

Criticizing the Iranian Criminal Procedure Code Approach in Absenteeism (A Comparative Study with Islamic and Western Laws)

Mohamad Khalil Salehi¹

Received: 24/09/2019; Accepted: 06/06/2020

Abstract

Article 406 of the Iranian Code of Criminal Procedure prohibits absenteeism in crimes involving the divine right and prescribes this type of sentence in other crimes. This approach apparently relies on the consensus of Imamiyah jurists. With the permission of the trial and in absentia conviction, all types of lawsuits are included, but due to the rule of the principle of discount, the rule of threshold, as well as the taste of Sharia, the sentence of absenteeism in the crimes of God's right does not include. The question is that to what extent the consensus adopted by the Iranian legislature is consistent with the principles of Islamic jurisprudence derived from the narrations of the infallibles on the one hand and customary judicial systems including mixed systems and accusations on the other? Accuracy in the narrations of face-to-face and absentee trials indicates that consensus is not consistent with the principle of the presence of a fair trial based on the narrations of the infallibles. Mixed trial and its security-oriented approach requires the absolute permission of the trial and in absentia in all crimes, including the crimes of the right of God and the crimes of human rights. According to Article 406 of the Code of Criminal Procedure, it does not meet the needs of the current Iranian security system, nor does it represent a fair and transparent trial based on the narrations of the Infallibles. The crimes are the right of God, which disrupts public order, and complying with the fair and transparent trial of Islam, which is somewhat similar to the accusation, calls for an absolute ban on absenteeism in all crimes.

Key words: Absent Criminal Procedure, Absent Judgment, Islamic Judicial System, Accusative System, Mixed System.



تقدیر و یک قانون آیین دادرسی کیفری ایران در محکومیت کیفری غیابی (بررسی تطبیقی با حقوق اسلام و غرب)

تاریخ دریافت ۹۸/۰۷/۰۲ - تاریخ پذیرش ۹۹/۰۳/۱۷ محمدخلیل صالحی^۱

چکیده

ماده (۴۰۶) قانون آیین دادرسی کیفری ایران محکومیت غیابی در جرایمی که جنبه حق الهی دارند را ممنوع کرده است و در سایر جرایم، این نوع حکم را تجویز نموده است. این رویکرد ظاهراً متکی به نظر اجماعی فقهای امامیه است. مطابق این نظر گرچه روایات ناظر به جواز دادرسی و محکومیت غیابی، همه انواع دعاوی را شامل می شود لیکن به جهت حاکمیت اصل تخفیف، قاعده درء و همچنین مذاق شریعت، محکومیت غیابی در جرایم حق الهی را در بر نمی گیرد. سوال این است که نظر اجماعی مورد اقتباس قانونگذار ایرانی تا چه میزان با اصول دادرسی اسلامی متخذ از روایات معصومین از یک سو و نظام های دادرسی عرفی از جمله نظام های مختلط و اتهامی از سوی دیگر انطباق دارد؟ دقت در روایات ناظر بر دادرسی حضوری و غیابی حاکی از این حقیقت است که نظر اجماعی با اصل حضوری بودن دادرسی متخذ از روایات معصومین منطبق نیست. این نظر همچنین با هیچیک از نظام های عرفی دادرسی اعم از مختلط و اتهامی همخوانی ندارد. پیروی از نظام دادرسی مختلط و رویکرد امنیت مدار آن، مستلزم جواز مطلق دادرسی و محکومیت غیابی در همه جرایم اعم از جرایم حق الهی و جرایم حق الناسی است. از این روماده (۴۰۶) قانون آیین دادرسی کیفری نه نیازهای نظام دادرسی امنیت مدار کنونی ایران را بر آورده می سازد و نه دادرسی ترافعی و منصفانه برگرفته از جمع روایات معصومین را به نمایش می گذارد. همسویی با نظام دادرسی مختلط مستلزم تجویز محکومیت غیابی در آن دسته از جرایم حق الهی است که موجب اخلاف در نظم عمومی می شوند و انطباق با دادرسی منصفانه و ترافعی اسلام که تا حدی با نظام اتهامی شباهت دارد ممنوعیت مطلق محکومیت کیفری غیابی در همه جرایم را می طلبد.

واژگان کلیدی: دادرسی کیفری غیابی، حکم غیابی، نظام دادرسی اسلام، نظام اتهامی، نظام مختلط.





مقدمه

حضور خواننده و متهم در فرآیند دادرسی در همه نظام‌های حقوقی به عنوان یکی از اصحاب دعوی به عنوان یکی از جلوه‌های دادرسی منصفانه ضرورتی بدیهی و شناخته شده است. این ضرورت در دادرسی‌های کیفری دو چندان است؛ زیرا نتیجه یک دادرسی کیفری غیابی مجازاتی است که در صورت لازم الاجرا شدن، آثار جبران ناپذیری را برای محکوم غیابی در بر خواهد داشت. دادرسی کیفری حضوری علاوه بر این که جلوه‌ای از دادرسی منصفانه است نماد احترام به حقوق اساسی شهروندان نیز به شمار می‌رود. به همین دلیل در نظام‌های دادرسی اتهامی اصل حضوری بودن دادرسی به سادگی خدشه بردار نیست و دادرسی کیفری به شیوه غیابی در سطحی بسیار محدود و تحت شرایط ویژه پذیرفته شده است. دادرسی کیفری بین‌المللی نوین نیز به لحاظ توجه به استانداردهای حداکثری دادرسی منصفانه، دادرسی کیفری غیابی را به طور محدود پذیرفته است. در برابر، نظام‌های تابع دادرسی کیفری مختلط به جهت صبغه اقتدارگرایی و امنیت‌مداری، دادرسی کیفری غیابی را توسعه داده‌اند. دادرسی کیفری اسلامی به استناد روایات وارده از سوی معصومین، در مقایسه با دو نظام مختلط و اتهامی و حتی دادرسی‌های کیفری بین‌المللی، اساساً در هیچ سطحی محکومیت کیفری غیابی را نپذیرفته است و لذا برای حضور متهم در فرآیند دادرسی کیفری بیش از نظام مختلط و حتی نظام اتهامی اهمیت قائل شده است. این ویژگی متأثر از ماهیت ترافعی و منصفانه بودن دادرسی اسلامی و همچنین تأکید نصوص دینی بر ضرورت حصول علم قطعی و تبیین موضوع دعوی برای قاضی از طریق استماع دفاعیات مدعی علیه است.

بررسی روایات بر پایه سنجش عقلی و مقایسه آن‌ها با نظر اجماعی فقهای امامیه نشان می‌دهد نظر اجماعی علاوه بر این که از نظریه فقهای عامه تأثیر پذیرفته است، شیوه کاملی





را در استنباط حکم شرعی محکومیت کیفری غیابی اتخاذ نکرده است. تصریح بزرگان فقهای امامیه به ممنوعیت حکم محکومیت غیابی در دعاوی حق الهی به مانند فقهای عامه این برداشت را در پی داشته است که صدور حکم محکومیت غیابی در امور کیفری فقط در حدود ممنوع است و در جرایم غیر حدی صدور حکم غیابی بلا مانع است. آیین دادرسی کیفری ایران به پیروی از این نظر اجماعی حکم محکومیت غیابی در تمامی جرایم حق الهی اعم از جرایم مخل نظم عمومی مانند افساد فی الارض، بغی و محاربه و جرایم خصوصی مانند قذف و نیز جرایم دینی مانند شرب خمر، زنا، لواط و مساحقه را منع کرده است و عملاً صدور حکم محکومیت غیابی در جرایم تعزیری را به رغم اهمیت کمتر توسعه داده است.

در این نوشتار ضمن تشریح دلایل ناهمخوانی قانون آیین دادرسی کیفری ایران با نظام شرعی و عرفی، دو راهکار برای اصلاح قانون آیین دادرسی کیفری پیشنهاد شده است. راهکار نخست به عنوان یک راهکار کوتاه مدت ناظر بر نیاز کنونی نظام دادرسی کیفری ایران در انطباق با رویکرد امنیت مدار است و توسعه دادرسی کیفری غیابی به آن دسته از جرایم حدی را که نظم عمومی را مختل می کنند پیشنهاد می دهد و راهکار دوم به عنوان یک راهکار بلند مدت طرح ممنوعیت مطلق محکومیت کیفری غیابی را ارائه کرده است.

۱. گستره دادرسی کیفری غیابی در نظام دادرسی اسلام

حضور بودن دادرسی یکی از برجسته ترین اصول حاکم بر دادرسی کیفری اسلامی است. منابع قرآنی و روایی و هم چنین سیره پیامبر و ائمه اطهار به وضوح اهمیت حضور مدعی علیه و متهم در فرآیند دادرسی را برای نیل به یک دادرسی منصفانه و حکمی عادلانه ثابت می کند و دادرسی غیابی را جز در امور حقوقی که احقاق حق مدعی منوط به آن است بر نمی تابد. هر چند اثبات این دو ویژگی مهم یعنی «اصل حضور بودن دادرسی» و «محدود بودن دادرسی غیابی به امور حقوقی» از طریق مطالعه و تطبیق عقل محور منابع اسلامی امکان پذیر است. اما نظرات علمی فقها در این مورد متهافت است.





۱-۱. اصل حضوری بودن دادرسی

قران کریم و سیره پیامبر و امیرالمؤمنین علی(ع) حضوری بودن دادرسی را به طور شفاف مورد تأکید قرار داده‌اند. علاوه بر ادله نقلی که به لحاظ محتوا خود منشائی برای ادله عقلی است، برخی فقهای امامیه صراحتاً حضوری بودن دادرسی را مطابق اصل و غیابی بودن دادرسی کیفری را بنا بر ادله عقلی خلاف اصل دانسته‌اند و صحت قضاوت و امثال احکام و ثبوت ولایت قاضی بر حکم و اشخاص را حضور مدعی علیه و متهم قلمداد کرده‌اند (موسوی اردبیلی، ۱۴۰۸: ۳۴۸). ضرورت حضور مدعی علیه و استماع دفاعیات وی هم در قرآن و هم در کلام معصومین بیان شده است. این صراحت و وضوح تردیدی باقی نمی‌گذارد که در دادرسی اسلامی اعم از حقوقی و کیفری اصل بر حضوری بودن دادرسی است.

در آیات ۲۰ الی ۲۴ سوره مبارکه «ص» داستان داوری حضرت داود بین دو برادر نقل شده است. مفسران اشتباه حضرت داود را نه اشتباه در حکم بلکه اشتباه در عدم استماع دفاعیات برادر دیگر به عنوان مدعی علیه ذکر کرده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴، ۱۹: ۲۴۵). با قبول این تفسیر ضرورت استماع دفاعیات مدعی علیه که فرع بر حضور وی در جلسه دادرسی است به سادگی استنباط می‌شود (طباطبایی، ۱۳۷۴: ۱۹۲).

روایات وارد شده از سوی پیامبر(ص) و امیرالمؤمنین علی(ع) بر ضرورت استماع دفاعیات مدعی علیه و حضوری بودن دادرسی اعم دادرسی حقوقی و دادرسی کیفری تأکید و تصریح دارند. در روایتی که از ناحیه فقهای خاصه و عامه با مضمون مشابه نقل شده است پیامبر(ص) هنگامی که حضرت علی(ع) را به سوی یمن روانه کرد به ایشان سفارش فرمود: «وقتی اختلافی را برای قضاوت نزد تو آوردند هرگز به نفع یکی از طرفین دعوی حکم صادر نکن مگر آن که قبل از آن نظر طرف مقابل را نسبت به اظهارات دیگری سؤال نمایی» (حرالعالمی، ۱۴۱۶: ۲۱۷-۲۱۶، أبوداود، بی تا: ۳۰۱، ابن ماجه، بی تا: ۷۷۴، موسوی اردبیلی، ۱۴۰۸: ۳۵۴-۳۵۳).

همچنین حضرت علی(ع) ممنوعیت دادرسی غیابی را با عبارت صریح: «لا یقضی علی غایب» (حر عاملی، ۱۴۱۶: ۲۱۷، محمدیان، ۱۳۹۶: ۱۱۳، بروجردی، ۱۳۸۷: ۲۶۸) مورد تأکید





قرار داده است. این روایت نیز بر اصل حضوری بودن دادرسی تأکیدی صریح و بدون ابهام دارد. هر چند برخی این روایت را به لحاظ سندی تضعیف کرده اند (گلپایگانی، ۱۳۸۳: ۳۳۲) اما محتوا و مضمون این روایت به جهت انطباق با روایات منقول از پیامبر (ص) و اصول حاکم بر دادرسی اسلامی همچون ضرورت حکم بر مبنای علم، حق و عدالت و لزوم رعایت تساوی بین طرفین دعوی، حق جرح شهود و ادله مدعی توسط مدعی علیه، صدور آن از ناحیه معصوم را به دلالت عقل مسلم می سازد و ضعف سندی روایت را جبران می کند. اطلاق روایات منقول از پیامبر و امیر المومنین (ع) ناظر بر کلیه امور حقوقی و کیفری است. بر مبنای این روایات، ممنوعیت دادرسی بدون استماع دفاعیات و حضور مدعی علیه و متشاکی به صورت یک اصل در شرع اسلام پذیرفته شده است. صرف نظر از متواتر بودن روایات منتسب به پیامبر (ص) مبنی بر ضرورت استماع دفاع مدعی علیه، نکته مهم این است که این روایات علت حضوری بودن دادرسی و استماع دفاعیات مدعی علیه را نیز بیان کرده اند و لذا این روایات نه تنها منبعی نقلی برای اثبات اصل حضوری بودن دادرسی و حکم محکومیت غیابی محسوب می شوند بلکه به عنوان یک مستند عقلی نیز قابل اتکا به شمار می روند. در این روایات تاثیر استماع دفاعیات مدعی علیه که همان ایجاد علم و از بین رفتن شک و تردید در صدور حکم و کشف حقیقت و حکم به عدالت و حق است به عنوان علت حکم بیان شده است (حرالعالمی، ۱۴۱۶: ۲۱۷-۲۱۶، حدیث ۳ و ۴ و ۵ و ۶). لذا اصول و قواعد مسلم دادرسی اسلامی از جمله دادرسی عادلانه و منصفانه و بدون تبعیض بین طرفین دعوی اقتضا می کند همانگونه که مدعی از حق مراجعه به قاضی اسلامی برای دادخواهی برخوردار است مدعی علیه نیز حق دفاع در برابر ادعای مدعی و ادله وی را دارا باشد. علاوه بر این اصابت حکم قاضی به واقع مستلزم استماع دفاعیات مدعی علیه است. پس از استماع دفاعیات مدعی علیه در صورتی که دفاعیات وی غیر مستند و فاقد اعتبار و اعتنا باشد قاضی با اطمینان کامل حکم به نفع مدعی صادر می کند. بر مبنای این مستندات عقلی و روایی تردیدی باقی نمی ماند که در دادرسی اسلامی، حضوری بودن دادرسی مقتضای اصل و دادرسی و محکومیت غیابی خلاف اصل است.



۲-۱. محدود بودن دادرسی غیابی به امور حقوقی

دادرسی حضوری در اسلام بدون اشتنا نیست. برخی روایات به عنوان استثنایی بر اصل حضوری بودن دادرسی محکومیت غیابی در دعاوی حقوقی را مجاز شمرده اند. مهم ترین روایات ناظر به جواز حکم محکومیت غیابی، روایات منقول از جمیل بن دراج از امام باقر و امام صادق علیهما السلام به این مضمون است: «الغایب یقضی علیه اذا قامت علیه البینه و بیاع ماله و یقضی عنه دینه و هو غایب و یکون الغایب علی حجتہ اذا قدم و لا یدفع المال الی الذی اقام البینه الا بکفلاء» (حر عاملی، ۱۴۱۶: ۲۱۶، حدیث ۱).

بر اساس این روایت دادرسی غیابی تنها در محدوده دعاوی حقوقی مجاز است و صدور حکم محکومیت غایب مشروط به اقامه بینه از سوی مدعی و اجرای حکم منوط به معرفی کفیل است. علاوه بر این چنین حکمی غیر قطعی و قابل اعتراض از سوی مدعی غایب خواهد بود (بروجردی، ۱۳۸۷: ۲۶۶، حر عاملی، ۱۴۱۶: ۲۱۶).

از جمع روایات منقول از پیامبر و امیرالمؤمنین به عنوان حکم عام با روایات منقول از باقرین (علیهما السلام) به عنوان حکم خاص می توان چنین نتیجه گرفت که هر چند اصل بر حضوری بودن دادرسی است ولی در دعاوی حقوقی دادرسی غیابی منجر به محکومیت به عنوان یک استثناء مشروط به اطلاع دادن زمان رسیدگی به مدعی علیه، اقامه بینه و سپردن کفیل هنگام اجرای حکم مجاز می باشد. لذا مطابق اصل، دادرسی در امور کیفری اعم از این که موضوع جرم حدی، قصاصی یا تعزیری باشد مطلقاً ممنوع است و مورد استثنا فقط دعاوی حقوقی را شامل می شود.

محدود بودن روایت باقرین (ع) به دعاوی حقوقی به سه دلیل قابل اثبات است. دلیل نخست این است که اگر این روایت مطلق در نظر گرفته شود با آیات قرآن و روایات منقول از پیامبر و امیرالمؤمنین علی (ع) مبنی بر ضرورت استماع دفاعیات مدعی علیه در تعارض قرار می گیرد. دلیل دوم بر عدم اطلاق روایت باقرین و اختصاص آن به دعاوی حقوقی به قرینه عبارت «بیاع ماله و یقضی عنه دینه» می باشد. این عبارت قرینه ای بر این مدعاست که موضوع دعوی در روایت اختصاص به دعوی حقوقی دارد. حتی برخی فقهای معاصر عبارت «بیاع ماله» در روایت را قرینه ای بر مقید بودن آن و عدم جواز حکم





محکومیت غیابی در غیر دعاوی مالی و فقدان دلیل برای تسری حکم غیابی به دیگر دعاوی عنوان کرده اند (موسوی اردبیلی، ۱۴۰۸: ۴۵۲). سومین دلیل این است که جواز محکومیت غیابی و عدول از شرط استماع دفاعیات مدعی علیه تنها در دعاوی حقوقی قابل پذیرش و ترجیحی مرجح محسوب می شود. توضیح آن که در دعاوی حقوقی ممنوعیت حکم محکومیت غیابی به دلیل عدم حضور مدعی علیه بهانه ای به دست مدعی علیه می دهد تا در جلسه رسیدگی شرکت نکند و این امر تضییع همیشگی حقوق مدعی را در پی خواهد داشت. لذا در تزامن دو حق، حق دادخواهی مدعی و حق حضور و دفاع مدعی علیه، بی شک حق مدعی بر مدعی علیه ترجیح دارد، زیرا در دعاوی حقوقی امتناع قاضی از صدور و اجرای حکم غیابی، تضییع دایمی و غیر قابل جبران حقوق مدعی را در پی خواهد داشت. اما صدور حکم محکومیت در غیاب مدعی علیه تضییع موقت و قابل جبران حقوق وی را به دنبال دارد. بنابراین در سنجش و ترجیح حق مدعی در صدور حکم غیابی با حق مدعی علیه در حضور و دفاع از خود، حق مدعی بر حق مدعی علیه ترجیح پیدا می کند. زیان وارد به محکوم غیابی با اعطای حق واخواهی و الزام محکوم له به سپردن ضامن قابل جبران است اما ممنوعیت حکم غیابی مدعی را برای همیشه از حق مورد ادعا محروم می سازد. بنابر این در مقام مقایسه میزان زیان ناشی از ممنوعیت دادرسی غیابی به خواهان و زیان ناشی از جواز آن به خواننده، باید اذعان نمود زیان وارد بر خواهان به مراتب بیشتر از زیان وارد بر خواننده می باشد. از این روست که می توان قاطعانه ادعا کرد راهکار ارائه شده در روایت باقرین علیهما السلام به طرز دقیق و شگفت آور نسبت به زمان خود، حق هر دو طرف دعوی را به عادلانه ترین شکل در نظر گرفته است و ترجیحی مرجح را برگزیده است.

این ترجیح در دعاوی کیفری به چشم نمی خورد؛ زیرا نتیجه یک دعوی کیفری تعیین مجازاتی است که بدون دسترسی به محکوم غیابی قابل اجرا نخواهد بود. بدیهی است





مدعی در یک دعوی کیفری اعم از مدعی خصوصی یا مدعی العموم از محکومیت کیفری غیابی سودی نمی برند و عدالت نیز با این حکم غیابی به جهت عدم دسترسی به محکوم اجرا نمی شود. اما صدور چنین حکمی ضمن نقض دادرسی ترافعی، تساوی طرفین دعوی و حق دفاع متهم هتک حیثیت و اعتبار محکوم غیابی را در پی خواهد داشت و اقدامات اعتراضی و دفاعی محکوم علیه را برای نقض حکم محکومیت غیابی بسیار دشوار می سازد.

ممکن است ایراد شود منع از حکم کیفری غیابی مانع از رسیدگی به دعوی حقوقی ناشی از جرم مانند رد مال و ضرر و زیان ناشی از جرم خواهد شد. این ایراد وارد به نظر نمی رسد؛ زیرا صدور حکم رد مال یا ضرر و زیان ناشی از جرم و هر دعوی حقوقی دیگر که از جرم ناشی شود مستقل از دعوی کیفری قابل رسیدگی غیابی بوده و به صدور حکم محکومیت کیفری وابسته نیست. زیان دیده از جرم به جهت ماهیت حقوقی دعوی مانند رد مال و جبران ضرر و زیان مادی و معنوی ناشی از جرم، حق طرح دعوی حقوقی را به مانند هر دعوی رد مال و ضرر و زیان ناشی از رفتار غیر مجرمانه دارد.

نکته ظریف این است که از جمع روایت باقرین (علیهما السلام) با برخی روایات دیگر از جمله روایت منقول از امیر المومنین (ع) در خصوص تحصیل کنندگان مال نامشروع می توان چنین نتیجه گرفت که اجرای حکم رد مال و ضرر و زیان در دعوی حقوقی ناشی از جرم، منوط به معرفی کفیل نیست و این شرط اختصاص به دعوی حقوقی ناشی از رفتارها و روابط غیر مجرمانه دارد. روایت منقول از امیر المومنین علی (ع) در مورد فروش مال سه دسته از افراد و رد مال به صاحبان آن ها به وضوح دلالت بر عدم نیاز به معرفی کفیل برای اجرای حکم غیابی دارد. مطابق این روایت غاصب، خورنده مال یتیم و خائن در امانت را می توان تا سه روز زندانی کرد و اگر مالی از آن ها یافت شود چه حاضر باشند چه غایب می توان آن را برای رد به مال باختگان به فروش رساند (موسوی اردبیلی، ۱۴۰۸: ۳۵۰).

۳- لا یحبس فی السجن الا اثلاثة: الغاصب، و من اکل مال الیتیم و من ائتمن علی امانه فذهب بها و ان وجد له شیئا باعه غائباً کان او شاهد.



۱-۳. نظر فقها در مورد دادرسی کیفری غیابی

فقهای اسلامی نظرات متهافتی پیرامون محکومیت غیابی مطرح کرده اند. نظرات فقهای اسلامی از ممنوعیت مطلق دادرسی غیابی تا جواز مطلق آن امتداد دارد. اما به نظر می رسد نظر غالب در بین فقهای اسلامی ممنوعیت حکم محکومیت غیابی در حدود و جواز آن در سایر دعاوی است. آنچه در بررسی تطبیقی فقه عامه و امامیه جای نقد و تامل جدی دارد تاثیر پذیری نظر اجماعی فقهای امامیه از فقهای عامه است.

۱-۳-۱. نظر فقهای عامه

فقهای عامه در مورد جواز یا عدم جواز حکم محکومیت غیابی اختلاف نظر دارند. حنفیه بر مبنای روایات متعدد منقول از پیامبر روایت از جمله روایت منقول امیر المومنین (ع) در خصوص سفارش پیامبر به ایشان در مورد نحوه قضاوت بین اهل یمن که فرمودند: «لا تقض لاحد الخصمین حتی تسمع کلام الاخر». (الکاسانی ۱۴۰۲: ۲۲۲، الزحیلی، ۱۴۰۹: ۴۹۷، الشریفین، ۲۰۱۵: ۴۰۰) دادرسی غیابی را مجاز نمی دانند. با این حال برخی معتقدند حنفیه در موارد بروز حرج و ضرورت، حکم غیابی را مجاز می دانند (الشریفین، ۲۰۱۵: ۴۰۵). اما فقهای مالکی، شافعی و حنبلی بر پایه تقسیم حقوق به حق الله و حق الناس حکم غیابی را در مواردی که مدعی علیه به مدت طولانی غیبت کند و مدعی نیز بینه اقامه نماید، تنها در دعاوی حق الناسی با ماهیت مدنی و غیر کیفری مانند دین یا رد مال در سرقت مجاز شمرده اند و در دعاوی حق الهی مانند حد شرب خمر و حد زنا و حد سرقت به جهت این که این دعاوی حق الهی و مبنی بر مسامحه، درء و اسقاط می باشد، ممنوع کرده اند (الزحیلی، ۱۴۰۹: ۴۹۷). با عنایت به این که مفسرین فقه عامه، جواز حکم محکومیت غیابی را محدود به دعاوی مدنی نموده اند مسلماً ممنوعیت حکم محکومیت غیابی از منظر فقهای عامه ناظر به تمامی مجازات ها اعم از حد و تعزیر است. علتی که فقهای عامه برای ممنوعیت حکم محکومیت غیابی در حدود مطرح می کنند (حاکمیت تخفیف و درء و اسقاط) نیز اختصاص به حدود ندارد و مجازات های شرعی را شامل می شود. علاوه بر این برابر کردن حق الله با حق اجتماع از منظر فقها و حقوق دانان





معاصر فقه عامه^۴ (الزحیلی، ۱۴۰۹: ۶۱۹-۶۱۸) نیز این نظر را تایید می کند؛ زیرا مجازات اعم از تعزیری و حدی حقی عمومی و مربوط به اجتماع است. با این حال طبق استدلال فقهای موافق حکم غیابی، صدور حکم غیابی قصاص به جهت این که قصاص در زمره حق الناس قرار دارد باید مجاز شمرده شود.

مستند پذیرش حکم محکومیت غیابی در حقوق الناس در فقه مالکی، شافعی و حنبلی روایتی از پیامبر است که مطابق آن هند از ابوسفیان نزد پیامبر شکایت کرد که او مرد خسیسی است و حق او و فرزندش را نمی دهد. پیامبر نیز در حالی که ابوسفیان در جلسه حضور نداشت به هند اجازه داد از اموال شوهرش به اندازه کفایت خود و فرزندش برداشت کند (ابن ماجه: ۷۶۹، ابو داود: ۲۸۹). البته همانگونه که خود فقهای عامه متذکر شده اند این روایت در مقام قضاوت نبوده است. به همین دلیل فقهای موافق، برای توجیه دادرسی غیابی نسبت به کسی که به مدت طولانی غایب بوده است تایید این نوع دادرسی توسط خلیفه دوم و سوم را مستند نظر خود قرار داده اند (الزحیلی، ۱۴۰۹: ۴۹۸).

این نظر مورد تأیید حقوق دانان و فقهای معاصر عامه نیز قرار گرفته و آن را نسبت به حنفیه اقوی می دانند و در تقویت آن چنین استدلال کرده اند که جواز حکم محکومیت غیابی موجب حفاظت از حقوق افراد و جلوگیری از تضییع حقوق آنها می شود؛ زیرا منع حکم غیابی موجب می شود بسیاری از افرادی که حقی بر ذمه آن هاست از دادرسی فرار کنند. در عین حال استدلال این حقوق دانان و فقهای معاصر مبنی بر این که اثبات دعوی با بینه و قسم مدعی موجب می شود تا ضرری برای محکوم غیابی متصور نباشد، پذیرفته نیست؛ زیرا اولاً فقهای موافق حکم غیابی راهی برای اعتراض بعدی محکوم غایب پیش بینی نکرده اند و ثانياً اگر به فرض این حق نیز برای غایب شناخته شده باشد مدعی برای اجرای حکم ملزم به سپردن هیچ تضمینی نگردیده است تا در صورت اثبات عدم حقایقیت وی، خسارت محکوم غایب از محل تضمین جبران شود (الشریفین، ۲۰۱۵: ۴۰۵).

۴- اما حقوق الله تعالی فتوعان عند الحنفیه احدهما ان يكون الحق خاصا لله ای للمجتمع... الثاني ان يكون للعبده حق و هو حد القذف.

۱-۳-۲. نظر فقهای امامیه

فقهای امامیه به خلاف فقهای عامه حکمی واحد در مورد حکم محکومیت غیابی ارایه کرده اند و بر این نظر اجماع کرده اند. با این حال نظر اجماعی فقهای امامیه با تفسیری که از جمع بین روایات منقول از پیامبر و امیرالمؤمنین از یکسو و روایت منقول از باقرین (علیهما السلام) از دیگر سو ارائه شد مطابق نیست. فقهای امامیه به مانند فقهای مالکی، شافعی و حنبلی محکومیت غیابی را صرفاً در دعاوی حق الهی منع کرده اند. این رویکرد عملاً به طرد روایاتی که بر ممنوعیت حکم محکومیت غیابی و لزوم حضوری بودن دادرسی به عنوان یک اصل دلالت دارند انجامیده است. فقها در مقام جمع بین روایات دسته نخست مبنی بر منع حکم غیابی و روایت باقرین (علیهما السلام) مبنی بر جواز حکم غیابی، روایات دسته نخست را به مواردی چون حکم جزمی و غیر قابل اعتراض (نجفی، ۱۳۹۸: ۲۲۰) و یا عدم احضار مدعی علیه اختصاص داده اند (موسوی اردبیلی، ۱۴۰۸: ۴۴۹؛ حسینی حائری، ۱۳۸۷: ۷۸۳) و مهم تر این که روایت باقرین (علیهما السلام) را از حیث موضوع دعوی مطلق در نظر گرفته اند و فرض اختصاص آن به دعاوی حقوقی مانند دین به قرینه عبارت «بیاع ماله و یقضی عنه دینه» را مردود انگاشته اند (حسینی حائری، ۱۳۸۷: ۷۸۲). با این تفسیر روایت باقرین (علیهما السلام) نه به عنوان استثناء بلکه به عنوان یک اصل در تایید حکم محکومیت غیابی در همه دعاوی اعم از حقوقی و کیفری معرفی گردیده است و روایات دسته نخست جایگاه اصلی خود را در نظام دادرسی کیفری اسلام از دست داده اند.

دقت در نظرات فقهای امامیه پیرامون محکومیت غیابی نشان می دهد نظر اجماعی ابتدا بر مبنای نظر شیخ طوسی شکل گرفته است. شیخ طوسی در کتاب مبسوط بدون استناد به روایات پیش گفته با ذکر تفصیلی و سه گانه دعاوی (حق الهی محض، حق الناسی محض، حق الهی - حق الناسی) دادرسی غیابی در دعاوی حق الناسی را مجاز دانسته است و به عکس در دعاوی حق الهی اعم از این که فاقد وصف حق الناسی باشد مانند زنا و لواط و شرب خمر و یا واجد این وصف باشد مانند حد سرقت و حد قذف به جهت حاکمیت تخفیف و قاعده درء و عدم احتیاط و اسقاط نظر به عدم جواز محکومیت غیابی داده است.





نظر شیخ طوسی با نظر فقهای مالکی، شافعی و حنبلی مطابقت دارد و به نظر می رسد از همین فقها تاثیر پذیرفته باشد. در عین حال شیخ طوسی به عکس فقهای عامه دادرسی غیابی را به غیبت طولانی مدعی علیه مشروط نکرده است ولی احضار مدعی علیه را پیش شرط دادرسی غیابی قرار داده است (طوسی، ۱۳۵۱: ۱۶۳-۱۶۲). شرطی که فقهای امامیه کمتر به آن توجه کرده اند (کاظمی گلودی، عزیزاده، ۱۳۹۱: ۷۸).

۱-۳-۳. نقد نظر اجماعی فقهای امامیه

نتیجه عملی شیوه جمع روایات وارده در مورد دادرسی غیابی همانگونه که بیان شد جواز صدور حکم محکومیت غیابی در همه موضوعات و دعاوی از جمله حدود به استناد اطلاق گیری از روایت باقرین (علیهما السلام) و استثنا نمودن جرایم حدی از این اطلاق با اتکا به قاعده درء و اصل تخفیف در حدود بوده است. لذا هر چند فقهای بزرگی مانند صاحب شرایع برای ممنوعیت دادرسی غیابی بدوا استدلال شیخ طوسی را تکرار کرده اند (نجفی، ۱۳۹۸: ۲۲۲) اما نهایتاً در پذیرش این نظر دچار تردید شده اند. تردید صاحب شرایع آن جا خود نمایی می کند که بدوا محکومیت غیابی به مجازات حد قطع در دعاوی ترکیبی (حق اللہی - حق الناسی) مانند سرقت را ممنوع اعلام می کند اما متعاقباً ممنوعیت حکم به قطع و مجاز بودن حکم به رد را مورد تردید قرار می دهد. (نجفی، ۱۳۹۸: ۲۲۳).

بدیهی است اگر نظر صاحب شرایع برای خارج کردن دعاوی حق اللہی از عموم ادله قضا مستند بود عدول از آن در مواردی که دو دعوا مانند سرقت توأمان می شود ضرورت نداشت؛ زیرا برای این گونه دعاوی ترکیبی، راه حل ساده ای وجود دارد. قاضی در خصوص رد مال مسروقه می تواند حکم غیابی علیه متهم به سرقت صادر کند و حکم

۵- عبارت شیخ بدین قرار است: ان الحقوق علی ثلاثة اضرب حق الآدمیین محض و حق الله محض و حق الله یتعلق به الآدمی فان کان لادمی کالدین و نحو ذلك قضی به علیه و ان کان لله کالزنا و الواط و شرب الخمر لایقضی علیه بها لان القضاء علی الغایب احتیاط و حقوق الله لا یحتاط لها لانها مبنیه علی الاسقاط و التخفیف و حقوق الآدمیین بخلاف ذلك و اما ما کان حقاً لله یتعلق به حق الآدمی فهو السرقه یقضی علیه بالغرم دون القطع.

۶- عبارت صاحب شرایع چنین است: یقضی علی الغایب فی حقوق الناس کالدیون و العقود و لایقضی فی حقوق الله تعالی کالزنا و الواط لانها مبنیه علی التخفیف.





مجازات قطع ید را به جهت ماهیت حق الهی آن منوط به یافت شدن او نماید. به همین دلیل صاحب جواهر به تردید صاحب شرایع اعتراض کرده و آن را با اظهار نخست وی مبنی بر عدم جواز حکم غیابی در دعاوی حق الهی معارض می‌شمرد و برای رفع شبهه عقلی تفکیک بین دعاوی حق الناسی و حق الهی یاد آور می‌شود که رابطه علت و معلولی در احکام با رابطه علت و معلولی در اشیاء متفاوت است؛ زیرا احکام از جنس اعتباریات و معروفات اند نه از جنس واقعیات و لذا اشکالی ندارد سرقت در خصوص رد مال علت حکم غیابی باشد و در قطع ید علت حکم غیابی در نظر گرفته نشود (نجفی، ۱۳۹۸: ۲۲۴). البته برخی فقهای معاصر پاسخ داده اند که صدور حکم رد مال بدون اثبات سرقت ممکن نیست (موسوی اردبیلی، ۱۴۰۸: ۴۵۲). این پاسخ دقیق نیست، زیرا حکم به رد مال نیازمند اثبات سرقت نیست بلکه مستلزم اثبات وضع ید ناروای متهم به سرقت است که تشریفات اثبات سرقت را لازم ندارد و لذا حکم غیابی رد مال علیه کسی که متهم به سرقت است بدون نیاز به اثبات سرقت، بر مبنای اثبات وضع ید ناروای متهم به سرقت، امکان پذیر است و رابطه لازم و ملزومی بین حکم مجازات سرقت و رد مال وجود ندارد.

با این حال پاسخ صاحب جواهر ایراد مبنایی نظریه صاحب شرایع مبنی بر عدم جواز حکم غیابی در دعاوی حق الهی را بر طرف نمی‌سازد. صرف نظر از این که ممنوعیت حکم محکومیت غیابی در دعاوی حق الهی پس از اطلاق گیری از روایت باقرین بدون ارایه مستند روایی در فقه امامیه فاقد وجهت است، استناد به قواعد درء و اصولی چون تخفیف و عدم احتیاط و اسقاط در دعاوی حق الهی مناقشه برانگیز است. همانگونه برخی از فقها تاکید کرده اند حق الله به طور مطلق مبنی بر تخفیف نیستند هانگونه که حق الناس به طور مطلق نیز مبنی بر تشدید نیست. برای نمونه حد قذف و زنا به عنف را نمی‌توان از زمره حقوق الناس خارج کرد و صرفاً در زمره حقوق الله قرارداد و در نتیجه بنای شارع در این حدود را نیز بر تخفیف نهاد (موسوی اردبیلی، ۱۴۰۸: ۴۵۲).

علاوه بر این می‌توان چنین ادعا کرد که قاعده درء ناظر به این دعاوی نیست؛ زیرا وقتی بین بر اثبات سرقت اقامه شد شبهه‌ای نمی‌ماند تا بتوان به قاعده درء تمسک جست. از این رو با اطلاق گیری از روایت باقرین تنها مانع برای پذیرش حکم غیابی در حدود نفس





نظر اجماعی است و اگر نظر اجماعی نبود در حدود نیز حکم محکومیت غیابی جایز بود (گلپایگانی، ۱۳۸۳: ۳۳۸). برخی فقها ضمن اذعان بر این امر و تصریح به این که هیچ دلیل شرعی معتبری برای ممنوعیت حکم بر غایب در دعاوی حق الهی وجود ندارد برای تقویت نظر اجماعی، به همخوانی «روح نصوص شرعی» و «مذاق شریعت» با نظر اجماعی تمسک جسته اند (موسوی اردبیلی، ۱۴۰۸: ۳۵۶).

ناگفته پیداست که استناد به روح نصوص شرعی و مذاق شریعت در جایی که اطلاق گیری از روایت جمیل بن دراج اجازه محکومیت غیابی در هر دعوی را می دهد قابل دفاع نیست. اگر این شیوه در فقه عامه و جاهت داشته باشد به یقین در فقه امامیه کاربردی ندارد؛ زیرا همانگونه که محکومیت غیابی مستند به روایات شده است استثنا کردن این نوع محکومیت نیز باید مستند و مستظهر به روایت باشد. پایبندی فقهای امامیه به نظر اجماعی منقول از شیخ طوسی و اصل تخفیف و قاعده درء و مذاق شریعت و مانند آن گویای این واقعیت است که فقهای امامیه فی الجمله به این نتیجه رسیده اند که دادرسی غیابی در مجازات های حدی با اصول دادرسی حضوری و دادرسی منصفانه و عادلانه اسلام همخوانی ندارد اما پیشینه فقهی در تبعیت از نظر شیخ طوسی و شیوه جمع بین روایات ناظر بر دادرسی حضوری و غیابی این امکان را به وجود نیاورده است تا با جمع صحیح روایات ناظر بر حکم حضوری و غیابی، دادرسی غیابی در کلیه دعاوی کیفری ممنوع اعلام گردد و این نوع دادرسی به دعاوی حقوقی اختصاص یابد. جمعی که روایات دسته نخست را مطلق و روایت باقرین (علیهما السلام) را مقید در نظر می گیرد و راهی هموار و منطبق با اصول دادرسی اسلامی را به تصویر می کشد.

۲. دادرسی کیفری غیابی در حقوق عرفی

در حقوق عرفی معاصر اصل دادرسی حضوری در نظام های داخلی و بین المللی پذیرفته شده است. در بند دال ماده (۱۴) میثاق بین المللی مدنی و سیاسی^۷ بر اصل محاکمه

7. International Covenant on civil and Political Rights (ICCPR)





حضوری تأکید شده است (Wheeler, 2017:102)^۸ و محاکمه غیابی بدون حضور متهم را حتی به عنوان استثنا بیان نکرده است. سازمان عفو بین‌الملل نیز محاکمات غیابی را برنرفته است و بر این امر اصرار دارد که متهمان باید در محاکمه حاضر شوند و ادعاهای مطروحه توسط دادستان را استماع کنند، از شهود سؤال نمایند و وقایع ادعایی را تکذیب نمایند تا دفاعی کامل شکل گیرد؛ زیرا در غیر این صورت، اعتبار رأی صادره همیشه مورد تشکیک خواهد بود و عدالت تحقق نخواهد یافت (Amnesty International; 199).

مقایسه این تعابیر با عبارات پیامبر اسلام و امیر المومنین علی (ع) که صدها سال پیش بیان و ثبت شده است درک عمیق و فرا زمانی آن دو بزرگوار از عدالت و قضاوت منصفانه را به رخ جهانیان می‌کشد و به کسانی که احیاء مبانی دادرسی کیفری اسلامی و بخش فرا زمانی آن را جستجو می‌کنند انگیزه ای مضاعف می‌بخشد.

۲-۱. گستره دادرسی کیفری غیابی در نظام‌های دادرسی مختلف:

کشورهایی که نظام حقوقی رومی ژرمنی در آنها حاکم است؛ به جهت اهمیت به نظم عمومی و امنیت و حفظ اقتدار دولت، محاکمه غیابی را در وضعیت‌های متعدد تجویز نموده‌اند. برخی حقوق دانان معتقدند پیش‌بینی گسترده محاکمات غیابی در کشورهای که نظام حقوقی رومی-ژرمنی در آنها حاکم است با توجه به وظیفه دو گانه مقام تحقیق مبنی بر جمع‌آوری ادله له و علیه متهم خللی به رسیدگی کیفری وارد نمی‌کند و دادگاه از ابتدای دادرسی، ادله تبرئه‌کننده را در اختیار دارد و در وضعیتی قرار دارد که می‌تواند هم ادله علیه متهم و هم ادله به نفع وی را ارزیابی نماید (Casasse, 2008: 360-361). اما حقیقت این است که ایجاد تعادل بین حقوق متهم از یکسو و حقوق بزه دهنده توسط قاضی امر بسیار مشکلی است.



۸- ۱۶۸ کشور به میثاق پیوسته‌اند و هفت کشور آن را امضا کرده‌اند و در نتیجه ماده مزبور در بیشتر کشورهای جهان قابل اعمال می‌باشد.

۹- ماده (۱۶۵) آیین دادرسی دادگاه ویژه برای لبنان که علاوه بر سایر موارد مقرر می‌کند: «اگر جرمی که فرد متهم به ارتکاب آن است مستوجب بیش از یک سال حبس است و آن فرد علی‌رغم دریافت ابلاغ از حضور در جلسه استماع قصور ورزد، دادگاه وی را به صورت غیابی محاکمه خواهد کرد».



ماده (۲۷۰) قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه به عنوان پرچمدار نظام مختلط تصریح دارد متهمی که فرار کرده یا در جلسه دادگاه حضور پیدا نکند به طور غیابی محاکمه می‌شود. این قانون نه تنها دادرسی بدون حضور متهم را در مواردی که متهم از حضور در دادرسی امتناع کرده است توجیه می‌نماید بلکه گاه آثار یک دادرسی حضوری را بر آن بار می‌کند و حقوق محکوم غایب را برای واخواهی نادیده می‌گیرد. ماده (۴۱۰) آیین دادرسی کیفری فرانسه دادرسی نسبت به متهمی را که بدون عذر موجه حاضر نشده است حتی اگر ابلاغ او قانونی بوده ولی از ابلاغ اطلاع پیدا کرده است یک دادرسی حضوری در نظر گرفته است. مواد (۶۲۷-۲۱) و (۶۳۰) قانون سابق ضمانت اجراهای بسیار سختگیرانه‌تری را برای متهم غایب در جرایم جنایی لحاظ کرده بود. برابر مفاد این مواد در صورت امتناع متهم برای معرفی و حضور در جلسات رسیدگی، دادگاه جنایی بدون وکیل و هیات منصفه تشکیل می‌گردید و متهم از همه حقوق شهروندی محروم و اموال وی توقیف می‌شد (تدین، ۱۳۸۸: ۳۲۴).

هم‌چنین نظام‌های دادرسی مختلط، دادرسی را در دو بخش دادرسی و دادگاه سامان دهی کرده‌اند. دادرسی در دادرسی به شیوه تفتیشی و در دادگاه به شیوه اتهامی است. ماهیت تفتیشی مرحله تعقیب و تحقیق، با حضوری بودن تحقیقات سازگار نیست. در این مرحله از دادرسی تنها هدف کشف و جستجوی دلایل است لذا تشکیل یک جلسه حضوری می‌تواند به این جستجو آسیب وارد کند. به همین دلیل عدم حضور متهم در مرحله تحقیقات موجب غیابی شدن قرار جلب به دادرسی و کیفرخواست نمی‌شود. به عبارت دیگر وصف حضوری و غیابی بودن تنها ناظر به مرحله رسیدگی و صدور حکم محکومیت است.

تطبیق نظام دادرسی مختلط با نظام دادرسی اسلام به طور عام و در حوزه دادرسی غیابی به طور خاص حکایت از این واقعیت دارد که نظام دادرسی اسلامی هیچ تجانسی با نظام





دادرسی مختلط ندارد و با آن همسو نیست. دادرسی اسلامی علاوه بر این که علنی، توافقی و غیر تفتیشی است به اصل حضوری بودن نیز کاملاً پایبند است.

۲-۲. گستره دادرسی کیفری غیابی در نظام‌های دادرسی اتهامی!

نظام اتهامی اگر فارغ از نظام‌های حقوقی کامن لا در نظر گرفته شود قدیمی‌ترین شیوه دادرسی به شمار می‌رود و ریشه در خاور دور و تمدن‌های بابل و سومر دارد (آشوری، ۱۳۸۵: ۲۶). ویژگی مشترک تمامی نظام‌های اتهامی نقش کم‌رنگ دولت و نقش پررنگ شاکی و متهم در به جریان‌انداختن دادرسی و ادامه آن در یک نبرد برابر و تخاصمی و به شکلی علنی بوده است. پیدایش دولت به شکل نوین حفظ و اجرای نظام اتهامی به شکل قبل را ناممکن ساخته است. با این حال کشورهای تابع حقوق کامن لا به جهت اهمیت بیشتر به نقش شهروندان و حقوق آن‌ها، نظام اتهامی را حفظ و ارتقا داده‌اند. کشورهایمانند انگلستان و آمریکا و استرالیا در مقایسه با کشورهای اروپایی قاره ای مانند آلمان و فرانسه، ویژگی‌هایی مانند حق دفاع متهم در یک دادرسی علنی و بدون هر گونه محدودیت و مصون از اعمال قدرت مقامات رسمی را حفظ نموده‌اند و لذا اگرچه در کشورهایی مانند انگلستان شروع به تعقیب توسط شهروندان جای خود را به دخالت پلیس و متعاقباً سرویس تعقیب پادشاهی داده است و حقوق دانان را در اتصاف و صف اتهامی به شیوه دادرسی در این کشورها با تردید روبرو ساخته است (اسپنسر، ۱۳۸۴: ۱۸۵). علاوه بر این حضوری بودن محاکمات کیفری در نظام حقوقی کامن لا اصلی است که به سادگی خدشه‌پذیر نیست (IssaHassan, 2004: 9) و عدول از آن در مقایسه با نظام رومی-ژرمنی کمتر اتفاق می‌افتد.

رویه قضایی دادگاه‌های انگلستان در سال ۲۰۰۲ در قضیه رجینا علیه جونز محاکمه غیابی متهم بدون حضور اولیه در دادگاه جنایی را پذیرفته است اما در این قضیه متهمین در



1 - System Dveřsariala.

۱۲- دادگاه ویژه برای سیرالئون در قضیه عیسی حسن سسای، اعلام کرد: «اکثر نظام‌های حقوقی داخلی علی‌الخصوص نظام‌های حقوقی مبتنی بر حقوق عرفی (کامن لا)، بر حق حضور متهم در جریان دادرسی به عنوان یک قاعده‌ی عمومی حاکم در محاکمات تصریح کرده‌اند»



مرحله تحقیقات مقدماتی حضور داشتند و به رغم این که احضاریه حضور در جلسه دادرسی دو بار برای آنها صادر شده بود و با علم به تشکیل جلسه عمداً از حضور در جلسه رسیدگی امتناع کردند (Regina v Jones;2002).

بدین ترتیب به نظر می‌رسد در نظام اتهامی ممنوعیت محاکمه غیابی متهمی که در فرایند دادرسی حضور ندارد، ویژگی یک قاعده عرفی در محدوده این نظام دادرسی را دارا می‌باشد. از سوی دیگر ساختار تخصصی دادرسی در نظام اتهامی نیازمند نبرد و دوئل بین دو طرف دعوی یعنی دادستان و متهم است (آقایی جنت مکان، ۱۳۸۹: ۴ شمس، ۱۳۸۱: ۱۲۰). وحدت مقام تعقیب و تحقیق (یوسفی، ۱۳۹۲: ۲۸)، جمع‌آوری دلایل صرفاً علیه و نه له متهم توسط دادستان و عدم تحصیل دلیل برای طرفین (آشوری، ۱۳۸۵: ۵۷) مولفه‌هایی اختصاصی برای نظام اتهامی است که حضور متهم برای یک دادرسی منصفانه را ضروری می‌سازد. دادرسی بدون حضور متهم با لحاظ این مؤلفه‌ها نه تنها منصفانه بودن دادرسی و دفاع از حقوق انسانها و آزادی‌های فردی را که دغدغه اصلی نظام اتهامی است (Freedman, 1998; 1) زایل می‌کند. علاوه بر این نقش انفعالی قاضی دادگاه به عنوان داوری منفعل^{۱۳} و نه دادرسی فعال تأثیری محوری در تثبیت رویکرد اتهامی (William, 1999; 2) دارد و حضور متهم در فرایند دادرسی را به عنوان یکی از عناصر لازم برای شکل‌گیری دادرسی ترافعی ضروری می‌کند.

همچنین یکی از ریشه‌های تاریخی حفظ و ارتقای دادرسی اتهامی در حقوق کامن‌لا ناسازگاری این نوع دادرسی با رویکرد های اقتدارگرا و امنیت گراست. این رویکردها حفظ نظم و امنیت و اقتدار دولت و دادگاه را بر یک دادرسی منصفانه ترجیح می‌دهند. به همین دلیل تجویز محاکمات غیابی از منظر نظام اتهامی می‌تواند مورد سوء استفاده صاحبان قدرت قرار گیرد. برای مثال این نوع محاکمه ابزار کارامدی برای محکومیت غیابی مخالفان می‌باشد (جنت مکان، ۱۳۸۹: ۴، کاسسه، ۱۳۸۷: ۴۹۵).





هر چند نظام دادرسی اسلام با نظام اتهامی شباهت بسیار دارد و مانند آن بر ترافیعی بودن و علنی بودن و حضوری بودن دادرسی تاکید می ورزد اما از یک جهت مهم با آن تفاوت دارد. در نظام دادرسی اسلام به عکس نظام اتهامی نوین قاضی نقش منفعل و داور گونه ایفا نمی کند بلکه نقشی فعال در کشف حقیقت دارد.

۲-۳. گستره دادرسی کیفری غیابی در نظام دادرسی کیفری بین المللی :

حق محاکمه حضوری در محاکمات بین المللی امری بدیهی است و محاکمه غیابی جز در موارد خاص که متهم عامدانه از محاکمه می گریزد تا سبب جلوگیری از محاکمه و از بین بردن ادله شود تجویز نشده است (فضایلی، ۱۳۸۹: ۳۵۰). لذا وجه مشترک اکثریت قریب به اتفاق دادگاه های کیفری بین المللی این است که اصل را بر حضوری بودن محاکمات کیفری قرار داده و تنها در شرایط استثنائی از این اصل عدول می کنند. اساسنامه ی دادگاه بین المللی برای یوگسلاوی سابق در ماده (۲۱) بند (۴) و اساسنامه ی دادگاه بین المللی کیفری برای رواندا در ماده (۲۰) بند (۴) خود بر حق متهم نسبت به حضور در جلسه ی دادرسی بر علیه خود تصریح نموده و این حق را در شمار حداقل حقوقی که متهم باید از آن برخوردار باشد به حساب آورده اند. البته، دادگاه یوگسلاوی در قضیه میلوسویچ^۱، پس از به درازا کشیدن بیماری وی، محاکمه بر علیه وی را ادامه داد. در قضیه برایانگ ویزا^{۱۵} متهم، متعاقب استیناف دادستان از رأی شعبه ی بدوی دادگاه رواندا مبنی بر بی گناهی وی، از حضور در دادگاه امتناع کرد. اما شعبه تجدیدنظر دادرسی را بر علیه متهم نامبرده ادامه داد (ICTR Press Release, 2003: 1).

دادگاه نظامی بین المللی نورمبرگ به عنوان اولین دادگاه بین المللی کیفری، محاکمه غیابی را پذیرفت. ماده (۱۲) منشور دادگاه نظامی بین المللی^{۱۶} مصوب ۸ آگوست ۱۹۴۵ مقرر می کرد: «اگر شخص متهم به جرائم مندرج در ماده (۶) این منشور به هر علتی یافت نشود یا در صورتی که دادگاه برگزار می محاکمه غیابی را برای اقامه عدالت ضروری بداند،



1 - Prosecutor v4Milosevic

1 - Prosecutor v5Barayagwiza

1 - Charter of the International Military Tribunal. London, 8 August 1945



دادگاه حق دارد این شخص را به صورت غیابی محاکمه کند». دادگاه نورمبرگ با استناد به همین ماده آقای مارتین بورمان^۱ را به طور غیابی محاکمه کرد و در تاریخ ۱ اکتبر ۱۹۴۶، وی را به اعدام محکوم کرد (Nuremberg tribunal Judgment, 1945: 171-2, 366).

ماده (۶۳) اساسنامه‌ی دیوان بین‌المللی کیفری، بر الزامی بودن حضور متهم در زمان رسیدگی به اتهامات نزد شعبه بدوی تاکید و تصریح کرده است. بند دوم این ماده نیز صرفاً به دادگاه بدوی اجازه داده است اگر متهم در امر دادرسی اخلاص نماید وی را اخراج نماید و بیرون از شعبه با استفاده از وسایل ارتباط جمعی و توصیه به وکیل خویش جریان دادرسی را مشاهده کند.

با این حال شرایط پیش آمده در جریان برخی پرونده‌ها سبب شد تا دیوان نیز از موضع خود عقب کمی عقب نشینی کند و در قالب سه ماده فرعی ۱۳۴/۳/۲ و ۱۳۴/۳/۱ به ماده (۱۳۴) قواعد دادرسی و ادله در سال ۲۰۱۳ دادرسی بدون حضور متهم در یک یا چند جلسه از مجموع جلسات رسیدگی در دادگاه بدوی را بپذیرد (رمضانی قوام آبادی، ۱۳۹۷: ۱۶۰).

۳. گستره دادرسی کیفری غیابی در حقوق ایران

نظام دادرسی کیفری نوین ایران که پس از پیروزی مشروطه خواهان پا به عرصه نهاد، از زمان لازم الاجرا شدن قانون موسوم به قوانین موقتی اصول محاکمات جزایی در ۹ رمضان ۱۳۳۰ هجری قمری مصادف با ۱۲۹۱/۵/۳۰ هجری خورشیدی که پس از فارسی سازی واژگان توسط فرهنگستان ایران در سال ۱۳۱۸ هجری خورشیدی (کیانوش، ۱۳۸۱: ۶۴) به آیین دادرسی کیفری تغییر نام داد تا زمان تصویب و لازم الاجرا شدن قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ هجری خورشیدی تغییرات فراوانی به خود دیده است. یکی از این





تغییرات در حوزه دادرسی کیفری غیابی است که سیر تحولی این تغییرات و علل و آثار آن جالب توجه است.

۳-۱. روند تغییرات قانونگذاری

دادرسی و محکومیت کیفری غیابی در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۲۹۱ خورشیدی تنها برای جرایم خلافی و جنحه پیش بینی شده بود و تجویز دادرسی و محکومیت غیابی در جرایم جنایی در دوم خرداد ۱۳۳۹ خورشیدی به موجب قانون راجع به تجویز دادرسی غیابی در امور جنایی و در قالب ماده واحده و چهار تیصره رسمیت یافت. برابر منطوق این ماده واحده رسیدگی غیابی در امور جنایی مشروط به متواری بودن متهم و مقدور نبودن احضار و جلب وی می باشد. همچنین ذیل این ماده واحده رسیدگی به دادخواست مدعی خصوصی در ضمن رسیدگی غیابی به جرم ممنوع کرده است. این امر نشان می دهد تجویز دادرسی غیابی در امور جنایی نه به هدف تامین منافع بزه‌دهیده بلکه به انگیزه جلوگیری از معطل ماندن پرونده در دادگاه جنایی و در نتیجه مختومه کردن سریعتر پرونده صورت گرفته است. این ماده واحده و همچنین ماده (۳۱۵) و ماده (۲۷۳) اصلاحی سال ۱۳۳۷ خورشیدی قانون آیین دادرسی کیفری با محدود کردن دادرسی کیفری غیابی به مواردی که متهم متواری است و عذر موجهی برای عدم حضور ندارد در واقع بیان گر این است که قانونگذار اصل حضوری بودن دادرسی کیفری و استثنایی بودن دادرسی کیفری غیابی را مد نظر داشته است.

اولین قانون مهم پس از پیروزی انقلاب که در راستای احیای نظام دادرسی اتهامی اسلام محکومیت غیابی را محدود ساخت قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری بود که در ۱۳۶۱/۶/۶ تصویب شد. به موجب ماده (۲۹۰) اصلاحی «در جرایم و اموری که جنبه حق الهی دارند محاکمه متهم حتما بایستی با حضور متهم صورت گیرد و در چنین مواردی دادگاه های کیفری مجاز به محاکمه و صدور حکم غیابی نمی باشند». به رغم افت و خیزهای بسیار در امر قانونگذاری و حتی شکست طرح دادگاه های عام و احیای مجدد دادسرا و در نتیجه پذیرش دوباره نظر آن دسته از حقوق دانان که پایبندی به نظام مختلط را گریز ناپذیر می دانستند (آشوری، ۱۳۷۶ : ۲۳۸-۲۳۶) حکم ماده (۲۹۰)





اصلاحی همچنان در قوانین بعدی با تغییراتی جزئی پابرجا ماند. در عین حال ماده (۲۱۷) قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری صدور حکم غیابی در جرایم مربوط به حقوق الناس و نظم عمومی که جنبه حق الهی ندارند را به طور مطلق و بدون اشاره به شرط متواری بودن متهم و فقدان عذر موجه تجویز نمود. در تبصره (۲) این ماده نیز به درستی دادرسی صدور حکم برائت غیابی در جرائمی که جنبه حق الهی دارند را مجاز شمرد و ممنوعیت دادرسی غیابی را محدود به موردی نمود که قاضی بخواهد حکم به محکومیت متهم غایب صادر کند.

نهایتاً ماده (۴۰۶) قانون آیین دادرسی کیفری در تایید ماده (۲۹۰) اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۶۱/۶/۶ خورشیدی و البته با تغییراتی چند، محکومیت غیابی در جرایمی که جنبه حقوق الهی دارند را همچنان ممنوع اعلام کرد. سیاق ماده (۴۰۶) علاوه بر این که ابهاماتی را به وجود آورد به طرز عجیب و تاسف بار اصل حضوری بودن دادرسی کیفری را نادیده گرفته است و به نوعی اصل جواز محکومیت غیابی در همه جرایم را اعلام کرده است و محکومیت غیابی در جرایمی که جنبه حق الهی دارند را استثنا کرده است. ماده (۴۰۶) اشعار می دارد « در تمام جرائم به استثنای جرائمی که فقط جنبه حق الهی دارند، هر گاه متهم یا وکیل او در هیچ یک از جلسات دادگاه حاضر نشود با لایحه نفرستاده باشد، دادگاه پس از رسیدگی رای غیابی صادر می کند». به این قرار قانون جدید آیین دادرسی کیفری ایران بر خلاف آیات و روایات و تفسیر پیش گفته به وضوح «اصل غیابی بودن دادرسی کیفری» را انشاء کرده است و حکم محکومیت حضوری را به عنوان یک استثنا به جرایمی که فقط جنبه حق الهی دارند اختصاص داده است. به این قرار ماده (۴۰۶) نه تنها در بخش عمده ای از جرایم شرط متواری بودن و فقدان عذر موجه متهم غایب را کنار نهاد و به طور مطلق دادرسی و محکومیت غیابی را مجاز نموده است بلکه سیاق آن بر اصل بودن محکومیت غیابی و استثنایی بودن آن در جرایمی که فقط جنبه حق الهی دارند دلالت دارد. هر چند برخی تلاش کرده اند اصل حضوری بودن دادرسی را به جهت ذکر واژه «حضوری» در ماده (۳۰۳) قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی از این اده





استنباط کنند (کاظمی گلوردی، علیزاده، ۱۳۹۱: ۷۷) اما حقیقت آن است که منطوق این ماده هیچ دلالتی بر اصل حضوری بودن دادرسی ندارد. آن چه این ماده در مقام بیان آن است صرفاً ارایه معیار تفکیک بین یک دادرسی حضوری از دادرسی غیابی است!

۳-۲. ابهامات قانون آیین دادرسی کیفری در حوزه دادرسی غیابی

صرف نظر از ایراد مطروحه در مورد ماده (۴۰۶) قانون آیین دادرسی کیفری، محکومیت غیابی در نظام دادرسی کیفری ایران با چند ابهام روبروست که برخی از آنها مسبقاً به سابقه بوده و برخی به جهت تحولات جدید در قانون مجازات و قانون آیین دادرسی کیفری به وجود آمده است.

ابهام نخست ناظر به تغییر لحن ماده (۴۰۶) نسبت به قوانین قبلی است. منطوق ماده (۴۰۶) قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲ حکم غیابی در جرایمی که فقط جنبه حق الهی دارند را ممنوع کرده است. چنین عبارت پردازی جدیدی در ماده (۴۰۶) این سوال را مطرح می‌سازد که آیا منظور ماده (۴۰۶) آن دسته از جرایم حق الهی است که مانند شرب خمر و ارتداد و زنا و لواط و مساحقه وصفی کاملاً دینی دارند یا سایر جرایم حق الهی و حدودی مانند سرقت از حرز، سرقت مسلحانه و راهزنی را نیز در بر می‌گیرد. با توجه به این که نظر اجماعی فقهای امامیه ناظر به همه جرایم حق الهی است؛ بنابراین این چنین ابهامی را نمی‌توان به تردید صاحب شرایع در صدور حکم محکومیت غیابی در جرایم مختلط مانند سرقت و یا مخالفت علمی برخی فقها با نظر اجماعی به عنوان یک رویکرد جدید، نسبت داد و چنین نتیجه گرفت که منظور قانونگذار از ذکر واژه «فقط»، جرایمی است که جنبه حق الهی صرفاً مانند شرب خمر و روابط نامشروع غیر کرهی و عنفی بوده است. بلکه بی تردید ذکر واژه «فقط» قبل از جرایم حق الهی، به قصد خارج کردن آن دسته از جرایمی بوده است که جنبه عمومی دارند و ممکن است به جهت منطوق



۱- حکم دادگاه حضوری است مگر آن که خواننده با 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 با اختطاریه ابلاغ واقعی نشده باشد.



بند الف ماده (۸) قانون آیین دادرسی کیفری، در ردیف جرایم حدی قرار بگیرند. ماده (۲۱۷) قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری نیز به صراحت صدور حکم غیابی در جرایم عمومی غیر حق الهی را مجاز شناخته بود. بنابر این عبارت فقط در جرایمی که جنبه حق الهی دارند با نظر برخی فقها و حقوق دانان فقه عامه که جنبه حق الهی و جنبه عمومی را برابر انگاشته اند و قبلا به آن اشاره شد، مغایر است.

ابهام دوم این است که آیا ممنوعیت دادرسی و محکومیت غیابی در ماده (۴۰۶) قابل تسری به تعزیرات منصوص نیز می باشد. قانونگذار ایرانی در قانون آیین دادرسی کیفری و قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ اصطلاح تعزیرات منصوص شرعی را به منظور جدا کردن این جرایم از قواعد و اصول حاکم بر تعزیرات غیر منصوص به کار برده است. لذا این سوال مهم قابل طرح است که آیا محکومیت غیابی در تعزیرات منصوص مشمول ممنوعیت ماده (۴۰۶) قانون آیین دادرسی کیفری می شود؟ با عنایت به این که در این دو قانون جدید التصویب قانونگذار تسری احکام ناظر بر تعزیرات غیر منصوص در چند مورد مهم نظیر مرور زمان، تعویق، تعلیق مجازات و اعتبار احکام کیفری دادگاه های خارجی بر تعزیرات منصوص را به مانند حدود منع کرده است، به نظر می رسد ماده (۴۰۶) قانون آیین دادرسی کیفری، تعزیرات منصوص شرعی را نیز در بر می گیرد؛ زیرا آنچه موجب شده تا قانونگذار احکام تعزیرات غیر منصوص را بر تعزیرات منصوص بار نکند وصف حق الهی تعزیرات منصوص به مانند حدود است و الا صرف معین بودن مجازات تعزیری دلیلی برای عدم شمول احکام تعزیرات غیر منصوص نمی شود. علاوه بر این تمامی مصادیق تعزیرات منصوص ماهیت حق الهی محض دارند. موارد مصرح در قانون مجازات مانند جماع با زوجه متوفا (ماده ۲۲۲ قانون مجازات اسلامی)، تقبیل و ملامسه همجنس از روی شهوت (ماده ۲۳۷ قانون مجازات اسلامی) و تقبیل و مضاجعه زن و



۱- ماده (۸) و بند الف اشعار می دارد: محکومیت به کیفر می تواند دو حیثت داشته باشد الف- حیثت عمومی از جهت تجاوز به حدود و مقررات الهی یا تعدی به حقوق جامعه و اخلال در نظم عمومی.

۲- رک به تبصره (۲) ماده (۱۱۵) قانون مجازات اسلامی و تبصره (۲) ماده (۱۴) قانون آیین دادرسی کیفری



مرد (ماده ۶۳۷ قانون تعزیرات) و غیر مصرح مانند نزدیکی با زوجه در حال حیض و خوابیدن تحت ازار واحد جملگی وصف حق الهی محض دارند.

سومین ابهام در ماده (۴۰۶) که در قوانین سابق نیز وجود داشت این است که آیا عبارت «وکیل او» در این ماده شامل وکیل تسخیری نیز می شود و یا فقط ناظر بر وکیل تعیینی توسط متهم است. در برخی آراء قضایی حضور وکیل تسخیری در جلسه رسیدگی به مثابه حضور متهم غایب در نظر گرفته شده است و حکم صادره بر همین مبنا حکمی حضوری لحاظ شده است. این نظر به یقین خلاف تعریف عقد وکالت و اصول دادرسی منصفانه می باشد و ناشی از برداشتی غلط از معنای «وکیل» در عبارت وکیل تسخیری است. توضیح آن که سمت وکیل زاییده یک واقعه حقوقی به نام عقد وکالت است. لذا کلمه «وکیل» در عبارت وکیل تسخیری به معنای مدافع قانونی است که البته به جهت انتخاب این مدافع قانونی از بین وکلای دادگستری عنوان وکیل تسخیری به وی اطلاق شده است. بنابراین عبارت «وکیل او» در ماده (۴۰۶) قانون آیین دادرسی کیفری تنها ناظر به وکیل انتخابی توسط متهم است و در صورت حضور وکیل تسخیری و در واقع مدافع قانونی و عدم حضور متهم در جلسه رسیدگی حکم صادره حکمی غیابی محسوب خواهد شد.

۳-۳. تفاوت حکم غیابی در حقوق ایران و حقوق فرانسه

آیین دادرسی مدنی و آیین دادرسی کیفری فرانسه به یکسان، ابلاغ واقعی احضاریه حضور در جلسه رسیدگی را در حکم حضور در جلسه رسیدگی محسوب کرده و حکم صادره علیه محکوم غایب را حضوری فرض کرده است و آیین دادرسی مدنی ایران نیز به پیروی از قانونگذار فرانسوی در ماده (۳۰۶) ابلاغ واقعی حضور در جلسه رسیدگی را همانند حضور یا ارسال لایحه توسط خواننده در نظر گرفته است. پاراگراف پایانی ماده (۳۱۶) اصلاحی ۱۳۷۷/۵/۱ هجری خورشیدی قانون آیین دادرسی کیفری ۱۲۹۱ هجری



خورشیدی نیز حکم صادره در جرایم جنحه ای بدون حضور متهم را در صورت ابلاغ واقعی جلسه رسیدگی، حکمی حضوری محسوب کرده بود!

اما قانون آیین دادرسی کیفری در ماده (۴۰۶) این رویکرد را نپذیرفته است و ابلاغ واقعی را موجب و بهانه‌ای برای حضوری محسوب کردن حکم و محروم کردن محکوم غایب از حق واخواهی لحاظ نکرده است. آن چه مسلم است ابلاغ واقعی وقت رسیدگی نسبتی با حضوری بودن رسیدگی و حکم محکومیت ندارد و با موازین شرعی در خصوص حکم غیابی نیز ناسازگار است؛ زیرا در هر حال متهم در جلسه رسیدگی حضور نداشته است. حضوری محسوب کردن حکم محکومیت در مواردی که وقت رسیدگی ابلاغ واقعی شده است در دعاوی حقوقی به استناد حفظ اقتدار دادگاه و جلوگیری از واخواهی منجر به اطلاع دادرسی (رضایی نژاد، ۱۳۹۰: ۱۹۳) تا حدی قابل توجیه باشد اما این توجیه در مورد امور کیفری که باید نسبت به حقوق متهم و سواس و دقت به مراتب بیشتری خرج داد قابل پذیرش نیست. بنابراین عدم پیروی قانون آیین دادرسی کیفری از نظام دادرسی فرانسوی مطابق با شرع و نظام دادرسی اسلام می باشد و جای خوشوقتی است که در این مورد قانون آیین دادرسی کیفری از قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی تبعیت نکرده است.

۴. تطبیق ماده ۴۰۶ با معیار های حقوق عرفی و نظام مختلط

قانونگذار ایرانی در ماده (۴۰۶) قانون آیین دادرسی کیفری ضمن تاکید بر جواز مطلق حکم محکومیت غیابی صرفاً جرایم حق الهی را از شمول احکام غیابی مستثنی کرده است. این استثنا نسبت به آن دسته از جرایم حق الهی که موجب اختلال در نظم و امنیت عمومی می شود مانند محاربه و بغی و افساد با رویکرد امنیت مدار و اقتدار گرای نظام مختلط و نظام دادرسی کیفری ایران که نظم عمومی، امنیت و اقتدار دولت و دادگاه را بر

۱- عبارت پایانی ماده (۳۱۶) چنین است: در مورد احکام موضوع این ماده هر گاه وقت دادرسی به متهم ابلاغ واقعی نشده باشد... حکم غیابی محسوب و ظرف مدت ده روز از تاریخ ابلاغ قابل واخواهی در همان دادگاه است.





دادرسی منصفانه ترجیح می دهد، مطابقت ندارد. ممنوعیت حکم محکومیت غیابی در جرایمی مانند سرقت مسلحانه و راهزنی و اخلال در نظام اقتصادی مشمول حد محاربه و افساد فی الارض و به عکس جواز محکومیت غیابی در سرقت مسلحانه، راهزنی و افساد تعزیری از منظر حقوقی و نظام مختلط قابل توجیه نیست. این دو گانگی عملاً سبب می شود مجرم خطرناک تر از ارفاق بیشتری برخوردار شود. برای مثال برابر ماده (۴۰۶) قانون آیین دادرسی کیفری، فردی که متهم به جرم افساد فی الارض از طریق اختلاس کلان شده است و از کشور گریخته است را نمی توان غیاباً محکوم نمود اما متهم به اختلاس جزئی را در صورت فرار و عدم دسترسی می توان برابر ماده (۴۰۶) قانون آیین دادرسی کیفری غیاباً به مجازات تعزیری محکوم کرد. این اشکال زمانی بیشتر خود نمایی می کند که ساختار نظام دادرسی کیفری ایران در جرایم عمومی مانند اختلاس امکان مصادره و تملک اموال به دست آمده از جرم بدون حکم کیفری را نمی دهد.

۵. تطبیق ماده ۴۰۶ با حقوق شرعی

هر چند مطابق آن چه بیان شد حق آن بود که فقهای امامیه روایات ناظر به ممنوعیت حکم محکومیت غیابی را اصل و روایت باقرین (علیهما السلام) را استثنا در نظر می گرفتند و حکم محکومیت غیابی را به دعاوی حقوقی محدود می ساختند؛ اما با عنایت به تصریح ماده (۴۰۶) قانون آیین دادرسی کیفری این سوال مطرح می شود که ملاک نظر اجماعی در ممنوعیت دعوی حق الهی ناظر به کدام جرایم است. از این منظر دو فرض کاملاً متعارض قابل تصور است. فرض نخست این است که نظر اجماعی ناظر به جرایم حدی و نهایتاً تعزیرات منصوص است و فرض دوم این است که نظر اجماعی به تمامی جرایم حدی و غیر حدی قابل تعمیم است. هر چند این برداشت مورد قبول قانونگذار و رویه قرار گرفته است و عبارت جرایم حق الهی در دکترین فقهی معاصر بر جرایم حدی اطلاق می شود اما این نظر قابل خدشه است. دقت در عبارات فقهای متقدم نشان می دهد که اولاً طلایه داران نظر اجماعی عنوان «جرایم حق الهی» را به کار نبرده اند بلکه از دو عنوان حقوق الله و حقوق الناس استفاده کرده اند. شاید به همین دلیل قانونگذار ایرانی در ماده





(۲۹۰) قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۶۱/۶/۶ واژه «امور» را نیز بعد از واژه «جرائم» آورده است تا دعاوی حقوقی حق الهی را نیز مشمول حکم ممنوعیت دادرسی غیابی نماید. ثانیاً فقهای امامیه در مقام بیان جواز حکم غیابی در حقوق الناس از دعاوی حقوقی مانند دیون و عقود مثال آورده اند و ذکر از جرائم حق الناس نکرده اند ثالثاً فقها قاعده درء و تخفیف و عدم احتیاط را به جرائم تعزیری نیز تعمیم داده اند (قبله ای خویی، ۱۳۹۳: ۱۶۲). قانونگذار ایرانی نیز در پیروی از این نظر در ماده (۱۲۰) قانون مجازات اسلامی مصوب (۱۳۹۲) هجری خورشیدی قاعده درء را به همه مجازات ها تعمیم داده است.

بنابر این فرض جواز حکم غیابی در دیگر جرائم بر مبنای نظر اجماعی و به ویژه فقهای متقدمی مانند شیخ طوسی مسلم و قطعی نیست. آن چه به قطع و یقین قابل انتساب به بنیان گذاران نظر اجماعی است جواز حکم غیابی در دعاوی حقوقی مانند عقود و دین است.

نتیجه گیری

قانون آیین دادرسی کیفری ایران تحت تاثیر نظام دادرسی مختلط، دادرسی کیفری غیابی را توسعه داده است و در تبعیت از نظر اجماعی حکم غیابی در جرائم حق الهی را منع نموده است. ساختار امنیت محور و اقتدار گرای نظام دادرسی مختلط که قانون آیین دادرسی کیفری ایران از آن تاثیر پذیرفته است نه تنها با اصل حضوری بودن دادرسی و ممنوعیت دادرسی غیابی در دعاوی کیفری همخوانی ندارد بلکه ممنوعیت موردی حکم غیابی در حدود را نیز نمی پذیرد؛ زیرا معقول نیست در جرائم کم اهمیت تر محاکمه غیابی مجاز شناخته شود اما در جرائم با اهمیت تر، منع گردد. بنابراین قانون آیین دادرسی کیفری ایران زمانی پذیرای اصل حضوری بودن دادرسی و به تبع ممنوعیت صدور حکم محکومیت غیابی خواهد بود که ساختار تفتیشی و امنیت مدار و اقتدار گرای آن رنگ باخته و صبغه ای اتهامی به خود گیرد. لذا پیروی از رویکرد امنیت محور و اقتدار گرای نظام مختلط می طلبد محکومیت غیابی در جرائم حدی که جنبه نظم عمومی دارند نیز مجاز





شناخته شود و ممنوعیت حکم محکومیت غیابی محدود به آن دسته از جرایم حدی گردد که مانند زنا و لواط و مساحقه غیر عنفی و شرب خمر و صف ارزشی و دینی دارند. به عکس تبعیت از نظام اتهامی اسلام و اصول حاکم بر آن به طور عام و جمع روایات ناظر بر دادرسی حضوری و غیابی به شیوه ای که بیان شد نیازمند اصلاح ماده (۴۰۶) قانون آیین دادرسی کیفری به گونه ای است که صدور هر گونه حکم محکومیت کیفری غیابی را منع نماید و در عین حال صدور حکم ضررو زیان ناشی از جرم و رد مال و ضبط و مصادره اموال ناشی از جرم را بدون نیاز به حکم محکومیت کیفری آسان سازد.

پیشنهاد

هر یک از رویکردهای پیش گفته اصلاح قانون آیین دادرسی کیفری را ضروری می سازد. در ذیل مواد پیشنهادی برای اصلاح قانون آیین دادرسی کیفری بر پایه هر یک از نظرات پیش گفته را آورده ایم. پیشنهاد نخست با ساختار قانون آیین دادرسی کیفری و روند جاری و نیازمندیهای کوتاه مدت آن هماهنگ است و بر یکپارچگی بیشتر نظام مختلط فعلی می افزاید. اما اجرای پیشنهاد دوم مستلزم تغییر الگو در نظام دادرسی کیفری ایران است. تغییری که بازگشت به مبانی و اصول دادرسی اتهامی اسلام و دوری از رویکرد امنیت مدار و اقتدار گرای نظام مختلط را می طلبد.

الف- اصلاح ماده (۴۰۶) در تبعیت از نظام دادرسی مختلط و رویکرد امنیت محور و اقتدار گرا:

«در تمام جرایم به استثنای آن دسته از جرایم حق الهی که فاقد وصف عمومی و حق الناسی هستند شامل شرب خمر و روابط نامشروع غیر اکراهی، هر گاه به رغم ابلاغ، متهم یا وکیل او در هیچ یک از جلسات دادگاه حاضر نشود با لایحه دفاعیه نفرستاده باشد دادگاه پس از رسیدگی رای غیابی صادر می کند.

ب- اصلاح قانون آیین دادرسی کیفری در تبعیت از نظام اتهامی اسلام و اصل حضوری بودن دادرسی اسلامی:





۱- اصلاح ماده (۴۰۶) «محکومیت غیابی در تمامی دعاوی کیفری ممنوع است. در صورت غیبت متهم یا وکیل او در جلسه رسیدگی اقدامات لازم برای حضور اجباری متهم به دادگاه از طریق کفیل و وثیقه گذار و یا جلب متهم جهت حضور در جلسه رسیدگی صورت خواهد گرفت.

۲- اصلاح ماده (۲۰) قانون آیین دادرسی کیفری:

سقوط دعاوی عمومی موجب سقوط دعاوی خصوصی نیست. «همچنین در موارد عدم حضور متهم در جلسه رسیدگی به رغم ابلاغ وقت حضور، دادگاه در صورت احراز مجرمیت نسبت به رد مال یا ضبط و مصادره اموال به دست آمده از جرم حکم غیابی صادر می کند. واخواهی از این رای منوط به حضور محکوم علیه در دادگاه است. همچنین اجرای حکم غیابی در این مورد بدون سپردن تامین و معرفی کفیل از سوی شاکی صورت خواهد گرفت.

منابع

- ۱) اسپنسر، جی. آر، ۱۳۸۴ ش، آیین دادرسی کیفری انگلستان، ترجمه: گودرزی بروجردی، مقدادی، لیلا، تهران، انتشارات جنگل.
- ۲) استفانی، گارسون و همکاران، ۱۳۷۷ ش، آیین دادرسی کیفری، ترجمه حسن دادبان، تهران، انتشارات دانشگاه علامه، ج ۱.
- ۳) آخوندی، محمود، ۱۳۸۷ ش، آیین دادرسی کیفری، تهران، سازمان چاپ و انتشارات وزارت ارشاد، ج ۶.
- ۴) آشوری، محمد، ۱۳۷۶ ش، عدالت کیفری مجموعه مقالات، تهران، انتشارات گنج دانش.
- ۵) -----، ۱۳۸۵ ش، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، تهران، انتشارات سمت، ج ۱.
- ۶) آقایبی جنت مکان، حسین، ۱۳۸۸ ش، تشکیل دادگاه ویژه برای لبنان؛ نگاهی متفاوت در حقوق کیفری بین المللی، فصلنامه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۹، ش ۲.





- (۷) -----، ۱۳۸۹ش، دادرسی غیابی در امور کیفری؛ مبانی و دلایل، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، ش ۱.
- (۸) ابوداود، سلیمان بن الأشعث بن اسحاق بن بشیر بن شداد بن عمران الأزدی السجستانی، سنن ابوداود، مکتبه العصریه، بیروت، کتابخانه مجازی مدرسه فقاہت، ج ۳.
- (۹) ابن ماجه، ابو عبدالله محمد بن یزید ربیع قزوینی، سنن ابن ماجه، دار إحياء الكتب العربیة، کتابخانه مجازی مدرسه فقاہت، ج ۲.
- (۱۰) الشریفین، یوسف، ۲۰۱۵ م، الاعتراض علی الحكم الغیابی فی قانون أصول المحاکمات الشرعیة الأردنی، مجله المناره مجلد ۲۱، عدد ۴.
- (۱۱) الزحیلی، وهبه، ۱۴۰۹ق، الفقه الاسلامی و ادلته، الجزء السادس، دمشق، دار الفکر.
- (۱۲) الکاسانی، أبو بکر بن مسعود بن أحمد، ۱۴۰۲ق، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، بیروت، دار الكتاب العربی، ج ۶.
- (۱۳) بروجردی، سیدحسین، ۱۳۸۷ش، جامع احادیث شیعه، ترجمه احمد اسماعیل تبار و همکاران، تهران، فرهنگ سبز، ج ۳۰.
- (۱۴) بیگ زاده، ابراهیم، ۱۳۸۸ش، دادگاه ویژه برای لبنان: گامی در راه گسترش مبارزه با بی کیفری، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۴۹.
- (۱۵) تدین، عباس، ۱۳۸۸ش، آیین دادرسی کیفری فرانسه، تهران، معاونت حقوقی و توسعه قضایب قوه قضایه.
- (۱۶) جاهد، محمدعلی و همکاران، ۱۳۹۳ش، بررسی اجمالی مبانی، شرایط و آثار واخواهی در امور کیفری، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال پنجم، ش ۱.
- (۱۷) حر عاملی، محمد بن الحسن، ۱۴۱۶ق، وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ج ۱۸.
- (۱۸) حسینی حائری، سید کاظم، ۱۳۸۷ش، کتاب القضاء فی الفقه الاسلامی، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
- (۱۹) رضایی نژاد، همایون، رضایی نژاد، امیرحسین، ۱۳۹۰ش، حکم غیابی: حرکت از مبانی به سمت رویکرد نوین، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۵، ش ۷۵.



- (۲۰) رمضان‌قوام‌آبادی، محمدحسین، ۱۳۹۷ش، حضوری بودن محاکمه و استثنائات وارد بر آن در دیوان کیفری بین‌المللی، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال دوم، ش ۹.
- (۲۱) ساریخانی، عادل، اسلامی‌نیا، قاسم، ۱۳۹۳ش، بررسی تبدیل قصاص به دیه با فوت قاتل یا عدم دسترسی به وی، مجله مطالعات حقوقی شیراز، دوره ششم، ش ۴.
- (۲۲) شریعت‌باقری، محمدجواد، ۱۳۹۰ش، اسناد دیوان کیفری بین‌المللی، تهران، انتشارات جنگل، چ ۲.
- (۲۳) شمس، عبدالله، ۱۳۸۱ش، آیین دادرسی مدنی، تهران، انتشارات میزان.
- (۲۴) -----، ۱۳۹۳ش، آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته، ج ۲، چاپ ۳۴، تهران، انتشارات دراک، چ ۳۴، ج ۲.
- (۲۵) صالحی، محمدخلیل، ۱۳۷۴ش، ماهیت حقوقی دیه و ضمان عاقله، مجله بصیرت (پژوهش‌های مدیریت راهبردی فعلی) ش ۹ و ۱۰.
- (۲۶) طباطبائی، سیدمحمدحسین، ۱۳۷۴ش، میزان فی تفسیر القرآن، ترجمه: سیدمحمدباقر موسوی‌همدانی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چ ۵، ج ۱۷.
- (۲۷) طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن، ۱۴۰۷ق، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱، ج ۶.
- (۲۸) طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن (۱۳۵۱ه.ش)، المبسوط فی فقه الامامیه، الجزء الثامن، مکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- (۲۹) فضایی، مصطفی، ۱۳۸۹ش، دادرسی عادلانه در محاکمات کیفری بین‌المللی، تهران، انتشارات شهر دانش، چ ۲.
- (۳۰) قبله‌ای‌خویی، خلیل، ۱۳۹۳ش، قواعد فقه (۱) بخش جزا، تهران، انتشارات سمت.
- (۳۱) کاظمی‌گودرزی، علیزاده، محمدجواد، ۱۳۹۱ش، دادرسی غیابی در پرتو قواعد فقهی، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال نهم، ش ۳۰.
- (۳۲) کسسه، آنتنیو، ۱۳۸۷ش، حقوق کیفری بین‌المللی، ترجمه حسین پیران و سایرین، تهران، انتشارات جنگل.
- (۳۳) کیانونش، حسن، ۱۳۸۱ش، واژه‌های برابر در فرهنگستان ایران، انتشارات سروش.





۳۴) گلپایگانی، محمدرضا، ۱۳۸۳ش، القضا و الشهادات (تقریرات) تألیف سیدعلی حسینی میلانی، قم، انتشارات حقایق، کتابخانه دیجیتال نور، ج ۱.

۳۵) لارگیه، ژان، ۱۳۷۸ش، آیین دادرسی کیفری فرانسه، ترجمه حسن کاشفی اسماعیل زاده، تهران، گنج دانش.

۳۶) محمدیان، محمد، ۱۳۹۶ش، علی از زبان علی، تهران، دفتر نشر معارف.

۳۷) مکارم شیرازی، ناصر، ۱۳۷۴ش، تفسیر نمونه، تهران، دارالکتب الإسلامیه، ج ۱، ج ۱۹.

۳۸) موسوی اردبیلی، عبدالکریم، ۱۴۰۸ق، فقه القضا، قم، انتشارات مکتبه امیرالمؤمنین.

۳۹) نجفی، محمدحسین، ۱۳۹۸ق، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران، انتشارات دارالکتب الإسلامیه، ج ۴۰.

۴۰) یوسفی، ایمان، ۱۳۹۲ش، تحقیقات مقدماتی در آیین دادرسی کیفری، تهران، انتشارات جاودانه.

- 41) African Charter on Human and Peoples' Rights (Banjul Charter), (1981), Nairobi, Kenya.
- 42) Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal. London, 8 August 1945 Criminal Procedure Code of the Netherlands (trans.) as of (2014).
- 43) Ali Maleki v. Italy, Decision, HRC, Communication No. 699/1996, 15 July (1999).
- 44) Alex Thomas v United Republic of Tanzania, African court on Human and peoples' rights, Judgment of 20 November (2015).
- 45) AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS "PACT OF SAN JOSE, COSTA RICA" (B-32), 22 November (1969).
- 46) Amnesty International, Making the Right Choices II, June (1997).
- 47) Casesse, Antonio,(2008), International criminal Law, Oxford University Press, Second Ed.
- 48) Code de procédure pénale de la France (Etat 2015)
- 49) Code de procédure pénale Suisse, 5 octobre 2007 (Etat le 1er janvier 2016)
- 50) Colozza v. Italy, ECtHR, Appl. No. 9024/80, Judgment, 12 February (1985).
- 51) Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, (1950).
- 52) Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia (ECCC) Internal Rules of Procedure, September 11, (2009).

- 53) Gardner, Maggie, (2011), "Reconsidering Trials in Absentia at the Special Tribunal for Lebanon: An Application of the Tribunal's Early Jurisprudence", *George Washington International Law Review*, 43 .
- 54) Garner, Bryan A,(2004), *Black's Law Dictionary*, New York, Thomson West publication, 8th Ed.
- 55) Gilligan, Francis A. and Imwinkelried, Edward J,(2005), "Waiver' Raised to the Second Power: Waivers of Evidentiary Privileges by Lawyers Representing Accused Being Tried in Absentia. " *South Carolina Law Review*, 56.
- 56) GULATION NO. 2000/30 of United Nations transitional Administration in East Timor (UNTATE) On Transitional Rules of Criminal Procedure
- 57) <https://publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd020220/jones-1.htm>.
- 58) International Covenant on civil and Political Rights, (1966)
- 59) International Human Rights Law", *Journal of International Criminal Justice*, 8 , (2010).
- 60) International Military Tribunal (Nuremberg), Judgement of 1 October (1946), in the Trial of German Major War Criminals.
- 61) Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, (2006), *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1, Oxford University Press, Second Ed.
- 62) Jenks, Chris,(2009), "Notice Otherwise Given: Will In Absentia Trials at the Special Tribunal For Lebanon Violate Human Rights?", *Fordham International Law Journal*, 33.
- 63) Jordash, Wayne and Parker, Tim,(2010), "Trials in Absentia at the Special Tribunal for Lebanon: Incompatibility with International Human Rights Law *Journal of International Criminal Justice*, 8, 2.
- 64) Knudsen, Ara, Hanafi, Sara,(2013), "Special Tribunal for Lebanon (STL): Impartial or Imposed International Justice?", *Nordic Journal of Human Rights*, 31:2.
- 65) *Krombach v. France*, ECtHR, Application no. 29731/96, Judgment, 13 February (2001), para. 85.
- 66) *Lebanese Code of Criminal Procedure*, 7 August (2001)
- 67) *Makarenko v. Russia*, ECtHR, appl. No. 5962/03, Judgment, 22 December (2009)
- 68) *Mbenge v. Zaire*, HRC communication No.16/1977. Reported at 78 ILR 18, 19, UNHR comm. (1983)
- 69) Monroe H. Freedman, *Our Constitutionalized Adversary System*, Maurice A. Deane School of Law at Hofstra University





- 70) Nidhal Mekki, "Le Tribunal spécial pour le Liban", Lecture donné au Cycle II de séminaires à Université La Sapienza, Rome «Les droits de l'homme et des juridictions pénales internationales, Novembre (2009).
- 71) Pons, Niccolo, (2010), "Some remarks on in Absentia Proceedings before the Special Tribunal for Lebanon in case of a State's Failure or Refusal to Hand over the Accused," Journal of International Criminal Justice, 8 .
- 72) Press Release, ICTR, Three Media Leaders Convicted for Genocide, ICTR/INFO-9-2-372.EN, Dec. 3, (2000)
- 73) Prosecutor v. Against Issa Hassan Sesay and others, Ruling on the Issue of the Third Accused, Augustine Gabo, to Attend Hearing of The Special Court for Sierra Leone on July (2004) and Succeeding Days, Case No.SCSL-04-15-T, Doc. No. 7148-7153, 12 July (2004).
- 74) Prosecutor v. Ayyash et. al., Special Tribunal for Lebanon, Appeals Chamber Decision on Defense Appeals against Trial Chamber's Decision on Reconsideration of the Trial in absentia Decision (STL, 11-01-PT/AC/AR/126.1), 1 November (2012).
- 75) Prosecutor v. Ayyash et. al., Special Tribunal for Lebanon, Trial Chamber Decision to Hold Trial in Absentia (STL-11-01/I/TC), 1 February (2012)
- 76) Prosecutor v. Barayagwiza, Judgment, Case No. ICTR 99-52-T, Dec. 3, (2003).
- 77) Prosecutor v. Hassan Habib Merhi, Special Tribunal for Lebanon, Trial Chamber, Decision to Hold Trial in Absentia (STL-13-04/I/TC), 20 December (2013).
- 78) Riachy, Ralph,(2010) "Trials in Absentia in the Lebanese Judicial System and at the Special Tribunal for Lebanon, Challenge or Evolution?", Journal of International Criminal Justice, 8.
- 79) Rules of procedure and Evidence of the Special court for Sierra Leon, as Amended on 28, May, (2010).
- 80) Rules the Procedure and Evidence of the Special Tribunal of Lebanon, adopted on 20 March 2009, amended on 9 April (2013).
- 81) Safferling, Christoph,(2001) Towards an International Criminal Procedure, New York, Oxford University Press.
- 82) Scholarly Commons at Hofstra Law,(1998) , Vol. 1:57.
- 83) Sejdovic v. Italy, ECtHR, Appl. No. 56581/00, Judgment, 1 March (2006).
- 84) Shapiro, Eugene L,(2012). "Examining an Underdeveloped Constitutional Standard: Trial in Absentia and the Relinquishment of a Criminal Defendant's Right to be Present", Marquette Law Review, 96.

- 85) Stargin, Stan and Selth, Johanna,(2005), "Cambodia and the Right to Be Present: Trials in Absentia in Draft Criminal Procedure Code", Singapore Journal of Legal Studies, 170 .
- 86) Statute of International Criminal Court, as Amended in (2010)
- 87) Statute of the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, as updated on (2009)
- 88) Statute of the International Criminal tribunal for Ruanda, as amended on 14 August (2002)
- 89) Statute of the Special Court for Sierra Leone, (2002)
- 90) Statute of the Special Tribunal of Lebanon Annexed to the United Nations Security Council Resolution 1757, May 30, (2007)
- 91) United Nations Secretary-General Report of the Secretary-General on the Establishment of a Special Tribunal for Lebanon, U.N. Doc. S/893/2006 (Nov. 15, 2006)
- 92) United States Federal Rules of Criminal Procedure (As amended to December 1, 2015)
- 93) Wedgwood, Ruth,(1994), "War Crimes in the Former Yugoslavia: Comments on the International War Crimes Tribunal", Faculty Scholarship Series, Paper 2276.
- 94) Zlick Graham,(1980), "The Criminal Trial and the Disruptive Defendant. Part two", The Modern Law Review, 43.

