

طریقت یا موضوعیت روش دادرسی مطالعه تطبیقی در فقه امامیه، حقوق اروپایی و حقوق موضوعه

محمد آشوری* - جعفر موحدی**

(تاریخ دریافت: ۹۵/۱/۲۴ - تاریخ پذیرش: ۹۵/۳/۲۶)

چکیده

در حقوق اروپایی تأکید بر ساختار و سازمان دادرسی جلوه بیش تری یافته است. در مقابل، در فقه امامیه این تأکید بر شخص (مقام دادرسی) بیش تر متجلی شده است. در حقوق اروپایی در چنین ساختار و سازمانی، تعدد مراحل دادرسی (تفکیک عرضی دادرسی) پیش بینی شده است که مستلزم تفکیک موضوعی مراحل دادرسی و ضوابط ناظر بر آن است. از آنجا که فرآیند دادرسی موصوف به صفت اصلی قانونی بودن است، نهی به این ضوابط از سوی قانون گذار حمل بر فساد می شود ولو این که قانون گذار صراحتاً چنین فساد را پیش بینی نکرده باشد، اما در فقه امامیه، با تأکید بر مقام دادرسی و اختیارات وسیع وی، ظهور نهی در فساد بسته به نظر اوست مگر درجایی که شارع به صراحت نهی را ظهور در فساد بداند که در این صورت اجتهاد در مقابل نص جایز نیست. از سوی دیگر حقوق اروپایی، تعدد درجات دادرسی (تفکیک طولی دادرسی) و تعدد در مراجع و مقام قضائی را به عنوان اصل پذیرفته است. حال آنکه فقه امامیه، با تأکید بر مقام دادرسی (جز در موارد استثنائی) چنین تعددی را ضروری ندانسته و بر وحدت آن تأکید دارد. سیر تحول قانون گذاری در حقوق موضوعه در سال ۱۳۷۳ تا سال ۱۳۸۱، نشان دهنده اعمال تفکر فقهی و پس از سال ۱۳۸۱ در جهت حرکت به سوی حقوق عرفی به مثابه قبل از سال ۱۳۷۳ است. مقاله حاضر صرفاً توصیف و تبیین روش دادرسی در دو تفکر مذکور و رویکرد حقوق موضوعه در این زمینه است.

واژگان کلیدی: دادرسی عادلانه، اصل قانونی بودن دادرسی، اصل قطعیت آراء، اصل تعدد قاضی، جهل موضوعی، قاضی مجتهد.

* استاد حقوق کیفری و جرم شناسی دانشگاه آزاد (واحد علوم تحقیقات)

** دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی دانشگاه آزاد - واحد علوم تحقیقات (نویسنده مسئول)

مقدمه

اصل قانونی بودن آئین دادرسی کیفری^۱، در تمام فرآیند دادرسی جریان دارد. ورود به فرآیند دادرسی مستلزم دو پیش فرض است؛ یکی وجود جهل موضوعی و دیگری بررسی برای خروج از این جهل. تفکر اروپایی و اسلامی در پیش فرض نخست مشترک، اما در پیش فرض دوم دارای اختلاف در روش است. به این معنی که، در تفکر اروپایی، روش بررسی برای خروج از جهل موضوعی دارای موضوعیت بوده و به عبارتی، علاوه بر کشف حقیقت، روش رسیدن به آن نیز اهمیت دارد. به طوری که عدم رعایت آن منجر به نقض بررسی ها و عدم اعتبار فرآیند دادرسی می شود، اما در تفکر اسلامی (فقه امامیه)، روش مذکور دارای طریقت است و به عبارتی، صرف کشف حقیقت دارای اهمیت بوده و عدم رعایت روش مزبور منجر به نقض بررسی ها و عدم اعتبار فرآیند دادرسی نمی شود. عدم موضوعیت پیش فرض دوم در تفکر اسلامی مبتنی بر دو دلیل عمده است؛ یکی آن که حکومت اسلامی بر پایه تشیع به اندازه حکومت دموکراتیک اروپاییان، حکومت داری نکرده است. به همین دلیل فقه امامیه در حوزه حقوق ماهوی بسیار غنی تر از حقوق شکلی (که تنها در باب قضاء (فرآیند دادرسی) و شهادت (ادله اثبات) عنوان شده است)، است. در مقابل، حقوق اروپایی، در حوزه حقوق شکلی بسیار غنی تر از حقوق ماهوی است؛ زیرا، حقوق شکلی در راستای حقوق و آزادی های افراد گام برمی دارد، در حالی که حقوق ماهوی در خلاف جهت آن و از این رو، باید تا می توان بر گستره حقوق شکلی افزود و از تورم حقوق ماهوی کاست. دلیل دیگر آن که برخلاف حقوق اروپایی که در آن تأکید بیش تر بر ساختار و سازمان دادرسی است و عدالت در فرآیند دادرسی را بر عدالت قاضی ترجیح می دهد، در فقه امامیه، تأکید بیش تر بر شخص و مقام رسیدگی کننده است و عدالت قاضی را بر عدالت در فرآیند دادرسی ترجیح می دهد. به همین دلیل، در حقوق اروپایی، دقت نظر در ایجاد یک فرآیند دادرسی عادلانه و توجه به اصول حاکم بر آن بیش تر از انتخاب یک قاضی عادل اهمیت دارد؛ چه آن که در این تفکر فرض بر این است چنان چه ساختار و سازمان دادرسی عادلانه باشند مقام قضائی خود به خود در چنین شرایطی تصمیم عادلانه اتخاذ می کند، اما در مقابل، در فقه امامیه دقت نظر در انتخاب یک قاضی عادل بسیار بیش تر از ایجاد یک فرآیند دادرسی عادلانه اهمیت دارد. به طوری که شرایطی که در فقه امامیه برای قاضی بر شمرده اند در معدود افرادی می توان یافت؛ چه آن که در این تفکر نظر بر این است که چنانچه یک قاضی عادل را انتخاب کنید با

۱. اصل ۳۶ قانون اساسی: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.» و ماده ۲ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲: «دادرسی کیفری باید مستند به قانون باشد....»

چنین قاضی، خودبه‌خود یک دادرسی عادلانه شکل می‌گیرد.

۱. ساختار دادرسی

در حقوق اروپایی، ساختار دادرسی به‌عنوان نرم‌افزار فرآیند دادرسی شناخته می‌شود که شامل دو بخش «مراحل دادرسی» و «درجات دادرسی» است. این مراحل و درجات دادرسی از موضوعیّت برخوردارند. چنین موضوعیّتی دو لازمه منطقی ایجاب می‌کند؛ نخست، این مراحل و درجات مشمول اصل قانونی می‌باشند، به‌طوری‌که عبور از هر یک از مراحل و درجات در فرآیند دادرسی ضروری است [جنبه ایجابی]؛ و عدم عبور از هر یک از این مراحل و درجات، جز در مواردی که قانون‌گذار، خود آن را مقرر داشته باشد، اصولاً سبب بی‌اعتباری آن فرآیند و در مواردی نیز تخلف محسوب می‌شود [جنبه سلبی]. اما در فقه امامیه، چنین تفکیک و تقسیم‌بندی دیده نمی‌شود و مراحل و درجات دادرسی از «طریقیّت» برخوردارند. از طرف دیگر، در حقوق اروپایی مراحل و درجات دادرسی از صفت «نظم عمومی» برخوردارند؛ به این معنی که اگرچه طرفین دعوی کیفری مجبور به اعمال آن نیستند اما قبلاً هم نمی‌توانند از اجرای آن صرف‌نظر کنند (Stefani, Op.Cit, 2, 1160). درحالی‌که در فقه امامیه امکان توافق در مراحل و درجات دادرسی برای طرفین دعوی، پیش‌بینی شده است. در حقوق موضوعه، مراحل و درجات دادرسی مبتنی بر موضوعیّت است. اگرچه در ماده ۴۳۰ ق.آ.د.ک^۱ این ابهام وجود دارد که آیا در این ماده، صفت نظم عمومی در مورد تجدیدنظر تنها در موارد استثنائی پذیرفته شده است؟ چنانچه ماده مذکور جدای از ماده ۴۲۷ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲، تفسیر شود؛ اصل بر صفت نظم عمومی در تجدیدنظر را زیر سؤال برده و در تعارض با ماده ۴۲۷ قرار گرفته که خلاف اصول و مبانی تجدیدنظر است. چه، در این صورت اصل بر عدم صفت نظم عمومی در تجدیدنظر آراست و طرفین دعوی می‌توانند با توافق کتبی حق تجدیدنظر یا فرجام‌خواهی خود را ساقط کنند، مگر در خصوص صلاحیت دادگاه یا قاضی صادرکننده رأی. به نظر می‌رسد که ماده مذکور باید در راستای ماده ۴۲۷ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ و در تجمیع با آن تفسیر شود. به این ترتیب که اصل بر صفت نظم عمومی در تجدیدنظر آراست مگر در صورتی که طرفین دعوی با توافق کتبی حق تجدیدنظر یا فرجام‌خواهی خود را ساقط کنند که علاوه بر آن، این استثناء شامل صلاحیت دادگاه یا قاضی صادرکننده رأی نیز نمی‌شود. به عبارتی، این دو مورد از استثنای مذکور خارج و در اصل صفت

۱. ماده ۴۳۰ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: «در صورتی که طرفین دعوی با توافق کتبی حق تجدیدنظر یا فرجام‌خواهی خود را ساقط کنند، تجدیدنظر یا فرجام‌خواهی آنان جز در خصوص صلاحیت دادگاه یا قاضی صادرکننده رأی، مسموع نیست.»

نظم عمومی در تجدیدنظر، داخل می‌شوند.

۱-۱. مراحل دادرسی

۱-۱-۱. حقوق اروپایی

در حقوق اروپایی، مراحل دادرسی مبتنی بر پنج معیار است؛ نخست؛ دادرسی مرحله‌ای بوده و از «صفت تعدّد» برخوردار است. دوم؛ مراحل دادرسی مبتنی بر «تفکیک عرضی» هستند. به سخن دیگر، مراحل دادرسی در ابتدا، بایست بدون ورود به درجه بالاتر طی شوند. سوم؛ این مراحل مبتنی بر «تفکیک موضوعی» هستند. مراحل دادرسی شامل پنج مرحله؛ کشف جرم، تعقیب متهم، تحقیقات مقدماتی، رسیدگی و صدور حکم و اجرای حکم است. چهارم؛ مراحل دادرسی از «سلسله‌مراتب» برخوردار است. به سخن دیگر، علاوه بر موضوعیت هر یک از مراحل دادرسی، ترتیب و توالی هر یک از آن‌ها نیز از موضوعیت برخوردار است. به این ترتیب، چنانچه در فرآیندی ابتدا حکم صادر شود و سپس تحقیقات انجام پذیرد یا ابتدا اجرای حکم نموده و سپس حکم صادر شود و... چنین فرآیندی محکوم به بی‌اعتباری است. از طرف دیگر، چنانچه اقدامات نقض شده، سبب بطلان هر مرحله‌ای شود، اثر آن نسبت به آتیه است. از این رو، چنانچه مرحله تحقیقات به واسطه نقض اقدامات انجام شده در آن باطل گردد و مرحله بعدی که رسیدگی و صدور حکم است، بر اساس چنین مرحله‌ای شکل گیرد، از آنجاکه بر پایه مرحله باطلی شکل گرفته است، مرحله رسیدگی و صدور حکم نیز محکوم به بطلان است، اما به مرحله قبل از خود، اثر ندارد. به این ترتیب، در مثال فوق، به مرحله تعقیب خللی وارد نمی‌شود. پنجم؛ بر این مراحل دادرسی «ضوابطی» حاکم است. ضوابط حاکم بر مراحل دادرسی نیز دارای موضوعیت بوده و اقدامات مقامات مربوط باید در راستای پیروی از این ضوابط باشد. در حقوق اروپایی این ضوابط مشمول اصل قانونی بودن است و عدم رعایت آن، اصولاً منجر به بی‌اعتباری مراحل دادرسی و در مواردی نیز تخلف محسوب می‌شود.

۱-۲. فقه امامیه

در فقه امامیه، «تعدّد و تفکیک عرضی و موضوعی» مراحل دادرسی و همچنین «سلسله‌مراتب» آن، پیش‌بینی نشده و به عبارتی، مراحل دادرسی یک مرحله‌ای بوده است. البته، این به این معنی نیست که تعقیب و تحقیقی از سوی قاضی صورت نمی‌گیرد، بلکه به این معنی است که قاضی در یک مرحله واحد و بدون تفکیک مراحل دادرسی، تعقیب و تحقیق و رسیدگی را انجام

می‌دهد. همچنین، «ضوابط» حاکم در دادرسی دارای طریقیّت می‌باشند و قاضی مجتهد اسلامی برخلاف قاضی متخصص اروپایی دارای اختیار بیش‌تری است. به دیگر سخن، قاضی با اختیارات وسیع‌تر خود فرآیند دادرسی را پیش می‌برد و برخلاف قاضی اروپایی که در جهت فرآیند دادرسی حرکت می‌کند، خود به فرآیند دادرسی جهت می‌دهد. در نتیجه، برخلاف حقوق اروپایی که خروج از جریان فرآیند دادرسی (به علت موضوعیّت داشتن آن) منتهی به بی‌اعتباری فرآیند دادرسی می‌شود، در فقه امامیه، اصولاً، خروج از جریان فرآیند دادرسی (به علت طریقیّت داشتن آن)، بنا به فرض وجود شخص قاضی مجتهد، منتهی به بی‌اعتباری فرآیند مذکور نمی‌شود. در مواردی نیز که نهی شارع وجود دارد جمع بین چنین نهی‌ای و اختیارات وسیع قاضی مجتهد، ایجاب می‌کند که ظهور نهی در فساد بسته به نظر قاضی باشد، مگر استثنائاً در مواردی که نهی صریح شارع بر فساد آن باشد که در این صورت، اجتهاد در مقابل نص جایز نبوده و با استناد به قاعده «دلالت نهی بر فساد منهی عنه» حکم به بی‌اعتباری فرآیند دادرسی می‌گردد.

۱-۳-۱. حقوق موضوعه

در حقوق موضوعه، در ماده ۱ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲، تفکیک موضوعی مراحل دادرسی پیش‌بینی شده است. این ماده مقرر می‌دارد: «آئین دادرسی کیفری مجموعه مقررات و قواعدی است که برای کشف جرم، تعقیب متهم، تحقیقات مقدماتی، میانجی‌گری، صلح میان طرفین، نحوه رسیدگی، صدور رأی، طرق اعتراض به آراء، اجرای آراء، تعیین وظایف و اختیارات مقامات قضایی و ضابطان دادگستری و رعایت حقوق متهم، بزه دیده و جامعه وضع می‌شود». از طرف دیگر، در این ماده اشتباه قانون‌گذاری در عدم رعایت ترتیب و توالی مراحل دادرسی که قانون‌گذار در ماده ۱ ق.آ.د.ک ۱۳۷۸، رعایت نکرده و مرحله «تحقیق» را قبل از مرحله «تعقیب» آورده است، نیز رفع شده است. همچنین موضوعیّت «تفکیک عرضی» مراحل دادرسی در ماده ۷ ق.آ.د.م ۱۳۷۹، مورد توجه قرار گرفته است. ماده مزبور مقرر می‌دارد: «به ماهیت هیچ دعوی نمی‌توان در مرحله بالاتر رسیدگی نمود تا زمانی که مرحله نخستین در آن دعوا حکمی صادر نشده باشد، مگر به موجب قانون.»

در حقوق موضوعه، پاسخ به این سؤال که آیا در قانون آئین دادرسی کیفری ضوابط ناظر بر مراحل دادرسی دارای موضوعیّت (به پیروی از حقوق اروپایی) و یا دارای طریقیّت (به پیروی از فقه امامیه) هستند، نتایج قابل توجهی به‌جا می‌گذارد؟ برای نمونه، ماده ۱۹۸ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: «بازپرس جز در موارد مواجهه حضوری، از متهمان به نحو انفرادی تحقیق می‌کند.

متهمان نباید با یکدیگر داخل در مذاکره و مواضعه شوند.» حال این سؤال پیش می‌آید چنان چه قاضی متهمان را به صورت جمعی تحقیق کند آیا چنین تحقیقی صحیح است یا خیر؟ رجوع به دو تفکر نتایج متفاوتی را رقم می‌زند؛ چنانچه قائل به فقه امامیه بوده، آنچه حائز اهمیت است، رسیدن به حقیقت است و روش رسیدن به آن طریقیّت دارد و به اختیار قاضی مجتهد واگذار شده است. به این ترتیب، چنانچه قاضی مجتهد تشخیص دهد که تحقیق به صورت جمعی صورت گیرد، چنین تحقیقی دارای اعتبار است و از طرفی قانون‌گذار نیز صراحتاً نهی بر فساد منهی‌عنه نکرده است. اما در حقوق اروپایی، از آنجا که هم رسیدن به حقیقت و هم روش رسیدن به آن حائز اهمیت و دارای موضوعیت است، چنانچه قاضی متخصص خواهد برخلاف قانون به صورت جمعی تحقیق کند (در فرض وجود چنین مقرره‌ای در حقوق اروپایی)، چنین تحقیقی به علت خروج از اصل قانونی بودن محکوم به بی‌اعتباری است. به دیگر سخن، صرف نهی قانونی را کافی می‌داند ولو این که به فساد آن اشاره‌ای نشده باشد. به نظر می‌رسد به چند دلیل باید در تحلیل مواد قانونی، به موضوعیت مقررات تأکید کرد؛ نخست این که ساختار و مواد قانون آئین دادرسی کیفری ایران، به تفکیک موضوعی مراحل دادرسی و تفکیک مراجع و مقامات دادرسی که مبتنی بر تفکر اروپایی بوده اشاره داشته که لازم است ضوابط ناظر بر مراحل دادرسی نیز برای هم‌خوانی با آن‌ها بر پایه تفکر اروپایی باشد و بر این اساس تفسیر شود. دوم، قاضی مجتهد با شرایط فقهی، جای خود را به قاضی متخصص (مأذون) داده است. سوم، پذیرش مبتنی بر موضوعیت، به تحقق ماده ۲ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ که مقرر می‌دارد: «ادارسی کیفری باید مستند به قانون باشد، ...» که هدف از آن جلوگیری از اعمال سلیقه‌ای کردن نظرات قضات است، کمک می‌کند؛ چه آن که یک قاضی ممکن است این نهی را مبتنی بر فساد مراحل دادرسی و قاضی دیگری مبتنی بر عدم فساد مراحل دادرسی تفسیر کند. چهارم، دادن چنین اختیار وسیعی به قاضی مأذون می‌تواند به شدت به حقوق متهم آسیب وارد کند؛ چه آن که در بسیاری مواد آیین دادرسی کیفری چنین نهی‌ای وجود دارد و قاضی به استناد این که فساد بر عدم رعایت از چنین نهی‌ای در قانون پیش‌بینی نشده، می‌تواند حقوق متهم را تضییع کند.

۲-۱. درجات دادرسی

۱-۲-۱. حقوق اروپایی

در حقوق اروپایی، درجات دادرسی، موضوع دو نوع نگرش قرار گرفته است؛ برخی با اساس این حق به مخالفت پرداخته و آن را مغایر اصل نهایی بودن احکام دانسته‌اند. درجات دادرسی در نظر این گروه، اصل نهایی بودن احکام که هدف اصلی دادرسی است را به تأخیر می‌اندازد (قربانی،

ص ۱۴۰). در مقابل، عدّه‌ای دیگر بر آن‌اند که مقامات قضائی نیز علی‌رغم تربیت علمی و عملی همانند سایر افراد در معرض جهل و تردید که منشأ اشتباه است قرار دارند و ضعف نفس و اغراض که منشأ لغزش و بی‌عدالتی است، در ایشان نیز وجود دارد (متین دفتری، آئین دادرسی مدنی و بازرگانی، ۲، ۱۷۰). علاوه بر این، اختلاف سلیقه دادرسان و صدور احکام مختلف در موضوع واحد نیز غیرقابل انکار است. پذیرش درجات دادرسی این نواقص را جبران می‌نماید (قربانی ص ۲۴۰). به‌رحال اگرچه، درجات دادرسی در مواد کنوانسیون اروپایی حقوق بشر ۱۹۵۰ به‌صراحت بیان‌نشده است، اما در ماده ۲ پروتکل شماره ۷ این کنوانسیون مورد توجه قرار گرفته است (Stefani, Procedure penale, 1, 21).

در حقوق اروپایی، درجات دادرسی نیز همانند مراحل دادرسی مبتنی بر پنج معیار است، با این تفاوت که سلسله‌مراتب دادرسی مبتنی بر «تفکیک طولی» است. به سخن دیگر، درجات دادرسی مستلزم ورود به مرحله بالاتر است. از طرف دیگر، «تفکیک موضوعی» به آن معنایی که در مراحل دادرسی وجود داشته در اینجا وجود ندارد. به سخن دیگر، درجات دادرسی شامل رسیدگی به همان موضوعی است که در مرحله پائین‌تر صورت گرفته با این تفاوت که در درجه اول و دوم، رسیدگی «ماهوی و شکلی» (ابتدا در مرجع بدوی و سپس در مرجع تجدیدنظر) و در درجه بعدی، رسیدگی «صرفاً شکلی» (در دیوان عالی کشور) است. به این ترتیب تا زمانی که دادرسی در درجات بالاتر صورت نپذیرد، رسیدگی و رأی صادره از «قطعیت» برخوردار نیست. در حقوق اروپایی، درجات دادرسی دو اثر و لازمه منطقی دارد؛ «اثر تعلیقی» و «اثر انتقالی». منظور از اثر تعلیقی این است که تصمیم بدوی تا تعیین تکلیف قطعی موضوع در دادگاه بالاتر یا تا قبل از انقضای موعد تجدیدنظر به مرحله اجرا در نیاید؛ چه اجرای تصمیم بدوی، در عمل و در برخی موارد، مسیر جبران خسارت از شخص تجدیدنظرخواه را در آینده مسدود می‌نماید. این انسداد بعضاً به دلیل این است که جبران خسارت در فرض مسئله، محال ذاتی است. برای نمونه؛ می‌توان به حکم اعدامی که به موجب تصمیم بدوی به اجرا درآمده یا مجازات حبس که سبب سلب آزادی از شخص برای مدتی شده است، اشاره کرد. علاوه بر این، اثر تعلیقی در صورت تأیید تصمیم بدوی نیز کاملاً بی‌فایده نیست؛ چه آن که ضریب اطمینان از عملکرد دستگاه قضائی را افزایش داده و سبب رفع شبهات می‌شود. منظور از اثر انتقالی نیز این است که تجدیدنظر رسیدگی به موضوع را از صلاحیت مرجع بدوی خارج نموده (قاعده فراغ دادرسی) و ضمناً موضوع به‌منظور بررسی مجدد (ماهیتی و شکلی یا شکلی صرف) به مرجع دیگر احاله می‌شود. اثر انتقالی دارای سه لازمه منطقی است. نخست، مرجع تجدیدنظر نباید هم‌عرض مراجع بدوی

باشد و تجدیدنظر توسط مرجع هم عرض نقض غرض است. دوم، از نظر تخصص و تجربه نیز باید قضات مرجع تجدیدنظر بر قضات مرجع بدوی برتری داشته باشند. تساوی قضات بدوی و تجدیدنظر در علم و تجربه اطمینان لازم را از تصمیم مرجع تجدیدنظر سلب می‌کند و فلسفه تأسیس نهاد تجدیدنظر را به چالش می‌کشد (همان، ۲۴۰-۲۴۱). سوم، مرجع تجدیدنظر نسبت به مرجع بدوی از تعدد مقام قضائی بهره برد.

۱-۲-۲. فقه امامیه

در فقه امامیه، اصولاً درجات دادرسی وجود ندارد و نقض رأی نخستین قاضی، اگر درست و شرعی صادر شده باشد و قاضی صلاحیت و ویژگی‌های دادرسی را داشته باشد، حرام است (رشتی، کتاب القضاء، ۱، ۱۰۷)، مگر در سه مورد: نخست، هر رأیی که نخستین قاضی صادر کرده است و قاضی دوم، نادرستی و اشتباه در آن ببیند، می‌تواند آن را نقض کند و طبق اجتهاد خود دوباره انشای رأی کند (نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ۴۰، ۹۴ و ۱۰۶). دوم، هرگاه خواهان و خوانده دعوی موافقت به رسیدگی مجدد از رأیی کنند که نخستین قاضی آن را صادر کرده است، هر چند رأی نخست بر پایه اصول درست و شرعی صادر شده باشد (ساکت، دادرسی در حقوق اسلامی، ۳۰۳). سوم، رسیدگی مجدد به دعوی مدنی که منجر به زندانی شدن محکوم علیه شده است واجب است، هر چند محکوم علیه زندانی ادعا نکند که نخستین قاضی از روی نادرستی و ستم علیه او رأی داده است. در این صورت، همین که نادرستی رأی نخستین قاضی آشکار شد، قاضی دوم آن را نقض می‌کند و رأی جدید صادر می‌کند^۱ (نجفی، پیشین، ۴۰، ۹۳-۹۴). در خصوص رسیدگی مجدد از سوی قاضی دوم در مواجهه با فساد در رأی نخستین قاضی، بحثی نیست. اما در خصوص این که نخستین قاضی نیز می‌تواند رسیدگی مجدد انجام دهد یا خیر، دو نظر وجود دارد؛ نخست این که رسیدگی مجدد توسط نخستین و دومین قاضی اطلاق

^۱ اصطلاحاتی که در فقه اسلامی برای استواری و یا نقض یک رأی به کار می‌رود عبارت است از: «نفاذ الحکم» یا «نفاذ القضاء»؛ «عدم نفاذ الحکم»، «یحکم بنفاذه»؛ که دو اصطلاح «بمضیه» یا «بجیزه» نیز به جای آن می‌آید. در برابر «یحکم بنفاذه» که استواری و تأیید رأی قاضی نخست را از سوی قاضی دوم می‌رساند، «ینقضه» به کار می‌برند که گسیختن و نقض صدور رأی صادر از سوی قاضی یا دادگاه دوم است.

(Tyan, L Autorite de la chose jusee en droit musulman, 61)

در اصطلاح فقه اسلامی، به قاضی رسیدگی کننده به دعوی مجدد «صاحب الرد» می‌گفتند. دادگاه مظالم، از دیدگاه پژوهش گران، یک دادگاه تجدیدنظر به شمار می‌آمده است (Schacht, An Introduction to Islamic Law, 189). به این ترتیب، در فقه امامیه به طور استثنائی تجدیدنظر از آرای قاضی دیده می‌شود (Azad, Judicial System in Islam, 100).

دارد و از طرفی، قیاس اولویت گویای آن است که در «اشتباه» که مبتنی بر «سهو» است امکان رسیدگی مجدد از سوی نخستین و دومین قاضی وجود دارد، حال آنکه در «فساد» که مبتنی بر «قصد» است چنین امکانی به طریق اولی باید برای نخستین قاضی وجود داشته باشد. دوم این که از شرایط قضاوت در فقه امامیه «عدالت» است که با کشف فساد، این صفت از قاضی سلب می‌گردد و از آنجا که دادرسی با این صفت موضوعیت می‌یابد با سلب و عدم احراز آن، رسیدگی مجدد (که خود یک رسیدگی جدید است) از سوی نخستین قاضی، امکان‌پذیر نیست. به این ترتیب، یا نخستین قاضی باید از دومین قاضی درخواست رسیدگی مجدد کند و یا این که هرگاه قاضی دوم پی به کشف فساد برد، به رسیدگی مجدد پردازد.

به این ترتیب، فقه امامیه در موضوع تعدد درجات دادرسی نسبت به حقوق اروپایی رویکرد متفاوتی دارد. نخست، در فقه امامیه «اصل بر عدم پذیرش درجات دادرسی» است و استثنای موردپذیرش، ناظر به «مقام تجدیدنظر» است که باید قاضی اعلم نسبت به قاضی صادرکننده رأی یا خود قاضی صادرکننده رأی باشد، اما در حقوق اروپایی «اصل بر پذیرش درجات دادرسی» است و استثنای آن، ناظر به «نوع رأی» است، به طوری که تمایل به تجدیدنظر آراء نسبت به جرائم سبک وجود ندارد. دوم، «قاعده فراغ دادرسی» در فقه امامیه جاری نیست و خود مقام قضائی نیز می‌تواند رأی خود را نقض یا اصلاح نماید، اما در حقوق اروپایی رأی مقام قضائی مشمول «قاعده فراغ دادرسی» می‌شود. سوم، در فقه امامیه با توجه به مباحثی که گذشت، تجدیدنظر تنها ناظر به «رسیدگی ماهوی» است، اما در حقوق اروپایی رسیدگی اعم از ماهوی و شکلی و در برخی موارد صرفاً شکلی است. چهارم، اثر تعلیقی در فقه امامیه به نظر قاضی واگذار شده و او در این مورد «اختیار مطلق» دارد، اما در حقوق اروپایی اثر تعلیقی با توجه به سازوکار تعریف شده خودبه‌خود بر رأی صادره بار می‌شود و قاضی در این زمینه اختیاری ندارد. پنجم، اثر انتقالی در فقه امامیه به آن معنایی که در حقوق اروپایی مطرح است که سبب انتقال پرونده دعوی از یک مرجع بدوی به یک مرجع تجدیدنظر می‌شود و لازمه آن بررسی یک مقام با تخصص و تجربهٔ بیش‌تر است، مطرح نیست و چه بسا قاضی بدون رسیدگی انتقالی، خودش رأی صادره را نقض یا اصلاح کند. ششم، در فقه امامیه، رسیدگی مجدد مبتنی بر «قطع» است، به این معنی که قاضی رسیدگی کننده یا قاضی مجتهد دیگر، اگر قطع بر فساد یا اشتباه داشته باشد، رسیدگی مجدد را انجام می‌دهد و این رسیدگی منتهی به تغییر رأی می‌شود، درحالی‌که در حقوق اروپایی صرف «احتمال» بر فساد یا اشتباه موجبی برای رسیدگی مجدد است و حتی ممکن است رأی صادرهٔ بدوی تأیید شود. به این ترتیب، رسیدگی مجدد در فقه امامیه مبتنی بر تشخیص شخصی (موردی)

قطعی و در حقوق اروپایی مبتنی بر ضابطه نوعی احتمالی است. هفتم، تجدیدنظر در حقوق اروپایی ناظر به نظم عمومی است و اصولاً توافق طرفین تأثیری در آن ندارد، در حالی که در فقه امامیه، رسیدگی مجدد اصولاً متأثر از توافق طرفین است. هشتم، در فقه امامیه رسیدگی مجدد مبتنی بر مدت زمان مشخصی نیست و به عبارتی، تجدیدنظر از سوی قاضی، مشمول مرور زمان قرار نمی‌گیرد. حال آنکه در حقوق اروپایی، تجدیدنظر از سوی طرفین دعوی کیفری، مبتنی بر مدت زمان مشخصی بوده و مشمول مرور زمان قرار می‌گیرد. نهم، در خصوص توالی تجدیدنظر، حقوق اروپایی تنها یک مرتبه رسیدگی پژوهشی را مورد پذیرش قرار می‌دهد. حال آنکه در فقه امامیه، در خصوص این که تنها یک مرتبه رسیدگی مجدد وجود دارد یا در صورت کشف فساد یا اشتباه، به طور متوالی می‌توان چنین رسیدگی‌ای انجام داد، اکثریت نظر به توالی رسیدگی مجدد دارند. دهم، در حقوق اروپایی رسیدگی مجدد نیازمند درخواست ذی‌نفع است. حال آنکه در فقه امامیه، رسیدگی مجدد اصولاً به تشخیص قاضی وابسته است.

۱-۲-۳. حقوق موضوعه

در حقوق موضوعه، قانون‌گذار در فرآیند قانون‌گذاری با التقاط دو تفکر اسلامی و اروپایی و علی‌رغم این که قضات مجتهد تصدّی امر قضاء را عهده‌دار نیستند، مسیرهای مختلفی را در این دو حوزه پیموده است؛ یکی ناظر به «مقام تجدیدنظر» و دیگری ناظر به «نوع آرای قابل تجدیدنظر» است. قانون‌گذار پس از انقلاب با توجه به رویکرد فقهی و ناظر به مقام تجدیدنظر، در ماده ۲۸۴ قانون اصلاح موادی از قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۶۱ مقرر می‌داشت: «حکم دادگاه بدوی تنها در سه مورد قابل نقض و تجدیدنظر است و در سایر موارد قطعی است؛ (۱) جایی که قاضی پرونده قطع پیدا کند که حکمش برخلاف موازین قانونی یا شرعی بوده است. (۲) جایی که قاضی دیگری قطع به اشتباه قانونی یا شرعی قاضی پرونده پیدا کند به نحوی که اگر به او تذکر داده شود، متنبه شود و متوجه اشتباه خود شود. (۳) جایی که ثابت شود قاضی پرونده، صلاحیت رسیدگی و انشای حکم در موضوع پرونده را نداشته است.» در عمل، احکام قطعی دادگاه‌های کیفری یک، کم‌تر مشکل‌آفرین بود؛ چه آن که این دادگاه‌ها مکلف بودند جز در موارد استثنائی، ابتدا نظر و استنباط قضائی خود را پس از دریافت نظر مشاور، به صورت مکتوب به دیوان کشور ارسال و پس از تنفیذ آن، مبادرت به انشای حکم کنند؛ در صورتی که دادگاه‌های کیفری دو، در استعلام نظر مشاور یا عدم توسل بدان آزادی کامل داشتند و معمولاً نیز چنین نمی‌کردند و احکامشان را رأساً رئیس دادگاه یا عضو علی‌البدل، بدون نظرخواهی صادر می‌کرد.

از سوی دیگر، با توجه به این که در بند ۱ ماده ۲۸۴، یکی از موارد نقض حکم دادگاه بدوی: «جایی که قاضی پرونده قطع پیدا کند که حکمش برخلاف موازین قانونی یا شرعی بوده است» اعلام شده بود، برای قضات بدوی صادرکننده حکم، امکان تغییر آن حتی به دفعات متوالی وجود داشت (لااقل برخی از آنان چنین برداشتی از بند ۱ ماده مذکور داشتند)؛ حال آنکه برای محکوم علیه امکان اعتراض و شکایت به مرجع دیگری پیش‌بینی نشده بود! به منظور ایجاد امنیت قضائی و حفظ احترام احکام صادرشده، شورای عالی قضائی وقت ناگزیر از مداخله شد و طی «دستورالعمل اجرایی مواد ۲۸۴ و ۲۸۴ مکرر^۱»؛ اولاً، دادرسان را پس از فراغ از رسیدگی، جز در مورد سهو قلم و امثال آن، از هرگونه دخل و تصرف در احکام صادرشده ممنوع کرد و آنان را موظف ساخت که پس از امضای حکم از تغییر آن امتناع کنند و اگر متوجه اشتباه خود شوند، مراتب را به دیوان عالی کشور اعلام دارند تا در صورت نقض و تجویز مرجع مذکور به ترتیب مقرر در تصمیم دیوان کشور عمل شود (بند ۱)؛ ثانیاً، به استناد بند ۲ دستورالعمل، دادستان‌ها و دادیاران اجرای احکام مکلف شدند که در موارد قطع به اشتباه قانونی یا شرعی قاضی صادرکننده حکم، مراتب را به مشارالیه تذکر دهند و در صورت عدم تنبّه و بقای یقین به اشتباه، مراتب را به دادستان کل برسانند. در ادامه روند قانون‌گذاری در ماده ۷ قانون تعیین موارد تجدیدنظر احکام دادگاه‌ها و نحوه رسیدگی آن‌ها مصوب ۱۳۶۷ و ماده ۸ قانون تجدیدنظر آرای دادگاه‌ها مصوب ۱۳۷۲، موارد سه‌گانه تجدیدنظر شرعی، ابقاء شد (آشوری، آئین دادرسی کیفری، ۱، ۷۴-۹۱). به‌علاوه، ماده ۲۳۵ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ مقرر می‌داشت: «آرای دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری در موارد زیر نقض می‌گردد: الف- قاضی صادرکننده متوجه اشتباه خود شود. ب- قاضی دیگری پی به اشتباه رأی صادره ببرد به نحوی که اگر به قاضی صادرکننده رأی تذکر دهد متنبّه شود. ج- قاضی صادرکننده رأی صلاحیت رسیدگی را نداشته باشد.» قانون‌گذار در ادامه این ماده و در تبصره ۲۳ و ۳۴، با

۱. مصوب جلسه ۴۲۱ مورخ ۱۳۶۲/۵/۳۰ شورای عالی قضائی و اصلاحیه آن در تاریخ ۱۳۶۲/۶/۱۲.

۲. تبصره ۳ ماده ۲۳۵ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸: «چنان چه قاضی صادرکننده رأی متوجه اشتباه خود شود مستلاً پرونده را به دادگاه تجدیدنظر ارسال می‌دارد. دادگاه یادشده با توجه به دلیل ابرازی، رأی صادره را نقض و رسیدگی ماهوی خواهد کرد.»

۳. تبصره ۴ ماده ۲۳۵ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸: «در صورتی که هر یک از مقامات مندرج در تبصره (۱) پی به اشتباه رأی صادره ببرند ابتدا به قاضی صادرکننده رأی تذکر می‌دهند، چنان چه وی تذکر را پذیرفت برابر تبصره (۳) اقدام می‌نماید و در غیر این صورت پرونده را به دادگاه تجدیدنظر ارسال می‌دارد. دادگاه یادشده در صورت پذیرش استدلال تذکر دهنده رأی را نقض و رسیدگی ماهوی می‌نماید و رأی را تأیید و برای اجرا به دادگاه بدوی اعاده می‌نماید.»

توجه به رویکرد اروپایی جواز نقض یا اصلاح را به قاضی صادرکننده رأی نمی‌دهد و آن را مشمول قاعده فراغ دادرس دانسته و اشاره داشته که رأی صادره مشمول اثر انتقالی (به آن معنایی که در حقوق اروپایی مطرح است) شده و باید به یک مرجع تجدیدنظر ارسال گردد. از طرف دیگر، در این تبصره‌ها به تبعیت از فقه امامیه، فقط رسیدگی ماهوی در مرحله تجدیدنظر پذیرفته شده بود! این التقاط که سبب تعارض مبنایی صدر ماده با تبصره‌های آن شده بود، در نهایت موجب شد تا قانون‌گذار ناگزیر چنین ماده‌ای را به موجب قانون اصلاح تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱، نسخ نماید.^۱

از طرف دیگر، قانون‌گذار با توجه به رویکرد فقهی و ناظر به آرای تجدیدنظر، در ماده ۷ لایحه قانونی تشکیل دادگاه‌های عمومی مصوب ۱۳۵۸، با توجه به مغایرت دودرجه‌ای بودن رسیدگی با موازین شرعی، به سمت یک‌درجه‌ای شدن رسیدگی در دادگاه‌های حقوقی و جزائی گام برداشته و رسیدگی به امور جنحه را در صلاحیت دادگاه‌های عمومی کیفری شهرستان و محاکمات جنائی را در صلاحیت دادگاه‌های عمومی کیفری مرکز استان قرار داد. به موجب بند ۲ ماده ۹ قانون تجدیدنظر آرای دادگاه‌ها مصوب ۱۳۷۲ نیز تنها احکام اعدام، حدود، قصاص نفس و اطراف، دیه بیش از خمس دیه کامل، ضبط و مصادره اموال و نیز مواردی که حداکثر مجازات قانونی جرم بیش از ۶ ماه حبس یا شلاق یا بیش از یک میلیون ریال جزای نقدی باشد قابل تجدیدنظر بوده و سایر احکام قطعی تلقی شده و برای محکوم علیه حق تقاضای تجدیدنظر منظور نشده بود (همان). به علاوه، در ماده ۲۳۲ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۸ مقرر می‌داشت: «آرای دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری قطعی است مگر در موارد ذیل که قابل درخواست تجدیدنظر است: الف- جرائمی که مجازات قانونی آن‌ها اعدام یا رجم است. ب- جرائمی که به موجب قانون مشمول حد یا قصاص نفس و اطراف است. ج- ضبط اموال بیش از یک میلیون ریال و مصادره اموال. د- جرائمی که طبق قانون مستلزم پرداخت دیه بیش از خمس دیه کامل است. ه- جرائمی که حداکثر مجازات قانونی آن‌ها بیش از سه ماه حبس یا شلاق یا جزای نقدی بیش از پانصد هزار ریال باشد؛ و- محکومیت‌های انفصال از خدمت. ...».

^۱. شورای عالی قضائی در مورد این که تجدیدنظر در حکم شرع جایز و منطبق با موازین شرع است یا خیر، از شورای نگهبان سؤال نموده است. سؤال شورای عالی قضائی: در لایحه قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی مصوب ۱۳۵۸ و همچنین ماده ۱۲ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص احکام صادره را قابل تجدیدنظر ماهوی دانسته، آیا تجدیدنظر در حکم حاکم باینکه بعضاً باعث نقض حکم قبلی می‌شود جایز و منطبق با موازین شرع است یا خیر؟ پاسخ شورای نگهبان: تجدیدنظر در حکم حاکم شرع جز در مورد ادعای عدم صلاحیت قاضی از سوی احد متداعیین و در مواردی که حکم مخالف ضرورت فقه و یا غفلت قاضی از دلیل باشد، جایز نیست. (نظریه شورای نگهبان به شماره ۸۹۹۸ مورخ ۱۳۶۲/۴/۵)

همچنان که مشاهده می‌گردد قانون‌گذار در این ماده به تبعیت از فقه امامیه اصل را بر قطعیت آراء گذاشته است که این نیز ایجاد اشکال کرده است؛^۱ چه دامنه استثنائات چنین اصلی از دامنه خود اصل نیز گسترده‌تر شده که چنین امری با منطق فقهی و حقوقی و اصولی سازگار نیست و از طرف دیگر چنین قطعیتی در فقه امامیه مبتنی بر وجود پیش‌فرض قاضی مجتهد است حال آنکه در سیستم قضائی کنونی از «قاضی مأذون» در عمل، استفاده می‌شود. به این ترتیب، قانون‌گذار ناگزیر از تجدیدنظر در موضع خود شده و در قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، اصل را بر قابل تجدیدنظر بودن آراء گذاشته است.^۲

این شیوه قانون‌گذاری ناشی از قرار ندادن مظروف در ظرف خودش است. چگونه می‌توان آئین دادرسی با ساختار حقوق اروپایی (ظرف) را محلی برای جای دادن اصول فقهی (مظروف) و بالعکس قرار داد، حال آنکه ساختار اروپایی با اصول خودش و ساختار فقهی نیز با اصول خودش، هم‌خوانی دارد! این شیوه تدوین در موارد دیگری نیز به چشم می‌خورد.^۳

۲. سازمان دادرسی

در حقوق اروپایی، سازمان دادرسی به عنوان سخت‌افزار فرآیند دادرسی شناخته می‌شود که شامل دو بخش؛ «مراجع دادرسی» و «مقامات دادرسی» است. مراجع و مقامات دادرسی در حقوق اروپایی از «موضوعیّت» برخوردار می‌باشند. چنین موضوعیّتی همان لوازم منطقی را که در ساختار دادرسی بیان شد؛ یعنی «اصل قانونی بودن» و «صفت نظم عمومی» را ایجاد می‌کند. اما در فقه امامیه مراجع دادرسی از «طریقیّت» و مقام دادرسی از «موضوعیّت» برخوردار است. در حقوق موضوعه نیز مراجع و مقامات دادرسی از «موضوعیّت» برخوردار می‌باشند.

۲-۱. مراجع دادرسی

۲-۱-۱. حقوق اروپایی

در حقوق اروپایی، مراجع دادرسی مبتنی بر چهار خصیصه‌اند؛ نخست این که اصولاً مراجع دادرسی از «صفت تعدّد» برخوردارند. مراد از تعدّد مراجع، هم ناظر به مراحل دادرسی (مراجع

۱. ماده ۷ ق.ت.د.ع.ا. ۱۳۷۳: «احکام دادگاه‌های عمومی و انقلاب قطعی است مگر در مواردی که در این قانون قابل نقض و تجدیدنظر پیش‌بینی شده است.»

۲. مواد ۴۲۷ و ۴۲۸ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲.

۳. از جمله رسیدگی صرفاً شکلی (مواد ۴۲۶ و ۴۲۷ و ۴۲۸ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲) و اثر تعلیقی (ماده ۴۷۸ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲).

تعقیب و تحقیق - رسیدگی) و هم ناظر به درجات دادرسی (مرجع تالی - عالی) است.^۱ دوم، این مراجع مبتنی بر «تفکیک موضوعی» هستند. به این صورت که موضوع تعقیب و تحقیق بر عهده دادسرا و موضوع رسیدگی و صدور حکم بر عهده دادگاه است. در حقوق اروپایی، صرف تفکیک موضوعی مراحل و ترتیب و توالی آن، برای ایجاد یک فرآیند دادرسی عادلانه کافی نیست، بلکه باید برای تفکیک و عدم تجمیع قدرت در یک مرجع واحد، برای هر یک از مراحل دادرسی، یک مرجع خاص لحاظ کنیم که تحت عنوان «اصل تفکیک مراجع قضائی» شناخته می‌شوند. علاوه بر تفکیک، این مراجع بایست نسبت به یکدیگر از «صفت استقلال» برخوردار باشند. به این ترتیب، علاوه بر موضوعیت مراحل و درجات دادرسی و ترتیب و توالی آن، گذر از این مراحل و درجات در قالب مرجعی خاص نیز از «موضوعیت» برخوردار است. سوم، این مراجع مبتنی بر «تفکیک صلاحیتی» هستند. این تفکیک ممکن است بر اساس دادرسی در حوزه‌ای مشخص (صلاحیت محلی) و یا نوع جرم و مجازات (صلاحیت ذاتی) و یا شخصیت متهم (صلاحیت شخصی)، صورت گیرد. چهارم، مراجع دادرسی از «سلسله مراتب» برخوردارند. این سلسله مراتب از دو خصیصه برخوردار است؛ نخست؛ این سلسله مراتب مبتنی بر «تفکیک عرضی و طولی» اند. دوم، علاوه بر موضوعیت هر یک از مراجع دادرسی، ترتیب و توالی هر یک از آنها نیز از «موضوعیت» برخوردار است. به این ترتیب، دادگاه بدوی نمی‌تواند بدون رسیدگی اولیه در دادسرا وارد رسیدگی شود و همچنین دادگاه عالی هم نمی‌تواند بدون رسیدگی قبلی در دادگاه تالی، در رسیدگی ورود کند.

۲-۱-۲. فقه امامیه

در فقه امامیه، تفکیک مراجع قضائی در عرض و طول دادرسی، پیش‌بینی نشده است. فقه امامیه، علاوه بر طریقت در «مراحل و درجات دادرسی» با طریقت در «مراجع دادرسی» نیز مواجه است؛ به طوری که فقدان مرجع دادرسی مشخص، هیچ خللی بر فرآیند دادرسی و مراحل آن ایجاد نمی‌کند. در دادرسی اسلامی مکان ویژه‌ای برای رسیدگی تعیین یا سفارش نشده است (سرخسی، المبسوط، ۱۶، ۸۲). قاضی حتی می‌تواند از خانه خود به عنوان دادگاه بهره گیرد. گزیدن مسجد برای برپایی جلسات دادرسی، یکی از آن‌رو بوده که مردم بومی و بیگانه آسان‌تر می‌توانسته‌اند

^۱- Bergoignan-Esper, La nseparation des foctions de justice repressive, 45 & Al Sarraj, Le principe de la separation de la poursuite et de linstruction en France, en Egypte et en Syrie, these roneo, 119 & Nerac, Les garanties dimpartialite du juge repressif, 2890.

برای دادرسی به آنجا روند و از سوی دیگر، مسجد از دید گوناگون تهمت‌ها و بدگمانی‌ها، نسبت به مکان‌های دیگر، دور و برکنار است (همان)^۱. همچنین قاضی می‌تواند حتی در خیابان و کوچه و بازار (کندی، کتاب الولاه و کتاب القضاء، ۳۵۱) یا مدارس (ابن بطوطه، سفرنامه ابن بطوطه، ۹۷) به دادرسی دست یازد.

۲-۱-۳. حقوق موضوعه

در حقوق موضوعه، علاوه بر موضوعیّت مراجع قضائی، خصایص آن از جمله؛ تعدّد مراجع دادرسی، تفکیک موضوعی (به‌استثنای فاصله زمانی ۱۳۷۳ تا ۱۳۸۱) و تفکیک صلاحیتی^۲ و سلسله‌مراتب مراجع دادرسی، مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است. در این راستا ماده ۲۲ ق.آ.د.ک مقرر می‌دارد: «به‌منظور کشف جرم، تعقیب متهم، انجام تحقیقات، حفظ نظم عمومی و اقامه دعوی لازم در این مورد، اجرای احکام کیفری، انجام امور حسبی و سایر وظایف قانونی، در حوزه قضائی شهرستان و در معیت دادگاه‌های آن حوزه، دادرسی عمومی و انقلاب و همچنین در معیت دادگاه‌های نظامی استان، دادرسی نظامی تشکیل می‌شود.» همچنین ماده ۲۹۴ ق.آ.د.ک مقرر می‌دارد: «دادگاه‌های کیفری به دادگاه‌های کیفری یک، دادگاه کیفری دو، دادگاه انقلاب، دادگاه اطفال و نوجوانان و دادگاه نظامی تقسیم می‌شود.»

۲-۲. مقامات دادرسی

۲-۲-۱. حقوق اروپایی

در حقوق اروپایی، مقامات دادرسی دارای چهار خصیصه‌اند؛ نخست این که اصولاً مقامات دادرسی از «صفت تعدّد» برخوردارند^۳. مراد از تعدّد مقامات، هم ناظر به مراجع بدوی (مرجع

^۱. شیخ طوسی (ره) مستحب بودن دادرسی در مسجد را یادآور شده است. چنان که در سیره علی (علیه السلام) دیده شد که آن حضرت در مسجد قضاوت می‌کرد و در مسجد کوفه جایگاهی به نام «دکه القضاء» داشت. وی به شریح قاضی نیز چنین دستور داد؛ چون شنیده بود که شریح در خانه خود قضاوت می‌کند. علی (علیه السلام) فرمود: «ای شریح برای قضاوت در مسجد بنشین، این میان مردم عادلانه‌تر است. برای قاضی سبک است که در خانه‌اش قضاوت کند.» نجفی، پیشین، ۴۰، ۸۱ و هاشمی شاهرودی، محمود، پژوهش‌های نو در فقه معاصر، جلد یکم، انتشارات وزارت دادگستری، چاپ یکم، تهران، ۱۳۸۷، ص ۱۱۲. نوشته‌اند که شریح جز در روزهای بارانی و عید فطر، پیوسته در خانه خود به دادرسی می‌پرداخت. عالی، سمیر، القضاء و العرف فی الإسلام، المؤسسة الجامعیة للدراسات و النشر و التوزیع، الطبعة الاولى، بیروت، ۱۴۰۶، ق، ص ۹۵.

^۲. ر.ک: مواد ۲۹۷ و ۳۰۱ تا ۳۱۶ ق.آ.د.ک.

^۳. در حقوق اروپایی، قاعده تعدّد قاضی در راستای سیاست تقلیل اشتباهات قضائی از یک طرف و تأمین آزادی تصمیم قاضی از طرف دیگر است؛ که حتی در دادرسی‌های تماماً تفتیشی به‌طور مداوم رعایت می‌شده است. به این ترتیب، سیستم تعدّد قاضی اصولاً در امور کیفری مورد پذیرش قرار گرفته است.

تعقیب و تحقیق - رسیدگی) و هم ناظر به مراجع تجدیدنظر است. به این ترتیب، حتی مرجع قضائی واحد نیز می‌تواند از تعدد مقام قضائی بهره برد. دوم، بر این مقامات «تفکیک موضوعی وظایف» لحاظ می‌شود. بدین صورت که موضوع تعقیب بر عهده دادستان و موضوع تحقیق بر عهده بازپرس و موضوع رسیدگی و صدور حکم بر عهده دادرس است. علاوه بر تفکیک، این مقامات بایست نسبت به یکدیگر از «صفت استقلال» برخوردار باشند. به این ترتیب، علاوه بر موضوعیت مراجع دادرسی، رسیدگی از طریق مقام خاص نیز از «موضوعیت» برخوردار است.^۱

سوم، این مقامات مشمول «تفکیک بر اساس تخصص و تجربه» می‌شوند. چهارم، مقامات دادرسی از «سلسله مراتب» برخوردارند. این سلسله مراتب دو خصیصه دارد: نخست، این سلسله مراتب مبتنی بر «تفکیک عرضی و طولی» اند. دوم، علاوه بر موضوعیت هر یک از مقامات دادرسی، ترتیب و توالی هر یک از آنها نیز از «موضوعیت» برخوردار است. به این ترتیب، دادرس نمی‌تواند بدون انجام تحقیقات مقدماتی توسط بازپرس وارد رسیدگی شود.

۲-۲-۲. فقه امامیه

در فقه امامیه، تفکیک مقامات قضائی در عرض و طول دادرسی، پیش‌بینی نشده است؛ و به عبارتی، شخص قاضی به عنوان مقام واحد، عهده‌دار امر تعقیب و تحقیق و رسیدگی بدوی و تجدیدنظر است، مگر در مواردی که مجتهد اعلمی وجود داشت و او رسیدگی تجدیدنظر را انجام می‌داد. علت آن این است که در فقه امامیه برخلاف حقوق اروپایی، تجمیع قدرت در یک مرجع، با پیش فرض وجود شرایط فقهی برای قاضی بسیار بعید است که منتهی به لغزش و سوءاستفاده از حق بشود تا نیاز به تفکیک مرجع در فقه احساس شود؛ بنابراین، رسیدگی در فقه امامیه برخلاف حقوق اروپایی که بر اصل تعدد مقام قضائی بنا شده است، مبتنی بر «وحدت قاضی» است (آخوندی، آئین دادرسی کیفری، ۱، ۸۲). به این ترتیب، آنچه بیش‌تر مورد تأکید فقه امامیه قرار گرفته است «مقام دادرس» است و نه مرجع دادرسی و وجود شرایط فقهی در مقام دادرس از «موضوعیت» برخوردار است.^۲

Boubee, R, Le juge unique en droit penal, Ann.Univ.Toulouse, Tome XXII, 1974, P. 111 & Perrot, R, Le juge unique en droit francais, Rev.Int.Dr.Compare, 1977, P. 659.

^۱- Nivose, La composition du tribunal pour enfants, au regard du droit a un tribunal independent et impartial, 27 & Pradel, Les infractions de terrorisme, un nouvel exemple de leclatement du droit penal, 439 & Pradel, De la reforme de linstruction preparatoire, 46 & Pradel, Linstruction preparatoire, 119.

^۲. در شرع اسلام بنا به قول مشهور قاضی باید دارای بیست و هفت صفت باشد که دوازده صفت آن واجب و بقیه، مستحب

۲-۲-۳. حقوق موضوعه

در حقوق موضوعه، علاوه بر موضوعیّت مراجع قضائی، مقامات قضائی و خصایص آن از جمله؛ تعدّد مقامات دادرسی، تفکیک موضوعی وظایف (به استثنای فاصله زمانی ۱۳۷۳ تا ۱۳۸۱) و تفکیک بر اساس تخصص و تجربه و سلسله مراتب مراجع دادرسی، موضوعیّت یافته و از این نظر مورد توجه قانون گذار قرار گرفته است.^۱

در حقوق موضوعه (به استثنای فاصله زمانی ۱۳۷۳ تا ۱۳۸۱)، به تبعیت از حقوق اروپایی، در کنار «تفکیک مراحل و مراجع دادرسی»، «تفکیک مقامات دادرسی» نیز مورد پذیرش قرار گرفته است. به این صورت که در مرحله کشف جرم، مرجع و مقام صالح ضابطان دادگستری است. در مرحله تعقیب متهم که جامعه ادّعی خود را به صورت رسمی علیه فرد اعلام می کند، مرجع و مقام صالح دادرسی (دادستان) است و در مرحله تحقیقات مقدماتی که حرف های جامعه و متهم بررسی می شود، مرجع و مقام صالح دادرسی (بازپرس) و در مرحله رسیدگی و صدور حکم که تصمیم مورد نظر در خصوص فرد گرفته می شود، مرجع و مقام صالح دادگاه (دادرس) است و در نهایت در مرحله اجرای حکم که حکم مورد نظر در خصوص فرد به اجرا گذاشته می شود، مرجع و مقام صالح دادرسی (دادستان) است.

قبل از سال ۱۳۷۳ به پیروی از حقوق اروپایی، تفکیک مراجع و مقامات دادرسی، پیش بینی شده بود،^۲ اما در سال ۱۳۷۳ و به موجب قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب، چنین تفکیکی با این استدلال که مغایر موازین شرعی است، از نظام حقوقی ایران رخت بر بست. ماده ۱ قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب مصوّب ۱۳۷۳: «به منظور رسیدگی و حل و فصل کلیه دعاوی و مراجعه مستقیم به قاضی و ایجاد مرجع قضائی واحد، دادگاه هایی با صلاحیت عام به شرح مواد آتیّه تشکیل می شوند.» نظام قانون گذاری وقت، با استدلال به این که تفکیک مراجع و مقامات دادرسی، در شرع پیش بینی نشده، آن را خلاف شرع دانست و به حذف آن اقدام نمود؛ و حال آنکه هر آنچه در شرع پیش بینی نشده به معنای مخالفت با شرع نیست، بلکه به معنای عدم

است. صفات واجب عبارت اند از: بلوغ، عقل، مرد بودن، ایمان، عدالت، طهارت موکد، توانایی بر نوشتن، آزاد بودن، بینا بودن، لال نبودن، داشتن حافظه و اجتهاد؛ و صفات مستحب عبارت اند از: زاهد و متورّع و امین بودن، انجام زیاد اعمال صالحه، دوری شدید از هوای نفس، حریص بودن در تقوی، بی عنف و تندی صاحب قوّت بودن و بدون ضعف و سستی در باطن بودن، حلیم بودن، فهیم بودن در امور، ضابط بودن، زود شنیدن مطالب، قوّت داشتن در بصر و بصیرت، دانا بودن، منزّه بودن از طمع، صادق القول بودن، صاحب رأی بودن، جبار نبودن.

^۱ مواد ۲۳، ۲۹۵، ۲۹۶، ۲۹۷ و ۲۹۸ ق.آ.د.ک.

^۲ ماده ۳ لایحه قانونی تشکیل دادگاه های عمومی مصوّب ۱۳۵۸.

تطابق با شرع است. چه آن که امروزه بسیاری از امور مستحدثه به وجود می‌آید که اگر بخواهیم با استدلال به این که در شرع پیش‌بینی نشده حذف کنیم، در زندگی روزانه با مشکل مواجه می‌شویم؛ و همین ایجاد مشکل در رویه قضائی موجب شد تا قانون‌گذار در سال ۱۳۸۱، ناگزیر با احیای دادسرا در اصلاحی قانون مزبور، دوباره چنین تفکیکی را لحاظ کند. به نظر می‌رسد، آنچه در قانون‌گذاری سال ۱۳۷۳، حذف شد «تفکیک مراجع و مقامات دادرسی» بود. حال آنکه «تفکیک موضوعی مراحل دادرسی» در حقوق موضوعه هیچ‌گاه حذف نشد. چه آن که علاوه بر این که ماده ۱۰ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳، قاضی تحقیق را پیش‌بینی کرده بود^۱، ماده ۱۴ قانون مزبور مقرر می‌داشت: «دادگاه‌های عمومی با حضور رئیس شعبه یا دادرس علی‌البدل تشکیل می‌شود و تمامی اقدامات و تحقیقات ضروری از بدو تا ختم قضیه به وسیله حاکم دادگاه صورت خواهد گرفت، همچنین اظهار نظر نهائی و انشاء رأی با اوست. تبصره ۱- رعایت دستور این ماده مانع از آن نیست که با لحاظ موازین شرع و قانون پاره‌ای از اقدامات و تحقیقات و تصمیمات به دستور و زیر نظر حاکم به وسیله قضات تحقیق به عمل آید یا بعضی از اقدامات و تحقیقات به همین ترتیب توسط ضابطین دادگستری یا مراجع ذیصلاح دیگر انجام شود.» همچنان که در این ماده مشاهده می‌شود تفکیک موضوعی مراحل دادرسی (تعقیب، تحقیق و رسیدگی) پابرجاست، اما تفکیک میان مراجع و مقامات قضائی وجود نداشته و کلیه امور تعقیب و تحقیق و رسیدگی را مقام قضائی واحدی انجام می‌دهد. قاضی تحقیق پیش‌بینی شده در این ماده نیز نمی‌تواند به‌عنوان یک تفکیک میان مقامات قضائی مطرح شود؛ چه آن که چنین تفکیکی مستلزم دو خصیصه است: نخست، این تفکیک یک تفکیک با وظایف تخصصی است. حال آنکه طبق تبصره فوق، مواردی خارج از حوزه تحقیق برای قاضی تحقیق به دستور قاضی دادگاه پیش‌بینی شده است و حتی قاضی دادگاه می‌تواند امر تحقیق را از ضابطین دادگستری بدون ارجاع به قاضی تحقیق بخواهد. دوم، این تفکیک از صفت استقلال برخوردار است. حال آنکه به موجب ماده ۱۵ قانون مزبور که مقرر می‌داشت: «قضات تحقیق تحت نظارت قضات دادگاه‌های حوزه قضائی عهده‌دار انجام کلیه اموری هستند که در جریان تعقیب و رسیدگی و اجرا به آنان ارجاع می‌شود»، قضات تحقیق از صفت استقلال برخوردار نبوده و حتی شاید گفت قانون‌گذار آن‌ها را در حکم ضابط دادگستری پنداشته است. به این ترتیب، لازم می‌آید در

^۱ ماده ۱۰ ق.ت.د.ع.ا: «هر حوزه قضائی به تعداد لازم شعبه دادگاه، قاضی تحقیق، دفتر دادگاه، واحد ابلاغ و اجرای احکام و در صورت لزوم یک واحد ارشاد و معاضدت قضائی خواهد داشت و در صورت تعدد شعب دارای یک دفتر کل نیز خواهد بود.»

اصلاحی قانون مزبور سال ۱۳۸۱، مرجع و مقامی که با وظایف تخصصی (پرداخت صرف به امر تحقیق) و برخوردار از صفت استقلال تحت عنوان مرجع تحقیق و مقام بازپرس ایجاد شود.

برآمد

ورود به فرآیند دادرسی مستلزم وجود دو پیش فرض است: یکی جهل موضوعی و دیگری بررسی برای خروج از این جهل. حقوق اروپایی و فقه امامیه در پیش فرض نخست با یکدیگر مشترک اما در پیش فرض دوم اختلاف روش دارند. حقوق اروپایی قائل به موضوعیّت چنین روشی و فقه امامیه قائل به طریقیّت آن است. در حقوق اروپایی تأکید بر ساختار و سازمان دادرسی عادلانه بوده حال آنکه در فقه امامیه تأکید بر شخص (مقام دادرسی) عادل است (البته باید توجه داشت که چنین تأکیدی به معنای نفی شخص عادل در سیستم دادرسی اروپایی یا نفی سازمان و دادرسی عادلانه در سیستم دادرسی اسلامی نیست). این موضوعیّت در روش از یک طرف، تعدّد مراحل و درجات دادرسی را در ساختار دادرسی و از طرف دیگر، تعدّد مراجع و مقام قضائی را در سازمان دادرسی به دنبال داشته است. تعدّد مراحل دادرسی مستلزم وجود تفکیک موضوعی مراحل دادرسی و ضوابط ناظر بر آن است. از آنجا که فرآیند دادرسی موصوف به صفت اصل قانونی بودن است، نهی به این ضوابط از سوی قانون گذار حمل بر فساد می شود، ولو این که قانون گذار صراحتاً چنین فساد را پیش بینی نکرده باشد. اما در فقه امامیه، با تأکید بر مقام دادرسی و اختیارات وسیع وی، در مواردی نیز که نهی شارع وجود دارد جمع بین چنین نهی ای و اختیارات وسیع قاضی مجتهد، ایجاب می کند که ظهور نهی در فساد بسته به نظر قاضی باشد، مگر استثنائاً در مواردی نیز که نهی صریح شارع بر فساد آن باشد که در این صورت اجتهاد در مقابل نص جایز نبوده و با استناد به قاعده «دلالت نهی بر فساد منهی عنه» حکم به بی اعتباری فرآیند دادرسی می شود. از سوی دیگر حقوق اروپایی، تعدّد درجات دادرسی و تعدّد در مراجع و مقام قضائی را به عنوان اصل مورد پذیرش قرار داده است. حال آنکه فقه امامیه، با تأکید بر مقام دادرسی (جز در موارد استثنائی) چنین تعددی را ضروری ندانسته است. در حقوق موضوعه، سیر تحوّل قانون گذاری در قبل از سال ۱۳۷۳ نشان دهنده موضوعیّت در روش دادرسی بوده که در فاصله سال های ۱۳۷۳ تا سال ۱۳۸۱، قانون گذار با جهت گیری به سمت فقه امامیه، طریقیّت در روش دادرسی را مورد پذیرش قرار داد که در نهایت بعد از ناکامی در عمل، پس از سال ۱۳۸۱ در جهت حرکت به سوی موضوعیّت در روش دادرسی، به مثابه قبل از سال ۱۳۷۳ برآمده است.

منابع

- آخوندی، محمود، آئین داری کیفری، جلد یکم، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ پنجم، تهران، ۱۳۷۲.
- آشوری، محمد، آئین داری کیفری، جلد یکم، انتشارات سمت، چاپ دوازدهم، تهران، ۱۳۸۶.
- ابن بطوطه، سفرنامه ابن بطوطه، ترجمه محمدعلی موحد، جلد یکم، بنگاه ترجمه و نشر کتاب، تهران، ۱۳۴۸.
- رشتی، حبیب‌الله، کتاب القضاء، دارالقرآن کریم، قم، ۱۴۰۱ ق.
- ساکت، محمدحسین، داری در حقوق اسلامی، انتشارات میزان، چاپ یکم، تهران، ۱۳۸۲.
- سرخسی، شمس‌الدین ابوبکر محمدبن سهل، المبسوط، جلد شانزدهم، مطبعه السعاده، مصر، بی تا.
- عالیه، سمیر، القضاء و العرف فی الإسلام، المؤسسة الجامعیة للدراسات و النشر و التوزیع، الطبعة الاولى، بیروت، ۱۴۰۶ ق.
- قربانی، علی، داری منصفانه در رویه دادرسی اروپایی حقوق بشر، انتشارات حقوق امروز، چاپ یکم، قم، ۱۳۹۰.
- قربانی، علی، بررسی اثر تعلیقی و انتقالی تجدیدنظر آرای کیفری در حقوق ایران با نگاهی به حقوق انگلیس، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۷۵.
- کندی، ابو عمر یوسف، کتاب الولاه و کتاب القضاء، بی جا، ۱۲۹۹ ق.
- متین‌دفتری، احمد، آئین داری مدنی و بازرگانی، جلد دوم، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، تهران، ۱۳۴۲.
- نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد چهارم، دارالکتاب الإسلامی، تهران، ۱۳۹۸ ق.
- هاشمی شاهرودی، محمود، پژوهش‌های نو در فقه معاصر، جلد یکم، انتشارات وزارت دادگستری، چاپ یکم، تهران، ۱۳۸۷.

- Al Sarraj, A, *Le principe de la separation de la poursuite et de linstruction en France, en Egypte et en Syrie*, these roneo, Paris, 1971.
- Azad, G.M, *Judicial System in Islam*, Islamiv Research Institute, Ialamabad, 1984.
- Bergoignan-Esper, M, *La separation des fonctions de justice repressive*, P.U.F, 1973.
- Boubee, R, *Le juge unique en droit penal*, Ann.Univ.Toulouse, Tome XXII, 1974.
- Nerac, V, *Les garanties dimpartialite du juge repressif*, J.C.P, 1978.
- Nivose, *La composition du tribunal pour enfants, au regard du droit a un tribunal independent impartial*, Dr.Pen, 1993.
- Perrot, R, *Le juge unique en droit francais*, Rev.Int.Dr.Compare, 1977.
- Pradel, J, *Les Infractions de terrorisme, un nouvel exemple de leclatement du droit penal*, Ed. Cujas, Paris, 1987.
- Pradel, J, *De la reforme de linstruction preparatoire*, Ed. Cujas, Paris, 1989.
- Pradel, J, *Linstruction preparatoire*, Ed. Cujas, Paris, 1990.
- Schacht, J, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford University Press, 1966.
- Stefani, G & Levasseur, G & Bouloc, B, *Procedure penale*, Vol.1, 15.Ed, Dalloz, Paris, 1995.
- Tyan, E, *L'autorite de la chose jusee en droit musulman*, Studia Islamica, XVII, Paris, 1963.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
 پرتال جامع علوم انسانی