باقی در مقابل فانی مطرح می‌شود. تفاسیر گوناگونی از این آیات شده، برخی روح و متن را قابل جمع دانسته و مدعی شده‌اند که عهد عتیق^۱ مقرراتی است که بر لوح سنگی نگاشته شده و عهد جدید^۲ بر قلب مؤمنین نگاشته شده است.

نظری دیگر منظور از متن را عهد موسی و منظور از روح را عهد جدید می‌داند که بر این اساس، عهد جدید عهد قدیم را نسخ می‌کند و مؤید آن آیات ۱۱ تا ۱۶ می‌باشد. نظر دیگر نظر پائول است، به نظر وی Law حیات‌بخش و عدالت‌گستر نیست، بلکه گناه را مشخص و حکم را صادر می‌کند. پائول می‌گوید که مسیح از متن قانون برای رسیدن و دست یافتن به روح آن حرکت نموده است.^۳

۱-۲. روح قانون در سنت اسلامی

در نظامهای حقوقی کشورهای اسلامی، هر چند اصطلاح «روح قانون» از ترجمه حقوق غربی وارد حقوق موضوعه شده است اما بی‌مبنای نیست. در سنت شیعی، که

1. Letter

2. Spirit

3. Saiman, Chaim, "Jesus Legal Theory – A Rabbinic Interpretation", Journal of Law and Religion, vol. 97, 2007-2008, p. 108.

مبنای حقوق داخلی است، سکوت منابع شرع را در قالب «ما لا نصّ فيه» می‌پذیرند. در میان فقیهان عقیده بر این است که در موارد سکوت در موضوعی خاص، از نصوص دیگر کمک گرفته می‌شود و روح احکام موجود از راه استخراج علت وضع حکم و سراحت دادن آن به موارد سکوت، ملاک کار قاضی یا مجتبه است.^۱

فقیهان از دیرباز با بررسی و کنکاش در احکام و مقررات اسلامی اصول کلی را استخراج کرده‌اند که موجب پویایی و عدم توقف فقاهت و استنباط در احکام شده است. اصولی نظیر عدالت، بدبیهات عقل، حسن و قیح عقلی، مصالح اجتماعی، اصل هماهنگی و همگامی تکوین و تشریع از این جمله‌اند که البته نباید آنها را انحصری دانست.

آنان ضمن بحث آزاد فقهی و عقلی، یکایک این اصول را استنباط کرده و سپس نصوص شرع را بر این اصول عرضه می‌دارند؛ اگر نص موافق با یکی از این اصول باشد، مدلول نص مطابق قاعده تلقی می‌شود و می‌توان تفسیر موسوع از آن کرده و حکم را تعمیم داد، ولی اگر مخالف این اصول باشد، خلاف قاعده تلقی گشته و باید به قدر تدقیق اکتفا نمود،^۲ روح احکام گویای عقلاتی نیرومند است که قواعد فقهی خصوصاً در امر معاش و زیست مردم بدان متکی است.^۳

۱-۳. روح قانون در حقوق سایر کشورها

با توجه به پیشینه فکری مبتنی بر روح احکام مذهبی، روح قانون به عنوان ابزار یا وسیله‌ای برای فهم متون قانونی و یا استنباط قاعده در نظام حقوقی برخی کشورها مورد توجه قرار گرفته است. روح قانون یا به تصریح در قوانین به عنوان منبعی برای تفسیر و استنباط قاعده حقوقی شناسایی شده و یا در نبود چنین تصریحی رویه قضایی آن را منبعی مکمل قانون در نظر گرفته است.

ماده اول قانون مدنی سوئیس، که در تدوین متون قانونی کشور ما نیز تأثیر بسزایی داشته مقرر می‌دارد: ۱) قانون بر تمام موضوع‌هایی که به عبارت و روح یکی از مقررات آن مربوط می‌شود حکومت دارد. ۲) در صورتی که حکم قانونی قبل اجرا وجود نداشته باشد قاضی بر طبق حقوق عرفی و در صورت فقدان عرف، بر طبق قواعدی که اگر قانون‌گذار بود وضع می‌کرد، رأی می‌دهد. ۳) او از راه حل‌های متدالو در اندیشه حقوقی و رویه قضایی الهام می‌گیرد.^۴

از نمونه‌های دیگری که به صراحت به روح قانون اشاره شده قانون اساسی ترکیه است. این موضوع چه در قانون اساسی ۱۹۶۱ و چه در قانون اساسی ۱۹۸۲ که اساس

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، چاپ دوم، گنج دانش، ۱۳۸۲، ص. ۸۳.

۲. همان، ص. ۳۰۳.

۳. اصغری، سید محمد، عدالت به متابه قاعده فقهی - حقوقی، چاپ اول، انتشارات اطلاعات، ۱۳۸۸، ص. ۵۹.

۴. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد ۱، چاپ سوم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸، ص. ۴۰۱.

قانون اساسی فعلی این کشور است عبارت «روح قانون اساسی» را ذکر کرده است. در این رابطه ماده ۱۳ قانون اساسی ترکیه مقرر می‌دارد: «حقوق و آزادی‌های اساسی غیر قابل تعریف‌اند، مگر به دلایل ذکر شده در مواد قانون اساسی، و تنها از طریق قانون قابل تحدید‌اند. این محدودیتها نباید مغایر با متن و روح قانون اساسی، نظام جامعه دموکراتیک و ملزمات اصول اعتدال جمهوری لائیک باشد». پیش‌تر از آن ماده ۱۱ قانون اساسی ۱۹۶۱ مقرر می‌داشت: «حقوق و آزادی‌های اساسی، صرفاً به موجب قانون، که منطبق با روح و متن قانون اساسی باشد، قابل تحدید است. حتی به بهانه‌هایی نظری منافع عمومی، اخلاق عمومی، نظام عمومی، عدالت اجتماعی و امنیت ملی نمی‌توان به اصل یک حق یا آزادی تعرض نمود». همچنین قانون مدنی اصلاحی ۲۰۰۱ ترکیه در ماده یک مقرر می‌دارد که: «قانون بر تمام موضوعاتی که منطبق با متن و روح آن است اعمال می‌شود».

دادگاه قانون اساسی ترکیه نیز در موارد متعدد با استناد به روح قانون اقدام به صدور رأی نموده است. این دادگاه در رأی مورخه ۱۹۷۱/۴/۱۳ درباره مواردی که امکان بازنگری در آنها وجود ندارد اعلام نمود که «تغییر آنچه در ماده ۱ قانون اساسی در ارتباط با شکل جمهوری دولت ذکر شده، قانون اساسی را به کلی ویران می‌کند. به همین دلیل در ماده ۹ به عدم امکان بازنگری در این خصوص اشاره شده است. شکل جمهوری نظام در مقررات قانون اساسی به شکل یک منظومه است. در این حال ممنوعیت هر گونه بازنگری که منجر به کنار گذاشتن نظام جمهوری گردد، از روح و فلسفه قانون اساسی قابل استنباط است».^۱

در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا علی‌رغم آنکه متون قانونی به مفهوم روح قانون نپرداخته‌اند، اما دیوان عالی این کشور به عنوان عالی‌ترین مرجع تصمیمات قضایی ضمن استناد به روح قانون اقدام به صدور رأی نموده و در بسیاری از موارد آنچه مورد استناد قرار داده با توجه به استنباط روح قانون بوده است. در این ارتباط می‌توان مهم‌ترین رأی این دیوان در خصوص جایگاه روح قانون در ارتباط با انطباق قوانین عادی با قانون اساسی را، نظریه جان مارشال در قضیه مک کولوچ علیه مریلند^۲ دانست. در این خصوص وی اعلام نمود که دیوان هر آنچه را که موافق با روح و متن قانون اساسی باشد، مطابق قانون اساسی می‌داند. همین استدلال و عبارت پردازی از سوی قاضی اکانر^۳ در نظر مخالف اصداری در قضیه گراسیا علیه سان‌آنتونیو^۴ نیز صورت گرفته است. بنابراین ملاحظه می‌شود که مفهوم روح قانون در نظام‌های گوناگون حقوقی، چه در قانون و چه از سوی رویه قضایی مورد توجه بوده است.

1. 1970/41 E.-1971/37 K. Tarih 13.04.1971
2. McCulloch v. Maryland, 17 U.S.316 (1819)
3. O Connor
4. Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority, 469 U.S. 528 (1985)

۲. منابع رسمی حقوق

در اکثر موارد منابع حقوقی در متن قوانین مشخص و احصا می‌گردد و یا حداقل برخی از آنها برشمرده می‌شود تا اگر دادرس در اجرای قوانین به نقص یا سکوت برخورد، به دیگر منابع رجوع کند. ما نیز ابتدا شناسایی روح قانون را در منابع رسمی حقوقی بررسی می‌کنیم.

۱-۲. قانون

هر اصلی که در قانون اساسی وضع می‌شود، همچون چراغ راهی است که سایر قواعد زیردستی در روشنای آن راه خود را یافته و شکل می‌گیرد. شناسایی روح قانون در قانون اساسی عاملی است که باعث می‌شود تا قوانین و مقررات عادی بتوانند بر آن مینا راهکارهای جدیدی برای زندگی اجتماعی در نظر گرفته و از رکود و عقبماندگی رها شوند. تنها اشاره به «روح قانون» در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل یکصد و سی هشتم صورت گرفته است، در این اصل می‌خوانیم: «... هیأت وزیران حق دارد برای انجام وظایف اداری و تأمین اجرای قوانین و تنظیم سازمان‌های اداری به وضع تصویب‌نامه و آیین‌نامه بپردازد. هر یک از وزیران نیز در حدود وظایف خویش و مصوبات هیأت وزیران، حق وضع آیین‌نامه و صدور بخشنامه را دارد ولی مفاد این مقررات نباید با متن و روح قوانین مخالف باشد».

مطابق این اصل، مصوبات دولت نباید با متن و روح قوانین مخالفت داشته باشد. در این اصل، «روح» و «متن» قانون در کنار یکدیگر ذکر شده و هیأت دولت موظف گردیده که مصوباتی نداشته باشد که بر خلاف روح و متن قانون باشد. ذکر هر دو این عنوان‌ها بی‌دلیل نبوده؛ زیرا بیانگر آن است که هر کدام از آنها مفهومی جداگانه و ممتاز از دیگری دارد، که مصوبات هیأت دولت نباید با هیچ‌یک از آنها مخالف باشد و به هیچ‌وجه منظور نویسنده‌گان قانون اساسی را نمی‌توان به این مفهوم تقلیل داد که مصوبات دولت، به طور کلی، نباید مخالف قانون باشد، زیرا قانون علی‌الاطلاق متن قانون را متبدار به ذهن می‌کند، نه روح آن را و تأکید اصل مذبور برای جلوگیری از چنین برداشتی بوده است. این اصل برای قانون دو جنبه قائل شده، که همان‌طور که بعداً خواهیم دید، هر یک از این دو جنبه منبع مستقل از قواعد حقوقی است که یکی متن قانون و دیگری امری غیر از متن قانون، یعنی روح قانون، می‌باشد.

شورای نگهبان قانون اساسی نیز روح قانون را دریافت و در نظریه شماره ۷۸/۲۱/۶۳۵۷ مورخه ۱۳۷۸/۱۲/۲۳ در خصوص لایحه بودجه سال ۱۳۷۹ کل کشور، مصوب ۱۳۷۸/۱۲/۲۱ مجلس شورای اسلامی اعلام نمود: «نظر به اینکه مطابق اصل

سوم قانون اساسی، دولت باید در جهت تأمین خودکفایی صنعت حرکت کند و مطابق اصل چهل و سوم، تأمین شرایط و امکانات کار و پرهیز از اسراف و تبذیر در مصرف و نیز پیشرفت در اقتصاد کشور باید مورد توجه باشد. دادن مجوز ورود خودرو در سال ۱۳۷۹ به گونه‌ای که در بند (د) تبصره ۱۴ آمده است مؤثر در بازار داخلی تولید خودرو و در شرایط فعلی موجب افزایش تقاضای ارز خواهد شد و بنابراین با روح و جهت‌گیری‌های کلی اقتصادی مورد نظر قانون اساسی مغایر است.^۱

از نقطه نظر قوانین عادی نیز اولین قانونی که در آن «روح قانون» ذکر و صدور حکم مطابق آن جایز شمرده شد، «قوانين موقتی اصول محاكمات حقوقی» مصوب کمیسیون قوانین عدليه مورخ ۱۳۲۹ ذی القعده ۱۹ قمری است. در ماده ۳ این قانون چنین آمده بود: «محاکم عدليه مکلفند که به دعاوی مطابق قوانین رسیدگی کرده و به موجب آن حکم داده یا فصل نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه مملکتی کامل یا صریح نباشد و یا ناقص و یا متناقض باشد باید محاکم عدليه موافق روح و مفاد عمومی قوانین موضوعه امور را قطع و فصل نمایند». در این ماده بر لزوم تعیین تکلیف توسط محاکم در کلیه موارد مطروحه تأکید کرده است و محاکم را مکلف نموده در صورت فقد قانون صریح یا کامل و یا نقص یا تناقض در قانون، مطابق ۱- روح قوانین موضوعه و ۲- مفاد عمومی قوانین موضوعه، امور را قطع و فصل نمایند. بنابراین، مطابق این ماده منابع قاعده حقوقی اول؛ قانون، دوم؛ روح قانون و سوم؛ مفاد عمومی قوانین موضوعه است.

پس از آن مجدداً ماده ۳ قانون اصول محاكمات حقوقی و تجاري مصوب ۲۸ دیماه ۱۳۱۴، با کمی تغییر نگارشی و افزودن «عرف و عادات مسلم» در کنار «روح و مفاد عمومی قوانین»، به تکرار همان مقرره قبلی پرداخت.^۲ اما مهم‌ترین ماده قانونی مربوط به شناسایی روح قانون، به عنوان منبع قاعده حقوقی داشت، ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی که مدت‌ها در نظام حقوقی ما اعتبار اجرایی داشت، ماده ۳ مصوب ۱۳۱۸ بود که با تصویب قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی در سال ۱۳۷۹ نسخ گردید و تا این سال در کلیه محاکم حقوقی کشور به مورد اجرا گذاشته می‌شد. مطابق ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی سابق^۳ که مهم‌ترین

۱. شایان ذکر است که از موارد نادر که در آن شورای نگهبان به صراحت به روح حاکم بر قانون اساسی اشاره و استناد نموده، نظریه مذکور است.

۲. «محاکم عدليه مکلفند به دعاوی مطابق قوانین رسیدگی کرده حکم دهنده یا فصل نمایند و در صورتی که قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد یا اصلًا قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد محاکم عدليه باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم قضیه را قطع و فصل نمایند».

۳. این ماده تحت تأثیر قانون مدنی سوئیس تنظیم شده بود. ماده اول قانون مدنی سوئیس مقرر می‌دارد: (۱) قانون بر تمام موضوعاتی که به عبارت و روح یکی از مقررات آن مربوط می‌شود حکومت دارد. (۲) در صورتی که حکم

مرجع اشاره به «روح قانون» است؛ «دادگاه‌های دادگستری مکلفند به دعاوی موافق قوانین رسیدگی کرده، حکم داده یا فصل نمایند و در صورتی که قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد و یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحة وجود نداشته باشد، دادگاه‌های دادگستری باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم، قضیه را قطع و فصل نمایند». این ماده قانونی، پیش از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تنها ماده قانونی برای تفسیر و تکمیل قانون بود.^۱

با توجه به اینکه «روح قانون» در کنار دو منبع مسلم حقوقی یعنی قانون و عرف و عادت مطرح شده، شکی نیست که قانون‌گذار روح قانون را به عنوان منبعی برای قاعده حقوقی در نظر داشته است.

۲-۲. رویه قضایی

به تبع مقررات قانونی مزبور، روح قانون، هم در آرای وحدت رویه قضایی که از سوی دیوان عالی کشور صادر می‌شود و هم در آرای صادره از محاکم، مورد استناد بوده است. در این خصوص دیوان عالی کشور در چند مورد با استناد به روح قانون اقدام به صدور رأی وحدت رویه نموده است که حائز اهمیت‌اند، زیرا این استناد حتی بعد از نسخ ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ بوده است که نشانگر تداوم حیات روح قانون به عنوان منبع قاعده حقوقی در نظام حقوقی است.

دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۶۹۴/۸/۹ - ۱۳۸۵ استناد به «روح قانون» را در کنار اصول کلی آورده است: «مطابق اصول کلی و روح حاکم بر آیین دادرسی کیفری، تصمیمات دادسرا در دادگاهی که آن دادسرا در معیت آن انجام وظیفه می‌نماید قابل اعتراض می‌باشد». دیوان همچنین در رأی شماره ۶۴۲/۹/۹ - ۱۳۷۸ در خصوص امکان تعیین مجازات حبس کمتر از نود و یک روز آن را مخالف «نظر مقتن و روح قانون» دانسته است.

رویه قضایی دیوان عدالت اداری نیز با توجه به صراحة مندرج در اصل یکصد و سی و هشتمن قانون اساسی بر عدم مغایرت مصوبات دولت با روح قوانین، به روح قانون توجه و بدان استناد کرده است؛ برای نمونه این دیوان در رأی شماره ۹۹ مورخ ۱۳۹۱/۲/۲۵ هیات عمومی با توجه به اصل مزبور قید نموده است که: «مطابق اصل ۱۳۸ قانون اساسی، وزراء در حدود وظایف خویش و مصوبات هیأت وزیران حق وضع آیین‌نامه و صدور بخشنامه را دارند و تبعاً مفاد این مقررات نباید مغایر متن و روح

قانونی قابل اجرا وجود نداشته باشد قضی بر طبق حقوق عرفی و در صورت فقدان عرف، بر طبق قواعدی که اگر قانون‌گذار بود وضع می‌کرد، رأی می‌دهد.^۳ او از راه حل‌های متداول در اندیشه حقوقی و رویه قضایی الهام می‌گیرد. (کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص. ۴۰۱).

^۱. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد ۲، چاپ سوم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸، ص. ۴۰۲.

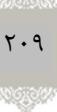
قوانين باشد. نظر به اصل مذکور از قانون اساسی، بخشنامه‌های مورد اعتراض در حدود صلاحیت و اختیارات وزیر مذکور صادر شده است و چون شاکی جهت مغایرت بخشنامه‌ها با قانون را ذکر نکرده است و فقط به مغایرت آن با آیین‌نامه اجرایی طرح طبقه‌بندی مشاغل استناد کرده است در نتیجه موضوع به دلایل مورد ادعای شاکی قابل ابطال نیست».

در خصوص رویه محاکم می‌توان به رأی شماره ۱۳۷۷/۵/۲۸-۳۸۳ صادره از شعبه دوم دادگاه تجدید نظر استان اصفهان اشاره نمود که نهایتاً به موجب رأی وحدت رویه شماره ۶۳۶ دیوان عالی کشور در مورد حقوق مستأجرین و متصرفین غرفه‌های مسافربری واقع در ترمینال‌ها مورد تأیید قرار گرفت. در قسمتی از این رأی آمده است: «از مجموع مقرراتی که در این زمینه وضع گردیده چنین استنباط می‌شود که قانون‌گذار به منظور تأمین آسایش عمومی از طریق ایجاد پایانه‌های مسافربری و تأسیسات متناسب با نیاز عامه، مبادرت به وضع قوانین و مقرراتی نموده و اجرای آن را به شهرداری محول کرده. بدین ترتیب، به نظر دادگاه تسری مقررات مربوط به غرفه‌های شرکت‌های مسافربری به سایر غرفه‌ها محرز و مسلم است و مغایرتی با روح قانون و اهداف قانون‌گذار نداشته و ادعای وکلای تجدیدنظر خواه و استناد آنان بر اصل ۱۷۰ قانون اساسی بر عدم پذیرش آیین‌نامه از جهت تسری به سایر غرفه‌ها وجاهت ندارد؛ زیرا علاوه بر انگیزه قانون‌گذار به شرحی که قبلًا ذکر شده، شمول مقررات قانون موج و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ بر این گونه غرفه‌ها موجب می‌شود که بر یک مجموعه دو نوع ضابطه متفاوت و گاه متغیر حاکم باشد و در نتیجه اعمال اختیاراتی که تحقق اهداف اصلی قانون‌گذار منوط به آن است، از سازمان‌های مسئول سلب شود که رسیدن به چنین تالی فاسدی منظور قانون‌گذار نبوده است».

۳-۲. آیین‌نامه

در کنار قوانین و رویه قضایی، در آیین‌نامه‌های مصوب مقامات عالی قضایی نیز اشاره به روح قانون قابل ملاحظه است. در این خصوص آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، مصوب رییس قوه قضاییه، ضمن پذیرش هیأتی برای تنظیم و تصویب سیاست‌های اجرایی و خط مشی اجرایی ماده ۱۸۷، یکی از وظایف این هیأت را «تعیین تکلیف برای سایر موارد ضروری که در این آیین‌نامه مسکوت است با توجه به روح این آیین‌نامه و قوانین و مقررات موجود» دانسته است.

همچنین، در سوگندنامه مددکاری اجتماعی، مندرج در آیین‌نامه اجرایی مددکاری اجتماعی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور، مصوب ۱۳۷۹/۶/۲۶، در بنده از سوگندنامه، مددکاران چنین متعهد می‌شوند: «من برای تحقق بخشیدن به هدف‌های این منشور، تعهدات و پیمان‌های خویش را با توجه به حق تقدم



موردها، آن طور که هر موقعیت ایجاب می‌کند انجام می‌دهم، اصول مددکاری را در نظر می‌گیرم و برای انجام دادن خدمت راهی را بر می‌گزینم که با روح و مفاد این منشور اخلاقی وفق دهد».

۳. دکترین حقوقی

در دکترین حقوقی نمی‌توان معنایی اجتماعی از روح قانون به دست آورد. اختلاف‌ها بسیار و تشابه‌ها کم است. به طوری که حتی دسته‌بندی نظرات مطرح شده سخت است. البته باید دانست، این واقعیت که نویسنده‌گان اختلافات اساسی بر سر مفهوم روح قانون دارند، مستلزم این امر نیست که آنها معنای آن را نمی‌دانند.^۱ آنچه در این قسمت به عنوان معنی روح قانون در دکترین ذکر می‌گردد، کاربرد این اصطلاح در معانی گوناگون در آثار حقوقی است، لذا در برخی موارد ممکن است تعارض‌هایی در کاربرد آن ملاحظه گردد. زیرا هر حقوق‌دان مطابق با برداشت خود، از این اصطلاح بهره برده است.

۱-۳. روح قانون در قالب مفاهیم کلی و مبنایی

در بسیاری از موارد به کار رفته در آثار و نوشه‌های حقوقی، چه آنجا که روح قانون در قالب اعتباری حقوقی تعریف می‌شود و چه آنجا که بدون تعریف و توصیف ماهیت آن، صرفاً بدان استناد می‌شود، اغلب مفاهیم کلی و مبنایی حقوق مدد نظر است که صراحةً زیادی در متن قانون ندارد و فرو کاستن آنها به قالب‌هایی محدودتر، مانند اصول حقوقی، ناپسند جلوه می‌کند. در این مفهوم، روح قانون مبنا و شالوده‌ای است که هر چند خود ممکن است صراحتاً در قانون ذکر نشده باشد، لیکن قواعد و مقررات با ابتنای بر آن و جهت تامین آن روح وضع می‌شود. اینها مفاهیم پایه‌ای و ارزش‌های اساسی هستند که کل نظام حقوقی را شکل می‌دهند.

مهم‌ترین مفهومی که به عنوان روح قانون شناخته می‌شود، عدالت است. عدالت ارزشی پایه‌ای است که چارچوبی هنجاری برای حقوق فراهم می‌کند.^۲ نویسنده‌گان گاه عدالت را در قالب یک قاعده فقهی یا حقوقی، جان‌مایه احکام و روح قوانین و مقررات دانسته‌اند. روحی که رو به سوی اهداف و «مقاصدالشرعیه» دارد و نیل به هدف‌های میانی و پایانی را مورد توجه قرار داده است.^۳

۱. مرمور، آندره، تفسیر و نظریه حقوقی، ترجمه محمدحسین جعفری و مهسا شعبانی، چاپ اول، انتشارات مجد، ۱۳۹۰، ص. ۲۰.

۲. قاری سید فاطمی، سیدمحمد، حقوق پسر در جهان معاصر، دفتر یکم، چاپ سوم، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۰، ص. ۲۶۷.

۳. اصغری، سیدمحمد، منبع پیشین، ص. ۸۲.

علاوه بر عدالت، در اغلب مواردی که به صراحة معنای روح قانون مشخص شده، این روح معادل هدف و غایت قانون‌گذار از وضع قاعده حقوقی شناخته شده است. وضع قوانین برای کاربرد معینی انجام می‌شود. به دیگر سخن قانون یک مفهوم و پدیده هدفدار است. لذا این قانون باید به گونه‌ای نگارش شده باشد که تابعان و مجریان آن را در جهت هدف مورد نظر به کار گیرند.^۱

دکتر ناصر کاتوزیان در مباحث مربوط به روح قانون، مکرراً هدف اجتماعی قانون‌گذار را روح قانون دانسته است. به نظر وی «منظور قانون‌گذار و هدف اجتماعی که او از این کار [وضع قاعده حقوقی] داشته «روح قانون» است و هیچ متنی را نباید به طور جامد و بدون توجه به اندیشه‌ای که در آن گنجانیده شده است، تفسیر کرد».^۲ زیرا هر قانون‌گذار در وضع قاعده حقوقی، هدفی را دنبال می‌کند که این هدف روح قانون است و در تفسیر قاعده حقوقی باید مورد نظر قرار گیرد و هر گونه تفسیر متن قانون بر خلاف این هدف، یعنی تفسیری برخلاف روح قانون، منجر به نقض غرض خواهد بود. اما بر خلاف نظر مزبور که روح قانون را همان هدف اجتماعی قانون‌گذار می‌داند، نظری دیگر بین هدف قانون و روح قانون تمایز قائل است و روح قانون را مفهومی کلی تر از هدف اجتماعی قانون می‌داند. به طوری که هدف قانون‌گذار در سایه روح حاکم بر قانون شکل می‌گیرد و مفسر قاعده باید هدف قانون‌گذار از وضع قاعده را از روح قانون استنباط نماید.^۳

همچنین در بسیاری از موارد ممکن است هدف قانون با موضوعات دیگری که به عنوان روح قانون مطرح شده است آمیخته شود. چنانکه گفته شده است که هدف قاعده حقوقی ایجاد نظم و استقرار عدالت در زندگی اجتماعی انسان است.^۴ بنابراین، عدالت به عنوان هدف قاعده حقوقی و مصادقی از روح قانون است که در این صورت می‌توان گفت هدف قانون همان روح قانون است.

به طور کلی مفسر قاعده حقوقی باید اهداف قانون را در سایه روح آن تعریف کند، به عنوان مثال در اصل یکصد و یکم قانون اساسی که اهداف کلی شورا بیان شده، می‌توانیم با تجزیه و تحلیل آنها در سایه روح قانون اساسی، یعنی حق حاکمیت بر

۱. راسخ، محمد، «ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون»، مجلس و پژوهش، سال ۱۳، شماره ۵۱ بهار ۱۳۸۵، ص. ۱۳.

۲. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد ۱، منبع پیشین، ص. ۱۲۹.

۳. علی اکبر گرجی ازندیانی درباره هدف «طرح صیانت از منزلت مجلس شورای اسلامی» می‌نویسد: «چنانچه از مقدمه‌های توجیهی و روح ماد پیشنهادی استنباط می‌شود هدف اصلی طرح صیانت از منزلت مجلس شورای اسلامی اصلاح برخی از رویاهای پارلمانی موجود در عرصه سیاسی کشور و «قطعه پیوندهای قدرت و شروط در نظام اسلامی» است» (گرجی ازندیانی، علی اکبر، در تکاپوی حقوق اساسی، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۸، ص. ۱۶۸).

۴. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، چاپ سی و یکم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۱، ص. ۴۲.

۲-۳. روح قانون، ابزار منطق حقوقی

هر نظام حقوقی دارای منطقی است که استدلال حقوقی بر اساس اصول پذیرفته شده در آن منطق و مطابق قواعد و مختصات آن صورت می‌گیرد. قواعد منطقی

۱. عمید زنجانی، عباسعلی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۵، ص. ۵۰۲.

۲. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد ۲، منبع پیشین، ص. ۱۳۸.

۳. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد ۱، منبع پیشین، ص. ۲۳۵.

۴. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد ۲، منبع پیشین، ص. ۱۳۷.

۵. همان، ص. ۲۷.

سرنوشت سیاسی و اجتماعی، به چند هدف عمده برسیم؛ اهدافی نظیر اجرای سیاست عدم تمرکز، خودگردانی مردم، سپردن کار مردم به مردم و در سایه روح برابری هدف رفع تبعیض از مناطق مختلف کشور.^۱ اما «باید دانست که حکومت هدف قانون و رعایت تحولات اجتماعی در صورتی مجاز است که بتوان حکم نو را نیز به مفاد و روح قوانین متکی ساخت، و گرنه هر جا که قانون با وضع جدید اجتماع نامتناسب بنماید، سزاوار نیست که به این بهانه قاعده دیگری جانشین آن شود».^۲

گاه روح قانون حتی مفهومی محدودتر از هدف قانون به خود می‌گیرد. دکتر ناصر کاتوزیان در دوره فلسفه حقوق در این‌باره می‌نویسد: «باید از پرده الفاظ گذشت و روح قانون یعنی مقصود قانون‌گذار را برای تکمیل و اصلاح و تعیین قلمرو آن به یاری گرفت».^۳ بنابراین، باز هم روح قانون به مفاهیمی کم‌مایه‌تر فرو کاسته می‌شود تا بتواند در استدلال حقوقی نقش داشته باشد و مفسر قاعده را به سرمنزل مقصود برساند. همچنین وی در خصوص ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی و عیوب زنان که موجب فسخ نکاح برای مرد می‌شود می‌نویسد: «حکم قانون به ظاهر روشن است و جای هیچ تعبیری در آن وجود ندارد، ولی مبنای این حق جلوگیری از ضرر مرد است. پس، اگر در اثر پیشرفت علم پزشکی این عیوب به صورت بیماری‌های ساده و درمان‌پذیر در آید که در عرف عیوب به حساب نمی‌آید، می‌توان گفت که شوهر به استناد آنها حق فسخ ندارد. اسقاط حق فسخ در چنین موردی با ظاهر عبارت ماده ۱۱۲۳ مخالف است، ولی با روح قانون (منظور قانون‌گذار) موافق تر است».^۴

نظر قانون‌گذار اصطلاح دیگری است که در کنار هدف، اراده، مقصود و منظور قانون‌گذار به کار برده می‌شود و دارای معنایی بسیار نزدیک با آنهاست. شاید بتوان گفت همه این اصطلاحات دارای یک معنی است. در این ارتباط «نظر قانون‌گذار که در واقع روح این ساختمان است، از توده‌ای هماهنگ و منسجم استخراج می‌شود و وسیله رفع کمبودها و ایجاد نظام کامل مطلوب است».^۵

و اصولی پذیرفته شده، شیوه استدلال را سهل و انتقال پیام حقوقی را، که همان قاعده حقوقی است، در قالب الفاظ آسان‌تر می‌کند. در این زمینه، گاه روح قانون به صورت ابزاری داخل در منطق حقوقی در می‌آید که بر اساس آن حقوق‌دان استدلال حقوقی خود را ارائه می‌نماید.

قواعد فقهی در حقوق ما ابزاری برای استنباط قواعد حقوقی است. با تشخیص قواعد فقهی می‌توان در موارد سکوت یا اجمال، حکم قضیه را مطابق با اصل مشخص نمود. در این رابطه نویسندگان حقوقی لاضر را به عنوان قاعده‌ای که خود از یک قاعده کلی‌تر به نام عدالت نشات گرفته است به عنوان روح قانون دانسته‌اند؛ «قاعده عدالت و لاضر جان‌مایه احکام و روح قوانین و مقررات است. روحی که رو به سوی احکام و «مقاصد الشریعه» دارد و نیل به هدف‌های میانی و پایانی را مد توجه خویش قرار داده است. قوانین و احکام، شکل و فرم منطقی و معقول و عادلانه و هدفمند خود را با لاضر تأمین می‌کنند».۱ همچنین: «قاعده لاضر، در حقیقت گویای مبانی عادلانه احکام مقدس اسلامی است. ترازویی برای توزین و تبیین عدالت است. روح قوانین و احکام است».۲

از سوی دیگر لاضر به عنوان ابزاری برای رسیدن به اهداف قانون، بخشی از مقوله روح قانون دانسته شده است. زیرا، «هدف اصلی همیشه ایجاد آسایش و نظم عمومی است و به همین جهت هیچکس نمی‌تواند حقوق را که به او اعطای شده است بر خلاف هدف اصلی آن به کار ببرد. در پناه اجرای حق، آسایش عمومی را برهم زند یا آن را وسیله رسیدن به هدف‌های نامشروع خویش سازد».۳ بدین ترتیب آنچه در غالب موارد به عنوان یک اصل حقوقی مطرح می‌شود، در جایگاه روح قانون قرار می‌گیرد و به عنوان روح حاکم بر مقررات پذیرفته می‌شود.

کاربرد اصطلاح «روح قانون» در معانی مختلف تا آنجاست که مفهوم مخالف یک قاعده یا اصل به عنوان روح قانون در نظر گرفته شده است. مفهوم مخالف آنچاست که حکم در مفهوم از حیث سنخ با حکم در منطق مخالف است.^۴ دکتر ناصر کاتوزیان در این‌باره می‌نویسد: «گاه نیز پی بردن به اصول کلی حقوقی چندان دشوار است که خود کاوش مستقلی را ایجاب می‌کند و در این گونه موارد، مفهوم مخالف تنها به عنوان وسیله توجیه نظری به کار می‌رود که دادرس از کاوش‌های پیشین خود به دست آورده است و به عنوان روح هیچ کمکی به حل مسأله نمی‌کند».^۵

۱. اصغری، سیدمحمد، منبع پیشین، ص. ۱۸۲.

۲. همان، ص. ۵۵.

۳. کاتوزیان، ناصر، مبانی حقوق عمومی، چاپ چهارم، نشر میزان، ۱۳۹۰، ص. ۱۵.

۴. مظفر، محمدرضا، اصول فقه، جلد ۱، ترجمه محسن غرویان، چاپ یازدهم، انتشارات دارالفنون، ۱۳۹۱، ص. ۱۹۵.

۵. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد ۲، منبع پیشین، ص. ۲۱۵.

گاه بی‌مهری نسبت به این منبع حقوقی به چشم می‌خورد به طوری که روح قانون ظنی دانسته می‌شود که به عنوان دستاویز دادرس برای نفی انتقاد خروج از قانون به درد می‌خورد. چنانچه نوشه‌اند: «در حقوق کمتر موردي است که دادرس به یقین برسد و ناجار است که به ظنّ قوی و گاه احتمال متمایل به ظن قناعت کند: در کبرای قیاس، مفاد قانون در بسیاری موارد مبهم و متعارض و ناقص است و او به ظنی که دست می‌یابد نام «روح قانون» می‌دهد تا در پناه آن از اتهام تجاوز به قانون برهد».۱

در متون فقهی و حقوقی از اصطلاح ملازمات عقلی^۲ استفاده می‌شود که از موضوعات اصول فقه است. تحت عنوان ملازمات عقلی دو گروه مسائل جای می‌گیرد؛ یکی مستقلات عقلی و دیگری غیرمستقلات عقلی. «استلزمات‌های عقلی در واقع همان «روح قانون» یا معانی یا هدف‌هایی است که در پس پرده الفاظ قانون وجود دارد و به نیروی عقل کشف می‌شود».۳ «استلزمات عقلیه یک اصطلاح حقوقی است که در حقوق امامیه در دو قرن اخیر به صورت اصطلاح جافتاده و مسلم درآمده است. تعریف آن چنین است: هرگاه عقل انسان از نص قانون شرع الهام بگیرد و نظری در یک مسأله حقوقی بدهد آن نظر را استلزم عقلی می‌نامند».۴ «استباط روح قانون محصول عقل دادرس و برداشت او از نظم حقوقی است. این استباط در چارچوب قوانین صورت می‌پذیرد؛ استلزم عقلی است نه عقل مستقل».۵

در کنار استلزم عقلی، عقل مستقل را نیز وسیله احراز قواعدی دانسته‌اند که در هر زمان، لازمه اجرای «عدالت» است؛ بنابراین، عقل مستقل بازتابی از همه نیازها و ضرورتها و عادات و رسوم اجتماعی و عرف است که عقل را به سوی «عدالت زمانه» رهبری می‌کند و چهره دیگری از «روح قانون» است.^۶

۱. همان، ص. ۲۵.

۲. استلزم عقلیه یا عقلیات غیرمستقل در مقابل مستقلات یا مستقلات عقلیه قرار دارد و «منظور از مستقلات آن است که عقل انسان یک حکم حقوقی را رأساً و بدون کمک نص قانون شرع کشف کند و آن را به صورت یک امر لازم‌الاجرا در ردیف قوانین موضوعه قرار دهد». (جعفری لنگرودی، محمدجعفر، منبع پیشین، ص. ۱۲۵).

۳. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، منبع پیشین، ص. ۲۰۸.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، منبع پیشین، ص. ۱۲۴. نمونه‌ای از این برداشت را می‌توان در استدلال زیر در نقد نظر معتقدین به اعلام «رأى عدم اعتماد» نسبت به وزرا پس از استیضاح و در تفسیر اصل هشتاد و هشتمن قانون اساسی ملاحظه کرد: «وزیری که رأى اعتماد اکثریت مطلق مجلس را داشته و هم اکنون مورد استیضاح قرار گرفته و به حکم قانون از مجلس رأى اعتماد خواسته است در یک جلسه ۲۰۰ نفری مجلس حتی یک نفر به او رأى اعتماد نداده است بلکه ۲ نفر صریحاً اعلام عدم اعتماد کرده‌اند و ۱۹۸ نفر هم مردد و دو دل بوده‌اند و به هر حال نتوانستند اعتماد خود را ابراز دارند و لذا رأى ممتنع داده‌اند، با این وصف، این وزیر، مورد اعتماد مجلس تلقی و در سمت وزارت باقی می‌ماند: آیا این امر با روح قانون اساسی سازگاری دارد و آیا واقعاً این نتیجه‌گیری، منطقی است؟» (مهرپور، حسین، دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی، چاپ سوم، انتشارات اطلاعات، ۱۳۸۷، ص. ۹۰-۹۱).

۵. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، ج ۱، منبع پیشین، ص. ۴۰۳.

۶. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، منبع پیشین، ص. ۲۰۸.

۳-۳. روح قانون و اصول کلی

به تدریج از جمع بین عادات و سنت و قواعد عقلی، اصولی فراهم آمده است که مورد احترام حقوق دانان و دادرسان بوده و در تفسیر قوانین از آنها الهام می‌گیرند و هر جا که از یافتن حکم خاصی در قانون نالمید می‌شوند زیر عنوان‌های «اصول حقوقی» و گاه «روح قانون» از آنها استفاده می‌کنند.^۱ عموماً تعریف اصول کلی حقوقی و روح قانون دارای حد و مرزی مشخص نیست و کاربرد این دو اصطلاح به جای یکدیگر رایج است.

مطابق یک نظر، «روح قانون» مبنای اصول حقوقی است و این اصول از روح قانون نشات می‌گیرد، به گونه‌ای که می‌توان گفت مجموعه‌ای از اصول گوناگون حقوقی به هم پیوسته روح قانون را تشکیل می‌دهد. دکتر سید حسن امامی با توجه به این مفهوم در بیان تفسیر صحیح می‌نویسد: «به نظر می‌رسد که باید در تفسیر قوانین مدنی روش ثابتی را پیروی کرد که از اعتدال حقوقی خارج نگردد و آن تفسیری است که هم احتیاجات کنونی افراد را رفع و هم رعایت روح قوانین که مبنای اصول و قواعد حقوق مدنی ایران است نیز بشود».^۲

به طوری که در متون حقوقی، در برخی موارد، یا صراحتاً روح قانون همان «اصول کلی حقوق» اعلام شده^۳ و یا اینکه «روح قانون» با توجه به مصاديق و سیاق عبارات در معنی این اصول به کار رفته است.^۴ با بررسی نوشتار حقوقی می‌توان ارتباط وثیقی بین این اصول و روح قانون یافت؛ دکتر سید حسن امامی در این ارتباط می‌نویسد: «منظور ماده [۳] قانون آیین دادرسی مدنی] از روح قوانین موضوعه، اصول و قواعد حقوقی و همچنین نظریه‌های علمی می‌باشد که مبنای قوانین مذبور قرار گرفته است».^۵

۱. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، ج ۲، منبع پیشین، ص. ۱۵۰.

۲. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد ۱، چاپ بیست و سوم، انتشارات اسلامیه، ۱۳۹۰، ص. ۸.

۳. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، ج ۱، منبع پیشین، ص. ۶۴.

۴. پس از نسخ ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی به موجب ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱، ماده مذکور چنین مقرر داشت: «قضات دادگاه‌ها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده حکم مقتضی صادر و یا فعل خصوصت نمایند و در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده، یا متعارض باشند یا اصولاً قانونی در قضیه متروحو وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر یا اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد حکم قضیه را صادر نمایند...». چنانچه ملاحظه می‌شود قانون‌گذار در یک تغییر رویکرد نسبت به منابع حقوقی، دادرس را در صورت نقص یا سکوت قانون به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول کلی حقوقی راهنمایی کرده است. عدم ذکر دو منبع دیگر حقوق، یعنی روح قانون و عرف و عادت و جایگزینی اصول کلی حقوقی و منابع اسلامی به جای آنها، چنین متأذد به ذهن می‌نماید که اصول کلی حقوقی به جای روح قانون ذکر شده است و بیانی دیگر از یک مفهوم است و قانون‌گذار نمی‌خواسته آن را نادیده بگیرد.

۵. امامی، سیدحسن، منبع پیشین، ص. ۲۴.

دکتر ناصر کاتوزیان نیز با آنکه در جایی دیگر تصویر متفاوت از روح قانون، که متناسب با هدف قانون است، ترسیم می‌کند، نهایتاً چنین می‌نویسد: «به طور خلاصه، آنچه در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی «روح قوانین» نامیده شده در واقع «اصول حقوقی» است که رهبر قانون‌گذار بوده و به وسیله دادرس کشف و اعلام می‌شود».۱ همچنین وی می‌نویسد: «مقصود از روح قانون که در ماده ۳ ق.آ.د.م به عنوان منبع تمیز حق آمده است، اصول راهنمای قانون‌گذار در وضع قانون است ... برای مثال، اصل آزادی قراردادی، احترام به مالکیت خصوصی، لزوم جبران ضرر، نسبی بودن اثر قرارداد، منع سوءاستفاده از حق، حفظ حرمت خانواده مشروع و حمایت از متصرف از جمله اصول مورد احترام در قانون مدنی است».۲ «دادرس باید اصول راهنمای قانون‌گذار را بشناسد و بر آن مبنا قواعد جزئی تر را جهت و معنی بخشد. ... یعنی آنچه در زبان حقوقی جدید «روح قانون» می‌نامیم بفهمد و اصطلاح‌ها را به جای خود به کار برد».۳ «برخی از این اصول که می‌تواند در آینده، الهام‌بخش قانون‌گذاران در وضع قاعده و راهنمای دادرسان و عالمان در تفسیر قوانین باشد، در فصل حقوق ملت در قانون اساسی ذکر شده است. اصولی مانند برابری در مقابل قانون، حمایت یکسان قانون از زن و مرد، منع تفتیش عقاید، آزادی مطبوعات، مصنونیت‌نامه‌های پستی و مکالمه‌های تلفنی، آزادی شغل، حمایت اشخاص از توقيف و تبعید ناروا، اصل قانونی بودن مجازات‌ها، حق دادخواهی و انتخاب وکیل، اصل برائت، منع شکنجه برای گرفتن اقرار و کسب اطلاع، حرمت اجبار اشخاص به شهادت و اقرار و سوگند، جلوگیری از سوءاستفاده از حق، حرمت حق مالکیت، اصل قانونی بودن مالیات‌ها، حکومت قوانین اسلامی، در واقع پایه‌های تمدن و نظم حقوقی در این جمهوری است»^۴ که شورای نگهبان برای نظارت بر انطباق با قانون اساسی و حمایت از افراد از این اصول الهام می‌گیرد.

در یک مفهوم کاملاً آمیخته با برداشتی که روح قانون را همان اصول کلی حقوقی می‌داند، می‌توان روح قانون را استخوان‌بندی نظم حقوقی دانست. اگر اصول حقوقی را عمودهایی در نظر بگیریم که نظام حقوقی بر آن استوار است می‌توان مجموعه این اصول را که تشکیل‌دهنده روح نظام هستند، استخوان‌بندی آن نظام دانست که بستر حرکت نظام حقوقی را فراهم می‌نماید.

۱. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، ج ۱، منبع پیشین، ص. ۶۴۹.

۲. همان، ص. ۳۳۹.

۳. کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد، ضمان قهری، مسئولیت مدنی، چاپ سوم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۵، ص. ۱۵.

۴. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، ج ۱، منبع پیشین، ص. ۶۲۴.

نتیجه‌گیری

هر چند مطابق اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی قاضی در صورتی که نتواند حکم دعوا را در قوانین مدونه بیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر می‌نماید و این اصل قانون اساسی از منابع صدور حکم و استنباط قاعده حقوقی سخن گفته اما نافی سایر منابع حقوقی نیست. در این میان روح قانون اصطلاحی است که از ابتدای قانون‌گذاری نوین در نظام حقوقی ایران در قوانین به کار رفته و هنوز هم به طور پراکنده می‌توان حضور آن را در مقررات قانونی مشاهده کرد. مهم‌ترین منبع قانونی برای شناسایی روح قانون، ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ بود که در آن روح قانون در کنار مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت جهت تمیز حق و یا فصل خصوصت معرفی شده بود.

علاوه بر ماده مذکور، قانون اساسی نیز در ارتباط با ممنوعیت مخالفت مصوبات هیئت دولت با قوانین در اصل یکصد و سی و هشتمن مذکور موضوع شده است. آیین‌نامه‌های صادر شده از سوی مقامات عالی قضایی نیز توجه به روح قانون را در اجرای آیین‌نامه ذکر کرده‌اند.

علی‌رغم آنکه در سال ۱۳۷۹، قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۳ مزبور به موجب قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نسخ شد، اما رویه قضایی، چه در آرای وحدت رویه و چه در آرای محاکم در استناد به روح قانون تردیدی به خود راه نداده است.

اما دکترین حقوقی، که وظیفه اصلی تبیین مفهوم روح قانون را بر عهده داشته، عملکردی قابل قبول نداشته است. صرف نظر از عدم توجه جدی دکترین در کنار سایر منابع حقوقی - اعم از تفسیری یا تکمیلی - به روح قانون، تفاوت جدی در برداشت از این مفهوم نیز حائز اهمیت است. هر چند بخشی از دکترین به جای شناسایی مفهوم مستقل روح قانون سعی در تطبیق آن با سایر مفاهیم شناخته‌شده نظیر اهداف قانون یا اصول کلی حقوقی نموده، اما بخشی دیگر به درستی تفاوت آن را با سایر مفاهیم شناخته‌شده دریافت و تلاش نموده‌اند، هر چند به طور مختصر، ماهیتی متفاوت برای آن ترسیم کنند. در این تلاش، روح قانون مفهومی کلی در نظر گرفته شده است که اصول کلی حقوقی، قواعد حقوقی و حتی اهداف قانون‌گذار در سایه آن شکل گرفته و توصیف می‌شوند.

منابع

- اصغری، سیدمحمد، عدالت به مثابه قاعده فقهی - حقوقی، چاپ اول، انتشارات اطلاعات، ۱۳۸۸.
- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد ۱، چاپ بیست و سوم، انتشارات اسلامیه، ۱۳۹۰.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مکتبهای حقوقی در حقوق اسلام، چاپ دوم، گنج دانش، ۱۳۸۲.
- راسخ، محمد، «ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون»، مجلس و پژوهش، سال ۱۳، شماره ۵۱، بهار ۱۳۸۵.
- عمید زنجانی، عباسعلی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۵.
- قاری سید فاطمی، سیدمحمد، حقوق بشر در جهان معاصر، دفتر یکم، چاپ سوم، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۰.
- کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد، ضمان قهری، مسئولیت مدنی، چاپ سوم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۵.
- _____، فلسفه حقوق، جلد ۱، چاپ سوم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸.
- _____، فلسفه حقوق، جلد ۲، چاپ سوم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸.
- _____، مبانی حقوق عمومی، چاپ چهارم، نشر میزان، ۱۳۹۰.
- _____، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، چاپ سی و یکم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۱.
- گرجی ازندیانی، علی اکبر، در تکاپوی حقوق اساسی، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۸.
- مرمور، آندره، تفسیر و نظریه حقوقی، ترجمه محمدحسین جعفری و مهسا شعبانی، چاپ اول، انتشارات مجد، ۱۳۹۰.
- مظفر، محمدرضا، اصول فقه، جلد ۱، ترجمه محسن غرویان، چاپ یازدهم، انتشارات دارالفکر، ۱۳۹۱.
- مهرپور، حسین، دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی، چاپ سوم، انتشارات اطلاعات، ۱۳۸۷.
- Grindheim, Sigurd, "The Law Kills But the Gospel Gives Life: The Letter-Spirit Dualism in 2 Corinthians 3:5-18", Journal for the Study of the New Testament, No. 84, 2001.
- Saiman, Chaim, "Jesus Legal Theory – A Rabbinic Interpretation", Journal of Law and Religion, vol. 97, 2007-2008.

The Spirit of Law in the Legal System of Iran

Hossein Mehrpour
Sajjad Safari

Abstract

In the legal works, it is usual to reason by relying on the spirit of law. In spite of this fact, authors do not explain the nature and basis of the spirit of law. The spirit of law as a legal source was incorporated in the former Civil Procedure Code 1940, article 3. Although the principle 167 of the Constitution weakened the spirit of the law as a legal source, but it survives accompanied with other sources mentioned in the principle. It is necessary to mention that even after the abrogation article 3, the spirit of law has been invoked by courts in several cases. There is no unanimity, in the doctrine, about its meaning. It contains a great spectrum of meanings; from a simple meaning such as contrary argument to the general conceptions like the basis to the deduction general principle of law. In this great spectrum, there are so contradictory meanings that cannot be harmonized in legal system.

Keywords: Spirit of Law, Legal Rule, Legal Principle, Purpose of Law.

Discourse Analysis of Iranian Penal Policy in Taziraat after Islamic Revolution

Nasrin Mehra
Mohammad Yekrangi
Abbas Moazzen

Abstract

Penal policy in the meaning of the combating crimes by means of punishment, like all other policies has some special patterns. This policy has three fields: criminalization, criminal liability and punishment and every field has its own models. Every countries select one model as a primary pattern and use some other patterns exceptionally. However, the important issue is consistency of policy. There is a strong relationship between selecting the pattern, in one hand, and situation which the provision is enacted, in the other hand. This paper, with the discourse analysis approach will scrutinize the post revolution criminal Acts to find out what was/is the primary model of sentencing in the Iranian criminal law and consider why the sentencing model is changed in the last Criminal law, i.e. Islamic Criminal Law 1392. Finally, it concludes that the most important sentencing model in the first three decades was voluntary sentencing model. Because the prominent approach was Fiqh approach and in the fourth decade the primary sentencing model is shifted to presumptive sentencing model.

Keywords: Discourse Analysis, Criminal Acts, Probation, Mitigating Factors, Aggravating Factors.

Analysis of Causes of Miscarriages of Justice in Drug Crimes

Jamshid Gholamloo

Abstract

The criminal justice system detects crimes and convicts the defendants by gathering evidence and holding a trial for controlling the crime. It is generally assumed that the convicted persons are factual criminals. However, some convicted persons are innocent. Main causes for wrongful conviction of the innocent are related to numerous and consistent errors and misconducts of police and judicial actors (prosecutors, police, investigators, and judges). Given the prominent features of drug crime's evidences - whether in law or in practice - are more likely to occur error and convict the innocent person than other crimes. In this qualitative study and by using case study method (29 samples) the prevailing factors that lead to miscarriages of justice (wrongful conviction and wrong arrest) in drug crimes were analyzed. According to the research findings, the main evidence of drug crimes for prosecuting and convicting is the detection of drug in possession of suspect; If the drug is discovered in someone's possession, it will be very difficult to prove innocence. The importance of analyzing the wrongful conviction in drug crimes is increasing with a significant number of death penalty in this crimes. Even if the number of wrongful conviction in drug crimes is very low, the legitimacy for the death penalty in these crimes will be more questionable than ever. Determining death penalty in the crimes that don't even have a religious obligation for punishment and its specific type (execution), more and more undermine the legitimacy of this punishment. One of the main consequences of existing wrongful conviction in the criminal justice system is the abolition of irrecoverable punishments such as death penalty.

Keywords: Drug Crimes, Criminal Evidence, Death Penalty, Wrongful Conviction, False Accusation.

Presentation of Facts and its Effects in Civil Action

Abdollah Shams
Ebrahim Taghizade
Kamran Mirhaji

Abstract

The facts would be considered as a set of legal and material events which are presented by each of the parties to a dispute for justifying and reinforcing their object of action. These parties try to prove this set. Some of the important issues of hearing include possibility or impossibility of the facts in all of the hearing steps and the way of facts effect on the hearing result. These issues cause some ambiguities for the correct civil hearing in terms of silence of civil procedure code. This article aims to answer all of these ambiguities. According to studying different views of jurists and judicial precedent, we can understand that presenting facts and expressing the is obligated by the parties to a dispute: gradually passive role of the courts was adjusted by the amendment of laws and the importance of judge's role beside parties to a dispute was emphasized in justice achievement. Presenting and proving facts are possible in each step of court of first instance and provincial court of appeal and they are different from presentation of new allegation. The court cannot render meritorious judgment in favor of a plaintiff without presenting enough qualified facts in order to justify the enforcement of the legal rule. If court of appeal distinguishes the facts in a different way, then it will annul the reviewed judgment and will render a new judgment. After the conclusiveness of judgment, during the revision, if Supreme Court discovers that the presented facts are not sufficient for justifying invoked legal rule, then it will break the reviewed judgment due to the lack of a legal base. In addition, the facts have a direct effect on clarification and explication of judgment and distinguishing authority of res judicata.

Keywords: Facts, Subject Matter of Action, Evidence, Question of Law, Elements of Fact.

Captaincy in Criminal Law of Iran

Abolhassan Shakeri
Behrooz Gholizade

Abstract

Captaincy that causes commission of crime by designing, constituting, organizing or managing of criminal group is assistance in crime in respect of behavior. However in other hand it is aggravated factor because captain dose not commit a crime principally but he is convicted to maximum punishment of offence which member of group commit in direction of aim of group by according with s.130. In some cases that sentence of person aggravate on basis of special statutes by reason of leadership or forming a band, network or organizations could not impose punishment again by s.130. Legal persons can not become member or captain of group or captain, In spite of they may have criminal liability. In attention on minimum of group is three persons, time of captaincy of group is time of designing, constituting, organizing or managing of criminal group, no time of committing of crime even members of group deduces to less of three members.

Keywords: Captaincy, Criminal Group, Assistant, Punishment, Member.

The Validity of Pactum de Quota Litis in Iranian Law with a Brief Comparison with French and Americain law

Abdolrassool Dayani

Abstract

One of the most important questions concerning the remuneration of the advocates in a civil process is to know if the contribution in requisition or a claim by the attorney is prohibited by Iranian law or not? It has one of the most involved problemes of several cases in the specialized disciplinary court of advocates in Iran. Although in Iranian law this matter is prohibited, in the American law this contribution is completely legal and not prohibited. In contrast, in French law there are some restrictions to this procedure. This article comes to explaine that this restriction is useless and can induce the attorneys to commit the fraud or shortchange. In addition, it is neither against the Islamic law and Iranian civil law, nor the professionals' ethics regulations of the advocates. By this reason the Iranian law must be modified toward real and transparent dispositions that can authorize the conclusion of the contracts named in USA by Pactum de quota litis between the attorneys and their clients. This article tends also to analyze a concerned case law.

Keywords: Success Fees, Disciplinary Court, Attorney's Infractions, Contingent Fees, Contributin Contrat.

Comparative Study of Arrest by Citizens

Abdolreza Javan Jafari
Mohammad Noroozi
Seyyed Mehdi Seyyedzade Sani

Abstract

Although the sensitive task of security establishment is entrusted to the law enforcement agencies by the citizens, in emergency situations they could undertake this essential role. Subsection (1) of Article 45 of the Criminal procedure is an obvious example of citizen participation in the formation of public safety. Accordingly, citizens would assume the law officers task in arresting suspects who have committed crimes that are punishable by death penalty, life imprisonment, amputation and intentional bodily harms with half of the full blood price, Tazir grade Three and above, if they are committed the way that is referred to as witnessed. Therefore, every individual is entitled to apprehend wrongdoers. Of course, this kind of legislation is not far from criticism and ambiguity, because the legislator failed to make clear the legal terms of necessary prerequisites before, during and after the arrest. This could give rise to the deprivation of civil liberties, irregularities and undue interference in privacy. The aim of this writing is to investigate the frameworks of necessary conditions that must be followed in these procedures. Theoretical and comparative studies suggest that despite of the establishment of these institutions in the Iranian legal system, necessary rules and procedures in protecting rights of citizens and suspects are ambiguous.

Keywords: Citizens, Citizen's Arrest, Peace Officer, Public Security, Accused.

The Authority of the Chief Justice of Iran to Send Judicial Bills Directly to the Parliament

Aminollah Zamani
Mohammadhassan Bagheri Khoozani

Abstract

One of the duties of the Chief Justice of Iran by virtue of the second paragraph of Article 158 of the constitution of the Islamic Republic of Iran is "Drafting judicial bills appropriate for the Islamic Republic". Article 47 of the Constitution has obliged the passage of the legal bills through the Cabinet to the Parliament. One of the controversial issues in this area is the possibility of judicial bills being sent directly by the head of the judiciary to Parliament.

This paper, with a descriptive – analytical approach, and to illuminate the goal of the Constitution, has scrutinized the definition of the word "Bill" and with reference to the principle of the separation of powers and some ideas stated by the Guardian Council, has reviewed the authority of the Chief Justice of Iran to send judicial bills directly to the parliament.

Keywords: Bill, Judicial Bills, Legal Bill, Chief Justice of Iran, Article 158 of the Constitution.

Innovations of Enforcing Pecuniary Judgments Act (2015) to Insolvency Claim on Behalf of Losing Party

Alireza Azarbajani
Farnaz Foroozan Boroojeni

Abstract

The methods of enforcing judgments are so important. History of Iranian legal system shows several enactments relating to enforcement of judgments and insolvency. Since those laws were not efficient over a long time, Iranian legislature has enacted the new version of Enforcing Pecuniary Judgments Act in 2015. Comparative analytical of the new Act with its previous version displays advantages and disadvantages. Therefore, this article presents an overview of the issues surrounding the changes of new Act with focus on insolvency claim, including the necessity of recognition for losing party's property, attaching a complete inventory of all losing party's property to an insolvency petition, expanding the scope of the Act, burden of proof in insolvency claim, prerequisite for instalment orders or giving additional period for debtor and debtor's imprisonment as a last resort. In addition, it explores the possible difficulties. Furthermore, the paper analysis some vague understandings about enforcement of judgments relating to Mahr as special debt under Family Protection Act and according to specialia generalibus derogant.

Keywords: Enforcement of Pecuniary Judgments, Insolvency, Instalment, Giving Additional Period, Property Recognition.

Contents

Innovations of Enforcing Pecuniary Judgments Act (2015) to Insolvency Claim on Behalf of Losing Party.....a	
Alireza Azarbajani / Farnaz Foroozan Boroojeni	
The Authority of the Chief Justice of Iran to Send Judicial Bills Directly to the Parliamentb	
Aminollah Zamani / Mohammadhassan Bagheri Khoozani	
Comparative Study of Arrest by Citizensc	
Abdolreza Javan Jafari / Mohammad Noroozi / Seyyed Mehdi Seyyedzade Sani	
The Validity of Pactum de Quota Litis in Iranian Law with a Brief Comparison with French and Americain law.....d	
Abdolrassool Dayani	
Captaincy in Criminal Law of Iran.....e	
Abolhassan Shakeri / Behrooz Gholizade	
Presentation of Facts and its Effects in Civil Actionf	
Abdollah Shams / Ebrahim Taghizade / Kamran Mirhaji	
Analysis of Causes of Miscarriages of Justice in Drug Crimesg	
Jamshid Gholamloo	
Discourse Analysis of Iranian Penal Policy in Taziraat after Islamic Revolutionh	
Nasrin Mehra / Mohammad Yekrangi / Abbas Moazzen	
The Spirit of Law in the Legal System of Iran.....i	
Hossein Mehrpour / Sajjad Safari	

The Judiciary's
**Law
Journal**

The 82nd Year of Publication/ No.103/ 2018 Fall

Scientific - Research Quarterly
Concessionary: The Judiciary

Director - in - charge: Alireza Amini

Editor - in - Chief: Hossein Mir Mohammad Sadeghi

Executive Director: Mehdi Sabouri Pour

The Editorial Board (in Alphabetical Order):

Nejad Ali Almasi, Mohammad Ali Ardabili,

Mohammad Ashouri, Rabiaa Eskini,

Mohammad Javad Javid, Sam Savad Koohi far,

Seyed Morteza Ghasem Zadeh,

Ali Hossein Najafi Abrand Abadi

Circulation: 1000

Price: 50000 R

Fax: 021 - 22091869

Web Site: www.jlj.ir

E-mail: majaleh_hoghooghi@jpri.ir
