

الله
الرَّحْمَنُ
الرَّحِيمُ

شناسنامه فصلنامه علمی تخصصی دانشنامه‌های حقوقی

صاحب امتیاز: پژوهشکده حقوق و قانون ایران^۱

مدیر امور دانشنامه‌ای: رقیه فراهانی	سیدبیرون: سیدحسین صفائی
ویراستار فارسی: محمد تمدن	مدیر مسئول: محمد درویشزاده
ویراستار انگلیسی: احمد بیگی حبیب‌آبادی	مدیر داخلی: محمدهادی جواهرکلام
اعضای گروه مشاوران علمی براساس حروف الفباء: ۱. محمد آشوری ۲. محمد علی اردبیلی ۳. محمدجواد جاوید ۴. محمد درویشزاده ۵. محمدجواد شریعت باقری ۶. عباس کریمی ۷. حمید گویندۀ ۸. محسن مجتبی ۹. سیدمصطفی محقق داماد ۱۰. علی مهاجری ۱۱. حسین مهربور	اعضای گروه دبیران (هیأت تحریریه) براساس هروف الفباء: ۱. گودرز افتخارجهرمی ۲. محمدمهدى الشریف ۳. سعید حبیبا ۴. محمدجعفر حبیب‌زاده ۵. محمد راسخ ۶. حبیب‌الله رحمی ۷. عباس شیخ‌الاسلامی ۸. سیدحسین صفائی ۹. علی‌اصغر عربیان



فصلنامه علمی تخصصی دانشنامه‌های حقوقی

امور گرافیکی و صفحه‌آرایی: نسیم قلی‌زاده
امور هماهنگی: مریم نعیمی، فاطمه ماستری
امور فنی و رایانه: محمدجواد مجد
ناشران: داد و دانش و مجمع علمی فرهنگی مجد

تلفن: ۰۲۱-۶۳۸۷۷۱۰۱ ، ۰۲۱-۶۳۸۷۷۱۰۲

نمبر: ۰۲۱-۶۳۸۷۷۱۰۲

نشانی فصلنامه: میدان انقلاب، خیابان وحدت‌المرأة، بین خیابان ۱۲ فروردین و خیابان فخر رازی، پلاک ۸۱

نشانی ایمیل: info@Lawmagazine.ir

نشانی سایت: www.Lawmagazine.ir

چاپ: نقش طوبی

شمارگان: ۱۵۰ نسخه

قیمت: ۷۵۰ / ۰۰۰ ریال



پژوهشکده حقوق و قانون ایران
Iranian Law and Legal Research Institute
وزارت علوم تحقیقات و فناوری اطلاعات



این نشریه حاصل فعالیت مشترک پژوهشکده حقوق و قانون ایران و انجمن علمی آیین دادرسی مدنی است.

۱. به استناد روزنامه رسمی شماره ۲۲۰۸۸ عنوان ۹۹/۱۰/۲۲ مرکز پژوهشی دانشنامه‌های حقوقی علامه. به شرح فوق تغییر یافت.

راهنمای تدوین مقالات فصلنامه علمی تخصصی دانشنامه‌های حقوقی

- مقالات به زبان فارسی بوده و قبلًا در نشریه دیگری پذیرش یا چاپ نشده باشد.
- مقالات باید علمی، پژوهشی، مستند و دارای نوآوری و دستاورده علمی نویسنده یا نویسنده‌گان باشد.
- نویسنده یا نویسنده‌گان پس از ارسال مقاله به نشریه و تا تعیین تکلیف نهایی آن در نشریه، اجازه ارسال آن را برای نشریه دیگر ندارند.
- مقالاتی که بیش از یک نویسنده دارد، نویسنده مسئول مشخص و ترتیب همکاری نویسنده‌گان تعیین شود.
- مقالات برای یک شماره آماده شود و دنباله‌دار نباشند.
- حجم مقالات نباید از ۲۵ صفحه (۱۰۰۰۰ کلمه) تجاوز کند.
- کلیه مسئولیت‌های ناشی از صحت علمی مقالات بر عهده نویسنده یا نویسنده‌گان است.
- فصلنامه تخصصی دانشنامه‌های حقوقی برای ویرایش مقالات آزاد است.
- فصلنامه در تعیین نوع مقاله (پژوهشی، ترویجی، مروری، کاربردی، مورد پژوهشی و ...) بر اساس نظر داوران و هیأت تحریریه (گروه دبیران) آزاد است.

نحوه تنظیم مقاله:

- مقاله علمی - پژوهشی شامل عنوان، چکیده مقاله، واژگان کلیدی، مقدمه، تجزیه و تحلیل، نتیجه‌گیری و منابع است.
- اطلاعات کامل نویسنده یا نویسنده‌گان، مرتبه علمی، تعیین نویسنده مسئول و ترتیب اسامی نویسنده‌گان در مرحله ثبت اطلاعات در سامانه صورت می‌گیرد و فایل‌های ارسالی مقالات باید بدون نام و اطلاعات نویسنده‌گان در سامانه بارگذاری شود.
- چکیده مقاله، شرح مختصر و جامعی از محتوای مقاله شامل بیان مسئله، هدف، ماهیت و چگونگی پژوهش، نکته‌های مهم نتیجه و بحث است. تعداد کلمات چکیده حداقل ۳۰۰ کلمه باشد و واژگان کلیدی حداقل ۴ و حداقل ۷ واژه باشد.
- مقدمه مقاله بیانگر مسئله پژوهش است. محقق باید زمینه‌های قبلی پژوهش و ارتباط آن را با موضوع مقاله و وجوده تمایزش را به اجمال بیان و در پایان انگیزه تحقیق را بیان کند.

- در تیترها از شماره‌گذاری استفاده شود و تمایز بین تیتر اصلی و فرعی با فونت و شماره مشخص شود.
- در ترکیبات، فعل‌ها یا کلمات چندجزیی فاصله بین حروف با نیم‌فاصله باشد.
- در متن مقالات معادل انگلیسی اصطلاحات و یادداشت‌های توضیحی (توضیحاتی که به نظر نویسنده ضروری است) در پاورقی درج شود.
- رعایت دستور خط فارسی مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی الزامی است.
- ارجاعات در متن مقاله به صورت درون متنی و داخل پرانتز به صور (نام خانوادگی مؤلف، سال انتشار: شماره صفحه یا شماره جلد/صفحه) نوشته شود.
- اگر ارجاع بعدی بلافاصله به همان مأخذ باشد از (همان یا همان: شماره جلد/صفحه) و اگر به مأخذ دیگری از همان نویسنده باشد (همو، سال انتشار: صفحه) استفاده شود.
- منابع لاتین، به صورت لاتین و از سمت چپ در بین پرانتز (صفحه/جلد: سال انتشار، نام خانوادگی) نوشته شود.
- اگر مقاله ترجمه است، متن اصلی، معرفی نویسنده و معرفی کتاب یا مجله مأخذ، همراه ترجمه ارسال گردد.
- منابع مورد استفاده در متن، در پایان مقاله و بر اساس ترتیب الفبایی نام خانوادگی نویسنده (نویسنده‌گان) به شرح زیر آورده شود:
 - کتاب: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، (سال انتشار)، عنوان کتاب، نام مترجم یا مصحح، محل انتشار، نام ناشر.
 - مقاله: نام خانوادگی، نام، (سال انتشار)، «عنوان مقاله»، نام مجله، دوره، شماره مجله، شماره صفحات شروع تا پایان مقاله.
- منبع الکترونیک: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، «عنوان مقاله»، نام مجله یا سایت، آدرس سایت قابل دسترسی، تاریخ آخرین بازدید.
- ارسال و پیگیری مقالات صرفاً از طریق سامانه <http://www.lawmagazine.ir> امکان‌پذیر است. لذا لازم است از ارسال نسخه کتبی مقاله به دفتر فصلنامه یا ارسال مقاله از طریق ایمیل خودداری شود.
- ارتباط با سردیر از طریق پست الکترونیکی info@lawmagazine.ir امکان‌پذیر است.

فهرست مقالات^۱

سرمقاله: دانشمناده نگاری قانون (ظرفیتی نویافته برای تحول در ادبیات حقوقی معاصر) ۷	
سید حسین صفائی، محمد درویشزاده	
جواز امتناع مدیون از ایغای دین تا زمان تهیه دلیل اثباتی بر آن ۱۷	
محسن اسماعیلی، محمد نصیری	
مسئولیت مدنی کمیسیون طرح تفصیلی در برابر خسارات ناشی از اجرای مصوبات آن نهاد ۴۲	
حامد خوبیاری، شیما کشاورزی	
الزامی (قانونی) بودن و مقتضی بودن تعقیب و نمود آن در مقررات دادرسی کیفری ایران و دیوان بین‌المللی کیفری ۶۱	
ابراهیم رضاقلیزاده	
بررسی آرای حضوری و غیابی صادره از دادگاه اطفال و نوجوانان: رفع ابهامات ۸۲	
سالار صادقی، علی صفو اورنگی	
بعد حقوقی استیدان رئیس قوه قضائیه از رهبری در برخورد با اخلالگران نظام اقتصادی ۱۰۰	
بیژن عباسی، امیرعباس عبدالی	
تفکیک یا تعادل قوا: رویکرد مونتسکیو در کتاب روح القوانین ۱۲۴	
ناصرعلی منصوریان، احمد کتابی رودی	
چکیده دانشنامه‌ای نشریه ۱۴۵	
خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات ۱۵۲	

۱. به ترتیب حروف الفبای نام خانوادگی نویسنده‌گان.

دانشمناده‌نگاری قانون (ظرفیتی نویافته برای تحول در ادبیات حقوقی معاصر)

سید حسین صفائی^۱

محمد درویش‌زاده^۲

سرمقاله

مقدمه:

دانشمناده، پیشنهادی نوتركیب است و متناسب با اشیاه و نظایری همچون دانشنامه^۳، دانشواژه^۴، دانش‌بنیان^۵، دانشیار^۶، دانش‌پایه^۷، دانشمايه و ... طراحی شده است. در این سرمقاله تلاش می‌شود با این ترکیب نویافته، نظمی علمی^۸ برای سازماندهی «دانش پیرامونی مواد قانون» و توسعه رویکرد ماده محوری در پژوهش‌های حقوق طراحی و پیشنهاد شود.

نویسنده‌گان معتقدند که از این رهگذار ادبیات حقوقی معاصر متتحول شده، کارآمدی و اثربخشی بیشتری پیدا خواهد کرد. بعون الله تعالى.

^۱. استاد بازنشسته دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

^۲. قاضی پیشین دیوان عالی کشور و رئیس پژوهشکده حقوق و قانون ایران، تهران، ایران

^۳. Encyclopedia

^۴. Terminology

^۵. Knowledge-based

^۶. Associate Professor

^۷. Educational grade

^۸. academic discipline- Scientific order

۱. منظور از دانشمناده نگاری قانون:

به طور سنتی پژوهش‌های حقوق «موضوع محور^۱» است و عنوان‌دار؛ به این معنا که هر یک از پژوهش‌های حقوق به موضوع خاصی اختصاص دارد که در عنوان پژوهش منعکس است. اما در دانشمناده نگاری تأکید بر آن است که پژوهش، پیرامون تک ماده قانون متمرکز شود. برای این منظور لازم است نظمی علمی برای پژوهش پیرامون هر یک از ماده قانون شناسایی شود. به عنوان مثال دکترین یا رویه قضایی شکل یافته پیرامون هر یک از ماده قانون می‌تواند بخشی از آن نظم علمی باشد؛ کما اینکه در آثار استادان پیشین که رویکرد ماده محوری در پژوهش‌های حقوقی داشته‌اند و دکترین و رویه قضایی مربوط به هر ماده برسی شده است. بنابراین می‌توان گفت دانشمناده نگاری قانون عبارت از پژوهشی است که: با نظمی علمی^۲، دانش شکل یافته پیرامون هر یک از ماده قانون را کاوش می‌کند.

۲. دانشمناده نگاری قانون در قالب تمثیل:

استفاده از تمثیل^۳، تشییه، استعاره همواره راهگشاست. برای توضیح دانشمناده نگاری قانون، به ذکر دو تمثیل انسانی و طبیعی در این زمینه اشاره می‌شود.

۲-۱. تمثیل انسانی از دانشمناده نگاری قانون:

قانون همچون موجود انسانی تحت شرایط خاص و توسط قانون‌گذاران وجود پیدا می‌کند و متولد می‌شود.^۴ اجزای ظاهری این موجود از طریق فضول و ماده قانون مشخص می‌شود. آثار و پیامدهای اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی قانون همانند وقایع و اعمال حقوقی موجود زنده پدیدار می‌شوند و قانون مصوب را با چالش‌ها، فرصت‌ها و کارکردهای خاص مواجه می‌کنند. در این میان «فرایند یادگیری^۵ موجود انسانی» به عنوان پیچیده‌ترین فرایندهای شناختی^۶ در انسان از طریق «دانشمناده نگاری قانون» قابل توضیح است؛ زیرا فرایند یادگیری موجود انسانی از آغازین مراحل تکوین وی شکل می‌گیرد. همان طور که در ابتدا دانش و یادگیری کودک به صورت تجربی و برنامه‌ریزی نشده از طریق مشاهده و لمس اشیاء پیرامون شکل می‌گیرد، به همان شکل نیز دانش پیرامونی یک ماده قانون از

^۱. Article-knowledge

^۲. issue -oriented

^۳. Academic discipline

^۴. Allegory

^۵. با الهام از نظریه وجود اعتباری استاد دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی

^۶. Learning process

^۷. Cognitive processes

مباحثی آغاز می‌شود که راجع به تکوین آن ماده شکل گرفته است و پیشینه قبلی آن ماده قانون را نشان می‌دهد و نیز از دانشی که در خصوص نحوه تصویب یک ماده قانون پدیدار می‌شود و تا زمان نسخ آن ماده مستمراً بر حجم دانش پیرامونی ماده قانون اضافه می‌شود. حتی پس از نسخ ماده قانون نیز دانش شکل یافته پیرامون آن ماده، که متنه به نسخ ماده شده است، بر جای می‌ماند. حال اگر این دانش شکل یافته پیرامون یک ماده قانون به تحقیق و نگارش درآید، در واقع «دانش‌ماده‌نگاری قانون» انجام شده است و به این ترتیب فرایند یاددهی-یادگیری ماده قانون همانند با یادگیری موجود انسانی شکل گرفته است.

۲-۲. تمثیل طبیعی:

این تمثیل در ارتباط با دانش‌ماده‌نگاری قانون به این صورت قابل توضیح است که حاصل تلاش و تعامل ۳ گروه قانون‌گذاران، مجریان (قضات، کلا و سایر مجریان قانون) و دانشیان و نظریه پردازان حقوقی منتهی به تولید دانش، پیرامون هر یک از مواد قانون می‌شود. به این ترتیب که حاصل تلاش قانون‌گذاران، که مواد قانونی را به وجود می‌آورند، همانند ایجاد کوه‌ها، جویبارها و رودخانه‌هایی است که پیرامون آن‌ها آبادانی، تمدن، زندگی و شهرنشینی شکل می‌گیرد. اما شکل‌گیری آبادی و شهرنشینی پیرامون این رودخانه‌ها با تلاش مجریان و دانشیان حقوق انجام می‌شود. همان‌گونه که شهرها و آبادی‌ها پیرامون رودخانه‌ها شکل می‌گیرند و از آن ارتزاق می‌کنند و با آن در تعامل مستقیم و مستمر هستند، تلاش مجریان و دانشیان حقوق نیز به همان صورت پیرامون مواد قانون انجام می‌شود و هر یک از مواد قانون را تبیین می‌کند. نتیجه تعامل رودخانه و ساکنان پیرامونی آن، آبادی، شهرسازی و پدید آمدن تمدن‌ها را به دنبال دارد و اکنون این سؤال مطرح است که پژوهش در دانش پیرامونی مواد قانون از کدام نظام منطقی و علمی تبعیت می‌کند؟

۳. نظم علمی در دانشمندانگاری قانون:

به نظر می‌رسد نظم علمی و منطقی ثابتی که می‌تواند همواره در مطالعات دانشمندانگاری قانون مورد استفاده قرار گیرد؛ به گونه‌ای است که دانش شکل یافته پیرامون هر یک از مواد قانون در ۸ محور قابل مطالعه و پژوهش است. توضیح این محورها به شرح زیر است:

۱-۳. مطالعه پیشینه، تاریخ و نحوه تصویب یک ماده قانون:

اهمیت پرداختن به تاریخ و پیشینه مواد قانون از آنجاست که وابستگی حقوق به تاریخ بسیار زیاد است. شناسایی سوابق، الزامات و نیازهای متنهای به تصویب قانون یا یک ماده قانون زمینه درک عمیق از مفهوم، اهداف، الزامات و انگیزه‌های قانون‌گذار را فراهم می‌کند. ضمن آن که هر ماده قانون می‌تواند از پیشینه خاص برخوردار باشد و سابقه‌ای در قوانین مدون گذشته یا در فرهنگ عمومی داشته باشد. بیش از یکصد سال فعالیت نظام قانون‌گذاری در ایران موجب شده است که قریب به اتفاق مواد قانون، دارای تاریخچه، پیشینه و سابقه‌ای خاص باشند.

۲-۳. مطالعه مفردات، واژه پژوهی یا واژگان کلیدی:

تبیین مفردات و واژه‌شناسی و اصطلاحات تخصصی به کار رفته در یک یا چند ماده قانون از بخش‌های ثابت دانشمندانگاری محسوب می‌شود. به کمک مطالعات واژه‌شناسی یک ماده قانون زمینه فهم، تبیین و تفسیر دقیق ماده قانون را فراهم کرد. دانشی که پس از توضیح معنای لغوی، اصطلاحی و موردي هر یک از اصطلاحات استخدام شده در یک ماده قانون پدید می‌آید، می‌تواند بخشی از دانش پیرامونی مواد قانون تلقی شود و محوری ثابت در مطالعات دانشمندانگاری قانون قرار گیرد.

۳-۳. مطالعه روابط ماده قانون با سایر مواد و قوانین مرتبط:

گسترش قانون‌گذاری موجب شده است که روابطی سیستمی بین مواد قانون پدید آید. این روابط در فهم معنای یک ماده و سعه و ضيق آن تأثیر مستقیم دارد. زمانی درک سیستمی از روابط میان مواد قانون پدید می‌آید که همواره رابطه یک ماده با مواد قانون دیگر مورد پژوهش قرار گیرد. بررسی تطبیقی مواد یک قانون با سایر مواد قانون باید از اسناد بالادستی نظیر قانون اساسی تا قوانین عادی انجام گیرد و متنهای به درک سیستمی و یکپارچه قوانین شود. اباحت دانش پیرامون مواد قانون و درک نظاموارهای^۱ از قوانین به کمک مطالعه روابط میان یک ماده با سایر مواد قانون پدید می‌آید و به این ترتیب بخش ثابت دیگری در مطالعات «دانشمندانگاری قانون» به این موضوع اختصاص می‌یابد.

^۱. Systematic

۴-۳. مطالعه تطبیقی یک ماده قانون در حقوق سایر کشورها و معاهدات

بین‌المللی:

شناخت تجربه سایر کشورها و مطالعات تطبیقی در ارتباط با یک یا چند ماده موجب می‌شود که تفاوت‌های نظام حقوقی کشور با سایر نظام‌های حقوقی تبیین شود و علت تفاوت‌ها، تمایزها و نیز موارد مشابه میان نظام‌های حقوقی به صورت عینی مشخص شود، دانش ویژه‌ای از این ناحیه پدید می‌آید که موجب غنای مطالعات دانشمندانگاری قانون می‌شود. اگرچه ممکن است بسیاری از مواد قانون به صورت «طابق‌النعل بالنعل» در حقوق تطبیقی مشابه و معادلی نداشته باشد، اما از نظر مفهومی و معنایی هر یک از مواد قانون می‌تواند در مطالعات حقوق تطبیقی مورد پژوهش قرار گیرد؛ زیرا قانون نیاز مشترک جوامع است و باید دید که هر یک از جوامع چگونه این نیاز را برآورده کرده، و در قالب چه موادی به آن پاسخ داده است؟ و بنابراین مطالعه تطبیقی محتوای هر یک از مواد، بخشی دیگر از دانش پیرامونی مواد قانون را شکل می‌دهد.

۴-۵. مطالعه فلسفه و مبانی نظری ماده قانونی:

منظور از فلسفه ماده قانونی، بررسی اهداف قانون‌گذار و مبانی علمی و نظری است که متنه‌ی به تصویب یک یا چند ماده قانونی شده است. تبیین فلسفه قانون و مبانی نظری، به صورت عینیت یافته در یک ماده قانونی، موجب افزایش توان تفسیر و فهم منظور مقنن و مفاد قانون می‌شود و غنای علمی پژوهش‌های دانشمندانگاری قانون را افزایش می‌دهد.

۴-۶. مطالعه نکات توضیحی و تبیینی از دکترین حقوقی:

همان‌گونه که در تمثیلهای انسانی و طبیعی از دانشمندانگاری قانون گزارش شد، دکترین حقوقی پیرامون مواد قانونی پدید آمده‌اند و وظیفه تبیین، توضیح و ایجاد نظم علمی در مواد قانون را بر عهده دارند؛ بنابراین در مطالعات دانشمندانگاری قانون لازم است با نظمی علمی نکات تبیینی و توضیحی دکترین حقوقی را در خصوص هر ماده قانونی مورد پژوهش قرار داد. کما اینکه در نمونه‌هایی که تاکنون در قالب شرح ماده به ماده قانون و یا محشای قوانین پدید آمده، چنین بوده است؛ اما نمونه‌هایی پیشین به گونه‌ای نیست که نظمی علمی برای الگوی دانشمندانگاری قانون را فراهم کند.

۴-۷. مطالعه انتقادی ماده قانونی:

شناسایی انتقادی که در پژوهش‌های حقوقی مختلف در ارتباط با یک ماده قانونی انجام شده است، موجب می‌شود که شاخص «صرف علم^۱» در کنار شاخص «تولید علم^۲» افزایش پیدا کند. علاوه

^۱. Consumption of Science

^۲. Science production

بر آن، ضرورت بررسی مطالعه انتقادی یک ماده قانونی، صرف نظر از انتقادهایی که در پژوهش‌های قبلی در رابطه با هر ماده قانون انجام شده است، موجب می‌شود که مطالعات دانشگاهی قانون از اثربخشی بیشتری برخوردار شود. بر این اساس، مطالعه‌ی انتقادی ماده قانونی و شناسایی و ارزیابی پیشنهادهایی که برای اصلاح ماده قانونی ارائه شده است، هم در پژوهش‌های گذشته‌نگر و هم در پژوهش مورد بررسی، به صورت ثابت می‌تواند در دانشگاهی قانون مدنظر قرار گیرد و موجب غنای علمی این شیوه پژوهش و تحقیق گردد.

۸-۳. مطالعه موردی رویه قضایی^۱ و عادات تکرارپذیر دادگاهها:

موربدپژوهی^۲ و ارزیابی رویه‌های قضایی شکل یافته پیرامون هر ماده قانون، تلاش دارد تا عادات شکل یافته و تکرارپذیر دادگاهها پیرامون هر یک از مواد قانون را شناسایی کند و مورد بررسی و ارزیابی قرار دهد. اهمیت مطالعه موردی رویه قضایی و عادات تکرارپذیر دادگاهها، در نظمی علمی، ناشی از آن است که شناسایی، ثبت و ارزیابی این رویه‌ها موجب می‌شود که انسجام بیشتری پیرامون دانش رویه‌ای ماده قانونی شکل گیرد و از تعدد رویه جلوگیری شود. به این ترتیب محورهای موضوعی یا همان نظم علمی در دانشگاهی قانونی در هشت محور به شرح فوق مشخص شد. البته ممکن است در برخی از مواد قانون تمامی این موارد قابل پژوهش نباشد یا در برخی موارد میان این هشت محور همپوشانی و تداخل باشد؛ اما نظم علمی این الگوی پژوهشی همواره قابل توجه است.

۴. دانشگاهی قانون فرایندی تکاملی در ادبیات حقوقی معاصر:

ملاحظه شد که نظم علمی تعریف شده در این سرمهقاله برای مطالعات دانشگاهی قانون به گونه‌ای است که پیشنهاد مدلی جدید برای مطالعات و پژوهش‌های حقوقی را فراهم و می‌تواند تحول در ادبیات حقوقی معاصر را پدید آورد. به منظور شناخت نحوه ارتباط این مدل پیشنهادی با سوابق سنت‌های علمی و پژوهشی به صورت کلی و نیز ارتباط آن با پیشینه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی موارد زیر قابل ذکر است:

۴-۱. ارتباط دانشگاهی قانون با انواع ادبی^۳:

تعیین جایگاه دانشگاهی در آثار ادبی و ادبیات جهان اهمیت خاصی دارد؛ از آن جا که ادبیات جهانی در چهار طبقه قرار گرفته است که عبارت است از: ۱. ادبیات حماسی، ۲. ادبیات غنایی، ۳. ادبیات تعلیمی

¹. Judicial precedent

². Case study

³. Literary Genres

و ۴. ادبیات عرفانی. نتیجه می‌شود که مطالعه دانشمندانگاری از نوع ادبیات تعلیمی در آثار ادبی جهان قرار می‌گیرد و از آن جا که ادبیات تعلیمی در قالب‌های متعددی همچون: داستان، حکایت، شعر، نثر و کتب علمی و موضوعی طبقه‌بندی شده است، یقیناً دانشمندانگاری قانون از نظر طبقه‌بندی انواع ادبی در شاخه ادبیات تعلیمی و انواع آثار علمی قابل طبقه‌بندی است و می‌تواند نوع خاصی از ادبیات ویژه حقوق را پدید آورد.

۲-۴. ارتباط دانشنامه‌نگاری با مدیریت دانش^۱:

مدیریت دانش در چند دهه اخیر و به دنبال انقلابی که در فناوری اطلاعات و ارتباطات صورت گرفته، در مجتمع علمی مطرح و اهمیت یافته است. دانشمندانگاری قانون از فلسفه مدیریت دانش تعییت می‌کند؛ زیرا تلاشی است برای شناسایی، مدیریت و تسهیم سرمایه‌های اطلاعاتی شکل یافته پیرامون مواد قانون، همچنین از آن جهت که دانش صریح و دانش ضمنی پیرامون هر یک از مواد قانون از طریق دانشنامه‌نگاری در نظام علمی بازتنظيم می‌شود، از فرایندهای مدیریت دانش نیز برخوردار است و همان‌گونه که در ارتباط با مدیریت دانش سیستم‌های^۲ مختلف مدیریت دانش و نرم‌افزارهای متعددی در ارتباط با مدیریت دانش پدید آمده است، می‌توان در پژوهش‌های دانشمندانگاری قانون نیز از این تجربه بشری استفاده کرد.

۳-۴. مطالعه دانشمندانگاری از دیدگاه پژوهش در تجربه زیسته^۳:

متداول‌ترین پژوهش در تجربه زیسته از جمله تحقیقات پژوهش کیفی ارزیابی می‌شود.^۴ تبیین و توضیحی که در نظام علمی پیشنهادی برای پژوهش در دانشمندانگاری قانون ارائه شد، به خوبی نشان می‌دهد که این نظام علمی به دنبال پژوهش در تجربه زیسته یک ماده قانونی است؛ زیرا سرنوشت ماده قانونی را از مراحل قبل از تکوین و تصویب تا مراحل رشد و فربه سازی و کاربرد و آثار و حتی پس از نسخ آن جستجو می‌کند و بر این اساس، پژوهش مزبور از جمله مصادیق پژوهش در تجربه زیسته است و از منطق و متداول‌ترین مربوط می‌تواند استفاده کند.

¹. knowledge management

². Systems

³. Lived experience

⁴. برای مطالعه بیشتر نگاه کنید به

Given, Lisa, ed. (2008) "Lived Experience". The SAGE Encyclopedia of Qualitative Research Methods. SAGE Publications. Retrieved 2018-04-02.

پژوهش در تجربه زیسته در تحقیقات پدیدارشناختی کیفی انجام می‌شود و طی آن به بازنمایی از تجربیات و انتخابهای یک شخص معین یا مفهوم مشخص پرداخته می‌شود و دانشی که از این تجربیات و انتخابها به دست می‌آید حاصل پژوهش در تجربه زیسته شخص معین یا مفهوم مشخص است.

۴-۴. ارتباط با فرهنگ‌نامه‌نویسی^۱ و دانشنامه‌نگاری^۲:

مطالعه دانش‌ماده‌نگاری پیوندی تکاملی با مطالعات ترمینولوژی‌نویسی و اصطلاح نامه‌های تخصصی و دانشنامه‌نگاری دارد. وجه تشابه این رویکرد ناشی از آن جهت است که در ترمینولوژی و دانشنامه‌نگاری تلاش و تمرکز در ثبت و ضبط دانش پیرامونی یک واژه و «اصطلاح تخصصی» است. به عبارت دیگر، دانشنامه نویسان تلاش دارند تا دانش پیرامونی یک اصطلاح تخصصی را شناسایی و تدوین کنند. این اصطلاح تخصصی بر اساس معیارهای واژه گزینی و متداول‌تری خاص تعیین می‌شود. به همین سیاق نیز مطالعه دانش‌ماده‌نگاری در تلاش است تا دانش پیرامونی یک ماده قانون را شناسایی، ثبت، ارزیابی و تدوین کند. با این تفاوت که مدخل مورد توصیف در مطالعه دانش‌ماده‌نگاری وضعیتی بسیط و تک ساختی (تک واژه‌ای و یا ترکیبی) دارد؛ در حالی که مدخل مورد پژوهش در مطالعه دانش‌ماده‌نگاری عبارت و جملاتی است که در قالب یک ماده قانونی شکل گرفته است؛ اما وجوده تشابه و ارتباط میان این دو مدل پژوهشی امری آشکار است.

۴-۵. ارتباط با پژوهش‌های محسناً نویسی و شرح ماده به ماده قوانین:

دانش‌ماده‌نگاری بیشترین تشابه و ارتباط را با این‌گونه آثار علمی و حقوقی دارد. پدیداری آثاری که با عنوان «شرح ماده به ماده یک قانون» و یا با عنوان «بررسی قانونی خاص در نظام حقوقی کنونی» و یا با عنوان «محشای یک قانون» نگاشته شده است، نشان می‌دهد که بررسی دانش پیرامونی یک ماده قانون از دیرباز مورد توجه پژوهشگران حقوقی و استادان بنام حقوق بوده است و این منابع همواره از سوی جامعه حقوقی مورد استقبال قرار گرفته است. بر این اساس، مطالعه دانش‌ماده‌نگاری در فرایند تکاملی با این سنت پژوهشی قرار می‌گیرد و آن را در نظمی علمی و منطقی ارتقاء می‌دهد و فرایند تکاملی آن را دنبال می‌کند.

۴-۶. ارتباط با سنت علمی کهن:

پیوند میان سنت‌های علمی و فرایند تکاملی آن‌ها امری مسلم و مشهود است؛ کما اینکه سنت محشانویسی که قدمتی دیرین دارد و از دیرباز توسط پژوهشگران و استادان حقوق، مورد استفاده بوده است اما این سنت برگرفته از پیشینه‌ای کهن و هزارساله است که در قالب سنت «حاشیه‌نویسی» و «شرح‌نویسی» بر متون کهن فقهی رایج بوده است. در نتیجه فرایند تکاملی دانش‌ماده‌نگاری در ارتباط با سنت‌های علمی پیشین، امری مسلم و مشهود است. با وجود این، از آن جا که پیشنهاد دانش‌ماده‌نگاری با این نظم علمی برای اولین بار مطرح شده است لازم است تأملات بیشتری در این خصوص اندیشیده

¹. Dictionary writing

². Encyclopedia writing

شود و نمونه‌های متعددی از آن تدوین شود تا مشخص شود دانشمناده مواد قانون چگونه باید تدوین شود؟ و چه مرجحی صلاحیت انجام این کار را دارد؟ و چه کارکردهای مثبتی دارد؟ و برای کارکردهای منفی و احتمالی آن چه تدابیری باید اندیشید؟ «پژوهشکده حقوق و قانون ایران» در این زمینه با بیش از ده سال پژوهش و تهیه قریب به ۳ میلیون فیش تحقیقاتی که پیرامون ۱۰ هزار ماده قانونی فراهم آورده است، آمادگی دارد که پذیرای علاقهمندان به دانشمناده‌نگاری قانون باشد. امید آن که در توسعه حقوق بومی و ارتقای ادبیات حقوقی ایران موفق باشد بعون الله تعالی.

**Article-knowledge-graphy pertaining law
(A Newly Found Capability for the purpose of Evolution in Contemporary
Legal Literature)**
Seyyed Hossein Safaei¹
Mohammad Darvishzadeh²

Editorial

Article-knowledge (in the context of statutes) is a newly compounded proposition designed similar to such terms as encyclopedia, terminology, knowledge based, knowledge-essence, associate professor, educational grade, etc.

In this editorial, an attempt is made to design and propose a scientific order by the use of these newly found compounded words.

In order to organize "the knowledge pertaining to articles of the law" and to develop an article-oriented approach in researching the law, the authors believe that in this manner contemporary legal literature will evolve, become more efficient and enriched. By the power of God Almighty.

¹. Retired professor ,Faculty of Law and Political Science ,University of Tehran,Tehran . Iran (Email: hsafaii@ut.ac.ir)

². Former justice of the Supreme court and the head of the Iranian Law and Legal Research Institute, Tehran ,Iran (Email: darvishzadeh@lawpedia.ir)

جوز امتناع مديون از ايقاي دين تا زمان تهيه دليل اثباتي بر آن

(نوع مقاله: علمي - پژوهشي)

محسن اسماعيلي*

محمد نصيري^۱

چكيده:

قاعدهاوليه اين است که مديون درصورت حال بودن دين يا حصول موعد آن و با فرض امكان ايقاي آن، حق تأخير ايقاي دين را ندارد. با وجود اين، مشهور فقيهان بهاستناد لزوم پيشگيري از ضرر ناشي از احتمال محکوميت مجدد و اتيان سوگند، معتقدند که هر مديوني میتواند از ايقاي دين خود امتناع کند تا اينکه برای اثبات ايقاي آن شاهد بگيرد. با وجود اين، برخى فقيهان معتقدند که فقط در ديوني، مدييون حق امتناع دارد که ادعای او در ايقاي دين پذيرفته نمي شود. برخى ديگر اين حق را مختص ديوني دانسته‌اند که طلبکار برای اثبات اصل دين، دليل اثباتي دارد. به نظر مىرسد ديدگاه مشهور فقيهان در حقوق کنوئي نسبت به ديوني که موضوع آنها انجام فعل مثبت يا تسليم مال است، به شرط عدم ورود ضرر نامتعارف بر طلبکار قابل پذيرش است و همچنين مديون در صورت امكان، میتواند ايقاي دين را منوطبر اخذ رسيد نماید. جهت تقويت اين ديدگاه مىتوان بهدلالي مانند قاعده لاضرر، قاعده ضرورت و لزومدفع نزاع، دليل سيره، معذوريت مديون و ملاک برخى از آيات قرآن كريم استناد کرد. بر اين ديدگاه آثار و احكام مهمی مترتب مىگردد؛ مديون در دوران امتناع ضماني ندارد. ضامن ماذون در صورت فقدان دليل اثباتي بر ايقاي دين و عدم تصديق مضمون- عنه در پرداخت، حق رجوع به او را ندارد. بر وکيل در تسليم مال لازم است که دليل اثباتي تهييه کند. هزينه‌هاي نگهداري مال در دوران امتناع، اصولاً بر عهده مديون است.

كليل و ازه ها: دين، جواز تأخير، طلبکار، دليل، شاهد.

در حقوق ایران، قاعده اولیه این است که مديون باید دین خود را در موعد مقرر بین طرفین و یا در صورت عدم تعیین موعد، فوراً ایفا کند (ماده ۳۹۴ و ملاک بند ۳ ماده ۴۹۰ قانون مدنی) و حق امتناع از ایفای دین را ندارد. از جمله ضمانت اجرای این امر ممکن است بر حسب مورد، جبران خسارت ناشی از امتناع و تبدیل ید امانی به ضمانت باشد. با وجود این، در برخی موارد مانند استفاده از حق حبس، مديون ممکن است از انجام تعهد خود امتناع کند (ماده ۳۷۷ قانون مدنی). موارد جواز امتناع از انجام تعهد برخلاف قاعده است و باید در محدوده نص تفسیر شود. یکی از موارد حق امتناع از انجام تعهد اعم از قراردادی و خارج از قرارداد که در قانون و اندیشه‌های عالман حقوق مسکوت مانده است ولی در فقه امامیه طرفداران سرشناسی دارد، حق امتناع مديون از وفای به عهد تا زمانی است که برای آن شاهد بگیرد. در رابطه با مبنای این حق امتناع، قلمرو، آثار و احکام آن ابهام‌هایی وجود دارد که لازم است در این نوشتار مورد بررسی قرار گیرد.

آنچه ضرورت این تحقیق را نمایان می‌سازد آن است که از یک سو قانون در رابطه با اصل جواز امتناع از انجام تعهد تا زمان اشهاد یا زمان تهیه دلیل، قلمرو و شرایط آن ساكت است. از سوی دیگر در فقه امامیه در این زمینه اتفاق نظر وجود ندارد و با فرض اعتبار دیدگاه مشهور فقیهان، این امر در حقوق ایران نیز قابل پذیرش خواهد بود و موجب غنای فرهنگ حقوق خواهد شد (اصل ۱۶۷ قانون اساسی). علاوه بر این، پذیرش این حق برای مديون و جامعه آثار مطلوبی نیز خواهد داشت. برای مثال، حداقل موجب آرامش خاطر مديون خواهد بود تا زمانی که عليه او اقامه دعوا می‌شود، بتواند در مقام دفاع، به دلیل اثباتی خود استناد کند و از این جهت خود را از محکومیت احتمالی برهاند. برای جامعه نیز مفید خواهد بود؛ زیرا طلبکاری که می‌داند مديون ضمن تهیه دلیل اثباتی، وفای به عهد کرده است کمتر به فکر طرح دعوا برای مطالبه مجدد طلب برخواهد آمد و از این جهت از شمار دعاوی کاسته خواهد شد. به بیان دیگر، یکی از موارد لزوم انجام این تحقیق در این است که شناسایی جواز امتناع از ایفای دین برای مديون جهت تهیه دلیل اثباتی، تنها زندگی مجرد و ذهنی ندارد و قاعده‌ای است که به هر حال باید در اجتماع پیاده شود و حکومت کند. بدینسان، برای رفع ابهام‌ها نسبت به مبانی دیدگاه مشهور فقیهان، قلمرو و آثار و احکام مترتب بر آن؛ در این مقاله به روش کتابخانه‌ای، در نوشتار یکم به مبانی حق امتناع مديون و در نوشتار دوم در رابطه با قلمرو این و سرانجام در نوشتار سوم، از آثار و احکام آن سخن به میان می‌آید.

نوشتار یکم: مبانی جواز امتناع مديون از ايفای دين جهت تهيه دليل

اثباتی

مبانی جواز امتناع مديون از ايفای دين، طبق ديدگاه مشهور فقيهان، پيشگيري از ضرر ناشي از احتمال محكوميت مجدد (بند يکم) و ضرر ناشي از اتيان سوگند (بند دوم) است. در اين نوشтар، ضمن توجيه و نقد ديدگاه مشهور، از دلائل ديگري نيز جهت توجيه جواز امتناع مديون از ايفاي دين سخن به ميان خواهد آمد که به ترتيب عبارت‌اند: ملاک برخى از آيات قرآن كريم (بند سوم)، بنای عقلا و سيره مسلمانان (بند چهارم)، معذوريت مديون (بند پنجم)، قاعده ضرورت؛ نفع عموم و لزوم دفع نزاع (بند ششم)، هر کدام از اين دلائل مورد توجيه و نقد واقع خواهند شد.

بند يکم: دفع ضرر ناشي از احتمال محكوميت مجدد

طبق ديدگاه مشهور فقيهان، هر شخصي که در ذمه او ديني وجود دارد يا در يد او مال غير وجود دارد بر او واجب است که آن را به طلبکار هنگامی که مطالبه کرد بدهد. با وجود اين، اگر بدھكار يا شخصي که مال غير در يد او است، بگويد مال را نمي پردازم مگر اينکه برای اثبات آن شاهد بگيرم، چنین حقی را دارد (علامه حلى، ۱۴۱۴: ۱۵ / ۱۹۴). منظور از شاهد گرفتن اين است که بر تسليم مال يا ايفاي دين شهادت دهد (شهيد ثانی، ۱۴۱۳: ۸ / ۲۹۳ - محقق ثانی، ۱۴۱۴: ۲۶۸).

يکی از مبانی اين ديدگاه، پيشگيري از محکومیت احتمالی مديون به واسطه انکار طلبکار بر دریافت طلب است (محقق حلى، ۱۴۰۸: ۲ / ۱۶۱ - شهيد ثانی، همان: ۵ / ۲۹۲). برخى در مقام توجيه ديدگاه مشهور، به قاعده لاضر استناد کرده‌اند (عاملي، ۱۴۱۹: ۲۱ / ۷۶).

به نظر مى‌رسد اين مبانی از مصاديق قاعده «وجوب دفع ضرر محتمل» است:

مفاد قاعده مزبور اين است که اگر احتمال ضرری پيش آيد، باید ضرر مزبور دفع گردد؛ خواه ضرر مزبور دنيوي باشد يا اخروي و خواه ضرر مادي يا معنوی باشد. گفته شده است که قاعده وجوب دفع ضرر محتمل، قاعده‌اي عقلی است و به همين دليل معنای وجوب در قاعده، وجوب ارشادی است (مصطفوي، ۱۴۲۱: ۳۰۷). به بيان ديگر، قاعده وجوب دفع ضرر محتمل يکی از قواعد عقلی است که به موجب آن، هر گاه انسان احتمال ضرر در چيزی را بدهد و يا عملی را موجب ضرر بداند، به حکم عقل باید از آن اجتناب کند تا از وقوع ضرر محتمل ايمان گردد. بر اين بنیاد، چنانچه شخصی برخلاف اين امر رفتار کند و متحمل زيان شود، از منظر عقلا قابل سرزنش است، به همين دليل گفته می‌شود دفع ضرری که هنوز به وجود نیامده و احتمال تحقق آن می‌رود، واجب است، اين وجوب به حکم عقل است نه شرع (لطفي، ۱۳۹۱: ۲۰۵ و ۲۰۸)، در رابطه با قلمرو قاعده نسبت به نوع ضرر اتفاق نظر وجود ندارد؛ برخى معتقدند از آنجا که دليلی بر وجوب دفع ضرر دنيوي وجود ندارد و با عنایت به اكتفا به قدر متيقن که در اين مقام، دفع ضرر اخروي است؛ در نتيجه اين قاعده شامل دفع ضرر دنيوي نمي شود (مصطفوي، پيشين: ۳۰۶-

بجنوردی، ۱۴۱۹: ۷/۳۳۳). برخی دیگر بر این باورند که شامل ضرر اخروی و دنیوی می‌شود (بحرانی، ۱۴۲۶: ۷۷-حسینی شیرازی، ۱۴۲۶: ۱/۱۰-۱۱).

اگر این قاعده، را یک قاعده عقلی بدانیم، از آنجا که دلیل عقلی، بخلاف دلیل لفظی تخصیص‌بردار نیست؛ در نتیجه، نظر قائلین به توسعه قلمرو قاعده به ضرر دنیوی تقویت می‌شود. از نظر عقلاً و عرف، ضرری را که ظن وقوع آن به مراتب زیاد است باید دفع کرد. در حقوق کنونی برخی از محققان، مبنای مواد ۸۳۳، ۲۵۲، ۲۰۸، ۱۰۹، ۱۱۴، ۳۰۶، ۳۱۹، ۳۲۱ و بند (ب) ماده ۴۳۷ قانون آیین دادرسی مدنی و مواد ۱۱۱۵ قانون مدنی و قاعده مقابله با خسارت را این قاعده دانسته‌اند (لطفي، پيشين: ۲۱۹-۲۲۸). ناظمی پول و دشتی اردکانی، ۱۳۹۴: ۳۹). با وجود این، مبنای برخی از مصادیق مانند ماده ۸۳۳ قانون مدنی را برخی محققان قاعده لاضرر دانسته‌اند (محقق دمام، ۱۳۹۰: ۱/۱۶۲).

ممکن است بتوان گفت: از استقراء در این قوانین بر می‌آید که قانون‌گذار اصل قاعده را مدنظر داشته و بر اساس آن حکم وضع کرده است؛ زیرا قانون اصولاً ناظر به عمومات است نه استثنایات و اینکه هرچند برخی از قوانینی که به عنوان مصدق ذکر شده، از منابع خارجی الهام گرفته شده است ولی این امر از قوت استقراء نمی‌کاهد بلکه به قوت آن می‌افزاید و نشان می‌دهد که دلیل قاعده، عقل است و این دلیل مرز نمی‌شناسد. با وجود این، از آنجا که سخن بر جواز امتیاع مدييون است نه وجوب امتناع، قاعده دفع ضرر محتمل، با فرض اعتبار، دلالت بر وجوب دارد، و خارج از بحث است.

به نظر می‌رسد بتوان نظر مشهور فقیهان را با قاعده لاضرر توجیه کرد: معنای قاعده لاضرر آن است که «ضرر در اسلام مشروعیت ندارد، ولی عدم مشروعیت ضرر، هم شامل مرحله قانون‌گذاری می‌شود و هم شامل مرحله اجرای قانون» (همان: ۱/۱۵۰). عدم تهیه دلیل اثباتی برای وفای به عهد، حداقل برای مدييون نوعی اضطراب و ترس مبنی بر اینکه ممکن است طلبکار، دریافت طلب را انکار کند و دو باره مطالبه کند، ایجاد می‌کند که خود نوعی ضرر معنوی یا همان ضرار می‌تواند باشد. قاعده لاضرر می‌تواند تأخیر ایفای دین جهت تهیه گواه یا اخذ رسید از طلبکار را توجیه کند. ندادن چنین حقی به مدييون، خود نوعی اضرار است و قاعده لاضرر می‌تواند در مقام اجرا، حکم کلی لزوم وفای به عهد را مرتفع کند. به بیان دیگر، «چنانچه حکمی از احکام الهی که از نظر کلی و نوعی ضرری نیست، در مقام اجرا برای فردی از افراد مسلمان ضرری باشد، بهطور موردنی مرتفع می‌گردد» (همان: ۱/۱۵۰). مصدق مورد بحث در رابطه با قاعده لاضرر، وضع حکم نیست تا اینکه مورد اختلاف باشد. در واقع شناسایی حق امتناع وقت برای مدييون از وفای به عهد تا تهیه دلیل اثباتی به منزله رفع موقتی حکم وجوب وفای به عهد است. با فرض اینکه نوعی اثبات حکم باشد، در رابطه با اینکه قاعده لاضرر می‌تواند اثبات حکم کند، اتفاق نظر وجود ندارد و به نظر می‌رسد باید چنین نقشی برای قاعده لاضرر قائل شد. بنای عقلاً نیز موید این نظر است (همان: ۱/۱۵۱). برخی از نظریه‌پردازان نیز برای قاعده لاضرر در مسئولیت مدنی، نقش اثبات حکم قائل شده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱/۱۴۳). با وجود این، ممکن است گفته شود که در فرض تأخیر مدييون در ایفای دین، اگر برای طلبکار ضرری به بار آید، باید قاعده لاضرر از طلبکار نیز حمایت کند. در واقع

مورد از مصاديق قاعده تراحم دو حق است؛ صاحب جواهر در اين باره فرموده‌اند: قائلين به وجود حق امتناع برای مدیون تا زمان اشهاد، به این قاعده تراحم دو حق توجه نکرده‌اند. تراحم دو حق در این مورد به اين صورت است که اگر مدیون به بهانه تهیه گواه از ايفای دین امتناع کند، طلبکار متضرر می‌گردد و اگر گفته شود مدیون حق امتناع مزبور را ندارد ممکن است مدیون متضرر شود. صاحب جواهر در نهايَت در صورت فرض ضرر برای طلبکار، حق طلبکار را مقدم کرده‌اند و در صورتی که امتناع مدیون برای تهیه شاهد، ضرری برای طلبکار نداشته باشد، حق مدیون را مقدم کرده‌اند؛ زیرا او در طرق ايفای دین يا ايصال مال به طلبکار مخير است (نجفی: ۱۴۰۴ / ۲۷؛ ۳۲۷ / ۲۷). نظر صاحب جواهر هرچند قوی به نظر می‌رسد. با وجود اين، ممکن است بتوان گفت: اگر ميزان ضرر ناشی از تأخير وفاي به عهد، به ويژه در مقاييسه با ميزان ضرر ناشی از احتمال محکوميت بدھکار، ناچيز و عرفاً قبل مسامحه باشد، باید حق بدھکار را مقدم کرد. در اين موارد، از آنجا که در عرف امروز، دادن رسید از ناحيه طلبکار در برخی موارد متعارف است. طلبکار در مواردی که مدیون به او دسترسی دارد، می‌تواند با دادن رسید چنین ضرری را از خوددفع کند و مدیون دیگر در اندیشه تهیه گواه نباشد. در صورتی که به طلبکار دسترسی نباشد یا اخذ رسید از او و تهیه شهود ممکن نباشد، در صورت امکان، مدیون می‌تواند با اجتماع شرایط تأمین دليل در قانون آين دادرسي مدنی (مواد ۱۴۹ به بعد)، به آن متوصل شود یا اينکه در صورت امکان و بر حسب موضوع تعهد، مال را به حاكم بدهد (ملاک ماده ۲۷۳ قانون مدنی).

بند دوم: دفع ضرر ناشی از اتیان سوگند

مبناي ديدگاه مشهور فقيهان، جلوگيري از سوگندی است که ممکن است لازم شود مدیون ياد کند (محقق حلی، پيشين: ۱۶۱/۲ - شهيد ثانی، پيشين: ۵/۲۹۲ - محقق ثانی، پيشين: ۸/۲۶۷).

علامه حلی در توجيه اين حکم مفرمايند: «اين حق امتناع از آن جهت است که از لزوم سوگند جلوگيري شود. علاوه بر اين، انسان از سوگند ياد کردن حتی اگر راستگو باشد به واسطه غرضی خودداری می‌کند؛ به خاطر اين که خداوند در قرآن فرموده است که «خدا را دستاویز سوگندهای خود قرار ندهيد^۱» و اين که عادت امناء به خاطر ايمانشان، خودداری از اتیان سوگند است» (علامه حلی، همان: ۱۵/۱۹۴).

شهيد ثانی نيز در اين باره می‌نويسد: «تكلیف کردن منکر به اتیان سوگند، خود ضرر بزرگی است؛ هرچند او در گفتار خود صادق باشد. اذن شارع به اتیان سوگند و ترتیب ثواب بر آن، اصل ضرر را، به ويژه از برخی افراد صاحب مراتب و فضل، دفع نمی‌کند؛ زیرا برای اين افراد تحمل غرامت، آسان‌تر از اتیان سوگند است» (شهيد ثانی، پيشين: ۵/۲۹۲).

^۱. بقره / ۲۲۴.

دیدگاه مشهور فقیهان مورد ایراد واقع شده است؛ در این باره برخی از فقیهان معتقدند: حکم کلی جواز امتناع برای مدیون از وفای به عهد تا زمان اشهاد دارای اشکال است مگر اینکه مستند به دلیل یا اجماع باشد؛ در حالی که در این مورد اجماع وجود ندارد. از این گذشته، گاهی وجود دو شاهد عادل غیرممکن است هرچند که در طلاق با وجود دشواری پیدا کردن دو شاهد عادل، وجوب آن به موجب نص و اجماع ثابت شده است (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۵۹۷-۵۹۸).

ایراد دیگر بر نظر مشهور این است که از یک سو امر به وفای به عهد شده است. از سوی دیگر امر به چیزی دلالت بر نهی از ضد خاص^۱ آن دارد. ضد خاص در این قضیه، تأخیر جهت تهیه شاهد و اشهاد است. در نتیجه انجام ضد خاص جایز نیست؛ بهویژه اگر به واسطه تأخیر مدیون در وفای به عهد، مصلحت و غرضی از بین برود. وانگهی، دلیل روشنی برای جواز امتناع مجبور وجود ندارد به جز احتمال لزوم سوگند که این احتمال نمی‌تواند با دلیل عقلی و نقلی معارضه کند. به هر حال گاهی معلوم است که صاحب مال، اقامه دعوا جهت طلب گرفته شده را مطرح نمی‌کند تا سوگند لازم آید. با وجود احتمال طرح دعوا، این امر شدیدتر از محرومیت مالک از مالش نیست. از اینها گذشته، ممکن است شاهد فوت کند یا شرایط شهادت را از دست بدهد (همان: ۵۹۷-۵۹۸).

در پاسخ نسبت به ایراد دلالت امر بر نهی از ضد خاص می‌توان گفت:

در رابطه با دلالت امر بر نهی از ضد خاص بین اصولیین اتفاق نظر وجود ندارد؛ برخی موافق و برخی مخالف این دلالت هستند (ر.ک: علامه حیدری، ۱۳۹۳: ۸۷-۸۲-۸۶-۸۷-سبحانی، ۱۳۹۷: ۱/ ۲۸۸-۲۹۶) و به نظر می‌رسد نظر اخیر قوی‌تر است. با فرض اینکه امر به وفای به عهد دلالت بر نهی از تأخیر وفای به عهد جهت تهیه دلیل اثباتی (ضد خاص) باشد، از آنجا که فعل اخیر جزء عبادات نیست، نمی‌توان آن را بی‌اثر و باطل دانست؛ زیرا در عبادات شهرت بر این است که نهی مولوی تحریمی بر خود عبادت مقتضی فساد آن است (سبحانی، همان: ۳۴۰).

ایراد احتمال طرح دعوا و به تبع آن احتمال لزوم سوگند تا حدی مطابق واقع است و از این جهت ایراد درستی است. با وجود این، پیشگیری بهتر از درمان است. عقلاً احتمال طرح دعوا برای مطالبه مجدد طلب را نادیده نمی‌گیرند و تدبیری برای جلوگیری از آن اتخاذ می‌کنند. از این گذشته، طرح دعوا خود مخارجی برای دستگاه قضاء و جامعه نیز دارد.

ایراد محرومیت موقت مالک یا طلبکار از مالش به واسطه تأخیر ایفای آن توسط مدیون جهت تهیه دلیل اثباتی، در صورت امکان با دادن رسید توسط طلبکار دفع می‌شود و لازم نیست همیشه مدیون گواهان عادل تهیه کند. پس طلبکار اگر می‌خواهد ضرری به او وارد نشود، باید به دادن رسید دریافت مال یا تصدیق ایفای دین تن دهد. اگر با فرض امکان، از این کار امتناع کند ممکن است این امر را اماره‌ای بر

^۱. ضد خاص، فعل وجودی است که با فعل واجب قابل جمع نیست (سبحانی، ۱۳۹۷: ۱/ ۲۸۸).

سوء نیت او دانست و او را حتی از دریافت خسارت تأخیر تأدیه محروم کرد (قاعده اقدام- مستبیط از بند ۳ ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی و ملاک ماده ۵۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲).

ایراد فوت شهود یا از دست دادن شرایط شهادت درست به نظر می‌رسد ولی این امر برای تضعیف نظر مشهور فقیهان کافی نیست؛ زیرا فوت شهود یا از دست دادن شرایط شهادت امری است که در سایر دعاوی نیز وجود دارد با وجود این تهیه گواه در عرف دارای ارزش است. از این گذشته، می‌توان از شهادت بر شهادت هم استفاده کرد. به هر حال، مشابه شهود، اسناد مانند رسید طلبکار نیز ممکن است از بین بروند با وجود این، دارای ارزش هستند.

دیدگاه مشهور فقیهان مبنی بر اینکه یاد کردن سوگند خود نوعی ضرر است، جامع نیست؛ زیرا اگر طلبکار به طرفیت مدیون یا امین دادخواستی به خواسته مطالبه طلب یا رد مال امانی را بخواهد و خوانده ادعا کند که دین را ایفا کرده یا مال امانی را مسترد کرده و دلیلی برای اثبات خود نداشته باشد، از آنجا که در این دعوا خواهان، ادعای خوانده را انکار می‌کند، با اجتماع شرایط اتیان سوگند، خواهان یعنی طلبکار باید سوگند یاد کند نه مدیون یا امین (خوانده دعوا) (الیمین علی‌المنکر؛ ماده ۲۷۲ قانون آیین دادرسی مدنی) و چه بسا طلبکار که در فرض ما طلب خود را دریافت کرده و با اقامه دعوا برای مطالبه مجدد طلب سوء نیت دارد، به راحتی سوگند یاد کند. دیدگاه مشهور در مواردی که مدیون یا امین باید سوگند یاد کند، مانند فرضی که منکر سوگند را به مدعی رد کند (ماده ۲۷۳ قانون آیین دادرسی مدنی) قابل توجیه است و گاهی مدیون یا امین به علت مسائل اخلاقی و تکریم نام خداوند متعال، سوگند یاد نمی‌کند و همین امر ممکن است موجب محکومیت نامبرده گردد (بند اخیر ماده ۲۷۳ قانون آیین دادرسی مدنی). با وجود این، دلیل پیشگیری از ضرر ناشی از محکومیت مجدد از دلیل پیشگیری از ضرر ناشی از اتیان سوگند قوی‌تر است؛ زیرا در اینکه عرف اتیان سوگند را ضرر می‌داند نیز تردید وجود دارد.

بند سوم: ملاک برخی از آیات قرآن

در آیه ششم سوره مبارکه نساء می‌خوانیم: «...هنگامی که اموال یتیمان را به آنها بازمی‌گردانید بر آنان گواه بگیرید...» علت گواه گرفتن ظاهرا این است که ادعای سرپرست در تسليم مال بدون دلیل پذیرفته نمی‌شود (طوسی، ۱۳۸۷ / ۲: ۳۷۳).

از ظاهر آیه شریفه برمی‌آید که سرپرست حق دارد که از تحويل مال امتناع کند تا اینکه بتواند گواهانی تهییه کند که تحويل مال را رویت کنند و در موارد لزوم بتوانند به نفع سرپرست شهادت دهند. در واقع آیه شریفه یک حکم ارشادی است. از ملاک این آیه شریفه ممکن است بتوان استفاده کرد و حکم آن را به سایر اشخاصی که متعهد به انجام کار یا تسليم مال هستند تعیین داد. با وجود این، ممکن است در این زمینه دو احتمال مطرح شود: نخست اینکه، امتناع از انجام تعهد برخلاف قاعده است و باید در محدوده نص تفسیر مضيق شود و تفسیر مضيق آیه شریفه اقتضا دارد که حکم این ماده ناظر به ناظر به موردی

است که سرپرست قبل از اجرای تعهد گواهانی تهیه کند تا در زمان اجرای تعهد آن را رویت کنند و این تهیه گواهان نباید موجب تأخیر اجرای تعهد شود.

احتمال دوم، با فرض اینکه آیه شریفه دلالت بر جواز تأخیر اجرای تعهد جهت تهیه گواهان نماید، این حکم اختصاص به سربرستان دارد و نمی‌توان از آن ملاک گرفت؛ زیرا این حکم برخلاف قاعده است و باید به نحو مضيق تفسیر شود. با وجود این، به نظر می‌رسد سربرستان خصوصیتی ندارد و ملاک آیه شریفه شامل سایر مديون‌ها یا امناء می‌شود. در تأیید این نظر می‌توان گفت: حکم آیه شریفه، ارشاد به حکم عقل است و حکم عقل همیشه عمومیت دارد و جزیی و مصداقی نیست.

بند چهارم: بنای عقلا و سیره مسلمانان

بنای عقلا که به آن سیره نیز گفته می‌شود، زیر بنای بسیاری از قواعد است؛ مرحوم مظفر «ره» در رابطه با مفهوم سیره می‌نویسد: «رویه مستمر و بنای عملی مردم نسبت به انجام یا ترک کاری است». منظور از مردم، یا تمامی عقلا و عرف عام (از هر دین و فرقه‌ای) است، که به آن سیره عقلایی یا بنای عقلا می‌گویند. در صورتی که منظور از مردم، مسلمانان از جهت مسلمان بودن یا اینکه فرقه‌ای از مسلمانان باشد، به آن سیره متشرعه یا سیره اسلامی یا سیره شرعیه گویند (مظفر، ۱۳۹۳: ۳۲۴/۳). در آثار گرانبهای اصولی شیعه در قرون اخیر، از عرف به بنای عقلا تعبیر شده است و برخی از محققان نیز، ضمن طرح دیدگاه اصولیین، بر اساس آن، نتیجه گرفته‌اند که این دو واژه مترادف‌اند^۱ (در ک: پورمولا، ۱۴۷: ۳۹۴). به هر حال، نهایت چیزی که از سیره مستفاد می‌شود، این است که رویه مزبور اعم از فعل یا ترک فعل، از نظر حکم تکلیفی، جایز است مشروط بر اینکه، سیره مزبور متصل به زمان معصوم باشد و شارع مقدس آن را ردع و منع نکرده باشد (محقق داماد، ۱۳۹۴: ۱۷۲/۱۷۳-۱۷۲)، از آنجا که امتناع مديون از ایفای دین جهت تهیه دلیل اثباتی، رویه عملی عقلا یا مسلمانان است و این رویه در مرئی و منظر معصوم بوده و توسط معصوم، ردع و منعی صورت نگرفته است، برای مديون این امر جایز است. با وجود این، به نظر می‌رسد، در وجود سیره مزبور با این کلیت، تردید وجود دارد و عقلا یا مسلمانان حداقل در برخی از دیون یا تحت شرایطی از این رویه استفاده می‌کنند؛ برای مثال وقتی متعهد باشند که مالی را تسليم کنند و امکان اخذ رسید از طلبکار باشد، از این رویه استفاده می‌کنند. در نتیجه، استناد به سیره مزبور به عنوان دلیل، اخص از مدعای است ولی در محدوده خودش در مواردی که رویه مزبور وجود دارد، حجت است و با توجه به اینکه، سیره نوعی دلیل لبی است باید به قدر متبیقن آن اکتفا کرد.

^۱. با وجود این به نظر می‌رسد سیره با عرف در حقوق کنونی تفاوت دارد؛ برای دیدن مفهوم عرف، ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۲/۱۷۸-۱۷۴

بند پنجم: معدوریت مديون

حقوق از هیچ کس انتظار فدایکاری ندارد. ولی انتظار دارد اشخاص مطابق یک انسان معقول و متعارف عمل کنند. عمل برخلاف رفتار یک انسان متعارف و معقول پسندیده نیست و ممکن است مقتضی ضمان گردد. عذر شرعی یا عرفی، رفتاری را که بر حسب ظاهر تقصیر و قابل نکوهش است، توجیه می‌کند و با اثبات این عذر، معلوم می‌شود که در واقع تقصیری رخ نداده است (عوامل رافع تقصیر) و شخص مقصص به حساب نمی‌آید (زواں مقتضی) یا این که اثبات عذر از موانع تأثیر مقتضی است.

از استقراء^۱ در قوانین (مواد ۲۲۷، ۱۲۷۷، بند ۱ تبصره ۱۳۱۲، ۱۱۳۰ و ۱۱۰۸ قانون مدنی، ماده ۳۰۶ آیین دادرسی مدنی و ماده ۱۰۷ قانون آیین دادرسی کیفری) و فقه نیز برمنی آید که قاعده اولیه این است که عذر موجه پذیرفته می‌شود و باید به آن ترتیب اثر داده شود. یکی از آثار آن بر حسب مورد ممکن است رافع یا دافع ضمان باشد. برای مثال، فقیهان نیز معتقدند که اگر وکیل با وجود مطالبه موکل، به دلیل داشتن عذر عرفی یا شرعی مانند اشتغال به نماز یا طعام، مال مورد وکالت را با تأخیر تسليم کند ضامن نیست (محقق حلی، پیشین: ۵/۱۶۱ - شهید ثانی، پیشین: ۵/۲۷۰). ملاک برخی از مواد قانونی نیز موید این نظر است؛ در ماده ۴ قانون روابط مoyer و مستأجر ۱۳۶۲ می‌خوانیم: «در صورتی که مستأجر دلیل موجهی بر عدم پرداخت به دادگاه صالح ارائه کند، دادگاه عملیات اجرایی را متوقف و اجراییه را باطل می‌کند...». برخی از نظریه‌پردازان، مصدقی از عذر موجه موضوع این ماده را چنین بیان کرده‌اند: در صورت «پذیرفته نشدن چک مستأجر از سوی مoyer، هرگاه (مستأجر) نتواند به هنگام از آن آگاه شود، یکی از دلایل موجه است.» (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۳۳/۳-۳۴).

به نظر می‌رسد اگر دیدگاه مشهور فقیهان مبنی بر حق امتناع مديون تا زمان شاهد گرفتن را منسوب به شرع بدانیم (قراراتی احتمالی از شرع)، امتناع مديون از وفای به عهد به علت تهیه دلیل اثباتی، نوعی عذر شرعی است. از این گذشته، اگر عرف مديونی که در اندیشه تهیه دلیل اثباتی است را موجه بداند، مديون می‌تواند به این عذر عرفی احتجاج کند و خود را از ضمان ناشی از نقض قرارداد (در صورتی که اصل دین ریشه قراردادی داشته باشد) یا ضمان قهری برهاند؛ زیرا ضمان قهری و ضمان قراردادی وحدت بنیادی دارند (همو، ۱۱۲/۱: ۱۳۹۲ - صفائی و رحیمی، ۹۲: ۱۳۹۵) و مبنای هر دو اصولاً تقصیر است و از آنجا که با وجود چنین عذری برای مديون، تقصیری برای او متصور نیست، شایسته نیست ضامن باشد.

^۱. استقراء استدلالی است که در آن ذهن به وسیله مشاهده و تجربه در امور جزئی، قانون کلی استخراج می‌کند» (همو، ۱۳۹۳: ۱۵۶/۳).

انصف^۱ نیز این عدم ضمان را توجیه می‌کند؛ زیرا مدييون ممکن است دارای حسن نیت^۲ و غرض و غایت او از تأخیر در وفای به عهد، عدم محاکومیت احتمالی باشد و این امر دفع یک ضرر احتمالی است و از این حیث مشمول قاعده لاضرر که انگیزه ایجاد این قاعده، انصف است، می‌باشد (اسلامی فارسانی، ۱۳۹۴: ۱۸۱)، افزون بر این، منفعت حکم جواز امتناع برای مدييون نیز از حیث کاهش پرونده در محاکم، عاید جامعه می‌شود.^۳ بدینسان، از ملاک برخی از موادی که گفته شد و دیدگاه فقیهان، می‌توان این نتیجه را گرفت که در تعهدات به نتیجه نیز علاوه بر اثبات قوه قاهره (ماده ۲۲۹ قانون مدنی)، اثبات عذر شرعی و عرفی نیز مدييون را از ضمان قراردادی می‌رهاند. تأخیر مدييون از وفای به عهد به خاطر تهیه دلیل اثباتی نیز نوعی عذر تلقی می‌شود.

بند ششم: قاعده ضرورت؛ نفع عموم و لزوم دفع نزاع

یکی از شروط طرح دعوا مدنی در مراجع قضایی پرداخت هزینه دادرسی است. این هزینه بر حسب اینکه دعوا مالی و غیرمالی باشد، متفاوت است. بعد از طرح دعوا نیز مرجع قضایی مشغول رسیدگی می‌شود و زمانی را صرف آن می‌کند. خواهان اگر در دعوا پیروز شود، طبق ماده ۵۱۵ آیین دادرسی مدنی می‌تواند از محکوم‌ عليه خسارات دادرسی را مطالبه کند.

از منظر تحلیل اقتصادی دادرسی مدنی، یکی از چالش‌های نظام دادرسی عمومی هزینه‌بر بودن جریان آن است. مراد از هزینه دادرسی، طبق اعتقاد برخی، شامل هزینه‌های خصوصی و هزینه‌های اجتماعی دادرسی است؛ هزینه‌های خصوصی دادرسی مربوط به طرفین دعوا است. هزینه‌های اجتماعی یا عمومی دادرسی در واقع شامل هزینه‌های اداری سیستم عدالت مدنی و هزینه‌های ناشی از خطاهای و اشتباها قضایی است (حبیبی درگام، ۱۳۹۲: ۱۳۳).

از چالش‌های دیگر دادرسی، که نقشی بنیادین در کارآیی دادرسی نیز ایفاء می‌کند، زمان دادرسی^۴ است. زمان دادرسی گام‌های عدالت را کند می‌نماید. به همین دلیل است که گویند تأخیر در اجرای عدالت، نادیده گرفتن عدالت است^۱ (همان: ۱۳۶ و ۱۳۸).

^۱. انصف «احساس مبهمی است از عدالت که در مقام اجرای قواعد حقوق در اشخاص به وجود می‌آید و وسیله تعديل و متناسب کردن آنها با موارد خاص می‌شود. انصف چوبدستی عدالت است تا از لغتش آن بکاهد و بر سرعت و استواری گامها یش بیفراید». (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۶۷۹/۲).

^۲. برخی از محققان در رابطه با مفهوم حسن نیت نوشته‌اند: «در مجموع می‌توان گفت که به طور اصولی، حسن نیت نسبت به مبانی و ارکان مستولیت مدنی، نقش مانعیت دارد؛ و از مجرای عوامل رافع مستولیت مدنی، نقش رافع آثار مستولیت مدنی را ایفاء می‌کند» (دلیمی، ۱۳۸۹: ۲۸۸).

^۳. «غرض و غایت، اثری است که با در نظر گرفتن آن، کاری انجام یا چیزی درست شود. منفعت، اثری است که از کاری یا چیزی به دست آید بدون اینکه قبلاً در نظر گرفته شده باشد». (محمدی، ۱۳۹۶: ۲۵).

^۴. Le temps de la procedure.

شناسایی حق امتناع برای مديون به بهانه تهیه دلیل اثباتی می‌تواند از طرح دعواهی طلبکار جلوگیری کند و از این جهت ابزاری است جهت نفع عموم؛ رسیدگی به دعوا نزد مراجع صالح علاوه بر اینکه وقتی را به خود اختصاص می‌دهد موجب کند شدن رسیدگی به سایر پرونده‌ها نیز می‌شود؛ زیرا موجب افزایش تراکم تعداد پرونده‌ها می‌شود. چنین مصلحتی مقتضی است که حق امتناع مديون توجیه شود و نفع عمومی مقدم بر نفع خصوصی شود.

علاوه بر این، مديون‌ها یا امناء به چنین حقیقی نیاز دارند و لازم است از آنها حمایت شود. قاعده «ضرورت» یا قاعده «حاجت عمومی»، مشروع است» یا قاعده «حاجت در حکم ضرورت عمومی یا خصوصی است» (ر.ک: شهید اول، بی‌تا: ۱/۲۸۳ به بعد- در فقه عامه: سیوطی، ۳: ۱۴۰۳)، مشروعیت و جواز چنین امری را ثابت می‌کند.

مذاهب خمسه نسبت به اين قاعده اتفاق نظر دارند. بنابراین، اين قاعده از ادله احکام شرع است. برخی آيات قرآن نيز مويد اين قاعده است؛ برای مثال در بخشی از آيه ۱۶ سوره رعد می خوانيم: «آنچه به مردم نفع می رساند در زمین باقی می ماند...» (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۰: ۶۴). بدیهی است، که نیاز انسانها متغیر و تابع زمان و مکان است. به هر حال مردم به این قاعده نیاز دارند و حقوق باید به این نیاز احترام بگذارد و قواعد خشک خود را تعدیل کند.

افزون بر این، ممکن است بتوان بر اساس قاعده «حسم» جواز تأخیر مديون را توجيه کرد: «حسم» در لغت به معنای بریدن، قطع و منع است (شهرودی، ۱۳۸۲/۳: ۳۰۰-۳۰۰). برخی از محققان به استناد برخی از آیات قرآن کریم، روایات و دلیل عقلی از آن به عنوان یک قاعده یاد کرده و در رابطه با مفاد آن نوشتند: «اگر با رعایت احکام اولی و قواعد عامه، مفسدہ‌ای به طور کامل از میان نرود، به استناد این فاعده می‌توان ریشه مفسدہ را خشکاند و حکم به اجرای دستوری داد که هر چند مستقیماً با مسئله ارتباطی ندارد، اما با اجرای آن، فساد از بین می‌رود» (محب‌الرحمان و همکاران، ۱۳۹۹: ۱۱۵). از آنجا که قاعده اولیه لزوم وفای به عهد، ممکن است مفسدہ‌ای مانند سوء استفاده طلبکار را فراهم کند، شاید بتوان برای دفع نزاع احتمالی، بر اساس قاعده «حسم» حکم به جواز تأخیر وفای به عهد برای مديون جهت تهییه دلیل اثباتی، کرد.

نوشتار دوم: قلمرو حق امتناع از ایفای دین جهت تهیه دلیل اثباتی

موضوع دین را می‌توان در یک تقسیم‌بندی کلی به تعهد به انجام کار، تعهد بر ترک کار و تعهد به انتقال و تسليم مال دانست. هرچند که همه این موارد در واقع انجام کار است. دلایل اثبات دعوا نیز در قوانین متعدد هستند. در رابطه با دامنه حق امتیاع مديون از جهت موضوع دین و نوع دلیل اثباتی ابهام وجود

¹. justice delayed is justice denied.

دارد. بر این بنیاد، در بند یکم در رابطه با قلمرو حق امتناع از انجام تعهد از منظر موضوع دین و در بند دوم از منظر نوع دلیل اثباتی سخن خواهیم گفت.

بند یکم: قلمرو حق امتناع مدیون از جهت موضوع دین

تعهدی که بر عهده مدیون قرار می‌گیرد، ممکن است ناشی از عمل حقوقی یا واقعه حقوقی باشد. موضوع این تعهد بر حسب مورد ممکن است ناظر به دادن مال باشد یا انجام دادن کاری باشد: دادن مال، گاه با تسلیم عین معین یا کلی انجام می‌شود و گاه انتقال مال و تسلیم آن با هم در ذمه مدیون است. انجام دادن کار نیز اعم است از این که فعلی مثبت موضوع تعهد باشد یا منفی (خودداری از کار) (کاتوزیان، پیشین: ۳۸ / ۴). اظهار مدیون مبنی بر انجام کار موضوع تعهد یا تسلیم مال اعم از عین معین و کلی، از آنجا که برخلاف اصل عدم است، ادعا تلقی و باید اثبات شود (ماده ۱۹۷ آیین دادرسی مدنی و ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی). اگر موضوع تعهد ترک فعل باشد و مدیون اظهار کند که فعل را ترک کرده و از این جهت موضوع تعهد را انجام داده است، در صورت فقدان دلیل برخلاف اظهار او، به علت موافقت اظهارش با اصل عدم، منکر تلقی می‌گردد و بار اثبات دعوا بر دوش طلبکار است.

آنچه که مسلم است، اگر موضوع تعهد مدیون، ترک فعل باشد، کافی است که او اظهار کند که تعهد را انجام داده است و در صورتی که طلبکار علیه او اقامه دعوا کند، او باید اثبات کند که مدیون تخلف کرده است. ترک فعل ممکن است ناظر به مدت خاص باشد یا اینکه مدت آن دایم باشد. در این موارد مدیون حق امتناع از وفای به عهد را به بهانه تهیه دلیل اثباتی ندارد؛ زیرا در این موارد، مدیون دلیل اثباتی دارد و نیازی به تحصیل مجدد آن ندارد. دلیل اثباتی در این فرض، همان اصل عدم است.

در فقه امامیه در رابطه با حق امتناع مدیون نسبت به موضوع دیون دیدگاه‌های زیر وجود دارد: دیدگاه نخست: مشهور فقیهان قائل به عدم وجوب وفا به کلیه دیون قبل از شاهد گرفتن هستند؛ فرقی ندارد منشأ دین، قرارداد یا غیرقرارداد مانند غصب باشد. (محقق ثانی، پیشین: ۸ / ۲۶۸ - علامه حلی، پیشین: ۱۵ / ۱۹۴ - شهید ثانی، پیشین: ۵ / ۲۹۲).

دیدگاه دوم: برخی از فقیهان معتقدند در دیونی که ادعای مدیون بدون دلیل پذیرفته می‌شود؛ مانند ادعای مستودع در رد و دیعه، حق امتناع مدیون جایز نیست؛ زیرا در این صورت به واسطه عدم شاهد ضرری متوجه او نمی‌شود (شهید ثانی، پیشین: ۵ / ۲۹۲ - طوسی، پیشین: ۲ / ۳۷۵ - حلی، ۱۴۰۵: ۳۲۳). یکی از فقیهان در این باره می‌نویسد: «آنچه که روشن است، حکم کلی امتناع از انجام تعهد فقط در حقوق خاصی که به اشخاص تعلق می‌گیرد که اثبات انجام آن نیاز به سوگند یا شهود دارد و قول مدعی پرداخت در آن پذیرفته نمی‌شود»، اجرا می‌شود (اردبیلی، پیشین: ۹ / ۵۹۶).

این نظر از این جهت که دایره شمول حکم را مضيق می‌کند و با منطق و اصول حقوقی سازگار است؛ قابل توجیه است. با وجود این، دارای ایراد است؛ زیرا مصاديق معافیت مدعی از بار اثبات دعوا در فقه روشن نیست و مصاديقی مانند قاعدة «تصدیق قول امین» و قاعدة «لا یعلم الا من قبله» که مشهور،

فائل به اعتبار این قواعد هستند، مورد ایراد برخی دیگر از فقیهان و حقوقدانان واقع شده‌اند.^۱ با فرض اینکه در مواردی ادعای مدعی بدون دلیل پذیرفته شود، او به درخواست مدعی باید سوگند یاد کند (قاعده هرکس که سخنش پذیرفته می‌شود، باید سوگند یاد کند^۲). در حالی که یکی از مبانی نظر مشهور فقیهان، پیشگیری از اتیان سوگند بود که شرح آن گذشت. در نتیجه، از این جهت، این دیدگاه مورد ایراد است.

دیدگاه سوم: گروه دیگری از فقیهان بر این باورند که فقط در دیونی که طلبکار برای اثبات آن عليه مدیون دلیل اثباتی دارد، حق امتناع مدیون تا زمان اشهاد صحیح است در غیر این صورت امتناع جائز نیست؛ زیرا در صورت فقدان دلیل برای اثبات اصل دین، اگر مدیون به آن اقرار کند، ادعای پرداخت او بدون دلیل پذیرفته نمی‌شود ولی او می‌تواند با انکار اصل دین به نحوی که تصدیق شود، خود را از محکومیت برهاند؛ مانند زمانی که مدیون به طلبکار بگوید تو نزد من مستحق چیزی نیستی (شهید ثانی، پیشین: ۵/۲۹۲-حلی، ۱۴۰۵: ۳۲۳). این دیدگاه هرچند در عمل توسط مدیون‌ها ممکن است اجرا شود با وجود این، دارای ایراد است؛ زیرا همیشه این گونه نیست که مدیون از اینکه طلبکار دلیل اثباتی دارد یا ندارد مطلع باشد؛ بهویژه در ضمانت قهری. از این گذشته، اگر مدیون اصل طلب را انکار کند، ممکن است با اذن قاضی و درخواست مدعی (طلبکار) سوگند یاد کند. در این صورت، مدیون گاهی ممکن است بنا بر اعتقادات مذهبی سوگند یاد نکند یا اینکه سوگند دروغ یاد کند و یا سوگند را به مدعی واگذارد. در این صورت اگر مدعی سوگند یاد کند، اصل دین اثبات می‌شود و مدیون محکوم به ایفای مجدد آن می‌شود. بنابراین، دیدگاه نخست، از دیدگاه دوم و سوم قوی‌تر است.

بند دوم: قلمرو حق امتناع مدیون از جهت نوع دلیل اثباتی

در حقوق ایران قواعد مربوط به دلایل هم در قانون مدنی ذکر شده است (جلد سوم، مواد ۱۲۵۷ تا ۱۳۳۵) و هم در قانون آینین دادرسی مدنی (مواد ۱۹۴ به بعد). طبق ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی، دلایل اثبات دعوا عبارتند: ۱ - اقرار ۲ - اسناد کتبی ۳ - شهادت ۴ - امارات ۵ - قسم. در قانون آینین دادرسی مدنی نیز از معاینه محلی و تحقیقات محلی و کارشناسی به عنوان دلایل نام برده شده است (مواد ۲۴۸ تا ۲۷۰). از ظاهر نوشه‌های برخی از محققان بر می‌آید که ادله اثبات دعوا در نظام حقوقی ایران حصری است؛ دکتر متین دفتری در این زمینه می‌گوید: «ادله قانونی بر هفت قسم است که به اعتبار منشأ به چهار دسته تقسیم می‌شود:

^۱. برای مطالعه قاعده تصدیق قول امین و قاعده «لاعلم»، ر.ک: نصیری، ۱۳۹۵.

^۲. برای مطالعه قاعده «کل من یسمع قوله فعلیه اليمين مدعیاً كان أو منكراً»، ر.ک: مراغی، ۱۴۱۷/۲: ۶۱۱ به بعد- دکتر کاتوزیان نیز به این قاعده اشاره کرده‌اند و آن را در مورد خاص خود منطقی دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۳۴/۲).

دسته اول، ادله‌ای است که منشأ آن خود اصحاب دعوا هستند و شامل سه قسم می‌باشد: اقرار، اسناد و سوگند.

دسته دوم، ادله‌ای که منشأ آن اشخاص ثالث می‌باشند شامل گواهی (اعم از شهادت کتبی یا شفاهی یا تحقیقات محلی) و عقیده کارشناسان.

دسته سوم، ادله‌ای که منشأ آن ادراک مستقیم یا نظر دادرس است: معاینه محلی و امارات قضایی.

دسته چهارم، ادله‌ای که منشأ آن فرض قانون است: امارات قانونی» (متین دفتری، ۱۳۹۴: ۸۴۱).

با فرض اینکه مدیون حق امتناع از انجام تعهد را به بهانه تهیه دلیل اثباتی داشته باشد، در رابطه با اینکه از میان دسته‌بندی مرحوم متین دفتری از دلایل، چه دلایلی می‌تواند مورد بحث باشد، مسئله قابل تأمل است:

مشهور فقیهان همچنان که ذکر شد، از اشهاد سخن به میان آورده‌اند (صدقاق دسته اول) و نسبت به سایر ادله سکوت کرده‌اند. این سکوت نسبت به اقرار و امارات و سوگند منطقی است؛ زیرا این ادله در زمان وفای به عهد قابل تهیه نیستند یا فایده‌ای ندارند؛ صرف اقرار شفاهی طلبکار به اخذ طلب در زمان وفای به عهد بدون وجود شاهد فایده‌ای ندارد. سوگند نیز وظیفه منکر و باید در دادگاه با تشریفات خاص اجرا شود. امارات نیز بخشی از آن به تشخیص قاضی و برخی دیگر در قانون ذکر شده است. با وجود این، دلیلی که می‌تواند تأخیر وفای به عهد را با توجیه کند، علاوه بر شهود که مشهور فقیهان به آن استناد کرده‌اند، سند است (صدقاق دسته دوم).

ممکن است بتوان سکوت مشهور فقیهان در رابطه با سند را به دلیل عدم اعتبار سند در فقه دانست. نظر برخی از فقیهان موید این احتمال است:

صاحب جواهر در باب قضا می‌فرمایند: «گاه گفته می‌شود: فایده نوشتن، صرفاً یادآوری مawqūع است و الا نوشته حجت شرعی نمی‌باشد...» (صفری، ۱۳۸۱: ۹۵-۹۶؛ نجفی، پیشین: ۴۰-۱۰۹). با وجود این، برخی از محققان معتقدند که سند در فقه معتبر است ولی فقیهان در اینکه سند دلیل مستقل است یا خیر به اتفاق نظر نرسیده‌اند (آقامیری، ۱۳۹۰: ۱۳۳).

در حقوق کنونی از آنجا که سند عادی و رسمی معتبر تلقی می‌گردد و دلیل مستقل به حساب می‌آیند، از اختلاف نظرهای مذبور در فقه راجع به اعتبار سند فارغ هستیم. از آنجا که سند رسمی ممکن است هزینه‌هایی در پی داشته باشد، حداقل می‌توان از ملاک پذیرش تهیه گواه استفاده کرد و به مدیون این حق را داد که تسليم مال یا اجرای تعهد را منوط به تنظیم سند عادی مبنی بر انجام وفای به عهد نماید. در عمل نیز برخی از مدیون‌ها از تسليم مال امتناع می‌کنند تا از طلبکار رسید دریافت کنند یا اینکه اندک زمانی بعد از تسليم مال، از طلبکار چنین تقاضایی دارند. از این رویه عرفی در دیون قراردادی می‌توان سود برد و آن را نوعی شرط ضمنی دانست (ماده ۲۲۰ و ۲۲۵ قانون مدنی) و بر این مبنای نیز آن را توجیه کرد. در دیون غیرقراردادی نیز می‌توان چنین حقی را به مدیون داد.

در برخی از قوانین خارجی نیز به حق بدهکار در اخذ رسید توجه شده است؛ برای مثال، در بند ۱ ماده ۸۸ قانون تعهدات سوئیس می‌خواهیم: «بدهکاری که دین خود را می‌پردازد، حق مطالبه رسید، و اگر کل تعهد ساقط می‌شود، حق استرداد سند بدهی یا ابطال آن را دارد...» (واحدی، ۱۳۹۲: ۳۶).

لازم به ذکر است که در مواردی که مدیون اندیشه تهیه دلیل دارد و شاهد پیدا نمی‌کند یا طلبکار رسید نمی‌دهد و او علیه مدیون اقامه دعوا می‌کند، مدیون مکلف است حداقل در اولین جلسه دادرسی دین را اگر مال یا وجه نقد باشد تأدیه کند؛ زیرا قاضی به عنوان مأمور رسمی، آن را صورت جلسه خواهد کرد. در نتیجه حق تأخیر در وفای به عهد مبنای خود را از دست خواهد داد. از این نیز می‌توان جهت حمایت از مدیون فراتر رفت؛ اگر طلبکار با فرض امکان دادن رسید، رسید ندهد، مدیون می‌تواند مال مورد تعهد را به حاکم بسپارد. این امر در حکم این است که طلبکار از دریافت موضوع تعهد امتناع می‌کند (ماده ۲۷۳ قانون مدنی یا ملاک آن) مگر اینکه در مواردی که دین وجه نقد است، مدیون بتواند از طریق بانک یا خودپرداز واریز کند که در این صورت فیش بانکی یا رسید خودپرداز، خود دلیل تلقی می‌شود.

نوشتار سوم: آثار و احکام حق امتناع از ایفای دین جهت تهیه دلیل اثباتی

اگر مدیون حق امتناع از انجام تعهد را تا زمان تهیه دلیل اثباتی داشته باشد، آثار و احکامی بر این امر مترتب می‌شود؛ در این نوشتار به برخی از آثار و احکام این امر پرداخته می‌شود؛ بر این بنیاد عدم مسئولیت مدیون در دوران حق امتناع از انجام تعهد (بند یکم)، مسئولیت وکیل در برابر موکل به علت عدم تهیه دلیل اثباتی (بند دوم)، مسئولیت مضمون عنه در برابر ضامن مأذونی که دین را بدون تهیه دلیل اثباتی ایفا کرده است (بند سوم) و اینکه هزینه‌های نگهداری کالای مورد تعهد بر عهده چه شخصی است (بند چهارم) بررسی می‌شوند.

بند یکم: عدم مسئولیت مدیون در دوران امتناع از ایفای دین

قاعده اولیه این است که مدیون باید تعهد خود را در موعد آن انجام دهد (ماده ۲۲۶ قانون مدنی)؛ ضمانت اجرای این امر ممکن است مسئولیت مدنی باشد؛ مدیون مکلف است خسارات ناشی از امتناع را جبران کند. در عقود امانی، ضمانت اجرای سنتگین تری دامنگیر امین می‌گردد؛ زیرا بعد از فرا رسیدن اجل و مطالبه مالک، درنگ او اگر تفریط تلقی گردد (ترک ما یجب) موجب تبدیل ید امانی او به ید ضمانتی می‌گردد و امین مسئول جبران کلیه خسارات است حتی اگر این خسارات مستند به رفتار او نباشد (ماده ۶۳۱ قانون مدنی). با فرض اینکه قاعده حق امتناع مدیون از وفای به عهد تا زمان تهیه دلیل در حقوق ایران معتبر تلقی گردد؛ مدیون در دوران امتناع نباید مسئول تلقی گردد؛ زیرا لازمه این قاعده، جایز بودن فعل مدیون است و اصولاً فعل جایز، ضمانتی در پی ندارد. از منظر حقوقی نیز با فرض شناسایی چنین

حقی برای مديون، یکی از ارکان یا شرایط مسئولیت مدنی که همان فعل غیرمجاز است زایل می‌شود (ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی): در واقع با وجود چنین حقی، تقصیری رخ نداده است.

بند دوم: مسئولیت وکیل در برابر موکل

یکی از آثار مهم مترتب بر شناسایی جواز امتناع مديون از وفای به عهد برای تهیه دلیل اثباتی، در جایی ظاهر می‌شود که شخصی وکالت در پرداخت دین داشته باشد و دین را بدون تهیه دلیل اثباتی تأدیه کند. در این صورت اگر تهیه دلیل بر وکیل قبل از تسليم مال واجب باشد، وکیل برخلاف این امر رفتار کرده و مرتکب تغییر شده است (ترک ما یحیب). در غیر این صورت، از این جهت وکیل ضامن نیست. در این زمینه در فقه امامیه اتفاق نظر وجود ندارد:

دیدگاه نخست: مشهور فقیهان، بنا بر وجوب شاهد گرفتن، معتقدند که اگر وکیل بدون گرفتن شاهد دین موکل را ادا کند ضامن است؛ زیرا در شاهد گرفتن کوتاهی کرده است (طوسی، پیشین: ۳۷۷-۳۷۷؛ علامه حلی، پیشین: ۲۶۷-۲۹۳؛ شهید اول، ۱۴۱۰-۱۶۷؛ شهید ثانی، پیشین: ۵/۲۹۳-۲۶۷؛ فخرالمحققین، پیشین: ۱۳۸۷-۱۵۹۲؛ ۲/۳۵۱).

منای خمان وکیل را برخی تخلف از مفاد وکالت نیز دانسته‌اند: در این زمینه گفته شده است که اگر وکیل شاهد بگیرد، موکل ظاهرا و باطنًا بری می‌شود و این امر مطلوب موکل است و به آن وکالت داده است پس اگر وکیل برای ادای دین شاهد نگیرد، ظاهرا ضامن و گناهکار است، زیرا او در چنین پرداختی مأذون نبوده است (اردبیلی، پیشین: ۹/۵۹۸). قائل این نظریه، خود به نقد آن پرداخته است؛ با این استدلال، علاوه بر اشکالی که بر کلیت حکم وجود دارد، باعث می‌شود که باب قبول وکالت بسته شود مگر اینکه وکیل جاہل باشد و ممکن است این جاہل عذرآور باشد. به همین دلیل صاحب شرایع تردید کرده است. بنابراین، ظاهرا وکیل ضامن نیست؛ زیرا وکالت اقتضای تکلیف اشهاد را ندارد و اصل برائت ذمه وکیل است (همان: ۵۹۸).

دیدگاه دوم: برخی دیگر معتقدند از آنجا که عرفًا کوتاهی نکرده است ضامن نیست. نهایت اینکه در خمان او تردید وجود دارد و از سوی دیگر اصل عدم ضامن است. وانگهی، سیره هم چنین است که بدھی را می‌دهند و شاهد نمی‌گیرند (محقق حلی، پیشین: ۲/۱۶۲).

در مقام ارزیابی این دیدگاه‌ها، می‌توان گفت: هر یک از دیدگاه‌ها رنگی از حقیقت را با خود دارند و ممکن است بر حسب اهمیت دین، شخصیت طلبکار و اراده طرفین اعمال شوند. به هر حال، معیار داوری در تحقیق تعدی یا تغییر عرف است. با فرض اینکه بر وکیل به دلالت عرف یا سایر ادله، واجب باشد که زمان ادای دین، گواهانی تهیه کند یا از طلبکار رسید دریافت کند و او این تکلیف را نادیده بگیرد؛ در واقع برخلاف مصلحت موکل عمل کرده است و از این جهت ضامن است (ماده ۶۶۶ و ۶۶۷ قانون مدنی) مگر این که میزان دین و اهمیت آن یا شخصیت طلبکار به نحوی باشد که عرفًا به معنای معافیت وکیل از تکلیف تهیه دلیل اثباتی باشد؛ برای مثال، طلبکار مورد اعتماد مديون باشد یا میزان دین آنقدر ناچیز باشد

به گونه‌ای که اخذ رسید یا تهیه گواه برخلاف عرف و اخلاق باشد. بدیهی است در مواردی که موضوع دین، وجه نقد است و وکیل شیوه پرداخت را از طرقی انجام می‌دهد که دلیل پرداخت را به همراه دارد؛ مانند پرداخت از طریق بانک یا خودپرداز این مسئله مطرح نمی‌شود؛ زیرا رسید خودپرداز یا فیش بانکی خود دلیل هستند.

بند سوم: مسئولیت مضمون‌unge در برابر ضامن مأذون

در فقه و به تبع آن در قانون مدنی (ماده ۷۰۹) یکی از شروطی که ضامن مأذون می‌تواند به مضمون‌unge رجوع کند، این است که دین را به طلبکار بپردازد. در صورتی که ضامن برای ادائی دین شاهد نگیرد و دین را در زمان عدم حضور مضمون‌unge به طلبکار بپردازد و طلبکار دریافت طلب را انکار کند، در فقه امامیه ضامن به واسطه ترک اشهاد مقصراً شناخته شده و در صورتی که مضمون‌unge او را در پرداخت تصدیق نکند، حق رجوع به او را ندارد. در توجیه این حکم گفته شده است که ضامن حق احتیاط و تمہید طریق اثبات دارد به نحوی که این حق توأم با تکلیفی به نفع مضمون‌unge نیز هست؛ زیرا موجبات اسقاط ذمه او را بر حسب ظاهر و باطن فراهم می‌کند و باعث قطع دعوا می‌گردد. ضامنی که در تأدیه دین، دلیل اثباتی تدارک نمی‌بیند مقصراً است و مانند ضامنی است که دین را پرداخته است و از این جهت مضمون‌unge نیز منتفع نشده است (عاملی، پیشین: ۴۸۸-۴۸۹).

محقق کرکی (ثانی) در توجیه این حکم فرموده‌اند که اذن مضمون‌unge توأم با قیدی است که دعوا ای برای پرداخت باقی نماند. در این قضیه، چون ضامن بدون تهیه دلیل پرداخت کرده است، در واقع مأذون نبوده است و حق رجوع به مضمون‌unge را ندارد حتی اگر مضمون‌unge او را در پرداخت تصدیق کند (محقق ثانی، پیشین: ۵/۳۵۲). در صورت تصدیق، در امکان رجوع تردید وجود دارد؛ زیرا از یک سو ضامن مرتكب تقصیر شده است و از سوی دیگر او در پرداخت مأذون بوده و این امر هم محقق شده است (عاملی، پیشین: ۱۶/۴۸۹) علامه در قواعد این نظر را تقویت کرده است ولی این نظر مورد ایراد واقع شده است.^۱

به نظر می‌رسد، جز در مواردی که اراده ضمنی طرفین عقد ضامن به نحو دیگری است؛ در عالم ثبوت، ضامن مأذون بعد از پرداخت دین مضمون‌unge حق رجوع به او را دارد (اطلاق ماده ۷۰۹ قانون مدنی). ولی از نظر اثباتی، ضامنی که دلیل اثباتی برای ایفای دین نداشته باشد نمی‌تواند به مضمون‌unge رجوع کند مگر اینکه مضمون‌unge ادعای او را در پرداخت به طلبکار تصدیق کند که در این صورت در برابر ضامن مسئول است؛ زیرا این تصدیق به معنای آن است که ضامن در گفتار خود صادق است و نوعی اقرار است.

^۱. «و قد وجَّه المصنَّف الرجوع هنا بِأَنَّهُ قد اعترَفَ و صدَّقَ بِبراءة ذمَّتِه باطِنًا و أَنَّه قد فعل ما اذن له فيه، فلا يخرج استحقاق المأذون عن الثبوت بطلَّم المستحقّ و طلبه ثانية. و في «جامع المقاصد» أَنَّ ضعفَه ظاهر، لأنَّ اعترافَه إِنَّما هو بِبراءة ذمَّتِه باطِنًا فقط، ففي كونه فعل ما اذن له فيه منع، وقد سبق سنته» (عاملی، پیشین: ۱۶/۴۹۰ - محقق ثانی، پیشین: ۵/۳۵۲).

بند چهارم: هزینه‌های نگهداری مال در دوران امتناع از ایفای دین

در مواردی که مديون مالی را در تصرف دارد و باید آن را به طلبکار پردازد ولی مديون تا زمان تهیه دليل اثباتی از تسلیم آن امتناع می‌کند، در اين دوران ممکن است مال نياز به مخارجی داشته باشد. در اين صورت در رابطه با مسئول پرداخت اين مخارج ابهام وجود دارد. فقهان در اين رابطه حكم خاصی ذكر نكروهاند. برای رفع اين ابهام، می‌توان گفت:

قاعده اوليه اين است که هر مالکي باید از عهده مخارج مال خود برآيد (من لهالغم فعليه الغرم؛ شهيد اول، ۱۴۱: ۱۸۹ - کاتوزيان، ۱۳۹۱: ۱/ ۱۸۶). تشخيص اينکه مالک مال کيسن، بستگی به نوع مال دارد؛ اگر مديون، مال امانی يا در عقود تملیکی موضع، عین معين را در اختيار داشته، در اين صورت پرداخت مخارج آن با طلبکار است. در فرضی که مال مزبور کلی بوده يا اينکه به عنوان يك دين ناشی از ضمان قهری باید به طلبکار پرداخت شود، پرداخت مخارج آن با مديون است؛ زيرا فرض بر اين است که طلبکار هنوز بر آن مال، مالکيت پيدا نکرده است. با وجود اين، از آنجا که جواز تأخير وفای به عهد تا زمان تهیه دليل، حكمی استثنائي و به نفع مديون است، در نتيجه، اگر بخواهد از اين امتياز بهره ببرد، باید خودش هزینه آن را هم پرداخت کند (من لهالغم...). افزون بر اين، مکلف شدن مالک به قبول عدم دسترسی به مال خود و در عين حال، دادن هزینه نگهداری آن سبب ضرر به مالک و اجتماع دو نفع برای مديون است. در مقابل می‌توان گفت: اين استدلال عموميت ندارد و باید قائل به تفكیک شد؛ به نظر می‌رسد، در مواردي که منشأ دين، جنبه قراردادي دارد و بنای دو طرف بر اين است که اگر مديون بخواهد تا زمان تهیه دليل اثباتي، ادای آن را به تأخير اندازد، هزینه آن بر عهده او باشد، باید طبق بنای طرفين عمل شود. در مواردي که سبب دين، قرارداد نیست و مديون عرفاً محسن تلقی می‌شود، مانند امين شرعی، هزینه نگهداری مال بر عهده مالک است (عموم قاعده احسان). در سایر موارد، بنا بر دلایلی که گفته شد، بر عهده مديون است.

نتیجه‌گیری:

دیدگاه مشهور فقیهان در رابطه با جواز امتناع مديون از وفای به عهد تا زمان اشهاد و مبانی آن، نشان می‌دهد که فقیهان نیز دغدغه‌ی جلوگیری از طرح دعوا جهت مطالبه مجدد طلب را دارند و برای سوگند یاد کردن نیز به وضع روانی فاعل آن توجه کرده‌اند و اتیان سوگند را نوعی ضرر معنوی یا همان ضرار دانسته‌اند که ممکن است مديون یا امين به خاطر آموزه‌های اخلاقی سوگند یاد نکند و تحمل غرامت را انسب بداند. این دیدگاه در حقوق کنونی با کمی تعديل قابل پذیرش است و به عنوان نتیجه می‌توان گفت: مديون نسبت به هر دینی که از سنخ انجام فعل مثبت یا تسليم مال است، حق دارد که از ایفای دین امتناع کند تا اینکه برای اثبات ایفای دین شاهد بگیرد مشروط به اینکه به سبب تأخیر در وفای به عهد ضرر ناتعارف برای طلبکار به بار نیاید (تزاحم حقین). در مواردی که تهیه گواه موجب ضرر متعارف به طلبکار می‌شود، مديون در صورت دسترسی به طلبکار می‌تواند اخذ رسید را جایگزین تهیه گواه نماید. اگر طلبکار از دادن رسید امتناع کند، جهت حمایت از مديون و ختنی کردن سوء نیت احتمالی طلبکار، مديون می‌تواند با دادن مال به حاکم ذمه خود را بری کند (جمع حقین و ملاک ماده ۲۷۳ قانون مدنی). همچنین، همین حکم جاری است در مواردی که مديون به طلبکار دسترسی ندارد و نماینده او از دادن رسید امتناع می‌کند و امکان تهیه شاهد هم وجود نداشته باشد.

برای توجیه حق مديون می‌توان گفت: قاعده لاضرر و لاضرار می‌تواند وجوب فوری ایفای دین را تا زمان تهیه دليل اثباتی بردارد و دلالت بر جواز امتناع نماید. ملاک برخی از آیات قرآن نیز که سرپرستان محجور را امر به تهیه گواه برای تسليم مال به محجور کرده است، نیز موید این نظر است. افزون بر این، جواز امتناع از ایفای دین تا زمان تهیه شاهد یا اخذ رسید، نسبت به مديون‌ها و جامعه از جهت تأمین احساس امنیت و آسودگی خاطر و کاهش یا جلوگیری از طرح دعاوی و صرفه‌جویی در وقت و هزینه دادرسی نیز مفید و ضروری به نظر می‌رسد. از اینها گذشته، نسبت به تسليم مال، در مواردی که تهیه شاهد یا اخذ رسید امکان دارد، بنای عقلاً نیز موید جواز امتناع از ایفای دین است. همچنین، ممکن است تأخیر مديون نوعی عذر تلقی شود و از این جهت او را خاضم تأثیر ایفای دین ندانست. از میان دليل اثباتی، علاوه بر دليل شهادت، در حقوق کنونی می‌توان تهیه سند مانند اخذ رسید را نیز اضافه کرد. امروزه اخذ رسید در بسیاری از موارد متدالو است حتی در برخی از قوانین خارجی نیز به صراحة (بعد از انجام تعهد) به این حق مديون اشاره شده است (بند ۱ ماده ۸۸ قانون تعهدات سوئیس).

بدیهی است در مواردی که روش ایفای دین به نحوی است که با تهیه دليل اثباتی ملازمه دارد، برای مثال، واریز از طریق بانک یا خودپرداز یا تحت نظر مأمور رسمی؛ مديون حق امتناع ندارد. بر اعتبار جواز امتناع مديون آثار مهمی مترتب می‌شود؛ از جمله اینکه مديون در دوران امتناع از وفای به عهد مسئولیتی ندارد. از آنجا که بر وکیل رعایت مصلحت موکل واجب است، اگر تهیه دليل اثباتی مصدقی از رعایت مصلحت موکل باشد یا بنای طرفین بر این امر باشد، از این جهت واجب است و ترک آن ضمان به دنبال دارد. ضامن مأذون اگر برای ایفای دین دليل اثباتی تهیه نکند حق رجوع بر مضمون عنه را ندارد مگر اینکه مضمون عنه او را تصدیق کند. نسبت به هزینه‌های نگهداری مال موضوع دین، جز در مواردی که مديون، محسن است یا در دیون قراردادی، بنای طرفین به نحو دیگری است، این هزینه‌ها بر عهده مديون است.

منابع و مأخذ:

الف- منابع فارسی

۱. آقامیری، سید حسن (۱۳۹۰)، «بررسی حجیت سند در فقه امامیه»، منبع ماهنامه: کانون، سال پنجم و سوم، شماره ۱۱۸، صفحات ۱۲۰ تا ۱۳۴.
۲. اسلامی فارسانی، علی، (۱۳۹۴)، انصاف در مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳. پورمولا، سید محمدهاشم، (۱۳۹۴)، جایگاه عدالت در استنباط احکام معاملات، چاپ اول، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۴۰۰)، دروس اصول، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
۵. حبیبی درگاه، بهنام، (۱۳۹۲)، حقوق و اقتصاد (دادرسی مدنی)، چاپ اول، تهران: جنگل.
۶. دیلمی، احمد، (۱۳۸۹)، حسن نیت در مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران: میزان.
۷. صفائی، سید حسین، رحیمی، حبیب‌الله، (۱۳۹۲)، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، چاپ پنجم، تهران: سمت.
۸. صفری، محسن، (۱۳۸۱)، «تعارض میان سند و شهادت در حقوق مدنی ایران و فقه امامیه»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۵، صفحات ۸۵ تا ۱۲۲.
۹. طهرانی (کاتوزیان)، محمد علی، (۱۳۹۰)، فرهنگ کاتوزیان، چاپ چهارم، تهران: دادگستر.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۰)، اثبات و دلیل اثبات جلد دوم، چاپ ششم، تهران: میزان.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۱)، دوره حقوق مدنی: عقود معین (معاملات معوض - عقود تملیکی)، جلد اول، چاپ یازدهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۲)، الزامهای خارج از قرارداد: مسئولیت مدنی، جلد اول، چاپ دوازدهم، تهران: دانشگاه تهران.
۱۳. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۲)، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، چاپ هفتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۲)، قواعد عمومی قراردادها، جلد چهارم، چاپ هفتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۵. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۳)، فلسفه حقوق: منابع حقوق، جلد دوم، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۶. لطفی، اسدالله، «قاعده وجوب دفع ضرر محتمل و کاربرد آن در قانون آیین دادرسی مدنی»، فصلنامه دیدگاههای حقوق قضایی، ۱۳۹۱، شماره ۵۹، ص ۲۰۵-۲۳۴.
۱۷. متین دفتری، احمد، (۱۳۹۴)، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، چاپ پنجم، تهران: مجد.

۱۸. محبالرحمن، محمدعلی و مظہر قراملکی، علی و محبالرحمن، محمدمهدی، (۱۳۹۹)، «فاعدہ حسم در مستندات فقهی امامیه» مجله فقه و اصول دانشگاه فردوسی مشهد، سال ۵۳، شماره ۳، صفحات ۱۱۳-۱۳۰.

۱۹. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۹۴)، مباحثی از اصول فقه، دفتر دوم: منابع فقه، چاپ هفدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

۲۰. محقق داماد، سیدمصطفی، (۱۳۹۰)، قواعد فقه، بخش مدنی، جلد اول، چاپ سی و سوم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

۲۱. محمدی، ابوالحسن، (۱۳۹۶)، مبانی استنباط حقوق اسلامی، چاپ پنجاه و نهم، تهران: دانشگاه تهران.

۲۲. نصیری، محمد، (۱۳۹۵)، اعتبار قول امین از دیدگاه اثباتی در فقه اسلامی و حقوق موضوعه، رساله کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران با راهنمایی دکتر محسن اسماعیلی.

۲۳. هاشمی شاهروdi، محمود، (۱۳۸۲ق)، مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، جلد سوم، قم: مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).

۲۴. واحدی، جواد، (۱۳۹۲)، قانون تعهدات سوئیس، چاپ دوم، تهران: میزان.

ب- منابع عربی

۲۵. اربیلی، احمد بن محمد، (۱۴۰۳ق)، مجمع الفائد و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ج ۹، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۲۶. بجنوری، سید حسن، (۱۴۱۹ق)، القواعدالفقهیه، ج ۷، چاپ اول، قم: الهادی.

۲۷. بحرانی، محمد سند، (۱۴۲۶ق)، أسس النظام السياسي عند الإمامية، چاپ اول، قم: مکتبه فدک.

۲۸. حسینی شیرازی، سید صادق، (۱۴۲۶ق)، بیان الفقه فی شرح العروفةالوثقی، جلد اول، چاپ دوم، قم: دارالأنصار.

۲۹. حلّی، فخرالحقّین، (۱۳۸۷ق)، إيضاح الفوائد فی شرح مشكلات القواعد، جلد دوم، چاپ اول، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

۳۰. حلّی، یحیی بن سعید، (۱۴۰۵ق)، الجامع للشرائع، چاپ اول، قم: مؤسسه سیدالشهداء العلمیة.

۳۱. حلّی، جعفر بن حسن (محقّق حلّی)، (۱۴۰۸ق)، شرایع الاسلام فی مسائلالحالل و الحرام، جلد دوم، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

۳۲. حلّی، حسن بن یوسف (عالیّة حلّی)، (۱۴۱۴ق)، تذکرةالفقهاء (ط- الحديثة)، ج ۱۵، قم: مؤسسه آل البیت (ع).

٣٣. حیدری، علی نقی (علامہ حیدری)، (۱۳۹۳)، اصول استنباط، مترجمان: عباس زراعت و حمید مسجد سرایی، چاپ دوازدهم، تهران: پیام نوآور.
٣٤. سبحانی، جعفر، (۱۳۹۷)، الوسيط فی اصول الفقه، ترجمہ عباس زراعت، جلد اول، چاپ اول تهران: جنگل.
٣٥. سیوطی، عبدالرحمن بن أبي بکر، (۱۴۰۳ ق)، الأشباه و النظائر، بیروت: الناشر دارالكتب العلمیة، بی- چا.
٣٦. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن (شیخ طوسی)، (۱۳۸۷ ق)، المبسوط فی فقه الامامیة، جلد دوم، چاپ سوم، تهران: المکتبة المترضویة الاحیا الاثار الجعفریة.
٣٧. عاملی کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی)، (۱۴۱۴ ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد پنجم و هشتم، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
٣٨. عاملی، جواد بن محمد حسینی، (۱۴۱۹ ق)، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامه، ج شانزدهم و بیست و یکم، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
٣٩. عاملی، زین الدین بن علی (شهیدثانی)، (۱۴۱۳ ق)، مسائل الافهام إلی تنقیح شرایع الاسلام، جلد پنجم، چاپ اول، قم: مؤسسة معارف الاسلامیة.
٤٠. عاملی، محمد بن مکی (شهید اول)، (بیتا)، القواعد و الفوائد، جلد اول، چاپ اول، قم: کتابفروشی مفید.
٤١. عاملی، محمد بن مکی (شهید اول)، (۱۴۱۰ ق)، اللمعۃ الدمشقیۃ فی فقه الامامیة، بیروت- لبنان: دارالتراث- الدار الاسلامیة.
٤٢. مراغی، سید میر عبد الفتاح بن علی حسینی، (۱۴۱۷ ق)، العناوین الفقهیة، جلد دوم، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
٤٣. مصطفوی، سید محمد کاظم، (۱۴۲۱ ق)، القواعد- مائة قاعدة فقهیة، چاپ چهارم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
٤٤. مظفر، محمد رضا، (۱۳۹۳)، اصول فقه، ترجمہ عباس زراعت و حمید مسجد سرایی، جلد سوم، چاپ پنجم، قم: پیام نوآور.
٤٥. نجفی، شیخ محمد حسن، (۱۴۰۴ ق)، جواہر الكلام فی شرح شرایع الإسلام، جلد بیست و هفتم و چهلہم، چاپ هفتم، بیروت- لبنان: دار إحياء التراث العربي.

Permissibility of a debtor's refusal to fulfill an obligation until sufficient evidence is provided

Mohsen Esmaeili¹
Mohammad Nasiri²

Abstract

The primary rule is that a debtor has no right to delay the payment of a debt in case it is due or has reached maturity, on the assumption that it is possible to honor it.

However, most Islamic jurists believe that any debtor may refuse to pay his debt until he can provide someone to witness its payment, in order to prevent detriment resulting from the possibility of a double payment and the necessity to take an oath.

However, some jurists believe that only in the case of a debt, does a debtor have the right to refuse to make the payment that his claim to have honored it is not acceptable.

Other Islamic jurists have considered this right to be restricted to a debt for which a creditor has sufficient evidence to prove the debt itself.

It seems that the dominant view of Islamic jurists in contemporary law regarding obligations whose subject matter is performing a positive act or delivering property is acceptable, provided that the creditor is not subject to unreasonable damage.

In addition, a debtor, if possible, can make fulfillment of his obligation conditioned upon obtaining a receipt.

In order to further support this view, we can rely on certain evidence, such as the no harm rule, the rule of emergency, the necessity to avoid conflict, the evidence based on the style of behavior and practical manners of the Prophet (SAW) and the Imams(a), the debtor's excuse and the unity of cause derived from certain verses of the Holy Quran.

This view gives rise to important effects and rulings; The debtor is not responsible during the period of refusal.

A guarantor does not have the right to claim payment from the principal debtor in the absence of evidence that the debt has been honored or in

¹. Associate professor of Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran Iran
 (Email: esmaeili1344@ut.ac.ir)

². A Master of Laws, Tehran Iran, (LLM), (Email: mohammad.nasiri@ut.ac.ir)

case the principal debtor has not authorized him to pay the amount in question.

An agent who claims to have delivered a particular property must provide evidence to have done so. The costs of maintaining the property during the period of refusal to deliver the property in question, in principle, are borne by the debtor.

KeyWords: *Debt, Permissibility of delay to deliver, Creditor, Evidence, Witness.*

ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله

منتخب منابع قابل استفاده در پرونده علمی

۱. اسلامی فارسانی، علی، (۱۳۹۴)، انصاف در مسئولیت مدنی، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول.
 ۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۴۰۰)، دروس اصول، تهران، گنج داشن، چاپ اول.
 ۳. دبلیو، احمد، (۱۳۸۹)، حسن نیت در مسئولیت مدنی، تهران، میزان، چاپ اول.
 ۴. صایبی، سید حسین، رحیمی، حبیب الله، (۱۳۹۲)، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، تهران، انتشارات سمت، چاپ پنجم.
 ۵. طهرانی (کاتوزیان)، محمدعلی، (۱۳۹۰)، فرهنگ کاتوزیان، تهران، دادگستر، چاپ چهارم.
 ۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۱)، دوره حقوق مدنی: عقود معین (معاملات موقّع - عقود تمکیمی)، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ یازدهم، ج. ۱.
 ۷. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۳)، فلسفه حقوق: منابع حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ج. ۲.
 ۸. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۰)، آفیات و دلیل افیات، تهران، میزان، چاپ ششم، ج. ۲.
 ۹. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۲)، الزامات خارج از قرارداد: مسئولیت مدنی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوازدهم، ج. ۱.
 ۱۰. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۲)، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، ج. ۳.
 ۱۱. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۲)، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، ج. ۴.
 ۱۲. لطفی، اسدالله «قاعدۃ وجوہ دفع ضرر محتمل و کاربرد آن در قانون آبین دادرسی مدنی»، فصلنامه دیدگاههای حقوق قضایی، ۱۳۹۱، شماره ۵۹
 ۱۳. متین دفتری، احمد، (۱۳۹۴)، آبین دادرسی مدنی و بازگشایی، چاپ پنجم، تهران، انتشارات مجده.
 ۱۴. محمدی، ابوالحسن، (۱۳۹۶)، مبانی استنباط حقوق اسلامی، تهران، دانشگاه تهران، چاپ پنجم و نهم.
 ۱۵. محقق داماد، سیدمصطفی، (۱۳۹۰)، قواعد فقه، بخش مدنی، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ سی و سوم، ج. ۱.
 ۱۶. محقق داماد، سیدمصطفی، (۱۳۹۴)، مباحثی از اصول فقه، فقره دوم: منابع فقه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ هفدهم.
 ۱۷. هاشمی شاهرودی، محمود، (۱۳۸۲)، موسسه دائمه المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم، مؤسسه دائمه المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام)، جلد ۳.
 ۱۸. واحدی، جواد، قانون تعهدات سوئیس، (۱۳۹۲)، تهران، میزان، چاپ دوم.

کد مقاله

LAW-2104-1067 (R1)

10 of 10

- #### ۱. دانشنامه حقوق، مدنی، ۲. دانشنامه آینه دادرسی، مدنی

مذکوهای مرتبط قادماً استخراج

١. دین
 ٢. جواز تأخیر
 ٣. طلبکار
 ٤. دلیل
 ٥. شاهد

مدخلهای فرعی، قابا، استفاده در تدوین مدخلها

۱. قلمرو حق امتناع مدييون از جهت نوع دليل اثباتي
 ۲. آثار و احکام حق امتناع از ايفای دين جهت تهيه دليل اثباتي
 ۳. عدم مسئوليت مدييون در دوران امتناع از ايفای دين
 ۴. مسئوليت وکيل در برابر موکل
 ۵. مسئوليت مضمون عنده در برابر ضامن مأذون
 ۶. هزینه های نگهداری مال در دوران امتناع از ايفای دين

قانون یا مواد قانونی مرتبط

۱. مواد ۲۲۰-۲۲۷-۲۲۵-۳۷۷-۴۹۰-۸۳۳-۲۵۲-۴۹۰-۲۷۳-۲۲۵- مواد
 ۲. بندی ۱۲۷۷-۲۲۷ تبصره ۱۱۳-۱۲۵۸-۱۲۵۷-۱۳۱۲- اصل ۱۱۰-۸ قانون مدنی ۱۶۷ قانون اساسی مواد ۱۹۷۵-۱۹۷۵-۱۱۰-۸
 ۳. ماده ۳۰-۳۷-۴۳۷-۲۷۳-۲۷۷ قانون آبین دادرسی مدنی ۳-۱۰۷ قانون مسئولیت مدنی ۴-۵۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲-۱۰۷ قانون آبین دادرسی کیفی-

مسئولیت مدنی کمیسیون طرح تفصیلی در برابر خسارات ناشی از اجرای مصوبات آن نهاد

(نوع مقاله: علمی- ترویجی)

حامد فوبیاری*

شیما کشاورزی^۱

چکیده

شهرسازی در ایران هرچند تاریخچه طولانی‌ای دارد؛ اما رشد روزافزون جمعیت در شهرها بهویژه در قرون اخیر، پیدایش دولت‌ها به مفهوم مدرن آن و البته نیازهای متعدد و مختلف شهروندان سبب شده است تا هرکدام از شهرها به اجرای طرح‌های جامع و تفصیلی متناسب با شرایط خود رو بیاورند. در ایران تصویب و تغییر طرح‌های تفصیلی شهری به عهده کمیسیونی موسوم به کمیسیون طرح تفصیلی است. این کمیسیون‌ها در عرف با عنوان کمیسیون ماده ۵ شناخته می‌شوند که این عنوان به ماده ۵ قانون «تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران» اشاره دارد. تنظیم و تغییر طرح‌های تفصیلی نیاز به تخصص بسیاری دارد و قانون‌گذار نیز سعی کرده تا با گرد هم آوردن متخصصان از رشته‌های متفاوت ضریب اشتباہ این نهاد را تا حد ممکن پایین بیاورد. با این وجود همچنان امکان اشتباہ یا تخلف عمدى اعضای این کمیسیون و نتیجتاً ورود خسارت به شهروندان وجود دارد. چالش اصلی چگونگی جبران خسارت توسط این کمیسیون است؛ اما برای رسیدن به نتیجه مطلوب باید به پرسش‌هایی از قبیل چیستی ماهیت این کمیسیون، وضعیت اهلیت تمتّع و استیفاء آن، حدود ضمان دولت در برابر خسارات کمیسیون و نهایتاً جایگاه اعضای مختلف در این معادله پاسخ داد. از نظر نگارندهان در مرحله نخست دولت در برابر اشخاص زیان دیده، مسئول اشتباہ و تخلف کمیسیون مذکور بوده و ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی به دلایل مختلف منصرف از موضوع این پژوهش است. در مرحله بعد دولت می‌تواند به اعضای مقصر یا مختلف حاضر در کمیسیون جهت جبران ضرر خود مراجعه نماید. اثبات و اتخاذ چنین روپردازی اعضای کمیسیون را در بررسی و تصویب صورت جلسات محتاطتر کرده و سبب جلوگیری از اشتباهات و تخلفات احتمالی خواهد شد.

کلیدواژه‌ها: مسئولیت مدنی، کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران، طرح تفصیلی، شخصیت حقوقی

پیشرفت بشر در دنیای مدرن سبب پیدایش نیازها و مفاهیم جدیدی شده است. مفاهیمی از قبیل حقوق شهروندی باعث شده تا نهادهایی در راستای حمایت از شهروندان در برابر دولتها تأسیس شوند. ازسوی دیگر مقتضای رشد شهرنشینی و شیوه گسترش شهرها، تدوین برنامه‌ها و طرح‌های منسجم در عرصه شهرسازی است. در بین طرح‌های شهری، طرح جامع شهری در راس هرم برنامه‌ریزی قرار دارد (نوریان، شریف، ۱۳۸۲: ۱۲) که وظیفه تدوین آن مطابق بند ۳ ماده ۲ قانون «تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران» (از این پس قانون تأسیس) به عهده آن شورا گذارده شده است. طرح‌های تفصیلی به نوعی جهت اجرا و تحقق اهداف طرح جامع توسط کمیسیون ماده ۵ قانون فوق الذکر تصویب می‌شود و بعد از تصویب شورای شهر برای شهرداری لازم‌الاجرا خواهد بود. بدون تردید تحول نیازها لوازم تغییر طرح‌های توسعه شهری را فراهم می‌آورد. هرچند ممکن است بعضی از این تغییرات ارتقای و واپس-گرایانه باشند (تفهمی، لاییت، ۱۳۹۲: ۱۳۷)، اما لزوم مطابقت توسعه با نیازهای جدید سبب شده است تا قانون‌گذار تغییر طرح‌های تفصیلی را نیز به شرط مطابقت با طرح جامع شهری به عهده نهاد مصوب آن بگذارد (بخش اخیر ماده ۵ قانون تأسیس)، بررسی و تصویب طرح‌های تفصیلی شهری و تغییرات آنها در هر استان به وسیله کمیسیون ماده ۵ با ریاست استاندار (و در غیاب وی معاون عمرانی استانداری) و با عضویت شهردار و نمایندگان وزارت مسکن و شهرسازی، وزارت جهاد کشاورزی و سازمان میراث فرهنگی و گردشگری و صنایع دستی و همچنین رئیس شورای اسلامی شهر ذی‌ربط و نماینده سازمان نظام مهندسی استان (با تخصص معماری یا شهرسازی) بدون حق رأی انجام می‌شود (قانون اصلاح ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران مصوب ۱۳۸۸). البته شهرداری پایتحت از شمول این ماده مستثنی بوده و بررسی و تحلیل استثنایات آن از حوصله بحث حاضر خارج است.

انتخاب افراد ذی‌ربط با تخصص‌های متفاوت نشان از اهمیت تنظیم طرح‌های تفصیلی دارد. تنظیم نادرست طرح‌های تفصیلی یا تغییر اشتباہ یا حتی غرض‌ورزانه آن موجب تضییع حقوق شهروندان و در برخی موارد ایجاد خسارت به آنان خواهد شد. برای مثال در سال ۱۳۸۵ کمیسیون ماده ۵ طرح تفصیلی شهرستان شهرکرد به موجب بند یک مصوبه صورت جلسه، کاربری فضای سبز ملکی با مالکیت خصوصی را به نحوی از انحصار تغییر داد که این بند به موجب دادنامه شماره ۱۸۷، ۱۸۶ دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۸۸/۲/۲۷^۱، به دلیل مغایرت با حق مالک خصوصی ابطال گردید. همچنین ممکن است

^۱. طبق ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران مصوب ۱۳۵۱ حدود وظایف و اختیارات کمیسیون ماده ۵ قانون مذبور مشتمل بر بررسی و تصویب طرح‌های تفصیلی شهری و تغییرات آنها و سایر امور مربوط تعیین و احصاء شده است. بنابراین تغییر کاربری قسمتی از ملکی که کلاً دارای کاربری فضای سبز بوده و تبدیل آن به ۷۰ درصد فضای سبز و ۳۰ درصد با کاربری مسکونی و خدماتی بدون تبیین علل و جهات قانونی این تغییر که موجد زمینه تصور الزام مالکین به واگذاری ۷۰ درصد

عدم دقت اعضای کمیسیون موجب تنظیم طرح تفصیلی‌ای شود که در آن حقوق معلولان نادیده گرفته و منجر به ورود خسارت به ایشان شود. مطابق با قواعد عام مسئولیت مدنی عامل زیان باید خسارات وارد در اثر ضرر نامشروع را جبران سازد. درباره خسارات وارد ناشی از مصوبات غیرقانونی یا نادرست کمیسیون ماده ۵، موضوع از پیچیدگی‌های خاصی برخوردار است. آیا می‌توان کمیسیون ماده ۵ را واحد شخصیت حقوقی و برای جبران خسارات، دولت را ملزم به تدوین بودجه بدانیم؟ در این صورت مسئولیت عضو مقصر یا متخلص به چه نحو خواهد بود؟ چنانچه اعضای متخلص متعدد باشند، مسئولیت به چه شکلی بین ایشان تقسیم خواهد شد؟ شهرداری به عنوان نهاد مجری صورت جلسات چه جایگاهی در جبران خسارات وارد دارد؟ پاسخ به این پرسش‌ها موجب خواهد شد تا وضعیت کمیسیون ماده ۵ از نهادی تصمیم‌گیر به نهادی پاسخگو تغییر یابد. اعضای کمیسیون مذکور باید متوجه رسالت سنگینی که بر دوش ایشان از جهت توسعه شهری و نهایتاً توسعه کشور گذارده شده است باشند؛ اما مرور آراء قضایی نشان می‌دهد تصویر مسئولیت مدنی برای اعضای این کمیسیون مسبوق به سابقه نیست.

بحث حاضر در ادبیات میان‌رشته‌ای مدیریت شهری و حقوق شهروندی فاقد پیشینه است. هرچند برخی از حقوق‌دانان از قبیل مصطفی واحد شیرتری و علیرضا حسنی در مقاله «تحلیل حقوقی نقش مناسب سازی محیط در زندگی معلولان و جانبازان و مسئولیت مدنی ناشی از آن» به مسئولیت مدنی شهرداری-ها در قبال معلولین و جانبازان پرداخته‌اند؛ اما نگاه نگارندگان این نوشتار معطوف به تهیه‌کنندگان طرح‌های لازم‌التابع برای شهرداری‌هاست. به این ترتیب برای جمع‌آوری داده و نتیجه‌گیری از آنها باید به سایر مقررات قانونی و قواعد فقهی مراجعه نمود. در این راستا در ابتدای هر بخش به تحلیل برخی مفاهیم کلیدی پرداخته و پس از آن در دو قسمت، پاسخ‌های سوالات فوق ارائه می‌شود. در بخش نخست، ماهیت کمیسیون ماده ۵ و حدود صلاحیت آن بررسی می‌شود و در نهایت مسئولیت این کمیسیون و اعضای آن در برابر زیان‌دیده و همین‌طور دولت، تبیین خواهد شد.

۱. ماهیت کمیسیون ماده ۵ و حدود صلاحیت آن

سابقه تشکیل کمیسیون ماده ۵ به سال ۱۳۵۱ برمی‌گردد که این کمیسیون به عنوان نهادی میان‌بخشی و هماهنگ‌کننده فعالیت خود را آغاز کرد (مرادی مسیحی، ۱۳۸۴: ۲۰۲). در قانون تأسیس و سایر قوانین مرتبط با کمیسیون مذکور، صراحتی در پذیرش یا عدم پذیرش شخصیت حقوقی برای این نهاد وجود ندارد. به همین دلیل برای شناسایی ماهیت حقوقی کمیسیون ماده ۵، باید به سایر قوانین و البته آراء صادره از دستگاه قضایی توجه کنیم. منظور از شناسایی ماهیت حقوقی کمیسیون ماده ۵، بررسی امکان

ملک خود به شهرداری به‌طور رایگان و قابلیت استفاده از ۳۰ درصد بقیه ملک اشخاص با توجه به مساحت آن است، مغایر قانون و خارج از حدود اختیارات کمیسیون مذبور تشخیص داده می‌شود.

یا عدم امکان تصور شخصیت برای این نهاد تصمیم‌گیری است. در سوی دیگر صلاحیت، مفهومی اعم از اختیارات و وظایف دارد و برای سنجش نحوه ایجاد و چگونگی تحمل مسئولیت بر عهده این کمیسیون، بررسی حدود صلاحیت آن الزامی است. در ادامه و در دو بخش موضوعات گفته شده را بررسی خواهیم کرد؛ پیش از آن اما لازم است دو مفهوم مرتبط با قوانین شهری مورد اشاره قرار گیرد.

الف. طرح جامع

مطابق با بند ۲ از ماده ۱ قانون تغییر نام وزارت آبادانی و مسکن به وزارت مسکن و شهرسازی و تعیین وظایف آن (اصوب ۱۶ تیر ۱۳۵۳) طرح جامع عبارت از طرح بلند مدتی است که در آن نحوه استفاده از اراضی و منطقه‌بندی مربوط به حوزه‌های مسکونی، صنعتی، بازرگانی، اداری و کشاورزی، تأسیسات و تجهیزات و تسهیلات شهری و نیازهای عمومی شهری، خطوط کلی ارتباطی و محل مراکز و انتهای خط (ترمینال) و فروگاهها و بنادر و سطح لازم برای ایجاد تأسیسات و تجهیزات و تسهیلات عمومی مناطق نوسازی، بهسازی و اولویتهای مربوط به آن تعیین می‌شود و ضوابط و مقررات مربوط به کلیه موارد فوق و همچنین ضوابط مربوط به حفظ بنا و نمادهای تاریخی و مناظر طبیعی، تهیه و تنظیم می‌گردد. طرح جامع شهر بر حسب ضرورت، قابل تجدید نظرخواهد بود.

ب. طرح تفصیلی

بند ۳ ماده ۱ قانون فوق‌الذکر در تعریف طرح تفصیلی مقرر می‌دارد: «طرح تفصیلی عبارت از طرحی است بر اساس معیارها و ضوابط کلی طرح جامع شهر نحوه استفاده از زمینهای شهری در سطح محلات مختلف شهر و موقعیت و مساحت دقیق زمین برای هر یک از آنها و وضع دقیق و تفصیلی شبکه عبور و مرور و میزان و تراکم جمعیت و تراکم ساختمانی در واحدهای شهری و اولویتهای مربوط به مناطق بهسازی و نوسازی و توسعه و حل مشکلات شهری و موقعیت کلیه عوامل مختلف شهری در آن تعیین می‌شود و نقشه‌ها و مشخصات مربوط به مالکیت بر اساس مدارک ثبتی تهیه و تنظیم می‌گردد». به علاوه موارد ۱ و ۲ بند ۸ ماده ۱ آیین نامه «نحوه بررسی و تصویب طرحهای توسعه و عمران محلی، ناحیه‌ای، منطقه‌ای و ملی و مقررات شهرسازی و معماری کشور» طرح تفصیلی را شامل طرح‌های بهسازی، نوسازی، بازسازی و مرمت بافتها و همینطور طرح آماده سازی توسعه‌های جدید در شهرها می‌داند.

۱. ماهیت حقوقی

کمیسیون ماده ۵ متشکل از اشخاص حقیقی است که هر یک به نحوی نمایندگی یک شخص حقوقی را به عهده دارد. پرسش این است که آیا می‌توان این کمیسیون را مستقلًا دارای شخصیت حقوقی دانست؟ چنانچه قائل به شخصیت حقوقی برای کمیسیون باشیم، ناگزیر باید آن را دارای اهلیت تمنع به معنای دارا شدن و نتیجتاً کمیسیون را بالقوه و بالفعل واجد تعهداتی بدانیم (صفایی، قاسم‌زاده، ۱۳۸۴: ۱۴۶) که یکی

از آنها مسئولیت مدنی ناشی از مصوبات نادرست خواهد بود. در اعتباری بودن شخصیت حقوقی تردیدی وجود ندارد؛ اما مناقشه بین حقوق دانان آن است که آیا فقط قانون‌گذار می‌تواند شخصیت حقوقی را اعتبار کند یا رویه قضایی و حتی بنای عقلاء نیز چنین قابلیتی را دارد؟ (اسکینی، ۱۳۸۷: ۴۶/۱؛ باریکلو، ۱۳۸۷: ۱۹) دیوان عدالت اداری در رأی وحدت رویه شماره ۱۳۸۱/۵/۱۳ ۱۵۹-۱۵۸ مورخ ۱۳۸۱/۵/۱۳ صراحتاً کمیسیون ماده ۵ را واحد شخصیت حقوقی می‌داند.^۱ از این رأی می‌توان نتیجه گرفت که کمیسیون ماده ۵ مشمول اشخاص حقوقی دولتی مذکور در ماده ۵۸۷ قانون تجارت می‌باشدند. بنابراین کمیسیون ماده ۵ مانند تمامی اشخاص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است، مگر حقوق و وظائفي که بالطبع فقط انسان ممکن است دارای آن باشد، از قبیل ابوت و بنوت (ماده ۵۸۸ قانون تجارت).

یکی دیگر از آثار شناسایی شخصیت حقوقی برای کمیسیون ماده ۵، لزوم اقامه دعوا به طرفیت این نهاد و نه اعضای آن است. در واقع همان طور که طلبکاران یک شرکت به دلیل شخصیت حقوقی شرکت، باید علیه خود شرکت و نه سهامداران آن و در محل اقامت شرکت طرح دعوا نمایند، مدعیان حق علیه کمیسیون مذکور نیز باید علیه کمیسیون و در محل اقامت آن، اقامه دعوا نمایند (ماده ۲۳ قانون آینه دادرسی مدنی و آراء شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۲۹۰۰۶۵۴ و ۹۲۰۹۹۰۱۱۹۱ به ترتیب مورخ ۲/۲۳ و ۱۳۹۲/۴/۱۵، هر دو از شعبه ۲۹ دیوان عدالت اداری). در نهایت باید به این نکته توجه داشت که اهلیت استیفاء اشخاص حقوقی برخلاف اهلیت تمتّع آنها خلاف اصل بوده و باید به موارد مصرح محدود شود. توضیح آنکه اهلیت استیفاء در علم حقوق به معنی «توانایی قانونی شخص برای اجرای حق یا ایجاد و ایفای تعهد» است و افراد عاقل و رشید از آن رو که واحد این نوع اهلیت هستند، قابلیت انجام هر نوع عمل حقوقی را خواهند داشت (باریکلو، ۱۳۸۷: ۲۳). در مقابل، اشخاص حقوقی تنها مجاز به انجام موضوعاتی هستند که در اساسنامه یا قوانین معطوف به آنها تعیین شده است. مسئله فوق اهمیت شناسایی حدود صلاحیت کمیسیون ماده ۵ را روشن تر می‌کند.

۲. حدود صلاحیت

با توجه به شخصیت حقوقی کمیسیون ماده ۵، این نهاد همچون سایر اشخاص دارای حقوق و تکالیفی است. مهم‌ترین تکلیف کمیسیون ماده ۵ که اساساً دلیل تأسیس آن تلقی می‌شود، تدوین و تغییر طرح-

^۱. در صدر رأی هیأت عمومی جهت توجیه خوانده قرار گرفتن کمیسیون ماده ۵، آمده است: «نظر به اینکه کمیسیون موضوع ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران مصوب ۱۳۵۱ به ریاست استاندار یا فرماندار کل و با عضویت رئیس شورای اسلامی شهر و شهردار، نماینده گان وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی و مسکن و شهرسازی و نماینده مهندس مشاور تهییه کننده طرح دارای شخصیت حقوقی مستقل و مجزی از اعضاء تشکیل دهنده آن و سایر واحدهای دولتی و عمومی می‌باشد...».

های موسوم به طرح تفصیلی شهرهاست. در نتیجه می‌توان گفت میزان صلاحیت کمیسیون ارتباط نزدیکی با گسترده‌گی موضوعات طرح‌های تفصیلی دارد. با توجه به تعاریف ارائه شده از طرح‌های تفصیلی، می‌توان اهمیت جایگاه کمیسیون ماده ۵ و حساسیت وظایف اعضای آن را دریافت. به همین دلیل تصمیمات کمیسیون باید با چهار رأی موافق از پنج رأی ممکن اتخاذ شود. همچنین جهت تغییر طرح باید مقدمات بسیاری فراهم گردد، از جمله آنکه پیشنهاد تغییر باید توجیه منطقی کافی داشته باشد و با گزارش کارشناسی دبیرخانه کمیسیون که حاوی مشکلات موجود در اجرای طرح اصلی و راه حل جایگزین است، همراه باشد (حسینی، پوراحمد، پژوهان، رحیمی، ۱۳۹۰: ۳۲). بدیهی است در تغییر عرض معابر، تغییر کاربری اراضی، تغییر میزان تراکم ساختمانی مجاز، تغییر مقررات راجع به تفکیک اراضی و مواردی از این قبیل حقوق مکتبه افراد بسیاری مخدوش شود و حتی در آینده بلند مدت تاثیری جبران‌ناپذیر بر سیمای شهر و زندگی شهروندان بگذارد. فرض تخلف اعضای کمیسیون و یا عدم مهارت و تقصیر ایشان، فرض بعيدی نیست و اساساً بر مبنای همین فرض بند ۲ ماده ۱۰ قانون «تشکیلات و آینین دادرسی دیوان عدالت اداری»، آن دیوان را مرجع رسیدگی به اعتراضات و شکایات از آراء و تصمیمات کمیسیون‌هایی از قبیل کمیسیون ماده ۵ دانسته است.

بر همین اساس، آراء بسیاری از دیوان عدالت اداری با موضوعیت ابطال مصوبه کمیسیون ماده ۵ صادر شده است؛ که در میان آنها می‌توان به رأی شماره ۲۰۰۵ هیأت عمومی دیوان با موضوع «ابطال بند ۳ صورت جلسه ۷/۲/۱۳۹۴ - ۵۳۸ کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران مستقر در شهر تهران» اشاره کرد. دیوان عدالت اداری در پرونده مذکور با استناد به نظر شورای نگهبان مورخ ۱۳۹۹/۵/۳۰^۱ و با توجه به ایراد ضرر به مالک در صورت اجرای طرح، مصوبه کمیسیون ماده ۵ را ابطال نمود. نکته جالب توجه در روند پرونده آنکه مدیرکل حقوقی شهرداری تهران، جهت توجیه مصوبه به رجحان و تامین نفع عمومی در صورت اجرای مصوبه اشاره کرده؛ اما این استدلال با توجه به لزوم تبعیت این نهاد از نظر شورای نگهبان (مطابق حکم تبصره ۲ ماده ۸۴ و ماده ۸۷ قانون تشکیلات و آینین دادرسی دیوان عدالت اداری)، مورد پذیرش قضات و مستشاران دیوان عدالت اداری قرار نگرفت. البته نتیجه پرونده مذکور، موجب چالش‌های بسیاری در اجرای مصوبات کمیسیون خواهد بود؛ چراکه در اغلب موارد، اجرای مصوبات کمیسیون نافی برخی حقوق شخصی و بعضاً موجب اضرار به افراد است. در صورت پذیرش نظر شورای نگهبان به نحو اطلاق، مفهوم «ضرر مشروع» که در قسمت بعد طرح می‌گردد، بلا موضوع خواهد شد. نکته مهم‌تر آنکه مطابق فلسفه تقنیں اسلامی در چنین مواردی به

^۱. در انتهای نظریه شورای نگهبان آمده است: «اطلاق مصوبه مورد شکایت نسبت به مواردی که اجرای طرح با توجه به تضییقات ایجاد شده برای صاحبان املاک واقع در طرح موجب ورود ضرر به اشخاص می‌شود، خلاف موازین شرع شناخته شد».

استثناء عبادات، در تراجم حقوق فردی و جمیع می‌توان حکم به نفع مصالح عمومی صادر کرد (صرامی، ۱۳۷۰: ۲۵۱؛ محسانی، ۱۳۸۵: ۱۴۷).

به هر رو چالش موضوع این نوشتار آن است که در صورت تقصیر یا حتی تخلف عمدى اعضای کمیسیون، چه شخص یا اشخاصی در برابر زیان دیده ضمانت جبران خسارات خواهد بود؟ در ادامه با تکیه بر مفاهیم مرتبط با مسئولیت مدنی که در گذشته مورد بررسی قرار گرفت، به ارائه پاسخ مناسب پرداخته خواهد شد.

۲. مسئولیت مدنی کمیسیون

در راستای تحلیل مسئولیت مدنی کمیسیون ماده ۵ به عنوان یک شخص حقوق مستقل و اعضای آن در برابر خسارات زیان دیده، لازم است به اختصار به موضوع مسئولیت مدنی دولت پرداخته شود. دیدیم که در برخی مواقع، دولتها خامن پرداخت خساراتی هستند که مجریان آنها به دیگران وارد کرده‌اند. تحلیل و ایضاح این مسئولیت در فهم مسئولیت مدنی کمیسیون و اعضای آن مفید خواهد بود. پیش از پرداختن به مسئولیت مدنی دولت، برخی مفاهیم کلی مربوط به مسئولیت مدنی را بررسی خواهیم کرد. در این قسمت سعی خواهد شد تا تنها در حد لزوم به مفاهیم مرتبط پرداخته و از اطناب پرهیز شود.

الف. ضرر

ورود ضرر، رکن اصلی ایجاد مسئولیت مدنی است و مهم آنکه ضرر واردہ باید نامشروع و مستقیم باشد (لطی، ۱۳۹۳: ۲۲۳) به این ترتیب اگر کمیسیون ماده ۵ مطابق با قانون، احداث بزرگراهی را بین خانه‌های مسکونی تصویب کند و مالکین مجبور به فروش خانه‌های خود به شهرداری شوند، ضرر مشروع بوده و موجب مسئولیت نخواهد بود. به علاوه اگر کمیسیون مذکور تخلف نموده و به مالکی اجازه ساخت تعداد طبقات بیشتر، با وجود سایه‌اندازی بر املاک مجاور را داده باشد، ضرر واردہ به همسایه‌ها بالواسطه از فعل همسایه ناشی شده و نه صورت جلسه کمیسیون. بنابراین افراد متضرر نمی‌توانند مستقیماً از کمیسیون مطالبه خسارت نمایند، بلکه باید از دیوان عدالت اداری ابطال صورت جلسه را درخواست و سپس فرد خاطی را ملزم به تخریب نمایند. در ادامه فرد خاطی می‌تواند علیه کمیسیون ماده ۵ به دلیل خسارت وارد شده طرح دعوا نماید. البته باید توجه داشت که ابطال صورت جلسات کمیسیون ماده ۵ تنها در صورتی در صلاحیت دیوان عدالت اداری است که متنضم و وضع قواعد لازم‌الاجرا باشد (آزادی، ۱۳۹۵: ۲۱).

ضرر در آثار اغلب فقیهان و حقوق‌دانان واجد معنای عرفی‌ای است که هرگونه صدمه مادی یا معنوی به شخص و به طور کلی از دست دادن موهاب را در برمی‌گیرد (صفایی، رحیمی، ۱۳۹۵: ۹۷؛ مکارم شیرازی، ۱۳۹۰: ۱۰۷). با این حال تبصره ۲ ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی مطالبه عدم‌النفع را غیر قانونی دانسته است. عدم‌النفع را محروم شدن شخص از فایده مورد انتظار تعریف کرده‌اند (بهرامی، ۱۳۷۰: ۲۳۸).

مثال می‌توان گفت اگر کمیسیون ماده ۵ با تخلف از طرح جامع، بدون تامین یا ایجاد تمهداتی جهت تأسیس پارکینگ، کاربری برخی زمین‌ها را به تجاری تغییر دهد و فروشندۀ‌ای که سابق بر این مصوبه در محدوده طرح مغازه داشته و در اثر اجرای صورت جلسه غیرقانونی از سود همیشگی فروش، بهره نبرد، از فایده مورد انتظار محروم می‌شود و مطابق تبصره فوق‌الذکر امکان طرح دعوا را خواهد داشت. علی‌رغم اطلاق تبصره ۲، مرور تعاریف فقهیان از ضرر نشان می‌دهد که از نگاه ایشان، مفهوم ضرر اعم از عدم-النفع است (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۳۸). برخی از حقوق‌دانان جهت رفع تعارض قانون آینین دادرسی مدنی با رأی مشهور فقهیان^۱، عدم‌النفع را به اعتبار متعلق آن به دو قسم «ممکن‌الحصول و قطعی‌الحصول» تقسیم کرده‌اند (شمس، ۱۳۸۷: ۱۳۹۰). بنابر این نظریه چنانچه حصول منافع مورد انتظار قطعی باشد، مشمول عنوان ضرر بوده و قابل مطالبه است.

ب. ضمان ناشی از تقصیر

ضمان ناشی از تقصیر، مسئولیت مدنی ناشی از تعدی و تفریط است. به این ترتیب شخص مقصر باید زیان وارد بر زیان دیده را جبران نماید (ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی). در قانون مسئولیت مدنی موارد بسیاری وجود دارد که اشخاص مقصر در برابر زیان دیده مسئول جبران خساراتی هستند که حتی ممکن است مستقیماً ناشی از فعل آنها نباشد. برای مثال مطابق با ماده ۱۱ قانون فوق‌الذکر «کارمندان دولت و شهرداریها و مؤسسات وابسته به آنها که به مناسبت انجام وظیفه عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی خساراتی به اشخاص وارد نمایند، شخصاً مسئول جبران خسارت وارد می‌باشند» و مسئولیت دولت تنها به مواردی محدود شده است که زیان وارد ناشی از نقص وسائل نهاد دولتی باشد که البته این امر باید توسط زیان- دیده به اثبات برسد.

پ. ضمان ناشی از غرور

هرگاه از شخصی عملی صادر شود که باعث فریب خوردن دیگری شده و از این رهگذر ضرر و زیانی متوجه او گردد، شخص نخست به موجب قاعده غرور ضامن است (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۶۳). نکته قابل توجه در این قاعده آن است که علم و قصد فریب دهنده به ایجاد خسارت شرط نبوده و حتی ممکن است غار از فریب ایجاد شده بی‌خبر باشد (عمید زنجانی، ۱۳۸۹: ۱۶۸). به تعبیر دیگر غرور از عناوین فعلیه است و نه قصدیه، همان‌طور که مفهوم زدن با ضربه، چه به صورت عمدی و چه غیر عمدی مصادق می‌باشد، غرور نیز با رفتار موجب خسارت غار صدق می‌کند، چه او قصد فریب مغروف را داشته باشد یا نه. این قاعده در مواردی که رأی کمیسیون توسط مراجع ذی‌صلاح، ابطال شده و از این رهگذر خسارتی به سازنده وارد شود، قابل اعمال خواهد بود.

^۱. «المغورو يرجع الى من غره» (فضل لنکرانی، ۱۳۸۷: ۲۶).

ت. ضمان ناشی از اقدام

مطابق با قاعده اقدام اگر شخصی با توجه و آگاهی، عملی را انجام دهد که موجب ورود زیان توسط دیگران به او گردد، عامل زیان، مسئول جبران خسارت نخواهد بود (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۲۱/۱). اقدام در بیان فقیهان به دو بخش اقدام به زیان و اقدام به ضمان تقسیم می‌شود. در نوشتار حاضر آنچه مطمح نظر بوده، نوع نخست اقدام است. برای اقدام به زیان می‌توان مواد ۱۷۸ و ۴۱۸ قانون مدنی را مثال زد.^۱ از مقاد قاعده اقدام می‌توان نتیجه گرفت که اگر شخصی با علم به تخلف و غیر قانونی بودن صورت جلسه کمیسیون ماده ۵، اقدام به ساخت و ساز یا تغییر کاربری نموده و در نتیجه رفتار وی خسارتی به دیگری وارد شد، در صورت پرداخت خسارت^۲ زیان دیده، نمی‌تواند به کمیسیون ماده ۵ مراجعه نموده و خسارت پرداختی را دریافت نماید.

۱.۲. مسئولیت مدنی دولت

مطابق با ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی هرکس بدون مجوز قانونی عمدآ یا در نتیجه بی‌احتیاطی ضرری به دیگری وارد نماید، مسئول جبران خسارات واردہ خواهد بود. نکته مهم در متن ماده فوق آن است که بی‌احتیاطی ترجمه واژه Negligence از ماده ۴۱ قانون تعهدات سوئیس است و در نظام حقوقی این کشور همچون انگلستان، بی‌احتیاطی معنایی موسع همچون تقصیر داشته و به عنوان مبنای مسئولیت شناخته می‌شود (خوبیاری، ۱۳۹۲: ۳۷). بنابراین بهتر بود مترجم قانون تعهدات به این نکته توجه کرده و Negligence را تقصیر ترجمه می‌کرد. به هر رو آنچه اهمیت دارد، آن است که در حقوق ایران ضرری که عمدآ یا در نتیجه تقصیر به دیگری وارد می‌گردد، باید جبران شود.

ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی را می‌توان مهمترین ماده در مردم مسئولیت مدنی دولت دانست. معیار ابتدایی این ماده برای تعیین مرز قابل پرداخت بودن و نبودن خسارات واردہ، حاکمیتی یا تصدی‌گرایانه بودن عمل موجب زیان است. مطابق با این تقسیم‌بندی، دولت تنها در مواردی که در نقش متصدی ایفاء نقش می‌کند، مسئول شناخته می‌شود؛ در غیر این صورت اگر عمل دولت برحسب ضرورت، برای تأمین منافع اجتماعی و طبق قانون به عمل آید، دولت مسئولیتی در برابر خسارات احتمالی نخواهد داشت (غمامی، ۱۳۷۶: ۱۱۵). به این ترتیب مهمترین چالش برای شناسایی مسئولیت کمیسیون ماده ۵، تشخیص حاکمیتی یا تصدی‌گرایانه بودن تصمیمات این کمیسیون است.

تا سال ۱۳۸۳ مهمترین معیار برای شناسایی اعمال حاکمیتی، مفهوم مخالف تبصره یک ماده واحده قانون «تعیین مرجع دعاوی بین افراد و دولت مصوب ۱۳۰۷» که مقرر می‌کرد: «اعمال تصدی، اعمالی

^۱. ماده ۱۷۸: «مالی که در دریا غرق شده و مالک از آن اعراض کرده است مال کسی است که آن را بیرون بیاورد». ماده ۴۱۸: «اگر مغبون در حین معامله عالم به قیمت عادله بوده است، خیار فسخ نخواهد داشت».

است که دولت از نقطه نظر حقوق، مشابه اعمال افراد انجام می‌دهد، مانند خرید و فروش املاک و مستغلات و اجاره و استجاره و امثال آن». با این تعریف، هر عملی که به نحوی، ابراز اراده آمرانه دولت در شکل دستور یا منع باشد، حاکمیتی قلمداد می‌گردد (واعظی، ۱۳۹۴: ۲۰۰) و در نتیجه امكان مسئول انگاری کمیسیون ماده ۵ متنفی خواهد بود. با وجود این در ماده ۱۳۵ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کشور مصوب ۱۳۸۳، معیارها و مصاديق دقیق‌تری جهت تشخیص مرز این دو عنوان مطرح شد. در این ماده نقش و وظایف دولت، به حوزه‌های «امور حاکمیتی»، «امور تصدیهای اجتماعی، فرهنگی و خدماتی»، «امور زیربنایی» و «امور تصدیهای اقتصادی» تقسیم شده و از ظاهر ماده به نظر می‌رسد، امور سه‌گانه اخیر ذیل عنوان امور تصدی گرایانه و در برابر امور حاکمیتی قرار دارند. در بند «ج» این ماده طرحهای آب و خاک، عمران شهری و روستایی و شبکه‌های انرژی رسانی، ارتباطات و حمل و نقل، به عنوان نمونه‌های طرحهای زیربنایی بیان شده و در بند «ج» ماده ۱۳۶ بر امکان واگذاری این طرح‌ها به بخش‌های خصوصی تاکید شده است که می‌تواند اماره‌ای بر تصدی گرایانه بودن این امور باشد.

بنابر آنچه گفته شد، به نظر می‌رسد مسئول شناختن کمیسیون ماده ۵ از زاویه تصدی گرایانه بودن تصمیمات، امكان‌پذیر است. شرط دیگر ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی برای مسئول شناختن دولت آن است که عمل زیان‌بار باید به مناسبت انجام وظیفه بوده و عمدتاً یا در نتیجه بی‌احتیاطی فرد اتفاق نیافتداده باشد. یکی از مواردی که ناقص شرط «به مناسبت انجام وظیفه» بوده، عدم صلاحیت نهاد تصمیم‌گیرنده در موضوع مورد تصمیم است. با توجه به وجود این شرط، برخی محققین معتقدند: «در صورتی که سانحه منجر به زیان، به علتی صورت گیرد که مقام عمومی، وظیفه‌ای در آن خصوص نداشته است، خسارت وارد (توسط دولت) جبران نخواهد شد» (امیر ارجمند، زرگوش، ۱۳۸۸: ۱۰۴). به این ترتیب می‌توان گفت در صورتی که تصمیم کمیسیون ماده ۵ به دلیل عدم صلاحیت آن، ابطال شود و از رهگذر صدور یا اعمال آن تصمیم به شخصی ضرری وارد شده باشد، دولت مسئولیتی در مقابل جبران آن نخواهد داشت. با توجه به نص ماده ۱۱ طبیعی است، اگر ضرر ناشی از رفتار عمدی عضو کمیسیون باشد نیز، مسئولیتی متوجه دولت نخواهد بود. در تایید این نتیجه می‌توان به نظراتی اشاره کرد که می‌تنی بودن ضرر بر ضعف‌های شخصیتی و هوس‌های کارکنان (مانند اخذ رشوه) را عامل سقوط مسئولیت دولت در برابر خسارات دانسته‌اند (طباطبایی موتمنی، ۱۳۷۷: ۴۱۰).

آخرین نکته درباره مسئولیت دولت در ماده ۱۱، تفسیر جایگاه خطای اعضای کمیسیون با توجه به مفهوم بی‌احتیاطی است. خطای مقام عمومی هرچند در راستا و با هدف انجام صلاحیت‌های خویش است؛ اما به دلیل اعمال نادرست و اشتباه صلاحیت توسط فرد رخ می‌دهد (امیر ارجمند، زرگوش، ۱۳۸۸: ۱۱۴). به این ترتیب حتی اگر نادرستی تصمیم کمیسیون به جهت خطای اعضای آن باشد، نمی‌توان دولت را مسئول جبران خسارت پنداشت؛ کما لینکه با مقایسه اصول ۱۶۷ و ۱۷۱ قانون اساسی می‌توان دریافت که بی‌اطلاعی قاضی از مصاديق تقصیر و موجبات مسئولیت شخصی او به شمار می‌رود. بدون تردید چنین

رویکرد سلیمانی در تفسیر مسئولیت دولت، اعمال بار مسئولیت بر دوش دولت را به موارد محدود منحصر خواهد کرد.

۲. مسئولیت کمیسیون و نحوه اعمال آن

همان طور که پیش از این آمد، مطابق با ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی، مسئول شناختن هر شخص اعم از حقیقی یا حقوقی، منوط به اثبات تقصیر است. کمیسیون ماده ۵ به عنوان یک شخص حقوقی از شمول این ماده مستثنی نیست. آراء بسیاری از شعب دیوان عدالت اداری با مضمون ابطال صورت جلسات کمیسیون ماده ۵ به دلیل مغایرت با قانون یا حتی تعارض با طرح جامع شهری صادر شده است (دادنامه شماره ۹۱۰۹۷۰۹۰۳۱۰۳۳۶ مورخ ۱۲/۱۹/۱۳۹۱)؛ اما در رویه قضایی حکمی مبنی بر مسئولیت مدنی کمیسیون ماده ۵ دیده نمی‌شود. در آثار اندیشمندان حقوقی نیز مسئولیت به جای آنکه متوجه کمیسیون باشد، متوجه شهرداری به عنوان نهاد مجری دانسته شده است (واحد شیرتری، حسنی، ۱۳۹۶). در این قسمت به بررسی این پرسش می‌پردازیم که در صورت تخلف، مسئولیت را باید بر دوش کمیسیون به عنوان یک شخص حقوقی قرار داد یا آنکه تعهدات غیرقراردادی متوجه اعضای کمیسیون است؟ پرسش دیگری که پس از طرح پاسخ، پدید می‌آید این است که در صورت مسئول پنداشتن هر دو، یا همراه با شخص ثالث، نحوه تحمیل مسئولیت به چه شکل خواهد بود؟

۲.۱. الزامات کمیسیون و اعضای آن

نکته قابل توجه در این قسمت، آن است که در صورت تقصیر اعضای کمیسیون ماده ۵؛ آیا کمیسیون به عنوان یک نهاد دولتی مسئول جبران خسارت است یا مطابق با ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، دولت وظیفه‌ای در قبال جبران خسارات ناشی از تقصیر کارمندان خود ندارد؟ مهم‌ترین نکته در راستای تحمیل مسئولیت، توجه به نحوه انتساب ضرر در بحث حاضر است. در فرض ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی ضرر به کارمند مقصراً منتبه است؛ اما آیا درمورد مصوبات نادرست کمیسیون، ضرر به اعضاء منتبه است یا کمیسیون به عنوان یک شخصیت حقوقی مستقل؟ همان‌طور که دیدیم دعاوی مطروحه در دیوان عدالت اداری نیز به طرفیت کمیسیون مطرح شده و این می‌تواند موید این نظر باشد که تصمیم در هر صورت منتبه به شخص کمیسیون است. مطابق با این نظر کمیسیون به عنوان شخصیت حقوقی دولتی باید از بودجه اختصاص یافته خسارت را جبران سازد. با وجود این دولت در زمان تدوین لایحه بودجه برای کمیسیون‌های این‌چنینی بودجه چندانی منظور نمی‌کند و شاید به همین دلیل است که حقوق‌دانان و قضات نیز بار کردن مسئولیت به عهده کمیسیون را تکلیف مالا یطاق دانسته و از مسئول دانستن آن اجتناب می‌کنند. علی‌رغم آنچه گفته شد ماده واحده قانون «نحوه پرداخت محکوم به دولت و عدم تأمین و توقیف اموال دولتی» مؤسسات دولتی را مسئول دانسته است که از محل اعتبار مربوط به پرداخت تعهدات بودجه مصوب سالهای قبل منظور در قانون بودجه کل کشور و در صورت نبودن و عدم امکان تأمین از محلهای قانونی دیگر در بودجه سال بعد خود منظور و پرداخت نمایند.

مطابق با نظر فوق، می‌توان کمیسیون را از محل بودجه دولتی به پرداخت خسارت الزام کرد؛ اما در این فرض دولت بهای تقصیر یا تخلف اعضای کمیسیون را می‌پردازد و باید به دنبال یافتن محمولی قانونی بود تا بتوان ضرر واردہ به دولت را جبران کرد. با توجه به شخصیت حقوقی مستقل کمیسیون بعید نیست اگر فرض فوق را با مسئولیت شرکت در برابر طلبکاران به دلیل تقصیر مدیران مقایسه کنیم. در شرکت-های تجاری در فرض ورود ضرر ناشی از تقصیر مدیران، شرکت در برابر طلبکاران ضامن است و سپس می‌تواند به مدیران مقصراً مراجعه نماید (مواد ۱۱۴ و ۱۴۳ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت). به این ترتیب می‌توان دولت را در مراجعة به اعضای مقصراً و متخلص ذی حق دانست. در فرض دیگر که البته با تفاسیر صورت گرفته از ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی انطباق بیشتری دارد، جبران خسارات ناشی از تصمیمات خارج از صلاحیت کمیسیون، یا تصمیماتی که مبتنی بر خطای عمدی یا غیرعمدی اعضاء باشد، به عهده اعضاست و هیچ مسئولیتی متوجه دولت نخواهد بود. البته باید پذیرفت که در غیر موارد فوق، دولت مسئول جبران خسارت است و مطالب گفته شده درباره بودجه کمیسیون و چگونگی جبران خسارت، قابل اعمال خواهد بود.

۲.۲. نحوه تحمیل مسئولیت بر متعهد

پرسش دیگر آن است که در صورت مسئول شناخته شدن دولت، آیا باید اشخاص حقیقی حاضر در کمیسیون را در برابر دولت مسئول بدانیم یا اشخاص حقوقی ای که افراد فوق الذکر به عنوان نماینده آنها در کمیسیون حاضر بوده‌اند؟ طبق ماده ۱۱۰ لایحه فوق الذکر نمایندگان با اشخاص حقوقی مسئولیت تضامنی داشته و از این رو دولت می‌تواند به هر کدام از آنها برای مطالبه تمام طلب مراجعة نماید؛ هر چند از آن رو که اغلب اشخاص حقوقی کمیسیون، دولتی محسوب می‌شوند، مراجعة دولت به آنها توجیه چندانی ندارد. در نهایت مسئولیت نهایی به دوش اشخاص حقیقی حاضر در کمیسیون است. توضیح آنکه پس از مراجعة دولت به اشخاص حقیقی و حقوقی کمیسیون و وصول مطالبات خود، اشخاص حقوقی نیز می‌توانند به جهت مسئولیت ناشی از تعدی و تفریط به اعضای کمیسیون که در تصویب صورت جلسه نقش داشته‌اند مراجعة نمایند. مسئولیت نهایی بین اعضای موافق، مطابق با اصل «برائت ذمه از زیاده» به نحو تسهیم است؛ به این معنا که هر چهار نفر به نحو مساوی ضامن پرداخت خسارت خواهند بود و چنانچه یکی از ایشان بیش از ۲۵ درصد خسارت را به اشخاص حقوقی پرداخت نماید، می‌تواند به سایر متخلفین یا مقصراً نسبت به مازاد مراجعة کند. فرض حاضر مربوط به حالتی است که فرد متضرر شخصی است که مستقیماً از مصوبات کمیسیون خسارت دیده باشد که این فرض را حتی می‌توان به ضررها معنوی ناشی از بی‌توجهی به نحوه زیستن معلولان و جانبازان تعمیم داد؛ چراکه مسئولیت مدنی تنها مربوط به اموال نیست و ممکن است ناشی از تضییع حقوق معنوی افراد باشد (واحد شیرتی، حسنی، آقایی بجستانی، ۱۳۹۷: ۲۲۳).

فرض دیگر ورود خسارت مربوط به زمانی است که شخصی با اخذ موافقت افزایش تراکم و طبقات از کمیسیون ماده ۵، موجب سایه‌اندازی و تضییع حق ارتفاق منفی مجاورین در ملک خود شود. در این فرض زیان دیده می‌تواند از دیوان عدالت اداری ابطال صورت جلسه کمیسیون و اخذ خسارت احتمالی از همسایه را از دادگستری مطالبه نماید. نحوه جبران خسارت در فرض حاضر تخریب میزان ساخته شده مازاد است و با توجه به باطل بودن صورت جلسه کمیسیون امکان توافق مالک با همسایه‌ها نیز وجود ندارد؛ چراکه توافق شهروندان نمی‌توان بر خلاف مقررات شهرسازی حقی برای آنها ایجاد نماید. در این فرض مالک به دلیل تخریب ساختمان و احتمالاً پرداخت خسارت به همسایه متضرر شده است. چنانچه مالک از غیرقانونی بودن مصوبه به هرنحو از جمله تطمیع اعضا کمیسیون اطلاع داشته باشد، عمل وی مصدق اقدام به زیان بوده و کمیسیون مسئولیتی جهت جبران خسارات ندارد. از سوی دیگر اگر مالک اطلاعی از کیفیت مصوبه نداشته باشد، می‌تواند مطابق با قاعده غرور به فریب دهنده یعنی کمیسیون ماده ۵ مراجعه کند. پیش از این دیدیم که در قاعده غرور علم غار به فریب، شرط نبوده و به همین دلیل در فرض تصریف اعضا نیز کمیسیون مسئول جبران خسارت خواهد بود.

نتیجه‌گیری

در حقوق ایران بیشتر توجهات معطوف به نهادهای اجرایی است و طبعاً نهادهای تصمیم‌ساز از پاسخگویی در برابر تصمیمات گرفته شده معاف خواهند بود. یکی از این نهادها کمیسیون ماده ۵ (اصلاحی ۱۳۸۸/۰۱/۲۳) قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۲۲ موسوم به کمیسیون‌های طرح تفصیلی است که با اختیار در تدوین و تغییر طرح‌های تفصیلی نقش بسزایی در سیمای شهرها و فضای زیستی شهروندان دارد. نگارنده‌گان در این نوشتار در پی یافتن مبانی قانونی جهت مسئول دانستن اعضاء کمیسیون در برابر تصمیمات متخذه بودند؛ چراکه مسئول انگاری ایشان می‌تواند ضمانت اجرایی موثر جهت دقت بیشتر در تصویب صورت جلسات باشد. البته دیدیم که منظور از مسئولیت کمیسیون در برابر زیان‌دیده، مسئولیت اعضا نیست و خود کمیسیون به عنوان یک شخصیت حقوقی مستقل از محل بودجه موجود یا آینده خود مسئول باز پرداخت خسارات وارد است. به این ترتیب خسارت از کیسه دولت پرداخت خواهد شد و دولت نیز می‌تواند جهت جبران خسارات پرداختی به اعضاء کمیسیون مراجعه کند. در نهایت مسئولیت بر دوش اعضا مقصوٰر یا متخلف خواهد بود. بدون تردید اتخاذ این رویکرد می‌تواند موجب تحولی چشمگیر در میزان تخلفات و البته بهبود مصوبات کمیسیون ماده ۵ باشد.

منابع و مأخذ:

۱. آزادی، مجید، (۱۳۹۵)، «جهات ابطال مصوبات شوراهای اسلامی شهر در آراء هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به دلیل مغایرت با قوانین، مقررات دولتی و شرع»، نخستین همایش ملی علوم اسلامی حقوق و مدیریت، صص ۱-۲۳.
۲. اسکینی، ریعا، (۱۳۸۷)، حقوق تجارت، شرکت‌های تجاری، جلد دوم، چاپ دهم، تهران: سمت.
۳. امیر ارجمند، اردشیر؛ زرگوش، مشتاق، (۱۳۸۸)، «تصصیر در حقوق مسئولیت مدنی دولت؛ مطالعه تحلیلی - تطبیقی»، تحقیقات حقوقی، شماره ۴۹، صص ۸۵-۱۴۳.
۴. باریکلو، علیرضا، (۱۳۸۷)، اشخاص و حمایت‌های حقوقی آنان، چاپ چهارم، تهران: مجد.
۵. بهرامی، حمید، (۱۳۷۰)، سوء استفاده از حق، چاپ اول، تهران: مؤسسه اطلاعات.
۶. تفهیمی، رحمان؛ لامیت، حسن الدین، (۱۳۹۲)، «تاویلی پدیدارشناسانه بر تاویلگری مدیران شهری: نقدي بر روش‌شناسی کمیسیون ماده ۵ و کارگروه در اقدام برای تغییر در طرح‌های شهری»، مدیریت شهری، شماره ۳۳، صص ۱۲۷-۱۴۲.
۷. حسینی، علی؛ پوراحمد، احمد؛ پژوهان، موسی؛ رحیمی، حجت‌الله، (۱۳۹۰)، «نقش نهادهای مدیریت شهری در مدیریت پایدار شهر با تأکید بر جایگاه کمیسیون ماده ۵ شهرداری تهران»، مدیریت شهری، شماره ۲۸، صص ۴۶-۲۷.
۸. خوبیاری، حامد (۱۳۹۲)، مطالعه‌ی تطبیقی مفهوم بی‌احتیاطی و نقش آن در مسئولیت مدنی در حقوق ایران، انگلیس و آمریکا، کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، قم: دانشگاه قم.
۹. صرامی، سیف‌الله، (۱۳۸۲)، منابع قانون‌گذاری در حکومت اسلامی، چاپ اول قم: بوستان کتاب.
۱۰. صفایی، سید حسین؛ قاسم‌زاده، مرتضی، (۱۳۸۴)، حقوق مدنی، اشخاص و محجورین، چاپ یازدهم، تهران: سمت.
۱۱. طباطبایی موتمنی، منوچهر، (۱۳۷۷)، حقوق اداری، چاپ چهارم، تهران: سمت.
۱۲. صفایی، سید حسین؛ رحیمی، حبیب‌الله، (۱۳۹۵)، مسئولیت مدنی، چاپ نهم، تهران: سمت.
۱۳. شمس، عبدالله، (۱۳۸۷)، آیین دادرسی مدنی، جلد یکم، چاپ هشتم، تهران: دراک.
۱۴. عمید زنجانی، عباسعلی، (۱۳۸۹)، موجبات ضمان، چاپ دوم، تهران: میزان.
۱۵. غمامی، مجید، (۱۳۷۶)، مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود، چاپ اول، تهران: دادگستر.
۱۶. فاضل لنگرانی، محمد جواد، (۱۳۸۷)، قاعده ضمان ید، چاپ اول، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
۱۷. لطفی، اسدالله، (۱۳۹۳)، مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران: جاودانه؛ جنگل.
۱۸. محقق داماد، مصطفی، (۱۳۸۸)، قواعد فقه، جلد یکم، چاپ بیست و سوم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

۱۹. مرادی مسیحی، واراز، (۱۳۸۴)، برنامه‌ریزی استراتژیک و کاربرد آن در شهرسازی ایران، نمونه موردي کلان شهر تهران، چاپ اول، تهران: شرکت پردازش و برنامه‌ریزی شهری.
۲۰. محمسانی، صبحی رجب، (۱۳۸۶)، فلسفه قانون‌گذاری در اسلام، ترجمه اسماعیل گلستانی، چاپ اول، تهران: آثار اندیشه.
۲۱. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۹۰)، قاعده لاضرر، مترجم؛ محمد جواد بنی سعید لنگرودی، چاپ اول، قم: امام علی بن ابی طالب (ع).
۲۲. واحد شیرتری، مصطفی؛ حسنی، علیرضا، (۱۳۹۶)، «تحلیل حقوقی نقش مناسبسازی محیط در زندگی معلولان و جانبازان و مسئولیت مدنی ناشی از آن»، مدیریت شهری، شماره ۴۹، صص ۲۸۷-۲۹۶.
۲۳. واحد شیرتری، مصطفی؛ حسنی، علیرضا؛ آقایی بجستانی، مریم، (۱۳۹۷)، «بررسی نحوه جبران خسارات قابل مطالبه جانبازان و معلولان ناشی از عدم مدیریت مناسب سازی محیط شهری»، مدیریت شهری، شماره ۵۲، صص ۲۱۹-۲۲۹.
۲۴. واعظی، سید مجتبی، (۱۳۹۴)، «معیار عمل حاکمیت در حقوق اداری ایران»، مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره ۷، شماره ۲، صص ۱۹۹-۲۲۰.
۲۵. نوریان، فرشاد؛ شریف، محمد، (۱۳۸۲)، نگرشی بر روند تهییه طرح‌های تفصیلی در شهرسازی، تهران: شرکت پردازش و برنامه‌ریزی شهری.

Civil Liability of Detailed Plan Commission for Damages Caused by the Implementation of its decrees

Hamed Khubyari¹

Shima Keshavarzi²

Abstract:

Though urban planning has a long history in Iran, the growing population in the cities, especially in recent centuries, the emergence of governments in its modern sense, and particularly numerous and different needs of the citizens has led each city to implement its own particular comprehensive and detailed plan suited to its specific circumstances.

In Iran, ratification and modification of detailed urban plans are undertaken by a commission called the Detailed Plan Commission.

These commissions are generally known as Article 5 Commissions and this refers to the Article 5 of the Act entitled Establishment of the Iranian Supreme Council on Urban planning and Architecture.

Regulation and modification of detailed plans require a high degree of expertise and the legislator has therefore sought to minimize the possibility of error by bringing together experts from different fields.

Nevertheless, the possibility still exists of error or intentional misconduct on the part of the members of the commission, and the resultant damage inflicted on the citizens. Therefore, the main challenge is how to compensate for this damage.

However, to achieve the desired result, we need to answer such questions as the nature of the commission, the status of its capacity for rights and the capacity to exercise its rights and obligations, the extent of the government's liability for the damages caused by the commission' actions, and finally the position of the delinquent committee members in this equation.

According to the authors, in the first step, the government has the responsibility to compensate for damages sustained by individuals as a

¹. Ph.D. at, private law, Isfahan University, Isfahan, Isfahan ,Iran., h.khubyari@gmail.com

². Ph.D. Student in Urban Planning, Tarbiat Modarres University ,Tehran ,Iran

shima.keshavarzi۶۹@modares.ac.ir

result of errors and wrongdoing committed by the commission, and for number of reasons Article 11 of the Civil Liability Act lies outside of the subject of this research.

In the next step, the government may claim compensation from members present in the commission who committed intentional misconduct or error.

Establishment and adoption of such an approach can serve to make the members of the commission more cautious in examination or ratification of minutes and would prevent the occurrence of possible errors or misconducts.

KeyWords: *Civil Liability, Article 5 Commission of Establishment on Iranian Supreme Council of Urban planning and Architecture Act, Detailed Plan, Juridical Personality.*

ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله

منتخب منابع قابل استفاده در پژوهنده علمی

کد مقاله

LAW-2105-1076 (R2)

دانشنامه‌های مرتبط

۱. دانشنامه مسئولیت مدنی
۲. دانشنامه حقوق شهری و شهرداری

مدخلهای مرتبط قابل استخراج

۱. مسئولیت مدنی
۲. کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران
۳. طرح تفصیلی
۴. شخصیت حقوقی

مدخلهای فرعی قابل استفاده در تدوین مدخلها

۱. ماهیت کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران
۲. وحدات صلاحیت آن مسئولیت مدنی کمیسیون ماده ۵
 ۳. ضمان ناشی از تقصیر
 ۴. ضمان ناشی از غرور
 ۵. ضمان ناشی از اقدام
 ۶. مسئولیت مدنی دولت
۷. نحوه تحمل مسئولیت بر متعهد

قانون یا مواد قانونی مرتبط

۱. ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران
۲. مواد ۱ و ۱۱ قانون مسئولیت مدنی
۳. ماده ۲ ماده ۲۳ قانون تجارت
۴. ماده ۲۳ و تبصره ۲ ماده ۵۲۲ قانون آینین دادرسی مدنی
۵. ماده ۱ و تبصره ۲ ماده ۸۴ و ماده ۷ قانون تشکیلات و آینین دادرسی دیوان عدالت اداری
۶. اصول ۱۶۷ و ۱۷۱ قانون اساسی
۷. مواد ۱۱۴ و ۱۴۳ اصلاح قسمتی از قانون تجارت

۱. آزادی، مجید، «جهات ابطال مصوبات شوراهای اسلامی شهر در آراء هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به دلیل مغایرت با قوانین، مقررات دولتی و شرع»، نخستین همایش ملی علوم اسلامی حقوقی و مدیریت، ۱۳۹۵، اسکوین، ریعا (۱۳۸۷)، حقوق تجارت، شرکت‌های تجاری، جلد دوم، تهران: سمت، چاپ دهم.

۲. امیر ارجمند، اردشیر؛ زرگوش، مشتاق، «قصیر در حقوق مسئولیت مدنی دولت: مطالعه تحلیلی- تطبیقی»، تحقیقات حقوقی، شماره ۴۹، بهار و تابستان ۱۳۸۸

۳. باریکلو، علیرضا (۱۳۸۷)، اشخاص و حمایت‌های حقوقی آنان، تهران: مجد، چاپ چهارم.

۴. بهرامی، حمید (۱۳۷۰)، سوء استفاده از حق، تهران: موسسه اطلاعات، چاپ اول.

۵. صرامی، سیف الله (۱۳۸۲)، متابع قانونگذاری در حکومت اسلامی، قم: بوستان کتاب، چاپ اول.

۶. صفائی، حسین، قاسم‌زاده، مرتضی (۱۳۸۴)، حقوق مدنی، اشخاص و محظوظین، تهران: سمت، چاپ یازدهم.

۷. طباطبایی موتمنی، منوچهر (۱۳۷۷)، حقوق اداری، تهران: سمت، چاپ چهارم.

۸. صفائی، حسین، رحیمی، حبیب الله (۱۳۹۵)، مسئولیت مدنی، تهران: سمت، چاپ نهم.

۹. عبد الله (۱۳۸۷)، آینین دادرسی مدنی، جلد یکم، تهران: دراک، چاپ هشتم.

۱۰. عباسعلی (۱۳۸۹)، موجبات ضمان، تهران: میزان، چاپ دوم.

۱۱. غمامی، مجید (۱۳۷۶)، مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود، تهران: دادگستر، چاپ اول.

۱۲. فاضل لکرانی، محمد جواد (۱۳۸۷)، قاعده ضمان ید، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، چاپ اول.

۱۳. لطفی، اسدالله (۱۳۹۳)، مسئولیت مدنی، تهران: جاودانه: جنگل، چاپ اول.

۱۴. محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۸)، قواعد فقه، جلد یکم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ بیست و سوم.

۱۵. مرادی مسیحی، واراز (۱۳۸۴)، برنامه‌ریزی استراتژیک و کاربرد آن در شهرسازی ایران، نمونه موردي کلان شهر تهران، تهران: شرکت پردازش و برنامه‌ریزی شهری، چاپ اول.

۱۶. محماسنی، صبحی رجب (۱۳۸۶)، فلسفه قانون‌گذاری در اسلام، ترجمه اسعیل گلستانی، تهران: آثار اندیشه، چاپ اول.

۱۷. اعاعظی، سید مجتبی، «عيار عمل حاکمیت در حقوق اداری ایران»، مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره ۷، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۴

الزامی (قانونی) بودن و مقتضی بودن تعقیب و نمود آن در مقررات دادرسی کیفری ایران و دیوان بین‌المللی کیفری

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

ابراهیم (ضاقلیزاده^۱)

چکیده

تعقیب متهم از اصلی ترین مراحل فرایند دادرسی کیفری است که به منظور حفظ مصالح فردی و اجتماعی در زمرة اختیارات و تکالیف مقام صلاحیت دار در امر تعقیب گذارده است. تصمیم به تعقیب کیفری بر طبق مقررات دادرسی ملی ایران و در حیطه جزای بین‌الملل بر طبق اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، بر عهده مقام دادستان قرار گرفته است. مطالعه مقررات حقوق کیفری ایران در کنار بررسی مفاد اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری به عنوان سندی معتبر و معیاری در چگونگی سازماندھی دادرسی کیفری از رهگذر تقابل دو سیستم الزامی یا مقتضی بودن تعقیب، به تبیین بهتر اختیارات و تکالیف دادستان کمک می‌نماید. در ساختار مقررات دادرسی کیفری ایران، نهادهایی نظیر ترک تعقیب، بایگانی کردن پرونده، میانجی‌گری و تعلیق تعقیب، در زمرة نهادهای لازم برای به رسمیت شناختن نظام مقتضی بودن تعقیب شناخته می‌شود که با تصویب قانون آینین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، از قوانین پراکنده و خاص خارج و جنبه فراگیر یافته‌اند. در این میان، با توجه به ماده ۵۳ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری و رویه حاکم بر رسیدگی این مرجع، می‌توان گفت که دیوان بین‌المللی کیفری نیز به رغم اصل و مبنا قراردادن الگوی الزامی بودن تعقیب، بالحاظ مفاهیم منافع عدالت و مبنای معقول به اصل مقتضی بودن تعقیب توجه داشته و در برخی موارد، تشخیص بر عدم تعقیب کیفری متهم را بر عهده دادستان قرار داده است. علاوه بر این، پیش‌بینی نهادهایی همچون تعویق تحقیق و تعقیب و صلاحیت تکمیلی در مفاد اساسنامه و رویه دیوان بین‌المللی کیفری نیز از شاخص‌هایی به حساب می‌آیند که حکایت از شناسایی و اعمال سیستم مقتضی بودن تعقیب در مقررات و رویه این مرجع دارد.

کلیدواژه‌ها: الزامی بودن تعقیب، مقتضی بودن تعقیب، دیوان کیفری بین‌المللی، تعویق و تعلیق تحقیق، منافع عدالت، مبانی معقول.

۱. مقدمه

برقراری نظم و امنیت در جامعه، همواره یکی از دغدغه‌های عمدۀ حکومت‌ها است و برای پاسخ به این نیاز، مأموران و مقاماتی جهت مقابله با جرم و ناهمنجری‌ها اختصاص پیدا کرده‌اند. در این میان، در تبیین وظایف و اختیارات مقامات تعقیب، دو اندیشه مختلف وجود دارد که ایجاد‌کننده سیستم‌های الزامی بودن تعقیب و یا مقتضی بودن آن در ساختار دادرسی‌های کیفری گردیده است. این دو اصل که به فراخور زمانی، تعدیل‌هایی را به خود دیده، از منظر حقوق داخلی ایران و حقوق بین‌الملل جزایی، متأثر از برخی مبانی از جمله مصلحت‌گرایی است. از این حیث، در جهت تبیین ساختار پذیرفته شده در هریک از دو دیدگاه فوق و در جهت بهره‌گیری از اندیشه‌های معنکس در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، عمدۀ ترین پرسش‌های مطروحه در این نوشتار از این قرار است؛ نخست آن که مفهوم اصل الزامی بودن و مقتضی بودن تعقیب در فرایند دادرسی کیفری ایران و حقوق بین‌الملل جزایی چیست؟ دیگر این که رویکرد حقوق کیفری ایران و حقوق بین‌الملل جزایی در رابطه با اصول مزبور چگونه تبیین شده است؟ در نهایت این که حقوق کیفری ایران و حقوق بین‌الملل جزایی، چه ساز و کارهایی را در راستای اعمال اندیشه مورد نظر خود از حیث الزامی بودن یا مقتضی بودن تعقیب به کار بردۀ‌اند؟ بدین ترتیب، در این نوشتار با توجه به پرسش‌های مربوطه، ابتدا به تبیین مفهومی و ویژگی‌های این اصول پرداخته می‌شود و بعد از آن، رویکرد و سازوکارهای حقوق کیفری ایران و حقوق بین‌الملل جزایی (معنکس در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری) در رویارویی با این دو سیستم دادرسی، ارزیابی می‌گردد.

۲. مفهوم‌شناسی

تبیین مفاهیم بنیادین در هر پژوهش در زمرة مهم‌ترین موضوعات محسوب می‌گردد به نحوی که نبود درک صحیح نسبت به آن، می‌تواند به مبهم باقی ماندن موضوع پژوهش منجر گردد. از این رو، در این قسمت و ذیل دو عنوان جداگانه، به تبیین مفهومی اصل الزامی (قانونی) بودن و اصل مقتضی (متاسب) بودن تعقیب در آموزه‌های آین دادرسی کیفری پرداخته می‌شود.

۲-۱. اصل الزامی (قانونی) بودن تعقیب

حق طرح دعوای حقوقی به اصحاب دعوا تعلق دارد و به همین دلیل، طرح، پیگیری و همچنین انصراف از آن در نظام دادرسی نیز به ایشان محول شده است. اما در دعوای کیفری مطابق با موازین قانونی غالب نظام‌های دادرسی دنیا، همسو با اصل الزامی (قانونی) بودن تعقیب، دادسرا مکلف به شروع تعقیب و طرح دعوای کیفری تا حاصل شدن نتیجه که همان صدور حکم برائت یا محکومیت است، می‌باشد. (آشوری، ۱۳۹۸: ۴۱) به بیان دیگر، به موجب این اصل، تعقیب هر جرم از زمان اطلاع نهاد تعقیب، بلاfacle، در فرض وجود داشتن ادلۀ انتسابی کافی، باید به جریان بیفتند. در واقع، مقام مسئول امر

تعقیب، حق ترک تعقیب را ندارد و امکانی در جهت اعمال هرگونه شرط و تضمین نسبت به متهم را ندارد. بدین ترتیب، مطابق با اصل الزامی بودن در مفهوم مضيق خود، مقام تعقیب، صرفاً مكلف به آماده-سازی پرونده به منظور ارسال به مرجع قضایی است. (خزایی، ۱۳۹۶: ۱۱) همچنین، به اعتقاد عده‌ای از صاحب‌نظران، اصل الزامی بودن تعقیب بدین مفهوم است که تعقیب هر جرم در راستای مصلحت عموم صورت می‌گیرد و هدف نهایی از آن، اجرا و اعمال قانون می‌باشد. بدین ترتیب، می‌توان گفت که میان اختیار و تکلیف یا وظیفه به تعقیب کیفری نوعی ملازمه وجود دارد و در این میان، تکلیف مقام تعقیب، حمایت از حاکمیت قانون است. در این بین، مطابق با اصل مذبور، تعریف و تبیین مفهومی صحیح و روشن انواع بزه در قانون امری الزامی تلقی می‌شود و از این جهت باید گفت که در وهله نخست، آن‌چه که موضوعیت دارد، قانون است و بدین ترتیب، تفسیر لفظی آن از اهمیت شایانی برخوردار است. علاوه بر این، از منظر اصل الزامی بودن تعقیب در خصوص آثار و نتایج تصمیمات قضایی، هیچ‌گونه مسئولیت-پذیری قابل فرض نیست و بر تفسیر مضيق قانون تأکید می‌شود. بدین سان، با عنایت به مطالب مطروحة، از این اصل، گاه به اصل تعقیب اجباری نیز یاد می‌گردد. (آخوندی، ۱۳۹۴: ۲۲۴/۶) وفق اصل مذبور، با توجه به این که مقام تعقیب، در واقع نماینده جامعه محسوب می‌گردد و هیأت اجتماع نیز برای خود حق تعقیب جرم از جنبه عمومی را ضروری و قابل تصور قلمداد و حق تعقیب جرم از جنبه عمومی را از روابط شخصی میان مرتكب جرم و بزه‌دیده مجزا محسوب می‌نماید، لذا، مقام تعقیب به هر روش که از وقوع و تحقق جرم با دارا بودن جنبه عمومی اطلاع یابد، می‌بایست تعقیب کیفری راجع به جرم ارتکابی را آغاز نماید. (Ashworth, 2016:123)

۲-۲. اصل مقتضی بودن یا موقعیت داشتن تعقیب

اصل موقعیت داشتن یا مقتضی بودن تعقیب دقیقاً در مقابل اصل الزامی بودن تعقیب قرار داشته و به مفهوم اختیار مقام تعقیب نسبت به تصمیم راجع به تعقیب یا عدم تعقیب در خصوص جرم ارتکابی است. از این حیث، با لحاظ این اصل، دادستان از دامنه اختیار موسعی راجع به امر تعقیب یا عدم آن برخوردار است. به بیان دیگر، دادستان می‌تواند با بررسی موضوع و تبیین و تشخیص مصلحت امر، حتی به رغم مدلل بودن احراز وقوع جرم، با لحاظ جهاتی ویژه و خاص غیر از جهات معین در قوانین و مقررات جزایی، نسبت به تعقیب کیفری خودداری کرده و به تبع آن، امر به عدم تعقیب موضوع دهد. علی‌هذا، اصل مقتضی بودن تعقیب دعوای کیفری رویکردی تلقی می‌گردد که از رهگذر آن، به نهاد تعقیب، نوعی اختیار داده می‌شود که در فرض صلاح‌دید و مفید نبودن امر تعقیب برخی جرایم، از طرح دعوای کیفری خودداری نماید. (Regoli, 2018:202) در این بین، باید گفت که کمیته راجع به پیش‌گیری از جرم و رفتار با محکومان سازمان ملل متحد، مطابق با بند ۱-۵ قطعنامه پیشنهادی مطروحة در یازدهمین اجلاس کمیته مذکور در ۱۹۹۰، با عنوان «تصمیمات پیشین بر رسیدگی مراجع دادرسی» بیان نموده است که نهاد پلیس، دادسرا یا سایر مقامات دخیل در فرایند دادرسی کیفری، در فرض تشخیص مصلحت از این

اختیار برخوردار می‌باشد تا در فرضی که تعقیب کیفری در راستای حمایت از جامعه، پیش‌گیری از جرم یا احترام به حقوق بزه‌دیدگان ضروری نباشد، تعقیب کیفری را متوقف نمایند». (Ibid 202) علاوه بر این، ماده ۵۳ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری نیز با پیش‌بینی برخی موازین قانونی، در کنار توجه به اصل الزامی بودن تعقیب، به الگوی مقتضی بودن تعقیب نیز اشاره داشته است. به موجب ماده مذکور، دادستان مکلف است تا بعد از بررسی و ارزیابی اطلاعاتی که در اختیار وی قرار می‌گیرد، شروع به تحقیق نماید مگر این‌که تشخیص دهد مطابق با اساسنامه و به رغم اهمیت جرم و منافع بزه‌دیدگان، دلایل مقتضی وجود دارد که تعقیب و تحقیق از متهم مبتنى بر مبانی معقول نبوده یا بر خلاف منافع عدالت است. در این میان، در خصوص مفاهیم «مبناي معقول» و «منافع عدالت»، اساسنامه ضابطه و معیار دقیق و روشنی را مشخص ننموده است. با این حال و در مقام بررسی آنچه که در رویه موجود در رسیدگی‌های دیوان وجود دارد، می‌توان گفت که منظور از «مبناي معقول»، هرگونه وضعیت و موقعیت یا نشانه‌ای است که وقوع جرم از نظر دیوان احرار نشود یا این‌که به رغم وجود برخی نشانه‌ها از وقوع و ارتکاب جرم، دادستان به این نتیجه برسد که ادله قابل اعتنا برای رسیدگی به اندازه کافی موجود نیست و استناد به ادله ارایه شده به صدور حکم منجر نمی‌گردد. همچنین اگر وضعیت وجود داشته باشد که ادله قابل استناد برای صدور حکم محکومیت وجود داشته اما دادستان به این باور برسد که احتمالاً قضیه به جهت یا جهات دیگر قابلیت پذیرش ندارد، می‌تواند از تعقیب متهم خودداری نماید. (خالقی، ۱۳۹۹: ۳۱ و خالقی و ساعدی، ۱۳۹۶: ۲۲۷)

در رابطه با معیار «منافع عدالت» و تبیین مفهومی آن نیز می‌توان بیان داشت که حسب دیدگاه‌های موجود در رویه دیوان و آموزه‌های حقوقی مرتبط با این موضوع، مفهوم منافع عدالت با منافع بزه‌دیدگان، شدت بزه یا بزه‌های ارتکابی و وضعیت متهم ارتباطی عمیق دارد. با این حال، این مفهوم امری ایجابی نیست و باید به دیدی سلبی بدان نگریست. بدین توضیح که در هر قضیه نباید منافع عدالت احرار گردد بلکه اصل بر تأمین عدالت از طریق تعقیب و تحقیق است مگر این‌که به صورت استثنایی خلاف این موضوع با لحاظ معیارهای فوق‌الذکر، احرار گردد. (سلیمانی، ۱۴۰۰، ۹۴ و ساعدی و صادقی، ۱۳۹۷: ۲۷۸) از این رو، می‌توان گفت که در پاره‌ای از جرایم تعقیب متهم نه تنها برایند سودمندی به همراه ندارد بلکه توجه به پیشگیری از جرم و اتخاذ تدبیر راجع به سیاست کیفری مناسب اقتضا می‌نماید که بر حسب اوضاع و احوال حاکم و شرایط موجود در پرونده و همچنین تأثیر نامتناسب تعقیب و مجازات نسبت به متهم، از تعقیب کیفری وی صرف‌نظر گردد. (عباسی، ۱۳۸۲: ۱۶) بدین ترتیب، نهاد تعقیب از این اختیار برخوردار است تا ضمن نگرش و دیدگاه اصلاحی - تربیتی نسبت به متهم از یکسو و پیش‌بینی ترتیبات راجع به جبران خسارت در خصوص بزه‌دیده از سوی دیگر، مسئله را مورد بررسی قرار داده و از تعقیب دعوای کیفری چشم‌پوشی نماید.

۳. مبانی مشترک حقوق کیفری ایران و اساسنامه دیوان در الزام یا

اقتضای تعقیب

بعد از تبیین مفهومی اصل الزامی بودن و مقتضی بودن تعقیب و ارایه تصویری روشن از این اصطلاحات در آموزه‌های آین دادرسی کیفری، در این قسمت و ذیل دو عنوان، به تفکیک، مبانی توجه به اصل الزامی بودن و اصل مقتضی بودن تعقیب در حقوق کیفری ایران و اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی بررسی می‌گردد.

۱-۳. مبانی ناظر بر توجه به اصل الزامی بودن تعقیب

به عقیده برخی از صاحبنظران، اساس و مبانی حاکمیت قانون، بر این امر استوار است که باید قانون بر اشخاص حکومت نماید. بدین‌ترتیب، یکی از ضروری‌ترین مبانی توجه به اصل الزامی بودن تعقیب، اجرای کامل و بدون خدشه قوانین و مقررات لازم‌الاجرا بر اشخاص می‌باشد. (Ambos, 2016:76). بر مبنای اصل مذکور، نهاد تعقیب در هر پرونده با عنایت به موازین قانونی خاص حاکم بر موضوع، باید مصادیق صحیح و بجای تعقیب را شناسایی نماید و در این راستا به امری بیرونی و خارج از قانون نیازی ندارد. همچنین، اصل قانونی بودن تعقیب، به دنبال تضمین برابری و یکسان جلوه دادن اشخاص در برابر قانون است. لذا، هیچ‌کس را نمی‌توان دارای جایگاهی فراتر و بالاتر از قانون تصور نمود. در این میان، دادرسان نیز می‌بایست بر اساس قانون به دنبال اجرای عدالت باشند و اعمال سلیقه و تفسیر شخصی - اخلاقی ایشان بر این مبنای صحیح نیست. به بیان دیگر، این اصل می‌تواند به مثابه شایسته‌ترین ابزار و روش در جهت پیشگیری از هرگونه سوءاستفاده محتمل مقامات از حیطه اختیارات خصوصاً در تقابل و رویارویی با بزههای فراملی باشد. لذا، کاراترین ابزار که به موجب آن، تمامی اشخاص در برابر قانون، یکسان تلقی گردد، اتکا و توجه به این اصل است. (Ibid: 76) از این جهت، می‌توان گفت که اصل قانونی بودن تعقیب، بستری مناسب را در راستای تضمین برابری اشخاص در مقابل قانون ایجاد می-نماید.

در زمرة دیگر مبانی توجه به این اصل، می‌توان به اعمال کیفر مجرمین و تحقق اهداف مرتبط با آن اشاره نمود. در این میان، باید یادآور شد که پیشگیری و بازدارندگی عمومی (عام)، یکی از مهم‌ترین فایده‌ها و اهداف کیفر تلقی می‌شود که اصل الزامی بودن تعقیب، می‌تواند به وسیله تأکید بر برابری اشخاص در برابر قانون به خصوص در حیطه جرایم بین‌المللی، این مهم را تحقق بخشد. (Boas, 2019:116)

در نهایت باید خاطر نشان ساخت که از طریق تأکید و توجه بر اعمال قانون و اجرای یکسان آن نسبت به همه اشخاص، زمینه و بستر هرگونه اعمال نفوذ در راستای اجرای قانون از بین می‌رود. (اسدی، ۱۳۹۲: ۲۰۷) لذا، این اصل، علاوه بر پیشگیری از هرگونه سوءاستفاده نهاد تعقیب در جهت اعمال قانون، از

تحقیق هرگونه نفوذ وی توسط سایر مقامات دخیل یا غیر دخیل در فرایند کیفری نیز ممانعت به عمل می‌آورد.

۲-۳. مبانی ناظر در توجه به اصل مقتضی بودن تعقیب

نخستین مبنا و استدلال در جهت ناصحیح دانستن اصل الزامی بودن قانون و روی آوری به اصل مقتضی بودن، حجم و تراکم زیاد پرونده‌های کیفری می‌باشد. بدین‌سان، در هر دو بعد بزه‌های داخلی و جرایم بین‌المللی، ضروری است که نهاد تعقیب در چارچوب تکلیف خویش مبنی بر سامان‌بخشی امور، در راستای اقامه دعوا در دادگاه کیفری ملی و فراملی، اختیار و صلاح‌دید کافی را در این زمینه داشته باشد تا بدین‌ترتیب، از بین حجم عظیمی از پرونده‌ها، تشخیص دهد که کدام پرونده و موضوع را تعقیب و چه پرونده و موضوعاتی را به روش‌های غیر قضایی حل و فصل نماید. (Boas, Op.cit:116) بدین‌ترتیب باید گفت که بالابودن و افزایش حجم پرونده‌های کیفری، به عنوان یکی از اساسی‌ترین مبانی توجه به اصل مقتضی بودن تعقیب تلقی می‌گردد. (امامی و صادقی، ۱۳۹۰: ۲۳۵) به عبارت دیگر، از رهگذر توجه به اصل مقتضی بودن تعقیب و لاحظ مصلحت در خصوص هر موضوع کیفری، علاوه بر کاهش میزان و حجم پرونده‌های کیفری مطروحه، می‌توان به نحو شایسته به موضوعات مهم‌تر پرداخت و در رابطه با مسایل با اهمیت بالاتر طرح دعوا کیفری نمود و از این طریق، امکان برقراری نظم و ثبات در اجتماع را با امکان بیشتری محقق ساخت.

در این بین، اصل الزام که دستگاه عدالت کیفری را در مواجهه با جرم، ملزم به تعقیب و پیگیری می‌نماید، هزینه‌های فراوانی را به صورت روزافزون در پی خواهد داشت و عملکرد آن را دچار ناکارآمدی می‌سازد اما اصل اقتضا که متضمن تعقیب‌زدایی و مشتمل بر اعمال صلاح‌دید از سوی مقام تعقیب و مجریان قانون است، از حجم کار کاسته و با هدف‌مند کردن هزینه‌های زمینه پرداختن به جرایم مهم‌تر و پرونده‌های سنتی‌تر را فراهم می‌کند. بدین‌سان، در فرض اعطای اختیار به دادستان، وی نقش مهمی را در کمک به کاهش بار پرونده‌های محاکم از طریق ترک تعقیب و حفظ نظم و مصون داشتن جامعه از ضربات شدید ناشی از جرایم بزرگ و مقابله با مجرمین حرفه‌ای و خطروناک بازی می‌کند. (همان ۲۳۵)

علاوه بر مطلب فوق، گاه مصلحت بزه‌دیده در عدم ورود به فرایند کیفری است. در رابطه با توجیه این مصلحت می‌توان گفت؛ علاوه بر مصلحت اجتماعی و بین‌المللی، مصلحت فردی در ارزیابی تعقیب و واکنش کیفری از اهمیت فراوانی برخوردار است. گاه بزه‌دیده از جرم گذشت می‌نماید و مقام تعقیب مصلحت را در پیگرد کیفری می‌بیند. این تزاحم در حقوق داخلی و جرایم دارای بزه‌دیده یا به تعبیر حقوق اسلامی در جرایم حق‌الناسی، بیشتر قابلیت نمود دارد. با این حال، توجه به امر تزاحم حقوق بزه‌دیده با مصلحت‌گرایی، موجب شده است که در برخی نظام‌های حقوقی از جمله کامن‌لا که مبنای اصلی اسناده دیوان بین‌المللی کیفری است، چارچوب الزام‌گرایی را به مواردی منحصر بدانند که جرم، جنیه غیرقابل گذشت دارد و به حرکت درآمدن امر پیگرد، منوط به شکایت متضرر از جرم نشده است.

(Johnstone, 2018: 109)

از منظر آموزه‌های جرم‌شناختی نیز آن دسته از نظریاتی که کنش‌گران اصلی عمل مجرمانه، یعنی بزهکار و بزه‌دیده را محور مطالعات خود قرار داده‌اند، بیشتر به اصل مقتضی بودن تعقیب توجه داشته‌اند. از این جهت و به عقیده برخی حتمی بودن مجازات و کیفر حتی معتل، همیشه تأثیری شدیدتر از ترس از مجازاتی سنگین که امید رهایی در آن راه دارد، به جا می‌گذارد. (Krug, 2017:312) علاوه بر این، نظریه برچسبزنی نیز به عنوان یکی از مبانی نظری اصل مقتضی بودن تعقیب، قابل طرح است. طبق این نظریه؛ کسی که برچسبِ مجرمانه می‌خورد، از نظر روانی خودش را مجرم فرض کند و سعی می‌کند رفتاری از خود بروز دهد که دیگران از وی به عنوان بزهکار انتظار دارند. لذا بر اساس این اندیشه، تعییرات رویکردی در چگونگی پاسخ‌دهی به رفتار مجرمانه لازم است که تحول در این زمینه و توجه به الگوی متناسب و مقتضی بودن تعقیب از جمله این راه‌کارها تلقی می‌شود.

۴. رویکرد حقوقی کیفری ایران در نظام تعقیب کیفری

نخستین قانون مرتبط با مقررات دادرسی کیفری در ایران که اصول کلی و غالب مقررات و موازین قانونی آن برگرفته از نظام دادرسی کیفری فرانسه است، قانون موقعی اصول محاکمات جزایی در ۱۳۳۰ قمری می‌باشد. لازم به ذکر است که قانون اصول محاکمات جزایی همچون قانون تحقیقات جنایی فرانسه، در رابطه با دو اصل الزامی بودن و مقتضی بودن تعقیب، هیچ‌گونه صراحتی نداشت. با این حال، از مجموعه و کلیت مفاد قانونی و مقررات ملحوظ در آن مخصوصاً مبحث اول از فصل چهارم ناظر بر حدود اختیارات دادستان دادگاه بدوى و معاونین وى، کاملاً روشن می‌گردد که اصل قانونی بودن تعقیب کیفری در نظام حقوقی ایران با عنایت به این قانون، به مثابه مبنا و اصل در چارچوب تعقیب کیفری، در نظر گرفته شده است. با این حال، وفق قانون مذکور، دادسرا به هیچ عنوان اختیاری در راستای عدم تعقیب بر اساس نظام مقتضی بودن تعقیب نداشته است. (رحمی‌نژاد، ۱۳۸۷: ۵۱) مع الوصف، در جهت تعییرات و تحولاتی که با عنوان «قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری» مصوب ۱۳۵۶ – که به «قانون تسریع دادرسی» مصوب ۱۳۵۲ هم ارجاع داده است^۱ – به عمل آمد، اختیارات و وظایف مهمی برای دادستان پیش‌بینی شد. به عنوان نمونه، حسب ماده ۲۲ قانون اصلاح پاره‌ای از مقررات دادگستری، در برخی از جرایم از نوع جنحه‌ای، در فرض اقرار متهم به ارتکاب جرم همراه با تحقق شروط مقرر مانند مقرن به واقع بودن اقرار، عدم سابقه محکومیت کیفری مؤثر و عدم وجود شاکی یا مدعی خصوصی و

^۱. با این توضیح که اولاً، به موجب ماده ۴۰ قانون مذکور، در امور جنحه به دادستان اختیار داده شد که تحقیقات مقدماتی را شخصاً یا به وسیله دادیارانش انجام دهد. ثانیاً، به موجب ماده ۴۰ مکرر همان قانون، نهاد تعليق تعقیب برای اولین بار، در آین دادرسی کیفری ایران پذیرفته شد. هر چند تعليق تعقیب سیستمی است که با سیستم «موقعیت داشتن» تعقیب تفاوت دارد، مع هذا، به نظر می‌رسد چندان اختلافی بین این دو تفکر از لحاظ هدف و نتیجه وجود نداشته باشد.

استرداد شکایت از سوی وی، دادستان از این اختیار برخوردار بود که علی‌الرأس تا زمان نخستین جلسه دادرسی، تعقیب متهم را به تعویق اندازد.^۱

پس از پیروزی انقلاب اسلامی نیز توجه به اصل مقتضی بودن تعقیب، به نحوی دیگر در تبصره یک ماده ۱۷۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ لحاظ شد و تحت عنوان «قرار ترک تعقیب» شناسایی گردید.^۲ در نهایت، با تصویب قانون آیین دادرسی کیفری مصوب در سال ۱۳۹۲، قانون‌گذار ایران، در چارچوب الهام از حقوق فرانسه و در قالب برخی موضوعات همچون سیاست‌های ارافقی، علاوه‌پیش‌بینی تعلیق تعقیب، نمودهای دیگری از اصل مقتضی بودن تعقیب همچون نهاد ترک تعقیب، بایگانی کردن پرونده و میانجی‌گری کیفری را در قانون جانمایی نمود و بدین ترتیب، نگاه یک‌سویه به اصل الزامی بودن تعقیب، کمرنگ گردید. (کوشکی، ۱۳۸۹: ۱۹۲)

۱-۴. بایگانی کردن پرونده

نهاد بایگانی کردن پرونده، مطابق با آموزه‌های حقوق فرانسه به عنوان یک تصمیم اداری تلقی می‌شود که از رهگذر آن، دادستان از این اختیار برخوردار است که از تعقیب متهم صرف نظر کند و به تبع آن، امر به بایگانی پرونده دهد. به بیان دیگر، تصمیم دادستان در این خصوص، باعث ارجاع شدن پرونده‌های کیفری به بخش بایگانی دادسرا می‌شود. (ZAKR, 1017: 119) در این بین باید توجه داشت که تا قبل از تصویب قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، در برخی از قوانین و مقررات در مورد شیوه‌های خاصی از بزهکاری، این موضوع در صورت احراز گردیدن پاره‌ای شرایط مورد توجه قرار گرفته بود که در زمرة آن-ها می‌توان به ماده ۲۲ قانون مربوط به تشکیل شرکت پست ۱۳۶۶ اشاره نمود.^۳ با تصویب قانون آیین

^۱. به موجب ماده ۲۲ این قانون، «در کلیه اتهامات از درجه جنحه به استثنای جنحه‌های باب دوم قانون مجازات عمومی هر گاه متهم به ارتکاب جرم اقرار نماید دادستان رأساً می‌تواند تا اولين جلسه دادرسی به احراز شرایط زیر تعقیب کیفری او را با رعایت تبصره‌های ۱ و ۲ ماده ۴۰ مکرر قانون تسریع دادرسی و اصلاح قسمتی از قوانین آیین دادرسی کیفری و کیفر عمومی معلق سازد: - اقرار متهم حسب محتویات پرونده مقرن به واقع باشد.- متهم سابقه محکومیت کیفری مؤثر نداشته باشد. - شاکی یا مدعی خصوصی در بین نبوده یا شکایت خود را استرداد کرده باشد.

^۲. ماده ۱۷۷: «پس از ارجاع پرونده به شعبه دادگاه و عدم نیاز به تحقیق و یا اقدام دیگر دادگاه به شرح زیر عمل می‌نماید... تبصره یک: در صورت درخواست مدعی مبنی بر ترک محاکمه، دادگاه قرار ترک تعقیب صادر خواهد کرد. این امر مانع از طرح شکایت مجدد نمی‌باشد...»

^۳. «چنانچه متهم برای اولين بار مرتکب يكى از جرائم مذكور در مواد ۱۹، ۲۰، ۱۵، ۱۶، ۱۸، ۱۴ شده باشد و دادستان تشخيص دهد با وعظ یا توبیخ یا تهدید یا اخذ تعهد تأديب خواهد شد و خسارات وارد به صاحب کالا را جبران نموده باشد با اعمال يكى از موارد تأديب فوق، پرونده را بایگانی می‌نماید. دادگاه نیز در صورت طرح پرونده در دادگاه، حق اعمال مراتب بالا را به تشخیص خود دارد.»

دادرسی کیفری در سال ۱۳۹۲ و پیش‌بینی ماده ۸۰ در این قانون،^۱ مقتن ایرانی با احراز برخی شرایط ویژه برای متهم و بزه‌دیده و با لاحاظه برخی وظایف برای مقام تعقیب، به طور واضح، این شیوه از سیاست‌های ارفاقی را به رسمیت شناخت. بدین ترتیب، مقام قضایی صالح می‌تواند که در بعضی از بزه‌ها و منوط به وجود برخی شرایط، از تعقیب متهمی که برای نخستین بار جرمی مرتکب گردیده خودداری کرده و پرونده کیفری راجع به آن جرم را بایگانی نماید. (ساقیان، ۱۳۹۰: ۲۳۴)

۲-۴. تعقیق تعقیب

علاوه بر نهاد ترک تعقیب، در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، به منظور توجه ویژه به اصل مقتضی بودن تعقیب، نهاد تعقیق تعقیب از سوی مقتن ایرانی پیش‌بینی گردید. در واقع، مطابق با ماده ۸۱ این قانون، در صورتی که دادستان به عنوان مقام تعقیب، آثار سوء تعقیب و محکومیت را برای متهم بیشتر از منافع تعقیب برای متهم و جامعه تشخیص دهد، از این اختیار برخوردار است که تعقیب وی را برای مدتی خاص معلق نماید. در این بین، در فرضی که متهم در مدت مزبور، مبادرت به ارتکاب جرم ننماید، دیگر در خصوص جرمی که رسیدگی به آن به حالت تعقیق درآمده، تعقیب نمی‌گردد. مع الوصف، باید توجه داشت که وفق ماده اخیرالذکر، برای صدور این قرار نیاز به وجود برخی شرایط است. از جمله این که در این شیوه از جایگزین تعقیب، در رابطه با جرایم تعزیری درجه شش، هفت و هشت امکان اعمال داشته و همچنین شاکی نیز باید گذشت کرده یا شاکی وجود نداشته و یا خسارات واردہ توسط متهم جبران گردیده باشد. علاوه بر این، به منظور صدور قرار مذکور، اخذ رضایت از متهم نیز شرط شده است. در نهایت باید توجه داشت که هرچند وفق قانون، مقام صادرکننده این قرار، دادستان می‌باشد اما با عنایت به تبصره ۵ ماده فوق‌الذکر، در خصوص پرونده‌هایی که مستقیم در دادگاه طرح می‌شوند، یعنی جرایم اطفال، جرایم خرد و جرایم منافی عفت، مرجع دادرسی (دادگاه) نیز از اختیار صدور این قرار برخوردار است.

۳-۴. میانجی‌گری

از دیگر نوآوری‌های مربوط به جایگزین‌های تعقیب در راستای توجه به اصل مقتضی بودن تعقیب کیفری، می‌توان به میانجی‌گری کیفری اشاره نمود. با اعمال این شیوه، اختلاف و منازعه موجود بین مرتکب جرم و بزه‌دیده، بدون الزام به حضور در مراجع قضایی و به شیوه سازش و مصالحة با لاحاظه برخی

^۱. در جرایم تعزیری درجه هفت و هشت، چنانچه شاکی وجود نداشته یا گذشت کرده باشد، در صورت فقدان سابقه محکومیت مؤثر کیفری، دادستان می‌تواند پس از تفهم اتهام با ملاحظه وضع اجتماعی و سوابق متهم و اوضاع و احوالی که موجب وقوع جرم شده است و در صورت ضرورت، با اخذ التزام کتبی از متهم برای رعایت مقررات قانونی، فقط یک بار از تعقیب متهم خودداری و قرار بایگانی کردن پرونده را صادر کند.

شیوه‌ها همچون کدخدامنشی و ریش‌سفیدی پایان می‌یابد. بدین ترتیب، علاوه بر حل و فصل موضوع در قضایی صمیمانه، مراجع قضایی نیز از این امکان برخوردار می‌گردند که وقت و توان خویش را به منظور رسیدگی به امور دارای درجه اهمیت بیشتر معمول نمایند و از این جهت، رسیدگی به موضوعات و اختلافاتی که می‌تواند به طریق و شیوه غیر رسمی پایان یابد، قابلیت رفع دارند به تشکیلات و نهادهای خارج از مراجع رسمی قضایی محول گردد. (خزایی، پیشین: ۲۱) بدین منظور، به موجب ماده ۸۲ قانون آینین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، در جرایم تعزیری درجه شش، هفت و هشت که مجازات آن‌ها قابل تعلیق است، مقام قضایی می‌تواند به درخواست متهم و موافقت بزهديه یا مدعی خصوصی و باأخذ تأمین مناسب، حداکثر دو ماه مهلت به متهم بدهد تا برای تحصیل گذشت شاکی یا جبران خسارت ناشی از جرم اقدام کند. همچنین مقام قضایی می‌تواند برای حصول سازش بین طرفین، موضوع را با توافق آنان به شورای حل اختلاف یا شخص یا مؤسسه‌ای برای میانجی‌گری ارجاع دهد. مدت میانجی‌گری بیش از سه ماه نیست. مهلتهای مذکور در این ماده در صورت اقضایا، فقط برای یک بار و به میزان مذکور قابل تمدید است. بدین‌سان، می‌توان گفت که مقتن ایرانی در قانون فوق الذکر با عنایت و توجه ویژه به اصل مقتضی بودن تعقیب هم به مقام تعقیب و هم به مقام رسیدگی کننده یعنی دادگاه، چنین اختیاری را داده است تا از این طریق، از توجه صرف به اصل قانونی بودن تعقیب فاصله گیرد.

۴-۴. ترک تعقیب

به موجب تبصره یک ماده ۱۷۷ قانون آینین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۸ و با لحاظ دستاوردهای کشورهای دارای حقوق مدنی از جمله فرانسه نهاد ترک تعقیب به عنوان یکی دیگر از سیاست‌های ارفاکی در جهت اعمال اصل مقتضی بودن تعقیب، مورد توجه نظام حقوقی ایران قرار گرفت. علاوه بر این، قانون گذار ایران در ماده ۷۹ قانون آینین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، این دیدگاه را به‌طور رسمی مورد شناسایی قرار داد. در حقیقت، به موجب نص قانونی مذکور، «در جرایم قابل گذشت، شاکی می‌تواند تا قبل از صدور کیفرخواست، درخواست ترک تعقیب کند. در این صورت، دادستان، قرار ترک تعقیب صادر می‌کند. شاکی می‌تواند تعقیب مجدد متهم را فقط برای یکبار تا یک سال از تاریخ صدور قرار ترک تعقیب درخواست کند». در واقع، نهاد ترک تعقیب همچون نهاد استرداد دادخواست در دعاوی مدنی، به جنبه خصوصی جرم توجه داشته است به نحوی که نهاد تعقیب از این اختیار برخوردار است که با درخواست شاکی خصوصی، از جنبه عمومی جرم نیز چشم‌پوشی نماید. از این جهت، باید توجه داشت که توجه به نهاد ترک تعقیب در کنار سایر نهادهای مذکور می‌تواند در راستای التزام به اصل مقتضی بودن تعقیب، نقشی غیرقابل انکار ایفا نماید.

۵. نظام تعقیب در دیوان بین‌المللی کیفری

با استقرار در آموزه‌های حقوق بین‌الملل جزایی روشن می‌گردد که تهیه‌کنندگان اساسنامه دیوان، در رابطه با موضوع تعقیب کیفری نسبت به اعمال نظام الزامی بودن تعقیب، راحلی میانه یا تعدیلی را در نظر گرفته‌اند. در واقع وفق رویه دیوان، دادستان‌های این نهاد به نوعی فاقد استقلال قضایی مطلق هستند و در حقیقت، در چارچوب نظارت شعبه مقدماتی انجام وظیفه می‌نمایند. (Krug, Op.cit: 288) در این بین، لازم به یادآوری است که دادگاه‌های نورنبرگ، توکیو و رواندا، به عنوان نخستین دادگاه‌هایی تلقی می‌شوند که اصل مقتضی بودن تعقیب را مدنظر قرار داده‌اند. به بیان دیگر تا قبل از تشکیل دادگاه‌های مذکور، سایر دادگاه‌ها وفق نظام الزامی بودن تعقیب عمل کردند. با این حال، هم‌سو با تشکیل محاکم فوق، نظام مقتضی بودن تعقیب، در ساختار رسیدگی‌های بین‌المللی کیفری شناسایی گردید. (Ibid: 290) هم‌چنین باید توجه داشت که مطابق با بند ۱۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق نیز با قراردادن اختیار تعقیب به دادستان، به نوعی به اصل مقتضی بودن تعقیب توجه گردیده است. به تعبیری دقیق‌تر باید گفت که حسب نص اخیر‌الذکر: «دادستان به ابتکار خویش و یا بر مبنای اطلاعات حاصله از منابع دیگر که به ویژه شامل دولتها و ارگان سازمان ملل و سازمانهای بین‌الدول یا غیردولتی خواهد بود، تحقیقات خویش را آغاز خواهد کرد». (Cherif Bassiouni, 2016: 81)

۱۵ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، دادستان از این اختیار برخوردار است که وفق اطلاعاتی که در مورد جرم در صلاحیت رسیدگی دیوان حاصل می‌نماید، مبادرت به انجام تحقیقات نماید. در این راستا و حسب این نص قانونی، دادستان مکلف است جز در فرضی که حسب اساسنامه، دلایل قانع کننده‌ای برای تعقیب وجود ندارد، بعد از ارزیابی راجع به موضوع، تحقیقات خود را آغاز نماید. از این جهت، به نوعی در این مقرره نیز می‌توان به نوعی، توجه به اصل مقتضی بودن تعقیب را شناسایی نمود.

۱-۵. صلاحیت تکمیلی دیوان در رسیدگی‌های بین‌المللی و ملازمه آن با نظام‌های تعقیب

در راستای تبیین اصل موسوم به صلاحیت تکمیلی دیوان می‌توان گفت؛ در صورتی که تحقیق و تعقیب در رابطه با بزه‌های مذکور در ماده ۵ اساس‌نامه نسبت به مرتكب جرم در دادگاه‌های داخلی رسیدگی قضایی در جریان باشد، دیوان بین‌المللی کیفری دیگر صلاحیتی در رسیدگی به موضوع ندارد و بدین‌ترتیب صرفاً دیوان در فرضی از اختیار و صلاحیت رسیدگی برخوردار می‌باشد که دولت صالح، تمایل به رسیدگی نداشته یا قادر بر این موضوع به هر علت نباشد. (Ibid: 261) لازم به ذکر است که این قاعده در بخش دیباچه و ذیل ماده یک اساسنامه دیوان مورد شناسایی قرار گرفته است. به موجب این نص قانونی: «با تأکید بر این که دیوان کیفری بین‌المللی که به موجب اساسنامه تأسیس می‌شود، مکمل محاکم کیفری ملی خواهد بود» همچنین در تکمیل ماده یک اساسنامه و دیباچه، بند ۱ از ماده ۱۷ اساس‌نامه اشعار می‌دارد که «دیوان در موارد ذیل، موضوعی را غیر قابل رسیدگی اعلام خواهد کرد:

- ۱- در صورتی که دولت صلاحیت‌دار در حال رسیدگی به موضوع است.

- ۲- در صورتی که دولت صلاحیت‌دار قرار منع پیگرد در رابطه با موضوع صادر کرده است.
- ۳- در صورتی که با توجه به اصل «عدم جواز محاکمه مضاعف» و به موجب ماده ۲۰ دیوان، نباید کسی را که قبلًاً محاکمه شده است، مجددًاً مورد محاکمه قرار دهد. (اعتبار امر مختومه)
- با این حال، مطابق با آن‌چه که بیان گردید، استثنای موجود در این خصوص، حالتی است که دولت صالح، تمایل یا قادر به رسیدگی نباشد. در این صورت، دیوان به رغم جریان رسیدگی و یا صدور قرار منع تعقیب یا حتی بعد از پایان رسیدگی، در دادگاه داخلی، امکان و صلاحیت رسیدگی به موضوع را دارا خواهد بود. از این جهت باید گفت که تصمیمات دیوان مطلاً به مثابه امر مختومه تلقی می‌شود و این در حالی است که تصمیمات صادره از دادگاه‌های داخلی صرفاً در حالتی از اعتبار امر مختومه برخوردار می‌گردند که بنا به تشخیص دیوان، مخالف قواعد و مقررات و قوانین یا صوری نباشد.

۲-۵. تعویق تحقیق یا تعقیب

از منظر پیشینه تاریخی، دیرینه نهاد تعویق تعقیب یا تحقیق به طرح ابتدایی اساسنامه دیوان کیفری بین-المللی مطروحه توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل بازمی‌گردد. (رحمی نژاد، پیشین: ۹۴) در واقع، مطابق با بند ۳ ماده ۲۳ طرح مذکور «دیوان از تعقیب هر پرونده‌ای که شورای امنیت آن را بر اساس فصل هفتم منشور تهدیدی علیه صلح یا نقض صلح و یا فعل تجاوز کارانه به شمار آورد منع است مگر آن که شورای امنیت به گونه دیگری تصمیم بگیرد.» مع الوصف، این پیشنهاد با این استدلال که دیوان در چنین فرضی نمی‌تواند نقش و وظیفه خود را به نحو مستقل ایفا نماید، در ابتدا با مخالفت رو به رو گردید. در این میان، برخی دولتها از جمله هند، نیجریه، ایران، لیبی عدم موافقت خود را با دادن اختیار تعویق تعقیب به شورای امنیت اعلام کردند. در این بین، اساسی‌ترین مبنای مخالفت بر این استدلال استوار بود که پذیرش دخالت شورای امنیت می‌تواند به این موضوع منجر شود که دیوان، شروع به تعقیب را با قاعده‌ای مبهم موسوم به «نقض صلح و امنیت» به شورای امنیت بگمارد. (Malekian, 2014: 112) در نهایت و بعد از شورهای متعدد و مختلف در این رابطه، تعویق تحقیق یا تعقیب به موجب ماده ۱۶ اساسنامه پیش‌بینی گردید. مطابق با ماده مزبور: «در فرضی که شورای امنیت وفق مفاد فصل هفتم منشور از دیوان تقاضا نماید، هیچ‌گونه تحقیق یا تعقیب وفق این اساسنامه به مدت یک سال آغاز نشده یا ادامه نمی‌یابد.»

علاوه بر این، مطابق با بند ۲ ماده ۱۸ اساسنامه، دولتها از این اختیار برخوردارند که در بازه زمانی یک ماهه از زمان دریافت اعلامیه به دیوان اطلاع دهند که در خصوص اتباع خویش یا اتباع دیگر کشورها و در چارچوب صلاحیت قضایی، در رابطه با بزههای مذکور در ماده ۵ اساسنامه خود مبادرت به تحقیقات لازم نموده‌اند و از این‌جهت، بنا به تقاضای دولت رسیدگی کننده و یا دولتی که صلاحیت رسیدگی دارد، دادستان دیوان تحقیقات خویش را به تعویق اندازد. (Ibid: 117) به دیگر سخن، می‌توان گفت که هر دولتی که مدعی باشد محاکم داخلی آن دولت، صالح به رسیدگی به جرایم ارتکابی شخص یا اشخاص

متهم می‌باشد، می‌تواند ظرف یک ماه، با اعلام موضوع رسیدگی داخلی خود به دیوان، مانع از ادامه تحقیقات دادستان گردد. مگر این که شعبه مقدماتی پس از رسیدگی، قرار دیگری مبنی بر عدم تعویق و رسیدگی دیوان صادر نماید و با احراز عدم تمایل واقعی یا عدم توانایی واقعی دولت مذبور در رسیدگی و پیگرد متهمان، ادامه تعقیب توسط دادستان دیوان را تجویز نماید. البته، طبق بند ۵ از ماده ۱۸ اساسنامه، علی‌رغم صدور قرار تعویق پیگرد کیفری توسط دیوان به لحاظ انجام تحقیقات توسط مراجع داخل، دادستان می‌تواند از دولت رسیدگی‌کننده بخواهد که به صورت دوره‌ای گردش کار تحقیقاتی و رسیدگی خود را به دیوان اعلام نماید. (رحمی‌نژاد، پیشین: ۹۶) علی‌هذا، به رغم چنین اختیاری برای دادگاه‌های داخلی، طبق بند ۳ از ماده ۱۸ اساسنامه، دادستان می‌تواند ۶ ماه پس از تعویق امر تحقیق به یک دولت و یا هر زمانی که تغییر مهمی در اوضاع و احوال براساس «عدم تمایل» یا «عدم توانایی» واقعی آن دولت بر اجرای تحقیق و تعقیب پدید آید، با تشخیص خود در رابطه با تعویق تحقیق، تجدیدنظر نماید. در این صورت چون دادستان، خود رأساً تصمیم به تعلیق انجام تحقیقات گرفته است لذا، خود به طور مستقیم البته پس از تجویز شعبه مقدماتی، می‌تواند در این تصمیم تجدیدنظر نماید. ولی لازمه این تجدیدنظر، سپری شدن ۶ ماه می‌باشد. بدین ترتیب بایستی مراتب رسیدگی مجدد و منتفی شدن تعلیق اولیه، توسط دادستان به دولتی که تعویق در رابطه با اقدامات آن دولت صورت گرفته است، ابلاغ گردد. در این خصوص، به نظر می‌رسد که دول عضو، اختیارات بی‌حد و حصری در مورد تشخیص دادستان مبنی بر «عدم تمایل» و یا عدم توانایی دولت مجری تحقیق^۱ در اساسنامه مقرر نموده‌اند. لذا، بهتر این بود که نخست، مصاديق عدم توانایی یا عدم تمایل در اساسنامه به صورت جامع و حصری مشخص می‌گردید و سپس، این امر مهم یعنی «تشخیص» و تصمیم‌گیری در خصوص لغو تحقیق، به عهده دولت‌های عضو اساسنامه نهاده می‌شد تا در این صورت، از خود سری‌ها و خودکامگی افراد و سوءاستفاده‌های احتمالی نفوذ دولت‌ها و اشخاص کاسته گردد.

۳-۵. معامله اتهام

معامله اتهام (اقرار بر مجرمیت)، شیوه‌ای است که از طریق آن، دادستان و متهم در رابطه با نوع و میزان اتهام با یکدیگر مذاکره می‌نمایند. این طریق، به نوعی فرایندی دوسویه محسوب می‌گردد که از رهگذر آن، دادستان و متهم به تصمیمی دوچانبه مورد توافق می‌رسند. (Safferling, 2012: 73) در این میان، پذیرش نهاد معامله اتهام در رویه دیوان بین‌المللی کیفری امری مسبوق به سابقه است که در زمرة مهم‌ترین این موارد می‌توان به پرونده‌ای موسوم به قضیه «المهدی»^۱ اشاره نمود. بدین توضیح که در ماه ژانویه ۲۰۱۲ به دنبال خشونت مسلحه‌ای که در قلمرو حاکمیت کشور مالی اتفاق افتاد، گروه‌های شبه نظامی مسلح تحت عنوان «انصارالدین» و «القاعده» مقررات سیاسی و مذهبی خویش را بر شهر

^۱. Almahdi Case

تاریخی - فرهنگی تیمبوکتو و مردمش تحملی گردانیدند. در این بین المهدی به عنوان رهبر تشکیلات حسبه که از شاخه‌های گروه انصارالدین محسوب می‌گردید، بسیاری از آثار و بنای‌های فرهنگی - تاریخی موجود در این شهر را تحت دیدگاه ایدئولوژیک خویش تخریب نمود. به دنبال این موضوع، کشور مالی اتفاق و حادثه موجود در چارچوب قلمرو حاکمیتی اش را به دیوان بین‌المللی کیفری ارجاع نمود و متعاقب این ارجاع، شعبه مقدماتی دیوان در ماه سپتامبر ۲۰۱۵، حکم جلب المهدی را به استناد جنایت جنگی و حمله عمدی نسبت به بنایها و آرامگاه‌های تاریخی و مذهبی مالی براساس مورد ۴ از شق (۵) بند ۲ ماده ۸ اساسنامه و بدليل حمله عمدی اماکن مذکور که اهداف نظامی قلمداد نمی‌شدند، صادر نمود. در این میان، المهدی نیز در ابتدا و آغاز جلسه دادرسی نزد شعبه مقدماتی اتهام وارد به خویش را در مورخ ۲۲ اوت ۲۰۱۶ پذیرفت و به آن اعتراف نمود. علی‌هذا، شعبه مقدماتی به منظور تشخیص این موضوع که آیا پذیرش اتهام توسط متهم با حقایق پرونده همخوانی دارد یا خیر، گواهی سه شاهد را استماع و بیش از صد سند مرتبط ارایه شده توسط دادستان را مدنظر قرار داده و در نهایت بیان داشت که پذیرش اتهام ادعایی توسط متهم با حقایق پرونده همخوانی داشته و طبق اظهارات متهم، او ماهیت و نتایج پذیرش اتهام را می‌دانسته است. (بند ۲۹ و ۴۲ رأی شعبه بدوى) مع‌الوصف، شعبه مقدماتی پنج عامل پذیرش اتهام و جرم ادعایی توسط المهدی، همکاری وی با دادستان، ابراز ندامت و هم‌دلی وی با قربانیان و اقداماتی که به منظور کاهش خسارت وارد صورت داده بود و همچنین رفتار خوب او در مدت زمان بازداشت (بند ۱۰۹ رأی شعبه بدوى) را به عنوان کیفیات مخففه جرم ارتکابی لحاظ نموده و در نهایت با درنظرگرفتن موارد فوق‌الذکر، وی را به ۹ سال حبس محکوم نمود. (Ambos, 2019: 308&309)

علاوه بر این، یکی از شعب دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی در خصوص پذیرش نهاد معامله اتهام چنین اعلام داشته است که: «اساساً، معامله‌اتهام این نتیجه را به همراه دارد که موجبات تخفیف کیفری مبتنی بر اتهامات وارد را به دنبال داشته باشد». (Ibid: 73) همچنین، مطابق با پاراگراف ۳ ماده ۲۰ اساسنامه دادگاه‌های یوگسلاوی پیشین و رواندا، شعبه (مرجع) نخستین ضمن مطالعه و بررسی کیفرخواست اطمینان حاصل می‌نماید که متهم، بر محتوای کیفرخواست آگاهی پیدا نموده است و پس از آن، وی را دعوت می‌نماید تا در خصوص استفاده از شیوه معامله اتهام با او گفتگو کند». لازم به ذکر است که این موضوع در پاراگراف ۸ ماده ۶۴ اساسنامه دادگاه‌های کیفری بین‌المللی یوگسلاوی نیز به رسمیت شناخته شده است. بدین صورت که شعبه ابتدایی (نخستین) دیوان، معامله اتهام یا همان اقرار بر مجرمیت را به موجب ماده ۶۵ اساسنامه مزبور، پیش‌بینی نموده و به رسمیت شناخته است. در این بین، لازم به یادآوری است که قاعده مزبور، بیش از هرچیز، منبعث از آموزه‌های نظام حقوق کامن‌لا است. در واقع، بر خلاف نظام حقوقی رومی - ژرمنی که اقرار را به عنوان دلیلی قابل ارزیابی در فرایند رسیدگی شناسایی می‌نماید، در نظام حقوقی کامن‌لا، نهاد اقرار بر مجرمیت می‌تواند در ابتدای رسیدگی شکل فرایند دادرسی را تغییر دهد. به بیان دیگر، شیوه معامله اتهام به متهم این اختیار و توانایی را می‌دهد که از همان ابتدای جلسه رسیدگی در دادگاه، مجرمیت خویش را پذیرد. از این جهت، خارج از تصویر نیست

که نهاد اعتراف بر مجرمیت، در اساسنامه دادگاه‌های کیفری بین‌المللی مورد اشاره، به رسمیت شناخته شود. (رجیمی‌نژاد، پیشین: ۹۶) لازم به ذکر است که در حقوق ایران نیز نهاد اعتراف بر مجرمیت، هرچند مورد عنایت مقتن نبوده است با این حال، به موجب ماده ۱۹۵ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ بازپرس، بعد از تفہیم اتهام و ادله اتهام انتسابی، باید به متهم اعلام دارد که اقرار یا همکاری مؤثر وی می‌تواند موجبات تخفیف مجازات را در دادگاه فراهم آورد.

نمود دیگر این موضوع در فرایند رسیدگی دادگاه، به موجب ماده ۴۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و رأی وحدت رویه شماره ۷۵۶ مورخ ۱۳۹۵.۱۰.۱۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور،^۱ مورد توجه و شناسایی قرار گرفته است. (خالقی، ۱۳۹۹: ۵۴۶) بر این اساس، بعد از صدور رأی دادگاه نخستین، محکوم-علیه از این اختیار برخوردار است که با اسقاط نمودن حق تجدیدنظرخواهی یا فرجامخواهی یا استرداد درخواست مبتنی بر آن، از دادگاه تقاضای تخفیف در مجازات را درخواست نماید. در این صورت، مرجع رسیدگی کننده، با حضور دادستان، موضوع را بررسی نموده و از این اختیار برخوردار است که تا یک‌چهارم مجازات تعیین شده برای محکوم‌علیه را کسر کند. (رستمی، ۱۳۹۷: ۳۳۲) از این جهت می‌توان گفت که این امر به عنوان جلوه‌ای توأمان از اقرار و پذیرش محکومیت و مجازات تلقی شده و شیوه‌ای است که به دلیل عدم قطعیت رأی در این مرحله، به نهاد اقرار بر مجرمیت یا همان معامله اتهام، شباهت دارد.

^۱. «با توجه به تأکید مقتن بر تمام محکومیت‌های تعزیری در صدر ماده ۴۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری از یک سو و ارفاقی بودن این ماده و اینکه در صورت تردید در شمول حکم، طبق اصل تفسیر قانون به نفع محکوم‌علیه رفتار می‌شود، شمول حکم ماده ۴۴۲ قانون مذکور نسبت به محکومیت‌های تعزیری قابل فرجام، با موازین قانونی و اصول کلی دادرسی سازگارتر است.»

نتیجه‌گیری

وفق موازین حقوق کیفری ایران و با مطالعه مقررات اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری می‌توان گفت که به موجب اصل الزامی بودن تعقیب، مقام تعقیب در پی‌گیری و شروع به پیگرد متهمین از خود اختیاری نداشته و در راستای اعمال قانون، مکلف به انجام تعقیب است، در حالی که بر اساس نظام مقتضی بودن یا متناسب بودن تعقیب، در برخی شرایط و با توصل به بعضی ابزارها و نهادهای کیفری، مقام تعقیب می‌تواند بنا به تشخیص، از تعقیب کیفری صرف‌نظر نماید. مع‌الوصف، با بررسی سوابق قوانین در ایران، به نحو پراکنده و در پاره‌ای از مقررات، توجه مختص‌الى به نظام مقتضی بودن تعقیب شده است. با این حال، تحولات تقنیتی و قضایی در عرصه دادرسی کیفری داخلی و بین‌المللی به ویژه تصویب قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، گسترش اصل مقتضی بودن تعقیب و تعديل الزامی بودن آن در فرایند دادرسی کیفری را به همراه داشته است. این شیوه از نظام تعقیب کیفری در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، به صورتی فraigیر در چارچوب مواردی نظیر بایگانی کردن پرونده، تعلیق تعقیب، ترک تعقیب و میانجی‌گری در مرحله تحقیقات مقدماتی و نیز انصراف از تجدیدنظرخواهی و اخذ تخفیف مجازات پس از پایان رسیدگی بدوي کیفری، جلوه‌گر شده است. در این بین، ماده ۵۳ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، با توجه به نظام مقتضی بودن تعقیب، صراحتاً عدم تعقیب متهم را به استناد مواردی همچون اقتضای عدالت و مبنای معقول پیش‌بینی نموده و به رسمیت شناخته است. از این جهت، می‌توان گفت که مقررات اساسنامه و رویه دیوان بین‌المللی کیفری، در عین پذیرش نظام الزامی بودن تعقیب، با به رسمیت شناختن برخی نهادها از جمله تعلیق و تعویق تحقیق، صلاحیت تکمیلی، الگوی مقتضی بودن تعقیب را به طور مشخص، مورد توجه قرار داده است. با این حال و به رغم وجود اثرات مثبت بر نظام اقتضا و موقعیت داشتن تعقیب از جمله کاهش اطالة دادرسی به واسطه پیش‌بینی نهادهای غیر قضایی و جایگزین تعقیب و جلوگیری از هدر رفتن منابع، این نظام با برخی معايب همچون تأثیر قدرت برخی از دولت‌های دارای نفوذ سیاسی بر روند تعقیب و رسیدگی‌های بین‌المللی کیفری همراه است.

منابع و مأخذ:

الف- منابع فارسی

۱. آخوندی، محمود، (۱۳۹۴)، *شناسایی آین دادرسی کیفری*، جلد ششم، چاپ سوم، تهران: دوراندیشان.
۲. آشوری، محمد، (۱۳۹۸)، *آین دادرسی کیفری*، چاپ بیست و یکم، جلد اول، تهران: سمت.
۳. اسدی، لیلا سادات، (۱۳۹۲)، *حقوق بزهکار و بزهدیده در فرایند دادرسی کیفری بینالمللی*، چاپ نخست، تهران: سمت.
۴. امامی، مهدی؛ صادقی، محمد، (۱۳۹۰)، *مصلحت گرایی در دادرسی‌های جزایی*، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۳۲.
۵. خالقی، ابوالفتح، (۱۳۹۹)، *رژیم تعقیب و تحقیق جنایات بینالمللی*، تهران: مجد.
۶. خالقی، ابوالفتح؛ ساعدی، زهرا، (۱۳۹۷)، «*معیار معقول بودن در اساسنامه دیوان کیفری بینالمللی و تبیین آن از سوی شعب مقدماتی*»، مجله حقوقی بینالمللی، شماره ۵۹.
۷. خالقی، علی، (۱۳۹۹)، *نکته‌ها در قانون آین دادرسی کیفری*، تهران: شهر دانش.
۸. خزایی، منوچهر، (۱۳۹۶)، *فرایند کیفری*، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
۹. رحیمی نژاد، اسماعیل، (۱۳۸۷)، *کرامت انسانی در حقوق کیفری*، چاپ نخست، تهران: میزان.
۱۰. رستمی، هادی، (۱۳۹۷)، *آین دادرسی کیفری*، تهران: میزان.
۱۱. ساعدی، زهرا؛ صادقی، آزاده، (۱۳۹۷)، «*بررسی مفهوم منافع عدالت در تعقیب جرایم در دیوان کیفری بینالمللی با نگاهی به سایر نظامهای حقوقی*»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی معاهدہ*، شماره ۱۵.
۱۲. ساقیان، محمد مهدی، (۱۳۹۰)، *پیشگیری از تکرار جرم از گذر جانشین‌های تعقیب کیفری*، مجموعه آثار مطالعات پیشگیری از جرم معاونت اجتماعی پیشگیری از جرم قوهی قضائیه، چاپ دوم، تهران: میزان.
۱۳. سلیمی، صادق، (۱۴۰۰)، «*مفهوم و مرجع احراز «منافع عدالت» در دیوان بینالمللی کیفری در پرتو وضعیت افغانستان*»، *پژوهشنامه حقوق کیفری*، سال دوازدهم، شماره ۱.
۱۴. عباسی، مصطفی، (۱۳۸۲)، *افق‌های نوین عدالت ترمیمی؛ میانجیگری کیفری*، چاپ نخست، تهران: دانشور.
۱۵. عنایت، سید حسین، (۱۳۹۵)، *دیوان کیفری بینالمللی و جمهوری اسلامی ایران*، چاپ سوم، تهران: وزارت امور خارجه.
۱۶. کوشکی، غلامرضا، (۱۳۸۹)، *جایگزین‌های تعقیب دعوای عمومی در نظام کیفری ایران و فرانسه*، *فصلنامه پژوهش حقوق*، سال دوازدهم، شماره ۲۹.

- 17.Ambos, Kai, (2018), International Criminal Law, USA, Jones and Bartlett publishers.
- 18.Ambos, Kai, (2016), Treatise on International Criminal Law (3 vols), London, Oxford Universit, Press, 2016
- 19.Ashworth, Andrew, (2016), The Criminal Process, London,Oxford University Press.
- 20.Boas, George, (2019), International Criminal Procedure, Cambridge, London, Cambridge University Press.
- 21.Brown, B.S, (2017), Research Handbook on International Criminal Law (6d ed.), London, Cheltenham, Elgar.
- 22.Cherif Bassiouni, (2016), Introduction to International Criminal Law (5d ed.), USA, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers.
- 23.Dixon, R (2018), International Criminal Courts Practice, Procedure and Evidence(6th ed.), London, Sweet & Maxwell.
- 24.Johnstone, Gerry, (2018), Restorative Justice (Ideas, Values, debates), London, willan Publishing.
- 25.Krug, Peter , Prosecutorial Discretion and its Limits,USA: The American publication.
- 26.Malekian, F., (2014), Jurisprudence of international Criminal Justice, London, Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing.
- 27.Regoli, Robert.M , (2018), Exploring Criminal Justice, USA, Jones and Bartlett publishers.
- 28.Safferling, C, (2012), International Criminal Procedure, London, Oxford University Press.
- 29.ZAKR, Nasser, (2017), La Responsabilité Du Supérieur Hiérarchique Devant Les Tribunaux Pénaux Internationaux, IRPL (Vol. 73), N° 1-2.

Compulsion (legality) and appropriateness of prosecution and its manifestation in the rules of Iranian criminal procedure and the International Criminal Court

Ebrahim Rezagholizadeh¹

Abstract

Prosecution of the accused is one of the main steps of the *criminal prosecution process*, which has been included among the powers and duties of the competent authority in the matter of prosecution in order to preserve individual and social interests.

The decision to prosecute, in accordance with the rules of Iranian national proceedings, and in the field of international criminal law in accordance with the Statute of the International Criminal Court, is borne by the prosecutor.

The study of the provisions of Iranian criminal law, along with an examination of the provisions of the Statute of the International Criminal Court as a valid and standard document on how to organize criminal proceedings through the confrontation of the two systems of mandatory or appropriate prosecution, help to better delineate the powers and duties of prosecutors.

In the structure of Iranian regulations on criminal procedure, institutions such as discontinuance of prosecution, archiving of cases, mediation and suspension of prosecution are deemed as necessary institutions for recognition of the appropriateness of the prosecution system that, with the approval of the Code of Criminal Procedure adopted in 2014, have emerged out of scattered and special laws and have assumed the comprehensive aspect.

Moreover, in the light of Article 53 of the Statute of the International Criminal Court and the procedure governing the proceedings of this Court, it can be said that the International Criminal Court, despite the fact that it has adopted the model of compulsory prosecution as its principle or basis, has also paid attention to the principle of appropriateness of prosecution and the interests of justice and reasonable basis. Therefore, in some cases the Statute has left non-prosecution of the accused to the discretion of the prosecutor.

¹. PhD student criminal law in Islamic Azad University of Mashhad, Mashhad, Iran
er.gholizade@gmail.com

In addition, anticipation of institutions such as deferral of investigation or prosecution, complementary jurisdiction in the provisions of the Statute and the precedent of the International Criminal Court are also considered as indicators that suggest recognition and application of a system based on appropriateness of prosecution in the rules and precedent of this Court.

KeyWords: *Compulsion of prosecution, appropriateness of prosecution, International Criminal Court, deferral and suspension of investigation, interests of justice, reasonable basis.*

ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله



بررسی آرای حضوری و غیابی صادره از دادگاه اطفال و نوجوانان: رفع ابهامات

(نوع مقاله: علمی- پژوهشی)

سالار صادقی

علی صفراؤرنگی^۱

چکیده

در حالت کلی برای این که رأی صادره از دادگاه حضوری محسوب شود، متهم و یا وکیل وی باید در جلسه رسیدگی دادگاه حضور داشته باشند و برای نیل به این منظور آنان از قبل به جلسه رسیدگی احضار می‌شوند یا در صورت عدم حضور لایحه دفاعیه به دادگاه فرستاده باشند. بنابراین، درصورتی که شرایط ذکر شده مهیا نباشد، رأی صادره غیابی خواهد بود. مضاف بر این شرایط، رأی صادره باید از جنس حکم باشد نه قرار پس قرارهای صادره همواره حضوری تلقی می‌شود. اما این موضوع در رابطه با اطفال و نوجوانان کمی متفاوت است؛ چراکه اولاً همان طور که در مباحثت آتی بررسی خواهد شد، طبق قوانین ایران اطفال و نوجوانان به جلسه رسیدگی احضار نمی‌شوند دوم این که رأی صادره از سوی دادگاه اطفال و نوجوانان الزاماً قرار و یا حکم نیست بلکه می‌تواند ماهیت تصمیم‌گونه و حاوی اقدامات تأمینی و تربیتی باشد. علی‌احد در این مطالعه با استفاده از منابع کتابخانه‌ای به بررسی دقیق شرایط حاکم بر آرای حضوری و غیابی دادگاه‌های اطفال و نوجوانان و رفع ابهامات موجود پرداخته شده است.

کلیدواژه‌ها: رأی حضوری، رأی غیابی، دادگاه اطفال و نوجوانان، محکمه منصفانه، حق دفاع، حق بر شنیاده شدن.

*. دانش آموخته دکترای حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز، تبریز، ایران (نویسنده مسئول)

Email:salar.n1371@gmail.com

^۱. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق کیفری اطفال و نوجوانان، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران

Email:orangi.ali1376@gmail.com

ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر^۱ اصل دادرسی منصفانه^۲ را تضمین می‌کند (Abdrabo, 2019: 133B). این ماده برای تضمین این اصل مواردی را بیان می‌کند که عبارت‌اند از: حق دسترسی به دادگاه، علی‌بودن رسیدگی مگر در موارد مصربه، مستقل و بی‌طرف بودن دادگاه، اصل بر برائت بودن، رسیدگی در مهلت منطقی، مطلع شدن از اتهام و اسباب آن در کوتاه‌ترین مهلت ممکن، در اختیار داشتن زمان مناسب جهت آماده‌سازی ادله دفاعی و دفاع از خود یا به صورت مستقل و یا از طریق نماینده به انتخاب خود شخص. سایر استاد بین‌المللی از قبیل اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر و منشور افریقایی حقوق بشر نیز اصل دادرسی منصفانه را تضمین می‌کنند (محمدعلی‌زاده اشکلک و رسیدی، ۱۳۹۸: ۱۵۵). حق محاکمه منصفانه یکی از حیاتی‌ترین حقوق بشر و تضمین کننده امنیت افراد در برابر دولتها علی‌الخصوص دولتهای مستبد است، چراکه اگر این حق رعایت نشود مردم همیشه با ترس از دولت زندگی خواهند کرد. (Daci, 2008: 95)

هدف از ذکر نکات بالا رسیدن به این موضوع است که، هر شخصی که مورد اتهام واقع می‌شود، اصل محاکمه منصفانه ایجاد می‌کند وی در جلسه دادگاه حضور یافته و از خود دفاع کند. لکن اصل محاکمه منصفانه برای متهم موجد حق حضور در جلسه دادرسی است نه موجد الزام به حضور در جلسه دادرسی. بنابراین، هیچ شخصی را نمی‌توان ملزم به حضور در جلسه رسیدگی و دفاع از خود نمود و همچنین در بعضی مواقع افراد بنا به دلایلی از قبیل عدم ابلاغ واقعی احضاریه نمی‌توانند از اتهامات علیه خود و همچنین زمان دقیق جلسه رسیدگی آگاه شوند و به تبع آن نمی‌توانند در جلسه حضور یابند و از خود دفاع کنند. از سوی دیگر رسیدگی نکردن به اتهامات اشخاص و معطل گذاشتن آنان یا مجرم شناختن کسی که در جلسه دادرسی شرکت نکرده و از خود دفاعی ارائه نداده است باعث مخدوش شدن چهره عدالت کیفری می‌شود (شمس، ۱۴۰۰: ۱۱۵). در نتیجه از همین مباحث است که آرای حضوری و غایبی مطرح می‌شود و اهمیت پیدا می‌کند.

همان‌طور که از ماده ۴۰۶^۳ قانون آینین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات بعدی برداشت می‌شود رأی، زمانی غایبی محسوب می‌شود که متهم یا وکیل او در هیچ یک از جلسات دادگاه حضور نیافته یا

¹. European convention on human rights

². the right to a fair trial

³. این ماده مقرر می‌دارد: «در تمام جرائم، به استثنای جرائمی که فقط جنبه حق‌اللهی دارند، هرگاه متهم یا وکیل او در هیچ یک از جلسات دادگاه حاضر نشود یا لا یحه دفاعیه نفرستاده باشد، دادگاه پس از رسیدگی، رأی غایبی صادر می‌کند. در این صورت، چنانچه رأی دادگاه مبنی بر محکومیت متهم باشد، ظرف بیست روز از تاریخ ابلاغ واقعی، قابل واخواهی در همان دادگاه است و پس از انقضای مهلت واخواهی برابر مقررات حسب مورد قابل تجدید نظر یا فرجام است. مهلت واخواهی برای اشخاص مقیم خارج از کشور، دو ماه است».

لایحه دفاعیه به دادگاه نفرستاده باشد. پس ملاک حضوری یا غیابی بودن رأی، حضور یا عدم حضور متهم و یا وکیل وی و یا ارسال و عدم ارسال لایحه دفاعیه به دادگاه است (خالقی، ۱۳۹۹: ۱۴۶). همچنین این احکام دادگاهها هستند که در شرایطی غیابی تلقی می‌شوند و قرارهای صادره از سوی دادگاهها در هیچ صورتی غیابی تلقی نمی‌شوند (پیشین: ۱۱۶). این شرایط در رابطه با اطفال و نوجوانان کمی متفاوت است، چراکه شخصیت اطفال و نوجوانان متفاوت از بزرگسالان و از سوی دیگر به تعبیر آبرت کوهن بزهکاری آنان به دور از سودجویی و منفعت طلبی است (رایجیان، ۱۳۹۸: ۱۵۰). بنابراین چون بزهکاری اطفال و نوجوانان اتفاقی و ناشی از هیجانات کاذب است، لذا سیستم عدالت کیفری اطفال و نوجوانان رویکردی متفاوت از بزرگسالان و مبتنی بر اصلاح و درمان را برگزیده است و به عبارتی فلسفه تشکیل دادگاههای ویژه برای اطفال و نوجوانان همین موضوع است (شامبیاتی، ۱۳۹۹: ۱۱۳). اولین اقدامات در این زمینه و تخصصی کردن حقوق صغیر بر می‌گردد به ششمين کنگره انسان‌شناسی جنایی که در شهر تورین ایتالیا به سال ۱۹۰۶ میلادی تشکیل و توصیه‌هایی در این باب ارائه شد و این توصیه‌ها بعد از جنگ جهانی دوم مبنای وضعیت حقوقی تخصصی اطفال و نوجوانان قرار گرفتند (نجفی ابرندآبادی و هاشم پیکی، ۱۳۹۷: ۱۷۹). در ایران نیز اولین قدم برای تخصصی کردن حقوق اطفال و نوجوانان بر می‌گردد به سال ۱۳۳۸ و تصویب قانون تشکیل دادگاه اطفال بزهکار (پیشین: ۱۱۳).

نکات بالا مبنای متفاوت بودن شرایط حاکم بر آرای غیابی و حضوری صادره از دادگاه اطفال و نوجوانان با بزرگسالان را نمایان می‌کند. موارد زیر را می‌توان از تفاوت شرایط حاکم بر آرای حضوری و غیابی صادره از دادگاه اطفال و نوجوانان با دادگاه بزرگسالان برشمرد:

(الف) آنچه که از حقوق ایران و متون قانونی استنباط می‌شود؛ اطفال و نوجوان خواه به صورت مستقیم و خواه به صورت غیر مستقیم (از طریق والدین) به دادگاه احضار نمی‌شوند و این احصاریه به والدین آنان ابلاغ می‌شود حال آنکه یکی از شرایط رأی حضوری و غیابی، حضور و یا عدم حضور خود متهم در دادگاه است. (ب) با توجه به اینکه در حقوق ایران بسیاری از جرایم اطفال و نوجوانان بدون حضور وکیل تشکیل نمی‌شود در صورت عدم تعیین وکیل از جانب متهم یا والدین وی و یا عدم حضور وکیل تعیینی، برای متهم کودک و نوجوان وکیل تسخیری تعیین می‌شود. (پ) ملاک حضوری و غیابی بودن رأی در بزرگسالان ارسال و یا عدم ارسال لایحه دفاعیه به دادگاه از جانب خود متهم و یا وکیل وی است، اما در رابطه با اطفال و نوجوانان و با توجه به شرایط خاص آنان، چنین صراحتی در توانایی ارسال لایحه دفاعیه و ملاک بودن آن جهت حضوری تلقی شدن رأی در قوانین یافت نمی‌شود. (ت) ماهیت رأی صادره در رسیدگی بزرگسالان یا حکم و یا قرار است، در حالی که در رسیدگی اطفال و نوجوانان رأی می‌تواند یک ماهیت دیگر یعنی تصمیمات تأمینی و تربیتی نیز داشته باشد. با توجه به مطالب بیان شده سؤال‌های مهمی مطرح می‌شوند که باید مورد بررسی قرار گیرند: ۱) آیا اطفال و نوجوانان در جلسه رسیدگی حاضر می‌شوند و ملاک رأی حضوری و غیابی، حضور متهم طفل و نوجوان است یا والدین وی؟ ۲) آیا حضور وکیل تسخیری در جلسه رسیدگی منجر به حضوری تلقی شدن رأی می‌شود؟ ۳) ملاک حضوری و

غیابی تلقی شدن رأی ارسال لایحه دفاعیه از جانب متهم طفل و نوجوان است یا والدین آنان و یا در حالت کلی متهم طفل و نوجوان توانایی ارسال لایحه دفاعیه به دادگاه را دارد یا خیر؟^{۴)} با توجه به اینکه ماهیت رأی صادره از دادگاه اطفال و نوجوانان می‌تواند تصمیم‌گونه باشد، آیا می‌توان از این تصمیمات واخواهی کرد یا خیر؟

این مطالعه از چهار قسمت تشکیل شده است، که در آن موضوعات حضور طفل و نوجوان در جلسه دادرسی (بند اول)، نقش وکیل در دادگاه اطفال و نوجوانان (بند دوم)، ارسال لایحه دفاعیه به دادگاه اطفال و نوجوانان (بند سوم) و ویژگی‌های صادره از دادگاه اطفال و نوجوانان (بند چهارم) بررسی شده‌اند.

۱. حضور طفل و نوجوان در جلسه دادرسی

گفته شد که یکی از شرایط حضوری و یا غیابی تلقی شدن رأی حضور و یا عدم حضور متهم در جلسه رسیدگی است. برای اینکه متهم در جلسه رسیدگی حاضر شود، باید از قبل به جلسه رسیدگی احضار شده باشد. با توجه به اینکه متهم مورد نظر در این مطالعه افراد زیر ۱۸ سال هستند و با وجود عدم تصریح مقتن به احضار مستقیم و یا احضار غیر مستقیم متهم طفل و نوجوان به دادرسی و همچنین عدم تصریح در ملاک بودن حضور و یا عدم حضور متهم طفل و نوجوان در دادرسی یا والدین آنان برای اصدار رأی حضوری و غیابی، باید با بررسی مقررات سابق و لاحق در کنار هم به مقصود مقتن پی برد. از این رو، ابتدا مقررات سابق که در این زمینه وضع شده بودند، مورد بررسی قرار گرفته است. در رابطه با سابقه تقنیئی در این موضوع دو قانون «قانون مربوط به تشکیل دادگاه اطفال بزهکار مصوب ۱۳۳۸» و «قانون آینین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸» وجود دارد که به صورت اجمالی در زیر مورد بررسی قرار گرفته است.

طبق قانون مربوط به تشکیل دادگاه اطفال بزهکار مصوب ۱۳۳۸ به تمام اتهامات افراد ۶ سال تمام تا ۱۸ سال تمام در دادگاه اطفال رسیدگی می‌شد و دادگاه وظایف ضابطان دادگستری را از حیث تعقیب و تحقیق بر عهده داشت. پس از این مرحله اگر موردی برای صدور قرار منع تعقیب نبود، دادگاه قرار رسیدگی صادر می‌کرد و وقت رسیدگی را جهت حضور در دادگاه به سرپرست طفل و دادستان ابلاغ می‌نمود (مستفاد از مواد ۴، ۶ و ۸ قانون تشکیل دادگاه اطفال بزهکار مصوب ۱۳۳۸). آنطور که از این قانون استباطاً می‌شود، احضار طفل به دادگاه و همچنین ضمانت اجرای عدم حضور والدین در دادگاه پیش‌بینی نشده بود.

قانون دیگر در این زمینه قانون آینین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ است. مقررات این قانون در این باره هم نسبت به قانون تشکیل دادگاه اطفال بزهکار مصوب ۱۳۳۸ و هم نسبت به قانون آینین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ از صراحة و شفافیت بیشتری برخوردار بود. در این قانون هم احضار طفل به صورت مستقیم و هم احضار وی به صورت غیرمستقیم (از طریق والدین) پیش‌بینی

شده بود و ضمانت اجرای عدم حضور طفل در دادگاه جلب وی بود.^۱ همان‌طور که ملاحظه می‌شود این قانون احصار طفل که شخص نابالغ شرعی بود را به دو روش مستقیم و غیر مستقیم به دادگاه پیش‌بینی کرده بود مضافاً اینکه ضمانت اجرایی نیز برای عدم حضور طفل مقرر کرده بود و از این حیث هیچ ابهامی در قانون وجود نداشت. افراد بالغ زیر هجده سال هم تابع مقررات عمومی بودند، یعنی هرآنچه که راجع به بزرگسالان بود در حق آنان نیز اجرا می‌شد من جمله قواعد راجع به احصار. این قانون به‌طور صریح حق بر مشارکت^۲ در فرایند دادرسی کیفری را برای اطفال و نوجوانان به رسمیت می‌شناخت و این اقدام مقتن در راستای کنوانسیون‌های بین‌المللی بود. حق مشارکت در فرایند دادرسی کیفری علاوه بر اینکه در اسناد بین‌المللی عام که موضوع آنان بدون مشخص کردن گروهی از افراد درباره نوع بشر است، من جمله ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر ذکر شده است، در اسناد بین‌المللی خاص نیز که موضوع آنان راجع به کودکان است، نظیر ماده ۴۰ کنوانسیون حقوق کودک^۳ و ماده ۱۴ قواعد پکن^۴ تصریح شده است. رهنماوهای ریاض^۵ نیز در بند ۳ بر حق مشارکت کودکان در پیشگیری از جرم تأکید می‌کند. همه این مقررات نشانگر این هستند که شرکت کودکان در فرایند دادرسی کیفری جنبه اساسی دادرسی منصفانه در سیستم عدالت کیفری کودکان است. (forde, 2018: 265)

با تصویب قانون آینین دادرسی کیفری در سال ۱۳۹۲ دوباره مقررات غیرشفاف در این زمینه وضع شدند، که همین عدم وضع قوانین شفاف ایرادی است که بر نظام تقنی ایران وارد است (مؤذن‌زادگان و رهدارپور، ۱۳۹۷: ۲۰۸). از نحوه نگارش ماده ۴۱۲ قانون فوق‌الذکر و تبصره ۱ آن^۶ چنین برداشت می‌شود که احصار متهم طفل و نوجوان (چه به صورت مستقیم و چه غیرمستقیم) به دادگاه پیش‌بینی نشده است و به جای متهم سرپرستان وی احصار می‌شوند. از سوی دیگر ضمانت اجرای مناسبی در صورت عدم حضور والدین طفل و نوجوان متهم پیش‌بینی نشده است و جلب والدین خلاف قواعد مقرر خواهد بود، چرا که طبق ماده ۱۶۸ همان قانون جلب اشخاص بدون توجه اتهام موجب محکومیت انتظامی است. با ذکر موضوعات

^۱. در این‌باره ماده ۲۲۳ مقرر می‌داشت: «احصار طفل برای انجام تحقیقات مقدماتی و رسیدگی در هر مرور از طریق ولی یا سرپرست او به عمل می‌آید، در صورت عدم حضور برابر مقررات این قانون جلب خواهد شد. این امر مانع از احصار و جلب طفل توسط دادگاه نمی‌باشد».

^۲. The Right to Participate

^۳. Convention on the Rights of the Child (1989)

^۴. United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (The Beijing Rules) (1985)

^۵. United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency (The Riyadh Guidelines) (1990)

^۶. این ماده مقرر می‌دارد: «دادگاه اطفال و نوجوانان وقت جلسه رسیدگی را تعیین و به والدین، اولیاء یا سرپرست قانونی طفل یا نوجوان، وکیل وی و دادستان و شاکر ابلغ می‌کند. تبصره ۱- هرگاه در موقع رسیدگی سن متهم هجده سال و یا بیشتر باشد، وقت دادرسی به متهم یا وکیل او ابلاغ می‌شود».

راجع به احضار و با بیان اینکه متهم طفل و نوجوان به جلسه رسیدگی احضار نمی‌شود، باید به این سؤال پاسخ داده شود که ملاک رأی حضوری و غیابی، حضور و عدم حضور متهم طفل و نوجوان است یا والدین آنان. برای پاسخ به این سؤال می‌توان دو راه کار ارائه داد: ۱) اصل بر حضوری بودن آرای دادگاه است؛ پس غیابی بودن رأی خلاف اصل بوده و در موارد ابهام و شک باید به قدر متین اکتفا کرد و از تفسیر موسوع اجتناب نمود (شمس، ۱۴۰۰: ۱۱۶). در نتیجه در خصوص این مورد که آیا حضور و عدم حضور والدین ملاک است یا ملاک باید حضور متهم طفل و نوجوان باشد. ۲) با توجه به اینکه در ماده ۱۳۰۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ با اصلاحات بعدی حضور و یا عدم حضور نماینده قانونی (همان والدین و یا سرپرستان) ملاک رأی حضوری و غیابی قرار گرفته است شاید بتوان با استفاده از تفسیر لفظی که مقصود از آن مقید بودن به الفاظ ماده قانونی است (اردبیلی، ۱۴۰۰: ۲۲۱)، در امور کیفری نیز حضور و یا عدم حضور والدین و سرپرستان ملاک قرار گیرد.

با توجه به اصل دادرسی منصفانه و لزوم دفاع متهم از خود همچنین اصل مشارکت در فرایند دادرسی کیفری و حق بر شنیده شدن کودکان راه کار اول منطقی تری باشد. ذکر این نکته نیز خالی از لطف نیست که احضار کودکان به دادگاه و جلب آنان در صورت عدم حضور، منافاتی با اصل قضازدایی^۱ مندرج در ماده ۱۱ قواعد پکن ندارد و هر کجا لازم باشد رسیدگی به اتهام کودکان از مسیر رسیدگی رسمی خارج شده و تحت رسیدگی غیر رسمی قرار می‌گیرد و در رابطه با جرایم جدی و سنگین^۲، متهم طفل و نوجوان به دادگاه احضار شده و ملاک رأی حضوری و یا غیابی، حضور و عدم حضور خودش خواهد بود. به عنوان بحث آخر در این گفتار بررسی ماده ۴۱۴^۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ اهمیت دارد. هرچند که این ماده یک قاعده حمایتی را از اطفال (نه نوجوانان) ایجاد می‌کند و بر حضور کمتر آنان در جلسه رسیدگی تأکید می‌کند، اما در حقوق ایران کف مسؤولیت کیفری نه سال است (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۹: ۲۷۵) و آنچه از ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و تبصره ۲ ذیل آن استنباط می‌شود این است که راجع به افراد زیر ۹ سال تصمیمی از حیث مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی گرفته نمی‌شود و این افراد فاقد مسؤولیت مطلق هستند و ماده ۱۴۸ همان قانون که مقرر می‌دارد برای افراد نابالغ طبق مقررات ماده ۸۸ اقدامات تأمینی و تربیتی اتخاذ می‌شود، ناظر بر ذکور ۹ تا ۱۵ سال است و انان زیر ۹ سال را شامل نمی‌شود. در نتیجه چون این افراد در برابر اعمال مجرمانه خود فاقد مسؤولیت مطلق

^۱. این ماده مقرر می‌دارد: «حکم دادگاه حضوری است مگر اینکه خوانده یا وکیل یا قائم مقام یا نماینده قانونی وی در هیچ یک از جلسات دادگاه حاضر نشده و به طور کتبی نیز دفاع ننموده باشد و یا اخطاریه ابلاغ واقعی نشده باشد».

^۲. Diversion

^۳. Most serious offences

^۴. این ماده مقرر می‌دارد: «هرگاه مصلحت طفل موضوع تبصره (۱) ماده (۳۰۴) این قانون، اقتضاء کند، ممکن است تمام یا قسمتی از دادرسی در غیاب او به عمل آید. رأی دادگاه در هر صورت حضوری محسوب می‌شود».

هستند، در دادگاه حضور نمی‌باشد که رأیی در این باره صادر نمی‌شود تا از حیث حضوری و غیابی بودن بررسی شود. پس ماده ۴۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ ناظر بر ذکور ۹ تا ۱۵ سال است. هرچند که در بند چهارم بررسی شده‌است، این ماده در قبال این افراد نیز فاقد ارزش حمایتی است. بهتر بود مقنن به جای طفل در این ماده از واژه نوجوان استفاده می‌کرد تا این ماده منطبق بر قواعد و مقررات قانون مجازات اسلامی می‌شد.

۲. نقش وکیل در دادگاه اطفال و نوجوانان

یکی دیگر از مواردی که بر حضوری و غیابی بودن رأی تأثیرگذار است، حضور و یا عدم حضور وکیل متهم در جلسه رسیدگی است. در این بند ابتدا توانایی تعیین وکیل از جانب متهم طفل و نوجوان بررسی شده و سپس به تأثیر حضور وکیل تسخیری در جلسه دادگاه بر حضوری تلقی شدن رأی پرداخته شده است.

در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ هیچگونه مقرره قانونی مبنی بر توانایی تعیین وکیل از جانب متهم طفل و نوجوان، وجود ندارد. اما طبق اصل لزوم توانایی اجرای وکالت که در ماده ۶۶۲ قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ با اصلاحات بعدی مندرج است، شاید بتوان این حق را برای آنان قائل شد. مفهوم توансتن در ماده فوق نیز توانایی حقوقی است نه توانایی مادی (بیات و بیات، ۱۳۹۶: ۵۲۲). تا قبل از تصویب قانون حمایت از اطفال و نوجوانان در سال ۱۳۹۹ طبق ماده‌های ۷۰ و ۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ اطفال (نه نوجوانان)، چون محجور محسوب می‌شدند، حق شکایت کیفری نداشتند (خلقی، ۱۳۹۹: ۱۰۶). بر همین اساس امر شکایت از جانب آنان بر عهده والدین، سرپرستان، قیم و دادستان بود. اما بعد از تصویب قانون حمایت از اطفال و نوجوانان در سال ۱۳۹۹ ماده ۳۰ این قانون حق شکایت را برای اطفال و نوجوانان درنظر گرفت. بنابراین زمانی که اطفال و نوجوانان توانایی شکایت کیفری دارند، طبق اصل لزوم توانایی اجرای وکالت، حق تعیین وکیل در آن امر را نیز خواهد داشت. اما این موضوع مربوط به شاکی طفل و نوجوان است و طبق قواعد کلی رأی برای شاکی همواره حضوری است. وظیفه وکیل برای متهم دفاع از جانب وی است. پس طبق اصل فوق الذکر هنگامی که متهم طفل و نوجوان توانایی دفاع از خود داشته باشد، توانایی تعیین وکیل در آن امر را نیز خواهد داشت. شیوه نگارش ماده ۴۱۵^۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ به نحوی است که متهم طفل^۲ و نوجوان در جرایم

۱. این ماده مقرر می‌دارد: «و کالت باید در امری داده شود که خود موکل بتواند آن را به جا آورد. وکیل هم باید کسی باشد که برای انجام آن امر اهلیت داشته باشد».

۲. این ماده مقرر می‌دارد: «در جرائمی که رسیدگی به آنها در صلاحیت دادگاه کیفری یک است یا جرائمی که مستلزم پرداخت دیه یا ارش بیش از خمس دیه کامل است و در جرائم تعزیری درجه شش و بالاتر، دادرسرا و یا دادگاه اطفال و

سنگین مصراحت در آن ماده نمی‌توانند از خود دفاع کنند و برای آنان در این جرایم از جانب والدین و یا سرپرستان و کیل تعیین می‌شود. در این صورت وظیفه دفاع بر عهده وکیل و والدین متهم طفل و نوجوان است. در جرایم سبک تعزیری درجه هفت و هشت، ولی یا سرپرست متهم طفل و نوجوان یا می‌تواند شخصاً از مولی‌علیه خود دفاع کند یا برای وی وکیل تعیین نماید و فقط در این دو دسته از جرایم نوجوان (نه طفل) می‌تواند از خود دفاع کند. این ماده هرچند که حمایتی است، اما برخلاف اصل دادرسی منصفانه، لزوم دفاع متهم از خود و حق بر شنیده شدن کودکان است. در حالت کلی، آنچه که از ماده فوق الذکر استنبط می‌شود متهم طفل و نوجوان در جرایم سنگین مطلقاً و در جرایم تعزیری درجه هفت و هشت صرفا نوجوان (نه طفل) توانایی دفاع از خود را دارد، در نتیجه مطابق با اصل لزوم توانایی اجرای وکالت، متهم طفل و نوجوان در جرایم سنگین مصراحت در ماده فوق الذکر چون توانایی دفاع از خود را ندارند، پس توانایی انتخاب وکیل در این امر را نیز ندارد ولی در جرایم تعزیری درجه هفت و هشت، چون نوجوان توانایی دفاع از خود را دارد، بنابراین توانایی تعیین وکیل در این امر را دارد. ثمره این بحث در این است که حضور و عدم حضور وکیل تعیینی از سوی نوجوان در جرایم تعزیری درجه هشت، مؤثر در حضوری و یا غیابی بودن رأی است و در دیگر جرایم مصراحت در ماده ۴۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ حضور و عدم حضور وکیل تعیینی از جانب والدین مؤثر در این امر است.

موضوع دیگر که در این بند به آن پرداخته شده است، تأثیر حضور وکیل تسخیری در دادگاه‌های اطفال و نوجوانان است. در جرایم مهم که مجازات آنان سنگین است، مقتن برای حمایت از متهمان تا که بتوانند به نحو احسن از خود دفاع کنند، بدون حضور وکیل جلسه رسیدگی را تشکیل نمی‌دهد. از این رو در کنار وکالت تعیینی، وکالت تسخیری را نیز در مقررات ذکر کرده است. در این زمینه مورد مهمی که باید مورد بررسی واقع شود، این است که حضور وکیل تسخیری در دادگاه موجب حضوری بودن رأی می‌شود یا حتی با حضور وی در جلسه رسیدگی رأی همواره غایبی است. در این‌باره نظری که وجود دارد این است که وکالت تسخیری یک الزام قانونی است و هدف از برگزاری جلسات دادگاه دفاع متهم از خود و یا وکیل تعیین شده از جانب وی است. پس هر موقع وکیل تسخیری در دادگاه حضور یابد رأی صادره غایبی خواهد بود و محکوم‌علیه غایب می‌تواند در مهلت مقرره از آن رأی واخواهی کند (همان: ۴۵۷). نظر دیگری که می‌توان در این زمینه ارائه داد این است که وکالت تسخیری هرچند که الزام مقتن است و

نوجوانان به ولی یا سرپرست قانونی متهم ابلاغ می‌نماید که برای او وکیل تعیین کند. در صورت عدم تعیین وکیل یا عدم حضور وکیل بدون اعلام عذر موجه، در مرجع قضائی برای متهم وکیل تعیین می‌شود. در جرائم تعزیری درجه هفت و هشت، ولی یا

سرپرست قانونی طفل یا نوجوان می‌تواند خود از وی دفاع و یا وکیل تعیین نماید. نوجوان نیز می‌تواند از خود دفاع کند.^۱

^۱. این نکته همواره باید به عنوان پیش فرض در نظر گرفته شود که اطفال زیر ۹ سال فاقد مسؤولیت مطلق هستند و پرونده آنان به هیچ وجه در دادگاه مطرح نمی‌شود. پس هنگامی که در این مطالعه بر لزوم دفاع متهم طفل از خود سخن گفته می‌شود، ذکور ۹ تا ۱۵ سال مدنظر است.

این الزام از فلسفه حق دفاع متهم از خود خارج نیست و به نوعی تحریک‌کننده این حق نیز تلقی می‌شود شاید بتوان حضور و کیل تسخیری در جلسه رسیدگی را منشاً مسقط حق واخواهی برای محکوم‌علیه غایب دانست و رأی صادره در این زمینه را حضوری تلقی کرد.

۳. ارسال لایحه دفاعیه به دادگاه اطفال و نوجوانان

یکی دیگر از مواردی که مؤثر بر حضوری و غایبی شدن رأی صادره است، ارسال لایحه دفاعیه به دادگاه است. با توجه به شرایط خاص متهم طفل و نوجوان و عدم شفافیت مقررات قانونی در این زمینه باید بررسی شود که ملاک برای دادگاه اطفال و نوجوانان ارسال لایحه قانونی از سوی متهم طفل و نوجوان است یا والدین آنان. از آنجایی که توانایی ارسال لایحه دفاعیه به دادگاه از سوی متهم طفل و نوجوان یکی از جلوه‌های حق بر شنیده شدن کودکان است، از این رو در این بند ابتدا به صورت مختصر به تبیین حق بر شنیده شدن کودکان و سپس به توانایی ارسال لایحه دفاعیه به دادگاه از جانب متهم طفل و نوجوان و تأثیر آن در حضوری و غایبی تلقی شدن رأی پرداخته شده است.

حق بر شنیده شدن کودکان برای اولین بار در ماده ۱۲ کنوانسیون حقوق کودک مصوب ۱۹۸۹ میلادی و به عنوان یک حق اختصاصی برای کودکان مورد اشاره واقع شد. به تبع این کنوانسیون دول عضو ملزم شدند، این حق را در قوانین داخلی خود به رسمیت بشناسند. یکی از این کشورها جمهوری چک است که ماده ۸۶۷ قانون مدنی خود را به شناسایی این حق اختصاص داده است. بند ۱ این ماده مقرر می‌دارد کودکان در دادرسی‌هایی که بر حقوق آنان تأثیر می‌گذارد حق شرکت در جلسات و ابراز آزادانه عقاید و دسترسی به اطلاعات را دارند، بند ۲ این ماده نیز مقرر می‌دارد دادگاه به نظرات کودکانی که توانایی پذیرش اطلاعات و ابراز عقاید خود را دارند احترام می‌گذارد و اصل بر این خواهد بود، همه افراد بالای ۱۲ اسال این توانایی را دارند (Janočková and other, 2017: 4). چون این حق یک نهاد تازه تأسیس و برای کشورها و حقوق‌دان‌ها امری مبهم و نیازمند تشریح بود، کمیته حقوق کودک (CRC)^۱ در سال‌های ۲۰۰۶^۲ و ۲۰۰۹^۳ نشست‌هایی برگزار کرد تا این حق را تفسیر کند. علی‌ای حال مفهوم این حق این است که کودکان در تمامی موضوعاتی که حقوق آنان را به طور مستقیم و یا غیر مستقیم تحت تأثیر قرار می‌دهد باید حق اظهار نظر داشته باشند و آنچه که در این حق مهم است و آن را از اصل آزادی بیان متمایز می‌کند این است که باید به آن اظهارات احترام گذاشته شود و در تصمیم‌گیری‌ها مورد لحاظ واقع شود.

^۱. Committee on the rights of the child

^۲. Committee On The Rights Of The Child, Day Of General Discussion On The Right Of The Child To Be Heard, Forty-third session (2006)

^۳. Committee On The Rights Of The Child, General Comment No. 12, The right of the child to be heard Fifty-first session (2009)

این حق نه تنها از سوی استناد بین‌المللی مورد تأکید واقع شده است بلکه علومی همچون روانشناسی، روانکاری و علوم تربیتی استماع کودکان را یکی از نیازهای اساسی آنان معرفی می‌کنند (Bosisio, 2012: 142). هرچند که این حق باعث مستقل شدن بیشتر کودکان نسبت به گذشته می‌شود اما به رسمیت شناختن این حق به منظور اعطای حق تعیین سرنوشت به کودکان نخواهد بود (Hodgkin and other, 2007: 150). پس حق بر شنیده شدن ایجاد می‌کند، کودکان در تمامی مسائل علی‌الخصوص در فرایند دادرسی کیفری از خود دفاع کنند و به دفاع آنان ترتیب اثر داده شود.

در رابطه با توانایی ارسال لایحه دفاعیه به دادگاه از جانب متهم طفل و نوجوان و متعاقب آن مطرح شدن رأی حضوری و غایبی، حق بر شنیده شدن ایجاد می‌کند که متهم طفل و نوجوان توانایی ارسال لایحه دفاعیه به دادگاه را داشته باشد و قضاط ملزم به ترتیب اثر دادن به لایحه دفاعیه و حضوری تلقی کردن رأی باشند. از سوی دیگر، چون اطفال و نوجوانان قادر تجربه کافی در این زمینه می‌باشند و احتمالاً نتوانند در آن لایحه دفاعیه به خوبی از خود دفاع کنند، حضوری تلقی کردن رأی به موجب این لایحه، به نفع آنان نخواهد بود. تنها راهی که در این زمینه وجود دارد این است که هر دو موضوع فوق-الذکر را با یکدیگر جمع شده، به نحوی که ارسال لایحه دفاعیه از سوی متهم طفل و نوجوان به رسمیت شناخته شود و از سوی دیگر برای حمایت هرچه بیشتر از آنان این لایحه ارسالی موجبی برای حضوری تلقی کردن رأی نباشد. تالی فاسدی که متعاقب پذیرفتن راهکار بالا به وجود خواهد آمد این است که، نمی‌توان دقیق مشخص کرد لایحه دفاعیه را چه شخصی فرستاده است و این امر منجر به سوء استفاده از این موضوع خواهد شد. البته چون این راهکار از سوی حق بر شنیده شدن کودکان را تضمین می‌کند و از سوی دیگر از متهمان اطفال و نوجوانان حمایت می‌کند شاید بتوان از تالی فاسد آن اغماض کرد. به عنوان سخن آخر این گفتار باید ذکر شود که توانایی ارسال لایحه دفاعیه از جانب متهم طفل و نوجوان به دادگاه و ترتیب اثر دادن قاضی به آن صراحتی در مقررات وجود ندارد. علی‌الظاهر به نظر می‌رسد لایحه دفاعیه ارسالی از سوی متهم طفل و نوجوان قادر ارزش در محاکم کیفری است و نمی‌تواند مبنای رأی حضوری قرار گیرد و ملاک حضوری و تلقی شدن رأی در این امر ارسال لایحه دفاعیه از سوی والدین، سرپرستان و یا وکلای آنان است.

۴. ویژگی‌های رأی صادره از دادگاه اطفال و نوجوانان

در سه بند قبلی شرایط حضوری و غایبی بودن آرای صادره از دادگاه اطفال و نوجوانان بررسی شد. زمانی که این شرایط مهیا باشد، رأی صادره غایبی خواهد بود. متعاقب رأی غایبی یک حق ایجاد می‌شود، که از آن به عنوان حق واخواهی یاد می‌شود. تمامی آرای غایبی صادره از دادگاه قابلیت واخواهی ندارند و باید واحد شرایطی باشند تا بتوان از آنها واخواهی کرد. در مطالب پیش رو این شرایط مورد بررسی واقع شده است:

الف) رأی صادره باید از نوع حکم باشد نه قرار؛ پس هیچ یک از قرارهای صادره از دادگاه هرچند که در غیاب متهمن طفل و نوجوان صادر شود، قابلیت واخواهی ندارد.

ب) حکم صادره باید مبنی بر محکومیت متهمن باشد؛ پس حکم برائت قابلیت واخواهی ندارد هرچند که به صورت غیابی صادر شده باشد (خالقی، ۱۳۹۹: ۱۴۸). نکته‌ای که در اینجا باید مد نظر قرار گیرد این است که در خصوص اطفال و نوجوانان طبق ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ حکم بر اقدامات تأمینی و تربیتی صادر می‌شود و اقدامات تأمینی و تربیتی ماهیتی جدا از مجازات دارد. ماهیت مجازات، ارتعاب و سزاده‌ی است، لکن ماهیت اقدامات تأمینی و تربیتی، اصلاحی و درمانی است (گلدویان، ۱۴۰۰: ۱۲۰). قانون‌گذار در ماده‌های ۸۸ و ۸۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ درباره اطفال و نوجوانان رویکردی تدریجی یا پلکانی در نظر گرفته است، به نحوی که برای گروه‌های سنی متفاوت تصمیمات متفاوتی پیش‌بینی کرده است. طبق این دو ماده اطفال و نوجوانان به سه گروه تقسیم می‌شوند. گروه زیر ۹ سال، گروه ۹ تا ۱۵ سال و گروه ۱۵ تا ۱۸ سال تمام شمسی.

گروه زیر ۹ سال: این گروه از افراد چون قوه تمیز ندارند و نمی‌توانند خوب را از بد تشخیص دهند یا به عبارت دیگر اهلیت واقعی^۱ داشته اما اهلیت جرمی و جزایی ندارند، به علت ارتکاب اعمال مجرمانه سرزنش نمی‌شوند و این افراد فاقد مسؤولیت مطلق هستند، از این رو نه مجازات می‌شوند و نه درباره آنان اقدامات تأمینی و تربیتی اتخاذ می‌شود. در اصطلاح به این گروه از افراد صغیر غیر ممیز گفته می‌شود.

گروه ۹ تا ۱۵ سال: این گروه از افراد قوه تمیز داشته و می‌توانند خوب را از بد تشخیص دهند. به عبارت دیگر این دسته از افراد علاوه بر اینکه اهلیت واقعی دارند، اهلیت جرمی^۲ نیز دارند. این گروه فاقد مسؤولیت کیفری هستند، اما در رابطه با آنان اقدامات تأمینی و تربیتی اتخاذ می‌شود. در اصطلاح به این گروه از افراد صغیر ممیز گفته می‌شود.

افراد ۱۵ تا ۱۸ سال: این گروه از افراد علاوه بر اینکه اهلیت واقعی و اهلیت جرمی دارند اهلیت جزایی^۳ نیز دارند. اما از آن جهت که سیستم عدالت کیفری کودکان مبتنی بر اصلاح و درمان است، مسؤولیت کیفری آنان تخفیف یافته یا به عبارتی نسبی است. از این‌رو اطفال و نوجوانان همانند بزرگسالان که دارای اهلیت جزایی تام هستند، مجازات نمی‌شوند. در اصطلاح به این گروه از افراد نوجوان گفته می‌شود. در نتیجه طبق این دو ماده در جرایم تعزیری برای گروه زیر ۹ سال هیچ تصمیمی گرفته نمی‌شود، برای

^۱. مراد از اهلیت واقعی این است که فرد بر اساس غریزه توانایی ارتکاب افعالی را دارد ولی چون قوه تمیز ندارد اعمال مجرمانه‌اش جرم تلقی نمی‌شود.

^۲. مراد از اهلیت جرمی این است که فرد بر اساس اراده اعمالی را انجام می‌دهد و وی واجد قوه تمیز است و اعمال مجرمانه‌اش جرم تلقی می‌شود اما به علت صغیر سن مجازات نمی‌شود و برای وی به علت داشتن حالت خطرناک اقدامات تأمینی و تربیتی در نظر گرفته می‌شود.

^۳. مراد از اهلیت جزایی همان مسؤولیت کیفری است که فرد باید به علت ارتکاب اعمال مجرمانه مجازات شود.

گروه ۹ تا ۱۵ سال فقط اقدامات تأمینی و تربیتی اتخاذ می‌شود و برای افراد ۱۵ تا ۱۸ سال مجازات از نوع تخفیف یافته در نظر گرفته می‌شود و در این مورد تفاوتی میان انث و ذکور نیست.

آنچه که گفته شد راجع به جرایم تعزیری بود و در جرایم حدی و قصاصی شرایط کمی متفاوت است. البته در این جرایم نیز برای گروه سنی زیر ۹ سال هیچ تصمیمی اعم از مجازات یا اقدامات تأمینی در نظر گرفته نمی‌شود. در جرایم حدی و قصاصی افراد بالغ زیر هجده سال مسؤولیت کیفری تام داشته و همانند بزرگسالان مجازات می‌شوند، مگر آنکه طبق ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ماهیت جرم انجام شده یا حرمت آن را درک نکنند یا در رشد و کمال عقل آنان شبیه وجود داشته باشد که در این صورت حسب گروه سنی به مجازات یا اقدامات تأمینی و تربیتی مقرر در ماده‌های ۸۸ و ۸۹ همان قانون محکوم می‌شوند. راجع به افراد نابالغ که در گروه سنی ۹ تا ۱۵ سال قرار می‌گیرند طبق تبصره دو ماده ۸۸ همان قانون که فقط شامل ذکور نابالغ است اقدامات تأمینی و تربیتی اتخاذ می‌شود.

حال که تبیین شد برای گروه‌های متفاوت زیر ۱۸ سال کدام تصمیم از حیث مجازات و یا اقدامات تأمینی و تربیتی در کدام جرایم از حیث تعزیری، حدی و یا قصاصی گرفته می‌شود، باید بررسی شود که آیا اساساً اقدامات تأمینی و یا تربیتی حکم محکومیت است تا بتوان از آن واخواهی کرد یا خیر. در این باره نظری که وجود دارد این است که اقداماتی که در ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ برای اطفال و نوجوانان در نظر گرفته شده‌است، بدون صدور حکم محکومیت بوده و اساساً بر این شخص عنوان محکوم‌علیه صادق نیست و این موضوع از ماده ۴۱۷^۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ که ابلاغ تصمیمات دادگاه را بر متهمان و محکومان به صورت جداگانه ذکر کرده است، استنباط می‌شود (خالقی، ۱۳۹۹: ۴۶۹). این نظر از آن جهت که ماهیت مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی با یکدیگر متفاوت است نظر درستی بوده و نمی‌توان شخصی را که برای وی اقدامات تأمینی و تربیتی اتخاذ شده است، محکوم‌علیه احلاق کرد.

^۱. این ماده مقرر می‌دارد: «آراء و تصمیمات دادگاه اطفال و نوجوانان علاوه بر شاکی، متهم و محکوم علیه، به ولی یا سپرست قانونی متهم و محکوم علیه و در صورت داشتن وکیل به وکیل ایشان نیز ابلاغ می‌شود».

نتیجه‌گیری

با توجه به مطالبی که بیان شد و با توجه به تفکیک گروه‌های سنی زیر ۱۸ سال و متفاوت بودن نوع تصمیم در رابطه با بزهکاری آنان می‌توان در رابطه با آرای حضوری و یا غیابی صادره از دادگاه اطفال و نوجوانان چنین نتیجه گرفت که خواه در جرایم تعزیری و خواه در جرایم حدی و قصاصی درباره گروه سنی زیر ۹ سال هیچ تصمیمی اعم از مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی در نظر گرفته نمی‌شود و اساساً در این مورد آرای حضوری و غیابی مطرح نمی‌شود. راجع به گروه سنی ۹ تا ۱۵ سال در جرایم تعزیری اقدامات تأمینی و تربیتی در نظر گرفته می‌شود که این تصمیمات چون حکم محکومیت تلقی نمی‌شوند، قابلیت واخواهی ندارند هرچند به صورت غیابی صادر شده باشند. راجع به این گروه سنی در جرایم حدی و قصاصی برای ذکور ۹ تا ۱۵ سال همین شرایط حاکم است، لکن برای انان به علت رسیدن به سن بلوغ حکم محکومیت صادر می‌شود و این حکم می‌تواند حضوری و غیابی باشد و در عین حال قابلیت واخواهی داشته یا نداشته باشد. برای گروه سنی ۱۵ تا ۱۸ سال خواه در جرایم حدی و قصاصی و خواه در جرایم تعزیری بنابر شرایط موجود حکم محکومیت صادر می‌شود این حکم می‌تواند حضوری باشد یا غیابی. نکته‌ای که راجع به بالغان زیر ۱۸ سال است مربوط می‌شود به ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی، در این حالت اگر بالغان زیر ۱۸ سال ماهیت و یا حرمت عمل را درک نکنند و یا در رشد و کمال عقل آنان شبهه وجود داشته باشد حسب مورد بنابر گروه سنی و تصمیمات اتخاذی مشمول اقدامات تأمینی مقرر در ماده ۸۸ یا مجازات‌های مندرج در ماده ۸۹ همان قانون می‌شوند، که در حالت اول رأی غیابی محسوب نشده و قابلیت واخواهی نخواهد داشت و در حالت دوم رأی با داشتن شرایط دیگر می‌تواند غیابی باشد و از آن واخواهی کرد.

به عنوان سخن آخر در این مطالعه باید ذکر شود قوانین و مقررات راجع به احضار متهمان طفل و نوجوان، حضور آنان در جلسه دادرسی، انتخاب وکیل از سوی آنان، حق دفاع از خود در جلسه دادرسی و توانایی ارسال لایحه دفاعیه به دادگاه، که این موارد تأثیر مستقیمی در حضوری و غیابی تلقی شدن آرای صادره از دادگاه اطفال و نوجوانان دارد، غیر شفاف و مبهم هستند. از این رو برای آنکه بتوان برای کودکان سیستم عدالت کیفری مجازی نسبت به سیستم عدالت کیفری بزرگسالان ایجاد کرد و در آن سیستم، قواعد راجع به حضوری و غیابی بودن رأی صادره از دادگاه اطفال و نوجوانان مبتنی بر اصل دادرسی منصفانه و حق بر شنیده شدن کودکان و در نتیجه متفاوت با قواعد حاکم بر دادرسی بزرگسالان باشد، باید نکات پیش‌رو مد نظر قرار گیرد:

الف) به طور صریح احضار متهم طفل و نوجوان به جلسه دادرسی به صورت مستقیم و یا غیر مستقیم (از طریق والدین و یا سرپرستان) پیش‌بینی شود و برای این امر ضمانت اجرایی قرار داده شود.

ب) با توجه به شرایط خاص متهم زیر ۱۸ سال به طور صریح مشخص شود، حضور و عدم حضور متهم طفل و نوجوان در جلسه دادرسی ملاک حضوری و غایبی تلقی شدن رأی است نه والدین و سرپرستان آنان.

ج) اصل دادرسی منصفانه و حق بر شنیده شدن کودکان ایجاد می‌کند که آنان در جلسه رسیدگی حاضر باشند و از خود دفاع و عقاید خود را ابراز و یا این حقوق را از طریق انتخاب نماینده قانونی اعمال کنند؛ از این‌رو می‌بایست در نگارش ماده ۴۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری تجدیدنظر شود، به گونه‌ای که حق دفاع و تعیین وکیل از جانب خود متهم طفل و نوجوان به طور صریح پیش‌بینی شود.

د) به طور صریح پیش‌بینی شود که متهم طفل و نوجوان حق ارسال لایحه دفاعیه به دادگاه دارد تا هرچه بیشتر اصل دادرسی منصفانه و حق بر شنیده شدن کودکان در مقررات رعایت شود.

منابع و مأخذ:

الف- منابع فارسي

۱. اردبیلی، محمدعلی، (۱۴۰۰)، حقوق جزای عمومی، جلد نخست، چاپ شصت و پنجم، تهران: میزان.
۲. بیات، فرهاد؛ بیات، شیرین، (۱۳۹۹)، شرح جامع قانون مدنی، چاپ نوزدهم، تهران: ارشد.
۳. خالقی، علی، (۱۳۹۹الف)، آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، چاپ چهل و دوم، تهران: شهر دانش.
۴. خالقی، علی، (۱۳۹۹ب)، نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، چاپ شانزدهم، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۵. رایجیان اصلی، مهرداد، (۱۳۹۸)، درآمدی بر جرم‌شناسی، چاپ سوم، تهران: سمت، پژوهشکده تحقیق و توسعه علوم انسانی.
۶. شامبیاتی، هوشنگ، (۱۳۹۹)، بزهکاری اطفال و نوجوانان، چاپ دوم، تهران: مجد.
۷. شمس، عبدالله، (۱۴۰۰)، آیین دادرسی مدنی دوره بنیادین، جلد دوم، چاپ چهل و نهم، تهران: دراک.
۸. گلدوزیان، ایرج، (۱۴۰۰)، محسای قانون مجازات اسلامی، چاپ دهم، تهران: مجد.
۹. محمدعلیزاده اشکلک، حبیب؛ رشیدی، یاسر، (۱۳۹۸)، «بررسی اصول دادرسی منصفانه در محاکم کیفری با توجه به قانون آیین دادرسی کیفری»، آموزه‌های حقوق گواه، سال پنجم، شماره اول، صص ۱۵۳-۱۷۶.
۱۰. مؤذن‌زادگان، حسنعلی؛ رهدارپور، حامد، (۱۳۹۷)، «اصل شفافیت قانون و جایگاه آن در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر و حقوق کیفری ایران»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، سال بیست و سوم، شماره هشتاد و یکم، صص ۱۹۳-۲۲۰.
۱۱. میرمحمدصادقی، حسین، (۱۳۹۹)، جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص، چاپ بیست و نهم، تهران: میزان.
۱۲. نجفی ابرند آبادی، علی حسین؛ هاشم بیکی، حمید، (۱۳۹۷)، دانشنامه جرم‌شناسی انگلیسی-فرانسه-فارسی، چاپ پنجم، تهران: گنج دانش.

ب: منابع لاتین

13. Abdrabo, Alaa Mohamed Ismail (2019), "The Right to a Fair Trial before The European Court of Human Rights", Economics Law and Policy, Vol 2 No 2, pp 133-155.
14. Bosisio, Roberta (2012), "Children's Right to Be Heard.What Children Think", International Journal of Children's Rights, Vol 20, No 1, pp 141-154.

15. Daci, Jordan(2008),"Right to a fair trial under International Human Rights Law", South East European University Review (SEEU Review), Vol 4, No 2, pp 95-109.
16. forde, louise (2018),"Realising the Right of the Child to Participate in the Criminal Process", youth justice journal, Vol 18, No 3, pp 265-284.
17. Hodgkin, Rachel; Newell, Peter; UNICEF (2007),Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, Fully Revised Third Edition, Geneva, UNICEF Palais des Nations.
18. Janočková, Michaela; Ulehlová, Denisa; Vavříčková, Nikola (2017),"The Right of a Child to be Heard and Its Influence on Court Decisions in Family Law Matters", Themis Competiton, Semi-final B – International Judicial Cooperation in Civil Matters – European Family Law, Brussels, Belgium.

Examining the in-person and out-of-court verdicts issued by the juvenile court: Resolving ambiguities

Salar Sadeghi¹

Ali Safarorangi²

Abstract

In general, in order for the verdict issued by the court to be considered in person, the accused or his lawyer must be present at the court hearing, and to achieve this, they must be summoned to the hearing in advance or sent to the court in the absence of a defense bill. Otherwise, the vote will be out-of-court. In addition, the vote should be of the verdict, not the order, so the orders are always considered in-person. But this is a little different in the case of children and adolescents, because first, as we will examine according to the Iranian law, Children and adolescents are not summoned to the hearing. Secondly, the verdict issued by the juvenile court is not necessarily an order or a verdict, but can be decision-making in nature and contain preventive actions. However, in this study with using library resources, have been studied a detailed of the conditions governing the presence and absence of judgments in juvenile courts and the existing ambiguities.

KeyWords: *In-person verdict, out-of-court Verdict, juvenile court, fair trial, right of defense, right to be heard.*

¹. PhD of criminal law and criminology Islamic Azad university of Tabriz branch, university instructor, Tabriz, Iran

(salar.n1371@gmail.com)

². M.A student of children and juvenile criminal law, Allameh Tabataba'i university, Tehran, Iran

(orangi.ali1376@gmail.com)

ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله

منتخب منابع قابل استفاده در پرونده علمی

۱. اردبیلی، محمدعلی (۱۴۰۰)، حقوق جزای عمومی، جلد نخست، چاپ شصت و پنجم، تهران، میزان.
۲. خالقی، علی (۱۳۹۹)، آینین دادرسی کیفری، جلد دوم، چاپ چهل و دوم، تهران، شهر دانش.
۳. خالقی، علی (۱۳۹۹)، نکته‌ها در قانون آینین دادرسی کیفری، چاپ شانزدهم، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۴. راجیان اصلی، مهرداد (۱۳۹۸)، درآمدی بر جرم‌شناسی، چاپ سوم، تهران، سمت، پژوهشکده تحقیق و توسعه علوم انسانی.
۵. شامبیاتی، هوشیگ (۱۳۹۹)، بزهکاری اطفال و نوجوانان، چاپ دوم، تهران، مجده.
۶. شمس، عبدالله (۱۴۰۰)، آینین دادرسی مدنی دوره پنیادین، جلد دوم، چاپ چهل و نهم، تهران، دراک.
۷. گلدوزیان، ایرج (۱۴۰۰)، محسای قانون مجازات اسلامی، چاپ دهم، تهران، مجده.
۸. محمدعلیزاده اشکلک، حبیب؛ رسیدی، یاسر (۱۳۹۸)، «بررسی اصول دادرسی منصفانه در محاکم کیفری با توجه به قانون آینین دادرسی کیفری»، آموزه‌های حقوق گواه، سال پنجم، شماره اول، صص ۱۵۳-۱۷۶.
۹. مؤذن زادگان، حسنعلی؛ رهداربور، حامد (۱۳۹۷)، «اصل شفاقت قانون و جایگاه آن در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر و حقوق کیفری ایران»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، سال بیست و سوم، شماره هشتاد و یکم، صص ۱۹۴-۲۲۰.
۱۰. هیرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۹)، جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص، چاپ بیست و نهم، تهران، میزان.
۱۱. نجفی ابرند آبادی، علی حسین؛ هاشم بیکی، حمید (۱۳۹۷)، دانشنامه جرم شناسی انگلیسی- فرانسه- فارسی، چاپ پنجم، تهران، گنج دانش.

کد مقاله

LAW-2107-1093 (R1)

دانشنامه‌های مرتبط

۱. دانشنامه آم.د.ک.
۲. دانشنامه حقوق جزای اختصاصی
۳. دانشنامه حقوق کودک و نوجوان

مدخلهای مرتبط قابل استخراج

۱. رأی حضوري
۲. رأی غيابي
۳. دادگاه اطفال و نوجوانان
۴. محاكمه منصفانه
۵. حق دفاع
- غير حق بر شنيده شدن

مدخلهای فرعی قابل استفاده در تدوين مدخلها

۱. حضور طفل و نوجوان در جلسه دادرسی
۲. نقش وکيل در دادگاه اطفال و نوجوانان
۳. ارسال لايجه دفاعيه به دادگاه اطفال و نوجوانان
۴. ويزگي‌های رأى صادره از دادگاه اطفال و نوجوانان

قانون یا مواد قانونی مرتبط

۱. قانون مربوط به تشکيل دادگاه اطفال بزهکار مصوب ۱۳۳۸
۲. قانون آینین دادرسی دادگاه-های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸
۳. مواد ۶، ۴ و ۸ قانون تشکيل دادگاه اطفال بزهکار مصوب ۱۳۳۸
۴. قانون آینین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹
۵. مواد ۸۸-۸۹ قانون مجازات اسلامي مصوب ۱۳۹۲

ابعاد حقوقی استیدان رئیس قوه قضائیه از رهبری در برخورد با اخلالگران نظام اقتصادی

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

*بیژن عباسی

^۱امیرعباس عبدالی

چکیده:

حکم حکومتی از اختیارات رهبری در نظام جمهوری اسلامی ایران است که مبتنی بر اصول ۵، ۵۷ و ۱۱۰ قانون اساسی و قلمرو فقهی شیعه به عنوان یک اصل راهگشا پذیرفته شده است. بر همین اساس درخواست از ایشان برای صدور حکم حکومتی جهت حفظ جایگاه عالیه رهبری، می‌تواند مبتنی بر دو ضابطه شرایط استثنایی و شرایط اضطراری معنا یابد. استیدان رئیس وقت قوه قضائیه از رهبری در برخورد با اخلالگران نظام اقتصادی را می‌توان با توجه به اصل تعامل قوا در قانون گذاری مبارزه با فساد در سایه بند دوم اصل ۱۵۸ قانون اساسی و اصل ۷۴ مورد تحلیل انتقادی قرار داد. از سویی نیاز به فوریت قانون گذاری در برخورد با مفسدین اقتصادی را در لوای اصل ۹۷ قانون اساسی و آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی مورد بررسی قرارداد. مسیر دیگر استیدان رئیس قوه قضائیه را می‌توان از طریق بند ۸ اصل ۱۱۰ قانون اساسی و در قالب حل معضلات نظام ترسیم نمود. بُعد حقوقی نهایی این استیدان تحلیل دادرسی افتراقی جرایم اخلالگران نظام اقتصادی است که در اصلاحیه استیدان تلاش شده است تا ضمن حفظ چهارچوب‌های دادرسی عادلانه ابعاد خاص دادرسی این جرایم از قبیل توجه به امنیتی بودن، سرعت در رسیدگی و مطالبه عمومی برای مجازات نیز درنظر گرفته شود.

کلیدواژه‌ها: استیدان، حکم حکومتی، اصول قانون اساسی، رهبری، رئیس قوه قضائیه

قانون اساسی در کشورهای حقوق نوشتہ مهم‌ترین متن مکتوبی است که اصول، اعتقادات و آرمان‌های یک ملت را به عنوان پایه‌های وحدت بخش در قالب اصول قانون اساسی قرار داده تا قدرت میان قوای حاکم را تنظیم و حقوق و آزادی‌های عمومی را تضمین نماید (Jacobsohn, 2006:361) و از رهگذرن‌تنظیم قدرت و تضمین حقوق عمومی، عمل حکمرانی را به بهترین شکل آن میسر سازد اما این اصول قانون اساسی در مواجهه با دنیای واقع و نیازهای موجود برای عمل حکمرانی، دارای خلاهایی هستند که در متن مکتوب، به آن پاسخ صریح داده نشده است. این خلاها با رجوع به ریشه‌های شکل‌گیری اصول قانون اساسی و تطبیق مبانی آن با متن و روح حاکم بر قانون اساسی تحت عنوان عرف‌های حقوق اساسی مطرح شده‌اند.

نمونه پرکاربرد این مسئله در نظام جمهوری اسلامی ایران، درخواست از رهبری به منظور استفاده یکی از اختیارات ایشان، تحت عنوان «حکم حکومتی» است که در قانون اساسی به صراحت از آن نام برده نشده است. به هر روی این پژوهش با محور قرار دادن درخواست از رهبری برای صدور حکم حکومتی در حوزه قانون‌گذاری قضایی به دنبال بررسی خاطره مند نمودن این درخواست‌ها و ارائه راهکارهای جایگزین به منظور حفظ جایگاه عالیه رهبری است. ناگفته نماند که صدور حکم حکومتی توسط رهبری در فقه شیعه برای اداره بهتر جامعه تابع ضوابط و محدودیت خاصی نیست تا رهبری بتواند راسا در مقاطع حساس ورود نماید و حسب وظایف گسترده از اختیارات خاصی نیز برخوردار باشد اما این نوشтар، ضوابط درخواست از رهبری برای صدور حکم حکومتی را با بررسی موردی کسب اجازه ریس و قوه قضاییه از رهبری برای برخورد با اخلالگران نظام اقتصادی مورد مدافعت قرار می‌دهد.

این درخواست‌ها در حوزه‌ی قانون‌گذاری قضایی در سال‌های اخیر تحت عنوان مفهوم استیدان (کسب اجازه) از رهبری مطرح شده است. تمدید مدت آزمایشی قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸/۶/۲۸ که در پایان سال ۱۳۸۸ منقضی می‌شد، یکی از کسب اجازه‌هایی است که ریاست قوه قضائیه برای تمدید این قانون تا تعیین تکلیف نهایی توسط مجلس از رهبری درخواست داشتند که با موافقت ایشان در ۱۳۸۸/۱۲/۲۴ این قانون تا مشخص کردن وضعیت آن توسط مجلس تمدید شد. نمونه دیگر آن، درخواست رئیس قوه قضائیه برای تمدید قانون شوراهای حل اختلاف تا زمان تصویب لایحه تقدیمی به مجلس شورای اسلامی که در مکاتبه ۱۳۹۲/۶/۲۱ با موافقت رهبری در مورخ ۱۳۹۲/۶/۲۳ این قانون نیز تمدید شد. نمونه دیگر این موضوع بخشنامه شماره ۹۰۰/۸۳۱۶۷/۱۰۰ مورخ ۹۴/۱۲/۱۶ کسب اجازه رئیس وقت قوه قضائیه از رهبری برای رسیدگی دعاوی خانواده در دادگاه‌های عمومی در مناطقی که قضاط واجد شرایط برای تشکیل دادگاه خانواده وجود ندارد که با موافقت رهبری همراه شد. نمونه دیگر استیدان، موضوع درخواست مرداد ماه ۱۳۹۷ رئیس وقت قوه قضائیه از رهبری برای برخورد قاطع و سریع با اخلالگران نظام اقتصادی در قالب حکم

حکومتی، برای تغییراتی در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ همراه با اصلاحات و الحالات بود.

این مقاله از سه بُعد تلاش دارد تا ابعاد استیدان رییس وقت قوه قضاییه در سال ۱۳۹۷ و اصلاحیه آن را در پرتو نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران مورد بررسی قرار دهد. در بعد اول به تحلیل استیدان در سنجرش با ضوابط درخواست حکم حکومتی تحلیلی را ارایه داده‌ایم. در همین رابطه پرسش ابتدایی این مقاله آن است که کسب اجازه ریاست وقت قوه قضاییه از رهبری در شرایط مشابه استیدان در نمونه‌های فوق و همچنین در برخورد با اخالگران نظام اقتصادی، تحت لوای حکم حکومتی با مبانی درخواست حکم حکومتی در چه وضعیتی قرار می‌گیرد؟

در بُعد دوم به تحلیل طراحی مسیرهای پیش روی ریاست محترم قوه قضاییه در حوزه قانون‌گذاری قضایی در شرایط خاص پرداختیم. از همین رو پرسش مطروحه آن است که چه راهکارهای عملی و مؤثر در نظام حقوقی موجود است تا ریاست محترم قوه قضاییه در شرایط مشابه بتواند از ظرفیت‌های نظام حقوقی برای تغییرات در قانون آیین دادرسی کیفری بهره ببرد؟

بُعد سوم حقوقی این استیدان به بررسی اصلاحیه استیدان و توجه به دادرسی افتراقی در رسیدگی به جرایم اخالگران در نظام اقتصادی می‌پردازد. از همین رو پرسش مطروحه آن است که استیدان وقت رییس قوه قضاییه و اصلاحیه استیدان در سال ۱۳۹۹ چگونه میان حقوق متهم و دادرسی عادلانه با شرایط خاص جرم اخلال در نظام اقتصادی توازن برقرار نموده است؟ به همین منظور ابتدا به مبانی عینی حکم حکومتی با توجه به اصول قانون اساسی اشاره کرده‌ایم و سپس به ظرفیت‌های نظام حقوقی برای قانون‌گذاری و اصلاح آن در حوزه کیفری با توجه به سرعت مورد نظر رئیس قوه قضاییه، مواردی را بیان نمودیم. در مبحث سوم به اصلاحیه استیدان و تغییرات مثبت آن اشاره می‌نماییم.

۱. بررسی مبانی درخواست حکم حکومتی از رهبری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران

در نظام جمهوری اسلامی ایران، یکی از اختیارات رهبری که به صورت مستقیم در قانون اساسی ذکری از آن به میان نیامده، عبارتی تحت عنوان «حکم حکومتی» است که طی آن رهبری در شرایط خاص، دستوری لازم‌الاجرا صادر می‌نماید. این دستور برای مقامات عمومی و تمام نهادها و مردم از دو ویژگی لازم‌الاتّباع و فصل الخطاب بودن بهره می‌برد (ملک افضلی، ۱۳۹۰: ۶۸). از نگاه فقهی حکم حکومتی «به معنای آن دسته از حکما می‌است که از یک سو به وسیله حاکم برای اجرای احکام شرعی و رسیدن به مصالح و مقاصد دین و از سوی دیگر، برای تدبیر امور جامعه و حکومت انشا می‌گردد» (عرب صالحی، ۱۳۹۲: ۴۷) تعریف شده است. از نگاه حقوقی حکم حکومتی؛ پیام، بیان و رهنمودهایی از جانب مقام رهبری است که با خطاب دستوری صادر شده و به صورت تشریفاتی به شخص یا نهاد معینی ابلاغ شود.

(اسماعیلی و نامی، ۱۳۹۲: ۴۶). شمول این دستور در حوزه‌های مختلف تقنیکی، اجرایی و قضایی در موارد خلاف مصالح نظام جنبه سلبی و در مواردی که موجب ثبیت نظام می‌گردد جنبه ایجادی به خود می‌گیرد. تحلیل کسب اجازه رئیس قوه قضائیه درنامه‌ی اخیر به رهبری در راستای برخی تعییرات در روند رسیدگی به متهمین اخلال در نظام اقتصادی در صورتی راه گشاست؛ که این کسب اجازه با مبانی درخواست حکم حکومتی و مفهوم واقعی آن تحلیل شود. این تحلیل، نظام‌مند سازی حکم حکومتی در مقام تقاضا از سوی کنشگران عرصه حکمرانی را مورد بررسی قرار می‌دهد.

۱-۱. بررسی شرایط استثنائی به منظور درخواست حکم حکومتی از رهبری

حکم حکومتی بنا بر یک اقتضای خاص و در شرایطی است که رهبری برای حفظ کیان نظام اسلامی وارد عمل شود و گرنه اصل دانستن درخواست حکم حکومتی، برخلاف هدف اصلی خود یعنی حفظ نظام خواهد بود. از طرفی اصل دانستن درخواست حکم حکومتی در هر مورد، می‌تواند بار مسئولیت تصمیم مسئولان را به رهبری منتقل سازد. از نگاهی دیگر اصل دانستن درخواست حکم حکومتی در نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران که ولی فقیه طبق آن مدیریت کلان جامعه اسلامی و نظام سیاسی را بر عهده دارد، ناهمخوان است (تفوی، ۱۳۹۰: ۲۵). در واقع مدیریت کلان جامعه می‌طلبد که قوای سه گانه که در اصل ۵۷ قانون اساسی نام برده شده‌اند با خطوط کلی که از جانب رهبری ترسیم می‌شود جامعه را مدیریت کنند، نه این که بادرخواست از رهبری؛ بنابراین در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، نخست قانون اساسی و قوانین عادی و مقررات موجود جامعه اداره می‌شود؛ در مواردی که قانون اساسی کامل نیست، با درخواست حکم حکومتی نیاز جامعه مرتفع خواهد گردید (جوادی آملی، ۱۳۷۸: ۴۸۰). در این نگاه اگر قانون اساسی در جایی به دلیل حدوث شرایطی ناکارآمد بود، درخواست از رهبری برای اختیارات ولایتی جهت خروج بن‌بست مورد استفاده قرار خواهد گرفت. درخواست از رهبری برای استفاده از حکم حکومتی و تبدیل این درخواست‌ها به عنوان یک رویه، امری نامأنس با فضای حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران است. مفهوم استثنائی بودن درخواست حکم حکومتی، بیانگر شرایط پیچیده‌ای است که راهکار خاصی در قانون اساسی برای قوای سه گانه و نهادهای عمومی پیش‌بینی نشده و از طرفی فرصت کافی برای استفاده از مجمع تشخیص برای ارائه راهکار نیز وجود ندارد.

این نگاه استثنائی نسبت به درخواست حکم حکومتی در مشروح مذکرات خبرگان اساسی را، هنگام بحث و بررسی برای افزودن قید مطلقه به اصل ولایت فقیه در اصل ۵۷ قانون اساسی نیز می‌توان یافت. آن جا که آیه‌الله یزدی می‌گویند: «ما که می‌گوییم کلمه اطلاق اضافه بشود نه بدین معنا است که یعنی قانون اساسی را بگذاریم کنار و نه بدین معنا است که نظام را بگذاریم کنار، نظام محفوظ است، قانون اساسی محفوظ است، خود همین ولی مطلق می‌گوید از این طریق عمل می‌کند ولی مواردی هم پیش می‌آید که نقض این طریق نیست نیاز هم هست» (اداره کل فرهنگ مجلس، ۳۶۹: ۸۳۵۳/۵). تعبیری که آیه‌الله یزدی

با عبارت «مواردی پیش می‌آید» در سخنان خوبیش از آن بهره می‌برند گواه این مطلب است که حکم حکومتی، در مقام تقاضا از رهبری یک مسئله موردی است.

ریاست قوه قضائیه در نگارش نامه^۱ مرداد ماه سال ۱۳۹۷ خود به رهبری شرایط کشور را، شرایط ویژه اقتصادی و جنگ اقتصادی تحلیل نموده‌اند و با کسب اجازه از ایشان موادری از قانون آینین دادرسی

۱. متن درخواست رئیس قوه قضائیه و پاسخ رهبر انقلاب اسلامی به این شرح است:

بسم الله الرحمن الرحيم محضر مبارك حضرت آيت الله العظمى خامنه‌ای (ادام الله ظله الوارف) رهبر معظم انقلاب اسلامى سلام عليکم

با احترام، نظر به شرایط ویژه اقتصادی کنونی که نوعی جنگ اقتصادی محسوب می‌شود و متأسفانه عده‌ای از اخلال گران و مفسدان اقتصادی هم در راستای اهداف دشمن موجبات آن را فراهم و مرتکب جرمایی می‌شوند که ضرورت برخورد قاطع و سریع با آنان را می‌طلبد، در صورت صلاح‌دید به رئیس قوه قضائیه اجازه فرمائید در چارچوب قانون مجازات اخلال گران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۹ / ۹۶۹ با اصلاحات و العلاقات بعدی و ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ رعایت موارد ذیل اقدام نماید.

۱- حسب مفاد تبصره ۶ ماده ۲ قانون مذکور شعبی از دادگاه انقلاب اسلامی را با ترکیب سه نفر قضی با حداقل ۲۰ سال سابقه قضائی (یک نفر رئیس و دو مستشار) تشکیل دهد. رسیت دادگاه با حضور دونفر از اعضاء خواهد بود.

۲- محل استقرار این شب در تهران می‌باشد و کلیه پرونده‌های مرتبط، توسط معاون اول قوه قضائیه به آن شب ارجاع می‌شود و با تشخیص رئیس قوه قضائیه حسب ضرورت در مراکز استانها نیز قابل تشکیل است.

۳- به تشخیص رئیس دادگاه جلسات علنی و قابل انتشار در رسانه‌ها می‌باشد.

۴- کلیه مواعید قانونی لازم الرعایه مندرج در آینین دادرسی از قبل ابلاغ و اعتراض حداقل ۵ روز تعیین می‌شود.

۵- مفاد تبصره ماده ۴۸ قانون آینین دادرسی کیفری در خصوص وکیل، در دادگاه نیز مجری خواهد بود.

۶- هر گاه ضمن رسیدگی در دادگاه نقص تحقیقاتی احراز شود دادگاه میتواند رأساً نیز نسبت به تکمیل تحقیقات اقدام نماید.

۷- کلیه اتهامات اشخاص حقیقی و حقوقی و کشوری و لشکری مرتبط با پرونده ارجاعی اعم از مباشر، شرکاء و معاونین در یک شعبه رسیدگی می‌شود.

۸- هر گونه تعلیق و تخفیف نسبت به مجازات اخلال گران و مفسدان اقتصادی ممنوع است.

۹- در کلیه موارد رسیدگی به جرائم مذکور در صورت وجود دلایل کافی به تشخیص قاضی دادسرا و یا دادگاه حسب مورد قرار بازداشت موقت تا ختم رسیدگی و صدور حکم قطعی صادر می‌شود. این قرار غیر قابل اعتراض در مراجع دیگر خواهد بود. هر گونه تغییری در قرار، توسط دادگاه رسیدگی کننده صورت می‌پذیرد.

۱۰- آرای صادره از این دادگاه به جز اعدام، قطعی و لازم‌الاجرا می‌باشد. احکام اعدام با مهلت حداقل ۱۰ روز قابل تجدیدنظر خواهی در دیوان عالی کشور می‌باشد.

۱۱- آینین نامه اجرایی این مصوبه توسط رئیس قوه قضائیه تهیه و تصویب می‌شود.

۱۲- این مصوبه برای مدت دوسال از تاریخ تصویب معتبر می‌باشد.

کیفری را دچار تغییراتی نموده‌اند. اصلاح قانون و اعمال تعییرات در آن را به سختی می‌توان یک امر استثنائی و موردی به شمار آورد و اگر این عمل را مصدق یک امر استثنائی بدانیم، یک عرف اصلاح قانون را در نظام حقوقی کشور ایجاد نمودیم که نتیجه‌ی آن پدید آوردن عرفی است که در دکترین حقوقی از آن به عنوان عرف ناسخ قانون اساسی یاد می‌کنند و تداعی کننده تعییر موریس هوریو در عبارت «تقلبات قانون اساسی» است (عباسی، ۱۳۸۵: ۱۶۵). تقلیلی که انحراف از وظایف و اختیارات حاکمیتی دستگاه‌های مختلف را در پی خواهد داشت.

۱-۲. بررسی شرایط اضطراری به منظور درخواست حکم حکومتی

برای تعریف لغوی واژه ضرورت ابن منظور بیان می‌کند: «ریشه واژه ضرورت و اضطرار ضرر می‌باشد. ضر فلاناً او بفلانٰ؛ یعنی به او ضرر و زیان زد. ضره الی کذا یعنی او را به چیزی مجبور کرد و ناچار ساخت. ضرورت اسم برای مصدر اضطرار می‌باشد» (ابن منظور، بی‌تا: ۴۶). در تعریف اصطلاحی، ضرورت را «حالت ترس یا نیاز و الزام حاصل از ضرر بر شخص یا جامعه یا به‌طور کلی، موقعیتی که ایجاب کننده‌ی انتخاب میان دو ضرر یا منفعت باشد یا به عبارتی، ضرورت عذری است که به موجب آن ارتکاب پاره‌ای از امور ممنوعه مجاز باشد» تعریف نموده‌اند (لنگرودی، ۱۳۷۶: ۱۶)؛ به عبارت دیگر ضرورت و اضطرار هر دو از ریشه ضرر و کاملاً با یکدیگر هم پوشانی دارند. در رابطه با تحلیل این مفهوم در فقه^۱ بیان شده است که «مکلف گاهی در شرایطی قرار می‌گیرد که ناگزیر به ارتکاب حرام است و گرنه حرام بزرگتری را مرتكب یا واجبی مهم‌تر از او فوت خواهد شد؛ مانند آن که غذای حلال یافت نشود و او مجبور به خوردن خوراکی‌های حرام گردد» (وطنی، ۱۳۸۱: ۱۸۸). این مفهوم فقط در رابطه با فقه فردی نیست و می‌تواند ابعاد حکومتی را در خود جای دهد. مفهوم اضطرار حکومتی، بیانگر شرایط اجتماعی خاصی است که جلوه گر شده و حاکم برای کنترل آن شرایط خاص، نیاز به اختیارات خاص دارد. در این شرایط خاص، سازمان‌ها و نهادهای حکومتی علی رغم حضور فیزیکی توان تصمیم‌گیری برای بحران پدید آمده را ندارند و از اختیاراتی که در چهارچوب نظام حقوقی به آن‌ها اعطای شده است، بهره نمی‌برند.

مسئله اضطرار و تصمیم‌گیری توسط عالی‌ترین مقام کشور در شرایط بحرانی، خاص کشور ما نیست. برای مثال در کشور هند ماده ۳۶۵ قانون اساسی این کشور به رئیس‌جمهور اجازه داده است که چنان‌چه دولت نتواند برابر قواعد تعیین شده اداره گردد و یا در شرایط وقوع بی‌نظمی شدید، رئیس‌جمهور از اختیار جانشینی کامل یا جزئی در اعمال قدرت دولت فدرال برخوردار گردد. در فرانسه نیز طبق ماده ۱۶ قانون

^۱الامر اليكم والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته (<https://www.leader.ir/fa/content/21858/www.leader.ir>) تاریخ ۹۷/۹/۲۰

^۱. قاعده فقهی ضرورت (الضرورات تبیح المحظورات): بر اساس این قاعده هر محظوری اعم از حرام و ترک واجب و تأثیر واجب فوری، هرگاه انجامش ضرورت پیدا کند مباح خواهد شد.

اساسی با رعایت دو شرط که اولاً «نهادهای جمهوری، استقلال ملت، یکپارچگی سرزمینی دولت یا اجرای تعهدات بین‌المللی به صورت شدید و فوری مورد تهدید قرار گیرد و ثانیاً فعالیت قوای عمومی به صورت مرتب متوقف شود» به رئیس جمهور اجازه داده شده که در همه امور اجرایی، قانون‌گذاری و قضایی به ویژه در مسائل مربوط به آزادی‌های عمومی و حقوق افراد مداخله نماید (عباسی، ۱۳۹۷: ۱۸۴). علت این گستردگی اختیار عمل قطعاً ناشی از صلاحیتی است که در شرایط خاص پدید می‌آید. بنابر این مفهوم شرایط اضطراری اشاره به شرایطی دارد که نهادهای مدیریتی کشور دچار اختلال شده و کارآمدی خود را از دست داده‌اند. در این مبنای برخلاف مفهوم استثنایی، ساز و کارهای مشخص برای نهادها و قوای حاکمیتی وجود دارد، با این تفاوت که این ساختارها در آن شرایط پاسخ‌گوی مناسبی برای حل آن مشکل نیست.

توجه به مژوکات شورای بازنگری قانون اساسی نیز می‌تواند به ما کمک کند تا به فهم دقیق‌تری از مبنای اضطرار در عنوان این مبحث دست یابیم. نقطه اصلی مباحث در شورای بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ آوردن واژه مطلقه پس از ولایت فقیه است که در اصل ۵۷ قانون اساسی چالش‌های زیادی را به همراه داشته است. برخی معتقدند در اصل ۱۱۰ قانون اساسی که وظایف و اختیارات رهبری در آن قید شده است، این وظایف و اختیارات حصری است و رهبری در صورت وجود مشکلاتی میان قوا طبق بند ۷ اصل ۱۱۰ عمل می‌کند و در صورت ایجاد یک معضل برای نظام از طریق مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام به حل آن معضل می‌پردازد و دیگر جایی برای حکم حکومتی باقی نمی‌ماند اما برخی معتقدند که اصل پنجم با صراحت از عبارت ولایت امر و امامت امت سخن گفته و اختیارات رهبری فرا قانون اساسی است و این ولی فقیه است که به قانون اساسی مشروعیت می‌دهد (تفوی، ۱۳۹۰: ۳۴ و ۳۵). اظهارات آیه‌الله خامنه‌ای در جلسه شورای بازنگری قانون اساسی، گویای ارائه راه حل بینایی نسبت به ولایت مطلقه فقیه است. ایشان می‌فرمایند: «این ولایت مطلقه اعمالش و اداره کشور به وسیله او با یک سیستمی انجام بگیرد، آن سیستم این است. آنچایی که این سیستم با ضرورت‌ها برخورد می‌کند و کارآیی ندارد، آن وقت ولایت مطلقه از بالاسر وارد می‌شود گردد را باز می‌کند؛ بنابراین نه اصل صد و ده ایرادی دارد و نه بقیه اصول این قانون» (اداره کل فرهنگی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۹/۳: ۱۳۶۳). البته این اعتقاد ایشان در دیدارهای مختلف نیز با عبارت‌های دیگری مؤید همین ادعا (۱۶) است.^۱ استفاده از تعبیر «گردد» و «ضرورت‌ها» در بیان ایشان، نشان از اولویت

^۱. کما این که ایشان در بیانات مختلف از جمله در دیدار با دانشجویان کرمانشاه بر مدیریت کلان ولی فقیه در جامعه و عدم حضور در مدیریت اجرایی به دلیل وجود ساز و کارهای مشخص در سال ۹۰ فرمودند: «مسئولین در بخش‌های مختلف، مسئولیت‌های مشخصی دارند. رهبری نه می‌تواند دخالت کند، نه حق دارد دخالت کند، نه قادر است تصمیماتی ممکن

بودن حفظ قانون اساسی است؛ به عبارت دیگر انحصار وظایف رهبری در اصل ۱۱۰ قانون اساسی در شرایط اضطراری که قوای دیگر دچار ناکارآمدی شده‌اند، منحصر به وظایف مصربه نیست و همانند مبنای اول در شرایط اضطراری هم مسئله فوریت تصمیم‌گیری وجود دارد.

همان‌گونه که در دیباچه قانون اساسی آمده است، قانون مبین ضابطه مدیریت اجتماعی است و قانون اساسی در بالاترین حد ممکن مدیریت سیاسی کشور را تحت یک نظم مشخص در می‌آورد (هاشمی، ۱۳۹۲: ۶۳). بنابر این اقتضای حاکمیت قانون آن است که رفتار و تصمیمات مأمورین دستگاه‌های حکومتی متأثر از قانون باشد (استوارستگری، ۱۳۹۴: ۴۶) چه اینکه اگر مساله حاکمیت قانون توسط بازیگران عرصه سیاسی جمهوری اسلامی پذیرفته ولی اجرا نشود و تممسک به حکم حکومتی برای عبور از راه حل‌های قانونی فهم شود، تالی فاسد آن عدم تحقق نظام اسلامی است؛ زیرا تحقق نظام اسلامی در ساختار نظام ولایت فقیه، اولاً مبتنی بر قانون و ثانیاً روحیه همکاری و وجود ساختارها و نهادهای مختلف در پنهان سیاسی کشور است تا با پذیرش مسئولیت نسبت به اعتماد مردم پاسخ‌گو باشند.

۲. بررسی ظرفیت‌های حقوقی نظام جمهوری اسلامی ایران در مواجهه با شرایط مشابه استیزان

هدف این نوشتار، اثبات وجود ظرفیت‌های قانون اساسی و در درجه دوم نظرات تفسیری شورای نگهبان و قانون آیین نامه داخلی مجلس است. سخن از ظرفیت‌های نظام حقوق اساسی در واقع نشان دادن قدرت قانون اساسی در صحنه تقینی، اجرایی و قضایی است چه اینکه قانون اساسی قدرتمند آن است که سخن بگوید و از تغییرات نامحسوسی که مشروعیت آن قانون را بی‌هیچ توجیه عقلانی زیر سؤال می‌برد؛ ممانعت نماید (بارنت و همکاران، ۱۳۸۴: ۳۱۵). در تأیید این مطلب، نکته حائز اهمیت تجربه تلحظ ناکارآمدی قانون اساسی مشروطه در دوران حیات خود، در اثر بی‌اعتنایی‌های بازیگران سیاسی، بی‌روح شدن آن و عدم توان تأمین خواسته‌های اساسی ملت بود (عقیقی، ۱۳۵۸: ۳۰).

۲-۱. بررسی ظرفیت پیش‌بینی فوریت در امر قانون‌گذاری و شرایط مشابه استیزان

در مقدمه نامه درخواست رئیس قوه قضائیه از رهبری از عبارت برخورد سریع و قاطع سخن گفته شده است و این استجازه در راستای نیاز به سرعت در برخورد سریع با مفسدان اقتصادی توجیه شده است درحالی که با همین سرعت از طریق مجلس نیز می‌توان به اهداف مورد نظر رئیس قوه قضائیه دست

است گرفته شود، رهبری قبول هم نداشته باشد، اما دخالت نمی‌کنند؛ مسئولینی دارد، مسئولینش باید عمل کنند»
(۱۳۹۷/۹/۲۰ farsi.khamenei.ir=17597) تاریخ مراجعه:

یافت. اصل ۹۷ قانون اساسی در این رابطه گویای فهم قوه مؤسس از نیازهای فوری قانونگذاری یا اصلاح قانون است. این اصل بیان می‌کند اعضا شورای نگهبان به منظور تسریع در کار می‌توانند هنگام مذاکرات درباره لایحه یا طرح قانونی در مجلس حاضر شوند و مذاکرات را استماع کنند اما وقتی طرح یا لایحه فوری در دستور کار مجلس قرار گیرد، اعضا شورای نگهبان باید در مجلس حاضر شوند و نظر خود را اظهار نمایند. این حضور الزامی شورای نگهبان در بررسی لوایح یا طرح‌های فوری ناشی از تسریع در امر قانونگذاری است (وکیل و عسکری، ۱۳۹۳: ۳۹۶). در واقع اصل ۹۷ برای لوایح و طرح‌های فوری، استثنائی را به لحاظ زمانی از جهت بررسی اनطباق مصوبه مجلس با قانون اساسی و شرع به‌طور کلی درنظر گرفته است و مصاديق لوایح و طرح‌های فوری را به تفسیر قانون اساسی توسط شورای نگهبان و تصویب قانون عادی سپرده است.

به هر حال قانون اساسی دربرگیرنده قواعد کلی و ساختار سیاسی و استخوان‌بندی دولت کشور است (قضی، ۱۳۸۴: ۴۰) و بیان مصاديق جزئی و موردی در قانون اساسی خلاف شان و محتوای این قانون است (کددخایی و بهادری، ۱۳۹۷: ۹). شورای نگهبان در تفسیر اصل ۹۷ قانون اساسی به تبیین مفهوم طرح یا لایحه فوری در نظریه تفسیری شماره ۱۲۵۸/۸/۱۵ مورخ ۱۳۶۸ پرداخته و بیان کرده «مقصود از طرح یا لایحه فوری مذکور در اصل نود و هفتم قانون اساسی، طرح یا لایحه‌ای است که تأخیر در رسیدگی به آن مستلزم وقوع خسارت یا فوت فرصت باشد و لوایح و طرح‌هایی را که رسیدگی به آن در این حد از لزوم سرعت نیست، شامل نمی‌شود» (فتحی، ۱۳۹۶: ۵). تشریفات قانونگذاری در نظام حقوق جمهوری اسلامی ایران با توجه به شباهت به نظام نیمه ریاستی نیمه پارلمانی و نقش هر دو قوه مجریه و مقننه در امر قانونگذاری در آیین نامه داخلی مجلس ذکر شده است. نقش سازنده آیین نامه دربهبود عملکرد قانونگذاری (هاشمی، ۱۳۷۲: ۲۷۴) و اهمیت آن در تفسیر غیرمستقیم قانون اساسی، آیین نامه مجلس را به یکی از مهم‌ترین قوانین تبدیل نموده است. حد نصاب دوسوم حاضرین از نمایندگان مجلس شورای اسلامی در تصویب آیین نامه داخلی در اصل شصت و پنجم گواه همین اهمیت تفسیری است. جلوه گاه عینی مفهوم فوریت طرح و لایحه با دقت در آیین نامه داخلی مجلس مصوب ۷۹/۱/۲۰ همراه با اصلاحات و الحالات بعدی نیز در مواد ۱۵۸ تا ۱۶۷ بیان شده است. ماده ۱۵۸^۱ به سه نوع طرح و لایحه تحت عنوان یک فوریتی، دو فوریتی و سه فوریتی اشاره می‌کند. در ماده ۱۵۹ به شرایط شکلی و حد نصاب لازم برای تصویب فوریت طرح‌ها سخن می‌گوید. در ماده ۱۶۰^۲ نیز به بررسی ماهوی هر یک از

^۱. ماده ۱۵۸- طرح‌ها و لوایح فوری عبارتند از یک فوریتی، دوفوریتی و سه فوریتی.

^۲. ماده ۱۶۰- اصل بر عادی بودن رسیدگی طرح‌ها و لوایح است؛ بنابراین فوریت آنها باید میان ضرورت و یا حالت استثنائی و مستند به دلایل ذیل باشد: یک فوریت؛ نیاز فوری جامعه و اولویت طرح و یا لایحه مورد نظر نسبت به سایر موارد مطروحه

این سه نوع فوریت می‌پردازد. طرح‌ها و لواح‌یک فوریتی متضمن نیاز فوری جامعه، دو فوریتی در شرایط خسارت احتمالی و فوت فرصت و سه فوریتی در شرایط اضطراری به تصویب می‌رسند. نکته حائزه اهمیت بررسی زمانی هر یک از این سه نوع فوریت است. مستفاد از مواد^۱،^۲،^۳،^۴۱۶۵،^۵ طرح‌ها و لواح‌یک فوریتی به کمیسیون ارسال و پس از بررسی در کمیسیون به صورت تک شوری در صحنه علی برای تصویب آمده می‌گرد. ارسال به کمیسیون در طرح‌های دو فوریتی نیز مشاهده می‌شود با این تفاوت که محدودیت زمانی ۲۰ ساعته در کمیسیون وجود دارد و نهایتاً طی^۶ روزنسبت به لایحه یا طرح تعیین تکلیف گردد اما در مورد لواح و طرح‌های سه فوریتی مرحله ارسال به کمیسیون وجود ندارد و بلافاصله پس از تصویب فوریت وارد بررسی کلیات و جزئیات لایحه یا طرح مورد نظرشده و تصمیم نهایی توسط مجلس گرفته می‌شود. در همین رابطه آینه نامه داخلی شورای نگهبان در ماده^۷، به مهلت ۲۴ ساعته برای بررسی طرح‌ها و لواح فوری اشاره داشته است. بنا بر این ریاست محترم قوه قضائیه می‌توانستند در کوتاه‌ترین زمان ممکن از طریق لایحه قضایی تغییراتی را که در روند دادرسی اخلاقگران در نظام اقتصادی دنبال می‌نمودند پیگیری کنند، هرچند که برخی ابهامات در مفهوم لایحه قضایی و اختلاف دیدگاه در تشریفات تقنینی این‌گونه لواح، در بدو امر حاکی از یک مسیر تشریفاتی نسبتاً طولانی در راه تصویب لایحه قضایی است، اما با تعمق بیشتر در گفتار بعدی به تحلیل این مسئله در ظرف قانون اساسی خواهیم پرداخت.

دوفوریت؛ ضرورت جلوگیری از وقوع خسارت احتمالی و فوت فرصت سه فوریت؛ حالت کاملاً اضطراری و حیاتی و برای مقابله سریع با خسارت حتمی

^۱. ماده ۱۶۳- طرح‌ها و لواح‌یک فوریتی پس از تصویب فوریت به کمیسیون‌های اصلی و فرعی ارجاع داده می‌شود تا خارج از نوبت مورد بررسی و تصویب قرار گیرد. گزارش کمیسیون درباره این طرح‌ها و لواح حداقل چهل و هشت ساعت قبل از موقع طرح در مجلس چاپ و بین نمایندگان توزیع می‌شود.

^۲. ماده ۱۶۵: نحوه رسیدگی به طرح‌ها و لواح دو فوریتی به شرح زیر می‌باشد: ۱- حداقل چهار ساعت پس از تصویب فوریت، طرح یا لایحه چاپ و توزیع می‌شود. ۲- حداقل بیست ساعت پس از تصویب فوریت، پیشنهاد نمایندگان به هیأت رئیسه تسلیم می‌شود. ۳- حداقل هفتاد و دو ساعت پس از تصویب فوریت، در دستور کار مجلس قرار می‌گیرد. ۴- حداقل یک ساعت قبل از شروع مذاکرات، پیشنهادهای نمایندگان چاپ و توزیع می‌شود.

^۳. ماده ۱۶۶- در طرح‌ها و لواح سه فوریتی، پس از تصویب فوریت، بلا فاصله در همان جلسه در دستور کار مجلس قرار می‌گیرد.

۲-۲. ظرفیت هم‌گرایی قوا در شرایط مشابه استیدان

فرآیندها و تشریفات قانون‌گذاری گرچه مسیرهای ایجاد قانون را مشخص می‌کنند اما دارای آثار ماهوی همچون عدالت و اثربخشی قانون در صحته اجتماع هستند؛ به عبارت دیگر «قانون خوب» محصول رعایت این اصول تشریفاتی و فرآیندی است (راسخ و مالیمری، ۱۳۹۱: ۵۳). به هر میزان که قانون از اقدار عمومی حاصل از هماهنگی نیروهای اجتماعی که در قوای حاکم نهادینه شده، بهره‌مند باشد، کارایی و اثرگذاری بیشتری را از خود بر جای خواهد گذاشت (محمدیان، ۱۳۸۲: ۱۰). در تأیید مقدمه فوق می‌توان به دوره دوم قانون‌گذاری مجلس شورای اسلامی در حوزه طرح‌ها و لواح سیاسی هم اشاره کرد. در این دوره از ۳۱ طرح و لایحه سیاسی، تنها ۸ مورد طرح نمایندگان متنه‌ی به ابلاغ قانون و اجرا شده، در مقابل ۲۲ لایحه به قانون تبدیل شده و به مرحله اجرا در آمده است (مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۹۷: ۳۶).

در این راستا قوه مؤسس، با فهم تخصصی بودن لواح قضایی و ضرورت مشارکت قوا در بند دوم اصل ۱۵۸، ابتکار قانون‌گذاری در حوزه مسائل قضایی را بر عهده ریاست قوه قضائیه قرار داده است و در اصل ۷۴ معین می‌کند لواح قانونی پس از تصویب هیأت وزیران به مجلس تقدیم می‌شود؛ بدون آن که در باب چگونگی ارسال لایحه قضایی در متن قانون اساسی سخن بگوید. این سکوت و اشکالات اجرایی در نحوه ارسال این لواح و مفهوم آن باعث پدید آمدن دو دیدگاه موسع و محدود در مفهوم لایحه قضایی و حدود اختیارات رئیس قوه قضائیه در تعامل با قوه مجریه در این گونه لواح شده است (کاشانی، ۱۳۹۵: ۱۳).

در دیدگاه موسع «رئیس قوه قضائیه بیشتر از هرکس دیگری بر مسائل قضایی احاطه دارد و می‌تواند بدون تصویب هیأت وزیران، لواح قضایی را به مجلس ارسال نماید؛ بنابراین هیأت وزیران نه تنها وظیفه ارسال لایحه به مجلس را دارد، بلکه حق تغییر لایحه را نیز ندارد؛ لذا در صورت نفرستادن لایحه به مجلس، به تکلیف خود عمل نکرده است و رئیس قوه قضائیه می‌تواند مستقیماً لایحه را به مجلس شورای اسلامی ارسال نماید» (باقری، ۱۳۹۳: ۷). در دیدگاه محدود، ریاست قوه قضائیه مبتنی بر اصل عدم صلاحیت و هم چنین صراحة قانون اساسی در ذکر عبارت «تهیه لواح قضایی» بدون اشاره به واژه «ارسال لواح قضایی» در بند دوم اصل ۱۵۸، نمی‌تواند نقش فعل قوه مجریه را نادیده بگیرد (فلاح زاده و مژروعی، ۱۳۹۶: ۷۵).

اثر مهم پذیرش نقش فعلانه قوه مجریه، دخالت این قوه در مفاد لایحه قضایی و اعمال نظر در لایحه‌ای است که توسط قوه قضائیه تهیه شده است. سکوت قانون اساسی در این مورد و نیاز به واکاوی مفهوم لایحه قضایی و مشخص کردن چگونگی نحوه تعامل قوه مجریه و قضائیه، ریاست وقت قوه قضائیه را برآن داشت که از شورای نگهبان درخواست نظریه تفسیری نماید. ریاست وقت قوه قضائیه طی دو نامه با طرح پرسش مفهوم لایحه قضایی و هم چنین نقش قوه مجریه در این گونه لواح از شورای نگهبان خواستار نظریه تفسیری شدند. شورای نگهبان هم در نظریه تفسیری شماره ۷۹/۲۱/۱۰۶۵ مورخ ۱۳۷۹/۷/۳۰ در پاسخ به پرسش مفهوم لواح قضایی، محتوای این گونه لواح را فصل یازدهم قانون اساسی به ویژه اصول ۱۵۷، ۱۵۶ و سایر اصول مرتبط با «امور قضایی» تعریف می‌کند و در تعیین

ارتباط دو قوه، ریاست قوه قضائیه را ملزم به ارسال لایحه به هیأت دولت می‌نماید و از طرفی هرگونه تغییر در امور قضائی این لوایح را با جلب موافقت رئیس قوه قضائیه، مجاز و مبتنی بر اصول قانون اساسی می‌داند (معاونت تدوین، تدقیق و انتشار مقررات، ۱۳۹۱: ۱۹۰). پیام صریح این تفسیر شورای نگهبان، با توجه به گسترش دایره مفهوم لایحه قضائی، تعامل و همگرایی قوه مجریه و قضائیه در تدوین لوایح قضائی است. مفهوم مخالف عبارت «امور قضائی» بیانگر آن است که در امور غیر قضائی مانند امور مالی، دولت می‌تواند اعمال نظر نماید.

از نگاه دیگر آمیختگی لوایح قضائی با اقتضایات اجرایی و مناسبات موجود در عملیات اجرا، نیازمند آن است که قوه قضائیه حتی در امور قضائی نیز با دولت هماهنگ باشد و دولت به عنوان فرمانده اجرایی، پیشنهادات خود را به قوه قضائیه ارائه نماید (الهام و ابریشمی راد، ۱۳۹۳: ۷۳). ضرورت این همگرایی میان قوای سه گانه در شرایط بحرانی از جمله در شرایط کنونی کشور که در متن استجazole ریاست محترم قوه قضائیه از آن به عنوان جنگ اقتصادی یاد شده، دوچندان و غیر قابل انکار است. محتواهی متن استجazole رئیس قوه قضائیه و مفاد آن اگرچه در حوزه قانون مجازات و آیین دادرسی کیفری حاوی سرعت و قاطعیت ویژه در امر رسیدگی است تا با مجازات خاص اخلاقگران و مفسدان اقتصادی، امنیت روانی و اقتصادی شهروندان را تأمین کند و اعتماد به حاکمیت را بیش از پیش بیافزاید و شاید در نگاه اول به دلیل محتواهی قضائی نیاز به اظهار نظر و همیاری دولت و مجلس وجود نداشته باشد، اما تجزیه نشان داده است که ریشه کنی مفاسد اقتصادی به دلیل چندین لایه بودن این گونه مفاسد نیاز به همکاری و عزم سه قوه دارد. در سایه همین دیدگاه می‌توان گفت قانون‌گذار در تبصره ماده ۴ قانون ارتقاء نظام سلامت اداری و مقابله با فساد مصوب ۱۳۸۷، وزارت اطلاعات را ضابط قوه قضائیه در پروندههای فساد مالی کلان دانسته است تا با توجه به قدرت و توانایی تخصصی این وزارت خانه، قوه قضائیه با سرعت بیشتری به کشف جرایم اقتصادی مبادرت ورزد. توجه به اصل همگرایی قوا در جریان مبارزه با فساد، ملازم با کند شدن این جریان نباید تلقی شود، بلکه از نگاهی دیگر مبارزه با فساد اقتصادی را تسريع می‌بخشد. اصل همگرایی قوا و بررسی دقیق قانون در سایه تبادل و رایزنی نظرات مختلف با عقاید سیاسی گوناگون موجب صیقل خوردن محتوا و شکل قانون می‌شود (Oliver Dawn and Others (2005:125).

۳-۳. بررسی ظرفیت حل معضلات نظام در شرایط استیدان

طبق این بند، زمانی که کشور با معضلات خاصی روبرو شده و مسیرهای عادی، پاسخ‌گوی شرایط پدید آمده نیست، رهبری با ارجاع آن مسئله به مجمع تشخیص از ظرفیت کارشناسی و مشورتی مجمع، جهت اتخاذ تصمیم مناسب، استفاده لازم را از مجموعه کارشناسی منتخب خود به عمل می‌آورد (زارعی، ۱۳۸۳: ۳۲۱). استفاده از واژه «معضلات» به صورت جمع، مبهم و کلی بدون اشاره به مصاديق خاص در این بند نشان از تطبیق این مفهوم بر امور تقنی، قضائی و اجرایی دارد تا نظام اسلامی در سایه توان کارشناسی این مجمع از بن بستهای موجود به سرعت رهابی یابد (هاشمی، ۱۳۹۲: ۵۶۱). وسعت مفهوم

«معضلات نظام» و پیش‌بینی مخالفت شورای نگهبان با مصوبه مجلس در برخی مواد تاریخی باعث تبدیل شدن مجمع به عنوان نهاد قانون‌گذاری شده بود تا آن جا که برخی قوانین مانند قانون تشکیل محکمه عالی انتظامی قضات مصوب ۱۳۷۰/۰۸/۲۳ با قانون‌گذاری ابتدایی مجمع متولد شد (توحیدی، ۱۳۸۴: ۱۱۴). همین مسئله باعث شد تا قاطبه حقوق‌دان قانون‌گذاری ابتدایی مجمع را خلاف اصل ۵۸ و ۵۹ قانون اساسی که اعمال قوه مقننه را از طریق مجلس شورای اسلامی و همه‌پرسی می‌داند، در نظر بگیرند و قانون‌گذاری ابتدایی توسط مجمع را نقد نمایند (نورایی، ۱۳۹۲: ۸)؛ بنابراین نقش مجمع حتی در بررسی معضلات نظام، قانون‌گذاری ابتدایی نیست و اصلاحات اساسی یک قانون اگر تا بدان جا پیش رود که از تغییرات آن قانون، قانون‌گذاری ابتدایی درک شود، به نظر در قالب حل معضلات نظام نیز نمی‌توان از این ظرفیت استفاده نمود.

در همین راستا مسئله استیزان رئیس قوه قضائیه از نگاهی دیگر گرچه دارای ابعاد تقنینی است اما تمامی این ابعاد در استیزان رئیس قوه قضائیه مشاهده نمی‌شود. حاکمیت دو ساله این مصوبه طبق بند دوازده و فقدان اصل دائمی بودن یک عمل تقنینی به عنوان ستون فقرات قانون، اثبات کننده این اعدا است (ذبیحی، ۱۳۹۴: ۸۱). این مسئله در بیانات رئیس قوه قضائیه در مقدمه درخواست ایشان از رهبری نیز ملموس است. عبارات «شرایط ویژه اقتصادی»، «اقدامات ویژه» یا «جنگ اقتصادی» نشان از نبود ویژگی دوام در مفاد این استیزان است. حتی اگر بپذیریم که تغییرات اندک قانون آینین دادرسی کیفری در مواجهه با اخلالگران نظام اقتصادی تحت عنوان «اقدامات ویژه» واجد صفت قانون‌گذاری نیست و مسیر ارسال لایحه قضایی و مخالفتهای ممکن میان مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان با اقتضای فوریت مسئله مطروح سازگار نیست، اما به هر حال این تغییرات با توجه به اهمیت حقوق متهم در روند رسیدگی کیفری و هم چنین تاثیر آن بر کشف بهتر جرایم اقتصادی به منظور پیشگیری از آن، نیازمند بررسی گروهی متخصص از صاحب نظران در حوزه‌های مختلف برای واکنشی مناسب با اخلالگران نظام اقتصادی است (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۵: ۳۳). از این منظر درخواست رئیس قوه قضائیه از رهبری می‌توانست در قالب حل معضلات نظام به ایشان پیشنهاد شود تا ابتناء نظام اسلامی بر اصل مشورت تشییت شده و مشورت با افراد متخصص به منظور رشد و توسعه جامعه اسلامی تقویت گردد (آفایی طوق، ۱۳۹۴: ۱۷۵). ضرورت همین مسئله باعث شد تا در شورای بازنگری قانون اساسی پیشنهاد عبارت «حل معضلات نظام که از طریق عادی قابل حل نیست به طور مستقیم توسط رهبری یا از طریق مجمع تشخیص» رأی نیاورد تا کماکان مسیر حل معضلات طبق بند ۸ اصل ۱۱۰ فقط مجمع تشخیص مصلحت نظام باشد (رجایی، ۱۳۸۱: ۵۴). ثمره دیگر استفاده از مجمع، هماهنگی و تطبیق بیشتر عمل شبه تقنینی با شرع و قانون اساسی در سایه حضور سران سه قوه و فقیهان شورای نگهبان خواهد بود.

۳. بررسی اصلاحیه استیدان و توجه به دادرسی افتراقی در جرایم اخلاقگران نظام اقتصادی

ماهیت جرایم اقتصادی کلان و رفتار مجرمانه اخلاقگران نظام اقتصادی به گونه‌ای است که رسیدگی به این جرایم را از جرایم سنتی متفاوت می‌سازد. هوش و ذکاوت بالای این مجرمان، به همراه موقعیت و جایگاه اجتماعی، احتمال نفوذ در فرایند دادرسی و امحای اسناد و مدارک یا فرار متهم را موجب می‌گردد. (آیت بتول پاکزاد و همکاران، ۱۳۹۸: ۲۴۶) از طرفی به دلیل اهمیت اجتماعی و همچنین گستره آسیب اجتماعی، عموم مردم منتظر برخورد قاطع و حتمی با این مجرمان هستند. از نگاهی دیگر این مجرمان با آسیب به اقتصاد عمومی، امنیت اقتصادی و اعتماد عمومی مردم به حاکمیت را زیر سؤال می‌برند. همه این تفاوت‌ها در رسیدگی به جرایم اخلاقگران نظام اقتصادی و دیگر جرایم سنتی موجود در قوانین کیفری باعث خلق مفهومی تحت عنوان دادرسی افتراقی شده است تا از مسیر متفاوت رسیدگی بتوان به نتایج مطلوبی در عرصه مبارزه با فساد رسید. نکته مهم در دادرسی افتراقی در جرایم اقتصادی کلان، رعایت اصل عدالت در رسیدگی‌هاست تا ضمن رعایت دادرسی عادلانه، ابعاد خاص رسیدگی‌های کیفری نیز مورد توجه قرار گیرد. اهمیت ویژه توازن، میان عدالت در رسیدگی‌ها و درنظرگرفتن شرایط خاص متهم، در عرصه مبارزه با فساد آن‌جا بیشتر نمایان می‌گردد که باعث انسداد مسیرهای فساد شود و نقش پیشگیرانه برای عدم تکرار فساد را بازی خواهد کرد.

در همین راستا پس از اتمام حاکمیت دو ساله استیدان در مردم‌آه سال ۱۳۹۹ و تجربه دو ساله استیدان، به منظور ایجاد توازن بیشتر میان دادرسی عادلانه و درک شرایط خاص متهم اقتصادی و حساسیت‌هایی که به درستی باید نسبت به این متهمین اعمال نمود؛ ریاست قوه قضائیه با استجازه مورخه ۹۹/۶/۲ مواردی از استجازه قبلی را اصلاح نمودند. در این گفتار به بخش مهمی از این اصلاح و رویکرد کلی در استجازه شهریورماه ۹۹ می‌پردازیم.

۱-۳. بررسی اصلاحیه استیدان و توجه ویژه به اصول ۲۲ و ۳۶ قانون اساسی

اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها تاکید دارد که اعمال مجرمانه و شرایط آن، مجازات و نحوه رسیدگی کیفری باید در قانون مشخص شود و قضات حق ندارند عملی را که در قانون جرم نیست، جرم بدانند و مجازاتی غیر از مجازات‌های قانونی را در نظر بگیرند یا حقوق دفاعی متهم را در جریان رسیدگی و محاکمه نادیده بگیرند (زراعت، ۱۳۹۲: ۵۱). اقتضاء پای‌بندی به این اصل، تعیین جرایم و مجازات‌ها توسط قوه مقننه و عدم واگذاری آن به قوای دیگر است. این مفهوم در دو اصل ۲۲ و ۳۶ به گونه‌ای تلویحی بیان شده است. اصل ۲۲ بیان می‌دارد «حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است مگر در مواردی که قانون تجویز کند». اصل ۳۶ هم با صراحة بیشتری بیان می‌کند که «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد. این موضوع به صراحة در اصلاحیه جدید در مقدمه درخواست ریس قوه قضائیه بیان شده که نیازمندی‌ها و پیشنهادات

قوه قضاییه در برخورد با اخلالگران نظام اقتصادی از طریق مجلس شورای اسلامی پیگیری خواهد شد و رهبری با توصیه در تسریع پیگیری‌ها از مسیر قانونی و اتقان احکام دادگاهها با اصلاحیه موافقت نموده‌اند.

آسیب ناشی از عدم عبور از ساز و کارهای مشخص و رویه نمودن عدم توجه به این ساز و کارها، خلاصه کارهای نظارتی بر انطباق چنین متون الزام آوری با قانون اساسی و شرع در وهله اول و در وهله دوم با سیاست‌های کلی ابلاغی از سوی مقام معظم رهبری خواهد بود (مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۹۷: ۱۰).

۲-۳. بررسی حق انتخاب وکیل در دادرسی افتراقی جرایم اقتصادی کلان

یکی از حقوق دفاعی متهمن که در اصل ۳۵ قانون اساسی مورد تاکید قرار گرفته «حق انتخاب وکیل» است. این اصل اشعار می‌دارد «در همه دادگاه‌ها طرفین حق دارند که برای خود وکیل انتخاب نمایند و اگر توانایی انتخاب وکیل را نداشته باشند، باید برای آن‌ها امکانات تعیین وکیل فراهم گردد». این اصل میان حق «برخورداری از وکیل» و «حق انتخاب وکیل» تفاوت قابل شده و فراتر از حق داشتن وکیل، حق انتخاب وکیل را نیز مورد تاکید قرارداده است (ابراهیمی، ۱۳۹۶: ۸).

با توجه به تأکید این اصل بر حق آزادانه انتخاب وکیل، در تبصره اصلاحی ماده ۴۸۵^۱ قانون آینین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۴ در جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی و جرایم سازمان یافته که مجازات آن‌ها مشمول ماده ۳۰۲ این قانون است، در مرحله تحقیقات مقدماتی طرفین دعوا از وکلای مورد تأیید رئیس قوه قضائیه باید استفاده نمایند. برخی حقوق‌دانان، این تبصره را محدودیتی بر حق دفاع که یکی از آثار آن حق انتخاب وکیل است، می‌دانند و معتقدند که این محدودیت در جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی کشور شایبه‌ای نابجا را متوجه قوه قضائیه نموده است (خلقی، ۱۳۹۴: ۶۹؛ بنابراین انتخاب وکیل از میان جمعی از وکلای گزینش شده و انتخابی قوه قضائیه، محدود و مقید نمودن این حق اولیه و مسلم خواهد بود. تاییاً تفکیک میان وکلا که از یک نهاد با یک کیفیت و البته با رعایت مقررات خاص مربوط به آن موفق به دریافت پروانه وکالت شده‌اند نیز به هیچ وجه قابل توجیه نمی‌باشد (ابطحی، ۱۳۹۴: ۳۹). این محدودیت، پس از صدور کیفرخواست و ارسال پرونده به دادگاه مرتفع گردیده و طرفین با عزل وکیل، می‌توانند وکیل مورد نظر خود را به دادگاه معرفی کنند. نکته‌ای که در بند ۵ استیدان ریسیس وقت قوه قضاییه قابل تأمل به نظر می‌رسید آن بود که مفاد تبصره ماده ۴۸ قانون آینین دادرسی کیفری در خصوص وکیل، در دادگاه نیز مجری بود؛ به عبارت دیگر «حق آزادانه انتخاب وکیل» در مورد اخلالگران نظام اقتصادی علاوه بر مرحله تحقیقات مقدماتی شامل دادگاه نیز می‌شد و این امر با اطلاق اصل ۳۵

^۱. تبصره - در جرائم علیه امنیت داخلی یا خارجی و همچنین جرائم سازمان یافته که مجازات آنها مشمول ماده (۳۰۲) این قانون است، در مرحله تحقیقات مقدماتی طرفین دعوا، وکیل یا وکلای خود را از بین وکلای رسمی دادگستری که مورد تأیید رئیس قوه قضائیه باشد، انتخاب می‌نمایند. اسامی وکلای مزبور توسط رئیس قوه قضائیه اعلام می‌گردد.

عبارت «همه دادگاهها» ناهمانگ بود. هرچند که به نظر فلسفه بند ۵ استیدان آن بود که وکلا به سبب دفاع از متهمین اخلال در نظام اقتصادی، به تبع شرایط خاص این جرایم که هم از ابعاد تخصصی برخوردار بوده و هم به دلیل اطلاعات محرمانه ملی، می‌توانستند با دسترسی به پرونده، باعث آسیب‌هایی دیگر بشوند و همین موضوع باعث محدودیت‌های بیشتر حق انتخاب وکیل شده بود. به هر روی این موضوع در اصلاحیه استیدان شهریورماه ۹۹ در بند^۱ ۵ اصلاح گردید.

۳-۳. بررسی اصل تجدید نظرخواهی در دادرسی افتراقی جرایم اقتصادی کلان

اصحاب دعوا باید بتوانند نسبت به رأی دادگاه نخستین به دادگاه بالاتر اعتراض و تجدیدنظر خواهی نمایند. منطق این عمل قضایی که از آن به عنوان «اصل دو درجه‌ای بودن رسیدگی» یاد می‌شود؛ اطمینان از سلامت دادرسی و بهره‌مندی آراء قضایی از وزانت بیشتر است (زراعت، ۱۳۹۰: ۲۹). اگر چه اصل ۳۴ قانون اساسی در ارتباط با دو درجه‌ای بودن دادرسی، اشاره مستقیمی نکرده اما این اصل به صورت کلی بیان می‌کند «دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هر کس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع نمایند. همه افراد ملت حق دارند این گونه دادگاهها را در دسترس داشته باشند و هیچ کس را نمی‌توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعته به آن را دارد منع کرد».

یکی از الزامات تحقق دادخواهی وجود دادرسی منصفانه است که اقتضاء اصلی تتحقق این نوع دادرسی، دو درجه‌ای بودن رسیدگی‌های قضایی است. استثناء اصل دو درجه‌ای بودن رسیدگی‌های قضایی، جرایم دارای مجازات سبک است و سیستم قضایی برای کاهش اطاله دادرسی در یک رسیدگی «تک مرحله‌ای» نتیجه آن را قطعی می‌داند (زراعت، ۱۳۹۰: ۲۹). استثناء دیگر این اصل را می‌توان به رسیدگی در جرایم اخلال در نظام اقتصادی نیز یافت. همان‌گونه که در مقدمه این گفتار بیان شد، این جرایم به سبب گستردنگی آسیب روانی و مالی، همواره انتظاری را در عموم جامعه ایجاد می‌کنند تا با قاطعیت و حتمیت به این جرایم رسیدگی شده و از طرفی حاکمیت به دنبال آن است تا اعتماد از دست رفته مردم را با پاسخی سریع و قاطعانه به سطح جامعه بازگرداند. از سوی رسیدگی رسیدگی چند مرحله‌ای امکان سوء استفاده متهمن را برای اقدامات مخرب خواهد داد تا بتواند با طولانی کردن فرایند پرونده روند دادرسی را دچار اخلال نماید. همه این موارد دلایلی است تا اصل سرعت در دادرسی جرایم اقتصادی کلان از جایگاهی ویژه برخوردار گردد اما اصل سرعت نباید در تعارض با اصل عدالت قرار گیرد و فقط نگاه سیستم قضایی

^۱. بند ۵- علنی بودن دادگاه، انتشار مذاکرات جلسات دادرسی و آراء صادره اعلام هویت متهمان و محکومان، مواعده ناظر به ابلاغ و اعتراض، نوع قرار تأمین و اعتراض به آن، تعلیق و تخفیف مجازات و وکالت در این دادگاهها تابع قواعد مندرج در قانون آئین دادرسی کیفری و سایر قوانین مرتبط می‌باشد.

به محکمه ختم گردد. از همین رو در بند ۱ استیدان سابق و اصلاحیه استیدان به تعدد قضاط و سابقه ۲۰ سال کار قضایی اشاره شده است تا رسیدگی علاوه بر سرعت باعث انتقام آرا نیز گردد.

در ماده ۴۲۷^۱ قانون آین دادرسی کیفری در دو بند به اصل تجدیدنظرخواهی اشاره کرده است. مسئله اعتراض و تجدیدنظر نسبت به احکام، قبل از قطعیت، با توجه به نوع جرم یا میزان مجازات مقرر به صورت عام در دادگاه تجدید نظر استان و به صورت استثنائی در دیوان عالی کشور انجام می‌پذیرد (۵۱) (خالقی، ۱۳۹۶: ۱۰۲). ماده ۴۲۸ قانون آین دادرسی کیفری نیز موارد فرجم خواهی را بر شمرده است. بند ۱۰ استیدان رئیس وقت قوه قضائیه، با محدودیتی بر مواد ۴۲۷ و ۴۲۸ این قانون اشاره می‌کند «آراء صادره از این دادگاه به جز اعدام قطعی و لازمالاجرا می‌باشد» و «احکام اعدام با مهلت حداکثر ۱۰ روز قابل تجدیدنظرخواهی در دیوان عالی کشور است. همین موضوع در اصلاحیه استیدان هم در بند ۷^۲ به نحوی دیگر تکرار شده است با این تفاوت که در بند ۷ مهلت ۱۰ روز برای فرجم خواهی در مجازات اعدام قید نگردیده است.

۱. ماده ۴۲۷: رأی دادگاه‌های کیفری جز در موارد زیر که قطعی محسوب می‌شود، حسب مورد در دادگاه تجدیدنظر استان همان حوزه قضائی قابل تجدیدنظر و یا در دیوان عالی کشور قابل فرجم است: الف- جرائم تعزیری درجه هشت باشد. ب- جرائم مستلزم پرداخت دیه یا ارش، درصورتی که میزان یا جمع آنها کمتر از یک دهم دیه کامل باشد.

تبصره ۱- در مورد مجازات‌های جایگزین حبس، معیار قابلیت تجدیدنظر، همان مجازات قانونی اولیه است.

تبصره ۲- آراء قابل تجدیدنظر، اعم از محکومیت، برائت، یا قرارهای منع و موقوفی تعقیب، اناطه و تعویق صدور حکم است. قرار رد درخواست و اخواهی یا تجدیدنظر خواهی، درصورتی مشمول این حکم است که رأی راجع به اصل دعوى، قابل تجدیدنظر خواهی باشد.

۲. ماده ۴۲۸: رأی صادره درباره جرائمی که مجازات قانونی آنها سلب حیات، قطع عضو، حبس ابد و یا تعزیر درجه سه و بالاتر است و جنایات عمدى علیه تمامیت جسمانی که میزان دیه آنها نصف دیه کامل یا بیش از آن است و آرای صادره درباره جرائم سیاسی و مطبوعاتی، قابل فرجم خواهی در دیوان عالی کشور است. تبصره - اجرای این ماده مانع از انجام سایر وظایف ناظراتی دیوان عالی کشور به شرح مقرر در اصل یکصد و شصت و یکم (۱۶۱) قانون اساسی نمی‌باشد.

۳. بند ۷ آراء صادره از این دادگاه‌ها به جز احکام اعدام قطعی و لازمالاجرا است و احکام اعدام قابل فرجم خواهی در دیوان عالی کشور می‌باشد و کلیه احکام از حیث اعاده دادرسی و اعمال ماده ۴۷۷ تابع قوانین مربوط خواهد بود

نتیجه‌گیری

حکم حکومتی، در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران با توجه به مفهوم اصول ۵، ۵۷ و ۱۱۰ قانون اساسی، مشروح مذاکرات خبرگان قانون اساسی و رویه‌ی عملی هر دو رهبر جمهوری اسلامی ایران، قابل پذیرش است. از طرفی درخواست حکم حکومتی، همراه با خاطبۀ کیفی و حقوقی، آن را در مسیر بهینه خود قرار می‌دهد. برای درخواست حکم حکومتی، می‌توان دو ملاک «استثنائی و اضطراری بودن» را مطمح نظر قرار داد. ملاک استثنائی با برداشت از مفهوم اصل ۵۷ در واقع اشاره به بن بست‌هایی دارد که در نظام حقوقی و قانونی برای آن راهکاری اندیشیده نشده است و ملاک اضطراری با برداشت از مفهوم اصل ۱۱۰، به شرایط زمانی و ناکارآمدی قوای دیگر برای خروج از بن بست پیش آمده، تأکید دارد.

نامه مرداد ماه ۱۳۹۷ ریاست قوه قضائیه وقت به رهبری و درخواست حکم حکومتی از ایشان، برای تغییراتی در برخی مفاد قانون آیین دادرسی کیفری در برخورد با اخلالگران نظام اقتصادی، می‌توانست با استفاده از ظرفیت‌های قانونی منتج به نتیجه گردد. هر چند که در مقدمه اصلاحیه استیزان و موافقت رهبری با اصلاحیه، توصیه ایشان به پیگیری نیازمندی‌های قوه قضائیه از مسیرهای قانونی و ظرفیت‌های موجود در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران تأکید شده است.

یکی از این ظرفیت‌ها، اصل ۹۷ قانون اساسی، تفسیر این اصل توسط شورای نگهبان، مواد ۱۵۴ تا ۱۶۲ قانون آیین نامه داخلی مجلس و ماده ۱۷ آیین نامه داخلی شورای نگهبان است. این اصل به همراه تفسیر شورای نگهبان نشان دهنده فهم قوه مؤسس از شرایط فوری قانون‌گذاری تحلیل می‌گردد. بنابر این ریاست قوه قضائیه با تهیه لایحه قضایی و با قید سه فوریت طی ۲ روز و قید دو فوریت طی ۵ روز از طریق مصوبه مجلس می‌توانستند به هدف خود دست یابند. نکته دیگر توجه به ظرفیت اصل ۷۴ و بند ۲ اصل ۱۵۸ قانون اساسی است. قوه مؤسس با درک جامع از ماهیت لوایح قضایی، تهیه این لوایح را مطابق با بند ۲ اصل ۱۵۸ بر عهده ریاست قوه قضائیه قرار می‌دهد و در اصل ۷۴ از ضرورت تصویب و ارسال لوایح قانونی توسط هیأت وزیران به مجلس شورای اسلامی سخن می‌گوید. ابهام در ارتباط دو قوه مجریه و قضائیه در لوایح قضایی، باعث شد تا شورای نگهبان طی نظریه تفسیری شماره ۷۹/۲۱/۱۰۶۵ مورخ ۱۳۷۹/۷/۳۰ ریاست قوه قضائیه را ملزم به ارسال لوایح قضایی به هیأت دولت و از طرفی تغییرات در امور قضایی لایحه را توسط هیأت دولت منوط به موافقت ریاست قوه قضائیه بداند. شورای نگهبان با این تفسیر، دخالت قوه مجریه در ماهیت غیر قضایی لایحه را به رسمیت شناخت و هم‌چنین در ماهیت قضایی نقش قوه مجریه را به عنوان مطلع پذیرفت. با توجه به ماهیت کامل قضایی تغییرات مورد نظر ریس قوه قضائیه در آیین دادرسی کیفری و هم‌چنین قید فوریتی که دارا بود، به صورت قطع به یقین قوه مجریه به عنوان مطلع و یا نهایتا در نقش یک پیشنهاد دهنده برای افزایش تأثیر کیفیت لایحه قضایی به قوه قضائیه عمل می‌نمود. اصل ۷۴ و بند ۲ اصل ۱۵۸ و تفسیر شورای نگهبان در واقع مؤید

اصل تعامل و هم گرایی قوا در امور قضایی است. علاوه بر این مواجهه و مبارزه با اخلالگران در نظام اقتصادی، در صورتی از بالاترین اندازه تأثیر برخوردار است که از ظرفیت دولت و مجلس نیز استفاده شود.

نکته دیگر راهکار ثانویه برای ریاست محترم قوه قضائیه بهره بردن از ظرفیت «حل معضلات نظام» وفق بند ۸ اصل ۱۱۰ است. در واقع، این نگاه، حاکمیت دو ساله و وقت استیدان را نشان از یک عمل شبه تقنیتی می‌داند؛ تا یک عمل تقنیتی و از آن جا که راهکار خاصی برای چنین تعییرات قانونی وجود ندارد، ریاست قوه قضائیه می‌توانستند با عنوان حل معضلات نظام، اجرای بند ۸ اصل ۱۱۰ را از ایشان تقاضا می‌کردند. نتیجه استفاده از بازوی مشورتی رهبری که از اعضای حقیقی و حقوقی به انتخاب خود رهبری تشکیل شده است، یافتن راهکارهایی برای حل این معضل و پیشنهاد آن به رهبری بود. حضور رئسای سه قوه، فقهیان شورای نگهبان و برخی مقامات از مجلس و دولت لزوم اصل هم‌گرایی و تعامل قوا را در برخورد با اخلالگران نظام اقتصادی، به عنوان یک راهکار ثانویه تقویت می‌نماید.

بنابراین عدم استفاده از ظرفیت‌های قانون اساسی در حوزه قانون‌گذاری قضایی و درخواست حکم حکومتی برای قانون‌گذاری قضایی و اجرایی، در وهله اول منجر به تضعیف جایگاه رهبری و در وهله دوم منجر به متروک شدن قانون اساسی می‌گردد.

نکته‌ای که در رسیدگی به جرایم اخلالگران نظام اقتصادی حایز اهمیت است تفاوت در فلسفه رسیدگی به این جرایم به دلیل خاص بودن وضعیت مرتكبین، سازمان یافته بودن، تاثیر و گستره ملی جرم بر عموم مردم و پیچیدگی‌های ارتکاب جرم از حیث عدم به جا گذاشتن هیچ‌گونه سرنخ در این جرایم از سوی متهمن است. علاوه بر این موارد رسیدگی به این جرایم به دلیل کلان بودن موضوع فساد اقتصادی از وصف امنیتی نیز برخوردار است. بنا بر این عوامل، دادرسی افتراءی در رسیدگی به این جرایم باید به گونه‌ای طراحی گردد تا اصل رسیدگی عادلانه، اصل سرعت و اصل حتمیت و قاطعیت در مجازات را توامان در درون خود داشته باشد. یکی از این مسائل بحث حق انتخاب آزادانه و کیل توسط این متهمن بود که در استیدان ابتدایی همراه با محدودیت‌هایی بود و این متهمن در مرحله تحقیقات و دادگاه باید از وکلای مورد تایید ریسیس قوه قضائیه بهره می‌بردند که در اصلاحیه استیدان این محدودیت رفع گردید. هر چند که به نظر می‌توان با هماهنگی کانون وکلای دادگستری، وکلای با تخصص و تجربه وکالت در پرونده‌های اقتصادی و آموزش مسائل حفاظتی وکالت متهمن این جرایم را بر عهده بگیرند تا مسیر رسیدگی نیز شفاف گردد. مسئله دیگر در رسیدگی‌های این جرایم تک مرحله‌ای بودن رسیدگی‌ها جز در مجازات اعدام است که با توجه به افتراقی بودن دادرسی و انتظار عموم جامعه برای برخورد با این متهمن می‌توان آن را قابل پذیرش دانست. به عبارت دیگر چون این جرایم از جنبه مالی نیز برخوردار است، برگشت این اموال در سایه رسیدگی در بازه زمانی معقول و پرهیز از اطاله دادرسی است. البته به منظور رعایت اصل عدالت، این دادگاهها با حضور سه قاضی و سابقه ۲۰ سال کار قضایی برگزار می‌گردد تا نیازی به دادگاه تجدید نظر نباشد.

منابع و مآخذ:

الف- منابع فارسی

۱. آقایی طوق، مسلم، (۱۳۹۴)، «حقوق عمومی در نهجه‌البلاغه»، چاپ اول، تهران: خرسندی.
۲. ابراهیمی، محمد، (۱۳۹۶)، «سلسله جلسات بازخوانی مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی سال ۵۸»، اصل ۳۵، پژوهشکده شورای نگهبان صص ۱ تا ۳۶.
۳. ابطحی، شراره، (۱۳۹۴)، «تبصره‌ای خلاف حقوق ملت»، گزارش، شماره ۲۷۲، صص ۳۹ تا ۳۹.
۴. ابن منظور، محمد بن مکرم، (بی‌تا)، لسان‌العرب، بیروت، دار احیاء التراث العربي.
۵. اداره کل فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، (۱۳۶۹)، «صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی»، جلد پنجم، تهران.
۶. اداره کل فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، (۱۳۶۹)، «صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی»، جلد سوم، تهران.
۷. اسماعیلی، محسن و نامی، محسن، (۱۳۹۲)، «ماهیت و کارکردهای فرامین رهبری در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه مطالعات حقوقی دولت اسلامی، شماره چهارم، صص ۳۹ تا ۷۸.
۸. امامی، محمد، استوارسنگری، کوروش، (۱۳۹۴)، «حقوق اداری»، جلد اول، چاپ دوازدهم تهران: میزان.
۹. بارت، رندی، ا. محمدی، عبدالعلی، کدخدایی، عباسعلی، (۱۳۸۴)، «مشروعیت قانون اساسی»، فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۷۰، صص ۳۰۹ تا ۳۶۶.
۱۰. باقری، محمدحسن، (۱۳۹۳)، «نظرات استدلالی شورای نگهبان در خصوص طرح الحقایق تبصره به ماده ۳ قانون وظایف و اختیارات رئیس قوه قضائیه»، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، صص ۲ تا ۸.
۱۱. تقیوی، مصطفی، (۱۳۹۰)، «احکام حکومتی، قانون اساسی و کارآمدی»، فصلنامه جستارهای سیاسی معاصر، شماره اول، صص ۳۳ تا ۴۶.
۱۲. توحیدی، احمد رضا، (۱۳۸۴)، «جایگاه مجمع تشخیص مصلحت نظام در سیستم حقوقی ایران»، مجله پژوهش‌های مدیریت راهبردی، شماره ۳۵، صص ۱۰۴ تا ۱۱۹.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۶)، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
۱۴. جوادی آملی، عبدالله، (۱۳۷۸)، «ولایت فقاهت و عدالت»، چاپ اول، قم: اسراء.
۱۵. حاجی ده آبادی، احمد، (۱۳۸۳)، «بایسته‌های تقین»، چاپ اول، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۱۶. حق پناهیان، عباس، (۱۳۹۳)، «بررسی و تحلیل سیاست جنایی ایران در حقوق کیفری اقتصادی»، چاپ اول، تهران: بهنامی.

۱۷. خالقی، علی، (۱۳۹۴)، «نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری»، چاپ چهارم، تهران: شهر دانش.
۱۸. خالقی، علی، (۱۳۹۶)، «آیین دادرسی کیفری»، جلد دوم، چاپ سی و چهارم، تهران: شهر دانش.
۱۹. ذبیحی بیدگلی، عاطفه، (۱۳۹۴)، «بایسته‌های تقنین در حوزه خانواده»، چاپ اول، تهران: میزان.
۲۰. راسخ، محمد، مرکز مالمیری، احمد، (۱۳۹۱)، «تبیین اصول تشریفاتی قانون گذاری»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۹، صص ۵۳ تا ۹۹.
۲۱. رجایی، حسین، (۱۳۸۱)، «ولایت فقیه و حل معضلات نظام»، رواق اندیشه، شماره ۱۱، صص ۴۳ تا ۶۰.
۲۲. زارعی، محمد حسین، (۱۳۸۳)، «نظام قانون گذاری ایران و جایگاه مجمع تشخیص مصلحت»، مجله راهبرد، شماره ۳۴، صص ۳۲۰ تا ۳۳۳.
۲۳. زراعت، عباس، (۱۳۹۰)، «آیین دادرسی کیفری ایران با تکیه بر اصول و قواعد»، چاپ چهارم، تهران: دانش پذیر.
۲۴. زراعت، عباس، (۱۳۹۲)، «حقوق جزای عمومی ۱ و ۲»، جلد اول، چاپ اول، تهران: جنگل، جاودانه.
۲۵. عباسی، بیژن، (۱۳۸۵)، «عرف در حقوق اساسی»، مجله حقوق اساسی، شماره ۶ و ۷، صص ۱۶۱ تا ۱۷۰.
۲۶. عباسی، بیژن، (۱۳۹۷)، «حقوق اساسی تطبیقی»، چاپ دوم، تهران: دادگستر.
۲۷. عرب صالحی، محمد، (۱۳۹۲)، «ماهیت حکم حکومتی و برآیند روش شناختی آن»، حقوق اسلامی، شماره ۳۷، صص ۴۵ تا ۷۲.
۲۸. عقیقی بخشایشی، عبدالرحیم، (۱۳۵۸)، «خطوط اساسی قانون اساسی جمهوری اسلامی»، درس‌هایی از مکتب اسلام، شماره ۴، صص ۲۹ تا ۳۳.
۲۹. فتحی، محمد، (۱۳۹۶)، «اصول قانون اساسی در پرتو نظارت شورای نگهبان»، اصل ۹۷، گزارش پژوهشی، پژوهشکده شورای نگهبان؛ ص ۱ تا ۵.
۳۰. فلاح‌زاده، علی محمد؛ مزروعی، یحیی، (۱۳۹۶)، «تأملی بر صلاحیت تدوین و ارایه لواح قضایی به مجلس؛ نقد رویه‌ها و رویکردها»، دانش حقوق عمومی، شماره ۱۷، صص ۶۷ تا ۸۸.
۳۱. قاضی، ابوالفضل، (۱۳۸۴)، «بایسته‌های حقوق اساسی»، چاپ هجدهم، تهران: میزان.
۳۲. کاشانی، جواد، (۱۳۹۵)، «مفهوم لا یحه قضایی»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، شماره ۵، صص ۹ تا ۲۷.
۳۳. کدخایی، عباسعلی؛ بهادری جهرمی، محمد، (۱۳۹۷)، «ضرورت تفسیر قانون اساسی در پرتو این قانون»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، شماره ۱، صص ۱ تا ۲۱.
۳۴. محمدیان، عزیز، (۱۳۸۲)، «شیوه قانون نوبسی در امور کیفری»، پایان نامه کارشناسی ارشد، استاد راهنمای؛ ساریخانی، عادل دانشگاه قم

۳۵. معاونت پژوهش سیاسی- حقوقی، (۱۳۹۷)، «بررسی وضعیت طرح‌ها و لایحه‌ی سیاسی ۹ دوره مجلس شورای اسلامی»، مرکز پژوهش‌های مجلس، صص ۱ تا ۱۸۰.
۳۶. معاونت پژوهش‌های سیاسی حقوقی، (۱۳۹۷)، «آسیب‌شناسی نظام قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران»، گزارش مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، صص ۱ تا ۶۵.
۳۷. معاونت حقوقی ریاست جمهوری، (۱۳۹۱)، «مجموعه اساسی»، معاونت تدوین و تنقیح قوانین، تهران، چاپ دوم.
۳۸. ملک افضلی اردکانی، محسن، (۱۳۹۰)، حکم حکومتی در قانون اساسی و جایگاه آن در حقوق جمهوری اسلامی، شماره ۶۲، صص ۵۱ تا ۷۴.
۳۹. نورایی، مهدی، (۱۳۹۲)، «تعدد مراجع قانون‌گذاری در جمهوری اسلامی»، گزارش پژوهشی، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، صص ۲ تا ۱۹.
۴۰. هاشمی، سید محمد، (۱۳۹۲)، «حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران»، جلد دوم، چاپ بیست و چهارم، تهران: میزان.
۴۱. هاشمی، سید محمد، (۱۳۷۲)، «آیین نامه داخلی مجلس، ضرورت بازنگری و تغییر بنیادی»، مجله مجلس و راهبرد، شماره ۴، صص ۲۷۴ تا ۲۸۷.
۴۲. الهام، غلامحسین؛ ابریشمی راد، محمدمأین، (۱۳۹۳)، «نقد نظر شورای نگهبان در خصوص امکان ارسال مستقیم لایحه قضایی به مجلس»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۴۰، صص ۵۰ تا ۷۷.
۴۳. وطني، امیر، (۱۳۸۱)، «بررسی فقهی اضطرار و ضرورت»، مجله مقالات و بررسی‌ها، شماره ۷۱، صص ۱۸۷ تا ۲۰۸.
۴۴. وکیل، امیرساعده؛ عسکری، پوریا، (۱۳۹۳)، «قانون اساسی در نظم حقوقی کنونی»، چاپ هفتم، تهران: مجد.

ب- منابع لاتین

- 45.1-Jacobsohn, Gary J. (2006) “Constitutional Identity”, The Review of Politics, No. 361. pp. 361-397.
- 46.2- Oliver, Dawn, and Others. (2005) “Mode of Scrutiny”, in: Philip Giddings, (ed), The Future of Parliament, London, Palgrave Macmillan.

ج- منابع اینترنتی

۴۷. پایگاه اینترنتی دفتر حفظ و نشر آثار مقام معظم رهبری (farsi.khamenei.ir)
۴۸. پایگاه اطلاع رسانی مقام معظم رهبری (www.leader.ir)

Legal aspects of the head of the judiciary's permission from the leadership in dealing with disruptors of the economic system

Bijan Abbasi¹

Amirabbas Abdoli²

Abstract

A government decree has been considered the authority of the leadership in the Islamic Republic of Iran based on principles 5, 57 and 110 of the constitution and the realm of Shiite jurisprudence and has been accepted as a guiding principle. Considering this, asking him to issue a government decree to maintain the high position of the leadership can be interpreted on the basis of two criteria: exceptional circumstances and emergency situations. The permission of the then head of the judiciary from the leadership in dealing with disruptors of the economic system can be analyzed according to the principle of interaction of forces in anti-corruption legislation in the shadow of the second paragraph of Article 158 of the Constitution and Article 74. In this vein, the need for urgent legislation in dealing with economic corrupters was examined in the light of Article 97 of the Constitution and the Rules of Procedure of the Islamic Consultative Assembly. Another way of getting permission of the head of the judiciary can be drawn through paragraph 8 of Article 110 of the Constitution and in the form of solving the problems of the system. The final legal dimension of this license is the analysis of the differential trial of the crimes of those who disrupt the economic system which the amendment of permission seeks to take into account the specific aspects of the prosecution of these crimes, such as attention to security, speed of investigation, and public demand for punishment, while maintaining a fair trial framework.

KeyWords: *getting permission, government decree, the principles of the constitution, leadership, the head of the judiciary.*

¹. Associate Professor, Public Law Group, Faculty of Law and Political Science Tehran ,Iran, (Email: babbasi@ut.ac.ir)

². Master of Public Law, University of Tehran, Tehran ,Iran (Email: amirabbas.abdoli@ut.ac.ir)

ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله

منتخب متابع قابل استفاده در پژوهش علمی

کد مقاله

LAW-2109-1108

دانشنامه‌های مرتبط

۱. دانشنامه حقوق جزای اختصاصی ۲. دانشنامه حقوق اساسی

مدخلهای مرتب قابل استخراج

۱. استیدان

۲. حکم حکومتی

۳. اصول قانون اساسی

۴. رهبری

۵. رئیس قوه قضائیه

مدخلهای فرعی قابل استفاده در تدوین مدخلهای

۱. مبانی درخواست حکم حکومتی از رهبری در نظام حقوقی
جمهوری اسلامی ایران ۲. شرایط استثنایی به منظور درخواست
حکم حکومتی از رهبری ۳. شرایط اضطراری به منظور
درخواست حکم حکومتی ۴. ظرفیت‌های حقوقی نظام جمهوری
اسلامی ایران در مواجهه با شرایط مشابه استیدان ۵. ظرفیت
پیش‌بینی ثورت در امر قانون‌گذاری و شرایط مشابه استیدان
۶. ظرفیت همگرایی فوا در شرایط مشابه استیدان ۷.
ظرفیت حل مغلقات نظام در شرایط استیدان ۸. اصلاحیه
استیدان و نوجه و بزه به اصول ۲۲ و ۲۶ قانون اساسی ۹. اصلاحیه
استیدان و نوجه به دادرسی افتراقی در جرایم اخلالگران نظام
اقتصادی ۱۰. حق انتخاب وکیل در دادرسی افتراقی جرائم
اقتصادی کلان ۱۱. اصل تجدید نظرخواهی در دادرسی افتراقی
جرایم اقتصادی کلان

قانون یا مواد قانونی مرتبط

۱. ابراهیمی، محمد (۱۳۹۶) «سلسله جلسات بازخوانی مذاکرات مجلس پژوهی نهایی قانون اسلامی سال ۵۸»، اصل ۲۵، بروزهشکده نشوری نگهبان ۲. اداره کل فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴) «اصول حقوق مذکور شرایط نگهبانی اتفاقی اساسی»، جلد پنجم، تهران ۳. اداره کل فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۹) «اصول حقوق مذکور شرایط نگهبانی اتفاقی طبق مذکور شرایط نگهبان در خصوص امکان ارسال مستندات لایحه قضایی به مجلس شورای نگهبان»، شماره ۴۰ امامی، محمد، اسنوارستگری، کوروش (۱۳۹۴) «حقوق اداری»، جلد اول، چاپ اول، تهران، انتشارات دوازدهم، تهران، انتشارات میزان ۷. باقری، محمد سالم (۱۳۴۴) «حقوق عمومی در نهجه البلاذه»، جلد اول، تهران، انتشارات خرسندی، الهام، غلام‌حسینی، ابرویشی راد، حسیده‌مین (۱۳۹۳) «قد نظر شورای نگهبان در خصوص امکان ارسال مستندات لایحه قضایی به مجلس شورای نگهبان»، شماره ۴۰ امامی، محمد، اسنوارستگری، کوروش (۱۳۹۴) «حقوق اداری»، جلد اول، چاپ دوازدهم، تهران، انتشارات میزان ۸. باقری، محمد سالم (۱۳۹۳) «نظرات اسندهای شورای نگهبان در خصوص طرح الحال یک تصریه به ماده ۳ قانون وظایف و اختیارات رئیس قوه قضائیه»، تهران، بروزهشکده شورای نگهبان ۹. تقوی، مصطفی (۱۳۹۰) «احکام حکومتی، قانون اساسی و کارآمدی»، قصنلهای جستارهای سیلیسی معاصر، شماره اول ۹ توحدی، احمد (۱۳۸۴) «جایگاه مجمع تشخیص مصلحت نظام در سیستم حقوقی ایران»، مجله بروزهشکده مدیریت راهبردی، شماره ۳۵ ۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۶۷)، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج داش ۱۱. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۷۸) «ولايات تقاضت و عدالت»، جلد اول، قم، انتشارات اسراء ۱۲. حاجی‌آبادی، احمد (۱۳۸۳) «بابندهای قوه قضائیه»، جلد اول، قم، بروزهشکده فرهنگ و اندیشه اسلامی، عباس (۱۳۹۳) «بررسی و تحلیل سیاست‌های ایران در حقوق کیفری اقتصادی»، جلد اول، تهران، انتشارات پهنه‌یان ۱۳. خالقی، علی (۱۳۹۶) «ایین دادرسی کیفری»، جلد اول، تهران، انتشارات شهر دانش ۱۴. راسخ، محمد، مرکز‌الملزمی، احمد (۱۳۹۱) «تبیین اصول فشریهای قانون گذاری»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۷ ۱۵. رازی، محمد محسن (۱۳۸۳) «نظام قانون گذاری ایران و جایگاه مجمع تشخیص مصلحت»، مجله راهبرد، شماره ۱۸، زراعت، عباس (۱۳۹۴) «ایین دادرسی کیفری ایران با تکیه بر اصول و قواعد»، جلد ۴، تهران، انتشارات دانش پذیر ۱۶. زراعت، عباس (۱۳۹۲) «حقوق جزای عمومی ۱»، جلد اول، جلد اول، تهران، انتشارات گذگان، جاوده‌ان ۱۷. عیسی، بیژن (۱۳۹۷) «حقوق اسلامی تطبیقی»، جلد دوم، تهران، انتشارات دادگستری عیسی، بیژن (۱۳۸۶) «عرف در حقوق اساسی»، مجله راهبرد، شماره ۱۸، زراعت، عباس (۱۳۹۴) «ایین دادرسی کیفری ایران با تکیه بر اصول و قواعد»، جلد ۴، تهران، انتشارات دانش پذیر ۱۹. زراعت، عباس (۱۳۹۲) «اصول قانون اساسی در برخورد نظر این نگهبان»، اصل ۷، گزارش بروزهشکده شورای نگهبان ۲۰. راهی، احمد (۱۳۹۶) «حقوق اسلامی، علی (۱۳۹۶) «ایین دادرسی کیفری»، جلد اول، تهران، انتشارات پهنه‌یان ۲۱. علی، احمد (۱۳۹۶) «حقوق اسلامی، علی (۱۳۹۶) «ایین دادرسی کیفری»، جلد اول، تهران، انتشارات پهنه‌یان ۲۲. علی، احمد (۱۳۹۶) «اصول حقوق اسلامی»، مجله اسلامی، شماره ۲۲ ۲۳. کاشفی، جواد (۱۳۹۵) «مفهوم اراده‌چه فضایی»، قصنلهای بروزهشکده عمومی، شماره ۲۴. کدخدایی، عباسعلی، یحیی (۱۳۹۶) «ایین دادرسی کیفری»، جوادی، محمد (۱۳۹۷) «ضرورت تفسیر قانون اساسی در برخورد این نگهبان»، قصنلهای مطالعات حقوق عمومی، شماره ۲۷ ۲۵. علوفت حقوقی، ریسیت جمهوری (۱۳۹۱) «جهود مجموعه اسلامی»، علوفت حقوقی دادون و تنبیح سیاست، تهران، جلد دوم ۲۶. علوفت بروزهشکده های سیاسی حقوقی (۱۳۹۷) «این شناسی نظام قانون گذاری جمهوری اسلامی ایران»، گزارش مرکز بروزهشکده مجلس شورای اسلامی، علوفت بروزهشکده سیاسی - حقوقی (۱۳۹۷) «بررسی وضعیت طرح ها و لایحه سیاست ۹ دوره مجلس شورای اسلامی»، مرکز بروزهشکده مجلس شورای اسلامی، اردکانی، محسن (۱۳۹۰) «حکم حکومتی در قانون اساسی و جایگاه آن در حقوق جمهوری اسلامی، شماره ۴۱. ۶۲. قانون اعدادی (۱۳۹۲) «تعتمد مرایج قانون گذاری در جمهوری اسلامی»، گزارش بروزهشکده امور اقتصادی، اسلامی، علی (۱۳۹۳) «حقوق اسلامی، علی (۱۳۹۳) «قانون اسلامی»، بیرونی، یوسف‌زاده (۱۳۹۵) «حقوق اسلامی، اصل ۲۲ و ۲۳، قانون اسلامی»، شماره ۲۲ ۲۴. قانون اسلامی کیفری مصوب ۱۳۹۲ ماده ۱۱۶۹/۹/۱۹، اخلال گران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۳۹۲ ماده ۴۲۸-۴۸، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ماده ۴۲۸-۴۸، قانون آیین دادرسی کیفری ۵. مواد ۱۵۴ تا ۱۶۲ قانون آیین نامه داخلی مجلس عدالت ۱۷ آیین نامه داخلی شورای نگهبان

تفکیک یا تعادل قوا: رویکرد مونتسکیو در کتاب روح القوانین

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

ناصرعلی منصوریان*

احمد کتابی(ودی)^۱

چکیده

مدت‌های مديدة است که هر جا سخن از تفکیک قوا به میان می‌آید، نویسنده‌گان بالافاصله به نام شارل دو مونتسکیو به عنوان مؤسس این نهاد در حقوق عمومی اشاره می‌کنند و طبیعتاً به معروفترین اثر وی یعنی «روح القوانین» نیز به عنوان منبع تأسیس این نهاد، استناد می‌کنند. این استناد به حدی است که گویی تفکیک قوا، زاده مونتسکیو است. اما مذاقه در این اثر شگرف مونتسکیو نشان می‌دهد که این اندیشمند به جز یک مورد، در هیچ کجای متن کتاب خویش به عبارت «تفکیک» در ارتباط با قوا اشاره‌ای ندارد؛ بلکه آنچه از روح کلی روح القوانین قابل استنتاج است، توازن و تعادل قواست و نه تفکیک قوا. مونتسکیو در جای اثر خویش -علی‌الخصوص در فصل ششم از باب یازدهم- آزادی سیاسی ناشی از تعاون و توازن قوای سه گانه را می‌ستاید. بنابراین می‌توان گفت نه آنها یکی که او را به عنوان بنیان‌گذار تفکیک قوا ستوده‌اند و نه آنها یکی که بر او به همین عنوان تاخته‌اند، فهم درستی از آنچه مونتسکیو در باب تقسیم و توازن قدرت داشته است، نداشته‌اند. این مقاله بر آن است تا با بررسی سیر تحولی تفکیک قوا و خوانش جدید از کتاب روح القوانین، ایده واقعی مونتسکیو را در این باب بیان نماید.

کلیدواژه‌ها: تفکیک قوا، تعادل قوا، روح القوانین، مونتسکیو.

*. دانشیار گروه حقوق عمومی و بین الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

Email:namansourian@yahoo.com

Email:ketabi.ahmad@alumni.ut.ac.ir

^۱. دکترای حقوق عمومی دانشگاه علامه طباطبائی، تهران ، ایران

تفکیک قوا از جمله نظریات مشهوری است که در حوزه اندیشه سیاسی، مورد پردازش قرار گرفته است. اجماع بر آن است که تفکیک قوا روشنی است برای جلوگیری از تجمع قدرت سیاسی بیش از حد در یک نهاد سیاسی، روشنی برای دستیابی به این هدف از طریق توزیع قوای سیاسی سه‌گانه در میان قوای تکنیکی، اجرایی و قضایی و مجهز کردن هر یک از قوا به اختیارات خاصی که برای حفاظت از خود و نظارت بر سایر قوا لازم دارد.

هر چند عده‌ای معتقدند ایده اولیه ثالثی (سه‌گانه) فهم‌نمودن قدرت، به دوران یونان باستان و اندیشه‌های صاحب‌نظران این دوره منتبس می‌گردد، (بوشهری، ۱۳۸۴: ۷۹) اما آنچه بیشتر بر آن تأکید می‌شود، این است که تفکیک قوا در پاسخ به مجموعه‌ای از بحرانهای مربوطه به حکومت مشروطه در قرن هفدهم انگلستان توسعه یافته است. در این بیان، نظریه تفکیک قوا را می‌توان تلاشی دانست برای یافتن جایگزینی برای حکومت مختلط یا تعديل آن؛ آن‌گونه که در قرن هفدهم انگلستان مفهوم‌سازی شده بود. (Magill, 2000) اما واقعیت آن است که آنچه به عنوان تفکیک قوا در این دوره از آن یاد می‌شود، بیشتر به شناسایی و رسمیت یافتن سه قوه با اقتدار در کنار یکدیگر شبیه است و نه تأکید بر تفکیک این سه قوه از یکدیگر. مونتسکیو نیز تحت تأثیر چنین فضایی بر تشخیص و تمیز این سه قوه از یکدیگر همت می‌گمارد.

مونتسکیو معتقد بود برای اینکه انسانها آزاد باشند، باید قوای سه گانه وجود داشته باشند. به دیگر سخن، آزادی انسانها مستلزم وجود قوای سه‌گانه است. وی در کتاب «روح القوانین» خود می‌نویسد: «اگر یک فرد یا هیأتی که مرکب از رجال یا توده و اعیان است این سه قوه را در عین حال با هم دارا باشد، یعنی هم قوانین وضع کند و هم تصمیمات عمومی را به موقع اجرا بگذارد و هم اختلافات بین افراد را حل کند و هم جنایات را کیفر دهد، آنوقت همه چیز از بین می‌رود.» (Baron de Montesquieu, 2001: 173)

مونتسکیو برخلاف آنچه که تصور می‌شود، هرگز به فکر جدایی کامل و مطلق قوا نبود، بلکه تنها تعديل تمرکز قوا را در نظر داشت. جدیت وی در تامین آزادی انسانها او را به این فکر انداخت که نباید فقط به سه ارگان مقننه، مجریه و قضائیه اکتفا کرد، بلکه باید برای هر یک از این ارگانهای حکومت کنترل‌هایی را هم قرار داده به این ترتیب نظریه «کنترل‌ها و تعادل‌ها» توسط مونتسکیو وضع شد. مونتسکیو با جلب توجه به تجربه دمکراتی دوران باستان یاد آور می‌شود که قوانین خوب به تنهایی کافی نیستند، بلکه کوشش و کنترل در راه اجرای آنها نیز اهمیت اساسی دارد. درست است که برخی از نویسندهان، مدعی شده‌اند که مونتسکیو بیشترین تأثیر را بر شیوه تفکیک قوای آمریکایی داشته است، اما باید این نکته را نیز اضافه نمود که نظام نظارت و تعادلی که امروزه در کنار تفکیک قوا در نظام آمریکا خودنمایی می‌کند، ناشی از ایده مونتسکیو در باب قوای سه‌گانه است.

سؤال اصلی که در این پژوهش در پی پاسخگویی به آن خواهیم بود این است که هدف مونتسکیو از معرفی قوای سه گانه چه بوده است و آیا نسبت دادن نظریه تفکیک قوا به مونتسکیو شایسته است؟ برای پاسخ به این سؤال می‌بایست به برخی سوالات فرعی نیز پاسخ داده شود از جمله اینکه: مبانی نظری که هسته مرکزی ایده مونتسکیو را تشکیل می‌داد، چه بود؟ مونتسکیو عبارات قانون، قدرت و آزادی را در چه مفهومی به کار می‌برد؟ مونتسکیو برای حکومت چه اقسامی را بر می‌شمرد؟ و اینکه نظریات قبل و بعد از مونتسکیو در باب تفکیک قوا چگونه بوده است؟ فرضیه این پژوهش نیز این عبارت خواهد بود که «بازخوانی مجدد متن و روح روح‌القوانین نشان می‌دهد که مونتسکیو به دنبال طرح تفکیک قوای سه گانه از یکدیگر نبوده و هیچگاه خود را به عنوان مبدع چنین نظریه‌ای معرفی نکرده است. او با شناسایی و بر شمردن قوای سه گانه در پی سرشکن کردن قدرت بین سه قدرت متوازن و متعادل بوده است.»

سازماندهی پژوهش نیز این‌گونه است که ابتدا شخصیت مونتسکیو و اوضاع و احوال حاکم بر زندگی وی معرفی، سپس مبانی نظری که ایده مونتسکیو بر آنها بنا شده از جمله آزادی، قدرت، قانون و انواع حکومت بیان شده است. در ادامه به بازخوانی نظریه مونتسکیو در باب قوای سه گانه، با تأکید مجدد بر متن روح‌القوانین و سخن افرادی که بر بازخوانی این ایده تأکید دارند، پرداخته شده و در نهایت نتیجه‌گیری مطالب ارائه شده است.

۱. مونتسکیو؛ زندگی و آثار

شارل لوئی دو سکوندا^۱ یا بارون دو مونتسکیو^۲، یکی از متفکران سیاسی فرانسه در عصر روشنگری است. «مونتسکیو» در هیجدهم ژانویه سال ۱۶۸۹ میلادی، در قصر «لابرد» و در نزدیکی شهر «بردو» فرانسه چشم به جهان گشود. وی تا سن سه سالگی با روش سنتی روستاییان تربیت یافت و سپس به «لابرد» رفت. هنوز هفت سال از عمرش نگذشته بود که مادرش را از دست داد. در سال ۱۷۰۰ میلادی، او را به یک مرکز دینی فرستادند و تا سال ۱۷۱۱ میلادی در آنجا به فراگیری علوم مذهبی پرداخت. سپس وارد دانشگاه «بردو» شد و تحصیلات خود را در رشته حقوق ادامه داد.

او در سن بیست سالگی به دلیل عشق و علاقه فراوانی که به ادبیات یونان و روم داشت، کتابی با نام «دفاع از فلسفه غیر عیسوی» منتشر کرد. مونتسکیو در سال ۱۷۱۴ میلادی به عنوان مستشار در دادگستری «بردو» مشغول به کار شد و یک سال بعد با دختری به نام «زان دلارتیک» ازدواج کرد.

عموی مونتسکیو که بزرگ خانواده آنها بود، در سال ۱۷۱۶ میلادی به مقام ریاست دادگستری «بردو» رسید و او را نیز استخدام کرد. اما مونتسکیو پس از مدتی کارمند فرهنگستان «بردو» گردید و در کنار آن، به نوشتن رساله‌ها و مقاله‌های سیاسی و ادبی روی آورد. علاوه بر این، در علوم طبیعی نیز در رشته‌های کالبدشناسی، گیاه شناسی و فیزیک مطالعه زیادی داشت.

معروفیت سریع مونتسکیو با نوشن「نامه‌های ایرانی」^۳ در سال ۱۷۲۱ میلادی به اوج خود رسید. این نامه‌ها مکاتبات دو نفر ایرانی را که در فرانسه به گشت و گذار مشغولند، منعکس کرده و نظرات آنها را درمورد فرانسه و به طور کلی اروپا، به سبکی طنزآمیز مطرح می‌نماید. چهارچوب این کتاب به مونتسکیو فرست کافی داد تا کلیسا و دولت و پادشاه و همه مقامات و مؤسسات مهم کشورش را آزادانه به باد انتقادی هجو آمیز بگیرد و با چشمان تیزبین خود به کاوش در جریانات سری و پشت پرده بپردازد. (درخشش، ۱۳۸۷: ۱۶) کتاب نامه‌های ایرانی موفقیت زیادی کسب کرد و با وجود آنکه در چاپ‌های نخستین آن ذکری از نام مؤلف نرفته بود، چندی بعد بر همگان آشکار شد که مونتسکیو نویسنده این کتاب است. مونتسکیو بعد از کتاب «بازنگری علل عظمت و سقوط رم»^۴ را در سال ۱۷۳۴ میلادی منتشر کرد و در آن مانند نیکلای ماکیاولی، وسعت مزه‌های حکومت را یکی از دلایل سقوط رم بررسی نموده است.

وی چندین بار به پاریس سفر کرد، اما سرانجام به «بردو» بازگشت و به عنوان کارمند فرهنگستان فرانسه مشغول به کار شد. شارل در سال ۱۷۲۸ میلادی از کشورهای اتریش، مجارستان، ایتالیا، سوئیس، آلمان و هلند بازدید کرد، سپس به انگلستان رفت و تا سال ۱۷۳۱ میلادی در آنجا اقامت نمود

¹. Charles-Louis de Secondat

². Baron de Montesquieu

³. Lettres Persanes

⁴. Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence

(Macfarlane, 2016: 7) و در کشور اخیر به مدت دو سال اقامت گزید، گو اینکه از برخی خصوصیات انگلیسی‌ها خوشش نیامد، ولی درجه آزادی مردم انگلستان را بسیار ستود. در حقیقت یکی از مهمترین قسمت‌های کتاب روح‌القوانين او را می‌توان، مدیحه‌ای درباره نظام سیاسی انگلستان دانست که وی نهادهای آزادی طلب انگلیس را معلول آن می‌شمرد.(p9)

مونتسکیو کتاب «روح‌القوانين»^۱ را طی بیست سال تالیف کرد و در سال ۱۷۴۸ آن را به اتمام رساند. (ماله و ایزاک، ۱۳۶۴، صص ۳۰۲ و ۳۰۱) مونتسکیو در مقدمه این کتاب گفته است: «من چندین بار این کتاب را شروع و چندین دفعه آن را ترک کردم. هزار دفعه اوراقی را که نوشته بودم به باد دادم. مقصود خود را بدون تشکیل یک منظور به خصوصی تعقیب می‌کردم. نه قواعد کلی را می‌شناختم و نه استثناهای را. حقیقت را پیدا می‌کردم و در اثر عدم‌تشخیص، آن را از دست می‌دادم. اما چون اصول را یافتم یعنی اصول خود را کشف کردم، آنچه می‌جستم خود به خود به سراغ من آمد و در طی بیست سال کتاب من شروع شد و پیشرفت نمود و تمام شد.» (مونتسکیو، ۱۳۶۲: ۴۹) مونتسکیو سرانجام در ۱۰ فوریه ۱۷۵۵ میلادی در پاریس درگذشت.

۲. کالبد شکافی نظریه مونتسکیو

بعد از مونتسکیو دو برخورد متفاوت با نظریات وی انجام گرفت که هر کدام از آن‌ها موجد رژیم ویژه مربوط به خود گردید. عده‌ای، از جمله نویسندهای قانون اساسی ۱۷۸۷ امریکا و واضعان قانون اساسی ۱۷۹۱ فرانسه، در تقسیم متساوی حاکمیت در قوای سه‌گانه، به‌سوی تفکیک مطلق قوا روی آوردن (عدم مداخله هیچ‌بک از سه‌قوه در حوزه دیگری) تا آزادی و امنیت شهروندی تأمین شود. به زبان دیگر، باید تعادل قوا را در قالب تفکیک قوا از یکدیگر جست و جو کرد. دسته دیگر را گمان بر این بود که تفکیک مطلق قوا، نه عملی است و نه به مصلحت، زیرا تعیین حد و مرز دقیق و روشن، بین اعمال اجرایی و تقنینی امکان‌پذیر نیست و چون هر سه قوه از یک واقعیت‌یگانه که همانا اعمال حاکمیت ملی است، حکایت‌دارند؛ لذا هر یک از ارگان‌های ویژه سه‌گانه جز در مسیر تکمیل کار آن دیگری نمی‌تواند گام بردارد. پس به طرف نوعی همکاری قوا یا به تعبیر دیگر «تفکیک نسبی» آن گام برداشته‌است.

برای این که درک درستی از رویکرد مونتسکیو در این زمینه داشته باشیم، می‌بایست با تدقیق در مهمترین منبع در این زمینه یعنی متن و روح کتاب روح‌القوانين، نظر واقعی وی را جستجو نماییم. به همین دلیل ابتدا پایه‌های نظری ایده مونتسکیو را از نظر وی تعریف و سپس از روی این مبانی به که نظریه وی دست پیدا کنیم.

^۱. De l'esprit des lois(France), The spirit of laws (English)

۲-۱. پایه‌های نظری طرح ایده مونتسکیو

اصولاً هر نظریه پردازی نظریه خویش را بر پایه مبانی نظری خاصی محکم می‌نماید. برای اینکه به عمق نظریه مونتسکیو در باب قوای سه گانه پی ببریم، باید ابتدا عناصری را که موجب تقویت نظریه وی شده و فهم آن را تسهیل می‌نماید، بررسی نماییم. به همین مناسبت در این بخش مفاهیم مهمی از جمله حکومت و اقسام آن، قدرت، آزادی و قانون را که از کلیدوازه‌های نظریه مونتسکیو می‌باشند، شرح خواهیم داد.

۲-۱-۱. حکومت و اقسام آن

ایرادی که مونتسکیو به تقسیم‌بندی نظام‌های حکومتی قبل از خود می‌گرفت این بود که آنها عمدتاً حکومت‌ها را با توجه به شمار فرمانروایان تقسیم‌بندی کرده‌اند. بدین گونه که در دموکراسی یونانی همه مردم فرمانروا هستند؛ در سلطنت یک نفر و در اریستوکراسی چند نفر فرمانروا می‌باشند. در حالی که او معتقد بود این معیار شکلی چیزی را روشن نمی‌سازد؛ بلکه آنچه اهمیت دارد این است که مردم به چه ترتیبی حکومت می‌کنند. (طباطبایی، ۱۳۹۳) او همچنین معتقد بود که دوره دموکراسی‌های یونانی (مشارکت عامه مردم در حکومت) به سر آمده است و در آنها مفهوم نمایندگی وجود ندارد. بنابراین نظریه سلطنت خود را که از روی سلطنت انگلستان اقتباس کرده بود، به معنای تمام حکومت‌های معتدلی دانست که همه شیوه‌های حکومت امروزی را دربر می‌گیرد.

او در کتاب «روح القوانین» حکومت را به سه قسم جمهوری، سلطنتی مشروطه و استبدادی تقسیم می‌کند، حکومت استبداد، حاکمیت امیال یک فرد است و حکومت سلطنتی حکومت یک تن براساس قوانین اساسی است و قانون اساسی از متن اراده‌ی آنی و بوله‌سانه‌ی یک فرد بر نمی‌خizد، بلکه به مرجعیت قدرت میانگین طبقه اشراف اعتماد می‌کند. مونتسکیو در رابطه با سلطنت به این امید است که میان شاه و پیکره‌ها و نهادهای میانجی چون کلیسا و نجبا تعادل قدرت وجود داشته باشد. در مقابل، او حکومت استبداد را واقعیتی تنفیبار می‌دانست. آن را به عنوان حکومت یک نفر بدون هیچ نظارتی از دیگران می‌خواند. تفاوت میان استبداد و دو شکل دیگر حکومت آن است که استبداد نمی‌تواند یک حکومت نمایندگی باشد. در حکومت استبدادی ما در شرایط ستیز دائمی قرار داریم. علاوه بر آن در یک حکومت استبدادی همه افراد در شرایط دردناکی با هم برابرند.

مونتسکیو به این نکته توجه دارد که تکوین هر یک از نظام‌های یاد شده مرهون غلبه خوی و طبیعتی خاص بر افراد جامعه است. او استقرار استبداد را نتیجه‌ی غلبه ترس و استقرار حکومت‌های سلطنتی را حاصل غلبه تفاخرهای تباری و اشرافی و شکل‌گیری دموکراسی را ثمره پیادایش فضیلت می‌داند، مراد از «فضیلت» در عبارات مونتسکیو، معنایی نیست که مورد نظر حکماء یونان، یا مسلمان است. فضیلت عبارت از اعتقاد و تخلق به همان اخلاقی است که لاک از آن برای اثبات دموکراسی و ضرورت آن استفاده می‌کرد. فضیلت مورد نظر مونتسکیو چیزی نیست که در شهری آسمانی و الهی باشد، مرزهای

فضیلت، بعد جغرافیایی خاصی است که روحیات و خلقيات قوی را به وجود آورده و مزهای سیاسی دولت را با نام میهن شکل می‌دهد. او در این زمينه می‌نويسد: «فضیلت در حکومت جمهوري امری بسيار ساده است و آن همانا عشق به جمهوري است. يك احساس خود به خود و بیواسطه که با معرفت و دانش به دست نمی‌آيد. احساسی است که فروتنين و والاترين افراد در يك دولت از آن برخوردارند... عشق به جمهوري همان عشق به برابري است. عشق به برابري سبب می‌شود که آرمان‌های شخصی به انجام خدمات بزرگتری برای کشور و هموطنانش و احساس خوشبختی ناشی از آن، منحصر گردد.» (به نقل از: تامس جونز، ۱۳۸۳: ۹۰۷)

مونتسکيو همچنین ارتباط دیگری بين شکل حکومت و اقلیم برقرار می‌کند. از دید او حکومت‌های جمهوري عموماً در کشورهای سردسیر يعني در جايی که احساسات تند وجود ندارد، برقرار می‌شود و حال آنکه حکومت استبدادي متناسب حال کشورهای گرم‌سیر است. در مورد حکومت سلطنتي نيز اعتقاد دارد که محیط مناسب برای آن نوع حکومت، مناطق معتدل می‌باشد.

در سالهای اخير نيز چند پژوهه‌پژوهشی مدرن در مراکز علمي و دانشگاهی کشورهای غربي صورت گرفته است. در يكى از اين پژوهش‌ها عملاً اثبات می‌شود که يكى از عوامل مهم وضعیت استبدادي موجود در افغانستان ناشی از آب و هوا و شرایط اقلیمي سخت و نبود دسترسی مستقيم اين کشور به منابع آبی و فقدان جنگلهای سرسیز در این کشور است. به عبارت دیگر جان سخت بودن سنتهای استبدادي و ضعف فرهنگ دمکراتيک، نبود ذهنیت سازش جويی و نبود مدارا و توازن در اين کشور پیوند نزديکی با آب و هواي اين کشور دارد. در حالی که مثلاً آب و هواي معتدل و بارندگی فراوان انگستان مناسب ترین زمينه برای رشد فرهنگ اعتدال و دمکراسی است. (جیدريان، ۱۳۹۴)

۲-۱-۲. قدرت

در طرح نظریات مربوط به تفکیک قوا و اژه کلیدی، واژه «قدرت» است و آن، واژه‌ای است که دارای معانی چندگانه است و درک کاملی از این مفهوم وجود ندارد. (لوکس، ۱۳۷۰: ۲۲۱) اختیار حکومت کردن یا قدرت نفوذ بر دیگران، تسلط، اقتدار، فرمان، حکومت، نفوذ، استیلا، میل شخصی، اجتماعی و سیاسی».

هر معنایي با مفهوم ماهوي متماييز از تفکيک قوا پيوند خورده است. (Magill, 2000)

اما مونتسکيو در طرح نظریه خویش چه برداشتی از این مفهوم دارد؟ مونتسکيو يكى از معروفترین جملات خود را در باب قدرت اين‌گونه بيان می‌کند: «قدرت، قدرت را متوقف می‌کند.» او می‌گويد: «تجربه ازلی نشان داده که هر انساني قدرتی داشته باشد می‌تواند از آن سوء استفاده کند و تا جايی در اين سوءاستفاده پيش می‌رود که مانع در برابر او وجود داشته باشد» و منظورش اين است که قدرت جز با چيزی از جنس خودش محدود نمی‌شود. پس به نظر او انسان معصوم در قدرت وجود نخواهد داشت. (طباطبائي، ۱۳۹۳)

مونتسکیو معتقد است نهایت سعادت این است که انسان تحت لوای حکومتی باشد که به اندازه کافی بثبات بوده و گرایش استبدادی نداشته باشد طوری که به شهروندان پیرو قوانینش آنقدر آزادی دهد که به راحتی و با آسودگی خیال روزگار بگذرانند؛ مونتسکیو نتیجه می‌گیرد حد مطلوب حکومت نیز همین است و اگر زمانی با چنین موردی برخوردمیم نباید در هیچ جنبه‌ای از آن دخالت کنیم. اگر ما نظام حکومتی خود و همچنین طرقی را که این نظام با شرایط کشورمان و نیز مردمش سازگار شده است را به درستی بشناسیم، خواهیم دید که بسیاری از اشکالی [قوانينی] که تا به حال غیر منطقی می‌نمودند معنی دار جلوه می‌کنند و نیز خواهیم دهید که تغییر دادنشان جز اینکه کار را خراب کند، ثمری برایمان نخواهد داشت. به عنوان نمونه، ممکن است گمان کنیم برای اصلاح حکومت سلطنتی ابتدا باید از قدرت اشرافیت بکاهیم چونکه شاهنشاه قدرتش را از برکت حضور اشرافیت می‌گیرد؛ مونتسکیو معتقد است اگر ما شناخت کافی از وضعیت ایجاد کننده چنین قدرتی داشته باشیم به سادگی متوجه می‌شویم که تصورمان از کاهش قدرت اشرافیت برای کنترل قدرت شاهنشاه بسیار ناپذخته و خام بوده است. به این معنی که اگر شناختی عمیق حاصل شود می‌بینیم که اگر ما در این مثال از قدرت اشراف بکاهیم، نه تنها از قدرت شاهنشاه چیزی کم نکردیم، بلکه با حذف عنصر اشرافیت که پیش از این بر قدرت شاهنشاه نظارت اعمال می‌کردند، سلطنت را به سمت نوعی خودکامگی سوق داده‌ایم؛ حکومتی که هم نفرت انگیز است و هم در نهایت بی‌ثبتاتی. (Bok, 2003) بنابراین مونتسکیو قدرت متعلق به هر کدام از ارکان حکومت را نفی و تخطیه نمی‌کند، بلکه با شناسایی آن قدرت، قدرت دیگری را لازم می‌شمارد تا از انحصار دیگری بکاهد.

۳-۲-۲. آزادی

شالوده نظریه مونتسکیو درباره قوای سه گانه که در رساله روح القوانین (۱۷۴۸) بازتاب یافته است، آزادی است. به سخن دیگر، مونتسکیو تعادل و توازن قوا را ساختاری مناسب در جهت حفظ و بسط آزادی می‌داند. در نظام دموکراتیک، وجود سه قوه مجزا ضامن بهره‌مندی شهروندان از آزادی است. وقتی قدرت به صورت سه قوه مقتنه، مجریه و قضائیه تفکیک می‌شود، راه استبداد و خودکامگی مسدود می‌گردد. تمرکز قدرت موجب فساد می‌شود. بنابراین به ساز و کاری نیازمندیم که قدرت مرکز و مطلقه را بخش بخش کند و هر بخش را به افرادی بسپارد. مونتسکیو مخالف این تعریف از آزادی است که «مردم هرچه اراده می‌کنند، انجام‌دهند.» او معتقد است در اینجاست که میان قدرت مردم و آزادی خلطی صورت گرفته است. اینکه مردم توان انجام کاری را دارند و اینکه آزادند، تفاوت وجود دارد. بنابراین او آزادی را در چهارچوب قانون تعریف می‌کند. به تعبیر او آزادی حق انجام هر کاری است که قانون اجازه می‌دهد.

(Baron de Montesquieu, 2001: 172)

بنابراین آزادی سیاسی بدان معنا نیست که کسی طبق اراده اش عمل کند، بلکه داشتن قدرت عمل است. عملی که شخص باید انجام دهد. سپس مسئله حیاتی آزادی زمانی مطرح می‌شود که میان اعتقاد و قضاؤت اخلاقی تابع و فرمان‌های حکومتی ستیز و چالش باشد. احساس اطمینان شخص بدان هنگام

که وقتی اعمالی که انجام می‌دهد و بر خلاف قانون نیست، از مجازات‌های حکومتی در امان باشد. امنیت لازمی که به شخص چنین اطمینان ببخشد تنها زمانی وجود دارد که حکومت، خود بر پایه‌ی قانون شکل گرفته باشد پس آزادی سیاسی تنها زمانی رخ می‌نماید که قانون حاکم است. یک جامعه آزاد از افرادی تشکیل می‌شود که در اطراف قوای جدا و مستقل حکومت گروههای را شکل می‌دهند و یا آنها را بازسازی و اصلاح می‌کنند. مونتسکیو در یکی از جملات خود می‌گوید: «آزادی شالوده و غایت هر حکومت معقول است.» (طباطبایی، ۱۳۹۳)

در این خصوص برداشت مونتسکیو از قانون اهمیت می‌یابد که در بند بعدی به توضیح آن خواهیم پرداخت.

۴-۲-۲. قانون

با تأمل در کتاب روح‌القوانين می‌توان دریافت که مهمترین معیار مونتسکیو برای طرح ایده وی در باب قوای سه‌گانه، «قانون» است و وظایف سه قوه بر حسب وضع و اجرای آن شکل می‌گیرد. (ویژه، ۱۳۹۱) مونتسکیو در این کتاب ضمن تعریف قانون، به چگونگی وضع قانون و نیز شرایط قانون‌گذاری و وظایف حکومت به‌طور مبسوط و مفصل اشاره می‌نماید. به زعم وی قانون‌گذاری همانند علوم طبیعی، فلسفه و منطق یک علم محسوب می‌گردد.

همان‌گونه که قبلاً بیان شد وی آزادی را این گونه تعریف و توصیف می‌نماید که شخص در آنچه قانون منع نکرده است، مختار عمل خویش باشد و از هیچ چیز منع نباشد؛ مگر به حکم قانون. وی اعتقاد دارد جامعه بدون قانون، اجتماع را از حالت سکون به حالت نبرد و مجادله مبدل ساخته و فقدان امنیت و آزادی را برای همگان به ارمغان خواهد آورد. وی قانون را برای تضمین رفاه، آزادی و امنیت مردم ضروری و لازم تلقی می‌نماید. وی معتقد است بهترین قانون آن است که انسان را تا اندازه‌ای که مصلحت عامه اقتضا دارد به نهایت آزادی نایل و منتهای درجه امنیت یعنی مساعدت‌ترین اوضاع برای خوشی مردم را فراهم سازد. وی در جایی اظهار می‌دارد: «نهایت سعادت من این است که کاری بکنم که فرمان دهنده‌گان بر وظیفه خود آگاهتر شوند و فرمان برنده‌گان از فرمان بردن دلخوش باشند.» (Baron de Montesquieu, 2001: 171)

از منظر مونتسکیو انسان یک موجود اجتماعی و ناگزیر از زندگی اجتماعی است. وی برای انتظام و ساماندهی روابط اعضای جامعه، وجود و وضع قانون را ضروری بر می‌شمارد. بعبارت دیگر او منشأ قانون را مردم یا افراد اجتماع می‌داند. «قانون ناشی از مردم است و اراده مردم، قانون است» (طباطبایی، ۱۳۹۳) وی همچنین دیدگاه فلاسفه طبیعی را مورد خدشه قرار داده و مطلوب نمی‌پنداشد. وی بر این باور است که هرچند برخی امور به‌طور طبیعی و در همه جا ثابت و قابل احترام است. اما این امور طبیعی، اصول کلی می‌باشند و لذا نمی‌توان آنها را قانون تلقی نمود. وی البته نادیده نمی‌انگارد که قوانین نیز باید به صورتی مقرر گردد که این اصول کلی را مرعی و منظور خویش گرداند.

مونتسکیو بر این باور است که قانون همانا روابط ضروری است که میان چیزها است و از طبیعت آنها برمی آید. قانون حقیقی انسانی همان عقل انسان است که باید حاکم باشد. از منظروی عقل کلیات را به دست می‌دهد و قوانین هر قوم و هر کشور موارد خاصی است که آن کلیات عقلی به کار می‌رود. وی همچنین معتقد است که در وضع قوانین می‌باشد احوال تاریخی، مادی و معنوی خاصی که هر قومی دارد، شرایط اقلیمی و اخلاقی، آداب و رسوم و باورهای آن جامعه مورد توجه قرار گیرد.

۲-۲. تفکیک یا توازن قوا در نظریه مونتسکیو

همان‌گونه که قبل‌بیان شد ایده مونتسکیو در باب قوای سه گانه بر پایه برداشت او از آزادی و قدرت بنا شده است. او تمام تلاش خویش را در جهت تحقیق آزادی سیاسی بکار برد و مهم‌ترین عاملی را که به عنوان سد راه آزادی می‌دانست، قدرت و علی‌الخصوص قدرت مطلقه فساد آور بود. اینجا بود که او با تجربه بدست آورده از انگلستان به حکومت متعدل که همان حکومت توازن قواست، تأکید داشت. او معتقد بود که حکومت متعدل حکومتی است که قوای متعدد حکومت بتوانند هم‌دیگر را مهار کنند تا از این طریق قدرت به مطلق بودن میل نکند.

اولین فردی که گفته می‌شود برخلاف برداشت دیگران از نظر مونتسکیو، نظر وی را به درستی تبیین کرد، حقوق‌دانی فرانسوی به نام شارل آیترمن بود. این استاد حقوق در حدود سال ۱۹۲۳ در تحلیل نظریه مونتسکیو، مقاله‌ای انقلابی منتشر ساخت و توضیح داد که تاکنون سخن مونتسکیو به درستی فهمیده نشده است و مونتسکیو به هیچ وجه بحث تفکیک قوا را مطرح نمی‌کند، بلکه مسئله توزیع قوا و تعادلی که این توزیع به ارمنان می‌آورد را به بحث می‌گذارد. (طباطبایی، ۱۳۹۳)

به عقیده مونتسکیو حکومت آزاد یعنی حکومت متعدل مشکل از سه قوه و توازنی که میان آنها ایجاد می‌گردد. زیرا به زبان مونتسکیو هر کدام از این قوا کنترل نشود، به مطلق بودن میل می‌کند. بنابراین این سه قوه باید در کنار هم‌دیگر بتوانند یکدیگر را تعدیل نمایند و از این درجه همکاری و هماهنگی بین سه قوه می‌توان به درجه آزادی هر ملتی پی برد. جمله معروف او در این زمینه این است که می‌گوید: «من می‌خواستم تحقیق کنم که در همه حکومت‌های متعدل توزیع قوای سه گانه چگونه است و بدین‌سان درجه آزادی را که هر یک می‌توانند از آن بهره‌مند شوند حساب کنم». Baron de Montesquieu, 2001: 201¹ لازم به ذکر است که او در این جمله کلمه توزیع^۲ را به کار می‌برد.

اما بازتاب سیاسی حقوقی اصل تفکیک قوا در این اندیشه نهفته است که هیچ‌کدام از قوای سه‌گانه حاصله نباید قوه یا قوه‌های دیگر را تحت سلطه خود کشد بلکه به تعبیر مونتسکیو «باید قدرت قدرت دیگر را متوقف کند» (B. de Jouvenel, 1985: 462).

¹. "I should be glad to inquire into the distribution of the three powers, in all the moderate governments we are acquainted with, in order to calculate the degrees of liberty which each may enjoy."

². distribution

است تضمین گردد. لذا به عنوان نتیجه طبیعی نظریه، همان‌گونه که مونتسکیو خود خط مشی ارائه کرده است، هر کدام از سه قوه باید بر دو قوه دیگر نظارت کند. به همین جهت بعضی از علمای فلسفه سیاسی آن اصل را مورد انتقاد قرارداده و تداخل نظارت‌ها را با استقلال واقعی و تفکیک یه قوه مباین شمرده‌اند.

(L. Althusser, 1985:100-122)

حروف نو و مهم مونتسکیو در این خصوص که مهم‌ترین موضوع در طرح نظریات سیاسی جدید است، این است که او اندیشه سیاسی را یک امر واحد نمی‌داند. در واقع اندیشه سیاسی جدید موضوع‌شن قدرت متکثراً و توضیح توازن این قدرت‌هاست. در واقع همان موضوع مهم «وحدت در عین کثرت» را مطرح می‌نماید و اینجاست که اندیشه سیاسی جدید با اندیشه سیاسی قرون وسطی قطع رابطه پیدا می‌کند و بعد از آن این موضوع توسط نویسنده‌گان متعددی بحث می‌شود و اساس مدرنیته سیاسی می‌گردد. یعنی قدرت سیاسی فراهم آمده از چند قدرت است و دیالکتیک میان اینها و توزیع درست و معتمد آنهاست که حکومت را ایجاد می‌کند. (طباطبایی، ۱۳۹۳)

مونتسکیو موضوع اندیشه سیاسی را راههای ایجاد قدرت در مقابل قدرت می‌دانست و در زمان خودش موردنی از آن را در انگلستان دید که آن‌ها سه قوه را از هم تمیز داده و میان این سه قوه توزیع متعادلی را ایجاد کرده بودند. او در فصل ششم باب یازدهم که مهم‌ترین بخش روح القوانین است، توضیح داد که تنها یک نظام سیاسی وجود دارد که قدرت را از طریق آزادی حفظ می‌کند و آن انگلستان است. در این نظام به‌طور روشن تر از مناطق دیگر، قدرت سیاسی متشکل از سه قوه اصلی بود. اولین آنها قانون‌گذاری، دومی قوه اجرایی و سومی قوه داوری یا قضایی می‌باشد. اصل تفکیک قوا خود به دو نوع تفکیک نسبی و تفکیک مطلق تقسیم شده و نظریه مونتسکیو تفکیک نسبی قوا شمرده شده است. در مقابل آن، تفکیک مطلق قوا که امروزه در بعضی از کشورها همچون ایالات متحده آمریکا به رسمیت شناخته شده هر گونه نظارت یک قوه را نسبت به قوای دیگر نفی می‌کند و در واقع هر کدام از قوای سه کانه را نماینده عینی اراده ملت می‌شمارد. (J. Meynaud, 1967: 15-19, 50-65)

باید گفت آن‌چنان که تفکیک‌گرایان منصف نیز اعتراف نموده‌اند، نظام حکومتی انگلستان، نه تنها نوعی از حکومت تفکیک شده به‌معنای نسبی آن نیست، بلکه دقیقاً در نقطه مقابل حکومت‌های تفکیک شده قرار گرفته است. (فلیپ فلدمن، ۱۳۸۹: ۴۹۰-۴۸۹) تا جایی که حتی برخی از صاحب‌نظران، به صراحت حکومت انگلستان را حکومتی مختلط دانسته‌اند که در آن اشتراک و نه تفکیک قوا، مبنای ساماندهی قدرت و ساختارهای سیاسی قرار گرفته است. (بارنت، ۱۳۸۶: ۵۲۹ و ۵۳۰) تأکید مونتسکیو و تمجید وی از این نظام نیز بیانگر آن است که وی بر تفکیک قوا نظر نداشته است. ذیلاً کارکردها و نسبت این سه قوه از دیدی مونتسکیو بیان می‌گردد.

۱-۲-۲. قوه قانون گذاري

قبل‌اً بيان گشت که مونتسکيو چه جايگاه والا ي را برای قانون منبعث از اراده مردم قائل است و آزادی را در چهارچوب اين قانون تعريف می‌نماید. بنابراین لازم است که او مهم‌ترین قوه از قوای سه گانه را به قدرت قانون گذاري اختصاص دهد.

از ديدگاه مونتسکيو «در هر کشوری سه قوه وجود دارد: قوه مقننه، قوه اجرائیه که مجری حقوق عام بشر است و قوه‌ای که اجرائکننده حقوق داخلی و مدنی مردم می‌باشد... آزادی سیاسی هر شهروند عبارت از آرامش روحی او است، برای آنکه این آزادی تحقق یابد باید حکومت به گونه‌ای باشد که هیچ شهروندی از شهروند دیگر نهراسد... ملت باید به طور یکپارچه صاحب قدرت تقنيی باشد. اما از آنجا که چنین امری در کشورهای بزرگ غیرممکن است و در کشورهای کوچک ناهنجاری‌هایی برمی‌انگيزد ملت باید تمام آنچه را که خود به تنهايی نمي‌تواند انجام دهد توسط نمایندگانش اعمال کند.» (J.J. Gradpre Moliere, 1985:65-108)

1972:32-44; L. Althusser, Montesquieu, 1985:

مي‌بيينيم که در درون نظریه تفکیک قوا اندیشه نمایندگی ملت نیز نهفته است. ملت‌ها که دارندگان عینی حق حاكمیت محسوب می‌شوند و مشروعیت حقوقشان را قوانین اساسی کشورها به رسمیت شناخته‌اند (Corpus Constitutionnel, 1968:7) افراد یا احزای را برمی‌گزینند تا به نمایندگی از طرف آن‌ها اولاً با تشکیل پارلمان درباره اداره مملکت گفتگو و برای تمشیت امور، قانون گذاري کنند و ثانیاً در چهارچوب یک رژیم خاص سیاسی تقسیم کار و تسهیم مسئولیت نمایند.

مبناي فلسفی اين مکانيسم را می‌توان در منطق سخن امانوئل کانت درک نمود:

«هنگامی که کسی درباره فردی دیگر تصمیم می‌گیرد، همواره این احتمال وجود دارد که نسبت به او دچار بی‌عدالتی شود، اما وقتی که در مورد خودش تصمیم بگیرد امکان هر گونه بی‌عدالتی نفي می‌شود.» (Emanuel Kant, 1853, XLVI)

به عقیده او «نمایندگان باید از بین تمام مردم به طور کلی انتخاب شوند. بلکه باید هر منطقه دست به انتخاب نماینده بزنند. چون نمایندگان باید منافع و مصالح مردم محل خود را بشناسند.» و در اینجاست که دموکراسی‌های یونانی که به صورت مستقیم بودند را غیرممکن می‌داند و معتقد است که مشارکت مردم در حکومت باید به انتخاب نمایندگان محدود شود.» (Baron de Montesquieu, 2001: 176)

از آنجا که مونتسکيو از طبقه اشراف بود به دنبال ثبتیت جایگاه اشرافیت نیز بود. در مورد اعيان او معتقد بود که می‌بایست مجلس دومی متشكل از اعيان وجود داشته باشد. چون اگر مجلس اول به تنهايی وجود داشته باشد، قوانیني وضع خواهد کرد که امتیازات اين گروه از بین خواهد رفت. از طرفی اگر قوه قانون گذاري يك رکن داشته باشد، احتمال دارد بین نمایندگان ائتلافی به وجود آيد که در نهايیت مردم متضرر شوند. اما به عقیده او مجلس اعيان قانون گذاري نمي‌کند بلکه صرفاً بر قوانین نظارت می‌کند. (مونتسکيو، ۱۹۳: ۱۳۶۲) وى همچنین معتقد است که اعضای اين مجلس باید به صورت صنفي انتخاب



شوند و نه به صورت عمومی؛ چون او به منافع اصناف و طبقات خاص نیز نظر دارد. البته اصناف همان طبقات اجتماعی آن دوره بودند. (طباطبایی، ۱۳۹۳)

او یکی دیگر از موانعی را که در وضع قوانین ناعادلانه توسط مجلس معرفی می‌کند، شخص پادشاه است. البته تأکید دارد که اقدام پادشاه مداخله در قانون‌گذاری نیست چون این فرد فقط قدرت ممانعت دارد و فقط می‌تواند مجلس را وادار کند تا قانون خود را دوباره مورد بررسی قرار دهد.

۲-۲-۲. قوه اجرایی

از نظر مونتسکیو قوه اجرایی بر دو بخش است. بخشی که مربوط به حقوق ممل یا حقوق بشری به معنای امروزی مربوط است و بخشی دیگر مربوط به قلمرو حقوق مدنی می‌باشد. منظور از حقوق ممل همان حقوق خارجی یا حقوق بین‌الملل است که وظیفه اعلان جنگ و قبول صلح و پذیرفتن سفیر و تعیین مرزها و امنیت کشور و دفاع از آن را برعهده دارد. منظور از حقوق مدنی نیز حقوقی است که در مناسبات افراد در یک جامعه وجود دارد. اما مونتسکیو آن را تا حدودی عام‌تر در نظر می‌گیرد. اعم از اینکه بین افراد باشد یا بین دولت و افراد. (Baron de Montesquieu, 2001:173)

به عقیده او قوه مجریه صرفاً باید در محدوده قانون عمل نماید و این گونه قوه مقنه دست او را می‌بندد. اما قوه اجرایی هم مانعی در برابر قوه قانون‌گذاری ایجاد می‌کند. در واقع «اگر قوه اجرایی حق ممانعت از اقدام‌های قوه قانون‌گذاری را نداشته باشد، آن به قوه‌ای خودکامه تبدیل خواهد شد.» (Ibid, 175) به همین دلیل است که می‌گوید پادشاه می‌تواند از طریق ایجاد مانع در قانون‌گذاری شرکت داشته باشد. یعنی برای دفاع از خود، درخواست رسیدگی مجدد برخی از قوانین را از طرف قوه مقنه می‌نماید. او معتقد است که قوه مجریه به خودی خود به موجب قانون محدود شده است. بنابراین اعمال دخالت و محدودیت بیشتر بر قوه مجریه از طریق قوه مقنه را روانمی‌دارد و در ادامه بیان می‌دارد که «قوه اجرایی با قدرتی که برای ایجاد مانع در برابر قدرت قانون‌گذاری دارد، باید در قوه قانون‌گذاری مشارکت داشته باشد و گرنه به زودی امتیازات خویش را از دست خواهد داد. در حالیکه اگر قوه قانون‌گذاری در اجرا مشارکت داشته باشد، قوه اجرایی نیز به همان سان نایاب خواهد شد.» (Ibid, 178) در واقع او معتقد است اگر قوه مجریه بر قوه قانون‌گذاری نفوذ نداشته باشد، قوانینی وضع خواهد کرد که به طور کلی دست قوه مجریه را می‌بندد و تمامی امتیازاتش را از اوی خواهد گرفت.

۲-۲-۳. قوه داوری یا قضایی

مونتسکیو آزادی سیاسی را به معنای آرامش روحی شهروندان می‌دانست که آن هم از مزایای تمایز میان قوای حکومتی است و برای اینکه آزادی وجود داشته باشد حکومت باید به گونه‌ای باشد که هیچ شهروندی از شهروند دیگر ترسی به خود راه ندهد و در ادامه اضافه می‌کند که «اگر قوه قضایی از قوه

قانون گذاری و اجرایی تفکیک نشده باشد، آزادی وجود نخواهد داشت»^۱ (Ibid, 178) و اینجا تنها جایی است که از کلمه تفکیک^۲ استفاده می‌کند و منظور او از تفکیک در اینجا آن است که این دو قوه مثل هم نیستند و مثال نقض آن را در همانجا بیان می‌کند و آن در مورد حکومت عثمانی و ایران است که او به تمرکز و تداخل این سه قدرت در دست یک نفر و در واقع عدم وجود چنین قدرتی به صورت مستقل در این نظام ایجاد وارد می‌کند. (طباطبایی، ۱۳۹۳) وی می‌گوید: «اگر قوه قضایی با قانون گذاری ملحق شود (همان طور که در عثمانی بود) سلطه بر جان و آزادی مردم دستخوش بی‌قانونی می‌شد. زیرا قاضی به قانون گذار تبدیل می‌شد و این‌گونه قاضی قدرت یک فرمانروای بیدادگر را پیدا می‌کرد.» (Montesquieu, 2001:173)

او معتقد بود که «قوه قضایی نباید به طور دائم‌العمر در اختیار گروهی از بزرگان باشد. بلکه باید به صورتی که در قانون معین می‌شود هر بار برای مدتی به عهده گروهی از اشخاص گذاشته شود که از میان عامه مردم انتخاب می‌شوند و دادگاه تشکیل می‌دهند و به امور رسیدگی می‌کنند.» (Ibid, 174) او قوه قضائیه را قوه‌ای ترسناک معرفی می‌کند که باید به صورت نامسئی به گونه‌ای که انگار وجود ندارد عمل کند. جمله جالب توجه دیگری که در این زمینه بیان می‌کند این است که: «دادگاه‌ها نباید ثابت باشند بلکه آرای صادره از آنها باید ثابت باشد.» (Ibid, 175) در واقع تأکیدی دارد بر وحدت رویه قضایی که به عقیده او در نظام قضایی عثمانی وجود نداشته است و قضات در موضوعات یکسان در شرایط متفاوت احکام متفاوتی صادر می‌کرده‌اند. او معتقد است قضات باید با توجه به نص قانون حکم صادر کنند، مگر در مواردی که قانون وجود ندارد و در آنجا روح قانون حاکم خواهد بود.

مونتسکیو در مورد مصونیت قضات نیز نکاتی بیان می‌دارد. به نظر او قضات باید از تقدسی برخوردار باشند و نمی‌تواند قوه مقتنه آنها را متهم و محکوم کند. البته در جمله‌ای می‌گوید که « مجری قانون بدون داشتن رایزن خبیث نمی‌تواند بد اجرا کند.» در واقع او مشاوران قضایی و نهاد قضایی را مصون نمی‌داند و آنها را قابل مجازات می‌داند. (طباطبایی، ۱۳۹۳)

¹. “there is no liberty, if the judiciary power be not separated from the legislative and executive.”

². separate = séparé

نتیجه‌گیری

آن‌گونه که از روح القوانین بر می‌آید، مراد مونتسکیو از شناسایی قوای سه گانه، «جدایی کامل و مطلق» آنها از یکدیگر نیست. آشکار است که بدون هماهنگی و تعامل میان قوه مقتنه، مجریه و قضائیه، حکومت قادر به مدیریت کشور نیست. قوه قانون‌گذاری به وضع قانون و نظارت بر امور کشور می‌پردازد. قوه مجریه وظیفه دارد قانون‌های وضع شده مجلس را به اجرا درآورد و دستگاه قضایی در صورت استقلال می‌تواند به وظایف خویش عمل کند، اما ارتباط آن با مجلس و دولت امری بدیهی و ضروری است.

فلسفه تفکیک قوا از سویی پاسداشت آزادی و بهره‌مندی شهروندان از آزادی‌های قانونی است و از سوی دیگر هدف، جلوگیری از تجمعی قدرت در دست یکی از نهادهای حکومت است. این‌بار دستیابی به چنین هدفی توزیع کارکردهای حکومتی میان سه نهاد و تجهیز آنها برای حفاظت از خودشان و نظارت بر دیگران است. آموزه مونتسکیو در روح القوانین نیز برپایی حکومتی معتل و متعادل در سایه تقسیم قدرت میان سه قوه است. او از تجربه دموکراتیک انگلستان در صورت‌بندی موضوع تفکیک قوا و پیشنهاد حکومت مختلط، بهره فراوان بردۀ است. بیشترین درسی که امروز می‌توان از موضوع تفکیک قوا مونتسکیو آموخت، ارج نهادن به آزادی و اهمیت بنیادین آن است. اگر مونتسکیو دغدغه آزادی و آزاد زیستی نمی‌داشت، آیا به اندیشه تفکیک قوا می‌رسید؟ پاسخ به این سؤال منفی است؛ زیرا در نظام سیاسی متمرکز، یکپارچه و تمامیت‌گرا، عرصه برای آزادی بهشدت تنگ می‌شود. پس کشور به نظامی متکثراً با قدرتی غیر متمرکز نیازمند است تا دموکراسی تبلور یابد و جا برای آزادی‌های مدنی باز شود.

در نهایت این مقاله را با جملاتی از مونتسکیو به پایان می‌رسانیم که خود توصیفی گویا از نظریه وی دربار قوا سه گانه می‌باشد. او می‌گوید: «در این حکومت تعديل کننده‌ای که ما از آن سخن می‌رانیم، قانون‌گذاری از دوبخش فراهم آمده است. بخشی از آن دست بخش دیگر را از طریق قدرت مقابل ممانعت خواهد بست و قوه اجرایی دست هر دوی آنها را خواهد بست و قوه اجرایی هم خودش دست خودش را خواهد بست. اما این سه قوه باید یک حالت سکون و آرامش و بدون تنفس را در نظام حکومت ایجاد نمایند و از آنجایی که آنها مجبورند با حرکت طبیعی اشیاء حرکت کنند، مجبور خواهند بود هماهنگ با یکدیگر عمل نمایند.» در واقع نظام معتلی که در آن قوا به طور معتل توزیع شده باشد، نظام تنفس نیست و نظام آرامش است. چون نظام عالم این‌گونه است. همان‌گونه که اجرام آسمانی گویی حرکت نمی‌کنند ولی در واقع همه با هم و با آرامش در حال حرکتند. این حکومت است که آرامش روحی شهروندان را فرهم خواهد ساخت. (Montesquieu, 2001, p181)

منابع و مآخذ:

الف- منابع فارسی

۱. ارسطو، (۱۳۹۰)، سیاست، ترجمه حمید عنایت، تهران: شرکت علمی و فرهنگی.
۲. بارت، اریک، (۱۳۸۶)، مقدمه‌ای بر حقوق اساسی، ترجمه عباس کدخدایی، تهران: میزان.
۳. بوشهری، جعفر، (۱۳۸۴)، مسائل حقوق اساسی، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۴. جوان آراسته، حسین، (۱۳۹۵)، «تفکیک قوا در نظام سیاسی اسلام و جمهوری اسلامی ایران، فقه و مبانی حقوق اسلامی»، سال ۴۹، شماره ۱، صص ۶۷-۵۱.
۵. حیدریان، محسن، (۱۳۹۴)، «بارون دو مونتسکیو»، منتشره در وبسایت: <http://rasekhoon.net/article/show/132379>
۶. تامس جونز، ویلیام. (۱۳۸۳)، خداوندان اندیشه‌ی سیاسی، ج ۲، ترجمه علی رامین، تهران: شرکت علمی و فرهنگی.
۷. درخشش، جلال، (۱۳۸۷)، دانستنی‌های علم سیاست: شارل لوی دوسکوندا، بارون دو مونتسکیو، تهران: وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، معاونت فرهنگی، دفتر برنامه‌ریزی اجتماعی.
۸. ریاحی، نوربخش، (۱۳۹۹)، «مبانی و مدل‌های تفکیک قوا در ایران و نظام‌های سیاسی مردم‌سالار» (انگلیس، فرانسه، آمریکا)، پژوهش‌های حقوق تطبیقی عدل و انصاف، سال سوم، شماره ۹، صص ۵۰-۵-۲۳.
۹. طباطبایی، جواد، (۱۳۹۳)، درس گفتارهای تاریخ اندیشه: بررسی و نقد اندیشه شارل دو مونتسکیو، تهران: مؤسسه مطالعات سیاسی - اقتصادی پرسش، فایل صوتی، حلقه چهارم.
۱۰. طباطبایی، سید محمد، (۱۳۹۶)، «نظریه تفکیک قوا و سازماندهی قدرت سیاسی نزد دولت»، فصلنامه دولت پژوهی، سال سوم، شماره ۱۲، صص ۳۳-۱.
۱۱. علوی، پرویز؛ صادقیان، نادعلی، (۱۳۸۹)، «ریشه‌های فکری اصل تفکیک قوا، اهمیت و دسته‌بندی نظام‌های سیاسی بر پایه تفکیک قوا»، فصلنامه حقوق دانشگاه تهران، دوره ۴۰، شماره ۲، صص ۲۷۳-۲۷۳. ۲۵۹
۱۲. فلیپ فلدمن، ژان، (۱۳۸۹)، «تفکیک قوا و مشروطه گرایی؛ افسانه و واقعیت یک دکترین و تقدیم‌های آن»، ترجمه اسدالله یاوری، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۵۲.
۱۳. قاضی، ابوالفضل، (۱۳۸۶)، بایسته‌های حقوق اساسی، تهران: میزان.
۱۴. قاضی، ابوالفضل، (۱۳۷۰)، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران: دانشگاه تهران.
۱۵. کدخدایی، عباسعلی؛ جواهری طهرانی، محمد؛ (۱۳۹۱)، «تفکیک قوا؛ رویای تقدیس شده»، حکومت اسلامی، شماره ۶۳، صص ۱۲۲-۹۹.

۱۶. لوکس، استیون، (۱۳۷۰)، قدرت، ترجمه فرهنگ رجایی، تهران: مؤسسه مطالعات و تحقیقات فرهنگی.
۱۷. ماله، آلبر و ژول ایزاک، (۱۳۶۴)، تاریخ قرن هیجدهم، انقلاب کبیر فرانسه و امپراتوری ناپلئون، ترجمه رشید یاسمی، تهران: مؤسسه امیرکبیر.
۱۸. مونتسکیو، شارل لوئی دو سکوندا، (۱۳۶۲)، روح القوانین، ترجمه علی اکبر مهتدی، تهران: مؤسسه امیرکبیر.
۱۹. ویژه، محمد رضا، (۱۳۹۰)، مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، تهران: جنگل.

ب- منابع لاتین

20. Ackerman, Bruce. (2017). "Good-bye, Montesquieu". Comparative Administrative Law. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing.
21. Baron de Montesquieu. (2001). The spirit of laws, Translated by Thomas Nugent, Canada, Batoche Books.
22. B. de Jouvenel, du pouvoir, pluriel-le livre de poche, paris, 1985.
23. Bigo, D. (2013). "When Montesquieu goes transnational: The Roma as an excuse, visas as preventive logic, judges as sites of resistance", in D. Bigo, E. Guild and S. Carrera (eds), Foreigners, Refugees or Minorities? Rethinking people in the context of border controls and visas, Farnham: Ashgate Publishing, pp. 21-38.
24. Bok, Hilary. (2003). Baron De Montesquieu: The Sprit Of Laws, Published In Stanford Encyclopedia Of philosophy.
25. Burns, Sarah M.(2020), and Chad Van Schoelandt. "Democratic Peace Theory, Montesquieu, and Public Choice." Reclaiming Liberalism. Palgrave Macmillan, Cham., 247-279.
26. Callanan, Keegan. (2020). "Montesquieu's Political Science." Perspectives on Political Science 49.3, pp.153-155.
27. Corpus Constitutionnel,(1968) Tome I, Fascicule 1, E.J. Brill, Leiden.
28. Courtney, Cecil P. (2017) "Montesquieu and the problem of 'la diversité'." Charles-Louis de Secondat, Baron de Montesquieu. Routledge, pp. 109-129.
29. Durkheim, Émile. (2021). Montesquieu et Rousseau: précurseurs de la sociologie. Editions Le Mono.
30. Emanuel Kant, metaphysique des moeurs, trad. Francaise Barni, paris, 1853, 1ere partie, XLVI.
31. Gentile, Francesco. (2020). Culture et politique européenne chez Montesquieu. De Gruyter.
32. J.J Gradpre moliere, la heorie de la constitution anglaise chez Montesquieu, presses universitaires de Leyde, Pays-Bas, 1972.

33. J. Meynaud, les pouvoirs de decision dans l'Etat modern, UNESCO, paris, 1967.
34. L. Althusser, Montesquieu, La politique et l'histoire, Presses Universitaires de France, 6 ed, paris, 1985.
35. Macfarlane, alan.(2014/7/5). Montesquieu and the Making of the Modern World (Paperback), published at:
36. http://www.alanmacfarlane.com/TEXTS/Montesquieu_final.pdf.
37. Magill, Elizabeth. (September 2000). The Real Separation in Separation of Powers law, 86 Virginia Law Review 1127.
38. Marc, W. Kruman. (1997). Between Liberty And Authority. Univ of North Carolina Pr.

The separation of powers, The balance of powers, The Spirit of Laws, Montesquieu

Naser Ali Mansourian¹

Ahmad Ketabi Roodi²

Abstract

It is a long time that wherever the separation of powers is spoken, authors point out the name of Charles de Montesquieu as the founder of this conception immediately in public law and naturally attribute his most famous book: "The Spirit of Laws". But accuracy in this weird book shows that except for one case, this scholar doesn't mention to "separation" in the text of his book. Interestingly the system that under the influence of it, he wrote "The Spirit of Laws" (the British at the time) didn't base on the separation of powers in such a way that attributed to him. In addition to the lack of separation of powers in the content as a word, whatever from tenor of "The Spirit of Laws" is decent for conclusion is: "balance of powers no separation of them". Montesquieu in the whole of his book -especially in the Chapter VI of the book XI- praised the political freedom caused by the balance of triple powers. So it can be said neither those who have admired him as the inventor of the separation of powers nor those who have attacked him for same reason, has not been a fair understanding of what Montesquieu has said about division and balance of powers. This paper intends to illustrate the true idea of Montesquieu by examine the evolution of the separation of powers and a new narration of the book "The Spirit of Laws."

KeyWords: *The separation of powers, The balance of powers, The Spirit of Laws, Montesquieu.*

¹. Associate Professor, Department of Public and International Law, faculty of law and political science, the university of allameh tabatabaei, Tehran ,Iran

(Email: namansourian@yahoo.com)

². Doctor of Public Law, Allameh Tabatabai University, Tehran ,Iran (Email:
ketabi.ahmad@alumni.ut.ac.ir)

ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله



چکیده دانشنامه‌ای نشریه

مقالات این شماره نشریه در ارتباط با ۹ عنوان دانشنامه حقوقی کاربرد دارد که عبارتند از:

آمار و اطلاعات راجع به مدخل‌های هر دانشنامه به شرح زیر است:

تعداد ۵ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق مدنی شناسایی شد که عبارتند از:

۱. دین
۲. جواز تأخیر
۳. طلبکار
۴. دلیل
۵. شاهد

- تعداد ۵ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق مدنی شناسایی شد که عبارتند از:

۱. قلمرو حق امتناع مديون از جهت نوع دليل اثباتی
۲. آثار و احکام حق امتناع از ايفای دین جهت تهیه دليل اثباتی
۳. عدم مسئولیت مديون در دوران امتناع از ايفای دین
۴. مسئولیت وکیل در برابر موکل
۵. مسئولیت مضمون عنه در برابر ضامن مأذون

- تعداد ۹ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق اساسی شناسایی شد که عبارتند از:

۱. تفکیک قوا
۲. تعادل قوا
۳. روح القوانین
۴. مونتسکیو
۵. استیزان
۶. حکم حکومتی
۷. اصول قانون اساسی
۸. رهبری

- تعداد ۱۸ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق اساسی شناسایی شد که عبارتند از:

۱. مبانی درخواست حکم حکومتی از رهبری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران
۲. شرایط استثنایی به منظور درخواست حکم حکومتی از رهبری
۳. شرایط اضطراری به منظور درخواست حکم حکومتی
۴. ظرفیت‌های حقوقی نظام جمهوری اسلامی ایران در مواجهه با شرایط مشابه استیدان
۵. ظرفیت پیش بینی فوریت در امر قانون‌گذاری و شرایط مشابه استیدان
۶. ظرفیت هم‌گرایی قوا در شرایط مشابه استیدان
۷. ظرفیت حل معضلات نظام در شرایط استیدان
۸. اصلاحیه استیدان و توجه ویژه به اصول ۲۲ و ۳۶ قانون اساسی
۹. اصلاحیه استیدان و توجه به دادرسی افتراقی در جرایم اخلالگران نظام اقتصادی
۱۰. حق انتخاب وکیل در دادرسی افتراقی جرایم اقتصادی کلان
۱۱. زندگی و آثار موتتسکیو
۱۲. کالبد شکافی نظریه مونتسکیو
۱۳. پایه‌های نظری طرح ایده موتتسکیو
۱۴. حکومت و اقسام آن
۱۵. قدرت
۱۶. قوه قانون‌گذاری
۱۷. قوه اجرایی
۱۸. قوه داوری یا قضایی

- تعداد ۵ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه آیین دادرسی مدنی شناسایی شد که عبارتند

از:

۱. دین
۲. جواز تأخیر
۳. طلبکار
۴. دلیل
۵. شاهد

-تعداد ۶ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه آیین دادرسی مدنی شناسایی شد که عبارتند از:

۱. قلمرو حق امتناع مدیون از جهت نوع دلیل اثباتی
۲. آثار و احکام حق امتناع از ایفای دین جهت تهیه دلیل اثباتی
۳. عدم مسئولیت مدیون در دوران امتناع از ایفای دین
۴. مسئولیت وکیل در برابر موکل
۵. مسئولیت مضمون عنه در برابر ضامن مأذون
۶. هزینه‌های نگهداری مال در دوران امتناع از ایفای دین

-تعداد ۶ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق بین الملل کیفری شناسایی شد که عبارتند از:

۷. الزامی بودن تعقیب
۸. مقتضی بودن تعقیب
۹. دیوان کیفری بین‌المللی
۱۰. تعویق و تعلیق تحقیق
۱۱. منافع عدالت
۱۲. مبانی معقول

-تعداد ۱۴ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق بین الملل کیفری شناسایی شد که عبارتند از:

۱. اصل الزامی (قانونی) بودن تعقیب
۲. اصل مقتضی بودن یا موقعیت داشتن تعقیب
۳. مبانی مشترک حقوق کیفری ایران و اساسنامه دیوان در الزام یا اقتضای تعقیب
۴. مبانی ناظر بر توجه به اصل الزامی بودن تعقیب
۵. مبانی ناظر در توجه به اصل مقتضی بودن تعقیب
۶. رویکرد حقوق کیفری ایران در نظام تعقیب کیفری
۷. بایگانی کردن پرونده
۸. تعلیق تعقیب
۹. میانجی‌گری
۱۰. ترک تعقیب
۱۱. نظام تعقیب در دیوان بین‌المللی کیفری

۱۲. صلاحیت تکمیلی دیوان در رسیدگی‌های بین‌المللی و ملازمه آن با نظام‌های تعقیب
۱۳. تعویق تحقیق یا تعقیب
۱۴. معامله اتهام

– تعداد ۴ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق شهری و شهرداری شناسایی شد که عبارتند از:

۱. مسئولیت مدنی
۲. کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران
۳. طرح تفصیلی
۴. شخصیت حقوقی

– تعداد ۷ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق شهری و شهرداری شناسایی شد که عبارتند از:

۱. ماهیت کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران
۲. و حدود صلاحیت آن مسئولیت مدنی کمیسیون ماده ۵
۳. ضمان ناشی از تقسیر
۴. ضمان ناشی از غرور
۵. ضمان ناشی از اقدام
۶. مسئولیت مدنی دولت
۷. نحوه تحمیل مسئولیت بر متعهد

– تعداد ۴ عنوان مدخل مرتبط در زمینه دانشنامه مسئولیت مدنی شناسایی شد که عبارتند از:

۱. مسئولیت مدنی
۲. کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران
۳. طرح تفصیلی
۴. شخصیت حقوقی

– تعداد ۷ مورد مدخل فرعی با دانشنامه مسئولیت مدنی شناسایی شد که عبارتند از:

۱. ماهیت کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران و حدود صلاحیت آن

۲. مسئولیت مدنی کمیسیون ماده ۵

۳. ضمان ناشی از تقصیر

۴. ضمان ناشی از غرور

۵. ضمان ناشی از اقدام

۶. مسئولیت مدنی دولت

۷. نحوه تحمل مسئولیت بر متعهد

-تعداد ۶ عنوان مدخل مرتبط در زمینه دانشنامه آیین دادرسی کیفری شناسایی شد که عبارتند از:

۱. رأی حضوری

۲. رأی غیابی

۳. دادگاه اطفال و نوجوانان

۴. محاکمه منصفانه

۵. حق دفاع

۶. حق بر شنیده شدن

-تعداد ۴ مورد مدخل فرعی با دانشنامه آیین دادرسی کیفری شناسایی شد که عبارتند از:

۱. حضور طفل و نوجوان در جلسه دادرسی

۲. نقش وکیل در دادگاه اطفال و نوجوانان

۳. ارسال لایحه دفاعیه به دادگاه اطفال و نوجوانان

۴. ویژگی‌های رأی صادره از دادگاه اطفال و نوجوانان

-تعداد ۱۱ عنوان مدخل مرتبط در زمینه دانشنامه حقوق جزای اختصاصی شد که عبارتند از:

۱. رأی حضوری

۲. رأی غیابی

۳. دادگاه اطفال و نوجوانان

۴. محاکمه منصفانه

۵. حق دفاع

۶. حق بر شنیده شدن

۷. استیزان

۸. حکم حکومتی
۹. اصول قانون اساسی
۱۰. رهبری
۱۱. رئیس قوه قضائیه

-تعداد ۱۵ مورد مدخل فرعی با دانشنامه حقوق جزای اختصاصی شد که عبارتند از:

۱. حضور طفل و نوجوان در جلسه دادرسی
۲. نقش وکیل در دادگاه اطفال و نوجوانان
۳. ارسال لایحه دفاعیه به دادگاه اطفال و نوجوانان
۴. ویژگی‌های رأی صادره از دادگاه اطفال و نوجوانان
۵. مبانی درخواست حکم حکومتی از رهبری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران
۶. شرایط استثنائی به منظور درخواست حکم حکومتی از رهبری
۷. شرایط اضطراری به منظور درخواست حکم حکومتی
۸. ظرفیت‌های حقوقی نظام جمهوری ایران در مواجهه با شرایط مشابه استیدان
۹. ظرفیت پیش بینی فوریت در امر قانون‌گذاری و شرایط مشابه استیدان
۱۰. ظرفیت هم‌گرایی قوا در شرایط مشابه استیدان
۱۱. ظرفیت حل معضلات نظام در شرایط استیدان
۱۲. اصلاحیه استیدان و توجه ویژه به اصول ۲۲ و ۳۶ قانون اساسی
۱۳. اصلاحیه استیدان و توجه به دادرسی افتراقی در جرایم اخلالگران نظام اقتصادی
۱۴. حق انتخاب وکیل در دادرسی افتراقی جرایم اقتصادی کلان
۱۵. اصل تجدید نظرخواهی در دادرسی افتراقی جرایم اقتصادی کلان

-تعداد ۶ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق کودک و نوجوان شناسایی شد که عبارتند از:

۱. رأی حضوری
۲. رأی غیابی
۳. دادگاه اطفال و نوجوانان
۴. محاکمه منصفانه
۵. حق دفاع
۶. حق بر شنیده شدن

-تعداد ۴ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق کودک و نوجوان شناسایی شد که عبارتند از:

۱. حضور طفل و نوجوان در جلسه دادرسی
۲. نقش وکیل در دادگاه اطفال و نوجوانان
۳. ارسال لایحه دفاعیه به دادگاه اطفال و نوجوانان
۴. ویژگی‌های رأی صادره از دادگاه اطفال و نوجوانان

بر این اساس در مجموع تعداد ۵۶ مورد پرونده علمی در ارتباط با این مدخل‌ها تشکیل یا تکمیل شده است. ضمن اینکه منابع متعددی در ارتباط با هر یک از این مدخل‌ها نیز شناسایی شده است که موجب غنای هرچه بیشتر پرونده علمی این مدخل‌ها شده است. مشخصات این منابع نیز به صورت منتظر با هر مقاله و هر مدخل شناسایی شده که پس از چکیده انگلیسی هر مقاله آورده شده است.

واحد امور دانشنامه‌ای نشریه

خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات

خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات



خلاصه ابعاد و گاربردهای دانشنامه‌ای مقالات



خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات



خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات

مدخلهای فرعی

۱. حضور طفل و نوجوان در جلسه دادرسی
۲. نقش وکیل در دادگاه اطفال و نوجوانان
۳. ارسال لایحه دفاعیه به دادگاه اطفال و نوجوانان
۴. ویژگی‌های رأی صادره از دادگاه اطفال و نوجوانان

کد مقاله

LAW-2107-1093 (R1)

دانشنامه‌های مرتبط

۱. دانشنامه آ.د.ک
۲. دانشنامه حقوق جزای اختصاصی
۳. دانشنامه حقوق کودک و نوجوان

مدخلهای مرتبط

۱. رأی حضوری
۲. رأی غیابی
۳. دادگاه اطفال و نوجوانان
۴. محاکمه منصفانه
۵. حق دفاع
۶. حق بر شنیده شدن

خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات



خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات

مدخلهای فرعی

کد مقاله

LAW-2106-1083 (R1)

دانشنامه‌های مرتبط

۱. زندگی و آثار مونتسکیو
۲. کالبد شکافی نظریه مونتسکیو
۳. پایه‌های نظری طرح ایده مونتسکیو
۴. حکومت و اقسام آن
۵. قدرت
۶. قوه قانونگذاری
۷. قوه اجرایی
۸. قوه داوری یا قضایی

۱. دانشنامه حقوق اساسی

مدخلهای مرتبط

۱. تفکیک قوا

۲. تعادل قوا

۳. روح القوانین

۴. مونتسکیو