

درآمدی بر «نظریه عمومی دادرسی» (مطالعه‌ای تطبیقی در روش شناسی تمهید نظریه عمومی)

مجید غمامی^{۱*}، اسماعیل شایگان^۲

دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران
دانش آموخته دوره دکترای حقوق خصوصی دانشگاه پاریس

دریافت: ۱۴۰۰/۲/۲۵ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۲۴

چکیده

در چند دهه اخیر حقوق دادرسی به عنوان رشته ای مستقل وارد ادبیات حقوقی برخی از کشورها شده و جایگاه درخوری نیز در دانشکده‌های حقوق و در بین عناوین درسی و گرایش‌های رشته حقوق به دست آورده است. حقوق دادرسی مفهوم آیین دادرسی را که به طور سنتی به تشریفات و تکنیک های دادرسی محدود می‌شود، اصلاح کرده و اصول و حقوق دادرسی را به عنوان مفاهیم ماهوی و بنیادین دادرسی، محور مطالعه قرار داده است. حقوق دادرسی با تبیین اصول و مفاهیم اساسی دادرسی، نظریه عمومی دادرسی کشور را ترسیم می‌کند. نظریه عمومی دادرسی از یک سو، بیانگر استقلال آیین‌های دادرسی از یکدیگر است و از سوی دیگر، نقطه پیوند آن‌ها را تشکیل می‌دهد. مبنای تمهید نظریه عمومی دادرسی، منابع و قواعد حقوقی مشترک آیین‌های دادرسی است. در این نوشتار، ضمن تبیین تاریخچه شکل‌گیری حقوق دادرسی، روش تمهید نظریه عمومی دادرسی در حقوق ایران مورد واکاوی قرار می‌گیرد.

واژگان کلیدی: حقوق دادرسی، اصول کلی دادرسی، نظریه عمومی دادرسی، اساسی‌سازی حقوق دادرسی



۱. مقدمه

آیین دادرسی به طور سنتی مجموعه‌ای از مقررات تشریفاتی تلقی می‌شده که در قیاس با حقوق ماهوی «قواعد دسته دوم» حقوقی به شمار می‌رفته است. در نگاهی سخاوتمندانه‌تر، آیین دادرسی به مرتبه ضمانت اجرای حقوق ماهوی صعود کرد ولی در همین مرتبه هم برخی از آن به مثابه ابزاری جهت اطاله در مسیر احقاق حقوق ماهوی نام برده‌اند. تحولات حقوقی در قرن بیستم مفهوم سنتی آیین دادرسی را متحول نموده و نقش و کارکردهای جدیدی برای آیین‌های دادرسی ترسیم کرده است. امروز باید آیین دادرسی را هم‌ردیف حقوق ماهوی شمرد و میان این دو پیوندی وثیق مشاهده کرد. تا حدی که گاه برخی از قواعد دادرسی در تغییر و تحول ماهیت حقوق ماهوی مؤثر می‌افتد. مانند آن که انصراف از حق دادخواهی، حق مدنی را به حق طبیعی تبدیل می‌کند. آیین دادرسی متکی بر اصول و حقوق (حق‌ها) دادرسی است و تشریفات دادرسی، ابزار اجرای این اصول محسوب می‌شوند. اعطای نقش محوری به اصول دادرسی و شناسایی نقشی وابسته برای تشریفات دادرسی، از نتایج تحولات حقوقی اواخر سده نوزدهم و سده بیستم بوده است. این تحولات موجب شده تا حقوق دادرسی به عنوان رشته‌ای مستقل از سایر گرایش‌های حقوق مورد مطالعه قرار گیرد. این استقلال سبب شده تا حقوق دادرسی به عنوان «علم» دادرسی شناخته شود و هدف آن، مطالعه آیین‌های دادرسی برای تمهید نظریه عمومی دادرسی تعیین گردد. ساماندهی نظری یا تئوریزه کردن دادرسی در پایش عملکرد صحیح جامعه مدنی و تأمین صلح و عدالت اجتماعی نقشی بی بدیل دارد. نظریه پردازان حقوقی به دلیل همین اهمیت، بر مبانی متفاوت و متعددی به بازشناسی سویه‌های آیینی هنجارهای اجتماعی اهتمام ورزیده‌اند تا آن را از دیگر سویه‌های هنجارهای مدنی متمایز سازند. نظریه‌های گوناگونی پیشنهاد شده است که هر یک از منظرهای متفاوت به موضوع دادرسی نگریسته‌اند: از تئوری مشروعیت (Grossman, 2016, p. 104) در حقوق بین الملل تا عدالت آیینی (Bently, 1973, pp. 1070-1077) در فلسفه تحلیلی حقوق گرفته تا نظریه حقوق بشری اساسی سازی اصول دادرسی منصفانه (Kilinc, 2018, pp. 177-177) که آن را در پرتو حقوق عمومی تبیین می‌کند.

نقش و کارکرد حقوق دادرسی به مفهوم نظریه عمومی دادرسی، در حقوق فرانسه بیش از هر کشور دیگری محور مطالعه و پژوهش بوده است. به همین جهت در قدم نخست، مطالعه مفهوم، محتوا و جایگاه حقوق دادرسی در فرانسه، ضروری به نظر می‌رسد. در بخش نخست، بررسی خاستگاه حقوق دادرسی و مطالعه تحولات تاریخی این رشته حقوقی از یک طرف و سپس، تبیین جایگاه کنونی حقوق



دادرسی در فرانسه آمده است. این مطالعه، اختلاف نظر دادرسی‌دانان فرانسوی درباره شیوه تمهید نظریه عمومی دادرسی را آشکار می‌نماید. پس از مطالعه موضوع در حقوق فرانسه، امکان سنجی تمهید نظریه عمومی دادرسی در حقوق ایران بررسی می‌شود. به بیان ساده‌تر، پرسش مهمی که طرح و در بخش دوم این نوشتار به آن پاسخ داده می‌شود، امکان تمهید نظریه عمومی دادرسی در نظام حقوقی ایران است. اینکه آیا تمهید چنین نظریه‌ای ضروری است و در صورت مثبت بودن پاسخ، مبنای این نظریه چه خواهد بود؟ روش‌شناسی و متدولوژی تمهید این نظریه از اهمیت بسزایی برخوردار است؛ چرا که مطالعات بعدی حقوق دادرسی بر همان مبنا و روش استوار خواهد شد. به همین جهت، در این مقاله، بر شیوه و روش تمهید نظریه عمومی دادرسی در حقوق ایران پرداخته شده است. در این باره، جهت‌گیری دکترین، رویه قضایی و مقررات قانونی بررسی و راه حل پیشنهادی نیز تبیین خواهد شد.

۲. بخش نخست: حقوق دادرسی در فرانسه

حقوق دادرسی از زمان ظهور تا به امروز تحولات درخور توجهی را سپری کرده است. به منظور تبیین دقیق مفهوم حقوق دادرسی، جایگاه کنونی این رشته حقوقی در فرانسه بررسی می‌گردد (بند دوم) اما پیش از آن مناسب است تحولات تاریخی و خاستگاه این رشته نیز مورد مطالعه قرار گیرد (بند نخست).

بند نخست: خاستگاه و تحولات تاریخی حقوق دادرسی

ایده مطالعه یکپارچه آیین‌های دادرسی تحت عنوان «حقوق دادرسی» برای نخستین بار در حقوق ایتالیا طرح شده است. کیووندا^۱، استاد حقوق دادرسی در ایتالیا، اصطلاح (*diritto processuale*) را به منظور مطالعه «علم دادرسی» به کار برده و موضوعات ماهوی آیین‌های دادرسی را به منظور نشان دادن ارتباط بین آن‌ها و استخراج یک نظام حقوقی هماهنگ و منسجم مورد مطالعه قرار داده بود^۲. این استاد ایتالیایی بر این باور بود که بی‌اعتنایی به حقوق دادرسی که از نگاه

۱. Giuseppe Chiovenda (1872-1937).

۲. «Il était reserve à Chiovenda de donner figure vraiment scientifique à ce droit processuel, de mettre en lumière les multiples problèmes qu'il soulève, problèmes de fond autant que de forme, de montrer leur connexité et d'en tirer un système coherent et complet ». H. Vizioz, Giuseppe Chiovenda, Revue générale du droit, de la

عمل‌گرایانه به آیین دادرسی و نبود آگاهی از شیوه‌های صحیح مطالعه این رشته ناشی می‌شود، مانع از این شده تا حقوق دادرسی به عنوان یک رشته حقوقی مستقل مورد توجه قرار گیرد. بر این مبنا، کیووندا، حقوق دادرسی را به عنوان یکی از علوم حقوقی و مستقل از حقوق ماهوی مبنای دعوا در حقوق طرح نمود. از این منظر، این استاد ایتالیایی را می‌توان معمار «حقوق دادرسی» و آغازگر شیوه‌ای جدید در مطالعه آیین دادرسی به شمار آورد.

در فرانسه، ضرورت نگاه علمی به دادرسی و مطالعه اصول حاکم بر آیین دادرسی از نخستین سال‌های قرن بیستم قابل مشاهده است. هانری بنفیس، رییس وقت دانشکده حقوق دانشگاه تولوز، در سال ۱۹۰۱ چنین اعلام نظر کرد که «به آیین دادرسی می‌توان و باید بسان علم و هنر نگرسته شود. از جنبه علمی، موضوع آن عبارت است از اصول کلی حقوقی و قواعد بنیادینی که به عنوان سنگ بنای قانون، بنیان مقررات قانونی و دلیل توجیه‌کننده اوامر قانونی به شمار می‌آیند. این اصول، جوهر دادرسی و ماهیت ذاتی و حیاتی آن را تشکیل می‌دهند» (Bonfils, Traité élémentaire d'organisation judiciaire de compétence et de procédure, p. VII). این رویکرد در نوشته‌های دادرسی‌دانان فرانسوی در قرن بیستم ادامه پیدا کرد. هانری ویزیوز^۱، استاد دانشگاه بردو فرانسه، برای نخستین بار در مقاله‌ای که با عنوان «نکاتی پیرامون مطالعه آیین دادرسی مدنی» در سال ۱۹۲۷ در «مجله عمومی حقوق، قانون‌گذاری و رویه قضایی در فرانسه و دیگر کشورها» منتشر شد، اصطلاح

législation et de la jurisprudence, en France et à l'étranger, Reproduit in H. Vizioz, Etudes de procédure, Bordeaux, Editions Brière, 1956, réimpr. Dalloz, 2011, préf. S. Guinchard, pp. 169-170.

برای مطالعه درباره نظریات کیووندا، نک.

G. Chiovenda, Principii di Diritto processuale civile, Jovene Editore, 1965, Napoli.

۱. Henry Vizioz (1886-1948).

مجموعه نوشته‌ها و مقالات ویزیوز پس از مرگش با عنوان «مطالعات آیین دادرسی» برای نخستین بار در سال ۱۹۵۶ چاپ گردید.

انتشارات دالوز این کتاب را در سال ۲۰۱۱ با مقدمه گنشارد، استاد فرانسوی، باز نشر کرده است.



«حقوق دادرسی»^۱ را تحت تأثیر نوشته‌های استاد ایتالیایی خود، کیووندا، به کار برد^۲. هانری ویزیوز در نوشته‌های پسین خود، به ویژه در مقاله ای که در سال ۱۹۳۷ به مناسبت درگذشت کیووندا منتشر کرد^۳، نیز به این موضوع پرداخته است. هانری ویزیوز با انتقاد از روش مطالعه و تدریس آیین دادرسی در دانشکده‌های حقوق و محدود نمودن آن به تشریفات، فرم‌ها و تکنیک‌های دادرسی، بر ضرورت مطالعه مفاهیم بنیادین دادرسی تأکید کرده است. هر چند مطالعات هانری ویزیوز درباره مفهوم جدید حقوق دادرسی، به دلیل درگذشت ناگهانی وی، به نوشته‌ای مستقل در این زمینه منتهی نشد، با وجود این، ابتکار عمل وی در طرح موضوع و تبیین ضرورت توجه به حقوق ماهوی دادرسی و تعیین مفاهیم اصلی آن، نام وی را با «حقوق دادرسی» در فرانسه پیوند زده است^۴.

۱. Droit processuel.

«حقوق دادرسی» را می‌توان، در زبان فارسی، معادل مناسبی برای اصطلاح فرانسوی (Droit processuel) دانست که در این نوشتار نیز به کار برده شده است. مناسب است افزوده شود که اصطلاح حقوق دادرسی، همانطور که گفته شد، از واژه ایتالیایی (Dritto processuale) اقتباس شده و هانری ویزیوز آن را در زبان فرانسه به (Droit processuel) ترجمه کرده است. با وجود اینکه هانری ویزیوز واژه (Droit processuel) را معادل مناسبی برای اصطلاح ایتالیایی پیش گفته می‌داند، با این همه، از آنجا که اصطلاح (Droit processuel) در نیمه نخست قرن بیستم در فرانسه شایع نبوده، واژه حقوق آیین دادرسی (Droit de la procédure) را که با سنت نوشته‌های حقوقی آن دوره مأنوس‌تر بود، به کار برده است. برخی نیز اصطلاح (Droit procédural) به معنای حقوق آیینی یا حقوق آیین دادرسی را پیشنهاد کرده‌اند که مترادف با (Droit de la procédure) می‌باشد. هانری موتولسکی اصطلاح (Droit processuel) را بر حقوق آیین دادرسی ترجیح داد و در نوشته‌های سایر نویسندگان نیز مورد پذیرش قرار گرفت. در فرانسه به حقوقدانانی که در آیین دادرسی مدنی، کیفری یا اداری یا حقوق دادرسی تخصص دارند، از عناوین (Procédurier) و (Procéduraliste) و (Processualiste) استفاده می‌شود که می‌توان به «دادرسی‌دان» ترجمه کرد. امروز برای عنوان دادرسی‌دان بیش از همه از واژه (Processualiste) استفاده می‌شود. هر چند واژه فرانسوی (Procédurier) برای نامیدن متخصصان آیین دادرسی به کار برده می‌شود، با این همه، این اصطلاح در عمل بیشتر در مفهوم منفی آن و نسبت به اشخاص مراقبه جو به کار می‌رود. به همین جهت، این اصطلاح در ادبیات حقوقی کنونی فرانسه به ندرت کاربرد دارد:

S. Guinchard, T. Debard (sous la direction), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2017, V° Procédurier.

۲. H. Vizios, «Observations sur l'étude de la procédure civile», *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence, en France et à l'étranger*, 1927, Reproduit in H. Vizios, *Etudes de procédure*, Bordeaux, Editions Brière, 1956, réimpr. Dalloz, 2011, préf. S. Guinchard, p. 3 et s.

۳. H. Vizios, «Giuseppe Chiovenda», *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence, en France et à l'étranger*, Reproduit in H. Vizios, *Etudes de procédure*, *op.cit.*, p. 169 et s.

۴. پروفیسور گنشارد در مقدمه ای که بر کتاب هانری ویزیوز نگاشته اند، از ایشان با عنوان «مبدع حقوق دادرسی» نام برده اند.

حدود چهار دهه پس از هانری ویزیوز، هانری موتولسکی^۱ که نقشی اساسی در تدوین قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه در دهه شصت و اوایل دهه هفتاد میلادی به عهده داشت، به ضرورت مطالعه حقوق دادرسی توجه نمود. موتولسکی در نخستین گام، به ژان فوایه^۲ - وزیر دادگستری وقت فرانسه - پیشنهاد نمود تا درسی با عنوان «حقوق دادرسی» به منظور مطالعه تطبیقی نظام حقوقی آیین های دادرسی مدنی، کیفری و اداری در برنامه درسی کارآموزان وکالت گنجانده شود.^۳ با تأیید این پیشنهاد از سوی وزارت دادگستری، عنوان درسی «حقوق دادرسی» به طور رسمی از سال ۱۹۶۶ برای تدریس به کارآموزان وکالت در برنامه دانشکده های حقوق قرار گرفت^۴ و موتولسکی و ابرو از جمله استادانی بودند که تدریس حقوق دادرسی به آن ها محول شد. تدریس حقوق دادرسی به روش پیش گفته موجب شد تا نخستین گام عملی به منظور تحقق ایده هانری ویزیوز در مطالعه مشترک آیین های دادرسی برداشته شود. اندیشه های ابرو در تدریس حقوق دادرسی به صورت جزوهای درسی منتشر شد^۵ و مجموع نوشته ها و گفته های موتولسکی نیز پس از مرگ وی گردآوری و با دیباچه فوایه در سال ۱۹۷۳ منتشر گردید^۶ که نخستین کتاب با این عنوان در حقوق فرانسه محسوب می شود.

۱. Henri Motulsky (1905-1971).

۲. Jean Foyer (1921-2008).

ژان فوایه همچنین رئیس کمیسیون اصلاح قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه بود و نقشی موثر در اصلاح قوانین در دهه شصت تا اوایل دهه هشتاد میلادی در فرانسه ایفا نموده است. درباره کد آیین دادرسی مدنی فرانسه، مصوب ۱۹۷۵، نک. اسماعیل شایگان، «آیین دادرسی مدنی در پرتو اصول دادرسی»، در اصول راهبردی دادرسی مدنی، ریموند مارتین، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۹۵، ص ۱۹ به بعد ۳. ژان فوایه، وزیر دادگستری وقت، در دیباچه ی کوتاهی که بر کتاب «حقوق دادرسی» موتولسکی نوشته، به این موضوع اشاره کرده است:

«Lorsque le programme du certificat d'aptitude à la profession d'avocat fut remis sur le chantier en 1965, le Professeur Henri Motulsky proposa au Garde des Sceaux, alors en fonction, d'y inclure, sous le nom de Droit processuel, une synthèse des grands types de procédures suivies en France devant non tois ordres de juridiction. Le projet fut accueilli d'enthousiasme » ; H. Motulsky, Droit processuel, J. Foyer, Préface. V. aussi J. Vincent, S. Guinchard, Procédure civile, Dalloz, 23e édition, 1994, p. 7.

۴ در این زمینه نک. آیین نامه مورخ ۱۶ مارس ۱۹۶۶ به ویژه ماده ۴ آن:

Article 4 du décret n° 66-144 du 11 mars 1966 : «L'enseigneemnt comprend des cours et des traveaux dirigés : Première année : cours semestriel de droit processuel (principes généraux du contentieux civil, pénal et administratif). ... ». Pubié in Journal Officiel de la République Française, 16 mars 1966, p. 2180.

۵. P. Hébraud, Droit processuel, cours polycopié, Université de Toulouse, 1976.

۶. H. Motulsky, «Droit processuel», textes de cours par M. CAPEL, Montchrestien, 1973.



پس از موتولسکی، ریموند مارتین در اثری درخور توجه با عنوان «نظریه عمومی دادرسی (حقوق دادرسی)» که در سال ۱۹۸۴ با دیباچه روزه پرو^۱، دادرسی‌دان برجسته فرانسوی و استاد فقید دانشگاه پاریس، منتشر گردید،^۲ بر اهمیت مطالعه قواعد و اصول دادرسی و استخراج نظریه ای عمومی تأکید نمود. سپس، کتاب دیگری با عنوان «مقدمه ای بر حقوق دادرسی» توسط پاسکال لبه، حقوقدان فرانسوی، در سال ۱۹۹۵ منتشر و در آن به مطالعه آیین‌های دادرسی پرداخته شد.^۳

تحولات بعدی در مطالعه حقوق دادرسی فرانسه موجب شد تا از یک طرف، حقوق دادرسی به عنوان یکی از عناوین درسی مستقل در دانشکده‌های حقوق تدریس شود و از طرف دیگر، بیش از پیش موضوع نوشته‌های حقوقی قرار گیرد.^۴ نتیجه مطالعات پیش گفته، ظهور «علم دادرسی»^۵ است که در پرتو مطالعات «حقوق دادرسی» نمایان شده است. توجه حقوقدانان به حقوق دادرسی به تدریج، موضوع و محتوای این رشته حقوقی را متحول و جایگاه آن را نیز در حقوق کنونی فرانسه تثبیت نموده است.

بند دوم: جایگاه کنونی حقوق دادرسی در فرانسه

مطالعه نوشته‌های دادرسی‌دانان فرانسوی نشان می‌دهد که این نویسندگان هدف حقوق دادرسی را دست یابی به «نظریه عمومی دادرسی» می‌دانند.^۶ چنانکه برخی از حقوقدانان، حقوق دادرسی و

۱. Roger Perrot (1920-2014).

۲. R. Martin, *Théorie générale du procès (Droit processuel)*, Paris, Editions juridiques et techniques, 1984.

۳. Pascal Labbé, *Introduction au droit processuel*, Presses universitaires de Lille, 1995.

۴. در دهه ی اول قرن بیست و یکم سه اثر برجسته در حقوق دادرسی فرانسه منتشر گردید:

S. Guinchard, M. Bandrac, X. Lagarde, M. Douchy, F. Ferrand, V. Magnier, H. Ruiz-Fabri, L. Sinopoli et J.M. Sorel, *Droit processuel – Droit commun du procès*, Dalloz, 1e édition, 2001 ; E. Jeuland, *Droit processuel – Une science de la reconstruction des liens de droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1e édition, 2003 ; L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, Paris, Presse Universitaires de France, 1e édition, 2010.

۵. La science de la procedure. Voir dans ce sens, J. Vincent, S. Guinchard, *Procédure civile*, *op.cit.*, n° 11.

۶. نک. کتاب‌های حقوق دادرسی که پیش از این به آن‌ها اشاره شد. اغلب دادرسی‌دانان فرانسوی عنوان نوشته های خود را «حقوق دادرسی» (*Droit processuel*) برگزیده‌اند؛ این اصطلاح با محتوا و هدف این عنوان درسی (استخراج نظریه عمومی دادرسی) سازگار به نظر می‌رسد. با این همه، برخی از نویسندگان از عنوان «حقوق دادرسی» استفاده نکرده و ترجیح داده اند تا اصطلاح «نظریه عمومی دادرسی» (*Théorie générale du procès*) را به کار برند. به هر روی، از عنوان اخیر (نظریه عمومی دادرسی) نباید چنین استنباط کرد که هدف «حقوق دادرسی» استخراج نظریه عمومی دادرسی نیست.

نظریه عمومی دادرسی را مترادف دانسته اند.^۱ با وجود این، درباره موضوع و محتوای حقوق دادرسی بین نویسندگان اختلاف نظرهایی وجود دارد. مفهوم، موضوع و هدف حقوق دادرسی را در نوشته‌های حقوقی فرانسه می‌توان به دو دسته کلی بخش نمود که به ترتیب بررسی می‌شود.

۱. حقوق دادرسی: مطالعه تطبیقی مفاهیم مشترک آیین‌های دادرسی

به اعتقاد دسته‌ای از حقوقدانان، بین آیین‌های مختلف دادرسی تفاوت چشمگیری وجود ندارد و همه آیین‌های دادرسی از مبانی مشترکی نشأت گرفته و تفاوت‌های کنونی آن‌ها در طول تاریخ ایجاد شده است.^۲ به همین دلیل، مطالعه تطبیقی مفاهیم مشترک آیین‌های دادرسی نه تنها شدنی، بلکه ضروری است. بررسی نوشته‌های فرانسوی نشان می‌دهد که «مطالعه تطبیقی آیین‌های دادرسی» محور اصلی اغلب این نوشته‌ها در مطالعه حقوق دادرسی است.

هانری ویزیوز حقوق دادرسی را مطالعه مفاهیم مهم دادرسی می‌داند و خود بر سه مفهوم بنیادین دادرسی تأکید کرده است. از نظر ویزیوز، حقوق دادرسی در جستجوی خطوط اساسی حاکم بر همه آیین‌های دادرسی است و این خطوط عبارتند از: نظریه عمومی دادخواهی، مفهوم مرجع قضایی و آیین رسیدگی.^۳ از نظر این دادرسی‌دان برجسته فرانسوی، برای اینکه مفاهیم پیش گفته به شیوه مطلوبی مورد مطالعه قرار گرفته و منتهی به نظریه عمومی گردد، باید از چهارچوب محدود آیین دادرسی مدنی خارج شده و با مطالعه سایر آیین‌های دادرسی، علی‌رغم تفاوت‌های آن‌ها، به دنبال تبیین مفاهیم مهم و اصلی حاکم بر همه آیین دادرسی‌ها بود. از نظر وی، برای سایر موضوعات ماهوی و مهم دادرسی نیز صرفاً با مطالعه آیین‌های مختلف دادرسی می‌توان راه حل ارائه داد.^۴

۱. Dans ce sens, v. E. Jeuland, «Régulation et théorie générale du procès », in M. A. Frison-Roche (sout la direction), Les risques de la régulation, Presses de sciences po et Dalloz, 2005, p. 257 et s : «Le terme de théorie générale du procès est synonyme de droit processuel ».

۲. Dans ce sens, v. certains auteurs qui utilisent «matrices élémentaires » : S. Amrani Mekki, L. Cadiet, J. Normand, Théorie générale du procès, 2e édition, 2013, Presses Universitaires de France, n° 3. ; L. Cadiet, «pour une théorie générale du procès », Ritsumeikan Law Riview, 2011, n° 28, p. 134 et s.

۳. Dans ce sens, v. H. Vizios, «Les notions fondamentales de la procédure et la doctrine française de droit public », Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger, 1931 ; reproduit in H. Vizios, Etudes de procédure, op. cit., pp. 53-164

۴. «Pour que ces théories soient élaborées d'une manière satisfaisante, il est indispensable de sortir du cadre trop restreint du procès civil, de s'informer également des autres types de procès, procès pénal, procès administratif, notamment, dont la physionomie peut être bien différente, mais où doivent néanmoins se retrouver les traits essentiels à tout procès : une notion exacte de l'action, de la juridiction, de l'instance, doit convenir à toute espèce



موتولسکی موضوع حقوق دادرسی را به مطالعه تطبیقی آیین‌های دادرسی تعریف کرده و هدف آن را «مطالعه بنیادین و تطبیقی آیین‌های دادرسی»^۱ می‌داند. به بیان دیگر، حقوق دادرسی، از نظر موتولسکی، موضوعات مختلف آیین‌های دادرسی مدنی، اداری و کیفری را به صورت تطبیقی و بنیادین مورد مطالعه قرار می‌دهد. مطالعه تطبیقی مفاهیم مشترک آیین‌های دادرسی مختلف محل تلاقی، نقاط اشتراک و افتراق آن‌ها را در موضوعات مشابه بررسی می‌نماید.^۲ برای نمونه، مطالعه شیوه‌های اقامه دعوا، نقش اصحاب دعوا و دادرس در جریان دادرسی، روش‌های اجرای حکم و ... در آیین دادرسی مدنی، کیفری و اداری می‌تواند ضمن تشریح موضوعات مهم دادرسی، مبانی مشترک، نقاط اشتراک و افتراق و دلایل نقاط افتراق را تبیین نماید. این شیوه مطالعه موجب می‌شود تا از یک سو، دیدگاهی منسجم و بنیادین نسبت به دادرسی و دادگستری ایجاد شود و از سوی دیگر، زمینه را برای تأثیرگذاری متقابل آیین‌های دادرسی فراهم نماید. از این جهت، منطق درونی حقوق دادرسی را می‌توان حقوق دادرسی تطبیقی دانست؛^۳ مقایسه آیین‌های دادرسی گوناگون و تمهید قواعد عمومی قابل اعمال بر همه آن‌ها. تطبیق و مقایسه آیین‌های دادرسی معمول در یک نظام حقوقی ملی، کوششی است برای ارائه پاسخ‌های روش‌مند به پرسش‌های خویشاوند در علم دادرسی. هائری موتولسکی در کتاب حقوق دادرسی خود، چنانکه گفته شد، این شیوه را در پیش گرفته و مطالعات خود را به مفاهیم مربوط به مرجع قضایی (سازمان و صلاحیت)، دادخواهی، دادرسی و تصمیم

d'action, de juridiction, d'instance. Et bien d'autres problèmes de fond ne peuvent être utilement abordés et convenablement résolus qu'en tenant compte des diverses catégories de procès »; H. Vizios, Etudes de procédure, Editions Brière, 1956, réimpr. Dalloz, 2011, préf. S. Guinchard, pp. 13-15.

۱. «Approfondir et comparer ou approfondir en comparant », H. Motulsky, Droit processuel, *op.cit.*, p. 3.

۲. «Le droit processuel qui, plus d'une branche du Droit, est une science comparative fondée sur le rapprochement des procédures en Droit privé, pénal, administratif ... et l'étude des thèmes communes à tous les procès » ; Vocabulaire juridique, G. Cornu (sous la direction), 12e édition, PUF, 2018, V° Processuel.

۳. حقوق دادرسی تطبیقی را باید از حقوق تطبیقی دادرسی تفکیک نمود: حقوق دادرسی تطبیقی (Droit processuel comparé)، دانشی است که به مطالعه آیین‌های دادرسی مختلف در یک کشور به صورت تطبیقی می‌پردازد. در حالی که حقوق تطبیقی دادرسی (Droit comparé de la procédure) یکی از گرایش‌های حقوق تطبیقی است و موضوع آن مطالعه آیین دادرسی در کشورهای مختلف است. این نکته نیز گفتنی است که در مفهوم امروزی و مدرن حقوق دادرسی، حقوق تطبیقی دادرسی جزئی از حقوق دادرسی را تشکیل می‌دهد. در این باره، نک.

E. Jeuland, Droit processuel général, 4e édition, LGDJ, 2018, p 43 et s.

معطوف نموده است.^۱ برخی دیگر از نویسندگان نیز در نوشته‌های خود نسبت به مطالعه ارکان مهم دادرسی تاکید کرده و دادخواهی (اهداف آیین‌های دادرسی، اعتبار امر قضاوت شده، شرایط اقامه دعوا، امور فوری) و دادرسی (دادرسی تفتیشی و اتهامی، اعمال دادرسی، عناصر دادرسی، اصول دادرسی و ادله اثبات) را، با در نظر گرفتن آیین‌های دادرسی مدنی، کیفری و اداری، بررسی کرده اند.^۲

هر چند برخی از نویسندگان فرانسوی، مطالعات موتولسکی را به تکنیک‌های دادرسی محدود دانسته و از این جهت آن را مورد انتقاد قرار داده اند اما واقعیت این است که هر چند این حقوق‌دان در کتاب حقوق دادرسی خود به تفصیل به حقوق بنیادین دادرسی نپرداخته، اما از عبارات مقدمه کتاب یاد شده که در این نوشتار به برخی از آن‌ها اشاره شد و نیز با در نظر گرفتن مخاطبان این عنوان درسی که کارآموزان وکالت بوده اند و با لحاظ دیگر آثار موتولسکی^۳ می‌توان چنین نتیجه گرفت که، حقوق دادرسی، از دیدگاه موتولسکی، به مطالعه تکنیک‌ها و تشریفات آیین‌های دادرسی محدود نبوده است. مطالعه تکنیک‌ها زمینه‌ای برای یافتن اصول حاکم بر همه آیین‌های دادرسی بوده

۱. Dans ce sens, v. H. Motulsky, «Droit processuel», *op. cit.*

۲. Dans ce sens, v. R. Martin, Théorie générale du procès (Droit processuel), *Op. cit.*

۳. برای نمونه، هانری موتولسکی در مقاله درخشان «حقوق طبیعی در رویه قضایی، احترام به حقوق دفاعی در آیین دادرسی مدنی» چنین نتیجه‌گیری کرده است: «دادرسی در انجام تکالیف روزانه و «در هر مرحله از اندیشه خود، بر حقوق طبیعی تکیه می‌کند». افزون بر این، دادرسی حتی در مسایلی که، در ظاهر، کمتر جنبه فلسفی دارند، نمی‌تواند تنها به مقررات تکنیکی صرف بسنده کند و ارزش‌های والایی را که برای نیل به عدالت آرمانی لازم است، مد نظر قرار ندهد. این امر جز جدایی ناپذیر فطرت بشر و ماهیت امور است. باید به این نکته اذعان نمود که حرکت در مسیر پر پیچ و خم دانشی [آیین دادرسی] که به دلیل پیچیدگی و خشکی مقرراتش مورد انتقاد قرار گرفته، ما را به سوی طرح این موضوع بنیادین، یعنی نیروی جلودان حقوق طبیعی، هدایت کرده است». موتولسکی در مقاله «حقوق شخصی و دادخواهی در دادگستری» نیز چنین اظهارنظر کرده است: «حقوق شخصی و دادخواهی ارتباط تنگاتنگی با یکدیگر دارند. هر چند دادخواهی تضمین‌کننده حقوق شخصی ماهوی است اما استقلال خود را به عنوان یک حق شخصی آیینی در مقابل سایر موقعیت‌های حقوقی اعم از شخصی یا نوعی حفظ کرده است. دادخواهی جایگاه برجسته‌تر را در دادگستری را، که به طور اساسی تضمین‌کننده حیات اجتماعی انسان است، تبیین می‌نماید».

H. Motulsky, Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile, in Mélanges Roubier, 1961, t. 2, p. 175 et s. ; H. Motulsky, Le droit subjectif et l'action en justice, Archives de la Philosophie du Droit, 1964, p. 215 et s.



است. به همین جهت، موتولسکی نیز هدف حقوق دادرسی و مطالعه تطبیقی آیین‌های دادرسی را مطالعه اصول کلی حاکم بر دعاوی مدنی، اداری و کیفری می‌دانست.^۱

افزون بر این، برخی از نویسندگان در تعیین موضوع و محتوای حقوق دادرسی، از مفاهیم مشترک دادرسی فراتر رفته و با این استدلال که هدف دادرسی تحقق عدالت و صلح اجتماعی است و منصفانه بودن و کارآمدی از ویژگی‌های قواعد دادرسی است^۲، محتوای حقوق دادرسی را شامل جنبه‌های فلسفی، اقتصادی، تاریخی، جامعه‌شناختی، که بر دادرسی و دادگستری تأثیرگذار است، نیز دانسته‌اند. این گروه از حقوقدانان ضمن تفکیک حقوق دادرسی از نظریه عمومی دادرسی، بر این باورند که «نظریه عمومی دادرسی در مقایسه با حقوق دادرسی، آزادی عمل بیشتری را درباره آموزش و پژوهش در زمینه شیوه‌های حل و فصل اختلافات به دست می‌دهد». به بیان ساده‌تر، انتخاب عنوان نظریه عمومی دادرسی، از نظر این نویسندگان، این آزادی عمل را ایجاد می‌کند تا قواعد و مقررات دادرسی از جهات مختلف فلسفی، جامعه‌شناختی، اقتصادی، تاریخی و ... مورد بررسی قرار گیرد.^۳ بر اساس این دیدگاه، نظریه عمومی دادرسی مبتنی بر مطالعات بین رشته‌ای است و به همین جهت، مطالعه تطبیقی آیین‌های دادرسی شرط ضروری برای تمهید نظریه عمومی دادرسی نیست.^۴ این دیدگاه را می‌توان از این نظر که زمینه مطالعه همه جانبه علم دادرسی و دادگستری را فراهم می‌آورد، تایید کرد اما تمایز یادشده بین حقوق دادرسی و نظریه عمومی دادرسی قابل انتقاد به نظر می‌رسد؛ چرا که رسالت حقوق دادرسی، چنان که پیش از این اشاره شد، تمهید نظریه عمومی دادرسی است. از این گذشته، پذیرش جهات موصوف به مثابه موضوع و محتوای حقوق دادرسی و توسعه دامنه حقوق دادرسی فراتر از مرزهای حقوقی دشوار به نظر می‌رسد؛ زیرا رسالت «حقوق دادرسی»، به معنای اخص

۱. «Principes généraux du contentieux civil, pénal et administratif, manifestant ainsi une orientation vers le procès au sens de litige, et vers des problèmes généraux mettant en présence les trois contentieux ». H. Motulsky, Droit processuel, *op.cit.*, p. 3.

۲. Dans ce sens, v. S. Amrani Mekki, L. Cadet, J. Normand, Théorie générale du procès, *op.cit.*, p. 39 et s.

۳. Dans ce sens, v. S. Amrani Mekki, L. Cadet, J. Normand, Théorie générale du procès, *op.cit.*, n° 3, p. 5 et s. ; L. Cadet, «pour une théorie générale du procès », *Ritsumeikan Law Riview*, *op.cit.*, p. 127 et s.

۴. «La comparaison n'est pas une condition de la théorie générale » ; S. Amrani Mekki, L. Cadet, J. Normand, Théorie générale du procès, *op.cit.*, p. 13.

واژه، انجام مطالعات بین رشته ای^۱ نیست تا ارتباط آن با سایر رشته های حقوقی مورد بررسی قرار گیرد. در حقوق دادرسی، ضمن بررسی تطبیقی مفاهیم مهم آیین های دادرسی، اصول بنیادین دادرسی و مفاهیم مشترک و حقوق عمومی حاکم بر آیین های دادرسی با هدف تمهید نظریه ای عمومی از منظر «حقوقی» مورد مطالعه قرار می گیرد (Jeuland, 2018, p. 29).

۲. حقوق دادرسی: حقوق مشترک و عام حاکم بر همه آیین های دادرسی (حقوق بنیادین دادرسی)

هر چند خاستگاه حقوق دادرسی در فرانسه، مطالعه تطبیقی تکنیک های آیین های دادرسی بوده، اما امروز حقوق دادرسی از مطالعه ساده آیین های دادرسی عبور نموده است. پاره ای از نویسندگان، صرف مطالعه تطبیقی آیین های دادرسی به شیوه یادشده را مورد انتقاد قرار داده و آن را بی فایده توصیف کرده اند. به باور این گروه از حقوقدانان، مطالعه تطبیقی تکنیک های آیین های دادرسی، در حالی که ماهیت و هدف هر یک از آیین های دادرسی به کلی از یکدیگر متفاوت است، شدنی نیست؛ چنانکه برای نمونه، در آیین دادرسی کیفری، از متهم و دادرسا سخن گفته می شود و محور تنظیم آن عدالت ترمیمی است، اما در آیین دادرسی مدنی و اداری این مفاهیم وجود ندارد؛ آیین دادرسی مدنی ناظر به منافع خصوصی اشخاص است و ممکن است بر مبنای عدالت معاوضی بنا گردد. در آیین دادرسی اداری نیز که مربوط به قدرت عمومی و دولت در مقام معارضه با اشخاص است، باید هم عدالت ترمیمی و هم عدالت توزیعی در پایه گذاری منظور گردد. به بیان روشن تر، هر یک از آیین های دادرسی ناظر به «حقوق ماهوی» ای است که در چهارچوب آن آیین دادرسی مورد رسیدگی قرار می گیرد:

۱. هدف حقوق دادرسی نه تنها مطالعات بین رشته ای نیست بلکه در تبیین حقوق دادرسی، در فرانسه، باید بین دو موضوع تفاوت قایل شد: حقوق دادرسی به عنوان موضوعی که در این نوشتار بررسی شده است، یکی از دروس حقوقی است که مستقل از دروسی مانند آیین دادرسی مدنی یا اداری یا کیفری در دانشگاه ها تدریس می شود که می توان آن را حقوق دادرسی به معنای اخص کلمه نامید. از سوی دیگر، حقوق دادرسی در برخی از دانشگاه ها به عنوان «رشته ای حقوقی» در مقاطع تحصیلات تکمیلی تدریس می شود؛ از این منظر، در این دوره های تحصیلی، دروس مختلفی تدریس می شود که آیین دادرسی مدنی، آیین دادرسی اداری، آیین دادرسی کیفری و حقوق دادرسی به مفهوم اخص کلمه، فلسفه دادرسی، جامعه شناسی دادرسی و دادگستری، اقتصاد و دادرسی، تاریخ دادگستری و ... از آن جمله اند. مطالعه جنبه های فراحقوقی مانند جنبه اقتصادی، جامعه شناختی و ... در حقوق دادرسی، که در اهمیت آن ها تردیدی وجود ندارد، بیش از آنکه در چهارچوب حقوق دادرسی - به مفهوم اخص کلمه - قرار گیرد در قالب دروس مستقلی چون جامعه شناسی دادرسی و دادگستری، اقتصاد و دادرسی، تاریخ دادگستری و ... در دوره کارشناسی ارشد حقوق دادرسی تدریس می شود.



آیین دادرسی مدنی ناظر به حقوق خصوصی است اما آیین دادرسی کیفری و اداری مربوط به حقوق کیفری و اداری. «تمایز بنیادین»^۱ حقوق ماهوی، تمایز آیین‌های دادرسی را به دنبال دارد. به همین جهت، سرژ گنشارد، دادرسی‌دان برجسته فرانسوی، بر این باور است که مفهوم سنتی و کلاسیک حقوق دادرسی که موتولسکی به آن پرداخته (مطالعه تطبیقی آیین‌های دادرسی با تمرکز بر تکنیک‌های دادرسی)، تنها بخشی از مفهوم حقوق دادرسی را در بر می‌گیرد و محدود کردن حقوق دادرسی به آن، به بن‌بست منتهی می‌شود.^۲ از نظر این حقوق‌دان فرانسوی، مطالعه تطبیقی آیین‌های دادرسی اگر با هدف جستجوی مبانی مشترک و بنیادین فرایندها و تکنیک‌های دادرسی انجام نگیرد، بی‌فایده است. بر این بنیان، حقوق دادرسی امروز از مطالعه تطبیقی تکنیک‌های دادرسی فراتر رفته و با مطالعه مبانی و اصول مشترک حاکم بر همه دعاوی، به دنبال طراحی نظریه‌ای عمومی برای آیین‌های دادرسی است. از این جهت، مفهوم جدید «حقوق دادرسی» ضمن تأکید بر مطالعه تطبیقی آیین‌های دادرسی، هدف این مطالعه را استخراج حقوق (حق‌ها) و اصول عمومی دادرسی و حقوق حاکم بر همه آیین‌های دادرسی می‌داند.^۳

حقوق دادرسی از این منظر، تضمینی برای منصفانه بودن تکنیک‌های دادرسی و در نتیجه، تضمین‌کننده دادرسی منصفانه است. بر این پایه، محور اصلی حقوق دادرسی مطالعه تطبیقی تکنیک‌ها و تشریفات دادرسی مختلف نیست، بلکه با بررسی منابع مشترک همه آیین‌های دادرسی،

۱. در این باره، نک. عبدالله خدابخشی، تمایز بنیادین حقوق مدنی و حقوق کیفری، انتشارات شهر دانش، چاپ اول، ۱۳۸۹، به ویژه از ص ۱۹۱ به بعد.

۲. Dans ce sens, v. S. Guinchard, C. Chainais, C. S. Delicostopoulos, I. S. Delicostopoulos, M. Douchy-Oudot, F. Ferrand, X. Lagarde, V. Magnier, H. Ruiz Fabri, L. Sinopoli, J.M. Sorel, Droit processuel, Droits fondamentaux du procès, 9e édition, Dalloz, 2017, pp. 2-5 ; S. Guinchard, «Le réveil doctrinal d'une Belle au bois dormant trop longtemps endormie ou la procédure civile entre droit processuel classique, néo-classique ou européeniste et technique d'organisation du procès », in *Liber amicorum en l'honneur de Raymond Martin*, LGDJ-Bruylant, 2004, p. 97 et s.

۳. Dans une conception classique, l'expression s'entend de la comparaison des différentes procédures (administrative, civile, disciplinaire, pénale) et de l'étude des problèmes généraux qui les concernent toutes (théories de l'action, de la juridiction et de l'instance). Dans une conception contemporaine plus moderne, désigne les droits fondamentaux du procès qui composent un droit commun de garanties reconnues aux justiciables par les normes internationales, européennes et constitutionnelles (droit à un juge, à des garanties de bonnes justice et à l'exécution de la décision du juge) :

S. Guinchard, T. Debard (sous la direction), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2017, V° Droit processuel.

مبانی و اصول بنیادین حاکم بر اداره همه دادرسی ها را استخراج می کند.^۱ از نظر این گروه، حقوق (حق ها) بنیادین دادرسی محور اصلی حقوق دادرسی است. حقوق دادرسی، اصول و قواعد دادرسی، بازیگران دادرسی و اعمال دادرسی را از منظر حقوق بنیادین دادرسی مورد بررسی قرار می دهد. اصول بنیادین دادرسی، قلب حقوق دادرسی را تشکیل می دهد و بی جهت نیست که در مطالعه آن، بر «دادرسی منصفانه»^۲، بیش از هر چیز، تأکید شده است. در بررسی جنبه های مختلف دادرسی منصفانه نیز اصول دادرسی مذکور در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (به ویژه ماده ۶ کنوانسیون) و رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر، که به طور مستقیم در حقوق داخلی فرانسه (و دیگر کشورهای عضو شورای اروپا) اعمال می شود، محور مطالعه قرار گرفته است.

برخی دیگر از دادرسی دانان فرانسوی ضمن این که می پذیرند رسالت حقوق دادرسی مطالعه تطبیقی آیین های دادرسی است، این مطالعه را در راستای استخراج اصول حداقلی حاکم بر آیین های دادرسی در همه دادگاه ها و مراجع قضای دادرسی دانسته اند.^۳ از نظر این گروه، با توجه به تعدد مراجع قضایی اعم از داخلی و بین المللی و ضرورت پیش بینی آیین دادرسی ویژه برای هر یک از مراجع قضایی، سخن گفتن از حقوق مشترک (عام) دادرسی دشوار به نظر می رسد. به همین دلیل، هدف حقوق دادرسی را رسیدن به جوهر حداقلی و مشترک حاکم بر همه آیین های دادرسی دانسته اند.^۴

به هر روی، موضوع و محتوای حقوق دادرسی، که در ابتدا برای کارآموزان وکالت ایجاد شد و رسالت آن، مطالعه تطبیقی تکنیک های همه آیین های دادرسی مدنی، کیفری، اداری و حتی انتظامی بوده است،^۵ به تدریج و به ویژه تحت تاثیر حقوق اروپایی و رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر و شورای قانون اساسی فرانسه، اصلاح شده و حقوق دادرسی جدید ظهور کرده است: حقوق بنیادین دادرسی.^۶ چنانکه گفته شد، هر چند درباره روش مطالعه و محتوای حقوق دادرسی در فرانسه بین

۱. «Le droit des procéduriers qui réfléchissent sur leur discipline en comparant les divers contentieux dans leur pure technique procédurale, mais le droit de ceux qui s'intéressent aux sources communes d'inspiration de tous les contentieux, à leurs fondements, aux principes de droit naturel qui s'imposent dans la conduite de tous les procès », *Ibidem*.

۲. Le procès équitable.

۳. Dans ce sens, v. E. Jeuland, *Droit processuel général, op.cit.*, p. 267 et s.

۴. «Essence minimale commun à tous les tribunaux » ; *Ibidem*.

۵. Dans ce sens, v. J. Vincent, S. Guinchard, *Procédure civile, op.cit.*, p. 7.

۶. Droit fondamentaux du procès.



حقوقدانان اتفاق نظر وجود ندارد، با وجود این، همه نویسندگان درباره مطالعه اصول و حقوق بنیادین دادرسی به عنوان محتوای حقوق دادرسی، اتفاق نظر دارند. آن‌ها اصول بنیادین دادرسی را جوهر و کانون مطالعه حقوق دادرسی می‌دانند؛ اصول مشترکی که بر همه آیین‌های دادرسی حکومت می‌کند. برخی از نویسندگان بر این باورند که حقوق دادرسی به مفهوم جدید، می‌تواند به تدریج مجموعه‌ای از اصول دادرسی فراملی را در سطح قاره ای و جهانی فراهم نماید. این اصول که از آن‌ها به «اصول دادرسی منصفانه»^۱ تعبیر می‌شود، قابلیت آن را دارد تا به منزله‌ی مدل یا «نمونه ای جهان‌شمول»^۲ مورد توجه قرار گیرد (Guinchard et alii, Droit processuel, Droits fondamentaux du procès, (op.cit., p. 531 et s).

نکته‌ای که در پایان مناسب است یادآوری شود این است که «حقوق دادرسی»^۳ را نباید حقوق آیین‌های دادرسی^۴ (مدنی، اداری و کیفری) پنداشت که آیین‌های دادرسی مختلف را محور مطالعه قرار می‌دهد. در حقوق دادرسی با تعدد یا تکثر دادرسی^۵ روبرو نیستیم؛ بلکه با وحدت دادرسی^۶ مواجه‌ایم. هر چند آیین‌های دادرسی مختلف در حقوق دادرسی، بیش و کم، مورد مطالعه قرار می‌گیرد اما این مطالعه صرفاً برای تهیه مواد و محتوای حقوق دادرسی است. در حقوق دادرسی در نهایت، بیش از یک دادرسی وجود ندارد؛ تنها در این صورت است که می‌توان از «نظریه عمومی دادرسی» سخن به میان آورد. آنچه که در فرانسه محل اختلاف است، شیوه تمهید نظریه عمومی دادرسی است که این امر نیز بر محتوای حقوق دادرسی تاثیرگذار است. حقوقدانان دسته نخست، مطالعه تطبیقی آیین‌های دادرسی را شیوه اصلی مطالعه حقوق دادرسی و تمهید نظریه عمومی می‌دانند (Baranes, Frison Roche et Robert, «Pour le droit processuel», 1993, p. 9). از نظر این گروه، استخراج نظریه عمومی دادرسی از طریق مطالعه اصول و قواعد آیین‌های مختلف دادرسی محقق می‌شود. به

۱. Les principes du procès équitable.

۲. Le modèle universel de procès équitable.

۳. Droit processuel.

۴. Droit des ptocédures.

۵. هر یک از آیین های دادرسی مدنی، اداری و کیفری در دروس آیین دادرسی مدنی، اداری و کیفری به طور مجزا مطالعه می‌شود.

۶. La pluralité du droit processuel.

۷. L'unité du droit processuel.

همین جهت، شناخت نقاط افتراق و اشتراک آیین های دادرسی، یکی از نتایج مطالعات «حقوق دادرسی» بوده و نظریه عمومی دادرسی نیز نتیجه مطالعه تطبیقی آیین های دادرسی است.^۱ به عقیده این نویسندگان، بین آیین های دادرسی و حقوق دادرسی رابطه عرضی^۲ وجود دارد؛ مفاهیم و اصول و قواعد مشترک آیین های دادرسی، محور اصلی حقوق دادرسی را تشکیل می دهد. اما دسته دوم بر این باورند که علاوه بر مطالعه اصول حاکم بر هر دسته از دعاوی مدنی، کیفری یا اداری، اصول و حقوق بنیادین دادرسی که هسته اصلی حقوق دادرسی را تشکیل می دهد، از منبعی مشترک و فراتر از قوانین دادرسی سرچشمه می گیرند و در آیین های دادرسی نیز اعمال می شود؛ بدین ترتیب، بین حقوق دادرسی و آیین های دادرسی نوعی رابطه طولی^۳ وجود دارد (Guinchard et alii, Droit processuel, op.cit., n°8 et s).

۱. بخش دوم: در جستجوی «نظریه عمومی دادرسی» در نظام حقوقی ایران

مطالعه نوشته های حقوقدانان و نیز رویه قضایی کشورمان نشان می دهد که قانون آیین دادرسی مدنی به طور سنتی به عنوان مبنا و قاعده عام دادرسی به کار می رفته و این قانون در عمل مبنای نظریه عمومی دادرسی را تشکیل می داده است؛ هر چند که از نظر علمی و تئوری، قلمرو و دامنه آن مورد بررسی قرار نگرفته است (۱). در عین حال، جهت گیری قوانین آیین دادرسی به سمت استقلال هر یک از آن ها از یکدیگر بوده و به این دلیل، تمهید نظریه عمومی دادرسی بر اساس منبع یا منابع مشترک همه آیین های دادرسی ضروری است. این منبع مشترک، قانون اساسی و حقوق دادرسی اساسی است (۲). پس هر دو روش پیش گفته، توان تبیین روش شناسانه (متدولوژیک) تمهید نظریه عمومی دادرسی را در ایران دارد.

۱. قانون آیین دادرسی مدنی، مبنای نظریه عمومی دادرسی

هر چند حقوق دادرسی به مفهومی که در این نوشتار بررسی شد، تا کنون در حقوق ایران مورد مطالعه علمی قرار نگرفته است؛ اما نگاه اجمالی به برخی از منابع حقوق در پیوند با آیین های دادرسی نشان می دهد که در حقوق ایران نیز گرایش به تمهید نوعی نظریه عمومی دادرسی یا «قاعده عام» دیده

۱. در این باره نک.

R. Martin, Théorie générale du procès (Droit processuel), op. cit., n° 3 : « La théorie générale du procès ne serait donc qu'un droit comparé ».

۲. Le droit processuel horizontal.

۳. Les droits processuels verticaux.



می‌شود. پرسش در اینجا این است که در مواردی که قوانین آیین دادرسی کیفری و اداری ساکت است، می‌توان به قانون آیین دادرسی مدنی استناد کرد؟ گرایش به پاسخ آری را می‌توان در مقررات قانونی، رویه قضایی و در نوشته‌های حقوقدانان (دکترین) مشاهده نمود.

بررسی قوانین آیین دادرسی کشورمان نشان می‌دهد که جهت‌گیری قانون‌گذار، به طور سنتی، شناسایی قانون آیین دادرسی مدنی به عنوان قاعده عام حقوق دادرسی بوده است؛ بدین معنا که حکم برخی از مسائل در قوانین آیین دادرسی کیفری و اداری پیش‌بینی نشده و موضوع از نظر رسیدگی، به دلیل مشابهت، به مقررات قانون آیین دادرسی مدنی ارجاع داده شده است. برای نمونه، حل اختلاف در صلاحیت در امور کیفری مطابق مقررات و قواعد مذکور در قانون آیین دادرسی مدنی است.^۱ همچنین، ترتیبات و قواعد ابلاغ احضاریه و دیگر اوراق قضایی در امور کیفری به مقررات قانون آیین دادرسی مدنی ارجاع داده شده است.^۲ مقررات راجع به صدور تأمین خواسته در امور کیفری نیز که در قانون آیین دادرسی کیفری پیش‌بینی شده است^۳، تکرار مقررات قانون آیین دادرسی مدنی است.^۴ همچنین، ماده ۱۲۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در حکمی کلی، مقررات مربوط به رد دادرس و نحوه ابلاغ اوراق، آراء و تصمیمات دیوان و وکالت و سایر موارد سکوت در قانون مزبور را به قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب (در امور مدنی) و قانون اجرای احکام مدنی ارجاع داده است.^۵

در حقوق ایران، تمایل به پذیرش قانون آیین دادرسی مدنی به عنوان قاعده عام در نوشته‌های حقوقدانان نیز قابل ملاحظه است. پاره ای از نویسندگان بر این باورند که علی‌رغم تفاوت‌هایی که بین آیین دادرسی مدنی و کیفری از نظر موضوع و هدف، مراجع رسیدگی و اصحاب دعوا وجود دارد، «در مواردی که در خصوص موضوعی، حکمی در این قانون [قانون آیین دادرسی کیفری] وجود ندارد

۱. ماده ۳۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی (ق.آ.د.ک.).

۲. ماده ۱۷۷ ق.آ.د.ک.

۳. نک. مواد ۱۰۷-۱۱۳ ق.آ.د.ک مصوب سال ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات سال ۱۳۹۴. در قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸، تنها دو ماده (۷۴ و ۷۵) به تأمین خواسته اختصاص داده شده بود و در سایر موارد بر اساس قانون آیین دادرسی مدنی عمل می‌شد.

۴. مواد ۱۰۸ تا ۱۲۹ ق.آ.د.م.

۵. ماده ۱۲۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری: «مقررات مربوط به رد دادرس و نحوه ابلاغ اوراق، آراء و تصمیمات دیوان و وکالت و سایر موارد سکوت در این قانون به ترتیبی است که در قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب (در امور مدنی) و قانون اجرای احکام مدنی مقرر شده است». همچنین، نک. تبصره ۲ ماده ۱۶، مواد ۶۲، ۹۷ و ۱۱۱ همان قانون.

وی [دادرس] می تواند به قانون آیین دادرسی مدنی مراجعه و استناد نماید» (خالقی، ۱۳۹۵: ۳۱). به اعتقاد این گروه، در فرض سکوت قانون آیین دادرسی کیفری، استناد به قانون آیین دادرسی مدنی، بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی «تکلیف» (و نه اختیار) قاضی است (آشوری، ۱۳۹۵: ۴۷). برخی دیگر از استادان، پذیرش قانون آیین دادرسی مدنی را به عنوان حقوق عام آیین دادرسی در رسیدگی به تمام امور حقوقی و نزد تمامی مراجع قضایی، به استثنای دعاوی کیفری نزد مراجع قضایی کیفری، در فرضی که ترتیب خاصی در قوانین پیش‌بینی نشده باشد، قابل دفاع دانسته اند (شمس، ۱۴۰۱، ج ۱، ش ۵، ص ۱۸).

تمایل به شناسایی قانون آیین دادرسی مدنی به عنوان قاعده عام، در رویه قضایی نیز دیده می‌شود. برای نمونه، هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۷۴۳ مورخ ۱۳۹۴/۸/۵، درباره امکان یا عدم امکان فرجام خواهی از احکام اعدام متهمان به ارتکاب جرایم مواد مخدر (در مقام داوری درباره حکومت ماده ۳۲ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر یا مقررات قانون جدید آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۴ = تعارض قوانین دادرسی در زمان)، به جای استناد به مقررات مرتبط با موضوع رأی (ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی کیفری)، به ماده ۹ قانون آیین دادرسی مدنی استناد کرده است.^۱ در پرونده مورد بحث، هر چند دیوان عالی کشور می‌توانست به ملاک ماده ۹

۱. «آنچه که در ماده ۳۲ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر و... آمده، نظارت و رسیدگی یک‌جانبه‌ای بود که حتی بدون درخواست محکوم به اعدام از سوی رئیس دیوان عالی کشور یا دادستان کل کشور اعمال می‌گردید و کیفیت رسیدگی اصولاً قابل قیاس با چگونگی تجدیدنظر خواهی از احکام نبود. نظر به اینکه ماده ۳۲ قانون یاد شده مطابق ماده ۵۷۰ قانون آیین دادرسی کیفری صریحاً نسخ شده و قابلیت اجرا ندارد و بر اساس قانون منسوخ نمی‌توان اقدامی معمول داشت و با توجه به صدر و ذیل ماده ۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی که مشعر بر اجرای قوانین شکلی و تشریفاتی در خصوص قضایایی است که سابق بر تصویب آن‌ها مطرح شده و در جریان رسیدگی است (و عطف به ماسبق شدن این قوانین را تجویز کرده است) و نظر به اینکه احکام اعدام متهمان به ارتکاب جرایم مواد مخدر، به لحاظ عدم قطعیت قابلیت اجرا ندارد و با عنایت به اینکه ماده ۴۲۸ قانون آیین دادرسی کیفری آرای صادر شده درباره جرایمی را که مجازات قانونی آن‌ها سلب حیات است علی‌الاطلاق قابل فرجام‌خواهی در دیوان عالی کشور دانسته و موجبی وجود ندارد که احکام اعدام متهمان مذکور را از شمول حکم عام و کلی این ماده مستثنی بدانیم، بنا به مراتب، به نظر اکثریت قاطع اعضای هیأت عمومی دیوان عالی کشور، احکام یاد شده قابل فرجام‌خواهی در دیوان عالی کشور است و رأی شعبه ۴۸ دیوان عالی کشور در حدی که با این نظر مطابقت دارد صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود. این رأی مطابق ماده ۴۷۱ قانون اخیرالذکر برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها و سایر مراجع لازم‌الاتباع است». به نقل از روزنامه رسمی شماره ۲۰۶۱۱ مورخ ۱۶ آذر ۱۳۹۴. برای دیدن نقد و توجیه رای پیش گفته، نک. اسماعیل شایگان، مجید غمامی، آیین دادرسی و حقوق انتقالی؛ پژوهشی در



قانون آیین دادرسی مدنی (که گویای یکی از قواعد مشترک حاکم بر همه آیین‌های دادرسی است) اشاره نماید، اما با وجود نص قانونی خاص، پیش‌بینی‌شده در امور کیفری^۱، به نظر می‌رسد هیأت عمومی دیوان عالی کشور، قانون آیین دادرسی مدنی را قانونی عام می‌داند که مبنای حقوق دادرسی را تشکیل می‌دهد و قابلیت اعمال در آیین دادرسی کیفری را دارد. همچنین، دیوان عالی کشور در رای وحدت رویه مورخ یکم مهرماه ۱۳۹۹، قاعده قابلیت اعتراض به آرا بر اساس قانون حاکم در زمان صدور رای، مذکور در ماده ۹ قانون آیین دادرسی مدنی، را یکی «قواعد تضمین کننده حقوق مکتسب اصحاب دعوا» اعلام و آن را در امور کیفری نیز مجرا دانسته است.^۲ دیوان در این رای، قانون آیین دادرسی را به عنوان قاعده عام تلقی و عمومیت حکم مندرج در ماده ۹ قانون یادشده را به آیین دادرسی کیفری تسری داده است.

افزون بر دیوان عالی کشور، دیوان عدالت اداری نیز در آرای خود، قانون آیین دادرسی مدنی را قاعده‌ای عام برای آیین دادرسی اداری محسوب کرده است. برای نمونه، در زمان حاکمیت قانون دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۸۵، اگرچه در ماده ۱۷ قانون پیش‌گفته، برای اعاده دادرسی از احکام دیوان عدالت اداری مهلت تعیین نشده بود اما دیوان با این استدلال که «ز آنجایی که ماده ۱۷ قانون دیوان عدالت اداری در مقام بیان علت اعاده دادرسی بوده و در تعیین مهلت اعاده دادرسی مدتی قید نگردیده است»^۳ با توجه به اصول حاکم بر دادرسی از جمله دادرسی در دیوان عدالت اداری که با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در موارد ابهام و اجمال... باید به قوانین مدون مراجعه نمود در مانحن فیه قواعد دادرسی حاکم بر دیوان عدالت اداری جدای از دادرسی‌های کلی از

حقوق ایران و فرانسه گفتاری در نقد رأی وحدت رویه شماره ۷۴۳ مورخ ۱۳۹۴/۸/۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۳۹۷، ش ۴، ص ۱۱۹ به بعد.

۱. نک. ماده ۱۱ قانون مجازات اسلامی.

۲. رای وحدت رویه شماره ۷۹۶ مورخ ۱۳۹۹/۷/۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور: «نظر به اینکه مطابق قسمت دوم ماده ۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ آراء صادره از حیث قابلیت اعتراض، تجدید نظر و فرجام تابع قوانین مجری در زمان صدور آن است و این حکم که یکی از قواعد تضمین کننده حقوق مکتسب اصحاب دعوا است، در امور کیفری نیز جاری و به همین سبب حکم مندرج در بند ((الف)) ماده ۱۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مبنی بر اجرای فوری قوانین مربوط به صلاحیت، منصرف از قاعده مذکور است. بنابراین، چنانچه رای دادگاه کیفری با توجه به درجه مجازات قانونی جرم در زمان صدور، مطابق ماده ۴۲۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، قابل فرجام در دیوان عالی کشور باشد، کاهش مجازات به موجب قانون جدید تأثیری در قابلیت فرجام رای ندارد. بر این اساس [...]». این رای از پایگاه اینترنتی دیوان عالی کشور نقل شده است.

جمله دادرسی های مدنی و کیفری نبوده و بنابراین در مواردی همچون موضوع مانحن فیه باید به قوانین مدونه رجوع نمود و حکم قضیه را تعیین کرد. بنابه مراتب مذکور مهلت اعاده دادرسی در دیوان عدالت اداری تابع قواعد عمومی و کلی مندرج در ماده ۴۲۷ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی بوده و نمی تواند بلامدت و بلاقید [...] باشد. از این گذشته، هیات عمومی دیوان عدالت اداری، در دادنامه شماره ۱۳۳۲ مورخ ۱۳۹۸/۷/۲، با ملاک عمل قراردادن مقررات قانون آیین دادرسی مدنی، ماده ۳۲ آیین دادرسی کار^۲ را ابطال کرده است.^۳ با وجود این،

۱. دادنامه شماره ۱۳/۹۰/۱۲۲۹ شعبه ۱۳ دیوان عدالت اداری؛ این رأی روی پایگاه اینترنتی پژوهشگاه قوه قضاییه در دسترس است.
۲. ماده ۳۲ آیین دادرسی کار مصوب ۱۳۹۱/۱۱/۷، به نقل از روزنامه رسمی مورخ ۱۳۹۲/۴/۲۶: «چنانچه دادخواست فاقد شرایط مندرج در ماده ۳۱ باشد، ثبت نشده و به جریان نمی افتد و هیچ اثری نخواهد داشت». ماده ۳۱ آیین دادرسی کار نیز شرایط تقدیم دادخواست از جمله درج مشخصات خواهان و خوانده، ضرورت ضمیمه نمودن پیوست های دادخواست به تعداد خواندگان به علاوه یک نسخه و ... را پیش بینی کرده است.

۳. دادنامه شماره ۱۳۳۲ مورخ ۱۳۹۸/۷/۲ هیات عمومی دیوان عدالت اداری: «مطابق ماده ۴ آیین دادرسی کار مقرر شده مراجع حل اختلاف کار موظفند طبق قوانین و مقررات و یا اصول حقوقی به دعا رسیدگی کنند و به موجب بند ۲ ماده ۵۳ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱، در صورت عدم رعایت بندهای ۴-۵-۶-۳-۲ ماده ۵۱ همان قانون، دادخواست توسط دفتر دادگاه پذیرفته می شود لیکن برای به جریان افتادن باید به موجب مواد آتی از همان قانون و از جمله ماده ۵۴ اخطار رفع نقص برای شاکی صادر شود. با وحدت ملاک از قانون مذکور، حکم مقرر در ماده ۳۲ آیین دادرسی کار که عدم رعایت شرایط ماده ۳۱ را مانع به جریان افتادن دادخواست شاکی تلقی کرده است، مغایر قانون مذکور و خلاف اصل غیرتشریفاتی بودن دادرسی در مراجع شبه قضایی است، بنابراین مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می شود.» (این رأی را می توان روی پایگاه اینترنتی دیوان عدالت اداری مشاهده کرد). رأی پیش گفته را باید در نوشتار دیگری به تفصیل بررسی و نقد کرد. در اینجا تنها به این نکته اشاره می شود که شایسته بود تا هیات عمومی دیوان دلیل و مستند حاکمیت قانون آیین دادرسی مدنی بر دعاوی مطروحه نزد مراجع اداری یا، به تعبیر دیوان، مراجع شبه قضایی را اعلام می نمود. هر چند ظاهر ماده ۱۲۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری ناظر به رعایت مقررات قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) و قانون اجرای احکام بر آیین رسیدگی در دیوان عدالت اداری است و ظاهراً شامل مراجع شبه قضایی و اداری نمی شود، اما دیوان با صدور رأی یاد شده، مفاد ماده ۱۲۲ قانون مورد بحث را بر تمامی مراجع و مقام های تحت نظارت دیوان عدالت اداری گسترش داده است. از سوی دیگر، دیوان عدالت اداری ماده ۳۲ آیین دادرسی کار را افزون بر مغایرت با ماده ۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی، به استناد «اصل غیر تشریفاتی بودن دادرسی در مراجع شبه قضایی» ابطال کرده است. از این جهت، این رأی دیوان درخور تأمل است؛ زیرا هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به استنباط و استخراج یکی از اصول کلی دادرسی دست زده و آن را وارد حقوق موضوعه کشورمان کرده است.

همچنین برای دیدن رأی هیات عمومی دیوان عدالت اداری که برای اصلاح رأی پیشین آن هیات، با توجه به ماده ۱۲۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲، به ماده ۳۰۹ قانون آیین دادرسی و دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی



پرسش آن است که آیا صاحبان این دیدگاه در دکتترین و رویه قضایی، حاضرند تصدیق کنند که علاوه بر تشریفات مقرر در قانون آیین دادرسی مدنی، اصول شکل دهنده یا اداره کننده آیین دادرسی مدنی هم در آیین‌های دادرسی دیگر قابل استنادند؟ پاسخ روشنی وجود ندارد.

بررسی تحولات قانون‌گذاری سال‌های اخیر در حوزه قوانین آیین دادرسی ایران نشان از تمایل قانون‌گذار به استقلال هر یک از قوانین آیین‌های دادرسی مدنی، کیفری و اداری دارد^۱ که همین امر بر ابهام اعطای مقام ابوت به آیین دادرسی مدنی افزوده است. شاید حتی بتوان گفت که سلسله مراتب بین آیین‌های دادرسی و برتری قانون آیین دادرسی مدنی بر دیگر قوانین دادرسی به تدریج رنگ باخته و در این مرحله، جستجوی منبعی دیگر به عنوان قاعده عام حقوق دادرسی ضرورت منطقی دارد. اما تا آن زمان، واقع‌گرایی و ویژگی‌های فعلی نظام قضایی ایران، تأیید رویه کنونی را ایجاب می‌کند؛ زیرا اقدام بر اساس مبانی قانون آیین دادرسی مدنی بر اقدام بی‌مبنا و شهودی^۲، چنان که در برخی آراء نادر محاکم دیده می‌شود، استناد به مشهورات فلسفی برتری دارد^۳. به هر روی، شایسته است تأکید شود که در صورتی می‌توان به مقررات قانون آیین دادرسی مدنی در رسیدگی نزد مراجع قضایی کیفری و اداری استناد کرد که اولاً در قوانین آیین دادرسی کیفری و اداری نسبت به موضوع مورد رسیدگی به طور صریح یا ضمنی تعیین تکلیف نشده باشد و قانون در این باره «ساکت» باشد و ثانیاً مقررات مورد استناد در قانون آیین دادرسی مدنی از سرچشمه‌ی «اصول دادرسی» نشأت گرفته باشند به گونه ای که، از نظر منطق حقوقی، مصداق اجرای قاعده عام در موضوع خاص باشد تا امکان

استناد کرده است، نک. دادنامه شماره ۲۸۰۵/۲ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۹۹/۲/۱۷ که در روزنامه رسمی شماره ۲۱۹۳۲ مورخ ۱۳۹۹/۴/۱۵ منتشر شده است.

۱. این استقلال را می‌توان، به ویژه، در مقررات قانون جدید آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی مشاهده نمود؛ چنانکه قانون‌گذار در این قانون، مقررات راجع به تأمین خواسته را در مقایسه با قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ (مواد ۷۴ و ۷۵) تکمیل کرده و مواد ۱۰۷ تا ۱۱۳ را به این موضوع اختصاص داده است. به همین ترتیب است مقررات راجع به کارشناسی (ماده ۱۲۳ به بعد به ویژه ماده ۱۵۵ به بعد) در قانون جدید آیین دادرسی کیفری.

۲. برای نمونه رأیی از شعبه سوم دادگاه عمومی ماکو صادر شده است که در آن دادرس برای مقابله با سوءاستفاده خواهان از اختیار مندرج در ماده ۱۶ ق.آ.د.م به مفاهیم مشهور در دیالکتیک هگلی مانند تز، آنتی تز و سنتز متوسل شده است و دادگاه را موظف به تبعیت از قصد افراد در نیل به «خیر اعلی» ندانسته است. این تلاش دادرس حاکی از غفلت نظام حقوقی از نظریه عمومی دادرسی و ضرورت وجود آن است. رأی دادگاه به دلیل عدم انتشار عمومی قابل ارجاع نیست.

تعمیم و تسری آن به سایر آیین‌های دادرسی ممکن گردد، و ثالثاً مقررات مورد استناد در قانون آیین دادرسی مدنی استثنایی یا مغایر با روح حاکم بر آیین دادرسی کیفری و اداری نباشد. در حقوق فرانسه و تا سال ۱۹۵۸، رویه قضایی به طور سنتی بین آیین دادرسی کیفری و اداری، از نظر پیوند با قانون آیین دادرسی مدنی، تفکیک قائل می‌شد. بدین ترتیب که آیین دادرسی اداری تنها بر اساس رویه قضایی شورای دولتی فرانسه و اصول دادرسی ناشی از رویه این مرجع عالی قضایی اداره می‌شد و در موارد سکوت، تابع مقررات قانون آیین دادرسی مدنی نبود. دلیل استقلال آیین دادرسی اداری از آیین دادرسی مدنی، دوگانگی و تمایز مراجع قضایی اداری و مراجع قضایی دادگستری^۱ است که تفصیل آن را باید در نوشتار دیگری ملاحظه کرد^۲. اما قانون آیین دادرسی مدنی همواره به عنوان قاعده عام در تکمیل مقررات قانون آیین دادرسی کیفری به کار برده می‌شد. در حقیقت، قانون آیین دادرسی کیفری استثنایی بر قاعده عام یعنی مقررات قانون آیین دادرسی مدنی به شمار می‌رفت^۳. دیوان عالی کشور فرانسه در یکی از آرای نسبتاً قدیمی چنین اظهار نظر کرده است که «قاعده این است که قاضی مرجع کیفری تنها در صورتی می‌تواند به قانون آیین دادرسی مدنی استناد نماید که قواعد قانون اخیر از عمومیتی برخوردار باشد که بتوان آن‌ها را در همه دعاوی اجرا نمود و یا اینکه مقررات تکنیکی مورد استناد [در قانون آیین دادرسی مدنی] همسو با مقررات قانون آیین دادرسی کیفری باشد و به طور طبیعی، تکمیل کننده قانون اخیر محسوب شوند»^۴. با تصویب قانون اساسی کنونی فرانسه در سال ۱۹۵۸ و ماده ۳۴ آن، از این پس، قواعد و مقررات آیین دادرسی کیفری صرفاً به موجب قانون (و نه آیین‌نامه)، اما مقررات قانون آیین دادرسی مدنی به موجب آیین‌نامه وضع می‌شوند و قانون فعلی آیین دادرسی مدنی نیز توسط قوه مجریه تصویب و به موقع اجرا گذارده شده است^۵. بنابراین، در حقوق دادرسی فرانسه، با توجه به ماده ۳۴ پیش گفته و ضرورت «قانونی» بودن مقررات آیین دادرسی کیفری، می‌توان گفت که از این پس نوعی استقلال تام برای

۱. La dualité des ordres de juridiction/ Le dualisme juridictionnel.

۲. در این باره نک.

B. Beignier, L. Miniato, R. Perrot, Institutions judiciaires, 16e édition, L.G.D.J, 2017.

۳. Dans ce sens, v. R. Merle, A. Vitu, Traité de droit criminel, 2e édition, 1973, t. 2, n° 7.

۴. Crim., 19 juillet 1945, Rev. trim. dr. civ., 1946. 55, obs. Raynaud.

۵. نک. ماده ۳۴ قانون اساسی فرانسه.



آیین دادرسی کیفری شناخته شده و قانون آیین دادرسی کیفری همانند قانون آیین دادرسی اداری، دیگر در سایه قانون آیین دادرسی مدنی قرار ندارد.^۱

۲. قانون اساسی، مبنای نظریه عمومی دادرسی

به رغم پذیرش نسبی قانون آیین دادرسی مدنی به عنوان قاعده عام دادرسی در حقوق ایران، جهت گیری کلی نظام حقوقی، چنانکه اشاره شد، با توجه به تفاوت های آیین های دادرسی، به سمت استقلال هر یک از آیین های دادرسی است. در این شرایط، تمهید قاعده عام دادرسی بر اساس مبنای قابل اتکای دیگری ضروری است.

در تدوین نظریه عمومی دادرسی در حقوق فرانسه، همان گونه که گفته شد، بیش از همه بر مفاد کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر^۲ تأکید شده است. چرا که اصول دادرسی منصفانه، مذکور در آن کنوانسیون و رویه دیوان اروپایی حقوق بشر، به منزله منبعی فراملی، بر دعاوی مدنی، کیفری، اداری و انتظامی^۳ حاکم است. در حقوق ایران اما، باید در جستجوی منبع مشترک ملی بود که بر همه آیین های دادرسی حاکم باشد. به بیان دیگر، به منظور تدوین نظریه عمومی دادرسی باید در جستجوی منبعی بود که از هر یک از قوانین آیین دادرسی مدنی، کیفری و اداری فراتر بوده و در عین حال، در همه آیین های دادرسی قابلیت اعمال داشته باشد. این منبع مشترک که مبنای **همگرایی** آیین های دادرسی را تشکیل می دهد، «قانون اساسی» است. بر این پایه،

۱. Dans ce sens, v. E. Jeuland, Droit processuel général, 3e édition, LGDJ, 2013, pp. 202-203.

۲. مقررات اساسی و آرای شورای قانون اساسی فرانسه را نیز باید از منابع مهم در این زمینه دانست هر چند که اصول دادرسی پیش بینی شده در مقررات اساسی فرانسه قابل توجه نیست.

۳. در خصوص اعمال کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (بند اول ماده ۶) در دادرسی های انتظامی، از جمله در دعاوی انتظامی مطروحه علیه قضات، رویه واحد و قاطعی از ابتدا در حقوق فرانسه و نزد دیوان اروپایی حقوق بشر وجود نداشته است. دیوان یادشده، برای اولین بار در سال ۱۹۷۸ مفاد پاراگراف اول ماده ۶ کنوانسیون را در این دسته از دعاوی نیز قابل اعمال دانست و این رویه در تصمیمات بعدی این دیوان (در سال های ۱۹۸۱ و ۱۹۹۸) مجدداً تأیید شد. اما شورای دولتی فرانسه تا مدت ها از پذیرش آراء دیوان اروپایی حقوق بشر و اعمال مفاد کنوانسیون در دعاوی انتظامی اجتناب می نمود. با وجود این، شورای دولتی فرانسه در اواسط دهه ۱۹۹۰ (arrêt Maubleu du 14 février 1996)، اعمال مقررات مذکور در پاراگراف اول ماده ۶ کنوانسیون را در دادرسی های انتظامی (از جمله نسبت به پزشکان و وکلای پذیرفت. با این همه، برای دیدن نظری که مفاد ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را نسبت به دادرسی انتظامی وکلا قابل اعمال ندانسته، نک به رای اخیراً صادر شده ی دیوان اروپایی حقوق بشر:

CEDH, gr. ch., 22 décembre 2020, n° 68273/14, Gestur Jónsson et Ragnar Halldór Hall c. Islande ; <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-207325>

اصول دادرسی پیش‌بینی شده در قانون اساسی به دلیل جایگاه والای قانون اساسی در سلسله مراتب قوانین و مقررات کشور، منبع و مبنایی مهم برای استخراج نظریه عمومی دادرسی است و به دلیل کلی بودن اصول مزبور، بر همه آیین‌های دادرسی اعمال می‌شود. در حقیقت، اصول بنیادین دادرسی محل تلاقی یا چهارراه همه آیین‌های دادرسی است. این اصول از چنان اهمیتی برخوردار بوده اند که قانون‌گذار آن‌ها را در قانون اساسی پیش‌بینی کرده است. به بیان دیگر، نظریه حقوق بنیادین یا اساسی به مطالعه حق‌های طبیعی و بشری می‌پردازد و قانون اساسی صرفاً یکی از راه‌های بیان این حق‌های اساسی است. مقررات و قوانین دادرسی نیز علی‌القاعده با هدف تضمین اصول و حقوق بنیادین دادرسی به ویژه حق‌های بنیادین پیش‌بینی شده در قانون اساسی وضع شده است. «آیین دادرسی روی هم رفته قانونی است که اصول قانون اساسی مربوط به دادگستری را تنفیذ می‌نماید و به جریان می‌اندازد. با این توضیح آیین دادرسی [...] شعبه مستقلی است از حقوق که در مرز قانون اساسی واقع شده است برای تامین حسن اجرای حقوق بشر در حوزه دادگستری. نتیجه طبیعی این نظریه [...] این است که اگر یک قانونی فردی را از مراجعه و تظلم به دادگستری/که یکی از اصول اساسی دادرسی است/ محروم کند آن قانون خلاف قانون اساسی است» (متین دفتری، ۱۳۴۲، ج ۲، ص ۴۹). اصول دادرسی که در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران پیش‌بینی شده و از نظر تعدد، یکی از غنی‌ترین قوانین اساسی دنیا است، ساختار «دادرسی عادلانه» کشور را ترسیم می‌کند. پیش‌بینی اصول دادرسی در قانون اساسی یا استنباط آن‌ها از مقررات، به این اصول وصف «بنیادین» یا «اساسی» می‌بخشد و در نتیجه، احترام به این اصول را از نظر عدم مغایرت قوانین عادی با آن‌ها و نیز از نظر کنترل مطابقت تصمیم‌ها و اقدامات مقام‌های قضایی و اجرایی با این اصول ضروری می‌نماید؛ اصولی مانند اصل ۳۲ که درباره حمایت آیینی از آزادی‌های فردی در دادرسی کیفری است؛ اصل ۳۴ درباره شناسایی حق دادخواهی نزد مرجع قضایی صالح به منزله‌ی یکی از حقوق بنیادین؛ اصل ۳۵ که به حق برخورداری از وکیل دادگستری اشاره دارد که به نوبه خود مبتنی بر مبانی متعددی است و سرانجام اصل ۴۰ که قلمروی وسیعی دارد و می‌توان از آن در مقابله با سوء استفاده از قواعد دادرسی بهره جست. برای نمونه، شیوه اجرای اصل ۳۵ قانون اساسی و محدودیت‌های برخورداری آزادانه از وکیل دادگستری که در سال‌های اخیر بحث‌های فراوانی درباره آن شکل گرفته (از جمله نک. به ماده



۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری و تبصره ذیل ماده یادشده^۱، بسته به مبنا، جایگاه و ماهیت حق برخورداری از وکیل می‌تواند متفاوت باشد. بحث‌های شکل گرفته پیرامون این حق و مقررات وضع شده همگی نشان‌گر این است که درباره این حق در حقوق ما «تئوری» یا «نظریه» ای وجود ندارد تا جایگاه این حق آیینی و محدودیت‌های قابل اعمال بر آن تعیین گردد. درباره سایر حق‌های بنیادین دادرسی نیز، بیش و کم، وضع به همین منوال است. تدوین نظریه عمومی دادرسی بر مبنای نظریه حقوق بنیادین می‌تواند به این بحث‌ها و آشفتگی‌ها تا حدود زیادی پایان بخشد و نظام قضایی کشور را به سوی انسجام حقوقی هدایت کند.

برخی اصول بنیادین دادرسی به صراحت در قانون اساسی پیش‌بینی شده‌اند و تردیدی درباره آن‌ها وجود ندارد. در این شرایط، قوای حاکم به تناسب وظایف خود مجری و تضمین‌کننده این اصول هستند^۲. اما دسته ای از اصول دادرسی به صراحت در متن قانون اساسی پیش‌بینی نشده‌اند و ممکن است از مجموع مقررات و روح قانون اساسی، مجموع مقررات نظام حقوقی و مفاد عهدنامه‌های بین

۱. حق انتخاب آزادانه وکیل علاوه بر تبصره ذیل ماده ۴۸ ق.آ.د.ک، در دادرسی و دادگاه ویژه روحانیت و دادرسی و دادگاه نظامی نیز با محدودیت‌های جدی روبرو شده است (نک. ماده ۶۲۵ ق.آ.د.ک و تبصره ۱ ذیل قانون انتخاب وکیل توسط اصحاب دعوی مصوب ۱۳۷۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام).

۲. از جمله این اصول، که در مراجع قضایی کیفری، مدنی و اداری اجرا می‌شوند و تفاوت در نوع و ماهیت مرجع قضایی و آیین دادرسی، تأثیری در اجرای این اصول ندارد، می‌توان به موارد زیر اشاره کرد: حق دادخواهی و حق دسترسی به مرجع قضایی صالح، بی‌طرف و مستقل (اصول ۳۴، ۵۷ و ۱۵۶ ق.ا.)، حق برخورداری از وکیل در تمام مراجع قضایی (اصل ۳۵ ق.ا.)، اصل علنی بودن محاکمات (اصول ۱۶۵ و ۱۶۸ ق.ا.)، اصل مستند و مستدل بودن آراء دادگاه‌ها (اصل ۱۶۶ ق.ا.)، اصل رسیدگی و صدور حکم بر اساس قانون (اصل ۳۶ و ۱۶۷ ق.ا.)، اصل تساوی همگان در برابر قانون (اصل ۲۰ ق.ا.)، اصل استقلال قوه قضاییه (اصول ۵۷ و ۱۵۶ ق.ا.)، اصل تأسیس و تشکیل دادگاه‌ها به حکم قانون (اصل ۱۵۹ ق.ا.)، اصل رسیدگی و نظارت دیوان عالی کشور نسبت به آراء محاکم (اصل ۱۶۱ ق.ا.)، افزون بر این، اصل منع دستگیری و بازداشت خودسرانه و بدون حکم قانون (اصل ۳۲ ق.ا.)، اصل برائت (اصل ۳۷ ق.ا.)، اصل رسیدگی و صدور حکم به مجازات و اجرای آن مطابق قانون در دادگاه صالح (اصل ۳۶ ق.ا.)، اصل رسیدگی و صدور حکم در جرایم سیاسی و مطبوعاتی به صورت علنی و با حضور هیئت منصفه (اصل ۱۶۸ ق.ا.) و اصل قانونی بودن جرم و مجازات (اصل ۱۶۹ ق.ا.) را نیز می‌توان در زمره اصول بنیادین دادرسی کیفری دانست.

المللی که ایران به آن‌ها پیوسته^۱، استنباط گردند^۲. این اصول به دلیل ویژگی بنیادین و اساسی آن‌ها (Bergel, 2012, n° 78 et s)، از چنان اهمیتی برخوردارند که نبود آن‌ها، مشروعیت سازمان قضایی و دادرسی را با تردید روبرو می‌کند. با این همه، استنباط اصول یادشده در عمل به عهده مراجع قضایی عالی است و این امر به سیاست قضایی این نهادها بستگی دارد. برداشت این اصول از مقررات قانون اساسی یا قوانین عادی و اعطای ارزش بنیادین یا اساسی^۳ به آن‌ها در اغلب کشورها، از اختیارات دادگاه‌های قانون اساسی یا دیوان‌های عالی است. در دهه‌های اخیر، سیاست قانون‌گذاران و دیگر نهادها به ویژه دادگاه‌های قانون اساسی در کشورهای پیشرفته، افزایش دامنه اصول بنیادین حقوقی از طریق «اساسی سازی حقوق»^۴ به طور کلی و «اساسی سازی آیین دادرسی»^۵ به طور خاص با هدف حمایت موثر از حقوق بنیادین بوده است. «اساسی سازی حقوق دادرسی»^۶ یا تأثیر حقوق اساسی در آیین دادرسی به معنای اعطای جنبه اساسی یا بنیادین به اصول یا قواعد حقوقی دادرسی است که از مقررات اساسی یا مجموعه مقررات نظام حقوقی استنباط می‌گردد؛ به گونه‌ای که اصول و قواعد مزبور واجد جایگاهی برتر از قانون عادی شده و از حمایت‌های پیش‌بینی‌شده برای مقررات قانون اساسی (مانند عدم امکان تصویب قانون بر خلاف این اصول و اختیار دادگاه قانون اساسی در

۱. در حقیقت، یکی از مبانی استخراج اصول بنیادین دادرسی از منابع فراملی، مسئولیت بین‌المللی کشور پس از پذیرش عهدنامه‌ها و کنوانسیون‌های بین‌المللی و تعهد ضمنی دولت به عدم تصویب قانون داخلی مغایر با تعهد بین‌المللی است. در این باره، نک. ناصر کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، نشر میزان، چاپ هشتم، ۱۳۸۲، ذیل ماده ۹؛ ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، چاپ سی ام، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۱، ش ۱۲۳.

۲. برای نمونه، می‌توان از اصول و حقوق زیر نام برد: حق دفاع (اصل ۳۵)، حق برخورداری از حمایت حقوقی و قضایی موثر (اصل ۱۵۶)، حق برخورداری از تشکیلات و مراجع قضایی کارآمد (اصل ۱۵۸)، حق برخورداری از رای صحیح و منطبق با قانون (اصل ۱۶۱)، اصل استقلال دادرسی (اصل ۱۶۴)، اصل تساوی همگان در برابر مراجع قضایی (اصول ۲۰ و ۱۶۱). به همین ترتیب، حق رسیدگی و صدور رای در مهلت معقول و حق برخورداری از اجرای موثر آرای دادگاه‌ها را می‌توان به حق برخورداری از تشکیلات و مراجع قضایی کارآمد (اصل ۱۵۸) متکی نمود.

۳. Valeur constitutionnelle.

۴. Constitutionalization of law / Constitutionnalisation du droit.

برای مطالعه درباره اساسی سازی حقوق در فرانسه نک.

L. Favoreu, «La constitutionnalisation du droit», in Mélanges en hommage à Roland Drago, «L'unité du Droit», Paris, Economica, 1996, p. 25 et s ; La constitutionnalisation des branches du droit, B. Mathieu, M. Verpeaux (sous la direction), Economica, 1998.

۵. Constitutionnalisation de la procedure.

۶. Constitutionnalisation du droit processuel.



ابطال مقررات، مصوبات یا تصمیمات مغایر با این اصول و ضرورت حمایت موثر قضایی از این اصول) برخوردار شوند.

در ایران، شاید با اختیاری که در اصل ۹۸ قانون اساسی پیش‌بینی شده، انجام دادن این مهم به عهده شورای نگهبان باشد. اما شورای نگهبان تاکنون تفسیری در پیوند با قانون اساسی که بتوان اصول اساسی دادرسی را از آن استنباط نمود ارائه نداده است.^۱ در حقیقت، مقایسه شورای نگهبان با دیگر مراجع مشابه در سایر کشورها از جمله فرانسه و آلمان نشان می‌دهد که این شورا را نمی‌توان «دادگاه قانون اساسی» به معنای واقعی کلمه دانست. زیرا ساختار و کارویژه‌های این شورا با شاخص‌های جهانی یک «دادگاه» همخوانی ندارد. در ایران، امکان اعتراض اشخاص حقیقی و حقوقی به قوانین، به دلیل مغایرت با حقوق اساسی یا بنیادین، از طریق مراجعه به شورای نگهبان، پیش‌بینی نشده است. به همین جهت، می‌توان گفت که حقوق ایران فاقد «دادرسی اساسی» است؛ زیرا فرآیند و آیینی که زمینه مراجعه به شورای نگهبان و درخواست اظهارنظر نسبت به نقض حقوق اساسی را فراهم کند، وجود ندارد. در واقع، در فرآیند یک «آیین دادرسی اساسی» و با وجود «رویه قضایی اساسی» است که اساسی‌سازی حقوق شکل می‌گیرد. ممکن است گفته شود که شورای نگهبان کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی را پیش از اجرایی شدن، از نظر مطابقت با قانون اساسی پایش می‌کند (کنترل پیشینی: اصول ۷۲ و ۹۶ قانون اساسی) و به این جهت، ادعای بعدی مغایرت مصوبات مجلس با اصول و حقوق اساسی منتفی است. و شاید حتی این گفته از دیدگاه انتزاعی درست باشد^۲، اما با واقعیت‌های عملی منطبق به نظر نمی‌رسد؛ زیرا برای نمونه امکان کنترل مطابقت قانونی که در بیش از چند صد ماده به تصویب می‌رسد با قانون اساسی و موازین شرع در مدت ده روز یا حداکثر بیست روز (اصول ۹۴ و ۹۵ قانون اساسی)، دشوار و غیر واقع بینانه است. افزون بر این، شورای نگهبان

۱. شورای نگهبان در نظریه تفسیری شماره ۷۹/۲۱/۱۰۶۵ مورخ ۱۳۷۹/۷/۳۰ اعلام داشته است که «هیأت دولت نمی‌تواند مستقلاً لایحه قضائی تنظیم نموده و آن را به مجلس شورای اسلامی جهت تصویب نهایی ارسال نماید». از نظر این شورا، «لوائح قضائی که توسط رئیس قوه قضائیه تهیه و به دولت ارسال می‌شود، به مجلس شورای اسلامی تقدیم می‌گردد. هر گونه تغییر مربوط به امور قضائی در این گونه لوائح فقط با جلب موافقت رئیس قوه قضائیه مجاز می‌باشد». این نظریه را می‌توان در چهارچوب تفکیک قوا مورد بررسی قرار داد. همچنین، از نظر استقلال قوه قضائیه نیز می‌تواند درخور تامل و نقد باشد که باید در نوشتار دیگری به آن پرداخته شود.

۲. برای دیدن نظر مخالف با این احتمال نک. ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، منبع پیشین، ش ۱۱۹ به بعد؛ مجید غمامی، مسؤولیت مدنی دولت، نشر دادگستر، ۱۳۷۶، ش ۶۵.

در برخی موارد، قانونی را که خود تأیید نموده، متعاقباً خلاف شرع اعلام کرده است.^۱ این رویه شورای نگهبان، صرف نظر از مبانی حقوقی آن، به خوبی نشان می‌دهد که حتی در فرض تأیید پیشینی شورای نگهبان نیز، امکان طرح بعدی ادعای مغایرت مصوبات مجلس با مقررات اساسی وجود دارد بی آن که فرآیند آیینی مشخصی داشته باشد. به همین جهت، وجود یک دادگاه قانون اساسی یا نهادی (فارغ از نام و عنوان آن) که نقش دادگاه قانون اساسی را ایفا می‌کند، در نظام حقوقی ایران ضروری به نظر می‌رسد.^۲ هر چند جزییات موضوع را باید در نوشته‌های حقوقدانان حقوق اساسی جستجو کرد اما به منزله یک پیشنهاد می‌توان توصیه کرد که شورای نگهبان کنونی را نیز می‌توان، حتی، با تصویب قانون عادی و با تعریف الزامات حداقلی^۳، به جایگاه دادگاه قانون اساسی ارتقا داد و این پیشنهاد مغایرتی نیز با قانون اساسی ندارد؛ با این توضیح که ضمن تأکید بر نظارت و کنترل پیشینی شورای نگهبان نسبت به مصوبات مجلس شورای اسلامی، نوعی کنترل و نظارت پسینی را نیز پیش‌بینی نمود^۴ و مقام‌ها و نهادها و اشخاص ویژه‌ای را نیز، در گام اول، به عنوان اشخاص واجد صلاحیت جهت مراجعه به شورای مزبور به منظور طرح ادعای مغایرت قوانین با حقوق اساسی تعیین کرد. در این

۱. برای نمونه، شورای نگهبان در نامه‌ی شماره ۹۶/۱۰۰/۲۴۰ مورخ ۲۶/۱/۱۳۹۶ تبصره ۱ ماده ۲۶ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران مصوب ۱۳۷۵ را خلاف شرع اعلام نمود: «با عنایت به اطلاعات واصله از برخی مناطق کشور که اکثریت مردم آن‌ها مسلمان و پیرو مذهب رسمی کشور هستند و افراد غیر مسلمان در این مناطق خود را داوطلب عضویت در شوراهای اسلامی شهر و روستا نموده‌اند و با توجه به اینکه تصمیمات این شوراهای در خصوص مسلمین بدون لزوم رسیدگی به آن در شورای نگهبان لازم‌الاتباع خواهد بود، تبصره ۱ ماده ۲۶ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران مصوب ۱۳۷۵ نسبت به چنین مناطقی با نص فرمایشات بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران حضرت امام خمینی علیه‌الرحمه در تاریخ ۱۲/۷/۱۳۵۸ مذکور در صحیفه نور (جلد ۶، چاپ ۱۳۷۱، صفحه ۳۱) مغایر است و لذا خلاف موازین شرع شناخته شد.» برای دیدن نظریه شورای نگهبان، نک. به پایگاه اینترنتی شورای نگهبان قانون اساسی.

۲. برخی از نویسندگان پیش‌بینی مرجعی تحت عنوان دادگاه یا دیوان قانون اساسی را به تبع کشورهای دیگر و به منظور ایجاد ساز و کار اساسی سازی ضروری دانسته‌اند. در این باره نک. علی حسین نجفی ابرندآبادی، «درآمدی بر اساسی‌سازی حقوق کیفری»، در: در: تکاپوی حقوق عمومی (به کوشش علی اکبر گرجی ازندیانی)، جلد نخست، چاپ نخست، انتشارات جنگل، ۱۳۹۳، ص ۹۹۴.

۳. مانند بیطرفی شورا و اعضای آن، عدم اشتغال اعضای شورای نگهبان در دیگر سازمان‌ها و نهادها، ضرورت صدور رای قضایی مستدل و مستند در فرآیند دادرسی اساسی و ...

۴. همانگونه که گفته شد، شورای نگهبان این نوع از نظارت را هم اکنون نیز، در عمل، رأساً اعمال می‌کند. با تصویب قانون می‌توان هم دامنه این نظارت را افزایش داد و هم شکل و ساختاری قانونی به آن بخشید. این نکته نیز گفتنی است که هر چند شورای نگهبان ناظر بر مصوبات مجلس است اما این امر نافی تبعیت این شورا از قوانین نیست و به همین جهت، ساز و کار رسیدگی این شورا نیز مستلزم تصویب قانون می‌باشد و تصویب مقرراتی با عنوان آیین‌نامه داخلی توسط این شورا با اصول منطبق نیست.



صورت، پیش‌بینی فرآیند رسیدگی نزد شورای نگهبان و در نتیجه آیین دادرسی اساسی ضروری خواهد بود.

به هر روی، نبود دادرسی اساسی به معنای اخص کلمه (فرآیندی سازمانی برای تضمین حقوق اساسی)، به معنای نبود حقوق بنیادین یا عدم امکان پاسداری از این حقوق نیست. به بیان دیگر، هرچند در فرض وجود دادرسی اساسی، از حقوق بنیادین شهروندان حمایت موثرتری به عمل می‌آید، اما تا زمانی که چنین ساز و کاری در نظام حقوقی ایران پیش‌بینی نشده، این مهم، به عهده مراجع قضایی دادگستری و در رأس آن‌ها، دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری^۱ است.

بر این بنیاد، شایسته است که دیوان عدالت اداری و دیوان عالی کشور در تفسیر مقررات و قوانین عادی، اصول و حقوق بنیادین دادرسی - مبتنی بر قانون اساسی - را که گویای «حقوق طبیعی»^۲ در آیین دادرسی هستند، راهنمای خود قرار دهند. اکنون ظاهراً این دو نهاد قضایی و به ویژه دیوان عالی کشور - با این تصور که مقررات قانون اساسی در قلمرو تفسیری شورای نگهبان قرار دارد - در رسیدگی‌های خود تمایل چندانی به تفسیر اصول قانون اساسی و کنترل مطابقت آرای فرجام خواسته با اصول و حقوق بنیادین دادرسی مندرج در قانون اساسی، از خود نشان نمی‌دهند. هنگام آن است که دیوان عالی کشور مقررات قانون اساسی را از «قاب شیشه‌ای»، که آن‌ها را غیر قابل دسترس ساخته، خارج نماید و به عنوان مبنایی قانونی - و مهم‌تر از هر قانون دیگری - برای انجام مأموریت‌های خود تعریف نماید. این رویه، روح تازه‌ای بر پیکر قانون اساسی می‌دمد و به اصول مذکور در این قانون حیات و جانی تازه می‌بخشد. بر این اساس، مقررات عادی که مبنای صدور آرا توسط مراجع قضایی تالی قرار گرفته، در پرتو اصول و حقوق اساسی دادرسی تفسیر و بازبینی می‌شود؛ بدون آنکه در خصوص اعتبار یا عدم اعتبار قوانین عادی اظهارنظر شود. پس

۱. رای شماره ۲۶۲۱ مورخ ۱۳۹۸/۹/۵ هیات عمومی دیوان عدالت را می‌توان در همین راستا و در پاسداری از حقوق بنیادین دادرسی، حق دادخواهی، دانست: «[...] با عنایت به اینکه مطابق مفاد ماده واحده مصوب جلسه ۶۳۰ - ۱۳۸۷/۶/۱۲ و استفساریه شماره ۱۳۹۳/۱۸۴۷۳/ش-۱۳۹۳/۱۲/۱۹ شکایات ناظر به شئون آموزشی و پژوهشی از صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی خارج شده است [...] و با عنایت به اینکه شورای عالی انقلاب فرهنگی صلاحیت تحدید صلاحیت مراجع قضایی را ندارد، بنابراین ...». روزنامه رسمی مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۲۹.

۲. در این باره نک.

H. Motulsky, «Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile», *op.cit.*, p. 175 et s.

دادرسی در مقام تفسیر قوانین عادی باید مفاد آن را بر معنایی حمل کند که با اصول قانون اساسی و حقوق بنیادین دادرسی منطبق باشد و بدین سان، نهادهای قضایی از اصول و آزادی‌های فردی و حقوق مشروع شهروندان دفاع می‌کنند.^۱ حضور شورای نگهبان و اختیار این نهاد در تفسیر مقررات قانون اساسی مانع از اختیار مراجع قضایی در تفسیر اصول قانون اساسی نیست (ملاک اصل ۷۳ ق.ا.). اصول بنیادین دادرسی و فرآیند کنترل و نظارت بر اجرای این اصول در تمهید نظریه عمومی دادرسی از اهمیت به سزایی برخوردار است. به نظر می‌رسد دیوان عالی کشور می‌تواند «شرم قضایی» خود در کنترل رعایت مقررات قانون اساسی در آرای صادره توسط مراجع تالی را به کناری نهاده و رسالت خود در تضمین حقوق اساسی شهروندان و توسعه حقوق کشور را ایفا نماید.^۲ بر این اساس و با این رویکرد، در هر حال نقض اصول بنیادین دادرسی در رسیدگی مراجع تالی، می‌تواند مبنایی برای قابلیت رسیدگی فرجامی نزد دیوان عدالت اداری و دیوان عالی کشور قرارگیرد. پس، دیوان عالی کشور می‌تواند در تفسیر مقررات مواد ۳۶۷، ۳۶۸ و ۳۶۹ ق.آ.د.م، نقض اصول بنیادین دادرسی در رسیدگی‌های مراجع تالی را یکی از جهات فرجام خواهی بداند، حتی اگر رأی فرجام خواسته، در ظاهر امر، در زمره آرای فرجام پذیر احصا شده در مواد پیش گفته نیامده باشد. به بیان دیگر، دیوان می‌تواند مقررات مواد پیش گفته را منصرف از حقوق اساسی و بنیادین دانسته و بدین ترتیب نه تنها «پارادایم» حق دسترسی به دیوان عالی کشور را اصلاح، که قانون‌گذار را نیز به تأمل در قانون نویسی و توجه به حقوق بنیادین شهروندان وادار کند. به همین ترتیب، دیوان عالی کشور می‌تواند در رسیدگی حکمی به آرای فرجام خواسته و در تشخیص «عدم رعایت اصول دادرسی و قواعد آمره و حقوق اصحاب دعوا در صورتی که به درجه ای از اهمیت باشد که رأی را از اعتبار قانونی بیندازد»^۳، اصول بنیادین دادرسی را یکی از معیارهای تفسیر بند ۳ ماده ۳۷۱ ق.آ.د.م و بند

۱. در این باره، نک. ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، منبع پیشین، ش ۱۲۱.

۲. اصل یکصد و پنجاه و ششم: «قوه قضائیه قوه ای است مستقل که پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت ...».

۳. ماده ۳۷۱ ق.آ.د.م: «در موارد زیر حکم یا قرار نقض می‌گردد: [...] ۳- عدم رعایت اصول دادرسی و قواعد آمره و حقوق اصحاب دعوا در صورتی که به درجه ای از اهمیت باشد که رأی را از اعتبار قانونی بیندازد. [...]».

ماده ۴۶۴ ق.آ.د.ک: «جهات فرجام خواهی به قرار زیر است: [...] ب - ادعای عدم رعایت اصول دادرسی با درجه ای از اهمیت منجر به بی اعتباری رأی دادگاه. [...]».

بند الف ماده ۴۶۹ ق.آ.د.ک نیز عدم رعایت «تشریفات قانونی» را در فرضی که «آن تشریفات به درجه ای از اهمیت باشد که موجب بی اعتباری رأی شود»، از موجبات نقض رأی فرجام خواسته دانسته است.



«ب» ماده ۴۶۴ ق.آ.د.ک قرار داده و حکم فرجام خواسته را، صرف نظر از نتیجه آن، در صورت عدم رعایت اصول دادرسی و حقوق بنیادین اصحاب دعوا نقض نماید. همچنین، هرگاه مرجع قضایی حق اصحاب دعوا در انتخاب آزادانه وکیل را سلب نماید، رای آن مرجع به استناد اصل ۳۵ قانون اساسی قابل فرجام خواهی و نظارت قضایی خواهد بود.^۱

بدین سان، به رغم نبود دادرسی اساسی و دادگاه قانون اساسی در ایران، می توان از وجود نوعی دادرسی اساسی ضمنی یا غیر مستقیم در بطن دادرسی اصلی نزد مراجع قضایی سخن به میان آورد. قضات دادگاه ها با راهبری دیوان عالی کشور مقررات و تشریفات مذکور در قوانین دادرسی را در پرتو حقوق بنیادین دادرسی اعمال و تفسیر می کنند. حقوق دادرسی، با مطالعه حقوق بنیادین دادرسی و تبیین مفهوم، دامنه و شیوه های تضمین این حقوق، نقشی مهم در اساسی سازی حقوق دادرسی ایفا می کند. در این شرایط می توان از «حقوق بنیادین دادرسی» در فرآیند «آیین دادرسی اساسی»، هر چند ضمنی، سخن به میان آورد.

در پایان می توان پرسید که آیا محتوای حقوق دادرسی را می توان از قوانین دادرسی نیز استخراج کرد یا قانون اساسی -منبع مشترک همه آیین های دادرسی- خاستگاه منحصر حقوق دادرسی است. به نظر می رسد که قانون اساسی را می توان مهم ترین مبنای نظریه عمومی دادرسی دانست؛ اما تمهید نظریه عمومی دادرسی را نباید به قانون اساسی محدود کرد، بلکه باید از ظرفیت قوانین دادرسی و مجموعه مقررات نظام حقوقی (از جمله عهدنامه هایی که ایران به آن ها پیوسته) نیز بهره برد. چنانکه در بررسی تعارض قوانین دادرسی در زمان و تمهید نظریه عمومی اثر فوری قوانین دادرسی، بیش از همه، بر مقررات و قواعد آیین های دادرسی (مطالعه تطبیقی آیین های دادرسی) تکیه شده است.^۲

۱. این رویکرد که مبتنی بر تضمین حق های بنیادین دادرسی است، در امور کیفری از اهمیت بیشتری برخوردار است. بنابراین می توان چنین نظر داد که مفاد تبصره (۲) قانون انتخاب وکیل توسط اصحاب دعوا مصوب ۱۳۷۰/۰۷/۱۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام که مقرر می دارد «هرگاه به تشخیص دیوان عالی کشور، محکمه ای حق وکیل گرفتن را از متهم سلب نماید حکم صادره فاقد اعتبار قانونی بوده» به متهم حق می دهد تا از رای صادر شده نزد دیوان عالی فرجام خواهی و رسیدگی و نظارت بر حق بنیادین انتخاب آزادانه وکیل را تقاضا نماید. مقدمه «تشخیص دیوان عالی کشور»، حق دسترسی به دیوان عالی کشور است.

۲. در این باره، نک. اسماعیل شایگان، مجید غمامی، آیین دادرسی و حقوق انتقالی؛ پژوهشی در حقوق ایران و فرانسه گفتاری در نقد رای وحدت رویه شماره ۷۴۳ مورخ ۱۳۹۴/۸/۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، منبع پیشین، ص ۱۱۹ به بعد، به ویژه ص ۱۵۷.

۲. نتیجه

دستیابی به نظام حقوقی مشترک حاکم بر آیین های دادرسی و تمهید نظریه عمومی دادرسی مبتنی بر نظریه های متفاوتی است که در مقدمه این نوشتار به آن ها اشاره شد. در این مقاله، نظریه عمومی دادرسی از منظر حق های بنیادین دادرسی مورد مطالعه قرار گرفت و پیوند میان حقوق دادرسی و حقوق اساسی ملاحظه گردید. حقوق دادرسی با اتکای به قانون اساسی به عنوان منبع مشترک آیین های دادرسی، نظریه عمومی دادرسی کشور را بر پایه حق های اساسی دادرسی ترسیم می کند. در اینجا مناسب است تاکید شود که قانون اساسی سندی است که علی الاصول حق های اساسی، به ویژه حق های بنیادین دادرسی را شناسایی و اعلام می کند. اما شناسایی حق های بنیادین دادرسی، لزوماً، منوط به اعلام این حق ها در قانون اساسی نیست. شناسایی و اعلام حقوق بنیادین در قانون اساسی مسبوق به شناسایی نظریه حقوق بنیادین دادرسی است. به همین جهت، دادگاه های عالی یا دادگاه های قانون اساسی در بسیاری از موارد به حقوقی که در قانون اساسی پیش بینی نشده است، وصف بنیادین اعطا می کنند.

حقوق دادرسی با جستجوی بنیادها و مبانی مشترک همه آیین های دادرسی و با تمهید نظریه عمومی، زمینه اصلاح مقررات هر یک از قوانین آیین دادرسی را با هدف منطبق نمودن مقررات مزبور با اصول بنیادین دادرسی و حقوق اساسی اصحاب دعوا فراهم می نماید. نظریه عمومی دادرسی راهنمای دادرس در تفسیر مقررات قوانین آیین دادرسی به ویژه در موارد سکوت، نقص، اجمال یا تعارض آن ها بوده و نقشی اساسی در این زمینه ایفا می کند. همانگونه که هر یک از آیین های دادرسی مدنی، کیفری و اداری از مجموعه ای از اصول دادرسی تشکیل می شوند و این اصول، ضمن تمهید نظریه عمومی هر یک از این آیین های دادرسی، انسجام این آیین های دادرسی را حفظ می نماید، حقوق دادرسی نیز به مجموعه اصول دادرسی یک کشور (نظریه عمومی دادرسی) اطلاق می شود؛ این اصول، ساختار دادرسی کشور را تشکیل می دهد. به همین دلیل، حقوق دادرسی و نظریه عمومی دادرسی، به مفهومی که گفته شد، افزون بر آیین دادرسی مدنی، کیفری و اداری، بر آیین دادرسی مراجع قضایی خاص و استثنایی یا انتظامی نیز که، در بسیاری از موارد، حاوی مقررات کاملی برای رسیدگی نیستند، اعمال می گردد. از این گذشته، نظریه عمومی دادرسی راهنمای قانون گذار در تدوین قوانین دادرسی نیز خواهد بود.



چنانچه پیش تر گفته شد، «حقوق دادرسی» حقوق آیین های دادرسی نیست؛ بلکه ناظر به یک نظریه عمومی دادرسی در نظام حقوقی کشور است. رابطه «نظریه عمومی دادرسی» و آیین های مختلف دادرسی را می توان، از یک دیدگاه، به ارتباط بین نظریه عمومی تعهدات و عقود معین تشبیه نمود. همانگونه که عقود معین «اجرای نظریه تعهدات در روابط گوناگون است که گاه با استثنای خاص همراه شده است»^۱، آیین های دادرسی مختلف نیز اجرای نظریه عمومی دادرسی است که با جلوه های متفاوت ظاهر می شود. اگر پژوهشگر حقوق یا دادرس نظریه عمومی دادرسی را چنانکه شایسته آن است، مطالعه کند؛ در اغلب موارد، در یافتن راه حل موضوعات مطروحه در آیین های دادرسی مدنی، کیفری، اداری یا سایر آیین های دادرسی در نمی ماند. بدین ترتیب، با تمهید نظریه عمومی دادرسی، نظریه سنتی که آیین دادرسی مدنی را به عنوان «قاعده عام» در سایر آیین های دادرسی دانسته و در موارد سکوت قابل اعمال می داند، کم رنگ شده و «حقوق دادرسی» به عنوان مبنا و جوهر همه آیین های دادرسی که علی الاصول از منبعی فراتر از قانون عادی (قانون اساسی) سرچشمه می گیرد، جایگزین آن می گردد. حقوق دادرسی، علی رغم واگرایی ذاتی و استقلال آیین های دادرسی مختلف، حقوق مشترک دادرسی را که از منابع مشترک همه آیین های دادرسی نشأت می گیرند، مورد مطالعه قرار می دهد و زمینه «همگرایی» و پیوند آیین های دادرسی را فراهم می سازد. نظریه عمومی دادرسی با ترسیم مبانی و چهارچوب، برای دادرسی کشور ساختار تعیین می کند. بسیاری از نابسامانی های نظام قضایی، دلایل نامنسجم بودن قوانین و نیز تهافت آرای قضایی، حتی در سطح هیات عمومی دیوان عالی کشور، ناشی از نبود نظریه عمومی دادرسی است. نظریه عمومی دادرسی، مبنایی مشترک برای تفسیر مقررات دادرسی و توسعه آیین های دادرسی است. نقش مراجع قضایی عالی در تمهید نظریه عمومی از اهمیت ویژه ای برخوردار است. رویه قضایی این مراجع، با تمیز و تبیین اصول و حقوق بنیادین و تفسیر مقررات قوانین عادی در پرتو این اصول و حق ها، سیاست ها و راهبردهای آیینی کشور را ترسیم و زمینه تمهید اصول و قواعد مشترک آیین های دادرسی و در نتیجه، حقوق دادرسی را فراهم می کند. «حقوق دادرسی» با اتکا به اصول بنیادین دادرسی، منصفانه و عادلانه بودن مقررات دادرسی را تضمین می نماید. ارمغان اصول دادرسی بر پایه حقوق دادرسی، «آیین دادرسی اصولی» است. اصول و حقوق بنیادین دادرسی، محور حقوق دادرسی و کانون مطالعه نظریه عمومی دادرسی است؛ این اصول و حق ها، «حقوق ماهوی دادرسی» را تشکیل می دهند.

۱. ناصر کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات، چاپ دوم، نشر میزان، ۱۳۸۲، مقدمه.

در این باره باز هم سخن خواهیم گفت.

۲. فهرست منابع

۵-۱. منابع فارسی

الف) کتب

۱. آشوری، محمد، ۱۳۹۵، آیین دادرسی کیفری، چاپ نوزدهم، سمت.
۲. خالقی، علی، ۱۳۹۵، آیین دادرسی کیفری، چاپ سی ام، شهر دانش.
۳. خدابخشی، عبدالله، ۱۳۸۹، تمایز بنیادین حقوق مدنی و حقوق کیفری، چاپ اول، انتشارات شهر دانش.
۴. شمس، عبدالله، ۱۴۰۱، آیین دادرسی مدنی، دوره پیشرفته، جلد نخست، چاپ ۴۴، انتشارات دراک.
۵. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۱، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، چاپ سی ام، شرکت سهامی انتشار.
۶. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۲، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ هشتم، نشر میزان.
۷. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۲، نظریه عمومی تعهدات، چاپ دوم، نشر میزان.
۸. متین دفتری، احمد، ۱۳۴۲، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد دوم، چاپ دوم.
۹. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، ۱۳۹۳، «درآمدی بر اساسی سازی حقوق کیفری»، در: در تکاپوی حقوق عمومی (به کوشش علی اکبر گرجی ازندریانی)، جلد نخست، چاپ نخست، انتشارات جنگل، ص ۹۹۴.
- (ب) مقالات
۱۰. شایگان، اسماعیل، ۱۳۹۵، «آیین دادرسی مدنی در پرتو اصول دادرسی»، در اصول راهبردی دادرسی مدنی، ریموند مارتین، چاپ اول، نشر میزان.
۱۱. شایگان، اسماعیل، غمامی، مجید، ۱۳۹۷، «آیین دادرسی و حقوق انتقالی؛ پژوهشی در حقوق ایران و فرانسه گفتاری در نقد رأی وحدت رویه شماره ۷۴۳ مورخ ۱۳۹۴/۸/۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور»، پژوهش های حقوق تطبیقی، ش ۴، صص ۱۱۹-۱۶۲.



۵-۲. منابع خارجی

A) Books

12. Amrani Mekki, S, Cadiet, L, Normand, J (2013). *Théorie générale du procès*, 2^e édition, Presses Universitaires de France, n° 3.
13. Beignier, B, Miniato, L, Perrot, R (2017). *Institutions judiciaires*, 16^e édition, L.G.D.J.
14. Bergel, J-L (2012). *Théorie générale du droit*, 5^e édition, Dalloz, n° 78 et s., p. 106 et s.
15. Bonfils, H (1901). *Traité élémentaire d'organisation judiciaire de compétence et de procédure*, 3^{ème} éd. refondue par L. Beauchet, Paris (1901). préface de la 2^{ème} éd., p. VII.
16. Cadiet, L, Normand, J, et Amrani-Mekki, S (2010). *Théorie générale du procès*, 1^e édition, Presse Universitaires de France.
17. Chiovenda, G, (1965). *Principii di Diritto processuale civile*, Jovene Editore, Napoli.
18. Cornu, G, (sous la direction), (2018). *Vocabulaire juridique*, 12^e édition, PUF.
19. Guinchard, S, Bandrac, M, Lagarde, X, Douchy, M, Ferrand, F, Magnier, V, Ruiz-Fabri, H, Sinopoli, L et Sorel, J.M, (2001). *Droit processuel – Droit commun du procès*, 1^e édition, Dalloz.
20. Guinchard, S, Chainais, C, Delicostopoulos, C.S, Delicostopoulos, I. S., Douchy-Oudot, M, Ferrand, F, Lagarde, X, Magnier, V, Ruiz Fabri, H, Sinopoli, L, Sorel, J.M (2017). *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, 9^e édition, Dalloz.
21. Guinchard, S, Debard, T (sous la direction), (2017). *Lexique des termes juridiques*, Dalloz.
22. Hébraud, P (1976). *Droit processuel, cours photocopié*, Université de Toulouse.
23. Jeuland, E (2003). *Droit processuel – Une science de la reconstruction des liens de droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1^e édition;
24. Jeuland, E(2013). *Droit processuel général*, 3^e édition, LGDJ, pp. 202-203.
25. Jeuland, E (2018). *Droit processuel général*, 4^e édition, LGDJ, p 43 et s.

26. Labbée, P (1995). *Introduction au droit processuel*, Presses universitaires de Lille.
27. Martin, R (1984). *Théorie générale du procès (Droit processuel)*, Paris, Editions juridiques et techniques.
28. Mathieu, B, Verpeaux, M, (sous la direction) (1998). *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica.
29. Merle, R, Vitu, A (1973). *Traité de droit criminel*, 2^e edition, t. 2, n° 7.
30. Motulsky, H (1973), *Droit processuel*, textes de cours par M. CAPEL, Montchrestien.
31. Raynaud, 1946, Crim., 19 juillet 1945, Rev. trim. dr. civ., 55, obs.
32. Vincent, J, Guinchard, S, (1994). *Procédure civile*, Dalloz, 23^e édition, p. 7.
33. Vizioz, H (2011). *Etudes de procédure*, Bordeaux, Editions Brière, 1956, réimpr. Dalloz.

B) Articles

34. Baranes, W, Frison Roche, M.A et Robert, J.H (1993). "Pour le droit processuel", *Recueil Dalloz*, p. 9.
35. Cadiet, L (2011). "pour une théorie générale du procès" , *Ritsumeikan Law Riview*, n° 28, p. 134 et s.
36. D.J. Bently (1973). "John Rawls: A Theory of Justice", *University of Pesylvania law Review*. Vol. 121, pp. 1070-1077.
37. Favoreu, L (1996). "La constitutionnalisation du droit" , in *Mélanges en hommage à Roland Drago*, «L'unité du Droit », Paris, Economica, p. 25 et s.
38. Guinchard, S (2004). "Le réveil doctrinal d'une Belle au bois dormant trop longtemps endormie ou la procédure civile entre droit processuel classique, néo-classique ou européeniste et technique d'organisation du procès", in *Liber amicorum en l'honneur de Raymond Martin*, LGDJ-Bruylant, p. 97 et s.



39. Jeuland, E (2005). "Régulation et théorie générale du procès", in M. A. Frison-Roche (sour la direction), Les risques de la régulation, *Presses de sciences po et Dalloz*, p. 257 et s
40. Motulsky, H (1961). "Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile", in *Mélanges Roubier*, t. 2, p. 175 et s.
41. Motulsky, H (1964). "Le droit subjectif et l'action en justice" , *Archives de la Philosophie du Droit*, p. 215 et s.
42. Nienke Grossman, (2016). "The Normative Legitimacy of International Courts", 86 *Temp. Law Rev.* 61, 104.
43. KILINÇ, Ayşe, The Relevance of Civil Procedure Law with Constitutional Rights and Principles, *European Journal of Multidisciplinary Studies*, [S.l.], v. 3, n. 1, p. 177-177, mar. 2018, ISSN 2414-8385. Available at: <<http://journals.euser.org/index.php/ejms/article/view/3112>>. Date accessed: 07 feb. 2021

**An introduction of general principles of procedural law;
"a comparative attitude towards methodology of conceptualizing a general
theory"**

Majid Ghamami^{*1}, Esmaeil Shayegan²

1.Associate Professor, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran

2.PhD in Private Law, University of Paris Panthéon-Assas

Receive:2021/05/15 Accept:2023/03/15

Abstract

The procedural law has been recently developed and conceptualized as an autonomous branch of law beside other branches. Given this autonomy, the procedural law shifted the classical narrow perception of procedure as techniques and formalities of proceeding to a deep analytical argumentation elaborating the substantive principles to govern the proceeding and make distinction between mere formalities therefrom. The core theoretical concept here is how to find the basic principles susceptible to apply on all kind of procedures i.e. civil procedure, criminal procedure, administrative procedure, etc. The question immediately may arise after reading this article will be if there are a procedural law *Jus Cogens*.

Keywords: Procedural law, general principles of procedural law, General Theory of Procedure, constitutionalization of procedural law

^{*} Corresponding author:majid.ghamami@gmail.com