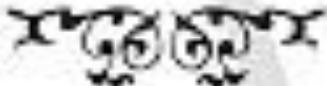




# مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

(فقه و حقوق اسلامی سابق)

سال دوازدهم، شماره بیستم و سوم، تابستان ۱۴۰۰



- سیاست کیفری ناهمگون قانون مجازات اسلامی در تعديل کیفر  
مصطفی افشنین‌پور؛ مهدی نقوی
- بازتاب فقه در قوانین مجازات کشورهای شافعی‌مذهب؛ مطالعه موردی اندونزی، برونئی، مالزی و یمن  
روح الله اکرمی
- راهکارهای امہال تسهیلات معوق بانکی؛ بررسی دستورالعمل نحوه امہال مطالبات مؤسسات اعتباری  
محمد باقری؛ غزاله صحرانورد
- تأملی جامعه‌شناسخی بر چرایی گذار از «حاکم شرع مقندر» به «قاضی دیوان سالار» در ایران پس از انقلاب  
عبدالرضا جوان جعفری بجنوردی؛ محسن نورپور؛ سید محمدجواد ساداتی
- نقد و بررسی شرایط و آثار قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی مصوب ۱۳۹۸  
سیده فاطمه مهدی‌پور؛ مهین سبحانی؛ رضا مقصودی پاشاکی
- استناد سرخود دادرس به جهت بطلان قرارداد؛ نمود هنر آیین دادرسی با اجرای اصل تقابلی بودن دادرسی (رأی شماره ۱۱۳۷ مورخ ۲۲ اکتبر ۲۰۲۰ شعبه دوم دیوان عالی کشور فرانسه)  
حسن محسنی
- چالش‌های حمایت اجرایی از سازش‌نامه‌های منعکس در رأی داوری با مطالعه تطبیقی در کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹  
رضا معبدی نیشابوری؛ سید علیرضا رضائی
- آسیب‌شناسی سیاست کیفری ایران در پرتو نظریه قوچ قربانی  
سید محمود میرخلیلی؛ مهدی آقاجانی؛ احمد حاجی ده‌آبادی

چکیده‌های انگلیسی



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ





# مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

(فقه و حقوق اسلامی سابق)

(نشریه علمی)

سال دوازدهم - شماره بیست و سوم

تابستان ۱۴۰۰



## مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

(فقه و حقوق اسلامی سابق)

نشریه علمی

صاحب امتیاز: دانشگاه تبریز

مدیر مسئول: دکتر رضا سکوتی نسیمی سردبیر: دکتر ابراهیم شعاریان ستاری

### هیأت تحریریه

دکتر اصغریل رحیمی نژاد: دانشیار دانشگاه تبریز	استاد دانشگاه مازندران	دکتر حمید اپهی:
دکتر رضا سکوتی نسیمی: استاد دانشگاه تبریز	استاد دانشگاه شهید بهشتی	دکتر محمدعلی اردبیلی:
دکتر ابراهیم شعاریان ستاری: استاد دانشگاه تبریز	استاد دانشگاه تبریز	دکتر حیدر باقری اصل:
دکتر مرتضی شهبازی نیا: دانشیار دانشگاه تربیت مدرس	دانشیار دانشگاه علامه طباطبایی	دکتر محمدرضا پاسیان:
دانشیار دانشگاه تهران	استاد دانشگاه علامه طباطبایی	دکتر منصور جباری:
دانشیار دانشگاه تبریز	استاد دانشگاه تهران	دکتر سعید حبیبا:
دانشیار دانشگاه فخر: دانشیار دانشگاه تبریز	استاد دانشگاه تربیت مدرس	دکتر محمدجعفر حبیبزاده:
دانشیار دانشگاه تهران	دانشیار دانشگاه قم	دکتر ابوالفتح خالقی:
دانشیار دانشگاه تبریز	دانشیار دانشگاه شهید بهشتی	دکتر مهراب داراب پور:
دانشیار دانشگاه شهید چمران اهواز	دانشیار دانشگاه قم	دکتر احمد دیلمی:
دانشگاه مازندران	استاد دانشگاه شهید بهشتی	دکر محمد راسخ:

### همکاران علمی این شماره:

دکتر بابک پورقهرمانی، دکتر مرتضی حاجی‌پور، دکتر منصور رحمدل، دکتر اصغریل رحیمی نژاد، دکتر عبدالحسین رضایی‌راد، دکتر رضا سکوتی نسیمی، دکتر حسین سلیمانی، دکتر ابراهیم شعاریان، دکتر حجت عبادزاده، دکتر محمدرضا مجتبه‌ی، دکتر امیرحسن نیازپور

این نشریه براساس مصوبه شماره ۱۳۸۹/۷/۶ مورخ ۱۳۹۷/۱۱/۲۱۷۵ کمیسیون بروزی نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری حائز درجه علمی شده و براساس مجوز شماره ۹۱/۱۲۹۰۸ تاریخ ۹۱/۵/۳ وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی منتشر می‌شود.

- O صفحه آرایی: شیرین زمانی
- O ویراستار فارسی: ماندانا نعمت‌نژاد
- O ویراستار انگلیسی: دکتر داود کوهی
- O قیمت این شماره: ۱۰۰۰۰ ریال
- O مدیر اجرایی: عیاس بگانه
- O تاریخ چاپ: تابستان ۱۴۰۰
- O نوبت انتشار: فصلنامه

### انتشارات دانشگاه تبریز

این نشریه در «ایران زورنال» نظام نمایه‌سازی مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری به نشانی www.ricest.ac.ir و پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC) به نشانی www.isc.gov.ir نمایه می‌شود.

Email: tabrizulaw@gmail.com

نشانی: تبریز، بلوار ۳۹ بهمن، دانشگاه تبریز، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی

کدپستی: ۵۱۶۶۶۱۶۴۲۱، تلفن: ۰۴۱-۳۳۳۹۲۶۲، نامبر: ۱۳، نامبر: ۰۴۱-۳۳۳۵۶۰۴۱

❖ مسئولیت صحت مطالب مقاله‌ها با نویسنده‌ان است.



## راهنمای تدوین مقاله

ضوابط جدید انتشار مقاله در نشریه مطالعات حقوق تطبیقی معاصر که به تصویب هیات تحریریه رسیده است و از تاریخ اول شهریور ماه ۱۳۹۹ مبنای عمل خواهد بود، بر اساس آینه نامه جدید نشریات علمی مصوب ۱۳۹۸ و شیوه نامه ارزیابی و رتبه‌بندی نشریات علمی مصوب ۱۳۹۸ و همچین سیاست‌های کلی نشریه تدوین گردیده است.

### ضوابط شکلی

۱. حجم مقاله (متن اصلی) حداقل در ۱۰۰۰۰ کلمه خواهد بود. چکیده فارسی و انگلیسی مقاله ۱۵۰ الی ۳۰۰ کلمه و تعداد واژگان کلیدی بین ۵ تا ۷ کلمه خواهد بود.
۲. مقاله بایستی دارای مقدمه شامل طرح مسئله، سوالات، پیشینه، هدف و بیان ساختار اصلی مقاله باشد.
۳. فاصله سطرها به صورت single حاشیه از راست و چپ ۴/۸، از بالا ۶/۵ و پایین ۶ سانتی- متر باشد.
۴. عناوین اصلی و فرعی و فصل‌بندی موضوعی باید حاوی نظم منطقی باشد. در عناوین مقاله از روش شماره‌گذاری عددی استفاده شده و در عناوین فرعی اعداد از راست به چپ نوشته شود.
۵. فرمت ارسالی فایل مقاله (Word 2013 یا جدیدتر) خواهد بود.
۶. صفحه اول مقاله مشتمل بر عنوان، چکیده و واژگان کلیدی فارسی باشد.
۷. نحوه ارجاع دهی منابع به صورت پاورپوینت، به صورت شماره‌های پیاپی و به شرح زیر خواهد بود:

\* کتاب: نام، نام خانوادگی، عنوان کتاب (تصویر ایتالیک)، ج، ( محل چاپ: ناشر، نوبت چاپ، سال)، ص.

نمونه: محمدعلی، اردبیلی، حقوق جزای عمومی، ج ۱، (تهران: میزان، ج ۵۴، ۱۳۹۷)، ص ۸۱.

\* مقاله: نام، نام خانوادگی، «عنوان مقاله» (داخل گیومه)، نام مجله، شماره مجله (سال)، ص. نمونه: کمال الدین، هریسی نژاد، «تأثیلی در عوامل تأثیرپذیری حقوق نوین ایران از نظام حقوقی رمی - ژرمی»، مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۲ (۱۳۸۸)، ص ۳۷۵.

\* مقاله چاپ شده در کتاب: نام، نام خانوادگی، «عنوان کامل مقاله» (داخل گیومه)، نام و نام خانوادگی گردآورنده یا گردآورنده‌گان کتاب، عنوان مجموعه مقالات (به صورت ایتالیک)، ( محل چاپ: ناشر، نوبت چاپ، سال)، ص.

نمونه: سید حسین، صفایی، «معامله وکیل به نام خود در حقوق ایران با بررسی تطبیقی» در: حسن، جعفری تبار، بر منهج عدل: مقالات اهدای شده به استاد دکتر ناصر کاتوزیان، (تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، ج دوم، ۱۳۹۳)، ص ۲۴۶.

\* تکرار باواسطه: نام، نام خانوادگی، پیشین، ص.

\* تکرار بی‌واسطه: همان، ص.

\* اگر در تکرار باواسطه علاوه بر منبع مورد نظر، از همان نویسنده، دیگر منابع هم در ارجاعات پیشین ذکر شده باشد: نام، نام خانوادگی، عنوان مقاله یا کتاب.

- \* در مورد منابع لاتین، استفاده از عبارت *Ibid op. cit* (به صورت ایتالیک) در ارجاعات بعدی به تناسب با درج شماره صفحه.
- \* پایان نامه و رساله: نام، نام خانوادگی، عنوان رساله/پایان نامه (به صورت ایتالیک)، نام دانشگاه، سال چاپ.
- \* منبع الکترونیک: نام نویسنده، نام خانوادگی نویسنده، عنوان مقاله، آدرس سایت قابل دسترسی (داخل در علامت <>) از ذکر هرگونه القاب و عنوانین برای اشخاص در ارجاعات خودداری شود.
- . فهرست منابع می‌بایست به تفکیک نوع منبع (فارسی/زبان‌های خارجی و کتاب / مقاله/ قوانین / منبع الکترونیک / پرونده‌ها) درج شده و به صورت اعداد متوالی شماره‌گذاری گردد. نحوه تنظیم فهرست منابع به همان ترتیبی است که برای پاورقی‌ها ذکر شده است به استثنای اینکه در ذکر منابع نام خانوادگی قبل از نام نویسنده و بدون ذکر شماره صفحه درج خواهد شد.

#### راهنمای تنظیم اندازه و قلم مقالات

موضوع	اندازه	نوع فونت
عنوان مقاله به فارسی	Bold 14	B Mitra
اسامی نویسنده‌گان به فارسی	Bold 11	B Mitra
متن چکیده فارسی	<i>Italic</i> 13	B Mitra
کلیدواژه فارسی	<i>Italic</i> 13	B Mitra
عنوان‌های داخل متن	Bold 13	B Mitra
عنوان‌های فرعی داخل متن	Bold 12	B Mitra
متن مقاله	۱۳	B Mitra
پانویس فارسی	۹	B Mitra
پانویس انگلیسی	۱۰	Times New Roman
عنوانین جداول، نمودارها و شکل‌ها	۱۰	B Mitra
منابع فارسی	۱۳	B Mitra
منابع انگلیسی	۱۱	Times New Roman

#### راهنمای تنظیم اندازه و قلم چکیده انگلیسی

چکیده انگلیسی		
عنوان مقاله انگلیسی	Bold 13	Times New Roman
اسامی نویسنده‌گان انگلیسی	Bold 11	Times New Roman
عنوان	Bold 13	Times New Roman
متن چکیده انگلیسی	<i>Italic</i> 11	Times New Roman
کلید واژه انگلیسی	13	Times New Roman

## فهرست مطالب

عنوان	صفحة
۱- سیاست کیفری ناهمگون قانون مجازات اسلامی در تعديل کیفر	
مصطفی افшинپور؛ مهدی نقوی.....	۲۸-۱
۲- بازتاب فقه در قوانین مجازات کشورهای شافعی مذهب؛ مطالعه موردی	
اندونزی، بروئن، مالزی و یمن	
روح الله اکرمی.....	۵۳-۲۹
۳- راهکارهای امہال تسهیلات معوق بانکی؛ بررسی دستورالعمل نحوه امہال	
مطلوبات مؤسسات اعتباری	
محمود باقری؛ غزاله صحرانورد.....	۸۲-۵۵
۴- تأملی جامعه‌شناسخنی بر چرایی گذار از «حاکم شرع مقتدر» به «قاضی دیوان-	
سالار» در ایران پس از انقلاب	
عبدالرضا جوان جعفری بجنوردی؛ محسن نورپور؛ سید محمدجواد ساداتی.....	۱۰۹-۸۳
۵- نقد و بررسی شرایط و آثار قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از	
ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی مصوب ۱۳۹۸	
سیده فاطمه مهدی پور؛ مهین سبحانی؛ رضا مقصودی پاشاکی.....	۱۳۴-۱۱۱
۶- استناد سرخود دادرس به جهت بطلان قرارداد؛ نمود هنر آیین دادرسی با	
اجرای اصل تقابلی بودن دادرسی (رأی شماره ۱۱۳۷ ۲۲ مورخ ۲۰۲۰ اکتبر	
شعبه دوم دیوان عالی کشور فرانسه)	
حسن محسنی.....	۱۵۳-۱۳۵
۷- چالش‌های حمایت اجرایی از سازش‌نامه‌های منعکس در رأی داوری با مطالعه	
تطبیقی در کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹	
رضا معبدی نیشابوری؛ سید علیرضا رضائی.....	۱۸۴-۱۵۵
۸- آسیب‌شناسی سیاست کیفری ایران در پرتو نظریه قوچ قربانی	
سید محمود میرخلیلی؛ مهدی آفاجانی؛ احمد حاجی ده‌آبادی.....	۲۱۰-۱۸۵
چکیده‌های انگلیسی.....	۲۱۹-۱۱۱



## سیاست کیفری ناهمگون قانون مجازات اسلامی در تعديل کیفر

تاریخ پذیرش نهایی: ۹۹/۱۲/۱۸

تاریخ دریافت: ۹۹/۰۱/۲۴

مصطفی افшиن‌پور<sup>۱</sup>

مهردی نقوی<sup>۲</sup>

### چکیده

در هر نظام حقوقی سیاست کیفری کارآمد، سیاستی همگون و منسجم است. مشاهده هرگونه پراکندگی در طرح موضوعات از سوی قانون‌گذار نشان‌دهنده ناآگاهی وی نسبت به مبانی و ضعف در بیان است. با تدقیق در مقررات مرتبط ملاحظه می‌شود که قانون مجازات اسلامی در ۱۳۹۲ نهادهای تعديل کننده مجازات دچار نوعی نابسامانی در تلقین است؛ موضوعی که می‌توان آن را سیاست کیفری ناهمگون نام نهاد. اگر قانون‌گذار با تأسیس برخی از نهادهای تعديل کننده مجازات به اتخاذ سیاست کیفری مبتنی بر قضازدایی، کیفرزدایی یا کاهش جمعیت کیفری زندان اذعان نماید و به موازات آن با تلقین، پاره‌ای موضوعات کیفرگرایی را دنبال کند، درواقع گرفتار تضاد و تقابل در سیاست کیفری شده است. تصویب قانون کاهش مجازات جبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹ پس از گذشت تنها هفت سال از تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نشان‌دهنده همین آشفتگی سیاست کیفری قانون‌گذار ایران است. این مقاله پس از بررسی نهادهای تعديل کننده مجازات‌ها، نشان می‌دهد که قانون‌گذار در اتخاذ یک سیاست کیفری همگون چندان موفق نبوده است. در برخی از نهادهای تعديل کننده مجازات، رویکردی مبتنی بر پرهیز از کیفر و جبس‌زدایی اتخاذ کرده و در مقابل، بعضی از نهادهای تعديل کننده مجازات را بر اساس دیدگاه تساهل حداقلی و کیفر حداقلی تدوین نموده است. در پایان، تشکیل مدل بومی شورای رهنماهای مجازات در حقوق کامن لا به عنوان راه حل برونو رفت از این وضعیت نامتقارن پیشنهاد می‌شود.

**واژگان کلیدی:** تعديل مجازات‌ها، سیاست کیفری، شورای رهنماهای مجازات، نهادهای تعديل کننده اتفاقی، نهادهای تعديل کننده ایذایی.

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد اصفهان (خوارسگان)، ایران

mostafaafshinpor65@yahoo.com

۲. استادیار دانشگاه آزاد اسلامی، واحد اصفهان (خوارسگان)، ایران (نوبنده مسئول)

Dr-naghavi@yahoo.com

## مقدمه

تغییرات تاریخی سیاست‌ها و شیوه‌های مجازات قابل تشخیص است. این تغییرات به تناسب اهدافی که از مجازات‌ها دنبال شده، شامل دوره سزاگرایی، توانبخشی، بازدارندگی و ناتوانی است.<sup>۳</sup> باید پذیرفت که حتمیت و قطعیت مجازات‌ها امروزه با مباحث مطروحه در حوزه نهادهای تعديل‌کننده کیفر، بیشتر به یک شعار در عرصه سیاست کیفری تبدیل شده است.<sup>۴</sup> بنیادهایی مانند تخفیف، تشدید، تعديل مجازات که خود به موجب قانون پیش‌بینی شده‌اند دست قاضی را در تعديل مجازات‌های قانونی باز گذاشته است. این اختیار بار دیگر تصوری را که از ثابت بودن ضمانت‌های اجرای کیفری که از دیرباز وجود داشته و قانون نیز مؤید آن بوده، دگرگون ساخته است.<sup>۵</sup>

تعديل مجازات به معنای به عدالت نزدیک‌تر کردن کیفر بوده، به فراخور نظام‌های کیفری مختلف، نهادهای تعديل‌کننده مجازات نیز مختلف است. برای نمونه در نظام حقوقی انگلستان، نهاد تغییر مجازات قانونی – البته نه به این معنی که در مقاله خواهد آمد – به عنوان یکی از نهادهای تعديل‌کننده مجازات به‌رسمیت شناخته شده است. به استناد ماده ۱۵۵ قانون کیفری مصوب سال ۲۰۰۰<sup>۶</sup>، در مواردی که قاضی پس از تعیین مجازات بر این باور باشد که ممکن است مجازات بسیار شدیدی را تحمیل کرده باشد و یا مجازات تعیین‌شده را کافی نداند، می‌تواند نسبت به تغییر مجازات تعیین‌شده اقدام نماید. البته در موارد خاص، امکان افزایش مجازات حبس و یا جایگزین کردن مجازات غیرحس از طریق مجازات حبس قابل اجرا خواهد بود؛ چنان‌که در پرونده «گریس» که در آن قاضی ابتدا برای جرم رابطه نامشروع مجازات تعلیقی درنظر گرفته بود و سپس آن را به مجازات آنی تغییر داد، دادگاه تجدیدنظر با تغییر مجازات مخالفت کرد.<sup>۷</sup>

3. Doris Layton, “Mackenzie, Sentencing and Corrections in the 21st Century: Setting the Stage for the Future”, University of Maryland College Park, 2001, P. 1.

۴. محمد، مصدق، «شرح و تفسیر مواد مرتبط با مجازاتهای قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با رویکردی کاربردی»، دادرسی، ۱۳۹۲:۹۹.

۵. محمدعلى، اردبili، حقوق جزای عمومي، ج ۳، (تهران: ميزان، ج ۱۳۹۳:۸).

6. Power of Criminal Court 2000.

7. Grice, 66 Cr App R 167, 1987, P. 167.



دو پرسش اساسی در اینجا قابل طرح است: نخست اینکه آیا سیاست کیفری قانون گذار با تصویب قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ درباره نهادهای تعديل کننده مجازات همگون و منسجم است یا آشفته و پراکنده؟ پرسش دوم اینکه راه برونو رفت از این وضعیت نامتقارن و آشفته چیست؟ عمر کوتاه قوانین و آزمایشی بودن آنها نشان دهنده واقعیت ناتوانی قانون گذار در اتخاذ رویکردهای متناسب و طولانی مدت در قلمرو قوانین کیفری است. مثال ملموس آن همین تصویب قانون کاهش مجازات‌های جبس تعزیری در سال ۱۳۹۹ است. آن هم تنها بعد از هفت سال از قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ بهنحوی که خیلی از نهادهای تعديل کننده مجازات‌ها را در قانون قبلی تحت الشاعع قرار داده است. بهنظر می‌رسد با بومی‌سازی نهاد شورای رهنمود مجازات‌ها می‌توان تا حد زیادی این ناهمگونی را در سیاست کیفری ترمیم کرد.

سیاست کیفری حاکم بر نهادهای تعديل کننده مجازات در سه دسته کلی قابل بررسی است: نخست، نهادهای تعديل کننده مجازات مبتنی بر تغییر مجازات قانونی، مانند تخفیف، تشدید و تبدیل مجازات‌ها؛ دوم، نهادهای تعديل کننده مجازات مبتنی بر اجرای ناقص مجازات‌ها، مانند آزادی مشروط و نظام نیمه‌آزادی؛ سوم، نهادهای تعديل کننده مجازات مبتنی بر عدم اجرای کیفر مانند معافیت از کیفر و تعویق صدور حکم.

در این مقاله با اتخاذ روش استقرایی و از رهگذر بررسی برخی از مصادیق نهادهای تعديل کننده مجازات، در سه بخش یادشده به ناهمگونی سیاست کیفری ایران درباره این تأسیسات کیفری پرداخته خواهد شد.

## ۱. مفهوم سیاست کیفری ناهمگون

منظور از سیاست کیفری ناهمگون، سیاست کیفری است که حکایت از تشویش و عدم انسجام فکری قانون گذار در تقاضین قوانین جزایی و اتخاذ تصمیمات دارد، به گونه‌ای که نمی‌توان آن را واجد یک نظم منطقی دانست. تا آنجا که نگارنده مطلع است، اصطلاح سیاست کیفری ناهمگون فاقد سابقه در ادبیات حقوقی کشور بوده و در حقوق خارجی نیز نویسنده به این عنوان برخورد نکرده است. صرفاً مقاله‌ای در سال ۲۰۲۰ تحت عنوان «اثر

ناهمگون سیاست جرم‌زدایی ماری جوانا بر نرخ دستگیری در فیلادلفیا، پنسیلوانیا در سال‌های ۲۰۰۹ تا ۲۰۱۸» منتشر شده است که البته این مقاله در خصوص نتایج اتخاذ سیاست‌های کیفری ناهمگون بوده، نه بررسی مفهوم سیاست‌های کیفری ناهمگون<sup>۶</sup> که موضوع مقاله حاضر است.

تعیین سیاست کیفری قطعاً متأثر از افزایش نرخ جرم، رویکرد عوام‌گرایانه در اجابت تقاضای شدت مجازات‌ها از سوی مردم، وجود سیاستمداران بدین و تغییرات اجتماعی و اقتصادی خواهد بود.<sup>۷</sup> بهنظر می‌رسد که برای فهم بهتر عبارت سیاست کیفری ناهمگون باید به ذکر چند مثال پرداخت. برای نمونه، اگر قانون‌گذار با تأسیس برخی از نهادهای تعديل‌کننده مجازات به اتخاذ سیاست کیفری مبتنی بر قضازدایی، کیفرزدایی یا کاهش جمعیت کیفری زندان اذعان نماید و به موازات آن با تقدیم پاره‌ای موضوعات کیفرگرایی را دنبال کند، درواقع گرفتار تضاد و تقابل در سیاست کیفری شده است. به عنوان مثال دوم، می‌توان به این نکته اشاره داشت که قانون‌گذار بایستی بین نهادهای مختلف تعديل‌کننده مجازات بنابر یک تقسیم‌بندی به نهادهای ارفاقی و ایدایی تفکیک قائل شود. منظور از نهادهای ارفاقی تعديل‌کننده مجازات، نهادهایی است که مبتنی بر رویکرد تسامح، تساهل و مساعدت به محکوم و متهم تأسیس شده باشند. نهاد تخفیف مجازات یکی از مصادیق بارز آن است. منظور از نهادهای تنبیه‌ی تعديل‌کننده مجازات، نهادهایی است که با هدف تنبیه حداقلی، تسامح صفر و بازدارندگی غایی بنا نهاده شده است. تشدید مجازات‌ها در فرض تعدد و تکرار جرم و همچنین موارد تنبیه‌ی پیش‌بینی شده در برخی از دیگر نهادها، همچون تعلیق اجرای مجازات یا تعویق صدور حکم در صورت استنکاف اجرای دستورهای مدنظر دادگاه در مدت تعليق یا تعویق، از نمونه‌های این دسته است. بهنظر می‌رسد در مواردی که بنای قانون بر تساهل و تسامح بوده، بهویژه در بحث تعديل مجازات‌ها که با هدف تناسب حداقلی مجازات با بزه و بزهکار تأسیس شده است، نیازی به تحدید اختیارات محاکم

6.Nguyen K. TranNeal D.Goldstein JonathanPurtleb Philip M.Masseyc Stephen E.Lankenau Joanna S.SuderLoni P.Tabb Drug and Alcohol Dependence, "The heterogeneous effect of marijuana decriminalization policy on arrest rates in Philadelphia, Pennsylvania 2009–2018", Vol.212, 2020, P. 1.

7. Michael, TONRY, Determinants of Penal Policies, University of Minnesota Law School, 2007, P. 17.

نیست. حتی کاستن اختیارات قانونی محاکم می‌تواند باعث دور افتادن از هدف غایی نهادهای تعديل‌کننده مجازات که همانا تفرد کیفرهاست، بشود. افزون بر این، تفسیر به نفع متهم و مقتضای اصل برائت نیز ما را به چنین رویکردی رهنمود می‌سازد. در مقابل، راجع به نهادهای ایدایی، با عنایت به اصل تفسیر مضيق قوانین کیفری، قاعدةٔ قبح عقاب بلابيان، جلوگیری از استبداد قضایی و اینکه مجازات برای اجرا نیازمند دلیل و حجت قطعی است، باید بیان قانون‌گذار در نهایتِ دقت و بیان مصاديق به صورت منصوص و محدود باشد. اما همان‌گونه که خواهد آمد، قانون‌گذار در مواردی در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ متوجه این تفاوت بینایی نبوده و همین امر بر آشفتگی سیاست کیفری دامن زده است. البته نباید از رویکرد امنیت‌مدارانه قانون مجازات اسلامی که بهنوعی بر جمیع نهادهای تعديل‌کنندهٔ مجازات حاکم است غافل ماند؛ موضوعی که نتیجه‌ای جز اصرار بر مجازات ندارد.<sup>۱۰</sup> در این خصوص گفته شده است که این‌گونه سیاست کیفری سخت‌گیرانهٔ سیاست‌زا یا عوام‌گرا به صورت رویکرد غالب در سیاست کیفری بیشتر کشورهای غربی درآمده است. همچنین سلطهٔ این رویکرد بر سیاست کیفری کشورمان در سال‌های اخیر به‌روشنی به‌چشم می‌خورد<sup>۱۱</sup>

## ۲. مصاديق ناهمگونی در سیاست کیفری مبتنی بر تغییر مجازات قانونی

### ۲.۱. حصری نمودن شمول و جهات تخفیف در مادهٔ ۳۸

در بررسی مادهٔ ۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، از جهت بیان حصری مصاديق کیفیات مخففه، یکی از حقوق‌دانان چنین می‌نویسد: «البته اگر از ظاهر مادهٔ ۳۸ که تصریح در حصری بودن نیز ندارد صرف‌نظر کیم، توجیه‌هایی برای تمثیلی بودن جهات مخففه می‌توان ارائه داد از جمله اینکه توسعهٔ جهات مخففه به موارد مشابه با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها تعارضی ندارد، زیرا این توسعه سبب وضع جرم و مجازات نمی‌شود، بلکه نفع مجرمان را در پی دارد. همچنین در مورد علل موجههٔ جرم و عوامل رافع مسئولیت

۸. مصطفی، افشنین پور و مهدی، تقی، «سیاست کیفری امنیت‌دار ایران در تعديل مجازات‌ها»، تحقیقات حقوق خصوصی و جزا، ش ۶ (۱۳۹۷)، صص ۱۲۵-۱۴۷.

۹. سمانه، طاهری، سیاست کیفری سخت‌گیرانه، (تهران: میزان، چ ۱، ۱۳۹۲)، ص ۱۷.



کیفری و اساساً عواملی که موجب عدم تعقیب یا مجازات می‌شوند، قاعده بر سمحه و سهله است و حتی با قیاس می‌توان دامنه آنها را توسعه داد. بنابراین تسری دامنه مصاديق جهات مخففه به موارد مشابه، با قواعد عمومی سازگارتر است<sup>۱۰</sup>. صرفنظر از اینکه برخلاف این دیدگاه، بهنظر می‌رسد که ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در بیان مصاديق مشمول تخفیف مجازات قائل به حصر بوده و بنابه تصریح ماده مرقوم، توسعه دامنه شمول آن از سوی محاکم اجتهاد برابر نص است، لیکن یکی از مواردی که می‌تواند نشان‌دهنده سیاست کیفری ناهمگون قانون‌گذار باشد، همین موضوع است. در بیان نهادهای ارفاقی قانون مجازات، بهویژه در بحث تعديل مجازات‌ها، نیازی به تحدید و حصر بیان نیست. برای روشن شدن موضوع باید اشاره کرد که نهادهای تعديل‌کننده مجازات بنابر یک تقسیم‌بندی به نهادهای ارفاقی و ایذایی قابل قسمت است. منظور از نهادهای ارفاقی تعديل‌کننده مجازات، نهادهایی است که مبتنی بر رویکرد تسامح، تساهل و مساعدت به محکوم و متهم تأسیس شده است. نهاد تخفیف مجازات، یکی از مصاديق بارز آن است. منظور از نهادهای ایذایی تعديل‌کننده مجازات، نهادهایی است که با هدف تنبیه حداکثری، تسامح صفر و بازدارندگی غایی بنا نهاده شده است. تشديد مجازات‌ها در فرض تعدد و تکرار جرم و همچنین موارد تنبیه‌ی پیش‌بینی شده در برخی از نهادها، همچون تعلیق اجرای مجازات یا تعویق صدور حکم در صورت استنکاف از اجرای دستورهای مدنظر دادگاه در مدت تعليق یا تعویق، از نمونه‌های اين نوع است. بهنظر می‌رسد در مواردی که بنای قانون بر تساهل و تسامح بوده، بهویژه در بحث تعديل مجازات‌ها که با هدف تناسب حداکثری مجازات با بزه و بزهکار تأسیس شده است، نیازی به تحدید اختیارات محاکم نیست؛ حتی کاستن اختیارات قانونی محاکم می‌تواند باعث دور افتادن از هدف غایی نهادهای تعديل‌کننده مجازات که همانا تغیرید کیفرهای است، بشود.

مالحظه می‌شود قانون‌گذار در تصویب قانون کاهش مجازات حس تعزیری مصوب ۱۳۹۹ به این نکته نیز توجه نکرده و مجدداً صدر ماده ۳۷ را در اصلاحیه بدون تغییر باقی گذاشته است. در این ماده نیز آمده است در صورت وجود یک یا چند جهت از جهات

۱۰. عباس، زراعت، حقوق جزای عمومی، ج ۳، (تهران: جنگل، چ ۱، ۱۳۹۲)، صص ۴۱۲ و ۴۱۳.

تخفیف، دادگاه می‌تواند مجازات تعزیری را به نحوی که به حال متهم مناسب‌تر باشد به شرح زیر تقلیل دهد یا تبدیل کند:

«الف؛..... ملاحظه می‌گردد مبنی در این ماده نیز برخلاف عمومیتی که برای نهادهای تعديل‌کننده می‌بایستی درنظر گرفت، شمول تخفیف یا تبدیل مجازات را محدود به مجازات‌های تعزیری کرده است که بنابه توضیحات فوق قابل دفاع نمی‌باشد».

## ۲. سیاست افتراقی در تبدیل یا تخفیف حبس، مصادره و انفال

بر اساس ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، به‌نظر می‌رسد صرفاً حبس، مصادره اموال و انفال از خدمات دولتی موضوعیت داشتند که به همان نوع مجازات تخفیف یا تبدیل شود و بقیه مجازات‌ها موضوعیت ندارد. حال پرسش این است که چه ویژگی در این مجازات‌ها وجود دارد که در این خصوص اختیار قضات به صراحت مورد تحدید قرار گرفته است. اصل در تخفیف، این است که مناسب به حال محکوم باشد. بنابراین اگر تبدیل مصادره اموال به جزای نقدی به ضرر متهم باشد و یا خود محکوم‌علیه آن را به دادگاه اعلام نماید، آیا می‌توان گفت که امکان تبدیل یا تخفیف همچنان وجود دارد؟ به‌نظر می‌رسد موارد سه‌گانه مصرحه در ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی، استثنایی بر اصل عام لزوم مساعد بودن مجازات تخفیف‌یافته است و قانون‌گذار عمدتاً این موارد را استثنای کرده است. لذا، در خصوص لزوم تبدیل حبس صرفاً به مجازات حبس، مصادره اموال به جزای نقدی و انفال دائم به انفال موقت نباید تردید داشت. لیکن توجیه این تصمیم قانون‌گذار از منظر سیاست کیفری مبتنی بر تعقل، آن‌چنان قابل دفاع نیست؛ چراکه تخفیف حبس به مجازات حبس، با سیاست کیفری معقول و مقبول مبتنی بر حبس‌زدایی در تضاد است. از طرفی، اینکه مصادره اموال را که بیشتر در جرایم کلان اقتصادی به عنوان مجازات شناخته شده است، صرفاً قابل تبدیل به جزای نقدی نماییم، به‌هیچ عنوان با فلسفه مجازات بزهکاران یقه‌سفید که عمدتاً از تمکن بالایی برخوردار هستند، سازگار نیست. اگرچه این استثنای توافق نوین در حوزه اقتصادی کردن حقوق کیفری همسو باشد. همچنین بند «پ» ماده یادشده، از نظر فلسفه مجازات‌ها قابل دفاع نیست که کیفر انفال دائم را تنها به انفال موقت قابل تخفیف دانسته است؛ چراکه به‌نظر می‌رسد فلسفه مجازات

انفال دائم، عدم اعتماد دستگاه دولتی به مجرم است. لذا چنانچه با تبدیل مجازات وی امکان برگشت آن وجود داشته باشد، با فلسفه مجازات که طرد شخص مجرم از محیط اداری است، قطعاً در تضاد خواهد بود. جالب اینجاست که قانون‌گذار در اصلاحاتی که در ماده مرقوم در سال ۱۳۹۹ انجام داده، در خصوص مجازات انفال و مصادره اموال به این نکته مجدداً توجهی نداشته و صرفاً در خصوص مجازات حبس و امکان تبدیل آن در موارد محدودی به جزای نقدی به درستی تجدید نظر کرده است.

این ایرادات با اصلاح ماده یادشده در قالب قانون کاهش مجازات‌های حبس تعزیری در حد قابل ملاحظه‌ای برطرف شد، لیکن همچنان با عنایت به اینکه در ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و اصلاحات آن، از آنجا که مصاديق کیفیات مخففه به صراحت بیان شده و از طرفی قیودی به عنوان شرایط الزامی تخفیف مجازات پیش‌بینی گردیده که سابقه تقویتی نداشته است، جملگی قیودی هستند که نشان می‌دهد چرخش قانون‌گذار نسبت به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ به ضرر محکوم‌علیه است که این امر با مبانی نظری نهاد اتفاقی تخفیف مجازات همخوانی نداشته، دور از حکمت قانون‌گذار است. یکی از نویسندهای از زاویه‌ای دیگر و همسو با این نظر بیان داشته است: آن‌طور که می‌دانیم تخفیف کیفر عبارت است از کاهش مجازات و پایین آوردن آن از حداقل مقرر قانونی، در حالی که طبق ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی، اعمال تخفیف نه تنها در برخی موارد مجوز پایین آمدن از حداقل را نمی‌دهد، بلکه برخی مواقع اعمال تخفیف به حداقل هم نمی‌رسد. برای مثال، در ماده ۶۵۲ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات)، مجازات قانونی جرمی سه ماه تا ده سال حبس و شلاق تا ۷۴ ضربه است. این جرم بر اساس ماده ۱۹ درجه چهار محسوب می‌شود. اگر دادگاه مجازات جرمی را بر اساس حداقل تخفیف تا درجه سه کاهش دهد، درجه هفت شمرده می‌شود که حتی از مجازات قانونی جرم هم بیشتر است و اعمال تخفیف در اینجا به ضرر متهم است؛ در حالی که دادگاه از همان ابتدا می‌توانست مجازات قانونی سه ماه حبس را تعیین کند و هیچ ایرادی هم بر آن وارد نمی‌شد و به قولی منتظر بر محکوم هم نداشت. این درحالی است که این امر با فلسفه و ماهیت تخفیف مجازات سازگار



نیست.<sup>۱۳</sup>

### ۲.۳. سیاست کیفری ناهمگون قانون‌گذار در تشدید مجازات‌ها

گفته شده است قانون‌گذار در مورد حالتی که تعداد جرایم ارتکابی کمتر از چهار جرم باشد، سیاست واحدی اتخاذ نکرده است؛ به این معنا که چنانچه شدیدترین جرم دارای حداقل و حداکثر باشد، فقط حداکثر همان جرم به‌اجرا گذاشته خواهد شد. ولی اگر چنین نباشد، یعنی شدیدترین جرم دارای مجازات ثابت باشد، مجازات قابل اجرا به اندازه یک چهارم بیشتر از آن مجازات ثابت خواهد بود. بنابراین، درحالی که در وضعیت نخست تشدید به معنای واقعی کلمه صورت نمی‌گیرد، در وضعیت دوم، تشدید واقع‌اعمال خواهد شد و این تفاوت سیاست در دو وضعیت مختلف از یک حالت غیرقابل قبول است.<sup>۱۴</sup> به‌نظر می‌رسد ضمن اعلام موافقت با این نظر، باید گفت که یک سیاست کیفری مترقی، اقتضای تقینی یکسان برای موارد مشابه را دارد. قانون‌گذار می‌توانست در فرض ارتکاب جرایم متعدد کمتر از چهار جرم، به‌جای اینکه بین جرایمی که مجازات آنها دارای حداقل و حداکثر باشد با جرایمی که مجازات آنها فاقد حداقل و حداکثر است، ملاک را حداکثر مجازات مقرر و یا مجازات ثابت و معین قرار دهد. مثلاً مقرر می‌کرد هرکس کمتر از چهار مرتبه مرتكب جرمی شود، به تشدید کیفر تا حداکثر مجازات به‌علاوه ربع آن محکوم می‌گردد و چنانچه مجازات ثابت بود، به تشدید کیفر تا ربع آن محکوم می‌شود. در این صورت، قانون‌گذار برای تمامی صور تعدد جرم، به تناسب، تشدید کیفر فراتر از حداکثر مجازات مقرر را پیش‌بینی کرده است و به این ترتیب به معنای واقعی به تشدید مجازات جامه عمل می‌پوشاند.

نکته جالب توجه اینکه در قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹ قانون‌گذار با تأسیس جدیدی از تشدید مجازات‌ها، تشدید کیفر را از طریق تشدید حداقل

۱۱. بایک، پورقه‌مانی، «از درجه‌بندی چهارگانه جرایم تا درجه‌بندی هفت‌گانه کیفرهای تعزیری، آسیب‌ها و خلافها»، فقه و حقوق اسلامی، ش ۱۶ (۱۳۹۷)، ص ۴۹.

۱۲. مجتبی، جعفری، «تعدد جرم و آثار آن در قانون جدید مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۳»، پژوهش‌های حقوق کیفری، ش ۵ (۱۳۹۲)، ص ۱۸۹ و ۱۹۰.



جرائم اعمال نموده و مقرر داشته است: در مورد جرایم مختلف، هرگاه جرایم ارتکابی بیش از سه جرم نباشد، حداقل مجازات هریک از آن جرایم بیشتر از میانگین حداقل و حداکثر مجازات مقرر قانونی است. این ماده نیز علاوه بر آنکه در مورد جرایم فاقد حداقل و حداکثر عمالاً کاربردی نخواهد داشت، تشدید مجازات را از طریق اعمال حداقل بیشتر مجازات برای مرتکب درنظر گرفته است.

#### ۲. ۴. سیاست کیفری مشوش در تشدید مجازات جرایم درجه ۷ و ۸

یکی دیگر از مصاديق سیاست کیفری ناهمگن قانون‌گذار در تشدید مجازات‌ها، تبصره ۴ ماده ۱۳۴ است که برابر آن جرایم تعزیری درجه هفت و هشت را از شمول کیفیات مشدده تعدد جرم، مصريحه در ماده ۱۳۴ مستثنی شده و به نظر، رویکردی ارفاقی به مرتکبان این قبیل جرایم داشته است، اما در قسمت اخیر این تبصره، برای مرتکبان این قبیل جرایم قاعدة جمع مجازات‌ها را که یکی از شیوه‌های تشدید کیفر است پیش‌بینی نموده است. در مقابل، مقتن در ماده ۱۳۷ همین قانون، تکرار بزه را به عنوان یکی از کیفیات مشدده، صرفاً در جرایم تعزیری درجه شش به بالا قابل اجرا دانسته است. مشخص نیست که قانون‌گذار به چه دلیل این رویکرد متناظر را اتخاذ کرده است. وجود چنین مواردی بدون توجیه منطقی نشان‌دهنده سیاست کیفری مشوشی است که نهایتاً منجر به انزوا رفتن استفاده از نهادهای تعديل‌کننده‌ای اختیاری و نیز ناکارآمدی آن سری از نهادهایی است که قضات ملزم به اجرای آنها می‌باشند. همچنین، قانون‌گذار با تصویب ماده ۱۳۸ که مقرر می‌دارد، مقررات مربوط به تکرار جرم در جرایم سیاسی، مطبوعاتی و جرایم اطفال اعمال نمی‌شود، از آنجایی که اجرای تشدید مجازات‌ها را به دلیل تکرار جرایم سیاسی، مطبوعاتی و اطفال ممنوع اعلام کرده، عدم تصریح مقررات این ماده در بحث تعدد جرایم را محل اشکال می‌داند و این نیز یکی دیگر از نمونه‌های سیاست کیفری مشوش قانون‌گذار است.

قانون‌گذار در اصلاحیه ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی در قالب قانون کاهش مجازات حبس تعزیری، همین سیاست کیفری افتراقی را حفظ کرده است، لیکن در خصوص اعمال قاعدة جمع مجازات‌ها تجدیدنظر کرده و به صراحة عنوان داشته است: جمع جرایم درجه هفت و هشت با درجه شش و بالاتر سبب تشدید مجازات جرایم اخیر نمی‌شود. در جمع این



جرایم با جرایم درجه شش و بالاتر، به طور جداگانه برای جرایم درجه هفت و هشت مطابق این ماده تعیین مجازات می‌شود و در هر صورت مجازات اشد قبل اجراست. گویا مقتن با نگارنده همتنظر است و به ایراد ماده قانونی سابق توجه نداشته که قاعدة جمع مجازات‌ها یکی از صور تشدید کیفر است و چه بسا شدیدترین شکل تشدید مجازات نسبت به روش‌های دیگر آن است.

## ۲. ۵. مقررات کنونی تشدید مجازات‌ها در تقابل با سیاست‌های کلی مبتنی بر کیفرزدایی

امروزه تحقیقات نشان می‌دهد که مجازات‌های شدید هرگز اثر بازدارندگی ندارند<sup>۱۵</sup>. در خصوص اینکه آیا مقررات تعدد جرم در حال حاضر مساعد به حال متهم است و عطف به مسابق می‌شود یا خیر، برخی گفته‌اند قاعده آن است که اگر قانون، حداقل مجازات را افزایش ولی حداکثر آن را کم کند، این قانون شدید است، چون دست قاضی از جنبه حداقل بسته است. بنابراین مقررات تعدد ماده ۱۳۴ در هر حال نسبت به قانون قدیم شدید است<sup>۱۶</sup>. در مقابل، گفته شده است، از آنجا که دادگاه در قانون سابق، علی‌رغم الزام بر جمع مجازات‌ها در تعدد جرایم مختلف، در تعیین مجازات هر جرمی از میان حداقل تا حداکثر مختار بوده است، حال اگر بر اساس قانون سابق، دادگاه ضمن جمع مجازات‌ها در خصوص هریک از جرایم مجازات اشد یا مجازات شدیدتری را اعمال می‌کرد، برای مثال، در سه جرم کلاهبرداری، خیانت در امانت و اختلاس، هفت، سه و پانزده سال حبس را با هم جمع می‌کرد، در این صورت قانون فعلی نسبت به چنین تشدیدی مبتنی بر ماده ۴۷ قانون سال ۱۳۷۰ اخف می‌نمود، چنان‌که اگر نسبت به این سه جرم حداقل مجازات‌ها را با هم جمع می‌کرد، قانون فعلی نسبت به آن اشد می‌نمود؛ لذا نمی‌توان گفت لزوماً قانون جدید در خصوص تعدد نسبت به قانون ۱۳۷۰ مطلقاً اشد یا اخف است، بلکه باید گفت به صورت موردی آن‌هم در مواردی که حکمی صادر شده باشد، می‌توان قانون جدید را نسبت به قانون

13. Ben, Johnson, Do Criminal Laws Deter Crime? Deterrence Theory in Criminal Justice Policy: A Primer, Minnesota House Research Department, 2019, p. 5.

۱۴. حسن، کوهکن، «تعدد جرم در قانون مجازات اسلامی و نقش آن در زندان‌زدایی (بررسی ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲)، اصلاح و تربیت، ش ۱۵۲ (۱۳۹۴)، ص ۲۱.



سابق، اخف یا اشد دانست<sup>۱۷</sup>. به نظر می‌رسد قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نسبت به قانون سابق در بحث نهادهای تعديل‌کننده مجازات به‌طور کلی و کیفیات مشدده مجازات به‌طور خاص، نه تنها مساعد به حال متهم نبوده است، بلکه متهم را با یک واکنش به مرابت سنگین‌تر مواجه می‌سازد. بر این ادعا، دو دلیل وجود دارد؛ یکی اینکه در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، قانون‌گذار تعدد جرایم را به تعدد جرایم مشابه و جرایم مختلف تقسیم‌بندی کرده بود و اعمال تشید در خصوص مرتكبان جرایم متعدد مشابه را به اختیار محاکم واگذار نموده بود. برابر آن موازین، دادگاه‌ها می‌توانستند به صلاح‌دید خود از تشید کیفر مرتكب صرف‌نظر کنند. درحالی که وفق ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، در فرضی که جرایم ارتکابی متعدد کمتر از چهار جرم باشند، دادگاه در تعیین کیفری کمتر از حداقل مقرر قانونی اختیاری نخواهد داشت و اگر جرایم ارتکابی چهار جرم به بالا باشد، قطعاً تشید کیفر را در پی خواهد داشت. دلیل دیگر اینکه محاکم در زمان حاکمیت قانون سابق، اگرچه در خصوص مرتكبان جرایم متعدد مختلف، تکلیف به جمع مجازات‌ها به عنوان یکی از روش‌های تشید کیفر را داشتند، لیکن قانون‌گذار به ایشان اختیار تعیین کیفر بین حداقل و حداقل‌تر مجازات مقرر را داده بود و دادگاه‌ها می‌توانستند برای هریک از جرایم، حداقل مقرر قانونی را تعیین و حکم به اجرای تمامی کیفرهای تعیینی بدهنند. در مقابل، وفق ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی، برای مرتكبان جرایم متعدد، حداقل‌تر یکی از جرایم ارتکابی یا در مواردی، بیشتر از آن، موضوع حکم قرار خواهد گرفت و محاکم همچون سابق دیگر اختیار تعیین کیفر، کمتر از حداقل مقرر قانونی را به هیچ عنوان ندارند. این ایراد با تصویب قانون کاهش مجازات جس تغییری تا حد نسبتاً زیادی رفع می‌شود، چراکه قانون‌گذار از طرفی برخلاف قانون سال ۱۳۹۲ که بین جرایم مشابه و مختلف تفاوتی قائل نشده بود، بین این جرایم قائل به تفکیک شده و در خصوص جرایم ارتکابی متعدد مشابه تشید کیفر را اختیاری اعلام نموده و تشید اجباری کیفر را صرفاً در خصوص جرایم ارتکابی متعدد مختلف مقرر نموده است. لیکن در راستای سیاست‌های کلی حبس‌زدایی تشید اجباری کیفر را در خصوص تمامی صور تعدد جرم، درنهایت تا اعمال حداقل‌تر مجازات

۱۵. محمدابراهیم، شمس ناتری، «قاعده تعدد جرم در معرض نقده؛ نقده بر کتابچه تعدد جرم در قانون مجازات اسلامی جدید و قلمرو زمانی اعمال قاعدة تعدد جرم»، نقد کتاب فقه، فقه و حقوق، ش ۵ (۱۳۹۵)، ص ۴۸.



درنظر گرفته است و تشديد کیفر بیش از حداکثر مجازات را در فرض ارتکاب جرایم متعدد مختلف بیش از سه جرم نیز اختیاری اعلام کرده است.

بهنظر می‌رسد اقتضای یک سیاست کیفری همگن این است که تمامی نهادهای تعديل‌کننده مجازات در ریل واحدی قرار بگیرند. اگر قرار است که با توسعه شرایط تخفیف مجازات و یا آزادی مشروط نظام کیفری را از جمعیت انبوه زندان‌ها رها کنیم و یا به سمت غلبه واکنش‌های غیرکیفری نسبت به بزهکاران حرکت نماییم، نباید در نهاد تشديد مجازات بیش از پیش بر کیفرگرایی و حبس محوری تأکید کنیم. قانون‌گذار می‌باشد در تشديد مجازات‌ها سطح برخورد کیفری سابق خود را در همان مقیاس نگه می‌داشت و چنانچه معتقد به لزوم برخورد شدیدتر از پیش با مرتكبان جرایم مکرر و متعدد می‌بود، از پاسخ‌های کیفری سنتی پرهیز کرده، واکنش‌هایی را اتخاذ می‌نمود که ذاتاً کیفری تلقی نمی‌شوند. برای نمونه، مرتكبان جرایم متعدد را مستوجب حداکثر مجازات می‌دانست و چنانچه جرایم ارتکابی وی مختلف می‌بود یا تعداد آن مثلاً از چهار جرم فراتر می‌رفت، علاوه بر حداکثر آنها متهم را مستوجب یک یا چند مورد از موارد مجازات‌های جایگزین حبس می‌دانست. در این صورت، می‌توان ادعا کرد که قانون‌گذار از یک سیاست کیفری متجانس و یکسان مبتنی بر کیفرزدایی و حبس‌زدایی در تمامی نهادهای تعديل‌کننده مجازات پیروی نموده است.

## ۲.۶. عدم تقارن مجازات‌های جایگزین حبس با دیگر نهادهای تعديل‌کننده مجازات

در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، برای اولین بار جایگزین‌های مجازات حبس با تأثیر پذیری از فقه اسلامی، حقوق تطبیقی و نیز اسناد بین‌المللی، به طور جدی مورد توجه قرار گرفت.<sup>۱۸</sup> گفته شده است که مجازات صرفاً فرض ارتکاب جرم را کاهش می‌دهد. این بدین معناست که زمانی که ما با مجازات حبس عده زیادی را در زندان‌ها نگه می‌داریم، بر اثر ناتوانی که در مجرمان ایجاد می‌کنیم، تصور ما اینست که حقیقتاً آمار ارتکاب جرایم در

۱۶. حمید، والهی و سید رضا، احسان پور، «جایگاه جایگزین‌های مجازات حبس با رویکرد فردی کردن آنها در نظام عدالت کیفری ایران»، مجله و راهبرد، ش ۸۵ (۱۳۹۵)، ص ۱۳۹.



جامعه پایین آمد، اما این یک اشتباه راهبردی است. بر اساس این دیدگاه، با زندانی کردن تعداد زیادی مجرم برای مدت طولانی میزان جرم در جامعه کاهش می‌باید.<sup>۱۹</sup>

پارادایم توجیه‌گر مجازات‌های اجتماعی به‌طور کلی یک الگوی نوظهور است و کاربست آن در سیاست جنایی ایران نیاز به بومی‌سازی و بهره‌گرفتن از ظرفیت‌ها و شرایط جامعه ایرانی دارد.<sup>۲۰</sup> تصریح به موارد جایگزین حبس در ماده ۶۴ موجب شده است که دادگاه اختیار تبدیل حبس به غیر از موارد یادشده را نداشته باشد. همچنین منطبق با تبصره ماده ۶۴ عذر دادگاه می‌بایستی ضمن صدور حکم به مجازات‌های جایگزین، به سنخیت و تناسب مجازات مورد حکم با شرایط و کیفیات مقرر در ماده ۶۴ تصریح کند. زمانی که مجازات‌های جایگزین حبس به‌عنوان یک نهاد ارفاقی در راستای حبس‌زدایی وارد عرصه سیاست کیفری می‌شود، بایستی عموم و شمول داشته باشد، لیکن در قانون مجازات اسلامی استثناهای عدیده‌ای بر آن خورده است. وفق مواد ۶۵ و ۶۶ قانون مجازات اسلامی، اجرای حتمی مجازات‌های جایگزین حبس، صرفاً محدود به جرایمی است که کیفر آن‌ها کمتر از شش ماه حبس باشد و در واقع شامل جرایم سبک درجه هفت و هشت می‌شوند. همچنین برابر مواد یادشده و نیز ماده ۷۲، مرتكبان جرایم مکرر و متعدد، از این نهاد ارفاقی محروم هستند. در آخر اینکه مواد ۶۵ و ۶۸ قانون مجازات اسلامی، نمونه بارز سیاست کیفری مبتنی بر حبس‌زدایی است که قبل از تصویب این قانون در سال ۱۳۹۲، به‌عنوان یکی از رویکردهای مورد توجه محافل حقوقی و قضایی مطرح بوده است. به‌نظر می‌رسد با تصویب این مواد، که به‌طور کلی حبس‌های کمتر از سه ماه، محکومیت به حبس کمتر از دو سال در جرایم غیرعمدی را به صورت مطلق و حبس‌های کمتر از شش ماه را به صورت مشروط، مشمول مجازات‌های جایگزین حبس می‌داند، سیاست کیفری مبتنی بر حبس‌زدایی به‌عنوان دیدگاه کلی در قانون مجازات اسلامی مورد پذیرش قرار گرفته است و قانون‌گذار می‌بایستی در جای جای تدوین این قانون، به این دیدگاه کلی توجه می‌نمود. لیکن در همین قانون به مواردی برمی‌خوریم که گویی قانون‌گذار متوجه لزوم اتخاذ یک سیاست کیفری واحد نبوده،

17. David Levinson, "Encyclopedia of Crime and Punishment" 3, 2020, P. 214.

۱۸. عباس، منصورآبادی و عباس، کونانی، «بستر مجازاتهای جامعه‌مدار با تأکید بر رویکرد سیاست جنایی ایران»، مطالعات پیشگیری از جرم، ش ۱۵ (۱۳۸۹)، ص ۳۰.



مقرراتی را در بحث تعديل مجازات‌ها بیان می‌کند که نشانگر رویکرد حبس محورانه اوست. در بحث تشدید مجازات‌ها به برخی از این مصاديق اشاره نمودیم.

### ۳. مصاديق ناهمگونی در سیاست کیفری مبتنی بر اجرای ناقص مجازات‌ها

#### ۳.۱. دوگانه انگاری در گستره شمول آزادی مشروط

گاه اراده قانون‌گذار در راستای تعديل مجازات‌ها به صورت اجرای ناقص کیفر نمایان می‌شود. در حقوق کامن‌لا و در پرونده «بی‌بی»، قاضی لرد لین در خصوص این نوع از سیاست کیفری می‌نویسد: «پوشیده نیست که زندان‌های ما در حال حاضر به نحو خطناکی پرازدحم و شلوغ هستند. بنابراین دادگاه‌ها باید دقت کافی داشته باشند تا اگر مجازات حبس آنی ضرورت دارد، مجازات یادشده آنقدر کوتاه باشد که تنها وظيفة حمایت از منافع جامعه، سزاده‌ی به مجرم و ارعاب او تضمین گردد».<sup>۲۱</sup>

قانون‌گذار با تقلیل شرط گذراندن نصف مجازات به یک سوم در جرایم متوسط و سبک، تمایل خود را به موضوع حبس‌زدایی و کاهش جمعیت کیفری زندان در خصوص این طبقه از جرایم نشان داده است.<sup>۲۲</sup> از طرفی، برخلاف قانون مجازات اسلامی سابق با پیش‌بینی افزایش یک تا دو سال به مدت آزادی مشروط برای بار اول در صورت تبعیت نکردن از دستورات دادگاه بدون عذر موجه موارد لغو آزادی مشروط را کاهش داده است. همچنین برخلاف قانون مجازات اسلامی سابق، با تصریح به موارد لغو آزادی مشروط که شامل ارتکاب یکی از جرایم عمدى مستوجب حد، قصاص، دیه یا تعزیرهای درجه یک تا هفت و تکرار تبعیت نکردن از دستورهای دادگاه در مدت آزادی مشروط بدون عذر موجه می‌شود، مجدداً موارد لغو آزادی مشروط را به حداقل رسانده است. بنایه مراتب پیش‌گفته، می‌توان استنباط نمود که سیاست کیفری مقتن در بحث آزادی مشروط در راستای آنچیزی است که در بحث مجازات‌های جایگزین حبس آمده است؛ یعنی التزام به رویکردی حبس‌زدایانه، لیکن در قانون سابق به لحاظ اطلاق ماده ۳۸، کلیه حبس‌های تعزیری و غیر آن شامل

---

19. Bibi, I WLR, 1193, 1980.

۲۰. رضا، زیبایی، «جایگاه آزادی مشروط زندانیان در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، اصلاح و تربیت، ش ۱۵۲ (۱۳۹۳)، ص ۶



آزادی مشروط می‌شد، در حالی که در قانون جدید قانون‌گذار به صراحة حبس‌های تعزیری را مورد توجه قرار داده و سایر حبس‌ها را از شمول آزادی مشروط خارج کرده است. ملاحظه می‌شود سیاست کیفری قانون‌گذار در این مورد نیز دچار آشفتگی و ناهمگونی شده است. این تردید زمانی قوت می‌گیرد که ما همچنان قائل به تفکیک بین جرایم بازدارنده و تعزیری باشیم، که در این صورت قسمت عمدای از جرایم یادشده در قانون تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده از شمول مقررات فعلی آزادی مشروط خارج خواهد ماند. این مورد و موارد مشابه نشان‌دهنده درجه اهمیت اطلاع مفنن از مبانی و اشراف گسترشده وی به تمامی زوایای لازم برای تبیین یک سیاست کیفری جامع و سلیس است؛ امری که متأسفانه تاکنون مغفول و یا کم‌اهمیت تلقی شده است.

### ۳. رویکرد متفاوت قانون‌گذار در خصوص نهادهای تعدیل‌کننده با مبنای واحد

ماده ۵۶ قانون مجازات اسلامی محدوده اختیار عمل قضاط برای حکم به اعمال نظام نیمه‌آزادی برای مجرمان را مشخص کرده است و محکومان قطعی به حبس‌های تعزیری درجه پنج تا هفت را مشروط به گذشت شاکی، سپردن تأمین مناسب، تعهد به انجام یک فعالیت شغلی، مشارکت در تداوم زندگی خانوادگی و درمان اعتیاد یا بیماری محکوم را با رضایت وی، مشمول این نظام قرار داده است.<sup>۲۱</sup> به نظر می‌رسد، قانون‌گذار با عنوان کردن نهاد نیمه‌آزادی، سعی داشته است که با گسترش مصاديق نهادهای تعدیل‌کننده مجازات، انعطاف در روش اجرای کیفر را در حد بالایی ممکن سازد. لیکن همان طور که در ماده ۵۷ عنوان شده است، صرفاً محکومان به حبس‌های بین نود و یک روز تا پنج سال مشمول این نهاد ارافقی خواهند شد. استثنای کردن محکومان به مجازات درجه هشت، یعنی حبس کمتر از سه ماه، به دلیل اینکه اهداف اصلاحی مقصود در مواد ۵۶ و ۵۷ در طول این مدت بعیدالحصول است، جا داشت قانون‌گذار این محدودیت را در خصوص آزادی مشروط نیز پیش‌بینی می‌کرد. تغایر در بیان شرایط نهادهای تعدیل‌کننده‌ای که مبنای و هدف مشترکی دارند، همانند آزادی مشروط و نظام نیمه‌آزادی که از مصاديق سیاست کیفری واحد مبتنی

۲۱. محمدعلی، بابایی و میثم، غلامی، «مفهوم جلوه‌های کیفرزدایی در قانون جدید مجازات اسلامی»، پژوهشنامه اندیشه‌های حقوقی، ش ۳ (۱۳۹۱)، ص ۷۴.

بر اجرای ناقص مجازات‌ها می‌باشد، نشان‌دهنده گونه‌ای از سیاست کیفری از هم‌گستته است. قطعاً انسجام در سیاست کیفری مقنن شرط بایسته برای کارآمدی آن است و هر شکل از پراکندگی به ناکارآمدی آن منجر خواهد شد. برابر ماده ۵۷ قانون مجازات اسلامی، نظام نیمه‌آزادی در خصوص محاکمان حبس درجه پنج تا هفت قابلیت اعمال دارد، لیکن منطبق با شق دوم ماده ۵۸ همان قانون، تمامی محاکمان به حبس در صورت وجود شرایط مصرحه می‌توانند از آزادی مشروط استفاده نمایند. این تفکیک قانون‌گذار در خصوص دو نهاد یادشده که از نظر مبانی تشابه‌های بنیادین با یکدیگر دارند قابل توجیه نیست و به دلیل اینکه منطقی برای آن متصور نیست، از مواردی است که ما را بیش از پیش به وجود سیاست کیفری ناهمگون و آشفته مقنن ایران در سال ۱۳۹۲ در قبال نهادهای تعديل‌کننده مجازات باورمند می‌سازد. چراکه چنانچه درجه مجازات در برخورداری محاکوم‌علیه از نهادهای تعديل‌کننده‌ای که به اجرای ناقص مجازات‌ها بسته می‌نمایند مؤثر باشد، باید در خصوص تمامی گونه‌های آن درنظر گرفته شود. این مسئله زمانی بیشتر رخ می‌نماید که در قیاس نظام نیمه‌آزادی و آزادی مشروط به لحاظ میزان ارافق به محاکوم‌علیه ملاحظه شود که آزادی مشروط مساعدتر به حال محاکوم‌علیه است، درحالی که از جهت درجه حبس مقید نبوده، کلیه حبس‌ها را شامل می‌شود. موضوعات این چنینی آرام آرام باعث استفاده بیشتر از یک نهاد و به حاشیه رفتن نهادهای تعديل‌کننده دیگر در محاکم می‌گردد که درنهایت مشاهده می‌شود که ظرفیت قانونی بسیاری از نهادهای تعديل‌کننده به دلیل عدم اقبال محاکم و تمسمک به آنها از سوی محاکمان معطل خواهد ماند. در تحقیقی که پیرامون همین مسئله انجام شد، آمده است نهادهایی چون تعویق صدور حکم، معافیت از کیفر، نظام نیمه‌آزادی، جایگزین‌های حبس، نظارت الکترونیکی، توبه و درء که از ورودی‌های جدید ارافقی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ هستند، با کمترین اقبال و نظر مساعد قضايانه شده‌اند. نتیجه پژوهش در این خصوص مشخص کننده تمایل قضات محاکم تجدیدنظر به تأیید احکام شعبات بدوى و از سوی دیگر همانند این شعبات، اعمال نهادهای ارافقی سنتی مانند تخفیف و تعليق مجازات است و نهادهای جدید همچنان با عدم استقبال مواجه‌اند. در

این میان نهاد معافیت از کیفر، تعویق صدور حکم، توبه و درء، درمجموع ۴۴۰ پرونده انتخابی، صرفاً دارای فراوانی ۳۰ پرونده، و کمتر از ۱۰ درصد پرونده‌ها را شامل شده است.<sup>۳۴</sup>

این ایراد در جای دیگر هم به‌چشم می‌خورد که باز هم نشان‌دهنده سیاست کیفری مشوش قانون‌گذار است. بر اساس ماده ۵۷ قانون مجازات اسلامی شرط بهره‌مندی محکوم‌علیه از نظام نیمه‌آزادی گذشت شاکی دانسته شده، لیکن برابر بند «پ» ماده ۵۸ قانون مجازات اسلامی، جبران خسارت تا اندازه استطاعت محکوم‌علیه و یا تعیین مهلتی برای پرداخت خسارت مدعی خصوصی برای برخورداری از آزادی مشروط کافی دانسته شده است. این درحالی است که اولاً نظام نیمه‌آزادی و آزادی مشروط از آنجا که جملگی به اجرای ناقص مجازات‌ها بستنده می‌کنند دارای مبنای واحد هستند و از این جهت در خصوص شرایط بهره‌مندی نیز می‌بایست تا حد امکان مشابه باشند تا بیانگر سیاست کیفری منسجم و نظاممند قانون‌گذار باشد. از طرفی با عنایت به اینکه منطبق با ماده ۶۰ قانون مجازات اسلامی، دادگاه در خصوص محکومان به آزادی مشروط به تعیین دستورهایی که محکوم‌علیه در مدت آزادی مشروط می‌بایستی انجام دهد الزامی ندارد و در مقابل، بر اساس ماده ۵۷ همان قانون، دادگاه در نظام نیمه‌آزادی الزاماً بایستی محکوم‌علیه را به اجرای برخی فعالیت‌های آموزشی، حرفه‌آموزی و... مکلف نماید، مشاهده می‌شود که آزادی مشروط نسبت به نظام نیمه‌آزادی مساعدتر و ارفاق‌آمیزتر نسبت به محکوم‌علیه است. اینکه شرایط برخورداری از یک سازوکار مناسب‌تر برای محکوم‌علیه راحت نباشد، برای دو نهادی که از نظر مبنای مشابه می‌باشند وجاهتی ندارد. بنابراین شایسته بود که یا مقتن جلب رضایت شاکی را شرط برخورداری از هر دو نهاد عنوان می‌کرد یا ترتیب پرداخت خسارت را برای آنها درنظر می‌گرفت که همانا اقتضای یک سیاست کیفری همگون چیزی غیر از این نیست.

۲۲. بایک، پورقه‌مانی و ایرج، نگهدار، «ازیایی رویکرد قضات به اعمال نهادهای ارقائی جدید (مطالعه موردی محاکم کیفری استان کردستان)»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، ش ۲ (۱۳۹۷)، ص ۲۵۱.

## ۴. مصاديق ناهمگونی در سیاست کیفری مبتنی بر عدم اجرای مجازات

### ۴.۱. دوگانگی در سیاست کیفری با تعلیق اجرای قسمتی از مجازات

در نظام حقوقی انگلستان دو نهاد آزادی مشروط و آزادی مطلق به عنوان دو نهاد تعديل کننده مجازات، مستقل از هم به رسمیت شناخته شده‌اند. در آزادی مشروط بایستی مجرم در طول مدت آزادی مرتكب جرم دیگری شود و در آزادی مطلق، هیچ نوع آثار سوئی بر مجرم بار نمی‌شود و یک آزادی کامل محسوب می‌گردد.<sup>۲۵</sup> لیکن در تطبیق این دو نهاد و نهادهای تعلیق اجرای تمامی مجازات و اجرای قسمتی از مجازات که در نظام حقوقی ایران آمده است نباید دچار اشتباه شد، چون هریک از آنها شرایط و سازوکار خاص خود را دارند. به نظر می‌رسد تعلیق قسمتی از مجازات مطلقاً با منطق تعلیق اجرای مجازات قائل شده است. با این توضیح که قانون‌گذار با به تعلیق درآوردن اجرای مجازات، تعلیق کیفر را در شمار نهادهای تعديل کننده مبتنی بر عدم اجرای مجازات قرار داده است. لیکن با پیش‌بینی امکان تعلیق قسمتی از مجازات، تعلیق اجرای مجازات را یکی از مصاديق سیاست کیفری مبتنی بر اجرای ناقص مجازات‌ها دانسته است. با توجه به اینکه عدم اجرای مجازات و اجرای ناقص مجازات‌ها از نظر تعاریف، اهداف و آثار، دارای اختلاف‌های مبنایی هستند، منطقی نیست که در تشریح این نهاد به گونه‌ای عمل شود که ذیل عنوان هر دو رویکرد قابل بررسی باشد. به نظر می‌رسد با وجود نهادهای آزادی مشروط، نظام نیمه‌آزادی و آزادی تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی، نیازی به بیان امکان تعلیق اجرای قسمتی از مجازات نبوده و پیش‌بینی آن با مقتضیات یک سیاست کیفری منسجم و همگون در تضاد است. از طرفی، این موضوع با هدف و غایت تعلیق مجازات که مبتنی بر نظریه برچسب‌زنی است، مغایر است؛ چراکه هدف تعلیق مجازات جلوگیری از برچسب خوردن بزهکار است و زمانی که قسمتی از مجازات اجرا شود، تعلیق قسمت دیگر آن موجب زدودن برچسب بزهکاری که با شروع به اجرای مجازات به محکوم زده شده است، نمی‌شود. به علاوه اینکه در قانون مجازات اسلامی در خصوص امکان امحای سابقه محکومیت شخصی که قسمتی از مجازات او معلق شده است، تعیین تکلیفی صورت نپذیرفته است.

<sup>۲۳</sup>. جان، اسپارک، تعیین مجازات در حقوق کیفری انگلستان، مترجم: سید رضا احسان‌پور، (تهران: مهرسا، ج ۱، ۱۳۹۹)، ص ۱۴۵.

#### ۴. تحدید بی‌مبانی اختیار قضات در تعویق صدور حکم

نامیدی از الگوهای اصلاح و درمان اثربخشی برنامه‌های اصلاحی و سابقه عملکرد مشابه حوزه قضایی و انتظامی مشابه، از جمله تعلیق اجرای مجازات و آزادی مشروط، جذابیت تعویق مجازات را کم نگ و اجرای عملی آن را در هاله‌ای از ابهام قرار داده است<sup>۲۴</sup>. در حالی که قانون‌گذار ایرانی به منظور جلوگیری از اعمال رویه‌ها و تصمیمات متفاوت در شرایط مشابه، شرایط اعطای این نهاد را به طور دقیق‌تری بر شمرده است<sup>۲۵</sup>، در انگلستان، دادگاه صرفاً ملزم است که دلیل خود را جهت تعویق مجازات بیان کرده، این نکته را برای مجرم روشن نماید که چرا وی تصمیم به چنین کاری گرفته است و در طول مدت یادشده انتظار چه نوع رفتارهایی را از وی دارد.<sup>۲۶</sup>

تحدید اختیارات قضات در تدبیل مجازات‌ها مصداقی از یک سیاست کیفری ناهمگون است، چراکه از طرفی مجریان کیفر ملزم به فردی کردن مجازات شده‌اند و از طرف دیگر، اختیار آنها مورد تحدید قرار گرفته است. به‌نظر نمی‌رسد برای بروز رفت از این سیاست کیفری متضاد و حل تزاحم بین اختیارات قضات و پرهیز از استبداد قضات می‌باشند بین نهادهای ارقاقی و ایدایی تعديل‌کننده مجازات تفاوت قائل شد و در خصوص شرایط اعطای نهادهای ارقاقی تعديل‌کننده مجازات- همچون نهاد موضوع بحث- صرفاً به بیان موارد کلی اکتفا نمود و اختیارات قضات را تا مرز تخصیص حقوق الناس یا تخدیش نظم عمومی بسط داد.

#### نتیجه و پیشنهاد

قانون‌گذار نتوانسته است سیاست کیفری هماهنگی در خصوص کلیه نهادهای تعديل‌کننده مجازات در پیش بگیرد؛ برای مثال، از آنجا که چرخش قانون‌گذار طی سال‌های

۲۴. حجت‌الله، سیزهواری‌نژاد، حقوق جزای عمومی (جرائم، مجرم و مسئولیت کیفری و موائع آن، مطابق با لایحه قانون مجازات اسلامی)، (تهران: چنگل، چ ۱، ۱۳۹۱)، ص ۸۲.

۲۵. عبدالعلی، توجهی و حسام، ابراهیم‌وند، «لزوم استفاده محدود از کیفر سالب آزادی بر مبنای فقه اسلامی»، دیدگاه‌های حقوقی قضایی، ش ۶۸(۱۳۹۲)، ص ۱۱۶.

26. George, 1 WLR 1082, 1984.



اخیر بر مدار حبس‌زدایی قرار گرفته است و برخی از نهادهای تعديل‌کننده مجازات مانند مجازات‌های جایگزین زندان و نظام نیمه‌آزادی بر مبنای همین موضوع و بدون سابقه تقنینی تأسیس شده‌اند، انتظار می‌رفت که مقنن این رویکرد را در تشریح جملگی این نهادها مراعات می‌نمود، لیکن در برخی از این نهادها که اتفاقاً سرشت ارافقی دارند، مانند تخفیف یا تبدیل مجازات‌ها، مقنن به‌گونه‌ای دیگر عمل کرده که گویی همچنان به سیاست کیفری حبس‌گرای پیشینیان وفادار است. این ناسازی برآیندی جز ناکارآمدی همین نهادها نخواهد داشت، زیرا از آنجایی که در عمل، اجرای این نهادها عمدتاً در اختیار محاکم قرار داده شده است، دادگاهها زمانی که با این بی‌انضباطی مواجه می‌شوند، با استفاده از برخی نهادها که به نظرشان موافق سیاست کیفری مقنن است و با عدم استفاده از سایر نهادهایی که آن را مخالف رویکرد مقنن می‌پنداشند، عملاً قسم اخیر این نهادها را متربوک می‌سازند. به‌نظر می‌رسد قانون‌گذار در سال ۱۳۹۲ دچار دوگانگی در رویکرد بوده است؛ از طرفی به دلیل اینکه از سال‌ها قبل به ناکارآمدی پاسخ‌های صرفاً کیفری به‌ویژه زندان در کنترل نرخ بزهکاری پی‌برده، با تأسیس نهادهای نوپایی چون نظام نیمه‌آزادی، تعویق صدور حکم و معافیت از کیفر و بسط شرایط نهادهای ارفاقی باسابقه‌ای همچون آزادی مشروط، چرخشی به سمت کیفرزدایی و به‌ویژه حبس‌زدایی داشته است، اما به دلایلی همچون کار غیرکارشناسانه، عدم انسجام در تصمیم‌گیری و ضعف در شناخت مبانی مشاهده می‌شود که در مباحثی همچون تشدید مجازات، تخفیف و تبدیل مجازات، خود را به رویکرد سنتی کیفرگرایی وفادار نشان داده است. بنابراین، عدم انسجام لازم در تدوین سیاست کیفری برای نهادهای تعديل‌کننده مجازات، به عنوان واقعیتی انکارناپذیر و غیرقابل دفاع مسئله‌ای است که بایستی برای برونو رفت از آن اهتمام لازم وجود داشته باشد.

اعمال و اجرای مجازات و عوامل مؤثر بر تعیین آن، خود جزوی از مجازات است که می‌تواند واکنش‌هایی را علیه مجازات ایجاد نماید. از این رو، بایستی میان مدل‌های قانونی تعیین مجازات و واکنش‌های قضایی جرم هماهنگ وجود داشته باشد.<sup>۲۹</sup> به‌طور خاص چهار نوع متفاوت از الگوی کیفردهی وجود دارد: کیفردهی معین، کیفردهی نامعین، کیفردهی

۲۷. نسرین، مهراء، «رهنودهای تعیین مجازات در انگلستان و ولز»، فصلنامه تحقیقات حقوق، ش ۳ (۱۳۸۹)، ص ۳۵۱



مفهوم یا مبتنی بر رهنمودهای تعیین مجازات، و کیفردھی الزامی. امریکا و انگلیس به الگوی کیفردھی فرضی متمایل شده‌اند که در قالب شورای رهنمود مجازات شکل گرفته است، لیکن نظام کیفری ایران هنوز از الگوی کیفردھی معین و الزامی پیروی می‌کند.<sup>۳۰</sup>

در انگلستان بر اساس قانون عدالت کیفری مصوب ۱۹۹۱<sup>۳۱</sup> و قانون اختیارات دادگاههای کیفری مصوب ۲۰۰۰<sup>۳۲</sup> و خصوصاً ماده ۱۷۰ قانون عدالت کیفری مصوب ۲۰۰۳<sup>۳۳</sup>، به شورای رهنمود مجازات‌ها اشاره شده بود. درنهایت با تصویب و اجرای قانون پزشکی قانونی و عدالت مصوب ۲۰۰۹<sup>۳۴</sup>، امروزه رهنمودهای تعیین مجازات همراه با آرای صادره از دادگاههای استیناف نقشی اساسی در تعیین مجازات بر اساس مبنای تعیین شده از سوی قانون‌گذار، یعنی مجازات‌های استحقاقی و متناسب نمودن آنها با وضعیت مجرم دارد.<sup>۳۵</sup> دادگاههای تجدیدنظر انگلستان برای اولین بار در پرونده‌های مهمی چون «اراما»<sup>۳۶</sup> در درباره جرایم مواد مخدر، پرونده «بریک»<sup>۳۷</sup> در مورد سرقت، و پرونده «بیلیام»<sup>۳۸</sup> در خصوص تجاوز به عنف، برای اولین بار اقدام به صدور رهنمود تعیین مجازات نمودند. وظایف نهاد شورای تعیین مجازات را در سه قسمت عمده می‌توان بیان کرد: نخست، تصمیم‌گیری درباره جهت‌گیری‌های آتی تعیین مجازات؛ دوم، ساختاربندی اختیارات قضات و نه حذف آن؛ و سوم، اتخاذ رویکردی منسجم در تعیین مجازات که اختلاف‌ها تا حد ممکن کاهش یابد.<sup>۳۹</sup> ایجاد تناسب بین جرم و مجازات، ایجاد نظام عادلانه کیفر، تخفیف مجازات‌ها، محدود کردن زندان، تحدید اختیارات قضات، تعیین مجازات‌های خاص برای

۲۸. نسرین، مهراء؛ جواد، مؤذن؛ مجید، قورچی‌بیگی، «تحلیل تطبیقی الگوهای کیفردھی در نظام کیفری ایران و انگلستان»، پژوهش‌های حقوق کیفری، ش ۲۰ (۱۳۹۶)، ص ۱۰۶.

29. Criminal Justice Act 1991

30. Power of Criminal Court 2000

31. Criminal Justice Act 2003

32. Coroners and Justice Act 2009

۳۳. جان، اسپارک، «چگونگی تعیین مجازات در دادگاههای انگلستان»، مترجم: حجت‌الله سبزواری‌نژاد، مجله تعالیٰ حقوق، ش ۱۰ (۱۳۹۰)، ص ۱۳۶.

34. Aramah, 4 Cr App R (S) 407, 1982

35. Barrick, 7 Cr App R (S) 142, 1985.

36. Billiam, 8 Cr App R (S) 48, 1986

37. Andrew, Vonhirsch, *The Sentencing Commissions Function*. North Eastern, University Press, 1987, P. 10.



جرایم خاص، از مهم‌ترین نتایجی است که نظام عدالت کیفری با استفاده از رهنمودهای این شورا به دست آورده است.<sup>۳۸</sup> برخلاف قانون‌گذار، چنین هیئت‌هایی هم زمان لازم را در اختیار دارند و هم تخصص کافی را، تا بر مبنای مطالعات دقیق در عملکرد مجازات‌رسانی موجود رهنمودهای لازم را ارائه دهند. به عبارت دیگر، این امکان را دارند که به صورت دوره‌ای رهنمودهای ایشان را بر اساس روند تجربیات تغییر دهند.<sup>۳۹</sup> پذیرش این موضوع از سوی خود قضاط انگلیس نیز در ابتدا با مقاومت روبرو شده است.<sup>۴۰</sup>

به عنوان پیشنهاد اول نگارنده معتقد است که با تصویب قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲، لزوم تأسیس و توسعی نهادهای تعديل‌کننده به عنوان یکی از برنامه‌های سیاست‌گذاران کیفری به روشی آشکار شد. بنابراین، لزوم پیش‌بینی نهادهای تعديل‌کننده مجازات در قانون مجازات، امروزه به موضوعی غیرقابل اجتناب در سیاست کیفری مبدل شده، لیکن مشکل اساسی در ضوابط و قواعد تعديل مجازات‌ها است. از طرفی، نه می‌توان محاکم را در خصوص اجرای نهادهای تعديل‌کننده مجازات بسیار بسط ید داد و نه می‌توان در قالب موازین آمره موجبات تحديد اختیارات ایشان را فراهم آورد، که مورد اخیر درواقع به‌نوعی استقلال قضاط را مخدوش می‌سازد. درنهایت اینکه بومی‌سازی نهادهای کارآمد غربی، امروزه به امری مقبول از سوی تمامی متفکران علوم انسانی و اسلامی تبدیل شده است. با این مقدمات، برای کارایی بیشتر نهادهای تعديل‌کننده مجازات، پیشنهاد می‌شود که در بطن قوه قضائیه مدل بومی شورای تعیین مجازات همانند آنچه که در کشورهای مرتبط با نظام حقوقی کامن‌لا وجود دارد، تأسیس و سازماندهی گردد. از این رهگذر، از طرفی هماهنگی قانون‌گذاری و رویه قضائی در بالاترین حد ممکن متبلور خواهد شد و از سویی دیگر، از مشکلات اجرایی پیش روی پیاده‌سازی نهادهای تعديل‌کننده مجازات تا حد زیادی کاسته می‌شود و در این مسیر دیگر نگران استبداد قضائی قضاط نیز نخواهیم بود. بدیهی است که تشکیل چنین نهادی باید متناسب با مقتضیات بومی و شرایط پیرامونی جامعه از یک سو و محاکم از سوی دیگر انجام پذیرد. خاطرنشان می‌سازد، به رغم اینکه نظریات

38. Dean, Champion, John, *Sentencing*, Santa Barbara, California, Denver, Colorado, 2008, P. 8.

۳۹. جعفر، یزدانی جعفری، «اصل فردی کردن مجازاتهای تبعیض فاحش با عدالتی عامل‌تر»، فقه و حقوق، ش ۱۱ (۱۳۸۵)، ص ۴۶.

40. Michael, Tonry, *Setting Guide Lines, the Future of Sentencing*, Willian, 2002, P. 5.

مشورتی صادره از اداره حقوقی قوه قضائیه برای محاکم الزام‌آور نیست، لیکن در بسیاری از موضوعات، مورد استناد دادگاهها قرار گرفته است و تأثیر آن‌ها را در رویه قضائی همگون با محاکم نمی‌توان منکر کرد. به همین ترتیب، تأسیس چنین شورایی- اگرچه نظریات آنها الزام‌آور هم نباشد- ما را از تأثیرات مثبت آن نالمید نخواهد ساخت. نهایتاً در خصوص میزان اعتبار و ضمانت اجرای تصمیمات شورای رهنمود مجازات و تقابل آن با استقلال قضات در انشای رأی و تعیین مجازات باید گفت که حسب ماده ۱۷۲ قانون عدالت کیفری مصوب ۲۰۰۳، قضات انگلستان ملزم به رعایت رهنمودهای شورا هستند، لیکن در صورت وجود دلیل موجه امکان تخطی دارند.

دومین پیشنهاد اینکه قانون‌گذار قبل از تصویب قانون، حتماً کارگروه‌های ویژه جمعی، قضات عالی‌رتبه، استادان دانشگاه، وکلا و مرتبطان به دستگاه عدالت کیفری را فراخواند، به قوانینی که قصد تصویب آن را دارد، قوانین مرتبط را با توجه به سوابق تقنی‌نی مورد بررسی تطبیقی قرار داده، ضمن ترسیم سیاست کیفری واضح و روشن، به‌گونه‌ای اقدام به قانون‌گذاری نماید که انسجام لازم بین تمامی مقررات به حداقل خود برسد. آشنازی در اتخاذ سیاست کیفری واحد و وجود قوانین معارض ضمن اینکه دست‌اندرکاران اجرای عدالت را با مشکل مواجه می‌سازد، سیل انتقادات متعددی را در پی دارد که از کارایی لازم آن قانون کاسته، حتی ممکن است موجبات وهن دستگاه تقنی‌نی را فراهم نماید.

پیشنهاد سوم اینکه مقتن در خصوص نهادهای تعدیل‌کننده اتفاقی که مبتنی بر تسامح و تساهل باشند، اختیارات قضات را در جهت تطبیق حدکشی کیفر با شرایط وقوع بزه و بزهکار افزایش دهد. برای مثال، همان‌طور که گفته شد، لزومی ندارد قانون‌گذار شرایط اعطای تخفیف را به موارد مشخص محدود و محصور کند، لیکن در خصوص نهادهای تعدیل‌کننده مجازات ایدایی و به ضرر متهم، تعیین چارچوب‌های مشخص برای حفظ حقوق متهم ضروری است.

پیشنهاد چهارم اینکه راجع به نهادهای تعدیل‌کننده مجازات با مبنای واحد، مراعات نماید که شرایط ايجابي و سلبی آنها تا حد امكان مشابه باشد. اين مهم يكى از مسائلى است که مى‌تواند در به وجود آمدن يك سياست کیفری همگن و منسجم بسیار مؤثر باشد. برای



مثال، همان طور که گفته شد، در خصوص نهاد آزادی مشروط و نظام نیمه آزادی که هر دو بر اساس سیاست کیفری مبتنی بر اجرای ناقص مجازات‌ها تأسیس شده‌اند، می‌بایست شرایط اعطایی به محکومان یا سلب آنها از ایشان تا حد زیادی یکسان باشد.

## منابع و مأخذ

### الف) فارسی

#### - کتاب‌ها

۱. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، ج ۳، (تهران: میزان، ج ۲، ۱۳۹۳).
۲. اسپارک، جان، تعیین مجازات در حقوق کیفری انگلستان، مترجم: سید رضا احسان‌پور، (تهران: مهرسا، ج ۱، ۱۳۹۹).
۳. زراعت، عباس، حقوق جزای عمومی<sup>۳</sup>، مجازاتها و اقدامات تأمینی، (تهران: جنگل، ج ۱، ۱۳۹۲).
۴. سبزواری‌نژاد، حجت، حقوق جزای عمومی (جرائم، مجرم و مسئولیت کیفری و موافع آن، مطابق با لایحه قانون مجازات اسلامی، (تهران: جنگل، ج ۱، ۱۳۹۲).
۵. طاهری، سمانه، سیاست کیفری سخت‌گیرانه، (تهران: میزان، ج ۱، ۱۳۹۲).

#### - مقالات

۶. اسپارک، جان، «چگونگی تعیین مجازات در دادگاههای انگلستان» مترجم: دکتر حجت‌الله سبزواری‌نژاد، *تعالیٰ حقوق*، ش ۱۰ (۱۳۹۰).
۷. افشین‌پور، مصطفی و نقوی، مهدی، «سیاست کیفری امنیت‌مدار ایران در تغییل مجازات‌ها»، *تحقیقات حقوق خصوصی و جزا*، ش ۶ (۱۳۹۷).
۸. بابایی، محمدعلی و غلامی، میثم، «مفهوم‌ترین جلوه‌های کیفرزدایی در قانون جدید مجازات اسلامی»، *پژوهشنامه اندیشه‌های حقوقی*، ش ۳ (۱۳۹۱).
۹. پورقهرمانی، بابک و نگهدار، ایرج، «ازیزیابی رویکرد قضات به اعمال نهادهای ارفاقی جدید (مطالعه موردی محاکم کیفری استان کردستان)»، *مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، ش ۲ (۱۳۹۷).
۱۰. پورقهرمانی، بابک، «از درجه‌بندی چهارگانه جرایم تا درجه‌بندی هفت‌گانه کیفرهای تعزیری، آسیب‌ها و خلافات»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر (فقه و حقوق اسلامی سابق)*، ش ۱۶ (۱۳۹۷).
۱۱. توجهی، عبدالعلی و ابراهیم‌وند، حسام، «لزوم استفاده محدود از کیفر سالب آزادی بر مبنای فقه اسلامی»، *دیدگاههای حقوقی قضایی*، ش ۶۸ (۱۳۹۳).
۱۲. جعفری، مجتبی، «تعدد جرم و آثار آن در قانون جدید مجازات اسلامی مصوب»،



- پژوهش‌های حقوق کیفری، ش ۵ (۱۳۹۲).
۱۳. زیبایی، رضا، «جایگاه آزادی مشروط زندانیان در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، اصلاح و تربیت، ش ۱۵۲ (۱۳۹۳).
۱۴. شمس ناتری، محمدابراهیم، «قاعده تعدد جرم در معرض نقد؛ نقدی بر کتابچه تعدد جرم در قانون مجازات اسلامی جدید و قلمرو زمانی اعمال قاعدة تعدد جرم»، نقد کتاب فقه و حقوق، ش ۵ (۱۳۹۵).
۱۵. کوهکن، حسن، «تعدد جرم در قانون مجازات اسلامی و نقش آن در زندان‌زدایی (بررسی ماده ۱۳۹۲ قانون مجازات اسلامی)»، اصلاح و تربیت، ش ۱۵۲ (۱۳۹۴).
۱۶. مصدق، محمد، «شرح و تفسیر مواد مرتبط با مجازاتها در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با رویکردی کاربردی»، دادرسی، ش ۹۹ (۱۳۹۲).
۱۷. منصورآبادی، عباس و کوئانی، عباس، «بستر مجازاتهای جامعه‌مدار با تأکید بر رویکرد سیاست جنایی ایران»، مطالعات پیشگیری از جرم، ش ۱۵ (۱۳۸۹).
۱۸. مهراء، نسرین، «رهنمودهای تعیین مجازات در انگلستان و ولز»، تحقیقات حقوقی، ش ۳ (۱۳۸۹).
۱۹. مهراء، نسرین؛ مؤذن، جواد؛ قورچی‌بیگی، مجید، «تحلیل تطبیقی الگوهای کیفردهی در نظام کیفری ایران و انگلستان» پژوهش‌های حقوق کیفری، ش ۲۰ (۱۳۹۶).
۲۰. والهی، حمید و احسان‌پور، سید رضا، «جایگاه جایگزین‌های مجازات حبس با رویکرد فردی کردن آنها در نظام عدالت کیفری ایران» مجلس و راهبرد، ش ۸۵ (۱۳۹۵).
۲۱. بیزدیان جعفری، جعفر، «اصل فردی کردن مجازاتهای تبعیض فاحش یا عدالتی عادلانه‌تر» مطالعات حقوق تطبیقی معاصر (فقه و حقوق اسلامی سابق)، ش ۱۱ (۱۳۸۵).

### (ب) انگلیسی

22. Champion, Dean, John, Sentencing, Senata, Barbara, California, Denver, Colorado, 2008.
23. Henry, Jackson, “*Power, Policy, and The Ideology OF Punishment: Time Series Analysis of The U.S. Political Economy of Punishment in The Race to Incarcerate, 1972-2002*”, Department of Sociology, Anthropology, and Social Work, College of Arts and Sciences, Kansas State University, Manhattan, Kansas, 2009.

- 
- 
24. Johnson, Ben, *Do Criminal Laws Deter Crime? Deterrence Theory in Criminal Justice Policy: A Primer*, Minnesota House Research Department, 2019.
25. Levinson, David, “*Encyclopedia of Crime and Punishment*”. 3, 2020.
26. Mackenzie, Doris Layton, “*Sentencing and Corrections in the 21st Century: Setting the Stage for the Future*”, University of Maryland College Park, July 2001.
27. Nguyen, Trana and Neal, Goldsteina and Jonathan, PurtlebPhilip and Masseyc, Stephen and Lankenauc, Joanna and Suderd “*Drug and Alcohol Dependence, The heterogeneous effect of marijuana decriminalization policy on arrest rates in Philadelphia, Pennsylvania 2009–2018*”, Vol.212, 2020.
28. Tonry, Michael, *Determinants of Penal Policies*, University of Minnesota Law School, 2007.
29. Tonry, Michael, *Setting Guide Lines, the Future of Sentencing*, Willian, 2002.
30. Vonhirsch, Andrew, *The Sentencing Commissions Function. North Eastern*, University Press, 1987.

#### - Cods

31. Coroners and Justice Act 2009.  
 32. Criminal Justic Act 2003.  
 33. Criminal Justice Act 1991.  
 34. Power of Criminal Court 2000.

#### - Cases

35. Aramah, 4 Cr App R (S) 407, 1982.  
 36. Barrick, 7 Cr App R (S) 142, 1985.  
 37. Bibi, 1 WLR, 1193, 1980.  
 38. Billiam, 8 Cr App R (S) 48, 1986.  
 39. George, 1 WLR 1082, 1984.  
 40. Grice, 66 Cr App R 167, 1987.

## بازتاب فقه در قوانین مجازات کشورهای شافعی‌مذهب؛ مطالعه موردی اندونزی، برونئی، مالزی و یمن

تاریخ پذیرش نهایی: ۹۹/۱۲/۱۸

تاریخ دریافت: ۹۹/۰۹/۱۵

روح الله اکرمی<sup>۱</sup>

### چکیده

یکی از مسائل مهم در خصوص نظام کیفری کشورهای مسلمان به این موضوع برمی‌گردد که فقه اسلامی چه موقعیتی را در آنها داراست و قانون‌گذاران چه رویکردی نسبت به این مسئله اتخاذ نموده‌اند؟ در راستای تبیین این مسئله در نوشتار حاضر در قالب مطالعه‌ای موردی و به روش تحلیلی- توصیفی نظام کیفری و مقررات چهار کشور دارای جمیعت اغلب شافعی‌مذهب اندونزی، برونئی، مالزی و یمن مورد مطالعه قرار گرفته است. درحالی که پیشینه قوانین کیفری جاری در این کشورها نشان از آن دارد که تا دوره‌ای طولانی ملهم از خاستگاه‌های خارجی بوده‌اند، به مرور زمان به نهضت اسلامی‌سازی در قلمرو کیفری پیوسته‌اند؛ هرچند در این خصوص برخی قوانین شرعی را در سطح کشوری و بعضی به صورت منطقه‌ای وضع نموده‌اند. افزون بر آن در بعضی از این کشورها قوانین شمول بیشتری نسبت به جرایم و مجازات‌های شرعی نسبت به دیگران دارند. با وجود این در کشورهای مورد مطالعه تقدیم بر مدار فقه شافعی مبتنی است، هرچند در مواردی نیز به مواضع دیگر مذاهب اهل سنت عدول کرده‌اند.

**واژگان کلیدی:** حقوق کشورهای آسیای جنوب شرقی، حقوق کیفری اسلامی، فقه جزایی، فقه شافعی، قانون‌گذاری شرعی.

## مقدمه

شريعت اسلام به عنوان یک سیستم ارزشی و حقوقی کامل سازگارترین نظام با تحولات جهانی است<sup>۲</sup> که در قوانین اساسی بسیاری از کشورهای مسلمان به عنوان دین رسمی اعلام شده<sup>۳</sup> و حتی فراتر از این در تعداد قابل توجهی از آنها بر منبع بودن احکام و موازین اسلام در تقنين تصریح گردیده است<sup>۴</sup>. با وجود این، پیاده‌سازی فقه اسلامی در قلمرو کیفری این کشورها به طور جدی مورد توجه قرار نگرفته است، به گونه‌ای که مقررات جزایی اغلب آنها از آبشخورهای غربی سیراب شده‌اند؛ برای نمونه، قوانین ترکیه<sup>۵</sup>، سومالی<sup>۶</sup> و لیبی<sup>۷</sup> از ایتالیا؛ قوانین الجزایر<sup>۸</sup>، تونس<sup>۹</sup>، لبنان<sup>۱۰</sup> و مصر<sup>۱۱</sup> از فرانسه؛ مقررات جمهوری‌های آسیای میانه مانند آذربایجان، ازبکستان، تاجیکستان، ترکمنستان، قرقیزستان و قزاقستان از حقوق شوروی؛ و قوانین بنگلادش<sup>۱۲</sup>، گامبیا<sup>۱۳</sup> و نیجریه<sup>۱۴</sup> از کد جزایی ۱۸۶۰ هند که به‌نوبه خود

۲. رضا رنجبر، رحیم وکیل زاده و سلیمان عالی ملک طالش، «رویکرد فازی در نظام شريعت»، مطالعات حقوقی معاصر، ش ۳ (۱۳۹۰)، ص ۱۱۹.

۳. قوانین اساسی بسیاری از کشورها نظیر اردن، الجزایر، بحرین، برونئی، بنگلادش، پاکستان، تونس، جیبوتی، صحرای غربی، کومور، لیبی، مالزی و یمن بر چین اصلی تصریح کرده‌اند.

۴. اصل ۷ قانون اساسی امارات متحده عربی، اصل ۴ قانون اساسی ایران، اصل ۵ قانون اساسی سودان، اصل ۳ قانون اساسی سوریه، اصل ۲ قانون اساسی عراق، اصل ۷ قانون اساسی عربستان، اصل ۱ قانون اساسی عمان، اصل ۴ قانون اساسی فلسطین، اصل ۱ قانون اساسی قطر، اصل ۲ قانون اساسی کویت، اصل ۳ قانون اساسی مراکش، اصل ۲ قانون اساسی مصر و مقدمه قانون اساسی موريتانی را باید در این بستر مد نظر قرار داد. گفتنی است در قوانین اساسی بعضی از کشورها نیز هرچند بر منبع بودن اسلام در قانون‌گذاری تصریحی نند، لکن تأکید گردیده است که امکان تسویه قانون برخلاف شريعت وجود ندارد. مفاد اصل ۳ قانون اساسی افغانستان، اصل ۲ قانون اساسی سومالی و اصل ۱۰ قانون اساسی مالدیو مতضمن چین رویکردی هستند.

5. Hunt Janin and André Kahlmeyer, *Islamic Law: The Sharia from Muhammad's Time to the Present*, (North Carolina: McFarland, 2015), p. 166.

6. H. Marshall, "The Penal Code of the Somali Democratic Republic", the International and Comparative Law Quarterly, Vol. 21, No. 1 (1972), p. 197.

7. امین مصطفی محمد، قانون العقوبات القسم العام: نظریة الجريمة، (بيروت: منشورات الحلبى الحقوقية، ج ۱، ۲۰۱۰)، ص ۱۱-۹.

8. عبدالله أوهابی، شرح قانون العقوبات الجزائری: القسم العام، (بي جا: موقم للنشر، ۲۰۰۹)، ص ۵۳.

9. فرج قصیر، القانون الجنائي العام، (تونس: مركز النشر الجامعي، ۲۰۰۶)، ص ۳۰-۳۱.

10. محمدعلی السالم عیاد الحلبی، شرح قانون العقوبات: القسم العام، (عمان: مکتبه دار الفاقہ للنشر والتوزیع، ۱۹۹۷)، ص ۱۳.

11. محمود محمود مصطفی، اصول قانون العقوبات في الدول العربية، (قاهره: دار النهضة العربية، ج ۱، ۱۹۷۰)، ص ۱۷.

12. Edward Phillips, "The Codification Enterprise: Principled Law Reform and the Indian Penal Code", Jersey and Guernsey Law Review, Issue 2 (2017), p. 166.

13. Joseph Renner Maxwell, "Modes of Legislation in the British Colonies: The Gambia", Journal of Comparative Legislation and International Law, Vol. 1 (1897), p. 378.

14. Edward Phillips, *op. cit.* p. 166.



متاثر از حقوق کامن‌لای انگلیس است اقتباس شده‌اند. قوانین برخی از کشورهای دیگر را نیز باید به این فهرست اضافه کرد که با تأثیر پذیرفتن از مقررات برخی دیگر از کشورهای مسلمان به‌طور غیرمستقیم از خاستگاه‌های غربی الهام گرفته‌اند، که اقتباس قوانین مجازات افغانستان و عراق از مصر، و اردن و سوریه از لبنان<sup>۱۵</sup> را می‌توان در این بستر درنظر گرفت.

در کنار کشورهای پیش‌گفته، تعدادی از نظامهای کیفری کشورهای اسلامی تلاش نموده‌اند تا در مسیر اجرای احکام فقه اسلامی در امور جزایی حرکت کنند که البته برخورد آنها در این عرصه همسان نیست. تاحدی که پژوهش نگارنده این سطور نشان می‌دهد در زمینه حقوق کیفری کشورهای اسلامی که بر مدار فقه شکل گرفته‌اند، تحقیقات مستقلی که توانسته باشد موضوع را به شکل جامعی بررسی نماید، چه به زبان فارسی و چه دیگر زبان‌ها ارائه نشده است و اندک پژوهش‌هایی در قلمرو محدود به مطالعات میان چند کشور مشخص اسلامی پرداخته‌اند که لزوماً نظامهای مورد مطالعه بر فقه جزایی اسلام بنیاد نهاده نشده‌اند<sup>۱۶</sup>.

انگیزه انجام تحقیق حاضر خلاً منابع مطالعاتی در حوزه حقوق کیفری کشورهای مسلمان مبتنی بر شریعت بوده که نگارنده به عنوان نخستین گام در این عرصه مقاله حاضر را ارائه نموده که به بررسی جایگاه فقه در قوانین کیفری چهار کشور اندونزی، برونئی، مالزی و یمن پرداخته است که دارای جمعیتی اغلب شافعی‌مذهب هستند.

در هر صورت در راستای ایضاح این مسئله که فقه جزایی چه موقعیتی در نظام حقوق کیفری کشورهای یادشده به دست آورده است، در ابتدا به تبیین موقعیت مقررات کیفری اسلامی در این چهار کشور به صورت جداگانه پرداخته شده و در ادامه، مذهب فقهی جاری در آنها به‌طور اجمالی بررسی شده است.

۱۵. محمدعلی السالم عیاد الحلبی، پیشین، صص ۱۳-۱۴.

۱۶. در این زمینه می‌توان به مقاله «نقش احکام فقهی اسلامی در نظام حقوق جزایی کشورهای مهم اسلامی» که در شماره ۶۰ مجله حقوق اسلامی در سال ۱۳۹۸ منتشر شده است اشاره کرد که به مقایسه کلی ساختار نظام حقوقی چهار کشور ایران، عربستان، عراق و مصر پرداخته است که اتفاقاً دو کشور اخیر به پیاده‌سازی فقه اسلامی در قلمرو کیفری اقبالی نداده‌اند.

## ۱. موقعیت فقه جزایی در حقوق موضوعه کشورهای مورد مطالعه

در بخش نخست تلاش شده است ضمن ارائه مشخصات و پیشینه مقررات کیفری اسلامی در کشورهای اندونزی، برونئی، مالزی و یمن، با نگاهی به محتوای مقررات آنها انعکاس فقه جزای اسلامی در آنها مورد بررسی قرار گیرد.

### ۱.۱. اندونزی

اندونزی به عنوان پرجمعیت‌ترین کشور اسلامی دارای سابقه‌ای دیرینه در گرایش به اسلام است. با ورود اسلام به اندونزی حکومت‌های مسلمان متعددی در این سرزمین شکل گرفتند که به اجرای مقررات اسلامی بر اساس مذهب شافعی پرداختند. تا اینکه در اوخر قرن پانزدهم میلادی اندونزی به استعمار هلند در آمد و این دوره تا سال ۱۹۴۱ ادامه داشت که هلندی‌ها جای خود را به استعمارگران ژاپنی دادند، لکن حضور ژاپن دیری نپایید تا اینکه در سال ۱۹۴۵ ژاپن تسليیم و زمینه استقلال اندونزی فراهم شد.<sup>۱۷</sup> قانون اساسی اندونزی مصوب ۱۹۴۵ در اصل ۲۹، اساس حاکمیت را اعتقاد به خداوند متعال اعلام نمود و در دوره استقلال بسیاری از مقررات صبغه اسلامی به خود گرفت، لکن قانون کیفری اندونزی که مبتنی بر قانون مجازات هلند مصوب ۱۸۸۶ است<sup>۱۸</sup>، در این مسیر چندان دستخوش تغییر نشد<sup>۱۹</sup>؛ هرچند بعضی با استشهاد به برخی مواد قانون یادشده تلاش کردند تا اثبات نمایند

۱۷. یونس وهی یاوز الأقطوغانی، حرکه التجدد فی تقدیم الفقه الإسلامی؛ مجله الأحكام العدلیة و قوانین ملاقاً الإسلاميّة كمثال تجربی، (بیروت: دارالكتب العلمیہ، ج ۲۰۱۵، ۱)، صص ۴۳۶-۴۳۵.

۱۸. گفتنی است قانون هلند نیز به نوبه خود بر مجموعه قوانین ناپلئون مبتنی بود که بر اساس آن قانون کیفری مصوب ۱۹۱۸ اندونزی تنظیم شده است. قانون اخیر که در سال ۱۹۴۶ جای خود را به قانون کیفری کنونی داده است، همچنان شاکله مقررات کیفری اندونزی را تشکیل می‌دهد، در این زمینه، ر.ک.

Taufik Rachman, *Can the Indonesian criminal justice system be enhanced by replacing the mandatory prosecution system with a discretionary one, like that used in Australia?*, the degree of Doctor of Philosophy, Melbourne: Victoria University, (2016), pp. 97-98.

۱۹. البته تغییراتی جزئی در ادوار مختلف زمانی در این قانون صورت گرفته، بهنحوی که سبب شده تا از کد کیفری اصلی هلند که در گذشته به طور کامل در اندونزی اجرا می‌شده است، فاصله گیرد، لکن همچنان آثار مقررات کیفری هلند در قانون کنونی اندونزی نیز بهوضوح مشهود است، و امروزه اقداماتی برای جایگزینی یک قانون بومی در اندونزی در جریان است. در این زمینه، نک: به گزارش چشم‌انداز ضمانت اجراء‌ای جایگزین در اندونزی که از سوی یکی از دانشگاه‌های اندونزی ارائه شده است:

The Prospect of Alternative Sanctions in Indonesia, Muladi Universitas Diponegoro Semarang Indonesia, Available at: <https://aic.gov.au/sites/default/files/publications/proceedings/downloads/12-muladi.pdf>.



وجود جرایمی مانند قتل و سرقت نشانه‌ای بر سازگاری این قانون با شریعت اسلامی است<sup>۲۰</sup>، لکن این گفته قابل پذیرش نیست، چراکه قطع نظر از عدم ترتیب مجازات‌های خاص شرعی بر جرایم موصوف، مصاديق مورد بیان اصولاً در زمرة جرایم طبیعی هستند که در اغلب نظام‌های حقوقی دیگر هرچند سکولار مشاهده می‌شوند، لذا نمی‌توان وجود آن‌ها را دلیلی قطعی بر رویکرد اسلامی یک قانون دانست.

با وجود آنچه گفته شد، قوانین کیفری استان آچه در شمال مجمع‌الجزایر سوماترا از این جهت وضعیت متفاوتی دارد. این استان نخستین منطقه اندونزی است که اسلام وارد آنجا شده و مورد پذیرش قرار گرفته و احکام اسلامی در آن اجرا گردیده است. تا اینکه در سال ۱۹۴۵ آچه در کنار دیگر مناطق اندونزی، کشور جمهوری اندونزی را شکل داد و توافق گردید که حکومت در برخی حوزه‌ها از جمله امور دینی در این استان مداخله نکند، لکن حکومت مرکزی به آن پایبند نبود و همین امر به درگیری‌هایی منجر شد تا آنکه در سال ۲۰۰۵ پیمانی در فنلاند منعقد گردید و در پی آن قانونی در سال ۲۰۰۶ مبنی بر خودختاری این استان تصویب شد و مقامات محلی امکان اجرای شریعت اسلامی را پیدا کردند<sup>۲۱</sup>. در همین راستا قانون شماره ۷ آیین دادرسی کیفری در سال ۲۰۱۳، قانون شماره ۶ جنایات در سال ۲۰۱۴ و قانون شماره ۸ در مورد مبادی شریعت اسلامی در سال ۲۰۱۴ به تصویب رسید. امروزه استان آچه تنها منطقه در اندونزی است که قوانین کیفری اسلام را تصویب و اجرا می‌نماید.

در قانون جنایات استان آچه که با عنوان حکم جنایات (Hukum Jinayat) از آن یاد می‌شود، جرم حسب بند ۱۶ ماده ۱ رفتاری تعریف شده که در آیین اسلام ممنوع شمرده می‌شود و به‌موجب این قانون سزاوار مجازات حد یا تعزیر است. در بندهای ۱۸ و ۱۹ قانون یادشده به ترتیب حد و تعزیر به مجازاتی اطلاق شده‌اند که شکل و میزان آن در قانون دقیقاً

۲۰. مخرص مناجه، «مبادئ الجنائيات الإسلامية و تطبيقها في السياق الإندونيسي»، سال هفتم، ش ۲ (۲۰۱۳)، صص ۴۲۱-۴۱۸.

Mark Cammack, "The Punishment of Islamic Sex Crimes in A Modern Legal System: The Islamic Qanun of Aceh, Indonesia", Southwestern Law Review, vol. 45, Issue 3 (2016), p. 603.

۲۱. بدرا منبر، «القانون المعاصر و دوره في الحفاظ على المصطلحات العربية الفقهية في أندونيسيا: قانون الجنائيات الإسلامي في آتشيه نموذجاً»، اللغة العربية ودورها في تطبيق الشريعة الإسلامية وتنمية الثقافة الإنسانية، ش ۱۱ (۲۰۱۸)، صص ۱۴۷-۱۴۶.

معین شده و یا شکل و کمیت آن در قانون میان حداقل و حداکثر به صلاحید [قضی] واگذار شده است. برابر بند ۲ از ماده اخیر، جرم ناظر بر موارد زیر است: خمر، میسر، خلوت، اختلاط، زنا، آزار و مزاحمت جنسی (هتك عرض)، تجاوز به عنف، قذف، لواط و مساقه، که در این میان زنا، قذف و شرب خمر موجب حد و سایر موارد تعزیری محسوب شده‌اند. منظور از خمر (Khamar) برابر بند ۲۱ ماده ۱ مشروب مستکنده و یا حاوی الكل به میزان دو درصد و یا بیشتر است که مصرف آن حسب فصل ۱۵ مستوجب چهل ضربه شلاق حدی است که در صورت تکرار، افزون بر آن به شلاق، یا جزای نقدی یا حبس تعزیری نیز محکوم می‌شود. میسر (Maisir) مطابق بند ۲۲ ماده ۱ به عملی دو یا چند طرفه اطلاق می‌شود که متضمن عنصر شرط‌بندی یا سود [غیر] باشد، به این نحو که توافق نمایند طرف برنده منافع معینی را، چه مستقیم و چه غیرمستقیم، از طرف بازنده ببرد. مجازات این رفتار حسب میزان سود متفاوت است، چنانچه سود تا دو گرم طلای خالص باشد، مستند به ماده ۱۸ تعزیر به میزان حداکثر دوازده ضربه تازیانه، یا جزای نقدی تا ۱۲۰ گرم طلا یا حداکثر دوازده ماه حبس است و اگر سود بیش از دو گرم طلا باشد، برابر ماده ۱۹، مرتكب به حداکثر سی ضربه شلاق، یا جزای نقدی تا سیصد گرم طلا یا حداکثر سی ماه حبس محکوم می‌شود. مراد از خلوت (Khalwat) بنابر بند ۲۳ ماده ۱، قرار گرفتن دو نفر هم-جنس در مکانی بسته یا مخفی به قصد رابطه جنسی است در شرایطی که با هم محروم نبوده، میان آنها علقة زوجیت وجود نداشته باشد. مجازات این رفتار طبق ماده ۲۳، حداقل ده ضربه شلاق، یا جزای نقدی معادل صد گرم طلا و یا حداکثر ده ماه حبس تعزیری است. اختلاط (Ikhtilath) بنابر بند ۲۴ ماده ۱، رفتارهای مغایر عفت عمومی نظیر معاشقه، ملامسه، معانقه و تقیل بین زن و مرد است که به‌طور ارادی در اماکن بسته یا باز صورت می‌گیرد. مجازات این جرم طبق ماده ۲۵، سی ضربه شلاق، یا سیصد گرم طلا جزای نقدی و یا حداکثر سی ماه حبس تعزیری است. زنا حسب بند ۲۶ ماده ۱، عبارت است از آمیزش جنسی مبتنی بر تراضی بین یک یا چند مرد با یک یا چند زن بدون علقة زوجیت که مجازات آن مستند به ماده ۳۳ صد ضربه شلاق حدی است که در صورت تکرار تعزیر خواهد شد. آزار و مزاحمت جنسی (هتك عرض) (Pelecehan seksual) که مطابق بند ۲۷ ماده ۱ به اعمال غیراخلاقی و خلاف عفت گفته می‌شود که به صورت عامدانه در اماکن عمومی و



یا علیه قربانی فاقد رضایت، اعم از مرد یا زن، انجام می‌شود، حسب ماده ۴۶، مستوجب تعزیر به میزان ۴۵ ضربه شلاق، یا جزای نقدی معادل ۴۵۰ گرم طلا و یا حداقل ۴۵ ماه زندان است. تجاوز به عنف (Pemerkosaan) مطابق بند ۳۰ ماده ۱، به معنای دخول آلت تناسلی یا هر شیء دیگر در قبل یا درپی دهان دیگری و یا تماس دهانی مرتكب با قبل یک زن یا آلت تناسلی یک مرد با قهر، اجبار یا تهدید بزهده است که وفق ماده ۴۸، مجازات آن حداقل ۱۲۵ تا ۱۷۵ ضربه شلاق، یا ۱۲۵۰ تا ۱۷۵۰ گرم طلا جزای نقدی و یا ۱۲۵ تا ۱۷۵ ماه حبس تعزیری است. قذف (Qadzaf) حسب بند ۳۱ ماده ۱، ناظر بر متهم نمودن دیگری به ارتکاب زنا بدون داشتن چهار شاهد است که مطابق ماده ۵۷ مجازات حدی به میزان هشتاد ضربه شلاق را در پی دارد و در صورت تکرار، جزای نقدی یا حبس تعزیری نیز به آن افزوده خواهد شد. لواط (Liwath) بنابر بند ۲۸ ماده ۱ به معنای دخول آلت تناسلی یک مرد در دبر مرد دیگر از روی تراضی است که بر اساس ماده ۶۳ با مجازات تعزیری به میزان حداقل صد ضربه شلاق، یا حداقل هزار گرم طلا جزای نقدی و یا حداقل صد ماه حبس پاسخ داده خواهد شد. مساحقه (Musahaqah) که موافق بند ۲۹ ماده ۱، به فعل دو زن و یا بیشتر گفته می‌شود که با رضایت طرفینی بدن یا دستگاه تناسلی یکدیگر را به منظور تحریک جنسی مالش می‌دهند و مستند به ماده ۶۴ موجب تعزیرِ حداقل صد ضربه شلاق، یا حداقل هزار گرم طلا جزای نقدی و یا حداقل صد ماه حبس است.

لازم به بیان است و اضعان قانون جنایات آچه سه مرحله را برای تصویب مقررات کیفری ماهوی ترسیم نموده‌اند که قانون شماره ۶ مصوب سال ۲۰۱۴ که مفاد آن به طور اجمالی مورد اشاره قرار گرفته، مرحله نخست آن است. پس از اجرایی شدن این بخش، در گام دوم جرایم موجب قصاص و دیه، و در آخرین قدم سایر حدود از جمله سرقت و محاربه نیز مورد تقنین قرار خواهند گرفت.<sup>۲۲</sup>

## ۱. بروئی

حقوق کیفری بروئی مبتنی بر نظام کامن لا است. قانون کیفری این کشور که در سال ۱۹۵۱ تصویب شده، مبتنی بر مجموعه مقررات کیفری هند مصوب ۱۸۶۰ و برگفته از آن

.۲۲. بدر، میر، پیشین، ص ۱۴۹.

است<sup>۲۳</sup>. با وجود این، همسو با رویکرد قانون اساسی مصوب ۱۹۵۹ مبنی بر رسمیت دین اسلام، پس از گذشت مدت طولانی در سال ۲۰۱۳ در جهت اسلامی‌سازی مقررات کیفری، سلطان بروئی در راستای اختیار اعطایی بند ۳ اصل ۸۳ قانون اساسی دستورالعملی با ۲۵۴ ماده در زمینه قانون جزای شرعی ابلاغ نمود که جرایم موجب حد، قصاص، دیه و تعزیر در آن تعیین شدند و از سال ۲۰۱۴ به شکل مرحله‌ای به‌اجرا درآمد که رسیدگی به آنها در صلاحیت محاکم شرع است. همزمان جرایم موضوع قانون کیفری ۱۹۵۱ نیز در دادگاه‌های مدنی رسیدگی می‌شوند که البته در مورد جرایم مشترک در قانون و دستورالعمل، از نظر صلاحیت مراجع رسیدگی‌کننده و مجازات مرتکب ابهامات جدی وجود دارد که ذهن حقوق‌دانان را به خود مشغول کرده است<sup>۲۴</sup>.

در دستورالعمل قانون جزای شرعی سه دسته از جرایم پیش‌بینی شده است. دسته نخست، جرایم موجب حد، که مشتمل بر شش جرم سرقت، محاربه، زنا [در معنای اعم از زنای میتني بر رضایت، زنای به اجبار و لواط]، قذف، مصرف مسکرات و ارتداد است. جرایم یادشده باید بر اساس ادلهٔ واجد شرایط شرعی اثبات شوند، در غیر این صورت چنانچه با دلایل دیگری ثابت شوند، مجازات تعزیری در انتظار مرتکب خواهد بود. دستورالعمل ادله در دادگاه‌های شرعی مصوب ۲۰۰۱ به تفصیل ویژگی‌های دلایل را تبیین نموده است. دسته دوم، جرایم موضوع دستورالعمل، جرایم موجب قصاص، دیه و ارش هستند که جنایات بر نفس و مادون نفس، اعم از عمد، شبه عمد و خطأ را دربر می‌گیرد. بخش سوم، جرایم عمومی، که در حقیقت همان جرایم موجب تعزیر هستند که مصادیق متعددی مانند تزدیکی جنسی با حیوانات، غصب حقوق دیگران، خوردن و آشامیدن و استعمال علنی دخانیات در ساعت روزه واجب ماه مبارک رمضان، پوشیدن لباس جنس مخالف یا تشبیه به او در مکان عمومی، جادوگری و خودداری از پاسخگویی به سؤالات مقامات عمومی در این قسمت دیده می‌شود.

حسب ماده ۳ دستورالعمل قانون جزای شرعی، مقررات آن هم نسبت به مسلمانان قابل اجراست و هم غیرمسلمانان، مگر در جایی که خلاف آن تصریح شده باشد. زنای بدون

23. Edward Phillips, *op. cit.* p. 166.

24. Abdul Hamid Mohamad, «Implementation of Hudud in Brunei: Differences between Brunei and Malaysia», *Islam and Civilisational Renewal*, Vol. 5, No. 2 (2014), pp. 149 & 154.



اجبار، جز در جایی که طرفِ رابطه مسلمان باشد [ماده ۶۹]؛ مساحقه، جز در جایی که با زن مسلمان صورت گیرد [ماده ۹۲]؛ بارداری و وضع حمل نامشروع [ماده ۹۴]؛ مصرف غیرعلنى مسکرات و شروع به آن [مواد ۱۰۴ و ۱۰۵]؛ ارتاد و شروع به آن [مواد ۱۰۷ و ۱۱۳]؛ امتناع از خواندن نماز جمعه در مسجد [ماده ۱۹۴]؛ خلوت با نامحرم، جز در جایی که طرف مقابل مسلمان باشد [ماده ۱۹۶]؛ فرار دختر از منزل [ماده ۲۰۳]؛ تحويل کودک یا غیر کودک مسلمان تحت سرپرستی به یک غیرمسلمان [ماده ۲۰۴]؛ گفتن اکاذیب مبنی بر معروفی خود یا دیگری به عنوان امام مهدی یا ادعای دروغ داشتن علم فرابشری [ماده ۲۰۶]؛ تعلیم یا تفسیر آموزه‌ها یا مراسم مذهبی یا اجرای آنها مغایر با حکم شرع، جز در جایی که نسبت به یک مسلمان انجام شده باشد [ماده ۲۰۷]؛ پرستش هر چیزی برخلاف حکم شرع [ماده ۲۱۶]؛ افتاء در امور شرعی از سوی فرد فاقد صلاحیت [ماده ۲۲۸]؛ امتناع از پرداخت زکات و فطریه [ماده ۲۳۶]؛ جمع آوری زکات یا فطره از سوی شخص بدون صلاحیت [ماده ۲۳۷]؛ پرداخت زکات یا فطره به اشخاص فاقد صلاحیت [ماده ۲۳۸]؛ احداث یا استفاده از مکانی به عنوان یا با اهداف مسجد بدون مجوز [ماده ۲۴۰] فقط نسبت به مسلمانان جرم‌انگاری شده است. در مقابل، جرایم اهانت به نبی اکرم (ص) [موضوع ماده ۲۲۱]، به سخره گرفتن قرآن یا احادیث نبوی (ص) [ماده ۲۲۲] و شروع به آنها [ماده ۲۲۳] ناظر بر غیرمسلمانان نیز می‌باشد.

### ۱.۳. مالزی

پیشینه اجرای حقوق اسلامی در مالزی به قرن‌های دهم و یازدهم میلادی برمی‌گردد که واعظان و بازرگانان مسلمان به ایالت کلانتان مالزی گام نهادند و احکام اسلامی در عمل بین مردم اجرا می‌شد و حکومت نیز با تشکیل دادگاه‌های خاص مقررات کیفری اسلامی را پیاده می‌کرد.<sup>۲۵</sup> برخلاف نظر مشهور که نخستین قانون مدون در دنیا اسلام را مجله احکام عدليه می‌دانند که بنابر فقه حنفی در سال ۱۸۶۸ تدوین و در ۱۸۷۷ در حکومت

۲۵. در ایالت تربنگانو کتبیه‌ای سنگی که قدمتش به قرن دوازدهم برمی‌گردد، یافت شده است که از جمله مطالب حکم شده بر روی آن، ناظر بر تعیین مجازات زنا است که برای افراد مجرد صد ضربه تازیانه و برای مرتكبان متأهل رجم تعیین شده است؛ برای آگاهی بیشتر، نک:

Ashgar Ali Ali Mohamed, "Implementation of Hudud (or limits ordained by Allah for serious crimes) in Malaysia", International Journal of Humanities and Social Science, Vol. 2, No. 3 (2012), p. 237.



عثمانی لازم‌الاجرا شد، برخی از پژوهشگران نخستین قانون در شکل امروزین را که حتی پیش از مقررات ناپلئون وضع شده بود، قوانین اسلامی پیاده‌شده از سوی سلطنت ملاکا در مالزی دانسته‌اند که در نیمه نخست قرن پانزدهم میلادی تأسیس شده است؛ قوانینی که بر اساس فقه شافعی تنظیم شده‌اند.<sup>۲۶</sup>

در هر حال، قوانین اسلامی برای قرن‌ها در مالزی اجرا می‌شد و با آغاز استعمار انگلیس در مالزی نفوذ این مقررات تحت تأثیر قرار گرفت و تلاش شد تا با تغییر نظام حقوق اسلامی موجود، آن را با سیستم کامن‌لا منطبق سازند.<sup>۲۷</sup> تصویب قانون مجازات مالزی در سال ۱۹۳۶ بر اساس کد کیفری ۱۸۶۰ هند که مبنای انگلیسی داشت، لازم است در راستای چنین تأثیراتی تحلیل شود.<sup>۲۸</sup> پس از استقلال مالزی از انگلیس در سال ۱۹۵۷ در قانون اساسی فدرالی که در همان سال استقلال تصویب شد، در اصل سوم تأکید گردید که اسلام، دین رسمی کشور است. در قانون اساسی یادشده مسائل حقوق کیفری موضوعی فدرال شناخته شد که در دادگاه‌های مدنی قابل رسیدگی هستند. با وجود این در برنامه نهم پیوست قانون اساسی به نهاد قانون‌گذاری دولت‌های ایالتی اجازه قانون‌گذاری در زمینه مسائل اسلامی داده شده، لکن در قلمرو کیفری اختیار یادشده محدود به میزانی است که قانون فدرال تجویز نماید که چنین جرایمی در دادگاه‌های شرعی رسیدگی می‌شوند.

در این راستا قانون فدرال صلاحیت کیفری دادگاه‌های شرعی مصوب ۱۹۶۵ با اصلاحات بعدی اجازه جرم‌انگاری رفتارهای ناقض آموزه‌های اسلامی را داده است که نسبت به مسلمانان قابل اجراست.<sup>۲۹</sup> با وجود این، قانون‌گذار ایالتی نباید مجازات جرمی را بیش از سه سال حبس، یا جزای نقدي فراتر از پنج هزار رینگیت یا شلاق بیشتر از شش

.۲۶. یونس وهبی یاوزر الأقطوغانی، پیشین، ص ۱۰۸.

27. Faisal Bin Husen Ismail, and Jasni Bin Sulong, “The Development and Obstacles in Applying the Islamic Criminal Law in the State of Kelantan, Malaysia”, International Journal of Academic Research in Business and Social Sciences, Vol. 8, No. 4 (2018), pp. 914 & 916.

28. Edward Phillips, *op. cit.* p. 166.

.۲۹. از همین رو در قوانین جزای شرعی مالزی به تحديد قلمرو قانون به مسلمانان نیز تأکید شده است؛ در این زمینه مقاد مواد ذیل درخور توجه است: ماده ۲ قانون ایالت صباح؛ ماده ۱ مصوبه ۲۰۰۱ و ماده ۳ از مصوبه ۱۹۹۱ ایالت ساراواک؛ ماده ۳ قانون ایالت کلانتان؛ ماده ۳ قانون ایالت کداح؛ ماده ۱ قانون ایالت تربنگانو؛ ماده ۱ قانون ایالت سلانگور؛ ماده ۳ قانون پرلیس؛ ماده ۱ قانون ایالت پاهانگ؛ ماده ۱ قانون ایالت پنانگ؛ ماده ۱ قانون ایالت پراک؛ ماده ۱ قانون ایالت جوهور؛ ماده ۱ قانون منطقه فدرال.



ضربه و یا ترکیب آنها تعیین نماید.

به اعتقاد برخی از حقوق‌دانان مالزیایی منظور از حقوق کیفری که در قانون اساسی اشاره شده، جرایم مندرج در قانون مجازات مصوب ۱۹۳۶ است؛ لذا سایر جرایم که در مقررات کیفری شرعی ایالتی تصویب شده، ولی در قانون مجازات وجود ندارد، خارج از شمول حقوق کیفری فدرال است و در محاکم شرع رسیدگی می‌شود. به نظر این حقوق‌دانان اگر قانون‌گذار فدرال جرایمی را در قانون مجازات وضع کند، هرچند جنبهٔ شرعی داشته باشد، در این صورت آنها در دادگاه‌های مدنی نسبت به کلیهٔ مالزیایی‌ها، اعم از مسلمان و غیرمسلمان، اعمال خواهد شد.<sup>۳۰</sup>

با توجه به آنچه گفته شد، به رغم بقای اعتبار قانون مجازات سال ۱۹۳۶ در این کشور دارای نظام کامن‌لا<sup>۳۱</sup>، قوانین کیفری مرتبط با شریعت اسلامی در ایالت‌های آن تصویب شده است. قانون کیفری شرعی ایالت کلان‌تان دارالنعمیم مصوب ۱۹۸۵، قانون کیفری شرعی ایالت کداح دارالامان مصوب ۱۹۸۸، مصوبهٔ جرایم کیفری شرعی شماره ۴۶ و مصوبهٔ شماره ۱۹۹۱ جرایم کیفری شرعی ۲۰۰۱ ایالت ساراواک، قانون شماره ۴ جرایم کیفری در شریعت ایالت پرلیس مصوب ۱۹۹۱، قانون شماره ۶ جرایم شرعی ایالت ملاکا مصوب ۱۹۹۱، مقررات کیفری شرعی ایالت نگری سمبیلان دارالخصوص مصوب ۱۹۹۲، قانون شماره ۳ جرایم شرعی ایالت پراک دارالرضوان مصوب ۱۹۹۲، قانون شماره ۳ در مورد جرایم کیفری شرعی ایالت صباح مصوب ۱۹۹۵، قانون شماره ۹ در مورد جرایم کیفری شرعی ایالت سلانگور دارالاحسان مصوب ۱۹۹۵، قانون شماره ۳ جرایم کیفری شرعی ایالت پینانگ مصوب ۱۹۹۶، قانون شماره ۴ جرایم کیفری شرعی ایالت جوهور دارالتعظیم مصوب ۱۹۹۷، قانون شماره ۷

30. Abdul Hamid Mohamad, *op. cit.*, p. 155.

۳۱. گفتنی است قانون آین دادرسی کیفری مالزی مصوب ۱۹۳۵ به رغم اصلاحات متعددی که بعد از استقلال از انگلیس در آن صورت گرفته است، در ماده ۵ همچنان میراث دوران استعماری را حفظ کرده و در موارد سکوت قانونی در امور شکلی، قانون دادرسی کیفری وقت انگلیس را تا حدی که تعارضی با کد دادرسی کیفری مالزیایی نداشته و در تکمیل آن مؤثر و قبل اجرا باشد، لازمالعایه اanstته است. متن ماده به این ترتیب است:

“As regards matters of criminal procedure for which no special provision has been made by this Code or by any other law for the time being in force the law relating to criminal procedure for the time being in force in England shall be applied so far as the same shall not conflict or be inconsistent with this Code and can be made auxiliary thereto”.

پیرامون جرایم کیفری شرعی (تعزیر) ایالت ترینگانو دارالایمان مصوب ۲۰۰۱ و قانون شماره ۱۱ جرایم کیفری شرعی ایالت پاهانگ دارالمعمور مصوب ۲۰۱۳ در همین راستا تصویب شده‌اند. همچنین در منطقه فدرال مالزی<sup>۳۳</sup> نیز قانونی به شماره ۵۵۹ با عنوان جرایم کیفری شرعی در سال ۱۹۹۷ تصویب شده که در این چارچوب قابل توجه است.

در مقررات مورد بحث جرایم تعزیری متعددی مورد حکم قرار گرفته‌اند، مانند جرم امتناع از اقامه نماز یومیه یا نماز جمعه، تحریک مسلمانان به بی‌توجهی به تکالیف شرعی، اظهار نظر برخلاف فتوای معتبر اسلامی، مصرف یا خرید و فروش مواد خوردنی و آشامیدنی یا دخانی جهت استفاده فوری در ایام روزه واجب ماه مبارک رمضان، نگهداری یا نمایش مجسمه موجود جاندار، ادامه زندگی مشترک با همسر غیرمسلمان از سوی کسی که به اسلام تغییر دین داده است، مقاربت جنسی غیرطبیعی با انسان یا حیوان، نمایش اندام‌های بدن از سوی زنان در اماکن عمومی، قماربازی، شرکت در مسابقه زیبایی، مدلينگ و نظایر آنها و تشبیه به جنس مخالف، تعیین کیفر شده است.

با وجود این در بررسی قوانین کیفری شرعی ایالتی نکته مهم آن است که برای جرایم حدی از کیفرهای غیرمنصوص اسلامی استفاده شده است؛ مانند احکامی که در خصوص مواردی مانند مصرف مسکرات<sup>۳۴</sup>، زنای با محارم<sup>۳۵</sup>، زنا<sup>۳۶</sup>، قذف<sup>۳۶</sup> و لواط<sup>۳۷</sup> آمده است. دلیل این امر را باید در شرایط محدود‌کننده قانون فدرال از جهت تعیین نوع و میزان مجازات دانست که مورد اشاره واقع شد.

<sup>۳۲</sup>. این ناحیه شامل سه ایالت کوالا‌لامپور، لاکران و پوتراجایا است.

<sup>۳۳</sup>. نظیر ماده ۷۸ مصوبه ناظر بر امور کیفری شرعی ایالت نگری سمیلان؛ ماده ۲۴ قانون پرلیس؛ ماده ۵۹ قانون ایالت پراک؛ ماده ۵۰ قانون ملاک؛ ماده ۱۹ قانون منطقه فدرال.

<sup>۳۴</sup>. مانند ماده ۷۸ قانون ایالت صباح؛ ماده ۱۷ مصوبه ۲۰۰۱ ایالت ساراواک؛ ماده ۱۰ قانون ایالت کداج؛ ماده ۲۲ قانون ایالت سلانگور؛ ماده ۱۰ قانون پرلیس؛ ماده ۲۰ قانون ایالت جوهور.

<sup>۳۵</sup>. مثل ماده ۱۱ قانون ایالت کلانتان؛ ماده ۱۱ قانون ایالت کداج؛ ماده ۲۵ قانون ایالت سلانگور؛ ماده ۲۰ مصوبه ناظر بر امور کیفری شرعی ایالت نگری سمیلان؛ ماده ۵۲ قانون ملاک.

<sup>۳۶</sup>. در این زمینه، ر.ک. مواد ۳۸ از مصوبه ۲۰۰۱ و ۲۹ از مصوبه ۱۹۹۱ ایالت ساراواک؛ ماده ۴۱ قانون ایالت پانگ؛ ماده ۵۲ قانون ایالت پراک؛ ماده ۴۱ قانون ایالت جوهور.

<sup>۳۷</sup>. نظیر ماده ۸۲ قانون ایالت صباح؛ ماده ۳۶ قانون ایالت کداج؛ ماده ۱۳ قانون ترینگانو؛ ماده ۱۳ قانون پرلیس؛ ماده ۲۵ قانون ایالت پانگ؛ ماده ۲۵ قانون منطقه فدرال.



از سال ۱۹۹۰ که نیک عبدالعزیز، روحانی مالزیایی دانش‌آموخته‌الازهر و از سرشناسان حزب اسلامی مالزی (پاس)، به ریاست ایالت کلانتان رسید، احیای نظام کیفری حدود در شمار نخستین اقداماتش قرار گرفت و در سال ۱۹۹۳ قانون کیفری شرعی ناظر بر حدود را به تصویب رساند. از طرف دیگر عبدالله‌ادی آونگ، از مؤسسان حزب اسلامی مالزی و از دانش‌آموختگان مدارس علمیه عربستان، توانست در دوره ریاست خود بر ایالت ترینگانو قانون جرایم کیفری شرعی حدود و قصاص را در سال ۲۰۰۲ در این ایالت به تصویب رساند. با وجود این، دولت فدرال با قوانین یادشده به دلیل تعارض با قوانین فدرال مخالفت نمود و لذا به مرحله اجرا در نیامد. حزب اسلامی مالزی (پاس) بعد از انتخابات سال ۲۰۱۳ مجدداً برای احیای مجازات منصوص شرعی در نظام حقوقی این کشور تلاش نمود تا با اصلاحات در قوانین فدرال موانع حقوقی آنها را از بین ببرد. این حزب پیشنهادی برای اصلاح قانون صلاحیت کیفری دادگاه‌های شرعی در سال ۲۰۱۶ به مجلس ارائه داد تا از این طریق زمینه اجرای حدود فراهم شود. این پیشنهاد هرچند با پشتونه حمایت مردمی همراه بوده است، اما با انتقادات متعددی بهویژه از سوی سکولارها، نمایندگان چینی تبار مجلس و برخی احزاب سیاسی روبرو شد. از این رو، اجرایی شدن دو قانون متناسب مجازات‌های معین شرعی در دو ایالت کلانتان و ترینگانو وابسته به تحولاتی است که در آینده سرنوشت موضوع را رقم بزند.<sup>۳۸</sup> با وجود این، جهت آشنازی با قوانین یادشده به نکاتی به‌طور اجمالی اشاره می‌شود.

طبق ماده ۴ قانون جرایم شرعی ۱۹۹۳ ایالت کلانتان و همچنین ماده ۳ قانون جرایم کیفری شرعی حدود و قصاص ایالت ترینگانو مصوب سال ۲۰۰۲، جرایم موضوع این قوانین بر سه دستهٔ جرایم موجب حد، قصاص و تعزیر تقسیم می‌شوند که مجازات‌های دو نوع نخست موافق احکام مندرج در قرآن کریم و سنت تعیین شده و در نوع سوم به صلاح‌دید قانون‌گذار ایالتی واگذار شده است. چنانچه شرایط لازم در جرایم مستوجب حد یا قصاص وجود نداشته باشد، تعزیر جایگزین آن مجازات‌ها خواهد شد. در مواد ۵ و ۴ به ترتیب از قوانین کلانتان و ترینگانو شش جرم موجب حد احصا شده است که عبارت‌اند از: شرب مسکر، قذف، زنا (و لوط نیز که با مجازاتی همانند زنا درنظر گرفته شده است)، سرقت، محاربه و ارتداد.

---

۳۸ برای ملاحظه تفصیل این مطلب، ر.ک. Faisal Bin Husen Ismail, and Jasni Bin Sulong, *op. cit*, p. 918.

جرائم مصرف مسکرات که به نوشیدنی‌ها محدود شده است، در ماده ۲۲ قانون کلاندان مستوجب چهل تا هشتاد ضربه شلاق و در ماده ۵ قانون ترینانگو، در مرتبه اول و دوم موجب حداقل چهل ضربه و در بار سوم چهل تا هشتاد ضربه و در مرتبه چهارم علاوه بر مجازات تازیانه بین چهل تا هشتاد ضربه، مرتکب به حبس به مدتی که دادگاه مناسب بداند محکوم می‌شود.

بزه قذف که در ایالت کلاندان عبارت از انتساب زنا، و در ترینانگو نسبت دادن زنا یا لواط به مسلمان محسن دارای عقل و بلوغ است، به نحوی که قاذف از اثبات آن عاجز باشد، به ترتیب در مواد ۱۸ و ۸ قوانین ایالت‌های یادشده مستوجب هشتاد ضربه شلاق و عدم پذیرش شهادت مرتکب تا زمان توبه وی است. در قوانین هر دو ایالت در ادامه جرم‌انگاری قذف، احکام لعان در انتساب زنا میان زوجین مورد توجه قرار گرفته است.

مجازات زنا در مواد ۱۳ قوانین هر دو ایالت حسب احصان یا عدم احصان مرتکب متفاوت است. مرتکب محسن سنگسار می‌شود تا بمیرد و مرتکب غیرمحسن به صد ضربه شلاق و نیز یک سال حبس محکوم خواهد شد. کیفر جرم لواط که ناظر بر وطی از دبر دیگری، اعم از مرد یا زن است، در مواد ۱۵ قوانین دو ایالت همانند مجازات زنا مقرر شده است.

جرائم سرقت نیز طبق ماده ۷ قانون ایالت کلاندان و ماده ۲۰ قانون ایالت ترینانگو در مرتبه اول ارتکاب، مستوجب قطع دست راست، و بار دوم قطع پای چپ است. در مرتبه سوم جهت ایجاد ندامت و توبه، مجرم برای مدتی به تشخیص دادگاه حبس می‌شود که البته این مدت در قانون کلاندان محدود است و نمی‌تواند از پانزده سال تجاوز کند. در مقررات این ایالت‌ها ثبوت حد سرقت منوط به اجتماع شرایطی چون رسیدن مال به نصاب معین، محرز بودن مال، داشتن ارزش شرعی مال، انتقامی موضوع تقاض از سوی سارق، داشتن دست چپ سالم و کارا است.

محاربه ناظر بر بردن اموال دیگران از طریق خشونت و اخافه است که در ماده ۲۲ قانون ایالت ترینانگو باید مسلحانه صورت پذیرد. مجازات این جرم در ماده ۲۳ قانون ایالت پیش‌گفته و ماده ۱۰ قانون کلاندان به صورت ترتیبی و مناسب با رفتار ارتکابی از میان کیفرهای اعدام، صلب، قطع عضو و حبس تعیین شده است.



ارتداد نیز انجام فعل یا بیان عبارتی از سوی یک مسلمان بالغ و عاقل است که در تغایر با ارکان اسلامی و معتقدات عموم مسلمانان باشد. مجازات مرتد بنا بر ماده ۲۳ قانون ایالت کلانتان و ماده ۲۶ قانون ایالت ترینانگو اعدام است، با وجود این، قبل از آن فرصت توبه به بزهکار داده می‌شود.

در بخش قصاص از دو قانون ایالتهای کلانتان و ترینانگو قتل به سه نوع، عمد، شبه‌عدم و خطا تقسیم شده است. مجازات این قتل‌ها به ترتیب قصاص نفس، دیه به علاوه حبس تعزیری حداکثر چهارده سال، دیه و حداکثر ده سال حبس تعزیری است. جنایات مادون نفس نیز موجب قصاص است و در صورت عدم اجرای قصاص به ارش و حبس تعزیری حکم داده می‌شود که میزان ارش و حبس یادشده مطابق پیوست‌های این قوانین با لحاظ نوع اقسام جنایات وارد و حسب شدت آن‌ها معین شده است.

#### ۱.۴. یمن

در گذشته جامعه یمن تحت حاکمیت احکام اسلامی بود. با تلاش عثمانی‌ها در جهت ترجمه قوانین غربی و لازم‌الاجرا دانستن آنها در سرزمین‌های تحت سیطره خود، یمن نیز متأثر از این واقعیت شد. این وضعیت دیری نپایید و با خروج عثمانی‌ها و قدرت گرفتن حکومت امامت زیدی، مقررات سابق منسوخ، و نظام حقوقی بر اساس آرای فقهای زیدی استوار شد. با پایان این حکومت در سال ۱۹۶۲ نهضت تقنین در یمن مورد توجه قرار گرفت.<sup>۳۹</sup>

اولین قوانین کیفری در معنای امروزین خود در یمن در سال ۱۹۶۳ تصویب شد. قانون شماره ۲۱ قواعد عمومی مجازات و قانون شماره ۲۲ پیرامون جرایم علیه آسایش عمومی در زمرة این قوانین هستند که برگرفته از قانون کیفری مصر است.<sup>۴۰</sup> در جمهوری عربی یمن (یمن شمالی) پس از سال ۱۹۶۲ علاوه بر قوانین یادشده مقررات متعدد دیگری وضع شد تا

۳۹. علی حسن جمال، *الجرائم المهدورة لعصمه الدماء في قانون الجرائم و العقوبات اليمني*، اطروحة للدكتوراه، (كوالالامبور: دانشگاه مالایا، ۲۰۰۹)، ص ۳۰.

۴۰. علی حسن الشرفي، *شرح الأحكام العامة للتشريع العقابي اليمني وفقاً لمشروع القانون الشعري للجرائم و العقوبات*، (قاهره: دارالمنار، ۱۹۹۳م)، ص ۱۰.

آنکه در سال ۱۹۷۵ به منظور ابتنای قانون بر شریعت اسلامی نهادی با عنوان هیئت علمی تقنین ایجاد شد که خروجی آن تهیهٔ پیش‌نویس قانون شرعی جرایم و مجازات‌ها بود.<sup>۴۱</sup> در جمهوری دمکراتیک خلق یمن (یمن جنوبی) که قانون مجازات سابق خود (قانون مصوب ۱۹۵۵) را از مجموعهٔ مقررات کیفری هند مصوب ۱۸۶۰ اقتباس نموده بود<sup>۴۲</sup>، با جایگزینی قانون مجازات ۱۹۷۶ به جای قانون ۱۹۶۸ با نگاه سوسیالیستی از قوانین کیفری جمهوری فدراتیو سوسیالیستی روسیه و جمهوری دموکراتیک آلمان (آلمان شرقی) الهام گرفت. تا آنکه در سال ۱۹۹۰ با اتحاد دو یمن قانون اساسی این کشور در سال ۱۹۹۱ تصویب شد. قانونی که در اصل دوم بر رسمیت دین اسلام تأکید داشت. اصل ۴۷ قانون موصوف بیان می‌دارد: «جرائم و مجازاتی بدون نص شرعی یا قانونی وجود ندارد». مطابق این اصل به صراحت و حتی مقدم بر قانون مدون، نصوص شرعی به عنوان مستند جرم‌انگاری معرفی شده‌اند. با وجود این، قانون‌گذار یمن در قانون جرایم و مجازات‌ها در سال ۱۹۹۴ به تدوین احکام کیفری شرعی در قالب قانون اقدام نمود، به نحوی که با مطالعه آن مشخص می‌شود که عملاً مورد چندانی برای مراجعة قضاط به شرع برای تعیین مجازات باقی نمی‌ماند.

در ماده ۱۱ این قانون، جرایم به دو نوع تقسیم شده‌اند: جرایم مستوجب حد و قصاص، و جرایم موجب تغییر. در این ماده جرایم حدی در هفت مورد احصا شده‌اند: بغي، ارتداد، محاربه، سرقت، زنا، قذف و شرب خمر. در ماده ۱۳ نیز جرایم موجب قصاص در دو قسم تفکیک شده‌اند: نخست جرم علیه نفس که به قتل می‌انجامد، و دوم جرم علیه مادون نفس که تمامیت جسمانی قربانی را مورد تعرض قرار داده، بدون آنکه به مرگ وی بینجامد. در مواد اخیر خصوصیت مشترک جرایم در ابتنای مجازات آنها بر نصوص شرعی توصیف شده و در مقابل جرایم تعزیری که وفق ماده ۱۴ کیفر آنها حسب قانون مورد بحث تعیین شده است. در کنار حد، قصاص و تعزیر، در ماده ۴۰ حکم دیه و ارش مشخص شده که مطابق آن دیهٔ عمد و شبه‌عدم، پنج میلیون و پانصد هزار ریال و دیهٔ خطایک میلیون و ششصد هزار ریال است. ارش جنایات مادون نفس نیز نسبتی از دیه بوده که در موارد عمد و شبه

.۴۱. علی حسن محمد جمال، پیشین، ص ۳۱.

.۴۲. محمود محمود مصطفی، پیشین، ص ۱۱.



عمد مطابق میزان مقرر در قانون و در موارد خطا، متناسب با جنایت ارتکابی معین می‌شود. ماده ۷۲ بر ضمان عاقله نسبت به دیه و ارش در موارد خطایی تصریح نموده است. در ماده ۱۲۴، ضمن تعریف بگی به خروج قهرآمیز بر دولت، مجازات آن را به احکام مقرر برای جرایم علیه امنیت دولت در ماده ۱۲۵ به بعد احاله داده است. در ماده ۲۵۹، ارتداد پس از سه روز فرصت بزهکار و سه مرتبه توبه دادن وی، مستوجب اعدام است. زنا طبق ماده ۲۶۳ به نزدیکی با جنس مخالف از طریق قبل اطلاق شده و موجب صد ضربه شلاق حدی است و دادگاه می‌تواند در کنار آن به حداقل یک سال حبس تعزیری حکم دهد. چنانچه مجرکب واجد شرایط احصان باشد سنگسار می‌شود تا بمیرد. مشابه همین مجازات برای جرم لواط در معنای نزدیکی از دبر با دیگری، اعم از زن یا مرد، در ماده ۲۶۴ معین شده است. مساقطه نیز مستند به ماده ۲۶۸ موجب حبس تا سه سال است که در صورت اکراه تا هفت سال قابل تشدید خواهد بود. در ماده ۲۸۳ برای شرب خمر از سوی مسلمان هشتاد ضربه تازیانه تعیین شده است. مشابه همین مجازات در مورد جرم قذف در ماده ۲۸۹ آمده است. حد سرقت نیز وفق ماده ۲۹۸ در مرحله نخست قطع دست راست، در بار دوم قطع پای چپ، و در مرتبه سوم تا پانزده سال حبس است. در ماده ۳۰۷ نیز برای محاربه متناسب با شدت جرم ارتکابی یکی از مجازات‌های حبس تا پنج سال، قطع دست راست و پای چپ، اعدام، اعدام و صلب مقرر شده است.

## ۲. مذهب فقهی معیار در حقوق موضوعه کشورهای مورد مطالعه

تدقيق در مقررات کیفری شرعی کشورهای مورد مطالعه نشان می‌دهد که مواضع آنها عمدهاً بر مبنای فقه شافعی بنیان نهاده شده است. مسئلهٔ یادشده نه تنها در حوزهٔ کیفری به‌طور خاص که در سطحی فراگیر در برخی از این نظام‌های حقوقی مد نظر قرار گرفته است.

قانون اساسی بروئی در اصل دوم تصریح نموده که موازین شرعی در چارچوب قرائت مذهب شافعی معتبر است. در اصل ۳ قانون یادشده نیز شورای مذهبی مرجع پاسخگویی به مسائل اسلامی سلطان بروئی که رئیس دینی جامعه بشمار می‌آید دانسته شده و البته تأکید نموده که ممکن است سلطان در امور اسلامی برخلاف نظر مشورتی این شورا به

وضع قانون بپردازد. در هر صورت، رویکرد قانون‌گذار اساسی در بروئی در عمل آثارش را در مقررات کیفری شرعی آن کشور بر جای نهاده به‌طوری که برخی ادعاهای نموده‌اند این قانون به‌طور کامل فقه شافعی را نمایندگی می‌کند<sup>۴۳</sup>، لکن تدقیق در مقررات آن نشان می‌دهد اطلاق این سخن پذیرفتی نیست.

در مالزی نیز در مورد مذهب حاکم در عرصه امور کیفری، ماده ۲ قانون جرایم کیفری شرعی مصوب ۲۰۰۱ ایالت کلانتان، ماده ۲ قانون جرایم کیفری شرعی ایالت پاهانگ و ماده ۲ قانون شماره ۵ اجرای حقوق اسلامی مصوب ۲۰۰۸ ایالت کداح، آن را در چارچوب مذهب شافعی تعریف کرده است؛ البته در مقررات یادشده با تشخیص مجلس، امکان رجوع به یکی از مذاهب حنفی، مالکی و حنبیلی نیز تجویز شده است.

باید گفت در مقررات اندونزی نیز از سال ۱۹۵۳ تعدادی از کتاب‌های معتبر در فقه شافعی به عنوان منابع مورد استناد دادگاه‌های شرع معرفی شدند که از آن زمان فقه شافعی به مذهب رسمی دولت تبدیل شد و در همین راستا، جایگاه فقه شافعی در قانون جنایات استان آچه مورد تصدیق حقوق‌دانان قرار گرفت<sup>۴۴</sup>؛ هرچند در مواردی مقررات آن به فقه سایر مذاهب نظری حنفی نیز نزدیک شده است، به‌گونه‌ای که موجب شد برخی در التزام این قانون به مذهب شافعی تشکیک نمایند<sup>۴۵</sup>.

مقررات کیفری یمن نیز مقتبس و مبتنی بر فقه شافعی است، با وجود این، به‌طور استثنای مواردی نیز مشاهده می‌شود که بر حسب مواضع سایر مذاهب فقهی به وضع حکم پرداخته شده است.

به منظور مشخص کردن مذهب فقهی معیار در قوانین کشورهای مورد مطالعه، پرداختن به احکام مختلفی که علاوه بر فقه شافعی، اغلب مذاهب اهل سنت بر آن اتفاق نظر دارند فراتر از میزانی است که بتوان در این نوشتار به آن پرداخت. لذا در ادامه صرفاً به چند نمونه از احکام کیفری اشاره می‌شود که فقه شافعی را از سایر فرقه‌ها تمیاز کرده و در مقررات نظامهای مورد مطالعه انکاس داشته است.

43. Aharis Mabruk, et al., "Hudud Conception in Islamic Criminal Canon of Aceh-Indonesia and Brunei Darussalam", *Kanun: Jurnal Ilmu Hukum*, Vol. 19, No. 1 (2017), p. 42.

44. *Ibid*, p. 36.

45. *Ibid*, pp. 30 & 40.



در زمینهٔ مجازات محارب، حنفیه و حنبله معتقدند اگر محارب تنها موجب ارعاب شود و مال کسی را نبرده و قتلی انجام نداده باشد، مجازات وی حد نفی بلد است تا زمانی که توبه کند.<sup>۴۶</sup> مالکیه نیز در این صورت به طور مطلق قائل به تخيیر میان مجازات‌های چهارگانه هستند.<sup>۴۷</sup> فقهای شافعی در این حالت قائل به حبس تعزیری هستند به مدتی که قاضی تشخیص دهد.<sup>۴۸</sup> موضع اخیر در ماده ۳۰۷ قانون یمن، مواد ۱۰ و ۲۳ به ترتیب از قوانین ایالتی کلانتان و ترینگانو پذیرفته شده است.

مجازات قتل عمد از نظر مذاهب حنفیه و مالکیه تنها قصاص است و جایگزینی آن با دیه مستلزم رضایت جانی است، اما شافعیه به تخيیر ولی دم میان قصاص و دیه معتقدند، هرچند قاتل تراضی ننماید.<sup>۴۹</sup> ماده ۲۳۴ قانون یمن و مواد ۲۸ و ۳۱ به ترتیب از قوانین ایالتی کلانتان و ترینگانو بر اساس فقه شافعی، دیه را به عنوان مجازات قتل عمد بدون اشتراط به رضایت جانی پذیرفتند.

در فقه شافعی زنا و لواط هر دو مشمول حد زنا هستند<sup>۵۰</sup>، این در حالی است که در مذاهب دیگر نظیر حنفیه نزدیکی از دبر حتی اگر با زن نامحرم صورت گرفته باشد، تحت عنوان لواط قرار می‌گیرد و موجب تعزیر است<sup>۵۱</sup>. در همین راستا، ماده ۸۲ قانون بروئی<sup>۵۲</sup>، مواد ۱۳<sup>۵۳</sup> و ۱۵<sup>۵۴</sup> از قوانین ایالت کلانتان و ترینگانو و ماده ۲۶۴ قانون یمن<sup>۵۵</sup>، ضابطهٔ فقه

۴۶. محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ۶ (رياض: دار عالم الكتب، ۱۴۲۳ق)، صص ۱۸۴-۱۸۵؛ عبدالله ابن قدامه مقدس، المغني، (بيروت: بيت الأفكار الدولية، ۲۰۰۴م)، ص ۲۲۷.

۴۷. أبي الوليد محمد ابن رشد فرقاطي، بدای المجتهد و نهایه المقتضى، ج ۲، (بيروت: دار المعرفة، ۱۴۰۲ق)، ص ۴۵۵.

۴۸. أبي اسحاق إبراهيم فیروزآبادی شیرازی، المنهب، ج ۳، (بيروت: دار الكتب العلمية، ۱۴۱۶ق)، ص ۳۶۶.

۴۹. عبدالرحمن جزيري، الفقه على المذاهب الاربعة و منهاج أهل السنت عليهم السلام، تكميلة سید محمد غروی و یاسر مازح، ج ۵، (بيروت: دار التلقين، ۱۴۱۹ق)، ص ۳۸۶.

۵۰. أبي اسحاق إبراهيم فیروزآبادی شیرازی، پیشین، ص ۳۳۹.

۵۱. محمد أمين ابن عابدين، پیشین، صص ۶ و ۲۸.

52. Any person who commits liwat is guilty of an offence and shall be liable on conviction to the same punishment as provided for the offence of zina.

53. (1) If the offender who commits adultery is a mohsan, the offender shall be punished by stoning, which is stoned until death with a medium size stones. (2) If the offender who commits adultery is a ghairu mohsan, the offender shall be punished with whipping of one hundred lashes and in addition shall be liable to imprisonment for one year.

54. Whoever commits liwat shall be punished with the same punishment prescribed for zina.

۵۵. «اللواط هو إتيان الإنسان من ذرمه، و يعاقب اللانط والملوط ذكرًا كان أو أنثى، بالجلد و مائه جلده إن كان غير محسن... و يعاقب بالرجم حتى الموت إن كان محسنًا».

شافعی را پذیرفته‌اند. شایان ذکر است قانون استان آچه در بند ۲۶ ماده ۱ هرچند همسو با فقه شافعی حکم زنا را اعم از نزدیکی از قبل و دبر با زن می‌داند، لکن برای لواط میان مردان از موازین شافعیه عدول نموده و همسو با حنفیه در ماده ۶۳ با مجازات تعزیری حکم داده است<sup>۵۶</sup> :

در مورد مجازات زنای غیرمحضنه، حنفیه تبعید بزهکار را اختیاری<sup>۵۷</sup>، و مالکیه تبعید را تنها شامل مرد زنکار می‌دانند<sup>۵۸</sup>، لکن شافعیه این مجازات را به طور الزامی هم برای مردان و هم زنان لازم انگاشته‌اند<sup>۵۹</sup>. موضع اخیر در ماده ۶۹ قانون بروئی و نیز مواد ۱۳ از قوانین ایالات کلاتنان و ترینگانو پذیرفته شده، لکن قانون یمن در ماده ۲۶۳ از موضع حنفیه تبعیت نموده است.

در خصوص ماهیت حد قذف و امکان گذشت در آن، حنفیه معتقدند جنبه حق‌اللهی در آن غالب است<sup>۶۰</sup>؛ از این رو، حد قابل گذشت نیست. مالکیه قائل به تفصیل شده، معتقدند تا پیش از اقامه دعوا غلبه با جنبه حق‌الناس است، ولی پس از آن، بعد حق‌الله در آن غالب می‌شود<sup>۶۱</sup>. موضع اخیر در ماده ۲۹۰ قانون یمن که تنها گذشت قبل از طرح شکایت نزد قاضی را مسقط حد می‌داند، پذیرفته شده است. اما شافعیه بر این اعتقادند که جنبه حق‌الناس در این حد غلبه دارد، از این رو با گذشت صاحب حق، حد ساقط خواهد شد<sup>۶۲</sup>؛ موضعی که در مواد ۹۹ قانون بروئی و نیز ۱۸ قانون ایالت کلاتنان پذیرفته شده، ولی مقررات ایالت ترینگانو و استان آچه در این زمینه سکوت کرده‌اند.

۵۶. Setiap Orang yang dengan sengaja melakukan Jarimah Liwath diancam dengan ‘Uqubat Ta’zir paling banyak 100 (seratus) kali cambuk atau denda paling banyak 1.000 (seribu) gram emas murni atau penjara paling lama 100 (seratus) bulan.

۵۷. علاءالدین کاشانی، *بانی الصنایع فی ترتیب الشرائع*، ج ۹، (بیروت: دارالکتب العلمیہ، ج ۲، ۱۴۲۴ق)، ص ۲۱۱.

۵۸. أبي الوليد محمد ابن رشد قسطنطیلی، پیشین، ص ۴۳۶.

۵۹. أبي اسحاق إبراهيم فیروزآبادی شیرازی، پیشین، ص ۳۳۶.

۶۰. علاءالدین کاشانی، پیشین، ص ۲۴۱.

۶۱. أبي الوليد محمد ابن رشد قسطنطیلی، پیشین، صص ۴۴۳-۴۴۲.

۶۲. أبو زکریا یحیی نووی، *روضۃ الطالبین و عمدۃ المفتین*، ج ۱۰، (بیروت: المکتب الإسلامی، ج ۳، ۱۴۱۲ق)، ص ۱۰۷.



### نتیجه

نظام کیفری اغلب کشورهای اسلامی بر بنیاد قوانین غربی پایه‌ریزی شده است. در این میان محدودی از این کشورها تلاش کرده‌اند که به سمت وضع قوانین کیفری بر اساس فقه اسلامی گام بردارند. چهار کشور با غلبه جمیعتی شافعی‌مذهب، یعنی اندونزی، بروئی، مالزی و یمن را باید در این بستر مدنظر قرار داد.

قانون گذاری کیفری بر اساس منابع اسلامی در کشورهای مورد مطالعه شکلی یکنواخت ندارد؛ به‌گونه‌ای که در بروئی و یمن مقررات یادشده دامنهٔ فراگیری داشته، به‌نحوی که تمام کشور را دربر می‌گیرد، اما در مالزی و اندونزی این مقررات منطقه‌ای بوده، در مالزی برخی ایالت‌ها مانند کلانتان و ترینگانو به شکلی گستردگر و بعضی به صورتی محدودتر در این زمینه به تغیین پرداخته‌اند. در اندونزی نیز تنها در قلمرو استان آچه چین نهضتی شکل گرفته است. در بعضی از کشورها مانند یمن تغیین دفعی بوده و تلاش شده است کلیه عرصه‌های حدود، تعزیرات، قصاص و دیات را دربر گیرد، و در بعضی نظیر استان آچه اندونزی مدلی تدریجی در این زمینه اتخاذ شده است؛ به شکلی که در مرحلهٔ نخست تعدادی از جرایم موجب حد و تعزیر را مورد حکم قرار داده‌اند، و بنا دارند در دو گام دیگر در آینده ابتدا جرایم موجب قصاص و دیه، و در ادامه سایر حدود از جمله سرقت و محاربه را نیز جامهٔ قانون بپوشانند.

بررسی قوانین کشورهای مورد مطالعه نشان می‌دهد مبنای اصلی در تغیین کیفری بر مقررات فقه شافعی بوده است، لکن در مواردی از مواضع سایر مذاهب اهل تسنن نیز بهره برده‌اند؛ هرچند در این خصوص برخی کشورها مانند بروئی و ایالت‌های مالزی پایین‌دی‌بیشتری بر فقه شافعی نسبت به یمن و استان آچه اندونزی داشته‌اند.



## منابع و مأخذ

### الف) عربي

#### - كتابها

١. ابن رشد قرطبي، أبي الوليد محمد، *بداية المجتهد ونهاية المقتضى*، ج ٢، (بيروت: دار المعرفة، ج ٦، ١٤٠٢ق).
٢. ابن عابدين، محمد أمين، *رد المحتار على الدر المختار*، ج ٤، (رياض: دار عالم الكتب، ١٤٢٣ق).
٣. ابن قدامة مقدسي، عبدالله، *المغني*، (بيروت: بيت الأفكار الدولية، ٢٠٠٤).
٤. أوهابيبيه، عبدالله، *شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام*، (بي: موفم للنشر، ٢٠٠٩).
٥. جزيري، عبدالرحمن، *الفقه على المذاهب الاربعة و مذهب أهل البيت عليهم السلام*، تكميلة سيد محمد غروي و ياسر مازح، ج ٥، (بيروت: دار التقليد، ج ١، ١٤١٩ق).
٦. حسن الشرفي، علي، *شرح الأحكام العامة للتفسير العقابي اليمني وفقاً لمشروع القانون الشرعي للجرائم والعقوبات*، (قاهرة: دار المنار، ١٩٩٣).
٧. عياد الحلبي، محمد على السالم، *شرح قانون العقوبات: القسم العام*، (عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٧).
٨. فيروزآبادي شيرازى، أبي اسحاق إبراهيم، *المهذب*، ج ٣، (بيروت: دار الكتب العلمية، ج ١، ١٤١٦ق).
٩. قصيري، فرج، *القانون الجنائي العام*، (تونس: مركز النشر الجامعي، ٢٠٠٦).
١٠. كاشاني، علاء الدين، *بدائل الصنائع في ترتيب الشرائع*، ج ٩، (بيروت: دار الكتب العلمية، ج ٢، ١٤٢٤ق).
١١. محمد جمال، علي حسن، *الجرائم المهدمة لعصمه الدماء في قانون الجرائم والعقوبات اليمني*، اطروحة للدكتوراه، (كوالالمبور: دانشگاه مالايا، ٢٠٠٩).
١٢. محمود مصطفى، محمود، *أصول قانون العقوبات في الدول العربية*، (قاهرة: دار النهضة العربية، ج ١، ١٩٧٠).
١٣. مصطفى محمد، أمين، *قانون العقوبات القسم العام: نظرية الجريمة*، (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ج ١، ٢٠١٠).
١٤. نووى، أبو زكريا يحيى، *روضه الطالبين و عمده المفتين*، ج ١٠، (بيروت: المكتب الإسلامي، ج



.۳، ۱۴۱۲ق).

۱۵. باووز الأقطوغانی، یونس وهبی، حركة التجديد في تقنين الفقه الإسلامي: مجلة الاحکام العدلية و قوانین ملاقاً الإسلامية كمثال تجربی، (بیروت: دار الكتب العلمیة، ج ۱، ۲۰۱۵).

#### - مقالات -

۱۶. رنجبر، رضا، وکیل زاده، رحیم، عالی ملک طالش، سلیمان، «رویکرد فازی در نظام شریعت»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر (فقه و حقوق اسلامی سابق)*، ش ۳ (۱۳۹۰).
۱۷. مناجه، محرض، «میادی الجنایات الإسلامية و تطبيقها في السياق الإندونيسي» *Journal of Indonesian Islam* سال هفتم، ش ۲ (۲۰۱۳).
۱۸. منیر، بدر، «القانون المعاصر و دوره في الحفاظ على المصطلحات العربية الفقهية في أندونيسيا: قانون الجنایات الإسلامي في آتشيه نمودجا»، *اللغة العربية ودورها في تطبيق الشريعة الإسلامية و تعمیمه الثقافة الإنسانية*، ش ۱۱ (۲۰۱۸).

#### (ب) انگلیسی

19. Ali Mohamed, Ashgar Ali, “Implementation of Hudud (or limits ordained by Allah for serious crimes) in Malaysia”, *International Journal of Humanities and Social Science*, Vol. 2, No. 3 (2012).
20. Cammack, Mark, “The Punishment of Islamic Sex Crimes in A Modern Legal System: The Islamic Qanun of Aceh, Indonesia”, *Southwestern Law Review*, vol. 45, Issue 3 (2016).
21. Ismail, Faisal Bin Husen and Sulong, Jasni Bin, “The Development and Obstacles in Applying the Islamic Criminal Law in the State of Kelantan, Malaysia”, *International Journal of Academic Research in Business and Social Sciences*, Vol. 8, No. 4 (2018).
22. Janin, Hunt and Kahlmeyer, André, *Islamic Law: The Sharia from Muhammad's Time to the Present*, (North Carolina: McFarland, 2015).
23. Mabruk, Aharis and Muhammad, Rusjdi Ali and Din, Mohd (2017), “Hudud Conception in Islamic Criminal Canon of Aceh-Indonesia and Brunei Darussalam”, *Kanun: Jurnal Ilmu Hukum*, Vol. 19, No. 1 (2017).
24. Marshall, H., “The Penal Code of the Somali Democratic Republic”, *the International and Comparative Law Quarterly*,

Vol. 21, No. 1 (1972).

25. Maxwell, Joseph Renner, “Modes of Legislation in the British Colonies: The Gambia”, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Vol. 1 (1897).
26. Mohamad, Abdul Hamid, “Implementation of Hudud in Brunei: Differences between Brunei and Malaysia”, *Islam and Civilisational Renewal*, Vol. 5, No. 2 (2014).
27. Phillips, Edward, “The Codification Enterprise: Principled Law Reform and the Indian Penal Code”, *Jersey and Guernsey Law Review*, Issue 2 (2017).
28. Rachman, Taufik, *Can the Indonesian criminal justice system be enhanced by replacing the mandatory prosecution system with a discretionary one, like that used in Australia?*, the degree of Doctor of Philosophy, Melbourne: Victoria University, (2016).

#### ج) منابع الکترونیک

29. “The Prospect of Alternative Sanctions in Indonesia, Muladi Universitas Diponegoro Semarang Indonesia”, (2017), Available at: <<https://aic.gov.au/sites/default/files/publications/proceedings/downloads/12-muladi.pdf>>. last visited on 7/19/ 2019.

#### د) قوانین

٣٠. قوانین کیفری شرعی ایالتی مالزی، قابل دسترس در: <<http://www.esyariah.gov.my/portal/page/portal/Portal%20E-Syariah%20BI/Portal%20E-Syariah%20Carian%20Bahan%20Rujukan/Portal%20E-Syariah%20Undang-Undang>>. last visited on 7/19/ 2019, (Malaysia).

٣١. قانون رقم ١٢ بشأن الجرائم و العقوبات (١٩٩٤) يمن: Available at: <[https://www.yemenic.info/db/laws\\_ye/detail.php?ID=11424](https://www.yemenic.info/db/laws_ye/detail.php?ID=11424)>. last visited on 4/29/ 2019.

32. The Syariah Penal Code Order (2013), Available at: <[http://www.agc.gov.bn/AGC%20Images/LAWS/Gazette\\_PDF/2013/EN/s069.pdf](http://www.agc.gov.bn/AGC%20Images/LAWS/Gazette_PDF/2013/EN/s069.pdf)>. last visited on 5/8/ 2019, (Brunei).
33. Qanun Aceh Nomor 6 Hukum Jinayat (2014), Available at: <



<https://dsi.acehprov.go.id/wp-content/uploads/2017/02/Qanun-Aceh-Nomor-6-Tahun-2014-Tentang-Hukum-Jinayat.pdf>.last visited on 8/31/ 2019, (Indonesia).



## راهکارهای امهال تسهیلات معوق بانکی؛ بررسی دستورالعمل نحوه امهال مطالبات مؤسسات اعتباری

تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۰/۰۳/۲۴

تاریخ دریافت: ۹۹/۰۸/۱۲

محمود باقری<sup>۱</sup>

غزاله صحرانورد<sup>۲</sup>

### چکیده

در راستای وظیفه واسطه‌گری بانک‌ها، سیستم بانکی با خطرهایی از منظر بازپرداخت به‌موقع تسهیلات پرداختی مواجه است که باید با تدبیر مناسب ساماندهی شود. برای مثال، چنانچه گیرنده تسهیلات قادر نباشد در سراسید اصل و سود تسهیلات اعطایی را پرداخت کند و درخواست امهال تسهیلات را داشته باشد، ضروری است شیوه‌های مناسبی امهال تسهیلات بانکی طراحی شود تا ضمن دفع شبهه ربا در تسهیلات عقود مبادله‌ای، رویه واحدی برای امهال تسهیلات عقود مشارکتی در سیستم بانکی اعمال شود. لذا نویسنده‌گان این نوشتار در جهت رفع خلاً تحقیقاتی، خواستار پاسخگویی به این سؤال اصلی هستند که آیا امهال تسهیلات معوق بانکی در قبالأخذ سود از جانب بانک‌ها صحیح است؟

فرضیه اصلی قابل اثبات این نوشتار بر این مسئله استوار است که با توجه به سیستم بانکداری اسلامی، به‌نظر می‌رسد تحلیل روش‌های امهال تسهیلات در قبال اعطای مهلت، نیازمند بررسی جدگانه در عقود مبادله‌ای و مشارکتی است. افزون بر این، با اینکه هدف از تصویب «دستورالعمل اجرایی نحوه امهال مطالبات مؤسسات اعتباری»، ساماندهی شرایط فعلی با توجه به نبود سازوکاری

۱. دانشیار دانشگاه تهران، ایران (نویسنده مسؤول)

۲. کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تهران، ایران



مدون و دقیق (که ابعاد شرعی، حقوقی و حسابداری امehاL مطالبات بانکها و مؤسسات اعتباری را به نحو مطلوب و مناسبی مد نظر قرار دهد) بوده است، لکن بهنظر می‌رسد انجام اصلاحاتی برای تطبیق آن با نظام حقوق بانکی ضروری می‌نماید. این تحقیق بر اساس روش کتابخانه‌ای و با تکیه بر مطالعه تطبیقی احکام حقوقی با مقررات فقهی بحث حاضر تهیه می‌شود. مطالب مقاله در دو بخش «مبانی اولیه و چالش‌ها» و «راهکارهای تسهیلات معوق بانکی، پاسخی به چالش‌های موجود» ارائه خواهد شد.

**واژگان کلیدی:** امehاL، تسهیلات بانکی، دستورالعمل، سود، عقود مبادله‌ای و مشارکتی.

## مقدمه

بانک‌ها از جمله مؤثرترین ایزار در اقتصاد کشورها هستند، به‌نحوی که نقش بسزایی در اجرای سیاست‌های پولی و مالی هر کشوری ایفا می‌کنند. وظایف متعدد بانک‌ها در دهه‌های اخیر از جمله افزایش سرعت و امنیت مبادلات و اعطای اعتبار، اهمیت این نهاد را چند برابر کرده است. بنابراین آن‌ها در زمرة سازمان‌هایی هستند که از حیث میزان مراودات مالی، تنوع فعالیت و ... همواره در معرض تهدیدات گوناگونی قرار دارند.

در مقام بیان نمونه‌ای از این تهدیدات و مضلalات، می‌توان به ناتوانی گیرندگان تسهیلات برای بازپرداخت و تسویه تسهیلات در سررسید مقرر اشاره کرد؛ به این معنا که بسیاری از گیرندگان تسهیلات در سررسید، امکان تسویه تسهیلات را ندارند و از بانک‌ها درخواست امehاL تسهیلات معوق را می‌نمایند. بانک‌ها نیز قاعداً برای تمدید مدت یا مهلت دادن به گیرنده تسهیلات تقاضای أخذ سود می‌کنند (که البته این امر در یک بانکداری متعارف با بانکداری اسلامی نظری و عملی تفاوت دارد). با توجه به اینکه آنچه مطرح شده، نحوه گذر از یک رابطه قراردادی دیگر است که امکان دارد تبعاتی از جهت تعیین سود، جریمه و غیره برای طرفین به همراه داشته باشد، این سؤال و ابهام شرعی و قانونی مطرح می‌شود که آیا امehاL تسهیلات در قبال أخذ سود صحیح است؟

در پاسخ به این پرسش و با عنایت به ابعاد حقوقی گسترده این موضوع، نظام حقوقی ما



با چالش‌ها و مسائل عمده‌ای مواجه است که امکان دارد زمینه تشتت آرا در رویه قضایی را نیز فراهم آورد. برای مثال در تسهیلات عقود مبادله‌ای، از قبیل مرابحه، فروش اقساطی، اجاره به شرط تملیک، جuale، سلف و استصناع، ذمّه گیرنده تسهیلات در قبال بانک بدھکار است و وقتی بدھکار در سررسید قادر به تسویه بدھی خود نیست، مهلت دادن به بدھکار در قبالأخذ سود شبھه ربا را تقویت می‌کند که از نظر قانونی جرم است. بنابراین اولین معضل در مورد امہال تسهیلات عقود مبادله‌ای شبھه ربا است که برای دوری از آن باید راهکار حقوقی و شرعی مناسب جهت اعطای مهلت پیش‌بینی شود. اما در تسهیلات مشارکتی، از جمله مشارکت مدنی، مضاربه، مزارعه و مساقات شبھه ربا مطرح نیست، لکن با مشکلات قانونی و شرعی دیگری روبرو هستیم؛ برای مثال، در مواردی که موضوع مشارکت مدنی احداث ساختمانی است که به‌اهتمام رسیده یا در تسهیلات مضاربه موضوع خرید کالاها انجام شده است، لکن به دلایل مختلف موضوع مشارکت به فروش نمی‌رود تا سود حاصله شناسایی و به نسبت آورده و توافق تقسیم شود و گیرنده تسهیلات تقاضای مهلت برای فروش موضوع مشارکت یا کالاهای مورد مضاربه را می‌نماید، آیا تمدید مهلت در قبال افزایش سود صحیح است؟ در صورت امہال قرارداد تسهیلات، اعم از مبادله‌ای یا مشارکتی، ضروری است وثایق تسهیلات به تبع امہال اصلاح شود؛ لذا در این زمینه نیز باید راهحل‌های قانونی اصلاح، و تکمیل وثیقه‌ها از جمله استناد تجاری و رهنی ارائه گردد.

بنابراین موضوعات محوری این نوشتار به شرح زیر است:

الف) روش‌های علمی و کاربردی نحوه امہال تسهیلات عقود مبادله‌ای بر اساس قواعد و مقررات قانونی و شرعی؛

ب) روش‌های علمی و کاربردی نحوه امہال تسهیلات عقود مشارکتی بر اساس قواعد و مقررات قانونی و شرعی؛

ج) روش‌های علمی و کاربردی نحوه اصلاح وثایق تسهیلات امہال شده بر اساس قوانین و مقررات قانونی.

از آنجایی که به تازگی دستورالعملی با عنوان «دستورالعمل اجرایی نحوه امہال مطالبات



مؤسسات اعتباری مصوب ۱۵ مرداد ۱۳۹۸ » به منظور نظاممند کردن نحوه امehال مطالبات مؤسسات اعتباری به تصویب شورای پول و اعتبار رسیده، شایسته است همسو با ارائه راهکارهای امehال تسهیلات، به تحلیل احکام حقوقی این دستورالعمل پرداخته شود.

شایسته است در ابتدا با طرح مقدمات و مبانی اولیه، به آشنایی و ایجاد شناختی عمیق با چالش حقوقی موجود در این زمینه کمک کنیم و سپس به مبحث راهکارهای امehال تسهیلات بانکی با تحلیل دستورالعمل اجرایی نحوه امehال مطالبات مؤسسات اعتباری پردازیم تا خواننده پس از شناخت ماهیت این نهاد، با آثار عملی بحث نیز آشنا شود.

## ۱. تعاریف و چالش‌ها

در این قسمت، به بیان مقدمات و چالش‌های حقوقی ضروری برای ورود به بحث امehال تسهیلات بانکی خواهیم پرداخت.

### ۱.۱. تعریف

امehال در لغت به معنای زمان دادن، فرصت دادن و معوق گذاشتن، و استمهال به معنای درخواست و مطالبه مهلت است.<sup>۳</sup>

امehال تسهیلات بانکی دارای دو معنای عام و خاص است؛ امehال به معنی عام، یعنی وضعیتی که پرونده به هر دلیل از طبقه معوقات خارج و به سرفصل جاری منتقل گردد و در این راستا امehال شامل تمام روش‌های موربدیت در این نوشتار می‌شود. لیکن امehال به معنی خاص، تغییر وضعیت پرونده و انتقال به سرفصل جاری صرفاً از طریق بقای عقد منشاء تسهیلات را شامل می‌شود و سایر روش‌های امehال (که در مباحث آتی خواهد آمد) را نمی‌توان امehال به معنای اخص نامید. در این مقاله، مراد از امehال، معنی اعم واژه است که مهم نظر و خواسته گیرنده تسهیلات است؛ بنابراین هر نوع عمل بانک را که به تغییر وضعیت پرونده وام‌گیرنده، از طبقه غیرجاری به جاری منتهی گردد، شامل می‌شود.

<sup>۳</sup>. علی‌اکبر، دهخدا، فرهنگ دهخدا،

<<https://www.vajehyab.com/dekhkoda/%D8%A7%D9%85%D9%87%D8%A7%D9%84>>



## ۱.۲. چرایی پیدایش و تمسک به نهاد امہال در تسهیلات بانکی

در اقتصادهایی با بازار مالی بانک محور، بانک‌ها نقش مؤثری در تسهیل رشد اقتصادی و بخش حقیقی ایفا می‌کنند.<sup>۴</sup> در این راستا، بازگرداندن و احیای منابع تخصیص یافته به چرخه مطالبات جاری یکی از مهم‌ترین وظایف نظام بانکی است؛ این درحالی است که انجام این وظیفه همیشه به‌آسانی میسر نخواهد بود، زیرا بسیاری از گیرنده‌گان تسهیلات به بازپرداخت تسهیلات اعطایی بانک در سراسریدهای مقرر موفق نمی‌شوند. در واقع، در سیستم بانکی به این مطالبات «غیر جاری» می‌گویند که در دسته‌بندی مطالبات سراسرید گذشته، معوق و مشکوک‌الوصول قرار می‌گیرند.<sup>۵</sup> در شکل گیری مطالبات غیرجاری عوامل بسیاری دخیل هستند که به‌طور کلی می‌توان آن‌ها را به دو دسته عوامل «درون‌سازمانی» و «برون‌سازمانی» تقسیم کرد.<sup>۶</sup> این معوقات برای هر دو گروه بانک‌ها و مشتریان متضمن تبعات منفی خواهد بود و در نتیجه، آنها را به سمت تمسک به نهاد امہال تسهیلات بانکی برای خلاصی از تبعات منفی زیر سوق خواهد داد:

### ۱.۲.۱. تبعات منفی افزایش مطالبات معوق بر بانک‌ها

معوقات بانکی از دو جهت برای بانک‌ها هزینه در برخواهد داشت، لذا سعی در وصول یا تعیین تکلیف هرچه سریع‌تر آن‌ها در قالب امہال و انتقال معوقه به سرفصل جاری دارند:

الف) معوقات منابع بانک‌ها را از گردش مالی خارج می‌کند و این برای بانک‌ها هزینه‌بر است. برای مثال، اگر وام‌گیرنده بدھی خود را در سراسرید پرداخت کند، بانک دوباره همان مبلغ را به شخصی دیگر به عنوان تسهیلات داده، به این وسیله سود دیگری کسب می‌کند. البته مطابق قرارداد تسهیلات، اگر گیرنده از پرداخت اقساط تأخیر نماید باید وجه التزامی

<sup>۴</sup>. فرهاد، نیلی؛ زهراء، خشنود؛ مهشید، شاهچراغ، «از زیبایی فضای کسب و کار بانکی با تأکید بر محیط قانونی و مقرراتی در ایران»، فصلنامه سیاست‌های مالی و اقتصادی، ش. ۱۰ (۱۳۹۴)، ص. ۳۴.

<sup>۵</sup>. احمد، شعبانی و عبدالحسین، جلالی، «دلایل گسترش مطالبات معوق در نظام بانکی ایران»، فصلنامه برنامه‌ریزی و بودجه، ش. ۴ (۱۳۹۰)، ص. ۱۵۷.

۶. برای مطالعه بیشتر، ر.ک. همان.



معادل سود تسهیلات به علاوه ۶ درصد خسارت تأخیر را پرداخت نماید.<sup>۷</sup> اگر گیرندگان تسهیلات نسبت به پرداخت وجه التزام اقدام نمایند، قاعده‌تاً بانک‌ها نباید متضرر شوند و در واقع، حتی ۶ درصد نیز بیشتر از سودی دریافت می‌کنند که با وام دادن همان مبلغ به کسی دیگر دریافت می‌کردند. ولی مشکل اینجاست که اکثر بدھکاران بانکی آن قدر تأخیر دارند که در نهایت، بانک مجبور می‌شود برای وصول اصل و سود اولیه، نه تنها ۶ درصد خسارت تأخیر را بپخشد، بلکه حتی اقدام به تعديل و کاهش نرخ تسهیلات بنماید. بنابراین عملاً معوقات منابع بانکی را از گردونه مصرف و گردش مالی خارج می‌کند و در بعضی موارد بانک را به ورطه ورشکستگی می‌کشاند.

(ب) هزینه سنگین دیگری که معوقات برای بانک‌ها دارد، «گرفتن ذخیره مطالبات» است که هرساله بخش عمدۀ ای از سود بانک را می‌بلعد. توضیح اینکه بانک‌ها موظف‌اند طبق دستورالعمل شماره ۲۸۲۳ مورخ ۵ اسفند ۱۳۸۵ بانک مرکزی، هرساله برای مطالبات خود یک ذخیره عمومی و یک ذخیره اختصاصی اخذ نمایند. فلسفه ذخیره این است که بر فرض اینکه مطالبات لاوصول بماند، وجود از محل ذخیره جبران گردد.<sup>۸</sup> ذخیره مطالبات در هر سال از سود حاصله کسر می‌شود و به همین دلیل، ذخیره مطالبات برای بانک‌ها و سهامداران مطلوب نیست. لذا هرچه مطالبات بانک‌ها کاهش یابد، ذخیره مطالبات به تبع آن کم و درنهایت به سود بانک در آن سال مالی افزوده خواهد شد و این به معنای کاهش هزینه‌ها و افزایش سودآوری بانک است.

## ۱.۲.۲. تبعات منفی تسهیلات معوق بر مشتریان

گیرنده تسهیلاتی که در پرداخت تسهیلات خود در سرسید تأخیر دارد و تأخیر بیش از دو ماه طول می‌کشد و مطالبات بانک به سرفصل طبقه غیرجاری (سرسید گذشت، معوق، مشکوک الوصول) منتقل می‌شود، بهموجب ماده ۱۱ «دستورالعمل اجرایی نحوه امهال

۷. فرشته، ملاکریمی خوزانی، «بررسی مبانی دریافت جرمۀ دیرکرد و خسارت تأخیر تأديه در نظام بانکی»، ویژه‌نامۀ بانکداری اسلامی، (۱۳۹۰)، ص ۵۲.

۸. محمدحسین، صفرازاده و ابراهیم، جعفری‌منش، «نقش کیفیت ذخیره‌هی مطالبات مشکوک‌الوصول بانک‌های ایرانی در مواجهه با بحران‌های سیستم بانکی»، بررسی‌های حسابداری و حسابرسی، دورۀ ۲۶، ش ۳ (۱۳۹۸)، ص ۴۳۶.



مطلوبات مؤسسات اعتباری» مشمول محرومیت‌های زیر می‌شود:<sup>۹</sup>

الف) محروم شدن از افتتاح حساب و دسته چک جدید؛

ب : محروم شدن از دریافت تسهیلات بانکی (ربالی و ارزی)؛

ج : محروم شدن از دریافت اعتبارات استنادی.

بنابراین متقاضی که معوقه بانکی دارد و از خدمات بانکی یادشده محروم است، برای برخورداری از خدمات بانکی جدید، چاره‌ای جز تسویه حساب یا تعیین تکلیف وضعیت معوقه بانکی ندارد و اگر توان مالی جهت تسویه یکجای بدھی خود را نداشته باشد، باید در قالب مقررات بانکی نسبت به امہال آن اقدام نماید تا معوقه به سرفصل جاری منتقل و متعاقب آن از خدمات بانکی بهره‌مند شود.

### ۱.۳. چالش‌های حقوقی مطرح در مسئله امہال تسهیلات بانکی

امروزه مسئله معوقات بانکی به یکی از مضلات و چالش‌های اصلی حوزه بانکداری تبدیل شده است، به طوری که برخی از سیاست‌های پولی و مالی در جهت اعطای تسهیلات با افزایش سیر صعودی این معوقات مورد بازنگری و اصلاح قرار گرفته است. بازگرداندن و احیای منابع تخصیص یافته به چرخه مطالبات جاری یکی از مهم‌ترین وظایف نظام بانکی است که اگر این مهم محقق نشود، تبعات سنگینی برای سیستم بانکداری ایجاد می‌نماید. البته اگرچه در دین مبین اسلام بر ضرورت وفا به عهد و پرداخت به موقع دین تأکید فراوان شده است<sup>۱۰</sup>، لکن برخی از مشتریان با توجه به شرایط اقتصادی موجود، برغم تمایل

۹. این ماده مقرر می‌دارد: « مؤسسه اعتباری موظف است در مورد مشتریان بدحسابی که مجموع بدھی غیرجاری آنها در تمام مؤسسات اعتباری بیش از پانزده درصد مانده بدھی (شامل اصل و سود تسهیلات) باشد تا تسویه تمام بدھی غیرجاری موارد زیر را اعمال نماید:

۱- دریافت وجه التزام تأخیر تأثیه دین، بهموجب قانون الحق دو تبصره به ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ریا؛ ۲- عدم اعطای هرگونه تسهیلات (اعم از ارزی و ربالی)؛ ۳- عدم گشایش اعتبارات استنادی به استثناء مواردی که مشتری معادل صد درصد مبلغ اعتبار گشایش شده را به عنوان پیش‌پرداخت تأمین نماید؛ ۴- عدم تحويل دسته چک و افتتاح حساب جدید».

۱۰. آیه ۲۸۲ سوره بقره: «ای کسانی که ایمان آورده‌اید! هر گاه برخی از شما (به وسیله قرض یا نسیه) به برخی دیگر بدهکار شدید که باید آن را تا وقتی معین بپردازید، آن را بنویسید... و از حساب و کیفر خدا، پروردگار خود، بترسید و به هنگام املاه چیزی از آن نکاهید».

به پرداخت بدھی‌های خویش، به دلایل غیرارادی قدرت بازپرداخت در سرسیدهای تعیین شده را ندارند و در صورت مساعدت بانک می‌توانند به شکل تدریجی بدھی خود را پرداخت کنند<sup>۱۱</sup>. لکن در این راستا، بانک‌ها برای انجام این عملیات و امهال تسهیلات معوق بانکی با مجموعه‌ای از چالش‌های حقوقی مواجه خواهند بود. از جمله مهم‌ترین چالش‌های پیش روی بانک در جهت امهال تسهیلات معوق بانکی، در پاسخ به این سؤال نهفته است که آیا بانک‌ها می‌توانند تسهیلات معوق را در قالب عقد نامعین (تابع ماده ۱۰ قانون مدنی) امهال کنند و در مقابل از مقاضی امهال سود دریافت دارند؟

لازم است برای پاسخ به پرسش پیش‌گفته، قائل به تفکیک در عقود مبادله‌ای و مشارکتی شویم:

در تسهیلات عقود مبادله‌ای (فروش اقساطی، اجاره به شرط تمیلک، مرابحه، سلف، جuale، استصناع و خرید دین) به محض انعقاد قرارداد تسهیلات، ذمہ گیرنده تسهیلات در مقابل بانک مشغول و وی بدھکار بانک خواهد بود (به عبارت دیگر، رابطه بانک با تسهیلات گیرنده رابطه‌ای دینی است) و وی متعهد است اقساط را در سرسیده بانک پرداخت کند. اگر در پرداخت بهموقع تأخیر نماید، متعهد است وجه التزام تأخیر را که معادل نرخ سود تسهیلات بهعلاءه ۶ درصد سالیانه آن است در حق بانک پرداخت نماید. حال اگر وام‌گیرنده به هر دلیل (اعم از ارادی و غیر ارادی) قادر به بازپرداخت بهموقع یک یا چند قسط از اقساط تسهیلات نباشد و از بانک تقاضا کند تا برای اقساط معوق به او مهلت دهد، درصورتی که بانک با امهال تسهیلات بدون اینکه بابت مهلت سود یا مبلغی اضافی أخذ کند موافقت نماید، از نظر شرعی فاقد ایراد است؛ لیکن در عمل ازانجا که بانک‌ها نماینده و وکیل سپرده‌گذاران هستند، حق ندارند وجوه متعلق به سپرده‌گذاران یا سهامداران را بدون سود به دیگری تسهیلات بدھند. لذا در راستای رفع مشکل یادشده و رعایت مصلحت و غبطه سپرده‌گذاران، چاره‌ای جز امهال تسهیلات معوق به انضمام دریافت سود در قبل مهلت اعطاشده ندارند؛ امری که از مصادیق ربا بوده، از جنبه شرعی حرام و از نظر قانونی

۱۱. مصطفی، السان و محمد، نوروزیان، «ماهیت فقهی- حقوقی استمهال معوقات بانکی»، پژوهشنامه میان‌رشته‌ای فقهی، ش ۱ (۱۳۹۱)، ص ۱۰۸.



جرائم است.<sup>۱۲</sup> توضیح آنکه هرگاه توافق طلبکار و بدهکار بر «افزایش مبلغ دین و بدهی در مقابل تمدید مهلت بازپرداخت» (ناشی از هر قراردادی اعم از قرض و غیر قرض) باشد، ربا تلقی می‌شود<sup>۱۳</sup>; برای مثال، اگر بانک و وام‌گیرنده در عقد فروش اقساطی یا سایر عقود مبادله‌ای توافق کنند، اقساط تسهیلات از ۲۴ ماه به ۳۶ ماه یابد و در عوض، سود یکساله تسهیلات به مبلغ بدهی اضافه شود، از مصاديق ربا خواهد بود.<sup>۱۴</sup> در همین خصوص، امام خمینی (ره) بیان داشته‌اند: «هر عدم جواز تاجیل ثمن حال، بلکه مطلق دین به زیادتر بحثی نیست؛ زیرا همانند زیادی در قرض ریاست و دلیل آن افزون بر صدق ربا، روایاتی است که در شأن نزول آیه‌ی احل الله البيع و حرم الربا رسیده و طبق آن‌ها آیه درباره‌ی زیادی مال در مقابل تأخیر در دین حال نازل شده و روایاتی که طبق آن امام باقر (ع) در تاجیل و تعجیل دین به آیه ربا تمسک می‌کنند».<sup>۱۵</sup> دلیل تحریم ربا، ظلم ستیزی و عدالت خواهی است تا از مصادره و استثمار اموال دیگران جلوگیری شود. این فلسفه‌ی تحریم ربا به وضوح در ماده ۱ قانون عملیات بانکی بدون ربا با عبارت «استقرار نظام پولی و اعتباری بر مبنای حق و عدل با ضوابط اسلامی...» تصریح شده و آزادی افراد را در انعقاد قراردادهای بانکی تقيید زده و آن را محدود به انعقاد صحیح معامله‌ی بانکی کرده است.<sup>۱۶</sup>

لذا ضروری می‌نماید برای امهال تسهیلات معوق بانکی، قالب‌هایی ارائه شود تا ضمن متابعت از خواست مقاضی (امهال تسهیلات معوق) و بانک (دریافت سود)، جنبه‌های حقوقی و شرعی مسئله نیز رعایت گردد.

امهال تسهیلات عقود مشارکتی (مشارکت مدنی، مضاربه، مزارعه، مساقات) وضعیت حاد تسهیلات عقود مبادله‌ای را ندارد، زیرا برخلاف تسهیلات مبادله‌ای، وام‌گیرنده در تسهیلات

۱۲. البته چنین دیدگاهی مطابق نظر مشهور حقوق دانان از مصاديق ربا محسوب شده و منوع است؛ لکن در کنار این نظر اکثریت، اقیتی قائل به صحیح بودن آخذ سود در برابر امهال تسهیلات بانکی با استناد به قاعدة «الاجل قسط من الثمن» می‌باشد.

۱۳. محمد، رسیدرضا، *تفسیر المثار*، ج ۳، (بیروت: دارالاحیاء التراث العربي، بی‌تا)، صص ۱۱۳ و ۱۱۴.

۱۴. وهاب، قلیچ، «۹ تصور اشتباہ درباره‌ی ربا».

<<https://mbri.ac.ir/Default.aspx?pagename=islamicbankingpages&id=272498&Language=1>>

۱۵. روح‌الله، خمینی، *تحریرالوسیله*، ج ۵، (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر اثار امام خمینی، ۱۳۷۹)، صص ۵۲۷-۵۲۹.

۱۶. مصطفی، حاجی پور و عیسی، صفیور سده‌ی، «بررسی سود در تسهیلات مشروط بانکی»، نشریه‌ی مطالعات حقوقی معاصر (فقه و حقوق اسلامی سابق) ش ۱۱ (۱۳۹۴)، ص ۱۱۳.

مشارکتی بدهکار بانک نیست، بلکه بانک و گیرنده تسهیلات شریک محسوب می‌شوند. به عبارت دیگر، رابطه بانک با سهم الشرکه در مشارکت مدنی و سرمایه نقدی در مضاربه، زمین در مزارعه و درخت در مساقات، رابطه عینی است. لذا مهلت دادن به شریک در ازای افزایش حصةٔ مشاع از سود، مشکل شرعی و حقوقی ندارد و تحقق ربا در این فرض با انتفای رابطه دینی منتفی است. در واقع، مطابق مقررات قانون مدنی، هریک از شرکا به نسبت سهم خود (آوردهٔ اولیه) در نفع و ضرر سهیم هستند<sup>۱۷</sup>؛ یعنی اصولاً نحوه تقسیم سود در شرکت مدنی بر اساس میزان مالکیت شرکا در مال مشاع است<sup>۱۸</sup>، مگر اینکه برخلاف آن با هم توافق کرده باشند<sup>۱۹</sup>. لکن در تسهیلات عقود مشارکتی با چالش دیگری رو به رو هستیم؛ با استناد به ظاهر مادهٔ ۹-۱ دستورالعمل نحوهٔ امهال مطالبات غیرجاری مؤسسات اعتباری، شرط امهال تسهیلات از طریق تمدید مدت این است که «موضوع عقد تا سرسید انجام نشده و به اتمام رسیده باشد». حال آیا در مواردی که موضوع مشارکت مدنی به اتمام رسیده، ولیکن به دلایل مختلف موضوع مشارکت به فروش نمی‌رود تا سود حاصلهٔ شناسایی و به نسبت آورده و توافق تقسیم شود و گیرندهٔ تسهیلات تقاضای مهلت برای فروش موضوع مشارکت یا کالاهای مورد مضاربه را می‌نماید، آیا تمدید مهلت در قبل افزایش سود صحیح است؟ پاسخ به این پرسش مستلزم تحلیل مواد دستورالعمل پیش‌گفته و تفسیر قصد مشترک طرفین قرارداد است که در ادامه خواهد آمد.

همچنین اصولاً به هنگام پرداخت تسهیلات، وثیقه‌هایی از جمله استناد تجاری (چک و سفته) سند رهنی (مال منقول یا غیرمنقول یا سهام) یا سپردهٔ نقدی و یا خصمانت اشخاص حقیقی یا حقوقی (ضامن) از گیرندهٔ اخذ می‌شود تا در صورت تأخیر یا عدم انجام تعهدات از

۱۷. ماده ۵۷۵ قانون مدنی

۱۸. سید محمد کاظمی، طباطبایی، عربه‌الوقت، ج ۵، (قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۰ق)، صص ۱۸۲ و ۱۸۳.

۱۹. اگرچه از ظاهر ماده ۵۷۵ قانون مدنی چنین استنباط می‌شود که شرط سود بیشتر بدون عمل، از مصاديق اکل مال به باطل است و صحیح نیست، لکن بهنظر می‌رسد مبنای سود اضافه، شرط و توافق قانونی و مشروع طرفین و شمول آیهٔ شریفه «تجاره عن تراض» است؛ لذا ظاهر ماده ناظر به مورد غالب است و ضرورتی ندارد سود زیادتر در مقابل کار اضافی باشد. در این زمینه، توجه به قصد مشترک طرفین نیز کارساز است. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، ر.ک. سید محمد‌مهدی، قبولی درافشان و سعید، محسنی، «تأملی فقهی- حقوقی بر ماده ۵۷۵ قانون مدنی»، مجلهٔ مطالعات اسلامی؛ فقه و اصول، دورهٔ ۴۳، ش ۸۷ (۱۳۹۰)، صص ۱۸۵-۲۱۶.

جانب وی، بانک از نظر قانونی بتواند به وسیله آنها به مراجع قانونی متول شود و حقوق خود را از محل آنها استیفا نماید. لذا ضروری است وثایق تسهیلات به تبع امہال، اصلاح گردد. چالشی که در اینجا مطرح می‌شود نحوه اصلاح وثایق و تضمین اخذشده از متقاضی به تبع امہال می‌باشد که لازم است در این زمینه نیز راه حل‌های قانونی اصلاح و تکمیل وثایق از جمله استناد تجاری و رهنی ارائه گردد.

## ۲. راهکارهای امہال تسهیلات معوق بانکی؛ پاسخی به چالش‌های موجود

لازم است یادآور شویم که امہال تسهیلات بانکی به طور کلی به دو روش «بقای قرارداد اولیه تسهیلات» و «تبديل قرارداد اولیه به قراردادی دیگر» انجام می‌پذیرد. بقای قرارداد اولیه در قالب «تقسیط» و «تمدید» صورت می‌گیرد و تبدیل قرارداد به شیوه «تجدید عقد اولیه» و «تبديل به عقود دیگر» میسر می‌شود. لکن در این راستا، ضروری است روش‌های امہال تسهیلات عقود مبادله‌ای و مشارکتی به صورت مجزا مورد بحث قرار گیرد؛ زیرا همان‌طور که بیان شد در عقود مبادله‌ای، گیرنده تسهیلات بدھکار بانک است (رابطه دینی)، ولی در عقود مشارکتی، وام‌گیرنده بدھکار بانک نیست، بلکه بانک و گیرنده تسهیلات شریک محسوب می‌شوند. رابطه بانک با سهم الشرکه در مشارکت مدنی و سرمایه نقدي در مضاربه و زمین در مزارعه و درخت در مساقات، رابطه عینی است. حال اگر گیرنده تسهیلات قادر به پرداخت اقساط تسهیلات در عقود مبادله‌ای یا اصل و سود در سرسید در عقود مشارکتی نباشد و از بانک تقاضای مهلت نماید، اصولاً بانک‌ها نمی‌توانند با دریافت سود با تقاضای تمدید مهلت موافقت کنند، چراکه افزایش مبلغ دین برای تمدید مهلت از مصادیق بارز ربا محسوب می‌شود. اما این ابهام در عقود مشارکتی کمتر جلب توجه می‌کند، زیرا گیرنده تسهیلات بدھکار بانک نیست و مهلت دادن به وی از مصادیق ربا نخواهد بود؛ لیکن ضروری می‌نماید که با ارائه راهکارهایی یکسان جهت امہال تسهیلات عقود مشارکتی، رویه‌ای واحد در این خصوص در سیستم بانکی کشور ایجاد شود.

با ذکر عمومات بحث موردنظر، به معرفی روش‌های امہال معوقات بانکی به طور کلی خواهیم پرداخت. در این راستا و بنابر تفاوت‌های یادشده در قسمت قبل در خصوص رابطه حقوقی بانک و گیرنده تسهیلات در عقود مبادله‌ای و مشارکتی، در این قسمت راهکارهای

امهال تسهیلات معوق بانکی به تفکیک در این دو دسته از عقود بیان می‌شود. همچنین روش‌های مشترک بین هر دو گروه نیز ارائه خواهد شد.

## ۲. روش‌های امهال تسهیلات عقود مبادله‌ای

تسهیلات عقود مبادله‌ای را در سیستم بانکی می‌توان به یکی از روش‌های زیر امهال نمود:

### ۲.۱. بقای عقد و پرداخت اقساط معوق (تقسیط مجدد)

در این روش، عقد منشأ تسهیلات با تمام شرایط و وثایق به قوت خود باقی است و قسمتی از مبلغ قرارداد که «سررسید گذشته» یا «معوق» است، تسویه و بروزرسانی می‌شود. به عبارت دیگر، بدھکار می‌تواند اقساط معوق را با توافق با بانک به صورت یکجا یا اقساطی پرداخت و تسهیلات را بروزرسانی نماید و اقساط آتی را نیز در سررسید خود پردازد. برای دستیابی به این مهم چند روش قابل تصور است:

(الف) گیرنده تسهیلات همه اقساط معوق را یکجا پرداخته، پرونده به سرفصل جاری منتقل شود. شاید در ابتدا این‌گونه به نظر برسد که این روش، امهال به معنای خاص کلمه نبوده، در آن مهلتی جهت بازپرداخت اقساط معوق اعطای نمی‌شود، لکن باید توجه داشت که به تأخیر درپرداخت هر قسط تا ۱۸ ماه، صرفاً وجه التزامی معادل نرخ تسهیلات به علاوه ۶ درصد تعلق می‌گیرد، ولی بعد از ۱۸ ماه و انتقال تسهیلات به «طبقه مشکوک الوصول»، همه اقساط آینده نیز دین حال محسوب می‌شود و وجه التزام به تمام مانده بدھی تعلق می‌گیرد و بانک می‌تواند وثایق را به نسبت کل بدھی پیگیری حقوقی نماید. بنابراین با توجه به مراتب یادشده، درصورتی که بدھکار بدھی خود ناشی از اقساط معوق را به صورت یکجا پرداخت کند، می‌تواند اقساط آتی را در سررسیدهای مقرر پردازد (در اصطلاح بانکی گفته می‌شود اقساط معوق بروزرسانی شده) و بانک مانده تسهیلات را از سرفصل معوق به سرفصل جاری منتقل می‌نماید. لذا در رویه بانکی این روش نیز به عنوان روش امهال تسهیلات معوق به کار گرفته می‌شود.

(ب) اقساط معوق در قالب قرض الحسنه تسویه و پرونده به سرفصل جاری منتقل شود.



در مواردی که وام‌گیرنده توان بازپرداخت یکجای اقساط معوق را ندارد، بانک با درخواست تسهیلات‌گیرنده به ایجاد پروندهٔ تسهیلات قرض‌الحسنه جدید اقدام، اقساط معوق را از محل تسهیلات جدید تسویه، و مانده بدھی را به سرفصل طبقهٔ جاری منتقل می‌کند، به عبارت دیگر، تسهیلات سابق، تسویه و تسهیلات جدیدی با نرخ و شرایط جدید در قالب قرض‌الحسنه ایجاد می‌شود که وثائق تسهیلات سابق به عنوان وثیقهٔ تسهیلات جدید در نظر گرفته می‌شود و شرایط بازپرداخت تسهیلات جدید مطابق شرایط مقرر میان تسهیلات‌گیرنده و بانک است. لذا در صورتی که وام‌گیرنده توان تسویه یکجای اقساط معوق را نداشته باشد، می‌تواند بدھی خود را به صورت اقساطی و در قالب تشکیل پروندهٔ قرض‌الحسنه پرداخت کند.

ج) کل اقساط معوق به‌طور مساوی به اقساط مانده اضافه شود و پروندهٔ سرفصل جاری منتقل گردد.

د) کل اقساط معوق با اقساط مانده جمع و بدونأخذ سود تقسیط شود، به‌طوری که تعداد اقساط بیشتر از تعداد اقساط مانده باشد و پروندهٔ سرفصل جاری منتقل شود.

در این نوع امہال، ازانجایی که هیچ تغییری در رابطه حقوقی بین بانک و گیرندهٔ تسهیلات حاصل نمی‌شود، قاعده‌تاً نیاز به تغییر و اصلاح وثائقأخذشده نیست؛ لیکن در مورد اسناد تجاری (چک و سفته) ازانجایی که برگشت آنها آثار حقوقی مترتب است و در صورت عدم اقدام در مواعده معین، حقوق دارنده آنها مشمول مرور زمان می‌شود. اگر چک یا سفته برگشت خورده است، باید چک و سفته جدید اخذ و چک و سفته برگشت خورده به صادرکننده مسترد شود.

این روش در دستورالعمل نحوهٔ امہال مطالبات مؤسسات اعتباری تحت عنوان تقسیط بیان شده است. طبق مادهٔ ۸-۱ دستورالعمل، تقسیط مجدد عبارت است از «وصول مطالبات مؤسسهٔ اعتباری از مشتری در قالب اقساط مشخص جدید در ادامهٔ قرارداد فعلی». البته در مادهٔ ۱۲ دستورالعمل، در جهت بیان امہال تسهیلات عقود مبادله‌ای به روش تقسیط مجدد، صرفاً روش‌های بند «ج» و «د» پیش‌بینی شده است، شاید روش بند «الف» و «ب» به



دلیل وضوح بیان نشده، لیکن شایسته بود برای تکمیل دستورالعمل بر دو روش «الف» و «ب» نیز تصویر می‌شد.

## ۲.۱.۲.أخذ وجه التزام و عدم اقدام حقوقی

در این روش، بانک و گیرنده تسهیلات توافق می‌کنند که بانک تا یک سال اقدام قضایی نکند و وثایق را به‌اجرا نگذارد و در مقابل، گیرنده وام وجه التزام اقساط عموق یا حال شده خود را در حق بانک پرداخت نماید. در این روش، نرخ تسهیلات همان نرخ قبلی و مدت تسهیلات معادل مانده اقساط آتی (یا در صورت توافق طرفین مدت بیشتری) خواهد بود. شایان توجه است در این موضوع با استناد به مقررات حقوقی امکان تعیین وجه التزام بالاتر از نرخ تورم وجود ندارد و رأی وحدت رویه ۷۹۴ مورخ ۲۱ مرداد ۱۳۹۹ دیوان عالی کشور مبنی بر اینکه قراردادهای بانکی تحت تأثیر قواعد آمره و مبانی حقوق عمومی هستند نیز مؤید همین نظر است. بنابراین اگرچه دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه ۸۰۵ مورخ ۱۶ دی ۱۳۹۹ اعلام می‌دارد: «...مبلغ وجه التزام تعیین شده در قرارداد، حتی اگر بیشتر از شاخص قیمت‌های اعلامی رسمی (نرخ تورم) باشد، درصورتی که مغایرتی با قوانین و مقررات امری از جمله مقررات پولی نداشته باشد، معتبر و فاقد اشکال قانونی است»، لکن به‌نظر می‌رسد با استناد به قسمت اخیر این رأی، بانک‌ها مشمول قواعد آمره پولی بوده، از شمول این رأی خارج‌اند.

با عنایت به اینکه در این نوع امehاL، عقد منشأ تسهیلات، با تمام آثار و وثایق، به قوت و اعتبار خود باقی می‌ماند، نیازی به اصلاح یا تغییر وثایق تسهیلات نیست؛ مگر استثنای یادشده در مورد اسناد تجاری.

به این روش عیناً در ماده ۱۱ دستورالعمل اشاره شده است.<sup>۲۰</sup>

۲۰. این ماده مقرر می‌دارد: «موافقت مؤسسه اعتباری با درخواست مشتری مبنی بر صرفنظر کردن از اقدامات اجرایی و حقوقی جهت وصول مطالبات خود برای دوره مشخص (حداکثر برای یک سال) با رعایت کلیه مفاد قرارداد از جمله تعلق وجه التزام تأخیر تأییده دین برای دوره مزبور بالامانع است».



## ۲.۱.۳. اقاله عقد منشأ تسهیلات

امهال تسهیلات عقود مبادله‌ای به روش اقاله به این معناست که طرفین در جهت امهال تسهیلات، عقد اولی را اقاله (عوضین به مالک قبلی بازمی‌گردد) و همان موضوع معامله را مجدداً در قالب عقد اولی (تجدید عقد) یا عقود دیگر (تبديل عقد) به گیرنده واگذار کنند<sup>۱</sup>؛ برای نمونه، ۱۰۰ میلیون تومان در قالب فروش اقساطی با نرخ ۱۸ درصد و ۶۰ ماهه با عنوان تسهیلات به شخصی داده شده است<sup>۲</sup>. حال اگر گیرنده تسهیلات مثلاً ۱۲ فقره قسط را نپرداخته باشد و از بانک تقاضای امهال کند، فروشنده (بانک) و خریدار (وام‌گیرنده) باهم توافق می‌کنند که عقد فروش اقساطی را اقاله نمایند. پس از اقاله، موضوع قرارداد مجدداً به ملکیت بانک و مبالغ اقساطی پرداختی به ملکیت وام‌گیرنده بازمی‌گردد و چون بانک مالک موضوع قرارداد می‌شود، می‌تواند آن را مجدداً به وام‌گیرنده با همان عقد یعنی منشأ تسهیلات (تجدید عقد) یا سایر عقود بانکی (تبديل عقد) با ثمن جدید که معادل اصل و سود تسهیلات قبلی است، واگذار کند و مبالغ و اقساط پرداختی وام‌گیرنده را بابت قسمتی از ثمن جدید محاسبه نماید. در این صورت، هم بانک به مقصود خود که امهال همراه باأخذ سود است، رسیده (لکل اجل قسط من الشمن) و هم مشکل شرعی ربوی بودن معامله مرتفع شده است.

با انحلال قرارداد، تسهیلات و به تبع آن، وثائق ازبین‌رفته آزاد می‌شوند و باید برای تسهیلات جدید وثیقه‌های جدید نیزأخذ شود.

تجدید عقد در ماده ۱۰-۱ و تبدیل عقد در ماده ۱۱-۱ دستورالعمل ذکر شده است؛ با این تفاوت که به موجب مواد ۱۹ و ۲۰ این دستورالعمل، شرط اساسی امکان اقاله عقد،

۲۱. خاتمه قرارداد با انقضای مدت در عقود مبادله‌ای (تملیکی) مصدق ندارد، زیرا خاتمه با انقضای مدت خاص عقود إذنی است. همچنین در فرمتهای قرارداد تسهیلات ابلاغی بانک مرکزی، فسخ پیش‌بینی شده است؛ زیرا مثلاً در فروش اقساطی بانک به اعتبار درخواست مشتری، کالا یا خدمت را خریده، به مشتری واگذار می‌کند و اگر فسخ درآن پیش‌بینی می‌شد، پس از فسخ قرارداد تسهیلات، مبلغ به ملکیت مشتری و کالاها و خدمات به بانک درمی‌آید و این برخلاف هدف و وظیفه اصلی بانک‌ها است.

۲۲. تسهیلات فروش اقساطی به این معنی است که بانک مبلغ ۱۰۰ میلیون تومان را در اختیار متقاضی قرار داده، به او وکالت می‌دهد که بدؤاً موضوع موردنظر را به نام بانک با بيع نقد خریداری کند و سپس به وکالت از بانک به خود به صورت اقساطی بفروشد.

موجودیت عین مال بیان شده و در صورتی که عین مال تلف واقعی یا حکمی شده باشد، امکان اقاله عقد وجود ندارد. در واقع، مطابق قانون مدنی، هر قراردادی با توافق طرفین عقد قابل اقاله است؛ حتی اگر موضوع عقد تلف حکمی یا واقعی شده باشد. لذا در اثر اقاله اگر موضوع معامله در ید خریدار موجود باشد، به ملکیت فروشنده و ثمن به ملکیت خریدار بر می‌گردد و اگر موضوع معامله تلف (حکمی یا واقعی) شده باشد، در صورتی که موضوع معامله مثلی باشد، مثل و اگر قیمتی باشد، قیمت آن به ملکیت فروشنده در می‌آید.<sup>۲۳</sup> اما قانون‌گذار در دستورالعمل ابلاغی، اقاله قرارداد تسهیلات مبادله‌ای را زمانی ممکن دانسته که عین مورد معامله در عقود فروش اقساطی، اجاره به شرط تملیک، مرابحه و استصناع وجود داشته باشد و در عقود مرابحه خدماتی و جماله، موضوع خدمت به پایان نرسیده باشد. بنابراین اگر در عقود مبادله‌ای یادشده مورد معامله تلف (حکمی یا واقعی) یا انجام شده باشد، امکان امهال از طریق تجدید عقد وجود ندارد.<sup>۲۴</sup> به نظر می‌رسد از نظر عملی تمسک به روش مطرح شده در قانون مدنی جهت اقاله عقد، ولو زمانی که موضوع عقد تلف حکمی یا واقعی شده باشد، مناسب‌تر است؛ زیرا در صورتی که با استناد به دستورالعمل، اقاله تسهیلاتی را که موضوع عقد در آن‌ها تلف شده است امکان‌پذیر ندانیم، عملاً در امهال برخی تسهیلات به بن‌بست خواهیم خورد و تسهیلات‌گیرندگان را بدون توجیه حقوقی از این روش امهال منع خواهیم کرد؛ در صورتی که این مسئله با موازین کلی حقوقی مخالفتی ندارد. لذا رویکرد دستورالعمل در این موضوع قابل انتقاد بوده، نیاز به اصلاح دارد.

## ۲. روش‌های امهال تسهیلات عقود مشارکتی

امهال تسهیلات عقود مشارکتی به‌ویژه مشارکت مدنی و مضاربه به یکی از روش‌های زیر صورت می‌گیرد:

۲۳. ماده ۲۸۶ قانون مدنی

۲۴. ماده ۱۹-۱۹-۱۹ مطالبات ناشی از تسهیلات اعطایی در قالب عقود فروش اقساطی، اجاره به شرط تملیک، مرابحه (کالایی) و استصناع با استفاده از تجدید قرارداد در صورتی مجاز است که عین مال/کالای موضوع قرارداد موجود بوده و حصول انتفاع از اموال و کالا در آینده ممکن باشد.

ماده ۲۰-۱۹ مطالبات ناشی از تسهیلات اعطایی در قالب عقود جماله و مرابحه (خدماتی) با استفاده از تجدید قرارداد در صورتی مجاز است که انجام خدمت موضوع قرارداد به اتمام نرسیده و به تشخیص مؤسسه اعتباری بخش قابل توجهی از آن باقی مانده باشد.



## ۲.۲. تمدید مدت

از منظر رویه بانکی، امہال تسهیلات مشارکتی در قالب تمدید مدت به این معناست که عقد منشأ پرداخت تسهیلات با تمام ارکان و شرایط خود باقی است و صرفاً مدت عقد افزایش می‌یابد.<sup>۲۵</sup> البته طبق ماده ۱۵ دستورالعمل در تمدید عقود مشارکتی، علاوه بر افزایش مدت می‌توان میزان سهم الشرکه و نسبت سود و زیان را تغییر داد<sup>۲۶</sup> و به این وسیله قانونگذار رفع ابهام نموده است که در تمدید مدت صرفاً مدت قرارداد قبل افزایش نیست، بلکه امکان تغییر در سایر ارکان عقد نیز وجود دارد.

با توجه به افزایش مدت تسهیلات، اگر وثیقه به صورت سند رهنی است، باید متمم سند رهنی تنظیم شود و همچنین چک و سفته سابق مسترد گردد و اسناد تجاری جدید مطابق با مهلت اعطائشده دریافت شود.

روش امہال تسهیلات عقود مشارکتی در قالب تمدید عقد در ماده ۹-۱ دستورالعمل نامبرده آمده است. به صراحت این ماده شرط اعمال روش یادشده این است که «موضوع عقد تا سرسید انجام نشده و بهاتمام نرسیده باشد». بنابراین با توجه به ظاهر ماده باید قائل باشیم که اگر موضوع عقود مشارکتی در زمان قرارداد خاتمه یافته باشد، ولی به دلایل مختلف امکان فروش مال مشاع نبوده تا پس از فروش سود و زیان تقسیم شود، امکان تمدید عقد هم وجود نخواهد داشت. این امر با ایجاد محدودیت برای بانک‌ها در اعمال روش تمدید مدت، قابل انتقاد بهنظر می‌رسد و بانک‌ها را در این موارد با چالش جهت امہال تسهیلات مواجه می‌کند. لذا با تحلیلی موسع می‌توان از این چالش عبور کرد. در واقع، می‌توان گفت موضوع مشارکت مدنی یا مضاربه، «تولید و فروش» بوده و تا زمانی که فروش محقق نشده باشد، گویی که موضوع قرارداد خاتمه نیافته است؛ بهویژه در مضاربه این گونه است که عامل باید با سرمایه نقدی بانک کالا بخرد و بفروشد و پس از فروش سود بانک را بپردازد.

۲۵. طبق ماده ۱۵ دستورالعمل نحوه امہال مطالبات مؤسسات اعتباری، در تمدید عقود مشارکتی علاوه بر افزایش مدت می‌توان میزان سهم الشرکه و نسبت سود و زیان را تغییر داد.

۲۶. ماده ۱۵- در تمدید قرارداد مشارکت مدنی، مؤسسه اعتباری و مشتری می‌توانند درخصوص مفاد دیگر قرارداد از جمله میزان سهم الشرکه پرداختی، نسبت تقسیم سود و وثایق مأخوذه توافقات جدیدی نمایند.

## ۲.۲. تجدید عقد

در روش امہال تسهیلات عقود مشارکتی به روش تجدید عقد با اقاله یا فسخ یا خاتمه قرارداد سابق، قرارداد جدیدی از همان نوع و بر روی همان موضوع منعقد می‌شود که علاوه بر تغییر رکن مدت، سهم الشرکه بانک نیز افزایش می‌یابد؛ یعنی سود سال قبل محاسبه و به اصل تسهیلات اضافه می‌شود و اصل و سود تسهیلات یک‌ساله به عنوان سهم الشرکه بانک در سال بعد درنظر گرفته می‌شود و به این وسیله سود سال آینده به مجموع اصل و سود تسهیلات قبل تعلق می‌گیرد. در حالی که اگر صرفاً مدت اضافه می‌شد، سود سال بعد به اصل مبلغ تسهیلات پرداختی تعلق می‌گرفت. در این صورت با انعقاد قرارداد جدید از همان نوع، دو رکن عقد قبلی تغییر می‌کنند: (الف) مدت عقد؛ (ب) سهم الشرکه و آورده طرفین. برای مثال، چنانچه مبلغ ۱۰۰ میلیون تومان با نرخ ۱۸ درصد و در قالب مشارکت مدنی به مدت ۱۲ ماه پرداخت شده باشد و گیرنده تسهیلات در سرسید قادر به استرداد اصل و سود مشارکت نباشد و درخواست مهلت نماید، بانک می‌تواند دو رکن مدت و سهم الشرکه را افزایش دهد؛ و از آنجایی که محاسبه سود تسهیلات در عقود مشارکتی با روش

مدت تسهیلات \* تاریخ تسهیلات \* مبلغ تسهیلات  
انجام می‌پذیرد، با افزایش دو رکن پیش‌گفته سود

۱۲۰۰

بیشتری نصیب بانک می‌شود.

البته شایان ذکر است که اعمال روش تجدید عقد در عقد مضاربه امکان‌پذیر نیست، زیرا اولاً در سرسید تسهیلات، عامل نتوانسته با سرمایه موردنظر به تجارت بپردازد و کالاهای خریداری شده را به فروش برساند و پس از خاتمه قرارداد، کالاهای موضوع مضاربه متعلق به بانک است و چون رکن اصلی انعقاد قرارداد مضاربه عبارت است از اینکه سرمایه وجه نقد باشد و در قضیه موردبخت سرمایه بانک کالا است، امکان تجدید قرارداد مضاربه وجود ندارد؛ برخلاف تسهیلات مشارکت مدنی که شرط و رکن اصلی آن وجود مال مشاع در عالم خارج بوده، این امر با فسخ یا اقاله یا خاتمه قرارداد مشارکت مدنی محقق می‌شود.

ثانیاً در سرسید تسهیلات، عامل نتوانسته با سرمایه موردنظر به تجارت بپردازد و سود حاصل نماید، به همین علت تقاضای امہال کرده است. حال آیا می‌توان گفت به میزان سود



فرضی محاسبه شده به مبلغ اصل سرمایه افزوده شود؟ در عقد مضاربه باید سرمایه به صورت وجه نقد باشد و گرنه معامله مضاربه نخواهد بود<sup>۲۷</sup>؛ بنابراین سود هنوز به وجه نقد تبدیل نشده، درحالی که صحت عقد مضاربه به وجه نقد بودن سرمایه است<sup>۲۸</sup>.

با توجه به اینکه وثیقه‌ها و تضمین‌ها از جمله توابع عقد مشارکتی قبلی هستند، لذا با تسویه تسهیلات مشارکتی سابق، وثایق و تضمین‌های آن نیز آزاد می‌گردد و باید برای تسهیلات جدید، وثایق جدیدأخذ شود.

در دستورالعمل اجرایی نحوه امہال مطالبات مؤسسات اعتباری، اگرچه در ماده ۱۰-۱ روش تجدید عقد تعریف شده، لکن در ماده ۱۴ که روش‌های امہال تسهیلات عقود مشارکتی برشمرده شده، به تجدید عقد اشاره‌ای نشده است که پیشنهاد می‌شود در اصلاحات بعدی قانون مورد توجه قرار گیرد.

### ۲.۲.۳. تبدیل عقد

در تسهیلات عقود مشارکتی رابطه بانک با مال موضوع عقد رابطه‌ای عینی است؛ یعنی بانک مالک مشاعی مال موضوع عقد است و طبق قاعدة تسلیط می‌تواند هر دخل و تصرفی حقوقی در آن انجام دهد. برای مثال، در مشارکت مدنی در ساخت ساختمان، ساختمان به صورت مال مشاع در عالم خارج در ملکیت مشاعی بانک و شریک است؛ به این معنا که هر جزئی از آن را درنظر بگیریم، متعلق به بانک و شریک است و تمام احکام و مقررات مال مشاع بر آن بار می‌شود<sup>۲۹</sup>. حال اگر در مثال پیش‌گفته، گیرنده تسهیلات (شریک) در سررسید به علت اینکه موضوع مشارکت به اتمام رسیده، ولی هنوز به فروش نرفته تا اصل سرمایه و سود بانک را پرداخت نماید، درخواست مهلت کند، بانک می‌تواند با انعقاد یک عقد تسهیلاتی جدید، بدھی قبلی مديون را تسویه نماید<sup>۳۰</sup>. در نتیجه، می‌توان گفت در تسهیلات

۲۷. ماده ۵۴۷ قانون مدنی در این زمینه بیان می‌دارد: «سرمایه باید وجه نقد باشد».

۲۸. دین در ذمه، منافع و کالا مشمول عنوان نقد نیستند (امیرناصر، کاتوزیان، عقود معین، ج ۲، (تهران: گنج دانش، ج ۸، ۱۳۸۸)، ش ۶۱

۲۹. سهم شرکا از لحاظ حقوقی حصه معین، اما از لحاظ مادی تمام مال است.

۳۰. مصطفی، السان و محمد، نوروزیان، پیشین، ص ۱۲۹.

مشارکتی (به معنای خاص یا عام) بانک می‌تواند در سررسید سهم الشرکه خود از مال مشاع را در قالب سه عقد فروش اقساطی یا مرابحه و یا اجاره به شرط تملیک به شریک واگذار کند و در این صورت هم تسهیلات معوق مشتری امehال می‌گردد و هم سود موردنظر بانک از امehال تسهیلات در ثمن تسهیلات مبادله‌ای جدید وارد می‌شود.

با تسویهٔ تسهیلات مشارکتی سابق، وثیقه‌ها و تضمین‌های آن نیز آزاد می‌شوند و باید برای تسهیلات جدید، وثایق جدیدأخذ گردد.

در ماده ۱۱-۱ دستورالعمل، تبدیل قرارداد این‌گونه تعریف شده است: تبدیل قرارداد فسخ، اقاله و خاتمه قرارداد فعلی و امehال طبق یکی از حالات زیر است:

الف) انعقاد قرارداد جدیدی متفاوت با قرارداد فعلی بین مؤسسه اعتباری و مشتری نسبت به همان موضوع قرارداد؛

ب) انعقاد قرارداد جدیدی از همان نوع قرارداد فعلی بین مؤسسه اعتباری و مشتری نسبت به موضوع متفاوت؛

ج) انعقاد قرارداد جدیدی متفاوت با قرارداد فعلی بین مؤسسه اعتباری و مشتری نسبت به موضوع متفاوت.

مواد ۱۱-۱ و ۱۶ و ۱۷ دستورالعمل در مقام بیان روش تبدیل عقد در امehال تسهیلات عقود مشارکتی، شرط ابتدایی اعمال این روش را، فسخ، اقاله و خاتمه قرارداد فعلی و انعقاد قرارداد متفاوت با قرارداد قبلی بیان می‌کند. البته با توجه به توضیحات یادشده، بهنظر نگارندگان مقاله تبدیل عقد مواردی را شامل می‌شود که موضوع معامله با بقای عقد اولیه از طریق عقدی دیگر واگذار می‌شود، زیرا در عقود مشارکتی ازانجایی که بانک مالک سهم الشرکه یا کالاهای مورد مضاربه است، طبق قاعدة تسلیط می‌تواند آن را به گیرنده تسهیلات در قالب یکی از عقود مبادله‌ای واگذار کند و دیگر نیازی به اقاله، فسخ یا خاتمه قرارداد نیست.



### ۲.۳. روش‌های امہال مشترک میان تسهیلات عقود مبادله‌ای و مشارکتی

ازجمله روش‌های مشترک قابل اعمال برای امہال تسهیلات عقود مبادله‌ای و مشارکتی، اعطای تسهیلات خرید دین و سلف و تهاتر مبلغ بدھی پیشین یا استیفای مبلغ بدھی از محل وثایق تسهیلات هر نوع حق مال دیگر متعلق به مشتری و انتقال مجدد آن به گیرنده تسهیلات است.

#### ۲.۳.۱. پرداخت تسهیلات خرید دین و سلف و تهاتر مبلغ آن با بدھی معوق تسهیلات گیرنده

در تسهیلات خرید دین، طلبکار یا ذی‌نفع اسناد تجاری طلب مدت‌دار خود را به مبلغی کمتر به بانک واگذار می‌کند؛ برای مثال، متقارضی، یک فقره چک به مبلغ ۱۰۰ میلیون تومان به تاریخ ۶ ماه دیگر در اختیار دارد و با مراجعته به بانک تقاضا می‌کند تا طلب مدت‌دار خود را با ۱۸ درصد کاهش به بانک واگذار و مبلغ آن را نقداً دریافت کند. در تسهیلات سلف نیز محصولات و تولیدات واحد تولیدی از سوی بانک پیش‌خرید می‌شود؛ بنابراین با امضای قرارداد، بانک مالک محصولات به صورت کلی فی‌الذمه و فروشنده مالک ثمن یا همان مبلغ تسهیلات می‌شود و طبق قاعدة تسلیط می‌تواند هر دخل و تصرفی در آن انجام دهد؛ ازجمله دین خود ناشی از اقساط معوق تسهیلات سابق را پرداخت کند. لذا با پرداخت تسهیلات خرید دین و سلف، گیرنده تسهیلات می‌تواند اقساط معوق ناشی از تسهیلات عقود مبادله‌ای یا مشارکتی سابق را با توافق با بانک و از محل مبلغ تسهیلات جدید پردازد.

از نظر حقوقی، تسهیلات جدید (خرید دین و سلف) هیچ ارتباطی با تسهیلات قبلی ندارد و صرفاً بانک باأخذ إذن و اجازه قبلی، مبلغ تسهیلات را به حساب بدھی قبلی واریز می‌کند. بنابراین برای تسهیلات جدید باید تمام مراحلأخذ تسهیلات ازجمله گرفتن وثیقه طبق ضوابط و مقررات صورت گیرد.<sup>۳۱</sup>

<sup>۳۱</sup>. نکتهٔ حائز اهمیت این است که در تسهیلات خرید دین یا سلف، ازانجایی که بانک از منابع داخلی خود تسهیلات پرداخت می‌کند، باید تمام ضوابط و شرایط پرداخت تسهیلات ازجمله اعتبارسنجی، عدم بدھی معوق بانکی و عدم چک برگشتی رعایت شود. ولی در سایر روش‌های امہال، چون تسهیلاتی از منابع بانک پرداخت نمی‌شود، رعایت ضوابط و مقررات بانکی ناظر بر پرداخت تسهیلات ضروری نیست، زیرا اگرچه پروندهٔ جدید تسهیلاتی در بانک تشکیل شود، لیکن درواقع بدھی قبلی امہال می‌شود و وجه جدیدی از منابع بانک پرداخت نشده، مشمول مقررات پرداخت تسهیلات قرار نمی‌گیرد.



به این روش از نظر حقوقی ایراداتی وارد است، از جمله:<sup>۳۲</sup>

الف) مشهور فقیهان فقط استفاده از استناد واقعی را قابل تنزیل می دانند؛ بنابراین، بانک تنزیل کننده باید به واقعی بودن سند اطمینان داشته باشد. به بیان دیگر، استنادی که مشتری بدون پشتونه معامله واقعی امضا کرده و در اختیار بانک گذاشته است، استناد صوری یا دوستانه نامیده می شود که تنزیل آن درست نیست و در واقع می توان گفت ماهیت دین واقعی ندارد، بلکه همان قرض با ریاست<sup>۳۳</sup>. در دکترین حقوقی نیز در مورد صحت یا بطلان اعمال این روش، به عنوان یکی از روش های امہال تسهیلات عموق بانکی نظریات متعدد و گاه متعارضی دیده می شود که در آرای دادگاه ها و رویه قضایی نیز منعکس شده است؛ دیدگاهی که بر اساس آن قرارداد ثانوی را به جهت نبود قصد واقعی باطل دانسته، به علت تسویه نشدن تسهیلات اولیه، بانک را مستحق دریافت طلب خود بر اساس آن قرارداد می داند، دارای طرفداران فراوانی است<sup>۳۴</sup>.

ب) بخش عمدات از مشتریان بخشن خدمات با توجه به نوع فعالیت، هیچ گونه استناد تجاری ندارند؛ بنابراین، امکان استمهال مطالبات آنها با استفاده از این روش امکان پذیر نیست.

ج) بخش عمدات از مطالبات بانک ها مربوط به تسهیلات بلندمدت مشتریان است که متقاضیان نیز در این گونه موارد درخواست استمهال میان مدت و حتی بلندمدت متناسب با قدرت بازپرداخت خود را دارند که با توجه به کوتاه مدت بودن، ابزار خرید دین و سلف ظرفیت لازم را برای این منظور ندارد.

د) به نظر می رسد استفاده از ابزار خرید دین به منظور استمهال بدھی متقاضیان، صدور استناد غیر تجاری و دوستانه را گسترش داده است که علاوه بر اشکال شرعی، به علت صوری

<sup>۳۲</sup>. سید عباس، موسویان و روح الله، غلامی، «بررسی راهکارهای استمهال مطالبات غیرجاری در بانکداری بدون ربا»، فصلنامه روند، ش ۶۳ و ۶۴ (۱۳۹۲)، صص ۱۱۷ و ۱۱۸.

<sup>۳۳</sup>. سید عباس، موسویان و اکبر کشاورزیان، «طراحی اعتبار در حساب جاری در بانکداری بدون ربا در قالب مشارکت مدنی مشروع»، پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی ج.ا.ا. ایران، (۱۳۹۰)، به نقل از: همان.

<sup>۳۴</sup>. عباس، کریمی؛ سید ابوالقاسم، تقیی، علیرضا، حسین بیکی، «تحلیل رویه قضایی پیرامون اعقاد قرارداد مشارکت مدنی بانکی به منظور تسویه تسهیلات قبلی»، فصلنامه دیدگاه های حقوق قضایی، ش ۸۲ (۱۳۹۷)، ص ۲۱۵.



بودن، ریسک نکول بالابی دارد.

ه) این ابزار در بخش‌های خدمات و بازرگانی کاربرد ندارد و در بخش تولید نیز بانک‌ها محصولاتی را خریداری می‌کنند که سهل‌البیع باشد، سریع‌الفساد نباشد و از سوی خود فروشنده تولید شود؛ بنابراین، در بخش تولید نیز استفاده از این ابزار با محدودیت‌های جدی روبرو است.

و) با توجه به ریسک تسهیلات سلف از نظر امکان فروش و قیمت محصول در سررسید، معمولاً توصیه می‌شود که از این ابزار به عنوان آخرین راهکار در تأمین سرمایه در گردش استفاده شود.

البته با وجود دیدگاه‌های متعدد و متعارض در این موضوع، استفاده از این روش به عنوان یکی از روش‌های امہال تسهیلات معوق در بانک‌ها متدائل و رایج است و اگرچه دستورالعمل به صراحت از این روش جهت امہال تسهیلات عقود مبادله‌ای و مشارکتی نامی نبرده، اما با تطبیق این روش با بند «ج» ماده ۱۱-۱، می‌توان گفت این روش یکی از مصادیق تبدیل عقد است و در دستورالعمل نیز به رسمیت شناخته شده است.

## ۲.۳. تملک وثائق مالی یا واگذاری هرگونه مال یا حقی به بانک، تهاتر آن با بدھی، و واگذاری دوباره آن در قالب یکی از عقود مبادله‌ای

به هنگام پرداخت تسهیلات، وثائقی از گیرنده بابت تضمین بازپرداخت اصل و سود أخذ می‌شود که در سررسید تسهیلات، بانک می‌تواند از طریق آنها اقدام، و حقوق خود را از محل آنها استیفا نماید. حال اگر گیرنده تسهیلات در سررسید از بانک تقاضا نماید که برای پرداخت بدھی مهلتی به او داده شود، درصورتی که مالک وثیقه خود گیرنده باشد، با توافق با وی و درصورتی که مالک وثیقه شخص ثالث باشد، با توافق سه‌جانبه، بانک می‌تواند وثیقه را بر اساس قیمت کارشناس رسمی تملک و ثمن آن را با بدھی ناشی از تسهیلات قبلی تهاتر نماید و یا گیرنده تسهیلات مال یا حقی را به بانک واگذار و از محل ثمن آن بدھی را تسویه کند و مجدداً همان مال (که هم اکنون در ملکیت بانک است) به گیرنده تسهیلات در قالب یکی از عقود مبادله‌ای با مدت و نرخ جدید واگذار شود.



در این روش وثایق تسهیلات قبلی فک و آزاد می‌شوند و باید برای قرارداد تسهیلاتی جدید وثیقه‌های جدیدیأخذ گردد.

همانند روش سابق، اگرچه این روش نیز به صراحة در دستورالعمل نحوه امفال مطالبات غیرجاری مورد اشاره واقع نشده، اما قابل تطبیق با بند «ب» ماده ۱۱-۱ به عنوان یکی از مصاديق تبدیل عقد است و می‌توان قائل بر این بود که در دستورالعمل نیز به‌رسمیت شناخته شده است.

### نتیجه

این نوشتار قائل بر این است که برای تبیین راهکارها و شیوه‌های امفال تسهیلات معوق بانکی باید عقود مبادله‌ای و مشارکتی مبنای اعطای تسهیلات به تفکیک بررسی شوند.

در تسهیلات عقود مبادله‌ای رابطه بانک با تسهیلات‌گیرنده رابطه دینی است؛ در صورتی که بانک همراه با امفال تسهیلات معوق بهأخذ سود اقدام نماید، مصدق ربای جاهلی خواهد بود. لذا در این نوشتار قالب‌هایی ارائه شده است تا ضمن متابعت از خواست متضادی (امفال تسهیلات معوق) و بانک (دریافت سود)، جنبه‌های حقوقی و شرعی مسئله نیز رعایت شود.

در تسهیلات عقود مشارکتی، برخلاف تسهیلات مبادله‌ای، وام‌گیرنده بدھکار بانک نیست، بلکه بانک و گیرنده تسهیلات شریک محسوب می‌شوند. لذا تحقق ربا منتفی است، لکن جهت ایجاد رویه‌ای واحد در سیستم بانکی، قالب‌هایی برای امفال تسهیلات عقود مشارکتی پیشنهاد شده است.

### پیشنهادها

- به‌نظر می‌رسد مشکل اصلی را باید در قانون عملیات بانکی بدون ربا جستجو کرد؛ در این قانونأخذ سود فقط در قالب عقود معین مبادله‌ای و عقود مشارکتی جایز شمرده شده وأخذ سود در قالب قرارداد نامعین طبق ماده ۱۰ قانون مدنی پیش‌بینی نشده



است، بنابراین ممکن است در عمل، بسیاری از عقود پرداخت تسهیلات با ایراد صوری و غیرواقعی بودن روبه رو شوند. در حالی که اگر بانک و مشتری می‌توانستند توافق کنند که بانک در قبال قبول سپرده و همچنین پرداخت تسهیلات، هر ماه مبلغی معین به عنوان سود به صاحب سپرده پرداخت یا مبلغ معینی به عنوان سود دریافت نماید، نیاز به این قالب‌ها در پرداخت تسهیلات و متعاقب آن امہال آنها به روش‌های یادشده در این نوشتار نبود. نهایت دلیل فقهای برای بطلان چنین عقدی حرمت دریافت ربا است. در واقع، دلیل اینکهأخذ خسارت تأخیر تأدیه در سال‌های پس از پیروزی انقلاب اسلامی از سوی فقهای شورای نگهبان حرام و غیر قانونی اعلام شد، صدق همین نوع از ربا بر مفهوم خسارت تأخیر تأدیه بوده است. بنابراین با توجه به اینکه مشکل اخذ خسارت تأخیر تأدیه پس از مکاتبات طولانی حل و فصل شد، پیشنهاد می‌شود این موضوع نیز فیصله پیدا کند تا نیازی نباشد برای امہال عقود مبادله‌ای (که رابطه بانک و گیرنده تسهیلات دینی است) به سراغ قالب‌های از پیش تعیین شده برویم.

در دستورالعمل ابلاغی بانک مرکزی یک امر مغفول مانده، و آن اینست که امہال تسهیلات عقود مبادله‌ای که مورد معامله تلف واقعی یا حکمی بوده، پیش‌بینی نشده است. لذا پیشنهاد می‌شود ماده‌ای به این دستورالعمل الحاق گردد تا در صورت تلف واقعی یا حکمی موضوع معامله، بانک حق رجوع به مثل یا قیمت آن را داشته باشد و سپس بتواند این حق مالی را با مبلغی معین (شامل بدھی اصلی + سود آینده) به بدھکار واگذار نماید و به این ترتیب، تسهیلات اعطایی امہال گردد.

ایراد دیگری که به این دستورالعمل وارد است، عدم بیان سازوکار مشخص جهت اعمال روش‌های یادشده در آن است؛ به عبارت دیگر، این دستورالعمل مشخص نکرده که ترتیب اعمال روش‌ها و تقدم و تأخر آنها نسبت به یکدیگر به چه صورت است. برای مثال، گیرنده تسهیلات عقود مبادله‌ای به بانک مربوطه برای امہال تسهیلات معوق خود مراجعه می‌کند؛ کدام روش و با چه شرایطی جهت اعمال تسهیلات معوق او اعمال می‌شود و سازوکار تشخیص روش مناسب و تقدم و تأخر روش‌ها نسبت به هم چگونه است؟ به همین دلیل به نظر می‌رسد اعمال روش‌های برشمرده در این نوشتار از سوی بانک‌ها، به صورت دلخواهی و خودسرانه و بدون وجود معیار و



ضابطه‌ای جهت اعمال روش مناسب با عقد منشأ تسهیلات انجام می‌شود. لذا پیشنهاد می‌گردد در اصلاحات بعدی دستورالعمل، به این مسئله توجه شود و معیاری برای تشخیص تقدم و تأخیر اعمال روش‌ها ارائه گردد؛ برای مثال، نوع تسهیلات می‌تواند در این زمینه معیاری برای انتخاب شیوه مناسب جهت امehاL عقد منشأ تسهیلات بهشمار آید؛ برای نمونه، در تسهیلات از نوع مصرفی (که اغلب کوتاه‌مدت هستند) از روش تمدید و در تسهیلات سرمایه‌گذاری (که غالباً بلندمدت هستند) از روش تجدید یا تبدیل عقد استفاده شود.



## منابع و مأخذ

### الف) فارسی

#### - کتاب‌ها

۱. خمینی، روح الله، *تحریرالوسیله*، ج ۵، (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۹).
۲. دهخدا، علی‌اکبر، *فرهنگ دهخدا*، (تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۸).
۳. کاتوزیان، امیرناصر، *عقود معین*، ج ۲، (تهران: انتشارات گنج دانش، ج ۸، ۱۳۸۸).

#### - مقالات

۴. اللسان، مصطفی و نوروزیان، محمد، «ماهیت فقهی - حقوقی استمهال معوقات بانکی»، *پژوهشنامه میان‌رشته‌ای فقهی*، ش ۱ (۱۳۹۱).
۵. حاجی پور، مصطفی؛ صفرپور سدهی، عیسی، «بررسی سود در تسهیلات مشروط بانکی»، *نشریه مطالعات حقوق تطبیقی معاصر (فقه و حقوق اسلامی سابق)* ش ۱۱ (۱۳۹۴).
۶. شعبانی، احمد و جلالی، عبدالحسین، «دلالی گسترش مطالبات معوق در نظام بانکی ایران»، *فصلنامه برنامه‌ریزی و بودجه*، ش ۴ (۱۳۹۰).
۷. صفرزاده، محمدحسین و جعفری‌منش، ابراهیم، «نقش کیفیت ذخیره مطالبات مشکوک‌الوصول بانک‌های ایرانی در مواجهه با بحران‌های سیستم بانکی»، *بررسی‌های حسابداری و حسابرسی*، دوره ۲۶، ش ۳ (۱۳۹۸).
۸. قبولی درافشان، سید محمد Mehdi و محسنی، سعید، «تأملی فقهی - حقوقی بر ماده ۵۷۵ قانون مدنی»، *مجله مطالعات اسلامی، فقه و اصول*، دوره ۴۳، ش ۸۷ (۱۳۹۰).
۹. کریمی، عباس؛ نقیبی، سید ابوالقاسم؛ حسین بیگی، علیرضا، «تحلیل رویه‌ی قضایی پیرامون انعقاد قرارداد مشارکت مدنی بانکی به‌منظور تسويه تسهیلات قبلی»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، ش ۸۲ (۱۳۹۷).
۱۰. ملاکریمی خوزانی، فرشته، «بررسی مبانی دریافت جرمیه دیرکرد و خسارت تأخیر تأديه در نظام بانکی»، *ویژه‌نامه بانکداری اسلامی*، (۱۳۹۰).
۱۱. موسویان، سید عباس و غلامی، روح الله، «بررسی راهکارهای استمهال مطالبات غیرجاری در بانکداری بدون ربا»، *فصلنامه روند*، ش ۶۳ و ۶۴ (۱۳۹۲).

۱۲. موسویان، سیدعباس و کشاورزیان، اکبر، «طراحی اعتبار در حساب جاری در بانکداری بدون ربا در قالب مشارکت مدنی مشروطه»، پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی ج.ا.ا. ایران، (۱۳۹۰).
۱۳. نیلی، فرهاد؛ خشنود، زهرا؛ شاهچراغی، مهشید، «ارزیابی فضای کسب و کار بانکی با تأکید بر محیط قانونی و مقرراتی در ایران»، *فصلنامه سیاست‌های مالی و اقتصادی*، ش ۱۰ (۱۳۹۴).

**ب) عربی**

۱۴. رشیدرضا، محمد، *تفسیر المنار*، ج ۳، (بیروت: دارالاحیاء التراث العربي، بی‌تا).
۱۵. طباطبایی، سید محمد کاظم، *عروه الوثقی*، ج ۵، (قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۰ق).

**ج) منابع الکترونیک**

۱۶. قلیچ، وهاب، «۹ تصویر اشتباہ درباره ربا»، (۱۳۹۵):  
<https://mbri.ac.ir/Default.aspx?pagename=islamicbankingpages&id=272498&Language=1>

## تأملی جامعه‌شناختی بر چرایی گذار از «حاکم شرع مقتدر» به «قاضی دیوان‌سالار» در ایران پس از انقلاب

تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۰/۰۳/۲۴

تاریخ دریافت: ۹۹/۰۷/۱۲

عبدالرضا جوان جعفری بجنوردی<sup>۱</sup>  
محسن نورپور<sup>۲</sup>  
سید محمدجواد ساداتی<sup>۳</sup>

### چکیده

در مطالعات مرسوم حقوق کیفری دگرگونی‌هایی که در قلمرو نمادها و مقاهیم مرتبط با مجازات به‌وقوع می‌پیوندد، اغلب نتیجه تحولات فنی-علمی و توسعه مطالعات جرم‌شناختی-کیفرشناختی پنداشته می‌شوند. این یک زاویه دید در مورد تحولاتی است که نظام کیفری در گذر زمان به خود می‌بیند. اما همچنان زوایای دیگری از تحلیل وجود دارند که در قالب نگرشی نظام‌وار بر پیوندهای عمیق میان خردنهظام کیفر و سایر پدیدارهای اجتماعی تأکید می‌کنند که در آن، پدیدار کیفر در چارچوب ساختار نظام اجتماعی و نیز به واسطه پیوندهایش با خردنهظام‌های دیگر شناخته می‌شود. بر این اساس، تحولاتی که در قلمرو خردنهظام کیفری رخ می‌دهد، می‌تواند انعکاسی از تحولات صورت‌گرفته در بطن سایر خردنهظام‌ها باشد.

با تکیه بر چارچوب ادراکی پیش‌گفته می‌توان از چرایی یک دگرگونی قابل تأمل در قلمرو خردنهظام مجازات در ایران پس از انقلاب رمزگشایی کرد؛ جایه‌جایی «حاکم شرع مقتدر» با «قاضی محدودشده در قالب قواعد متعدد». این دگرگونی بزرگ در حوزه حقوق کیفری بیانگر تحولاتی عمیق‌تر در ساختار نظام اجتماعی و بهویژه، ساختار قدرت در ایران پس از انقلاب است.

۱. دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد، ایران

nourpour.mohsen@yahoo.com

mj.sadati@um.ac.ir

۲. دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه فردوسی مشهد، ایران

۳. استادیار دانشگاه فردوسی مشهد، ایران (نویسنده مسئول)

پژوهش حاضر تلاش می‌کند تا با تکیه بر ملاحظات جامعه‌شناسی کیفر، چرایی این دگرگونی قابل تأمل را کالبدشکافی کند.

**وازگان کلیدی:** تحولات ساختاری قدرت، حاکم شرع مقتدر، دیوان‌سالاری اداری، قاضی دیوان‌سالار، نزاع گفتمانی قدرت.

## مقدمه

صادق خلخالی، نخستین حاکم شرع در ایران پس از انقلاب، در خاطرات خود روایتی قابل تأمل از رسیدگی به جرایم سردمداران رژیم شاه ارائه می‌کند: «اینجانب پس از دریافت حکم به محکمه مجرمین درجه یک پرداختم، اولین کسانی که در دادگاه محکمه و به جزای عمل خود رسیدند عبارت بودند از: نصیری، خسروداد، ناجی و رحیمی. این چهار نفر در شب ۲۴ بهمن ماه ۱۳۵۷ در مدرسه رفاه اعدام شدند... در آن شب من تعداد ۲۴ نفر را محکوم کرده بودم که به علت دخالت‌ها فقط دستور اعدام چهار نفر را صادر کردم... البته... سرانجام توانستم درجا همان ۲۴ نفر را به تدریج اعدام کنم».<sup>۴</sup>

حدود چهار دهه بعد، ماده ۲ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری چنین مقرر داشت: «چنانچه دادگاه در حکم صادره مجازات حبس را بیش از حداقل مجازات مقرر در قانون تعیین کند، باید مبتنی بر بندهای مقرر در این ماده و یا سایر جهات قانونی، علت صدور حکم به بیش از حداقل مجازات مقرر قانونی را ذکر کند. عدم رعایت مفاد این تبصره موجب مجازات انتظامی درجه چهار می‌باشد». این مقررات، تنها نمونه‌ای از محدودیت‌ها و کاهش اختیارات قضایی بود. همچنین، به موجب مواد متعددی از قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و نیز قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، اختیارات قضات در امر دادرسی و صدور حکم تا حدود قابل توجهی محدود شد.

آنچه گذشت دو تصویر متفاوت بود از اختیارات قابل توجه «حاکم شرع» در سال‌های

<sup>۴</sup>. صادق، خلخالی، ایام انزو؛ خاطرات آیت‌الله خلخالی، اولین حاکم شرع دادگاه‌های انقلاب، (تهران: سایه، ج ۱، ۱۳۸۰)، ص ۳۵۲.

نخستین انقلاب و سپس، محدودیت‌های فراوانی که چند دهه بعد «قضات» برای دادرسی و کیفردهی داشتند. مقایسه این دو تصویر حکایت از یک دگرگونی تمام‌عیار در مورد جایگاه و اختیارات مقام قضایی در ایران پس از انقلاب دارد. مطالعه عمیق‌تر حقوق کیفری ایران نشان می‌دهد که با گذار از نخستین سال‌های انقلاب به دهه چهارم، «حاکم شرع مقتدر» جای خود را به یک «مقام قضایی محدودشده در قالب قواعد متعدد» داده است. راز این دگرگونی قابل توجه و شگفت‌انگیز در نظام کیفری ایران پس از انقلاب را باید در چه چیز جستجو کرد؟

برای رمزگشایی از این دگرگونی بنیادین می‌توان از ملاحظات فنی حقوق کیفری بهره گرفت. بر این اساس، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و نیز دادرسی کیفری، زمینه‌ساز این تحول در ساختار قضایی ایران شده است. اختیارات گسترده حاکم شرع در دهه نخست انقلاب نمودی از نقض این اصل بنیادین بوده و به همین واسطه در جریان تحولات حقوقی دهه‌های بعدی، این اختیارات قانونمند شده است.

پاسخ پیش‌گفته اگرچه ممکن است در نگاه نخست، تحلیلی قابل اعتماد از چرایی این دگرگونی قابل توجه باشد، با وجود این، پیوندهای پنهان و پیچیده‌ای که پدیدار مجازات و نهادهای وابسته به آن با سایر پدیدارهای اجتماعی برقرار می‌کنند را نادیده می‌گیرد. در مقابل، پژوهش حاضر برای پاسخ به پرسش پیشین، تلاش می‌کند تا به قلمرو پیچیده‌تری از تحلیل پردازد. از نگاه پژوهش حاضر، این جابه‌جایی بزرگ را باید امری پیراکیفری و پیراحقوی پنداشت. این دگرگونی قابل توجه حتی چیزی بیش از یک نشانه برای تحول در قوائمه از نظریه کیفری شریعت است. این تحول نشانگر دگرگونی‌هایی قابل توجه‌تر و پنهان‌تر در ساختار نظام اجتماعی ایران پس از انقلاب است. از نگاه این پژوهش، تحولاتی که در قلمرو ساختار نظام کیفری به‌وقوع می‌پیوندد، نشانه‌هایی برای شناسایی دگرگونی‌های بزرگ‌تر در ساختار نظام اجتماعی هستند. بر این اساس، از نگاه پژوهش حاضر، چرایی پدیدار شدن نهاد «حاکم شرع مقتدر» و سپس، جایگزینی آن با «قضی محدودشده در قالب قواعد متعدد» را باید در تحولات پیچیده و پنهان اجتماعی جستجو کرد. چارچوب‌های ادراکی که جامعه‌شناسی کیفری در اختیار ما قرار می‌دهد، می‌تواند زمینه را برای رمزگشایی



از این دگرگونی قابل توجه فراهم سازد.

از میان رویکردهای مختلف جامعه‌شناسی کیفر، در این پژوهش بر تحولات ساختاری قدرت تأکید می‌شود.<sup>۵</sup> به این ترتیب، «حاکم شرع مقتدر» و «قاضی با اختیارات محدود» هریک نمادهایی از یک ساختار قدرت بوده و گذار از یکی به دیگری نشان‌دهنده تحولات ساختاری قدرت است.

دیوان‌سالار شدن ساختار قدرت، کلیدوازه‌ای مهم است که می‌توان با تکیه بر آن، این تحول قابل توجه را کالبدشکافی کرد. نقش تحولات ساختاری قدرت پس از انقلاب و تأثیر آن بر دگرگونی در ماهیت و کارکرد واکنش‌های کیفری، در قلمرو مطالعات حقوق کیفری کمتر مورد توجه بوده است. حال آنکه، به‌واسطهً وابستگی‌های گستالت‌ناپذیر پدیدهٔ مجازات به نهاد قدرت، تغییر در شکل و ماهیت این نهاد زمینه را برای دگرگونی در پدیدهٔ مجازات فراهم می‌آورد. بر این اساس، پدیدار شدن نماد «حاکم شرع مقتدر» جلوه‌ای از یک ساختار غیردیوان‌سالار قدرت در ایران پس از انقلاب است. در مقابل، چند سال بعد و درست زمانی که شبکهٔ دیوان‌سالاری اداری با شدتی به مرتب بیش از گذشته بازتولید شد، «حاکم شرع مقتدر» جای خود را به یک «قاضی دیوان‌سالار» با اختیارات بسیار محدود داد.

برای تحقق اهداف پژوهش، در گام نخست به بررسی فرایند پدیدار شدن نماد «حاکم شرع مقتدر» پرداخته، نشان می‌دهیم که چگونه به‌واسطهٔ شماری از کارکردهای پنهان اجتماعی، این نماد در ساختار اجتماعی ایران متولد شد. در گام دوم، تأثیر دیوان‌سالار شدن ساختار قدرت در جامعهٔ پسالنقلابی ایران را بررسی کرده، نشان می‌دهیم که چگونه در این ساختار دیوان‌سالار، «حاکم شرع مقتدر» کارکردهای اجتماعی خود را ازدست داده و به همین واسطه، با یک «نماد محدودشده در قالب قواعد فرآگیر» جایگزین شده است.

.۵. باید توجه داشت که پرداختن به پرسش پژوهش از زاویهٔ تحولات ساختاری قدرت و به‌ویژه دیوان‌سالار شدن شیوه‌های اعمال اقتدار بهمنزله نفی سایر حوزه‌های تحلیل نیست. بی‌تردد این دگرگونی را می‌توان از زوایایی دیگر، مانند تحولات فرهنگی نیز بررسی نمود. به عنوان نمونه: برای مطالعه یک تبیین جامعه‌شناسخی-فرهنگی از تحولات مجازات‌ها در ایران پس از انقلاب رک به: ساداتی، سیدمحمد جواد و نوبهار، رحیم، «تأملی در زمینه‌های شکل‌گیری سیاست کیفری سخت‌گیرانه در دهه نخست انقلاب اسلامی»، نشریه مطالعات حقوقی معاصر، سال نهم، شماره هفدهم (۱۳۹۷)، صص ۱۵۷-۱۸۳.



## ۱. نزاع گفتمانی قدرت و پدیدار شدن نماد «حاکم شرع مقتدر»

حدود ۵ ماه پس از سقوط رژیم پهلوی و در تاریخ ۲۷ خرداد ۱۳۵۸، ماده ۴ آیین نامه «دادگاهها و دادسراهای انقلاب» چنین مقرر داشت: «دادگاه انقلاب مرکب از سه عضو اصلی و دو عضو علی‌البدل خواهد بود. اعضاء اصلی عبارتند از: الف: یک قاضی شرع به پیشنهاد شورای انقلاب اسلامی و تصویب امام. ب: یک نفر قاضی دادگستری به انتخاب قاضی شرع...». چنین به‌نظر می‌آید که آیین نامه یادشده نخستین مقرره‌ای است که در قالب آن نماد و نهاد حاکم شرع وارد ادبیات قانون‌گذاری کیفری ایران شد<sup>۶</sup>. چند سال پس از آن و به‌موجب قانون حدود و قصاص و مقررات آن مصوب ۱۳۶۱، مفهوم «حاکم شرع» که تا پیش از آن در چارچوب دادگاه‌های انقلاب معنا می‌یافته، به یک نماد فرآگیر در ساختار کیفری ایران بدل شد.

### ۱.۱. بازنمایی تقابل گفتمانی و تلاش برای نهادسازی سیاسی

برای پاسخ به این پرسش که چرا نهاد «حاکم شرع» اندکی پس از پیروزی انقلاب در نظام اجتماعی ایران پدیدار شد، می‌توان مسیرهای متفاوتی را پیمود. یک پاسخ ساده به این پرسش بنیادین چنین است: برای حرastت از انقلاب و مبارزه با عوامل رژیم پهلوی. البته پاسخ ساده‌تر آن است که پدیدار شدن این نهاد را به‌مثابه تلاشی برای شرعی کردن قوانین کیفری در ایران پس از انقلاب پینداریم. با وجود این، پاسخ‌های پیش‌گفته واقعیت‌های پنهان نظام اجتماعی ایران در آستانه انقلاب را نادیده می‌گیرند، یک تصویر کلی و بدون جزئیات تعیین‌کننده از این نظام اجتماعی به‌دست می‌دهند و سرانجام، پاسخی فنی- حقوقی در برابر یک دگرگونی قابل توجه اجتماعی ارائه می‌کنند. در مقابل، برای رمزگشایی از چرایی پدیداری این نهاد باید در گام نخست تصویرهای مرسوم از نظام اجتماعی ایران در آستانه و بهویژه نخستین ماهها و سال‌های پیروزی انقلاب را و نهاده، به جزئیات تعیین‌کننده‌ای پرداخت که کمتر مورد توجه قرار گرفته‌اند. این جزئیات غالب مربوط به نزاع گفتمانی قابل توجهی هستند که در این زمان جامعه ایران را بیش از هر چیز دیگر تحت تأثیر قرار داده

<sup>۶</sup> در همان روزهای نخستین انقلاب افرادی نظیر صادق خلخالی از طرف امام، عنوان حاکم شرع دریافت کردند، اما به‌طور رسمی در این آیین نامه این عنوان به کار گرفته می‌شود.

بود. این نزاع گفتمانی ریشه در پیروزی انقلاب، از میان رفتن دشمن مشترک و نیز تلاش گفتمان‌های مختلف برای بدل شدن به جریان غالب اعمال سلطه داشت. «بر اساس تئوری کوزر و تئوری مربوط به دینامیزم گروهی، با ازین رفتن دشمن مشترک برای اعضای یک گروه، وحدت قبلی آنها کاهش می‌یابد و تجزیه درون‌گروهی آغاز می‌گردد».<sup>۷</sup> قابل درک است که در این تجزیه درون‌گروهی، گفتمان‌های قدرت برای بدل شدن به جریان غالب اعمال سلطه نیازمند دسترسی به نیروهای اجتماعی و به تعبیری، منابع قدرت هستند. نهادها و نمادهای اجتماعی، بسیج توده‌ای و ... در شمار این نیروها قرار دارند. بر همین اساس، در جوامع پسانقلابی که قلمرو تقابل گفتمان‌های متعدد قدرت هستند، موققیت در نهادسازی سیاسی و نیز تبدیل نمادهای گفتمانی به نمادهای اجتماعی مهم‌ترین عامل برای غلبه یک گفتمان بر گفتمان دیگر است. پدیدار شدن «حاکم شرع مقندر» به عنوان نmad بر جسته گفتمان سنت‌گرای مذهبی در نظام اجتماعی ایران پس از انقلاب را می‌توان در همین چارچوب تحلیل کرد. نmad پیش‌گفته در کنار شبکه گستره‌تری از نمادها و نهادها که روحانیون بنیادگرای انقلابی بر آنها تکیه می‌کردند، زمینه را برای غلبه گفتمان سنت‌گرای مذهبی و در نهایت، نهادسازی سیاسی از سوی این طبقه فراهم آورد.

جامعه ایران پس از انقلاب ۱۳۵۷ عرصه بازنمایی یک تقابل عمیق و کهن گفتمانی برای نهادسازی سیاسی بود.<sup>۸</sup> در یک سوی این تقابل، نهاد روحانیت بود که تجربه یک شکست تاریخی بزرگ در فرایند نهادسازی سیاسی را با خود به همراه داشت. در طرف دیگر این نزاع، طبقه روشنفکران قرار داشت که چند دهه پیش و در جریان انقلاب مشروطه، با غلبه بر روحانیت، موفق به نهادسازی سیاسی شده بود. به هنگام انقلاب مشروطه، طبقه روحانیت از طریق بدنه اجتماعی فراغیر خود اقدام به بسیج توده‌ای علیه اقتدار گرایی قاجار می‌کرد و طبقه روشنفکران در درجه دوم نقش‌آفرینی اجتماعی قرار داشت. اما در نهایت، همین طبقه بود که از طریق وارد کردن نمادهای گفتمانی خود در قالب قوانین و بهویژه

۷. فرامرز، رفعی‌پور، توسعه و تضاد (کوششی در جهت تحلیل انقلاب اسلامی و مسائل اجتماعی ایران)، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴)، ص ۱۱۲.

۸. حسین، بشیریه، زمینه‌های اجتماعی انقلاب ایران، (تهران: نگاه معاصر، ج ۴، ۱۳۹۵)، ص ۲۱۹؛ بیواند، آبراهامیان، تاریخ ایران مدرن، (تهران: نشر نی، ج ۱۲، ۱۳۹۴)، ص ۲۸۹.



قانون اساسی مشروطه، موفق به نهادسازی سیاسی و کنار زدن روحانیت از عرصهٔ سیاست شد.<sup>۹</sup>

در این نزاع گفتمانی کهن میان طبقهٔ روحانیت و روشنفکر عصر مشروطه یک ملاحظهٔ بسیار ظریف وجود دارد. در این زمان، اگرچه طبقهٔ روحانیت دچار یک گستاخانهٔ گفتمانی شده بود، با این همه، در یک برداشت کلی تر باید روحانیت را در همین زمان نیز بخشی از یک بدنۀ واحد تلقی کرد؛ بدنۀ‌ای که اندکی پس از انقلاب مشروطه به‌واسطهٔ حذف فیزیکی، از قلمرو اثرگذاری اجتماعی حذف شد. شیخ فضل الله و همراهان وی از یک سو، و بهبهانی و سایر روحانیونی که معتقد به قرائت ایشان بودند از سوی دیگر، هر دو طیف یک هدف واحد را اما با روش‌های متفاوت دنبال می‌کردند: «حفظ بیضهٔ اسلام». اما در نهایت، نتیجهٔ یکسان بود: حذف تمامی گروه‌های روحانیت از فرایند نهادسازی سیاسی. ترور آیت‌الله بهبهانی به عنوان یکی از قدرتمندترین و اثرگذارترین اشخاص در انقلاب مشروطه، بازنمای همان اعدام شیخ فضل الله از گروه مشروعه‌خواهان، البته با چهره‌ای متفاوت، بود. به رغم مکتوم ماندن هویت عامل این ترور، تقی‌زاده به عنوان یکی از مهم‌ترین رهبران طبقهٔ روشنفکر متهم ردیف نخست این ترور سیاسی بود. البته، به عنوان یک واقعیت تاریخی پنهان، «مشکل مشروطه در دایرهٔ مخالفت روحانیون ضد مشروطه و مشروعه‌خواهان محدود نماند و به‌زودی پرده از مخالفت روحانیون مشروطه‌خواه و روشنفکران عرف‌گرای مشروطه‌خواه برداشته شد».<sup>۱۰</sup> مقصود از این گزاره‌ها آن است که نباید دوپاره شدن طبقهٔ روحانیت در این زمان ذهن را گمراه کند. مهم نتیجهٔ این فرایند بود؛ یعنی حذف فیزیکی روحانیون اثرگذار و نهادسازی سیاسی از سوی طبقهٔ روشنفکر.

ورود نمادهای عرفی و غربی به قوایین پس از انقلاب مشروطه و به‌ویژه قانون اساسی، مهم‌ترین کانون نزاع میان طبقهٔ روشنفکر و روحانیت بود. دغدغهٔ مشروعه‌خواهان برای اجرای مقررات مربوط به حدود و قصاص نیز یکی از زمینه‌های مهم نزاع بود. تبریزی

۹. سید محمدجواد، ساداتی، مجارات و کنترل اجتماعی (تباریشناسی پیوند قدرت و واکنش‌های کیفری)، (تهران: میزان، ج ۱، ۱۳۹۸)، ص ۳۲۹.

۱۰. ماشالله، آجودانی، مشروطه‌ای ایرانی، (تهران: اختران، ج ۱۱، ۱۳۹۸)، ص ۴۰۹.

به عنوان یکی از روحانیون مخالف با قوانین مشروطه، در رسالت «کشف المراد من المشروطه و الاستبداد» چنین ذکر می‌کند: «... و همچنین تغییر حدود شرعیه مثلاً دست دزد و سارق را نباید قطع کرد بلکه عوض قطع برای او حبس معینی قرار داد و یا در قصاص قتل عوض قتل حکم به حبس مخلد را قانون قرار گذاشت... همه اینها مخالف با شرع سیدالانام و اسلام قرار دارد»<sup>۱۱</sup>. البته، تصویب اصل طراز در قانونی اساسی مشروطه که به موجب آن قوانین مصوب مجلس باید تحت نظارت پنج نفر از علمای طراز اول تصویب می‌شد تا مخالفتی با مبانی شرع مقدس نداشته باشد، نمودی از تلاش روحانیت برای ورود به فرایند نهادسازی سیاسی بود، ولی هیچ‌گاه به مرحله اجرا در نیامد. چند سال پس از انقلاب مشروطه و به هنگام تصویب نخستین قانون مدون کیفری نیز طبقه روحانیت به واسطه در اقلیت بودن در مجلس قانون‌گذاری از ورود به فرایند ساختارسازی سیاسی ناتوان ماند.

چند دهه بعد و اندکی پس از انقلاب ۱۳۵۷، این نزاع شگفتانگیز با تمام نمادهایش دوباره بازنمایی شد. در یک طرف این نزاع، طبقه روحانیت بنیادگرای انقلابی قرار داشت و در سوی دیگر، روشنفکرانی که در قالب نهضت آزادی، جبهه ملی و غیره، در پیروزی انقلاب مشارکت داشتند. شهید مطهری به عنوان یک شخصیت برجسته در طبقه روحانیت انقلابی با یک اظهار نظر کلیدی پرده از این نزاع گفتمانی کهن برمی‌دارد: «روشنفکران کمی دیر از خواب برخاسته‌اند، زیرا متولیان قدیمی این منبع عظیم حرکت و انرژی نشان داده‌اند خود طرز بهره‌برداری از این منبع عظیم را خوب می‌دانند و بنابراین فرست خلیع ید علمای اسلامی از رهبری جنبش را به کسی نخواهند داد»<sup>۱۲</sup>.

در این تقابل گفتمانی بازتولیدشده، این نهاد روحانیت بود که توانست در فرایند نهادسازی سیاسی با موفقیت عمل کند<sup>۱۳</sup>. تولد نماد «حاکم شرع» به عنوان بخشی از یک

۱۱. تبریزی، «کشف المراد من المشروطه و الاستبداد»، برگرفته از پایگاه اطلاعاتی سازمان اسناد و کتابخانه ملی جمهوری اسلامی ایران به آدرس اینترنتی زیر: (آخرین بازدید در تاریخ ۳ مرداد ۱۳۹۹)

<http://dl.nlai.ir/UI/2d77fa8a-925b-43e3-b03d-08e30bd56c56/catalogue.aspx>

۱۲. مرتضی، مطهری، استاد مطهری و روشنفکران (تهران: صدر، ج ۱، ۱۳۷۴)، ص ۹۳.

۱۳. شاید در پرتو همین نزاع گفتمانی بود که در سال‌های نخستین انقلاب اختیار صدور ابلاغ قضاوت به جامعه مدرسین واگذار شده بود. در این خصوص، ر.ک. عباسعلی، علیزاده، تاریخ شفاهی قوه قضائیه سی سال پس از انقلاب اسلامی، (تهران: مؤلف، ج ۱، ۱۳۸۹)، صص ۵۹-۶۰.



شبکه گسترده نمادی را می‌توان در چارچوب همین نزاع گفتمانی تحلیل کرد. پس از انقلاب مشروطه، گروهی موفق به نهادسازی سیاسی شدند که نمادهای خود را به ساختار سیاسی وارد کردند. طبقه روحانیت نیز لازم بود دقیقاً همین فرایند را طی کند. تنها در این صورت بود که قرائت روحانیت از هویت و کارکرد انقلاب، به یک تصویر فراگیر بدل می‌شد.

در این نزاع گفتمانی، نمادها و ساختارهای کیفری اولویتی بسیار ویژه داشتند. این مسئله چند دلیل بسیار مهم داشت: نخستین دلیل مربوط به قراتی بود که روحانیت انقلابی از نظریه سیاسی مذهب ارائه می‌داد. «این قرائت بر دو رکن بنیادین استوار می‌گردد: الهی بودن ساختار سیاسی و سپس لزوم هدایت این ساختار توسط فقیه عادل جامع الشرایط».<sup>۱۴</sup>. اجرای مقررات کیفری اسلام از جمله مهم‌ترین دلایلی بود که طبقه روحانیت برای لزوم برپایی حکومت اسلامی و نظریه ولایت فقیه به آن استناد می‌کرد.<sup>۱۵</sup> به این ترتیب، کنار گذاشتن این نمادهای کیفری خودبهخود موجب بی‌اعتبار شدن یکی از مهم‌ترین ادله برپایی حکومت فقیه بود. از آن گذشته، «نظام قضایی حوزه اصلی اقتدار روحانیون را تا پیش از عرفی شدن دولت تشکیل می‌داد. اساساً، علاقه و توجه خاص روحانیون به قوه قضاییه بود که مهم‌ترین شاخه حکومت در دولت اسلامی را تشکیل می‌دهد».<sup>۱۶</sup> با ظهور امپراتوری صفویه و بدویژه در دوران حکومت قاجار، روحانیون از طریق اعمال قدرت قضایی خود دولت در سایه را تشکیل دادند. به همین واسطه، تلاش روحانیون بنیادگرای انقلابی برای نمادسازی در ساختار قضایی منطقی مشخص داشت. البته، از میان تمامی این نمادهای کیفری، «حاکم شرع» از اهمیتی بسزا برخوردار بود، زیرا حاکم شرع مأذون از سوی حاکم حکومت اسلامی، جلوه‌ای از اقتدار ولی فقیه و اعمال اقتدار از سوی طبقه فقهای بود.

در کنار دلیل بنیادین پیش‌گفته، می‌توان به کارکرد کنترل کنندگی مجازات نیز اشاره کرد. در یک جامعه غیردیوان‌سالار که ابزارهای کم‌هزینه و پراثر برای کنترل اجتماعی وجود ندارد، مجازات در دسترس‌ترین ابزار ممکن است. در حقیقت، با بهره‌گیری از نظام

<sup>۱۴</sup> سید محمدجواد، ساداتی، مجازات و کنترل اجتماعی (تبیان‌شناسی پیوند قدرت و واکنش‌های کیفری)، (تهران: میزان، ج ۱، ۱۳۹۸)، ص ۳۳۳.

<sup>۱۵</sup> برای نمونه، ر.ک. امام خمینی (بی‌تا)، ولایت فقیه، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ص ۲۴.

<sup>۱۶</sup> بشیریه، پیشین، ص ۲۴۱.

واکنش‌های کیفری می‌توان غلبهٔ گفتمانی را تحقق بخشدید. به همین واسطه حاکم شرع به عنوان یک نهاد کیفری ابتدا در قالب دادگاه‌های انقلاب که نقشی بسیار اثرگذار در غلبهٔ گفتمان طبقهٔ روحانیت داشتند، معنا پیدا کرد و سپس به سایر قلمروهای کیفری راه یافت.

مفهوم حاکم شرع برای نخستین بار در احکامی که رهبر انقلاب برای صادق خلخالی صادر کرد، متولد شد. پس از آن در تاریخ ۲۷ خرداد ۱۳۵۸ آیین‌نامه دادگاه‌ها و دادسراهای انقلاب از سوی شورای انقلاب به تصویب رسید و حاکم شرع به عنوان یک نماد و نهاد، جلوه‌ای قانونی یافت. سپس در تاریخ ۳۱ فروردین ۱۳۶۱ به موجب قانون الحقاق دادگاه‌های انقلاب به دادگستری جمهوری اسلامی ایران، مفهوم حاکم شرع توسعهٔ بیشتری در ادبیات قانون‌گذاری ایران پیدا کرد. مشروح مذاکرات مجلس و نیز شورای نگهبان در خصوص طرح الحقاق به‌وضوح نشان می‌دهد که اکثربت روحاً مجلس و شورای نگهبان از به کار گرفتن نمادهایی که نشانگر تمایل برای بازگشت به نظام عرفی باشد، اباً داشتند. در قالب فرائتی که روحانیون انقلابی ارائه می‌کردند، نماد «قاضی» یادآور نظام کیفری عرفی و «حاکم شرع» نشانگر نظام کیفری شرعی به حساب می‌آمد.<sup>۱۷</sup> در شورای نگهبان و به هنگام بحث در خصوص این قانون، اختلافات در خصوص اختیارات حاکم شرع جدی‌تر می‌شود. آیت‌الله صافی گلپایگانی، دبیر وقت شورا، در خصوص ماده ۱۱ آیین‌نامه دادگاه‌ها و دادسراهای انقلاب و مسئلهٔ اختیارات حاکم شرع چنین می‌گوید: «...این چیزی که در اینجا گفته، عیناً همان لبیرالی است. می‌گوید اکثربتی که قاضی شرع با آنهاست، معتبر است، و بنابراین اگر چنانچه قاضی شرع در اقلیت بود، رأیش اعتبار ندارد» (جلسه ۸ اردیبهشت ۱۳۶۱). بر اساس ماده ۱۱: «رأى اكثربتی که در آن رئيس دادگاه شرکت دارد مناطق اعتبار است. تبصره ۱: اگر چنین اکثربتی حاصل نشود دو قاضی شرع به قاضیان اصلی اضافه می‌شوند و رأى اکثربت این دادگاه قطعی خواهد بود». به هنگام بحث در مورد ماده ۱۱ نگرانی اعضاً روحاً شورای نگهبان آن است که رأى قضات دادگستری در اکثربت باشد و در مخالفت با رأى «حاکم شرع» قرار گیرد. در پاسخ به نگرانی دبیر شورا، آیت‌الله صانعی می‌گوید: «ببینید،

<sup>۱۷</sup> محسن، نوریو، تحلیل جامعه‌شنختی پیوند میان تحول در گفتمان‌های حاکم و تحول در مجازات‌های بدنی در ایران، رسالهٔ دکتری، رشتهٔ حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه فردوسی مشهد، (۱۳۹۹)، ص ۶۳



اصل این است که قاضی شرع همه‌کاره است» (جلسه ۸ اردیبهشت ۱۳۶۱).

تحلیل گفتمان مذاکرات نخستین مجلس پس از انقلاب در خصوص الحق دادگاه انقلاب به دادگستری نیز بازنمای تمام عیار همین حساسیت‌هاست. زرهانی در خصوص طرح ادغام چنین بیان می‌دارد: «دادسراهای انقلاب نهادهایی هستند برخاسته از انقلاب و برای انجام یک سری فعالیت‌های مثبت قضایی به وجود آمده‌اند و ادغام و الحق اینها به دادگستری که خودش در شرف ویران شدن است و اصلاً سازشی با رویه انقلاب ما ندارد، کار درستی نیست» (جلسه ۱۴، ص ۲۳). اغلب نمایندگان مخالف و موافق ادغام نیز با ادبیاتی متفاوت همین اندیشه را انتقال می‌دهند. واژگانی که نمایندگان مخالف و موافق از آن‌ها بهره می‌گیرند، به‌وضوح بیانگر تصاویری است که آنان در خصوص نمادهای عرفی در ذهن دارند. از آن گذشته، در همین مجلس پیشنهادی مطرح می‌شود تا مقررات مربوط به حدود و قصاص نیز به دادگاه انقلاب ارجاع شود. در جلسه پانزدهم، محلاتی چنین بیان می‌دارد: «... ما بیاییم جان مردم را در اختیار افرادی بگذاریم که صد درصد اجتهادشان، عدالت‌شان، تارک هواشان، اینها منجز نباشد باید بدانیم که ما در کنار این قانون «قصاص» که یک قانون حیات‌بخشی است با این «حدود» ما باید یک بیمارستان معلومین هم در کنارش درست کنیم». ملاحظات پیش‌گفته حساسیت نمایندگان مجلس و نیز اعضای شورای نگهبان را در خصوص لزوم تقویت جایگاه «حاکم شرع» در برابر «قاضی دادگستری» نشان می‌دهد.

## ۱.۲. «حاکم شرع مقتدر»؛ قهرمانی شریف با اختیاراتی وصف‌ناپذیر

نماد حاکم شرع به عنوان پرتوی از نظریه سیاسی مذهب که مبتنی بر ولايت سیاسی فقیه بود، با اختیارات بسیار گسترده وارد نظام حقوقی ایران شد. این اختیارات گسترده را می‌توان در دو قلمرو تشریفات دادرسی و کیفردهی مورد بررسی قرار داد. در خصوص حوزه تشریفات می‌توان به آیین‌نامه دادگاهها و دادسراهای انقلاب مصوب شورای انقلاب اشاره کرد. به‌موجب این آیین‌نامه، دادگاه انقلاب که قاضی شرع در ریاست آن قرار داشت (مادة ۵)، تنها مکلف بود «طبق موازین اسلام به صدور رأی مبادرت کند» (مادة ۱۱). صدور رأی بر اساس موازین اسلام یک معیار کیفی با امکان تفسیرهای متعدد است که نه تنها اختیاراتی

بسیار وسیع به حاکمان شرع می‌داد، بلکه زمینه را برای عمل بر اساس اجتهاد ایشان فراهم می‌کرد. مسئله بسیار مهم آن بود که بهموجب ماده ۱۱ آیین‌نامه، رأی اکثریت زمانی اعتبار پیدا می‌کرد که حاکم شرع در بین آنها می‌بود. محتوای این ماده آن است که باید رأی قاضی شرع ملاک صدور حکم قرار گیرد. صادق خلخالی در پاسخ به پرسش یک خبرنگار در این خصوص که آیا در دادگاه‌های انقلابی از وجود افرادی که در رشتہ قضا و حقوق فارغ‌التحصیل شده‌اند، استفاده نمی‌شود، اظهار نظری قابل توجه دارد: «اکثر محاکمات، زیر نظر همین قضات و حقوقدانان انجام می‌شود و ما هیچ‌گاه دخالتی در این موضوعات نمی‌کنیم. قضات عالی‌رتبه دادگستری، اصل محاکمه را به‌طور کلی انجام می‌دهند، ولی رأی نهایی از مجموع آنچه که در دادگاه می‌گذرد، با قاضی شرع است».<sup>۱۸</sup>

مطلوب مهم دیگر، فقدان تشریفات در خصوص قرارهای تأمین کیفری بود. ماده ۳ آیین‌نامه از امکان بازداشت متهم و نیز جلب شهود و گواهان سخن بهمیان می‌آورد. تشخیص موارد جلب و بازداشت بدون تعیین هیچ ضابطه‌ای تنها بر عهده دادگاه گذارده شده بود. نکته مهم‌تر مربوط به قطعی بودن آرای دادگاه انقلاب است. بهموجب تبصره ۲ ماده ۱۱ «احکام دادگاه انقلاب قطعی و بدون تجدیدنظر است». این درحالی است که بهموجب ماده ۱۲ همین آیین‌نامه، «مجازات‌ها طبق حدود شرع اسلام و شامل اعدام، حبس، تبعید و ضبط اموالی که از راه غیرمشروع به‌دست آورده... خواهد بود». در تاریخ ۵ تیر ۱۳۶۲ شورای نگهبان در پاسخ به استفتای شورای عالی قضایی در خصوص قابلیت تجدیدنظر در آرای حاکم شرع چنین بیان داشت: «تجددنظر در حکم حاکم شرع جز در مورد ادعای عدم صلاحیت قاضی از سوی احد متداعین و در مواردی که حکم مخالف ضرورت فقه و یا غفلت قاضی از دلیل باشد جایز نیست».<sup>۱۹</sup> امکان تعییر حکم از سوی حاکم شرع بدون رعایت مقررات شکلی مربوط به تجدیدنظر یا اعاده دادرسی نیز نمونه‌ای دیگر از اختیارات گسترده در قلمرو تشریفات دادرسی بود. در این خصوص، صادق خلخالی چنین بیان داشته

۱۸. صادق، خلخالی، ایام انزو؛ خاطرات آیت‌الله خلخالی، اولین حاکم شرع دادگاه‌های انقلاب (تهران: سایه، ج ۱، ۱۳۸۰)، ص ۸۳-۸۴.

۱۹. حسین، مهرپور، «سرگذشت تعزیرات (نگرشی بر سیر قانون گذاری تعزیرات در جمهوری اسلامی ایران»، در: حسین، مهرپور، دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی، (تهران: اطلاعات، ج ۱، ۱۳۸۷)، ص ۱۹۶.

است: «این از مسلمات فقه شیعه است که قاضی به علم خویش عمل می‌کند و چه بسا ممکن است حکمی را صادر کند و سپس متوجه شود که اشتباه است. در این صورت، واجب و لازم است که از حکم صادره عدول کند و در بعضی از [پرونده‌های] قاچاقچیان حرفه‌ای، این امر برای من اتفاق افتاد و حکم اشد را اخف و حکم اخف را اشد کرده‌ام و این وظیفه و تکلیف شرعی من بوده است».<sup>۲۰</sup>

کوتاه بودن فرایند رسیدگی را نیز باید به موارد پیش‌گفته اضافه کرد. بر اساس ماده ۸، مدت رسیدگی در دادگاه انقلاب به ریاست حاکم شرع نباید بیش از یک هفته باشد. مفاد این ماده یادآور توصیف امام خمینی (ره) از دادرسی اسلامی است. ایشان پیش از انقلاب در مصاحبه با خبرنگاران خارجی ویژگی نظام دادرسی اسلامی را چنین توصیف می‌کند: «عدالت اسلامی مبتنی بر سادگی و آسانی است و شیوه‌ای مناسب و با سرعت عمل دارد. برای اجرای عدالت اسلامی تنها چیزی که لازم است عبارتند از یک قاضی مسلمان به همراه یک قلم، مرکب و دو یا سه مأمور اجرا. این مأموران اجرا باید به شهر رفته و به سرعت رأی قاضی را اجرا کنند».<sup>۲۱</sup> به تعبیر رودولف پیتر، «این واژگان بیانگر تمایلی گسترده برای برقراری عدالتی سریع و ساده است. همچنین، بیانگر اشتیاق برای برخورداری از جامعه‌ای کمتر پیچیده و البته منظم است. در چنین جامعه‌ای فعل خوب به سرعت پاداش داده می‌شود و فعل شیطانی در همان لحظه با مجازات مواجه می‌گردد. این برداشت یادآور تصویر مثبت از گونه‌ای عدالت است که از سوی یک کلانتر قهرمان محقق می‌شود. این قهرمان شریف با یک دست و فقط با تکیه بر تفنگ خود و به تنها ی قانون و نظم را در شهر کوچکی که در آن بزهکاری فراگیر شده است، احیا می‌کند».<sup>۲۲</sup>

همچنین اگرچه بر اساس ماده ۷ آیین نامه دادگاه‌ها و دادسراهای انقلاب متهم حق برخورداری از یک وکیل ایرانی را داشت، چنین به نظر می‌آید که دست کم در اغلب پرونده‌های مربوط به جرایم ضد انقلاب، رویه با این حکم قانونی متفاوت بوده است. برای

۲۰. صادق، خلخالی، ایام انزو؛ خاطرات آیت‌الله خلخالی، اولین حاکم شرع دادگاه‌های انقلاب (تهران: سایه، ۱۳۸۰، ۱)، ص ۱۹۸.

21. Graeme, Newman, *Khomeini and criminal justice: Notes on crime and culture*, Journal of criminal law and criminology, Vol. 43, (1982), p. 561.

22. Rudolph, Peter, *Crime and punishment in Islamic law: Theory and practice from the sixteenth to the twenty-first century*, Cambridge university press, (2005), p. 147.

نمونه یکی از حکام شرع چنین معتقد است: «... باید بگوییم ما در قوانین شرع و الگوی اسلامی نداریم که کسی بتواند برای خود وکیل انتخاب کند، مگر اینکه لال باشد و کسانی- که ما محاکمه می‌کنیم لال نیستند و عقلشان هم می‌رسد که جواب ما را بدھند، چون اصولاً ما چیزی نمی‌پرسیم که آن‌ها از جواب دادن به آن عاجز بمانند. ما می‌پرسیم: مثلاً فلان شخص را تو کشتی؟ می‌گوید: بله. می‌گوییم: چطور کشتم؟ می‌گوید: مثلاً از پشت به او تیراندازی کردم. و این‌ها مسائلی نیست که نیاز به وکیل داشته باشد».<sup>۳۳</sup>

آنچه گذشت، مربوط به اختیارات گسترده‌ای بود که در قلمرو تشریفات دادرسی به حاکم شرع داده می‌شد. در قلمرو تعیین میزان و کیفیت مجازات نیز وضع به همین نحو بود. قانون حدود، قصاص و دیات مهم‌ترین مرجع برای تشخیص این اختیارات گسترده است، زیرا این قانون زمینه‌ساز تولید قراتی خاص از نظریه کیفری مذهب گردید. از آن گذشته، این قانون علاوه بر حدود و قصاص، مقرراتی در حوزه تعزیرات وضع کرد که بر اساس آن حاکم شرع از اختیارات بسیار گسترده برخوردار بود.

در حوزه حدود به عنوان یک نمونه قابل توجه از اختیارات گسترده حاکم شرع، می‌توان به ماده ۱۴۲ این قانون اشاره کرد. بر اساس این ماده: «حد لواط قتل و کیفیت نوع آن در اختیار حاکم شرع است». اگرچه در تعیین نوع مجازات لازم بود حاکم شرع به مقررات فقهی مراجعه کند، با وجود این، همچنان وی برای تعیین کیفیت مجازات اختیار گسترده‌ای داشت. برای نمونه، او می‌توانست از میان کیفرهایی نظیر گردن زدن با شمشیر، سوزاندن با آتش، رجم، خراب کردن دیوار روی محکوم یا پرتاب کردن وی از روی یک بلندی یکی را انتخاب کرده و یا با صلاحیت خود میان این مجازات‌ها جمع نماید. رد پای این اختیار گسترده در قوادی نیز قابل مشاهده بود. به موجب ماده ۱۶۹ این قانون: «حد قوادی هفتاد و پنج تازیانه و تبعید از محل است که مدت آن را حاکم تعیین می‌کند». به این ترتیب، کیفیت و مدت تبعید کاملاً به اختیار حاکم شرع واگذار شده است. البته، موضوع اختیارات حاکم شرع در این قانون تنها به مجازات‌های پیش‌گفته محدود نمی‌شود. در مواد مختلفی از قانون به حاکم شرع اختیار پذیرش توبه یا عفو بزهکار داده شده است. در مواد مربوط به شرب خمر (۱۳۹)،

۳۳. صادق، خلخالی، ایام انزو؛ خاطرات آیت‌الله خلخالی، اویین حاکم شرع دادگاه‌های انقلاب (تهران: سایه، ج ۱، ۱۳۸۰)، ص ۷۸.



تفخیذ (۱۵۷) و مساقه (۱۶۴)، این اختیارات مطلق قابل مشاهده است.

در حوزه تعزیرات اختیارات حاکم شرع بسیار گسترده‌تر بود. این اختیارات با اتکا به خوانشی که از قاعدة «التعزير بما يراه الحاكم» صورت می‌گرفت، ایجاد شده بود. در همین راستا، ماده ۱۱ قانون راجع به مجازات اسلامی ۱۳۶۱ چنین مقرر می‌داشت: «تعزیرات، تأدیب و یا عقوبی است که نوع و مقدار آن در شرع تعیین نشده و به نظر حاکم واگذار شده است...». به موجب مواد مختلفی از قانون حدود و قصاص، حاکم شرع در تعیین کیفیت تعزیر و البته، میزان آن کاملاً مختار بود. بنابراین، یک قاضی شرع می‌توانست حکم به دو ضربه شلاق صادر کند و حاکم شرع دیگر بزهکار را به ۶۰ ضربه و یا حتی وی را نصیحت کرده، از تحمیل مجازات بدنی صرف نظر نماید. مطالعه مژاکرات شورای نگهبان به هنگام بررسی نسخه اولیه قانون یادشده در این خصوص بسیار راهگشاست. شورای نگهبان به موجب نامه مورخ ۳۰ مرداد ۱۳۶۱، این قانون را مغایر با شرع اعلام می‌دارد با این استدلال که «این مواد به علت تعیین مقدار تعزیر به تأیید اکثریت فقهاء نرسید. مواد ۱۶-۸۶-۱۲۲-۱۴۴-۱۴۵-۱۴۸-۱۵۵-۱۵۶-۱۵۷-۱۷۹- و ...»<sup>۲۴</sup>. در این مواد، نمایندگان مجلس میزان تعزیر را در جرایم مختلف مشخص کرده بودند، اما با توجه به استدلال شورای نگهبان مبنی بر اینکه حاکم شرع دارای اختیار مطلق در تعیین میزان تعزیر است، ناگزیر قانون را اصلاح کردند.

اختیارات گسترده حاکم شرع در تشدید و تخفیف مجازات را نیز باید به این سیاهه افزود. برای نمونه، بر اساس مواد ۱۹ و ۲۵ قانون راجع به مجازات اسلامی، کیفیت تشدید مجازات در فرض تکرار و تعدد جرم کاملاً به تشخیص حاکم شرع واگذار شده بود. همچنین ماده ۲۳ این قانون، رهبری و سرdestگی دو یا چند نفر در ارتکاب جرم را از علل مشدده مجازات دانسته، بدون اینکه میزان تشدید را مشخص نماید. سرانجام در مواد ۱۵ و ۳۵ نیز اختیار تعیین کیفر برای شروع به جرم و تخفیف مجازات مطلقاً به حاکم شرع واگذار شده بود.

<sup>۲۴</sup> مرکز تحقیقات شورای نگهبان، مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی (دوره اول): خرداد ۱۳۶۳ تا خرداد ۱۳۵۹ (تهران: معاونت تدوین، تحقیق و انتشارات قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری، ج ۱، ۱۳۹۰)، ص ۲۴۷.

به رغم این اختیارات وصفناپذیر و بدون محدودیت، حدود یک دهه بعد و درست زمانی که دیگر خبری از نزاع گفتمانی در میان نبود، «حاکم شرع مقتدر» جای خود را به «قاضی محدود شده‌ای» داد که در قالب شبکه پیچیده‌ای از قواعد و نهادها ایفای نقش می‌کند. در این زمان چنین به نظر می‌آید که از آن حاکم مقتدر و دارای اختیارات فراوان تنها یک بوروکرات اداری باقی مانده است؛ «قهرمان شریف» جای خود را به یک «عنصر دیوان‌سالار» داده است.

## ۲. دیوان‌سالار شدن ساختار قدرت و گذار از «حاکم شرع مقتدر» به «قاضی دیوان‌سالار»

به عنوان یک قاعدة فraigیر در انقلاب‌های اجتماعی، پس از اتمام نزاع گفتمانی و غلبه یک گفتمان، تلاش برای نهادسازی سیاسی آغاز می‌گردد. نهادسازی سیاسی و توسعه شبکه دیوان‌سالاری اداری مهم‌ترین گام برای پایدار کردن سلطه گفتمان پیروز است. در این زمان، گفتمان غالب «یک دولت مرکزی قوی تشکیل می‌دهد که شروع به ساختن مجدد جامعه می‌کند»<sup>۲۵</sup>. از طریق بازتولید و گسترش ساختار دیوان‌سالاری اداری، گفتمان غالب به درون این شبکه همه‌جا حاضر خزیده و سلطه خود را در قالب نهادها و قواعد تثبیت می‌کند. در این شرایط، همه پدیده‌های اجتماعی از جمله مجازات و نیز نهادهای وابسته به آن دیوان‌سالار خواهند شد. از این پس، مجازات و نهادهای وابسته به آن نه ابزارهایی برای غلبه گفتمانی و نه جلوه‌هایی آشکار از اعمال سلطه، بلکه به مثابه بخشی از شبکه فraigir دیوان‌سالاری اداری عمل می‌کنند. گذار از نماد «حاکم شرع مقتدر» با اختیارات گسترده به «قاضی بوروکرات» با اختیارات محدود شده در قالب شبکه دیوان‌سالاری اداری را می‌توان از همین زاویه تحلیل کرد. در حقیقت، پدیدار شدن نماد «قاضی با اختیارات محدود»، جلوه‌ای از دوران استقرار و توسعه شبکه دیوان‌سالاری اداری بر ساختار قدرت است.

دیوان‌سالاری اداری به واسطه کارکردهای شگفت‌انگیزش، اقتصادی پراثر و کم‌هزینه از وابستگی جامعه به قدرت بهره‌های اندازد. دیوان‌سالاری از طریق پنهان کردن اراده قدرت در

.۲۵. رفیع‌پور، پیشین، ص ۱۰۹



لابه‌لای نهادها، ساختارها و قواعد، هم به شیوه‌ای مؤثرتر اثرات قدرت را تولید می‌کند و هم عملکردهای پنهان آن را به مثابه اموری عقلانی و الزامی برای حفظ نظم و انصباط اجتماعی به تصویر می‌کشد. رؤیت‌ناپذیری قدرت، حاکمیت قواعد عقلانی و ساختارهایی که در خصوص مسائل و افراد مختلف به صورت یکسان عمل می‌کنند، همه و همه موجب پالایش چهره قدرت خواهد شد. دیوان‌سالاری، «سلسله‌مراتبی از تخصصهای اداری تولید می‌کند»<sup>۲۶</sup> «که قدرت را از نیروی یکپارچه و برخوردار از هیمنهای خاص، به واقعیتی تقطیع شده و همه‌جا حاضر بدل می‌نماید. این جریان اعمال سلطه از طریق وابستگی روان‌ها صورت می‌گیرد. اینکه شهروندان برای ابتدایی‌ترین امور خود نیازمند کسب اجازه از نهادهای تخصصی اداری هستند، وابستگی آن‌ها به قدرت را نشان می‌دهد»<sup>۲۷</sup>. از آن گذشته، «گسترش دستگاه دیوان‌سالاری اداری به معنای وابسته کردن بخش‌های بزرگی از جمعیت است که در این نهادهای اداری به نیابت از قدرتِ اعمال سلطه می‌کنند. این انتشارهندگان کوچک قدرتِ خود وابسته‌ترین افراد به منبع قدرت محسوب می‌شوند»<sup>۲۸</sup>.

به واسطه این کارکردها بود که طبقه روحانیت پس از پیروزی در تقابل گفتمانی، دست به کار توسعه شبکه دیوان‌سالاری اداری شد. این فرایند ابعاد مختلفی داشت: نخستین بُعد آن مربوط به تحکیم جایگاه طبقه روحانیت در بطن ساختار دیوان‌سالار بود. برای تداوم قدرت، لازم بود طبقه روحانیت به جزئی جدایی‌ناپذیر از ساختار دیوان‌سالار بدل شود. در همین راستا، قوه قضائیه، شورای نگهبان، وزارت اطلاعات، مجلس خبرگان و غیره، در شمار نهادهایی قرار داشتند که این کارکردهای اثربخش را به سرانجام می‌رسانند. از آن گذشته، طبقه روحانیت از طریق نهادهایی همچون شوراهای فرهنگی و اقامه نماز، دفتر ارتباطات

26. Max, Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, Edited by: Guenther Roth and Claus Wittich, Bedminster press, (1968), p. 97  
انتونی، گیلن، *جامعه‌شناسی*، مترجم: منوچهر صبوری، (تهران: نشر نی، چ ۳۰، ۵۰۰)، ص ۱۳۹۵؛ عبدالرضا جوان جعفری، «تحولات جامعه‌شناسی کیفر: از دور کهایم تا گارلند»، در: علی‌حسین نجفی ابرندآبادی (زیر نظر)، *دایره المعارف علوم جنایی (مجموعه مقالات)*، (تهران: میزان، چ ۱، ۱۳۹۲)، ص ۱۰۹۰.

27. سید محمدجواد، ساداتی، *جزئات و کنترل اجتماعی (تبارشناسی پیوند قدرت و واکنش‌های کیفری)*، (تهران: میزان، چ ۱، ۱۳۹۸)، ص ۱۱۷.

28. سید محمدجواد، ساداتی؛ علی‌حسین، نجفی ابرندآبادی؛ رحیم، نویهار، «تبارشناسی پیوند کیفر و قدرت در نظام حقوقی ایران»، *مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، دوره ۴، ش ۱، پیاپی ۸ (۱۳۹۶)، ص ۴۸.



حوزوی و نهاد رهبری، حضور خود را به صورتی پایدار در بطن ساختار دیوان‌سالار توسعه بخشید.<sup>۲۹</sup>

دگرگونی گسترده‌تر در قلمرو نهادی کردن ساختار قدرت به‌وقوع پیوست. در نخستین سال‌های انقلاب، فرایند اعمال قدرت بیشتر از طریق کمیته‌ها یا شوراهایی صورت می‌گرفت که ویژگی غیردیوان‌سالارانه داشتند. فرایند تصمیم‌گیری در این نهادها، مبتنی بر مصلحت طبقهٔ روحانیت و جامعهٔ انقلابی و البته بدون وجود قواعد فراگیر و ازپیش تعیین شده صورت می‌گرفت. در مقابل، در سال‌های پایانی دههٔ نخست، تمایلی شگفت‌انگیز برای توسعه شبکهٔ دیوان‌سالاری اداری بروز کرد. در این فرایند، به حیات شوراهای و کمیته‌ها خاتمه داده شد و نهادهای دیوان‌سالار که ویژگی آنها پیروی از یک ساختار اداری مشخص با قوانین و آیین‌نامه‌های متعدد بود، متولد شدند. در این فرایند فراگیر دیوان‌سالارسازی، همهٔ نمادها و مظاهری که به شیوه‌ای خارج از ساختار دیوان‌سالاری قرار داشتند، به درون این شبکهٔ گسترده انتقال یافت. حاکم شرع جلوهٔ رؤیت‌پذیر قدرت طبقهٔ روحانیت در یک جامعهٔ غیردیوان‌سالار بود. اما با گذار از دههٔ نخست انقلاب، قدرت تمایل نداشت خود را از طریق رؤیت‌پذیری در معرض دید و جدان جمعی قرار دهد. از این پس، قدرت خود را نه در قالب اشخاص، بلکه در چارچوب نهادها و البته، کارگزارانی که در قالب این شبکهٔ نهادی فعالیت داشتند، اعمال می‌کرد. «قضی دیوان‌سالار» نمادی از کارگزارانی بود که در قالب شبکهٔ فراگیر نهادی تأثیر قدرت را توسعه می‌داد.

دیوان‌سالار کردن ساختار قدرت به معنای نهادی کردن آن و پیروی از قواعد ازپیش تعیین شده است. اساساً عقاینیت دیوان‌سالار معنایی جز ایجاد محدودیت برای عملکرد کارگزاران و نیز قابلیت پیش‌بینی رفتار آن‌ها بر اساس قواعد ازپیش تعیین شده ندارد.<sup>۳۰</sup> «حاکم شرع» نیز به عنوان نمادی خارج از ساختار دیوان‌سالار باید به درون این شبکهٔ فراگیر فرو رفته، به نمودی از «عملکردهای اداری» قدرت بدل می‌شد. مجتهد بودن حاکم شرع

۲۹. برای مطالعهٔ یک تحلیل مشابه، ر.ک. علی، فرازمند، «دیوان‌سالاری و انقلاب: مورد ایران/اسلامی»، پرتال امام خمینی به آدرس اینترنتی زیر: (آخرین بازدید در تاریخ ۱۷ مرداد ماه ۱۳۹۹).

<<http://www.imam-khomeini.ir/fa/n128316/>>

۳۰. ماقس، وبر، دین، فقرت، جامعه، مترجم: احمد تدین، (تهران: هرمس، ج ۱، ۱۳۸۴)، ص ۲۴۶.

سبب افزایش دامنه اختیارات وی در دادرسی و اعمال کیفر می‌گردید. درحالی که گفتمان غالب، اگرچه از بطن روحانیت بنیادگرای انقلابی برخاسته بود، تمایل داشت تمامی نیروهای اعمال کننده اقتدار در قالب ساختار دیوان‌سالاری موجود فرو بردشوند. در نتیجه، حاکم شرع مجتهد که اقتداری خارج از ساختار دیوان‌سالاری تحت کنترل گفتمان غالب داشت، جای خود را به یک قاضی بوروکرات و ذوب‌شده در قالب شبکه فراگیر نهادها و قواعد داد. در این زمان چنین به نظر می‌آمد که گویی خود گفتمان سنت‌گرای مذهبی نیز در آستانه یک پالایش تمام‌عیار از نیروها و نهادهای خارج از ساختار قدرت دیوان‌سالار قرار گرفته است.

قاعده‌مند شدن و نهادی شدن اختیارات «قاضی دیوان‌سالار» به خصوص در دهه اخیر، دست‌کم در دو حوزه به‌وقوع پیوسته است؛ تشریفات دادرسی و نیز ایجاد محدودیت‌هایی قابل توجه در زمینه کیفردهی. در این زمان چنین به نظر می‌آید که «قاضی» به عنوان یک مقام اداری تنها مکلف به رعایت دستورالعمل‌هایی مشخص برای دادرسی و تعیین مجازات است. این یک دگرگونی شگفت‌انگیز بود که در قلمرو اعمال قدرت کیفری به‌وقوع می‌پیوست: یک نmad بسیار قدرتمند و بدون محدودیت، جای خود را به یک بوروکرات محدودشده در قالب قوانین و مقررات فراوان داد. این فرایند محدودیت‌آفرینی و دیوان‌سالار کردن قدرت قضایی، به‌ویژه با قوانینی که در دهه ۱۳۹۰ شمسی به تصویب رسید، تشدید شد. پژوهش حاضر تلاش می‌کند تا با بررسی این قوانین در دو حوزه پیش‌گفته این فرایند جایه‌جایی تأمل‌برانگیز را به تصویر بکشد.

دگرگونی‌ها در حوزه تشریفات دادرسی بسیار قابل توجه بود. برای نمونه، در تقابل با ماده ۱۱ آیین‌نامه دادگاه‌ها و دادسراهای انقلاب که احکام صادره را قطعی می‌دانست، در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ جز در موارد محدود، اصل بر قابلیت تجدیدنظر آراء محکم است (ماده ۴۲۷). در زمینه صدور قرارهای تأمین کیفری نیز به‌موجب مواد متعدد (حدود ۴۴ ماده) اختیارات مقامات قضایی، به‌ویژه در خصوص بازداشت موقت، بسیار محدود شده است. از آن گذشته، ضمانت اجرای تخلف از این مواد محاکومیت انتظامی برای قضاط است. مقایسه این مقررات تفصیلی و نیز مسئولیت‌های انتظامی قضات با قواعد بسیار اندک ذکر شده در آیین‌نامه دادگاه‌ها و دادسراهای انقلاب نشان می‌دهد که چگونه در فرایند



دیوان‌سالار شدن ساختار قدرت، حاکم شرع مقندر جای خود را به یک قاضی بی‌اختیار داده است. فاصله اختیارات حاکم شرع با قاضی دیوان‌سالار آنگاه بیشتر می‌شود که به قلمرو اختیارات حاکم شرع در روزها و ماههای نخستین انقلاب توجه کنیم. همچنین، در تقابل با ماده ۸ آئین‌نامه پیش‌گفته، که حداقل مدت رسیدگی را یک هفته اعلام می‌کرد، فرایند دادرسی کیفری به‌موجب مقررات قانون ۱۳۹۲، اغلب طولانی‌مدت و سرشار از تشریفات است. وجود مرحله تحقیقات مقدماتی، مرحله رسیدگی بدوى، تجدیدنظر، امکان اعاده دادرسی و... نمودهایی از این تشریفات محدود‌کننده هستند.

اینها تنها نمونه‌هایی از محدودیت‌هایی بود که در حوزه تشریفات دادرسی در سر راه مقام قضایی قرار داده شدند. محدودیت‌های بزرگ‌تر در زمینه تعیین کیفیت و کمیت ضمانت‌اجراهای کیفری ایجاد شدند. نتیجه پنهان این محدودیت‌ها، «سلب قدرت قضاؤت کردن» از مقام قضایی بود. این فرایند سلب قدرت، از دو راه محقق شده است؛ شیوه نخست، تنزل دادن جایگاه «قاضی» به یک «عنصر دیوان‌سالار بدون اختیار» که تنها کارکردن تطبیق «امر ارجاع شده» با قواعدی است که پیش‌تر در بطن ساختار دیوان‌سالار تولید شده‌اند. این تحول عمیق در قلمرو اعمال قدرت قضایی در فاصله چهار دهه از وقوع انقلاب محقق شد. ممکن است در برابر این ابراز شگفتی چنین بیان شود که محدود کردن اختیارات قضات نتیجه گریزناپذیر توسعه دانش کیفری است. بله، این یک ملاحظهٔ فنی است، اما در همین کاهش اختیارات و نیز پیوندهای مجازات و دانش، یک واقعیت شگفت‌انگیز ولی پنهان وجود دارد که آن، دگرگونی در شیوه‌های اعمال قدرت است.

شیوه دوم، عبارت است از احاطه کردن فرایند دادرسی با مجموعه‌ای از شخصیت‌های غیرقضایی و پیراکیفری<sup>۳۱</sup>. ورود عناصر متخصص نتیجه انکارناپذیر دیوان‌سالار کردن ساختار قدرت قضایی است. کارکرد این عناصر متخصص سلب «استقلال قضاؤت کردن» و «تصمیم‌گیری» از مقام قضایی و در عوض، انتقال آن به عملکردها و مصلحت‌های نظام دیوان‌سالار است؛ چراکه همه چیز باید تا سر حد امکان جلوه‌ای علمی و غیرشخصی به خود بگیرد. در همین راستا، پیرامون فرایند اصلی قضاؤت کردن، خرده‌نظم‌های متعدد قضات

<sup>۳۱</sup>. میشل، فوکو، مراقبت و تنبیه؛ تولید زندان، مترجم: نیکو سرخوش و افسین جهانبدی (تهران: نشر نی، ۱۳۹۷، ۱۵، ج ۳۴).

موازی تکثیر یافته‌اند: کارشناسان روانپژوهشک یا روانشناس، مریبان تربیتی، کارگزاران اداره ندامتگاه و غیره، همگی قدرت قانونی تنیبیه را از مقام قضایی گرفته و در هزارتوی شبکه دیوان سalarی اداری تکثیر کرده‌اند.

دو قانون «مجازات اسلامی ۱۳۹۲» و «کاهش مجازات حبس تعزیری ۱۳۹۹» نمودهایی عینی از سلب قدرت قضاؤت کردن از مقام قضایی‌اند. مقایسه این دو قانون با قوانین و آیین‌نامه‌هایی که در دهه نخست انقلاب به تصویب رسید، به‌وضوح نشان می‌دهد که چه دگرگونی اساسی میان اختیارات «حاکم شرع» و «قاضی دیوان سalar» به وجود آمده است. حاکم شرع در دهه اول، اختیاراتی گسترده در تعیین کیفیت و حتی کمیت مجازات داشت. برای نمونه، در تقابل با ماده ۱۴۲، قانون حدود و قصاص که تعیین کیفیت مجازات لواطکار را به اختیار حاکم شرع واگذار می‌کرد، ماده ۲۳۴ قانون مجازات ۱۳۹۲ چنین مقرر می‌دارد: «حد لواط برای فاعل، در صورت عنف، اکراه یا دارا بودن شرایط احصان، اعدام و در غیر این صورت، صد ضربه شلاق است. حد لواط برای مفعول در هر صورت (وجود یا عدم احصان) اعدام است». علاوه بر اینکه، در این مقرره نmad حاکم شرع از ادبیات قانون حذف می‌شود، اختیارات مقام قضایی نیز در حوزه تعیین کیفیت مجازات کاملاً محدود می‌گردد.

در قلمرو تعزیرات، دگرگونی‌ها قابل توجه‌تر بوده‌اند. ماده ۱۱ قانون راجع به مجازات اسلامی در تعریف تعزیر چنین مقرر می‌داشت: «تعزیرات، تأدیب و یا عقوبی است که نوع و مقدار آن در شرع تعیین نشده و به نظر حاکم واگذار شده است؛ از قبیل حبس و جزای نندی و شلاق که بایستی از مقدار حد کمتر باشد». در تقابل با این اختیارات وصفناپذیر، حدود سه دهه بعد ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ چنین تعریفی از تعزیر ارائه داده است: «تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست و به موجب «قانون» در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌گردد. نوع، مقدار، کیفیت اجراء و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر به موجب «قانون» تعیین می‌شود. دادگاه در صدور حکم تعزیری و با رعایت «مقررات قانونی»، موارد زیر را مورد توجه قرار می‌دهد...». در این ماده، سه مرتبه واژه «قانون» تکرار می‌شود. پیروی کردن از قواعد از پیش تعیین شده در حوزه تعیین مجازات، همان عنصر بنیادین در



دیوان سالار شدن قدرت قضایی است. در متن قوانین مربوط به تعزیرات از این پس خبری از گزاره‌های مبهم نیست. عبارت‌هایی نظیر «تعزیر می‌شود»، «تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم می‌شود»، «بنا به صلاحیت قضی تعزیر می‌شود» و ادبیاتی از این دست، یادگاری از دوران اقتدار حاکم شرع هستند که هم‌اکنون به واژگانی غیرقابل پذیرش بدل شده‌اند.

قانون «کاهش مجازات حبس تعزیری» به فرایند سلب اختیارات قضات شتابی قابل توجه بخشیده و با تصویب این قانون، آرمان «قضی بوروکرات» دست کم در حوزه تعزیرات به تمام معنا تحقق پیدا کرده است. ماده ۲ این قانون نمادی بارز از اختیارات سلب شده قضات در حوزه تعزیرات است. به موجب این ماده: «چنانچه دادگاه در حکم صادره مجازات حبس را بیش از حداقل مجازات مقرر در قانون تعیین کند، باید مبنی بر بندهای مقرر در این ماده و یا سایر جهات قانونی، علت صدور حکم به بیش از حداقل مجازات مقرر قانونی را ذکر کند. عدم رعایت مفاد این تبصره موجب مجازات انتظامی درجه چهار می‌باشد». مقایسه مفاد این ماده با اختیاراتی که حاکم شرع در حوزه تعزیرات داشت بهوضوح نشان می‌دهد که چگونه حرفة قضاوت کردن از عملکردهای کلی اعمال قدرت خارج شده و به بخشی از عملکردهای شبکه دیوان سالاری اداری تبدیل شده است. حاکم شرع اختیاری مطلق در تعیین کیفیت و کمیت واکنش‌های تعزیری داشت، اما قضی دیوان سالار باید از یک قاعدة کاملاً ازپیش تعیین شده پیروی کند. حاکم شرع مسئولیتی در قبال تعیین کیفیت و کمیت تعزیر نداشت، اما در نقطه مقابل، قضی دیوان سالار در صورت تخطی از مقررات ازپیش تعیین شده محکومیت انتظامی خواهد یافت.

با گذار از نزاع گفتمانی دهه نخست انقلاب چنین بهنظر می‌آید که یک قهرمان خستگی ناپذیر جای خود را به یک عنصر محدودشده در قالب ساختارها و قواعد دیوان سالار داده است. «حاکم شرع» نمودی تمام‌عیار از جسم قدرت بود که یک‌ته عدالت را در شهری که فساد در آن فراگیر شده بود، احیا می‌کرد. این قهرمان بزرگ در یک دست ترازو و در دستی دیگر شمشیر داشت. این تصویر غرورانگیز، نمایشگر آمیختگی غریب حرفة «قضاوت کردن» و «مجازات کردن» به صورت تؤمن بود: ترازو نماد دادرسی و شمشیر نمادی از اجرای مجازات است. اما هم‌اکنون حرفة قضاوت از حرفة مجازات کردن تفکیک شده است. یکی بر مبنای قواعد ازپیش تعیین شده قضاوت می‌کند و دیگری مجازات را اجرا می‌کند.



### نتیجه

«حاکم شرع مقتدر» و «قاضی دیوان‌سالار» هر یک نمادهایی از یک ساختار قدرت هستند. یکی جلوه‌ای از تقابل گفتمانی برای نهادسازی سیاسی در یک جامعه غیر دیوان‌سالار بوده و دیگری، چهره‌ای تمام‌عيار از یک عنصر دیوان‌سالار محدودشده در قالب قواعد و نهادها است. جایه‌جایی این دو نماد بیانگر یک دگرگونی قابل توجه در ساختار قدرت پس از انقلاب ۱۳۵۷ بوده است. با وجود این، اصل این جایه‌جایی و نیز زمینه‌های اجتماعی آن اغلب در مطالعات مرسوم حقوق کیفری در ایران نادیده گرفته می‌شوند.

چالش بنیادین این قبیل مطالعات، ارائه تصویرهایی فنی - حقوقی از دگرگونی‌های پدیده اجتماعی مجازات است. این تصویرها و تحلیل‌های وابسته به آن، اغلب مبنی بر گزاره‌ها و اصولی هستند که در قلمرو ادراک نخبگانی تولید می‌شوند. به همین واسطه اگر از این زاویه به تحلیل چرایی جایه‌جایی نماد «حاکم شرع مقتدر» با «قاضی بی‌اختیار» پردازیم، ناخودآگاه ذهن به سوی گزاره‌های همچون «اصل قانونی بودن جرایم، مجازات‌ها و دادرسی کیفری» می‌رود. بی‌تردید نمی‌توان نقش ملاحظات نخبگانی را در تحولات مجازات و نمادهای وابسته به آن نادیده گرفت. با این همه، نباید از وابستگی‌های پنهانی که نظام کیفری با سایر پدیدارهای اجتماعی برقرار می‌کند غافل بود. مجازات و نمادهای وابسته به آن، پدیده‌های اجتماعی هستند و به همین واسطه، از دگرگونی در سایر پدیده‌ها تأثیر می‌پذیرند. بر این اساس، می‌توان از طریق مطالعه تحول در خرده‌نظام کیفری به شناسایی تحولات پنهان‌تر و کلان‌تر در ساختار نظام اجتماعی نائل آمد. گذار از نماد «حاکم شرع مقتدر» به «قاضی بی‌اختیار» نیز بیانگر تأثیراتی بود که دگرگونی ساختاری قدرت در ایران پس از انقلاب بر خرده‌نظام کیفری گذارد.

تلاش طبقه روحانیت انقلابی برای نهادسازی سیاسی و پیروزی در نزاع گفتمانی با طبقه روشنفکر تأثیراتی عمیق بر خرده‌نظام مجازات در ایران داشته است. پدیدار شدن دادگاه‌های انقلاب، تصویب قانون حدود، قصاص و دیات، و البته پدیداری نماد حاکم شرع مقتدر را می‌توان از یک زاویه در چارچوب تلاش پیش‌گفته برای نهادسازی سیاسی تحلیل کرد. به این ترتیب، پدیداری نماد حاکم شرع را می‌توان با تکیه بر کارکردهای اجتماعی آن

تحلیل کرد. در همین راستا، هنگامی که به واسطهٔ غلبهٔ طبقهٔ روحانیت بر ساختار قدرت و تمایل این طبقه برای توسعه شبکهٔ دیوان‌سالاری اداری، از این نماد سلب کارکرد شد، زمینه‌های جایگزینی آن با قاضی دیوان‌سالار نیز فراهم آمد.



## منابع و مأخذ

### الف) فارسی

#### - کتاب‌ها -

۱. آبراهامیان، برواند، تاریخ ایران مدرن، (تهران: نشر نی، ج ۱۲، ۱۳۹۴).
۲. آجودانی، ماشالله، مشروطه‌ای ایرانی، (تهران: اختران، ج ۱۱، ۱۳۹۸).
۳. بشیریه، حسین، زمینه‌های اجتماعی انقلاب ایران، (تهران: نگاه معاصر، ج ۴، ۱۳۹۵).
۴. خلخالی، صادق، ایام انزوا؛ خاطرات آیت‌الله خلخالی، اولین حاکم شرع دادگاه‌های انقلاب، (تهران: سایه، ج ۱، ۱۳۸۰).
۵. خمینی، روح‌الله، ولایت فقیه، (تهران: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، بی‌تا).
۶. رفیع‌پور، فرامرز، توسعه و تضاد (کوششی در جهت تحلیل انقلاب اسلامی و مسائل اجتماعی ایران)، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ج ۶، ۱۳۸۴).
۷. ساداتی، سید محمدجواد، مجازات و کنترل اجتماعی (تباریزشناسی پیوند قدرت و واکنش‌های کیفری)، (تهران: میزان، ج ۱، ۱۳۹۸).
۸. علیزاده، عباسعلی، تاریخ شفاهی قوه قضائیه سی سال پس از انقلاب اسلامی، (تهران: مؤلف، ج ۱، ۱۳۸۹).
۹. فوکو، میشل، مرآبیت و تنبیه؛ تولد زندان، مترجمان: نیکو سرخوش و افشین جهاندیده، (تهران: نشر نی، ج ۱۵، ۱۳۹۷).
۱۰. گیدزن، آنتونی، جامعه‌شناسی، مترجم: منوچهر صبوری، (تهران: نشر نی، ج ۳۰، ۱۳۹۵).
۱۱. مرکز تحقیقات شورای نگهبان، مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی (دوره اول): خرداد ۱۳۵۹ تا خرداد ۱۳۶۳، (تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشارات قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری، ج ۱، ۱۳۹۰).
۱۲. مطهری، مرتضی، استاد مطهری و روشنفکران، (تهران: صدرا، ج ۱، ۱۳۷۴).
۱۳. نوریبور، محسن، تحلیل جامعه‌شناسخی پیوند میان تحول در گفتمان‌های حاکم و تحول در مجازات‌های بدنی در ایران، رساله دکتری، رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه فردوسی مشهد، (۱۳۹۹).

۱۴. وبر، ماکس، دین، قدرت، جامعه، مترجم: احمد تدین، (تهران: هرمس، ج ۱، ۱۳۸۴).

### - مقالات -

۱۵. جوان جعفری بجنوردی، عبدالرضا، «تحولات جامعه‌شناسی کیفر: از دور کهایم تا گارلند»، در: علی حسین نجفی ابرندآبادی (زیر نظر)، *دایره المعارف علوم جنایی (مجموعه مقالات)*، تهران: میزان، (۱۳۹۲).
۱۶. ساداتی، سید محمدجواد؛ نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین؛ نوبهار، رحیم، «تبارشناصی پیوند کیفر و قدرت در نظام حقوقی ایران»، *مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، دوره ۴، ش ۱، پیاپی ۸. (۱۳۹۶).
۱۷. ساداتی، سیدمحمد جواد و نوبهار، رحیم، «تمالی در زمینه‌های شکل‌گیری سیاست کیفری سخت‌گیرانه در دهه نخست انقلاب اسلامی»، *نشریه مطالعات حقوق تطبیقی معاصر (فقه و حقوق اسلامی سابق)*، سال نهم، شماره هفدهم (۱۳۹۷).
۱۸. مهرپور، حسین، «سرگذشت تعزیرات (نگرشی بر سیر قانون‌گذاری تعزیرات) در جمهوری اسلامی ایران»، در: حسین مهرپور، *دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی*، تهران: اطلاعات، (۱۳۸۷).

### ب) انگلیسی

19. Newman, Graeme, "Khomeini and criminal justice: Notes on crime and culture", *Journal of criminal law and criminology*, Vol 43, 1982.
20. Peter, Rudolph, *Crime and punishment in Islamic law: Theory and practice from the sixteenth to the twenty first century*, Cambridge university press, 2005.
21. Weber, Max, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, Edited by: Guenther Roth and Claus Wittich, Bedminster press, 1968.

### ج) منابع اینترنتی

۲۲. تبریزی، «کشف المراد من المنشروطه والاستبداد»، برگرفته از پایگاه اطلاعاتی سازمان اسناد و کتابخانه ملی جمهوری اسلامی ایران به آدرس اینترنتی زیر: (آخرین بازدید در تاریخ ۳ مرداد ماه ۱۳۹۹)



[http://dl.nlai.ir/UI/2d77fa8a-925b-43e3-b03d-08e30bd56c56/  
catalogue.aspx](http://dl.nlai.ir/UI/2d77fa8a-925b-43e3-b03d-08e30bd56c56/catalogue.aspx)

۲۳. فرازمند، علی (۱۳۸۵)، **دیوان سالاری و انقلاب: مورد ایران اسلامی**، پرتال امام  
خمینی به آدرس تارنمای اینترنتی زیر: (آخرین بازدید در تاریخ ۱۴ مرداد ماه ۱۳۹۹)

<http://www.imam-khomeini.ir/fa/n128316/>



## نقد و بررسی شرایط و آثار قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی مصوب ۱۳۹۸

تاریخ دریافت: ۹۹/۰۲/۱۳ تاریخ پذیرش نهایی: ۹۹/۱۲/۱۸

سیده فاطمه مهدی‌پور<sup>۱</sup>

مهین سبحانی<sup>۲</sup>

رضامقصودی پاشاکی<sup>۳</sup>

### چکیده

تبیيض در اعطای تابعیت از طریق نسب پدری و مادری در نظام حقوقی ایران منجر به چالشی برای تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی شده است. حصری بودن بند ۲ ماده ۹۷۶ قانون مدنی در پذیرش نسب پدری، و تنظیم مبهم بند ۴ همین ماده این سؤال را ایجاد کرده است که آیا فرزندان متولد از مادران ایرانی می‌توانند تابعیت اصلی ایرانی داشته باشند؟ به دلیل کاستی‌های ماده وحدة مصوب ۱۳۸۵ جهت اعطای تابعیت به این فرزندان، در سال ۱۳۹۸ قانون اصلاح ماده وحدة به تصویب رسید. نگارندگان این مقاله با بررسی توصیفی- تحلیلی ماده وحدة مصوب ۱۳۹۸ به این نتیجه می‌رسند که گرچه قانون اعطای تابعیت اکتسابی به فرزندان متولد از مادر ایرانی و پدر خارجی را بدون توجه به ملاحظات راجع به تابعیت مضاعف تسهیل می‌نماید، اما بر اساس بند ۴ ماده ۹۷۶ قانون مدنی همچنان مصاديق اعطای تابعیت اصلی شامل مواردی می‌شود که فرزند متولد از مادر ایرانی از آن محروم است. همچنین قانون گذار تعلق تابعیت اکتسابی به این فرزندان را به شرایطی ازجمله فقدان مشکل امنیتی منوط نموده است. قانون گذار با تأکید بر شرط ازدواج شرعی والدین، الزامات قانونی ازدواج با اتباع بیگانه را بدون ضمانت اجرای حقوقی رها کرده، و این درحالی است که آینین‌نامه آن را به ازدواج‌های شرعی قبل از اجرای قانون محدود نموده است. همچنین تبصره ۲ ماده وحدة به‌طور کلی برای اشخاص بدون تابعیت و متولد ایران از پدر و مادری که یکی از آن‌ها در ایران متولد شده باشد، امکان تابعیت ایرانی را فراهم کرده است.

**واژگان کلیدی:** تابعیت اصلی، تابعیت اکتسابی، معیار خون، نسب پدری، نسب مادری.

s.fatemeh.mahdipour@gmail.com  
m\_sobhani@guilan.ac.ir  
rmaghsoody@guilan.ac.ir

۱. کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه گیلان، ایران  
۲. استادیار دانشگاه گیلان، ایران (نویسنده مسئول)  
۳. دانشیار دانشگاه گیلان، ایران



## مقدمه

گرچه قانون‌گذاران در گذشته بر این اعتقاد بودند که همان‌گونه که نسب از پدر به فرزند منتقل می‌شود، تابعیت هم تنها از سوی پدر منتقل می‌گردد و زنان هیچ‌گونه حقی در انتقال و انتساب تابعیت به فرزندان ندارند، اما همگام با پویش‌های برابری جنسیتی به‌ویژه پس از جنگ جهانی دوم، به‌موجب قوانین اکثر کشورها تابعیت مادران نیز همچون پدران به فرزندانشان منتقل می‌شود.

با وجود این، ماده ۹۷۶ قانون مدنی ایران که ماده کلیدی در اعطای تابعیت ایران است، همچنان بدون هیچ تغییری از زمان تصویب (۱۳۰۸) باقی مانده است. آنچه در بند ۲ ماده یادشده جلب توجه می‌کند اشاره صیرف به انتقال تابعیت از طریق نسب پدری است. اشاره به جایگاه نسب مادری در بندهای ۳ و ۴ آن هم نه در راستای تسهیل انتقال تابعیت از طریق مادر ایرانی، بلکه محدود به مادر خارجی و یا مادر نامعلوم است؛ امری که به نتایج متناقض اجرای این بندها منجر می‌شود. به‌منظور حل این مشکل ماده واحدهای در سال ۱۳۸۵ به تصویب رسید که خود نیز دارای مشکلات بسیاری بود. پس از احراز مشکلات پیش رو<sup>۴</sup>، سرانجام در سال ۱۳۹۸ قانون اصلاح قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی به تصویب رسید. به‌موجب این ماده واحده:

«فرزندان حاصل از ازدواج شرعی زنان ایرانی با مردان غیرایرانی که قبل یا بعد از تصویب این قانون متولد شده یا می‌شوند قبل از رسیدن به سن هجده سال تمام شمسی به

<sup>۴</sup>. مهم‌ترین و اساسی‌ترین ابراد واردہ به ماده واحده، عدم تعیین تکلیف فرزندان مشمول زیر ۱۸ سال است. داشتن شناسنامه، برخورداری از حق تحصیل و رفتن به مدرسه، داشتن یارانه و سایر امتیازات جامعه ایرانی ازجمله حوایجی است که باید پیش از رسیدن به ۱۸ سال تمام تأمین شود. برای اطلاع از ابرادهای واردہ به ماده واحده ۱۳۸۵، ر.ک. سید حسن، حدتی شیبیری و زهره افشار قوجانی، «تعیین وضعیت حقوقی فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ش ۴ (۱۳۹۳)، ص ۱۶۴؛ سلیمان، فدوی، «نقدی بر قانون ماده واحده تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی مصوب ۸۵/۷/۲»، ماهنامه کانون سرددخوان و دفتریاران، سال ۴۸، ش ۶۷ (۱۳۸۵).

- تنها حمایت این قانون معاف بودن افراد موضوع این قانون از شرط «پنج سال سکونت در ایران اعم از متولی یا متناوب» می‌باشد. فاطمه، بداغی و عاطفه، عباسی، «حق تابعیت اطفال حاصل از ازدواج زنان ایرانی و مرد خارجی»، فصلنامه فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، ش ۵۱ (۱۳۸۸)، ص ۱۰۱.

درخواست مادر ایرانی در صورت نداشتن مشکل امنیتی (به تشخیص وزارت اطلاعات و سازمان اطلاعات سپاه پاسداران انقلاب اسلامی) به تابعیت ایران درمی‌آیند. فرزندان مذکور پس از رسیدن به سن هجده سال تمام شمسی در صورت عدم تقاضای مادر ایرانی می‌توانند تابعیت ایران را تقاضا کنند که در صورت نداشتن مشکل امنیتی (به تشخیص وزارت اطلاعات و سازمان اطلاعات سپاه پاسداران انقلاب اسلامی) به تابعیت ایران پذیرفته می‌شوند. پاسخ استعلام امنیتی باید حداقل طرف مدت سه ماه انجام شود و نیروی انتظامی نیز مکلف است نسبت به صدور پروانه اقامت برای پدر غیرایرانی در صورت نداشتن مشکل امنیتی (به تشخیص وزارت اطلاعات و سپاه پاسداران انقلاب اسلامی) اقدام کند.

**تبصره ۱** - در صورتی که پدر و یا مادر متقارضی در قید حیات نبوده و یا در دسترس نباشند، در صورت ابهام در احراز نسب متقارضی، احراز نسب با دادگاه صالح می‌باشد.

**تبصره ۲** - افراد فاقد تابعیتی که خود و حداقل یکی از والدین شان در ایران متولد شده باشند، می‌توانند پس از رسیدن به سن هجده سال تمام شمسی، تابعیت ایرانی را تقاضا کنند که در صورت نداشتن سوءپیشینه کیفری و نیز نداشتن مشکل امنیتی (به تشخیص وزارت اطلاعات و سپاه پاسداران انقلاب اسلامی) به تابعیت ایران پذیرفته می‌شوند».

این ماده واحده سؤالات و چالش‌هایی را ایجاد می‌کند. اول اینکه شرایط اعطای تابعیت در این ماده واحده چیست؟ دامنه اختیارات نهادهای امنیتی در احراز فقدان مشکل امنیتی به چه میزان است؟ در صورت موافقت با تابعیت این فرزندان، این تابعیت از نوع تابعیت اصلی است یا اكتسابی؟ اثر ازدواج زن ایرانی با مرد خارجی با عنایت به استثنای مندرج در ماده ۹۸۷ قانون مدنی، در انتقال تابعیت از مادر به فرزندان چیست؟

با توجه به پرسش‌های پیش رو، نگارندگان این مقاله در صدد بررسی شرایط و آثار اعطای تابعیت به موجب ماده واحده جدید هستند. بنابراین مقاله حاضر ابتدا به مطالعه شرایط و سپس به بررسی آثار تابعیتی ماده واحده و تبصره‌های آن خواهد پرداخت.

## ۲. شرایط اعطای تابعیت ماده واحده مصوب ۱۳۹۸

به موجب ماده واحده مصوب ۱۳۹۸ شرایطی برای اعطای تابعیت به فرزندان حاصل از



ازدواج مادر ایرانی با پدر خارجی مقرر شده است که در صورت دارا بودن تمام این شرایط، فرزند می‌تواند تابعیت ایرانی را به دست آورد.

## ۲. ۱. درنظر گرفتن «ازدواج شرعی» به جای «ازدواج قانونی»

به موجب ماده ۱۰۶۰ قانون مدنی: «ازدواج زن ایرانی با تبعه خارجه در مواردی هم که مانع قانونی ندارد موكول به اجازة مخصوص از طرف دولت است». بر همین اساس، آیین نامه صدور پروانه زناشویی بانوان ایرانی با اتباع بیگانه غیر ایرانی در سال ۱۳۴۵ شرایط اخذ پروانه اجازه زناشویی را مشخص کرده است. به موجب ماده ۲ آیین نامه، برای صدور پروانه، درخواست نامه مرد و زن مبنی بر تقاضای صدور پروانه، گواهی نامه از مرجع رسمی کشور متبع مرد مبنی بر بلا مانع بودن ازدواج با زن ایرانی و به رسمیت شناختن ازدواج در کشور متبع مرد، استشهادیه تشریف به دین اسلام در صورت غیر مسلمان بودن مرد و مدارک دیگری در صورت تقاضای زن لازم است.

ضرورت پرداختن به این پرسش در این است که اکثر ازدواج های صورت گرفته بین زنان ایرانی و مردان خارجی در ایران با پناهندگان و مهاجران غیر قانونی از کشورهای افغانستان و عراق صورت می گیرد؛ مهاجرانی که به دلایل متعدد از جمله غیر قانونی بودن اقامت در ایران، عدم اطلاع از قوانین، و نداشتن مدارک لازم قادر به اخذ پروانه زناشویی نیستند. در عمل، تنها معذوبی از ازدواج های بین زنان ایرانی و مردان خارجی در ایران با اخذ مجوز از وزارت کشور بوده است. بنابراین اکثر ازدواج ها از جنس ازدواج های شرعی هستند که با مراجعت به روحانی محل و در قالب های موقت (با مدت طولانی) انعقاد یافته اند.<sup>۵</sup>

در خصوص اعتبار ازدواج بین زن ایرانی با مرد خارجی بدون اجازه مخصوص از طرف دولت، بین حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد. برخی بر این اعتقادند که ازدواج بدون پروانه مخصوص نافذ است و دولت نمی تواند آن را ابطال کند، زیرا قانون نبودن اجازه را مانع نکاح به شمار نیاورده و ظاهراً آن را امری جدا از شرایط و موانع نکاح دانسته است<sup>۶</sup>. در مقابل،

۵. ستار، عزیزی و بیژن، حاجی عزیزی، «بررسی جایگاه مادر ایرانی در انتقال تابعیت به طفل: نقیبی بر ماده ۹۷۶ قانون مدنی ایران و

ماده وحدت سال ۱۳۸۵»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۵۶ (۱۳۹۰)، صص ۳۴۵-۳۴۶.

۶. حسین، صفایی و اسلامی، مختصر حقوق خانواده، (تهران: میزان، ج ۳۵، ۱۳۹۲)، صص ۹۷-۹۸.

برخی ضمانت اجرای ماده ۱۰۶۰ قانون مدنی را عدم نفوذ این ازدواج دانسته‌اند.<sup>۷</sup> بهنظر می‌رسد که استدلال دسته اول با توجه به نص قانون مدنی و تلاش برای حفظ بنیان خانواده با منطق حقوقی سازگاری بیشتری داشته باشد. با وجود این، مشخص است که این ازدواج‌ها علی‌رغم صحت آن‌ها، بدون مجوز دولت قابل ثبت در دفاتر ازدواج نیستند. در واقع، باید بین مسئله ثبت ازدواج و صحت آن تفکیک قائل شد.

به موجب صدر ماده واحده مصوب ۱۳۹۸، صرف ازدواج شرعی بین زن ایرانی و مرد خارجی جهت اعطای تابعیت به فرزند حاصل از این ازدواج کفايت می‌نماید. بنابراین تمام مباحث درباره صحت و آثار چنین ازدواجی کنار گذاشته می‌شود. اما پرسشی که در اینجا مطرح می‌شود، این است که با قائل شدن به چنین آثاری برای یک ازدواج شرعی، دیگر چه نیازی به ماده ۱۰۶۰ قانون مدنی وجود دارد؟ آیا تصویب این ماده واحده به معنای نسخ ضمنی ماده ۱۰۶۰ قانون مدنی نیست؟

اگر پاسخ به سؤال اخیر منفی باشد و همچنان برای ازدواج زن ایرانی با مرد خارجی نیاز به چنین مجوزی وجود داشته باشد، مشکلات حقوقی دیگری نیز پدیدار خواهد شد. درست است که قانون گذار برای اعطای تابعیت به فرزندان حاصل از این ازدواج، شرط رعایت ماده ۹۸۷ را کنار گذاشته، اما باید این ماده را در کنار ماده ۹۸۷ قانون مدنی قرار داد. ماده ۹۸۷ با رعایت ماده ۱۰۶۰ قانون مدنی به جریان می‌افتد. به موجب ماده نامبرده: «زن ایرانی که با تبعه خارجه مزاوجت می‌نماید به تابعیت ایرانی خود باقی خواهد ماند مگر اینکه مطابق قانون مملکت زوج، تابعیت شوهر به واسطه وقوع عقد ازدواج به زوجه تحمیل شود...».

به موجب ماده ۹۸۷ قانون مدنی که در تعارض با بند ۱ ماده ۹ کنوانسیون منع تبعیض علیه زنان است، ازدواج با مرد خارجی می‌تواند تحت شرایطی منجر به تغییر اجباری تابعیت زن شود. این تغییر اجباری به قانون دولت متبع شوهر خارجی بستگی دارد. اگر قانون دولت متبع شوهر خارجی قانونی مانند قانون ایران باشد، زن ایرانی که با مجوز وزارت کشور به ازدواج مرد خارجی درآمده است، بعد از ازدواج تابعیت ایرانی خود را ازدست خواهد داد و در

۷. ناصر، کاتوزیان، دوره حقوق مدنی؛ خانواده، ج ۱، (تهران: میزان، چ ۴، ۱۳۹۴)، ص ۱۲۴.



نتیجه، فرزند متولدشده از این ازدواج شرایط مقرر در ماده واحده مصوب ۱۳۹۸ را نخواهد داشت. برای مثال، طبق قانون قدیم تابعیت افغانستان<sup>۸</sup>، مانند قانون ایران، ازدواج با مرد افغان به تحمیل تابعیت افغانستان بر زن خارجی منجر می‌شد. بنابراین اگر زن ایرانی با یک مرد افغان با کسب پروانه ازدواج ماده ۱۰۶۰ ازدواج می‌نمود، این ازدواج به سلب تابعیت ایرانی وی می‌انجامید<sup>۹</sup>. نتیجه اینکه با حفظ ماده ۹۸۷ قانون مدنی برای آن دسته از زنان که ماده ۱۰۶۰ قانون مدنی را رعایت کرده‌اند امکان محرومیت فرزندانشان از مزایای ماده واحده وجود دارد، اما برای آن دسته از زنانی که صرفاً ازدواج شرعی نموده‌اند، امکان بهره‌مندی از ماده واحده وجود دارد. در واقع، با حفظ ماده ۹۸۷ قانون مدنی نتایج متقاضی برای فرزندان حاصل از ازدواج قانونی زن ایرانی با مرد خارجی ایجاد می‌شود.

به منظور حل این مشکل لازم است که با توجه به تحولات قوانین تابعیتی کشورها برای رفع تبعیض علیه زنان و حمایت از زنان ایرانی، ماده ۹۸۷ قانون مدنی اصلاح شود. زیرا تابعیت یک رابط حقوق عمومی است که بین دولت و اشخاص وجود دارد و نباید روابط خصوصی اشخاص به تغییر این حق عمومی بدون لحاظ رضایت شخص نسبت به آن منجر شود؛ امری که در تغییرات جدید قانون تابعیت افغانستان هم به چشم می‌خورد.

انتقاد دیگر اینکه گرچه قید ازدواج شرعی موجبات سامان گرفتن وضعیت تابعیت و تبعات پس از آن برای خیل عظیمی از فرزندان بلا تکلیف حاصل از ازدواج شرعی را فراهم می‌آورد، اما این امر موجبات افزایش ازدواج شرعی اتباع بیگانه با زنان ایرانی را هم مهیا می‌سازد. اگر یک شهروند خارجی بداند که بدون داشتن مجوز ازدواج و به صرف یک برگهٔ صیغه‌نامه می‌تواند علاوه بر ازدواج با زن ایرانی، برای خود پروانه اقامت اخذ کند و برای فرزند خود نیز شناسنامه بگیرد، دیگر رغبتی برای انجام فرایند قانونی ازدواج با زنان ایرانی

<sup>۸</sup> به موجب ماده ۱۸ قانون جدید تابعیت افغانستان: «هرگاه تبعه خارجی با تبعه جمهوری افغانستان مطابق شریعت اسلام ازدواج نماید با رعایت حکم ماده هفتم این قانون بعد از تقدیم درخواست تحریری مبنی بر مطالبه تابعیت افغانی تابعیت وی بدون نظرداشت موعد ... پذیرفته شده می‌تواند». در نتیجه، افغانستان هم با اصلاحات جدیدی که در قانون تابعیت خود به عمل آورده است، تحمیل تابعیت در اثر ازدواج را نمی‌پذیرد.

<sup>۹</sup> منوچهر، توسیل نایینی، «تأملی بر وضعیت کودکان حاصل از ازدواج مردان خارجی با زنان ایرانی با نگاهی به کنوانسیون حقوق کودک ۱۹۸۹»، پژوهشنامه حقوقی، ش ۱ (۱۳۹۰)، ص ۴۴.

نخواهد داشت. از سویی، دیگر موضوعیتی برای ماده ۱۰۶۰ قانون مدنی باقی نمی‌ماند، درحالی که مطابق ماده ۵۲ قانون حمایت از خانواده، عدم ثبت واقعه ازدواج مطابق ماده ۵۲ جرم بوده، مستوجب مجازات است. در ضمن چون ازدواج شرعی می‌تواند شامل ازدواج بدون رعایت تشریفات قانونی و ثبتش باشد، احراز انتساب قطعی فرزندان به این افراد ممکن نیست و احتمال دارد افراد به صورت غیرقانونی برای تعدادی غیر از فرزندان خودشان، تابعیت کسب کنند. بنابراین صرف ازدواج شرعی و عدم الزام تبعه بیگانه به ثبت ازدواج، با مصالح و نظم عمومی کشور نیز مغایرت دارد.<sup>۱۰</sup>.

با وجود ایرادهای وارد، از آنجا که هدف اولیه ماده واحده حل مشکل فرزندان حاصل از ازدواج شرعی زنان ایرانی با مردان خارجی عمدتاً مهاجر غیرقانونی در ایران بوده، بهنظر می‌رسد که چاره‌ای جز درج عبارت ازدواج شرعی به جای ازدواج قانونی نبوده است، در غیر این صورت این ماده واحده نیز به سرنوشت مشابه ماده واحده مصوب ۱۳۸۵ دچار می‌شد.

با وجود صراحة قانون مبنی بر کفايت ازدواج شرعی، بهموجب تبصره ۱ ماده ۳ آیین‌نامه: «احراز وقوع ازدواج‌هایی که از تاریخ لازم‌الاجرا شدن قانون تا زمان انتشار این آیین‌نامه در روزنامه رسمی صورت گرفته، موکول به ارایه عقدنامه رسمی یا حکم قطعی مرجع قضایی مبنی بر احراز وقوع نکاح شرعی است. در مورد ازدواج‌هایی که پس از انتشار این آیین‌نامه واقع می‌شوند، تنها ازدواج ثبت‌شده ملاک تأیید تابعیت فرزندان متولد از این ازدواج‌ها خواهد بود».

بنابراین بهنظر می‌رسد که آیین‌نامه در تعارض صريح با ماده واحده باشد و احتمالاً برای جلوگیری از مشکلات یادشده برای ازدواج‌های بعد از انتشار این آیین‌نامه، شرط ثبت ازدواج را الزامی نموده است؛ شرطی که بدون کسب مجوز ماده ۱۰۶۰ قانون مدنی محقق نمی‌شود. حال پرسش این است که آیین‌نامه می‌تواند برخلاف قانون باشد و آیا این امر از موجبات نسخ این تبصره نزد دیوان عدالت اداری نخواهد بود؟ بهموجب اصل ۱۷۰ قانون اساسی: «قضات دادگاه‌ها مکلفند از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین

۱۰. مجتمع مشورتی حقوقی شورای نگهبان، لایحه اصلاح قانون تعیین تکلیف فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی به شماره ۹۸۰۳۰۱۲ (۱۳۹۸)، صص ۱۱-۱۲.



و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوهٔ مجریه است خودداری کنند و هرکس می‌تواند ابطال این‌گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند».

## ۲. نداشتن مشکل امنیتی

نداشتن مشکل امنیتی عبارتی است که به دلیل ایرادهای شورای نگهبان در هنگام اولین بررسی مصوبهٔ مادهٔ واحدهٔ مصوب ۱۳۹۸ به آن وارد گردید. از نظر شورای نگهبان: «۱- عنوان اطلاق تابعیت در مواردی که خوف بروز مشکلات و مسائل امنیتی وجود داشته باشد، خلاف موازین شرع و بند ۵ اصل ۳ قانون اساسی (نفوذ اجانب) می‌باشد؛ ۲- اصل اعطای پروانهٔ اقامت به پدر، نسبت به مواردی که خوف بروز و مشکلات و مسائل امنیتی وجود داشته باشد خلاف موازین شرع و بند ۵ اصل ۳ قانون اساسی (نفوذ اجانب) می‌باشد».<sup>۱۱</sup>

ایراد دوم شورای نگهبان از این امر ناشی می‌شود که هیچ ملاحظه‌ای در مورد امکان وجود مشکلات امنیتی برای پدر خارجی لحاظ نشده است. اینکه نیروی انتظامی به دادن اقامت بدون هیچ ملاحظه و قید و شرط قانونی و بدون استعلام قضایی و انتظامی، برای همهٔ پدرانی که فرزندانشان تابعیت ایرانی گرفته‌اند، مکلف باشد، مغایر قانون اساسی و شرع است. «در حقیقت بسیاری از اتباع خارجی ممکن است جهت دریافت اقامت دائم در ایران اقدام به ازدواج با زنان ایرانی نمایند»<sup>۱۲</sup>. از سویی، تعداد بسیاری از شهروندان خارجی بدون طی تشریفات به صورت قاچاق وارد کشور شده‌اند که جرم محسوب می‌گردد. الزام دولت به صدور پروانهٔ اقامت برای افرادی که مسلم‌ترین قواعد ورود به خاک کشور را نقض کرده‌اند، پذیرفته نیست.

با وجود اصلاحات مجلس، شورای نگهبان بار دیگر بنایهٔ دلایل امنیتی مصوبه را به مجلس بازگرداند و اعلام کرد که اطلاق اکتفا نمودن به نداشتن مشکل امنیتی شامل

۱۱. <https://www.shora-gc.ir/fa/news/5894>

۱۲. محمود، رضایی عامل، «اظهار نظر کارشناسی درباره لایحه اصلاح قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی» (اعده شده از شورای نگهبان، ۲)، مورخ ۹۸/۷/۲، <http://rc.majlis.ir/fa/report/show/1285238>



مواردی می‌شود که در معرض افساد بوده، خلاف شرع باشد. با این توضیح که مرد خارجی ممکن است مشکلات اخلاقی و مذهبی داشته باشد، مثلاً متمایل به وهابیت باشد، یا مرد خارجی و فرزندش افراد فعال در مقابل مذهب امامیه باشند و اعطای تابعیت به این فرزند که در معرض فساد بوده، خلاف شرع است.<sup>۱۳</sup> جهت تأمین نظر شورای نگهبان در تاریخ ۲ مهر ۱۳۹۸ مجلس شورای اسلامی، ضمن اصلاحیه‌ای علاوه بر تأیید وزارت اطلاعات، لزوم تأیید اطلاعات سپاه پاسداران را در راستای بند ۵ اصل سوم قانون اساسی اضافه نمود.

لازم به توضیح است، مطابق اصل سوم قانون اساسی، «دولت جمهوری اسلامی ایران موظف است برای نیل به اهداف مذکور در اصل دوم همه امکانات خود را... به کار ببرد». در بند ۵ این اصل «طرد کامل استعمار و جلوگیری از نفوذ اجانب» از وظایف دولت شمرده شده است. می‌توان این‌گونه برداشت نمود که از نظر شورای نگهبان اعطای تابعیت به فرزندان مشمول مصوبه، باعث نفوذ اجانب در کشور است و گرفتن تأییدیه از وزارت اطلاعات هم تضمین‌کننده جلوگیری از نفوذ اجانب نیست. در حالی که هدف این مصوبه تسری معیار نسب مادری برای اعطای تابعیت بوده، با تبعه تلقی شدن فرد به دلیل نسب مادری، دیگر بحث اجنبي بودن فرزند موضوعیت ندارد. نکته دیگر اینکه همین دغدغه درباره فرزندان متولد از پدران ایرانی هم قابل طرح است و تفاوتی در این زمینه بین نسب پدری و مادری وجود ندارد. افزون بر این، نداشتن مشکل امنیتی در خصوص اشخاص صغیر اصلاً موضوعیت ندارد؛ مگر اینکه به دلیل اعمال پدر، فرزند را از یک امتیاز محروم نماییم که خلاف اصل شخصی بودن مجازات‌ها است.

شایان ذکر است «عدم سوءپیشینیه امنیتی» که اولین بار در نظام حقوقی ایران در تصویب ماده واحده مصوب سال ۱۳۸۵ مورد استفاده قرار گرفت، برخلاف «سوءپیشینیه کیفری» واژه شایعی نبود و از تفسیر روشنی هم برخوردار نیست. تشخیص موارد یادشده در ماده واحده ۱۳۸۵ از سوی وزارت اطلاعات صورت می‌گرفت. بهنظر می‌رسد که ورود شرط یادشده برای تأمین نگرانی‌های مراجع امنیتی صورت گرفته است تا به افرادی تابعیت ایران

۱۳. شهرزاد، همتی، «قانون اعطای تابعیت به فرزندان مادران ایرانی با پدران خارجی باز هم به مجلس برگشت داده شد». لایحه معلق، روزنامه شرق، مورخ ۹۸/۵/۲۰ <https://www.majiran.com/article/3945118>

داده نشود که نسبت به مقاصد و یا نیات سوء احتمالی پدر خارجی آن‌ها در ازدواج با زنان ایرانی تردید و گمان وجود داشته باشد. در زمان تصویب این ماده واحده نیز پیشنهاد حذف عدم سوءپیشینه امنیتی از سوی یکی از نمایندگان مطرح شد، با این استدلال که این مفهوم نامشخص است و از این گذشته اگر کسی دارای سوءپیشینه امنیتی باشد فرض بر این است که در دادگاه نیز بررسی می‌شود و این فرد دارای سوءپیشینه کیفری نیز خواهد شد؛ پیشنهاد حذفی که به تصویب نرسید.<sup>۱۴</sup>

با وجود این، آنچه که در ماده واحده مصوب ۱۳۹۸ جایگزین این مفهوم شده است، نداشتن مشکل امنیتی است که به نظر می‌رسد از نظر واژگان متفاوت با عدم سوءپیشینه امنیتی است. اگر عدم سوءپیشینه امنیتی را بتوان موضوعی شخصی مشابه عدم سوءپیشینه کیفری دانست، در اینجا قانون گذار از مفهوم دیگری استفاده نموده است. این گونه به نظر می‌رسد که وزارت اطلاعات و اطلاعات سپاه نه به صورت شخصی، بلکه باید به صورت عام مسائل امنیتی را مد نظر قرار دهن؛ به این معنا که اگر به دلیل تعداد بالای درخواست‌ها، تابعیت می‌تواند به بروز مشکل امنیتی برای کشور منجر شود، بنابر مسائل امنیتی با درخواست تابعیت افراد مشمول ماده واحده مخالفت نمایند. همچنین این تفسیر با توجه به اینکه در ماده واحده ۱۳۹۸ دیگر به عدم سوءپیشینه کیفری اشاره نشده است، تقویت می‌گردد. گرچه مصاديق شخصی اعلامی از سوی شورای نگهبان در خصوص فرزند در معرض افساد چنین تفسیری را بعيد می‌نماید.

البته دامنه اختیارات دستگاه‌های امنیتی وزارت اطلاعات و سازمان اطلاعات سپاه پاسداران در مصوبه، بسیار وسیع‌تر از اعلام سوءپیشینه کیفری است که موضوعی کاملاً تعریف‌شده در قانون مجازات اسلامی است. تأکیدات مکرر قانون گذار در این ماده واحده بر استعلام امنیتی از وزارت اطلاعات و سازمان اطلاعات سپاه، احتمال موازی کاری در نهادهای اطلاعاتی را افزایش می‌دهد. مضافاً اینکه قانون گذار در ماده واحده جدید تکلیف را در صورت اختلاف نظر میان نهادهای امنیتی معین نکرده است. البته با توجه به لزوم اظهار

<sup>۱۴</sup>. مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی در مورد تصویب طرح یک فوریتی تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی، مندرج در روزنامه رسمی به شماره ۱۷۹۴۳، ۱۰ مورخ ۸۵/۷/۱۰

نظر و تأیید عدم مشکل امنیتی از سوی هر دو نهاد، در صورت اختلاف نظر باید اصل را بر عدم تأیید دانست؛ امری که در اصلاحیه آیین‌نامه بر آن تأکید شده و منظور از مرجع امنیتی را هر دو نهاد امنیتی مندرج در قانون دانسته است. همچنین در صورت احراز مشکل امنیتی از سوی هر دو یا یکی از این نهادها، فرزند مشمول ماده واحده برای اعتراض، راهی در ماده واحده پیش‌بینی نشده بود.

به دلیل مشکل یادشده به موجب ماده ۷ آیین‌نامه: «در صورت اعلام صریح وجود مشکل امنیتی توسط مرجع امنیتی ظرف سه ماه، عدم موافقت به استانداری مربوط یا نمایندگی سیاسی و کنسولی جمهوری اسلامی ایران در خارج از کشور اعلام می‌شود. پس از ابلاغ عدم موافقت توسط استانداری یا نمایندگی مذکور به متقاضی، وی حق دارد ظرف یک سال از تاریخ ابلاغ نسبت به اعلام نظر مرجع امنیتی اعتراض کند. مرجع امنیتی پس از دریافت اعتراض، دوباره به موضوع رسیدگی و حداقل ظرف سه ماه اظهارنظر می‌کند». بنابراین امکان اعتراض به نظر مراجع امنیتی در آیین‌نامه پذیرفته شده است و مرجع اعتراض نیز خود مراجع امنیتی هستند. همچنین در ماده ۱۳ آیین‌نامه به صراحة تکلیف عدم ارسال پاسخ روشن از سوی مراجع امنیتی را نیز مشخص نموده و آن را بهمنزله فقدان مشکل امنیتی دانسته است.

با وجود این، در قسمت اخیر ماده ۱۳ آیین‌نامه اعلام شده است که در صورت اعلام صریح مشکل امنیتی از سوی مراجع امنیتی، رد درخواست از سوی استانداری به متقاضی ابلاغ می‌شود. این تصمیم ظرف یک سال از تاریخ ابلاغ آن به متقاضی در کمیسیون تابعیت وزارت کشور قابل تجدیدنظرخواهی خواهد بود. کمیسیون موظف است ظرف شش ماه در خصوص این درخواست، تصمیم‌گیری نهایی و نتیجه را به متقاضی ابلاغ کند و این تصمیم قطعی است. ماده ۱۳ آیین‌نامه ابهاماتی در خصوص امکان و مرجع اعتراض به اعلام نظر مراجع امنیتی ایجاد نمود که با تصویب آخرین اصلاح آیین‌نامه در شهریور ۱۳۹۹، به این ابهام‌ها پاسخ داده شد. به موجب این اصلاحیه در ماده ۱۳، پس از عبارت «تصمیم‌گیری نهایی و نتیجه» عبارت «بر اساس نظر مرجع امنیتی» اضافه می‌شود. در نتیجه، امکان اعتراض و مرجع اعتراض به تصمیم مراجع امنیتی همان مراجع امنیتی مندرج در ماده ۷



آیین‌نامه هستند و کمیسیون تابعیت باید بر اساس نظر مراجع امنیتی تصمیم‌گیری نماید و نمی‌تواند تصمیم مراجع امنیتی را نقض نماید. به منظور تأکید بر این امر در این اصلاحیه ماده ۸ آیین‌نامه نیز مورد اصلاح قرار گرفته و حق اعتراض متقاضی صرفاً محدود به موضوعات غیرامنیتی شده است.

### ۲.۳. عدم لزوم تولد در ایران

یکی از موارد مصوبه جدید، حذف شرط «مکان و زمان تولد» و شرط «اقامت» در ایران است. حذف این شروط و باسته ندانستن موضوع اعطای تابعیت به لزوم تولد و اقامت در خاک ایران، موجب شمول تابعیت ایرانی به کلیه فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی که حتی در خاک ایران متولد نشده‌اند و خودشان یا مادرشان نیز در ایران زندگی نمی‌کنند، می‌شود. این درحالی است که آنچه وضعیت تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی را به یک مسئله تبدیل کرده، ناظر به مشکل بی‌هویتی فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی داخل ایران- و نه خارج از کشور- است.<sup>۱۵</sup>

به نظر می‌رسد که قانون‌گذار ایرانی با حذف شرط تولد در ایران به‌دلیل پذیرفتن معیار خون صریف از طریق نسبت مادری بوده است که به‌نوبه خود گام مثبتی در جهت همراهی با اسناد حقوق بشری تلقی می‌شود<sup>۱۶</sup>. در حال حاضر اکثر کشورهایی که سیستم اعطای تابعیت آن‌ها بر محور معیار خون است، انتقال تابعیت از هر دو طریق نسب پدری یا مادری را پذیرفته‌اند؛ برای نمونه می‌توان به قانون تابعیت آلمان اشاره کرد که ترکیبی از معیارهای خون و خاک را مورد پذیرش قرار داده است. صرف‌نظر از معیار خاک، تابعیت از طریق نسب پدری یا مادری آلمانی به کودک منتقل می‌شود. هر شخص متولد از یکی از والدین آلمانی،

15. <http://dotic.ir/news/۲۹۳۶>

۱۶. به‌موجب ماده ۲ کنوانسیون کاهش بی‌تابعیتی<sup>۱۷</sup>، دولت‌های عضو متعهد می‌شوند که به کودکی که در سرزمین دولتی بر اثر ازدواج قانونی متولد شده باشد و مادر کودک تابعیت دولت طرف کنوانسیون را داشته باشد، تابعیت کشور خود را بدهد. همچنین به‌موجب بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون منع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان نیز دولت‌های عضو متعهد شده‌اند که به زنان حقوق برابر با مردان در خصوص تابعیت فرزندانشان اعطای نمایند.

یک تبعه آلمانی محسوب می‌شود<sup>۱۷</sup>. همچنین در نظام حقوقی فرانسه بهموجب ماده ۱۸ قانون مدنی فرانسه، اصلاحی ۴ جولای ۲۰۰۵، هر کودکی که از یک پدر یا مادر فرانسوی متولد می‌شود، فرانسوی است<sup>۱۸</sup>. در انگلستان تابعیت از طریق معیار خاک اعطا می‌گردد؛ یعنی افرادی که از اول ژانویه ۱۹۸۳ از یکی از والدین بریتانیایی در بریتانیا متولد شده‌اند، بریتانیایی محسوب می‌شوند. با وجود این، تابعیت بریتانیا تا یک نسل به فرزندان متولد از یکی از والدین بریتانیایی در خارج از انگلستان هم تسری می‌باید و در این خصوص تفاوتی بین نسب مادری و پدری وجود ندارد<sup>۱۹</sup>.

این عدم تبعیض در ماده ۹ قانون تابعیت جدید افغانستان نیز به‌چشم می‌خورد. بهموجب این ماده، شخصی که در قلمرو جمهوری افغانستان یا خارج از آن از والدینی که تابعیت افغانستان را داشته باشند، متولد گردد، تبعه افغانستان محسوب می‌شود. بنابراین همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، در قوانین تابعیت آلمان، فرانسه و افغانستان که همانند نظام حقوقی ایران در وهله اول از معیار خون در اعطای تابعیت استفاده می‌نماید، تفاوتی در انتقال تابعیت از طریق نسب پدری یا مادری وجود ندارد و برای نسب پدری اولویتی قائل نشده‌اند.

در واقع با این گام قانون‌گذار ایران تا حد زیادی تبعیض موجود در بند ۲ ماده ۹۷۶ تعديل می‌شود<sup>۲۰</sup>، اما با لحاظ آثار تابعیت اعطایی بهموجب این ماده واحده و عدم حذف بند ۴

۱۷. با وجود این، تابعیت آلمانی به کودکان متولدشده در خارج از آلمان از یکی از والدین آلمانی که خود نیز بعد از دسامبر ۱۹۹۹ در خارج از آلمان متولد شده‌اند و اقامت اصلی در آلمان ندارند، انتقال نمی‌یابد. چنین کودکی به‌طور قهقهی از بدو تولد آلمانی محسوب نمی‌شود، اما یکی از والدین آلمانی می‌تواند با ثبت تولد کودک در کنسولگری‌های آلمان خلف یک سال از تولد وی، برای کودک درخواست تابعیت آلمانی نماید. البته این محدودیت درجایی که کودک در غیر این صورت بی‌تابعیت خواهد شد و یا یکی از والدین آلمانی وی متولد ۳۱ دسامبر ۱۹۹۹ یا قبل از آن باشند، اعمال نخواهد شد.

Amt, Auswärtiges. [“Federal Foreign Office- Obtaining German Citizenship”](http://www.germany.info). www.germany.info. Retrieved 23 June 2019.

۱۸. بهموجب بند یک ماده ۱۸ قانون مدنی فرانسه، اگر تنها یکی از والدین فرانسوی باشند و کودک در فرانسه متولد نشده باشد، می‌تواند ظرف شش ماه قبلاً و یا دوازده ماه بعد از رسیدن به سن رشد (بلوغ)، تابعیت فرانسوی خود را رد نماید. چنین اختیاری درصورتی که یکی از والدین غیرفرانسوی کودک در زمان طفویل وی تابعیت فرانسوی بهدست اورده باشد، ازین خواهد رفت.

TITLE I bis OF FRENCH NATIONALITY Articles 17 to 33-2, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

19. Types of British Nationality, <https://www.gov.uk>

۲۰. حتی در صورت پذیرش تبعیض هم می‌توان با استناد به راهکارهای مانند نسخ عقلی و یا نسخ نقلی احکام شرعی معارض با اندیشه حقوق شر این تعارض بین احکام شرعی و اندیشه حقوق پشر را مرتفع نمود. برای اطلاع بیشتر در رابطه با دیدگاه‌های اندیشمندان اسلامی راجع به اصل منع تبعیض، ر. ک. حمید، انصاری، رضا، نیکخواه سرتقی و سیدمهدی، صالحی «مطالعه دیدگاه‌های اندیشمندان اسلامی راجع به اصل منع تبعیض» مطالعات حقوقی معاصر، ش ۲۰ (۱۳۹۹)، ص. ۲۱.



۴ ماده ۹۷۶، همچنان مشکل تعارض و تناقض و تبعیض در قوانین تابعیت ایران باقی مانده است.

### ۳. آثار اعطای تابعیت ماده واحد مصوب ۱۳۹۸

#### ۳.۱. تابعیت اصلی یا اکتسابی

به موجب بند ۴ ماده ۹۷۶ قانون مدنی: «۴. کسانی که در ایران از پدر و مادر خارجی که یکی از آنها در ایران متولد شده به وجود آمده‌اند؛...» تابعیت ایران دارند. به موجب بند ۴ که به خارجی بودن مادر تصریح نموده است، این ادعا وجود دارد که اگر فرزند تولدیافته از مادر خارجی می‌تواند از تابعیت اصلی ایران به موجب این بند بهره‌مند گردد، به طریق اولی فرزند متولد از مادر ایرانی هم مشمول این بند می‌شود.<sup>۲۱</sup> در واقع، این تفسیر جهت جلوگیری از نتیجه غیرمنطقی این بند صورت گرفته است، زیرا به موجب این بند، طفل متولد در ایران از مادر خارجی را ایرانی می‌دانیم، اما کودک متولدشده از مادر ایرانی در ایران را ایرانی نمی‌دانیم.

در این خصوص چندین بار از اداره حقوقی وزارت دادگستری کسب نظر مشورتی شده است. در اکثر این نظریات مشورتی<sup>۲۲</sup>، اعم از قبل و بعد از انقلاب، تصریح شده است که اگر مادر ایرانی طفل در ایران متولد شده باشد، با توجه به وحدت مناطق در این بند، این کودک ایرانی محسوب می‌شود. در عمل، ادارات ثبت احوال در شهرهای مختلف رویه‌های معارضی در این باره به کار بردن، به‌طوری که در اکثر نقاط کشور به فرزندان متولد از مادر ایرانی در ایران شناسنامه ایرانی تعلق نمی‌گرفت و آنها مشمول بند ۴ نمی‌شدند. عمدتاً دلیل این رویه، اصلاح ماده ۴۵ قانون ثبت احوال و اضافه شدن تبصره‌ای به آن در سال ۱۳۶۴<sup>۲۳</sup> بود. به موجب ماده ۴۵ اصلاحی: «هرگاه هویت و تابعیت افراد مورد تردید واقع گردد و مدارک لازم جهت اثبات آن ارائه نشود مرتباً برای اثبات هویت به مراجع انتظامی و برای

۲۱. محمود، سلجوqi، بایسته‌های حقوق بین‌الملل خصوصی، (تهران: میزان، ج ۱۳۹۱، ۱۳)، ص ۸۲

۲۲. نظر مشورتی شماره ۳۸۰۷، مورخ ۱۳۵۳/۶/۸؛ نظر مشورتی شماره ۷/۵۲۰۷، مورخ ۱۰/۱۳/۶۱

۲۳. ستار، عزیزی و بیژن، حاجی عزیزی، «بررسی جایگاه مادر ایرانی در انتقال تابعیت به طفل: نقدي بر ماده ۹۷۶ قانون مدنی ایران و ماده واحده سال ۱۳۸۵»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۵۶ (۱۳۹۰)، ص ۳۴۶



اثبات تابعیت به شورای تأمین شهرستان ارجاع و در صورت تأیید طبق مقررات اقدام خواهد شد». به همین دلیل و با توجه به تعداد بالای فرزندان این افراد (بنابر اعلام برخی مراجع، ۱۲۰ هزار نفر)<sup>۳۴</sup>، این معضل بهویژه در استان‌های مرزی و مهاجرنشین بیش از پیش شدت گرفت. به همین دلیل، قانون‌گذار در آبان ۱۳۸۵ ماده واحدهای برای اعطای تابعیت به این فرزندان تصویب نمود. در واقع با تصویب این ماده محرز گردید که این افراد مشمول هیچ‌یک از بندهای ماده ۹۷۶ نخواهند شد.<sup>۳۵</sup>

لایحه ماده واحدة سال ۱۳۸۵ در آغاز گرچه با هدف تسهیل اعطای تابعیت و نسخ دو بند ۴ و ۵ ماده ۹۷۶ قانون مدنی مطرح شده بود، اما در نهایت، بدون نسخ دو بند مسئله‌ساز ماده ۹۷۶ و به شکل ماده واحدهای مستقل به تصویب رسید. این ماده واحده با ارائه شروط فراوان جهت اعطای تابعیت به فرزندان متولد از مادر ایرانی و پدر خارجی، در نهایت نتوانست هدف اولیه را محقق سازد و حتی شرایط را برای این فرزندان سخت‌تر نمود؛ به طوری که طی سرشماری وزارت رفاه در سال ۱۳۹۶ طی چهل روز حدود ۲۵ هزار پیامک از سوی زنان ایرانی با کد ملی مشخص دریافت گردید که حاکی از ازدواج آنان با مرد خارجی در ایران و داشتن فرزندانی بی‌تابعیت حاصل از این ازدواج در ایران بود. خانواده‌هایی که عمدتاً در دهک‌های پایین اقتصادی جامعه قرار داشتند. میانگین سنی فرزندان این خانواده‌ها حدود ۱۵ سال بود که نشان از زنگ خطری برای جامعه ایران دارد، زیرا این افراد بی‌تابعیت در آینده نه چندان دور ازدواج و فرزندان بی‌تابعیت جدیدی را به جمعیت ایران اضافه خواهند نمود.<sup>۳۶</sup>

بنابراین یکی از اهداف اولیه ماده واحدة ۱۳۹۸، گسترش دامنه معیار خون بود. بنابر گفته معاون حقوقی رئیس‌جمهور، با تصویب این لایحه «... دامنه شمول ماده ۹۷۶ قانون مدنی در اعطای تابعیت از طریق سیستم خون، به فرزندان مادران ایرانی توسعه یافته است... قانون جدید به نوعی ماده ۹۷۶ قانون مدنی را اصلاح کرده است، زیرا در این ماده تابعیت بر اساس سیستم خون از جانب مرد است...»<sup>۳۷</sup>. البته با کمی مدافعت در متن ماده واحده مشخص

.۳۴. همان، ص ۳۴۹.

.۳۵. بتول، سلیمانی منش، «نگاهی به لایحه اعطای تابعیت به فرزندان با مادران ایرانی»، روزنامه کيهان، مورخ ۹۷/۱۰/۳

<https://www.kayhan.ir/fa/news/150428>

26. <http://www.pana.ir/news/914248>

27. [dolat.ir/detail/322266](https://dolat.ir/detail/322266)



می‌شود با اینکه هدف اولیه طرح این لایحه، اعطای تابعیت اصلی از نسب مادری بوده، اما آنچه که درنهایت به تصویب مجلس رسید، تابعیت اکتسابی است، نه اصلی.<sup>۲۸</sup> بهموجب ماده واحد، فرزند مادر ایرانی و پدر خارجی به محض تولد، ایرانی محسوب نمی‌شود، بلکه مادر باید درخواست آخذ تابعیت فرزند را بدهد.<sup>۲۹</sup>

دلیل دیگر بر اکتسابی بودن تابعیت این فرزندان این است که به صرف درخواست مادر نیز به این افراد تابعیت ایرانی اعطا نمی‌شود، بلکه اعطای تابعیت منوط به احراز نبود مشکل امنیتی از سوی نهادهای امنیتی است؛ بنابراین در صورت احراز مشکل امنیتی به این افراد تابعیت ایرانی اعطا نمی‌گردد. همچنان در تمام متن ماده واحده صحبت از پذیرفته شدن به تابعیت ایران است، درحالی که در ماده ۹۷۶ قانون مدنی افراد مشمول بندهای ۲ و ۳ و ۴ به محض تولد دارای تابعیت ایرانی خواهند بود. در نتیجه، تابعیت مد نظر ماده واحده، تابعیت اکتسابی است و نه اصلی.

علاوه بر محرومیت‌هایی که بهموجب ماده ۹۸۲ قانون مدنی برای دارندگان تابعیت اکتسابی وجود دارد، با عدم اصلاح ماده ۹۷۶ قانون مدنی و بهویژه حفظ بند ۴ این ماده، این پرسشن جدی هنوز پابرجا باقی خواهد بود که چگونه ممکن است فرزند متولد از پدر و مادر خارجی در ایران که یکی از آن‌ها در ایران متولد شده، از تابعیت اصلی برخوردار باشد، اما فرزند متولد از مادر ایرانی به‌دنیا آمده در ایران، از تابعیت اکتسابی برخوردار باشد؟

### ۳. تابعیت مضاعف افراد مشمول ماده واحده سال ۱۳۹۸

یکی از شرایط اصلی اعطای تابعیت ایرانی به فرزندان موضوع متن ماده واحده سال ۱۳۸۵، رد تابعیت غیرایرانی آنها بود. این افراد برای آخذ تابعیت باید به کشور پدری خود مراجعه و مدرکی دال بر ترک تابعیت پدری ارائه می‌کردند، اما در مصوبه جدید، این مقرره حذف شد و فرزندان مادران ایرانی دیگر نیازی به سلب تابعیت پیشین خود از طریق پدر

۲۸. تابعیت اصلی یا مبدأ، تابعیتی است که از بدو تولد به طریقی به طفل تحمیل شده باشد. این نوع تابعیت مبتنی بر دو سیستم خون یا نسبی و سیستم خاک یا محل تولد است. با وجود این، دولتها ممکن است با توجه به ملاحظات جمعیتی، اقتصادی، فرهنگی، مذهبی و اجتماعی و بر اساس شرایطی که لازم بدانند تابعیت اکتسابی را حسب تقاضای افراد به آن‌ها اعطا نمایند. نصارالله، ابراهیمی، حقوق بین‌الملل خصوصی (تهران: سمت، ج ۶، ۱۳۹۴)، صص ۸۸ و ۱۰۷.

۲۹. مهسا، قوی‌قلب، «بی‌شناستامه‌ها در پیچ و خم کسب تابعیت»، مورخ ۹۸/۳/۵. <http://www.ion.ir/news/4740671>

ندارند. حذف مقرره رد تابعیت غیرایرانی، به رشد پدیده افراد دارای تابعیت مضاعف<sup>۳۰</sup> در ایران منجر می‌شود.<sup>۳۱</sup>

در خصوص احتمال تابعیت مضاعف فرزندان مشمول این ماده باید به این مهم نیز توجه شود که اعطای تابعیت یک امر حقوقی- سیاسی بوده، هیچ دولتی اراده حاکمیتی خود را موكول به اراده دولت دیگر نمی‌کند، بلکه بر اساس ضوابط خود تابعیت اعطا می‌نماید. نکته دیگر اینکه با توجه به قید ازدواج شرعی در ماده واحده، بهنظر می‌رسد که اکثر این ازدواج‌ها در نظام حقوقی کشور شوهر خارجی نیز به‌رسمیت شناخته نمی‌شود تا در پی آن، تابعیت پدر به فرزند حاصل از این ازدواج تسری یابد.

افزون بر این، همان‌گونه که احتمال تابعیت مضاعف فرزند متولد از زن ایرانی و شوهر خارجی وجود دارد، احتمال تابعیت مضاعف فرزند متولد از شوهر ایرانی و زن خارجی نیز وجود دارد؛ بهطوری که در قوانین اکثر کشورها مانند فرانسه، آلمان و افغانستان انتقال تابعیت از طریق نسب مادری صرف‌نظر از تابعیت پدر، به‌رسمیت شناخته شده است. بهنظر می‌رسد امروزه تابعیت مضاعف واقعیتی گریزناپذیر در عرصه روابط بین‌المللی است. برای مثال، قوانین امریکا هیچ اشاره‌ای به تابعیت مضاعف نداشته و هیچ منع و یا محدودیتی را نیز مقرر نکرده است. بنابراین اتباع امریکایی می‌توانند بدون ترس ازدست دادن تابعیت امریکایی خود، تابعیت کشور دیگری را نیز اکتساب نمایند.<sup>۳۲</sup> همچنین در قوانین بریتانیا نیز تابعیت مضاعف برای اتباع این کشور به‌رسمیت شناخته شده است.<sup>۳۳</sup> در قوانین کشور آلمان نیز تحت شرایطی تابعیت مضاعف پذیرفته شده است.<sup>۳۴</sup>.

با توجه به گسترش مهاجرت‌های بین‌المللی، ازدواج‌های فرامی بین اتباع کشورهای

30. Multiple Nationality or Dual Nationality

۳۱. محسن، متاجی، «خط نفوذ و لایحه اعطای تابعیت به فرزندان مادران ایرانی و پدران خارجی»، مورخ ۹۸/۴/۸  
<https://www.mashreghnews.ir/amp/970775>

32. <https://travel.state.gov/content/travel/en/legal/travel-legal-considerations/Advice-about-Possible-Loss-of-US-Nationality-Dual-Nationality/Dual-Nationality.html>

33. <https://www.gov.uk/dual-citizenship>

34. Jon, Dobbernak, Citizenship, Nationality and Immigration in Germany, Global Centre for Pluralism: Accounting for Change in Diverse Societies, 2017 at:  
<https://www.researchgate.net/publication/316788135>.



مختلف افزایش یافته است. در نتیجه، احتمال تولد فرزندان متولد از پدران و مادران دارای تابعیت متفاوت نیز بیشتر خواهد شد. با توجه به اینکه در اعطای تابعیت در قوانین اکثر کشورها تفاوتی بین نسب مادری و پدری مشاهده نمی‌شود، نمی‌توان این ایراد را به ماده واحده جدید وارد آورد که به توسعه تابعیت مضاعف افراد منجر می‌شود.

#### ۴. تبصره‌های ماده واحده سال ۱۳۹۸

##### ۱۴.۱. تبصره ۱ ماده واحده ۱۳۹۸

به‌موجب تبصره ۱ ماده واحده ۱۳۹۸: «در صورتی که پدر و یا مادر متقارضی در قید حیات نبوده و یا در دسترس نباشند، در صورت ابهام در احراز نسب متقارضی، احراز نسب با دادگاه صالح می‌باشد». ماده ۵ آیین‌نامه نیز با تکمیل این ماده، تعلق فرزند مشمول این قانون به مادر ایرانی را به‌موجب گواهی (تولد) معتبر بیمارستان و یا به‌موجب رأی مرجع قضایی دانسته است.

در مصوبه جدید، با وجود ادله پژوهشکی جهت احراز نسب و اثبات رابطه مادر ایرانی با فرزند، مانند آزمایش دی ان ای یا شیوه قابل اتكای دیگر، هیچ‌گونه قید و شرطی ارائه نشده و صرفاً احراز نسب با گواهی تولد و ارائه شاهد در دادگاه بر عهده قاضی نهاده شده است. این دلالت بر این معنا دارد که صرفاً کافی است ادعایی در این خصوص مطرح شود و به‌واسطه شهادت دو تن مورد تأیید قرار گیرد تا فرد مشمول این قانون شناخته شده، تابعیت ایرانی دریافت کند. اتفاق قابل حدس، تشکیل صفحه‌ای عریض و طویل برای دریافت تابعیت ایرانی با عنایت به گواهی شاهد است که کار سهل و آسانی می‌باشد.<sup>۳۵</sup>

از سویی، اگرچه به‌موجب رأی وحدت رویه شماره ۶۱۷ مورخ ۴ خرداد ۱۳۷۶، پدر ایرانی مکلف به اخذ شناسنامه برای فرزند طبیعی خود بوده و صرفاً رابطه توارث بین آنها منتفي است و مجوز اخذ شناسنامه برای طفل ناشی از روابط نامشروع به معنی پذیرش تابعیت ایرانی طفل است، چراکه شناسنامه ایرانی به عنوان سند تابعیت برای ایرانیان صادر می‌شود. اما با عنایت به صدر مصوبه و اشاره به ازدواج شرعی، فرزند حاصل از ازدواج زن ایرانی با



مرد خارجی حتما باید مشروع باشد، در غیر این صورت، حقی طبق این قانون نخواهد داشت.  
در واقع، قانون جدید تکلیف فرزندان نامشروع را مشخص نکرده است.

#### ۴.۲. تبصره ۲ ماده واحده ۱۳۹۸

به موجب تبصره ۲ ماده واحده ۱۳۹۸: «افراد فاقد تابعیتی که خود و حداقل یکی از والدین شان در ایران متولد شده باشند، می‌توانند پس از رسیدن به سن هجده سال تمام شمسی، تابعیت ایرانی را تقاضا کنند که در صورت نداشتن سوءپیشینهٔ کیفری و نیز نداشتن مشکل امنیتی (به تشخیص وزارت اطلاعات و سپاه پاسداران انقلاب اسلامی) به تابعیت ایران پذیرفته می‌شوند.»

آیا قانون گذار به طور کلی به افراد فاقد تابعیت توجه داشته است؟ به عبارت دیگر در ماده اصلی افراد فاقد تابعیت متولد از مادر ایرانی را مد نظر داشته و در تبصره دوم افراد فاقد تابعیت متولد از والدین خارجی که یکی از آن‌ها در ایران به دنیا آمده را مد نظر قرار داده است. در صورت پاسخ مثبت به این پرسش باید گفت که ماده واحده فقط شامل آن دسته از فرزندان متولد از مادر ایرانی می‌شود که بی‌تابعیت هستند؛ به این ترتیب، آن دسته از فرزندان متولد از مادر ایرانی که از تابعیت کشور دیگری برخوردار شده‌اند، نمی‌توانند از مزایای این قانون بهره‌مند شوند. نتیجه چنین تفسیری این است که جلوی تابعیت مضاعف این افراد گرفته خواهد شد.

اما پاسخ منفی به پرسش یادشده این ایراد را متوجه قانون گذار خواهد کرد که چرا مشمولان تبصره ماده واحده با خود ماده واحده متفاوت هستند؟ به علاوه برخلاف بند ۴ ماده ۹۷۶، شخص به‌محض تولد، ایرانی محسوب نمی‌شود و باید درخواست تابعیت بدهد. واژه‌های «درخواست»، «تقاضا»، «می‌توانند» و «پذیرفته شدن» بعد از ۱۸ سالگی در متن تبصره، جملگی حکایت از تابعیت اکتسابی دارند. در این صورت، رابطه این تبصره با بند ۴ ماده ۹۷۶ مشخص نیست، زیرا به‌موجب بند ۴ ماده ۹۷۶، مشمولان بند ۴ در صورت تولد در ایران از پدر و مادر خارجی که یکی از آن‌ها متولد ایران باشد، به‌محض تولد تابعیت اصلی ایرانی خواهند داشت؛ در حالی که مشمولان این تبصره که افراد بی‌تابعیت هم هستند بعد از



۱۸ سالگی در صورت نداشتن سوءپیشینه کیفری و امنیتی می‌توانند درخواست تابعیت دهند. بنابراین، فرزندان مشمول قانون جدید با تابعیت اکتسابی خود، عملاً بند ۴ ماده ۹۷۶ قانون مدنی را ازدست خواهند داد، بدون اینکه به صراحت این بند از ماده ۹۷۶ نسخ شده باشد.

از سویی، به نظر می‌رسد اطلاق قانون در نداشتن سوءپیشینه کیفری به این معنی باشد که داشتن هرگونه سوءپیشینه کیفری مانع تحصیل تابعیت است. این درحالی است که متقاضی تحصیل تابعیت ایران بر اساس ماده ۹۷۹ قانون مدنی، صرفاً کافی است که محاکوم به جنحة مهم یا جنایت غیرسیاسی نشده باشد تا بتواند تابعیت ایران را تحصیل نماید. بنابراین ملاحظه می‌شود که قانون‌گذار شرایط دشوارتری را برای کسب تابعیت مشمولان تبصره در قیاس با سایر متقاضیان تابعیت ایران منظور نموده است.

### نتیجه

با وجود ایرادهای واردہ به ماده واحده مصوب سال ۱۳۹۸، این قانون بدنوبه خود می‌تواند تا حد زیادی هدف اولیه خود را محقق سازد که همان اعطای تابعیت به فرزندان ناشی از ازدواج شرعی زنان ایرانی با مردان خارجی است که اقامت غیرقانونی در ایران دارند. اما هنگامی که این ماده واحده در کنار بند ۴ ماده ۹۷۶ گذاشته می‌شود، تناقض‌های آشکاری ایجاد می‌گردد. به طوری که فرزند متولد از مادر ایرانی در ایران در صورت نداشتن مشکل امنیتی، تابعیت اکتسابی ایرانی خواهد داشت، اما فرزند متولد از والدین خارجی در ایران از بدو تولد تابعیت اصلی ایرانی دارد.

همچنین این ماده واحده تکلیف ماده ۱۰۶۰ قانون مدنی را روشن نکرده است، اینکه فرزند حاصل از ازدواج شرعی زن ایرانی با مرد خارجی بتواند تابعیت ایرانی کسب کند و برای مرد خارجی هم به استناد این ازدواج پروانه اقامت صادر گردد، آیا دیگر دلیلی برای اجرای ماده ۱۰۶۰ قانون مدنی و کسب مجوز وزارت کشور جهت پروانه ازدواج وجود دارد؟ امری که تبصره ۱ ماده ۳ آیین‌نامه به آن توجه کرده و برای ازدواج‌های بعد از انتشار این آیین‌نامه شرط ثبت ازدواج را الزام نموده است که البته چالش‌های حقوقی جدیدی از جهت تعارض آیین‌نامه با قانون را ایجاد می‌نماید.

مورد دیگر عدم توجه به ماده ۹۸۷ قانون مدنی در تحمیل تابعیت شوهر خارجی به زن ایرانی در صورت کسب مجوز وزارت کشور و صدور پروانه ازدواج است. در این صورت، حتی قانون ایران نیز این زن را بعد از ازدواج دیگر ایرانی نخواهد شناخت. بنابراین مشخص نیست که آیا فرزند حاصل از ازدواج قانونی زن ایرانی با مرد خارجی می‌تواند از مزایای این ماده واحده بهره‌مند گردد؟

اعطای تابعیت به این حجم عظیم کودکان اکثراً بی‌تابعیت، از بد و تولد به درخواست مادر و پس از ۱۸ سالگی بنابه درخواست خود، گامی مثبت جهت کاهش آسیب‌ها و مشکلات آنان خواهد بود. اما از سویی، به دلیل عدم شفافیت و فقدان تعریف قانونی از مشکل امنیتی و دامنه اختیارات بی‌حدود حصر نهادهای امنیتی مشکلات بی‌شماری ایجاد خواهد شد. باید پذیرفته شود که پذیرش تساوی نقش نسب پدر و مادر در اعطای تابعیت به کودکان، هیچ‌گونه منافاتی با مقررات فقهی و شرعی ندارد، زیرا در احکام فقهی هیچ‌گونه مقرراتی در خصوص تابعیت وجود ندارد و نمی‌توان احکام شرعی مربوط به نسب را در تابعیت وارد دانست.



## منابع و مأخذ

### الف) فارسی

#### - کتاب‌ها

۱. ابراهیمی، ناصرالله، حقوق بین‌الملل خصوصی، (تهران: سمت، ج ۶، ۱۳۹۴).
۲. سلجوqi، محمود، بایسته‌های حقوق بین‌الملل خصوصی، (تهران: میزان، ج ۱۳، ۱۳۹۱).
۳. صفائی، حسین و امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، (تهران: میزان، ج ۲۵، ۱۳۹۲).
۴. کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی: خانواده، ج ۱، (تهران: میزان، ج ۱۴، ۱۳۹۴).

#### - مقالات

۵. انصاری، حمید، نیکخواه سرنقی، رضا و صالحی، سیدمه‌دی «مطالعه دیدگاه‌های اندیشمندان اسلامی راجع به اصل منع تبعیض»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر (فقه و حقوق اسلامی سابق)، ش ۲۰ (۱۳۹۹).
۶. بداغی، فاطمه و عباسی، عاطفه، «حق تابعیت اطفال حاصل از ازدواج زنان ایرانی و مرد خارجی»، فصلنامه علمی- ترویجی فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، ش ۵۱ (۱۳۸۸).
۷. تولسی نائینی، منوچهر، «تأملی بر وضعیت کودکان حاصل از ازدواج مردان خارجی با زنان ایرانی با نگاهی به کنوانسیون حقوق کودک ۱۹۸۹»، پژوهشنامه حقوقی، ش ۱ (۱۳۹۰).
۸. عزیزی، ستار و حاجی عزیزی، بیژن، «بررسی جایگاه مادر ایرانی در انتقال تابعیت به طفل؛ نقدی بر ماده ۹۷۶ قانون مدنی ایران و ماده واحده سال ۱۳۸۵»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۵۶ (۱۳۹۰).
۹. فدوی، سلیمان، «تقدی بر قانون ماده واحده تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی مصوب ۸۵/۷/۲»، ماهنامه کانون سردفتران و دفتریاران، سال ۴۸، ش ۶۷ (۱۳۸۵).
۱۰. وحدتی شبیری، سید حسن و افشار قوچانی، زهره، «تعیین وضعیت حقوقی فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ش ۴ (۱۳۹۳).

#### - اسناد

۱۱. مجتمع مشورتی حقوقی شورای نگهبان (۱۳۹۸)، لایحه اصلاح قانون تعیین تکلیف فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی، مورخ ۹۸/۳/۱۲.
۱۲. مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی در مورد تصویب طرح یک‌فوریتی تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی مندرج در روزنامه رسمی، ش



۱۳. نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه شماره ۳۸۰۷، مورخ ۵۳/۶/۶
۱۴. نظریه مشورتی شماره ۷/۵۲۰۷، مورخ ۶۱/۱۰/۱۳
- ۱۳۸۵/۷/۱۰، مورخ ۱۷۹۴۳.

#### - سایت‌ها -

۱۵. رضایی عامل، محمود، اظهار نظر کارشناسی درباره «(لایحه اصلاح قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی (اعاده شده از شورای نگهبان (۲)»، مورخ ۹۸/۷/۲

<http://rc.majlis.ir/fa/report/show/1285238> (Last visited 4/09/2020)

۱۶. سلیمی منش، بتول، «نگاهی به لایحه اعطای تابعیت به فرزندان با مادران ایرانی»، روزنامه کیهان، مورخ ۹۷/۱۰/۳

(Last visited 4/09/2020) نگاهی به لایحه اعطای تابعیت به فرزندان با مادران ایرانی/

۱۷. علیزاده، سمانه، «اما و اگرها تابعیت مادرانه»، روزنامه رسالت، مورخ ۹۸/۴/۲۶
- <https://resalat-news.com/?> (Last visited 4/09/2020)

۱۸. قوى قلب، مهسا، «بی‌شناستن‌ها در پیچ‌و‌خم کسب تابعیت»، مورخ ۹۸/۳/۵
- (Last visited 4/9/2020) <http://www.ion.ir/news/474067/>

۱۹. متاجی، محسن، «خط نفوذ و لایحه اعطای تابعیت به فرزندان مادران ایرانی و پدران خارجی»، مورخ ۹۸/۴/۸

<https://www.mashreghnews.ir/amp/970775> (Last visited 4/09/2020)

۲۰. همتی، شهرزاد، «قانون اعطای تابعیت به فرزندان مادران ایرانی با پدران خارجی باز هم به مجلس برگشت داده شد»، لایحه معلق، روزنامه شرق، مورخ ۹۸/۵/۲۰

<https://www.magiran.com/article/3945118> (Last visited 4/09/2020)

۲۱. اظهار نظر کارشناسی درباره «(لایحه اصلاح قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی»، مورخ ۹۸/۲/۲۱

<http://dotic.ir/news/2936> (Last visited 4/09/2020)

۲۲. «دایرۀ شمول اعطای تابعیت از طریق خون در قانون جدید شامل پدر و مادر می‌شود» مورخ ۹۸/۲/۲۴

<https://www.dolat.ir/detail/322266> (Last visited 4/09/2020)

۲۳. «نظر شورای نگهبان درباره لایحه اصلاح قانون تعیین تکلیف فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی»

<https://www.shora-gc.ir/fa/news/5894> (Last visited 4/09/2020)

### ب) انگلیسی

#### - Sites

24. Amt, Auswärtiges. “**Federal Foreign Office - Obtaining German Citizenship**” www.germany.info. Retrieved 23 June 2019.  
<https://www.germany.info>. (Last visited 4/03/2020)
25. Dobbernack, Jan, “**Citizenship, Nationality and Immigration in Germany, Global Centre for Pluralism: Accounting for Change in Diverse Societies**”, 2017 at:  
<https://www.researchgate.net/publication/316788135>.
26. **TITLE I bis OF FRENCH NATIONALITY Articles 17 to 33 –2**  
<https://www.legifrance.gouv.fr/> (Last visited 4/03/2020)
27. **Types of British Nationality**  
<https://www.gov.uk> (Last visited 4/03/2020)
28. <https://travel.state.gov/content/travel/en/legal/travel-legal-considerations/Advice-about-Possible-Loss-of-US-Nationality-Dual-Nationality/Dual-Nationality.html>  
(Last visited 4/03/2020)

## استناد سرخود دادرس به جهت بطلان قرارداد؛ نمود هنر آینین دادرسی با اجرای اصل تقابلی بودن دادرسی (رأی شماره ۱۱۳۷ مورخ ۲۰۲۰ ۲۲ اکتبر شعبه دوم دیوان عالی کشور فرانسه)

تاریخ پذیرش نهایی: ۹۹/۱۲/۱۸

تاریخ دریافت: ۹۹/۰۸/۱۱

حسن محسنی<sup>۱</sup>

### چکیده

چه در امور موضوعی که به طور سنتی در تسلط طرفین دعوا بوده، و چه در امور اثباتی و دلایل که به معنای تمام و کمال با نقشی که دادرس پوپا در اثبات امروزه یافته، میان طرفین از یک سو و قاضی از سوی دیگر، به امری مشترک بدل شده است و چه در امور حکمی یا قانونی که باز به طور سنتی در اقدام و حاکمیت دادگاه قرار دارد، دادرس باید هم درباره طرفین و هم نسبت به خود، اصل تقابلی بودن دادرسی را رعایت نماید. اصل تقابلی بودن دادرسی در اینجا دادرس را زانو به زانو در مقابل طرفین متداعین می‌نشاند و از او می‌خواهد تا اقدام یا تصمیم خود را برای طرفین توجیه و مبرهن نماید. در حقوق فرانسه، میان امر موضوعی، امر حکمی و امر اثباتی تمایز ایجاد شده که در همهٔ حالات، این امور مشمول «اصل تقابلی بودن دادرسی» است؛ تاجیکی که اگر دادرس بخواهد به موضوعی که به صراحت مورد انتکای طرفین نبوده، در دعوا استناد کند یا اینکه بخواهد به قاعدة حقوقی دیگری برای حل و فصل اختلاف استناد نماید یا اینکه قصد داشته باشد توصیف یا نامگذاری طرفین از دعوا را تغییر بدهد یا به اقدام یا تحقیقی برای اثبات دعوا به جای متداعین دست بزند، باید هم خودش و هم طرفین، این اصل را در همهٔ حالات رعایت کنند. چنین به نظر می‌رسد که این رهیافت در حقوق ایران نیز قابل دفاع است. فایده این کار بهسزاست؛ پاسداری از منافع خصوصی طرفین در دادرسی مدنی و حفظ فاصلهٔ مطمئن از آن‌ها و قرار گرفتن در مدار بی‌طرفی و رعایت حقوق اصحاب دعوا و سرانجام پرهیز از دو یا چندباره کاری با صدور رأی‌های سست و لرزان از بهره‌های اجرای این اصل است.

**واژگان کلیدی:** اصل تقابلی بودن دادرسی، اصل تناظر، امر حکمی.

## مقدمه

در حقوق ایران برابر ماده ۹۷۵ این گونه آمده است که «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنی بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظام عمومی محسوب می‌شود به موقع اجراء گذارد اگرچه اجرای قوانین مزبوراً اصولاً مجاز باشد». این حکم ماهوی<sup>۲</sup> برای اجرا به قواعد آینینیک<sup>۳</sup> نیاز دارد. جز در فرضی که مدعی دادخواستی برای اثبات ادعای مخالفت قرارداد با اخلاق حسنی یا نظام عمومی تقدیم دادگستری نماید، در قوانین آینینیک افزون بر آنچه در ماده ۶ قانون آینین دادرسی مدنی آمده است، دیگر مقرراتی برای تبیین آینینیک این رهیافت وجود ندارد: «عقود و قراردادهایی که محل نظام عمومی یا برخلاف اخلاق حسنی که مغایر با موازین شرع باشد در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست». به بیان دیگر، در قانون آینین دادرسی مدنی حکمی که نشان دهد دادرس چگونه باید به این «به‌اجرا نگذاردن قرارداد» یا «ترتیب اثر ندادن به قرارداد» اقدام کند، دیده نمی‌شود. البته موارد دیگری نیز در قوانین به‌چشم می‌خورد که جهت یا جهاتی برای بطلان یا ب اعتباری قرارداد مبنای ادعا و دفاع، یا هر مبنای غیرقراردادی دیگر است، مانند شرایط اساسی صحت معاملات (ماده ۱۹۰ قانون مدنی) یا دفاعیات مشروع و اکراه و اضطرار که باز موضوع را به عرصه ترافیقی بودن میان خواهان و خوانده و لزوم درخواست آن‌ها در اجرای «اصل درخواست» می‌برد.<sup>۴</sup>

ماهیت این پدیده که در ماده ۹۷۵ قانون مدنی و ماده ۶ قانون آینین دادرسی مدنی آمده، در حقوق دادرسی چیست؟ ایراد آینین دادرسی است یا دفاع ماهوی (یا به معنای اخص)؟ یا اینکه چیز دیگری است مانند ایراد خاص نظم عمومی یا اخلاق حسنی؟ اگر پاسخ این پرسش هم داده شود، پرسش دیگر این است که آیا دادرس برای آن اجرا نگذاردن یا برای

2. Substantial Law

3. Procedural Law

۴. درباره این اصل و فروع آن، ر.ک. کاپلتنی، مورو و برایان جی. گارت، آینین دادرسی مدنی، مجلد نخست، (مقدمه - سیاست‌ها، گرایش‌ها و اندیشه‌ها در آینین دادرسی مدنی)، برگردان و پژوهش حسن محسنی، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸)، ص ۵۶.

۵. ب، ۱۳: ایشان اصل درخواست را در کنار چهار پیشگی دیگر بررسی کرده‌اند که بسیار با ماهیت آینین دادرسی مدنی سازگاری دارد؛ بیان شخصی دعواهای متقابل و دفاعیات؛ محدودیت رأی به قلمرو خواسته؛ حق انحصاری شکایت از رأی؛ حق انحصاری خاتمه دادن به دعوا.



چنان ترتیب اثر ندادن، باید منتظر ایراد یا دفاع ذی نفع بماند یا اینکه سرخود<sup>۵</sup> می‌تواند به آن استناد کند یا اینکه در مقوله نظم عمومی یا اخلاق حسن، وی چنین تکلیفی دارد.

همچنین معلوم نیست که اگر دادرس قراردادی را مشمول ماده ۹۷۵ یا ماده ۶ پیش‌گفته بداند و بخواهد سرخود، به اعتبار نظم عمومی یا اخلاق حسن، به آنها استناد نماید، آیا باید درباره نادرستی این گونه قرارداد، حکمی صادر نماید؟ و اگر بخواهد چنین کند آیا باید در یک رسیدگی تقابلی چنین تصمیمی بگیرد؟

آیا استناد دادگاه به این «به/جر/نگذاردن قرارداد» یا «ترتیب اثر ندادن به قرارداد» یک امر حکمی ناب<sup>۶</sup> است که دادگاه از پیش خود امکان استناد آزاد به آن را دارد، بی‌آنکه نیازی به شنیدن دفاعیات متداعین، بهویژه کسی که این تشخیص و تصمیم به زیان اوست، باشد؟

برای نمونه، آیا این شدنی است که خواهانی که دادخواستی بر اساس یک قرارداد تقدیم نموده، به یکباره با اقدام سرخود دادگاه، با اعلام بی‌اعتباری قرارداد مبنای دعوای خود، بهجای رسیدن به حق مورد ادعا، مواجه شود؟ خواه این اقدام ریشه در تشخیص دادگاه نسبت به نظم عمومی داشته باشد و خواه مسئله اخلاق حسنی یا قوانین آمره مطرح باشد که یا این امور مورد ادعای خوانده بوده یا نبوده است یا اینکه این نگاه دادگاه در دیگر اسباب بطلان یا بی‌اثری و بی‌اعتباری دادگاه ریشه داشته باشد.

در حقوق فرانسه که جلوه‌ای از آن را در رأی موضوع این نوشته می‌بینیم، هم درباره ماهیت این گونه مخالفت قرارداد در حقوق تعهدات، همچون ماده ۹۷۵ قانون مدنی ما، حکم پیش‌بینی شده و هم درباره آیین مواجهه دادگاه با این وضعیت مقرراتی در کد آیین دادرسی مدنی آمده است. برای نمونه، در ماده ۶ کد مدنی فرانسه مصوب سال ۱۸۰۴ که نمودار برجسته قواعد ماهوی است، چنین آمده است: «در قراردادهای خصوصی، کثار نهادن

##### 5. Ex officio; ex officio

درباره بخشی از این جهات بطلان در قراردادها ر.ک: شعاعیان، محمد، «ثمن نامعین در قراردادهای پیش فروش، موانع حقوقی و فقهی - راهکارها»، مطالعات حقوقی معاصر، شماره ۵ (۱۳۹۱)، ص ۸۳-۱۲۱.

این اصطلاح کهن و شناخته‌شده حقوق دادرسی، در نوشته‌های فارسی «راساً» یا «علی‌الراس» هم ترجمه شده است که به نظر گویا نیست.

##### 6. Les moyens de pur droit

قوانینی که با نظم عمومی و اخلاق حسن هستند، ممکن نیست» و همچنین، بر بنیاد ماده ۱۱۰۲ این قانون مصوب سال ۲۰۱۶ «هرکس در بستن یا نبستن قرارداد، برگزیدن طرف قرارداد خود و تعیین محتوا و شکل قرارداد، در چارچوب محدودیت‌هایی که قانون مقرر نموده، آزاد است. این آزادی قراردادی مجازی برای کنار نهادن قواعد مرتبط با نظم عمومی نیست».

افزون بر این، در کد آیین دادرسی مدنی، میان امر موضوعی (مواد ۶ تا ۸)، امر حکمی (مواد ۱۲ و ۱۳) و امر اثباتی (مواد ۹ تا ۱۱) تمایزی ایجاد شده که در همه حالات، این امور مشمول «اصل تقابلی بودن دادرسی» است تا جایی که اگر دادرس بخواهد به موضوعی که صریحاً مورد اتكای طرفین نبوده، در دعوا استناد کند یا اینکه بخواهد به قاعدة حقوقی دیگری برای حل و فصل اختلاف استناد نماید یا اینکه قصد داشته باشد توصیف یا نام‌گذاری طرفین از دعوا را تغییر بدهد یا به اقدام یا تحقیقی برای اثبات دعوا به جای متداعین دست بزند، باید هم خودش و هم طرفین، این اصل را در همه حالات رعایت کنند:

«دادرس باید در تمام اوضاع و احوال اصل تقابل را در نظر گرفته و خود شخصاً آن را رعایت کند. او نمی‌تواند در تصمیم خود به جهات، توضیحات و مدارک مورد استناد قرار گرفته یا مطرح شده طرفین توجه کند، مگر این که این موارد به نحو تقابلی مورد گفتگو قرار گرفته باشند. او نمی‌تواند تصمیم خود را بر جهات حکمی که سرخود به آن‌ها استناد کرده متکی نماید بدون اینکه پیش از این طرفین را برای ارائه نظرات دعوت نموده باشد».<sup>۷</sup>

ناب بودن امر حکمی نیز در حقوق این کشور به قاضی اجازه نمی‌دهد بتواند برعایت این اصل، قاعدة حقوقی را نسبت به طرفین اعمال کند.<sup>۸</sup>

۷. برای دیدن ترجمه این کد، ر.ک. حسن، محسنی (مترجم)، آیین دادرسی مدنی فرانسه، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ج ۴، ۱۳۹۵)، ص ۸۰ تا ۸۳.

۸. این سخن شایسته توضیح بیشتر است. در ماده ۱۲ کد آیین دادرسی مدنی فرانسه بند ۳ وجود داشت که بهموجب تصمیم شورای دولتی، آن هم به سبب نقض اصل تقابلی بودن دادرسی، ابطال شد. این بند چین آورده بود: «قاضی سرخود می‌تواند به جهات حکمی ناب، صرف نظر از مبنای حقوقی مورد استناد طرفین استناد کند». به بیان دیگر، امر حکمی یا امری بود که طرفین بدان استناد می‌کردند یا دادرس بی‌آنکه اشتباہی در استناد طرفین بیند آن را اعمال می‌کرد. امر ناب حکمی امری بود که با امر



این قاعدة آیینیک که «اصل تقابلی بودن دادرسی» یا «اصل تناظر»<sup>۹</sup> نامیده شده- که اندر پیرامون آن بسی سخن هست<sup>۱۰</sup>- ضامن اجرای حقوق ماهوی و تضمین اعمال صحیح قوانین آیین دادرسی در جریان دعاوی است. به دیگر سخن، اصل تقابلی بودن دادرسی نمایانگر اهمیت قواعد آیین دادرسی در تحقیق مقررات دیگر حقوق است تا جایی که هرگاه دادرس به جای طرفین در امور موضوعی یا امور اثباتی مداخله می کند یا آنگاه که در مقام اعمال اقتدار قانونی خود در تطبیق حکم بر موضوع است (اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی) و بهویژه از این رهگذر قاعدة حقوقی مورد انتظار یا مورد استناد طرفین را کثار گذاشته، به حکمی دیگر استناد می کند یا اینکه نام‌گذاری یا توصیف خواهان یا خوانده را اشتباه تشخیص داده و جایگزین می کند، وی را در مقابل و رو در روی طرفین متداعین نشانده، از او می خواهد برای این اقدام نوآورانه خود نسبت به محتويات پرونده یا ابتکارگونه خود در یک گفتگوی قضایی، بر بنیاد اصل تقابلی بودن دادرسی یا آنچنان که استدان «اصل تناظر»<sup>۱۱</sup> نامیده اند، شرکت کند. دادرس تا زمانی که سرخود در امر موضوعی، اثباتی و حکمی مداخله ای ندارد، شخص ثالث بی طرف و آکار است که از نگاه «پیوند رسیدگی»، در صدر سه گوشۀ خواهان- خوانده- قاضی؛ خوانده- خواهان- قاضی، جایگاه دارد، ولی هرگاه چنین مداخله یا مشارکتی را پیش گرفت، باید برای دوری جستن از هرگونه شاییه نقض بی طرفی یا اصولی همچون ابتکار عمل خصوصی و تسلط طرفین بر امور موضوعی و بار اثبات، با هدف تبیین درستی و به جایی اقدامات خود، زانو به زانو مقابل طرفین نشسته و پیرامون آن اقدامات خود که در حقوق اصحاب دعوا اثر دارد، با شنیدن مدافعت دادخواهان و بهویژه رعایت حق دفاع ذی نفع سخن بگوید یا دست کم دفاعیاتش را بشنود یا زمینه شنیدن دفاع و ادعای ایشان را فراهم آورد. در غیر این صورت، وی حق ندارد به رهیافت موردنظر خود در دعوای متداعین ترتیب اثر بدهد.

موضوعی یا امر حکمی آمیختگی نداشت، مانند قوانینی که درباره نپذیرفتن (une irrecevabilité) است. شورای دولتی فرانسه حتی این گونه امور حکمی را نیز روا ندانست و اعلام کرد در همه حالات باید اصل تقابلی بودن دادرسی رعایت شود. نک: حسن، محسنی، اداره جریان دادرسی منی، بر پایه همکاری و در چارچوب اصول دادرسی، (تهران، شرکت سهامی انتشار، چ ۵، ۱۳۹۹)، ص ۲۰۸، ب. ۲۱.

9. Le principe du contradictoire; le principe de la contradiction

۱۰. در این باره، ر.ک. حسن، محسنی، پیشین، ص ۱۵۰ به بعد. بهویژه شماره های ۵۸، ۶۹، ۶۵ و ۵۹.

۱۱. عبدالله، شمس، «اصل تناظر»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۳۵-۳۶ (۱۳۸۱)، ص ۷۶ تا ۷۱.

در حقوق ما به باور نگارنده، گرچه حکمی مشابه ماده ۱۶ کد آیین دادرسی مدنی دیده نمی‌شود و این موجب شده احکام صحیح یا مقبولی در کشور ما بعضًا صادر نشود، اما برابر حقوق و اصولی که از دیدگان خواهد گذشت و با تکیه بر خرد درست‌آیین، رعایت اصل تقابلی بودن میان دادرس و طرفین و نیز میان خود طرفین الزامي است؛ کاری که رفتار بازیگران عرصه دادرسی را «درست‌آیین» و نتیجه آن را «پذیرفته» و کم‌چالش می‌نماید.

در این نوشه، نخست رأی شعبه دوم دیوان عالی فرانسه، که به تازگی (بیست و دوم اکتبر سال ۲۰۲۰ برابر با یکم آبان سال ۱۳۹۹) صادر شده، از دیدگان می‌گذرد و سپس درباره ارزش تطبیقی این رأی در حقوق ایران نکاتی از نظرها خواهد گذشت.

دو نمونه از رأی‌های صادرشده در دادگاه عمومی حقوقی کشور ما (دادگستری شهرستان پاکدشت) در این نوشه، برای آوردن نمونه مشابه رفتار دادگاه پژوهش بوردو که بی‌توجه به اصل تقابلی بودن دادرسی صادر شده‌اند، نقل می‌شود. همچنین، بیان این نکته اهمیت دارد که چون رأی دیوان عالی کشور فرانسه ماهیتاً درباره ابطال قرارداد حق الوکالت و کیل دادگستری است، بهره تطبیقی غیرمستقیمی نیز از این نگاه برای حقوق ما داشته است که بدان اشاره می‌شود.

## ۲. گزارش پرونده

در حقوق فرانسه اگر وکیل یا مؤسسه وکالتی ادعایی درباره حق‌الزحمه (اعم از حق‌الوکالت و حق‌المشاوره و مانند آن) داشته باشد، چنانچه موکل نسبت به پرداخت اقدام نکند، یا به‌طور کلی اختلافی درباره حق‌الوکالت میان طرفین رابطه وکالتی باشد، بر اساس ماده ۲۱ قانون ۱۱۳۰-۷۱ مورخ ۳۱ دسامبر سال ۱۹۷۱ درباره اصلاحات در برخی مشاغل قضایی و حقوقی<sup>۱۲</sup> ناظر بر ماده ۱۰ آن، باید به رئیس کانون وکلا مراجعه نماید. تصمیم رئیس کانون وکلا اجرایی است، ولی به درخواست ذی‌نفع در دادگاه پژوهش قابل شکایت است.

12. Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

در این ماده اصلاحاتی به سال ۲۰۱۵ اعمال شده و ماده‌ای دیگر (۱۰-۱) به این سخن افزوده شده است.



در این پرونده، دعوای یک موسسه مدنی شغلی به نام «لگالسی و دیگران»<sup>۱۳</sup> (خواهان) علیه شخص حقیقی (خوانده) درباره حق الوکاله مطرح است که در نتیجه، مسئله اعتراض به تصمیم رئیس کانون و کلا در دادگاه پژوهش بوردو<sup>۱۴</sup> طرح می‌شود.<sup>۱۵</sup>

## ۲.۱. موضوعات و آیین دادرسی در پرونده<sup>۱۶</sup>

بر اساس حکم فرجام‌خواسته که رئیس دادگاه پژوهش بوردو در تاریخ ۵ مارس ۲۰۱۹ صادر نموده، در تاریخ ۱۱ آوریل ۲۰۱۷، آقای «الف» قراردادی با موسسه پیش‌گفته که از وکلای عضو کانون وکلای شارانت<sup>۱۷</sup> هستند درباره حق الوکاله دفاع از منافع ایشان در یک دادرسی قضایی منعقد می‌نماید.

پس از اینکه موکل، سه فاکتور جمعاً به مبلغ ۴۲۰۰ یورو به همراه مالیات بر ارزش افزوده (TTC) را می‌پردازد، از پرداخت دو فاکتور جدید به مبلغ ۱۸۰۰ یورو با مالیات بر ارزش افزوده خودداری می‌نماید و این موجب می‌شود که هریک از ناحیه خود نزد رئیس کانون و کلا شکایت برنده.

## ۲.۲. بررسی جهت<sup>۱۸</sup>

### ۲.۲.۱. درباره جهتی که شعبه نخستین درنظر گرفته است

#### بیان جهت

موسسه وکلای مشاور لگالسی به حکم تعیین مبلغ مجموع حق الوکاله به میزان ۲۲۰۰ یورو و رد کردن مبلغ ۲۰۰۰ یورو به آقای «الف» به عنوان اضافه پرداخت معترض شده است

13. Legalec avocats conseils, société civile professionnelle et autre.

14. Cour d'Appel de Bordeaux.

۱۵. گزارش پرونده از سایت دیوان عالی کشور فرانسه است. این گزارش بی کم و کاست اورده می‌شود تا خوانندگان ایرانی با شیوه نگارش رأی در این دیوان آشنا شوند:

Arrêt n°1137 du 22 octobre 2020 (19-15.985) - Cour de cassation - Deuxième chambre civile - ECLI: FR:CCAS:2020: C201137; ([https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/deuxieme\\_chambre\\_civile\\_570/1137\\_22\\_45789.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/deuxieme_chambre_civile_570/1137_22_45789.html)).

16. Faits et procédure.

17 Barreau de la Charente.

18 Examen du moyen

این‌چنین که «قاضی ملزم به رعایت و شخصاً مراعی داشتن اصل تقابل بوده، نمی‌تواند سرخود به جهتی استناد نماید بی‌آنکه پیش از آن طرفین را برای بیان ملاحظات خود دعوت کرده باشد؛ در این باره با استناد سرخود به این جهت که قرارداد حق‌الوکاله به سبب انصراف وکیل پیش از نیل به مأموریت کاری خود غیرقابل اجرا شده است، بی‌آنکه پیش از آن طرفین برای بیان ملاحظات خود دعوت شده باشند، درحالی که اساساً آقای الف در دادرسی حضور نداشته و در لایحه خود خطاب به مرجع قضایی نیز به چنین جهتی استناد ننموده است، از این رو، رئیس شعبه اول مرجع قضایی به الزامات اصل تقابلی بودن توجه نداشته و ماده ۱۶ کد آیین دادرسی مدنی را نقض نموده است».

## ۲.۲. دیدگاه دیوان عالی<sup>۱۹</sup>

### بر بنیاد ماده ۱۶ کد آیین دادرسی مدنی

آن‌چنان که این ماده مقرر داشته است، قاضی باید در همه اوضاع و احوال، اصل تقابلی بودن رسیدگی را رعایت نماید و خود نیز شخصاً آن را مراعی بدارد. وی نباید تصمیم خود را بر جهات حکمی که سرخود به آن استناد نموده است استوار کند، بی‌آنکه پیش از آن طرفین را برای بیان ملاحظات خود دعوت کرده باشد.

در آیین دادرسی شفاهی، آنگاه که یک طرف در جلسه دادرسی حضور نداشته است، نمی‌شود چنین فرض نمود که جهتی که قاضی سرخود مورد استناد قرار داده، به صورت تقابلی مورد مجادله بوده است.

در اینجا برای بیان این سخن که داوری نمودن پیرامون زمان صرف شده از سوی وکیل در راستای دفاع از منافع آقای «الف»، همچون نرخ حق‌الزحمه کار وی، با چشم بستن از شرایط قراردادی حق‌الوکاله بین طرفین منعقد شده است، با وجود معیارهای مقرر در بند ۴ ماده ۱۰ قانون ۱۱۳۰-۷۱ مورخ ۳۱ دسامبر ۱۹۷۱، کنار نهاده شده و جایگزین شده است؛ چراکه در این رأی چنین آمده است که چون نمایندگی مشاور پیش از دستیابی به مأموریت

19. Réponse de la Cour

کاری خاتمه یافته است، دیگر طرفین نیازی به ارزیابی شرایط این قرارداد ندارند.<sup>۲۰</sup>.

همچنین رئیس شعبه اول مرجع قضایی با صدور چنین رأیی متن ماده پیش‌گفته را نقض نموده است؛ چراکه آفای «الف» در جلسه رسیدگی حضور نیافته و وی نه به تصمیم و نه به اسناد پرونده آیین دادرسی دسترسی نداشت، درحالی که طرف حاضر، پیشاپیش برای بیان اظهارات خود درباره استناد سرخود به جهت ملغی‌الاثر بودن قرارداد حق‌الوکاله دعوت شده است.

### ۲.۳. رأی دیوان عالی کشور فرانسه

«رأى مورخ ۵ مارس ۲۰۱۹ رئیس شعبه اول دادگاه پژوهش بوردو، تماماً نسبت به طرفین، نقض شده و الغا می‌شود؛ پرونده و طرفین در وضعیتی که پیش از آن رأی داشته‌اند باز می‌گردند و پرونده برای صدور رأیی دیگر، به رئیس شعبه اول دادگاه پژوهش بوردو بازگشت داده می‌شود.».

Président: M. Pireyre

Rapporteur: M. Talabardon, conseiller référendaire

Avocat général: M. Girard

Avocat(s): SCP Gaschignard

۲۰. این ماده احکام متعددی دارد. در بخشی از این ماده با اصلاحات سال ۲۰۱۵ چنین آمده است: «حق‌الرحمه کار، مشاوره، همراهی، راهنمایی، نگارش استناد قضایی به شکل سند عادی و منکرات شفاهی دادگاه، در قرارداد با موکل معین می‌شوند. در موضوع توقیف اموال غیرمنقول، تخصیم، مزایده و توثیق قضایی، حقوق و مزایای وکلا در چارچوب تعریف‌های که طی شرایط مقرر در باب چهارم از دفتر چهارم کد تجارت نوشته می‌شود برآورد می‌گردد. جز در موارد فوری یا بروز قوّه قاهره یا منگاهی که وکیل به عنوان معاحدت قضایی کامل یا برابر شق سوم قانون شماره ۶۴۷-۹۱ مورخ ۱۰ ژوئیه ۱۹۹۱ درباره معاحدت حقوقی در موضوع دخالت دارد، وکلا با موکل خود قرارداد حق‌الوکاله‌ای منعقد می‌نمایند بهویژه با تصریح به مبلغ حق‌الوکاله یا شیوه تعیین حق‌الوکاله با عنایت به اقدامات قابل پیش‌بینی و نیز هزینه‌ها و مخارجی که لازم است. در حق‌الوکاله بر بنیاد عرف به وضعیت آتی موکل، مشکلات پرونده، هزینه‌هایی که وکیل متحمل می‌شود و شهرت و اقداماتی که وی انجام می‌دهد توجه می‌شود. هرگونه تعیین مشروط به تبیجه حق‌الوکاله ممنوع است. قراردادی که در آن افزون بر حق‌الوکاله کار، حق‌الوکاله‌ای تکمیلی را با توجه به تبیجه حاصله یا خدمت ارائه شده مقرر می‌کند مجاز است. در نمایندگی داده شده به وکیل برای انعقاد قراردادهای اشاره شده در بند نخست ماده ال ۷-۲۲۲ کد ورزش، چنین مقرر است که مبلغ حق‌الوکاله نباید از ۱۰ درصد مبلغ آن قرارداد بیشتر باشد....».

### ۳. نقد و بررسی رأی

افزون بر موضوع اصلی این نوشه که به جایگاه اصل تقابلی بودن دادرسی یا اصل تناظر در جریان دادرسی مدنی و نقش آن در تحقق نقش متقابل و معادل قاضی و اصحاب دعوا می‌بردازد، از نگاه حقوق تطبیقی این رأی نشان‌دهنده رشد و پیشرفت حقوق فرانسه در تأمین و حفظ حقوق صاحبان مشاغل از جمله وکلای دادگستری است و موضوع این رأی برای تبیین نکته یا نکات آینین دادرسی که در این نوشه بررسی شده، سودمند است. توضیح اینکه در ماده ۲۱ قانون سال ۱۹۷۱ با اصلاحات سال ۲۰۱۱ چنین آمده است: «هر کانون وکلا دارای شخصیت مدنی<sup>۲۱</sup> است. رئیس کانون وکلا نماینده کانون در همه موضوعات است. او به اختلافات حرفه‌ای میان اعضای کانون وارد شده، سازش برقرار می‌نماید و نیز درباره هرگونه ادعای اشخاص ثالث چنین می‌کند. هرگونه اختلاف میان وکلا در هنگام اجرای وظایف حرفه‌ای خود، اگر سازش نشده باشد، به داوری رئیس کانون وکلا و اگذار می‌شود که وی می‌تواند برای ارزیابی بخش‌های اجتماعی یا سهام مؤسسه وکلا از کارشناس استفاده کند. در این موضوع، رئیس کانون وکلا می‌تواند اختیارات قانونی خود را به رؤسای پیشین کانون وکلا و نیز به هر عضو یا عضو پیشین شورای کانون و اگذار نماید. تصمیم رئیس کانون وکلا از سوی هریک از طرفین در دادگاه پژوهش قابل شکایت است. شرایطی که در چارچوب آن رئیس کانون وکلا می‌تواند اختیارات خود را واجدار کند و آینین داوری در مصوبه شورای دولتی پس از دریافت نظر شورای ملی وکلا مقرر می‌شود...».

به هزاران دلیل نباید موضوعاتی همچون مطالبات حق‌الوکاله مستقیماً در دادگستری مطرح شود. از نگاه روان‌شناسی قضایی این کار موجب بروز نوعی رقابت میان مشاغل دولتی و حرّف خصوصی می‌شود که با توجه به شناوری و آزادی شغل خصوصی، دوام و پایداری در شغل دولتی که درآمد و دررفت معینی دارد، آسیب دیده یا کم می‌شود. همچنین، وکلا نباید بی‌درنگ برای رسیدن به حق‌الوکاله قراردادی یا مبتنی بر تعریف خود به دادگستری، آن هم علیه موکل خود که با ایشان دارای رابطه امانت و صداقت هستند، مراجعه کنند. این دو برای اینکه در سطح اخلاق باقی نمانند، باید با پیش‌بینی نوعی فرایند

غیرقضایی پاسداشته شوند؛ چیزی که در حقوق فرانسه به داوری یا تصمیم رئیس کانون وکلا واگذار شده است. نظارت بر این تصمیم در دادگستری آن ناسازگاری پیش‌گفته را ندارد و موجب می‌شود نوعی تضمین برای حفظ حقوق متداعین همواره فراهم باشد.

مطالعهٔ تطبیقی این رأی چنین ثمره‌ای نیز دارد که نشان می‌دهد وکلای دادگستری فقط حدود نمی‌خواهند، بلکه حقوقی هم دارند که بایسته است برای تداوم و پیشرفت این حوزه، بهویژه از نگاه حقوق مالی، با پیش‌بینی سازوکارهای مناسبی همچون راهکار موضوع پروندهٔ حاضر، یعنی داوری یا نوعی تصمیم پایمردانه رئیس کانون وکلا، مورد توجه قرار گیرد. همچنین، این رأی سطح اعتماد دستگاه قضایی و مشتریان حوزهٔ وکالت به رئیس کانون وکلا را نیک نشان می‌دهد و پردهٔ از ظرفیت‌های همکاری میان کانون‌های مستقل وکلا و قوهٔ مستقل قضایی بر می‌دارد. درک این استقلال با تحقق این گونه تعاملات بیشتر است تا دخالت روزافزون و پدیداری شباهات نفی استقلال کانون وکلا یا دامن زدن به شباههٔ مداخله‌گری قوهٔ قضائیه در امور ذاتی این کانون‌ها. میان دستگاه قضایی و کانون وکلا باید در اموری همچون موضوعاتی که در حقوق و حدود وکلا اثر دارند، همکاری بیشتر و بیشتری محقق گردد.

نگاه نگارنده به اختیارات سرخود دادرس در این نوشته، نگاهی منفی و انکاری نیست، چراکه در حقوق دادرسی، قاضی بی‌بهره از اختیارات سرخود و تشخیصی، دادرسی را در چنگال اطاله رها خواهد کرد که نتیجهٔ آن چیزی جز دورافتادگی از کشف حقیقت و واقع که ذات مفروض یا گوهر مقبول «فصل خصومت» است نخواهد بود. باری، دادرس مدنی باید از اختیارات سرخود برخوردار باشد و این سخن برخوردي با تبیین فرایند اجرای «درست‌آیین» ندارد. از این رو، توجه بهتر به این نقش، به باور پژوهندۀ کارآمدی بیشتر و بهتر را برای دادگاه‌ها بهار معغان می‌آورد آن‌چنان که نوشته‌اند: «اختیار سرخود دادرس در هنر طراحی رأی درست نقش بازی می‌کند و جایگه دارد. همچنین این توانایی‌های دادرس، از زمان پی‌بردن به نزاع یا درخواست مطرح شده در دادگستری و تا لحظه‌ای که به تصمیم می‌انجامد، همواره اهمیت خود را نشان می‌دهد: این است هنر آیین دادرسی».<sup>22</sup> بر این

22. Burgelin, Jean-François, Jean-Marie Coulon, Marie-Anne Frison-Roche, *L'office de la procédure*, in: Mélanges P. Draï, Paris, Dalloz, 2000, pp. 253.

بنیاد، از نگاه موضوع این نوشه‌یعنی رعایت اصل تقابلی بودن دادرسی، پرداختن به هفت نکته برای اجرای درست‌آینه اختیارات سرخود بایسته است:

- نخست اینکه الزام رعایت اصل تناظر یا اصل تقابل، تنها در مورد متداعین نیست؛ همان گونه که خواهان در آغاز دادرسی باید ادعاهای و مستندات خود را طی دادخواست یا هر سند آغازگر رسیدگی برای آگاهی خوانده از دعوی به دادگاه ارسال نماید، خوانده نیز باید در هرگونه دفاع، چه کتبی و چه شفاهی، به شیوه‌ای رفتار نماید که خواهان، از اصول دفاعیات و مبانی آن آگاه شود. این اصل تقابلی بودن دادرسی ایجاب می‌کند هرگونه تغییر و دگرگشتنی در ادعا و دفاع، به آگاهی طرف مقابل برسد.
- دوم اینکه هرگونه مراجعة یک‌جانبه به دادرس، چه از سوی خواهان و چه از ناحیه خوانده، باز مشمول این اصل است. برای نمونه، اگر خواهان تقاضای دستور موقت می‌کند، حتی اگر این دستور به سبب فوریت، بدون ابلاغ مراتب به خوانده صادر شود، باید مراتب به او ابلاغ شود و وی احیاناً توانایی اعتراض به آن را، خواه ضمن اعتراض به رأی یا مستقیماً- که مورد اخیر در حقوق دادرسی ما نسبت به دستور موقت نیست- خواهد داشت.
- سوم اینکه در امور موضوعی که به ابتکار طرفین واگذار شده و تحت تسلط ایشان است، اگر قاضی بخواهد در این امور دخالت کند، مانند این است کهأخذ توضیحی را لازم بداند یا اینکه موضوعاتی جانبی یا خواسته‌های ضمنی را در پرونده دیده و قصد استناد داشته باشد، باید مراتب را به طرفین اطلاع داده، به این منظور جلسه دادرسی تشکیل دهد یا دفاعیات ایشان را بشنود.
- چهارم اینکه گرچه امروز نقش قاضی و اصحاب دعوا در دلایل اثبات به سوبی پیش رفته که مشارکت و همکاری ایشان در تحقیق اثبات را نشان می‌دهد و هر دو برای فصل خصومت و کشف حقیقت دارای اختیاراتی در این باره هستند، ولی اصل تقابلی بودن دادرسی یا اصل تناظر، کار قاضی در استناد به ترتیبات تحقیقی را هنگامی درست‌آینه می‌داند که یا دادرس تحقیقات را با حضور و مشارکت طرفین و ذی‌نفع انجام دهد یا اینکه در تحقیقاتی که سرخود و بر بنیاد اختیار تشخیصی خود انجام داده است، طرفین را از نتیجه این تحقیقات آگاه نموده، دفاعیات ایشان را دریافت نماید. او بدون دریافت



دفاعیات یا دست کم بی‌آگاهی طرفین درباره این تحقیقات، حق ترتیب اثر دادن به آن نتایج را در پرونده ندارد.

- پنجم اینکه در امور حکمی، همچون موضوع این پرونده که در حاکمیت و تسلط دادرس است و نیز در قوانین و مقررات، نوعی توانایی کامل به دادرس در این حوزه داده می‌شود. چنانچه دادرس قصد داشته باشد به قوانین و مقرراتی استناد کند که برای نمونه موجب تغییر توصیف خواهان یا متداعین از موضوع دعوا و خواسته می‌شود یا دست کم نام‌گذاری ایشان را تغییر می‌دهد و یا اینکه همچون موضوع پرونده حاضر، اصل حقانیت خواهان را نشانه می‌رود و قرارداد وی را به سبب برخورد با قوانین و مقررات امری یا اخلاق حسنی یا نظام عمومی بی‌اثر قلمداد نماید، پیش از استناد به این قوانین و مقررات در رأی خود بایسته است ملاحظات و دفاعیات طرفین را بشنوید یا دست کم اینکه فرصت شنیدن آن را فراهم بیاورد؛ خواه در این کار برای پاسداری قوانین امری یا اخلاق حسنی یا نظام عمومی «تکلیف» داشته باشد و خواه در تصحیح اشتباہ متداعین در توصیف و نام‌گذاری «اختیار» داشته باشد. هرگاه که بخواهد در این امور اقدامی انجام دهد بایسته است اصل تقابلی بودن دادرسی را رعایت کند.
- ششم اینکه اگر در ماده ۱۸ قانون آیین دادرسی مدنی ناظر بر ماده ۱۴۲ این قانون که از جمله دعاوی تهاتر، صلح، فسخ، رد خواسته و امثال آن که برای دفاع از دعواه اصلی اظهار می‌شود، به جهت اینکه «دفاع» است، دعواه متقابل ندانسته، به دیده دقت نگریسته شود و مسئله برخورد یک قرارداد یا تعهد با نظام عمومی یا اخلاق حسنی را نیز دفاعی دانست که اصل و ریشه حقانیت مدعی را نشانه می‌رود و یا اینکه اگر این در قانون آیین دادرسی مدنی به برخی ایرادات ناظر بر مشروعیت، جزیمت و واجد اثر بودن (بندهای ۷، ۸ و ۹ و ۱۰ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی)، در کنار طرح دعوا برابر قانون (ماده ۲ آن قانون) نگریسته شود<sup>۳۳</sup>، هویدا می‌گردد که همه این واکنش‌های دفاعی

۳۳. برخی بدروستی این بندها را ایراد آیین دادرسی ندانسته‌اند. ر.ک. ملک‌تبار فیروزجایی، هادی، قواعد عمومی ایرادات آیین دادرسی، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸)، ص ۷۶ به بعد و نیز ص ۱۷۰ تا ۱۷۷. این پژوهشگران باور دارند که رفار متداعین، پس از دادخواهی خواهان از دادگستری در سه شیوه نمود می‌یابد: یا خوانده اصل حق مورد ادعای خواهان را انکار می‌کند که این کار «دفاع» است و اختصاص به خوانده ندارد. یا اینکه به ساختهان دعواه ایجاد شده از نگاه آیین دادرسی ایراد



(دفاع ماهوی یا ایراد) ریشه در خصوصی بودن مفهوم دعوای مدنی دارد و گویای پیش‌بینی ترتیبی در قانون آیین دادرسی مدنی است که در راستای اصل تقابلی بودن دادرسی، به‌دلیل طرح دفاعیات و ایرادات، قصد دارد این اصل را همواره میان طرفین پاس دارد. پس، آنگاه که خود قاضی سرخود به این دفاعیات و ایرادات به جای طرفین ذی نفع استناد می‌کند، در واقع، خود را در موقعیت یکی از اطراف دادرسی قرار می‌دهد و از این رو، بایسته است تا قاضی با وجود تکلیفی که قوانین ماهوی فراروی او قرار داده است (ازجمله ماده ۹۷۵ قانون مدنی و هر مقرره‌ای که بی‌اعتباری ادعا و دفاعیات مدعی یا مدعی‌علیه را پیش می‌کشد)، دست‌کم با ابلاغ مراتب و دریافت ملاحظات و دفاعیات طرفین، خواه با تشکیل جلسه دادرسی و خواه با قبول لوایح طرفین، در پرونده امر تصمیم بگیرد.

▪ هفتم اینکه اصل تقابلی بودن دادرسی باید از سوی دادرس در حق خودش نیز هنگامی که قصد استناد سرخود به امور موضوعی یا اثباتی یا حکمی را دارد، رعایت شود. این اصل در مورد امور حکمی، دادرس را در موقعیت مستقل و بی‌طرف قرار می‌دهد و هرگونه شبهه را از او دور می‌کند. برای نمونه، در دو دعوای زیر، دانشگاه تهران دو دادخواست به دادگستری پاکدشت برده بود. در یکی که ازجمله به طرفیت شهرداری مطرح شده بود، یکی از خواسته‌های دعوا، الزام به تحويل قطعاتی معین از زمین برابر صورت جلسه تنظیمی بود و در دیگری که به طرفیت ستاد اقامه نماز جمعه مطرح شده بود، خواسته دعوا رجوع از إذن انتفاع نسبت به مساحت معینی از زمین بود.

در هر دو دعوا، شعب سوم و پنجم این دادگاه، دو رای کاملاً غافلگیرانه صادر نمودند. در اولی شعبه سوم اعلام کرد که تحويل زمین ازجمله به استناد «قانون منع فروش و واگذاری اراضی فاقد کاربری مسکونی برای امر مسکن به شرکت‌های تعاونی و سایر اشخاص حقیقی و حقوقی» مصوب سال ۱۳۸۱ و «قانون جلوگیری از خرد شدن اراضی کشاورزی و ایجاد

می‌گیرد که این «ایراد آین دادرسی» است و گویا این خوانده است که چنین ایراداتی را غالباً طرح می‌کند و گاه خواهان را فاقد حق دادخواهی می‌داند که این «نپذیرفتن» است که مورد اخیر در زبان فرانسه «fin de non-recevoir» نامیده شده است و در اینکه این رهیافت برای خوانده است گرایش‌های معقولی وجود دارد. بر این اساس، استناد به قواعد آمره یا نظم عمومی یا اخلاق حسته را که راست همچون تیری اصل حق مدعی را نشانه می‌رود، باید یک دفاع دانست.



قطعات مناسب فنی، اقتصادی» سال ۱۳۸۵ وجاheet قانونی ندارد و در نتیجه، حکم عليه خواهان (به شکل حکم به بطلان دعوا و بیحقی) صادر شد<sup>۲۴</sup> و در دومی بیانکه خوانده کمترین دفاعی در مقابل دعوای دانشگاه نموده باشد، به زیان دانشگاه به سبب اینکه مسئله وقفیت اراضی این شهر اخیراً در دادرسی که دانشگاه در آن حضور نداشت، مورد بازنگری فوق العاده قضایی قرار گرفته، دانشگاه را ذی نفع ندانست و قرار رد دعوای خواهان را صادر نمود.<sup>۲۵</sup>

هر دوی این دادنامه‌ها با تجدیدنظرخواهی به ترتیب در شعبه‌های ۵۱ و ۶۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران نقض شد. مبنای سخن تجدیدنظرخواه در هر دو مورد برای نمونه، رعایت نشدن اصل تقابلی بودن دادرسی بود تا جایی که خواهان نخستین ادعا می‌کرد که از وجود چنین جهاتی درباره ادعای خود کاملاً نآگاه بوده و غافلگیر شده است و چون دادگاه نیز درباره این جهات، دفاعیات خواهان نخستین و خوانده را دریافت نکرده بود، قول خواهان مقدم بود و این عدم رعایت اصل تقابلی بودن دادرسی، نقض رأی‌ها را آسان کرد. در واقع، برای اینکه خواهان یا خوانده، قاضی را طرف اختلاف خود نبیند، بایسته است این اصل میان قاضی و طرفین، و طرفین و قاضی و نسبت به خود قاضی در فروض بالا اجرا شود و دیوان عالی کشور و به طریق اولی هر مرجع عالی قضایی همچون دادگاه تجدیدنظر نسبت به دادگاه عمومی یا این دادگاه نسبت به رأی قاضی شوراء، با اتکا به بند ۳ ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسی مدنی به پاسداری اصول دادرسی و حقوق اصحاب دعوا یا با استناد به بند هـ ماده ۳۴۸ این قانون، رأی‌هایی را که بی‌توجه به این اصل صادر شده است، به درخواست ذی نفع نقض نماید.

### نتیجه

اگر از مقوله شیوه حل اختلاف میان وکیل و موکل در حقوق فرانسه بگذریم، در همه نظامهای حقوقی برای پاسداری از نظم عمومی و اخلاق حسن‌احکامی همچون حکم ماده

۲۴. دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۲۹۲۰۳۰۰۹۵۰/۸/۲۹ شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی پاکدشت.

۲۵. دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۲۹۲۰۵۰۰۳۳۴ شعبه ۱۳۹۸/۴/۱ پنجم دادگاه عمومی حقوقی پاکدشت.



۹۷۵ قانون مدنی و ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی دیده می‌شود و در برخی قوانین و مقررات نیز برای یادآوری و تضمین حقوق ذی‌نفعان ترتیباتی برای بیان ایرادات و طرح دفاعیات پیش‌بینی شده است، ولی آنچه بیش و پیش از همه موجبات درست‌آیینی و پذیرش عمل دادگاه از سوی طرفین و مراجع قضایی بالاتر می‌شود، آن رهیافت و رفتاری است که در فضای اصل تقابلی بودن دادرسی انجام شده باشد؛ خواه اقدام دادگاه به امر موضوعی مربوط باشد و خواه به امر حکمی یا اثباتی.

هیچ دادگاهی نباید با اتکا به اندیشه حفظ نظم عمومی یا اخلاق حسنی یا به اتکای تکلیف خود در یافتن حکم هر موضوع در قوانین و مقررات، به خود حق استناد غافلگیرانه به امور حکمی را بدهد. گرچه در این اقتدار دادگاه ماهیتاً کمترین گمانی نیست، اما از نگاه آیینیک در این باره سخن‌ها هست. قواعد آیین دادرسی از دادگاه می‌خواهد، در عین پذیرش آزادی وی در کار یافتن و اعمال حکم بر موضوع، حقوق و منافع متداعین را با اجرای اصل تقابلی بودن دادرسی در حق خود و طرفین رعایت نماید.

ثمرة حقيقة این نوشته را باید در دور نمودن دادگاه از صدور قرارهای شتابزده دید. هیچ دادگاهی نباید درباره قابلیت استماع، مشروعيت، قانونی بودن اصلی حق مورد ادعا یا هر برآورد قانونی دیگر، سرخود پیش‌داوری کند. او حق داوری دارد، ولی پس از دریافت ملاحظات طرفین اختلاف. گرچه دادگاه می‌تواند در چارچوب قوانین و مقررات در امور موضوعی و اثباتی مداخله نماید و نیز درحالی که دادگاه به هر بجهانه و تعییل می‌تواند در توصیف و نام‌گذاری طرفین و تصحیح اشتباہات سهی و عدمی ایشان ورود کند، برای رسیدن به استواری رأی و پذیرش و رضایتمندی حل و فصل انجام‌شده از سوی طرفین اختلافات و پرهیز از دوباره یا چندباره کاری ناشی از صدور قرار برای دادخواهان یا جلوگیری از اشتغال بی‌مورد دادگاه‌های بالاتر به این قرارها و نفی آمارگرایی، باید که پیش از هر اقدام، او رفتار و رهیافت خود را با پاییندی به اصل تناظر یا تقابلی بودن دادرسی اجرایی نماید. او نباید و نشاید به استناد جهاتی همچون مشروعيت، نظم عمومی یا اخلاق حسنی یا قوانین آمره، یکسویه و بی‌آگاهی طرفین، نظری و رأیی درباره اختلاف طرفین بدهد. اشکالی که در نظام حقوقی ما به سبب مجمل گذاردن امر در قانون آیین دادرسی مدنی به‌خوبی به‌چشم



می‌آید و قاضی را در موقعیتی قرار می‌دهد که وی می‌تواند سرخود به این اسباب و جهات، هم علیه خواهان یا خوانده‌ای رای بدهد که هیچ آگاهی از منویات درونی دادرس، پیرامون عدم مطابقت دعوا و ادعایشان با قانون به معنای کلی یا اخلاق حسن و نظم عمومی ندارند. این سخن به‌دلیل بیان ممنوعیت دادرس در استناد به این جهات نیست؛ این سخن در پی استناد شایسته به این جهات با اجرای اصل تقابلی بودن دادرسی میان طرفین و دادرس، و دادرس و طرفین است.

به رأی شعبه دوم دیوان عالی کشور فرانسه که تماماً در اجرای این اصل، با تأکید بر رویه قضایی پیشین و مستحکم این دیوان<sup>۲۶</sup> اهتمام نموده، کمترین اشکال و ایرادی نیست. بایسته است این نقص در حقوق ما جبران شود و نگارنده رأی اول آبان ۱۳۹۹ شعبه دوم دیوان عالی کشور را بهانه و دستمایه کرد برای طرح دوباره این موضوع و بیان دگربار خواست بازبینی قوانین آینینیک و به روزرسانی آن‌ها با توجه صحیح به نقش متقابل دادرس و اصحاب دعوا در دادرسی مدنی. اندیشیدن به هنر آینین دادرسی، انگیزه نگارنده در این نوشته بوده است.

۲۶. هم درباره استناد به نظام عمومی و هم درباره استناد به قواعد ماهوی یا قواعد آینینیک و هم درباره جهات حکمی ناب، رأی‌های پرشماری از مراجع قضایی عالی و تالی فرانسه بر بنیاد ماده ۱۶ کد صادر شده است. در این باره، نک: *Code de procédure civile*, 2018, 109ème éd, Paris, Dalloz, 2018, p. 60-61.



## منابع و مأخذ

### - کتاب‌ها -

۱. کاپلتی، مورو و برایان جی. گارث، آیین دادرسی مدنی، مجلد نخست، (مقدمه- سیاست‌ها، گرایش‌ها و اندیشه‌ها در آیین دادرسی مدنی)، برگردان و پژوهش حسن محسنی، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸).
۲. محسنی، حسن، (متترجم)، آیین دادرسی مدنی فرانسه، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ج ۴، ۱۳۹۵).
۳. محسنی، حسن، اداره جریان دادرسی مدنی، بر پایه همکاری و در چارچوب اصول دادرسی، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ج ۵، ۱۳۹۹).
۴. ملک‌تبار فیروزجایی، هادی، قواعد عمومی ایرادات آیین دادرسی، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸).

### - مقالات -

۵. شعراياني، محمد، «ثمن نامعین در قراردادهای پيش فروش، موافع حقوقی و فقهی راهکارها»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر (فقه و حقوق اسلامی سابق)، شماره ۵ (۱۳۹۱).
۶. شمس، عبدالله، «اصل تناظر»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۳۵-۳۶ (۱۳۸۱).
7. Burgelin, Jean-François, Jean-Marie Coulon, Marie-Anne Frison-Roche, *L'office de la procédure, in: Mélanges P. Draï*, Paris, Dalloz, 2000.
8. *Code de procédure civile*, 2018, 109<sup>ème</sup> éd, Paris, Dalloz, 2018.

### - رأی‌ها -

9. Arrêt n°1137 du 22 octobre 2020 (19-15.985) - Cour de cassation - Deuxième chambre civile-ECLI: FR:CCAS:2020: C201137; ([https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/deuxieme\\_chambre\\_civile\\_570/1137\\_22\\_45789.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/deuxieme_chambre_civile_570/1137_22_45789.html)).



۱۰. دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۲۹۲۰۳۰۰۹۵۰ مورخ ۱۳۹۶/۸/۲۹ شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی پاکدشت.
۱۱. دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۲۹۲۰۵۰۰۳۳۴ مورخ ۱۳۹۸/۴/۱ شعبه پنجم دادگاه عمومی حقوقی پاکدشت.



## چالش‌های حمایت اجرایی از سازش‌نامه‌های منعکس در رأی داوری با مطالعه تطبیقی در کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹

تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۰/۰۳/۲۴

تاریخ دریافت: ۹۹/۰۷/۰۳

رضا معبدی نیشابوری<sup>۱</sup>  
سید علیرضا رضائی<sup>۲</sup>

### چکیده

میانجیگری با توجه به اتکا بر تراضی طرفین و اینکه نتیجه فرایند میانجیگری یا سازش‌نامه مطلوب طرفین دعوا است، روشن ویژه در حل و فصل اختلافات محسوب می‌شود. کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ در خصوص سازش‌نامه‌های تجاری بین‌المللی از سوی سازمان ملل متعدد برای ارتقای نهاد یادشده و رفع نقصه قदان وصف لازم‌الاجرا در سازش‌نامه‌ها تنظیم شده است. در برخی موارد، سازش‌نامه حاصل از فرایند میانجیگری در رأی داوری منعکس می‌شود و مقررة قانونی حاکم بر آن با توجه به دخالت داوری و میانجیگری به عنوان دو روش حل اختلاف مستقل، محل تردید است. برای رفع تردید یادشده باید مقررات کنوانسیون‌های نیویورک و سنگاپور به عنوان معاهدات بین‌المللی در خصوص اجرای سازش‌نامه و رأی داوری و همچنین مقررات نظام حقوقی ایران مورد بررسی و مذاقه تطبیقی قرار گیرد. در بند ۳ از ماده ۱ کنوانسیون سنگاپور، سازش‌نامه‌ای که به عنوان رأی داوری مورد ثبت قرار گرفته و لازم‌الاجرا باشد، از قلمرو اعمال معاهده یادشده مستثنی شده‌اند. ابهامات حقوقی متعددی در خصوص مقررة یادشده وجود دارد. آیا هدف این مقرره جهت رفع تداخل نظام حمایتی کنوانسیون‌های سنگاپور و نیویورک محقق شده است؟ منظور کنوانسیون از اینکه رأی ثبت‌شده لازم‌الاجرا باشد، چیست؟ آیا اصلاً رأی داوری

maboudi@um.ac.ir

alirezarezaee4771@mail.um.ac.ir

۱. استادیار دانشگاه فردوسی مشهد، ایران (نویسنده مسئول)

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه فردوسی مشهد، ایران



منعکس‌کننده میانجیگری، رأی محسوب می‌شود؟ و این مقرره در چه حالاتی باعث شده که رأی داوری منعکس‌کننده میانجیگری طرفین، از حمایت اجرایی هردو کنوانسیون سنگاپور و نیویورک محروم شود؟ مقاله حاضر با بررسی پرسش‌های پیش‌گفته به این نتیجه نائل آمده است که نحوه تنظیم مقرره یادشده علاوه بر ایجاد ابهامات حقوقی، سبب شده است که برخی آرای داوری منعکس‌کننده میانجیگری، مشمول حمایت اجرایی هیچ‌یک از کنوانسیون‌های نیویورک و سنگاپور نشوند. تا زمانی که احیاناً متن کنوانسیون سنگاپور در این زمینه اصلاح شود، به عنوان راه حل، این مقاله پیشنهاد نموده است که داوران و کلای متداعین با اتخاذ تدبیری تلاش نمایند که لاقل مقررات حمایتی کنوانسیون نیویورک قابل اعمال بر سازش‌نامه‌های منعکس در رأی داوری باشد؛ هرچند در حال حاضر کنوانسیون سنگاپور راه را بر هرگونه حمایت خود از سازش‌نامه‌های یادشده به کلی مسدود کرده است.

**واژگان کلیدی:** سازش‌نامه ناشی از فرایند میانجیگری، کنوانسیون نیویورک، لازمالاجرا بودن رأی داوری.

## مقدمه

میانجیگری به عنوان یکی از کهن‌ترین روش‌های حل و فصل اختلافات، به دلیل فقدان حمایت اجرایی از سازش‌نامه در اسناد بین‌المللی (به عنوان مثال کنوانسیون ایکسید)<sup>۳</sup> در مقایسه با دادرسی و داوری کمتر مورد استفاده قرار گرفته است، اما در سالیان اخیر با توجه به مزیت‌های متعدد این روش حل و فصل اختلافات (از جمله سریع بودن، ارزان بودن، حفظ روابط تجاری طرفین، و انعطاف‌پذیر بودن) بیشتر مورد اقبال قرار گرفته و در همین راستا سازمان ملل، اقدام به تصویب کنوانسیون سازمان ملل متحده در مورد سازش‌نامه‌های حاصل از میانجیگری ۲۰۱۹ (کنوانسیون سنگاپور)<sup>۴</sup> جهت اعطای حمایت اجرایی به سازش‌نامه به عنوان نتیجه فرایند میانجیگری کرده که ایران نیز به کنوانسیون یادشده پیوسته است.

<sup>۳</sup>. محمدرضا، مجتبهدی، «رأى مدلى بر حقوق حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین المللی بر مبنای کنوانسیون داوری ایکسید»، مطالعات حقوقی معاصر، سال دوم، شماره ۳ (۱۳۹۰)، ص ۱۸۳.

<sup>4</sup>. United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation 2019.



مهم‌ترین هدف انعقاد معاهده مزبور، اعمال حمایت‌های مشابه کتوانسیون نیویورک در خصوص شناسایی و اجرای آراء داوری خارجی، از نتیجه فرایند میانجیگری است.<sup>۵</sup>

شایان ذکر است امضای یک معاهده بین‌المللی قبل از تصویب آن از سوی قوه مقننه هیچ تعهدی را برای کشور امضاکننده ایجاد نمی‌کند و همچنین این معاهده جزئی از حقوق موضوعه کشور امضاکننده محسوب نمی‌شود. لذا مقررات کتوانسیون سنگاپور جزئی از حقوق ایران نیست و امضای کتوانسیون سنگاپور باعث ورود قواعد معاهده یادشده به مقررات لازم‌الاجرای ایران نمی‌شود. در عین حال، صرف‌نظر از اینکه امضای این معاهده ایران را یک گام به پیوستن به این کتوانسیون نزدیک کرده است، حتی در صورتی که چنین الحقی درنهایت صورت نپذیرد، مطالعه تطبیقی نظام حقوقی ایران با معاهده پیش‌گفته که مشهورترین سند بین‌المللی در زمینه میانجیگری است، از منظر دکترین، واجد ارزش حقوقی خواهد بود.

میانجیگری یکی از مهم‌ترین روش‌های جایگزین حل و فصل اختلافات است. در بند ۳ ماده ۲ کتوانسیون، بند ۳ ماده ۱ قانون نمونه آنسیترال در زمینه میانجیگری تجاری بین‌المللی و سازش‌نامه‌های بین‌المللی ناشی از فرایند میانجیگری مصوب<sup>۶</sup> و بند ۳ ماده ۱ قانون نمونه سازش تجاری بین‌المللی آنسیترال<sup>۷</sup>، تعریف میانجیگری این‌گونه آمده است: «میانجیگری صرف‌نظر از اصطلاحی که استفاده می‌شود یا بر هر مبنایی که اجرا می‌گردد به معنای فرایندی است که طرفین دعوا سعی می‌کنند تا با همکاری شخص یا اشخاص ثالث (میانجی) بدون داشتن اختیار تحمل راهکار به طرفین دعوا، به نتیجه‌ای دوستانه در مورد اختلاف خود دست یابند». نزد صاحب‌نظران حقوقی ایران<sup>۸</sup> نیز میانجیگری

<sup>۵</sup> رضا، معبودی و سیدعلیرضا، رضائی، «تحلیل دعاوی مستنقی شده از قلمرو کتوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فقه امامیه»، مطالعات حقوقی معاصر، دوره ۱۱، شماره ۲۰، (۱۳۹۹)، ص ۱۷۰.

6. UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018

از این پس: قانون نمونه ۲۰۱۸.

7. Uncitral Model Law On International Commercial Conciliation (2002)

از این پس: قانون نمونه ۲۰۰۲.

<sup>۸</sup> محمدجعفر، جعفری لنگرودی، دائره المعارف علوم اسلامی، ج ۲، (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱)، ص ۶۶؛ ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی؛ عقود معین مشارکها- صلح، ج ۲، (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۱)، ص ۳۲۳؛ احمد، متین دفتری، آئین دادرسی مدنی و بازرگانی، ج ۱، (تهران: انتشارات مجده، ۱۳۸۸)، ص ۴۷۷.



همان صلح دعوا تلقی شده و برخی معتقدند که سازش‌نامه همان صلح‌نامه است و عمل حقوقی طرفین، عقد صلح در مورد تنافع تلقی می‌شود.<sup>۹</sup>

مهمنترین تفاوت میانجیگری با روش‌های حل اختلاف قضایی و داوری در این است که میانجی قادر نیست راساً اختلاف را خاتمه دهد و یا دیدگاه دلخواه خود را به طرفین دعوا تحمیل کند و تنها مجاز است که سعی کند طرفین به یک راه حل دوستانه نائل آیند.<sup>۱۰</sup>

در خصوص تفاوت اصطلاح Mediation یا Conciliation یا (سازش)، برخی نویسنده‌گان<sup>۱۱</sup> معتقدند که این دو اصطلاح تمایزات آشکاری دارند؛ اصطلاح Conciliation (سازش) مربوط به سازش ارزیابی‌کننده و اصطلاح Mediation (میانجیگری) مربوط به سازش تسهیل‌کننده است. از این منظر، در سازش تسهیل‌کننده<sup>۱۲</sup>، خود طرفین دعوا به اختلاف خود خاتمه می‌دهند و میانجی صرفاً اشخاص یادشده را جهت سازش راضی می‌کند، اما تنظیم مفاد سازش‌نامه از سوی طرفین دعوا صورت می‌گیرد. در مقابل، در سازش ارزیابی‌کننده<sup>۱۳</sup>، میانجی که باید دارای حد مشخصی از معلومات حقوقی باشد، علاوه بر تلاش در جهت برقراری صلح و سازش میان طرفین دعوا، با توجه به وضعیت پرونده و مسائل حقوقی و قانونی مربوط به آن، راهکارهایی را نیز به هریک از طرفین ارائه می‌نماید.<sup>۱۴</sup>

۹. سید حسن، امامی، حقوق مدنی، ج ۲، (تهران: کتاب فروشی اسلامیه، ۱۳۵۲)، ص ۳۲۱؛ شمس، عبدالله، آینه دادرسی مدنی (دوره پیشرفتی)، ج ۳، (تهران: انتشارات دراک، ۱۳۹۸)، ص ۴۹۷.

۱۰. عبدالحسین، شیروی، حقوق تجارت بین‌الملل، (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۱)، ص ۴۹۱.

11. Peter, D'Ambrumenil, *Mediation And Arbitration*, (Great Britain: Cavendish Publishing Limited, First published, 1997), p. 53; Hal, Abramson, "New Singapore Convention on Cross-Border Mediated Settlements", Catharine Titi; Katia Fach-Gomez, *Mediation in International Commercial and Investment Disputes*, (London, Oxford University Press, First Edition, 2019), p. 370; Christine, Sim, "Conciliation of investor-state disputes, Arb-con-arb, and The Singapore Convention", Singapore Academy of Law Journal, V 31, (2019), p672; Alan, Redfern; Martin, Hunter, *The Law and Practice of International Commercial Arbitration*, (London: Oxford University Press, 2009), p. 46.

12. Facilitative Mediation

13. Evaluative Mediation

14. Kenneth M, Roberts, "Mediating the evaluative-facilitative debate: Why both parties are wrong and proposal for settlement", Loyola University Chicago Law Journal, 39(A), (2007), p. 193-195.



پیش‌تر در قانون نمونه سازش آنسیترال ۲۰۰۲ از اصطلاح Conciliation استفاده شده بود، اما در کنوانسیون سنگاپور و قانون نمونه ۲۰۱۸، کارگروه آنسیترال<sup>۱۵</sup> تصمیم گرفت که عبارت Mediation را به کار ببرد، زیرا عبارت یادشده معمول‌تر بوده و بیشتر مورد استفاده قرار می‌گیرد.<sup>۱۶</sup> تعریف این دو اصطلاح، در بند ۳ ماده ۱ قانون نمونه ۲۰۰۲، بند ۳ ماده ۱ قانون نمونه ۲۰۱۸ و همچنین بند ۳ ماده ۲ کنوانسیون یکسان بوده، مواد یادشده بیان داشته‌اند که تفاوتی بین این دو اصطلاح قائل نیستند.<sup>۱۷</sup> در این مقاله از اصطلاح میانجیگری استفاده خواهد شد.

در فرایند حل و فصل اختلاف از طریق داوری ممکن است طرفین به سازش برسند و حتی داور به عنوان میانجی به دعوای آنها خاتمه دهد. حتی این احتمال نیز وجود دارد که طرفین پس از طی فرایند میانجیگری، سازش‌نامه حاصله را در رأی داوری ذکر کنند تا به این وسیله بتوانند از مزایای لازم‌الاجرا بودن رأی داوری استفاده نمایند. در این صورت میانجیگری و داوری به عنوان دو روش مستقل حل اختلاف در یک سند حل اختلاف تجمیع شده‌اند و تعیین رژیم اجرایی حاکم بر سند یادشده اهمیت دوچندان می‌یابد. از این رو باید مقررات کنوانسیون سنگاپور به عنوان معاهده بین‌المللی مربوط به اجرای سازش‌نامه‌های تجاری بین‌المللی و کنوانسیون نیویورک به عنوان معاهده بین‌المللی برای اجرای آرای داوری

از این پس: «کارگروه».

15. Uncitral Working Group.
16. Nadja, Alexander, A Convention on the enforcement of iMSAs and a new Model Law, (2018), <Available at: <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/16/conventionenforcementimsasnewmodellaw>>; Edna, Sussman, “The Singapore Convention Promoting the Enforcement and Recognition of International Mediated Settlement Agreements”, Icc Dispute Resolution Bulletin , 3, (2018), p. 49; Kim, Rooney, “Turning the rivalrous relations Between arbitration and mediation Into cooperative or convergent Modes of a dispute settlement Mechanism for commercial disputes In east Asia”, Contemporary Asia Arbitration Journal, 12, (2019), p. 113; Christine, Sim, Ibid, p. 694; Khory, McCormick; Sharon, Ong, ‘Through The Looking Glass: An Insiders Perspective Into The Making Of The Singapore Convention On Mediation’, Singapore Academy of Law Journal, 31, (2019), p. 523; Dorcas, Quek Anderson, “Supporting party autonomy in the enforcement of cross-border mediated settlement agreements: A brave new world or unchartered territory?”, Privatizing dispute resolution: Trends and limits, Research collection school of Law, 18, (2019), p. 6.
17. Edna, Sussman, “The Singapore Convention Promoting the Enforcement and Recognition of International Mediated Settlement Agreements”, Ibid, p. 50; Rooney, Ibid, p. 113; Eunice, Chua, “Enforcement Of International Mediated Settlements Without The Singapore Convention On Mediation”, Singapore Academy of Law Journal, 31, (2019), p. 5.



تجاری بین‌المللی به صورت تطبیقی مطالعه شود و نیز رویکرد کنونی نظام حقوقی ایران در مورد آرای داوری منعکس کننده میانجیگری مورد بررسی قرار گیرد.

در بند ۳ از ماده ۱ کنوانسیون سنگاپور، سازش‌نامه‌هایی که به عنوان رأی داوری مورد ثبت قرار گرفته و لازم‌الاجرا باشند، از قلمرو اعمال معاهده یادشده مستثنی شده‌اند. علت وضع قاعدة پیش‌گفته از سوی تنظیم‌کنندگان این کنوانسیون، جلوگیری از تداخل قلمرو اعمال کنوانسیون‌های سنگاپور و کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی (کنوانسیون نیویورک)<sup>۱۸</sup> بوده است که صرف‌نظر از مشخص نبودن ایراد اعمال دو کنوانسیون بر رأی داوری یا سازش‌نامه، نحوه تنظیم این مقرره باعث ایجاد مسائل و مشکلات حقوقی شده است. از طرفی، ابهاماتی در منظور کنوانسیون سنگاپور از عبارات «رأی»، «ثبت‌شده» و «لازم‌الاجرا» وجود دارد که باید مورد بررسی قرار گیرد. از طرف دیگر، نحوه تنظیم مقررة پیش‌گفته در عمل باعث شده است با توجه به عدم پوشش حمایتی تمامی آرای داوری از سوی کنوانسیون نیویورک، برخی آرای داوری منعکس کننده میانجیگری از حمایت اجرایی هر دو کنوانسیون سنگاپور و نیویورک محروم شوند.

این مقاله به دلیل بررسی کنوانسیون سنگاپور به عنوان جدیدترین سند بین‌المللی در خصوص حل و فصل اختلافات و تلاش برای افزایش اقبال آن در فضای حقوقی کشور به‌وسیله تطبیق قواعد آن با حقوق ایران، دارای تازگی و اصالت است.

با توجه به آنچه بیان شد در پژوهش حاضر چالش‌های حمایت اجرایی از سازش‌نامه‌های منعکس در رأی داوری با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ ذیل این بندها مورد بررسی قرار می‌گیرد:

## ۱. تداخل نظام حمایتی کنوانسیون‌های سنگاپور و نیویورک

بند ۳ از ماده ۱ کنوانسیون سنگاپور بیان می‌دارد این کنوانسیون بر موارد زیر قابل اعمال نیست: ب- سازش‌نامه‌هایی که به عنوان رأی داوری مورد ثبت قرار گرفته، لازم‌الاجرا هستند. عین چنین عباراتی در قانون نمونه آنسیترال در زمینه سازش تجاری بین‌المللی و

18. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York) 1958.



سازش‌نامه‌های بین‌المللی ناشی از فرایند میانجیگری مصوب ۲۰۱۸<sup>۱۹</sup> آمده و در قانون نمونه سازش تجاری بین‌المللی آنسیترال ۲۰۰۲<sup>۲۰</sup><sup>۲۱</sup> با عباراتی متفاوت عملاً همین موضع را در بند ۹ ماده ۱ به این شرح اتخاذ کرده است: «در پرونده‌هایی که قاضی یا داور، در مقام قضاویت یا داوری، برای رسیدن به توافق تلاش می‌کنند» از محدوده اعمال این مقرره خارج خواهد بود.

هدف اصلی وضع قاعدة پیش‌گفته، اجتناب از تداخل میان محدوده کنوانسیون سنگاپور با کنوانسیون نیویورک بوده است، زیرا در غیر این صورت، سازش‌نامه از دو طریق قابل اجرا خواهد بود و از منظر برخی حقوق دانان، طرفین دعوا می‌توانند از این مسئله سوءاستفاده نمایند.<sup>۲۲</sup>

- 
19. UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation 2018  
۲۰. از این پس: «قانون نمونه ۲۰۱۸».
21. Uncitral Model Law on International Commercial Conciliation  
۲۱. از این پس: «قانون نمونه ۲۰۰۲».
23. Edna, Sussman, “The Singapore Convention Promoting the Enforcement and Recognition of International Mediated Settlement Agreements”, *Ibid*, p. 49; Khory, McCormick; *Ibid*, p. 536; Nadja, Alexander; Shou, Chong, The new UN Convention on mediation (aka the ‘Singapore Convention’) – Why it’s important for Hong Kong, *Hong Kong Lawyer* 26-33. Research Collection School Of Law, (2019), p. 1; Miglè, Žukauskaitė, “Enforcement of Mediated Settlement Agreements”, Vilnius University Press, 111, (2019), p. 212; Eunice, Chua, *Ibid*, p. 3; Nadja, Alexander, A Convention on the enforcement of iMSAs and a new Model Law, (2018), *Ibid*, p. 1; Kim, Rooney, *Ibid*, p. 113; Karen, Vandekerckhove, *Mediation of Cross-Border Commercial Disputes in the European Union, In Mediation in International Commercial and Investment Disputes*, (London: Oxford University Press, First Edition, 2019), p. 201; Natalie, Morris-Sharma, “Constructing The Convention On Mediation The Chairperson’s Perspective”, *Singapore Academy of Law Journal*, 31, (2019), p. 505; Hal, Abramson, *Ibid*, p. 375; Shou, Chong; Felix, Steffek, “Enforcement of international settlement agreements resulting from mediation under the Singapore convention Private international law issues in perspective”, *Singapore Academy of Law Journal*, 31, (2019), p. 459; Bruno, Zeller; Leon, Trakman, “Mediation and arbitration: the process of enforcement”, University of New South Wales Law Research Series Uniform Law Review, 1, (2019), p. 6; Ahdieh Alipour, Herisi; Trachte-Huber, Wendy, “Aftermath of the Singapore Convention: A Comparative Analysis between the Singapore Convention and the New York Convention”. *American Journal of Mediation*, 12, (2019), p. 166; Norel, Rosner, “The Singapore Convention: Reflections on Articles 1.3 on Scope, on Reservations, and 12 on Regional Economic Integration Organization”, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 20, (2019), p. 1262; Clemens, Treichl, “The Singapore Convention: Towards a Universal Standard for the Recognition and Enforcement of International Settlement Agreements?”, *Journal of International Dispute Settlement*, 20, (2020), p. 11.



همچنین در این خصوص عنوان شده است که یک عمل حقوقی یا سند قانونی نمی‌تواند موضوع چندین رژیم اجرایی قرار گیرد و نباید مبانی مختلفی برای اجرای یک سازش‌نامه وجود داشته باشد. به علاوه رفتارهای متفاوتی باید با سازش‌نامه و رأی داوری یا قضایی که شامل سازش‌نامه است، صورت گیرد و هر کدام رژیم‌های اجرایی مختلفی داشته باشد.<sup>۲۴</sup>

البته در مقابل، برخی نویسنده‌گان<sup>۲۵</sup> بیان داشته‌اند که استثنای یادشده از جهاتی ضرورت نداشته، بهتر بود این نوع سازش‌نامه‌ها نیز تحت شمول کنوانسیون سنگاپور قرار می‌گرفت: نخست اینکه تداخل میان اجرای کنوانسیون نیویورک با کنوانسیون سنگاپور شاید به نفع طرفین دعوا باشد، زیرا آنها سازوکاری را برای دعواهای خود انتخاب می‌نمایند که برای آنها مناسب‌تر است، اما چنین استثنایی این حق انتخاب را از طرفین دعوا سلب می‌کند. دوم اینکه ممکن است رأی داوری صادره که منعکس‌کننده میانجیگری میان طرفین است، به دلایلی تحت شمول کنوانسیون نیویورک قرار نگیرد، در این صورت با توجه به این مقررة کنوانسیون سنگاپور، امکان اجرای این رأی داوری یا سازش‌نامه متفاوتی می‌شود. سوم، ممکن است کشورهایی تمایل داشته باشند عضو کنوانسیون سنگاپور شوند، اما مایل به استفاده از کنوانسیون نیویورک نباشند؛ در این حالت نیز سازش‌نامه قابل اجرا نیست. چهارم، تعارضی میان سازوکار اجرای آرای داوری و سازش‌نامه‌ها وجود ندارد؛ بنابراین، تداخل میان این مقررات باعث مشکلات جدی از لحاظ عملی و اجرایی نخواهد بود، زیرا هر دو کنوانسیون، حداقل‌ها را مشخص می‌کنند، نه حداکثرها را و اعضای این کنوانسیون‌ها می‌توانند مقررات مناسب‌تر را اجرا نمایند. به علاوه تعیین اینکه کدام رژیم اجرایی باید استفاده شود، در اختیار مقام صلاحیت‌دار کشور محل اجرا است. همچنین ماده ۷ کنوانسیون سنگاپور بیان می‌دارد که این کنوانسیون در مواردی که به سازش‌نامه استناد می‌گردد، نباید هیچ‌یک از طرفین ذی‌نفع را از حقوقی که ممکن است بهنوعی ناشی از سازش‌نامه و در حدود قوانین و معاهدات کشور عضو کنوانسیون باشد، محروم گرداند. لذا همان‌طور که برخی نویسنده‌گان<sup>۲۶</sup> اشاره کرده‌اند، مطابق این ماده، طرفین دعوا باید بتوانند از مناسب‌ترین

24. Khory, McCormick; Sharon, Ong, Ibid, p. 536.

25. Miglè, Žukauskaitė, Khory, Ibid, p. 212; McCormick; Sharon, Ong, Ibid, pp. 536-537.

26. Khory, McCormick; Sharon, Ong, Ibid, p. 530.



رژیم اجرایی موجود استفاده نمایند.

در همین راستا باید بیان داشت که چه ایرادی دارد که سازش‌نامه مشمول حمایت‌های کنوانسیون‌های سنگاپور و نیویورک باشد؟ حتی در نظام‌های حقوقی ملی قواعد امتیاز وجود دارد. برای مثال، در حقوق ایران وصول طلب از طریق چک از روش‌های مختلفی مثل اجرای احکام مدنی، اجرای ثبت و بانک امکان‌پذیر است. همین مسئله در مورد مهریه نیز مصدق دارد. لذا وجود چند ابزار اجرا باعث تسهیل امور برای اشخاص جامعه می‌شود.

طبق قاعدةٔ حداکثر تأثیر<sup>۲۷</sup>، در صورت قابلیت اعمال چند معاهدہ، درنهایت کنوانسیونی اعمال می‌شود که باعث اعتبار و صحت عمل حقوقی خواهد شد. لذا اگر رأی داوری مطابق یک کنوانسیون غیرقابل اجرا و مطابق کنوانسیون دیگر قابل اجرا باشد، کنوانسیون پیش‌گفته بر این رأی داوری اعمال می‌شود. چنین مسئله‌ای در بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون نیویورک پیش‌بینی شده است<sup>۲۸</sup>. همچنین علی‌رغم فعل ماضی به کاررفته در عبارت نخست بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون نیویورک، حتی اگر معاهده‌ای پس از کنوانسیون نیویورک نیز به تصویب برسد، باز هم مقررات مناسب‌تر اعمال خواهد شد، زیرا حق انتخاب مساعدترین قاعده در عبارت دوم همین بند، مطلق معاهدات را دربر می‌گیرد<sup>۲۹</sup>. مطابق اصل حق انتخاب مساعدترین قاعده در کنوانسیون نیویورک، اگر شرایط اجرای رأی داوری مطابق کنوانسیون نیویورک فراهم نشده باشد یا تحقق این شرایط دشوار باشد، خواهان اجرا می‌تواند رأی را بر بنای دیگری اعم از حقوق ملی کشور محل درخواست اجرا یا کنوانسیونی دیگر، تقاضا کند<sup>۳۰</sup>.

مفad ماده ۷ کنوانسیون سنگاپور بیانگر این است که کنوانسیون یادشده می‌خواهد بر اساس این ماده طرفین سازش‌نامه را از بالاترین سطح حمایت برخوردار نماید و فرقی نمی‌کند که بالاترین سطح حمایت، وفق مقررات کنوانسیون سنگاپور باشد یا حمایت مندرج

27. The principle of maximum efficiency

۲۸. لیلا، جنیدی، اجرای آرایی داوری بازرگانی خارجی، (تهران: مؤسسهٔ مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ج. ۳، ۱۳۹۶).

۲۹. همان، صص ۲۰۶-۱۹۹.

۳۰. همان، صص ۲۰۲-۱۹۹.



در قوانین داخلی کشورها یا کنوانسیون‌های دیگر. این رویکرد کنوانسیون در ماده ۷ با مفاد استثناهای یادشده در بند ۳ ماده ۱ مقررة پیش‌گفته مغایرت دارد، زیرا خارج نمودن سازش‌نامه‌های پیش‌گفته در رأی داوری از محدوده اعمال کنوانسیون سنگاپور، باعث می‌شود بالاترین سطح حمایت لاحاظ نشود و درنتیجه با فقدان حمایت در برخی سازش‌نامه‌ها مواجه خواهیم شد. با این توضیح که در فرضی که سازش‌نامه‌ای در داوری تنظیم شود و تحت شمول کنوانسیون نیویورک قرار نگیرد، برابر بند ۳ از ماده ۱ کنوانسیون سنگاپور، از حمایت این کنوانسیون به دلیل ذکر در رأی داوری نیز محروم خواهد بود. در این صورت، سازش‌نامه تحت حمایت هیچ‌کدام از مقررات مورد اشاره قرار نمی‌گیرد. تعارض این دو مقرره بیانگر نوعی سردرگمی کنوانسیون سنگاپور در تضمین بالاترین حمایت اجرایی از سازش‌نامه‌ها است.

به‌نظر می‌رسد چنین تصمیمی (عدم حمایت از سازش‌نامه‌های منعکس در آرای داوری) بیشتر برای حصول اجماع میان اعضای کنوانسیون سنگاپور بوده است. رویکرد یادشده علاوه بر آنکه از منطق محکمی برخوردار نیست، باعث مشکلات و نقایصی در اجرای این کنوانسیون خواهد شد.<sup>۳۱</sup>

در نظام حقوقی ایران عملاً مشکل تداخل حمایت‌های اجرایی مقررات میانجیگری و داوری وجود ندارد، زیرا سازش‌نامه‌ها در حقوق ایران از لحاظ حمایت اجرایی از چند حالت خارج نیستند: ۱. سازش‌نامه‌های تنظیمی نزد مراجع قضایی که از طریق مقررات قانون اجرای احکام مدنی ۱۳۵۶ به‌اجرا گذاشته خواهند شد؛ ۲. سازش‌نامه‌های تنظیمی نزد سران دفاتر اسناد رسمی که از حمایت اجرایی آیین‌نامه اجرای اسناد رسمی لازم‌اجرا مصوب ۱۳۸۷ برخوردار هستند؛ ۳. سازش‌نامه‌های تنظیمی نزد داور که مطابق مقررات قانون اجرای احکام مدنی ۱۳۵۶ مورد حمایت اجرایی قرار می‌گیرند؛ ۴. سازش‌نامه‌های فاقد حمایت اجرایی که عبارت‌اند از سازش‌نامه‌هایی که بدون دخالت شخص ثالث توسط متداعین به صورت عادی تنظیم می‌شوند و نیز سازش‌نامه‌هایی که نزد اشخاص میانجی تنظیم می‌شوند که عنوان داور، مقام قضایی و یا سرددفتر اسناد رسمی را ندارند. با توجه به آنچه ذکر شد،

31. Miglė, Žukauskaitė, Khory, Ibid, p. 212-213.



صرف نظر از نقیصه فقدان حمایت اجرایی در دسته اخیر، نظام حقوقی ایران با مشکل نبود حمایت اجرایی از سازش‌نامه‌های سه گروه نخست یا تداخل نظام‌های حمایتی آنها مواجه است.

## ۲. دخالت مؤلفه‌ای با عنوان «ثبت رأی»

پاراگراف دوم از بند ۳ ماده ۱ کنوانسیون سنگاپور مقرر داشته است که سازش‌نامه‌های منعکس در رأی داوری که ثبت شده و لازم‌الاجرا باشد از حمایت اجرایی کنوانسیون سنگاپور برخوردار نیست. بنابراین وفق این مقرره برای سلب حمایت کنوانسیون سنگاپور از سازش‌نامه‌های منعکس در رأی داوری، باید شرط لازم‌الاجرا بودن همراه با شرط ثبت توأم‌ان وجود داشته باشد، زیرا در متن این مقرره از واو عطف استفاده شده است. لذا اگر رأی داوری ثبت شده باشد، اما لازم‌الاجرا نباشد، مشمول کنوانسیون سنگاپور قرار می‌گیرد و اگر ثبت نشده باشد، اما لازم‌الاجرا باشد، باز هم مشمول حمایت این کنوانسیون می‌شود.

یکی از موضوعاتی که در تحلیل کنوانسیون نیویورک مطرح شده اینست که آیا برای حمایت اجرایی از رأی داوری، به ثبت آن نیاز است یا خیر. در این خصوص باید توجه داشت که ثبت رأی داوری می‌تواند به دو معنای اعم و اخص مورد استفاده قرار گیرد. گاهی ممکن است منظور از ثبت رأی داوری، تنظیم آن به صورت کتبی باشد و صرف ثبت سابقه نزد داوران کفایت کند (ثبت رأی به مفهوم اعم)؛ در مقابل، ممکن است منظور از ثبت رأی داوری، ثبت آن نزد مرجع قضایی یا سازمان داوری باشد (ثبت رأی به مفهوم اخص). میان ابلاغ رأی داوری و ثبت آن از لحاظ حقوقی تفاوت وجود دارد. ثبت رأی داوری به مفهوم اخص در شرایطی است که دیوان داوری موظف است رأی داوری را نزد دادگاه ملی یا سازمان داوری ثبت نماید. تعهد به ثبت رأی داوری در قانون نمونه داوری آنسیترال و قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مشاهده نمی‌شود. در مقابل، تکلیف ابلاغ رأی داوری برای دیوان داوری یا سازمان داوری، در نظام‌های حقوقی مختلف و اسناد بین‌المللی مثل پاراگراف «ب» از بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک وجود دارد، زیرا از طریق ابلاغ است که طرفین داوری از مفاد رأی مطلع می‌شوند و می‌توانند به رأی یادشده اعتراض کنند. در نظام حقوقی ایران چنین تکلیفی (ابلاغ رأی) در خصوص داوری‌های داخلی و بین‌المللی، در ماده ۳۰



قانون داوری تجاری بین‌المللی و ماده ۴۸۵ قانون آیین دادرسی مدنی مشاهده می‌شود.<sup>۳۲</sup>

قطعاً رأی داوری که ابلاغ نشده است، قابل اجرا نیست، اما نمی‌توان گفت که رأی داوری ثبت‌نشده نزد مرجع قضایی هم قابل اجرا نیست. ابلاغ رأی داوری بدون ثبت آن به مفهوم اخص امکان‌پذیر است. برای مثال، در فرضی که در قرارنامه یا توافقنامه داوری روش خاصی از ابلاغ پیش‌بینی شده باشد، این روش بدون ثبت به مفهوم اخص امکان‌پذیر است، مانند ابلاغ از طریق ارسال به ایمیل طرفین یا از طریق پست؛ در این صورت ابلاغ رأی داوری بدون نیاز به ثبت آن به مفهوم اخص میسر است. اگر هدف تنظیم‌کنندگان پاراگراف دوم از بند ۳ ماده ۱ کنوانسیون سنگاپور این بوده باشد که سازش‌نامه‌های یادشده در رأی داوری را که مشمول حمایت کنوانسیون نیویورک هستند استثنای نماید، آنها در هدف خود موفق نبوده‌اند. البته با محدود کردن استثنای یادشده به رأی داوری ثبت‌شده به مفهوم اخص و با توجه به وسیع‌تر شدن محدوده اعمال کنوانسیون سنگاپور، اقدام یادشده با وجود عدم توجه تنظیم‌کنندگان به این نتیجه، اقدامی مثبت تلقی می‌شود، اما با این حال با توجه به مشخص نبودن مفهوم ثبت و عدم الزام آن در کنوانسیون نیویورک این اقدام قابل نقد است و بهتر بود قید ثبت در خصوص رأی داوری ذکر نمی‌شود. همچنین در مقررهٔ پیش‌گفته مشخص نشده است که ثبت بایستی نزد چه مرجعی صورت گیرد؛ ثبت نزد سازمان داوری کفایت می‌کند یا ثبت رأی داوری باید نزد دادگاه صورت گیرد؟ اگر سازمان داوری بسیار گمنام و نه‌چندان معتبر باشد، آیا ثبت نزد آن کافی است؟ همچنین مشخص نیست که ویژگی ثبت برای درج در این مقرره چه بوده و به چه دلیلی ابلاغ مدنظر قرار نگرفته است.

شایان ذکر است که سازش‌نامه‌ایی که در طی رسیدگی از سوی داور تنظیم شده اما ثبت‌نشده‌اند و به عنوان رأی داوری لازم‌الاجرا نیستند، در محدوده کنوانسیون سنگاپور قرار می‌گیرند.<sup>۳۳</sup> این رویکرد کنوانسیون باعث می‌شود که حتی در مواردی که طرفین در ابتدا قصدی برای میانجیگری نداشته، اما پس از طرح دعوا نزد قاضی یا داور تصمیم به میانجیگری گرفته‌اند، چنین میانجیگری در محدوده کنوانسیون قرار می‌گیرد، زیرا روش

۳۲. عبدالحسین، شیروی، داوری تجاری بین‌المللی، (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۳)، صص ۲۶۷-۲۶۶.  
33. Natalie Morris-Sharma, *Ibid*, p. 503.



اولیه حل اختلاف طرفین از منظر کنوانسیون سنگاپور اهمیتی ندارد.<sup>۳۴</sup> لذا صرف دخالت داور در فرایند میانجیگری، سازش‌نامه را از محدوده کنوانسیون سنگاپور مستثنی نمی‌کند<sup>۳۵</sup>، به شرط آنکه سازش‌نامه نهایی تنظیمی از سوی داور، ثبت نشده باشد.

### ۳. دخالت مؤلفه‌ای با عنوان «لازم‌الاجرا بودن رأی»

مطابق پاراگراف دوم از بند ۳ ماده ۱ کنوانسیون سنگاپور سازش‌نامه‌های پیش‌گفته در رأی داوری در صورتی استثنای شده‌اند که لازم‌الاجرا باشند. در خصوص معیار لازم‌الاجرا بودن رأی داوری چند رویکرد وجود دارد: برابر رویکرد برخی نویسندها، در صورتی که طرفین دعوا رأی را لازم‌الاجرا بدانند یا امکان اعتراض به رأی را پیش‌بینی نکرده باشند، چنین رأیی به محض صدور لازم‌الاجرا تلقی می‌شود.<sup>۳۶</sup> به نظر می‌رسد رویکرد پیش‌گفته به علت ارتباط مسائل مربوط به اجرای احکام و استاد با نظم عمومی قابل دفاع نیست.

رویکرد دیگر آن است که لازم‌الاجرا بودن رأی داوری وفق مقررات بین‌المللی و داخلی کشورها باید مورد بررسی قرار گیرد. در این خصوص لازم‌الاجرا بودن می‌تواند بر مبنای قواعد دادگاه محل اجرا یا مقررات دادگاه مقرر صدور رأی داوری و یا کنوانسیون نیویورک تعیین شود.

برخی نویسندها معتقدند که تعیین لازم‌الاجرا بودن یا نبودن رأی داوری، وفق مقررات کشوری که از آن اجرا درخواست شده است (کشور مقرر دادگاه اجرائی‌شده)، صورت می‌گیرد.<sup>۳۷</sup> به عبارت دیگر، در خصوص لازم‌الاجرا بودن یا نبودن آرای داوری باید از دید کشوری که اجرا از آن درخواست شده است به موضوع نگاه کرد و نه کشور مقرر داوری. کارگروه آنسیترال معتقد بود که تشخیص لازم‌الاجرا بودن رأی داوری باید بر عهده مقام صلاحیت‌دار کشور محل درخواست اجرای سازش‌نامه باشد و اگر مقام یادشده تشخیص دهد که رأی داوری معکوس‌کننده سازش‌نامه لازم‌الاجرا است، آن رأی شامل حمایت اجرایی کنوانسیون

34. Natalie, Morris-Sharma, Ibid, pp. 504-505.

35. Eunice, Chua, Ibid, p. 3.

۳۶. سرمه، بودجه‌هری و عیسی، امینی، «بررسی اعمال یکتواخت کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ در پرونده روهه قضایی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ش ۷۵ (۱۳۹۵)، ص ۱۶۰.

37. Natalie, Morris-Sharma, Ibid, p. 504.



سنگاپور نمی‌شود.<sup>۳۸</sup>

در مقابل، شاید عنوان شود که تعریف لازمالاجرا بودن باید مطابق قانون مقر صدور رأی داوری صورت بگیرد. چنین تحلیلی با توجه به عدم ذکر آن در متن کنوانسیون سنگاپور، تحمیل عقیده نویسنندگان یادشده بر اراده امضاکنندگان این کنوانسیون است، زیرا اصولاً هدف از وضع کنوانسیون‌هایی از قبیل کنوانسیون نیویورک و سنگاپور، حمایت از آرا و سازش‌نامه‌هایی است که در کشور محل درخواست اجرا، با مشکلات اجرایی مواجه هستند و نه در کشور محل صدور. در حقیقت با توجه به اینکه لازمالاجرا بودن رأی یا سازش‌نامه در کشور محل صدور، تکلیفی به لازمالاجرا تلقی نمودن آن برای کشور محل درخواست اجرا ایجاد نمی‌کند، اصولاً اقتباس معیار لازمالاجرا بودن از کشور محل صدور، فایده خاصی دربر نخواهد داشت.

درمجموع بهنظر می‌رسد که از بین دو رویکرد پیش‌گفته، تعیین لازمالاجرا بودن رأی داوری منعکس‌کننده میانجیگری، وفق مقررات کشور محل درخواست اجرای رأی داوری قابل دفاع است. همچنین کنوانسیون نیویورک به عنوان مهم‌ترین ابزار اجرای آرای داوری در عرصه جهانی و به عنوان مقبول‌ترین کنوانسیون تصویب شده در عرصه حقوق حل و فصل اختلافات، قطعاً می‌تواند مبنای برای تعیین لازمالاجرا بودن رأی داوری منعکس‌کننده میانجیگری تلقی گردد. بهنظر می‌رسد از بین معیار مقررات کشور محل درخواست اجرای رأی داوری و کنوانسیون نیویورک، تعیین لازمالاجرا بودن رأی داوری منعکس‌کننده میانجیگری، طبق کنوانسیون نیویورک ارجح است، زیرا برابر مذاکرات کارگروه آسیتراال هدف اصلی از استئناکردن آرای داوری منعکس‌کننده میانجیگری از شمول کنوانسیون سنگاپور، اجتناب از تداخل میان محدوده کنوانسیون سنگاپور با کنوانسیون نیویورک بوده است<sup>۳۹</sup> و در مذاکرات کارگروه، به استئنا کردن رأی داوری منعکس‌کننده میانجیگری به دلیل لازمالاجرا بودن وفق قانون ملی کشور محل درخواست اجرای رأی داوری اشاره‌ای نشده است.

38. Norel, Rosner, Ibid, p. 1262.

39. Edna, Sussman, "The Singapore Convention Promoting the Enforcement and Recognition of International Mediated Settlement Agreements", Ibid, p. 49.

صرف‌نظر از آنچه بیان شد، موضع بند ۳ ماده ۱ کنوانسیون سنگاپور مبنی بر مستثنی‌کردن سازش‌نامه‌های منعکس در آرای داوری لازمالاجرا محل انتقاد است، زیرا مقررةً یادشده با مفاد ماده ۷ همان کنوانسیون نیز هماهنگی ندارد. با توجه به ماده ۷ کنوانسیون سنگاپور، این کنوانسیون باید هیچ‌یک از طرفین ذی‌نفع را از حقوقی که ممکن است به‌نوعی ناشی از سازش‌نامه و در حدود قوانین و معاهداتِ کشور عضو کنوانسیون داده شده است، محروم گرداند. بنابراین ماده ۷ کنوانسیون، حمایت مضاعف مقررات ملی و کنوانسیون سنگاپور را مورد شناسایی قرار داده است؛ موضعی که دقیقاً با بند ۳ ماده ۱ کنوانسیون تفاوت اساسی دارد. ممکن است این سؤال مطرح شود که حمایت مضاعف از قبیل آنچه که در ماده ۷ کنوانسیون مقرر شده است، چه فایده‌ای دارد؟ به بیان دیگر، در فرضی که مقررات ملی یا معاهدات کشور محل درخواست اجرا، از اجرای سازش‌نامه منعکس در رأی داوری حمایت می‌کند، آیا سخن از حمایت کنوانسیون سنگاپور، عبث نیست؟! پاسخ آن است که فلسفه مقرراتی از قبیل ماده ۷ کنوانسیون سنگاپور آن است که در راستای تسهیل حداکثری مدنظر کنوانسیون، متقاضی اجرا بتواند بین مقررات حمایتی مختلف، مقررات و رویه‌ای را انتخاب کند که بیشترین تسهیل و کمترین تشریفات را برای وی تدارک می‌بیند. بر این اساس و با درنظر گرفتن مأموریت ذاتی کنوانسیون سنگاپور (حمایت اجرایی حداکثری)، باید مقررات بند ۳ ماده ۱ این کنوانسیون را با لحاظ مذاکرات کارگروه آنسیترال، تفسیر مضيق نموده، قائل شد که هدف بند اخیر صرفاً جلوگیری از تداخل کنوانسیون‌های نیویورک و سنگاپور بوده است. هرچند مطلوب‌تر آن بود که تنظیم‌کنندگان کنوانسیون سنگاپور، به فلسفه منعکس در ماده ۷ این معاهده وفادار مانده، اساساً از درج بند ۳ ماده ۱ خودداری می‌نمودند.

#### ۴. ابهام در اطلاق عنوان «رأی» بر سازش‌نامه‌های تنظیمی از سوی داور

در بند ۳ ماده ۱ کنوانسیون سنگاپور ذکر شده است که سازش‌نامه‌هایی که به عنوان رأی داوری مورد ثبت قرار گرفته‌اند، از شمول کنوانسیون سنگاپور خارج‌اند. شایسته بود سازش‌نامه‌های تنظیمی از سوی داور از محدوده اعمال این کنوانسیون استثنای می‌شدند. در ادبیات حقوقی ایران نیز سازش‌نامه‌های تنظیمی نزد دادگاه به جای رأی، گزارش اصلاحی



یا قرارداد قضایی نامیده می‌شوند. جالب اینجاست که در پاراگراف اول بند ۳ ماده ۱ کنوانسیون قید «نzd دادگاه» ذکر شده، اما در پاراگراف دوم بند ۳ ماده ۱ قید «نzd داور» یا «از سوی داور» عنوان نشده و ذکر «در رأی داوری» شرط مستثنی شدن این نوع سازش‌نامه‌ها تلقی گردیده است.

در واقع سه حالت در این خصوص وجود دارد: ۱- سازش‌نامه تنظیمی در جریان داوری بدون دخالت داور؛ ۲- صدور رأی از سوی داور در فرضی که طرفین به توافقاتی رسیده‌اند؛ ۳- تنظیم سازش‌نامه از جانب داور. در فرض اول و سوم نمی‌توان سازش‌نامه تنظیمی را رأی داور تلقی کرد و سازش‌نامه نzd داور تنظیم شده است.

تفاوت رأی داوری منعکس کننده میانجیگری میان طرفین با سایر آرای داوری در این است که نقش داور در این نوع خاص با آرای داوری متفاوت است، زیرا در فرض اخیر، داور در خصوص اختلاف طرفین دعوا تصمیم‌گیری نمی‌کند و خود طرفین دعوا هستند که با رجوع به میانجیگری باعث حل دعوای خود می‌شوند.<sup>۴۰</sup>

در این زمینه موضع مقررات بین‌المللی حل و فصل اختلافات با حقوق داخلی ایران تفاوت دارد. این مسئله هم در مقایسه مقررات بین‌المللی با قوانین ایران آشکار است و هم قوانین مصوب قوه مقننه موضع‌گیری دوگانه‌ای دارند. با این توضیح که موضع مقن در قانون آیین دادرسی مدنی این است که سازش‌نامه تنظیمی از سوی مراجع تราوی «رأی» نبود، نوعی «قرارداد» محسوب می‌شود. با همین مبنای ماده ۴۸۳ قانون آیین دادرسی مدنی، سازش‌نامه تنظیمی نzd داور را نوعی «صلح‌نامه» بیان کرده و عنوان «رأی» را مورد استفاده قرار نداده است. ماده ۱۸۴ قانون آیین دادرسی نیز در مورد سازش‌نامه‌های تنظیمی نzd دادگاه، از عنوان «گزارش اصلاحی» استفاده کرده و در فراز بعدی این ماده نیز از عنوان «سازش‌نامه» بهره برده است. در انتهای این ماده عنوان شد که سند موردنظر، «مانند احکام دادگاهها» به‌اجرا گذاشته می‌شود. لذا برابر قانون یادشده سازش‌نامه تنظیمی نzd دادگاه،

40. Eduard, Serbenco, "Bargaining in the Shadow of Arbitration: When Mediation Settlements become Enforceable Arbitral Awards", Romanian Journal of International Law, 14, (2012), p. 73; Edna, Sussman, "The Final Step: Issues in Enforcing the Mediation Settlement Agreement in Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation", The Fordham Papers Martinus Nijhoff Publishers, (2008), p. 19-20.

حکم یا رأی دادگاه تلقی نمی‌شود و صرفاً مانند احکام از اعتبار اجرایی برخوردار است. از طرفی، تعریف قانونی رأی از سوی قانون‌گذار نشان می‌دهد که رأی شامل سازش‌نامه نمی‌شود. در ماده ۲۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی، قانون‌گذار در مقام تبیین مفهوم حکم و قرار، عنوان می‌کند که چنانچه رأی دادگاه راجع به ماهیت دعوا و قاطع آن بهطور جزئی یا کلی باشد، «حکم»، و در غیر این صورت «قرار» نامیده می‌شود. مطابق این قانون رأی به دو قسم حکم و قرار تقسیم می‌شود و لذا عنوان «گزارش اصلاحی» نامبرده در ماده ۱۸۳ قانون در هیچ‌یک از اقسام رأی (حکم یا قرار) نمی‌گنجد. لذا موضع قانون آیین دادرسی مدنی بر این تعلق گرفته است که سازش‌نامه تنظیمی نزد داور و دادگاه یک قرارداد محسوب می‌شود که در صورت تنظیم از سوی دادگاه «گزارش اصلاحی» نامیده شده، و در صورت تنظیم از جانب داور، «صلح‌نامه» نام‌گذاری شده است. اما در ماده ۲۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی، قانون‌گذار تحت تأثیر قانون نمونه آنسیترال و فضای داوری تجاری بین‌المللی، قبول کرده است که سازش‌نامه تنظیمی نزد داور نوعی رأی محسوب می‌شود. برابر ماده یادشده در صورت طی فرایند میانجیگری میان طرفین، داور قرار سقوط دعوا را صادر می‌کند و در صورت درخواست یک طرف و عدم مخالفت طرف مقابل، سازش‌نامه را به صورت «رأی داوری» بر اساس شرایط مرضی‌الطرفین با رعایت مفاد ماده ۳۰ در شکل آرای داوری صادر می‌کند. بند ۲ ماده ۳۰ قانون داوری تجاری بین‌المللی نیز سازش‌نامه تنظیمی نزد داور را رأی تلقی کرده، در عین حال، ذکر دلایل را در آن لازم نمی‌داند.

قید یادشده در بند ۳ ماده ۱ کنوانسیون سنگاپور این زمینه را ایجاد کرده است که اگر داور صلح‌نامه‌ای تنظیم نماید و آن را امضا کند، می‌توان اعلام نمود که سازش‌نامه رأی محسوب نمی‌شود. در این حالت چنین سازش‌نامه‌ای مشمول این مقررة کنوانسیون سنگاپور نمی‌شود، زیرا اصولاً در رأی یک اراده بیشتر دخیل نیست که همان اراده داور است، اما در سازش‌نامه اراده طرفین دعوا باعث تنظیم سازش‌نامه می‌شود و در خصوص میانجیگری میان طرفین، داور صرفاً توافق‌های طرفین را گزارش می‌کند و در این فرض اراده یک‌طرفه داور وجود ندارد.<sup>۴۱</sup>

41. Eduard, Serbenco, Ibid, p. 82; Brette, Steele, “Enforcing International Commercial Mediation Agreements as Arbitral Awards under the New York Convention”, UCLA Law Review, 54, (2007), p. 1399.



تنها راه توجیه این وضعیت اینست که بیان نماییم کنوانسیون سنگاپور در استفاده از اصطلاح «رأی داوری» تسامح کرده است. چنین تسامحی در ماده ۲۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی نیز دیده می‌شود. البته در قانون نامبرده نیز ذکر شده که سازش‌نامه «به عنوان رأی داوری» صادر می‌شود و سازش‌نامه را رأی داوری محسوب نکرده است و صرفاً از لحاظ شکل ظاهری، سازش‌نامه در قالب رأی داوری ذکر می‌شود؛ لذا ماهیت سازش‌نامه تغییری نکرده است و به معنای واقعی رأی داوری محسوب نمی‌شود. اگرچه قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران عموماً ترجمة قانون نمونه داوری آنسیترال است، اما موضع آن در این باره، مطابق قانون نمونه داوری آنسیترال (ماده ۳۰) نیست. به‌نظر می‌رسد علت اتخاذ این رویه بحث‌های موجود در نظام حقوقی ایران در خصوص تفاوت رأی داوری با سازش‌نامه‌های یادشده در رأی داوری است. در قانون نمونه آنسیترال آمده است که داور باید ذکر کند که این سازش‌نامه رأی است، ولی این موضع را قانون داوری تجاری بین‌المللی نپذیرفته است. البته مطابق قانون نمونه آنسیترال، اگر داور بیان نکرده باشد که این سازش‌نامه رأی داوری است مشکل به وجود می‌آید و مشخص نیست آیا این نوع سازش‌نامه‌ها رأی داوری محسوب می‌شوند یا خیر. درمجموع در نظام‌های حقوقی مختلف درباره اینکه سازش‌نامه تنظیمی از سوی داور رأی محسوب می‌گردد یا خیر، نظریات متعددی وجود دارد و نحوه تنظیم کنوانسیون سنگاپور امکان تفسیر به رأی آن را فراهم کرده است و کشورها می‌توانند سازش‌نامه تنظیمی نزد داور را رأی تلقی نکنند، زیرا به هر حال، داور در خصوص ماهیت دعوا تصمیم نگرفته است و مبنای سازش‌نامه، اراده طرفین دعواست.

در بند ۳ ماده ۳۴ قواعد داوری آنسیترال ۲۰۱۰ نیز مطابق رویکرد قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران عنوان شده که در سازش‌نامه تنظیمی نزد داور، نیازی به ذکر استدلال وجود ندارد. عدم لزوم استدلال به عنوان یکی از مهم‌ترین مؤلفه‌های رأی نشان می‌دهد که مقررات یادشده نیز اعتقاد دارد که سازش‌نامه تنظیمی نزد داور، رأی محسوب نمی‌شود. اصولاً رأی داوری باید شامل استدلال مدنظر داور باشد، اما چنین موضوعی در خصوص

آرای داوری منعکس‌کننده میانجیگری طرفین، اجرا نمی‌شود و برخی<sup>۴۲</sup> بیان داشته‌اند که اجرای رأی داوری فاقد استدلال از سوی دادگاه، امکان‌پذیر نیست.

به هر حال، نحوه تعریف قانونی سازش‌نامه تنظیمی نزد داور، موضوعی اختلافی است و بهتر بود کنوانسیون سنگاپور از اصطلاحی استفاده می‌کرد که باعث ورود این اختلافات به تفسیر این کنوانسیون نشود و اگر کنوانسیون یادشده از قید «سازش‌نامه تنظیمی نزد داور» به‌جای «سازش‌نامه ثبت‌شده تحت عنوان رأی داوری» استفاده می‌کرد، دیگر اختلافی در تفسیر این بند ایجاد نمی‌شد. اما با چنین مقرره‌ای کنوانسیون زمینه را فراهم کرده است که احیاناً برخی کشورها سازش‌نامه‌های تنظیمی نزد داور را رأی داوری تلقی نکنند. اگرچه با محدود شدن استثنای پیش‌گفته و افزایش قلمرو حمایت اجرایی کنوانسیون سنگاپور، اتفاقی مثبت رخ داده، اما یکپارچگی تفسیر مقررات کنوانسیون امری مطلوب است و باعث استحکام و استواری کنوانسیون به عنوان سندی بین‌المللی می‌شود.

## ۵. تمرکز کنوانسیون سنگاپور بر مستثنی کردن «رأی داوری» به‌جای مستثنی کردن حمایت کنوانسیون نیویورک

هدف اصلی استثنا کردن آرای داوری منعکس‌کننده میانجیگری طرفین از شمول کنوانسیون سنگاپور، اجتناب از تداخل میان محدوده کنوانسیون سنگاپور و کنوانسیون نیویورک بوده است. ایراد این مقرره در فرضی آشکار می‌شود که سازش‌نامه‌ای در داوری منعکس شود، اما به هر دلیلی تحت شمول کنوانسیون نیویورک قرار نگیرد. در این حالت با توجه به بند ۳ ماده ۱ کنوانسیون سنگاپور، سازش‌نامه از حمایت این کنوانسیون نیز به دلیل ذکر در رأی داوری نیز محروم خواهد بود. در این صورت سازش‌نامه تحت حمایت هیچ‌کدام از دو کنوانسیون مورد اشاره قرار نمی‌گیرد.

آرای داوری منعکس‌کننده میانجیگری همیشه مشمول کنوانسیون نیویورک نمی‌شوند و در إعمال کنوانسیون نیویورک بر این‌گونه آرای داوری مشکلاتی به شرح زیر وجود دارد:

42. Judith, Resnick, “Uncovering, Disclosing, and Discovering How the Public Dimensions of Court- Based Processes Are At Risk”, Chicago-Kent College of Law Review, 81, (2006). P. 569.



در خصوص اجرای رأی داوری منعکس کننده میانجیگری طرفین دعوا، برخی صاحبنظران<sup>۴۳</sup> بیان داشته‌اند که امکان اعمال کنوانسیون نیویورک بر این نوع سازش‌نامه‌ها، به دلیل فقدان توافقنامه داوری پیشین مورد شک و تردید است، زیرا برابر بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک یکی از عوامل مخالفت با درخواست شناسایی و اجرای رأی داوری این است که دادگاه محل شناسایی و اجرای رأی داوری، توافقنامه داوری را ناموجود یا نامعتبر قلمداد نماید. لذا برای مثال، چنانچه پس از فرایند میانجیگری، طرفین جهت استفاده از مزایای کنوانسیون نیویورک سازش‌نامه را در قالب رأی داوری تنظیم نمایند، این سازش‌نامه به دلیل یادشده مشمول حمایت کنوانسیون نیویورک نمی‌شود، زیرا به بیان برخی نویسنده‌گان<sup>۴۴</sup> موافقت‌نامه داوری مبنای صلاحیت داور برای صدور رأی داوری است و زمانی که توافقی مبنی بر ارجاع اختلافات به داوری قابل احراز نباشد، طبیعتاً داوری نیز وجود ندارد. در نتیجه، در صورت نبود توافقنامه داوری، محاکوم‌علیه می‌تواند به اجرا و شناسایی رأی داوری یادشده اعتراض کند.<sup>۴۵</sup> این چالش در نظام حقوقی ایران نیز قابل طرح است، زیرا در پارagraf (ب) بند ۱ ماده ۳۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی و نیز بند ۷ ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی، یکی از جهات ابطال رأی داوری، بی‌اعتباری موافقت‌نامه داوری عنوان شده و به طریق اولی فقدان موافقت‌نامه داوری، مجوز ابطال رأی داوری است.

ایراد دیگر در مورد اجرای سازش‌نامه منعکس در رأی داوری، نبود اختلاف میان طرفین دعوا در صورت به‌نتیجه رسیدن میانجیگری میان اشخاص یادشده است. در واقع، زمانی که طرفین میانجیگری را به نتیجه می‌رسانند و سپس برای ذکر مفاد سازش‌نامه در رأی داوری به داور مراجعه می‌نمایند، اختلاف و دعواهای میان آن‌ها در هنگام رجوع به داوری وجود ندارد. در دو حالت امکان دارد رأی داوری منعکس کننده میانجیگری میان طرفین دعوا باشد. گاهی طرفین دعوا پیش‌تر فرایند میانجیگری را طی کرده‌اند و سپس برای ایجاد قابلیت اجرایی برای سازش‌نامه، به داور مراجعه کرده، تقاضا می‌کنند که مفاد سازش‌نامه در رأی

43. Stacie, Strong, "Beyond International Commercial Arbitration? The Promise of International Commercial Mediation", Washington University Journal of Law and Policy, 21, (2014), p. 36.

۴۴. عبدالحسین، شیروی، داوری تجاری بین‌المللی، پیشین، صص ۲۹۴-۲۹۳.

۴۵. سرمه، بوزرجمهری و عیسی، امینی، پیشین، ص ۱۴۸.

داوری ذکر شود (روش Med-Arb). اما گاهی طرفین دعوا از قبل فرایند داوری را آغاز نموده‌اند و سپس طی مذاکرات مطروحه در فرایند داوری، با میانجیگری اختلاف برطرف می‌شود و داور انجام میانجیگری یادشده را در رأی داوری معکوس می‌کند (روش-Arb-Med). در روش اخیر، قبل از میانجیگری میان طرفین دعوا، داور به درستی منصوب گردیده است و در مورد اختیار داور در صدور چنین رأی داوری شک و تردیدی وجود ندارد<sup>۴۶</sup> اما در روش اول (روش Med-Arb) در مورد صلاحیت داور برای صدور چنین رأی داوری تردیدهایی وجود دارد، زیرا انتصاب داور زمانی انجام شده که اختلافی میان طرفین وجود نداشته<sup>۴۷</sup> و موافقتنامه داوری وسیله‌ای برای حل و فصل دعوا میان طرفین بوده است و در فرض به نتیجه رسیدن میانجیگری بین اشخاص یادشده، اختلاف یا دعوا بی‌وجود ندارد که حل و فصل گردد. در قواعد داخلی حقوق ایران نیز وجود اختلاف قبل از شروع فرایند داوری، جزء خصوصیات اصلی داوری‌های داخلی و تجاری بین‌المللی ذکر شده است. بند «الف» و «ج» ماده ۱ و ماده ۲۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران و نیز مواد ۴۵۴ و ۴۸۳ قانون آئین دادرسی مدنی، چنین دلالت‌هایی دارند.

برابر کنوانسیون نیویورک داور باید رأی داوری را در محدوده توافقنامه داوری صادر نماید و پاراگراف «ج» بند ۱ ماده ۵ معاهده یادشده در این خصوص بیان می‌دارد: در فرضی که رأی داوری شامل تصمیمی در مورد موضوعاتی فراتر از حیطه شمول ارجاع به داوری باشد، قابلیت اجرا و شناسایی را وفق مقررات این کنوانسیون ازدست خواهد داد. به بیان برخی صاحب‌نظران<sup>۴۸</sup>، رأی داوری نباید شامل موضوعاتی فراتر از چارچوب صلاحیتی داور

- 
46. Yarik, Kryvoi; Dmitry, Davydenko, “Consent Awards in International Arbitration: From Settlement to Enforcement”, *Brooklyn Journal of International Law*, 40, (2015), p. 866-867; Eduard, Serbenco, *Ibid*, p. 81; Kaitlyn, Carr, “The Enforcement of Consent Awards in International Commercial Arbitration”, *New York State Bar Association*, (2016), p. 5.
47. Carr, K, *Ibid*, p. 4; Caroline, Ming; Christian, Iovene, “Advantages and Benefits of the Revised Swiss Rules of Mediation 2019 – in Light and in Line with the Singapore Convention”, *ASA BULLETIN*, 382, (2020), p. 10-11; Winnie, Ma, “Enforcing Mediated Settlement Agreements under the New York Convention: From Controversies to Creativities,” *Contemporary Asia Arbitration Journal (CAA Journal)*, 7, (2014), p. 72; Yarik, Kryvoi; Dmitry, Davydenko, *Ibid*, p. 854; Edna, Sussman, “The Final Step: Issues in Enforcing the Mediation Settlement Agreement in Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation”, p. 18; Eduard, Serbenco, *Ibid*, p. 83; Clemens, Treichl, *Ibid*, p. 8.



باشد که در توافقنامه داوری تبیین شده است، زیرا میزان صلاحیت داور وفق موافقتنامه داوری تعیین می‌شود. این امکان وجود دارد که طرفین پس از شروع فرایند داوری، به هر دلیلی به طی شدن فرایند میانجیگری در خصوص دعوای خود حاضر شوند و متعاقباً در رأی داوری، مفاد سازش‌نامه از سوی داور ذکر گردد، اما ممکن است مفاد سازش‌نامه منعکس در رأی داوری، فراتر از حیطة موافقتنامه داوری طرفین دعوا باشد. در چنین شرایطی، کنوانسیون نیویورک از رأی داوری حمایت اجرایی نمی‌کند، زیرا رأی داوری دربرگیرنده موضوعاتی است که در موافقتنامه داوری عنوان نشده‌اند.<sup>۴۹</sup> به‌نظر می‌رسد که مقررات یادشده در پارagraf «ج» بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک، پارagraf «ه» از بند ۱ ماده ۳۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی و بند ۲ و ۳ ماده ۴۸۹ قانون آینین دادرسی مدنی، در مورد منع صدور رأی داوری خارج از محدوده توافقنامه داوری در خصوص رسیدگی ترافعی بوده و سازش‌نامه نوعی توافق میان طرفین دعوا است که نباید محدود به موافقتنامه داوری طرفین دعوا گردد؛ به این معنا که اراده طرفین دعوا که اختیارات داور یا داوران را به مواردی خاص محدود نموده است، می‌تواند با امضای سازش‌نامه باعث افزایش قلمرو اختیارات داور یا داوران شود.

اساسی‌ترین و بالهمیت‌ترین معیار برای تعیین قلمرو اعمال کنوانسیون نیویورک، عامل جغرافیایی ( محل صدور) است. مطابق بند ۱ ماده ۱ کنوانسیون، رأی غیرملی یا غیر محلی مشمول این کنوانسیون قرار نمی‌گیرد، زیرا به دلیل مشخص نبودن محل صدور آن، رأی یادشده وفق معیار کنوانسیون نیویورک، خارجی تلقی نمی‌شود.<sup>۵۰</sup> در مورد سازش‌نامه‌های منعکس در رأی داوری نیز چنین موضوعی عنوان می‌شود، زیرا سازش‌نامه بین‌المللی فاقد محل صدور بوده و در خصوص وضعیت حقوقی مقر در فرایند میانجیگری، تا به حال مقرراتی وضع نشده و به‌نظر می‌رسد علت این امر آن است که برخلاف داوری، تعیین مقر سازش‌نامه به‌سهولت امکان‌پذیر نیست<sup>۵۱</sup> و مطابق نظریه محل‌здایی، میانجیگری نهادی

49. Yarik, Kryvoi; Dmitry, Davydenko, Ibid, 851; Brette, Steele, Ibid, p. 1406-1407.

۵۰. لیا، جنیدی، «کنوانسیون نیویورک و رژیم اجرایی آن»، مجله حقوق تطبیق دانشگاه تهران، ش ۱ (۱۳۹۵)، ص ۷۶

51. Ahdieh Alipour, Herisi; Trachte-Huber, Wendy, Ibid, p.159; Timothy, Schnabel, "Implementation Of The Singapore Convention: Federalism, Self-Execution, And Private Law Treaties", American Review of International Arbitration, 30, (2019), p. 30; James, Claxton, The Singapore Convention: Mediation in a New York State of Mind, (2020).



حقوقی است که بدون درنظر گرفتن مقررات و قوانین مکان وقوع، با آن برخورد می‌شود.<sup>۵۲</sup>

قاعdet<sup>۵۳</sup> در رأی داوری باید استدلال مدنظر داور ذکر شود و در همین راستا برخی نویسندهاند که دادگاه نمی‌تواند رأی داوری فاقد استدلال را به‌اجرا درآورد، اما چنین ملاحظه‌ای در مورد آرای داوری منعکس‌کننده میانجیگری اعمال نمی‌گردد. لذا در صورت اهمیت داشتن وجود استدلال در رأی داوری برای کشور محل اجرا و تلقی آن به‌عنوان یکی از قواعد نظم عمومی، دادگاه‌های کشور یادشده می‌توانند با استناد به پاراگراف «ب» بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک (مخالفت با نظم عمومی) مانع اجرای چنین رأی شوند.<sup>۵۴</sup>

با توجه به ایرادات پیش‌گفته، شایسته بود کنوانسیون سنگاپور در این ماده بهجای استثنای کردن سازش‌نامه‌های یادشده در رأی داوری، سازش‌نامه‌های تحت حمایت کنوانسیون نیویورک را استثنای می‌کرد. علت اصلی ایراد پیش‌گفته این است که کنوانسیون سنگاپور در خصوص استثنای این سازش‌نامه در رأی داوری، مبنای را لازم‌الاجرا بودن رأی داوری مطابق کنوانسیون نیویورک قرار نداده، بلکه معیار صرفاً ذکر سازش‌نامه در رأی داوری و لازم‌الاجرا بودن آن است. درصورتی که این فرض متصور شود که وفق شرایطی سازش‌نامه تنظیمی نزد داور، تحت شمول کنوانسیون نیویورک قرار نگیرد، اما علی‌الاصول سند یادشده می‌تواند در صورت نبود این استثنای در محدوده اعمال کنوانسیون سنگاپور واقع شود و متعاقباً از

---

<Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3416116>>; Nadja, Alexander; Shou, Chong, The new UN Convention on mediation (aka the ‘Singapore Convention’) – Why it’s important for Hong Kong, p. 1; Nadja, Alexander; Shou, Chong, Singapore convention series: Why is there no ‘seat’ of mediation?, Research Collection School Of Law, (2019), p. 2; Joséphine, Chahine; Ettore, Lombardi; David, Lutran; Catherine, Peulvé, “The Acceleration of the Development of International Business Mediation after the Singapore Convention”, Wolters Kluwer (Wolters Law International), 4, (2020), p. 11.

52. Timothy, Schnabel, “The singapore convention on mediation: framework for the cross-border recognition and enforcement of mediated settlements”, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, 19, (2019), p. 22; Nadja, Alexander; Shou, Chong, The new UN Convention on mediation (aka the ‘Singapore Convention’) – Why it’s important for Hong Kong, p. 1; Elisabetta, Silvestri, “The Singapore Convention On Mediated Settlement Agreements: A New String To The Bow Of International Mediation?”, Access To Justice In Eastern Europe Journal, 4, (2019), p. 193.

53. Judith, Resnick, Ibid, p. 569.

۵۴. حسین، خزاعی، «رأی داور در حقوق داخلی و تجارت بین‌المللی»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، ش. ۳ (۱۳۸۶)، ص. ۱۱۰.



حمایت اجرایی آن برخوردار گردد. در این حالت، این نوع سازش‌نامه‌ها فاقد هرگونه حمایت اجرایی مطابق دو کنوانسیون یادشده خواهد بود و اگر این استثنا به این صورت تنظیم نمی‌شد با بلاتکلیفی اجرایی در مورد این سازش‌نامه‌ها مواجه نمی‌شدیم.

اگر فقط ماده ۷ کنوانسیون سنگاپور ملاک قرار می‌گرفت، کشورها در صورت عضویت در کنوانسیون سنگاپور می‌توانستند برای این سازش‌نامه در رأی داوری بالاترین حمایت اجرایی را در نظر بگیرند. اما با توجه به استثناهای یادشده در بند ۳ ماده ۱ این کنوانسیون در صورتی که سازش‌نامه در رأی داوری ذکر شود، از محدوده اعمال کنوانسیون سنگاپور خارج خواهد شد و ممکن است در محدوده اعمال کنوانسیون نیویورک نیز قرار نگیرد. چنانچه در بند ۳ ماده ۱ کنوانسیون سنگاپور استثنای سازش‌نامه‌های یادشده در رأی داوری به سازش‌نامه‌هایی اطلاق می‌شود که مشمول کنوانسیون نیویورک بوده و وفق مقررات کنوانسیون سنگاپور، شامل حمایت کمتری نسبت به حمایت‌های مقرر در کنوانسیون نیویورک باشند، این موضع قابل توجیه به نظر می‌رسید، زیرا توسل به کنوانسیون دارای حمایت‌های ضعیفتر، توجیه منطقی نداشت. اما برابر بند ۳ ماده ۱ کنوانسیون سنگاپور حتی در صورت حمایت حداقلی کنوانسیون نیویورک یا در فرض عدم حمایت کنوانسیون یادشده به دلیل اشتمال رأی داوری بر سازش‌نامه، کنوانسیون سنگاپور نسبت به سازش‌نامه پیش‌گفته اجرا نخواهد شد.

### نتیجه

همیشه این احتمال وجود دارد که نتیجهٔ فرایند میانجیگری در رأی داوری ذکر شود یا طرفین دعوا در حین رسیدگی پرونده، به سازش رسیده، داور نیز مفاد سازش‌نامه آنها را در رأی داوری ذکر کند. با توجه به اینکه میانجیگری و داوری دو روش مستقل حل و فصل اختلافات هستند، مقررات قانونی و رژیم اجرایی حاکم بر رأی داوری منعکس‌کننده نتیجهٔ میانجیگری، مورد تردید است. در خصوص اجرای چنین رأی داوری، دو مقررات کنوانسیون سنگاپور در خصوص سازش‌نامه‌های تجاری بین‌المللی و کنوانسیون نیویورک در مورد آرای داوری تجاری بین‌المللی قابلیت استناد دارند. همچنین جدا از تطبیق مقررات دو معاهدهٔ یادشده، بررسی تطبیقی موضع حقوق ایران نیز از این نظر ضرورت دارد.

در بند ۳ از ماده ۱ کنوانسیون سنگاپور، سازش‌نامه‌هایی که به عنوان «رأی داوری» مورد ثبت قرار گرفته و لازم‌الاجرا باشند، از قلمرو إعمال معاهده نامبرده مستثنی شده‌اند. هدف اصلی وضع قاعده پیش‌گفته، اجتناب از تداخل میان محدوده کنوانسیون سنگاپور با کنوانسیون نیویورک بوده است تا سازش‌نامه از دو طریق قابلیت اجرایی نداشته باشد. توجیه یادشده از لحاظ حقوقی چنان قابل دفاع نیست و ایرادی ندارد که رأی داوری از حمایت اجرایی دو کنوانسیون برخوردار شود تا ذی نفع بتواند حسب مورد، مقرراتی را انتخاب نماید که بیشترین تسهیل و کمترین تشریفات را دارد.

در متن این مقرره شرط شده است که سازش‌نامه در «رأی داوری» ذکر شود و همچنین این سازش‌نامه «ثبت‌شده» و «لازم‌الاجرا» باشد. با توجه به وجود تردید در مورد توصیف سازش‌نامه تنظیمی در داوری به عنوان «رأی» و با عنایت به مشخص نبودن منظور کنوانسیون از قید «ثبت‌شده» و «لازم‌الاجرا»، نحوه تنظیم مقررة یادشده قابل نقد است. به علاوه استثنا کردن رأی داوری از محدوده کنوانسیون سنگاپور از یک طرف، و عدم حمایت کنوانسیون نیویورک از برخی آرای داوری، از طرف دیگر، باعث شده است که در خصوص اجرای چنین آرای داوری خلاً به وجود آید. لذا در برخی موارد، رأی داوری معکس‌کننده نتیجهٔ فرایند میانجیگری مشمول حمایت اجرایی هیچ‌کدام از معاهدات نامبرده نمی‌شود. با توجه به عدم امکان استفاده از کنوانسیون سنگاپور برای اجرای سازش‌نامه‌های معکس در رأی داوری، راه حل این است که طرفین دعوا، وکلای آنها و داوران با رعایت ملاحظاتی از جمله، گسترش قلمرو توافقنامه داوری، اختیارات داوران و نیز درج محل صدور سازش‌نامه در متن آن، باعث شوند که مقررات حمایتی کنوانسیون نیویورک بر سازش‌نامه‌های معکس در رأی داوری اعمال شود. در نظام حقوقی ایران، اگرچه حمایت ضعیفتری از سازش‌نامه‌های ناشی از میانجیگری به عمل آمده است و بسیاری از سازش‌نامه‌ها به عنوان سند لازم‌الاجرا تلقی نمی‌شوند، اما در عین حال، در موارد حمایت اجرایی عملاً مشکل تداخل حمایت‌های اجرایی مقررات میانجیگری و داوری وجود ندارد.

## منابع و مأخذ

### الف) فارسی

#### - کتاب‌ها

۱. امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، ج ۲، (تهران: کتاب فروشی اسلامیه، ۱۳۵۲).
۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **داننه المعارف علوم اسلامی**، ج ۲، (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱).
۳. جنیدی، لعیا، **اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی**، (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ج ۳، ۱۳۹۶).
۴. شمس، عبدالله، **آینین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)**، ج ۳، (تهران: انتشارات دراک، ج ۳۲، ۱۳۹۸).
۵. شیروی، عبدالحسین، **حقوق تجارت بین‌الملل**، (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۱).
۶. شیروی، عبدالحسین، **داوری تجارت بین‌المللی**، (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۳).
۷. کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی؛ عقود معین مشارکتها-صلح**، ج ۲، (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۱).
۸. متین دفتری، احمد، **آینین دادرسی مدنی و بازرگانی**، ج ۱، (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۸).

#### - مقالات

۹. بوذرجمهری، سرمه و امینی، عیسی، «بررسی اعمال یکنواخت کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ در پرتوی رویه قضایی»، **فصلنامه تحقیقات حقوقی**، ش ۷۵ (۱۳۹۵).
۱۰. جنیدی، لعیا، «کنوانسیون نیویورک و رژیم اجرایی آن»، **مجله حقوق تطبیقی دانشگاه تهران**، ش ۱ (۱۳۹۵).
۱۱. خزاعی، حسین، «رأی داور در حقوق داخلی و تجارت بین‌المللی»، **فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی**، ش ۳ (۱۳۸۶).
۱۲. مجتبهدی، محمدرضا، «درآمدی بر حقوق حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین‌المللی بر مبنای کنوانسیون داوری ایکسید»، **مطالعات حقوق تطبیقی معاصر (فقه و حقوق اسلامی سابق)**، سال دوم، شماره ۳، (۱۳۹۰).
۱۳. معبدی، رضا و رضائی، سیدعلیرضا، «تحلیل دعاوی مستثنی شده از قلمرو کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فقه امامیه»، **مطالعات حقوق تطبیقی**



معاصر (فقه و حقوق اسلامی سابق)، دوره ۱۱، شماره ۲۰ (۱۳۹۹).

### (ب) انگلیسی

#### - BOOKS

14. Abramson, Hal, “New Singapore Convention on Cross-Border Mediated Settlements”, Catharine Titi; Katia Fach-Gomez, *Mediation in International Commercial and Investment Disputes*, (London, Oxford University Press, First Edition, 2019).
15. D'Ambrumenil, Peter, *Mediation And Arbitration*, (Great Britain: Cavendish Publishing Limited, First published, 1997).
16. Redfern, Alan; Hunter, Martin, *The Law and Practice of International Commercial Arbitration*, (London: Oxford University Press, 2009).
17. Vandekerckhove, Karen, *Mediation of Cross-Border Commercial Disputes in the European Union, In Mediation in International Commercial and Investment Disputes*, (London: Oxford University Press, First Edition, 2019).

#### - Articles

18. Alexander, Nadja; Chong, Shou, “Singapore convention series: Why is there no ‘seat’ of mediation?”, *Research Collection School Of Law*, (2019).
19. Alexander, Nadja; Chong, Shou, “The new UN Convention on mediation (aka the ‘Singapore Convention’) – Why it’s important for Hong Kong”, Hong Kong Lawyer 26-33. *Research Collection School Of Law*, (2019).
20. Carr, Kaitlyn, “The Enforcement of Consent Awards in International Commercial Arbitration”, *New York State Bar Association*, (2016).
21. Chahine, Joséphine; Lombardi; Ettore; Lutran, David; Peulv  , Catherine, “The Acceleration of the Development of International Business Mediation after the Singapore Convention”, *Wolters Kluwer* (Wolters Law International), 4, (2020).
22. Chong, Shou; Steffek, Felix, “Enforcement of international

- settlement agreements resulting from mediation under the Singapore convention Private international law issues in perspective”, *Singapore Academy of Law Journal*, 31, (2019).
23. Christine, Sim, “Conciliation of investor–state disputes, Arb-con-arb, and The Singapore Convention”, *Singapore Academy of Law Journal*, V. 31, (2019).
24. Chua, Eunice, “Enforcement Of International Mediated Settlements Without The Singapore Convention On Mediation”, *Singapore Academy of Law Journal*, 31, (2019).
25. Herisi, Ahdieh Alipour; Wendy, Trachte-Huber, “Aftermath of the Singapore Convention: A Comparative Analysis between the Singapore Convention and the New York Convention.” *American Journal of Mediation*, 12, (2019).
26. Kryvoi, Yari.; Davydenko, Dmitry, "Consent Awards in International Arbitration: From Settlement to Enforcement", *Brooklyn Journal of International Law*, 40, (2015).
27. Ma, Winnie, “Enforcing Mediated Settlement Agreements under the New York Convention: From Controversies to Creativities”, *Contemporary Asia Arbitration Journal* (CAA Journa,), 7, (2014).
28. Mccormick, Khory; Ong, Sharon, “Through The Looking Glass: An Insiders Perspective Into The Making Of The Singapore Convention On Mediation”, *Singapore Academy of Law Journal*, 31, (2019).
29. Ming, Caroline; Iovene, Christian, “Advantages and Benefits of the Revised Swiss Rules of Mediation 2019 – in Light and in Line with the Singapore Convention”, *ASA BULLETIN*, 382, (2020).
30. Morris-Sharma, Natalie, “Constructing The Convention On Mediation The Chairperson’s Perspective”, *Singapore Academy of Law Journal*, 31, (2019).
31. Quek Anderson, Dorcas, “Supporting party autonomy in the enforcement of cross-border mediated settlement agreements: A brave new world or unchartered territory?”, Privatizing dispute resolution: Trends and limits, *Research collection school of Law*, 18, (2019).
32. Resnick, Judith, “Uncovering, Disclosing, and Discovering How the Public Dimensions of Court- Based Processes Are At Risk”, *Chicago-Kent College of Law Review*, 81, (2006).

33. Roberts, Kenneth M, "Mediating the evaluative-facilitative debate: Why both parties are wrong and proposal for settlement", *Loyola University Chicago Law Journal*, 39(A), (2007).
34. Rooney, Kim, "Turning the rivalrous relations Between arbitration and mediation Into cooperative or convergent Modes of a dispute settlement Mechanism for commercial disputes In east Asia", *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 12, (2019).
35. Rosner, Norel, "The Singapore Convention: Reflections on Articles 1.3 on Scope, on Reservations, and 12 on Regional Economic Integration Organization", *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 20, (2019).
36. Schnabel, Timothy, "The singapore convention on mediation: framework for the cross-border recognition and enforcement of mediated settlements", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 19, (2019).
37. Schnabel,Timothy, "Implementation Of The Singapore Convention: Federalism, Self-Execution, And Private Law Treaties", *American Review of International Arbitration*, 30, (2019).
38. Serbenco, Eduard, "Bargaining in the Shadow of Arbitration: When Mediation Settlements become Enforceable Arbitral Awards," *Romanian Journal of International Law*, 14, (2012).
39. Silvestri,Elisabetta, "The Singapore Convention On Mediated Settlement Agreements: A New String To The Bow Of International Mediation?", *Access To Justice In Eastern Europe Journal*, 4, (2019).
40. Steele, Brette, "Enforcing International Commercial Mediation Agreements as Arbitral Awards under the New York Convention", *UCLA Law Review*, 54, (2007), p. 1406-1407.
41. Strong, Stacie, "Beyond International Commercial Arbitration? The Promise of International Commercial Mediation", *Washington University Journal of Law and Policy*, 21, (2014).
42. Sussman, Edna, "The Final Step: Issues in Enforcing the Mediation Settlement Agreement in Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation", The Fordham Papers Martinus Nijhoff Publishers, (2008).
43. Sussman, Edna, "The Singapore Convention Promoting the Enforcement and Recognition of International Mediated Settlement

- Agreements”, *Icc Dispute Resolution Bulletin*, 3, (2018).
44. Treichl, Clemens, “The Singapore Convention: Towards a Universal Standard for the Recognition and Enforcement of International Settlement Agreements?”, *Journal of International Dispute Settlement*, 20, (2020).
45. Zeller, Bruno; Trakman, Leon, “Mediation and arbitration: the process of enforcement”, *University of New South Wales Law Research Series Uniform Law Review*, 1, (2019).
46. Žukauskaitė,Miglė, “Enforcement of Mediated Settlement Agreements”, *Vilnius University Press*, 111, (2019).

#### ج) منابع اینترنتی

47. Alexander, Nadja, A Convention on the enforcement of iMSAs and a new Model Law, (2018), <Available at:  
<http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/16/convention-enforcementimsasnewmodellaw>>.
48. Claxton,James, The Singapore Convention: Mediation in a New York State of Mind, (2020). <Available at SSRN:  
<https://ssrn.com/abstract=3416116>>.

## آسیب‌شناسی سیاست کیفری ایران در پرتو نظریه قوچ قربانی

تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۰/۰۳/۲۴

تاریخ دریافت: ۹۹/۰۷/۲۲

مهردی آفاجانی<sup>۱</sup>

سید محمود میرخلیلی<sup>۲</sup>

احمد حاجی ده‌آبادی<sup>۳</sup>

### چکیده

فرافکنی حکومت در پذیرش علل ناکامی سیاست‌ها و مقصود جلوه دادن متهمان مهم‌ترین ویژگی نظریه قوچ قربانی است. ناتوانی حاکمیت در تأمین امنیت و در پی آن، افزایش نرخ جرایم موجب بی‌اعتمادی مردم به مقامات عدالت کیفری و نهادهای کنترل جرم می‌شود. عوام‌گرایی کیفری از مبانی نظریه نامبرده و رویکردی است که بر اساس آن سیاست‌گذاران و دست‌اندرکاران نظام عدالت کیفری بهمنظور بهدست آوردن حمایت عمومی و کسب مشروعيت، بدون توجه به یافته‌های علمی و معیار اثربخشی و کارآمدی، و تنها از طریق تشدید کیفر در صدد کنترل جرایم بر می‌آیند. الگوی امنیت‌گرایی در حقوق کیفری یکی دیگر از مبانی نظریه قوچ قربانی است. در این الگو، مجرمان که اغلب قربانی شرایط اجتماعی نامناسب پیرامون خود هستند، دیگربار قربانی سیاست‌های کیفری نادرست حاکمیت می‌شوند. در تحقیق پیش رو ضمن تبیین مفهوم و مبانی نظریه قوچ قربانی، سیاست کیفری ایران با معیار و ملاک این نظریه ارزیابی شده است. نتیجه تحقیق نشان می‌دهد سیاست‌گذاران کیفری ایران، هم در بخش تقیینی و هم در بخش قضایی، تا حدود زیادی به اندیشه‌ها و رویه‌های ناشی از سیاست کیفری امنیت‌محور و گفتمان عوام‌گرایی کیفری پایبند هستند. در این زمینه ضرورت دارد مقامات سیاست‌جنایی ایران با الگوبرداری مثبت و پایبندی به اصول و مبانی علمی علل واقعی جرم را شناسایی کرده، مسیر و ساختارهای مؤثرتر قانونی و قضایی را بهمنظور کنترل جرم و فرایند کیفری منصفانه تدارک بینند.

**واژگان کلیدی:** حقوق کیفری امنیت‌دار، سیاست کیفری ایران، عوام‌گرایی کیفری، نظریه قوچ قربانی.

۱. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد قم، ایران

mirkhalili@ut.ac.ir

adehabadi@ut.ac.ir

۲. دانشیار دانشگاه تهران، پردیس فارابی قم، ایران (نویسنده مسئول)

۳. دانشیار دانشگاه تهران، پردیس فارابی قم، ایران

## مقدمه

به‌زعم برخی جرم‌شناسان، بزهکاران<sup>۴</sup> قربانی شرایط نامساعد جامعه هستند و سرچشمۀ جرم را اغلب باید در اجتماع و شرایط نابسامان و آسیب‌های ناشی از آن جستجو کرد. جامعه نقش مؤثر در پرورش بزهکار و وقوع بزه دارد. در واقع، مشکلات و ناهنجاری‌های محیط اجتماعی فرد یا افرادی را وادار به جنایت می‌کند و مسبب بزهکاری‌های افراد است. به عقیده ژان ژاک روسو، طبیعت<sup>۵</sup> انسان را نیک، آزاد و خوشبخت آفریده است، ولی جامعه او را شریر و بدینخت می‌کند.<sup>۶</sup>

در چارچوب نظریۀ قوچ قربانی، از ساده‌ترین راه حل یعنی «سزاگرایی» در مبارزه با جرم و کنترل آن استفاده می‌شود که از پیامدهای واضح این امر مسئله برچسبزنی است که به‌موجب آن مجرم جایگاه خود را به‌عنوان یک بزهکار می‌پذیرد و از جامعه فاصله می‌گیرد و در ورطۀ بزهکاری فرو می‌رود و در نتیجه، نه تنها اصلاح نمی‌شود، بلکه مرتکب تکرار جرم می‌گردد. در چنین نظام‌هایی حقوق متهم و کرامت وی و اصول بنیادین حقوق جزا و دادرسی عادلانه زیرپا گذاشته شده، هزینه‌های فراوانی به نظام عدالت کیفری تحمیل می‌شود.

پدیدۀ مجرمانه از تناقضات پنهانی ساخته‌های اجتماعی ناشی می‌شود. به عقیده میشل پیست حکومت و نخبگان جامعه با طرح مباحث ایدئولوژیک در مورد جرم، بر واقعیت یادشده پرده افکنده‌اند و از طریق رسانه‌ها تصورات ناخودآگاه جمعی مردم را به این سمت سوق داده‌اند که همه مشکلات جامعه مربوط به افراد بزهکار است. در زیر این نقاب‌ها، واقعیت ستیز طبقاتی و تبعیض‌های اجتماعی نادیده گرفته می‌شود و بدین‌سان مجرمان نقش قوچ قربانی را پیدا می‌کنند که ضامن تداوم حیات جامعه و صیانت از هنجارها است<sup>۷</sup>; هنجارهایی که متعلق به اقلیت است، ولی به نام اکثریت، تقدیس، تبلیغ و به صورت نهادی منتشر می‌شود. . جامعه تک ساختی که بدین شکل حاصل می‌شود بستری مناسب برای تولید

<sup>۴</sup>. مهدی، کنیا، مبانی جرم‌شناسی، ج ۲، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ج ۱۳۸۸، ۹)، ص ۱۴.

<sup>۵</sup>. ژان، میشل بست، جامعه‌شناسی جنایت، مترجم: فریدون وحید، (مشهد مقدس: آستان قدس رضوی، بنیاد پژوهش‌های اسلامی، ۱۳۷۷)، ص ۵۷.

تصویر دشمن گونه از بزهکاری است. زیرا، در این جامعه، همه چیز در چارچوب همان نظام ارزشی واحد درک می‌شود و تهاجم به این ارزش‌ها و هنجارها با واکنش منفی و اغلب شدید مواجه می‌گردد<sup>۶</sup>.

وضعیت بالا نقض مفاد قرارداد اجتماعی است که مبنای فلسفی و فکری حکومت‌های امروزی را تشکیل می‌دهد و به موجب آن، رابطه دولت-شهروند بر مبنای واگذاری برخی از اختیارات به دولت از سوی شهروند و در مقابل، تکلیف دولت به تأمین فرصت‌های ضروری اجتماعی شکل می‌گیرد. بر همین اساس، الگوی دولت رفاه پس از جنگ جهانی دوم در کشورهای سرمایه‌داری غربی شکل گرفت، لکن از دهه ۱۹۷۰ این دیدگاه مورد تردید واقع شد. احزاب، رسانه‌ها و خصوصاً افراد ثروتمند انتقادهایی را به این سیستم مطرح کردند. با افول اندیشه دولت رفاه نگاه حمایتی موجود نسبت به اقشار فروودست جای خود را به رهیافت‌های نظارت‌محور جهت کنترل این طبقه اجتماعی داد و برچسب‌هایی همچون مشکل‌زا بودن و کسانی که باید از آنها ترسید، به ایشان تحمیل شد. در این حالت، هدف کیفر، دیگر اصلاح و درمان نیست، بلکه ابزار مدیریت اجتماعی برای کنترل و سرکوب گروه‌های فروودست است<sup>۷</sup>.

در این شرایط رسانه‌ها هم که در اختیار دولتها و جریان سرمایه‌داری هستند، با ایجاد ترس و هراس عمومی بهویژه در مورد برخی جرایم و انعکاس بیش از واقعیت<sup>۸</sup> این گونه جرایم، اعمال سیاست‌های سخت‌گیرانه را نسبت به آن‌ها پیشنهاد می‌دهند. از طرف دیگر، به لحاظ اینکه دیدگاه‌های عمومی در مورد جرم و مجازات تا حد زیادی نشئت‌گرفته از رسانه‌های گروهی است، با سوءاستفاده از این تقاضای عمومی، جرم و چگونگی کنترل آن مورد توجه جدی دولتها قرار می‌گیرد و سیاستمداران بدون توجه به نظریات نخبگان (جرائم‌شناسان و جامعه‌شناسان) مبنی بر لزوم تغییر در شرایط اجتماعی و اقتصادی برای کاهش ارتکاب جرم، وعده سخت‌گیرانه‌ای نسبت به جرم و مجرم می‌دهند، و این جریان به

<sup>۶</sup> سیدمحمدجواد، ساداتی و رحیم، نوبهار، «تأملی در زمینه‌های شکل گیری سیاست کیفری سختگیرانه در دهه ۵۰ نخست انقلاب اسلامی ایران»، نشریه مطالعات حقوقی معاصر(فقه و حقوق اسلامی سابق)، سال نهم، شماره هفدهم، پاییز و زمستان ۹۷، صفحات ۱۵۷-۱۸۳.

<sup>۷</sup> امیر، پاکنها، سیاست جنایی ریسک‌مند، (تهران: میزان، ۱۳۸۸)، صص ۹۷ و ۹۸.



یکی از نقاط تمرکز اکثر رقابت‌های انتخاباتی تبدیل می‌شود<sup>۸</sup>; به این صورت، دولتها با استناد غیرواقعی به مطالبه مردم مبنی بر شدت عمل کیفری، با گرفتن انگشت اتهام نارسایی‌ها و مشکلات جامعه به سوی متهمان، سیاست کیفری را تشدید کرده، با وانهادن رویکرد اصلاحی- درمانی، محور گفتمان خود را بر مدار امنیت‌گرایی و مدیریت خطر پایه‌گذاری می‌نمایند<sup>۹</sup>. در نتیجه، ادبیات کنترل علمی جرایم به «جنگ با جرم» تغییر می‌یابد، لذا مجازات‌های حبس، بیشتر و طولانی‌تر می‌شود و در نتیجه، جمعیت زندان‌ها افزایش پیدا می‌کند.

مشی فرافکنانه در پژوهش علل ناکامی سیاست‌ها در ارکان نظریه قوچ قربانی مشاهده می‌شود. منتهای قالب ذهنی از مجرم باعث می‌شود تنها برخی افراد و گروه‌ها، خطرناک و مجرم توصیف شوند<sup>۱۰</sup>. نبود راهبرد کنترلی مبتنی بر یافته‌های علمی باعث تقسیم جامعه به دو گروه «خودی» و «دیگری» می‌شود و کسانی که در گروه «دیگران» قرار می‌گیرند با واکنش‌های سخت‌تر و خشونت‌بارتری مواجه می‌شوند<sup>۱۱</sup>.

با توجه به مطالب پیش‌گفته می‌توان گفت به نظر می‌رسد یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های نظریه قوچ قربانی، فرافکنی حکومت در پژوهش علل ناکامی سیاست‌ها و تقسیم‌بندی جامعه به خودی و غیرخودی است، چراکه حاکمیت با تمکن به ابزار مجازات به تعبیری بزهکار را قربانی می‌کند تا سایر شهروندان دولت را مورد تخطیه قرار ندهند. به این وسیله در چرخه تلاش برای کنترل جرم و برقراری امنیت، حقوق کیفری امنیت‌مدار شکل می‌گیرد که حاصل آن وارد شدن مفهوم دشمن در حقوق کیفری است. در این رویکرد، مجرم فردی خطرناک و غیرقابل اصلاح تلقی می‌شود که برای همیشه می‌باشد از صحنه روزگار حذف شود. در واقع، زمانی که قوچ قربانی (bzهکار) موقعیت خود را به عنوان خودی در جامعه

۸. همان، صص ۱۰۶ و ۱۰۷.

۹. سمانه، طاهری، سیاست کیفری سخت‌گیرانه، (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲)، ص ۱۱.

۱۰. علی‌حسین، نجفی ابرندآبادی، «کیفرشناسی نو- جرم‌شناسی نو (درآمدی بر سیاست جنایی مدیریتی خطرمدار)» تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقاله)، تهران: میزان، ج ۱، ۱۳۸۸)، ص ۷۴۵.

11. Jewkes, Y., "Media representations of criminal justice", in Muncie, J., & Wilson, D. (Eds.), Student handbook of criminal justice and criminology, Great Britain, Cavendish Publishing, 2004, pp. 68-69.

از دست می‌دهد، حقوق جزا ویژه دشمنان ایجاد می‌گردد که در صدد است تا از دست مجرم رهایی یابد یا دست کم مجرم را خنثی کند<sup>۱۲</sup>. یاکوبس به عنوان بنیان‌گذار مفهوم حقوق کیفری دشمنان، معتقد است گاهی توسل به حقوق کیفری دشمنان مجاز و مشروع است. به نظر وی کسانی که با علم و آگاهی با نظم حقوقی موجود در ستیز هستند از جرگه حقوق شهروندی خارج شده، در نتیجه، دولت می‌تواند با توسل به هر ابزاری با آنان مقابله کند.<sup>۱۳</sup> در واقع، دولت با تمسک به استراتژی غیرخودی دانستن بزهکاران، تلاش دارد تا نرخ جرم را نه با تعییر و اصلاح مرتكبان یا بپیوست بسترهاي اجتماعی، بلکه با حذف و طرد بزهکاران، کاهش دهد<sup>۱۴</sup>. بنابراین سازوکار طرد و ناتوان سازی مجرمان با تحمیل شتاب‌زدۀ برخی از مجازات‌ها نظیر اعدام نمایان می‌شود که هدف آن نه اجرای عدالت، بلکه پاکسازی ناخواستنی‌ها و به‌اصطلاح زباله‌های اجتماع است و دولت به مردم چنین القا می‌کند که این دسته از مجرمان به‌واسطه انجام بعضی اعمال، برای همیشه فاسد می‌شوند و جایگاه خودشان را به عنوان شهروند از دست می‌دهند<sup>۱۵</sup>. بر اساس این دیدگاه، دولت به جای اصلاح وضع موجود و بازنگری در عملکرد خود در زمینه تأمین امنیت، با تکیه بر فرمول جرم، دولت و سرکوب، بهشدت به کیفر تمسک جسته، به افکار عمومی ناراضی از عملکرد حاکمیت چنین القا می‌کند که بزهکاران در کمین نشسته‌اند و اگر سخت‌گیرانه به آنان پاسخ داده نشود بر پایه‌های امنیت جامعه نقش می‌بندند و موجب تزلزل و اخلال در نظم و امنیت عمومی خواهند شد. در این راستا، بزهکاران که اغلب قربانی شرایط و وضعیت‌های اجتماعی اسفبار پیرامون خود هستند، دیگر بار قربانی سیاست‌های کیفری نامناسب دولت می‌شوند و با اعمال مجازات بر آنها، گویی که می‌باشد توان کاستی‌های دولت در اعمال سیاست‌هایش از آنان ستانده شود. بنابر آنچه گفته شد، نکته قابل توجه در تمثیل قوچ قربانی این است که دولت و به‌طور خاص مقامات عدالت کیفری به‌جای اینکه علت‌ها و عوامل

۱۲. حسین، غلامی و همکاران، اصل حداقل بودن حقوق جزا، (تهران: میزان، ج ۱، ۱۳۹۳)، ص ۱۶۸.

۱۳. محمد، صدر توحیدخانه، «حقوق در چنبره دشمن، تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقاله)»، زیرنظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: میزان، (۱۳۸۸)، ص ۴۸۱.

۱۴. امیر، پاکنهاد، سیاست جنایی رسک‌مدار، (تهران: نشر میزان، ج ۱، ۱۳۸۸)، ص ۱۱۹.

۱۵. حسین، غلامی و همکاران، پیشین، ص ۱۷۰.

وقوع جرم را که عمدتاً ریشه در سیاست‌گذاری‌های نادرست دارد، شناسایی نموده، به جرمان وضع موجود پردازند، انگشت اتهام را به سمت بزهکاران نشانه می‌روند و آنان را نزد افکار عمومی به عنوان موجوداتی خطرناک که می‌بایست از سیطره روزگار حذف شوند، جلوه می‌دهند. در نظام کیفری ایران هم به خصوص در سال‌های اخیر، چه در حیطه قانون‌گذاری و چه در عملکرد مقامات قضایی و امر دادرسی، آثار تمسک به سیاست کیفری سخت‌گیرانه و توسل به تشدید کیفر بدون ملاحظات علمی را در موضوع کنترل بزهکاری می‌توان مشاهده کرد که در حوزه مواد مخدر، مفاسد اجتماعی و جرایم خیابانی (درج در پاورقی- برای نمونه در این زمینه جرایم موضوع مواد ۶۳۹، ۶۱۷، ۶۱۵، ۶۱۸ و ۷۱۲ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات قابل ذکر است. به طور کلی می‌توان گفت جرم خیابانی هر رفتار مجرمانه‌ای است که در سطح معابر و اماکن عمومی واقع و باعث هراس شهروندان و تهدید امنیت جسمی، عرضی و روانی افراد و عموم مردم شود) نمود بیشتری دارد.

بررسی سوابق تقنینی نشان می‌دهد که دغدغه قانون‌گذار بیش از آنکه برنامه‌ریزی بلندمدت به منظور اصلاح و درمان بزهکاران و پیشگیری از وقوع جرم از طریق بهبود بسترهاي اجتماعي، فرهنگي، و اقتصادي باشد، بر کیفرنگاري و پاسخ فوري به پديده مجرمانه تأكيد دارد. پيامد اين چنین قانون‌گذاري، قرباني شدن افراد به دليل سياست‌هاي تقنیني ناكارآمد است. مقامات دستگاه قضائي نيز خواناخوه درگير سياست کیفری ناكارآمد می‌شوند و در واقع، محاكم کیفری ابزار اجرائي برای اعمال سياست کیفری امنيت‌گرا و ناكارآمد هستند.

در اين تحقيق، سياست کیفری ايران با توجه به شاخص‌هایی که از نظرية قوچ قرباني استنباط و بيان می‌شود، با ارائه برخی نمونه‌های عينی مورد بررسی و ارزیابی قرار می‌گيرد.

## ۱. آثار مبانی نظرية قوچ قرباني بر سياست کیفری ايران

### ۱.۱. فرایند قانون‌گذاري

از آنجا که جلوه‌های عوام‌گرایي کیفری و نظرية قوچ قرباني در کلیه مراحل سياست کیفری ايران نقش داشته و تأثير جرمان‌ناپذيری بر سياست جنائي ايران بر جای گذاشته، لذا



در این گفتار، هم سیاست کیفری ماهوی و هم شکلی را مورد بحث و بررسی قرار خواهیم داد.

### ۱.۱.۱. تورم قوانین (ماهوی) کیفری

منظور از تورم کیفری، تصویب بدون ضرورت مقررات کیفری و قطور نمودن بی‌رویه مجموعه قوانین جزایی با جرم‌انگاری‌های جدید است. استفاده ابزاری از قوانین کیفری از علل تورم کیفری است که دولتها از طریق ضمانت اجراهای شدید آن در صدد جلب اطاعت شهروندان و تأمین امنیت عمومی هستند<sup>۱۶</sup>. عدم توجه به مراحل سه‌گانه جرم‌انگاری و به‌اصطلاح فیلترهای سه‌گانه، یعنی اصول (رفتار به نظم عمومی صدمه وارد می‌کند)، پیش فرض‌ها (کنترل کیفری مؤثرتر از کنترل غیرکیفری است) و کارکردها (فواید جرم‌انگاری از زیان‌های آن بیشتر است)، آن‌گونه که ژان پرادرل رعایت آنها را برای جرم‌انگاری ضروری می‌داند<sup>۱۷</sup>، موجبات تورم قوانین کیفری را فراهم می‌آورد. در نوشته‌های حقوق کیفری از این دیدگاه با عنوان «سیاست جرم‌انگاری تا حداقل ممکن»<sup>۱۸</sup> یاد شده است.<sup>۱۹</sup>

تورم قوانین کیفری نتایج نامطلوبی به‌دنبال خواهد داشت، تحدید حقوق و آزادی‌های مردم به‌واسطه افزایش جرم‌انگاری، اطاله دادرسی، سردرگمی مردم و کارگزاران نظام عدالت کیفری، افزایش برچسبزنی مجرمانه و ورود افراد بیشتر به چرخه فرایند عدالت کیفری و رشد جمعیت کیفری زندان‌ها، عدم اشراف قضات به قوانین مختلف کیفری و صدور آرای متناقض، از مهم‌ترین پیامدهای تورم قوانین کیفری است.

در نظام حقوقی ایران استفاده از کیفر به‌عنوان در دسترس‌ترین روش کنترل جرم قابل مشاهده است؛ برای نمونه، در مورد ارزهای دیجیتال اولین واکنش مقامات کشور این بود که استفاده از دستگاه‌های استخراج ارزهای دیجیتال جرم و قابل مجازات است و نیروی

۱۶. محمد جعفر، حبیب‌زاده و همکاران، «تورم کیفری، عوامل و پیامدها»، مجله مدرس علوم انسانی، دوره ۵، ش ۴ (۱۳۸۰)، ص ۱۱۲.

۱۷. پرادرل، ژان، *اندیشه‌های کیفری*، مترجم: علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، (تهران: انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۳)، ص ۱۱۶.

18. The policy of Minimum criminalization

19. Arie Freiberg, Karen Gelb, *Penal Populism, Sentencing Councils and Sentencing Policy* 1st Edition Willan Published, 2008, p. 139.

انتظامی نیز چندین بار اقدام به جمع‌آوری و توقيف این دستگاهها در نقاط مختلف کشور نمود. پس از آنکه فقدان کارایی واکنش‌های سرکوبگرانه و کیفری نسبت به پدیده ارز دیجیتال روشن شد، مسئولان ذی‌ربط تصمیم به پذیرش و هدایت علمی و اقتصادی موضوع گرفتند، بر این اساس وزیر اقتصاد ۳۱ تیر ۱۳۹۸ اعلام می‌دارد پدیده بیت‌کوین به‌رسمیت شناخته می‌شود.

#### ۱.۱. شتاب‌زدگی در تصویب قوانین و مبتنی بر وقایع

تصویب قوانین و طرح‌های شتاب‌زده و احساسی بر مبنای حوادث ارتکاب‌یافته در جامعه یا اخبار جنایی منتشرشده در رسانه‌ها مصدق بارز رویکرد عوام‌گرایی است.<sup>۲۰</sup> در این شرایط به دلیل جریحه‌دار شدن احساسات عمومی، فرصت انجام کار کارشناسی و تحلیل‌های علمی فراهم نمی‌شود و سیاست‌گذاران بهمنظور جلب افکار عمومی بهویژه پس از وقوع جرایم مهم، در صدد اتخاذ واکنش‌های فوری برمی‌آیند. سیاست‌های مبتنی بر راهکارهای زیربنایی در معرض اتهام حمایت از بزهکاران قرار می‌گیرند.

قانون‌گذار ایران نیز در برخی موارد بر مبنای حوادث ارتکاب‌یافته در جامعه نسبت به تصویب قانون احساسی اقدام کرده است. موافقان این رویکرد بهمنظور موافقت دیگر سیاست‌گذاران، گاه به اخبار و گزارش‌های صفحات حوادث رسانه‌ها نیز استناد می‌کنند. حال آنکه در بسیاری از موارد، اخبار رسانه‌ها در زمینهٔ حوادث جنایی همراه با اغراق بوده، تمام حقایق و واقعیت‌ها را منعکس نمی‌کنند.

یکی از قوانینی که با شتاب‌زدگی و فوریت در مسیر تصویب و اجرا قرار گرفت، قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر است. این قانون پس از آنکه چندین مورد ضرب و جرح و درگیری آمران به معروف و ناهیان از منکر با طرفهای آنها صورت گرفت و با اتکا به آمارهایی مبنی بر اینکه از ابتدای انقلاب تا میانه سال ۱۳۹۲ از سوی ۸۵ هزار جانباز آمر به معروف و ناهی از منکر گزارش شده است، از طرف تعدادی از نمایندگان

۲۰. محمدیاقر، مقدسی و محمد، فرجیها، «ویژگی‌های سیاست‌های کیفری عوام‌گرا با مطالعه تطبیقی»، مطالعات حقوق تطبیقی، ش ۹۸ (۱۳۹۲)، ص ۲



مجلس شورای اسلامی به صورت طرح دوفوریتی تهیه و به مجلس تقدیم شد و در جلسه مورخ ۲۳ فروردین ۱۳۹۴ مشتمل بر ۲۴ ماده و ۱۹ تبصره به تصویب رسید. مطالعه این قانون نشان می‌دهد اوصاف و ویژگی‌های حکومتی دارد و جامعه را در مقابل خود می‌بیند، ضمن اینکه صرفاً ناظر بر وجه بین شهروندی و مبتنی بر فرض حکومتِ صالح است.<sup>۲۱</sup>

اشکالات قانونی و اجرایی این قانون به حدی بود که دولت از اجرای آن خودداری نمود؛ چنان‌که ارسال قانون به روزنامه رسمی نیز به استناد تبصره ماده ۱ قانون مدنی از سوی رئیس مجلس صورت پذیرفت و وضعیت اجرایی این قانون همچنان در هاله‌ای از ابهام قرار دارد.<sup>۲۲</sup>

### ۱.۱.۳. تحدید نهادهای تضمین‌کننده دادرسی منصفانه

«حق برخورداری از دادرسی منصفانه» در بردازندۀ مجموعه‌ای از اصول و قواعد است که از طریق آنها وصف انتزاعی «منصفانه» بودن دادرسی که مستتر در برخی قواعد شکلی و تشریفات پراکنده است، دارای چارچوب و صورت عینی شده، مسیر برای تحقق دادرسی منصفانه مشخص و روشن می‌شود.<sup>۲۳</sup> به بیان دیگر، دادرسی منصفانه به زبان ساده به مفهوم تضمین‌های کلی برای حقوق طرفین دعواست.<sup>۲۴</sup> حاکمیت رویکرد امنیت محور بر موازین دادرسی کیفری و تعرض به نهادهای تضمین‌کننده دادرسی منصفانه صورت‌های گوناگون دارد؛ برای نمونه، حق دسترسی متهم یا وکیل او به پرونده کیفری از مهم‌ترین جلوه‌های

۲۱. حسن، خیری، «بررسی جامعه‌شناختی قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر»، مجله بررسی مسائل اجتماعی ایران، دوره ۶، ش. ۲، پاییز و زمستان (۱۳۹۴)، ص ۲۳۷.

۲۲. اختلافات در خصوص اجرای قانون به حدی افزایش می‌یابد که در تاریخ ۲۲ آذر ۱۳۹۶ تعداد ۴۴ نفر از نمایندگان مجلس شورای اسلامی طی درخواستی، تقاضای اعمال ماده ۲۳۶ آینین‌نامه داخلی، در خصوص عدم اجرای قانون «حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر» را تقدیم هیئت رئیسه کردند و در نهایت، پس از گذشت چهار سال از تصویب قانون نحوه اجرای آن به قوه قضائیه ارجاع می‌شود این درحالی است که دبیر ستاد امر به معروف و نهی از منکر از ابلاغ سراسری این ستاد به کلیه دستگاه‌های اجرایی کشور، مبنی بر نصب و انتشار قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر در محیط عمومی ادارات و نهادها سخن می‌گوید.

۲۳. اسدالله، داوری، «حق برخورداری از دادرسی منصفانه»، نشریه حقوق اساسی، سال دوم، ش. ۲ (۱۳۸۳)، ص ۲۵۳.

۲۴. رضا، پرستش و سحر خسروی داش، «مطالعه رعایت قواعد ماهوی اصول دادرسی منصفانه در مقررات نظام های حرفه‌ای ایران» نشریه علمی مطالعات حقوقی معاصر، سال دهم، شماره نوزدهم، پاییز و زمستان ۹۸ صفحات ۷۶-۵۱.



دادرسی منصفانه به شمار می‌آید. در مرحله تحقیقات مقدماتی احتمال نقض حقوق دفاعی متهم بیشتر قابل تصور است و رد پای رویکرد امنیت‌گرایی در ماده ۱۹۱ قانون آیین دادرسی کیفری ۹۲ قابل مشاهده است. قانون‌گذار در دو مورد «تشخیص بازپرس بر منافی بودن با کشف حقیقت» و «جرائم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور»، به بازپرس اجازه داد که قرار عدم دسترسی متهم یا وکیل وی به تمام یا بخشی از محتوای پرونده را صادر نماید که این امر می‌تواند موجبات تضییع حقوق متهم را فراهم آورد.

نفوذ رویکرد روزمرگی و مقطوعی بدون توجه به بسترها در حوزه جرایم اقتصادی باعث شده است سیاست‌گذار کیفری ایران به منظور کنترل این جرایم به طرف تهیه لواج و طرح‌هایی گرایش پیدا کند که احکام و ساختارهای پیش‌بینی شده در آن سخت‌گیرانه و متضمن نقض حقوق دفاعی متهم باشد. طرح مبارزه با جرایم اقتصادی در قالب ۵۱ ماده در تاریخ ۱۶ مرداد ۱۳۹۷ تحت تأثیر همین رویکرد در کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی تصویب شد. به موجب تبصره ماده ۳۰ این طرح، قرار رد درخواست مطالعه پرونده پس از موافقت دادستان قطعی است. رد درخواست مطالعه پرونده که زمینه‌ساز تدارک دفاع از سوی متهم است بدون پیش‌بینی حق اعتراض متهم به این تصمیم، موجبات نقض حقوق دفاعی متهم را فراهم می‌آورد. حق برخورداری متهم از وکیل دادگستری از دیگر مظاہر موازین دادرسی منصفانه است که در نظام کیفری ایران حق برخورداری متهم از وکیل منتخب در تبصره ماده ۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری اصلاحی ۱۳۹۴ نادیده گرفته شده است. این تبصره با قانون اساسی و استناد بین‌المللی که ایران ضمن آنها معهد به رعایت حقوق و آزادی‌های افراد گردیده است، از جمله میثاق بین‌المللی مدنی و سیاسی ۲۵، ۱۹۶۶، مغایرت دارد.

نمونه دیگر، اصل رسیدگی کیفری در مهلت معقول، اصلی اساسی است که در تحقق محکمه‌ای منصفانه در فرایند کیفری اهمیت بسزایی دارد. در نظام کیفری ایران شاید بتوان عبارت «کوتاه‌ترین زمان ممکن» را به معنی سرعت در تحقیقات و دادرسی با رعایت حقوق

۲۵. رجب، گلدوست جویباری و مهران، ابراهیمی‌منش، «حق برخورداری مظلومان و متهمان از وکیل مدافع منتخب؛ تطبیق با اسناد حقوق بشری»، نشریه پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، ش ۶، پاییز و زمستان (۱۳۹۴)، ص ۲۸.

طرفین دعوی تفسیر کرد، لکن سرعتی که فقط برای نمایندن اقتدار دستگاه قضایی باشد، نافی دقت است و نتیجه‌ای جز بی‌عدالتی ندارد<sup>۲۶</sup>. عدم تصریح به لزوم رعایت مهلت معقول در رسیدگی کیفری و روی‌آوری به گفتمان عوام‌گرایانه و استناد به درخواست و مطالبه عمومی بر رسیدگی سریع به پرونده‌هایی که به خصوص تحت تأثیر بازتاب‌های رسانه‌ای قرار گرفته‌اند، باعث می‌شود که ایرادات واردہ بر عملکرد شعب دادسراسرا و دادگاهها و دیوان عالی کشور از جهت عدم توجه به شکلی از دادرسی که بتواند امکان لازم را برای دفاع در اختیار متهم یا وکیل وی قرار دهد، مورد بی‌توجهی واقع می‌شود و با هجمة رسانه‌ای، گاه ممکن است انتقادات وکیل متهم به نداشتن فرصلت کافی برای تدارک دفاع، به عنوان اخلال در مسیر اجرای عدالت کیفری تلقی و باعث شود وکیل هم در انجام وظایف قانونی خود با احتیاط عمل کند.

## ۲. فرایند قضایی

پیروی مقامات قضایی و انتظامی از سیاست کیفری امنیت‌محور و اتخاذ گفتمان عوام‌گرا در فرایند کیفری به شکلی از دادرسی منتهی می‌گردد که نتیجه آن تضییع حقوق و آزادی‌های افراد، به‌ویژه نادیده گرفتن حقوق متهمان است که در اینجا به فرازهای مهمی از آن اشاره می‌شود.

### ۲.۱. تفسیر موضع از نهادهای منافی حقوق متهم

همان‌گونه که گفته شد، قانون‌گذار ایران با اتخاذ رویکرد امنیت‌محور، «محدودیت دستری به پرونده» را در تحقیقات مقدماتی پیش‌بینی کرده است، لکن این محدودیت قانونی به دلیل فضای احساسی و مطالبه عمومی در پرتو بازتاب رسانه‌ای برخی جرایم به منظور اقناع افکار عمومی از برخورد قاطع قوه قضائیه با مجرمان در مرحله دادرسی در وضعیت به‌مراتب نامناسبتری قرار می‌گیرد، به‌طوری که از عبارت «منافی با کشف حقیقت» در ماده ۱۹۱ قانون آیین دادرسی کیفری ۹۲ تفسیر گسترده به عمل می‌آید. همین‌طور گاه موجب شده است که به جرایم عمومی وصف امنیتی اعطای شود تا

.۲۶. المیراء، آتشی، مهلت معقول در فرایند کیفری، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد، دانشگاه تربیت مدرس، (۱۳۹۲)، ص ۲۸.



محدودیت‌های تأمین حقوق دفاعی متهم شامل متهمان چنین پرونده‌هایی هم بشود. در این زمینه نامه رئیس وقت قوه قضائیه به رهبری در مرداد ۱۳۹۷<sup>۷۷</sup> و توصیف جرایم اقتصادی

#### ۲۷. بسم الله الرحمن الرحيم

محضر مبارک حضرت آیت‌الله العظمی خامنه‌ای (ادام الله ظله الوارف) رهبر معظم انقلاب اسلامی  
سلام عليکم

با احترام، نظر به شرایط ویژه اقتصادی کوتني که نوعی جنگ اقتصادی محسوب می‌شود و متأسفانه عده‌ای از اخلال‌گران و مفسدان اقتصادی هم در راستای اهداف دشمن موجبات آن را فراهم و مرتکب جرایمی می‌شوند که ضرورت برخورد قاطع و سریع با آنان را می‌طلبد، در صورت صلاح‌دید به رئیس قوه قضائیه اجازه فرمائید در چارچوب قانون مجازات اخلال‌گران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۹ / ۹۳۶۹ با اصلاحات و الحالات بعدی و ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با رعایت موارد ذیل اقدام نماید.

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

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

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

۴- کلیه مواد قانونی لازم‌الرعايه مندرج در آینین دادرسی از قبیل ابلاغ و اعتراض حداقل ۵ روز تعیین می‌شود.

۵- مفاد تبصرة ماده ۶۸ قانون آینین دادرسی کیفری در خصوص وکیل، در دادگاه نیز جری خواهد بود.

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

۷- کلیه اتهامات اشخاص حقیقی و حقوقی و کشوری و شکری مرتبط با پرونده ارجاعی اعم از میاشر، شراء و معاونین در یک شعبه رسیدگی می‌شود.

۸- هرگونه تعلیق و تخفیف نسبت به مجازات اخلال‌گران و مفسدان اقتصادی منوع است.

۹- در کلیه موارد رسیدگی به جرائم مذکور در صورت وجود دلایل کافی به تشخیص قاضی دادرسرا و یا دادگاه حسب مورد قرار بازداشت موقعت تا ختم رسیدگی و صدور حکم قطعی صادر می‌شود. این قرار غیرقابل اعتراض در مراجع دیگر خواهد بود. هرگونه تعییری در قرار، توسط دادگاه رسیدگی کننده صورت می‌پذیرد.

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

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

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

والله الحکم و السلام عليکم و رحمه الله و برکاته

صادق آملی لاریجانی

بسمه تعالی

با پیش‌شهاد موافقت می‌شود. مقصود آن است که مجازات مفسدان اقتصادی سریع و عادلانه انجام گیرد. در مورد اتقان احکام دادگاهها دقت لازم را توصیه فرمائید.

والسلام عليکم و رحمة الله

سید على خامنه‌ای ۹۷ / ۵ / ۲۰

به عنوان موضوع ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ (افساد فی الارض) قابل توجه است: «...در صورت صلاح دید به رئیس قوه قضائیه اجازه فرمائید در چارچوب قانون مجازات اخلال گران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۳۶۹/۹/۱۹ با اصلاحات و الحالات بعدی و ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با رعایت موارد ذیل، اقدام نماید...».

مورد دیگر از تفسیر گسترده از نهادهای منافی با حقوق دفاعی متهم، «محدودیت در حق انتخاب وکیل» است، طبق صراحة تبصره ماده ۴۸ قانون آ.د.ک. ۱۳۹۲، این محدودیت تنها مربوط به مرحله تحقیقات مقدماتی است و با ارسال پرونده به دادگاه، محدودیت برای انتخاب وکیل در پروندهای موضوع تبصره ماده ۴۸ برداشته می‌شود؛ با این حال، تمایل مقامات قضایی به اتخاذ شیوه سخت‌گیرانه در این پروندها و به جهت مقتدر نشان دادن دستگاه قضایی در برخورد با جرایم و از طرفی نگرانی از بابت اینکه از سوی افکار عمومی و رسانه‌ها به سهل‌گیری متهم نشوند، محدودیت یادشده را به مرحله دادگاه نیز تسری می‌دهند. در بند ۵ نامه پیش‌گفته چنین آمده است: «مفad تبصره ماده ۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری در خصوص وکیل، در دادگاه نیز مجری خواهد بود».<sup>۲۸</sup>.

## ۲.۲. فراهم‌آوری بستر تعقیب در جرایم جنسی

مطالعه فرایند رسیدگی به پروندهای جرایم جنسی در ایران نشان می‌دهد که در بسیاری از موارد با تأثیرپذیری دست‌اندرکاران نظام عدالت کیفری و با این ادعا که مردم خواهان اجرای سریع عدالت هستند، ترتیبات رسیدگی به گونه‌ای پیش می‌رود که شائبه نقض موازین دادرسی منصفانه به ذهن خطور می‌کند.<sup>۲۹</sup>

«منع تعقیب و تحقیق» در جرایم منافی عفت یکی از جلوه‌های عمدۀ سیاست بزه‌پوشی نظام جزایی اسلام است<sup>۳۰</sup> که به موجب آن اصولاً تعقیب و تحقیق در این جرایم ممنوع است و مراجع قضایی جز در سه مورد حق ورود به جرایم یادشده را ندارند؛ با این حال، اتخاذ

۲۸. مهدی، شیداییان، و زینب، شیداییان، «رویکرد قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ به جرائم منافی عفت»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۱۰۱ (۱۳۹۷)، ص ۱۳۹.

۲۹. محمدیاق، مقدسی و محمد، فرجیها، پیشین، ص ۸۳

۳۰. مهدی، شیداییان و زینب، شیداییان، پیشین، ص ۱۱۸.

گفتمان عوام‌گرا و پیوند رسانه‌ای در جریان پرونده‌های کیفری و دخالت افکار عمومی در فرایند کیفری مربوط به جرایم منافی عفت، باعث شده است مبنای اصلی و اولیه جرم‌انگاری این جرایم در نظام کیفری ایران نادیده گرفته شود. از سوی دیگر، موجب اتخاذ واکنش‌های سریع و به دور از چارچوب موائزین دادرسی منصفانه و قواعد رسیدگی به این جرایم، چه از سوی مقامات قضایی و چه از سوی پلیس می‌شود.

هرازگاهی در اخبار و رسانه‌ها، شاهد دخالت ضابطان دادگستری فراتر از وظایف شناخته شده قانونی در حوزه این جرایم هستیم و در این موارد از یک سو به وجود استنهاهایی که در ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری از جمله «مشهود بودن»، و از سوی دیگر به مطالبات مردمی استناد می‌شود. دستگیری یک خانم به شیوه‌ای خشن و زننده در بوستان پلیس واقع در منطقه تهرانپارس در این راستا قابل تفسیر و ارزیابی است و این در حالیست که استنهاهای پیش‌بینی شده در ماده ۱۰۲، تنها مجوز تحقیق و تعقیب برای قاضی دادگاه است، نه ضابطان. در واقع، رویکرد حقوق کیفری دشمنان بر عملکرد مقامات قضایی و انتظامی، هرگونه برخورد شدید و خارج از اصول و قواعد شناخته شده دادرسی کیفری را تجویز می‌نماید.<sup>۳۱</sup>

### ۲.۳. تعجیل در دادرسی

مالحظه رفتار مقامات قضایی ایران بیانگر آن است که تحت تأثیر فضای سیاسی- رسانه‌ای و هیجانات اجتماعی، روند دادرسی کیفری نه در مهلت متعارف و منطقی که برای رسیدگی دقیق و منصفانه به موضوع ضرورت دارد، بلکه با سرعت و عجله طی شده و به تصمیم نهایی رسیده است؛ برای نمونه، در پرونده اتهامی محمدعلی نجفی با موضوع قتل

۳۱. با آغاز فصل تابستان و گرم شدن هوا، مسئلان ناجا هشدار دادند بهشت با پدیده بدحجابی مقالبه خواهند کرد. بر اساس چنین اظهار نظرهای پیشینی است که ذیل خبر دستگیری آن خانم در بوستان پلیس و اعلام فرمانده انتظامی تهران بزرگ منی بر عزل دو مأموری که در صحنه این گونه رفتار کرده‌اند، چنین تحلیل می‌شود: «پلیس از یکسو به خاطر ورود به جیوه‌هایی که جزء وظایف ذاتی آنها نیست مورد انتقاد قرار می‌گیرد و از طرفی به خاطر غفلت از وظایف ذاتی یعنی مبارزه با جرم و جنایت واقعی شماتت می‌شود. آنچه در پارک پلیس تهرانپارس گذشت تنها اشتباه میدانی یک یا چند مأمور نیست، بلکه نتیجه دست‌کاری در وظایف پلیس است. درگیر کردن پلیس در موضوعات سیاسی و عقیدتی و فرهنگی، آن‌ها را از انجام وظایف اصلی بازمی‌دارد و باعث تکرار این وقایع می‌شود».



میتر استاد، از تاریخ وقوع قتل و طرح پرونده در دادسرای جنایی ناحیه ۲۷ تهران تا زمان صدور کیفرخواست تنها ۵ روز به طول انجامید، درحالی که مطالعه و دقت در لزوم اقدامات ضروری در تحقیقات مقدماتی پروندهای با موضوع قتل عمد از جمله بررسی صحنه جرم و بازسازی صحنه قتل<sup>۳۳</sup>، جمع‌آوری ادله دفاعی متهم<sup>۳۴</sup>، تحقیق از شهود... بیانگر این است که مدت زمان ۵ روز حتی در شرایطی که هیچ دفاع خاصی از سوی متهم به عمل نیامده باشد، نمی‌تواند از جهت رعایت تشریفاتی که در زمینه رسیدگی قانونی و عدالانه به پرونده قتل ضرورت دارد، اطمینان‌بخش باشد. به همین جهت به کارگیری عبارت توأم با طنز «دادستانی تهران به رکورد بی‌نظیری در رسیدگی سریع به یک پرونده پیچیده قتل دست یافته است» از سوی تحلیل‌گران در واقع، خبر از واقعیت نامطلوب فرایند کیفری قربانی‌ساز در نظام عدالت کیفری ایران می‌دهد.

بررسی رفتار رسانه‌ملی در این موضوع نقش رسانه‌ها را در گفتمان عوام‌گرایی که از مبانی نظریه قوچ قربانی است، به خوبی نشان می‌دهد صدا و سیما به روای غیرمتعارف و غیرقانونی این پرونده را در مرحله اتهامی و قبل از قطعیت رأی، پوشش خبری و تصویری می‌دهد، به طوری که عملکرد این سازمان مورد اعتراض برخی مقامات سیاسی قرار می‌گیرد. بدیهی است موج اجتماعی و مطالباتی که به این صورت با دامن زدن رسانه‌ای در سطح جامعه و به دور از فضای کارشناسی شکل می‌گیرد، موجبات نادیده گرفته شدن حقوق متهم را در جریان دادرسی فراهم می‌آورد.

نمونه دیگر، نامه رئیس وقت قوه قضائیه به رهبری است. در این نامه، مجموعه‌ای از شاخصه‌های دادرسی منصفانه مورد بی‌توجهی واقع شده است. در خصوص تعجیل در دادرسی و نادیده گرفتن مهلت معقول، در بندهای ۴ و ۱۰ نامه چنین آمده است: «کلیه مواعده قانونی لازم‌الرعاية مندرج در آیین دادرسی از قبیل ابلاغ و اعتراض حداقل ۵ روز تعیین می‌شود». اقدام رئیس قوه قضائیه به عنوان بالاترین مقام سیاست‌گذار قضایی کشور در کاستن از فرصت‌های قانونی متهم برای دفاع و جمع‌آوری ادله و قرایین دفاعی و بهویژه

در مرحله اعتراف به حکم را، جز با شاخصه‌های گفتمان سیاست کیفری عوام‌گرا نمی‌توان تفسیر و تبیین نمود.

مطالعه فرایند رسیدگی و مجازات مرتكبان حوادث مهم قتل و خشونت طی چند سال اخیر نیز نشان می‌دهد که پاسخ سریع به مرتكبان این جرایم یکی از راهبردهای اصلی قوه قضائیه بوده است. آتنا اصلاحی دختر هفت‌ساله اهل پارس‌آباد مغان که در ۲۸ خرداد ۱۳۹۶ از سوی صاحب مغازه در همسایگی منزل خود به قتل رسید و به دلیل بازتاب گسترده موضوع در رسانه‌ها، رئیس قوه قضائیه دستور رسیدگی خارج از نوبت پرونده را صادر می‌نماید. رسیدگی در مراحل مختلف از دادسرا تا دیوان عالی کشور به سرعت انجام، و صبحگاه ۲۹ شهریور همان سال قاتل آتنا اصلاحی در ملاً عام اعدام شد. این درحالی است که مشاهده روند رسیدگی به پرونده‌های مختلف نشان می‌دهد که مدت زمان رسیدگی و صدور حکم در اغلب پرونده‌های قتل عمد کمتر از یک سال نخواهد بود.<sup>۳۴</sup>

### ۳. فرآگیری شیوه‌های فوق العاده دادخواهی؛ دادرسی نامتوازن

قاعده‌مندی در امر دادرسی، چه از نظر حقوق جزای ماهوی و ارکان جرم و مجازات و چه به لحاظ حقوق جزای شکلی و آین دادرسی کیفری، از شاخصه‌های مدرنیته کیفری است که در آن، قانون از جایگاه والایی برخوردار است<sup>۳۵</sup>. تعیین تکلیف پرونده قضایی در چارچوب فرایند دادرسی و در پرتو قانون و قواعد حقوقی موجب پذیرش و اعتماد به مقامات نظام عدالت کیفری می‌شود.

تأثیرپذیری مراجع کیفری از رویکردهای امنیتی- سیاسی و گفتمان عوام‌گرایی، به تصمیمات و آرایی منتهی می‌شود که برخلاف قواعد حقوق کیفری و اندیشه دادرسی منصفانه صادر گردیده است. در این وضعیت، نظام دادرسی کیفری عوام‌گرا نهادهای قانونی و قضایی متناسب با چنین رویکردی را تدارک می‌بیند و تلاش می‌کند که چنین سیاست جنایی تداوم یابد.

<sup>۳۴</sup>. محمدیاقر، مقدسی، و محمد، فرجیها، پیشین، ص ۱۱۶.

<sup>۳۵</sup>. مجتبی، جفری، جامعه‌شناسی حقوق کیفری؛ رویکرد انتقادی به حقوق کیفری، (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲)، ج ۱، ص ۸۲



### ۳.۱. ارتقای وضعیت شاکی در فرایند کیفری

ظهور جنبش قربانیان و افزایش سطح حمایت از قربانیان جرایم در چند دهه اخیر یکی از ریشه‌های شکل‌گیری گفتمان عوام‌گرایی کیفری است. شاکیان از طریق توصیف‌های اغراق‌آمیز توجه رسانه‌ها را به خود جلب می‌کنند و این روند به مطالبات خاص از نظام عدالت کیفری و در نهایت، عوام‌گرایی کیفری منجر می‌شود.

در پرتو ارتقای جایگاه شاکی در دادرسی‌های کیفری، نهادهایی مانند «تجویز تعقیب مجدد متهم» از سوی دادستان به استناد ماده ۲۷۸ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ در موارد بیشتری مورد عمل قرار می‌گیرد. این فرایند که می‌توان آن را «اعاده دادرسی در دادسر» و از موارد دادخواهی فوق العاده دانست، در حال حاضر به محملی برای تشویش قضایی مردم و نقض قاعدة منع تعقیب مجدد<sup>۳۶</sup> تبدیل شده است. دلسویز فراقانونی برای شاکی به هدف تطهیر سیاست‌گذاران جنایی از برچسب ناکارآمدی سیاست‌ها در حوزه‌های فرهنگی، اجتماعی و اقتصادی، محمولی برای نادیده گرفتن قواعد دادرسی و تضییع حقوق و آزادی‌های افراد می‌گردد.

اضطراب ناشی از احتمال احضار به دادگستری برای تعقیب کیفری جدید و لزوم تدارک دفاع در برابر آن، احساس آرامش و امنیت فرد از بُعد قضایی را در جامعه از او سلب خواهد نمود.<sup>۳۷</sup>

### ۳.۲. افزایش درخواست اعاده دادرسی ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری

سیاست‌گذاری کیفری غیرعلمی و بدون استفاده از رهیافت‌های کارشناسانه در کنترل جرایم که از ویژگی‌های گفتمان عوام‌گرایی کیفری شناخته می‌شود، علاوه بر تصویب قوانین ناکارآمد، به مرور در دستگاه قضایی نیز سیستم دادرسی و مقامات خاص خود را تربیت می‌کند. چنین رویکردی به آرای نامتناسب به لحاظ مجازات و شدت عمل کیفری منتهی می‌شود که پس از فروکش کردن هیجانات و احساسات اجتماعی اولیه، نامتناسب

---

36. non bis in idem

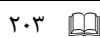
۳۷. علی، خالقی، آیین دادرسی کیفری، (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۵)، ص ۱۳۷

بودن آرای صادره خودنمایی می‌کند. از سوی دیگر ممکن است گاه آرایی صادر شود که تحت تأثیر جنبه مسامحه و سهل‌گیری گفتمان عوام‌گرایی به لحاظ تأمین اهداف حقوق کیفری و جبران ضرر و زیان شاکی و متضرر از جرم، کارایی لازم را نداشته باشد. در هر دوی این موارد، پیش‌بینی سازوکارهایی برای جبران ناکارآمدی حقوق کیفری در تأمین اهداف، همواره مورد توجه سیاست‌گذاران کیفری بوده است.

سیاست‌گذار کیفری ایران به زعم خود برای تأمین عدالت در دادرسی و جلوگیری از اجرای آرای نامتناسب بهخصوص در امور کیفری، ساختار نظارتی ماده ۴۷۷ قانون آ.د.ک ۱۳۹۲ را برای رئیس قوه قضائیه پیش‌بینی نموده است. در واقع، روش‌های عادی دادخواهی در هدایت دادرسی در مسیر علمی و منطقی با شکست مواجه شده است و موجب می‌شود شیوه فوق العاده، ولی نامتعارف تظلم‌خواهی مانند ماده ۴۷۷ مورد توجه و استناد ویژه قرار بگیرد.

در پی تصویب این ماده و گذشت چند هفته از لازم‌الاجرا شدن قانون، معاون نظارت دیوان عالی کشور از مردم خواسته است تا برای اعمال ماده ۴۷۷ فقط به مقامات مجاز در تبصره ۳ این ماده مراجعه کنند و از مراجعة مستقیم به دیوان عالی کشور خودداری نمایند. این اظهار نظر حکایت از وجود تقاضاهای گسترده برای اعمال ماده ۴۷۷ دارد که از سراسر کشور به دیوان عالی کشور مراجعه داشته و مسئولان دیوان عالی کشور را به عکس العمل واداشته‌اند.

نکته قابل توجه اینکه چنانچه ما در نظام حقوقی در حد زیادی شاهد شاخصه‌های گفتمان کیفری عوام‌گرا باشیم، وجود یک مسیر قانونی بی‌انتها، شخصی و فقدان ضوابط دقیق و مشخص ماهوی در تشخیص خلاف بین شرع و اعمال آن می‌تواند به ایجاد یک روند نامناسب در بدنه دستگاه قضایی منجر شود که کلیه رسیدگی‌ها را از مراحل اولیه تا انتهای رسیدگی در شیوه‌های عادی تحت تأثیر قرار دهد. در عین حال، شاید رسیدگی کیفری بی‌قاعده در پرتو سیاست کیفری عوام‌گرا و آرای ناشی از آن، به قدری نگران‌کننده باشد که دانشمندان حقوق کیفری را متقاعد سازد که وجود مسیری این‌چنینی برای رفع اثر از اشتباهات از دادرسی‌های کیفری هیجانی و شتاب‌زده بر بنای عوام‌گرایی، خالی از فایده



نباشد. بهنظر می‌رسد بخش مهمی از تقاضاهای ملاقات عمومی با مسئولان دادگستری و بهویژه رؤسای کل دادگستری‌ها بر همین اساس است.

### ۳. ۳. ملاقات عمومی مسئولان قضایی

طی چند سال اخیر ملاقات‌های عمومی مقامات دادگستری به رویه‌ای معمول در دادگستری‌های سراسر کشور تبدیل شده است. گرچه شنبیدن دیدگاه‌های مراجعت دادگاهها و دادسراهای خود امری پسندیده و مطلوب محسوب می‌شود، لکن چنین به‌نظر می‌رسد احساس نیاز به چنین جلساتی پیامد ناکارآمدی سیاست‌های قضایی و به هدف سرپوش گذاشتن بر عملکرد نامناسب مراجع قضایی و تثبیت جایگاه دستگاه قضایی در چارچوب گفتمان عوام‌گرایانه انجام می‌شود. در این زمینه، ملاقات‌های مردمی دادستان‌ها از نمود بیشتری برخوردار است. از یک سو، گستردنگی وظایف و اختیارات قانونی دادستان، بهخصوص در کشف و تعقیب جرایم، و از سوی دیگر، هدایت افکار عمومی به سوی اهمیت برخورد با جرایم خشونتبار و خیابانی باعث شده است بازتاب اجتماعی موقعیت دادستان و انتظارات عمومی فراتر از تأثیر قانونی و قضایی دادستان در فرایند کیفری باشد. بر این اساس، می‌توان گفت ملاقات‌های عمومی دادستان در واقع، پاسخی عوام‌گرایانه به یک انتظار خودساخته از سوی مقامات نظام عدالت کیفری است.<sup>۳۸</sup>.

واقعیت این است درخواست‌هایی که از طرف متقدضیان، تهییه و در این‌گونه جلسات ارائه می‌شود، معمولاً<sup>۳۹</sup> گویای جریان امر آن‌گونه که واقع شده نیست و با سیر پرونده که مشتمل بر جریانی از تحقیقات و اظهار نظرها از سوی طرفین و متصدی تحقیقات است، فاصله دارد. از سوی دیگر، رسیدگی به ساده‌ترین موضوعات قضایی و وصول به یک تصمیم قانونی منطبق با شرایط و ارکان، به فرصتی حداقل چندروزه نیاز دارد که چنین فرصتی در ملاقات‌های مردمی وجود ندارد.

### مسئولان قضایی با موضوعی عوام‌گرایانه، وعده رسیدگی و حل مشکلات پیچیده قضایی

۳۸. ملاقات عمومی دادستان معمولاً در یک روز از هفته انجام می‌شود؛ برای نمونه ملاقات با دادستان تهران و معاونان وی برای روزهای چهارشنبه قرار داده شده است. این ملاقات‌ها گاه خارج از محل دادسرای نظیر مساجد بوده، در سطح شهر انجام می‌شود.

را می‌دهند، درحالی که موضوعات قضایی نیازمند بررسی‌های تخصصی است. این رویه به معنی انتقال فرایند رسیدگی کیفری به مسیری خارج از دادرسی و به دور از پوشش الزامات و موازین دادرسی عادلانه است که رسیدگی ترافعی از جمله آن‌هاست و موجب تضییع حقوق و آزادی‌های افراد می‌شود.

#### نتیجه

ارائه تحلیل نادرست و غیرواقعی از علل وقوع جرم موجب اتخاذ نوع خاصی از سیاست در نظام عدالت کیفری می‌شود که با اهداف شناخته‌شده حقوق کیفری همسو نیست. این راهبرد، سخت‌گیرانه، عامه‌پسند، نمایشی، احساسی و فاقد مبنای نظری و علمی است و نیازی به شناخت علمی پدیده‌های مجرمانه در خود احساس نمی‌کند و با استفاده ابزاری از خواست‌ها و مطالبات عمومی در زمینه تأمین امنیت و با استناد به تفسیرهای غیرعلمی از خواست و انتظار عمومی، در صدد سرپوش گذاشتن بر ضعف سیاست‌گذاری کیفری است.

در جریان فرافکنی نسبت به علل وقوع جرایم، تأثیرگذاری رسانه‌ها در شکل‌گیری افکار عمومی و تأثیر آن بر عواطف و احساسات عمومی و بازنمایی توأم با بزرگنمایی انواع خاصی از جرایم با استفاده از جنجال‌های ژورنالیستی، بسترهاي حمایت از پاسخ‌های احساسی و عامه‌پسند به پدیده‌های مجرمانه را فراهم ساخته است. در این شرایط، سیاست‌های مقطعي مبتنی بر امنیت ظاهری و نمایش اقتدار تصنیع نهادهای رسمی، بر تدابیر درازمدت پیشگیرانه مبتنی بر مشارکت جامعه محلی پیشی می‌گیرد.

در این سیاست کیفری تمرکز ویژه بر مقوله «امنیت» است و موجب سخت‌گیری نسبت به متهمان و قربانی شدن آنان می‌شود. رویکردی که به عنوان یک راه میان‌بر، برای اثبات و مقابله با این جرایم، ثمرة دیگری را نیز برای جوامع به ارمغان آورده و آن خارج کردن دستاوردها و آموزه‌های جرم‌شناختی از محتوا و هدف اصلی آن و به خدمت درآوردن این آوردها در جهت سیاست دولتها، مهار و خنثی کردن مجرم و سخت‌گیری کیفری است. استفاده از شگردهای مبتنی بر فرافکنی در تحلیل علل ناکامی سیاست‌های کنترل جرم، توسعه گفتمان دشمن‌انگاری متهمان و مجرمان، که آنان را عامل اصلی تحقیق نیافتن امنیت و ناقص منافع اکثریت شهروندان می‌دانند، از ویژگی‌های سیاست کیفری امنیت‌مدار

است. نتیجهٔ تسلط این رویکرد بر سیاست کنترل جرم، تعییر شکل مبارزه با جرم است؛ به این صورت که مبارزه با آن از گذر سیاست‌های موسوم به «جنگ با جرم» دنبال می‌شود. در این شیوه از مبارزه، مجرم دشمن محسوب می‌شود؛ حال آنکه مجرم دشمن نیست، بلکه شهروندی است که صرفاً راه خطابی رفته است و نباید با او به مثابه بیگانه و دشمن برخورد شود.

گفتمان عوام‌گرایی در سیاست کیفری از بسترها را رویکردهای سخت‌گیرانه در مقابله با بزهکاری و قربانی‌سازی افراد است. اقدامات نمایشی و احساسی و به دور از مبانی صحیح نظری در مبارزه با جرم، نبود ارتباط علت و معلولی میان اقدام‌ها و نتایج مورد انتظار و فقدان تأثیرگذاری این تدابیر بر تضعیف یا خنثی کردن متغیرهای جرم موجب می‌شود که این واکنش‌ها با وجود وعده‌های آرمانی، در درازمدت قادر به پاسخ‌گویی به ادعاهای خود مبنی بر تأمین امنیت مورد انتظار مردم نباشند.

زمانی که پدیدهٔ جرم، مفهومی ذهنی و نه عینی، مفهومی سیاسی و نه حقوقی به خود می‌گیرد، دیگر نمی‌توان نمایشی متناسب و متوازن و قابل پیش‌بینی از واکنش اجتماعی در برابر جرم انتظار داشت. سیاست‌گذاری کیفری مبتنی بر ضرورت حفظ قدرت سیاسی منجر به پدیدهٔ ابزارگرایی کیفری می‌شود که جرم، مجازات و تمامی رفتارهای مقامات نظام عدالت کیفری در جهت خواست و منفعت مقامات سیاسی به کار گرفته و انجام می‌شود. در نظام عدالت کیفری ایران، رد پای مبانی نظریهٔ قوچ قربانی به‌ویژه عوام‌گرایی و امنیت‌گرایی را در رفتار قانون‌گذار در تصویب قوانین ماهوی و شکلی و هم در رفتار مقامات قضایی و انتظامی مشاهده می‌کنیم. نتیجهٔ این رویکردها، واکنش‌ها و دادرسی‌های شتاب‌زده و غیرعلمی است که در درازمدت اثر لازم را در پیشگیری از تکرار جرم ندارد و به نقض حقوق و آزادی‌های افراد، به‌ویژه متهم، منجر می‌شود. این درحالی است که امروزه اصل احترام به حقوق و آزادی‌های اساسی بشر در زمرة قواعد آمره از نظر حقوق بین‌الملل به‌شمار می‌رond؛ حقوقی که حتی در راستای تأمین امنیت نبایستی نادیده گرفته شوند و نیز مورد تأکید اسناد بین‌المللی مانند اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر مصوب ۱۹۴۸ و کنوانسیون اروپایی حقوق بشر قرار گرفته‌اند.

آنگاه که اتخاذ سیاست کیفری خشن و سزاگرایانه به دلیل بی‌توجهی به بسترهای اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و فرهنگی و بی‌تفاوتی نسبت به ساختارهای جرمزا در جامعه نمی‌تواند تأثیر آنچنانی در کاهش جرم داشته باشد، حاکمیت که در انجام وظایف خود توفیق چندانی به دست نیاورده است، عدم موفقیت خود را به افراد و گروههایی نسبت می‌دهد که به هر شکل با سیاست‌ها و رویه‌های جاری مخالف‌اند؛ به‌طوری که نخبگان و دانشمندان علوم اجتماعی نیز از این هجمه‌ها بـ نصیب نمی‌مانند و ادبیات تهاجمی علیه کارشناسان و نخبگان مخالف با واکنش‌های مقطعی و غیرعلمی توسعه می‌یابد، و این در حالی است که موفقیت سیاست‌گذاران کیفری در واکنش علیه پدیده بـ زهکاری و کنترل جرم، مستلزم توجه لازم به آرا و نظریات علمی حقوق و سایر اندیشمندان علوم اجتماعی و بهره‌برداری لازم از آنها است.

زمانی که نظام عدالت کیفری تور مجازات را بر مجموعه‌ای از رفتارهای شهروندان بیندازد، جامعه با چنان جمعیت کیفری مواجه می‌شود که امکان اصلاح و درمان آنها سلب می‌گردد؛ بنابراین، سیاست جنایی سالم ایجاد می‌کند که از بـ زهکار به عنوان وسیله‌ای برای رسیدن به اهدافی نظیر حفظ نظم و امنیت استفاده نشود، چراکه در این شرایط گاه کرامت انسانی رنگ می‌باشد و موجب برخورد ابزاری با افراد می‌گردد. با وجود این، گفتمان سیاست جنایی ایران در حوزه مبارزه با بـ زهکاری دارای رویکردی کاملاً امنیت‌گرا بوده، فرصلت اعمال محدودیت‌های گسترشده را برای دولت فراهم می‌نماید. به این ترتیب، به‌نظر می‌رسد که کارنامه سیاست جنایی ایران در مراحل مختلف فرایند کیفری در زمینه تأمین امنیت، مبارزه با علل بـ زهکاری و پیشگیری از ارتکاب جرم باید مورد بازنگری قرار گیرد. بدیهی است چنانچه با استفاده از یافته‌های علمی و بررسی بسترهای اجتماعی به بررسی علل وقوع جرم پرداخته شود، راهکار پیشنهادی در زمینه مقابله با جرم و کاهش آسیب‌های ناشی از آن با اتخاذ همیشگی رویکردهای سزاگرایانه قضایی و پلیسی متفاوت خواهد بود. در این راستا دولت می‌بایست با احیای جنبه‌های انسانی- اجتماعی بـ زهکاران، نوع نگاه خود را به سیاست‌های کیفری سخت‌گیرانه، طرد و ناتوان‌سازی بـ زهکاران و به‌طور کلی قربانی نمودن آنان به بهانه تأمین نظم و امنیت را کنار گذاشته، بر تدبیر درمانی- اصلاحی بـ زهکاران و اقدامات پیشگیرانه اجتماعی سرمایه‌گذاری نماید.



## منابع و مأخذ

### - کتاب‌ها

۱. پاکنها، امیر، **سیاست جنایی ریسک‌مدار**، (تهران: نشر میزان، ج ۱، ۱۳۸۸).
۲. تاجیک، محمدرضا، **جامعه امن در گفتمان خاتمی**، (تهران: نشر نی، ج ۱، ۱۳۷۹).
۳. جعفری، مجتبی، **جامعه‌شناسی حقوق کیفری؛ رویکرد انتقادی به حقوق کیفری**، (تهران: نشر میزان، ج ۱، ۱۳۹۲).
۴. خالقی، علی، **آنین دادرسی کیفری**، (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهردانش، ۱۳۹۵).
۵. دلماس مارتی، میری، «پارادایم جنگ علیه جرم؛ مشروع ساختن امر غیرانسانی»، مترجم: روح‌الدین کرد علیوند، **تازه‌های علوم جنایی** (مجموعه مقاله)، زیر نظر: علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ج ۱، ۱۳۸۸).
۶. ژان، پرادل، **اندیشه‌های کیفری**، مترجم: علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، (تهران: انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۳).
۷. طاهری، سمانه، **سیاست کیفری سخت‌گیرانه**، (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲).
۸. غلامی، حسین و همکاران، **اصل حداقل بودن حقوق جزا**، (تهران، نشر میزان، ۱۳۹۳).
۹. کی‌نیا، مهدی، **مبانی جرم‌شناسی**، (تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ج ۹، ۱۳۸۸).
۱۰. میشل بست، ژان، **جامعه‌شناسی جنایت**، مترجم: فریدون وحیدا، (مشهد مقدس: آستان قدس رضوی، بنیاد پژوهش‌های اسلامی، ۱۳۷۷).
۱۱. نوبهار، رحیم، **حمایت حقوق کیفری از حوزه‌های عمومی و خصوصی**، (تهران: انتشارات جنگل، ج ۱، ۱۳۸۷).

### - مقالات

۱۲. پرستش، رضا، و خسروی دانش، سحر، «**مطالعه رعایت قواعد ماهوی اصول دادرسی منصفانه در مقررات نظام‌های حرفه‌ای ایران**»، **نشریه علمی مطالعات حقوق تطبیقی معاصر (فقه و حقوق اسلامی سابق)**، سال دهم، شماره نوزدهم، پاییز و زمستان ۹۸ صفحات ۵۱-۷۶.

۱۳. حبیب‌زاده محمد جعفر؛ نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین؛ کلانتری، کیومرث، «تورم کیفری، عوامل و پیامدها»، *مجله مدرس علوم انسانی*، دوره ۵، ش ۴ (۱۳۸۰).
۱۴. خیری، حسن، «بررسی جامعه‌شناسنخی قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر»، *مجله بررسی مسائل اجتماعی ایران*، دوره ۶، ش ۲، پاییز و زمستان (۱۳۹۴).
۱۵. داوری، اسدالله، «حق برخورداری از دادرسی منصفانه»، *نشریه حقوق اساسی*، سال دوم، ش ۲ (۱۳۸۳).
۱۶. ساداتی، سید محمد جواد و نوبهار، رحیم، «تأملی در زمینه‌های شکل گیری سیاست کیفری سختگیرانه در دهه‌ی نخست انقلاب اسلامی ایران»، *نشریه مطالعات حقوق تطبیقی معاصر (فقه و حقوق اسلامی سابق)*، سال نهم، شماره هفدهم، پاییز و زمستان ۹۷، صفحات ۱۵۷-۱۸۳.
۱۷. سبزه‌ای، محمد تقی، «جامعه‌مدنی به مثابه قرارداد اجتماعی: تحلیل مقایسه‌ای اندیشه‌های هابز، لاک و روسو»، *مجله پژوهش حقوق و سیاست*، سال نهم، ش ۲۲، بهار و تابستان (۱۳۸۶).
۱۸. شیدائیان، مهدی و شیدائیان، زینب، «رویکرد قانون آینین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ به جرائم منافی عفت»، *مجله حقوقی دادگستری*، ش ۱۰۱ (۱۳۹۷).
۱۹. صدر توحیدخانه، محمد، «حقوق در چنبره دشمن»، *تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقاله)*، زیر نظر علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۸).
۲۰. گلدوست جویباری، رجب و ابراهیمی‌منش، مهران، «حق برخورداری مظنونان و متهمان از وکیل دفاع متنخب؛ تطبیق با استاد حقوق بشری»، *نشریه پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی*، ش ۶، پاییز و زمستان (۱۳۹۴).
۲۱. مقدسی، محمدمیاقد و فرجیه، محمد، «ویژگی‌های سیاست‌های کیفری عوام‌گرا با مطالعه تطبیقی»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، ش ۲، پاییز و زمستان (۱۳۹۲).
۲۲. نایی، هوشنگ؛ معیدفر، سعید؛ سراج‌زاده، سید‌حسین؛ فیضی، ایرج، «تئوری آنومی دورکیم و مرتن؛ شباهتها، تفاوتها و شیوه‌های اندازه‌گیری»، دوره ۱۷، ش ۶۶ (۱۳۹۶).
۲۳. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، «کیفرشناسی نو- جرم‌شناسی نو (درآمدی بر سیاست جنایی مدیریتی خط‌مدار)»، *تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقاله)*، (تهران: میزان، ۱۳۸۸).



۲۴. نوبهار، رحیم و صیقل، یزدان، «ویژگی‌ها و راهبردهای کیفرشناسی ریسک‌مدار»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتاد و یکم، ش ۱۰۰ (۱۳۹۵).

#### - رساله‌ها و پایان‌نامه‌ها

۲۵. آتشی، المیرا، مهلت معقول در فرایند کیفری، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تربیت مدرس، (۱۳۹۲).

۲۶. خزائی، علی، نقش و تأثیر افکار عمومی بر سیاست جنایی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، (۱۳۹۲).

۲۷. مقدسی، محمدباقر، عوام‌گرایی کیفری و جلوه‌های آن در سیاست کیفری ایران، رساله دکتری تخصصی حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه تربیت مدرس، (۱۳۹۰).

#### (ب) انگلیسی

28. Amnesty international, *Fair Trial manual*, Second edition, U K, Amnesty international publications. (Amnesty international, 2014).
29. Arie Freiberg, Karen Gelb, *Penal Populism, Sentencing Councils and Sentencing Policy*, 1st Edition Willan Published, 2008.
30. Ashworth, Andrew (1992), *Principles of Criminal Law*, Oxford University Press (Ashworth, 1992: 55)
31. Blad, John, *Against Penal Instrumentalism*; URL: www.iirp.edu/pdf/nl03\_blad.pdf, 2003.
32. Garland, D., “*Introduction: The meaning of mass imprisonment*”, in Garland, D. (Eds.), Mass imprisonment: Social causes and consequences, London, Sage Publication, 2001.
33. Husak, Douglas, *Criminal Law Theory; in The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*; Blackwell Publishing, 2005.
34. Jewkes, Y., “*Media representations of criminal justice*”, in Muncie, J., & Wilson, D. (Eds.), Student handbook of criminal justice and criminology, Great Britain, Cavendish Publishing, 2004.

35. Pratt, J., “*Penal populism and the contemporary role of punishment*”, in Anthony, T., & Cunneen, C. (Eds.), *The critical criminology companion*, Australia, Hawkins Press, 2008
36. Pratt, John; Clark, Marie, “*Penal populism in New Zealand*”. *Punishment and Society*. 7 (3): 303–322. doi:10.1177/1462474505053831, 2005.
37. Wood, William R, *Punitive Populism*, <https://doi.org/10.1002/9781118517390.wbetc140>, 2014.



---

## **Pathology of Iranian Criminal Policy in Light of the Ram Victim Theory**

*Mehdi Aghajani<sup>1</sup>*

*Seyed Mahmoud Mirkhalili<sup>2</sup>*

*Ahmad Haji Dehabadi<sup>3</sup>*

### **Abstract**

The projection of the government into accepting the causes of policy failure and blaming the accused is the most important feature of the ram victim theory. The inability of the government to provide security and the consequent increase in crime rates cause people to distrust the criminal justice authorities and crime control institutions. Criminal populism is one of the foundations of this theory and the approach according to which policymakers and those involved in the criminal justice system try to gain public support and legitimacy only by intensifying punishment to control crimes, regardless of scientific findings and criteria of effectiveness and efficiency. The pattern of security in criminal law is another cornerstone of the ram victim theory in which criminals who are often the victims of unfavorable social conditions around them are once again the victims of the regime's misguided criminal policies. The present study explains the concept and principles of the ram victim theory and evaluates Iran's criminal policy. The results of the research show that Iranian criminal policymakers, both in the legislative and judicial sectors, to a large extent adhere to the ideas and procedures arising from security-oriented criminal policy and the discourse of criminal populism. In this regard, it is necessary for the Iranian criminal policy authorities to identify the real causes of crime by following a positive example and adhering to scientific principles and foundations, and to prepare more effective legal and judicial paths and structures in order to control crime and a fair criminal process.

**Keywords:** Theory of the victim ram, Criminal populism, Iranian criminal policy, Security-oriented criminal law.

---

1. PhD Student in Criminal Law and Criminology, Islamic Azad University, Qom Branch, Iran  
[aghajani.mahdi@gmail.com](mailto:aghajani.mahdi@gmail.com)

2. Associate Professor, University of Tehran, Farabi Campus, Qom, Iran (Corresponding Author)  
[mirkhalili@ut.ac.ir](mailto:mirkhalili@ut.ac.ir)

3. Associate Professor, University of Tehran, Farabi Campus, Qom, Iran  
[adehabadi@ut.ac.ir](mailto:adehabadi@ut.ac.ir)

## **Challenges of Executive Support for Settlement Agreements Reflected in Arbitration Award with a Comparative Study of the Singapore Convention 2019**

*Reza Maboudi Neyshabouri<sup>1</sup>*

*Seyed Alireza Rezaei<sup>2</sup>*

### **Abstract**

Due to its reliance on parties' agreement and the fact that its outcome is satisfactory to all the disputing parties, mediation is considered as a special way of dispute resolution. The United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation 2019 (Singapore Convention) was drafted by the United Nations to promote the mediation and to overcome the lack of compulsory enforceability of settlement agreements. In some cases, the Settlement Agreement resulting from the mediation process is reflected in the arbitration award, and the governing legal system is questionable due to the interference of arbitration and mediation as two independent dispute resolution methods. In order to remove this doubt, the provisions of the New York and Singapore Conventions, as international treaties on the implementation of the Settlement Agreement and arbitral award, as well as the provisions of the Iranian legal system, should be examined and comparatively studied. In Paragraph 3 of Article 1 of the Singapore Convention, settlement agreements which have been recorded as arbitral awards and are enforceable shall be excluded from the scope of application of the said Convention. There are several legal ambiguities regarding this regulation. Has the purpose of this regulation been achieved to eliminate the overlap of the Singapore and New York conventions? What does the Convention mean by a "recorded" and "enforceable" award? Can an arbitration award containing a settlement agreement be regarded as an "award" in the exact concept? And in what circumstances the arbitration award containing the settlement agreement can be regarded out of the scope of both Singapore and New York Conventions? The current article

---

1. Assistant Professor Ferdowsi University of Mashhad, Iran (Corresponding Author)  
[maboudi@um.ac.ir](mailto:maboudi@um.ac.ir)

2. PhD Student in Private Law, Ferdowsi University of Mashhad, Iran  
[alirezarezaee4771@mail.um.ac.ir](mailto:alirezarezaee4771@mail.um.ac.ir)



has analyzed the above questions and concludes that the wording of the Singapore Convention, in addition to causing legal ambiguities, has made some arbitration awards containing settlement agreements out of both conventions' support. Until the text of the Singapore Convention is probably amended in this regard, the article suggests that arbitrators and disputants' attorneys should try to ensure that at least the provisions of the New York Convention are applicable to settlement agreements reflected in the arbitration awards, albeit the Singapore Convention has now completely blocked any support for the settlement agreements.

**Keywords:** Settlement Agreements Resulting from Mediation, New York Convention, Compulsory Enforceability of Arbitral Award.

## The Art of Procedure by Application of Adversary Principle

(**Judgment No. 1137 of 22 Oct. 2020 Supreme Court of France**)

*Hassan Mohseni*<sup>1</sup>

### **Abstract**

Whether in Facts which have traditionally been dominated by the parties, or in Probative or Evidence matter which, in the fullest sense of the word, with the role granted to the active judge, have been shared between the parties on the one hand and the judge on the other and in the matter of Law which is still traditionally within the jurisdiction of the court, the judge must observe the principle of adversarial, both in relation to the parties and to himself. In French Law there is a sharp distinction between Facts, Laws and the Proof and when a judge decides to recourse one of them without application of parties, he should observe the principle of adversary. We can accept this approach in Iranian Law. The benefit of this is so much. Protecting the private interests of the parties in civil proceedings and maintaining a safe distance from them and being in way of impartiality and respecting the rights of litigants and finally avoiding weak and non-defendable judgments are the benefits of implementing this principle.

**Keywords:** Adversary Principle, Matter of Law, Facts, Evidence.

---

1. Associate Professor, University of Tehran, Iran

[hmohtasem@ut.ac.ir](mailto:hmohtasem@ut.ac.ir)



---

---

## **Critique and Examination on the Requirements and Consequences of the Act of Nationality of Children from Marriage between Iranian Women and Foreign Men 2019**

*Seyedeh Fatemeh Mahdipour<sup>1</sup>*

*Mahin Sobhani<sup>2</sup>*

*Reza Maghsoudi Pashaki<sup>3</sup>*

### **Abstract**

Discrimination between maternal and paternal descent in the naturalization for children has given rise to difficulties for children from marriage between Iranian women and foreign men in Iran legal system. Article 976 (2) has been limited to paternal descent and the text of paragraph 4 of this Article has been codified ambiguously. These factors raise a question on whether the children from marriage between Iranian women and foreign men are able to acquire Iranian nationality or have been regarded as Iranian nationalities since their birth. 2006 Act had been passed to solve this problem, but it could not achieve the goals successfully; then it was replaced by the 2019 Act. This descriptive-analytical review shows that although the 2019 Act is simplifying the naturalization for them, these children are deprived Iranian original nationality under the Article 976(4). According to this Act, it is required not to have security problems to naturalize these children. Furthermore, according to this Act, canonical marriage between parents is enough to deserve these children to have the benefit of this Act. So, the future of legal and formal requirements for legal marriage between Iranian women and foreign men is left unclear while the regulations 2020 have limited it to canonical marriage before the implementation of the Act. According to paragraph 2 of 2019 Act, stateless people who were born in Iran from parents at least one of whom was born in Iran deserve naturalization.

**Keywords:** Acquired Nationality, Jus Sanguinis, Maternal Descent, Paternal Descent, Original Nationality.

---

1. Master of Private Law, University of Guilan, Iran                    [s.fatemeh.mahdipour@gmail.com](mailto:s.fatemeh.mahdipour@gmail.com)

2. Assistant Professor, University of Guilan, Iran (Corresponding Author)

[m\\_sobhani@guilan.ac.ir](mailto:m_sobhani@guilan.ac.ir)

3 . Associate Professor, University of Guilan, Iran

[rmaghsoody@guilan.ac.ir](mailto:rmaghsoody@guilan.ac.ir)

## **A Sociological Reflection on the Transition from a “Powerful Religious Ruler” to a “Bureaucratic Judge” in Post-Revolutionary Iran**

*Abdolreza Javan Jafari Bojnord<sup>1</sup>*

*Mohsen Nourpour<sup>2</sup>*

*Seyed Mohammad Javad Sadati<sup>3</sup>*

### **Abstract**

In criminal law studies in Iran, changes of the penal symbols and institutions are often considered as technical changes and the results of developments of Criminological-Penological studies. This is one point of view about developments of penal system. But there are other points of views. These points of views insist on systematic thinking about punishment and the deep relation between punishment and other social subsystems. In these points of views, punishment is defined within social structure and its relation with other social subsystems. According to this, changes of penal subsystem are because of changes of other social subsystems. Based on this framework of perception, we can talk about an important penal change in Iran: transition from powerful religious judge to the unauthorized judge. This important change was a sign of deeper changes in the social system and especially power structure in Iran. This research tries to analyze reasons of this penal changes based on sociology of punishment.

**Keywords:** Powerful religious judge, Bureaucratic judge, Power struggle discourse, Structural changes, Bureaucratic system.

---

1. Associate Professor Ferdowsi University of Mashhad, Iran      javan-j@um.ac.ir

2. PhD in Criminal Law and Criminology, Ferdowsi University of Mashhad, Iran  
[nourpour.mohsen@yahoo.com](mailto:nourpour.mohsen@yahoo.com)

3. Assistant Professor Ferdowsi University of Mashhad, Iran (Corresponding Author)  
[javadsadati66@gmail.com](mailto:javadsadati66@gmail.com)

---

---

## The Challenges and Solutions to Rescheduling Bank Loans Repayment Defaults:

### A Critique on Law Related to the Rescheduling

*Mahmoud Bagheri*<sup>1</sup>

*Ghazaleh Sahranovard*<sup>2</sup>

#### Abstract

According to financial and monetary theories, the main role of banks in the economy is intermediation, which means collecting deposits and using them in useful investments. In this regard, the banking system faces risks from the point of view of repayment on time, which must be organized with appropriate measures. It is necessary to design appropriate methods to reschedule bank loans repayment defaults, so that while eliminating the suspicion of usury in the exchange contracts, a single procedure applies to reschedule partnership agreement in the banking system. Therefore, the author of this article wants to answer this main question: Is it legal to reschedule bank loans repayment defaults in exchange for interest? The main hypothesis that can be proven in this paper is that according to the Islamic banking system, it seems that the analysis of methods of rescheduling bank loans repayment defaults should be studied separately in exchange and partnership contracts, and the "Law Related to the Rescheduling" needs to be reformed. This thesis is based on library and field methods and relies on a comparative study. The contents of these explanations would be presented in two sections: "Introduction" and "rescheduling bank loans repayment defaults".

**Keywords:** Rescheduling, Interest, Bank loans, Usury prohibition regulations, Exchange and partnership contracts.

---

1. Associate Professor, University of Tehran, Iran                                  mahbagheri@ut.ac.ir

2. Master of Private Law, University of Tehran, Iran (Corresponding Author)  
Gh.sahranovard@ut.ac.ir

---

---

## **Reflection of Jurisprudence in the Criminal Codes of Shafi'i Countries**

### **A Case Study of Indonesia, Brunei, Malaysia and Yemen**

*Rohollah Akrami*<sup>1</sup>

#### **Abstract**

One of the important issues regarding the penal system of Muslim countries goes back to the issue of what is the position of Islamic jurisprudence in them and what approach the legislators have taken towards this issue. In order to explain this issue in the present article in the form of a case study and descriptive analytical method, the criminal systems and regulations of four countries (Indonesia, Brunei, Malaysia and Yemen) with a predominantly Shafi'i population have been studied. While the history of criminal regulations in these countries shows that they have long been inspired by foreign origins, they have gradually joined the Islamization movement in the criminal realm, although in this regard Some sharia laws are enacted at the national level and some at the regional level. In addition, in some of these countries, the laws are more inclusive of sharia crimes and punishments than in others. However, in the countries under study, the legislation is based on Shafi'i jurisprudence, although in some cases they have deviated to the positions of other Sunni schools.

**Keywords:** Southeast Asian countries law, Islamic criminal law, Criminal jurisprudence, Shafi'i jurisprudence, Sharia legislation.

---

1. Associate Professor, Qom University, Iran

[r.akrami@qom.ac.ir](mailto:r.akrami@qom.ac.ir)



---

## **Heterogeneous Penal Policy of the Islamic Penal Code in Punishment Adjustment**

*Mostafa Afshinpour<sup>1</sup>*

*Mehdi Naghavi<sup>2</sup>*

### **Abstract**

In any legal system, an efficient criminal policy is a coherent and coherent policy. Observing any dispersion in the design of subjects by the legislature indicates his ignorance of the fundamentals and weaknesses in expression. By considering the relevant regulations, it can be seen that the Islamic Penal Code of 2013 has a kind of legislative disadvantage in the institutions that regulate punishment - a subject that can be called heterogeneous criminal policy. If the legislature acknowledges the adoption of a criminal policy based on decriminalization, decriminalization or reduction of the prison criminal population by establishing some penal bodies and pursues some issues of criminality in parallel with legislative measures, it is in fact caught up in the conflict in criminal policy. The passage of the Ta'zir Prison Penalty Reduction Act passed in 2020, after just seven years of the passage of the Islamic Penal Code passed in 2013, reflects the same turmoil in Iran's legislative criminal policy. After reviewing the regulatory bodies of penalties, this article shows that the legislature has not been successful in adopting a similar criminal policy. In some penal-moderating institutions, it has adopted an approach based on avoidance of punishment and incarceration, and has developed punishment on the basis of minimal tolerance and maximum punishment. Finally, the formation of the indigenous model of the Council of Penal Guidelines in the rights of the Commons is proposed as a solution out of this asymmetric situation.

**Keywords:** Criminal Policy, Punishment Adjustment, Punishment Guidelines Council, Welfare Moderating Institutions, Persecuting Moderating Institutions.

---

1. phd student in criminal law and criminology, Isfahan (Khorasan) Branch, Islamic Azad University, Iran.  
[mostafaafshinp65@yahoo.com](mailto:mostafaafshinp65@yahoo.com)

2. Assistant Professor Islamic Azad University, Isfahan Branch (Khorasan), Iran (Corresponding Author)  
[Dr-naghavi@yahoo.com](mailto:Dr-naghavi@yahoo.com)



---

*Table of Contents*

---

1. Heterogeneous Penal Policy of the Islamic Penal Code in Punishment Adjustment <b>Mostafa Afshinpour; Mehdi Naghavi</b> .....	1-28
2. Reflection of Jurisprudence in the Criminal Codes of Shafi'i Countries Case Study of Indonesia, Brunei, Malaysia and Yemen <b>Rohollah Akrami</b> .....	29-53
3. The Challenges and Solutions to Rescheduling Bank Loans Repayment Defaults: A Critique on Law Related to the Rescheduling <b>Mahmoud Bagheri; Ghazaleh Sahranovard</b> .....	55-82
4. A Sociological Reflection on the Transition from a "Powerful Religious Ruler" to a "Bureaucratic Judge" in Post-Revolutionary Iran <b>Abdolreza Javan Jafari Bojnord; Mohsen Nourpour; Seyed Mohammad Javad Sadati</b> .....	83-109
5. Critique and Examination on the Requirements and Consequences of the Act of Nationality of Children from Marriage between Iranian Women and Foreign Men 2019 <b>Seyedeh Fatemeh Mahdipour; Mahin Sobhani; Reza Maghsoudi Pashaki;</b> .....	111-134
6. The Art of Procedure by Application of Adversary Principle (Judgment No. 1137 of 22 Oct. 2020 Supreme Court of France) <b>Hassan Mohseni</b> .....	135-153
7. Challenges of Executive Support for Settlement Agreements Reflected in Arbitration Award with a Comparative Study of the Singapore Convention 2019 <b>Reza Maboudi Neyshabouri; Seyed Alireza Rezaei</b> .....	155-184
8. Pathology of Iranian Criminal Policy in the Light of the Ram Victim Theory <b>Seyed Mahmoud Mirkhalili; Mehdi Aghajani; Ahmad Haji Dehabadi</b> .....	185-210
Abstracts .....	211-219



*Journal of*  
**Contemporary Comparative Legal Studies**

(Former Jurisprudence and Islamic Law)

University of Tabriz

Director: R. Sokuti Nasimi

Editor-in-Chief: E. Shoarian Sattari

---

**Editorial Board**

Hamid Abhari	Professor of Mazandaran University
Mohammad Ali Ardebili	Professor, Shahid Beheshti University
Heydar Bagheriasl	Professor, University of Tabriz
Mohammad Reza Pasban	Associate Professor, Allameh Tabataba'i University
Mansour Jabbrai University	Associate Professor of Allameh Tabatabai
Saeed Habiba	Professor, University of Tehran
Mohammad Jafar Habibzadeh	Professor of Tarbiat Modares University
Abolfath Khaleghi	Associate Professor, Qom University
Mehrab Darabpour	Professor, Shahid Beheshti University
Aahmad Deilami	Associate Professor, Qom University
Mohammad Rasekh	Professor, Shahid Beheshti University
Ismail Rahiminejad	Associate Professor, University of Tabriz
Reza Sokuti Nasimi	Professor, University of Tabriz
Ebrahim Shoarian Sattari	Professor, University of Tabriz
Morteza Shahbazinia	Associate Professor, Tarbiat Modares University
Bijan Abbasi	Associate Professor, University of Tehran
Seyyed Mohammad Taghi Alavi	Professor, University of Tabriz
Hossein Fakhr	Associate Professor, University of Tabriz
Hassan Mohseni	Associate Professor, University of Tehran
Mohammad Reza Mojtehedi	Professor, University of Tabriz
Pejman Mohammadi	Professor of Shahid Chamran University of Ahvaz
Sam Mohammadi	Professor of Mazandaran University

Persian Editor: Mandana Nematnezhad  
Executive Manager: Abbas Yeganeh

English Editor: Davood Kuhi  
Typist: Shirin Zamani

**Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, 29 Bahman Blvd.,**

**Tabriz, Zip Code: 5166616471, Iran**

**E-mail: tabrizulaw@gmail.com**

**Tel: 041-33392262 Fax: 041-33356013**



University of Tabriz

*Journal of*  
***Contemporary Comparative Legal Studies***  
(Former Jurisprudence and Islamic Law)

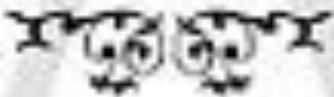
**Year. 12 - No. 23**

**Summer 2021**



# Contemporary Comparative Legal Studies

Year. 12, No. 23, Summer 2021



- Heterogeneous Penal Policy of the Islamic Penal Code in Punishment Adjustment  
**Mostafa Afshinpour; Mehdi Naghavi**
- Reflection of Jurisprudence in the Criminal Codes of Shafi'i Countries Case Study of Indonesia, Brunei, Malaysia and Yemen  
**Rohollah Akrami**
- The Challenges and Solutions to Rescheduling Bank Loans Repayment Defaults: A Critique on Law Related to the Rescheduling  
**Mahmoud Bagheri; Ghazaleh Sahranovard**
- A Sociological Reflection on the Transition from a “Powerful Religious Ruler” to a “Bureaucratic Judge” in Post-Revolutionary Iran  
**Abdolreza Javan Jafari Bojnord; Mohsen Nourpour; Seyed Mohammad Javad Sadati**
- Critique and Examination on the Requirements and Consequences of the Act of Nationality of Children from Marriage between Iranian Women and Foreign Men 2019  
**Seyedeh Fatemeh Mahdipour; Mahin Sobhani; Reza Maghsoudi Pashaki;**
- The Art of Procedure by Application of Adversary Principle (Judgment No. 1137 of 22 Oct. 2020 Supreme Court of France)  
**Hassan Mohseni**
- Challenges of Executive Support for Settlement Agreements Reflected in Arbitration Award with a Comparative Study of the Singapore Convention 2019  
**Reza Maboudi Neyshabouri; Seyed Alireza Rezaei**
- Pathology of Iranian Criminal Policy in the Light of the Ram Victim Theory  
**Seyed Mahmoud Mirkhalili; Mehdi Aghajani; Ahmad Haji Dehabadi**

Abstracts

