دانشگاه شهید بهشتی
دانشکده حقوق

تحقیقات حقوقی

شماره ۱۱۳/ بهار ۱۴۰۵

شاپا چاپی: ۰۷۷۲-۱۰۲۴ شاپا الکترونیکی: ۵۹۱۱-۳۰۶۰

فصلنامه

تحقیقات حقوقی (علمی)

- **حیوانات به‌مثابه طرف بالقوه حق، در پرتو رویکرد طبیعت‌محوری حقوق، مطالعه نظام‌های حقوقی ایران و فرانسه**
  مصطفی فضایلی، علی مشهدی، شراره ابطحی
- **جستاری بر سازمان‌های بین‌المللی نرم**
  ستار عزیزی، ابوالفضل خاکزاد بجستانی، کیان بیگلربیگی
- **نقش جهل حکمی در مسئولیت کیفری از نگاه اخلاق فضیلت**
  رحیم نوبهار، منصوره قنبریان بانوئی
- **دیوان بین‌المللی دادگستری، دیوان بین‌المللی کیفری: یکپارچگی حقوق بین‌الملل**
  سروش سیدیان هاشمی، محمدجعفر قنبری جهرمی
- **بازاندیشی در معیار بی‌طرفی و استقلال داور اختصاصی**
  مجید غمامی، سجاد قاسمی
- **استنباط قاعده نفی خشونت از ادله تفصیلی در فقه اسلامی**
  مژگان داودی، محمدرضاکیخا، عارف بشیری
- **مطالعه تطبیقی حفظ هم‌زیستی فرزندان در تعیین حضانت در حقوق فرانسه، ایالات متحده و نظام حقوقی ایران**
  حسنا حاج نجفی
- **اخذ گواهی‌های پزشکی ناظر بر وضعیت جنسی زنان با تأکید بر حق بر بدن در نظام حقوقی ایران: امکان یا امتناع؟**
  مهناز بیات کمیتکی، رامبد دومیرانی
- **ارزیابی حقوقی تأثیر کلان‌داده‌ها بر نوآوری و کارایی پویا در فرایند رقابت در بازارهای دیجیتال**
  ابراهیم رهبری، ریحانه خلیلی
- **چرایی حقوق قراردادها: نبرد ارزش‌ها در میدان اهداف و مبانی ماده ۱۰ قانون مدنی**
  عبداله رجبی
- **مطالعه‌ای بر ایفای شناور در نظام حقوق تعهدات قراردادی ایران**
  امیر کریمی، طاهر حبیب‌زاده
- **امکان سنجی کاربست حقوق رقابت در تنظیم بازار انرژی‌های فسیلی با لحاظ عوامل مختل‌کننده رقابت**
  مهدی ملائی
- **عوامل اجرایی مؤثر در افزایش جمعیت کیفری**
  محمود نوذری، سیروس ضرغامی، علیرضا سایبانی
- **حق بر تنظیم‌گری: نقطه تلاقی حاکمیت دولت با حقوق سرمایه‌گذار خارجی در داوری سرمایه‌گذاری**
  فرشاد گراوند
- **بررسی تئوری اجتماعی حقوق با تأکید بر آرای میشل فوکو**
  محمدعلی متانی، بهار گلکار اسمعیل


بسم الله الرحمن الرحيم

فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی
دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

با همکاری انجمن ایرانی حقوق تطبیقی، انجمن ایرانی حقوق جزا،
انجمن ایرانی داوری و انجمن ایرانی حقوق اداری

تحقیقات حقوقی

فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی

سـال ۴۲، شـمـاره ۱۱۳، بهار ۱۴۰۵



شاپا چاپی: ۰۷۷۲-۱۰۲۴ شاپا الکترونیکی: ۵۹۱۱-۳۰۶۰

صاحب امتیاز و ناشر: دانشگاه شهید بهشتی، دانشکدهٔ حقوق

مدیر مسئول: عباس قاسمی حامد

سردبیر: منصور امینی

مدیر داخلی: شهرزاد حدادی

دستیاران مدیر داخلی: بهاره عرب، منظر وفادار

اعضای هیات تحریریه

محمد آشوری (استاد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران)

نجادعلی الماسی (استاد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، تهران، ایران)

محمود باقری (دانشیار حقوق خصوصی و اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران)

فرانسیسکا بتیو (استاد اقتصاد، دانشگاه سیه‌نا، ایتالیا)

محمدرضا پاسبان (دانشیار حقوق خصوصی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران)

سید جمال سیفی (دانشیار حقوق بین‌الملل، دیوان داوری دعاوی ایران- ایالات متحده، لاهه، هلند)

عبداله شمس (استاد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران)

عبدالحسین شیروی خوزانی (استاد حقوق تجارت بین‌الملل، دانشگاه تهران: پردیس فارابی، قم، ایران)

عباس شیری ورنامخواستی (دانشیار حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران)

سیدحسین صفائی (استاد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، تهران، ایران)

هدایت‌اله فلسفی (استاد حقوق بین‌الملل، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران)

سیدمصطفی محقق داماد (استاد حقوق اسلامی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران)

علی‌حسین نجفی ابرندآبادی (استاد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران)

صفحه‌آرایی: مرضیه برکت

ویراستاران: بهاره عرب، الهام وحدانی‌فر

طراح جلد: مرضیه برکت

به استناد مجوز ۳/۴۷۹۶ مورخ ۱۳۸۶/۶/۱۱ کمیسیون نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، فصلنامه تحقیقات حقوقی، فصلنامه‌ای علمی شناخته شده است.

نشانی: تهران، اوین، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکدهٔ حقوق، دفتر نشریه تحقیقات حقوقی، کدپستی: ۱۹۸۳۹۶۹۴۱۱

وبگاه: https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir و پست الکترونیک: law.res.mag@gmail.com

تلفن: ۰۲۱۲۲۴۳۱۶۸۱ - تلفکس: ۰۲۱۲۲۴۳۱۷۵۹

این فصلنامه در پایگاه استنادی جهان اسلام ISC و نیز ایران ژورنال (نظام نمایه‌سازی مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری) نمایه شده است و از طریق سایت‌های www.isc.gov.ir و www.ricest.ac.ir و www.noormags.ir در دسترس جامعه علمی جهانی قرار دارد.

سـخـن سـردبیـــر

بهار آمد و سال نوی خورشیدی آغاز شد؛ درحالی‌که ایران عزیز ما آماج حملات ددمنشانه قرار گرفت و به حریم مقدس خانه دوم ما، دانشگاه شهید بهشتی، تعرض شد. اما پژوهش و فعالیت‌های علمی ما متوقف نگشت. اکنون، شماره ۱۱۳ و بهار ۱۴۰۵ فصلنامه تحقیقات حقوقی، در دسترس جامعه حقوقی کشور و نیز علاقه‌مندان به این حوزه پژوهشی است. در این شماره نیز مجموعه مقالات منتخب پس از طی فرآیندهای مختلف داوری‌های شکلی و ماهوی، ویراستاری‌های ادبی و فنی و نهایتا صفحه‌آرایی، منتشر گردید. در این راستا، از همه نویسندگان عزیز، که علی‌رغم همه دشواری‌های شرایط کنونی، با ما همراهی کردند تا مقالات این شماره مراحل آماده‌سازی را طی کند و تقدیم جامعه مخاطبان گردد، صمیمانه سپاسگزاریم.

در این بازه زمانی فصلنامه تحقیقات حقوقی توانست در ارزیابی سال ۱۴۰۳ موسسه استنادی و پایش علم و فناوری جهان اسلام (ISC) با سه پله ارتقا به چارک دوم (Q2) ارتقا یابد. همچنین شاخص اثرگذاری این نشریه در یک سیر صعودی، روند روبه‌رشدی را تجربه می‌کند. تیم فصلنامه تحقیقات حقوقی تلاش دارد تا با بهبود عملکرد خود و بالابردن شاخصه‌های کیفی، ضمن ارائه محتوای حقوقی مناسب برای جامعه مخاطبان گرانمایه، جایگاه این فصلنامه را به چارک اول (Q1) برساند. در این مسیر، ما همچنان نیازمند همراهی و همکاری نویسندگان گرامی در رعایت شیوه‌نامه شکلی و حفظ شاخصه‌های کیفی علمی و پژوهشی در مقالات هستیم و همچنان متواضعانه از داوران بزرگواری که با سعه‌صدر و نهایت امانت‌داری، فصلنامه و نویسندگان را از نقطه نظرات ارزشمند و عالمانه خود بهره‌مند می‌سازند، یاری می‌طلبیم تا با همراهی یکدیگر در راه توسعه ادبیات حقوقی کشورمان، گام برداریم.

اولین مقاله از شماره ۱۱۳ این فصلنامه به عنوان «*حیوانات به‌مثابه طرف بالقوه حق، در پرتو رویکرد طبیعت‌محوری حقوق، مطالعه نظام‌های حقوقی ایران و فرانسه*» اختصاص یافته‌است. این مقاله به تحقیق در حوزه حقوق حیوانات می‌پردازد و از رهگذر دو رویکرد اصلی و بنیادین «بهره‌گرا» و «حق‌محور» تحول تاریخی حقوق حیوانات را مطالعه می‌کند. این پژوهش بر این فرضیه مبتنی است که تضمین حق بر محیط زیست متعادل و سالم، نیازمند حرکت به سمت تفکر جامعی است که انسان را در کنار محیط زیست می‌بینند. درنتیجه محققان علاقه‌مند به این حوزه می‌توانند با مطالعه این مقاله، از دریچه نگاه نویسندگان، به تحلیل‌های نوین این عرصه از حقوق دست یابند. همچنین این شماره از فصلنامه تحقیقات حقوقی، مقالاتی با موضوعات متنوع را پوشش می‌دهد. ازجمله در حوزه‌های حقوق بین‌الملل، حقوق و اخلاق، حقوق داوری، حقوق اسلامی، حقوق زنان، حقوق خانواده، حقوق رقابت، حقوق انرژی، حقوق جزا و جرم‌شناسی، حقوق قراردادها و حقوق عمومی مقالاتی از نویسندگان مبرز و برجسته انتخاب شدند تا محتوای مناسب برای مخاطبانی با حوزه‌های مطالعاتی گوناگون ارائه گردد.

همچنان از نویسندگان گرامی تقاضا داریم قبل از ثبت و ارسال مقاله به فصلنامه تحقیقات حقوقی، حتما راهنمای نویسندگان این فصلنامه را مطالعه نمایند تا از مشروح شرایط شکلی و ماهوی مقالات در این مجله مطلع گردند. این امر به کاهش مدت زمان ارزیابی و داوری مقاله کمک می‌کند و از طولانی‌شدن فرآیندهای بررسی اولیه شکلی برای ورود مقالات به داوری ماهوی، جلوگیری می‌نماید. ما تمایل داریم که فرآیندهای داوری در یک بازه زمانی متعارف و معقول طی گردد؛ اما ایرادات شکلی و ساختاری اولیه برخی مقالات، مانع تحقق این هدف می‌گردد.

ما تلاش می‌کنیم تا با انتشار به‌موقع و منظم مقالات، علی‌رغم همه دشواری‌هایی که در این مسیر وجود دارد، همچنان نقش سازنده و کارآمد یک فصلنامه علمی-پژوهشی را ایفا نماییم و در کنار شما مخاطبان و اندیشمندان گرامی، به مسئولیت اجتماعی خود در راستای توسعه ادبیات حقوقی موجود عمل کنیم. لطفا هرگونه پیشنهادات و انتقادات سازنده خود را از طریق رایانامه مجله، به نشانی law.res.mag@sbu.ac.ir با ما در میان بگذارید.

منصـور امینـی

سردبیر فصلنامه تحقیقات حقوقی

شیوه‌نامه نگارش و ارسال مقاله

الف) ضوابط کلی

۱. مجله تحقیقات حقوقی هر سه ماه یک‌بار به انتشار مقالات علمی در زمینه‌های مختلف حقوقی و مباحث مرتبط با این رشته می‌پردازد.

۲. ارسال و پیگیری مقالات صرفاً از طریق سامانه به نشانی: http://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir امکان‌پذیر است. از همین رو خواهشمند است از هرگونه ارسال نسخه کتبی مقاله به دفتر مجله یا ارسال ایمیل‌های محتوی مقاله به آدرس ایمیل مجله خودداری شود.

۳. مسئولیت صحت مطالب و منابع مندرج در مقاله به عهده نویسنده یا نویسندگان آن است.

۴. فصلنامه در پذیرش، رد و ویرایش مقالات آزاد است.

۵. دانشجویان الزاماً بایستی همراه با یکی از استادان عضو هیئت علمی مقاله ارائه نمایند.

۶. نوع داوری فصلنامه به صورت بی‌نام و حداقل سه داور می‌باشد.

ب) شرایط محتوایی

۱. مقاله می‌بایست در حوزه‌های مرتبط با موضوع فصلنامه باشد.

۲. مقاله بایستی واجد درجه علمی تلقی گردد.

۳. نوع مقالاتی که برای چاپ ارسال می‌شود باید محصول تحقیقات نویسندگان و متضمن دستاورد علمی جدید با تکیه بر نتایج عملی باشد.

۴. مقاله نمی‌بایست قبلاً در مجلات داخل کشور چاپ‌شده و یا هم‌زمان به نشریه داخلی دیگری ارسال‌شده باشد.

۵. ازآنجاکه زبان مجله فارسی است، لازم است آیین نگارش زبان فارسی کاملاً رعایت گردیده و از به کار بردن اصطلاحات خارجی که معادل دقیق و پذیرفته‌شده فارسی دارند خودداری شود.

ج) شرایط شکلی

۱. حداکثر حجم مقاله مشتمل بر کلیه‌ی صفحات اعم از عنوان، چکیده‌ها، بدنه، نتیجه‌گیری و منابع ۸۰۰۰ کلمه در قطع A4 به شرح آتی خواهد بود.

۲. فرمت دریافتی فایل مقاله Doc یا Docx خواهد بود.

راهنمای تنظیم اندازه و قلم مقالات

موضوع	اندازه	نوع فونت	موضوع	اندازه	نوع فونت
عنوان مقاله به فارسی	Bold ۱۴	B Nazanin	متن	۱۲	B Nazanin
عنوان مقاله انگلیسی	Bold ۱۴	Times New Roman	متن عربی	۱۳	M Mitra
اسامی نویسندگان فارسی	Bold ۱۰	B Nazanin	پانویس فارسی	۱۱	B Mitra
اسامی نویسندگان انگلیسی	Bold ۱۰	Times New Roman	پانویس انگلیسی	۹	Times New Roman
متن چکیده فارسی	۱۱	B Nazanin	عناوین جداول، نمودارها و شکل‌ها	۱۰	B Nazanin
متن چکیده انگلیسی	۱۱	Times New Roman	منابع فارسی	۱۲	B Nazanin
تیترهای داخل متن	Bold ۱۳	B Nazanin	منابع انگلیسی	۱۰	Times New Roman

۳. مقاله بایستی مشتمل بر قسمت‌های ذیل باشد:

- **صفحه اول: عنوان، چکیده و کلمات کلیدی فارسی**

- عنوان مقاله
- نام نویسندگان
- رتبه‌ی علمی، آدرس پست الکترونیک نویسنده مسئول مقاله، در پاورقی صفحه‌ی اول درج خواهد شد.
- چکیده‌ی فارسی مقاله می‌بایست پس از طرح مقدمه‌ای کوتاه، دستاورد اصلی مقاله را به‌اختصار بیان نماید.
- حجم چکیده حداکثر ۲۵۰ کلمه و تعداد کلید واژگان حداقل ۳ و حداکثر ۵ کلمه خواهد بود.

- **صفحه دوم: عنوان، چکیده و کلمات کلیدی به زبان انگلیسی**

- عنوان مقاله و نام نویسندگان به زبان انگلیسی می‌بایست در صفحه‌ی دوم درج گردد.
- رتبه‌ی علمی، آدرس پست الکترونیک نویسنده مسئول مقاله به زبان انگلیسی در پاورقی صفحه‌ی دوم درج خواهد شد.
- چکیده‌ی انگلیسی مقاله می‌بایست پس از طرح مقدمه‌ای کوتاه، دستاورد اصلی مقاله را به‌اختصار بیان نماید.

- حجم چکیده انگلیسی حداکثر ۲۵۰ کلمه و تعداد کلید واژگان حداقل ۳ و حداکثر ۵ کلمه خواهد بود.

- **صفحه سوم: مقدمه**

- در مقدمه می‌بایست حتی‌الامکان به بیان هدف، طرح مسئله، مورد تحقیق، ضرورت و مبانی توجیهی موضوع تحقیق پرداخته شود.

- **صفحات بعدی: بدنه مقاله**

- عناوین اصلی و فرعی و فصل‌بندی موضوعی باید حاوی نظم منطقی و با رعایت شماره‌گذاری عددی باشد؛ کلیه مطالب به استثنای مقدمه و نتیجه باید حداکثر ذیل ۵ شماره آورده شود.
- یافته‌ها و نتیجه‌گیری مندرج در پایان مقاله باید حاوی مطالب علمی و منطقی در مورد پرسش‌ها و فرضیات ارائه‌شده در مقاله باشد.
- ارجاعات در متن مقاله به ترتیب شماره‌گذاری شده و بر طبق شماره‌ای که در متن به آن داده‌شده در زیرنویس همان صفحه خواهد آمد. پاورقی‌ها در هر صفحه از شماره ۱ شروع می‌شود لازم به ذکر است سبک ارجاعات می‌بایست همانند سبک درج فهرست منابع باشد.

- **صفحه آخر: فهرست منابع**

- منابع می‌بایست به تفکیک نوع منبع (فارسی/زبان‌های خارجی و کتاب/مقاله/قوانین/منبع الکترونیک/پرونده‌ها) درج‌شده و به‌صورت اعداد متوالی شماره‌گذاری گردند.
- کلیه منابعی که به زبانی غیر از انگلیسی هستند باید به زبان انگلیسی نیز ترجمه شوند.

کتاب فارسی:

نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده (و نام خانوادگی نویسنده‌ی بعدی، نام نویسنده)، عنوان کتاب **(توپر و ایرانیک)**، نام مترجم یا مصحح، محل انتشار، نام ناشر و سال انتشار، (صفحه یا صفحات در صورت ارجاع در پانویس‌ها).

مثال: فلسفی، هدایت الله، ***حقوق بین‌الملل معاهدات***، تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۸۳، ص. ۸۳.

دو نویسنده یا بیشتر:

نام خانوادگی، نام، و نام خانوادگی نویسنده دوم به بعد. عنوان کتاب. محل نشر: انتشارات، سال انتشار، (صفحه یا صفحات در صورت ارجاع در پانویس‌ها).

مثال: دمرچیلی، محمد، علی حاتمی و محسن قرائی. قانون تجارت در نظـم حقـوقی کنـونی. ویـرایش اول. تهران: خلیج فارس، ۱۳۸۰، ص ۱۸۳.

کتاب انگلیسی:

نام خانوادگی، حرف اول نام نویسنده. عنوان کتاب (ایتالیک). شماره ویرایش. محل نشر: انتشارات، سال انتشار، (صفحه یا صفحات در صورت ارجاع در پانویس‌ها).

مثال: Pollan, M. The Omnivore's Dilemma: *A Natural History of Four Meals*. 2nd Ed. New York: Penguin, 2006.

دو نویسنده یا بیشتر:

نام خانوادگی، نام، و نام و نام خانوادگی نویسنده دوبه به بعد. عنوان کتاب. شمارگان چاپ. محل نشر: انتشارات، سال انتشار.

مثال: Ward, Geoffrey C., and Ken Burns. The War: An Intimate History, 1941–1945. First Ed. New York: Knopf, 2007.

مقاله فارسی:

نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، عنوان مقاله به‌صورت **توپر**، نام نشریه، دوره/ سال، شماره مجله، صفحات شروع تا پایان (در ارجاعات شماره صفحه‌ی ارجاعی).

مثال: صفایی، سید حسین، **نگاهی دیگر به ضابطه کفایت علم اجمالی در مورد معامله: تفسیر ماده ۲۱۶ قانون مدنی بر مبنای قاعده غرر**، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، پاییز ۹۱، شماره ۵۹، صص ۶۲-۴۱.

مقاله انگلیسی:

نام خانوادگی، حرف اول نام نویسنده. عنوان مقاله در گیومه، نام مجله (به صورت Italic) شماره مجله (سال انتشار): صفحه در صورت ارجاع در پانویس. مثال:

Joshua I, W."The Market in Plato's Republic," *Classical Philology* 104 (2009): 440.

پایان‌نامه و رساله فارسی:

نام خانوادگی، نام. عنوان. رساله/ پایان‌نامه، محل دانشگاه: نام دانشگاه، سال چاپ.

مثال: یروانیان، امیر. «سیاست‌گذاری جنایی؛ مبانی، اصـول راهبـردی و مـدل‌هـا». رسـاله دکتـرا، تهـران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰

پایان‌نامه و رساله انگلیسی:

نام خانوادگی، نام. عنوان. رساله/پایان‌نامه، نام دانشگاه، سال چاپ. مثال:

Choi, Mihwa. "Contesting Imaginaires in Death Rituals during the Northern Song Dynasty." PhD diss., University of Chicago, 2008.

منبع الکترونیک:

نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، عنوان مقاله **(توپر)**، نام مجله یا سایت، آدرس سایت قابل دسترسی، تاریخ آخرین بازدید. مثال:

Lang, Jon, **the Protection of Commercial Trade Secrets**, 25 European Intellectual property Review No 462 (October 2003), available at: http://www.nsi.org/library/espionage/asta/html(last visited on 08/03/ 2011).

به‌منظور ثبت الکترونیک مقاله، شما نیازمند دو فایل از مقاله خود هستید؛ فایل اول با مشخصات فوق تنظیم گردیده و فایل دوم فاقد نام و مشخصات نویسنده یا نویسندگان (فارسی یا انگلیسی) خواهد بود.
در هنگام ثبت مقالات دارای بیش از یک نویسنده، ارسال فایل حاوی اسکن تأییدیه سایر نویسندگان به بعد الزامی می‌باشد.

فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی
سـال ۴۲، شـمـاره ۱۱۳، بهار ۱۴۰۵

فهرست مطالب این شماره

حیوانات به‌مثابه طرف بالقوه حق، در پرتو رویکرد طبیعت‌محوری حقوق، مطالعه نظام‌های حقوقی ایران و فرانسه ۱
مصطفی فضایلی، علی مشهدی، شراره ابطحی

جستاری بر سازمان‌های بین‌المللی نرم ۲۳
ستار عزیزی، ابوالفضل خاکزاد بجستانی، کیان بیگلربیگی

نقش جهل حکمی در مسئولیت کیفری از نگاه اخلاق فضیلت ۴۷
رحیم نوبهار، منصوره قنبریان بانوئی

دیوان بین‌المللی دادگستری، دیوان بین‌المللی کیفری: یکپارچگی حقوق بین‌الملل ۶۵
سروش سیدیان هاشمی، محمدجعفر قنبری جهرمی

بازاندیشی در معیار بی‌طرفی و استقلال داور اختصاصی ۸۵
مجید غمامی، سجاد قاسمی

استنباط قاعده نفی خشونت از ادله تفصیلی در فقه اسلامی ۱۰۷
مژگان داودی، محمدرضا کیخا، عارف بشیری

مطالعه تطبیقی حفظ هم‌زیستی فرزندان در تعیین حضانت در حقوق فرانسه، ایالات متحده و نظام حقوقی ایران ۱۲۷
حسنا حاج نجفی

اخذ گواهی‌های پزشکی ناظر بر وضعیت جنسی زنان با تأکید بر حق بر بدن در نظام حقوقی ایران: امکان یا امتناع؟ ۱۴۵
مهناز بیات کمیتکی، رامبد دومیرانی

ارزیابی حقوقی تأثیر کلان‌داده‌ها بر نوآوری و کارایی پویا در فرایند رقابت در بازارهای دیجیتال ۱۶۵
ابراهیم رهبری، ریحانه خلیلی

چرایی حقوق قراردادها: نبرد ارزش‌ها در میدان اهداف و مبانی ماده ۱۰ قانون مدنی ۱۸۵
عبداله رجبی

مطالعه‌ای بر ایفای شناور در نظام حقوق تعهدات قراردادی ایران ۲۰۵
امیر کریمی، طاهر حبیب‌زاده

امکان سنجی کاربست حقوق رقابت در تنظیم بازار انرژی‌های فسیلی با لحاظ عوامل مختل‌کننده رقابت ۲۲۳
مهدی ملائی

عوامل اجرایی مؤثر در افزایش جمعیت کیفری ۲۴۷
محمود نوذری، سیروس ضرغامی، علیرضا سایبانی

حق بر تنظیم‌گری: نقطه تلاقی حاکمیت دولت با حقوق سرمایه‌گذار خارجی در داوری سرمایه‌گذاری ۲۶۷
فرشاد گراوند

بررسی تئوری اجتماعی حقوق با تأکید بر آرای میشل فوکو ۲۸۵
محمدعلی متانی، بهار گلکار اسمعیل

Legal Research, Vol 29, Issue 113, 2026: 1-22 Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Journal of Legal Research
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

Orginal Article

Animals as Potential Parties to Rights: An Examination of the Legal Systems of Iran and France from an Eco Centric Perspective

Mostafa Fazaeli[1], Ali Mashhadi[2], Sharareh Abtahi[3]

Highlights

- Animal rights have developed between two approaches—utilitarian and rights-based—with the rights-based approach emphasizing the recognition of animals as rights holders.
- Legal ecocentrism, in contrast to anthropocentrism, calls for recognizing the rights of non-human entities and protecting a healthy environment.
- This research, grounded in biodiversity discourse and the concept of legal capacity for rights, seeks to recognize non-human animals as rights-bearing individuals.

ABSTRACT

Introduction

In the face of increasing environmental and ethical crises, human societies are forced to reconsider their relationship with nature, animals, and the environment. This shift in perspective has led to the emergence of various legal and philosophical approaches to animal and environmental rights. One of the most prominent of these is ecocentrism, which challenges the traditional anthropocentric (human-centered) worldview. Unlike anthropocentrism, which values nature and animals only in terms of their utility to human beings, ecocentrism ascribes intrinsic value to the natural world, independent of human interests. This ideological transformation, which gained momentum in the 1970s under the influence of postmodern theories, has shaped the discourse in both philosophical and legal realms. Philosophers such as Peter Singer, Tom Regan, and Gary Francione have played crucial roles in critiquing human-centered legal and moral systems while advocating for the rights of animals.At the heart of this transformation is the recognition of animals as beings deserving of moral and legal consideration. This research investigates the evolution of legal frameworks and philosophical perspectives on animal and environmental rights in two countries—"France" and "Iran". These countries, despite being geographically and culturally distinct, both face critical challenges in incorporating the rights of animals and environmental protections into their legal systems. This paper explores the steps taken in these two countries towards nature-centered legal frameworks and provides a comparative analysis, highlighting both the progress made and the obstacles that remain. The primary goal of this research is to conduct a comparative analysis of the philosophical and legal developments surrounding animal and environmental rights in France and Iran. The paper aims to achieve

How to Cite: Fazaeli, Mostafa, Mashhadi, Ali, Abtahi, Sharareh, "Animals as Potential Parties to Rights: An Examination of the Legal Systems of Iran and France from an Eco Centric Perspective", Legal Research, Vol. 29, No. 113, 2026, pp: 1-22.

DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2025.232740.2562 Received: 13/08/2023-Accepted: 08/01/2025

1. Professor of Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran
2. Associate Professor, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran
3. PhD, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran
Corresponding Author Email: shararehabtahi@yahoo.com

Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

the following objectives: 1. To explore the historical development of animal rights and environmental protection laws in both countries, emphasizing the shift from anthropocentrism to ecocentrism. 2. To analyze the influence of philosophical theories, particularly those of Peter Singer, Tom Regan, and others, on the evolution of animal rights discourse. 3. To assess the progress made in recognizing animals as subjects of rights, particularly the legal personhood of animals and nature. 4. To examine the challenges faced by Iran in adopting laws for the protection of animals and the environment, especially considering its traditional legal system and cultural attitudes toward nature. 5. To identify global trends in animal and environmental rights and assess their impact on national legal systems, with a focus on countries like France, which have pioneered the integration of animal welfare into their constitutional and legal frameworks. This research also aims to provide insights into how shifting philosophical paradigms, such as posthumanism, have influenced the development of laws that recognize the rights of animals and nature. The paper further explores the implications of these legal reforms for environmental justice and ecological sustainability.

Methods

This research is primarily conducted using a”comparative” and “documentary analysis” approach. The study compares the animal rights and environmental protection laws in France and Iran by analyzing a wide range of legal texts, academic publications, and case studies. The research also investigates the philosophical foundations that underpin the legal frameworks in both countries. In France, the legal system has gradually incorporated the welfare of animals and the protection of nature into its constitutional and legislative frameworks, particularly with significant developments in the 20th and 21st centuries. In contrast, Iran's legal system has struggled to adopt similar reforms, largely due to its anthropocentric tradition and limited public discourse on animal rights. Philosophically, the paper examines the works of key thinkers in the field of animal ethics, including”Peter Singer”, who argues for the moral equality of humans and animals, and “Tom Regan”, who posits that animals have inherent value and are entitled to certain rights. The study also explores “Gary Francione's” arguments against animal exploitation and his call for the abolition of practices that treat animals as commodities. Furthermore, the research highlights the contributions of philosophers like “Aldo Leopold” and “J. Baird Callicott”, who have emphasized the intrinsic value of nature in the context of ecocentric ethics. The research also examines legal reforms in Europe, particularly the “European Union”'s efforts to integrate animal rights and environmental protections into its policies, and compares these developments with the legal landscape in Iran and France.

Results and Discussions

The findings of this research indicate significant progress in both”France” and”the European Union” regarding the recognition of animal rights and the protection of nature. France, for example, has enacted various laws to protect animals, but animals are still largely treated as "objects" under the law, rather than legal "subjects." Although France introduced some legal reforms starting from the “Grammont Law of 1850” and further advanced in 1976 with the recognition of animals as sentient beings, much remains to be done in terms of granting legal personhood to animals. In 2004, the”Charter for the Environment” was adopted in France, marking an important step toward integrating environmental protections into the French Constitution. However, the legal status of animals remains insufficient, and the legal system still views them primarily as property rather than beings with legal standing or rights. In “Iran”, the situation is more challenging. While the “Constitution of Iran” includes certain environmental principles, there is limited legal protection for animals, and they are generally regarded as “movable property”. This reflects a broader cultural attitude that views nature and animals as resources to be exploited rather than as entities deserving of intrinsic value. Despite some recent advancements, such as the introduction of “green victims” and criminalizing environmental damage, there is a lack of cohesive and comprehensive legal frameworks for animal protection. Internationally, the “European Union” has been at the forefront of integrating animal welfare into its legal structure. The”Treaty of Lisbon” (2009), specifically “Article 13”, recognizes animals as sentient beings and mandates that their welfare be considered in the formulation of policies. The “EU's Farm to Fork Strategy” aims to reduce the environmental impact of food production and supports animal welfare as part of its broader sustainable development goals. These legal advancements have influenced global trends and have been cited by animal rights activists and legal scholars in advocating for broader recognition of animal rights and ecological justice. Furthermore, legal personhood for nature is gaining traction in some jurisdictions. For example, “Ecuador's 2008 Constitution” recognizes nature (“Pachamama”) as a subject of rights, and”New Zealand” has granted legal personhood to the “Whanganui River”. Such legal innovations challenge traditional anthropocentric frameworks and open new possibilities for the recognition of nature as a rights-holder.

Conclusion
This research concludes that both “France” and “Iran” must shift from anthropocentric to ecocentric legal frameworks. While France has made some progress in integrating animal rights into its legal system, animals are still treated as property under the law. Iran, on the other hand, faces more significant challenges due to its traditional legal system and limited recognition of animal rights. The adoption of ecocentric principles in legal systems, including the recognition of animals and nature as subjects of rights, is crucial for achieving environmental sustainability and ecological justice. The global movement toward recognizing the intrinsic value of nature and animals, as seen in legal reforms in the “European Union”, “Ecuador”, and “New Zealand”, provides a hopeful precedent for other nations. By recognizing the rights of animals and nature, societies can ensure a more just, sustainable, and harmonious relationship between humans and the environment. This paradigm shift is not only a moral imperative but also a necessary step for achieving long-term ecological balance and justice for all living beings.

Keywords: Right to the environment, Eco centrism, Non-human animals, French law, Iranian law.

فصلنامه تحقیقات حقوقی
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

مقاله علمی-پژوهشی

حیوانات به‌مثابه طرف بالقوه حق، در پرتو رویکرد طبیعت‌محوری حقوق، مطالعه نظام‌های حقوقی ایران و فرانسه

مصطفی فضایلی[۱]، علی مشهدی[۲]، شراره ابطحی[۳]

نکات برجسته

- حقوق حیوانات میان دو رویکرد «بهره‌گرا» و «حق‌محور» شکل گرفته و رویکرد حق‌محور بر شناسایی حیوانات به‌عنوان صاحبان حق تأکید دارد.
- طبیعت‌محوری حقوقی در برابر انسان‌محوری، خواهان توجه به حقوق عناصر غیرانسانی و محیط‌زیست سالم است.
- این پژوهش با تکیه بر تنوع زیستی و اهلیت تمتع، به دنبال حق‌انگاری برای افراد حیوانی است.

چکیده

حقوق حیوانات در مسیر تحول تاریخی خود، تحت‌تأثیر دو رویکرد اصلی و بنیادین «بهره‌گرا» و «حق‌محور» قرار گرفته است. در رویکرد حق‌گرا، حیوانات از حق زندگی بدون دخالت و سلطه انسان‌ها برخوردارند. این دیدگاه، حامی لغو استثمار حیوانات از طریق ایجاد تغییرات قانونی و فراتر از آن، و به رسمیت شناختن «افراد حیوانی» به‌عنوان دارندگان حقوق است. در مقابل، رویکردهای مبتنی‌بر منافع انسانی، محور غالب احکام حقوقی در زمینه تضمین حق بر محیط‌زیست سالم در حقوق داخلی‌اند. یکی از دکترین‌های رقیب در حوزه مطالعات زیست‌محیطی، «طبیعت‌محوری حقوقی» است که نادیده گرفتن منافع و حقوق بالقوه عناصر غیرانسانی محیط را نقد می‌کند. این مقاله به بررسی موانع، زمینه‌های ظهور، و مصادیق رویکردهای طبیعت‌محور در حقوق داخلی فرانسه و ایران می‌پردازد. فرضیه اساسی پژوهش بر این پایه است که تضمین حق بر محیط‌زیست متعادل، سالم، و ایمن، نیازمند کاهش انسان‌محوری و حرکت به‌سوی تفکری جامع‌تر است که انسان را در کنار محیط می‌بیند. از سوی دیگر، گفتمان تنوع‌زیستی که یکی از ابعاد آن مبتنی‌بر حفاظت و حمایت از گونه‌های زیستی است، ما را متعهد می‌کند تا با هرگونه بهره‌کشی نهادینه که منجر به کالاشدگی حیوانات و کنترل افراطی توسط انسان می‌شود، مقابله کنیم. با پذیرش الگوی «اهلیت تمتع» و مبنای رویکرد حق‌گرا، این پژوهش به‌دنبال حق‌انگاری برای «افراد حیوانی» است.

کلید واژگان: حق بر محیط‌زیست، طبیعت‌محوری، افراد حیوانی، حقوق فرانسه، حقوق ایران.

استناد به این مقاله: فضائلی، مصطفی، مشهدی، علی، ابطحی، شراره، «حیوانات به‌مثابه طرف بالقوه حق، در پرتو رویکرد طبیعت‌محوری حقوق، مطالعه نظام‌های حقوقی ایران و فرانسه»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۳، فروردین ۱۴۰۵، صص: ۱-۲۲.

DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2025.232740.2562

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۵/۲۲ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۱۹

۱. استاد، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران
۲. دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران
۳. دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: shararehabtahi@yahoo.com

Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

مقدمه

جنبش مدرن حقوق حیوانات در دهه ۱۹۷۰ با انتشار کتاب *آزادی حیوانات* توسط پی‌تر سینگر[۱] آغاز شد. این کتاب، که به‌سرعت توجه جهانی را به خود جلب کرد، الهام‌بخش بسیاری از افراد در سراسر دنیا شد تا به سبک زندگی عاری از ظلم به حیوانات روی آورند. در دهه ۱۹۸۰، این جنبش در ایالات متحده با کمپین‌های رسانه‌ای گسترده‌تری مطرح شد. چندین شرکت تولید لوازم آرایشی آزمایش روی حیوانات را متوقف کردند و تحت فشار افکار عمومی، صنعت خز نیز با ضربات قابل‌توجهی مواجه شد. در دهه ۱۹۹۰، فعالیت‌های مردمی و دانشجویی در دانشگاه‌های آمریکا با اعتراض به فروش خز و پوست حیوانات به اوج رسید و در نهایت، جنبش حقوق حیوانات به قرن بیست و یکم پا گذاشت و گیاه‌خواری به‌عنوان بخشی از ایدئولوژی این جنبش تبدیل به نقطه ثابتی در فرهنگ غرب شد.[2]

باوجود پیشرفت‌های قابل‌توجه، بحث در مورد اینکه حیوانات تا چه اندازه و از چه نظر از «حقوق» برخوردارند، همچنان ادامه دارد.[۳] پی‌تر سینگر[۴] از برجسته‌ترین چهره‌های این جریان است که بر برابری همه حیوانات و لزوم برخورداری آنان از حقوق مساوی تأکید دارد. او معتقد است که پیش‌داوری و تبعیض علیه سایر گونه‌ها، پدیده‌ای که او آن را «گونه‌گرایی»[۵] می‌نامد، باید همانند نژادپرستی و جنسیت‌گرایی محکوم شود. از سوی دیگر، افراد مانند کارپنتر[۶] موضع ملایم‌تری اتخاذ کرده‌اند و استثمار حیوانات را مجاز می‌دانند، به شرطی که با احترام با آنها رفتار شود.

سینگر در تحلیل خود از مفهوم گونه‌گرایی، تاریخچه تکاملی روابط بین گونه‌ها را نادیده می‌گیرد. این دیدگاه‌ها در کنار تحلیل‌های طبیعت‌محور[۷] در حوزه حقوق، به‌ویژه در دهه‌های 1960 و 1970میلادی، تأثیر زیادی بر نظریه‌پردازی حقوق عمومی و محیط‌زیست داشتند.[۸] رویکردهای طبیعت‌محور، که به بررسی عناصر غیرانسانی در حقوق اساسی و محیط‌زیست می‌پردازند، برای برخی نظریه‌پردازان حقوق عمومی چالش‌برانگیز و عجیب به نظر می‌رسد. این شگفتی ناشی از ناسازگاری مفهوم «حقوق» با این دیدگاه است؛ زیرا حقوق به‌طور سنتی تنها در کنار انسان معنا پیدا می‌کند. بااین‌حال، طبیعت‌محوری قصد ندارد برای عناصر غیرانسانی محیط‌زیست، حق جداگانه‌ای قائل شود، بلکه این دیدگاه به‌عنوان واکنشی به‌شدت انسان‌محوری[۹] در محیط‌زیست مطرح شده است. نویسندگانی مانند پی‌تر سینگر، آلدولف لئوپولد[۱۰] و

---

1. P. Singer
2. Kevin Kjonnas, "Animal Rights: Past and Present", Available at: https://doitgreen.org/topics/environment/animal-rights-past-and-present/
3. Ryder, R. *Victims of Science*, London: Davis-Poynter, 1975.
4. Singer, P. *Animal Liberation,* Avon Books Publisher, 1976.
5. Speciesism
6. Carpenter
7. Ecocentrism
8. See: Lafrance, G. *La nature ET le sujet de droit*, Actes des Congrès de l'Association des Sociétés de Philosophie de Langue Française (ASPLF), No. 25, 1996, PP 339-343; Bégin, Luc. "La revendication écocentriste d'un droit de la nature", *Laval Théologique ET Philosophique 48*, No. 3, 1992, PP 397-413; Lazaro, Christophe. "Le droit et l'animal: sur les traces d'un post-humanisme juridique", *Revue d'éthique ET de théologie morale 2,* 2020, PP 67-82; Mauras, Alice. "La reconnaissance de la nature comme sujet de droit en Amérique Latine: de l'anthropocentrisme en droit à l'écocentrisme juridique?", *Revue Internationale de Droit Comparé*, Volume 2 , 2020, PP 505-522.
9. Anthropocentrism
10. Aldo Leopold

آرنه نایس[1]، از پیشگامان این دیدگاه‌ها محسوب می‌شوند.

در فرانسه، اندیشمندان مانند اولیور گاسیو[2] به بررسی این موضوع پرداخته‌اند که آیا حیوانات می‌توانند موضوع حقوق اساسی[3] قرار گیرند یا خیر. گزارش میکو[4] در سال ۱۹۸۰ به برخی از روابط پنهان و نادیده میان انسان و طبیعت اشاره کرد که اثرات حقوقی بین انسان و حیوانات را دربر می‌گرفت. افرادی مانند دیاگو پرس[5] نیز در چندین مقاله و کتاب به‌طور ویژه به تحلیل جایگاه حقوقی حیوانات و گیاهان در نظام حقوقی مدرن پرداختند. تحقیقات بعدی در حقوق فرانسه و برخی دیگر از کشورها، نظیر سوئیس، نشان‌دهنده تمایل برخی حقوق‌دانان به ارائه تحلیل‌های طبیعت‌محور در رابطه حقوقی انسان با گیاهان، جانوران و عناصر طبیعت است.[6]

اتحادیه اروپا یکی از جامع‌ترین مجموعه‌های قوانین رفاه حیوانات را دارد؛ به‌ویژه درمورد حمل‌ونقل و ذبح حیوانات. این قوانین مبتنی‌بر پنج آزادی اصلی برای حیوانات است: رهایی از گرسنگی و تشنگی، ناراحتی، درد، آسیب و بیماری؛ آزادی برای بروز رفتار عادی، و رهایی از ترس و ناراحتی. این اصول از کنوانسیون شورای اروپا برای حمایت از حیواناتی که در کشاورزی مورد استفاده قرار می‌گیرند، برگرفته شده است.

ماده ۱۳ معاهده عملکرد اتحادیه اروپا تصریح می‌کند که حیوانات به‌عنوان موجودات ذی‌شعور نیاز به مراقبت‌های ویژه دارند. از سال ۱۹۷۴ که اولین قانون رفاه حیوانات در اتحادیه اروپا به تصویب رسید، این قوانین براساس اطلاعات علمی بهبود یافته و کیفیت زندگی حیوانات را بهبود بخشیده‌اند. رفاه حیوانات، به‌ویژه در تولیدات پایدار دام، بخشی اساسی از استراتژی «مزرعه تا چنگال»[7] است که در چارچوب توافق‌نامه سبز اروپا تصویب شد.

درحالی‌که رفاه حیوانات عمدتاً در سطح اتحادیه اروپا تنظیم می‌شود، برخی موضوعات مانند استفاده از حیوانات در نمایش‌ها و رویدادهای فرهنگی یا ورزشی به کشورها واگذار شده است.[8]برخی کشورها، مانند بریتانیا، قوانین ساده‌ای دارند که بیان می‌کند با حیوانات نباید بدرفتاری شود. این قوانین توسط کدهای دقیقی حمایت می‌شوند که اگرچه اجباری نیستند، دستورالعمل‌هایی برای کشاورزان ارائه می‌دهند تا رفاه حیوانات اهلی را تضمین کنند.

کشورهای دیگری، مانند آلمان، جزئیات بیشتری را در قوانین خود گنجانده‌اند. بااین‌حال، در بسیاری از موارد، برخی از توصیه‌ها و محدودیت‌ها به‌شکلی خودسرانه اعمال می‌شوند و با دوقطبی شدن افکار عمومی و فشار دولت‌ها، تصویب قوانین سخت‌گیرانه‌تر ممکن است وضعیت را بهبود ندهد.

رویکرد طبیعت‌محوری حقوقی تلاش می‌کند تا حقوق را خارج از چارچوب انسان‌محوری و باتوجه‌به رابطه انسان با طبیعت تحلیل کند. طبیعت‌محوران، در عین اینکه انسان را در این رابطه فراموش نمی‌کنند، خواهان تعدیل

---

1. Arne Naess

2. Gassiot

۳. موضوع حقوق اساسی قرار گرفتن عناصر غیرانسان می‌تواند دو معنا داشته باشد. یکی رویکرد«حمایتی قواعد حقوق اساسی از عناصری غیر از انسان است و دیگر اینکه این عناصر به‌مثابه موجودات بالقوه ذی‌حق sujet potentiel de droit تلقی گردند. در قوانین اساسی کنونی بیشتر منظور معنای نخست است. ر.ک:

Gassiot, Olivier. "L'animal, nouvel objet du droit constitutionnel", *Revue française de Droit constitutionnel*, No 64, 2005, PP 703-732.

4. Miko reports

5. Diego Perez

6. G. Chapoutier, "Les droits de l'animal", *PUF, Que sais-je,* N. 2670, 1992, P 127.

7. Farm to fork

8. https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/animal-welfare.html/

پارادایم‌هایی‌اند که بر برتری انسان تأکید دارند. طبیعت‌محوری حقوقی، رابطه جدیدی را در مطالعات حقوقی مطرح می‌کند و آن، حقوقی‌کردن رابطه انسان با طبیعت است. این دیدگاه بر این فرض استوار است که از عصر روشنگری تاکنون، رابطه انسان با طبیعت یا اساساً حقوقی و اخلاقی نبوده یا بسیار کم‌رنگ است.

شناسایی شخصیت حقوقی برای حیوانات می‌تواند با چالش‌های زیادی مواجه شود و ازسوی برخی به‌عنوان اقدامی غیرعملی تلقی گردد. برخی کشورها در قوانین خود تغییراتی ایجاد کرده‌اند تا حیوانات را از جایگاه اموال خارج کنند و برای آنها شخصیت حقوقی قائل شوند.

اکوفمینیست‌ها، پیوند میان فمینیسم و بوم‌شناسی را بررسی و نقد می‌کنند که سلطه بر زنان و طبیعت هم‌زمان اتفاق می‌افتد. آنها معتقدند که باید هر دو نوع سلطه از بین برود و هر نظام اخلاق زیست‌محیطی که سلطه بر زنان و طبیعت را نادیده بگیرد، ناقص و نامناسب است.[1]

کارول آدامز[2]، فمینیست و مدافع حقوق حیوانات آمریکایی، معتقد است که حقوق حیوانات یک موضوع فمینیست است. به نظر او، بین ستم بر زنان و ستم بر حیوانات غیرانسان پیوندی ذاتی وجود دارد. او می‌گوید: «ما حیوانات را با مرتبط ساختن آنها به جایگاه پایین‌تر زنان سرکوب می‌کنیم. همچنین، کل صنعت دام بر اساس بهره‌برداری از سیستم تولید مثل ماده استوار است».[3]

این مقاله به بررسی موانع، زمینه‌های ظهور و مصادیق رویکردهای طبیعت‌محور در حقوق داخلی فرانسه و ایران می‌پردازد. فرضیه اساسی پژوهش بر این پایه است که تضمین حق بر محیط‌زیست متعادل، سالم، و ایمن، نیازمند کاهش انسان‌محوری و حرکت به‌سوی تفکری جامع‌تر است که انسان را در کنار محیط می‌بیند. از سوی دیگر، گفتمان تنوع‌زیستی که یکی از ابعاد آن مبتنی‌بر حفاظت و حمایت از گونه‌های زیستی است، ما را متعهد می‌کند تا با هرگونه بهره‌کشی نهادینه که منجر به کالاشدگی حیوانات و کنترل افراطی توسط انسان می‌شود، مقابله کنیم. با پذیرش الگوی «اهلیت تمتع» و مبنای رویکرد حق‌گرا، این پژوهش به‌دنبال حق‌انگاری برای «افراد حیوانی»[4] است.

۱. زمینه‌های‌فکری

۱.۱. تبیین دیدگاه طبیعت محوری

طبیعت‌محوری بر این ایده استوار است که ارزش محیط‌زیست مستقل از سودمندی آن برای انسان وجود دارد و ذاتاً دارای اهمیت است.[5] این دیدگاه با تمایز از رویکردهای ابزاری و سود گرایانه، محیط‌زیست (از جمله گیاهان، جانوران و

---

[1]. عابدی سروستانی، احمد، منصور شاه ولی و سید مصطفی محقق داماد، «ماهیت و دیدگاه‌های اخلاق زیست محیطی با تأکید بر دیدگاه اسلامی»، *فصلنامه اخلاق در علوم و فناوری*، دوره ۲، شماره ۱، ۱۳۸۶، صص ۶۳-۶۱.

[2]. Carol Adams

[3]. Namrata, K. Jun 26, 2020, https://feminisminindia.com/2020/06/26/animal-rights-ecofeminist-issue/

[4]. Non-human animals

[5]. Berry, T. *The Great Work: Our Way into the Future*, New York: Harmony/Bell Tower, 1999, PP 2-20; De Lucia, V. "Competing narratives and complex genealogies: The ecosystem approach in International environmental law", *Journal of Environmental Law*, Volume 27, Issue 1, 2015. PP 91-117; Preston, B. "The use of restorative justice for environmental crime", *Criminal Law Journal*, Volume 35, 2011, PP 136–145.

عناصر طبیعی) را به‌عنوان موجوداتی با ارزش ذاتی در نظر می‌گیرد.[1]حفاظت از محیط‌زیست بر پایه اصول مرتبط با حقوق طبیعت انجام می‌گیرد؛ این حقوق می‌تواند طبیعت را به‌عنوان یک موضوع حقوقی یا شیء دارای ارزش ذاتی تعریف کند که مراقبت اخلاقی و حفاظت از آن بر عهده انسان است.[2] در این دیدگاه، موجوداتی مانند حیوانات، گیاهان و حتی رودخانه‌ها به‌عنوان دارندگان بالقوه حقوق یا اشیایی که انسان وظیفه مراقبت از آنها را برعهده دارد، در نظر گرفته می‌شوند؛ زیرا از منظر فلسفی، منافع آن‌ها دارای اهمیت ذاتی است.[3]

این دیدگاه با رویکردهای متداول‌تری که محیط‌زیست را از منظر حقوق بشر بررسی می‌کنند، در تضاد قرار دارد. رویکردهای انسان‌محور[4] معمولاً محیط‌زیست را از دریچه منافع انسانی مانند اقتصادی، زیبایی‌شناسی یا فرهنگی می‌سنجند، درحالی‌که طبیعت‌محوری ارزش ذاتی طبیعت را محوریت می‌دهد.[5] به‌عبارتی، در انسان‌محوری، آسیب به محیط‌زیست تنها زمانی مورد توجه قرار می‌گیرد که مستقیماً به منافع انسانی آسیب بزند،[6] درحالی‌که طبیعت‌محوری به ارزش‌ها و منافع غیراقتصادی محیط‌زیست نیز احترام می‌گذارد.

یکی از نمونه‌های بارز طبیعت‌محوری در قانون اساسی اکوادور در سال ۲۰۰۸[7] دیده می‌شود. این قانون حقوق طبیعت یا «پاچاماما»[8] را به رسمیت می‌شناسد و تصریح می‌کند که طبیعت حق دارد وجود داشته، تداوم یابد و چرخه‌های حیاتی خود را حفظ و بازسازی کند.[9] چنین رویکردی بر این اساس است که موجودات غیر انسان مانند زیست‌کره و اکوسیستم‌ها دارای ارزش ذاتی و مستقل از منافع انسانی‌اند و در صورت ارتکاب جرائم زیست‌محیطی، طبیعت و زیست غیرانسانی می‌توانند به‌عنوان بزه‌دیدگان تلقی شوند.[10]

رویکردهای طبیعت‌محور به‌دنبال توسعه حقوق قانونی برای اشیا طبیعی هستند. برای مثال، طبق «قانون زمین»، هر موجودی حق وجود و فعالیت دارد، حتی موجودات غیربشری مانند رودخانه‌ها. این به‌معنای شناسایی حق طبیعی رودخانه‌هاست تا بتوانند به‌صورت طبیعی جاری شوند. اگر یک رودخانه نتواند به‌دلیل موانع انسانی مانند سدها جریان

---

1. Williams, C. "Wild law in Australia: Practice and possibilities", *Environmental Planning and Law Journal,* Volume 30, 2013, PP 259–284.

2. Fisher, D. *Jurisprudential challenges to the protection of the natural environment*, In: Maloney, M. and P. Burdon (Eds.). Wild Law – in Practice, London: Routledge, 2010, PP 10-20.

3. Schlosberg, D. *Defining Environmental Justice: Theories, Movements, and Nature*, New York: Oxford University Press, 2007, PP 100-250.

۴. انسان‌گرایی، دیدگاهی فلسفی است که استدلال می‌کند که انسان، موجود اصلی یا مهم‌ترین موجود در جهان است. این یک باور اساسی است که در بسیاری از ادیان و فلسفه‌های غربی نهفته است. انسان‌گرایی انسان را جدا از طبیعت و برتر از آن می‌داند و معتقد است که زندگی انسان دارای ارزش ذاتی است؛ درحالی‌که موجودات دیگر (ازجمله حیوانات، گیاهان، منابع معدنی و غیره) منابعی‌اند که به نحو توجیه‌پذیر می‌توانند به نفع بشریت مورد بهره‌برداری قرار گیرند.

5. Lin, A. "The unifying role of harm in environmental law", *Wisconsin Law Review*, Volume 3, 2006, PP 898–985. McEwen, G. "The challenge posed by feral amimals', Animals Theme, Reform, and Sydney", *Australian Law Reform Commission*, 2008, PP 70-105.

6. De Lucia, Op. Cit.

7. Constitution of Ecuador 2008.

8. Pachamama

پاچاماما الهه‌ای است که توسط بومیان آند مورد احترام است. او همچنین به‌عنوان مادر زمان و زمین شناخته می‌شود.

9. Walters, B. "Enlarging our vision of rights: the most significant human rights event in recent times?", *Alternative Law Journal*, Volume 36, Issue 4, 2011, PP 263-268.

10. Preston, Op. Cit., P 143.

یابد و به دریا نرسد، این عمل به‌عنوان نقض حقوق زمین تلقی می‌شود.[1]

رویکردهای مختلفی در این چارچوب وجود دارد، ازجمله رویکرد «حقوق طبیعت»[2] که به وضعیت حقوقی موجودات غیرانسانی می‌پردازد و رویکرد «بوم‌زدایی»[3] که به جلوگیری از تخریب شدید محیط‌زیست معطوف است. هدف اصلی این ابتکارات، ایجاد زمینه قانونی لازم برای حفاظت بیشتر از محیط‌زیست است.

تاریخچه حقوق محیط‌زیست نشان‌دهنده تغییرات بین دو رویکرد انسان‌محور و طبیعت‌محور است.[4] اگرچه انسان‌محوری برای انسان امتیاز قائل است، اما می‌تواند نگرانی اخلاقی در برابر طبیعت را نیز بروز دهد. در این دیدگاه، حفاظت از محیط‌زیست برای منافع انسانی انجام‌می‌شود، اما طبیعت‌محوری ارزش ذاتی محیط‌زیست را در اولویت قرار می‌دهد.[5]

در برخی کشورها مانند نیوزلند، حقوق ذاتی طبیعت در قوانین خاصی مرتبط با زمین و آب به رسمیت شناخته شده‌است. به‌عنوان مثال، رودخانه‌های خاصی در نیوزلند مانند رودخانه وانگانویی[6]، دارای شخصیت حقوقی مستقل شناخته می‌شوند. این رودخانه‌ها به‌عنوان موجودات زنده در نظر گرفته شده و قانون‌گذاران وضعیت حقوقی آن‌ها را به‌طور رسمی به‌عنوان یک شخص حقوقی به رسمیت می‌شناسند. این روند مشابه تحولات قانون‌گذاری در کشورهای آمریکای لاتین مانند اکوادور و بولیوی است.

این اقدام نشان می‌دهد که طبیعت می‌تواند به‌عنوان یک موضوع حقوقی در نظر گرفته شود و در صورت وقوع تخلفات و آسیب‌ها علیه آن، بزه‌دیده شناخته شود. اعطای این نوع حقوق به طبیعت، تحولی بزرگ در حوزه حقوق محیط‌زیست محسوب می‌شود.

اگرچه شناسایی حقوق برای طبیعت و موجودات غیرانسانی گامی رو به جلو محسوب می‌شود، این استدلال که موجودات غیرانسانی مانند رودخانه‌ها و جنگل‌ها بزه‌دیده شناخته شوند، همچنان با چالش‌های عملی و حقوقی مواجه است.

به‌عنوان مثال، حفاظت از محیط‌زیست اغلب برای منافع انسانی و نه به‌دلیل ارزش ذاتی آن، مورد توجه قرار می‌گیرد. این رویکرد در اسناد بین‌المللی همچون «اعلامیه ریو ۱۹۹۲»[7] به‌وضوح دیده می‌شود. بااین‌حال، در دهه‌های اخیر ارزش ذاتی طبیعت نیز به‌طور فزاینده‌ای مورد توجه قرار گرفته است. برای نمونه، «کنوانسیون تنوع زیستی ۱۹۹۲»[8] به‌صراحت موجودات غیرانسانی را نه‌تنها به‌دلیل نقش ابزاری‌شان، بلکه به‌خاطر ارزش ذاتی‌شان به رسمیت می‌شناسد. در نیوزلند،

---

1. Cullinan, C. *Wild Law: A Manifesto for Earth Justice*, London: Green Books in association with The Gaia Foundation, 2004, P 118.
2. Rights of nature
3. Ecocide

اکوساید (بوم‌زدایی) به فعالیت جرم‌انگاری شده و مجرمانه بشری اطلاق می‌شود که با نقض اصول عدالت زیست‌محیطی مانند آسیب رسانیدن یا تخریب قابل ملاحظه به اکوسیستم‌ها یا صدمه زدن به سلامتی و رفاه یک گونه توأم است.

4. Pelizzon, A. and A. Ricketts. "Beyond Anthropocentrism and Back Again: From Ontological to Normative Anthropocentrism", *The Australasian Journal of Natural Resources Law and Policy,* Volume 18, Issue 2, 2015, P 105.
5. Donnelly, B. and Bishop, P. "Natural Law and Ecocentrism", *Journal of Environmental Law*, Volume 19, Issue 1, 2007, P 89; Eckersley, R. "Environmentalism and Political Theory: Toward an Ecocentric Approach", New York: State University of New York Press, 1992.

۶. Whanganui: بندری در جنوب غربی‌نورت‌آیلند(جزیرهٔ شمالی)، در نیوزیلند که در دهانهٔ رود وانگانویی، به فاصلهٔ ۲۱۵ کیلومتری شمال ولینگتون است.

7. Rio Declaration, 1992.
8. The Convention on Biological Diversity, 1992.

حقوق ذاتی طبیعت در برخی قوانین مرتبط با زمین و آب به تصویب رسیده است. این قوانین به سرزمین و رودخانه‌ها هویتی خاص اعطا می‌کنند و هر کدام از آنها دارای «مانا» (اقتدار خاص)[1] و «مائوری» (نیروی حیاتی)[2]خود هستند. این تحول مشابه روندی است که در اکوادور و بولیوی رخ داده است.

در این راستا، چشم‌انداز رودخانه‌ها به‌عنوان شخصیت حقوقی مورد شناسایی قرار می‌گیرد. در این وضعیت، رودخانه خود به‌عنوان یک شخصیت حقوقی شناخته می‌شود و نمی‌تواند مالک خود باشد. این امر از طریق تصویب قوانینی که وضعیت حقوقی رودخانه‌ها را به رسمیت می‌شناسد، به تحقق می‌پیوندد. به این معنا که طبیعت به‌عنوان یک موجودیت حقوقی در قانون شناخته می‌شود.

در «قانون ۲۰۱۴»،[3] زمین باید در حالت طبیعی خود حفظ شود و تلاش شود تا گونه‌های گیاهی و جانوری که منقرض‌شده‌اند بازگردانده شوند. مردم «توهو»[4] و پادشاهی نیوزلند باید با پذیرش نقش سرپرستی از زمین و طبیعت، با یکدیگر همکاری کنند. به همین ترتیب، در «قانون ۲۰۱۶»[5] شخصیت حقوقی برای رودخانه وانگانویی به رسمیت شناخته شده، نظامی مدیریتی مشترک شامل نمایندگان رودخانه وانگانویی و دولت نیوزلند ایجاد می‌شود.

اعطای حقوق به طبیعت به این معناست که شرایطی برای بزه‌دیدگی و تخلفات علیه طبیعت به وجود می‌آید که از این پس می‌تواند به‌عنوان یک شخصیت حقوقی تحت حمایت قانونی قرار گیرد. این پیشرفتی مهم در حقوق محیط‌زیست به‌شمار می‌رود. هرچند که استدلال‌های مبتنی‌بر حقوق برای حمایت از به رسمیت‌شناختن غیرانسان‌ها به‌عنوان بزه‌دیدگان صدمات، همیشه به نظر ضروری نمی‌رسد.[6]

۱.۲. نقد انسان‌محوری محیطی

بررسی الگوهای اخلاقی رفتار با حیوانات و طبیعت از جمله مسائلی است که فیلسوفان محیط‌زیست و اخلاق از دهه ۱۹۷۰ به آن پرداخته‌اند. این فیلسوفان با چالش کشیدن اصول و قواعد اخلاقی حاکم، به این سؤال پرداخته‌اند که چرا باید به اصول اخلاقی پایبند بود.[7] بسیاری از آنان بر این باورند که شدت انسان‌محوری محیطی در عرصه حقوقی ریشه در غفلت‌های فلسفی پس از عصر روشنگری دارد. غفلت که به نوبه خود انسان را نیز تحت‌تأثیر قرار داده و تخریب گسترده طبیعت پس از دهه ۱۹۷۰ جلوه‌ای عینی از آن است.

تخریب جنگل‌ها، از بین رفتن گونه‌های گیاهی و جانوری، بی‌رحمی نسبت به حیوانات، آلودگی آب‌ها، تخریب فضاهای روستایی، سواحل و کوهستان‌ها، گسترش بی‌حد و حصر شهرنشینی و دخالت‌های بی‌رویه انسان در چرخه طبیعت، همگی نمونه‌هایی از این بحران‌های محیطی‌اند. تحلیل‌های محیط‌محوری نیز در حقیقت واکنشی در برابر این تخریب‌های زیست‌محیطی بودند که در قالب کنوانسیون‌ها و قوانین زیست‌محیطی نمود یافتند.

---

1. Mana
2. Mauri
3. The Te Urewera Act, 2014.
۴. Tūhoe: مردم بومی سرزمین نیوزیلند
5. The Te Awa Tupua Act
6. Flynn, M. and M. Hall. “make the case for a victimology of nonhuman animal harms in their article”, *Contemporary Justice Review*, Volume 20, Issue 3, 2017, PP 299–318.
۷. قراملکی، احد فرامرز، «توان فلسفه ملاصدرا در حل مسئله شأن و جایگاه اخلاقی محیط‌زیست»، *مجموعه مقالات همایش بین‌المللی بزرگداشت روز جهانی فلسفه*، چاپ اول، ۱۳۹۱، صص ۱۰۱۴ و ۱۰۱۵.

بنابراین، به‌وضوح مشخص است که رویکردهای طبیعت‌محور در حقوق به‌عنوان پاسخی به الگوهای انسان‌محور ظهور کرده‌اند. ویژگی برجسته این رویکردها، تکیه آنها بر آموزه‌های پست‌مدرن حقوقی است که به‌طور کلی علم‌گرایی، مصرف‌گرایی، انسان‌گرایی و عقل‌گرایی، یعنی اصول اصلی عصر مدرن، را به چالش می‌کشند. در این انتقاد، چندین اندیشه تأثیرگذار نقش داشته‌اند که در ادامه به برخی از آنها اشاره می‌کنیم.

۱.۳. نقد دوگانه‌انگاری محیطی (تمایز انسان از محیط)

دوگانه‌انگاری محیطی (تمایز انسان از محیط) با اندیشه فلسفی دکارت به اوج خود رسید. دکارت میان ذهن انسان و جهان تمایز قائل شد و در فلسفه‌اش ثنویت یا دوگانگی چشمگیری بین ذهن انسان و طبیعت به وجود آمد. به این ترتیب، «من» انسانی به چیزی جدا از طبیعت تبدیل شد. برآیند فلسفه ذهن و عین دکارت، یا دوگانه‌انگاری دکارتی، این بود که رابطه انسان با طبیعت و حیوانات براساس مفهوم سلطه[۱] تعریف شود. این فلسفه به‌شدت دوگانه‌انگاری[۲] محیطی را تقویت کرد و باعث شد طبیعت برای انسان تنها ارزشی سودانگارانه، در خدمت انسان و فایده‌طلبانه پیدا کند.[۳]

براساس فلسفه دکارت، انسان‌ها تنها موجوداتی‌اند که از موهبت آگاهی برخوردارند و حیوانات، موجوداتی همچون ربات‌های بی‌احساس و بدون آگاهی به‌شمار می‌آیند. این نگرش تأثیر به سزایی در تخریب و نابودی محیط‌زیست داشته است.[۴] جایی که دکارت گفت «انسان مالک طبیعت است»، همچنین تأکید داشت که خداوند نیز مالک طبیعت است.[۵] بااین‌حال، جریان جدایی دین از علم در آغاز عصر روشنگری باعث شد که تمایز سنتی میان مالکیت خداوند و انسان از بین برود و انسان به‌عنوان مالک حقیقی طبیعت در نظر گرفته شود.[۶]

علم‌گرایی[۷] نیز به تسلط انسان بر طبیعت شدت بخشید و توانایی او را برای بهره‌برداری بی‌رویه از منابع طبیعی را افزایش داد. تکنولوژی نیز حاصل همین علم‌گرایی افراطی بود. باوجود این، جریان‌های طبیعت‌گرا هرگز به‌دنبال حذف انسان از طبیعت نبودند، بلکه هدفشان کنترل و مهار فعالیت‌های مخرب انسان در طبیعت بود.

موضوع دیگری که تسلط بیمارگونه و یک‌جانبه انسان بر طبیعت را تشدید کرد، افزایش ناگهانی جمعیت جهان و ضرورت برآوردن نیازهای روزافزون انسان از منابع در دسترس بود.

---

1. Domination
2. Dualism

۳. مشهدی، علی، ***حق برمحیط زیست سالم***، تهران: میزان، ۱۳۹۲، ص ۴۵.

۴. شکوئی، حسین، ***فلسفه‌های محیطی و مکتب‌های جغرافیایی***، جلد ۲، تهران: مؤسسه جغرافیایی وکارتوگرافی گیتاشناسی، چاپ پنجم، ۱۳۸۲، ص ۱۴.

5. Gassiot, Op. Cit., P 704.

۶. عده‌ای در برابر این جریان، برخی از اندیشه‌ها به شدت دوالیزم دکارتی را مورد نقد قرار دادند. ازجمله می‌توان به افرادی مانند هگل، مارکس، و مکاتب تحلیلی و پوزیتیویستی قرن بیستم اشاره کرد. هایدگر از مشهورترین فیلسوفانی است که علیه این فلسفه برخاست و از وجود واحد سخن گفت. براساس نقدهای هایدگر، در فلسفه دکارت، انسان به سوژه (فاعل شناسا) و اشیا و جهان پیرامون او به ابژه (متعلق شناسایی) تقلیل داده شدند. این نگرش نسبت به طبیعت و جهان به‌عنوان منابع دائمی، منجر به تخریب طبیعت و غلبه رویکردهای انسان‌محور شد. برای بررسی بیشتر نقدهای هایدگر بر دوالیزم دکارتی، ر.ک: شقاقی، حسین، «مقایسه‌ای بین اندیشه‌های پست‌مدرن و سنت‌گرایی»، *ماهنامه اطلاعات حکمت و معرفت*، دوره ۳، شماره ۲، ۱۳۸۷، ص ۴۸.

7. Sécularisation

۲. تبلور مبانی پیراحقوقی و حقوقی‌طبیعت‌محوری

۲.۱. مبانی پیراحقوقی طبیعت‌محوری

از دهه ۱۹۷۰، فیلسوفان متعددی به طرح شروط اخلاقی در رابطه با استفاده‌های انسانی از حیوانات پرداختند؛ ازجمله استفاده بیش از حد از حیوانات در آزمایش‌ها و تحقیقات. این تلاش‌ها به ترسیم نگرانی‌های اجتماعی پیرامون چنین کاربردهایی کمک کرد و به‌تدریج این نگرانی‌ها در جامعه گسترش یافت. امروز، رعایت حقوق حیوانات به‌عنوان یکی از مباحث فلسفه اخلاق و حتی به‌عنوان مبحثی نوین در حوزه حقوق بشر مورد توجه قرار گرفته است.[۱]

تام ریگان[۲]، فیلسوف آمریکایی، در طرح خود برای حقوق حیوانات، مفهوم ارزش ذاتی را گسترش داد تا نه‌تنها شامل موجودات انسانی، بلکه شامل موجودات هوشمند غیرانسانی نیز بشود. برخلاف کانت که حیوانات را صرفاً ابزارهایی در خدمت غایت انسانی می‌دانست، ریگان این مسئله را با تمایز میان «فاعلان اخلاقی» (کسانی که قادر به قضاوت‌های اخلاقی و عقلانی‌اند) و «بیماران اخلاقی» (کسانی که نمی‌توانند چنین تصمیماتی بگیرند، اما باید به‌مثابه یک غایت با آنها رفتار شود) توضیح می‌دهد. درحالی‌که طبق نظریه کانت، نیازی نیست با بیماران اخلاقی (مانند افراد با عقب‌ماندگی ذهنی شدید، کودکان و افراد دارای ناتوانی عقلی) به‌عنوان غایتی در خودشان رفتار شود، ریگان این موضع را غیرقابل قبول می‌داند.[۳]

گری ال‌فرانسیون،[۴] فعال حقوق حیوانات و استاد حقوق در ایالات متحده آمریکا، یکی از چهره‌های اصلی رهیافت «پایان بهره‌کشی از حیوانات» است. این رهیافت تأکید دارد که حیوانات نباید به‌عنوان دارایی و اموال در نظر گرفته شوند. از نظر فراکسیون، حقوق دیگری که برای حیوانات مطرح می‌شود تنها با تأمین این حق بنیادین یعنی «حق منفی دارایی کسی نبودن» به رسمیت شناخته خواهد شد. این رویکرد ما را متعهد به براندازی هرگونه بهره‌کشی نهادینه‌شده از حیوانات می‌کند، که منجر به کالا شدن و کنترل حیوانات توسط انسان‌ها می‌شود.[۵]

ازسوی دیگر، حکمت متعالیه ملاصدرا نیز با هستی‌شناسی خاص خود، می‌تواند منزلت و شأن طبیعت و حیوانات را به‌گونه‌ای تأمین کند که مسئولیت‌پذیری انسان نسبت به آنها را به‌شکل اصیل (و نه بر اساس منافع بشری) مطالبه کند. همان‌گونه‌که شأن انسان‌ها مسئولیت‌پذیری آنها را نسبت به خود ایجاب می‌کند. فلسفه ملاصدرا با اصولی همچون «اصالت وجود»، «وحدت وجود» و «تشکیک وجود» به ربط‌انگاری همه موجودات با یکدیگر در نگاه به طبیعت می‌پردازد و تا جایی پیش می‌رود که طبیعت نیز همچون انسان، هویتی الهی و قدسی می‌یابد.[۶]

۲.۲. مبانی‌حقوقی‌طبیعت محوری

به‌طور کلی، در بحث حقوق حیوانات و عدالت گونه‌ها، مباحثی مطرح می‌شود که مفاهیم کلیدی آن مبتنی‌بر ارزش ذاتی

---

۱. ساعد، محمد جعفر، ***حقوق کیفری و اخلاق زیستی***، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۳، صص ۵۰-۴۸.

2. Tom Regan

۳. ریگان، تام، ***حق حیوان، خطای انسان درآمدی به فلسفه اخلاق***، تهران: کرگدن، چاپ دوم، ۱۳۹۸، صص ۲۸-۲۶.

4. Gary L. Francione

۵. فراکسیون، گری‌ال و آناچارلتون، ***اجازه هست شما را بخورم؟! بررسی اخلاقی مصرف غذای حیوانی***، ترجمه باهار مؤمنی و احسان‌شفیعی زرگر، تهران: تیسا، ۱۳۹۵، ص ۱۱.

۶. قراملکی، پیشین، صص ۱۰۱۷ و ۱۰۱۸.

گونه‌ها، ضدگونه‌گرایی، حقوق جانداران و جبران خسارت‌های محیط‌زیستی وارد شده بر حیوانات و افراد حیوانی[۱] است. حقوق حیوانات، که تحت‌تأثیر اندیشه‌های فلاسفه و نظریه‌پردازان در طول تاریخ تحول یافته، شامل دو رویکرد اصلی و بنیادین است: رویکرد فایده‌گرا و رویکرد حق‌محور.

از جنبه نظری، حقوق جانداران حول محور چگونگی فهم و تبیین این حقوق بیان می‌شود. نظریه‌ای که بر حق رفتار احترام‌آمیز با حیوانات تأکید دارد، ازجمله نظریات مهم در این حوزه است. در مقابل، نظریه دیگری که از حقوق زنان هواداری می‌کند، بر توجه و مراقبت مسئولانه از موجودات زنده تأکید دارد. یکی دیگر از مباحث کلیدی در این زمینه، تعریف سوءاستفاده از جانداران غیرانسانی (افراد حیوانی) و بررسی بهترین نحوه واکنش به این سوءاستفاده است. انسان به روش‌های مختلف و در درجات متفاوتی در این روند مقصر است و میزان صدمات وارده به حیوانات از سوی انسان، از رویکردهای بهره‌گرا تا رویکردهای حق‌گرا متغیر است.[۲]

اساس رویکرد بهره‌گرا به رفتار انسانی با حیوانات اشاره دارد. در این مدل، حمایت از حیوانات از طریق مداخلات بهره‌گرایانه صورت‌می‌گیرد که همچنان به استثمار حیوانات اجازه می‌دهد. این رویکرد جانبدارانه از استثمار حیوانات از راه‌هایی مانند استفاده از گوشت، خز و پوست آنان حمایت می‌کند، به شرطی که این بهره‌برداری‌ها بدون ایجاد رنج غیرضروری برای حیوانات و به‌شکل انسانی انجام شود.[3]

در مقابل، رویکرد حق‌گرا معتقد است که حیوانات حق زندگی بدون دخالت و حضور انسان‌ها را دارند. این رویکرد از لغو استثمار حیوانات از طریق ایجاد تغییرات قانونی و فراحقوقی و با به رسمیت‌شناختن حقوق ذاتی حیوانات حمایت می‌کند. دیدگاه حق‌گرا مبتنی‌بر تغییر ماهیت حقوقی حیوانات است؛ به این معنا که حیوانات باید از «دارایی» به «هویت‌های حقوقی» تبدیل شوند که دارای حقوق مستقل و ذاتی هستند.[۴][۵][۶][۷]

۳. تبلور طبیعت‌محوری حقوقی؛ مورد فرانسه و ایران

۳.۱. تبلور طبیعت‌محوری حقوقی؛ مورد فرانسه

طبیعت‌محوری حقوقی و بازتاب آن در ساختار حقوقی فرانسه را می‌توان در آن دسته از متون قانونی، فرامین، و رویه‌های

---

۱. این عبارت، برگردان عبارت انگلیسیnon-human animalsاست که درمتون فارسی، توسط مترجمان مختلف داخلی،گاه تحت عنوان «موجودات غیرانسانی» ودر پاره‌ای موارد با عنوان«حیوانات غیرانسانی» ترجمه شده است. نگارنده، پس از مشورت با برخی مترجمان و با مراجعه به متون اصلی مرتبط، این ترجمه را که حاوی مفهوم افراد ذی‌حق و واجد حقوق است، برای این عبارت برگزید.

ابطحی، شراره، ***حفاظت از گونه‌های‌زیستی در آموزه‌های جرم‌شناسی انتقادی گونه‌های‌حیوانی***، تهران: مجد، ۱۴۰۰، ص ۱۶.

۲. همان، ص ۶۷.

3. Ibrahim, D, "the Anticruelty Statute: A Study in Animal Welfare" , *Journal of Animal Law and Ethics*, 2006, PP 175-203.

۴. وایت، راب، ***جرم‌شناسی محیط‌زیست و عدالت زیست‌محیطی***، ترجمه پیمان نمامیان، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۹۴، صص ۳۶ و ۳۷.

5. Wise, S. *Rattling the Cage: Toward Legal Rights for Animals*, Perseus Books, Cambridge, and Massachusetts, 2001.

6. Wise, S. *Animal rights, one step at a time*, In: Sunstein, C. and M. Nussbaum (Eds.). Animal Rights: Current Debates and New Directions, New York: Oxford University Press, 2004, PP 19–50.

7. Francione, G. L. *Law and animals,* In: Bekoff. M (ed.). Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare, Volume 2, Santa Barbara, CA: Greenwood Press, 2010, PP 353–356.

اداری و قضایی مشاهده کرد که حیوانات، گیاهان، جانوران و حتی جمادات (مانند کوهستان، ساحل و آب‌ها) را تحت حمایت قرار می‌دهند. هرچند به‌طور قطع نمی‌توان از این قوانین نتیجه گرفت که این مقررات صرفاً به‌دنبال حمایت از طبیعت به‌خودی‌خود هستند. در هر صورت، نقطه آغازین این حرکت را می‌توان در دغدغه‌های مربوط به حمایت از حیوانات از قرن نوزدهم به‌بعد جست‌وجو کرد؛ زمانی که نخستین قوانین حمایتی از طبیعت شکل گرفتند.[1]

نفوذ رویکردهای طبیعت‌محور در متون حقوق عمومی فرانسه ابتدا در قالب قوانین عادی ظاهر شد و بعدها به قوانین اساسی برخی از کشورها نیز راه یافت. توجه به حقوق حیوانات در قوانین اساسی نشانگر توجه به رویکردهای غیرانسان‌محور[2] است.[3] در فرانسه، حمایت اساسی از عناصر طبیعت با تدوین «منشور اساسی ۲۰۰۴ محیط‌زیست»[4] مطرح شد. در این منشور و همچنین ماده ۱-۱۰۲ «کد محیط‌زیست»، اصل احتیاطی به‌طور جدی به‌دنبال محدود کردن فعالیت‌های آسیب‌رسان انسان بر طبیعت است. اعلام و شناسایی محیط‌زیست به‌عنوان میراث مشترک بشریت و همچنین تأکید بر وابستگی اجتناب‌ناپذیر انسان به محیط طبیعی، از اهداف این قواعد به‌شمار می‌رود.

گاسیو، یکی از صاحب‌نظران حقوق محیط‌زیست، وجود این قواعد را به‌منزله شناسایی فرایند حمایت اساسی از حیوانات و گیاهان تلقی می‌کند. هرچند که جایگاه حقوقی گیاهان و حیوانات در حقوق اساسی فرانسه همچنان مناقشه‌برانگیز است؛ به‌ویژه اینکه نمی‌توان عناصر طبیعت را به‌عنوان «ذی‌حق» در معنای حقوق اساسی در نظر گرفت. بااین‌حال، نباید فراموش کنیم که گاسیو در مقاله جنجالی خود تحت‌عنوان «اساسی‌سازی حمایت از حیوانات»[5] به تبیین و ارتقای جایگاه رویکردهای حمایتی در سلسله‌مراتب هنجارهای حقوقی پرداخته است.[6] [7]

قانون جزا و قانون روستایی فرانسه نیز مقرراتی در رابطه با حمایت از حیوانات وضع کرده‌اند. جرائم و جنحه‌های ارتکابی علیه حیوانات در کتاب پنجم قانون جزا، تحت‌عنوان «سایر جرائم و جنحه‌ها» قرار گرفته‌اند، نه در قالب جرائم علیه اموال. این رویکرد، نشانگر جهت‌گیری جدید در حقوق فرانسه است. بر اساس این قانون، سوءاستفاده جدی و اعمال ظالمانه

---

1. Chapoutier, Op. Cit., P 127.

2. Non anthropocentriques approach

۳. هرچند تعداد این‌گونه قوانین اساسی بسیار محدود است، در بند ۳ ماده ۱۰ قانون اساسی ۱۹۷۵ گینه مقرر شده که برای همه ضروری است گام‌هایی در راستای حمایت کافی از ارزش‌های طبیعی مانند پرندگان، حیوانات، ماهی‌ها، حشرات، گیاهان و جنگل‌ها برداشته شود. به موجب بند ۴ ماده ۷۲ قانون اساسی ۱۹۹۱ اسلوونی: «حمایت از حیوانات در برابر بی‌رحمی قانونمند خواهد شد». همچنین بند (الف) ماده ۲۰ قانون اساسی ۱۹۴۹ آلمان، که با اصلاحات سال ۱۹۶۸ تکمیل شده، مقرر می‌دارد: «دولت مسئولیت حفاظت از... حیوانات را در چارچوب هنجارهای قانون اساسی، قوانین و مقررات، عدالت و از طریق قوه مجریه و قضائیه برعهده دارد». به همین ترتیب، طبق بند (ی) ماده ۲۲۵ قانون اساسی ۱۹۹۸ برزیل، دولت مکلف است به «حفاظت از گیاهان و جانوران و ممنوعیت کلیه اقداماتی که کارکردهای زیستی آنها را به خطر اندازد یا منجر به انقراض گونه‌ها یا بی‌رحمی نسبت به حیوانات شود».

4. Protection constitutionnel

5. Constitutionnalisation de la protection de l’animal. Gassiot, Op. Cit., P 706.

6. Ibid, P 705.

۷. برخلاف حقوق‌دانان و متون حقوقی، در میان فلاسفه اخلاق افرادی مانند پیتر سینگر به‌صراحت از تکالیف و مسئولیت‌های انسان‌ها در برابر حیوانات صحبت می‌کنند. آنچه لئوپولد درخصوص توالی تاریخی نفی برده‌داری و به‌دست آوردن حقوق برای بردگان مطرح می‌کند، برای زمین، گیاهان و جانوران نیز متصور است. اساسی‌سازی حمایت از حیوانات در مجموعه حقوق عمومی، در وهله نخست به دنبال شناسایی «حمایت حقوقی» است، نه «ذی‌حق» قلمداد نمودن طبیعت، که این امر به‌نوبه‌خود نیازمند زمینه‌ها و تحولات عمیق‌تری است. برای مطالعه بیشتر درخصوص نظریه توالی تاریخی اخلاق زمین لئوپولد، رک: وهاب‌زاده، عبدالحسین، ***بوم‌شناسی، علم عصیانگر***، مقاله اخلاق زمین، تهران: چشمه، چاپ اول، ۱۳۸۲، صص ۳۷-۱۱.

علیه حیوانات اهلی یا در بند، می‌تواند به دو سال حبس و ۳۰ هزار یورو جزای نقدی منجر شود.[1]

ماده ۱-۲۱۴ قانون روستایی فرانسه بیان می‌دارد: «هر حیوان، موجودی حساس است و باید توسط صاحبش در شرایطی متناسب با نیازهای بیولوژیکی آن‌گونه قرار داده شود».[2] این قوانین نشان‌دهنده تحولاتی عمده در حمایت از حیوانات هستند که از قانون مدنی فراتر رفته‌اند. همچنین، قانون جزای فرانسه جرائم ارتکابی علیه حیوانات را در بخشی جداگانه به‌نام «سایر جرائم و جنحه‌ها» آورده است و نه در بخش جرائم علیه اموال.

۲.۳. تبلور طبیعت‌محوری حقوقی؛ مورد ایران

قانون اساسی ایران، مشابه بسیاری از کشورهای دیگر، اصولی را به حفاظت از محیط‌زیست اختصاص داده است. برخی اصول به صراحت (اصل پنجاهم) و برخی دیگر به‌طور ضمنی (اصل ۴۵) به محیط‌زیست و عناصر آن اشاره دارند.[3] بااین‌حال، در هیچ‌کدام از این اصول به‌طور مستقیم به گونه‌های جانوری اشاره نشده است.

در منشور حقوق شهروندی ۱۳۹۵، مواد ۱۱۲ تا ۱۱۵ به محیط‌زیست اختصاص یافته است.[4]در این سند نیز اشاره‌ای به حمایت خاص از حیوانات دیده نمی‌شود و فقط به مفاد اصل پنجاهم قانون اساسی و سایر قوانین عادی[5] اکتفا شده است.

در حقوق مدنی ایران، مشابه حقوق فرانسه، حیوان به‌عنوان مال منقول تلقی شده که قابل مبادله و دارای ارزش اقتصادی است. مالک آن می‌تواند در چارچوب قوانین در آن تصرف و بهره‌برداری کند. مفهوم «مال» در معنای گسترده، شامل اموال مادی و غیرمادی، به‌عبارت دیگر اشیا و حقوقی است که ارزش اقتصادی دارند. توصیف حیوان به‌عنوان مال منقول و در شرایطی به‌عنوان مال غیرمنقول حکمی، بر اساس قانون مدنی ایران صورت گرفته است.[6] [7]

این تلقی حیوان به‌عنوان مال، باعث می‌شود که تمام قوانین و مقررات مربوط به اموال مندرج در قانون مدنی به حیوان نیز اعمال شود. براساس قاعده تسلیط، مالک حق هرگونه تصرف و بهره‌برداری از حیوان را دارد.

در حقوق کیفری ایران، باوجود نبود حمایت جامع و منسجم از محیط زیست و اجزای آن، رویکرد غالب، دیدگاه طبیعت‌محور است. قوانین کیفری ایران هم انسان‌ها و هم طبیعت را به‌عنوان بزه‌دیده سبز معرفی کرده‌اند. نبود انسجام در این قوانین چالش‌های زیادی را برای اعمال سیاست‌های جنایی حمایتی مؤثر ایجاد می‌کند. به همین دلیل، ضروری است که قانون‌گذار ایرانی به اصلاح و تکمیل قوانین کیفری زیست‌محیطی بپردازد. علاوه‌بر این، آنچه در نظام حقوقی ایران در خصوص آلودگی محیط‌زیست وجود دارد، نادیده گرفتن ارزش ذاتی منابع حیاتی همچون آب، خاک و هواست.

---

[1]. Code pénal, Article 521-1 : Le fait, publiquement ou non, d'exercer des sévices graves, ou de nature sexuelle, ou de commettre un acte de cruauté envers un animal domestique, ou apprivoisé, ou tenu en captivité, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

[2]. Code rural, article L214-1: Tout animal étant un être sensible doit être placé par son propriétaire dans des conditions compatibles avec les impératifs biologiques de son espèce.

[3]. رمضانی قوام‌آبادی، محمدحسین، «حفاظت از محیط‌زیست در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، دوره ۱۸، شماره ۶۳، ۱۳۹۲، صص ۹۳-۱۴۰.

[4]. این منشور به موجب اصول۱۱۳، ۱۲۱ و۱۳۴ قانون‌اساسی نوشته شده است.

[5]. قانون حفاظت و بهسازی محیط‌زیست مصوب ۱۳۵۳، قانون نحوه جلوگیری از آلودگی‌هوا مصوب۱۳۷۴و ماده ۶۸۸ قانون مجازات اسلامی(تعزیرات)، مصوب ۱۳۹۲.

[6]. ماده ۱۷ قانون مدنی.

[7]. رمضانی قوام‌آبادی، محمد حسین و شراره ابطحی، ***حمایت از حقوق حیوانات (پنج گفتار از پروفسور راب وایت)***، تهران: شهر دانش، چاپ اول، ۱۴۰۱، ص ۲۰.

لذا باید قانون‌گذار با اصلاح قوانین حمایتی، به ارزش ذاتی این منابع توجه بیشتری نماید.[1]

در رویکرد قوانین حفاظتی حقوق ایران، علاوه بر عدم تناسب بسیاری از مجازات‌ها با افعال و ترک‌فعل‌های ارتکابی علیه گونه‌های جانوری، قانونی مستقل برای جرم‌انگاری اشکال ظلم به حیوانات نیز وجود ندارد. برخی از جرائم علیه حیوانات در دسته جرائم علیه مالکیت یا محیط‌زیست قرار گرفته‌اند.

هیئت‌وزیران، با هدف ترویج رفتار صحیح با حیوانات و اصلاح خلأهای قانونی در زمینه مقابله با حیوان‌آزاری و تعیین ضمانت اجراهای قانونی بازدارنده، لایحه «حمایت از حیوانات» را تصویب کرده بود، اما این لایحه از دستور کار مجلس شورای اسلامی خارج شد.[2]

ضرورت حمایت اخلاقی و حقوقی از حیات، سلامت و امنیت حیوانات، مبتنی‌بر آموزه‌های دینی و اجتماعی، همچنین سامان‌دهی حیوانات ولگرد، جلوگیری از آزار رساندن به حیوانات و ترویج فرهنگ همزیستی مسالمت‌آمیز با گونه‌های مختلف حیوانی، از جمله اهداف و دلایل این لایحه بود. بااین‌حال، این لایحه هنوز به قانون تبدیل نشده است و نشان می‌دهد که رویکرد حق‌گرا به‌طور کامل در قوانین کیفری ایران جایگاه نیافته است. بنابراین، تسریع در تدوین قوانین حمایتی موضوعه برای حفظ و حمایت از گونه‌های جانوری ضرورت دارد.

نتیجه‌گیری

شناسایی شخصیت حقوقی برای موجودات زنده، ازجمله دارنده آن، پیامدهای حقوقی گسترده‌ای به‌همراه دارد. این تصور که حیوانات نیز می‌توانند مانند انسان‌ها از شخصیت حقوقی برخوردار باشند، در عمل با چالش‌های فراوانی روبه‌روست و مبانی استدلالی کسانی که از این ایده دفاع می‌کنند، به‌شدت متزلزل می‌شود. باوجود این، برخی کشورها اقدام به اصلاح قوانین و مقررات خود کرده‌اند تا از رویکرد سنتی که حیوانات را به‌عنوان مال در نظر می‌گیرد، فاصله بگیرند و برای آنها به‌عنوان دارنده بالقوه حقوق، شخصیت حقوقی مستقلی تعریف کنند. این رویکرد تحت‌تأثیر تفکرات فلسفی، اخلاقی و گفتمان‌های فراتر از حقوق محض قرار دارد.

ایده شناسایی شخصیت حقوقی برای حیوانات در واقع گذر از مفهوم «شیء»[3] به «شخص»[4] است. در حقوق مدنی ایران، حیوانات به‌عنوان اموال یا اشیا تلقی می‌شوند و مالکشان حق هرگونه تصرف در آنها را دارد. این دیدگاه که برگرفته از حقوق فرانسه است، حیوانات را به‌عنوان اموال منقول محسوب می‌کند؛ رویکردی که خود نیز تحت‌تأثیر حقوق روم شکل گرفته است. در حقوق فرانسه نیز توصیف حیوان به‌عنوان مال منقول یا در شرایط خاص، مال غیرمنقول حکمی دیده می‌شود. در هر صورت، حیوان در این نظام‌های حقوقی به‌عنوان شیء و موضوع حق[5] محسوب می‌شود.

اما ایده‌های جدید به‌دنبال آن‌اند که حیوانات را نه به‌عنوان شیء، بلکه به‌عنوان اشخاص دارای حقوق در نظر بگیرند. این نگرش نوین سعی در ایجاد معماری حقوقی جدیدی دارد که در آن حیوانات به‌عنوان دارندگان حقوق مستقل شناخته شوند. در فرانسه، حمایت از حیوانات تحت‌تأثیر رویکردهای انسان‌محور شکل گرفته و قوانین مربوط به آنها براساس منافع انسانی تنظیم و توسعه یافته است. در این چارچوب، حیوانات به‌عنوان موجوداتی قابل جایگزینی که در خدمت منافع انسانی‌اند،

---

[1]. شاملو، باقر، اصغر احمدی و قدرت‌اله خسروشاهی، «بزه‌دیده‌شناسی سبز: با تأکید بر سیاست کیفری ایران»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، دوره ۶، شماره ۲۰، ۱۳۹۶، صص ۶۳ و ۶۴.

[2]. این لایحه حاوی۲۳ ماده و ۱۵ تبصره است که در خردادماه ۱۴۰۰به تصویب هیئت دولت رسیده است.

[3]. Chose

[4]. Personne

[5]. Objet

تصور می‌شوند. این رویکرد ریشه در فلسفه‌ای دارد که طبیعت و حیوانات را به‌عنوان منابعی در خدمت انسان تعریف می‌کند. در سنت کلاسیک غربی، حیوانات فقط به‌عنوان «ماشین» در خدمت انسان در نظر گرفته می‌شدند و رابطه بین انسان و حیوانات تابع رابطه مالک و شیء بود. نویسندگانی چون رز نیلیوس[1] و رمون گویلو[2] در بررسی‌های خود نشان می‌دهند که در قانون مدنی فرانسه (۱۸۰۴)، حیوانات به‌عنوان اشیا تلقی می‌شدند و حیوانات وحشی به‌عنوان اموال قلمداد می‌شدند که به مالک خاصی تعلق ندارند و شکارچیان می‌توانستند آنها را تحت مالکیت خود درآورند. این رویکرد در سال‌های اخیر تا حدودی تغییر کرده است؛ به‌گونه‌ای‌که برخی قوانین و مقررات جدید، محدودیت‌ها و حمایت‌هایی برای حیوانات قائل شده‌اند.

۱. نخستین گام در شناسایی حمایت حقوقی از حیوانات به‌عنوان موجودات زنده طبیعت، درک این واقعیت بود که آنها دارای حس[3] هستند. این بدین معناست که حیوانات برخلاف جمادات احساس دارند. اکتشافات علمی در سال‌های بعد نشان داد که برخی از حیوانات، مانند پستانداران و حیوانات انسان‌نما نظیر میمون‌ها و شامپانزه‌ها، قادر به تفکر انتزاعی و درک احساساتی مانند غم هستند. حق بر محیط‌زیست متعادل مستلزم آن است که به طبیعت، که حیوانات نیز بخشی از آن‌اند، احترام بگذاریم.

۲. هنری ساله در بیانات خود اظهار می‌دارد که تعهد فلسفی و اخلاقی انسان‌ها نسبت به حیوانات توسط پی‌تر سینگر در قرن بیستم پیگیری شد. در این راستا، سؤال اساسی مطرح شد که «مسئله این نیست که آنها می‌توانند استدلال کنند یا صحبت نمایند، بلکه مسئله این است که آیا آنها می‌توانند رنج بکشند؟». جنبش حقوق حیوانات که با تلاش‌های پی‌تر سینگر به اوج خود رسید، به‌دنبال دگرگونی فلسفه‌ها و ارزش‌های سنتی غرب بود و بر ناسازگاری الگوهای موجود تفکر با حمایت حقوقی از حیوانات تأکید داشت. از منظر طرف‌داران این جنبش، برابری میان حیوانات، که انسان نیز جزئی از آن است، باید حکومت کند و هرگونه استثنا به نفع «حیوان ناطق» باید توجیه شود. حیوانات به‌دلیل داشتن تفکر انتزاعی، احساسات، درک رنج و ارزش زیستی باید حقوقی داشته باشند و بتوانند از آنها دفاع کنند. در حقیقت، حیوانات از دیدگاه طرفداران این جنبش «طرف بالقوه حق»[4] محسوب می‌شوند.

۳. به‌مرور زمان، محدودیت‌های قانونی مربوط به رفتار با حیوانات، حق مالکیت بر آنها را محدود نمود. امروزه حتی مشاهده می‌شود که این محدودیت‌ها به درختان نیز تسری یافته است (در حقوق ایران، مالکین بدون رعایت ضوابط قانونی یا اخذ مجوز نمی‌توانند اقدام به قطع درختان نمایند).[5] در نظام حقوقی فرانسه نیز، دیگر به حیوانات به‌مثابه اشیا نگریسته نمی‌شود. در این خصوص، دو عامل حائز اهمیت است: نخست، مطالعات عمیق علمی که جنبه‌های ناشناخته‌ای از زندگی حیوانات را آشکار کرد و دوم، تأثیر اندیشه‌های فلسفی و شکل‌گیری جریان حقوق حیوانات که به تغییر نگرش انسان‌ها نسبت به حیوانات کمک نمود.

۴. پس از انقلاب فرانسه، تحت‌تأثیر جریان‌های فکری و فلسفی، موضوع حق برخورداری از شفقت[6] نیز مطرح شد و

---

1. Res nillius
2. Rémond-Gouilloud
3. Sensibilitè
4. Sujet potentiel de droit

۵. در حقوق ایران مراجعه کنید به؛ قانون حفظ و گسترش فضای سبز و جلوگیری از قطع بی رویه درخت مصوب ۱۳۵۲، لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها مصوب ۱۳۵۹، آیین‌نامه قانون «اصلاح قانون حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها مصوب سال ۱۳۵۹ شورای انقلاب» مصوب ۱۳۸۸، مجمع تشخیص مصلحت نظام مصوب ۱۳۸۹.

6. Droit à la compassion.

نخستین قوانین حمایتی در این زمینه از انگلستان به فرانسه وارد شد. در انگلستان، در سال ۱۸۲۲، قانون مربوط به ممنوعیت آزار و اذیت حیوانات تصویب شده بود. بورگارت[1] تحلیل می‌کند که در فرانسه، به‌موجب ماده ۳۰ قانون ۲۸ سپتامبر ۱۷۹۱، آزار و اذیت حیوانات متعلق به دیگران ممنوع اعلام شد. قانون جزای سابق نیز در مواد ۴۵۲ و ۴۵۳ افراد را مسئول خساراتی می‌دانست که ممکن بود از سوی حیوانات تحت مالکیت آنها به دیگران وارد آید.

۵. تحدید و ممنوعیت رفتار ناشایست با حیوانات در حقوق فرانسه، گام دیگری بود که حیوانات را از سایر اشیا متمایز می‌کرد. در جمهوری دوم فرانسه، تحت‌تأثیر افکار عمومی و بحث‌های حقوقی پیرامون حیوانات، مجلس فرانسه در دوم ژوئیه ۱۸۵۰، قانون حفاظت از حیوانات را تصویب کرد. این قانون، که به قانون گرامونت معروف است، رفتار ناشایست با حیوانات را در انظار عمومی ممنوع کرد. دلیل تصویب چنین قانونی در آن زمان بیشتر به‌خاطر جلوگیری از تأثیرات منفی روانی آزار حیوانات بر احساسات انسانی بود، نه برای خود حیوانات. به‌قول گاسیو، «هنوز انسان در مرکز این قوانین است». بورژوایی[2] و میلتون نیز این قانون را نوعی انسان‌دوستی و شخص‌واره‌سازی برای حیوانات می‌دانند. تلقی شخص‌واره[3] از حیوانات ریشه در نگاه انسان‌محورانه داشت. سؤال اساسی این بود که آیا حیوانات باید از نظر حقوقی به‌عنوان حیوان مورد احترام قرار گیرند یا این احترام تابعی از احساسات انسانی است. این قانون اجازه می‌داد که حیوانات در اماکن خصوصی و همچنین حیوانات وحشی آزار داده شوند.

۶. گام دیگری در حمایت حقوقی از حیوانات، منع رفتار خشن با آنها بود. خشونت انسان علیه حیوانات بیش از پیش انسانیت انسان را زیر سؤال می‌برد و افزایش خشونت علیه حیوانات به‌معنای افزایش خشونت انسان‌ها علیه یکدیگر است. به همین دلیل، قانون نوامبر ۱۹۶۳ با شناسایی ممنوعیت رفتار خشن با حیوانات خانگی، گامی مهم در این راستا برداشت. بااین‌حال، این قانون تنها از حیوانات خانگی حمایت می‌کند و برای حیوانات وحشی هیچ حکم یا قانونی در نظر گرفته نشده است. همچنین، باید یادآور شد که حیوانات همچنان «موضوع» حق هستند و نه «طرف» حق، و این بحث همچنان ادامه دارد.

۷. در فرانسه برای تعیین جایگاه حقوقی حیوانات نسبت به انسان، لوایح جهت اعطای شخصیت حقوقی به آن‌ها تنظیم شده‌است. این تغییرات هم‌اکنون تحت فشارهای حقوقی- سیاسی و افکار عمومی فراوانی در فرانسه قرار دارد. این جریانات به تضعیف تمایز میان حقوق انسان و حیوان کمک کرده و پیشرفت‌های علمی نیز در شکستن مرز میان انسان و حیوان نقش مهمی داشته‌اند.

۸. پس از دهه ۱۹۶۰، با مطرح شدن مفاهیمی چون حمایت از حیوانات و محیط‌زیست و شکل‌گیری گروه‌های طرفدار حقوق حیوانات، این جریان در نظام حقوقی فرانسه توسعه بیشتری یافت. معمولاً دو مفهوم حمایت از محیط‌زیست و حمایت از حیوانات در کنار یکدیگر مطرح می‌شوند، و به همین دلیل شناسایی حقوق حیوانات به‌معنای تضمین محیط‌زیستی سالم برای انسان نیز است. این تحولات علمی و فلسفی بهبود چشمگیری در وضعیت حمایت حقوقی از حیوانات ایجاد کردند. یکی از قوانین مهم در این زمینه، قانون دهم ژوئیه ۱۹۷۶ است که حیوانات را به‌عنوان موجودات دارای احساس معرفی کرد.[4] طبق ماده ۹ این قانون، هر حیوانی به‌مثابه یک موجود دارای احساس باید تحت حمایت مالک خود قرار گیرد. این شناسایی قانونی مسائل مرتبط با تولید، حمل‌ونقل، کشتار و نگهداری حیوانات را قانونمند

1. F. Burgat
2. Sohm-Bourgeois
3. شخص‌وارگی یا انسان‌گونگی به‌معنای اعطای ویژگی‌های انسانی و شخصیت انسانی به عناصرغیرانسان و تصورِا نسانی از آنهاست.
4. Loi n° 76-629 du 10/07/76 relative à la protection de la nature.

ساخت و آن‌ها را از اشیا بی‌جان متمایز نمود. این قوانین به‌ویژه در حمل‌ونقل حیوانات و شرایط رفاه آنها توجه ویژه‌ای دارند. همچنین، طبق قانون در آزمایش‌های علمی و آموزشی باید فقط در موارد ضروری از حیوانات استفاده شود.[۱]

۹. حمایت‌های حقوقی در قرن بیستم به‌سمت حمایت هرچه بیشتر از گونه‌های جانوری و گیاهی حرکت کرد. این حمایت نه‌تنها تمامیت جسمانی حیوانات، بلکه زیستگاه و محیط آنها را نیز دربر می‌گرفت و به ارتقای این حوزه کمک کرد. به گفته مارک آنسل، «در حقوق کیفری شکار و صید، قوانینی که پیشتر در حمایت از امتیازات شکارچیان بود، اکنون برعکس، ماهی‌ها و حیوانات شکار شده را مورد حمایت قرار می‌دهد». ماده ۲۵ قانون دهم ژوئیه ۱۹۷۶[۲] با ایجاد ذخیره‌گاه‌ها و پارک‌های ملی، امکان حمایت از گونه‌های جانوری در معرض انقراض را فراهم کرد. این قانون به‌معنای تکالیف بیشتر انسان‌ها در قبال حیوانات وحشی است و به توسعه وظایف و مسئولیت‌های انسانی نسبت به این حیوانات منجر شده‌است. به گفته گاسیو، حیوانات به «برادران فرودست»[۳] ما تبدیل‌شده‌اند.[4]

۱۰. برخلاف برداشت‌های سنتی، امروزه در فرانسه مالک حیوانات مجاز به هرگونه رفتار با حیوانات نیست. قانون ۲۹ ژوئیه ۱۹۹۴ که در ماده ۱-۵۲۱ کد جزایی فرانسه آمده است، بهره‌کشی شدید یا رفتارهای وحشیانه نسبت به حیوانات را منع می‌کند. طبق این قانون، بهره‌کشی شدید، رفتارهای جنسی یا ارتکاب اعمال وحشیانه علیه حیوانات اهلی، رام شده یا در قفس، مستوجب دو سال حبس و سی هزار یورو جریمه است. علاوه‌بر این، ترک حیوانات خانگی یا در قفس نیز به همین مجازات منجر می‌شود. همچنین، ماده ۲-۵۲۱ تصریح دارد که انجام تحقیقات علمی یا آزمایشگاهی بر روی حیوانات بدون رعایت شرایط تعیین شده توسط مصوبه شورای دولتی مستوجب مجازات است. این تحولات زمینه‌ساز توجه منشور اساسی محیط‌زیست[5] به این حوزه شده‌اند.

۱۱. در حقوق ایران، هرچند حمایت یکپارچه‌ای از محیط‌زیست و اجزای آن صورت نگرفته است، رویکرد حاکم، طبیعت‌محور است. جرم ظلم به حیوانات در چارچوب جرائم علیه محیط‌زیست یا جرائم علیه اموال قرار می‌گیرد. لایحه خردادماه ۱۴۰۰، که می‌توانست گامی مثبت در سامان‌دهی وضعیت گونه‌های حیوانی و تحولی در حقوق حیوانات ایجاد کند، هنوز به قانون تبدیل نشده و این بدان معناست که همچنان رویکرد حق‌گرا جایگاه خود را در قوانین ایران به‌طور کامل نیافته است.

منابع

کتاب

۱. ابطحی، شراره، ***حفاظت از گونه‌های زیستی در آموزه‌های جرم‌شناسی انتقادی گونه‌های حیوانی***، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۴۰۰.

۲. رمضانی قوام‌آبادی، محمدحسین و شراره ابطحی، ***حمایت از حقوق حیوانات (پنج گفتار از پروفسور راب وایت)***، تهران: شهر دانش، چاپ اول، ۱۴۰۱.

۳. ریگان، تام، ***حق حیوان، خطای انسان: درآمدی به فلسفه اخلاق***، تهران: کرگدن، چاپ دوم، ۱۳۹۸.

---

۱. ماده۲۷۶ کدروستایی و همچنین مصوبه ۱۱۹ اکتبر ۱۹۷۸که لیستی ازمصادیق ضروری را ارائه می‌دهد.

۲. درحال حاضر ماده ۸-۲۴۲ کد روستایی و ماده ۸ -۳۲۲ کد محیط زیست.

3. Frères inférieurs

4. Gassiot, Op. Cit., P 710.

5. L’animal, nouvel objet du droit constitutionnel

٤. ساعد، محمدجعفر، ***حقوق کیفری و اخلاق زیستی***، تهران: شهر دانش، چاپ اول، ۱۳۹۳.
٥. شکوئی، حسین، ***فلسفه‌های محیطی و مکتب‌های جغرافیایی***، جلد ۲، تهران: مؤسسه جغرافیایی و کارتوگرافی گیتاشناسی، چاپ پنجم، ۱۳۸۲.
٦. فراکسیون، گری ال و آناای چارلتون، ***اجازه هست شما را بخورم؟! بررسی اخلاقی مصرف غذای حیوانی***، ترجمه باهار مؤمنی و احسان شفیعی زرگر، تهران: تیسا، ۱۳۹۵.
۷. مشهدی، علی، ***حق بر محیط‌زیست سالم***، تهران: میزان، ۱۳۹۲.
۸. وایت، راب، ***جرم‌شناسی محیط‌زیست و عدالت زیست‌محیطی***، ترجمه پیمان نمامیان، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۹۴.
۹. وهاب‌زاده، عبدالحسین، ***بوم‌شناسی، علم عصیانگر، مقاله اخلاق زمین***، تهران: چشمه، چاپ اول، ۱۳۸۲.

مقاله

۱۰. رمضانی قوام‌آبادی، محمدحسین، «حفاظت از محیط‌زیست در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، دوره ۱۸، شماره ۶۳، ۱۳۹۲، صص ۹۳-۱۴۰.
۱۱. شاملو، باقر، اصغر احمدی و قدرت‌اله خسروشاهی، «بزه‌دیده‌شناسی سبز: با تأکید بر سیاست کیفری ایران»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، دوره ۶، شماره ۲۰، ۱۳۹۶، صص ۳۷-۶۷. https://doi.org/10.22054/jclr.2017.9924.1167
۱۲. شقاقی، حسین، «مقایسه‌ای بین اندیشه‌های پست‌مدرن و سنت‌گرایی»، *ماهنامه اطلاعات حکمت و معرفت*، دوره ۳، شماره ۲، ۱۳۸۷، صص ۴۷-۵۰.
۱۳. عابدی سروستانی، احمد، منصور شاه ولی و سید مصطفی محقق داماد، «ماهیت و دیدگاه‌های اخلاق زیست محیطی با تأکید بر دیدگاه اسلامی»، *فصلنامه اخلاق در علوم و فناوری*، دوره ۲، شماره ۱، ۱۳۸۶.
۱٤. قراملکی، احد فرامرز، «توان فلسفه ملاصدرا در حل مسئله شأن و جایگاه اخلاقی محیط‌زیست»، *مجموعه مقالات همایش بین‌المللی بزرگداشت روز جهانی فلسفه*، چاپ اول، ۱۳۹۱.

References

Books

1. Abtahi, Sharareh, *Biodiversity Protection in the Teachings of Critical Criminology on Animal Species*, Tehran: Mojd, First Edition, 2021. (In Persian)
2. Berry, T. *The Great Work: Our Way into the Future*, New York: Harmony/Bell Tower, 1999.
3. Cullinan, C. *Wild Law: A Manifesto for Earth Justice*, London: Green Books in association with The Gaia Foundation, 2004.
4. Eckersley, R. *Environmentalism and Political Theory: Toward an Ecocentric Approach*, New York: State University of New York Press, 1992.
5. Fisher, D. *Jurisprudential Challenges to the Protection of the Natural Environment***,** In: Maloney, M. and P. Burdon (Eds.). Wild Law – in Practice, London: Routledge, 2010.
6. Francione, G. L. *Law and Animals,* In: Bekoff. M (ed.). *Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare,* Volume 2, Santa Barbara, CA: Greenwood Press, 2010.
7. Francione, Gary L. and Charlton, Anna .E, *May I Eat You?! An Ethical Examination of Consuming Animal Foods,* Translated by :Bahar Mo'meni and Ehsan Shafie'e Zargar, Tehran: Tisa, 2016. (In Persian)
8. Mashhadi, Ali, *Right to a Healthy Environment*, Tehran: Mizan, 2013. (In Persian)
9. Ramezani Ghavam-Abadi, Mohammad Hossein and Sharareh Abtahi, *Animal Rights Protection (Five Lectures by Professor Rob White)*, Tehran: Shahr-e-Danesh, First Edition, 2022. (In Persian)

10. Regan, Tom, *The Animal Right, The Error of Man: An Introduction to Moral Philosophy*, Tehran: Kargadan, Second Edition, 2019. (In Persian)
11. Ryder, R. *Victims of Science*, London: Davis-Poynter, 1975.
12. Sa'ed, Mohammad Ja'far, *Criminal Law and Bioethics*, Tehran: Shahr-e-Danesh, First Edition, 2014. (In Persian)
13. Schlosberg, D. *Defining Environmental Justice: Theories, Movements, and Nature*, New York: Oxford University Press, 2007.
14. Shakouei, Hossein, *Environmental Philosophies and Geographical Schools*, Volume 2, Tehran: Geographical and Cartographic Institute of Geotashnasi, Fifth Edition, 2003. (In Persian)
15. Singer, P. *Animal liberation*, Avon Books Publisher, 1977. (In French)
16. Vahhabzadeh, Abdolhossein, *Ecology, Rebellious Science, Essay on Earth Ethics*, Tehran: Cheshme, First Edition, 2003. (In Persian)
17. White, Rob, *Environmental Criminology and Environmental Justice*, Translated by :Peyman Namamian, Tehran: Majd, 2015. (In Persian)
18. Wise, S. *Animal rights, One Step at a Time,* In: Sunstein, C. and M. Nussbaum (Eds.). Animal Rights: Current Debates and New Directions, New York: Oxford University Press, 2004.
19. Wise, S. *Rattling the Cage: Toward Legal Rights for Animals,* Perseus Books, Cambridge, and Massachusetts, 2001.

Articles

20. Abedi Sarvestani, Ahmad, Mansour Shah Vali and Sayyed Mostafa Mohaghegh Damad, "The Nature and Perspectives of Environmental Ethics with Emphasis on the Islamic Perspective", *Quarterly Journal of Ethics in Science and Technology*, Volume 2, Issue 1, 2007. (In Persian)
21. Bégin, Luc. "The Ecocentric Claim of a Right of Nature", *Laval Theological AND Philosophical* 48, Issue 3, 1992. (In French)
22. Chapoutier, G. "Animal Rights", *PUF, Que sais-je*, No. 2670, 1992. (In French)
23. De Lucia, V. "Competing Narratives and Complex Genealogies: The Ecosystem Approach in International Environmental Law", *Journal of Environmental Law*, Volume 27, Issue 1, 2015.
24. Donnelly, B. and P. Bishop. "Natural Law and Ecocentrism", *Journal of Environmental Law*, Volume 19, Issue 1, 2007.
25. Flynn, M. and M. Hall. "The Case for a Victimology of Nonhuman Animal Harms", *Contemporary Justice Review*, Volume 20, Issue 3, 2017.
26. Gharamelki, Ahad-Faramarz, "The Potential of Mulla Sadra's Philosophy in Resolving the Problem of the Ethical Status and Place of the Environment", *Proceedings of the International Conference for the Celebration of World Philosophy Day*, First Edition, 2012. (In Persian)
27. Ibrahim, D, "the Anticruelty Statute: A Study in Animal Welfare" , *Journal of Animal Law and Ethics*, 2006.
28. Kevin Kjonnas, "Animal Rights: Past and Present", Available at: https://doitgreen.org/topics/environment/animal-rights-past-and-present/, (Last Visited Sep. 2024)
29. Lafrance, G. "Nature and the Subject of Law", *Proceedings of the Congress of the Association of French-Speaking Philosophical Societies* (ASPLF), Issue 25, 1996. (In French)
30. Lazaro, Christophe. "Law and the Animal: On the Traces of a Legal Post-Humanism", *Review of Ethics and Moral Theology*, Volume 2, 2020. (In French)
31. Lin, A. "The Unifying Role of Harm in Environmental Law", *Wisconsin Law Review*, Volume 3, 2006.
32. Mauras, Alice. "The Recognition of Nature as a Subject of Law in Latin America: From Anthropocentrism in Law to Legal Ecocentrism", *International Review of Comparative Law,* Volume 2, 2020. (In French)

33. McEwen, G. “The challenge posed by feral amimals’, Animals Theme, Reform, and Sydney”, *Australian Law Reform Commission*, 2008.
34. Olivier Gassiot, “The Animal: A New Object of Constitutional Law”, *French Review of Constitutional Law*, Issue 64, 2005. (In French)
35. Pelizzon, A. and A. Ricketts. “Beyond Anthropocentrism and Back Again: From Ontological to Normative Anthropocentrism”, *The Australasian Journal of Natural Resources Law and Policy,* Volume 18, Issue 2, 2015.
36. Preston, B. “The Use of Restorative Justice for Environmental Crime”, *Criminal Law Journal*, Volume 35, 2011.
37. Ramezani Ghavam-Abadi, Mohammad Hossein, “Environmental Protection in the Fundamental Law of the Islamic Republic of Iran”, *Judicial Law Views Quarterly*, Volme 18, Issue 63, 2013, PP 93-140. (In Persian)
38. Shaghaghi, Hossein, “A Comparative Study of Postmodern and Traditionalist Ideas”, *Monthly Magazine of Information, Wisdom and Knowledge*, Volume 3, Issue 2, 2008, PP 47-50. (In Persian)
39. Shamloo, Bagher, Asghar Ahmadi, and Ghodratollah Khosrowshahi, “Green Victimology: Focusing on Iran's Criminal Policy”, *Criminal Law Research Quarterly*, Volumee 6, Issue 20, 2017, PP 37-67. (In Persian)
40. Walters, B. “Enlarging Our Vision of Rights: the Most Significant Human Rights Event in Recent Times?”, *Alternative Law Journal*, Volume 36, Issue 4, 2011.
41. Williams, C. “Wild law in Australia: Practice and possibilities”, *Environmental Planning and Law Journal*, Volume 30, 2013.

Legal Research, Vol 29, Issue 113, 2026: 23-46 Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Journal of Legal Research
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

Orginal Article

An Essay on Soft International Organization

Sattar Azizi[1], Abolfazl Khakzad Bajestani[2], Kian Biglarbeigi[3]

Highlights

- Unlike hard organizations, soft international organizations are not established through treaties or formal procedures, and the primary criterion for identifying them is determining the "intent of the parties".
- The legal personality of soft international organizations is not subject to a general rule; rather, the function and structure of each organization must be examined on a "case-by-case" basis to determine its independent will and responsibility.
- States favor these organizations due to their speed, confidentiality, and flexibility, which allow them to serve as a complement to, a substitute for, or a preliminary step toward the formation of hard organizations.

ABSTRACT

Introduction

The conclusion of the Westphalian treaties in 1648 was a historical turning point that consolidated the concept of independent nation-states and established the foundation of an intergovernmental international society. Over the centuries, this society evolved significantly, leading to the birth of new entities known as International Organizations (IOs) operating alongside states. While legal doctrine has traditionally classified organizations based on criteria such as nature, quantity, or competence, a crucial distinction has recently emerged: the division between "Hard" and "Soft" International Organizations. In the contemporary era, "Soft International Organizations" have risen to prominence. These entities are distinguished from their traditional counterparts by their informal structures and flexible frameworks. Unlike Hard Organizations, which are typically founded upon formal treaties ratified by parliaments and possess a clear legal personality, Soft Organizations operate within less stringent frameworks, relying on political commitments rather than legally binding agreements. The primary objective of this research is to examine the conceptualization, legal status, and implications of Soft International Organizations. The study addresses fundamental questions: What entities qualify as Soft IOs? What is their legal status? And what are their consequences for the international order? This inquiry is significant because states increasingly use these flexible mechanisms to bypass bureaucracy and safeguard sovereignty, yet this creates legal ambiguities regarding accountability. Consequently, this article explores the definition, elements, and challenges of these emerging actors.

How to Cite: Azizi, Sattar, Khakzad Bajestani, Abolfazl, Biglarbeigi, Kian, "An Essay on Soft International Organization", Legal Research, Vol. 29, No. 113, 2026, pp: 23-46.

DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2025.235757.2731 Received: 21/05/2024-Accepted: 14/05/2025

1. Professor of Law, Faculty of Humanities, Bu-Ali Sina University, Hamedan, Iran
Corresponding Author Email: s.azizi@basu.ac.ir
2. L.L.M. Student, Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran
3. PhD Candidate, Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Methods

This research employs a descriptive-analytical approach to investigate Soft International Organizations, utilizing a library-based method for data collection. The methodological framework provides a comprehensive understanding of both theoretical underpinnings and practical implications. In the descriptive phase, the study traces the historical development of international cooperation, examining the transition from temporary conferences to permanent, informal institutional arrangements. It reviews legal texts and founding documents to elucidate the characteristics defining "softness." In the analytical phase, the research evaluates legal status and operational effectiveness by referencing International Court of Justice (ICJ) jurisprudence. Specifically, the "Reparation for Injuries" (1949) advisory opinion and the "Qatar v. Bahrain" (1994) case are analyzed to determine criteria for legal personality and the weight of non-binding instruments based on the parties' intent. Furthermore, the methodology incorporates a comparative study of the "Organization for Security and Co-operation in Europe" (OSCE) and the "Financial Action Task Force" (FATF) against Hard IOs. This comparison aims to determine if the absence of a formal treaty precludes functional legal personality. The study also distinguishes between "Soft Law" and "Soft Organizations", focusing on identification criteria such as the "intent of the founders" and non-registration under Article 102 of the UN Charter.

Results and Discussions

The findings characterize a Soft International Organization as an entity not established by a formal treaty under international law, but deriving legitimacy from the founders' intent, often expressed through non-binding instruments. The study identifies four critical criteria for recognition: First, the nomenclature (e.g., "Group," "Conference") serves as an indicator but is not determinative. Second, the formation is marked by a lack of formalities, such as parliamentary ratification, allowing for rapid establishment. Third, founding documents are rarely registered with the UN Secretariat. Fourth, and most crucially, the "intent" of the parties is to create political rather than legal commitments. Regarding legal status, the research reveals that Soft IOs do not possess inherent legal personality but can establish it through "functional necessity." For instance, the FATF, despite informal origins, exhibits functional legal personality; its standards are globally enforced, and its President addresses the UN Security Council using collective language ("We"), implying a unified entity. Similarly, the OSCE, while defining commitments as political, maintains permanent institutions and staff, reinforcing arguments for its objective legal personality. The study delineates three key elements inherent to Soft Organizations: 1. Evolutionary Element: These organizations often serve as transitional stages. They may evolve into Hard Organizations—as seen with ASEAN or the GUAM Group—or act as preparatory platforms for membership in larger bodies like the European Union; 2. Normative Element: A primary function is the production of "Soft Law." While Hard Organizations also produce non-binding norms, Soft Organizations rely almost exclusively on them to influence global conduct, as seen with ISO environmental standards or FATF regulations; 3. Structural Element: They share common features such as minimal institutional structures, often relying on small secretariats to maintain operational continuity without heavy bureaucracy. Functionally, the findings suggest these organizations play diverse roles: acting as "substitutes" for failing hard institutions (e.g., G7 amidst Bretton Woods difficulties), providing "crisis solutions" (e.g., the Helsinki Process during the Cold War), or serving as "complements" to existing bodies (e.g., G20 supporting financial institutions). However, significant challenges exist. Internal Challenges arise from informal structures leading to weak consensus and ineffective outcomes. The 2000 G7 Summit in Okinawa is cited as an example where the lack of formal obligation resulted in negligible achievements, fueling criticism that such bodies are merely "talk shops." External Challenges concern international responsibility. The legal ambiguity complicates accountability. A critical question remains: In the event of a wrongful act arising from the organization's standards, does the responsibility lie with the organization itself or its member states? The findings suggest that for highly structured soft entities, responsibility should arguably reside with the organization to prevent states from hiding behind the corporate veil to evade liability.

Conclusion

In conclusion, Soft International Organizations represent a dynamic evolution in global governance, offering a pragmatic response to the contemporary need for speed, flexibility, and confidentiality. These entities distinguish themselves from Hard Organizations through their reliance on non-binding commitments, yet they share significant functional similarities in norm-setting and operations. The ultimate verdict is that definitive answers regarding the legal nature of Soft Organizations remain elusive. The challenges they present—concerning legal status, effectiveness, and accountability—cannot be addressed through a single broad rule. Instead, a rigorous "case-by-case" analysis is essential, evaluating the specific

documents and practices of each organization. As these organizations proliferate, the international community must find a balance between political flexibility and legal accountability to ensure that "softness" does not become a pretext for escaping international responsibility and undermining the rule of law.

Keywords: Soft International Organization, Hard International Organization, Legal Personality, Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE).

فصلنامه تحقیقات حقوقی
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

مقاله علمی-پژوهشی

جستاری بر سازمان‌های بین‌المللی نرم

ستار عزیزی[۱]، ابوالفضل خاکزاد بجستانی[۲]، کیان بیگلربیگی[۳]

نکات برجسته

- سازمان‌های بین‌المللی نرم برخلاف سازمان‌های سخت، بر پایه معاهده و تشریفات رسمی بنا نشده‌اند و معیار اصلی برای تشخیص آن‌ها، احراز «قصد طرفین» است.
- شخصیت حقوقی سازمان‌های بین‌المللی نرم حکمی کلی ندارد و برای تشخیص اراده و مسئولیت مستقل آن‌ها، باید کارکرد و ساختار هر سازمان به صورت «مورد به مورد» بررسی شود.
- اقبال دولت‌ها به این سازمان‌ها به دلیل سرعت، محرمانگی و انعطاف‌پذیری آن‌هاست که به آن‌ها امکان می‌دهد نقش‌های مکمل، جایگزین یا مقدمه‌ای برای تشکیل سازمان‌های سخت را ایفا کنند.

چکیده

انعقاد معاهدات وستفالی در سال ۱۶۴۸ سبب گردید که جامعه بین‌المللی ساختاری جدید یابد و به یک جامعه بین‌الدولی (دولت-ملت) تبدیل شود. ماهیت بین‌الدولی جامعه بین‌المللی به‌مرور زمان دچار تحولاتی شد و منجر به تولد موجودیت‌های جدیدی به نام سازمان‌های بین‌المللی در کنار دولت‌ها گردید. سپس درنتیجه تحول حقوق سازمان‌های بین‌المللی، با موجودیت‌های جدیدی روبه‌رو هستیم که از آنها به‌عنوان سازمان‌های بین‌المللی نرم یاد می‌شود و در مقایسه با سازمان‌های سخت، مسائل نوظهوری را در عرصه نظام حقوق بین‌الملل پدید آورده‌اند که از جمله می‌توان به مفهوم‌شناسی، شخصیت حقوقی، عناصر و چالش‌های پیش‌روی این سازمان‌ها، اشاره نمود. بنابراین سؤال‌های پژوهش حاضر آن است که اصولاً به چه سازمان‌هایی سازمان بین‌المللی نرم می‌گویند؛ چه وضعیت حقوقی دارند و چه آثاری بر آنها مترتب است؟ بدین‌منظور سعی شده است با روش توصیفی– تحلیلی و شیوه گردآوری اطلاعات به‌صورت کتابخانه‌ای به پاسخ سؤال‌های پیش‌گفته پرداخته شود. در پایان نگارندگان نتیجه می‌گیرند که تمام چالش‌هایی که در جایگاه سازمان‌های بین‌المللی نرم وجود دارد، درنتیجه مقایسه با سازمان‌های سخت به وجود آمده است و پاسخ قطعی‌ای نمی‌توان به تمام آنها داد؛ بلکه باید به‌صورت مورد به مورد و با توجه به قواعد و مقررات حاکم بر آن سازمان بررسی و نتیجه‌گیری نمود.

کلید واژگان: سازمان‌های بین‌المللی نرم، سازمان‌های بین‌المللی سخت، شخصیت حقوقی، سازمان امنیت و همکاری اروپا.

استناد به این مقاله: عزیزی، ستار، خاکزاد بجستانی، ابوالفضل، بیگلربیگی، کیان، «جستاری بر سازمان‌های بین‌المللی نرم»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۳، فروردین ۱۴۰۵، صص: ۲۳-۴۶.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۳/۰۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۲/۲۴ DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2025.235757.2731

۱. استاد، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: s.azizi@basu.ac.ir
۲. دانشجوی کارشناسی‌ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
۳. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

مقدمه

گسترش روابط بین‌المللی در دو قرن اخیر، به‌ویژه پس از بروز انقلاب صنعتی، زمینه‌ساز ظهور سازمان‌های بین‌المللی بوده است؛ تا جایی‌که دیوان بین‌المللی دادگستری در نظریه مشورتی سال ۱۹۴۹ در قضیه جبران خسارت وارده به کارکنان سازمان ملل متحد اعلام می‌دارد: «گسترش روزافزون فعالیت‌های جمعی دولت‌ها سبب انجام نمونه‌هایی از این اعمال در سطح بین‌المللی توسط برخی نهادها شده‌است که دولت نیستند».[۱] از روز آغازینی که واژه «سازمان‌های بین‌المللی» برای اوّلین بار در قرن نوزدهم توسط حقوقدان اسکاتلندی «جیمز لوری مر»[۲] به کار برده شد،[۳] مطالعه حقوق سازمان‌های بین‌المللی به‌طور فزاینده‌ای درحال پیشرفت است. این مسئله به دو دلیل است: اوّل، قواعدی که توسط سازمان‌های بین‌المللی وضع می‌شوند، در زندگی روزمره مردم تأثیرگذارند؛ چنان‌که معترضان به نشست سازمان جهانی تجارت[۴] در سیاتل مورخ دسامبر ۱۹۹۹ به‌خوبی دریافتند که مقررات این سازمان چقدر می‌تواند در زندگی روزمره افراد تأثیرگذار باشد.[۵] برای مثال بسیاری از مسائل معیشتی ممکن است تحت‌تأثیر تصمیمات واحدی باشند که از سوی صندوق بین‌المللی پول صادر می‌شود یا پس از بحران کوزوو در پی عملیات‌های نظامی ناتو، بسیاری پی بردند که سازمانی مثل ناتو می‌تواند تأثیر جدی بر زندگی انسان‌ها داشته باشد و یا زندگی کاری مردم کم‌وبیش تحت‌تأثیر سازمان بین‌المللی کار می‌تواند قرار بگیرد. دوم، رشد شگفت‌انگیز کمّی سازمان‌های بین‌المللی از قرن بیستم به‌بعد که بسیاری را به وجد آورده‌است. امروزه هرکس بخواهد در فعالیتی مشغول گردد، خواه این فعالیت فرستادن کارت پستال به دوستی در خارج از کشور خود باشد یا خرید یک دستگاه تلویزیون که تولید خارجی است، به‌احتمال‌زیاد آن فعالیت به‌نحوی با فعالیت‌های یک سازمان بین‌المللی تنظیم شده است. سازمان‌های بین‌المللی در پدیده‌ای فراگیر تحول یافته و طبق محاسبات، حتی از شمار دولت‌ها[۶] نیز فراتر رفته‌اند.[۷]

از نقطه‌نظر تاریخی، حقوق سازمان‌های بین‌المللی با سه موج پژوهشی همراه بوده است. اوّلین موج مربوط به نوشته‌های پس از جنگ جهانی اوّل است؛ موج دوم بین سال‌های ۱۹۵۰ تا ۱۹۷۰ اتفاق افتاد و موج سوم از سال ۱۹۹۰ شروع شده

---

1. *Reparation for Injuries Sufferd in the Service of the United Nations*, ICJ, Advisory Opinion, 1949, PP 178-179. Retrieved January 29, 2024 from https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-EN.pdf.

2. James Lorimer

۳. زمانی، سید قاسم، ***حقوق سازمان‌های بین‌المللی***، جلد ۱، تهران: شهردانش، چاپ چهارم، ۱۴۰۱، ص۴۴.

4. World Trade Organization

5. Klabbers, Jan. "Institutional Ambivalence by Design: Soft Organizations in International Law", *Nordic Journal of International Law*, Volume 70, Issue 3, 2001, P 403.

۶. براون لی قدری محافظه‌کارانه از تعداد ۱۷۰ سازمان یاد می‌کند. نک: Brownlie, Ian. "Principles of public international law", VRÜ Verfassung und Recht in Übersee 14, Issue 1, 1990 دیگران مانند پیتر بکر رقم حدود ۳۵۰ سازمان را ذکر می‌کنند. ر.ک: Bekker, P *The Legal Position of Intergovernmental Organizations: A Functional Necessity Analysis of their Legal Status and Immunities*, Dordrecht, 1994, P 4. حتی برخی مانند جرمی کارور تا آنجا پیش می‌رود که صحبت از تعداد ۷۰۰۰ سازمان را به میان می‌آورد. نک: اظهارنظر او در جلسه کمیته انجمن حقوق بین‌الملل در تایپه درباره پاسخ‌گویی سازمان‌های بین‌المللی در: International Law Association, Report of the Sixty-eighth conference, London, 1998, P 614.

7. Klabbers, Jan. *An introduction to international organizations law*, Cambridge University Press, 2022, P 1.

و کماکان در جریان است.[1] در این راستا مطالعه سازمان‌های بین‌المللی نرم در موج سوم سیر مطالعاتی قرار می‌گیرد. بنابراین باید اشاره داشت، نویسندگانی که در باب سازمان‌های بین‌المللی قلم به دست گرفته‌اند، سازمان‌ها را به اعتبارات مختلفی همچون معیار ماهیت، کمیت، صلاحیت، هدف و غیره طبقه‌بندی کرده‌اند. البته آن شاخه که نویسندگان کمتر بدان توجه داشته‌اند، تقسیم سازمان‌های بین‌المللی به سازمان‌های سخت و سازمان‌های نرم است؛ این تقسیم‌بندی که بیشتر حقوق‌دانان ایتالیایی روی آن تمرکز کرده‌اند، درنتیجه تحول مطالعات حقوق سازمان‌های بین‌المللی به وجود آمده است.

این واقعیت پذیرفته شده‌است که در جامعه بین‌المللی با سازمان‌هایی به‌عنوان سازمان‌های بین‌المللی نرم روبه‌رو هستیم که به‌تدریج و در ظرف زمان پا به عرصه وجود گذاشته‌اند و در دهه‌های اخیر تعداد زیادی از کشورها استفاده از سازمان‌های نرم را به سازمان‌های سخت یا رسمی ترجیح داده‌اند. این مسئله ناشی از ساختار غیر رسمی، تسهیل اجرای اهداف و ارزش‌های سازمان‌های بین‌المللی نرم توسط دولت‌های عضو و در برخی موارد برای سایر کشورها و جامعه بین‌المللی است. البته این مسئله می‌تواند هم به تعداد دولت‌های عضو سازمان‌های نرم و هم به دخالت کم و بیش نظام‌مند دولت‌ها بستگی داشته باشد.

بنابراین در این نوشتار سعی شده است با روش توصیفی– تحلیلی و شیوه گردآوری اطلاعات به‌صورت کتابخانه‌ای ابعاد مختلف سازمان‌های بین‌المللی نرم بررسی شود. ازاین‌رو ابتدا به ملاحظات مفهومی سازمان‌های بین‌المللی نرم، سپس وضعیت حقوقی سازمان‌های بین‌المللی نرم پرداخته می‌شود و درنهایت نگرش‌ها و چالش‌های آن بیان می‌گردد.

۱. ملاحظات مفهومی سازمان‌های بین‌المللی نرم

هر پدیده‌ای برای تدقیق یافتن نیاز به تعریف دارد. شاید دشوارترین پرسش این باشد که یک سازمان بین‌المللی نرم چیست؟ هم‌چنین از سوی دیگر، تمیز آن از سایر سازمان‌های بین‌المللی به‌منظور روشن شدن محل بحث امری ضروری است که پیش‌شرط آن روشن ساختن مفهوم سازمان‌های بین‌المللی نرم است. بنابراین در ادامه در بخش اوّل به تعریف سازمان‌های بین‌المللی نرم و در بخش دوم به شناسایی آن پرداخته می‌شود.

۱.۱. تعریف سازمان بین‌المللی نرم

وقتی سخن از سازمان‌های بین‌المللی نرم می‌شود، همان احساسات و شهودی را برمی‌انگیزد که معمولاً با صحبت از حقوق نرم می‌شود. اصطلاح سازمان بین‌المللی نرم هرچند به خودی خود مبهم است، اما بلافاصله ذهن را روی برخی موضوعات مشابه متمرکز می‌کند.[2] به همین دلیل، شایسته است ابتدا گریزی به‌اصطلاح حقوق نرم داشته باشیم تا از این رهگذر به‌اصطلاح سازمان‌های بین‌المللی نرم برسیم.

برخی حقوق نرم را این‌گونه تعریف کرده‌اند: «دسته‌ای از تعهدات بین‌المللی که در مفهوم حقوق بین‌الملل الزام‌آور محسوب نمی‌شوند، اما می‌توان آن را یک تکلیف سیاسی قلمداد کرد».[3] برخی دیگر معتقدند در حقوق نرم، «بحث حقوقی نبودن یا حقوقی بودن آن مطرح نیست، بلکه درجه الزام‌آور بودن یا قابلیت تبدیل از حقوق نرم به حقوق سخت

[1]. Klabbers, Jan. “The life and times of the law of international organizations”, In: International organizations, *Routledge*, 2017, P 290.
[2]. Klabbers, *Institutional ambivalence by design: Soft organizations in international law*, op. cit., P 405.
[3]. Thirlway, Hugh. *The sources of international law*, Oxford University Press, 2014, P 164.

مطرح است».[۱]

از سوی دیگر، برخی مانند ویل،[۲] اصولاً چنین طبقه‌بندی که حقوق را به نرم و سخت تقسیم کنیم، قبول ندارد و معتقد است: «یک مقرره مندرج در یک معاهده یا یک هنجار عرفی ممکن است مبهم باشد، به‌طریق اولی حقوق نرم که مقرره‌ای غیرهنجاری است، مبهم شناخته می‌شود».[۳] همچنین نگرش راستیالا[۴] به‌عنوان منتقدی دیگر نیز آن است که مفهومی به نام حقوق نرم وجود ندارد.[۵]

علاوه‌بر این، باید اذعان داشت که برخی بر این نکته تمرکز کرده‌اند که حقوق نرم در حال انتظار برای تبدیل به حقوق سخت شدن است و این سخت شدن نیازمند اجرا توسط یک سیستم حقوق بین‌المللی مثل اتحادیه اروپایی یا تدوین در قالب یک معاهده بین‌المللی است.[۶] البته در این بین، آقای کلابرز[۷] یک رویه منعطف و میانه را اتخاذ کرده است و معتقد است که تمرکز روی حقوق نرم زائد است؛ چراکه به‌زودی این حقوق نرم تبدیل به حقوق سخت خواهند شد.[۸]

حال در اینجا سؤالی مطرح می‌شود دایر بر اینکه به چه سازمان‌هایی عنوان «سازمان بین‌المللی نرم» اطلاق داده می‌شود؟ در پاسخ باید بیان داشت، در ادبیات حقوقی توجهی که به سازمان‌های بین‌المللی نرم اختصاص داده شده است از دو جهت است؛ اوّل آنکه، گاه به‌دلیل وجود فرایند قانون‌گذاری نرم در آن سازمان است، یعنی یک سازمان بین‌المللی قواعد نرم[۹] ایجاد کند و به این اعتبار به آن سازمان بین‌المللی نرم گفته شود که نمونه آن را می‌توان در سیستم اتحادیه اروپا مشاهده کرد. در این راستا شاید معروف‌ترین مثال، ابلاغ‌های کمیسیون اروپایی در پی نتایج آرای دیوان اروپایی دادگستری است.[۱۰] همچنین می‌توان به برخی از مصوبات مجمع عمومی سازمان ملل متحد نیز اشاره نمود که نمونه آن، منشور حقوق و تکالیف اقتصادی دولت‌ها مورخ سال ۱۹۷۴[۱۱] یا برنامه اقدام برای استقرار نظم نو اقتصادی بین‌المللی[۱۲] مورخ سال ۱۹۷۴ است.[۱۳] البته نکته‌ای که در این مسئله حائز اهمیت است، اینکه این نوع قانون‌گذاری در سازمان‌های بین‌المللی سخت هم وجود دارد و به این اعتبار نمی‌توان یک موجودیت را سازمان بین‌المللی نرم عنوان کرد. به‌عبارت دیگر، به صِرف اینکه اتحادیه اروپا یا سازمان ملل متحد مقررات قوام نیافته‌ای را ایجاد می‌کنند، نمی‌توان آن سازمان را سازمان بین‌المللی نرم قلمداد کرد.

دوم آنکه، گاه نهادن عنوان سازمان بین‌المللی نرم به‌دلیل فرایند قانون‌گذاری آن نیست، بلکه به‌دلیل مبنای شکل‌گیری

---

1. Boyle, Alan E., "Some reflections on the relationship of treaties and soft law", *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 48, Issue 4, 1999, P 901.
2. Prosper Weil
3. Weil, Prosper. "Towards relative normativity in international law?" *American Journal of International Law*, Volume 77, Issue 3, 1983, P 414.
4. Kal Raustiala
5. Raustiala, Kal. "Form and substance in international agreements", *American journal of international law*, Volume 99, Issue 3, 2005, P 586.
6. Guzman, Andrew T. and Timothy L. Meyer. "International soft law", *Journal of Legal Analysis*, Volume 2, Issue 1, 2010, P 175.
7. Jan Klabbers
8. Klabbers, Jan. "The redundancy of soft law", In Sources of International Law, *Routledge*, 1996, P 179.
۹. منظور از قانون نرم تأکید بر عنصر تفاوت از قانون سخت یعنی همان فقدان تأثیرات الزام‌آور است.
10. Snyder, Francis. "Soft law and institutional practice in the European Community", In: The construction of Europe: Essays in honour of Emile Noel, Dordrecht: *Springer Netherlands*, 1994, P 3.
11. Charter of Economic Rights and Duties of States 1974.
12. Programme of Action on the Establishment of a New International Economic Order 1974.
۱۳. بیگ‌زاده، ابراهیم، ***حقوق سازمان‌های بین‌المللی***، تهران: مجد، چاپ هفتم، ۱۳۹۸، ص ۲۲۱.

آن است. به این معنا که یک سازمان بین‌المللی نرم براساس یک معاهده تشکیل نشده است،[۱] ایجاد آن نیاز به صبر برای به‌حد نصاب رسیدن اسناد تصویب ندارد و تشریفات پارلمانی در آن مطرح نیست. البته این ویژگی نباید این نتیجه را به ذهن متبادر کند که سازمان‌های بین‌المللی نرم فاقد چارچوب و تشکیلات است. راهنمای سازمان امنیت و همکاری در اروپا[۲] در این مورد اعلام می‌دارد: «سازمان امنیت و همکاری در اروپا از جایگاه منحصربه‌فردی برخوردار است. از یک سو طبق مقررات بین‌المللی فاقد جایگاه حقوقی است و تمام تصمیمات آن سیاسی است، اما از سوی دیگر دارای اکثریت ویژگی‌های عادی یک سازمان بین‌المللی سخت است، یعنی دارای نهادهای تصمیم‌گیری ثابت، ستادها و مؤسسات دائمی، کارکنان دائمی و منابع مالی منظم است».[۳]

در پایان باید اشاره داشت، در تمام متن این مقاله زمانی که عبارت «سازمان بین‌المللی نرم» به کار برده می‌شود، منظور نویسندگان معنای دوم آن است که در ادامه به تفصیل بیشتر در خصوص آن پرداخته می‌شود.

۱.۲. شناسایی سازمان‌های بین‌المللی نرم

شناسایی یک نهاد یا سند، عامل تعیین‌کننده‌ای در شناخت احکام و آثار آن است؛ این مسئله در حقوق داخلی نیز اهمیت بسزایی دارد که فرضاً یک سند عقد بیع یا عقد اجاره باشد. در بحث سازمان‌های بین‌المللی، این‌که یک سازمان بین‌المللی نرم یا سخت باشد، در مورد خود آن نهاد تفاوتی به وجود نمی‌آورد، جز آنکه گفته شود سند مؤسس یک سازمان بین‌المللی سخت یک معاهده است و طبق ماده ۵ کنوانسیون ۱۹۶۹[۴] وین درمورد حقوق معاهدات، احکام و آثار این کنوانسیون بر آن بار می‌شود، اما از سوی دیگر سازمان بین‌المللی نرم فاقد چنین سندی است و نتیجتاً مصداق این کنوانسیون نیست. البته باید اشاره داشت که ممکن است سند مؤسس یک سازمان بین‌المللی معاهده حقوقی نباشد، بلکه سند سیاسی باشد. در این‌صورت، تفکیک این دو مورد می‌تواند فواید عملی همچون ثبت سند نزد دبیرخانه سازمان ملل متحد طبق ماده ۱۰۲ منشور ملل متحد را داشته باشد. به‌هرحال فارغ از فواید عملی، تفکیک این دو نوع سازمان می‌تواند آثار علمی مطلوبی را به بار آورد که به آنها در ادامه می‌پردازیم.

حقوق‌دانان بر این امر اتفاق‌نظر دارند که یک توافق بین‌المللی الزام‌آور نیست، مگر اینکه طرفین قصد داشته باشند که توافق مزبور الزام‌آور باشد.[۵] به این معنا که مهم‌ترین عامل برای تعیین ماهیت یک نهاد یا یک سند، «قصد»[۶] طرفین است؛ البته نیات تنظیم‌کنندگان سند همیشه کمی نامشخص باقی می‌ماند. برای مثال درمورد سازمان امنیت و همکاری در اروپا درحالی‌که برخی اصرار داشتند که یک سند سیاسی مطلوب خواهد بود، اما در این میان برخی (ایالات متحد آمریکا) تردید داشتند که آیا همه‌چیز به این سادگی خواهد بود؟ در این راستا برخی بر این گزاره که «قصد تعیین‌کننده است»، اشکال وارد کرده‌اند. آنها معتقدند که درست است که در قضیه آزمایش‌های اتمی دیوان بین‌المللی دادگستری بر

---

۱. ایجاد سازمان‌های بین‌المللی می‌تواند از طرق دیگری هم صورت گیرد؛ ممکن است یک سازمان به‌وسیلهٔ قطعنامهٔ سازمان بین‌المللی دیگری، یا از طریق تصمیم یک کنفرانس بین‌المللی ایجاد گردد: بیگ‌زاده، پیشین، ص ۹۹.

2. Organization for Security and Cooperation in Europe Handbook

۳. راهنمای سازمان امنیت و همکاری در اروپا قابل دسترس در: https://www.osce.org/resources/publications/OSCE%20Handbook

۴. مادهٔ ۵ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین: «عهدنامهٔ حاضر بر هر معاهده‌ای که سند تأسیس سازمانی بین‌المللی است و هر معاهده‌ای که تحت‌نظر سازمانی بین‌المللی قبول شده اعمال می‌گردد، بدون آنکه به مقررات مربوط به آن سازمان خدشه‌ای وارد کند».

5. Schachter, Oscar. "The twilight existence of nonbinding international agreements", *American Journal of International Law*, Volume 71, Issue 2, 1977, P 296.

6. Intention

مفهوم قصد تأکید کرد،[۱] اما از سوی دیگر تکیه دیگران بر حسن‌نیت را که ممکن است خلاف قصد باشد نیز محترم شمرد. آنها استدلال می‌کنند که قصد طرف‌ها تنها یک بخش از موضوع است، اما از سوی دیگر حقوق بین‌الملل، فراتر از قصد، بر موجودیت‌هایی که ایجاد می‌نماییم چه بخواهیم و چه نخواهیم تا حدی اختیار دارد و بر آن نظارت دارد.[۲] آنها اعلام می‌دارند: «به نظر می‌رسد دکترین توسعه‌یافته در چارچوب مقررات سازمان‌های بین‌المللی نشان‌می‌دهد که قصد نمی‌تواند تعیین‌کننده باشد. حداقل نسخه‌های افراطی‌تر دکترین اختیارات ضمنی بر این ایده استوار است که قصد تنظیم‌کنندگان سند ضرورتاً محدود است»؛ به‌عبارت دیگر، این گزاره که «مکتب قصد تعیین‌کننده همه‌چیز است»، خطر ایجاد از بین بردن یکی از دکترین‌های اصلی حقوق سازمان‌های بین‌المللی یعنی «تئوری اختیارات ضمنی» را دارد.[۳]

به‌هرحال فارغ از این استدلالات، طرق متعددی برای کشف و احراز قصد وجود دارد. اوّلین مورد، «عنوان» نهاد است. البته باید اشاره داشت، عنوان صرفاً یک اماره است و از آن نمی‌توان یک نتیجه قطعی به‌دست‌آورد. برای مثال در جریان مذاکرات ۱۹۷۵ هلسینکی وزرای امور خارجه ۳۵ کشور سند نهایی کنفرانس را امضا کردند و بدین‌ترتیب نهادی تحت‌عنوان کنفرانس امنیت و همکاری اروپا[۴] به وجود آمد. متعاقباً سومین گردهمایی سران دولت‌ها و حکومت‌های عضو در سال ۱۹۹۲ برگزار شد. اسناد این گردهمایی تحت‌عنوان «چالش‌های تغییر»،[۵] به‌طور رسمی کنفرانس را به یک سازمان منطقه‌ای به‌شکل مندرج در فصل هشتم منشور ملل متحد[۶] تبدیل کرد.[۷] از سوی دیگر، سازمان‌هایی به‌عنوان سازمان بین‌المللی سخت راه‌اندازی می‌شوند، اما نام‌هایی دارند که آنها را سازمان بین‌المللی نرم نشان می‌دهد. برای مثال، می‌توان به شبکه بین‌المللی بامبو و چوب[۸] یا تعدادی از مؤسسات تحقیقاتی زیر چتر گروه مشورتی تحقیقات بین‌المللی کشاورزی[۹] اشاره نمود.[۱۰]

بنابراین برای سازمان‌های بین‌المللی نرم معمولاً از عناوینی همچون کنفرانس،[۱۱] شبکه،[۱۲] انجمن،[۱۳] گروه[۱۴] و غیره استفاده می‌شود. البته همان‌طور که اشاره شد، این عناوین تعیین‌کننده نیست و فقط می‌تواند یک اماره باشد. دیوان بین‌المللی دادگستری در سال ۱۹۶۲ در قضیه آفریقای جنوب‌غربی (نامیبیا) اعلام داشت: «اصطلاح، عنصر تعیین‌کننده در مورد خصیصه یک توافق یا یک تعهد بین‌المللی نیست».[۱۵]

دومین ملاک، فقدان تشریفات در ایجاد سازمان‌های بین‌المللی نرم است. از آنجایی‌که دولت‌های عضو نمی‌خواهند یک معاهده منعقد کنند، تشریفاتی که درمورد انعقاد معاهدات جاری است در این مورد اعمال نمی‌شود. درنتیجه برای ایجاد

---

1. *Nuclear tests*, Australia v. France, ICJ, Reports 253, (1974), para 46. Retrieved January 28, 2024 from https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/58/058-19741220-JUD-01-00-EN.pdf
2. Klabbers, *Institutional ambivalence by design: Soft organizations in international law*, Op. Cit., P 414.
3. Ibid, P 415.
4. Organization for Security and Cooperation in Europe
5. .The challenges of change

۶. فصل هشتم منشور ملل‌متحد به موافقت‌نامه‌های منطقه‌ای می‌پردازد.

۷. بیگ‌زاده، پیشین، ص ۹۳۷.

8. International Network for Bamboo and Rattan (INBAR).
9. Consultative Group on International Agricultural Research (CGIAR).

۱۰. پایگاه اینترنتی گروه مشورتی تحقیقات بین‌المللی کشاورزی قابل دسترس در: http://www.cgiar.org.

11. Conference
12. Network
13. Association
14. Group

۱۵. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، ***حقوق معاهدات بین‌المللی***، تهران: گنج دانش، چاپ هفتم، ۱۳۹۹، ص ۱۵.

سازمان‌های بین‌المللی نرم نیازی به تصویب سند نهایی آن در داخل کشور نیست؛ از همین‌رو مراحل ایجاد آن به‌سرعت طی می‌شود. برای مثال چهار کشور آذربایجان، گرجستان، مولداوی و اوکراین در جریان کنفرانس بازنگری مربوط به معاهده ۱۹۹۰ در مورد «نیروهای متعارف در اروپا»،[۱] یک بیانیه به‌همراه پیشنهادهای مشترک ارائه دادند و گروه گوام[۲] را به وجود آوردند.[۳]

سومین ملاک، عدم نیاز به ثبت نزد دبیرخانه سازمان ملل متحد طبق ماده ۱۰۲ منشور ملل متحد[۴] است. سند سازمان‌های بین‌المللی نرم معمولاً در قالب یک اعلامیه مشترک یا بیانیه است؛ ازاین‌رو نزد دبیرخانه سازمان ملل متحد ثبت نمی‌شود. برای مثال، امضاکنندگان سند نهایی کنفرانس هلسینکی از دولت فنلاند به‌عنوان دولت میزبان خواستند که سند، طبق ماده ۱۰۲ منشور ملل متحد ثبت نشود[۵و۶] یا در مورد گروه‌های منطقه‌ای همانند گروه ۲۰[۷] یا گروه ۷،[۸] هیچ سندی نزد دبیرخانه سازمان ملل متحد ثبت نشده است.

البته نکته‌ای که در اینجا اهمیت دارد، این امر است که ثبت یک سند توسط دبیرخانه و انتشار آن، به‌هیچ‌وجه دلالت بر قضاوت دبیرخانه درمورد ماهیت سند ندارد و این عمل نمی‌تواند به‌عنوان تأیید وضعیت حقوقی سند ثبت شده تلقی گردد.[۹] چهارمین ملاک، عبارات به کاررفته در بیانیه یا اعلامیه نهایی است که می‌توان از آن به قصد طرف‌ها پی برد. برای مثال در ماده یک سند مؤسس سازمان اشتراک آب جهانی[۱۰] با تفکیک شبکه[۱۱] از سازمان،[۱۲] تصریح می‌دارد که شبکه یادشده دارای شخصیت حقوقی نیست، اما سازمان دارای شخصیت حقوقی کامل است.[۱۳] همچنین در سند نهایی کنفرانس هلسینکی ۱۹۷۵ اعلام شد که سند فاقد قدرت الزام‌آوری است و اجرای آن براساس حسن نیت خواهد بود.[۱۴و۱۵]

---

1. Treaty on Conventional Forces in Europe.
2. GUUAM Group.

۳. بیگ‌زاده، پیشین، ص ۹۶۷.

۴. مادۀ ۱۰۲ منشور ملل متحد: «۱. هر معاهده و هر موافقت‌نامۀ بین‌المللی که پس از لازم‌الاجرا شدن این منشور توسط هریک از اعضای ملل متحد منعقد گردد باید هرچه زودتر در دبیرخانه ثبت و توسط آن منتشر گردد؛ ۲. هیچ‌یک از طرف‌های عهدنامه‌ها یا موافقت‌نامه‌های بین‌المللی که بر طبق مقررات بند ۱ این ماده به ثبت نرسیده باشد، نمی‌توانند درمقابل هیچ‌یک از ارگان‌های ملل متحد، به آن عهدنامه یا موافقت‌نامه استناد جویند».

5. The Government of the Republic of Finland is requested to transmit to the SecretaryGeneral of the United Nations the text of this Final Act, which is not eligible for registration under Article 102 of the Charter of the United Nations, with a view to its circulation to all the members of the Organization as an official document of the United Nations.
6. Klabbers, Op. Cit., P 412.
7. G20.
8. G7.

۹. ضیایی بیگدلی، پیشین، صص ۸۶ و ۸۷.

10. Global Water Partnership Network
11. The Network
12. The Organization

۱۳. مادۀ یک اساسنامۀ سازمان اشتراک آب جهانی: (۱) این اساسنامه وظایف و سازمان‌دهی شبکه جهانی مشارکت آب (شبکه) و سازمان جهانی مشارکت آب (سازمان) و رابطه بین این دو را تنظیم می‌کند؛ (۲) شبکه دارای شخصیت حقوقی نیست؛ (۳) سازمان براساس حقوق بین‌الملل دارای شخصیت حقوقی کامل خواهد بود و از ظرفیت‌هایی برخوردار خواهد بود که ممکن است برای انجام وظایفش در تحقق هدف مندرج در ماده ۲ لازم باشد. وضعیت آن طبق قوانین ملی کشور میزبان دبیرخانه در موافقت‌نامه ستاد مرکزی بین آن کشور و سازمان ارائه خواهد شد.

14. The participating States will fulfil in good faith their obligations under international law, both those obligations arising from the generally recognized principles and rules of international law and those obligations arising from treaties or other agreements, in conformity with international law, to which they are parties.

۱۵. بیگ‌زاده، پیشین، ص ۱۰۱.

۲. وضعیت حقوقی سازمان‌های بین‌المللی نرم

سازمان‌های بین‌المللی نرم عموماً در جرگه تابعان حقوق بین‌الملل به‌حساب می‌آیند و از سوی دیگر، هر پدیده جدیدی نیاز به بررسی حقوقی دارد و سازمان‌های بین‌المللی نرم هم از این قاعده مستثنا نیست. بنابراین در بخش اوّل به موضوع شخصیت حقوقی سازمان‌های بین‌المللی نرم و در بخش دوم به عناصر حاکم بر آن پرداخته می‌شود.

۲.۱. شخصیت حقوقی

اگر سازمان‌های بین‌المللی تابع حقوق بین‌الملل‌اند، دلیل آن، برخورداری آنها از شخصیت حقوقی بین‌المللی است. این شخصیت است که به آنها امکان قدرت تصمیم‌گیری و دارا شدن حقوق و تکالیف منفک از اعضا را می‌دهد.[۱] بدون تردید مبنای شخصیت حقوقی سازمان‌های بین‌المللی در نظر مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه جبران خسارت وارده به کارکنان سازمان ملل متحد در سال ۱۹۴۹[۲] نهفته است. امروزه به لطف این نظر مشورتی، عملکرد دولت‌ها و تلاش‌های دکترین، اختلاف نظری درمورد شخصیت حقوقی سازمان‌های بین‌المللی وجود ندارد. در اسناد مؤسس برخی سازمان‌های بین‌المللی به این امر که سازمان دارای شخصیت حقوقی است، تصریح شده است. در این‌خصوص می‌توان به مواد ۳۹ سازمان بین‌المللی کار،[۳] ۱۶ سازمان خواربار جهانی[۴] و ۹ صندوق بین‌المللی پول[۵] اشاره کرد.[۶] البته در برخی از سازمان‌های بین‌المللی به این مسئله پرداخته نشده است و می‌توان به‌صورت ضمنی با توجه به عملکرد آن سازمان، شخصیت حقوقی آن را اثبات کرد. این مسئله در مورد سازمان‌های بین‌المللی نرم از اهمیت خاصی برخوردار است، چراکه بافت این سازمان‌ها به‌گونه‌ای است که نمی‌توان جواب قاطعی در مورد تمام این سازمان‌ها ارائه داد و نتیجه کلی از آن گرفت که سازمان‌های بین‌المللی نرم دارای شخصیت حقوقی می‌باشند یا نه.

برای مثال می‌توان به گروه ویژه اقدام مالی (اف‌ای‌تی‌اف)[۷] اشاره نمود. این سازمان در سال ۱۹۸۹ به‌وسیله گروه ۸۷[۸] به وجود آمد و در طی سال‌ها بر اثر تقابل با تهدیدها توسعه یافت.[۹] در پایگاه اینترنتی گروه ویژه اقدام مالی، این سازمان این‌طور تعریف شده‌است: «عبارت است از یک نهاد بین‌الدولی که به‌منظور ترویج اصلاحات تنظیم‌گری و قانون‌گذاری

---

۱. بیگ‌زاده، ابراهیم، ***حقوق بین‌الملل***، جلد ۱، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۴۰۱، ص ۶۵۱.

2. *Reparation for Injuries Sufferd in the Service of the United Nations*, ICJ, Advisory Opinion (1949).

۳. مادهٔ ۳۹ اساسنامهٔ سازمان بین‌المللی کار: سازمان بین‌المللی کار شخصیت کامل حقوقی و مخصوصا اهلیت در موارد زیر را خواهد داشت: الف) انعقاد قرارداد؛ ب) مالکیت و مصرف و واگذاری اموال منقول و غیرمنقول؛ ج) دادخواهی و تعقیب قانونی.

۴. مادهٔ ۱۵ اساسنامهٔ سازمان خواروبار جهانی: ۱) سازمان برای انجام هر عمل حقوقی متناسب با هدف خود که خارج از اختیارات مقرر در این اساسنامه نباشد، دارای شخصیت حقوقی خواهد بود هر کشور عضو و عضو وابسته متعهد می شود، تا آنجاکه ممکن است براساس رویه قانون اساسی خود، تمام مصونیت‌ها و تسهیلاتی را که به مأموریت‌های دیپلماتیک اعطا می‌کند، از جمله مصونیت اماکن و بایگانی‌ها، مصونیت از شکایت و معافیت‌های مالیاتی به سازمان اعطا کند.

۵. مادهٔ ۹ اساسنامهٔ صندوق بین‌المللی پول: صندوق دارای شخصیت کامل حقوقی خواهد بود و مخصوصاً در امور ذیل صلاحیت خواهد داشت: ۱) در عقد قرارداد؛ ۲) در تحصیل و فروش اموال منقول و غیرمنقول؛ ۳) در اقدام به دعاوی حقوقی.

۶. کدخدایی، عباسعلی، «شخصیت حقوقی جامعه و اتحادیه اروپایی»، *مجله دانشکده حقوق و علوم‌سیاسی*، دوره ۴۴، شماره ۸۱۶، ۱۳۷۸، صص ۶۶ و ۶۷.

7. Finantial Action Task Force (FATF)

8. G7

9. De Vido, Sara. “Soft organizations, hard powers: the FATF and the FSB as standard-setting bodies”, *Global jurist,* Volume 19, Issue 2, 2019, P 3.

سیاست‌هایی را اتخاذ می‌کند».[۱] از سوی دیگر، گیلمور[۲] این سازمان را بدین شکل توصیف می‌کند: «عبارت است از مهم‌ترین نهاد بین‌المللی سیاست‌گذار در زمینه پول‌شویی برای افزایش یافتن آگاهی از پیچیدگی آن».[۳]

گروه ویژه اقدام مالی، صلاحیت این را دارد که استانداردهایی را به‌منظور مقابله با پول‌شویی، تأمین مالی تروریسم و سایر موارد که به تهدید علیه یکپارچگی سیستم اقتصادی بین‌المللی مربوط می‌شود، انجام دهد. همچنین صلاحیت دارد که اجرای این سیاست‌ها را ترویج کند و اقدامات مؤثر نظارتی را برای اجرای آن در نظر گیرد.[۴]

در این‌خصوص، اسنادی که درمورد گروه ویژه اقدام مالی وجود دارد، هیچ اشاره‌ای به شخصیت حقوقی آن نکرده است، اما اماراتی وجود دارد که با تکیه‌بر ضرورت کارکردی می‌توان شخصیت حقوقی آن را اثبات کرد؛ این امارات به شرح ذیل است:

- توصیه‌هایی که به‌وسیله گروه ویژه اقدام مالی تصویب شده‌اند، توصیه‌های این نهاد است، نه توصیه‌های دولت‌های عضو؛ به این معنی که استانداردهایی که از سوی گروه ویژه اقدام مالی صادر شده‌اند منفک از دول عضو است و با توجه به کارکرد این نهاد در ایفای وظایف ایجاد شده‌اند؛[۵]
- نقش رئیس گروه ویژه اقدام مالی در بیان موضع رسمی نهاد می‌تواند تعیین‌کننده باشد. برای مثال می‌توان به سخنان رئیس این سازمان خطاب به شورای امنیت سازمان ملل متحد در دسامبر ۲۰۱۶ درمورد برجسته کردن نقش این نهاد در مقابله با اشاعه پول‌شویی و جرائم تأمین مالی تروریسم اشاره کرد. رئیس سازمان در این راستا، چندین بار از کلمه «ما»[۶] استفاده‌کرد که تأکید کند این اقدامات سازمان برای مقابله با اشاعه است؛[۷]
- برای این سازمان وظایفی از قبیل مقابله با تأمین مالی تروریسم، پول‌شویی، تأمین سلاح‌های کشتارجمعی در نظر گرفته شده است. همچنین رئیس این سازمان به‌صورت دوره‌ای به جلسات شورای امنیت دعوت می‌شود.

بنابراین برای انجام این کارکردها باید شخصیت حقوقی برای این سازمان در نظر گرفته شود.

مثال دیگر، سازمان امنیت و همکاری اروپا[۸] است. منشأ پیدایش این سازمان به پیشنهادی باز می‌گردد که اتحاد جماهیر شوروی سابق در سال ۱۹۶۰ به‌منظور حفظ وضعیت موجود سیاسی و سرزمینی اروپای ناشی از جنگ دوم جهانی ارائه نمود.[۹] در سند نهایی کنفرانس هلسینکی به صراحت اشاره شده‌است که این سند معاهده بین‌المللی نیست، اما این مسئله به شخصیت حقوقی آن لطمه‌ای وارد نمی‌کند.[۱۰] وجود ارکانی برای ایفای اهدافی که در سند مؤسس آن سازمان اشاره شده است، اماره‌ای بر شخصیت حقوقی این نهاد است.

بنابراین درمورد سازمان‌های بین‌المللی نرم نمی‌توان نتیجه کلی گرفت، بلکه باید به‌صورت مورد به مورد و با توجه به کارکرد آن بررسی نمود که آیا شخصیت حقوقی دارد یا نه. هم‌چنین نکته دیگر این است که گستره شخصیت حقوقی

---

۱. پایگاه اینترنتی گروه ویژه اقدام مالی قابل دسترس در: http://www.fatf-gafi.org.

2. Gilmore

3. Gilmore, William C. Dirty money: The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism, Volume 599, Council of Europe, 2011, P 91.

۴. برای مطالعه بیشتر، رک: http://www.fatf-gafi.org/about/.

5. De Vido, op. cit., P 4.

6. We

7. Ibid.

8. Organization for Security and Cooperation in Europe

۹. بیگ‌زاده، پیشین، ص ۹۳۶.

۱۰. همان، ص ۱۰۱.

سازمان‌های بین‌المللی نرم به وسعت سازمان‌های بین‌المللی سخت نیست. این نکته مشکلی ایجاد نمی‌نماید، چراکه شخصیت حقوقی تابعان حقوق بین‌المللی به یک اندازه و یکسان نیست و هرکدام درجه‌ای از شخصیت حقوقی را دارا می‌باشند.[۱]

۲.۲. عناصر سازمان‌های بین‌المللی نرم

سازمان‌های بین‌المللی نرم محصول دهه‌های جدید هستند. لذا به‌منظور روشن ساختن جنبه‌های مختلف آن، نمی‌توان از تمام نظریه‌هایی که در مورد سازمان‌های سخت وجود دارد استفاده کرد. بنابراین نیاز است از نظر تکاملی و هنجاری مورد بحث قرار بگیرند. همچنین در پایان به‌منظور به‌دست آوردن قدر جامعی از سازمان‌های بین‌المللی نرم، عناصر مشترک آنها بررسی خواهد شد.

۲.۲.۱. عنصر تکاملی

سازمان‌های بین‌المللی نرم ممکن است در طول زمان منحل شوند یا به‌تدریج دلیل وجودی خود را از دست بدهند و یا حتی شاید برخی هنجارها و شیوه‌ها را پشت‌سر بگذارند، رسمی‌تر شوند و درنهایت هیچ تمایزی میان سازمان‌های بین‌المللی نرم و سخت وجود نداشته‌باشد! درمجموع سازمان‌های بین‌المللی نرم می‌توانند دو کارکرد داشته باشند.

نخست اینکه سازمان بین‌المللی نرم می‌تواند یک مرحله برای توسعه به سازمان‌های بین‌المللی سخت باشد، به‌عبارت دیگر می‌تواند پیشینه تاریخی سازمان‌های بین‌المللی سخت باشد که چنین رویه‌ای را می‌توان در مورد سازمان‌های آسه‌آن،[۲] سازمان همکاری شانگهای[۳] و گروه گوام مشاهده کرد.

بنابراین در اینجا شایسته است به این نکته اشاره کنیم که قبل از همکاری‌های نهادینه‌شده بین کشورها، همکاری‌های حقوقی در کنفرانس‌ها[۴] و کنگره‌ها[۵] وجود داشته است. زمانی که بیان می‌داریم یک سازمان سخت جانشین یک سازمان بین‌المللی نرم می‌شود، منظور در مقررات ماهوی است. البته برخی اوقات این جانشینی جزئی است؛ زیرا عملاً تفاوتی بین سازمان نرم و سخت وجود ندارد. نکته دیگری که در این‌جا حائز اهمیت است، این امر است که وقتی بیان می‌داریم یک سازمان بین‌المللی سخت جانشین یک سازمان بین‌المللی نرم می‌شود، جانشینی به‌معنای اصطلاح حقوقی آن نیست؛ به‌عبارت دیگر این‌طور نیست که همچون جانشینی کشورها، مبدأ داشته‌باشد و اعلامیه جانشینی صادر شود. از این گذشته، همان‌طور که اشاره شد، تغییر نام تنها یک اماره است و نمی‌تواند یک عامل تعیین‌کننده باشد. برای مثال همین که نام یک موجودیت از کنفرانس به یک سازمان تغییر یافت، دلیل نمی‌شود که این موجودیت را سازمان بین‌المللی سخت بدانیم؛[۶] زیرا همان‌طور که اشاره شد، عناوینی که طرف‌ها انتخاب می‌کنند تعیین‌کننده نیست.

دوم اینکه عضویت در یک سازمان بین‌المللی نرم می‌تواند مقدماتی برای عضویت در یک سازمان بین‌المللی سخت باشد. برای مبرهن ساختن این موضوع در این‌جا دو نمونه را ذکر می‌نماییم:

---

1. Alvarez, José E. "Governing the world: international organizations as lawmakers", *Suffolk Transnat'l,* L. Rev. Volume 31, 2007, P 130.
2. Association of South East Asian Nations (ASEAN)
3. Shanghai Cooperation Organization
4. Conferences
5. Congresses
6. Di Stasi, Angela, "About Soft International Organizations: An Open Question", In: Evolutions in the Law of International Organizations, *Brill Nijhoff*, 2015, P 56.

۱. سازمان اروپای مرکزی:[1] منشأ ایجاد این سازمان به اجلاس بوداپست در سال ۱۹۸۹ به‌وسیله چهار کشور اتریش، مجارستان، ایتالیا و یوگسلاوی برمی‌گردد. وزیران امور خارجه این چهار کشور، یک اعلامیه دائر بر روابط دوستانه و همکاری اقتصادی بین کشورها تصویب کردند. در ادامه، در سال ۱۹۹۰ چک اسلواکی و در سال ۱۹۹۱ لهستان به آن ملحق شد. سپس بعد از سال ۱۹۹۲ که تعدادی از کشورها به آن پیوستند، این پروژه تصمیم گرفت نام خود را به سازمان تغییر دهد. در این میان، بین سال‌های ۱۹۹۲ تا ۲۰۰۶ تعداد این سازمان بیشتر گردید و به ۱۸ دولت رسید و تعداد بیشتری از کشورهای عضو این سازمان، موفق به عضویت در اتحادیه اروپا شدند.[2]

۲. گروه ویسگارد:[3] این گروه که به «V4» نیز شناخته می‌شود، منشأ ایجاد آن به ۱۵ فوریه ۱۹۹۱ برمی‌گردد که به‌وسیله چهار کشور چک، مجارستان، لهستان و اسلواکی ایجاد گردید. این گروه به‌منظور همکاری‌های منطقه‌ای بین کشورهای اروپای مرکزی و غربی به وجود آمد. در این راستا، در سال ۲۰۰۴ چهار کشور عضو این گروه توانستند به عضویت اتحادیه اروپا درآیند. البته شایان‌ذکر است، این گروه در دوره اولیه تشکیل خود، مهم‌ترین نقش را در مذاکرات با ناتو و اتحادیه اروپا ایفا کرد و فعالیت این گروه در جهت افزایش ثبات در منطقه اروپای مرکزی بود.[4]

۲.۲.۲. عنصر هنجاری

به نظر می‌رسد ایجاد هنجارها مهم‌ترین کارکرد یک سازمان بین‌المللی نرم است. در این میان، هم سازمان‌های بین‌المللی نرم و هم سازمان‌های بین‌المللی سخت هنجارهایی را ایجاد می‌کنند. در حقوق بین‌الملل، هیچ قاعده‌ای وجود ندارد که به‌طور پیشینی نوع هنجارهایی که یک سازمان بین‌المللی ایجاد می‌کند را تعیین کند. درنتیجه تنها ابزار تعیین‌کننده در این زمینه، معاهده ایجادکننده سازمان است[5] که در ادامه اشاره خواهیم داشت که در سازمان‌های بین‌المللی نرم چنین معاهده‌ای وجود ندارد.

به‌عنوان یک پیامد منطقی، آنچه در سازمان‌های بین‌المللی نرم ایجاد می‌شود، قواعد و مقررات نرم است که البته با استثنائاتی روبه‌رو است. بااین‌حال، عملکرد سازمان‌های بین‌المللی نشان داده است که ایجاد قواعد و مقررات نرم مختص سازمان‌های بین‌المللی نرم نیست. این مسئله نشان می‌دهد که «چون این قواعد نرم به‌وسیله سازمان‌های بین‌المللی نرم ایجاد شده‌است، پس قدرت کمتری دارد» نتیجه‌گیری درستی نیست؛ چراکه این نوع قواعد در سازمان‌های بین‌المللی سخت هم شایع است. برای مثال، طیف گسترده‌ای از قواعد و مقررات نرم در اتحادیه اروپا موجود است که به‌همراه تصمیمات،[6] مقررات[7] و دستورالعمل‌ها،[8] سجل قوانین اتحادیه اروپا را تشکیل می‌دهند که در ماده ۲۸۸[9] پیمان عملکرد

---

1. Central European Initiative (CEI)
2. Ibid.
3. Visegrad Group
4. Ibid.
5. Ibid, P 56.
6. Decisions
7. Regulations
8. Directives
9. مادهٔ ۲۸۸ پیمان عملکرد اتحادیهٔ اروپا: «به‌منظور اعمال صلاحیت‌های اتحادیه، مؤسسات باید مقررات، دستورالعمل‌ها، تصمیمات، توصیه‌ها و نظرات اتخاذ کند».

اتحادیه اروپا[1] به آن اشاره شده است. همچنین در دیوان اروپایی دادگستری توسل به حقوق نرم شایع است.[2] پیامد این مسئله پیوند هنجارهای نرم با سخت در سازمان‌های بین‌المللی سخت است.

از سوی دیگر، در برخی مواقع سازمان‌های نرمی وجود دارند که اسناد حقوقی سخت وضع کرده‌اند که در اینجا می‌توان به آسه‌آن در توسل به اسناد حقوقی قبل از نهادینه‌سازی اشاره نمود. در نتیجه حتی اگر حقوق سخت و نرم در نقطه مفهومی مقابل یکدیگر باشند، اما در عمل مکمل و گاهی هم‌گرای یکدیگرند.[3]

۲.۲.۳. عناصر مشترک سازمان‌های بین‌المللی نرم

فقدان یک معاهده بین‌المللی به‌عنوان سند مؤسس: بدیهی است که تولد سازمان‌های بین‌المللی نرم براساس منبع کلاسیک حقوق بین‌الملل، یعنی یک معاهده بین‌المللی تحت حاکمیت حقوق بین‌الملل نیست. در سازمان‌های بین‌المللی نرم چنین تولدی با انجام انواع غیرمعمول تعهدات یا تعهدات جمعی و هم‌چنین با اتخاذ رفتارهای مشروع و مجاز توسط دولت‌ها در پی توافقات غیر الزام‌آور مشخص می‌شود. البته این‌گونه سازمان‌ها فراتر از یک کنفرانس بین‌المللی موقت‌اند.

عملیاتی بودن و تأثیر نهادی: اغلب دولت‌هایی که عضو یک سازمان بین‌المللی نرم هستند، با آیین غیرالزام‌آور شروع به ایجاد یک ساختار حداقلی مثل دبیرخانه می‌کنند. ایجاد این دبیرخانه از راه‌های مختلفی حاصل می‌شود، به‌طور مثال آسه‌آن بین سال‌های ۱۹۷۶ تا ۲۰۰۹ یک دبیرخانه داشت که براساس یک موافقت‌نامه به وجود آمده بود.[4]

جلسات متوالی منظم ارگان‌های حداقلی در سازمان‌های بین‌المللی نرم که منتج به اعلامیه‌های نهایی می‌شود در پرتو اصل اثربخشی عنصر معناداری برای اثبات وجود سازمان‌های بین‌المللی است. در این‌جا اغلب از نهاد یک دولت یا یک سازمان بین‌المللی دیگر استفاده می‌شود، اما از سوی دیگر فقدان یک چشم‌انداز مشترک زیربنای توسعه و تکمیل ساختار نهادی سازمان‌های بین‌المللی نرم، شاهدی بر ناکارآمدی نهادی یا شبه‌نهادی است.

توسل گسترده به اعمال حقوق نرم: اعمال هنجاری ایجاد شده توسط سازمان‌های بین‌المللی نرم اغلب ناهمگون هستند و در بسیاری موارد گنجاندن آن در سلسله‌مراتب کلاسیک منابع حقوق بین‌الملل دشوار است. آنها اغلب اسناد حقوق نرم از قبیل قطعنامه، توصیه‌نامه، اعلامیه، منشورها، کدهای رفتاری و دستورالعمل‌ها می‌باشند.[5]

به‌طورکلی هنجارهای سازمان‌های بین‌المللی نرم حاوی تعهدات سیاسی یا اخلاقی هستند و هدف آن ایجاد حقوق تعهدات قانونی نیست، بلکه فقط ایجاد تعهدات نرم است که اصطلاحاً به آن هنجار نسبی[6] می‌گویند[7] و به نظر می‌رسد که این مخلوقات برای هدایت و تحکیم روابط بین‌الملل بسیار بااهمیت‌اند. البته در کنار این قواعد و مقررات نرم، بعضی از سازمان‌های بین‌المللی نرم قوانین و مقرراتی وضع کرده‌اند که از سوی بیشتر کشورها به رسمیت شناخته شده است. برای مثال می‌توان به سازمان استانداردهای بین‌المللی[8] اشاره کرد که مقررات قابل توجهی در زمینه مسائل زیست‌محیطی ایجاد کرده است[9] و یا استانداردهای گروه ویژه اقدام مالی در مورد مقابله با پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم اشاره نمود

---

1. Treaty on the Functioning of the European Union.
2. Terpan, Fabien. “Soft Law in the E uropean U nion—The Changing Nature of EU Law”, *European Law Journal,* Volume 21, Issue 1, 2015, PP 15-25
3. Di Stasi, Op. Cit., P 58.
4. Ibid, P 61.
5. De Vido, Op. Cit., P 3.
6. Relative Normativity.
7. Weil, Op. Cit., P 413.
8. ISO
9. برای مطالعه بیشتر ر.ک: https://www.iso.org/standards/popular/iso-14000-family

که حتی ازسوی شورای امنیت به‌عنوان بازوی اجرایی سازمان ملل متحد به رسمیت شناخته شده است.[1]

۲.۳. رابطه بین سازمان‌های بین‌المللی نرم و سازمان‌های بین‌المللی سخت

قبل از اینکه به رابطه این دو نوع سازمان بپردازیم، شایسته است به این نکته توجه کنیم که در فقدان عناصر ایجاد سازمان‌های بین‌المللی سخت، یعنی سند مؤسسی که می‌تواند معاهده یا سند دیگری باشد که حقوق بین‌الملل بر آن حاکم است، شخصیت حقوقی بین‌المللی، ارگان‌های دائمی جدا از دولت‌های عضو و غیره، وظایفی‌اند که عین یا مشابه وظایف سازمان‌های سخت است که دولت‌ها به سازمان‌های نرم اعطا می‌کنند.

درحالی‌که هیچ‌کس وجود پدیده سازمان‌های بین‌المللی نرم را رد نمی‌کند و نویسندگان عموماً اهمیت عملکرد این نوع سازمان‌ها را پذیرفته‌اند، باوجود این تردیدهای زیادی در مورد امکان ارجاع چنین پدیده متنوعی به مقوله‌های حقوقی مشابه، یعنی سازمان‌های بین‌المللی سخت وجود دارد. یک مثال معمول این است که عناصری که سازمان‌های نرم را نهادینه می‌کنند، از عناصر سازمان‌های سخت متفاوت است. در این راستا برخی از نویسندگان استدلال کرده‌اند که حاکمیت بین‌الملل صرفاً با تمرکز بر متون قانونی و قوانین رسمی امری غیرممکن است؛ این مسئله غیرقابل‌انکار است که سازمان‌های بین‌المللی سخت براساس ویژگی‌های رسمی‌شان، نه نحوه عملکرد آن پایه‌گذاری شده‌اند. به همین دلیل بررسی تفاوت‌ها بین انواع سازمان‌ها امری مشکل شده است.[2] ازاین‌رو شناسایی مخرج مشترک بین این دو گونه سازمان کاری بس دشوار است، اما می‌توان اشاره داشت که ایجاد یک سازمان بین‌المللی نرم، کارکردهای مختلفی از قبیل جایگزین بودن،[3] حل بحران‌های سیاسی و مکمل[4] را می‌تواند داشته باشد.

درخصوص جایگزین بودن این سازمان‌ها می‌توان اشاره داشت که در نیمه دوم دهه ۱۹۷۰ میلادی در زمان بحران جهانی نظم بین‌الملل، گروه ۷ در پاسخ به عملکرد دشوار سیستم برتون وودز[5] متولد شد. از سوی دیگر، در راستای حل بحران‌های سیاسی می‌توان به وضعیتی اشاره داشت که بحران‌های سیاسی دیپلماتیک سازمان ملل متحد دلیل بر این امر شد که یک سازمان به نام سازمان امنیت و همکاری در اروپا[6] برای تقویت تنش‌زدایی بین بلوک غرب و شرق تشکیل شود. چنان‌که اشاره شد، علاوه‌بر جایگزین شدن به‌جای سازمان‌های بین‌المللی سخت و حل بحران‌های سیاسی، سازمان‌های بین‌المللی نرم می‌توانند نقش مکمل را ایفا نمایند. در این رابطه می‌توان به گروه ۷ و از همه مهم‌تر به گروه ۲۰ اشاره نمود. رابطه هماهنگی چنین گروه‌هایی با سازمان‌های بین‌المللی سخت، از دو جنبه قابل بررسی است:

- نخست اینکه بسیاری از سازمان‌های بین‌المللی سخت در این گروه‌ها و انجمن‌ها مشارکت فعالی دارند. برای مثال می‌توان به مشارکت نهادینه شده اتحادیه اروپا در گروه ۲۰ و گروه ۷ به‌همراه نمایندگان صندوق بین‌المللی پول و بانک جهانی اشاره کرد؛[7]

---

1. FATF. (2019). New UN resolution reaffirms the close collaboration between the FATF and the United Nations in the fight against terrorist fighting. Retrieved January 26, 2024 from https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfgeneral/Un-fatf-2019.html#:~:text=Today%2C%20the%20Member%20States%20of,destruction%20(WMD)%20proliferation%20financing.
2. Di Stasi, Op. Cit., P 48.
3. Substitute
4. Complement
5. Bretton Woods System
6. Organization for Security and Cooperation in Europe.
7. Di Stasi, Op. Cit., P 67.

- دوم، عمل به‌عنوان محرک برای تولید هنجاری به‌وسیله بیانیه‌های رسمی مثل بخش ۸ بیانیه نهایی گروه ۷[1] در اجلاس سران اوپک را اشاره نمود که در آن قید شده است: «ما به تعهد خود دایر بر حفاظت از سرمایه‌گذاری‌ها و پیگیری تلاش‌های دوجانبه، چندجانبه و همه‌جانبه به‌صورت مداوم احترام می‌گذاریم و حمایت کامل از چارچوب سازمان جهانی تجارت برای کاهش موانع تجارت و سرمایه‌گذاری و حفظ بازارهای آزاد را داریم» یا برای مثال در بخش ۱۵ بیانیه نهایی گروه ۷[2] آمده است: «ما مجدداً حمایت خود را از نقش مرکزی سازمان جهانی تجارت در تنظیم قوانینی که تجارت جهانی را تشکیل می‌دهند، تأکید می‌نماییم».[3]

بنابراین به‌طورکلی سازمان‌های بین‌المللی نرم را می‌توان به‌عنوان تالارهای گفت‌وگوی فرعی و مکمل در نظر گرفت که سهم شایانی در جهت‌گیری سایر سازمان‌های بین‌المللی در اتخاذ تصمیم‌ها دارند.

۳. تحولات و چالش‌ها

سازمان‌های بین‌المللی نرم در ادامه مسیر خود دچار تحولات و چالش‌هایی می‌شوند. از یک سو در برخی نقاط دنیا اقبال به این نوع سازمان‌ها زیاد است و در برخی نقاط این‌طور نیست. از سوی دیگر این موجودیت جدید برای ادامه حیات خود با چالش‌هایی روبه‌رو هستند. بنابراین در بخش اوّل به تحولات و در بخش دوم به چالش‌های سازمان‌های بین‌المللی نرم می‌پردازیم.

۳.۱. تحول نگرش به سازمان‌های بین‌المللی نرم

در دهه‌های اخیر اشکال زیادی از همکاری‌های بین دولت‌ها از نوع انعطاف‌پذیر، غیر رسمی و نرم ایجاد شده است که در عمل مانند سازمان‌های بین‌المللی سخت عمل می‌کنند. چنین سازمان‌های غیررسمی می‌توانند در ابعاد منطقه‌ای، مثل سازمان امنیت و همکاری در اروپا، بین منطقه‌ای، مثل سازمان همکاری آسیا و اقیانوسیه[4] یا در ابعاد جهانی، مثل گروه ۷ و گروه ۲۰ باشند.[5]

در منطقه آسیا و اقیانوسیه، حرکت رو به رشدی به‌سمت نرم‌سازی سازمان‌های بین‌المللی صورت گرفته است و به یک قاعده تبدیل شده‌است که ابتدا یک سازمان به‌صورت نرم تشکیل و سپس به یک سازمان بین‌المللی سخت تبدیل شود که به‌عنوان نمونه می‌توان به آسه‌آن و سازمان همکاری شانگهای اشاره کرد؛ در اروپا نیز این رویه گسترده و روبه‌افزایش است؛ در آفریقا چنین امری تقریباً وجود ندارد، البته استثنائاتی مانند کنفرانس توسعه جنوب آفریقا[6] وجود دارد؛ در آمریکای لاتین شروع به گسترش کرده است؛[7] در کشورهای سوسیالیستی سابق رویه این است که ابتدا یک سازمان به‌صورت نرم تشکیل و سپس به یک سازمان بین‌المللی سخت تبدیل می‌شود، مثل گروه گوام بین آذربایجان، گرجستان، مولداوی و اوکراین که به سازمان برای دموکراسی و توسعه اقتصادی[8] تبدیل شده است.

---

1. Camp David Summit, 18–19 May 2012.
2. Lough Erne Summit, 17–18 Jun. 2013.
3. Di Stasi, Op. Cit.
4. Asia-Pacific Economic Cooperation (APEC)
5. Di Stasi, Op. Cit., P 51.
6. Southern African Development Community (SADC)
این سازمان در سال ۱۹۸۰ در لوزاکا زامبیا به‌وجود آمد و در سال ۱۹۹۲ در ویندوک نامیبیا به یک سازمان بین‌المللی رسمی و سخت تبدیل شد.
۷. در منطقهٔ آسیا می‌توان به موارد دیگری هم اشاره کرد؛ مثل شورای منطقه‌ای آسیای جنوبی (SARC) که به SAARC تبدیل شده است.
8. Organization for Democracy and Economic Development (ODED)

البته شایسته است قبل از اینکه به‌دلایل نگرش دولت‌ها به این نوع سازمان‌ها اشاره نماییم، به این گزاره توجه کنیم که «آیا واقعاً این نوع سازمان‌ها کارایی لازم را دارند؟ آیا می‌توان موجودی را خارج از قلمرو قانون ایجاد کرد و به آن وجود معنادار داد؟ آیا می‌توان از حاکمیت قانون فرار کرد و در عین‌حال موجودیت معناداری داشت؟»

در پاسخ باید اشاره داشت، از نظر تحلیل حقوقی این استدلال که سازمان‌ها می‌توانند خارج از قلمرو قانونی وجود داشته باشند و در عین‌حال معنادار باشند، اغلب مبتنی‌بر نیت بنیان‌گذاران است. اگر آنها تمایل دارند که آثارشان خارج از قانون کارایی داشته باشد، یا از شخصیت حقوقی تهی باشد و یا دوسویه‌گرا باشند، پس چنین خواهد بود.[1] در این راستا، در پرتو تفکر پوزیتویستی مسلط در حقوق بین‌الملل، هر جایگاهی که بنیان‌گذاران بخواهند به آثار خود اعطا کنند باید امکان‌پذیر باشد. اما از سوی دیگر، دادگاه‌ها عموماً از این گزاره حمایت نمی‌کنند که «توافق‌ها می‌توانند از طریق ابزارهای دیگری غیر از قانون لازم‌الاجرا شوند». دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه تحدید حدود دریایی بین قطر و بحرین به این مسئله پرداخته است.[2]

ازسوی دیگر باید به این سؤال پاسخ داده شود که اصولاً چرا دولت‌ها گرایش به سازمان‌های بین‌المللی نرم پیدا می‌کنند؟ در پاسخ باید خاطرنشان کرد از دلایل انتخاب سازمان‌های نرم از سوی کشورها می‌توان به این موارد اشاره کرد:

- اوّل، نگرش دولت‌ها به یک سازمان بین‌المللی نرم ممکن است یک دلیل سیاسی داشته باشد. برای مثال سازمان امنیت و همکاری اروپا از منشور هلسینکی شکل گرفت و به‌دلیل این‌که در بحبوحه جنگ سرد بین بلوک شرق و غرب تشکیل شده بود، در آن موقع تصور می‌شد که تمایلی برای حک کردن تعهدات در سنگ قانون وجود ندارد، بنابراین یک تعهد سیاسی را انتخاب کردند؛[3]
- دوم، در برخی محافل، قانون نام بدی دارد و اغلب تصور می‌شود که سفت و سخت است و نمی‌توانند تغییرات سیاسی را به شیوه‌ای منعطف و عملی سازگار کند. برخی بر این امر معتقدند که قانون به جلیقه‌ای تبدیل می‌شود و سوژه‌هایش را در جای خود می‌بندد و فضای تحرکی را که ممکن است شرایط سیاسی اقتضا داشته باشد سلب کند؛ به‌طورکلی قانون قادر به انعکاس تمام ظرایف سیاسی نیست؛ به این معنا که از نظر سیاسی ممکن است خیلی از موارد کمتر مورد توجه قرار گیرند، اما قانون برای این مسئله ابزاری نامناسب تلقی می‌شود؛[4]
- سوم، تصمیم‌گیری در این سازمان‌ها سریع و محرمانه است و شیوه تصمیم‌گیری در این نوع سازمان‌ها اغلب به‌صورت کنسانوس[5] است. دولت‌های عضو ترجیح می‌دهند فعالیت‌های این نوع سازمان‌ها متمرکز و به‌دور از منطقه‌گرایی باشد. آنها می‌خواهند در اوضاع و احوالات مختلف به‌راحتی تغییر موضع بدهند و خط‌مشی سازمان را دگرگون کنند. آنها نمی‌خواهند در قید و بند تشریفات و دیوان‌سالاری‌های سازمان‌های بین‌المللی سخت باشند و تمایل دارند که هر وقت بخواهند، از این نوع سازمان‌ها خارج شوند.[6]

---

1. Klabbers, Op. Cit., P 409.
2. *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*, Qatar v. Bahrain, jurisdiction and admissibility, ICJ, Reports 112, (1994), para 120-125. Retrieved January 29, 2024 from https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/87/087-19940701-JUD-01-00-EN.pdf
3. Van Dijk, Peter. "The final act of Helsinki–basis for a pan-European system?" *Netherlands Yearbook of International Law*, Volume 11, 1980, PP 97-124.
4. Lipson, Charles. "Why are some international agreements informal?" *International organization*, Volume 45, Issue 4, 1991, PP 495-538.
5. Consensus
6. Di Stasi, Op. Cit., P 45.

۳.۲. چالش‌های سازمان‌های بین‌المللی نرم

سازمان‌های بین‌المللی نرم موجودیت‌های جدیدی هستند و اقتضای هر موجودیت جدید، روبه‌رو شدن با چالش‌های جدید است؛ برخی از این چالش‌ها مربوط به درون این نوع سازمان‌ها و برخی بیرونی‌اند. بنابراین در بخش اوّل به چالش درونی و در بخش دوم به چالش بیرون می‌پردازیم.

۳.۲.۱. چالش درونی

چالش درونی به این معناست که به‌دلیل ساختار نرم این نوع سازمان‌ها، توافقاتی که در آن شکل می‌گیرد، سست و ضعیف‌اند و گردهمایی‌هایی که برگزار می‌شوند، نتیجه‌ای دربر ندارند. برای مثال در تابستان سال ۲۰۰۰، گروه ۷ نشست عادی خود را در جزیره اوکیناوا[1] برگزار کرد و تنها کاری که نکردند، رسیدن به توافقی بود.[2] البته اینکه کنفرانس‌ها به توافق نرسند غیرمعمول نیست و در روزگار قدیم، کنفرانس‌ها مرتباً به توافق منجر نمی‌شدند، اما در عصر دیپلماسی این مسئله حائز اهمیت است. به‌طور نمونه از جمله کنفرانس‌هایی که با شکست مواجه شده‌اند می‌توان به کنفرانس آب و هوای لاهه در سال ۲۰۰۰ [3] اشاره کرد.

در این راستا، برخی شکست در دستیابی به توافق را تا حدی به‌دلیل فقدان ساختارهای رسمی می‌دانند و استدلال می‌نمایند که به‌طور نمونه گروه ۷، غیرمتعهدتر از آن است که انتظار جدی از آن وجود داشته باشد. کنفرانس‌های گروه ۷ به‌جای بحث در چارچوب‌های هدفمند، به مکانی بیهوده تبدیل شده‌اند که سیاستمداران دور هم صرفاً جمع می‌شوند. یک خبرنگار در این مورد بیان می‌دارد: «گروه ۷ ناکارآمد، بی‌تمرکز، غیرمولد است و فریاد می‌زند که باید کوچک شود. اما راه‌حل چیست؟ می‌تواند با تعیین اهداف مؤثرتر بگوید که قرار است چه چیزی را انجام دهد».[4] بنابراین سازمان‌های بین‌المللی نرم در برزخ نهادی و نهادی‌سازی قرار دارند و دقیقاً مشخص نیست چه کاری انجام می‌دهند و قرار است چه کاری انجام دهند! تنها چیزی که واضح است، این امر است که قدرت اجرایی دارند و مانعی بر سر راه خود نمی‌بینند.[5]

چالش دیگر این است که این نوع سازمان‌ها قصد دارند از حاکمیت قانون فرار کنند. برای مثال می‌توان به سازمان امنیت و همکاری اروپا اشاره کرد که در آن دو ذهنیت وجود دارد؛ نخست این‌که مایل است از مزایای نبودن یک نهاد قانونی استفاده کند؛ و دوم، در عمل به خود می‌بالد که تفاوتی بین این سازمان‌ها و سازمان‌های سخت وجود ندارد.

در خصوص این چالش، برخی پاسخ داده‌اند که اکثر اسناد، تصمیمات و تعهدات سند مؤسس به زبان حقوق نوشته شده‌است و تفسیر آن مستلزم درک اصول حقوق بین‌الملل و فنون استاندارد حقوق معاهدات است. به‌علاوه این واقعیت که تعهدات سازمان امنیت و همکاری در اروپا از نظر قانونی الزام‌آور نیستند، از کارایی آن نمی‌کاهد؛ چراکه در بالاترین سطح سیاسی امضا شده‌اند و دارای اقتدار و مسلماً به‌اندازه هر قانونی دارای الزام‌اند.[6] به‌عبارت دیگر، هیچ تفاوتی بین سازمان امنیت و همکاری اروپا و یک سازمان بین‌المللی سخت وجود ندارد و تعهدات این سازمان علی‌رغم سیاسی بودن، در قالب اسناد حقوقی تهیه شده و با توجه به مبانی حقوق بین‌الملل باید تحلیل شوند.[7]

---

1. Island of Okinawa
2. Elliott, L. (2000). *Call Time on the G8*, The Guardian, Retrieved January 23, 2024 from http://www.guardianunlimited.co.uk/Archive
3. The Climate Change Conference.
4. Ibid.
5. Klabbers, Op. Cit., P 407.
6. Jacobi, Susanne. "The OSCE Court: An Overview", *LJIL* 10, 1997, P 281
7. Klabbers, Op. Cit., P 410.

۳.۲.۲. چالش بیرونی

چالش بیرونی به این مسئله می‌پردازد که درنهایت این نهاد، اجتماعی از دولت‌هاست یا یک سازمان بین‌المللی سخت؟ نمود این چالش در بحث مسئولیت بین‌المللی این نوع سازمان‌ها مبرهن می‌گردد. به این معنا که آیا دولت‌های عضو می‌توانند پشت سپر سازمان مخفی شوند و از مسئولیت تبرئه شوند؟ به‌طور نمونه فرض کنید در راستای استانداردهای گروه ویژه اقدام مالی، به یک کشور خسارتی وارد گردد یا اینکه عمل متخلفانه‌ای ازسوی این سازمان انجام شود. حال این سؤال به وجود می‌آید که چه کسی مسئول است؛ دولت‌های عضو یا سازمان به‌عنوان یک شخص حقوقی؟

در واقع تمام این بحث‌ها به این نقطه برمی‌گردد که آیا سازمان می‌تواند از شکل غیررسمی خود سوءاستفاده کند و مسئولیت عمل متخلفانه را به دولت‌های عضو منتقل کند؟ در پاسخ باید اشاره داشت، علی‌رغم اینکه پاسخ به تمام این سؤالات در این مجال نمی‌گنجد و خود فرصتی دیگر را می‌طلبد، اما به‌اختصار باید بگوییم پاسخ کلی و قاطع در مورد تمام سازمان‌های بین‌المللی نرم نمی‌توان ارائه داد. باید به‌صورت مورد به مورد این نوع سازمان‌ها را در کفه ترازو قرار داد و تحلیل کرد که آیا دارای شخصیت حقوقی‌اند تا درنتیجه از این رهگذر بتوان مسئولیت بین‌المللی را اثبات کرد یا نه. هرچند شاید بتوان در مورد سازمان‌های نرمی مثل سازمان امنیت و همکاری اروپا که دارای تشکیلات منظم و ساختار دائمی‌اند، راحت‌تر به این نتیجه رسید که خود سازمان در قبال رفتار متخلفانه مسئولیت داشته باشد.

از این گذشته، انتساب مسئولیت به سازمان بین‌المللی با موازین حقوقی هم سازگارتر است؛ چراکه اوّل، به‌قول پروفسور دی ویشر[1] هیچ‌چیز برای یک سازمان خطرناک‌تر از آن نیست که سازمان مسئولیت عمل متخلفانه خود را به گردن دولت‌های عضو بیندازد؛[2] دوم، رجوع طرف زیان‌دیده به یک نهاد یا یک سازمان خیلی آسان‌تر از رجوع به دولت‌های عضو است؛ سوم، رجوع به دولت‌های عضو می‌تواند این تالی فاسد را داشته باشد که عمل متخلفانه بی‌پاسخ بماند و این مسئله با موازین حقوقی مطابقت ندارد.

نتیجه‌گیری

بروز پیشرفت‌های علمی و صنعتی سبب افزایش وابستگی متقابل دولت‌ها گردیده است. درنتیجه، این امر منجر به ایجاد نهادهایی در کنار دولت‌ها شده است؛ تا آنجا که درحال‌حاضر به مثابه نهادهای حقوقی در تمام عرصه‌های روابط بین‌الملل حضوری فعال یافته‌اند. در این راستا بدون‌تردید باید اذعان داشت که امروزه دیگر حوزه‌ای باقی نمانده است که حداقل یک سازمان بین‌المللی درمورد آن ورود نکرده باشد.

با پیشرفت مطالعات حقوق سازمان‌های بین‌المللی، با سازمان‌هایی روبه‌رو هستیم که با سازمان‌های سخت متفاوت‌اند که با عنوان سازمان‌های نرم از آنها یاد می‌شود. تعبیر سازمان بین‌المللی نرم همان چیزی است که کورتین[3] از آن به‌عنوان سازمان بین‌المللی ناشناس یاد می‌کند.[4] درنتیجه این تحول، دولت‌ها به دلایلی از قبیل سرعت تصمیم‌گیری، آسانی

---

[1]. P. De visscher

[2]. زمانی، سید قاسم، ***حقوق سازمان‌های بین‌المللی***، جلد ۲، تهران: شهر دانش، چاپ چهارم، ۱۴۰۱، ص ۵۱.

[3]. Deirdre Curtin

[4]. Curtin, D. "EU Police Co-operation and Human Rights Protection: Building the Trellis and Training the Vine", *Scritti in Onore di GF Mancini*, 1998, P 227.

خروج از آن، محرمانه بودن و غیره اقبال بیشتری به این نوع سازمان‌ها نسبت به سازمان‌های بین‌المللی سخت پیدا کرده‌اند. روبرتو اونگر[1] ربع قرن پیش معترف شده بود که حرکت به‌سمت انعطاف‌پذیری درحال انجام است. او استدلال کرد که تحت‌تأثیر دولت رفاه، قانون در جوامع پسالیبرال به‌سرعت درحال گسترش استفاده از استانداردهای باز و بندهای عمومی است و گرایش به سبک فورمالیستی به سبک هدفمند تبدیل شده است.[2]

این موجودیت‌های جدید، یعنی سازمان‌های بین‌المللی نرم، سؤالات و مسائلی جدیدی را به وجود می‌آورند. اوّلین سؤال این است که آیا سازمان‌های بین‌المللی نرم دارای شخصیت حقوقی‌اند؟ نگارندگان معتقدند که درمورد شخصیت حقوقی آنها پاسخ کلی و قاطعی نمی‌توان داد و باید به‌صورت مورد به مورد بررسی گردند. در بحث شناسایی این نوع سازمان‌ها، باید قصد طرف‌ها احراز شود که برای شناخت آن می‌توان از معیارهای مختلفی از جمله؛ قصد تنظیم‌کنندگان سند، عنوان سازمان، عبارات به‌کاررفته در سند، تشریفات ایجاد سازمان و مسئله ثبت در نزد دبیرخانه سازمان ملل متحد مدد گرفت. همچنین سؤال دوم این است که این نوع سازمان‌ها چه رابطه و تعاملاتی می‌توانند با سازمان‌های بین‌المللی سخت داشته باشد که می‌توان به کارکرد جایگزین، حل بحران‌های سیاسی و مکمل اشاره کرد. همچنین تولد این نوع سازمان‌ها می‌تواند با چالش‌های درونی و بیرونی همراه باشد. به این معنا که درنهایت مشخص نیست سازمان‌های بین‌المللی نرم قالب حقوقی دارند یا نه و اینکه آیا حاکمیت قانون در آن وجود دارد یا نه؟ از سوی دیگر درصورت تخلف از سوی سازمان‌های بین‌المللی نرم مشخص نیست که خود سازمان به‌عنوان یک شخصیت حقوقی مستقل مسئولیت دارد یا اینکه دولت‌های عضو مسئول‌اند.

بنابراین در پایان باید اذعان داشت، سازمان‌های بین‌المللی نرم فرزندان زمان خود هستند، باوجود آنکه این سازمان‌ها در پاسخ به فراخوانی برای انعطاف ایجاد شدند و تصور می‌شد که با اجازه دادن به سازمان‌ها برای فعالیت منعطف‌تر به‌دور از نظارت عمومی فعالیت آن بسیار مؤثرتر خواهد بود، بااین‌حال این مسئله تا حدی سرابی بیش نیست و ممکن است پذیرفتن آن دشوار باشد.

منابع

کتاب

۱. بیگ‌زاده، ابراهیم، ***حقوق بین‌الملل***، جلد ۱، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۴۰۱.

۲. بیگ‌زاده، ابراهیم، ***حقوق سازمان‌های بین‌المللی***، تهران: مجد، چاپ هفتم، ۱۳۹۸.

۳. زمانی، سید قاسم، ***حقوق سازمان‌های بین‌المللی***، جلد ۱ و ۲، تهران: شهر دانش، چاپ چهارم، ۱۴۰۱.

۴. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، ***حقوق معاهدات بین‌المللی***، تهران: گنج دانش، چاپ هفتم، ۱۳۹۹.

مقاله

۵. کدخدایی، عباسعلی، «شخصیت حقوقی جامعه و اتحادیه اروپایی»، *مجله دانشکده حقوق و علوم‌سیاسی*، دوره ۴۴، شماره ۸۱۶، ۱۳۷۸.

[1]. Roberto Unger

[2]. Unger, Roberto Mangabeira. *Law in modern society*, Simon and Schuster, 1977, P 193.

References

Books

1. Alvarez, José E. "*Governing the World: International Organizations as Lawmakers*", *Suffolk Transnat'l L. Rev.* Volume 31, 2007.
2. Beigzadeh, Ebrahim. *International Law*. Volume 1, Tehran: Mizan, First Edition., 2023. (In Persian)
3. Beigzadeh, Ebrahim. *The Law of International Organizations*, Tehran: Majd, Seventh Edition, 2019. (In Persian)
4. Bekker, Pieter HF. *The Legal Position of Intergovernmental Organizations: A Functional Necessity Analysis of Their Legal Status and Immunities*, Brill, 1994.
5. Brownlie, Ian. "*Principles of Public International Law*", *VRÜ Verfassung und Recht in Übersee* 14, Issue 1, 1990.
6. Gilmore, William C. *Dirty money: The Evolution of International Measures to Counter Money Laundering and the Financing of Terrorism,* Volume 599*,* Council of Europe, 2011.
7. Klabbers, Jan. *An Introduction to International Organizations Law*, Cambridge University Press, 2022.
8. Thirlway, Hugh. *The Sources of International Law*, Oxford University Press, 2014.
9. Unger, Roberto Mangabeira. *Law in Modern Society*, Simon and Schuster, 1977.
10. Zamani, Sayyed Ghasem, *The Law of International Organizations*, Volumes 1 and 2, Tehran: Shahr-e Danesh, Fourth Edition, 2022. (In Persian)
11. Ziae'e Bigdeli, Mohammad Reza, *Law of International Treaties*. Tehran: Ganj-e Danesh, Seventh Edition, 2020. (In Persian)

Articles

12. Boyle, Alan E., "Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law", *International and Comparative Law Quarterly, Volume* 48, Issue 4, 1999, PP 901-913. https://doi.org/10.1017/S0020589300063739/
13. Curtin, D. "EU Police Co-operation and Human Rights Protection: Building the Trellis and Training the Vine", *Scritti in Onore di GF Mancini*, 1998.
14. De Vido, Sara, "Soft Organizations, Hard Powers: the FATF and the FSB as Standard-Setting Bodies", *Global jurist*, Volume 19, Issue 2, 2019. https://doi.org/10.1515/gj-2018-0030/
15. Di Stasi, Angela, "About Soft International Organizations: An Open Question", In: *Evolutions in the Law of International Organizations*, Brill Nijhoff, 2015, PP 44-69. https://doi.org/10.1163/9789004290198_004/
16. Guzman, Andrew T. and Timothy L. Meyer. "International Soft Law", *Journal of Legal Analysis,* Volume 2, Issue 1, 2010, pp 171-225. https://doi.org/10.1093/jla/2.1.171/
17. International Law Association, *Report of the Sixty-Eighth Conference*, London, 1998.
18. Jacobi, Susanne. "The OSCE Court: *An Overview", LJIL 10*, 1997.
19. Kadkhodaie, Abbasali, "The Legal Personality of the Society and the European Union", *Journal of the Faculty of Law and Political Science,* Volume 44, Issue 816, 1999, pp. 65–89. (In Persian)
20. Klabbers, Jan. "The Redundancy of Soft Law", In Sources of International Law, *Routledge*, pp. 189-204, 1996.
21. Klabbers, Jan. "The Life and Times of the Law of International Organizations", In: International Organizations, *Routledge*, 2017, PP 151-181.
22. Klabbers. Jan. "Institutional Ambivalence by Design: Soft Organizations in International Law", *Nordic Journal of International Law,* Volume 70, Issue 3, 2001, PP 403-421, doi: https://doi.org/10.1163/15718100120296647

23. Lipson, Charles. “Why Are Some International Agreements Informal?” *International Organization,* Volume 45, Issue 4, 1991, PP 495-538. https://doi.org/10.1017/S0020818300033191/
24. Raustiala, Kal. “Form and Substance in International Agreements”, *American journal of International Law,* Volume 99, Issue 3, 2005, PP 581-614. https://doi.org/10.2307/1602292/
25. Schachter, Oscar. “The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements”, *American Journal of International Law,* Volume 71, Issue 2, 1977, PP 296-304. https://doi.org/10.2307/2199530/
26. Snyder, Francis. “Soft Law and Institutional Practice in the European Community”, In: The Construction of Europe: Essays in Honor of Emile Noel, PP 197-225. Dordrecht: *Springer Netherlands*, 1994.
27. Terpan, Fabien. “Soft Law in the European Union—The Changing Nature of EU Law”, *European Law Journal,* Volume 21, Issue 1, 2015, PP 68-96. https://doi.org/10.1111/eulj.12090
28. Van Dijk, Peter. “The Final Act of Helsinki–Basis for a Pan-European System?” *Netherlands Yearbook of International Law,* Volume 11, 1980. https://doi.org/10.1017/S0167676800002737/
29. Weil, Prosper. “Towards Relative Normativity in International Law?” *American Journal of International Law*, Volume 77, Issue 3, 1983. https://doi.org/10.2307/2201073/

Cases

30. *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*, Qatar v. Bahrain, Jurisdiction and Admissibility, ICJ, Reports 112, 1994. Retrieved January 29, 2024 from https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/87/087-19940701-JUD-01-00-EN.pdf/
31. *Nuclear tests*, Australia v. France, ICJ, Reports 253, 1974. Retrieved January 28, 2024 from https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/58/058-19741220-JUD-01-00-EN.pdf/
32. *Reparation for Injuries Sufferd in the Service of the United Nations*, ICJ, Advisory Opinion (1949). Retrieved January 29, 2024 from https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-EN.pdf/

Websites

33. Consultative Group on International Agricultural Research. Retrieved January 25, 2024 from http://www.cgiar.org/
34. Elliott, L. (2000). *Call Time on the G8*, The Guardian, Retrieved January 23, 2024 from http://www.guardianunlimited.co.uk/Archive/
35. FATF (n.d.). *FATF Website*. Retrieved January 25, 2024 from http://www.fatf-gafi.org/
36. FATF. (2019). New UN Resolution Reaffirms the Close Collaboration between the FATF and the United Nations in the Fight against Terrorist Fighting. Retrieved January 26, 2024 from https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfgeneral/Un-fatf-2019.html#:~:text=Today%2C%20the%20Member%20States%20of, destruction%20(WMD)%20proliferation%20financing/
37. ISO (n.d.). *ISO 14000 family-Environmental Management.* Retrieved January 25, 2024 from https://www.iso.org/standards/popular/iso-14000/
38. Organization for Security and Cooperation in Europe Handbook (n.d.). *Publications.* Retrieved February 10, 2024 from https://www.osce.org/resources/publications/OSCE%20Handbook/

Documents

39. Charter of Economic Rights and Duties of States 1974.

40. Constitution of International Monetary Fund (IMF).
41. Constitution of the International Labor Organization (ILO).
42. Constitution of the United Nations Food and Agriculture Organization (FAO).
43. Global Water Partnership Network Statute.
44. Helsinki Final Act, 1975.
45. Program of Action on the Establishment of a New International Economic Order 1974.
46. Treaty on Conventional Forces in Europe.
47. Treaty on the Functioning of the European Union.
48. UN Charter | United Nations.
49. Vienna Convention on the Law of Treaties (1969).

Legal Research, Vol 29, Issue 113, 2026: 47-64 Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Journal of Legal Research
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

Orginal Article

The Role of Ignorance of Law in Criminal Responsibility According to Virtue Ethics Theory

Rahim Nobahar[1], Mansooreh Ghanbarian Banooee[2]

Highlights

- Virtue ethics offers a distinct and just interpretation of ignorance by emphasizing the significance of character traits, the stages of moral development and the difficulty of deliberation under specific circumstances.
- The lack of opportunity to learn moral rules through experiences can lead to the negation of moral and criminal blame.
- To negate criminal blame, it is not necessary that knowledge of criminal laws be impossible; the fact that access to knowledge is difficult, seems sufficient.

ABSTRACT

Introduction

The revival of virtue ethics as one of the important moral theories in recent decades caused the formation of virtue jurisprudence that focuses on human flourishing among the concerns of Law. The teachings of this theory have attracted the attention of scholars of criminal Law in different realms. Focusing on character traits, the role of habituation, and the significance of learning the quiddity of values in the habituation of virtues to become a state of character, has effects on criminal responsibility. This moral theory takes a different approach to ignorance of the law as a cause that can remove blame from ignorant agents compared to legal perspective and provides a different reading of ignorance of the law. Consequently, a new perspective on the bases and qualifications of blaming the behaviors that stem from ignorance. In this theory, education is critical in character formation and the acquisition of moral virtues and vices. Also, in evaluating the contribution of the moral agent in the formation of his character and how to confront him for his actions, the manner of his moral education in childhood and his intrinsic traits are considered. So, analyzing the stages of people's moral development is very important. The aim of this research is to provide a basis for legislator in dealing with agents who are ignorant of criminal laws. In this regard it seeks to answer to following questions: What role dose ignorance of moral universals play in determining the blameworthiness of behavior? What challenges arise in this context? If there is not any excuse and the agent is involved in ignorance under specific momentary circumstances, what will be the appropriate response to his wrongful conduct?

How to Cite: Nobahar, Rahim, Ghanbarian Banooee, Mansooreh, "The Role of Ignorance of Law in Criminal Responsibility According to Virtue Ethics Theory", Legal Research, Vol. 29, No. 113, 2026, pp:47-64.

DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2024.232664.2558 Received: 08/08/2023-Accepted: 14/12/2024

1. Associate Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: r-nobahar@sbu.ac.ir
2. Ph.D., Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Methods
Given that the subject of the research is interdisciplinary, basic and analytical, this research has been conducted using descriptive-analytic manner and along with a philosophical approach. Since this research, due to its philosophical nature, pertains to fundamental theoretical issues and Also, because philosophical discussions describe and ultimately analyze existing viewpoints, the data collection method is library-based. It is important to elucidate how to deal with agents acting in ignorance and to provide a normative criterion for legislators to deal with such agents. To consider agent's character and the conditions of their moral development, this study first provides an explanation of ignorance of moral universals. Then the study examines the role of ignorance of moral universals in the blameworthiness of behavior in the form of a general rule and its exceptions, with attention to the stages of moral development and explore the legal implications of this analysis. Finally, the study presents the conclusions drawn from of applying the teachings of virtue ethics to ignorance.

Results and Discussions
According to virtue ethics theory, actions stemming from ignorance of moral universals and the law are assumed to be voluntary. This is supported by Aristotle, a progenitor of virtue ethics, that the wrongful actions of vicious agents are blameworthy, although are performed in ignorance of universals. Consequently, wrongdoing resulting from such ignorance is deemed blameworthy, provided that the agent's upbringing and education offered adequate opportunity to learn how to act rightly. Nevertheless, there are instances in which a moral agent commits a wrongful act under circumstances that temporarily hinder his access to knowledge of moral and legal norms—for example, when acting out of anger or under the influence of intoxication. The wrongdoing of such an agent merits less moral blame than that of an agent whose ignorance stems from an enduring state; because the former agent does not suffer from complete ignorance; whereas the later agent is ignorant in a sobriety state. By contrast, if people's moral education interferes with their emotional development and damages their moral perception, or if they are not provided with the opportunity to experience virtuous action, it will be a reason to remove blaming for their immoral and criminal actions. Also, the difficulty of deliberation in ambiguous circumstances and the persistent ignorance that happens even for virtuous agents who are eager to learn moral and legal principles will remove blame from ignorant agents. It is because such people don't have any defect or evil in their character due to a lack of access to their understanding of goodness or due to the incompleteness of their knowledge. In fact, when moral perception is impaired due to deficient education, it can incapacitate the agent of true perception of societal values. This factor, in its turn, makes the agent to be unable to understand that his action is wrong. Furthermore, exposure to morally ambiguous circumstances can hinder the agent's ability to correctly apply moral principles or legal rules to concrete instances. It is important to recognize that moral knowledge is perfected through experiential learning, and no individual possesses a prior knowledge of the full spectrum of moral values. In fact, Exceptions to removing blame from ignorant agents are based on the difficulty in knowing, not the impossibility; For this reason, applying the teachings of this theory make more ignorant offenders out of the realm of blameworthy.

Conclusion
Based on the research findings, it seems that individuals who commit immoral or criminal acts due to drunkenness or any momentary state are less blameworthy than individuals who commit such acts whereas they are attentive. Therefore, it is appropriate for the legislator to consider a milder reaction in cases where drunkenness causes ignorance of the law. It is also suggested that the legislator consider harmed moral perception, deficient moral development, the difficulty of deliberating, and perpetual ignorance as grounds for removing criminal blame. Consequently, applying the teaching of virtue ethics, can offer valuable normative insights for legislators about ignorance of law.

Keywords: Ignorance, Moral Perception, Moral Development, Difficulty of Deliberation, Character.

فصلنامه تحقیقات حقوقی
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

مقاله علمی-پژوهشی

نقش جهل حکمی در مسئولیت کیفری از نگاه اخلاق فضیلت

رحیم نوبهار[۱]، منصوره قنبریان بانوئی[۲]

نکات برجسته

- اخلاق فضیلت با تمرکز بر اهمیت ویژگی‌های منشی، مراحل رشد اخلاقی و دشواری تأمل در شرایطی خاص، خوانشی متفاوت و عادلانه از مقوله جهل ارائه می‌دهد.
- فراهم نبودن موقعیت برای یادگیری قواعد اخلاقی در خلال تجربه‌ها می‌تواند موجب نفی سرزنش اخلاقی و کیفری باشد.
- برای نفی سرزنش کیفری لازم نیست که آگاهی به قوانین کیفری ناممکن باشد، همین قدر که آگاهی دشوار باشد کافی است.

چکیده

اخلاق فضیلت به عنوان یکی از نظریه‌های مهم اخلاقی در دهه‌های اخیر مورد توجه حقوقدانان کیفری نیز قرار گرفته است. این نظریه بر ویژگی‌های اخلاقی، نقش خوگیری و آموزش چرایی ارزش‌ها در فراگیری و ملکه شدن فضیلت‌ها و انگیزهٔ فاعل از اعمال ارتکابی با ارجاع به منش او، تأکید دارد. این انگارهٔ اخلاقی به این علت خوانشی متفاوت از جهل حکمی ارائه می‌دهد که افقی نوین برای کاوش مبناهای سرزنش‌پذیری و عدم سرزنش اعمال ناشی از جهل و اتخاذ رویکرد مناسب برای برخورد با فاعلان جاهل می‌گشاید. این مقاله با روش توصیفی- تحلیلی بر آن است تا چگونگی مواجهه با فاعلان جاهل را با در نظر گرفتن رذیلت‌های منشی بررسی کند و ملاکی برای نحوهٔ مواجههٔ قانونگذار در برابر این دسته از کنش‌گران ارائه دهد. برابر آموزه‌های اخلاق فضیلت، اعمال ناشی از جهل حکمی، عمدی است. بنابراین جهل به قانون و کلیات اخلاقی، موجبی برای سرزنش خواهد بود؛ اما با چالش‌هایی مواجه است که مقاله به آنها خواهد پرداخت.

کلید واژگان: جهل، ادراک اخلاقی، رشد اخلاقی، دشواری تأمل، منش.

استناد به این مقاله: نوبهار، رحیم، قنبریان بانوئی، منصوره، «نقش جهل حکمی در مسئولیت کیفری از نگاه اخلاق فضیلت»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۳، فروردین ۱۴۰۵، صص: ۴۷-۶۴.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۵/۱۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۹/۲۴ DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2024.232664.2558

۱. دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: r-nobahar@sbu.ac.ir
۲. دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

مقدمه

نظریهٔ اخلاق فضیلت که در میان نظریه‌های اخلاقی پیشینه‌ای بلند دارد، در دهه‌های اخیر افزون بر فیلسوفان، مورد توجه حقوق‌دانان کیفری نیز قرار گرفته است. قدمت این نظریه به یونان باستان برمی‌گردد. آن‌چنان که برخی از نویسندگان آغازگر اصلی مباحث مربوط به فضیلت را سقراط دانسته و افلاطون و ارسطو را ادامه‌دهندهٔ راه او می‌دانند. درواقع، تحقیق سازمان‌یافته در مورد فضایل را افلاطون بنا نهاد؛ اما تبیین کلاسیک فضایل را ارسطو انجام داد.[۱] افلاطون و به‌ویژه ارسطو پایه‌گذاران اخلاق فضیلت‌اند. اخلاق فضیلت در چین نیز قدمتی دیرینه دارد.[۲] بااین‌حال، این نظریه با ظهور رنسانس و تحولات حوزهٔ اخلاق در دورهٔ مدرن، در سایه قرار گرفت. آن‌گونه که مک‌اینتایر عواملی همچون ظهور نهضت روشنگری، نظرات کانت، سودگرایی، عاطفه‌گرایی و ... را دلیلی برای به انزوا رفتن اخلاق فضیلت می‌داند.[۳] انتشار مقالهٔ الیزابت آنسکوم در ۱۹۵۸موجب احیای اخلاق فضیلت شد.[۴] آنسکوم با رویکردی انتقادی به دو نظریهٔ اخلاق وظیفه‌گرا و سودانگار بر مسائلی مانند فضیلت‌ها، انگیزه‌ها، شخصیت و خصوصیت اخلاقی، دوستی، روابط خانوادگی و معنای حقیقی سعادت تأکید کرد.[۵] به اعتقاد آنسکوم مفاهیم تعهد و وظیفه به عبارتی تعهد و وظیفهٔ اخلاقی و آنچه اخلاقاً درست و نادرست است، باید کنار گذاشته شود.[۶]

در این نظریهٔ هنجاری تأکید بر رشد اخلاقی، منش اخلاقی، ارزش ذاتی فضیلت‌ها، نقش معرفت‌شناسانه قدیس اخلاقی، رابطهٔ میان فضیلت و معرفت‌شناسی و سرانجام، انگیزه است.[۷]

نگاه نوین این نظریه به جهل حکمی که موضوع مقالهٔ حاضر است، به نوبهٔ خود می‌تواند مبنایی برای مقررات قانونی باشد. از آنجا که در این نظریه تعلیم و تربیت اهمیت بسزایی در شکل‌گیری منش و کسب فضایل و رذایل اخلاقی دارد و از آنجا که در ارزیابی سهم فاعل اخلاقی در شکل‌گیری منش و همچنین برای چگونگی مواجهه با او در برابر اعمالش، نحوهٔ تعلیم اخلاقی او در دوران کودکی و همچنین خصلت‌های ذاتی او در نظر گرفته می‌شود، واکاوی مراحل رشد اخلاقی افراد به‌ویژه مرحلهٔ شکل‌گیری منش اولیه و تجربی، اهمیت بسزایی دارد؛ این واکاوی همچنین می‌تواند موجب خوانشی نوین از جهل حکمی شود.

رویکرد نوین نظریهٔ اخلاق فضیلت به جهل زمینه‌ساز طرح این پرسش است که: نقش جهل به کلیات در سرزنش‌پذیری رفتار چیست و با چه چالش‌هایی مواجه است؟ همچنین در شرایط جهل به کلیات اخلاقی و قوانین، در مواردی که هیچ عذر معاف‌کننده‌ای وجود نداشته باشد، با توجه به نوع منش مرتکب، چگونه باید نسبت به او واکنش نشان داد؟

این پژوهش با روشی توصیفی-تحلیلی با تمرکز بر رویکرد ارسطو به عنوان پایه‌گذار اخلاق فضیلت، نخست به تبیین جهل به کلیات اخلاقی می‌پردازد. سپس نقش جهل به کلیات اخلاقی را در سرزنش‌پذیری رفتار در قالب قاعدهٔ کلی و استثناهای آن با نگاهی به چگونگی شکل‌گیری منش افراد بررسی می‌کند و بازتاب‌های قانونی آن را واکاوی می‌نماید. در

---

۱. خزاعی، زهرا، ***اخلاق فضیلت***، تهران: حکمت، چاپ اول، ۱۳۸۹، صص ۱۹-۲۰.

۲. هرست هاوس، روزالین، ۲۰۱۲، «اخلاق فضیلت»، ترجمه هاشم قربانی، *نشریه اطلاعات حکمت و معرفت*، دوره ۱۲، شماره ۶، ۱۳۹۶، ص ۱۲.

۳. خزاعی، پیشین، صص ۲۴- ۲۳.

۴. ریچلز، جیمز، ۱۹۹۳، ***فلسفهٔ اخلاق***، ترجمه آرش اخگری، تهران: حکمت، چاپ پنجم، ۱۳۹۷، ص ۲۴۱.

۵. هرست هاوس، پیشین.

6. Anscombe, G.E.M. "Moral Modern Philosophy", *Journal of the Royal Institute of Philosophy*, Volume 33, Issue 124, 1958, P 1.

۷. خزاعی، پیشین، ص ۴۳.

پایان نیز به بیان نتایج حاصل از کاربست خوانش اخلاق فضیلت از جهل می‌پردازد.

۱. تبیین جهل به کلیات از نگاه اخلاق فضیلت

گاه عمل ارتکابی در اثر «جهل به جزئیات»[1] مهم و اساسی مربوط به عمل انجام می‌شود که به آن جهل موضوعی نیز گفته می‌شود و گاه ناشی از «جهل به کلیات»[2] است. جهل به کلیات ممکن است جهل به کلیات اخلاقی یا قانونی باشد، مانند جهل به لزوم پرداخت دین. در چنین حالتی فاعل اخلاقی به حکم مربوط به عمل خود ناآگاه است. در این مورد گفته می‌شود که فاعل در حالت جهل عمل می‌کند و چنین عملی عمدی است؛ زیرا فاعل در مورد هیچ یک از جزئیات مهم و اساسی عمل که علم به آن شرط عمدی بودن است، ناآگاه نیست.

جهل به کلیات اخلاقی ممکن است ناشی از تقصیر فاعل اخلاقی باشد؛ برای مثال جهل فرد مست یا عصبانی به درستی یا نادرستی عمل ارتکابی‌اش. در موارد خشم، فاعل پیش از اینکه شانس دسترسی به واکنش عاقلانه را داشته باشد، مغلوب روح خود می‌شود. در این مواقع فاعل از فرمان عقل خود کاملاً پیروی نمی‌کند. خشم، ضعف اراده و مستی با آنکه متفاوت‌اند، هر سه باعث می‌شوند که فاعل به شیوه‌ای کامل به امور کلی اخلاقی نپردازد. بااین‌حال، فاعل مست یا خشمگین که در اثر جهل به کلیات اخلاقی عمل می‌کند، ممکن است در خصوص جزئیات مربوط به عمل خود چه یک مورد و چه بیشتر نیز دچار جهل شود.[3]

اگر این خوانش را بپذیریم که فاعل مست یا عصبانی مانند فاعل آکراتیک[4] به صورت موقت از آنچه باید به آن عمل کند، غافل است، جهل او در مورد آنچه شایسته است، کاملاً شبیه جهل در مورد همان چیز در حال هوشیاری نیست. در مواردی که فرد همیشه نسبت به آنچه شایسته است، در جهل است، جهل او به علت یک وضعیت پایدار است. درحالی‌که فرد مست یا خشمگین به علت یک وضعیت موقتی در جهل است. تمایل به نوشیدن شراب به صورت افراطی نشانگر وضعیت بد منش فاعل است؛ بااین‌حال مانند جهل کامل و تمام‌عیار در مورد کلیات اخلاقی نیست. فردی که در وضعیت موقتی جهل مانند مستی یا خشم قرار دارد در مقایسه با فردی که همیشه در این وضعیت است، انتخاب یا کنترل بیشتری دارد که در وضعیت جهل و غفلت قرار بگیرد یا نگیرد.[5]

---

[1]. Ignorance of Particulars

[2]. Ignorance of Universals

[3]. O'Hagan, P. "Moral Ignorance and Blameworthiness in Aristotle's Nicomachean Ethics", Master Thesis, McMaster University, Hamilton, 2016, PP 21-23.

[4]. ادعا می‌شود که فاعل آکراتیک فاعلی است که می‌داند که عمل درست کدام است؛ اما درست بعد از تصمیم‌گیری برای انجام عمل صحیح به علّت غلبهٔ احساسات، مخالف با تصمیم خود عمل می‌کند. درواقع به گفتهٔ برخی فاعل آکراتیک برخلاف دانش خود عمل می‌کند؛ زیرا لذت، رنج، خشم یا سایر احساسات بر او غلبه می‌کند.

Liu, W. "Ignorance in Plato's Protagoras: An Inquiry into Humanity's Dark Side", *Phronesis*, Volume 67, Issue 3, 2022, P 319.

بااین‌حال به نظر می‌رسد، دانش فاعل آکراتیک دانشی حقیقی نیست؛ زیرا کسی که دارای دانشی حقیقی باشد، آن دانش در او ملکه شده و باعث می‌شود تا مغلوب احساسات نشده و مطابق دانش خود عمل کند. به این دلیل بهتر است بگوییم فاعل آکراتیک دچار جهل به کلیات اخلاقی است و دانش او در لحظهٔ تصمیم‌گیری به علّت حقیقی نبودن آن مانع غلبهٔ احساسات و انجام عمل نادرست نخواهد شد. آنچنان که به نظر برخی سقراط بر خلاف بسیاری از ادعاها، فاعلان آکراتیک را به آنچه خیر و یا شر است آگاه نمی‌داند؛ زیرا دانش نه تنها افراد را قادر می‌کند تا مطابق با حقیقت عمل کنند بلکه موجب می‌شود علی‌رغم جلوه‌های متعارض، تصمیمی درست بگیرند.

Ibid, PP 318-319.

[5]. O' Hagan, Op. Cit., P 23.

فرض دیگر در مورد اعمال ناشی از جهل به کلیات اخلاقی فرض بی‌تقصیری فاعل است؛ مانند اعمال ناشی از «ادراک اخلاقی آسیب‌دیده»[1]، ابهام اوضاع و احوال و «جهل دائمی»[2]. این اعمال با وجود عمدی بودن، مورد بخشش قرار می‌گیرند. در ادامه، وضعیت مسئولیت فاعل اخلاقی در برابر هر یک از این اعمال را بررسی می‌کنیم.

۲. نقش جهل به کلیات اخلاقی در سرزنش‌پذیری رفتار

با آنکه فاعل اخلاقی در برابر اعمال ناشی از جهل به کلیات اخلاقی و قانونی مسئول است، شرایطی وجود دارد که در صورت تحقق آنها فاعل اخلاقی با وجود عمدی بودن رفتار ارتکابی، سرزنش نخواهد شد. در این قسمت به مطالعهٔ قاعدهٔ کلی در این باره و استثناهای آن خواهیم پرداخت.

۲.۱. بی‌تأثیری جهل به کلیات در نفی مسئولیت

قاعدهٔ کلی این است که اعمال انجام شده در فرض جهل به کلیات اخلاقی، عمدی است؛ زیرا ارسطو فاعلان رذیلتمند را به سبب اعمالشان قابل سرزنش می‌داند، درحالی‌که اعمال آنها در حالت جهل به کلیات اخلاقی انجام شده است. بنابراین انجام عمل نادرست به سبب جهل به کلیات- با فرض اینکه نحوهٔ رشد و تربیت افراد فرصت فراگیری چگونگی انجام عمل صحیح را برای آنها فراهم کرده باشد- موجب سرزنش است.[3]

نکتهٔ دیگر اینکه گاه فاعل اخلاقی ضمن اینکه در اثر جهل به کلیات اخلاقی در وضعیتی همچون مستی قرار می‌گیرد و مستی به علت غیراخلاقی بودن سزاوار سرزنش است، عمل ناشایستی را در چنین وضعیتی انجام می‌دهد که نه به علّت جهل به جزئیات عمل، بلکه به علّت جهل به کلیات اخلاقی، یعنی صحیح یا نادرست بودن عمل، رخ می‌دهد. در این مورد به نظر می‌رسد که اگر فاعل اخلاقی اختیار و کنترل خود بر عمل را به علّت مستی از دست نداده باشد، هم به سبب مستی سزاوار سرزنش است و هم به سبب عمل ناشی از جهل؛ زیرا عمل ناشی از جهل در چنین شرایطی عمدی محسوب می‌شود. لکن میزان سرزنش فاعل مست در چنین شرایطی کمتر از فاعلی است که جهل او به کلیات، ناشی از یک خصلت پایدار است و در نتیجهٔ چنین خصلتی عمل ناشایستی را انجام می‌دهد. جهل فاعل مست یا خشمگین در مقایسه با فاعلی که در شرایط هوشیاری و ناشی از یک وضعیت شخصیتی پایدار دچار جهل است، جهلی کامل و تمام‌عیار نیست.

ارسطو مستی و خشم را ذیل عمل آکراتیک بررسی می‌کند و وضعیت فاعل آکراتیک را با وضعیت فاعل مست از آن جهت مقایسه می‌کند که هر دو دچار جهل موقت به کلیات هستند، به این دلیل می‌توان گفت فاعل مست و خشمگین، مانند فاعل آکراتیک عمل می‌کنند. به این معنا که فاعل خشمگین نیز مانند فرد آکراتیک با اینکه قادر به استدلال است، به شیوه‌ای کامل و درست به کلیات دسترسی ندارد و این باعث می‌شود تا به‌صورت موقت از آنچه باید انجام دهد، غافل شود.[4] بنابراین می‌توان گفت فرد مست یا خشمگین همانند فاعل آکراتیک، در مقایسه با فاعل رذیلتمند سزاوار سرزنش کمتری است، همچنان که از نظر آکوئیناس فاعل آکراتیک سزاوار سرزنش است، اما نه به اندازهٔ فاعل رذیلتمند.[5] برابر

---

1. Harmed Moral Perception
2. Persistent Ignorance
3. Ibid, PP 26-27.
4. Ibid, PP 21-23.
5. Kent, B. "Aquinas and Weakness of Will", *Philosophy and Phenomenological Research*, Volume 75, Issue 1, 2007, P 74.

دیدگاه ارسطو، فاعل رذیلتمند مطابق با تصمیم خود عمل می‌کند، ولی عمل فاعل آکراتیک برخلاف تصمیم است. برخلاف فاعل آکراتیک فاعل رذیلتمند معتقد است که در هر موقعیتی باید همان عملی را که انجام داده است، انتخاب می‌کرد. این فرد به شر بودن عمل خودش ناآگاه است و هیچ پشیمانی در مورد عملش ندارد. ارسطو اصطلاح آکراسیا را در مورد کسی که شخصیتش در مقایسه با فاعل رذیلتمند، شرارت کمتری دارد، استفاده می‌کند.[۱] زیرا انگیزهٔ فاعل آکراتیک نشان می‌دهد که عمل ناشایست او از روی تأمل و تصمیم انجام نشده است، بلکه به دلیل مداخلهٔ ترس، خشم، وسوسه و ... آن عمل را مرتکب شده است.[۲] به این دلیل است که فاعل آکراتیک کمتر از فاعل رذیلتمند سزاوار سرزنش است.

۲.۲. چالش‌های پذیرش مسئولیت در فرض جهل به کلیات

ارسطو معتقد است جهل به اصول کلی اخلاقی دلیلی برای سرزنش است؛ اما از این ادعای او این نتیجه حاصل نخواهد شد که فقط جهل به اصول کلی اخلاقی دلیلی برای سرزنش است. همچنین نتیجهٔ این گفتهٔ او این نیست که چنین جهلی همیشه دلیلی برای سرزنش خواهد بود.[۳]

استدلال ارسطو برای غیرعمدی نبودن اعمال ناشی از جهل به کلیات، این نتیجه را در پی خواهد داشت که برخی از این دسته اعمال عمدی‌اند. حتی این امکان نیز وجود دارد که ارسطو تمام اعمال انجام شده در فرض جهل به کلیات را به دلیل همخوانی آنها با تعریف او از عمدی بودن، عمدی بداند. با این وجود، این نتیجه حاصل نمی‌شود که او همچنین معتقد است که تمام چنین اعمالی قابل سرزنش هستند؛ هرچند دیدگاه رایج سرزنش چنین اعمالی را ضروری می‌داند. با خوانشی جدید می‌توان گفت، برخی از اعمال بد و نه تمام آنها که در وضعیت جهل به کلیات انجام می‌شوند، قابل سرزنش‌اند. چنین خوانشی از دیدگاه ارسطو با اظهار نظر او که در متنی دیگر مطرح کرده است[۴] سازگار است. پذیرفتن این امر که سزاوار سرزنش یا تحسین بودن برای اثبات عمدی بودن یک عمل کافی است، الزاماً به معنای آن نیست که قابل سرزنش یا تحسین بودن ویژگی ضروری اعمالی است که در حالت جهل به کلیات انجام می‌شوند.[۵] درواقع، اظهارات ارسطو نشان می‌دهد که فقط اعمال عمدی به طرز مناسبی موضوع سرزنش و تحسین هستند. این اظهارات کاملاً سازگار با دیدگاه دیگر او است که برخی از اعمال عمدی را سزاوار «سرزنش کامل(حداکثری)»[۶] نمی‌داند.[۷]

با توجه به دلایل پیش‌گفته، به‌رغم قاعدهٔ کلی سرزنش‌پذیری اعمال ناشی از جهل به کلیات، ارسطو در مورد عدم سرزنش اعمال ناشی از جهل به قانون معیاری را ارائه می‌دهد که به جهل به کلیات اخلاقی نیز قابل تعمیم است؛ زیرا جهل به قانون مصداقی از جهل به کلیات است. یکی از این معیارها عدم الزام فاعل، به کسب اطلاع از قانون است و دیگری دشواری اطلاع یافتن از آن. در صورت تحقق یکی از این معیارها فاعل بنابر اظهارات ارسطو قابل مجازات نخواهد بود.[۸]

---

1. Barney, R. "Becoming Bad: Aristotle on Vic and Moral Habituation", In: Caston, V. (ed.), *Oxford Studies in Ancient Philosophy*, Volume 57, Oxford; Online edn, Oxford Academic, 2020, P 289.
2. Murray, D. "Situationism, Going Mental, and Modal Akrasia", *Philosophical Studies*, Volume 172, Issue 3, 2015, P 721.
3. O' Hagan, Op. Cit., P 28.
4. NE 1110b024-1110b33.
5. Ibid, P 33.
6. Fully Blameworthy
7. Ibid, P 38.
8. Ibid, P 59.

ملاک دشواری کسب اطلاع از قانون، نامعقول بودن انتظار کسب اطلاع است نه امکان‌ناپذیر بودن آن. برابر معیار امکان‌پذیری، در صورتی که فرد می‌توانسته با تلاش فراوان نسبت به قوانین علم یابد، جهل فاعل به قوانین، به خود او منتسب بوده و عذر محسوب نمی‌شود؛ اما بر اساس معیار معقول بودن، باید بررسی شود که آیا از افراد انتظار می‌رود تا از قوانین مطلع باشند یا خیر. بنابراین، ملاک معقول بودن این اجازه را می‌دهد که افراد با وجود امکان کسب اطلاع از قانون به دلیل اینکه اطلاع از آن بسیار دشوار بوده است، مورد بخشش قرار گیرند.[1] از آنجا که جهل به قانون مانند جهل به کلیات اخلاقی، جهل به کلیات محسوب می‌شود، تمسک به ملاک دشوار بودن کسب علم که ارسطو به‌عنوان استثنایی برای پذیرش جهل به قانون پذیرفته است، مبنایی را برای پذیرش الزامی نبودن سرزنش اخلاقی فاعلان جاهل به کلیات اخلاقی در شرایطی خاص، فراهم می‌کند. تمرکز بر اظهارات ارسطو در خصوص مراحل آموزش اخلاقی و اهمیت کسب رذایل و فضایل از طریق روند خوگیری نشان از این امر مهم دارد که در شرایطی خاص انتظار آگاه بودن و کسب علم در مورد کلیات اخلاقی، انتظاری نامعقول خواهد بود و در نتیجه به علّت دشواری کسب علم در خصوص کلیات اخلاقی، سرزنش فاعل اخلاقی در برابر عمل انجام شده در جهل به کلیات اخلاقی قابل توجیه نخواهد بود. ملاک‌های مربوط به دشواری کسب علم در خصوص کلیات اخلاقی، به نوبهٔ خود، مبنایی برای مصادیق مربوط به دشواری کسب علم در خصوص مقررات قانونی فراهم خواهد کرد. در ادامه موارد مربوط به دشواری کسب آگاهی در مورد کلیات اخلاقی را بررسی خواهیم کرد.

۲.۲.۱. دشواری کسب آگاهی با توجه به مراحل رشد اخلاقی

از نظر ارسطو، ویژگی‌های شخصیتی در اثر فعالیت‌های افراد شکل می‌گیرد؛ به این دلیل نوع فعالیت‌ها و اعمالی که افراد انجام می‌دهند، بسیار اهمیت دارد. بنابراین روند خوگیری در سنین پایین، بسیار مهم است.[2] درواقع شکل‌گیری منش از دوران کودکی به وسیلهٔ فعالیت‌هایی که فرد انجام می‌دهد آغاز می‌شود. تربیت افراد در دوران کودکی بر منش آنها در بزرگسالی تأثیرگذار است.[3]

در خوانش برنییت[4] از دیدگاه ارسطو، رشد اخلاقی فرد شامل یادگیری آنچه باید بیاموزد (خیر) و یادگیری چرایی انجام آن است. از نظر او ارسطو رشد اخلاقی را هم شامل «رشد عاطفی»[5] و هم شامل «رشد شناختی»[6] می‌داند. رشد عاطفی مطابق است با آنچه فرد باید بیاموزد و رشد شناختی مطابق با فراگیری چرایی است. منظور از آنچه فرد باید بیاموزد امر خیر و خوب است. فراگیری امر خوب با تربیت صحیح حاصل می‌شود. از طریق فرایند خوگیری افراد به امر خوب و فضیلت‌ها دست پیدا می‌کنند. بااین‌حال در سال‌های اول زندگی، فضیلت حقیقی شکل نمی‌گیرد؛ زیرا نیاز است تا افراد از طریق آموزش و استفاده از دلایل شخصی‌شان، علت خوبی اموری را که به عنوان امر خیر به آنها آموزش داده شده است، فراگیرند. بااین‌حال، کسانی که در دورهٔ کودکی مرحلهٔ اول آموزش در خصوص فضیلت‌ها و امر خوب را آموخته‌اند،

---

1. Ibid, P 72.

2. Aristotle, *Nicomachean Ethics*, Translated and Edited by: Roger Crips, Cambridge University Press, 2004, 1103b, P 23.

3. Elliott, J. R. "Aristotle on the Voluntariness of Vice", *Proceeding of the Boston Area Colloquium of Ancient Philosophy*, Colloquium 3, Volume 36, 2021, PP 67-68.

4. Burnyeat

5. Emotional Development

6. Cognitive Development

در بزرگسالی آمادگی بهتری برای فراگیری جزئیات امر خیر و چرایی آن خواهند داشت.[۱]

به نظر ارسطو ،افرادی که در سال‌های کودکی از طریق خوگیری برای شناخت آنچه خوب است، تعلیم ندیده‌اند، نقطهٔ آغاز مناسبی برای دست‌یابی به فضیلت نخواهند داشت. برای چنین اشخاصی دستیابی به فضیلت در سال‌های میانی یا پایانی زندگی‌شان، دشوار خواهد بود. برای آنها دشوار است بتوانند آنچه را خوب و خیر است، بشناسند.[۲] درواقع افراد بر نیروهایی که بر رشد خصوصیات اخلاقی آنها در دوران طفولیت تأثیرگذار است، کنترل ندارند. کسانی که به عنوان اولین آموزش‌دهندگان به آموزش کودکان می‌پردازند، بر چگونگی شکل‌گیری منش آنها بسیار تأثیرگذار خواهند بود.[۳]

تنها افرادی که از آموزش ضعیف اخلاقی برخوردار بوده‌اند، در فراگیری خیر دچار سختی نمی‌شوند. از نظر ارسطو، افرادی که قبلاً نیز از آموزش صحیح اخلاقی برخوردار بوده‌اند، ممکن است در بزرگسالی با مشکل روبه‌رو شوند؛ زیرا این واقعیت که آنها از آموزش اخلاقی برخوردار بوده‌اند و انسان‌های خوبی‌اند به این معنا نیست که کاملاً خوب‌اند. بنابراین هم کسی که از تربیت اخلاقی صحیح برخوردار بوده و هم کسی که از این نوع تربیت محروم بوده است، برای اینکه دارای فضیلت حقیقی شود، به درک چرایی کسب فضیلت‌ها و خوبی نیاز دارد. دیدگاه‌های اخلاقی، دستیابی به چرایی را الزامی نمی‌دانند اما از آنجا که ارسطو این امر را برای کسانی که از آموزش اخلاقی صحیح بهره‌مند بوده‌اند، مفید می‌داند، از نظر او برای کسانی که به خوبی آموزش دیده‌اند، دستیابی به فضیلت بدون چنین تعلیماتی دشوار است. همچنین برای کسانی که از تربیت خوبی برخوردار نبوده‌اند، هم دستیابی به امر خوب و هم درک چرایی آن دشوار است.[۴]

اعتقاد به درجه‌های مختلف دشواری که به‌طور ضمنی در دیدگاه ارسطو وجود دارد، اثبات می‌کند که چه بسا بتوان دشواری کسب آگاهی را در موارد مربوط به جهل به کلیات نیز جاری دانست. منظور از دشواری کسب اطلاع از کلیات اخلاقی این نیست که اطلاع یافتن خیلی سخت باشد؛ دشواری گسترهٔ وسیع‌تری دارد. با در نظر گرفتن اثرات ناتوان‌کنندگی رشد ضعیف اخلاقی در آیندهٔ افراد و اینکه این دسته از افراد نقطهٔ شروع مناسبی برای دسترسی به فضیلت نداشته‌اند، انتظار غلبه بر چنین سختی‌هایی از سوی این افراد و انجام عمل به شیوه‌ای فضیلتمندانه غیرمعقول خواهد بود. بدین‌سان ارسطو تأیید می‌کند که برخی از دشواری‌ها برای اینکه فاعل را غیرمقصر بدانیم، کافی است.[۵]

از نظر لارنس،[۶] رشد اخلاقی شامل سه مرحله می‌شود: مرحلهٔ اول منش اولیه، مرحلهٔ دوم منش تجربی و مرحلهٔ سوم منش مناسب است. مرحلهٔ منش اولیه به برخی از انواع خوگیری نیاز دارد و در سنین آغازین رخ می‌دهد. در این مرحله، اطرافیان، فرد را هدایت می‌کنند؛ اما در مرحلهٔ بعد که مربوط به منش تجربی است فاعل بر رشد اخلاقی خود کنترل دارد. در این مرحله فرد هم خودش آنچه را خیر و اخلاقی است کشف می‌کند و هم از تربیت دیگران برخوردار است و از این طریق به نقطهٔ آغاز برای زندگی فضیلتمندانه دسترسی پیدا می‌کند.[۷] این مرحله و مرحلهٔ نخست شبیه چیزی است

---

1. O’ Hagan, Op. Cit., PP 78- 79.

2. Ibid, PP 80-81.

3. Meyer, S. S. *Aristotle on Moral Responsibility: Character and Cause*, New York: Oxford University Press, 2011, P 123.

4. O’ Hagan, Op. Cit., P 81.

5. Ibid, PP 81-82.

6. Lawrence

7. Lawrence, G. “Acquiring Character: Becoming Grown-Up”, In: Pakaluk, M. and Giles Pearson (eds.), *Moral Psychology and Human Action in Aristotle*, New York: Oxford University Press, 2011, PP 279-281.

که برنییت آن را کسب آنچه که خیر است می‌نامد.[1]

در مرحلهٔ منش مناسب، فرد خیر را برای خود خیر می‌خواهد نه فقط از روی خوگیری. در این مرحله فرد دیدگاه خودش را دارد. در مورد فرد رذیلتمند نیز چنین است. او دیدگاه غلطی دارد که دیدگاه خود او است و فقط از روی خوگیری و تربیت دیگران به دست نیامده است. اگر خوانش لارنس از ارسطو درست پایه‌گذاری شده باشد، اعمال انجام شده توسط فرد در مرحلهٔ منش مناسب، شبیه اعمال ناشی از تصمیمی است که ارسطو آنها را بهترین نشانه از منش فرد می‌داند. فاعل در برابر اعمال ناشی از این نوع منش، مسئولیت کامل دارد. منش تجربی نیز عمل ناشی از تصمیم را دربر می‌گیرد؛ اما با تجربه و تعهد کمتری نسبت به اعمال ناشی از منش مناسب. هر کدام از مراحل قبلی منش، تأثیر مهمی در مراحل بعدی دارد. بنابراین، فاعلی که به‌خوبی فضیلت‌های طبیعی او پرورش نیافته یا فاعلی که در مرحلهٔ اولیهٔ منش از رشد نادرست اخلاقی برخوردار بوده است، برای کشف خیر و خوبی سختی بیشتری متحمل می‌شود.[2]

در مرحلهٔ تجربی، فاعل ممکن است با اوضاع و احوال ضروری برای رشد دانش مناسب در مورد خیر مواجه نشده باشد؛ برای مثال فردی که بدون تجربهٔ فرصتی برای انجام عمل شجاعانه پرورش یافته، نمی‌تواند شجاعانه عمل کند؛ همچنان‌که کسی که در فقر رشد کرده است، نمی‌تواند سخاوتمندانه عمل کند. این افراد فرصتی برای رشد دانش در خصوص فضیلت ندارند.[3] به اعتقاد برخی دیگر، تجربه باعث می‌شود تا افراد بتوانند به کسب فضایل نائل شوند؛ زیرا از نظر ارسطو فضیلتمند شدن تنها از طریق انجام فعالیت‌های فضیلتمندانه امکان‌پذیر است.[4]

دیدگاه ارسطو مبنی بر قابل بخشش بودن جهل درصورتی‌که فاعل برای جهلش مسئول نباشد یا جهل او در کنترلش نباشد، نشان می‌دهد فردی که در شرایط رشد اخلاقی نامناسبی پرورش یافته است، اگر اوضاع و احوال رشد اخلاقی او موجب غیرممکن یا غیرمحتمل شدن کسب آگاهی شود، عمل ناشی از جهل او قابل بخشش خواهد بود. بنابراین رشد نادرست اخلاقی ویا در اختیار نداشتن فرصت انجام اعمال صحیح و فضیلت‌مندانه، کسب علم در مورد کلیات اخلاقی را تقریباً غیرممکن می‌کند. در چنین شرایطی ارسطو بخشش را پاسخ مناسبی به جهل فاعل می‌داند. با توجه به غیرمعقول بودن ملاک دشواری از نظر ارسطو و نه غیرممکن بودن آن، افرادی که بدترین شرایط رشد اخلاقی را نداشته‌اند؛ اما از تعالیم درست اخلاقی بی‌بهره بوده‌اند و افرادی که فرصت‌های زیادی برای انجام عمل فضیلت‌مندانه نداشته؛ اما از فرصت‌های کم بی‌بهره نبوده‌اند، در صورت ارتکاب عمل ناشایست به سبب جهل به کلیات اخلاقی مورد بخشش قرار خواهند گرفت.[5]

۲.۲.۲. دشواری تأمل و توجیه جهل به کلیات

از نظر ارسطو یافتن حد وسط نیاز به روند تأمل دارد و با فرض دشوار بودن تأمل مواردی از جهل به کلیات وجود دارد که ممکن است قابل سرزنش نباشد، حتی برای کسانی که از تربیت صحیح برخوردار بوده‌اند. اولین مورد مربوط به دانشی است که افراد هنگام عمل آن را در اختیار دارند. دومین مورد مربوط به ماهیت نامحدود ادراک شخصی فاعل از سعادت

1. O’ Hagan, Op. Cit., P 83.
2. Ibid, P 84.
3. Ibid, P 85.
4. Meyer, Op. Cit., P 124.
5. O’ Hagan, Op. Cit., PP 85-86.

است.[۱]

یک فاعل فضیلت‌مند ممکن است با توجه به اوضاع و احوالی که با آن مواجه است، بدون توجه به کلیات اخلاقی که فراگرفته، عمل کند.[۲] از نظر سگویک اوضاع و احوالی که فرد فضیلت‌مند در آن قرار گرفته، ممکن است کل ادراک فاعل فضیلت‌مند از زندگی خوب را فعال نکند، بلکه فقط قسمتی از آن را فعال نماید. با این وجود، قسمتی که فعال می‌شود مبتنی‌بر کل ادراک فاعل فضیلت‌مند است.[۳] از نظر او فاعل اخلاقی همیشه با تمام اموری که در ذهن او سودمند است، هماهنگ عمل نمی‌کند. فاعل در لحظهٔ عمل، به‌ویژه در شرایط فوری و ناگهانی، یک فهرست آماده از موضوعات و دستور به انجام خیر را در ذهن ندارد. در صورت واضح نبودن اوضاع و احوال، او نمی‌تواند ویژگی‌های مرتبط دیدگاهش در مورد خیر را به اوضاع و احوالی که با آن مواجه است، ربط دهد. اگر سوای اوضاع و احوال، از این فرد دربارهٔ آنچه خوب است، بپرسیم یا اوضاع و احوال تا اندازه‌ای واضح باشند، فاعل، درست و فضیلت‌مندانه عمل خواهد کرد. بنابراین یک فاعل خوب ممکن است به دلیل جهلش مسئولیت کامل نداشته باشد.[۴]

دومین وضعیتی که تأمل موفقیت‌آمیز با دشواری مواجه می‌شود، فرض جهل دائمی است. از نظر ارسطو حتی دیدگاه یک فرد خوب در مورد زندگی کامل نیست. کامل نبودن دانش ممکن است در پرتو بحث‌های قبلی در مورد آموزش اخلاقی تصدیق شود. از نظر ارسطو افراد بخشی از آنچه را صحیح است درک می‌کنند، نه تمام آن را. این دانش غیرکامل از طریق تجربه و آموزش تکمیل می‌شود.[۵]

ما برای اینکه به دیدگاه شخصی خودمان در زندگی برسیم، باید با تمییز دادن میان تجربیات زندگی خود و حذف ناهمگونی‌ها و برطرف کردن جهل عمل کنیم. این تجربیات قبل از اعمال ما ایجاد نمی‌شوند، بلکه در میان اعمال ما ایجاد می‌شوند. بنابراین برخورداری از دانش کامل در مورد آنچه سودمند است، قبل از انجام عمل به هیچ وجه حتی برای فردی که مشتاق است و به‌خوبی آموزش دیده است، آسان نیست. در نتیجه، افزون بر کسانی که از آموزش صحیحی برخوردار نبوده و کسانی که فرصت مناسبی برای عمل نیکو نداشته‌اند، دستهٔ دیگری از افراد نیز در برخی از اوضاع و احوالی که ورای انتظارات مربوط به انجام عمل متعارف است، انجام عمل صحیح برایشان دشوار است. افرادی که ادراکشان از زندگی خوب به‌طور موقت مبهم می‌شود (نه به دلیل رذیلت و یا احساسات) یا کسانی که ادراکشان از زندگی خوب کامل نیست، معیار دشواری را دارند؛ اما نه به اندازهٔ کسانی که از آموزش صحیح برخوردار نبوده یا فرصت مناسب برای عمل فضیلت‌مندانه نداشته‌اند.[۶]

۲.۲.۳. دشواری کسب آگاهی و عذر ادراک اخلاقی آسیب‌دیده

ادراک اخلاقی آسیب‌دیده به‌عنوان یکی از دلایلی که جهل فاعل به کلیات اخلاقی را توجیه می‌کند، به علّت ناتوان‌سازی افراد در زمینهٔ رشد عاطفی موجب می‌شود که افراد از ادراک هنجارهای اخلاقی و همچنین اطاعت از قوانین ناتوان شوند.

---

1. Ibid, P 91.
2. Ibid.
3. Segvic, H. "Deliberation and Choice in Aristotle", In: Pakaluk, M. and Giles Pearson (eds.), *Moral Psychology and Human Action in Aristotle*, New York: Oxford University Press, 2011, P 173.
4. O' Hagan, Op. Cit., PP 91-93.
5. Ibid, P 93.
6. Ibid, PP 95-96.

چنین عذری توسط نیکل سوقی[۱] مطرح شد. او در مورد پروندهٔ اونگون[۲] که مرتکب جرایم بین‌المللی شده بود، به چنین عذری اشاره می‌کند. اونگون در کودکی ربوده شده و به سازمان ال آر ای[۳] انتقال یافته بود. او تحت آموزش‌های نظامی سخت قرار گرفت. یکی از رسم‌ها در چنین گروه‌هایی این بود که سربازان جدید باید یکی از دوستان یا اعضای خانواده خود را بکشند؛ در غیر این صورت کشته می‌شدند. بعضی هم در مراحل بعدی مجبور می‌شدند تا خون بزه‌دیدگان کشته شده را بخورند یا جسد آنها را قطعه‌قطعه کنند. اهداف چنین سازمان‌هایی آموزش‌های نظامی و مهارت‌های زنده ماندن نیست؛ بلکه هدف، از بین بردن اراده و به دست آوردن سطح بالایی از تسلط و کنترل بر سربازان است. کودکان در مقایسه با بزرگسالان قابل انعطاف‌اند و به راحتی تحت کنترل قرار می‌گیرند.[۴]

به این ترتیب، در رشد عاطفی این کودکان اختلال ایجاد می‌شود و از آنجا که احساسات بر عقل عملی تأثیرگذار است و به ادراک اخلاقی انسان‌ها شکل و سو می‌دهد و در صورت رشد صحیح به مرحلهٔ اتخاذ تصمیم کمک می‌کند، چنین اختلالی به توانایی عقل عملی این کودکان در آینده و همچنین رشد اخلاقی آنها آسیب می‌زند.[۵]

محیطی که این کودکان در آن پرورش می‌یابند، باعث می‌شود که به رذیلت‌های اخلاقی عادت کنند و این رذیلت‌ها در آنها به شکل ویژگی‌های منشی درآید. برخی برای این وضعیت اصطلاح «گمراهی اجباری»[۶] را به‌کار می‌برند تا توضیح دهند که چگونه بعضی از محیط‌ها شخص را به رذیلت عادت می‌دهد و بر رشد منش او اثر می‌گذارد. این دیدگاه همسو با دیدگاه ارسطو است که معتقد است برخی افراد به دلیل عادت دادن بیمار یا وحشی می‌شوند؛ مانند کسانی که از کودکی مورد سوءاستفاده قرار می‌گیرند. با استنباط از نظر ارسطو می‌توان گفت برخی افراد نه تنها به دلیل خصلت‌هایشان مسئول نیستند، بلکه غیرمنطقی است که بگوییم خصلت‌های آنها از طریق اعمال ارادی شکل گرفته است. این مورد، شبیه گمراهی اجباری است که به آن اشاره شد.[۷]

بنابراین ادراک اخلاقی که نقش کلیدی در توانایی افراد برای انتخاب عمل صحیح دارد و پلی است میان قواعد اخلاقی انتزاعی و موقعیت‌های ویژه[8] و همچنین ظرفیتی است برای قضاوت اخلاقی، در صورتی که افراد شرایط زیر را تجربه کنند، دچار اختلال و آسیب می‌شود:

۱. شخص در نتیجهٔ عوامل محیطی که منجر به رشد اخلاقی ناقص می‌شود، ظرفیت محدودی برای ادراک اخلاقی عادی داشته باشد.

۲. شخص به نحو قابل سرزنشی در نقص ادراک اخلاقی خود نقش نداشته باشد.

۳. منطقاً نتوان از فرد انتظار داشت که این نقص را پیش از زمان عمل به سبب شرایطی که توانایی فرد را مختل می‌کنند، اصلاح کند.

---

1. Renée Nicole, Souris
2. Dominic Ongwen
3. Lord’ s Resistance Army
4. Souris, R. N. “Virtue Ethics, Criminal Responsibility, and Dominic Ongwen”, *International Criminal Law Review*, Volume 19, Issue 3, 2019, PP 493-495.
5. Ibid, P 480.
6. Coercive Corruption
7. Ibid, PP 480-482.
8. Blum, L. “Moral Perception and Particularity”, *Ethics: An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, Volume 101, Issue 4, 1991, P 702.

۴. اینکه عمل خطای فرد را منطقاً بتوان نتیجهٔ عدم توانایی او برای درک رفتار به‌عنوان خطا دانست.

برابر چنین عذری کسی که از فرصت‌های عادلانه برای اطاعت از قوانین و هنجارهای اخلاقی محروم بوده است، از عذر ادراک اخلاقی آسیب‌دیده برخوردار است و از مسئولیت معاف خواهد بود.[۱]

بنابر نظرات پیش‌گفته، کسانی که دارای ادراک اخلاقی آسیب‌دیده‌اند، خواه در اثر سوءاستفاده در سازمان‌هایی همچون ال آر ای، خواه در اثر تربیت نادرست در خانواده در معرض رذیلت‌های اخلاقی قرار گرفته باشند، در برابر اعمال ناشی از جهل به کلیات اخلاقی و قانونی سرزنش نخواهند شد. در واقع در مورد چنین افرادی معیار کلی دشواری یادگیری اصول صحیح اخلاقی و قانونی صدق خواهد کرد. گویی تجربهٔ چنین شرایطی از سوی افراد بیش از اینکه آنها را در معرض عنوان خطاکار یا مجرم قرار دهد، در کفهٔ فردی آسیب‌دیده خواهد نشاند؛ زیرا آنها هیچ‌گونه کنترل و نقشی در شکل‌گیری منش خود نداشته‌اند.

۳. خوانش اخلاق فضیلت از جهل حکمی و مسئولیت کیفری

جهل حکمی از نگاه حقوق‌دانان به معنای این است که انسان به دلیل جهل نسبت به اوامر یا نواهی قانونگذار و یا در نتیجهٔ درکی نادرست از مقررات که خود باعث تفسیر نادرست از آنها می‌شود، جرمی را مرتکب شود.[۲]

به لحاظ حقوقی قاعدهٔ کلی در برابر جرایم ناشی از جهل حکمی، مسئولیت فاعل است؛ همچنان‌که در اخلاق فضیلت نیز قاعدهٔ کلی این است که فاعل به دلیل عمدی بودن عمل، مسئول است. در قلمرو حقوق کیفری نیز گفته شده است که اکثر حقوق‌دانان پذیرفته‌اند که پس از انتشار قانون و گذشتن موعد آن ادعای جهل به قانون پذیرفته نیست و چنانچه کسی برای آگاهی از قانون، تلاشی نکرده باشد، جهل او ناشی از تقصیر است و از تحمل پیامدهای آن معاف نخواهد بود. بااین‌حال، اگر حصول علم به قانون ناممکن یا فهم درست آن خارج از قدرت انسان باشد، نپذیرفتن چنین جهلی ناعادلانه است.[۳]

برابر مادهٔ ۱۵۵ قانون مجازات اسلامی، اگر تحصیل علم عادتاً برای افراد ممکن نباشد یا جهل به حکم شرعاً عذر محسوب شود، مانع مجازات خواهد بود. در تفسیر عدم امکان تحصیل علم برخی گفته‌اند که این عدم امکان باید مطلق باشد. به این معنا که دسترسی به قوانین به هیچ شکلی مقدور نباشد و در فرضی که دسترسی صرفاً مشکل باشد، جهل حکمی توجیه مناسبی برای رفع مسئولیت فاعل نخواهد بود؛ اما درصورتی‌که به سبب وجود قوهٔ قاهره مانند جنگ و اشغال نظامی، مردم منطقه‌ای از قوانین بی‌اطلاع باشند، فرض علم به قانون منطقی نیست. چنین جهلی جهل قصوری است و دلیلی برای رفع مسئولیت کیفری است.[۴] برخی استثنای مادهٔ ۱۵۵ را این‌گونه تفسیر کرده‌اند که چنانچه جهل متعارف باشد، رافع مسئولیت است. به عبارتی جهل نباید ناشی از تقصیر مرتکب باشد، بلکه باید به گونه‌ای باشد که هر شخص متعارف دیگری چنانچه در آن شرایط قرار می‌گرفت دچار همان اشتباه می‌شد.[۵]

بر اساس آموزه‌های اخلاق فضیلت، به نظر می‌رسد که جهل هر فردی باید به‌صورت جداگانه بررسی شود. بر این اساس باید دید که آیا انتظار آگاه بودن فرد با توجه به شرایطی که تجربه کرده است، انتظاری معقول است یا نه. برابر آموزه‌های اخلاق

---

[1]. Souris, Op. Cit., P 493.

[۲]. اردبیلی، محمدعلی، ***حقوق جزای عمومی***، جلد ۲، تهران: میزان، چاپ پنجاه و نهم، ۱۴۰۰، ص ۱۴۲.

[۳]. همان، صص ۱۴۳– ۱۴۲.

[۴]. آقایی جنت‌مکان، حسین، ***حقوق کیفری عمومی***، جلد ۲، تهران: جنگل، چاپ ششم، ۱۴۰۲، صص ۱۴۰–۱۳۹.

[۵]. میرمحمدصادقی، حسین، ***حقوق جزای عمومی***، جلد ۲، تهران: دادگستر، ۱۴۰۰، چاپ اول، ص ۲۴۶.

فضیلت، ملاک عدم سرزنش فاعل اخلاقی غیرممکن بودن کسب آگاهی نیست، بلکه دشواری آن است که با توجه به شرایط هر فردی متفاوت خواهد بود. بااین‌حال، مادۀ ۱۵۵ قانون مجازات توجۀ به معاذیری همچون دشواری تأمل در اوضاع و احوال مبهم، ادراک اخلاقی آسیب‌دیده، رشد ناقص اخلاقی ندارد و به ملاک کلی غیرممکن بودن بسنده کرده است.

افرادی که رشد اخلاقی ضعیفی دارند و آنچه خیر، خوب و قانونی است، به آنها آموزش داده نشده است و همچنین کسانی که دچار وضعیت ادراک اخلاقی آسیب‌دیده‌اند، از آنجا که توانایی درک خطا بودن رفتار خود را ندارند، حتی اگر به برخی اوامر و نواۀ قانون‌گذار آگاۀ داشته باشند، در حقیقت نسبت به این هنجارها و لزوم رعایت آن‌ها معرفت حقیقی ندارند و به نوعی به علّت ناتوانی در درک خطا بودن رفتارهای خودشان که در آنها ملکه شده است، نسبت به هنجارهای اخلاقی و قانونی دچار جهل‌اند. برای مثال نمی‌توان کسی را که در خانوادۀ فقیری بزرگ شده و از کودکی آموزش دیده است که برای دوام آوردن در مقابل گرسنگی حق دارد تا از مال ثروتمندان بردارد یا حتی به او آموزش داده شده است که چنین عملی مصداقی برای سرقت نخواهد بود، به صرف دانستن اینکه سرقت جرم است، عالم به قانون فرض کرد. چنین فردی ضمن نداشتن معرفت حقیقی به درک هنجارهای کلان مربوط به زندگی جمعی و رعایت قوانین، به دلیل آموزش‌های غلط و تخریب‌کنندۀ اخلاقی، در شناسایی مصادیق عمل خطا و درک چرایی خطا بودن عمل خود نیز جاهل است. چنین افرادی به دلیل برخورداری از ملاک دشواری برای یادگیری ارزش‌ها و هنجارهای قانونی که درست نقطۀ مقابل هنجارهایی است که در آنها نهادینه شده است، سزاوار سرزنش نیستند و این امری است که در قوانین کیفری مغفول مانده است.

در مورد جهل به دلیل ابهام اوضاع و احوال که معیاری برای دشواری علم به کلیات است، به نظر می‌رسد، عدم توانایی ربط مصادیق به احکام کلی یکی از موارد مربوط به دشواری تأمل به دلیل اوضاع مبهم باشد؛ زیرا همان‌طورکه پیش‌تر بررسی شد، در چنین شرایطی فرد نمی‌تواند دیدگاهش در مورد خیر را به اوضاع و احوالی که با آن مواجه است ربط دهد. گویی این شخص مانند فاعل آکراتیک به علم خودش دسترسی ندارد. برای مثال ناتوانی در تشخیص مراحل دفاع در رویایی با شخص متجاوز در اوضاع و احوالی خاص و مبهم، ممکن است در خوانش اخلاق فضیلت، مصداقی برای ناتوانی مدافع برای دسترسی به علم خود باشد. همان‌طورکه ادعا شد، چنین وضعیتی در موارد مربوط به ناگهانی بودن عمل بیشتر رخ می‌دهد. دفاع مشروع نیز به عنوان موقعیتی که اقتضای اتخاذ تصمیمات سریع را دارد، باعث می‌شود تا در صورت مبهم بودن اوضاع، مدافع به اینکه دفاع او در آن شرایط متناسب است یا خیر آگاهی نداشته باشد. شاید این نظر با دیدگاه برخی از نویسندگان که اشتباه در اعمال قانون نسبت به موضوع رفتار را با وجود دقت متعارف سزاوار سرزنش ندانسته‌اند، همسو باشد.[۱]

در خصوص دشواری کسب علم به دلیل جهل دائمی نیز شاید بتوان گفت، پیچیده و تخصصی بودن برخی از مقررات قانونی موجبی برای عدم آگاهی نسبت به چنین مقرراتی و درک صحیح آنها، از سوی افراد عادی جامعه باشد. به این ترتیب، هرچقدر هم که افراد یک جامعه مشتاق رعایت قوانین باشند و برای کسب علم تلاش کنند، این امکان وجود ندارد تا از تمامی قوانین، به‌ویژه به عنوان یک عضو غیرحقوق‌دان جامعه، مطلع باشند.

در مورد جهل حکمی ناشی از تقصیر نیز همان‌طورکه بررسی شد، دیدیم که جهل ناشی از وضعیتی موقت، با جهل ناشی از خصلتی پایدار، در میزان سرزنش‌پذیری رفتار ناشی از آن تفاوت دارد. مستی ممکن است به عنوان وضعیتی موقتی باعث جهل موضوعی یا جهل به قانون و صحت یا نادرستی عمل ارتکابی شود، در قوانین ایران در دو ماده ۱۵۴ و ۳۰۷ به مستی اشاره شده است و در هیچ کدام از این دو ماده به احتمال جهل خواه حکمی و خواه موضوعی اشاره نشده است.

---

[۱]. صبوری‌پور، مهدی، «رفع مسئولیت بر اثر جهل حکمی»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، دوره ۳، شماره ۱۰، ۱۳۹۴، ص ۷۱.

قانونگذار در مادۀ ۱۵۴ قانون مجازات اسلامی چنین مقرر کرده است: «مستی و بی‌ارادگی حاصل از مصرف اختیاری مسکرات، مواد مخدر و روان‌گردان و نظایر آن، مانع مجازات نیست، مگر اینکه ثابت شود مرتکب حین ارتکاب جرم به‌طورکلی مسلوب‌الاختیار بوده است. لکن چنانچه ثابت شود مصرف این مواد به منظور ارتکاب جرم یا با علم به تحقق آن بوده است و جرم مورد نظر واقع شود، به مجازات هر دو جرم محکوم می‌شود».

با این حال، افزون بر مسلوب‌الاختیاری، مستی ممکن است موجب جهل موضوعی و یا جهل به قانون شود و از اطلاق این ماده چنین برمی‌آید که فرد در وضعیت مستی خواه دچار جهل موضوعی شود و خواه جهل حکمی سزاوار مجازات است. اما از نگاه آموزه‌های اخلاق فضیلت، این موارد متفاوت‌اند؛ فرض جهل موضوعی[1] همانند مسلوب‌الاختیاری موجب غیرعمدی شدن عمل فاعل و عدم مسئولیت او در برابر عمل ناشی از جهل به لحاظ اخلاقی می‌شود. لکن در فرض دوم چون فاعل دچار جهل به قانون است و برابر قاعدۀ کلی در اخلاق فضیلت، جهل به قانون و کلیات اخلاقی موجب غیرعمدی بودن عمل نمی‌شود، در برابر عمل ارتکابی مسئول و قابل سرزنش است؛ اما از آنجا که جهل او مانند فردی که در اثر خصلتی پایدار دچار جهل است، جهلی تمام‌عیار نیست، عمل ارتکابی او نشان‌گر شرارت کمتری است. این فرد هم به علت مستی که برابر قانون مجازات اسلامی دارای مجازات است، مسئول است و هم به سبب عمل ارتکابی. لکن در مقایسه با کسی که جهل او به قانون در شرایط هوشیاری و ناشی از خصلتی پایدار است شایستۀ سرزنش کمتری است.

مادۀ ۳۰۷ قانون مجازات اسلامی نیز در خصوص ارتکاب جنایت در حال مستی مقرر می‌نماید: «ارتکاب جنایت در حال مستی و عدم تعادل روانی در اثر مصرف مواد مخدر، روان‌گردان و مانند آنها، موجب قصاص است مگر اینکه ثابت شود در اثر مستی و عدم تعادل روانی مرتکب به‌کلی مسلوب‌الاختیار بوده است که در این صورت، افزون بر دیه به مجازات تعزیری مقرر در کتاب پنجم تعزیرات محکوم می‌شود. لکن اگر ثابت شود که مرتکب قبلاً خود را برای چنین عملی مست کرده و یا علم داشته است که مستی و عدم تعادل روانی وی ولو نوعاً موجب ارتکاب آن جنایت یا نظیر آن از جانب او می‌شود، جنایت عمدی محسوب می‌گردد».

بر این ماده مانند مادۀ ۱۵۴ این انتقاد وارد است که اگر شخصی در اثر مستی دچار جهل حکمی و در نتیجه مرتکب جرم شود، چنانچه مسلوب‌الاختیار نباشد، طبق این ماده مجازات خواهد شد. با این وجود، باید گفت چنین شخصی در مقایسه با کسی که در وضعیت هوشیاری دچار جهل به حکم است، سزاوار سرزنش کمتری است.

نتیجه‌گیری

از آنجا که بنابر بر آموزه‌های نظریۀ اخلاق فضیلت به نظر می‌رسد که میان فاعلانی که در اثر خصلتی پایدار مرتکب عملی ناشایست می‌شوند و فاعلانی که در اثر مستی، خشم و... مرتکب چنین اعمالی می‌شوند، در میزان سرزنش تمایز وجود دارد، شایسته است قانونگذار در صورتی که مستی فاعل باعث جهل حکمی و در نتیجه ارتکاب جرم شود، واکنشی خفیف‌تر در مقایسه با اشخاصی که در شرایط هوشیاری مرتکب جرم می‌شوند، در نظر گیرد.

---

[1]. اعمال انجام شده در وضعیت جهل به جزئیات یا از روی جهل انجام می‌شوند و غیرعمدی خواهند بود، یا به دلیل تقصیر از جمله بی‌دقتی یا خشم. این عمل نیز آن‌گونه که ارسطو در اخلاق ائودموس و نیکوماخوس مطرح کرده است، غیرعمدی است. در مورد این دسته اعمال مواردی همچون بی‌دقتی، لذت، رنج و احساسات به عنوان یک معیار علّی اخلاقی در فاعل، در برابر جهل موضوعی او مسئول است نه صرف فقدان آگاهی فاعل. به عبارتی فاعل اخلاقی، در برابر چنین جهلی که ناشی از تقصیر او است، سزاوار سرزنش است نه در برابر عمل ناشی از جهل.
Echenique, J. *Aristotle's Ethics and Moral Responsibility*, First Edition, New York: Cambridge University Press, 2012, PP 164, 166.

همچنین افزون بر عذر ادراک اخلاقی آسیب‌دیده، رشد عاطفی ناقص و فقدان تجربهٔ عمل فضیلت‌مندانه یا تجربیات ناکافی که باعث رفع مسئولیت از فاعل اخلاقی در موارد جهل به کلیات می‌شوند، دشواری تأمل و جهل دائمی که حتی افراد فضیلت‌مند و مشتاق به یادگیری اصول اخلاقی و قانونی دچار آن‌اند، از فاعلان اخلاقی رفع مسئولیت کیفری خواهد کرد. در مورد چنین افرادی صرفاً می‌توان جبران خسارت و یا پرداخت دیه را با توجه به نوع جرم پیش‌بینی کرد؛ زیرا چنین افرادی به دلیل عدم دسترسی به ادراکشان دربارهٔ خوبی و یا به دلیل کامل نبودن دانش و آگاهی‌شان هیچ گونه نقص یا شرارتی در منش خود ندارند. آن‌گونه که پیش‌تر دیدیم دانش افراد در میان عمل و تجربه‌ها کامل می‌شود و هیچ کس به ادراک کامل از خیر و زندگی سعادتمندانه دسترسی ندارد. به عبارتی، حتی می‌توان گفت چنین افرادی مانند افرادی که منش تجربی آنها به درستی شکل نگرفته و تجربیات کافی برای کسب خیر و فضیلت نداشته‌اند، در مورد برخی از موقعیت‌ها فاقد تجربه‌اند؛ بنابراین شایسته است وصف سرزنش‌پذیری از رفتار آنها برداشته شود. هرچند کسانی مانند اوهیگان[1] مسئولیت حداکثری را در مورد چنین افرادی نفی می‌کنند و مسئولیت حداقلی را برای آنها در نظر می‌گیرند. به هر روی، آورده‌های اخلاق فضیلت در مورد گونه‌های جهل و آن را مقوله‌ای مشکک و قابل درجه‌بندی دانستن مهم است و می‌تواند الهام‌بخش اندیشه‌ها و رویکردهای مناسبی برای قانونگذاران کیفری باشد. به همین ترتیب، توجه به جزئیات مباحث امکان یا عدم امکان رشد منش فاعلان اخلاقی و نقش این‌گونه عوامل در اصل مسئولیت کیفری یا میزان آن می‌تواند رهیافت‌های مناسبی برای قانونگذاران داشته باشد. درست است که در قوانین نوع کشورها این موارد زیر عنوان‌های کلی مانند «اوضاع و احوال خاص مؤثر در ارتکاب جرم» یا «وضع خاص متهم» و در شمار اسباب تخفیف مجازات آمده است؛ اما همچنان این بحث مطرح است که آیا این عناوین در شرایطی می‌توانند موجب نفی مسئولیت کیفری شوند؛ ضمن اینکه تحلیل‌های دقیق و روان‌کاوانه اخلاق فضیلت از منش و شرایط رشد آن بی‌گمان می‌تواند تأمل و درنگ حقوق‌دانان کیفری را برانگیزد.

منابع

کتاب

۱. اردبیلی، محمدعلی، ***حقوق جزای عمومی***، جلد ۲، تهران: میزان، چاپ پنجاه و نهم، ۱۴۰۰.

۲. آقایی جنت‌مکان، حسین، ***حقوق کیفری عمومی***، جلد ۲،تهران: جنگل، چاپ ششم، ۱۴۰۲.

۳. خزاعی، زهرا ، ***اخلاق فضیلت***، تهران: حکمت، چاپ اول، ۱۳۸۹.

۴. ریچلز، جیمز، ۱۹۹۳، ***فلسفهٔ اخلاق***، ترجمه آرش اخگری، تهران: حکمت، چاپ پنجم، ۱۳۹۷.

۵. میرمحمدصادقی، حسین، ***حقوق جزای عمومی***، جلد ۲، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۴۰۰.

مقاله

۶. صبوری‌پور، مهدی، «رفع مسئولیت بر اثر جهل حکمی»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، دوره ۳، شماره ۱۰، ۱۳۹۴، صص ۶۵-۸۷. قابل دسترس در: https://jclr.atu.ac.ir/article_1434.html

۷. هرست هاوس، روزالین، ۲۰۱۲، «اخلاق فضیلت»، ترجمه هاشم قربانی، *نشریه اطلاعات حکمت و معرفت*، دوره ۱۲، شماره ۶، ۱۳۹۶، صص ۱۲-۱۸. قابل دسترس در: https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1303670

[1]. O' Hagan

References

Books

1. Aghaei Janat Makan, Hossein, *General Criminal Law*, Volume 2, Tehran: Jungle, Sixth Edition, 2023. (in Persian)
2. Ardebili, Mohammad Ali, *General Criminal Law*, Volume 2, Tehran: Mizan, 59TH Edition, 2021. (in Persian)
3. Aristotle. *Nicomachean Ethics*, Translated and Edited by: Roger Crips, Cambridge University Press, 2004.
4. Barney, R. "Becoming Bad: Aristotle on Vic and Moral Habituation", In: Caston, V. (ed.), *Oxford Studies in Ancient Philosophy*, Volume 57, Oxford; Online edn, Oxford Academic, 2020.
5. Echenique, J. *Aristotle's Ethics and Moral Responsibility,* First Edition, New York: Cambridge University Press, 2012.
6. Khaza'ei, Zahra, *Virtue Ethics*, Tehran: Hekmat, First Edition, 2010. (in Persian)
7. Lawrence, G. "Acquiring Character: Becoming Grown Up", In: Pakaluk, M. and Giles Pearson (eds.), *Moral Psychology and Human Action in Aristotle*, New York: Oxford University Press, 2011.
8. Meyer, S. S. *Aristotle on Moral Responsibility: Character and Cause*, New York: Oxford University Press, 2011.
9. Mir Mohammad Sadeghi, Hossein, *General Criminal Law*, Volume 2, Tehran: Dadgostar, First Edition, 2021. (in Persian)
10. Rachels, J, 1993, *The Element of Moral Philosophy*, Translated by: Arash Akhgari, Tehran: Hekmat, Fifth Edition, 2018. (in Persian)
11. Segvic, H. "Deliberation and Choice in Aristotle", In: Pakaluk, M. and Giles Pearson (eds.), *Moral Psychology and Human Action in Aristotle*, New York: Oxford University Press, 2011.

Articles

12. Anscombe, G.E.M. "Moral Modern Philosophy", *Journal of the Royal Institute of Philosophy*, Volume 33, Issue 124, 1958, PP 1-19.
13. Blum, L. "Moral Perception and Particularity", *Ethics: An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, Volume 101, Issue 4, 1991, PP 701-725. Available at: Stable URL: https://www.jstor.org/stable/2381661/
14. Elliott, J. R. "Aristotle on the Voluntariness of Vice", *Proceeding of the Boston Area Colloquium of Ancient Philosophy*, *Colloquium 3*, Volume 36, 2021, PP 65-88. doi:10.1163/22134417-00361P07/
15. Hursthouse, Rosalind. 2012, "Virtue Ethics", Translated by: Hashem Ghorbani, *Information of wisdom and knowledge Journal*, Volume 12, Issue 6, 2017, PP 12-18. (in Persian) Available at: https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1303670/
16. Kent, B. "Aquinas and Weakness of Will", *Philosophy and Phenomenological Research*, Volume 75, Issue 1, 2007, PP 70-91. doi/10.1111/j.1933-1592. 2007.00060. x/
17. Liu, W. "Ignorance in Plato's Protagoras: An Inquiry into Humanity's Dark Side", *Phronesis*, Volume 67, Issue 3, 2022, PP 309-337. doi:10.1163/15685284-bja10058/
18. Murray, D. "Situationism, Going Mental, and Modal Akrasia", *Philosophical Studies*, Volume 172, Issue 3, 2015, PP 711-736. doi: 10.1007/s11098-014-0330-z/
19. Sabouri Pour, Mehdi, "Mistake of Law as an Excuse *Criminal Law Research*, Volume 3, Issue 10, 2015, PP 65-87. (in Persian). Available at: https://jclr.atu.ac.ir/article_1434.html/
20. Souris, R. N. "Virtue Ethics, Criminal Responsibility, and Dominic Ongwen", *International Criminal Law Review*, Volume 19, Issue 3, 2019, PP 475-504. doi:10.1163/15718123-01903005/

Thesis

21. O’Hagan, P. “Moral Ignorance and Blameworthiness in Aristotle’s Nicomachean Ethics”, Master Thesis, Hamilton, McMaster University, 2016.

Legal Research, Vol 29, Issue 113, 2026: 65-84 Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Journal of Legal Research
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

Orginal Article

International Court of Justice, International Criminal Court :Integrity of International Law

Soroush Seyedian Hashemi[1], Mohammad Ja'far Ghanbari Jahromi[2]

Highlights

- The International Court of Justice has Super Persuasive Authority on International Criminal Court in interpretation and application of international law.
- The super persuasive authority of international law is an indication for integrity of international law.
- The empirical method is the best method for analysis of practices and approaches and complementary to doctrinal approach for assessment of theories.

ABSTRACT

Introduction

The proliferation of international judicial bodies has raised concerns about the integrity and coherence of international law. For instance, the International Criminal Court (ICC) could, through its decisions, apply principles and rules of international law in ways that diverge from the jurisprudence of the International Court of Justice (ICJ). This article asks whether the ICJ has superior persuasive authority over the ICC in the interpretation and application of the sources of international law—treaties, customary international law, and general principles of law. It hypothesizes that, given the ICJ's institutional position in treaty interpretation, the identification and determination of customary international law, and the identification of general principles, ICJ jurisprudence exerts superior persuasive authority on the ICC. Existing scholarship has addressed inter-court relations at a theoretical level and has briefly considered aspects of the courts' respective practices. However, there is no systematic study of the relationship between the ICJ and the ICC, or of the extent to which ICJ jurisprudence influences ICC practice. Accordingly, this article conducts an empirical examination of both courts' jurisprudence to identify potential ICJ influences on ICC reasoning and to assess the hypothesis.

Methods

This article employs an empirical method, combining quantitative and qualitative analyses of ICC judicial practice. Here, "empirical" refers to the systematic quantitative and qualitative examination of international judicial decisions to identify structural patterns, recurrent formulations, sequencing, and modes of legal reasoning. Twenty ICC decisions were selected for analysis. All instances relating to the interpretation and

How to Cite: Seyedian Hashemi, Soroush, Ghanbari Jahromi, Mohammad Ja'far, "International Court of Justice, International Criminal Court :Integrity of International Law", Legal Research, Vol. 29, No. 113, 2026, pp: 65-84.

DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2024.231773.2500 Received: 20/05/2023-Accepted: 29/12/2024

1. PhD Candidate, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: s_seyedian@sbu.ac.ir
2. Associate Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

application of the sources of international law were identified, compared, and coded. Coding was conducted in three modes: (1) by reference to the specific ICJ advisory opinion or contentious judgment cited by the ICC; (2) by reference to the relevant source of international law and the corresponding ICJ findings; and (3) by reference to patterns of reliance (e.g., repetition, recency, and the placement of ICJ authority within the ICC's reasoning).

Results and Discussion

The principal finding is that when the ICC has sought to interpret and apply principles and rules of international law, it has done so by reference to ICJ jurisprudence. The ICJ plays a pivotal role in authoritative treaty interpretation, and the ICC has effectively acknowledged this role by relying on ICJ case law when interpreting instruments such as the Genocide Convention and the United Nations Charter. The analysis further shows that the ICC applies a wide range of customary rules—ranging from immunities to customary rules reflected in instruments such as the 1899 and 1907 Hague instruments—as well as interpretive rules (Articles 31 and 32 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties) and general principles of law derived from domestic legal systems and international law, through explicit reference to ICJ jurisprudence. Although the ICC retains full discretion in evaluating evidence and facts, where the ICJ and the ICC address facts arising from the same situation, the ICC refers to the ICJ's factual findings and, in some instances, even to the dispositif of ICJ judgments. This practice suggests that the ICC treats these elements of ICJ decisions as highly persuasive. Moreover, where the ICC applies principles and rules of international law, it does so in a manner consistent with ICJ jurisprudence and engages relevant ICJ decisions and opinions. For example, when applying the principle of good faith reflected in Article 26 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, the ICC relies on ICJ jurisprudence. While the ICC sometimes cites scholarly writings (doctrine) to support the proposition that treaty-interpretation rules form part of customary international law, these doctrinal references do not undermine the ICJ's superior persuasive authority, insofar as such scholarship itself relies heavily on ICJ case law. In this sense, doctrinal citations in ICC practice often function as a vehicle for elaborating and systematizing ICJ judicial reasoning. Finally, the ICC's reliance on ICJ jurisprudence appears purposive, which further supports the claim of superior persuasive authority. "Purposive" reliance refers to patterns that mirror the ICJ's own approach to precedent: (1) repeated citation of earlier decisions to emphasize the court's contribution to a rule's development; and (2) citation of the most recent relevant decision to demonstrate the continuing validity of an established rule. The ICC's citation patterns—particularly regarding immunities and the right of self-determination—suggest that the ICC recognizes the ICJ's distinctive role in the development of international law.

Conclusion

This article demonstrates that, contrary to the view that invoking a court's theoretical authority is unhelpful, ICJ jurisprudence functions as a superior persuasive authority for the ICC in the determination, interpretation, and application of international law. The ICJ may possess similar persuasive authority for other international judicial bodies, but establishing that broader claim would require separate empirical research of a comparable kind. The article does not argue that empirical methods are inherently superior in international legal research. Rather, given the limited number of studies employing such methods, it contends that empirical analysis is particularly well suited to identifying patterns of practice and institutional behavior and can complement theoretical approaches in developing and substantiating legal arguments.

Keywords: The Integrity of International Law, International Court of Justice, International Criminal Court, Super Persuasive Authority, Empirical Method.

فصلنامه تحقیقات حقوقی
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

مقاله علمی-پژوهشی

دیوان بین‌المللی دادگستری، دیوان بین‌المللی کیفری: یکپارچگی حقوق بین‌الملل

سروش سیدیان هاشمی[۱]، محمدجعفر قنبری جهرمی[۲]

نکات برجسته

- دیوان بین‌المللی دادگستری دارای مرجعیت متقاعدکننده برتر در تفسیر و اعمال حقوق بین‌الملل بر دیوان بین‌المللی کیفری است.
- مرجعیت متقاعدکننده برتر دیوان بینالمللی دادگستری بر دیوان بینالمللی کیفری یکی از مصادیق بارز وجود یکپارچگی در حقوق بین‌الملل است.
- روش تجربی بهترین روش برای تحلیل رویه‌ها و رفتارها و مکمل روش‌های نظری در تحلیل و اثبات نظریه‌ها است.

چکیده

باتوجه به استقلال دیوان بین‌المللی کیفری و نبود رابطه خاص با دیوان بین‌المللی دادگستری، به‌نظر نمی‌رسد که این دیوان بخواهد به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری ارجاع دهد. اما در برخی تصمیم‌های این دیوان ارجاع به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری دیده می‌شود . باتوجه‌به اینکه دیوان بین‌المللی کیفری الزامی به پیروی از رویه دیوان بین‌المللی دادگستری ندارد، آیا می‌توان گفت این ارجاعات به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری، نشانه مرجعیت متقاعدکننده برتر آن است؟ بررسی تجربی ارجاعات دیوان بین‌المللی کیفری به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری نشان می‌دهد که این دیوان مرجعیت متقاعدکننده برتر دیوان بین‌المللی دادگستری را پذیرفته است؛ چراکه ماده ۲۱ اساسنامه رم اجازه چنین چیزی را می‌دهد و بدون اینکه الزامی به ارجاع به این دیوان داشته باشد، به بخش‌های مختلف رویه آن از جمله حقایق و حتی بخش اجرایی ارجاع داده است. این مسئله خود دلیل محکمی بر وجود یکپارچگی در حقوق بین‌الملل است.

کلید واژگان: یکپارچگی حقوق بین‌الملل، دیوان بین‌المللی دادگستری، دیوان بین‌المللی کیفری، مرجعیت متقاعدکننده، روش تجربی.

استناد به این مقاله: سیدیان هاشمی، سروش، قنبری جهرمی، محمد جعفر، «دیوان بین‌المللی دادگستری، دیوان بین‌المللی کیفری: یکپارچگی حقوق بین‌الملل»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۳، فروردین ۱۴۰۵، صص: ۶۵-۸۴.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۲/۳۰ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۰۹ DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2024.231773.2500

۱. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: s_seyedian@sbu.ac.ir
۲. دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

مقدمه

تعدد مراجع قضایی بین‌المللی یکی از مواردی است که موجب نگرانی درباره حفظ یکپارچگی حقوق بین‌الملل است؛ زیرا این احتمال وجود دارد که این مراجع با صدور آرای متفاوت با یکدیگر سبب تعارض‌هایی در انسجام نظام حقوق بین‌الملل شوند. پرسشی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا این امکان وجود دارد که دیوان بین‌المللی کیفری با تصمیمات که اتخاذ می‌کند، سبب ایجاد تعارض در حقوق بین‌الملل گردد؟ فرضیه اوّلیه این است که دیوان بین‌المللی دادگستری درخصوص شناسایی و اعمال حقوق بین‌الملل دارای مرجعیت متقاعدکننده برتر[1] است و دیوان بین‌المللی کیفری برای شناسایی و اعمال حقوق بین‌الملل از رویه دیوان بین‌المللی دادگستری کمک می‌گیرد. منظور از مرجعیت متقاعدکننده برتر، رویه مراجع قضایی بین‌المللی است که به دلیل منشأ متقاعدکننده، استدلالات محکم یا اصول حقوقی مسلم از وزن خاصی برخوردارند. قبل از پرداختن به این مسئله، در ابتدا باید به این مسئله پرداخته شود که منظور از مرجعیت متقاعدکننده چیست؟ مفهوم مرجعیت متقاعدکننده در حقوق بین‌الملل مربوط به منابع، رویه‌ها و نظراتی است که اگرچه از لحاظ حقوقی الزام‌آور نیستند، اما تأثیر عمده‌ای در شکل‌گیری هنجارها، تصمیمات قضایی یا رویه‌های دیگر دارند. این مفهوم به‌خصوص در حقوق بین‌الملل که ماهیت غیرتمرکزگرا دارد از اهمیت فراوانی برخوردار می‌شود. هارت از جمله افرادی است که تفاوت میان مرجعیت متقاعدکننده و الزام‌آور را بررسی و به نقش مرجعیت متقاعدکننده در پر کردن خلأهای حقوق بین‌الملل اشاره کرده‌اند. مرجعیت الزام‌آور ناشی از حقوق بین‌الملل عرفی، معاهده و اصول کلی مندرج در ماده ۳۸ اساسنامه است؛ درحالی‌که مرجعیت متقاعدکننده ناشی از منابعی است که منابع تبعی محسوب می‌شوند و الزام‌آور نیستند. قاعده شناسایی که هارت به آن اشاره می‌کند برای فهم این مسئله که چگونه مرجعیت متقاعدکننده در حقوق بین‌الملل اهمیت دارد کمک می‌کند. مرجعیت متقاعدکننده برای یک مرجع قضایی بین‌المللی فقط مختص یک مرجع خاص نیست و در یک موضوع خاص ممکن است چند مرجع وجود داشته باشند که برای یکی دیگر از مرجعیت متقاعدکننده برخوردار باشند، اما یکی از آنهاست که به نحو محسوسی بر دیگران برتری دارد.[2]

در این مقاله، به‌منظور بررسی دقیق این فرضیه از روش تجربی[3] استفاده می‌شود. منظور از روش تجربی بررسی کمّی[4] و کیفی[5] رویه مراجع قضایی بین‌المللی به‌منظور شناخت دقیق ساختار، چگونگی تکرار و توالی عبارات و احتجاج‌های حقوقی به‌کاررفته در آنها به‌منظور برای تحلیل رویه‌ها و رفتارها و مکمل روش‌های نظری در تحلیل و اثبات نظریه‌هاست. در کنار آثاری که درباره روابط میان مراجع قضایی بین‌المللی بیشتر به بحث نظری در این مورد پرداخته یا به شکل اجمالی رویه‌های دو دیوان بررسی شده است،[6] رویه‌های قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری و دیوان بین‌المللی کیفری

---

1. Super Persuasive Authority

2. Flanders, Chad. "Toward a Theory of Persuasive Authority", *Oklahoma Law Review*, Volume 62, Issue 1, 2009, P 74.

3. Empirical Method

4. Quantitative

5. Qualitative

6. See for Example: Webb, Philippa. *International Judicial Integration and Fragmentation*, Oxford University Press, 2013.

به‌طور جداگانه به‌صورت تجربی مورد بررسی قرار گرفته‌اند،[1] اما هیچ‌گاه درباره روابط میان اینها و تأثیری که رویه دیوان بین‌المللی دادگستری می‌تواند بر رویه دیوان بین‌المللی کیفری داشته باشد تاکنون پژوهشی صورت نگرفته است. هدف از این مقاله، بررسی تجربی رویه‌های این دو مرجع قضایی و تأثیرات احتمالی رویه دیوان بین‌المللی دادگستری بر دیوان بین‌المللی کیفری و بررسی درستی یا نادرستی این فرضیه است که دیوان بین‌المللی دادگستری دارای مرجعیت متقاعدکننده برای دیوان بین‌المللی کیفری است. این مقاله به دو بخش تقسیم می‌شود: بخش اول درباره مسئله یکپارچگی، چندپارچگی و رابطه دو دیوان بین‌المللی دادگستری و دیوان بین‌المللی کیفری است و بخش دوم به‌صورت تجربی رویه دیوان بین‌المللی کیفری و چگونگی اعمال اصول و قواعد حقوق بین‌الملل بحث‌وبررسی شده است.

۱. ارجاع به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری و مسئله یکپارچگی در حقوق بین‌الملل؛ تبیین مسئله

به‌طورکلی، پذیرفته شده است که نظام حقوقی بین‌المللی نظامی یکپارچه است. در نظام حقوقی بین‌المللی یکپارچگی سیاست مطلوبی است؛ چرا که باعث می‌شود تا دولت‌ها، سازمان‌های بین‌المللی و حتی افراد بتوانند به‌گونه‌ای مطلوب با یکدیگر در فضای بین‌المللی تعامل کنند که این یکپارچگی به‌منظور افزایش کارایی نهادی و نیز مشروعیت کلی دعاوی امری مطلوب است.[2] قاضی گرین‌وود در اعلامیه خود در رأی دیوان بین‌المللی دادگستری درخصوص پرداخت غرامت از سوی جمهوری دمکراتیک کنگو به جمهوری گینه در قضیه احمد سادیو دیالو می‌گوید:

> «حقوق بین‌الملل نظامی یگانه و متحد است و هر مرجع قضایی بین‌المللی می‌تواند و می‌بایست بر رویه قضایی دادگاه‌های دیگر تکیه کند حتی اگر لزوماً به همان نتیجه‌ای که آنها گرفته‌اند، نرسد».[3]

حقوق بین‌الملل نظامی است که برخلاف نظام داخلی دارای سلسله‌مراتب میان دادگاه‌ها نیست. حقوق بین‌الملل باید امنیت را به وجود آورد و بر روابط میان دولت‌ها حاکم کند. برای این کار لازم است یک رویه قضایی یکنواخت به‌وسیله مرجعی که دولت‌ها آن را قبول دارند، به وجود آید. زمانی ادوارد هامبرو گفته بود: «از آن زمان که پیش‌نویس دیوان دائمی داوری را تهیه و تصویب کردند یا دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی و دیوان بین‌المللی دادگستری را بنیاد گذاشتند، مشغله فکری دولت‌ها آن بوده است که با این دادگاه‌ها رویه قضایی پایدار و منسجمی به وجود آورند. به تعبیری دیگر قصد و غرض اصلی دولت‌ها از تأسیس این جامعه دائمی آن بود که به مجموعه تصمیماتی دست یابند که میان آنها وحدت قاعده به وجود آمده باشد. به اعتقاد دولت‌ها با تأسیس این دادگاه‌ها و تداوم آنها به‌تدریج رویه‌ای یک‌دست به‌وجود می‌آید که می‌توانست در توسعه حقوق بین‌الملل سهمی اساسی داشته باشد».[4] دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در رأی خود درمورد قضیه امتیازات ماوروماتیس می‌گوید: «دیوان هیچ دلیلی نمی‌بیند تا از تفسیری که ناشی از آرای گذشته

---

1. Alschner, Wolfgang and Damien Charlotin. “The growing complexity of the international court of justice’s self-citation network”, *European Journal of International Law*, Volume 29, Issue 1, 2018, PP 83-112; Manley, Stewart. “Referencing Patterns at the International Criminal Court”, *European Journal of International Law*, Volume 27, Issue 1, 2016, PP 191-214.
2. Webb, Op. Cit., P 4.
3. Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Guinea v Democratic Republic of the Congo) (Compensation phase), Declaration of Judge Greenwood, ICJ Reports, 2012, Para 8.
4. Hambro, Edward. *La Jurisprudence de cour international*, Leiden: A. W. Sijthoff, 1952, P 27.

است و استدلال آن هنوز هم معقول است، عدول کند».[1] بررسی تجربی رویه دیوان بین‌المللی دادگستری و قبل از آن دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی نشان می‌دهد این دو همواره با ارجاع به تصمیمات قبلی خود برای ایجاد رویه‌ای ثابت تلاش کرده‌اند و به‌ندرت از رویه خود عدول نموده‌اند. این تداوم قضایی موجب جلوگیری از تشتت آرای در دیوان بین‌المللی دادگستری می‌شود و به همین منظور دیوان بین‌المللی دادگستری تلاش می‌کند تا حد ممکن یکپارچگی حقوق بین‌الملل را از طریق تصمیمات خود حفظ کند. [2] این رکن با ارجاع به رویه خود در حوزه‌های مختلف حقوق بین‌الملل به مراجع قضایی تخصصی یادآور می‌شود که آنها باید از رویه این دیوان پیروی کنند.[3]

بااین‌حال، نگرانی درمورد چندپارچگی باتوجه‌به تعدد مراجع قضایی بین‌المللی وجود دارد؛ زیرا هیچ سلسله‌مراتبی میان دیوان بین‌المللی دادگستری و دیگر مراجع قضایی وجود ندارد.[4] از جمله مصادیق احتمالی این نگرانی، احتمال تعارض میان دیوان بین‌المللی دادگستری و دیوان بین‌المللی کیفری است.

باتوجه‌به کارکرد مجزای این دو مرجع قضایی به‌نظر نمی‌رسد که دیوان بین‌المللی دادگستری قادر به تأثیرگذاری بر دیوان بین‌المللی کیفری باشد. اما درصورتی‌که مسئله مرتبط با حقوق بین‌الملل به وجود بیاید، دیوان بین‌المللی کیفری مطابق اساسنامه‌اش، معاهدات قابل‌اعمال، اصول و قواعد حقوق بین‌الملل و اصول کلی را اعمال خواهد کرد که اعمال آن مستلزم رجوع به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری است. [5] در خصوص جرم نسل‌زدایی، کنوانسیون پیشگیری و مجازات جرم نسل‌زدایی به‌وسیله دو دیوان تفسیر و اعمال می‌گردد که همین مسئله می‌توانند موجبات تأثیرپذیری دیوان بین‌المللی کیفری از دیوان بین‌المللی دادگستری به‌عنوان مرجع رسیدگی به اختلافات میان دولت‌های عضو در خصوص تفسیر و اعمال این کنوانسیون را فراهم کند. درخصوص تجاوز درصورتی‌که دیوان بین‌المللی دادگستری در برخی قضایا به مسئله توسل به زور به چهارچوب حقوقی تجاوز پرداخته و دیوان بین‌المللی کیفری که قرار است به جرم تجاوز رسیدگی کند، به دلیل اینکه عمل تجاوزکارانه زیربنای احراز جرم تجاوز است نمی‌تواند به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری درخصوص جنبه‌های حقوقی تجاوز یا احراز احتمالی ارتکاب عمل تجاوز به‌وسیله یک دولت بی‌تفاوت باشد.

دیوان بین‌المللی کیفری مطابق شق ب از بند ۲ ماده ۲۱ اساسنامه رم، می‌تواند حقوق بین‌الملل را اعمال کند. دیوان بین‌المللی کیفری بر اساس شق مذکور که برگرفته از ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری است، می‌تواند معاهدات قابل‌اعمال، اصول و قواعد حقوق بین‌الملل و اصول کلی را اعمال کند، و ممکن است در تصمیم‌های خود به‌گونه‌ای آنها را اعمال کند که سبب تعارض با رویه دیوان بین‌المللی دادگستری گردد. برای مثال، دولت مطابق حقوق بین‌الملل عرفی دارای مصونیت کیفری است و به‌تبع آن مقامات دولتی اعم از مقامات سه‌گانه (رئیس کشور، رئیس دولت

---

1. Case of the Readaptation of the Mavrommatis Jerusalem Concessions (Jurisdiction), PCIJ Series A.-No. 77, 1927, P 18.

۲. رمضانی قوام‌آبادی، محمدحسین، «اعتبار "قاعده سابقه" در دیوان بین‌المللی دادگستری»، *فصلنامه مطالعات حقوقی*، دوره ۳، شماره ۲، ۱۳۹۰، ص۸۲.

3. Alschner and Charlotin, Op. Cit., P 99.

۴. برای مطالعه در خصوص تأثیر فراوانی مراجع قضایی بین‌المللی، ر.ک به: میرعباسی، سید باقر، «تنوع و فراوانی محاکم بین‌المللی و تأثیر آن بر حقوق بین‌الملل عمومی؛ تهدید یا فرصت؟»، در: ***مجموعه مقالات همایش نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در تداوم و توسعه حقوق بین‌الملل***، ویراستهٔ سید قاسم زمانی، تهران: انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد، ۱۳۸۶، صص ۲۲۰-۱۹۳.

5. Rossene, Shabtai. *Essays on International Law and Practice*, Leiden; Boston: Marinus Nijhoff Publishers, 2007, P 355.

و وزیر امور خارجه) دارای مصونیت شخصی[1] و دیگر مقامات صرفاً دارای مصونیت شغلی[2] هستند، و رویه دیوان بین‌المللی دادگستری هم مبین همین مسئله است. این مصونیت، درعین‌حال، مورد قبول مراجع قضایی بین‌المللی کیفری و در رأس آنها دیوان بین‌المللی کیفری نیست؛ زیرا هدف تشکیل آنها مقابله با بی‌کیفرمانی مرتکبان جرائم بین‌المللی است و در اساسنامه رم به‌صراحت آمده است که مصونیت نمی‌تواند عذری برای عدم محاکمه مرتکبان در دیوان بین‌المللی کیفری باشد. در بخش دوم به این مسئله پرداخته می‌شود که آیا در عمل ممکن است دیوان بین‌المللی کیفری در تصمیم‌های خود به‌گونه‌ای اصول و قواعد حقوق بین‌الملل را شناسایی کند که مغایر با رویه دیوان بین‌المللی دادگستری باشد یا نه؟

۲. بررسی تجربی چگونگی اعمال حقوق بین‌الملل به‌وسیله دیوان بین‌المللی کیفری

همان‌طورکه پیش‌ازاین گفته شد، فرضیه این است که دیوان بین‌المللی کیفری به دلیل حفظ یکپارچگی حقوق بین‌الملل و مرجعیت دیوان بین‌المللی دادگستری در حفظ این یکپارچگی، نمی‌بایست برخلاف رویه دیوان بین‌المللی دادگستری به اعمال حقوق بین‌الملل بپردازد. حال پرسش این است که دیوان بین‌المللی کیفری در عمل منابع حقوق بین‌الملل را مطابق رویه دیوان بین‌المللی دادگستری اعمال کرده است یا نه؟ این فرضیه به‌صورت تجربی با بررسی رویه دیوان بین‌المللی کیفری از زمان شروع به کار آن تاکنون انجام شده است.

۲.۱. روش انجام پژوهش

دیوان بین‌المللی کیفری در بیست تصمیم خود مبادرت به اعمال منابع حقوق بین‌الملل نموده است. به‌منظور سهولت در انجام این پژوهش، از نرم‌افزار مَکس‌کیو دی اِی[3] استفاده شده است. در ارزیابی، ابتدا متن تصمیم‌ها مطالعه و آن قسمت‌هایی از متن (از یک خط تا یک بند که از این به بعد هرکدام یک واحد نامیده می‌شود) تصمیم‌های دیوان بین‌المللی کیفری که در آن به منابع حقوق بین‌الملل اشاره می‌کند مشخص شده است. به‌جز چند مورد که دیوان بین‌المللی کیفری در ارجاع‌ها به آموزه‌های علمای حقوق اشاره کرده، در اکثریت قریب‌به‌اتفاق موارد، هربار که این منابع را اعمال کرده آن را با ارجاع به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری انجام داده است. کلیه موارد مشخص شده در تصمیم‌ها که از آنکه مربوط به اعمال منابع حقوق بین‌الملل است، با یکدیگر مقایسه شده و کدگذاری شده‌اند. منظور از کدگذاری اختصاص یک عنوان به هر واحد داده است. این کدگذاری، به سه حالت کلی انجام شده است: در حالت اول، کدگذاری برحسب آن نظر مشورتی یا رأی ترافعی دیوان بین‌المللی دادگستری که دیوان بین‌المللی کیفری به آن ارجاع داده، انجام شده است و در حالت دوم، کدگذاری برحسب منابع حقوق

---

[1]. Personal Immunity

[2]. Functional Immunity

[3]. نرم‌افزار مَکس کیو دی اِی (MAXQDA) یکی از مشهورترین نرم‌افزارهای تحلیل کمی و کیفی داده‌ها است. این نرم‌افزار در ابتدا برای پژوهشگران رشته علوم اجتماعی طراحی شد، اما به‌تدریج قابلیت‌هایی مانند قابلیت دسته‌بندی مطالب ذکر شده در متون مختلف به آن افزوده شده به‌گونه‌ای‌که پژوهشگران رشته‌های مختلف علوم‌انسانی از جمله حقوق این امکان را دارند تا به بهترین نحو بتوانند متون حقوقی از جمله اسناد بین‌المللی و آرای دادگاه‌های داخلی و خارجی را تحلیل و بررسی کنند. این نرم‌افزار به طور رسمی مورد تأیید دانشگاه‌های معتبر از جمله آکسفورد قرار گرفته است. جداولی که در ادامه مقاله مشاهده می‌شود با استفاده از کدگذاری‌های انجام شده در این نرم‌افزار تحلیل و آماده شده است. برای کسب اطلاعات بیشتر درباره این نرم‌افزار ر.ک به:
What does MAXQDA do? - MAXQDA,(13/05/2023) available at: https://www.maxqda.com/why-maxqda

بین‌الملل و اینکه هر داده اشاره به کدام منبع حقوق بین‌الملل (یعنی معاهده، عرف، اصول کلی حقوقی) است، انجام شده است. اما برخی از داده‌ها هستند که داخل در کدهای مربوط به منابع حقوق بین‌الملل نیستند. به‌عبارت‌دیگر، دیوان بین‌المللی کیفری به آن قسمت‌هایی از آرای ترافعی و نظرهای مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری ارجاع داده است که اشاره خاصی به هیچ یک از منابع حقوق بین‌الملل ندارند. کد اختصاص‌یافته به این داده‌ها «یافته‌های دیوان بین‌المللی دادگستری» نام دارد.

۲.۲. معاهده قابل‌اعمال، عرف و اصول کلی حقوقی

جدول ۱ نشان می‌دهد که دیوان بین‌المللی کیفری به‌دفعات تمام موارد مندرج در شق ب از بند ۲ ماده ۲۱ را اعمال کرده است. کنوانسیون ۱۹۴۸ پیشگیری و سرکوب جنایت نسل‌کشی و منشور ملل متحد معاهدات بین‌المللی هستند که به‌وسیله دیوان بین‌المللی کیفری اعمال شده‌اند، و این اعمال همواره با رجوع به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری انجام شده است.

دیوان بین‌المللی کیفری برای رجوع به قواعد حقوق بین‌الملل عرفی هم همواره به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری رجوع کرده است، از قواعد عرفی حاکم بر مصونیت گرفته تا مقررات موجود در کنوانسیون‌های ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ لاهه و حتی وقتی خواسته تا به قواعد حقوق بین‌الملل عرفی حاکم بر تفسیر که در ماده ۳۱ و ۳۲ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین درباره حقوق معاهدات[1] تجلی‌یافته را اعمال کند. دیوان بین‌المللی کیفری به دو صورت قواعد حقوق بین‌الملل عرفی حاکم بر تفسیر را اعمال کرده است. در اکثر موارد، شعب دیوان بین‌المللی کیفری بدون اشاره به عرفی بودن یا نبودن این قواعد صرفاً به مواد ۳۱ و ۳۲ کنوانسیون وین درباره حقوق معاهدات ارجاع داده‌اند[2] و برخی دیگر با ارجاع به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری به عرفی بودن این دو ماده نیز اشاره کرده‌اند.[3]

جدول ۱. تعداد دفعات اعمال حقوق بین‌الملل شق ب بند ۲ ماده ۲۱

کدهای مربوط به منابع حقوق بین‌الملل	تعداد ارجاعات
معاهدات قابل اعمال	۲۱
حقوق بین‌الملل عرفی	۲۲
اصول کلی حقوق بین‌الملل	۳۳
جمع	۷۶

۲.۳. ارجاع به حقایق و یافته‌های دیوان بین‌المللی دادگستری

جدول ۲ شامل مواردی از ارجاع‌های دیوان بین‌المللی کیفری به دیوان بین‌المللی دادگستری است که به‌منظور اعمال منابع حقوق بین‌الملل نیست، بلکه ارجاع به آن قسمت از آرای ترافعی و نظرات مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری است که شامل حقایق یا یافته‌های این دیوان است. منظور از حقایق در این جدول وقایعی‌اند که دیوان بین‌المللی دادگستری در آرای ترافعی یا نظرات مشورتی برای رسیدگی به اختلاف میان طرفین بررسی و حکم به صحت آن داده و

1. "Vienna Convention on the Law of Treaty(VCLT)", 1155 UNTS , 1969.
2. Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I's 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal, ICC-01/04, 2006, Para 39.
3. The Case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Judgment Pursuant to Article 74 of The Statute, ICC-01/05-01/08, 2016, Para 76.

دیوان بین‌المللی کیفری از آن به‌عنوان حقایق یاد کرده است. منظور از سایر یافته‌ها سایر استدلالات ذکر شده در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری‌اند که دیوان بین‌المللی کیفری از آن به‌عنوان نتیجه‌گیری دیوان یا یافته دیوان از آن یاد می‌کند. منظور از یافته‌های این دیوان، اعمال قواعد حقوق بین‌الملل بر وقایعی است که دیوان به صحت آنها پیش‌ازاین گواهی داده است. دیوان بین‌المللی کیفری به‌جز یک مورد که به بخش اجرایی[1] رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه فعالیت‌های نظامی اوگاندا در جمهوری دمکراتیک کنگو ارجاع داده است، در بقیه موارد به آن یافته‌هایی ارجاع داده که در بخش‌های مختلف آرای ترافعی و نظرهای مشورتی ذکر شده‌اند.

جدول ۲. ارجاع‌های دیوان بین‌المللی کیفری به دیوان بین‌المللی دادگستری درباره حقایق و بخش اجرایی آرای این دیوان

کدهای مربوط به یافته‌های دیوان بین‌المللی دادگستری	تعداد ارجاعات
بخش اجرایی آرای دیوان بین‌المللی دادگستری	۱
حقایق	۹
دیگر یافته‌های دیوان بین‌المللی دادگستری	۱۵
جمع	۲۵

۲.۴. طبقه‌بندی ارجاع‌ها به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری بر اساس ارجاع به نظرهای مشورتی و آرای ترافعی

همان‌طورکه در جدول ۳ دیده می‌شود، دیوان بین‌المللی کیفری به گستره‌ای از آرای دیوان بین‌المللی دادگستری شامل آرای ترافعی و نظرهای مشورتی ارجاع داده است. دیوان بین‌المللی کیفری بدون توجه به اینکه کدام‌یک از آرای ترافعی و نظرهای مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری تا چه حد به مسائل کیفری بین‌المللی ارتباط دارند، به آنها ارجاع داده است. طبیعی است که دیوان بین‌المللی کیفری به‌دلیل اینکه خواسته تا در تصمیم خود در مورد صدور قرار بازداشت عمرالبشیر، کنوانسیون نسل‌کشی را اعمال کند، بارها به رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه اعمال کنوانسیون نسل‌کشی (اختلاف بوسنی و هرزگوین - صربستان و مونته‌نگرو) ارجاع داده، ۲۵ بار به این رأی ارجاع داده است. نکته قابل توجه این است که شعب دیوان بین‌المللی کیفری در تصمیم‌هایی که درباره وضعیت کنگو گرفته‌اند، به‌دفعات به رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه فعالیت‌های نظامی اوگاندا در سرزمین جمهوری دمکراتیک کنگو ارجاع داده‌اند. این مسئله درباره نظر مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری درباره دیوار حائل فلسطین هم صادق است. شعبه اوّل مقدماتی دیوان بین‌المللی کیفری در تصمیم سال ۲۰۲۱ خود درخصوص صلاحیت سرزمینی دیوان در فلسطین هم بارها به این نظر مشورتی ارجاع داده است.

تعداد زیاد ارجاع دیوان بین‌المللی کیفری به برخی آرای ترافعی یا نظرات مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری را باید در این جست‌وجو کرد که دیوان بین‌المللی کیفری در رسیدگی به وضعیت موجود در یک سرزمین مانند جمهوری دمکراتیک کنگو به آن رأی دیوان بین‌المللی دادگستری که درمورد اختلاف دولت حاکم بر آن سرزمین با دولت‌های دیگر است، یا نظر مشورتی که درخصوص آن سرزمین خاص است توجه نشان می‌دهد؛ مانند ارجاعات مکرر به رأی فعالیت‌های نظامی اوگاندا در کنگو یا درخصوص وضعیت فلسطین به نظر مشورتی ۲۰۰۴ که در خصوص سرزمین‌های اشغالی فلسطین است ارجاع می‌دهد.

[1]. Dispositif

جدول ۳. فهرست تصمیم‌های دیوان بین‌المللی دادگستری که دیوان بین‌المللی کیفری به آنها ارجاع داده است.

آرای ترافعی و نظرهای مشورتی	تعداد ارجاع
نظریه مشورتی الحاق یک دولت به سازمان ملل متحد	۱
قضیه دریای اژه	۱
نظریه مشورتی در خصوص بررسی رأی شماره ۱۵۸	۱
قضیه رأی داوری ۱۸۸۹	۳
قضیه فعالیت‌های نظامی اوگاندا در سرزمین جمهوری دموکراتیک کنگو	۱۰
قضیه قرار بازداشت	۹
قضیه اونا و دیگر اتباع مکزیکی	۱
قضیه بارسلونا تراکشن	۱
نظریه مشورتی برخی هزینه‌های سازمان ملل متحد	۱
نظریه مشورتی نامیبیا	۸
قضیه کانال کورفو	۲
نظرمشورتی مربوط به سلاح‌های هسته‌ای (پرسش سازمان جهانی بهداشت)	۱
قضیه کارکنان دیپلماتیک و کنسولی در تهران	۱
قضیه حقوق کشتیرانی و موارد مرتبط با آن	۱
قضیه تیمور شرقی (پرتغال علیه استرالیا)	۲
نظر مشورتی درخصوص تأثیر احکام غرامت صادره دیوان اداری سازمان ملل متحد	۱
قضیه پروژه گابچیکوو ناگیماروش	۲
اعمال کنوانسیون نسل‌کشی (بوسنی‌هرزگوین علیه صربستان)	۲۵
قضیه جزیره گرینلند	۱
نظر مشورتی مصونیت گزارشگر ویژه	۲
قضیه مصونیت‌های صلاحیتی (آلمان علیه ایتالیا)	۱
نظر مشورتی اعلامیه یک‌جانبه استقلال کوزوو	۲
قضیه لاگراند	۲
مرز دریایی و زمینی نیجریه و کامرون	۱
قضیه لاکربی	۱
قضیه مسائل مربوط به تحدید حدود و مسائل سرزمینی (بحرین علیه قطر) (ایرادات اولیه)	۲
قضیه فعالیت‌های نظامی در سرزمین نیکاراگوئه علیه دولت نیکاراگوئه (ایرادات اولیه)	۲
قضیه مسکوکات طلا	۱
قضیه نوته‌بوم	۲
قضیه سلاح‌های هسته‌ای (استرالیا علیه فرانسه)	۱
قضیه سلاح‌های هسته‌ای (نیوزیلند علیه فرانسه)	۴
نظر مشورتی آسیب‌های وارده در زمان خدمت برای سازمان ملل متحد	۱
نظر مشورتی مجمع‌الجزایر چاگوس	۱
قضیه حاکمیت بر برخی جزایر (اندونزی علیه مالزی)	۱
قضیه اختلاف مرزی دریایی، زمینی و جزایر	۱
قضیه اختلاف سرزمینی (لیبی علیه چاد)	۶
نظر مشورتی تهدید یا استفاده از سلاح‌های هسته‌ای (پرسش مجمع عمومی)	۲
نظر مشورتی دیوار حائل	۱۳
نظریه مشورتی صحرای جنوب غربی	۱
جمع	۱۳۲

۳. اثبات مرجعیت متقاعدکننده برتر دیوان بین‌المللی دادگستری

بررسی کیفری ارجاعات دیوان بین‌المللی کیفری به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری به‌خوبی نشان می‌دهد که دیوان بین‌المللی کیفری مرجعیت متقاعدکننده برتر دیوان بین‌المللی دادگستری را در اعمال حقوق بین‌الملل پذیرفته است؛ زیرا همان‌طورکه خواهیم دید، تقریباً در تمام موارد، منابع حقوق بین‌الملل را با ارجاع به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری اعمال کرده، به توسعه آنها توجه داشته، و حتی به بخش اجرایی رأی دیوان بین‌المللی دادگستری نیز ارجاع داده است. اما قبل از آن باید این مسئله را روشن کرد که اساساً چگونه این امکان وجود دارد که دیوان بین‌المللی کیفری بتواند به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری رجوع کند؟ پاسخ این پرسش در بند 2 ماده ۲۱ اساسنامه رم نهفته است.

مطابق بند ۲ ماده ۲۱ اساسنامه رم، دیوان بین‌المللی کیفری می‌تواند با ارجاع به تصمیم‌های قبلی اصول و قواعد حقوقی را اعمال کند. باتوجه‌به بندهای قبلی این ماده، مشخص است که این اختیار شامل اصول و قواعد حقوق بین‌الملل نیز می‌شود. به این ترتیب، راه برای رجوع به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری نیز هموار است.

۳.۱. اعمال معاهده، عرف و اصول کلی حقوقی با ارجاع به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری

بررسی کیفی نتایج به‌دست‌آمده از ارجاع‌های دیوان بین‌المللی کیفری به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری به این معناست که این ارجاع‌ها در کنار یکدیگر قرار داده شده است تا روابط میان آنها بررسی شود. این بررسی‌ها نشان می‌دهد که مرجعیت متقاعدکننده برتر دیوان بین‌المللی دادگستری به‌وسیله دیوان بین‌المللی کیفری پذیرفته شده است.

۳.۱.۱. اعمال معاهده

دیوان بین‌المللی کیفری برای اجرای معاهده‌ای، باید آن را تفسیر کند؛ زیرا مفهوم متن و حدود آن باید روشن شود، به‌عبارت‌دیگر، هر قاعده پیش از آنکه به اجرا درآید باید تفسیر گردد. این دولت‌ها هستند که معاهده را منعقد می‌کنند و صالح به تفسیر آنها هستند. تفسیر اصیل تفسیری است که طرفین معاهده ارائه می‌دهند و تفسیر قاضی تفسیر غیراصیل محسوب می‌شود، اما تفسیر قاضی وسیله تشخیص تفسیر اصیل است. دیوان بین‌المللی دادگستری بر این نظر است که صلاحیت تفسیر معاهدات بین‌المللی از جمله منشور ملل متحد را دارد[1] که این به دلیل نیروی اقناعی استدلال‌های این دیوان است که سبب شده تا رویه‌اش وسیله‌ای برای شناسایی تفسیر اصیل معاهدات بین‌المللی باشد.[2] اما دولت‌ها برای دیوان بین‌المللی کیفری چنین جایگاهی قائل نیستند؛ ازاین‌رو است که دیوان بین‌المللی کیفری همواره این معاهده‌ها را با کمک رجوع به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری اعمال کرده است. اساساً این دولت‌های عضو یک معاهده‌اند که صلاحیت تفسیر اصیل از یک معاهده را دارند، اما این دیوان بین‌المللی دادگستری به‌عنوان مرجع رسیدگی به اختلاف‌های میان دولت‌هاست که می‌تواند از جانب آنها تفسیر اصیل را انجام دهد که همین سبب می‌شود تا تفسیر ارائه شده به‌وسیله دیوان بین‌المللی دادگستری از مرجعیت برخوردار باشد. دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی ماهوی خود در قضیه اعمال کنوانسیون نسل‌زدایی مبادرت به تفسیر این کنوانسیون نموده و دیوان بین‌المللی کیفری (همان‌طورکه در جدول ۳ مشخص است) ۲۵ بار به آن ارجاع داده است. برای مثال، دیوان بین‌المللی کیفری در خصوص عنصر معنوی مندرج در

[1]. Admission of a State to the United Nations (Charter, Art. 4, Advisory Opinion), ICJ Reports ,1948, p.61.

[2]. فلسفی، هدایت‌الله، ***حقوق بین‌الملل معاهدات***، ویراست سوم، تهران: فرهنگ نشر نو؛ آسیم، ۱۳۹۱، ص ۵۵۲.

ماده ۲ کنوانسیون نسل‌زدایی به رأی پیش‌گفته دیوان بین‌المللی دادگستری ارجاع داده است.[۱]

درخصوص منشور ملل متحد، گذشته از آنچه در بالا گفته شد، دیوان بین‌المللی دادگستری در نظر مشورتی خود پیرامون شرایط عضویت یک دولت در سازمان ملل به الزام‌آور بودن تفسیر خود از منشور اشاره کرده است که می‌تواند به‌طور ضمنی شامل دیوان بین‌المللی کیفری باشد. شورای امنیت سازمان ملل متحد در قطعنامه ۱۵۹۳ که در سال ۲۰۰۵ صادر کرد پرونده سودان را به دیوان بین‌المللی کیفری ارجاع داده و در این قطعنامه مقرر کرده بود که کشورها باید با دیوان بین‌المللی کیفری همکاری کامل داشته باشند.[2] دیوان بین‌المللی کیفری به‌منظور اینکه دولت‌های عضو را متقاعد کند که از این قطعنامه شورای‌امنیت کنند، به‌نظر مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه نامیبیا[۳] ارجاع داده است.[۴]

۳.۱.۲. اعمال حقوق بین‌الملل عرفی

حتی اگر دیوان بین‌المللی کیفری در رسیدگی به مسئولیت کیفری اشخاص نخواهد یا نتواند عرف را اعمال کند، وقتی مسئله مصونیت مطرح شود ناچار به‌مواجهه با حقوق بین‌الملل عرفی حاکم بر مصونیت دولت و سران دولت است. دیوان بین‌المللی کیفری به استناد بند ۲ ماده ۲۷ اساسنامه رم، مانعی برای تعقیب کیفری سران دولت‌ها به دلیل ارتکاب جرائم مندرج در اساسنامه نمی‌بیند؛ ازاین‌رو با صدور تصمیم‌هایی از کشورهای عضو خواسته تا عمرالبشیر رئیس‌جمهور وقت سودان، را به این دیوان تسلیم کنند. در مقابل، کشورهای مخاطب تصمیم‌های دیوان برای توجیه عدم وجود تعهد به تسلیم وی به دیوان بین‌المللی کیفری، به رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه قرار بازداشت (اختلاف میان جمهوری دمکراتیک کنگو و بلژیک) [۵] اشاره و تأکید می‌کنند ازآنجایی‌که دیوان بین‌المللی کیفری، مطابق بند ۱ ماده ۹۸ اساسنامه‌اش، باید به تعهدات دولت‌ها [دائر بر عدم امکان تسلیم رئیس دولتی که اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری را نپذیرفته است و در نتیجه ملزم به ماده ۲۷ آن نیست] مطابق حقوق بین‌الملل احترام بگذارد، نمی‌تواند تسلیم عمرالبشیر را از آنها بخواهد.[6] دیوان بین‌المللی کیفری در این تصمیم‌ها هیچ تلاشی برای اثبات اینکه قاعده عرفی برای عدم مصونیت سران دولت‌ها نزد دیوان بین‌المللی کیفری وجود ندارد انجام نمی‌دهد؛ بلکه فقط با ارجاع به یکی از بندهای رأی قرار بازداشت[۷] سعی می‌کند تا دولت‌ها را متقاعد کند. دیوان بین‌المللی دادگستری در این بند از این رأی چنین اظهار می‌دارد:

---

1. The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09 ,2009,, p.48, Footnote 159
2. United Nations Security Council, "Resolution 1593", S/RES/1593 ,2005, Para 2.
3. See: Legal Consequences for States of the Continiued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, ICJ Report 1971,1971, Para 116.
4. The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court, ICC-02/05-01/09, 2014, Para 30.
5. Case Concerning Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democrutic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, ICJ Report 2002 (Arrest Warrant Case).
6. The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 2011, Para 27.
7. Ibid, Para 25.

مصونیتی که وزیر امور خارجه سابق یا فعلی مطابق حقوق بین‌الملل از آن برخوردار است، مانعی برای تعقیب کیفری در برخی شرایط نیست...

... چهارم، وزیر امور خارجه پیشین یا فعلی می‌تواند مشمول صلاحیت دادگاه‌های کیفری بین‌المللی باشد. برای مثال، می‌توان به ... دیوان بین‌المللی کیفری که مطابق اساسنامه رم در سال ۱۹۹۸ تأسیس شده اشاره کرد.[1]

در این بند، دیوان بین‌المللی دادگستری در مقام شناسایی و بیان قاعده حقوق بین‌الملل عرفی درباره عدم مصونیت سران دولت‌ها نزد مراجع قضایی کیفری بین‌المللی نبوده است و صرفاً به این اشاره کرده است که مصونیت کیفری سران دولت‌ها مطلق نیست.

ممکن است گفته شود این ارجاع به رأی قرار بازداشت به‌وسیله دیوان بین‌المللی کیفری صرفاً یک پذیرش قضایی[2] است. پذیرش قضایی به معنای تأیید رویه قضایی داخلی یا بین‌المللی از روی نزاکت است.[3] پذیرش قضایی اغلب به‌وسیله ارجاع به رویه موردنظر انجام می‌شود، اما به معنای تأیید آن رویه مورد ارجاع نیست.[4] از نظر قاضی دیوان ویژه سیرالئون رجوع به رویه دیگر دادگاه‌ها به معنای پیروی از آنها نیست و صرفاً احترام به آن است.[5] این مسئله شاید درباره قاضی فوق‌الاشاره صادق باشد، ولی درمورد دیوان بین‌المللی کیفری این‌گونه نیست. همین که شعب مختلف دیوان بین‌المللی کیفری در چند تصمیم خود برای تسلیم عمرالبشیر تلاشی برای اثبات عرفی بودن ماده ۲۷ نکرده‌اند، خود نشانه این است که مرجعیت دیوان بین‌المللی دادگستری در تعیین حقوق بین‌الملل عرفی را پذیرفته‌اند. علاوه‌بر این، دیوان بین‌المللی کیفری در تصمیم‌های بعدی خود برای همکاری دولت‌ها برای انتقال البشیر بدون اشاره به رأی قرار بازداشت، این بار به قطعنامه ۱۵۹۳ استناد می‌کند. دیوان بین‌المللی کیفری با ارجاع به قطعنامه شورای امنیت می‌خواهد مشکل مواجهه شدن با حقوق بین‌الملل عرفی را رفع کند که این خود دلیل محکمی است بر اینکه دیوان بین‌المللی کیفری مرجعیت دیوان بین‌المللی دادگستری را پذیرفته است؛ به‌ویژه اینکه برای تأکید بر الزام‌آور بودن قطعنامه‌های شورای امنیت به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری رجوع کرده که این خود نشانه پذیرش صلاحیت انحصاری دیوان بین‌المللی دادگستری در تفسیر منشور ملل متحد نیز محسوب می‌شود. به‌این‌ترتیب، یکپارچگی حقوق بین‌الملل، با پذیرش مرجعیت دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص حقوق بین‌الملل عرفی حاکم بر مصونیت سران دولت‌ها حفظ می‌شود.

یکی از نمونه ارجاع به دیوان بین‌المللی دادگستری درخصوص عرفی بودن یک قاعده، چگونگی استناد به کنوانسیون ۱۹۶۹ وین درباره حقوق معاهدات است. اعمال کنوانسیون حقوق معاهدات بدون ارجاع به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری فقط منحصر به مواد ۳۱ و ۳۲ بوده است و بدیهی است باتوجه‌به اینکه این مواد در واقع قواعد عرفی‌اند که در این کنوانسیون تدوین شده‌اند، شاید اساساً نیازی به اشاره به عرفی بودن آن نباشد و این صرفاً تأکیدی بر مستحکم

---

1. Arrest Warrant Case, ICJ Report 2002, Para 61.
2. Judicial Deference
3. Fahner, Johannes Hendrik. *Judicial deference in international adjudication: A comparative analysis,* Oxford: Hart Publishing, 2020, P 8.
4. Shirlow, Esmé. *Judging at the Interface: Deference to State Decision-Making Authority in International Adjudication*, Cambridge: Cambridge University Press, 2021, P 174.
5. Terris, Daniel, Cesare P. R. Romano and Leigh Swigart. *The International Judge: An Introduction to the Men and Women Who Decide the World's Cases*, Chicago: Brandeis University Press, 2007, P 78.

بودن آنها است. می‌توان گفت نوع استناد به کنوانسیون وین و قواعد عرفی مربوط به تفسیر نشانه مرجعیت دیوان بین‌المللی دادگستری است؛ زیرا دیوان بین‌المللی کیفری، هرجا که به این کنوانسیون به‌تنهایی استناد کرده به عرفی بودن آن نیز توجه کرده است و برای نشان‌دادن عرفی بودن آن به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری ارجاع داده است. برای مثال، وقتی می‌خواهد اصل حسن‌نیت را که مستنبط از ماده ۲۶ این کنوانسیون است اعمال کند، آن را با ارجاع به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری انجام می‌دهد.[۱]

۳.۲. اعمال اصول کلی حقوقی

بین‌المللی کیفری به اصول کلی حقوقی مختلفی استناد کرده و در اکثریت قریب به‌اتفاق موارد، این کار را با ارجاع به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری انجام داده است. اصل اختیارات ضمنی ازجمله اصول کلی است که دیوان بین‌المللی دادگستری اولین بار در نظر مشورتی خود پیرامون خسارات وارده به سازمان ملل متحد اشاره کرده است، شعبه پنجم بدوی دیوان بین‌المللی کیفری در تصمیم خود برای احضار شهود باید دولت کنیا را متقاعد به موافقت با احضار شهود کند و این مهم جز با استناد به اصل اختیارات ضمنی محقق نمی‌شود. دیوان بین‌المللی کیفری در سراسر تصمیمش به نظر مشورتی خسارات وارده به ملل متحد ارجاع می‌دهد و این ارجاع‌ها را ضروری می‌داند.[۲] ممکن است قابل قبول باشد که دیوان بین‌المللی کیفری وقتی می‌خواهد به اصل مسکوکات طلا استناد کند به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری ارجاع دهد، اما چرا در خصوص اصول کلی حقوقی دیگری مانند حسن‌نیت نیز این کار را باید انجام دهد؟ در پاسخ باید توجه داشت که خود دیوان بین‌المللی کیفری در تصمیم پیش‌گفته برای تصدیق وجود این اصل نیست که به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری رجوع می‌کند، بلکه برای احراز عناصر آن است. اصل حسن‌نیت اصلی است که دیوان بین‌المللی دادگستری آن را از ماده ۲۶ کنوانسیون حقوق معاهدات استنباط کرده است که دیوان بین‌المللی کیفری باتوجه‌به اینکه صلاحیت تفسیر تمام مقررات کنوانسیون موردنظر را ندارد نمی‌تواند رأساً آن را استنباط کند. اصل مؤثر بودن[۳] ازجمله اصول کلی حقوقی تفسیری است که دیوان بین‌المللی کیفری به آن رجوع می‌کند. شعبه سوم بدوی دیوان بین‌المللی کیفری در قضیه بمبا این‌گونه به اصل مؤثر بودن رجوع می‌کند: «بر اساس این اصل، شعبه ملزم است تا هر تفسیری از حقوق قابل اعمال که منجر به نادیده گرفته شدن یا بی‌اعتبار شدن دیگر قواعد تفسیری [یعنی مواد ۳۱ و ۳۲ کنوانسیون حقوق معاهدات] شود را کنار بگذارد».[۴] حتی این پایبندی دیوان بین‌المللی کیفری به ارجاع به دیوان بین‌المللی دادگستری خود را جایی نشان می‌دهد که خود دیوان بین‌المللی دادگستری به اصل کلی حقوقی مستقیم اشاره نکرده است. شعبه دوم پیش‌دادرسی در تصمیم خود برای درخواست قربانیان برای مشارکت در دادرسی درحالی برای اصل ادله غیرمستقیم به دیوان بین‌المللی دادگستری ارجاع می‌دهد[۵] که خود دیوان بین‌المللی دادگستری به اصل بودن آن اشاره

---

[1]. The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Loshua Arap Sang, Decision on Prosecutor's Application for Witness Summonses and resulting Request for State Party Cooperation, ICC-01/09-01/11, 2014, Para 126.

[2]. Ibid, Para 67.

[3]. Principle of Effectiveness

[4]. Situation in The Central African Republic in The Case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Judgment Pursuant to Article 74 of The Statute, ICC-01/05-01/08 , 2016, Para 77.

[5]. The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen, Decision on victims' applications for participation, 2007, Para 15.

نکرده است[۱] و این آموزه‌های علمای حقوق است که آن را اصل می‌داند.[۲] همین که شعبه پیش‌گفته در اعمال این اصل به‌جای آموزه‌های علمای حقوق به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری رجوع کرده است خود نشانه مرجعیت دیوان بین‌المللی دادگستری است.

۳.۳. ارجاع دیوان بین‌المللی کیفری به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری باتوجه‌به توسعه یا قاعده در حقوق بین‌الملل یا پابرجا ماندن آن در طول زمان

دلیل دیگری که می‌توان براساس آن گفت که دیوان بین‌المللی دادگستری برای دیوان بین‌المللی کیفری دارای مرجعیت است، توجه به تحول یا ثبات یا قاعده حقوق بین‌الملل در ارجاع دیوان بین‌المللی کیفری به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری است. دیوان بین‌المللی دادگستری همواره در ارجاعات خود به رویه قبلی خود به‌منظور تأیید نقشش در توسعه حقوق بین‌الملل دو رویکرد را مدنظر قرار می‌دهد: ۱- ارجاع مکرر به آرای قبلی تا بر نقش خود در توسعه یک قاعده تأکید کند. ۲- ارجاع به آخرین رأی قبلی به‌منظور اینکه نشان داده شود قاعده‌ای از پیش موجود همچنان پابرجاست. به‌این‌ترتیب، دیوان بین‌المللی دادگستری خواسته است تا نقش خود را در توسعه شناسایی منابع حقوق بین‌الملل تثبیت کند.[۳] نحوه ارجاعات دیوان بین‌المللی کیفری به دیوان بین‌المللی دادگستری هم مبین این است که دیوان بین‌المللی کیفری به یکپارچگی و نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در آن توجه داشته است.

علاوه‌بر این، دیوان بین‌المللی کیفری، که بارها برای اعمال اصل اختیارات ضمنی به دیوان بین‌المللی دادگستری رجوع می‌کند، این کار را فقط با ارجاع به یک نظر مشورتی انجام نداده، بلکه به دیگر رویه دیوان بین‌المللی دادگستری درخصوص اصل اختیارات ضمنی نیز توجه نشان داده و به آن ارجاع داده است.[۴] همین توجه به چگونگی توسعه اصول و قواعد در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری به‌وسیله دیوان بین‌المللی کیفری نشان می‌دهد که دیوان بین‌المللی کیفری مرجعیت دیوان بین‌المللی دادگستری را قبول دارد.

دیوان بین‌المللی دادگستری به‌جز رأی خود در قضیه قرار بازداشت، در رأی خود در قضیه مصونیت‌های صلاحیتی دولت (اختلاف میان آلمان و ایتالیا) قواعد حاکم بر مصونیت را قواعدی شکلی می‌نامد.[۵] شعبه دوم مقدماتی دیوان بین‌المللی کیفری در تصمیم خود درمورد لزوم همکاری برای انتقال البشیر، برای اثبات شکلی بودن حقوق حاکم بر مصونیت می‌توانست به یکی از این دو رأی ارجاع دهد؛ زیرا عبارت «حقوق حاکم بر مصونیت ماهیت شکلی دارد» در هر دو رأی وجود دارد.[۶] همین مسئله در تصمیم شعبه اوّل مقدماتی دیوان بین‌المللی کیفری در صلاحیت خود به رسیدگی به جرائم ارتکابی در فلسطین صادق است. آنچه مرجعیت رویه دیوان بین‌المللی دادگستری برای شعبه در این تصمیم را بیش‌ازپیش نشان می‌دهد، این است که این شعبه بارها به نظر مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه دیوار حائل رجوع

---

1. Corfu Channel Case, Judgement of 4th April 1949, ICJ Reports, 1949, P 18.

2. Yotova, Rumiana. “Challenges in the Identification of the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations: The Approach of the International Court”, *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, Volume 3, 2017, P 271; Raimondo, Fabian. *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, Leiden: Brill, 2008, P 28.

3. Alschner and Charlotin, Op. Cit., P 82.

4. Ibid, Paras 78 and 132.

5. *Decision of ICC about Cooperation of Congo*, ICC-02/05-01/09, Para 28.

6. See: Arrest Warrant Case, ICJ Report 2002, Para 60; Case Concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy : Greece intervening), Judgment, ICJ Reports, 2012, Para 61.

می‌کند[1] و وقتی درباره حق تعیین سرنوشت سخن به میان می‌آورد، به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری درخصوص حق تعیین سرنوشت ارجاع داده و به آخرین نظر مشورتی این دیوان درباره مجمع‌الجزایر چاگوس رجوع می‌کند[2] تا بتواند استدلال خود را به کرسی بنشاند.

باتوجه‌به آنچه در بالا گفته شد، دیوان بین‌المللی کیفری صرفاً به این دلیل که خواسته باشد تا تصمیم‌های خود را تقویت کند به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری ارجاع نمی‌دهد؛ زیرا رویه دیوان بین‌المللی دادگستری بخشی از استدلال‌های شعب است. علاوه‌بر این، شعب دیوان بین‌المللی کیفری وقتی در موضوعی خاص به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری رجوع و به‌ویژه بر آخرین رویه آن تأکید می‌کنند، این نشانه پذیرش مرجعیت دیوان بین‌المللی دادگستری است.

۳.۴. ارجاع دیوان بین‌المللی کیفری به حقایق ذکر شده و بخش اجرایی آرای دیوان بین‌المللی دادگستری

دیوان بین‌المللی کیفری باتوجه‌به ماده ۵۹ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری که در آن آمده است حکم فقط برای طرفین و درباره آن موضوع خاص الزام‌آور است، الزامی به این ندارد تا یافته دیوان بین‌المللی دادگستری یا یافته هیچ نهاد دیگری را درباره وضعیتی که به آن رسیدگی می‌کند قبول کند و می‌تواند براساس یافته‌های خود عمل کند و اساسنامه رم هم بر این مسئله صحه گذاشته است.[3]

دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه فعالیت‌های نظامی اوگاندا در جمهوری دمکراتیک کنگو به اتفاق‌های رخداده در کنگو رسیدگی و رأی صادر کرده است.[4] دیوان بین‌المللی دادگستری درباره چگونگی تصمیم‌گیری خود در این رأی چنین اظهار می‌دارد: «دیوان نخست درمورد وقایع تصمیم‌گیری می‌کند و سپس قواعد مربوط حقوق بین‌الملل را بر وقایعی اعمال می‌نماید که پیشاپیش حکم به وجودشان کرده است».[5]

به نظر می‌رسد باتوجه‌به آنچه در بالا گفته شد، دیوان بین‌المللی کیفری الزامی به توجه به بخش اجرایی رأی و حقایق موجود در دیوان بین‌المللی دادگستری درباره کنگو ندارد. اما شعبه اوّل مقدماتی درباره اینکه در سرزمین جمهوری دمکراتیک کنگو، مخاصمات مسلحانه بین‌المللی در جریان بوده است اظهار می‌دارد:

> دیوان بین‌المللی دادگستری در بخش اجرایی رأیش اظهار می‌دارد: «جمهوری اوگاندا با انجام فعالیت‌های نظامی علیه جمهوری دمکراتیک کنگو به‌وسیله اشغال آیتوری و با گسترش فعالانه حمایت نظامی، اقتصادی، لجستیکی و مالی به نیروهای چریکی که در سرزمین کنگو فعالیت می‌کردند، اصل عدم استفاده از زور در روابط بین‌الملل و اصل عدم مداخله را نقض کرده است».[6]

---

1. Situation in The State of Palestine, Decision on the "Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court"s territorial jurisdiction in Palestine', ICC-01/18 (February 05, 2021), Para 57, 93, 120.
2. Ibid, Para 120.
3. See: Rome Statute of the International Criminal Court, 2187 UNTS 3 ,1998, Article 15bis (9).
4. Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, ICJ Reports 2005.
5. Ibid, Para 57.
6. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges, ICC-01/04-01/06, 2007, Para 217.

این نشان می‌دهد که دیوان بین‌المللی کیفری، علی‌رغم عدم الزام به پیروی از رأی پیش‌گفته دیوان بین‌المللی دادگستری، آن را آن‌قدر متقاعدکننده می‌داند که نه‌فقط درباره شناسایی و اعمال قواعد حقوق بین‌الملل عرفی و اصول کلی حقوقی، بلکه به بخش اجرایی آن هم ارجاع دهد.

شعب دیوان بین‌المللی کیفری در حقایقی که در تصمیم‌های خود اشاره می‌کنند هم به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری رجوع می‌کنند، ولو آن دسته حقایقی که به‌وسیله مرجع دیگری گفته شده و دیوان بین‌المللی دادگستری آنها را از آن مرجع (مانند گزارشگر حقوق بشر) نقل‌قول کرده باشد. شعبه اوّل مقدماتی در رأی خود درباره تأیید اتهامات در قضیه لوبانگا به حقایق اشاره شده به‌وسیله دیوان بین‌المللی دادگستری در این باره که نیروهای نظامی اوگاندا به تعارض‌های نژادی در آیتوری دامن می‌زدند ارجاع می‌دهد[1] و شعبه اوّل مقدماتی در تصمیم خود درمورد قرار بازداشت عمرالبشیر درحالی‌که می‌توانست به اظهارات گزارشگر ویژه حقوق بشر ارجاع مستقیم دهد، به آن قسمت از رأی دیوان بین‌المللی دادگستری که در آن به اظهارات گزارشگر مذکور اشاره شده، ارجاع داده است.[2]

آنچه در بالا گفته شد، به‌خوبی اثبات‌کننده این است که دیوان بین‌المللی دادگستری مرجعیت متقاعدکننده برای دیوان بین‌المللی کیفری دارد؛ زیرا دیوان بین‌المللی کیفری بدون وجود هیچ الزامی در اساسنامه خود و حتی بدون توجه به ماده ۵۹ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری و فقط به دلیل جایگاه برتر دیوان بین‌المللی دادگستری است که به بخش اجرایی آن ارجاع می‌دهد و همین جایگاه برتر دیوان بین‌المللی دادگستری است که باعث می‌شود نه‌فقط به حقایقی که دیوان بین‌المللی دادگستری درباره آن تصمیم‌گیری کرده ارجاع شود، بلکه به آن دسته از حقایقی که دیوان بین‌المللی دادگستری به نقل از دیگران اشاره کرده هم ارجاع گردد.

نتیجه‌گیری

این مقاله نشان داد رویه دیوان بین‌المللی دادگستری برخلاف این عقیده که «استناد به مرجعیت نظری دیوان به‌تنهایی به کار نمی‌آید، بلکه از آن به‌عنوان ابزار مکمل استفاده می‌شود»،[3] برای دیوان بین‌المللی کیفری مرجعیت متقاعدکننده برتر در شناسایی و اعمال حقوق بین‌الملل است؛ زیرا اولاً، دیوان بین‌المللی کیفری بر اساس بند ۲ ماده ۲۱ اساسنامه‌اش، این اجازه را به آن می‌دهد تا به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری رجوع کند؛ ثانیاً، دیوان بین‌المللی کیفری هرجا که خواسته حقوق بین‌الملل را اعمال کند این کار را با ارجاع به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری انجام داده است. علاوه‌براین، ارجاع دیوان بین‌المللی کیفری به بخش اجرایی و حقایق عنوان شده در آرای دیوان بین‌المللی دادگستری نیز دلیل مهمی بر این مدعاست. در حقیقت، عقلانی نیست که فکر کنیم دیوان بین‌المللی کیفری بتواند این مرجعیت را داشته باشد تا حقوق بین‌الملل را بدون توجه به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری اعمال کند؛ زیرا اگر قرار باشد دو مرجع قضایی بین‌المللی برای اعمال حقوق بین‌الملل با وزن و قدرت یکسان باشد، یا باید میان این دو سلسله‌مراتبی برقرار باشد؛ به این صورت که دیوان بین‌المللی دادگستری این اختیار را داشته باشد تا اعمال حقوق بین‌الملل به وسیله دیوان بین‌المللی کیفری را به صورت یک مرجع تجدیدنظر تأیید یا رد کند.

---

1. Ibid, Para 215.

2. The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 2009, Para 183.

۳. ضیایی بیگدلی، محمدرضا و حسن باقرزاده، «مرجعیت نظری دیوان بین‌المللی دادگستری»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۵۰، شماره ۱، ۱۳۹۹، ص ۷۵.

منابع

کتاب

۱. فلسفی، هدایت‌الله، ***حقوق بین‌الملل معاهدات***، ویراست سوم، تهران: فرهنگ نشر نو؛ آسیم، ۱۳۹۱.

۲. میرعباسی، سید باقر، «تنوع و فراوانی محاکم بین‌المللی و تأثیر آن بر حقوق بین‌الملل عمومی؛ تهدید یا فرصت؟»، در: ***مجموعه مقالات همایش نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در تداوم و توسعه حقوق بین‌الملل***، ویراستهٔ سید قاسم زمانی، تهران: انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل متحد، ۱۳۸۶، صص ۲۲۰-۱۹۳.

مقاله

۳. رمضانی قوام‌آبادی، محمدحسین، «اعتبار "قاعده سابقه" در دیوان بین‌المللی دادگستری»، *فصلنامه مطالعات حقوقی*، دوره ۳، شماره ۲، ۱۳۹۰، صص ۱۰۴-۶۹.

٤. ضیایی بیگدلی، محمدرضا و حسن باقرزاده، «مرجعیت نظری دیوان بین‌المللی دادگستری»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۵۰، شماره ۱، ۱۳۹۹، صص ۷۸-۵۷. https://doi.org/10.22059/jplsq.2018.245991.1723

References

Books

1. Fahner, Johannes Hendrik. *Judicial Deference in International Adjudication: A Comparative Analysis*, Oxford: Hart Publishing, 2020.
2. Falsafi, Hedayatollah, *International Law of Treaties*, Third Edition. Tehran: New Farhan Publishing; Asim, 2012. (In Persian)
3. Hambro, Edward. *International Court Jurisprudence*, Leiden: A. W. Sijthoff, 1952. (In French)
4. Mir Abbasi, Sayyed Bagher, "The Diversity and Abundance of International Courts and Its Impact on General International Law; Threat or Opportunity?", In: *the Proceedings of the Conference on the Role of the International Court of Justice in the Continuity and Development of International Law*, Edited By: Sayyed Ghasem Zamani, Tehran: Iranian Association of United Nations Studies, 2006, PP 193-220. (In Persian)
5. Raimondo, Fabian. *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, Leiden: Brill, 2008.
6. Rossene, Shabtai. *Essays on International Law and Practice*, Leiden; Boston: Marinus Nijhoff Publishers, 2007.
7. Shirlow, Esmé. *Judging at the Interface: Deference to State Decision-Making Authority in International Adjudication*, Cambridge: Cambridge University Press, 2021.
8. Terris, Daniel, Cesare P. R. Romano and Leigh Swigart. *The International Judge: An Introduction to the Men and Women Who Decide the World's Cases*, Chicago: Brandeis University Press, 2007.
9. Webb, Philippa. *International Judicial Integration and Fragmentation*, Oxford University Press, 2013.

Articles

10. Alschner, Wolfgang and Damien Charlotin. "The Growing Complexity of the International Court of Justice's Self-Citation Network", *European Journal of International Law,* Volume 29, Issue 1, 2018, PP 83-112.
11. Flanders, Chad. "Toward a Theory of Persuasive Authority", *Oklahoma Law Review,* Volume 62, Issue 1, 2009, PP 55-88.

12. Manley, Stewart. “Referencing Patterns at the International Criminal Court”, *European Journal of International Law,* Volume 27, Issue 1, 2016, PP 191-214.
13. Ramezani Qawamabadi, Mohammad Hossein, “The Validity of the "Rule of Precedent" in the International Court of Justice”, *Legal Studies Quarterly*, Volume 3, Issue 5, 2011, PP 69-104. (in Persian).
14. Yotova, Rumiana. “Challenges in the Identification of the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations: The Approach of the International Court”, *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law,* Volume 3, 2017.
15. Ziae’i Begdeli, Mohammad Reza and Hassan Bagherzadeh, “The Theoretical Authority of the International Court of Justice”, *Public Law Studies Quarterly*, Volume 50, Issue 1, 2020, PP 57-78. (in Persian). https://doi.org/10.22059/jplsq.2018.245991.1723

Documents

16. Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 78 UNTS 277, 1948.
17. Rome Statute of the International Criminal Court, 2187 UNTS 3, 1998.
18. United Nations Security Council. “Resolution 1593”, S/RES/1593 , 2005.
19. Vienna Convention on the Law of Treaty(VCLT), 1155 UNTS , 1969.

Website

20. What does MAXQDA do? - MAXQDA, (13/05/2023) available at: https://www.maxqda.com/why-maxqda

Judgments and Decisions

21. Admission of a State to the United Nations (Charter, Art. 4, Advisory Opinion), ICJ Reports, 1948.
22. Armed Activities on The Territory of The Congo (Democratic Republic of The Congo v. Uganda), Judgement, ICJ Reports, 2005.
23. Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democrutic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, ICJ Report 2002, 2002.
24. Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Guinea v Democratic Republic of the Congo) (Compensation phase), Declaration of Judge Greenwood, ICJ Reports, 2012.
25. Case of the Readaptation of the Mavrommatis Jerusalem Concessions (Jurisdiction), PCIJ Series A.-No. 77, 1927.
26. Corfu Channel Case, Judgement of 4th April 1949, ICJ Reports, 1949.
27. Judgment on the Prosecutor’s Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I’s 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal, ICC-01/04, 2006.
28. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, ICJ Reports, 2012.
29. Legal Consequences for States of the Contitiued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, ICJ Report 1971, 1971.
30. Situation in The State of Palestine, Decision on the “Prosecution Request Pursuant to Article 19(3) for a Ruling on the Court”s Territorial Jurisdiction in Palestine’, No. ICC-01/18, February 05, 2021.
31. The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Judgment Pursuant to Article 74 of The Statute, ICC-01/05-01/08, 2016.
32. The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen, Decision on victims’ applications for participation, ICC-02/04-01/05, 2007.

33. The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court, ICC-02/05-01/09, 2014.
34. The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 2011.
35. The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir,Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 2009.
36. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/06, 2007.
37. The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Loshua Arap Sang,Decision on Prosecutor's Application for Witness Summonses and Resulting Request for State Party Cooperation, ICC-01/09-01/11, 2014.

Legal Research, Vol 29, Issue 113, 2026: 85-106 Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Journal of Legal Research
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

Orginal Article

Rethinking the Criteria for Impartiality and Independence of Party-Appointed Arbitrator

Majid Ghamami[1], Sajjad Ghasemi[2]

Highlights

- Party-appointed arbitrator, similar to presiding arbitrator, must be independent and impartial.
- According to the prevailing view, the role of party-appointed arbitrator is to resolve the dispute not to act as one party representative.
- Considering the purpose of appointing an arbitrator by each party, the standard of independence and impartiality of party-appointed should be more flexible compared to presiding arbitrator.

ABSTRACT

Introduction

Arbitration, as a highly effective ADR mechanism, is fundamentally predicated upon the impartiality and independence of the arbitrators. The right to select a party-appointed arbitrator affirms the parties' autonomy, enabling them to choose an individual competent in terms of expertise, legal culture, and familiarity with the subject matter. While competence is key, it is recognized that parties will seek to nominate an individual with some degree of inclination or empathy towards their position; an alignment often based on shared legal philosophy or industry understanding rather than improper partiality. This raises the central question in three-member arbitrations: Should party-appointed arbitrators (PNAs) be held to the identical standards of impartiality and independence as the presiding arbitrator? Two dominant views exist: The Value-Based View (UNCITRAL Model Law, European systems) emphasizes absolute impartiality for all, viewing any bias as a threat to integrity due to the adjudicative nature of the role, treating any PNA as a "private judge" from the moment of appointment. The Pragmatic View (American law) argues that the panel's purpose is to achieve balance through arbitrators somewhat aligned with the parties' positions. This approach holds that requiring absolute impartiality from party-appointed arbitrators negates the benefit of the three-member structure—ensuring that each party's arguments are thoroughly understood and forcefully articulated during deliberations, acting as a guarantor of a complete hearing within the panel itself. The existing research lacks a comprehensive comparison of standards applied to sole versus joint arbitrators. This study aims to examine the criteria for impartiality and independence of the party-appointed arbitrator in light of these dual approaches, determine their analytical foundations, and assess the feasibility of accepting a different, more flexible criterion for party-appointed arbitrators despite the prevailing standard of uniformity.

How to Cite: Ghamami, Majid, Ghasemi, Sajjad, "Rethinking the Criteria for Impartiality and Independence of Party-Appointed Arbitrator", Legal Research, Vol. 29, No. 113, 2026, pp: 85-106.

DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2025.240466.2915 Received: 26/06/2025-Accepted: 29/10/2025

1. Associate Professor, Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran
2. Ph.D. Candidate, Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: sajjadghasemi@ut.ac.ir

Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Methods
This research employed a descriptive-analytical method involving a thorough review of relevant laws and legal ideas. The primary sources included international and national arbitration laws (UNCITRAL Model Law, national statutes), institutional arbitration rules (ICC, LCIA, and AAA), and pertinent legal doctrine concerning arbitrator ethics and criteria. The research structure first involved an introductory discussion of the mechanism of appointing a party-appointed arbitrator and its relationship with party autonomy. This was followed by a comprehensive review of how different legal systems address the criteria of impartiality and independence for these arbitrators. The analytical foundations supporting the value-based and pragmatic perspectives were scrutinized and compared, including an assessment of the risks (such as award annulment or challenges to enforcement) associated with each approach. Finally, practical examples illustrating different standards and methods for managing and adjusting the alignment of party-appointed arbitrators—such as the role of robust disclosure—were examined to draw practical conclusions. The comparison of theoretical foundations and practical outcomes guided the final analytical conclusions.

Results and Discussions
Analysis reveals a strong prevalence of the value-based view in international frameworks, which requires identical standards of impartiality and independence for all panel members, citing the arbitrator's judicial function. This uniform standard is favored for its clarity and the perceived lower risk of challenges to the award's legitimacy in enforcement proceedings. However, the pragmatic view holds that reasonable alignment (often termed "non-neutrality" in US domestic arbitration) is inherent and acceptable for party-appointed arbitrators, provided it does not escalate to overt bias or a lack of objective judgment. This distinction is critical: "reasonable alignment" refers to an intellectual predisposition, whereas "overt bias" implies a closed mind or a failure to weigh evidence objectively. Rules by the AAA in domestic arbitration explicitly permit party-appointed arbitrators to lack strict neutrality, acknowledging the practical need for a panel member attuned to a party's case, provided this status is fully disclosed to all parties beforehand. The study concludes that strictly applying the same high standard of impartiality to party-appointed arbitrators as to the presiding arbitrator can undermine the fundamental purpose of the three-member panel—the guarantee of effective internal advocacy for each party's position. The pragmatic view posits that the Chair benefits from this internal advocacy, as it ensures the final decision has considered the strongest possible articulation of both sides. The presence of a demonstrably independent and impartial joint arbitrator (the Chair) is a critical safeguard that structurally ensures fairness in the final award; the Chair acts as the fulcrum, ensuring that the PNA's alignment does not corrupt the deliberative process but merely informs it. Therefore, the acceptance of reasonable alignment for party-appointed arbitrators, while maintaining the absolute standard of independence (no financial, professional, or personal ties), is a beneficial approach. It contributes to the formation of a proportionate arbitration panel and ultimately increases the quality of proceedings by guaranteeing that each party's arguments are thoroughly scrutinized and presented during the panel's deliberations.

Conclusion
This research concludes that while the standard of absolute independence must be uniformly applied to all arbitrators, a slight differentiation regarding the standard of impartiality for party-appointed arbitrators is both inevitable and desirable. By allowing for a degree of "reasonable alignment" (short of actual bias or a failure to disclose, and provided the PNA continues to engage judicially with the evidence and arguments), the arbitration process successfully balances the value-based need for integrity with the pragmatic need for effective representation within the panel. Adopting this differentiated standard, which relies heavily on the robust impartiality of the Chair as the ultimate guarantor of fairness, will enhance the quality of deliberation and reinforce the parties' confidence in the panel's ability to thoroughly understand and adjudicate their complex dispute. This nuanced approach recognizes the practical reality of party appointments while refusing to compromise the essential structural integrity required for a just outcome.

Keywords: Party-Appointed Arbitrator, Impartiality, Independence, Neutral Arbitrator, Arbitrator Challenge.

فصلنامه تحقیقات حقوقی
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

مقاله علمی-پژوهشی

بازاندیشی در معیار بی‌طرفی و استقلال داور اختصاصی

مجید غمامی[۱]، سجاد قاسمی[۲]

نکات برجسته

- داور اختصاصی نیز همچون داور مشترک باید دارای استقلال و بی طرفی باشد.
- دیدگاه غالب، نقش داور اختصاصی را نه وکیل طرفین، بلکه مأمور به حل و فصل اختلاف می‌داند.
- با درنظر گرفتن فلسفه نصب داور اختصاصی، معیار بی طرفی و استقلال داور اختصاصی باید منعطف‌تر از داور مشترک باشد.

چکیده

بی‌طرفی و استقلال داوران از ملزومات حل‌وفصل اختلاف به شیوه قانون‌مدارانه و منصفانه است. در شیوه داوری، به‌واسطه پذیرش اصل حاکمیت اراده، معمولاً طرفین اختلاف، مبادرت به انتخاب دو داور منتخب می‌کنند. یکی از مسائل مهم، تعیین معیار جانبداری یا عدم جانبداری داوران منصوب طرفین است. در یک نگاه، داوران منتخب طرفین تفاوتی با داور ثالث از حیث بی‌طرفی و استقلال نداشته، به‌علت نقش قضایی در حل‌وفصل اختلاف و لزوم عدم جانبداری داوران با هدف حفظ مشروعیت نهاد داوری، این دسته از داوران نیز با شرایط و الزامات مشابهی مشمول مقررات جرح داوران قرار خواهند گرفت. طبق نگاه دیگر که بر فلسفه تشکیل هیئت‌های داوری سه‌نفره و ایجاد تعادل بین داوران و اثربخشی به انتظارات طرفین اختلاف مبتنی است، حدی معقول از همسویی داوران منتخب طرفین با طرفین اختلاف مورد پذیرش بوده و در نتیجه داوران منتخب طرفین و مشترک تحت معیار متفاوتی از جهت احراز بی‌طرفی و استقلال قرار دارند. در این پژوهش با بهره‌گیری از شیوه توصیفی-تحلیلی و مطالعه قوانین و دکترین داوری، رویکردهای دوگانه فوق بررسی و چنین نتیجه‌گیری شده است که پذیرش همسویی معقول داوران منتخب طرفین با طرفین اختلاف، با هدف تشکیل هیئت‌های داوری سه‌نفره متناسب و به افزایش کیفیت رسیدگی‌ها کمک خواهد کرد.

کلید واژگان: داور منتخب طرفین، بی‌طرفی، استقلال، داور ثالث، جرح داور.

استناد به این مقاله: غمامی، مجید، قاسمی، سجاد، «بازاندیشی در معیار بی‌طرفی و استقلال داور اختصاصی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۳، فروردین ۱۴۰۵، صص: ۸۵-۱۰۶.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۴/۰۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۸/۰۷ DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2025.240466.2915

۱. دانشیار، دانشکده حقوق و علوم‌سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
۲. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق و علوم‌سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: sajjadghasemi@ut.ac.ir

Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

مقدمه

اصل بی‌طرفی و استقلال داور، سنگ بنای مشروعیت و کارآمدی نهاد داوری به‌عنوان یکی از مهم‌ترین شیوه‌های جایگزین حل‌وفصل اختلافات است.[1] این اصول بنیادین تضمین می‌کنند که فرایند رسیدگی به‌دور از هرگونه جانبداری و به شیوه‌ای منصفانه به سرانجام برسد و اعتماد طرفین به نتیجه داوری را جلب کند.

بااین‌حال، در ساختار رایج داوری‌های سه‌نفره، که هریک از طرفین داور منتخب طرفین خود را منصوب می‌کند، پایبندی به این اصول با پیچیدگی‌های منحصربه‌فردی روبه‌رو می‌شود. داور منتخب طرفین، اگرچه نقشی قضایی در حل‌وفصل اختلاف ایفا می‌کند، درعین‌حال منتخب یک طرف دعواست و انتظار می‌رود که درک عمیق‌تری از مواضع و استدلال‌های طرف نصب‌کننده خود داشته باشد.

چالش اصلی از همین نقطه آغاز می‌شود: آیا معیار بی‌طرفی و استقلال برای داور منتخب طرفین باید با معیار حاکم بر داور ثالث (سرداور) یکسان باشد؟ در این زمینه، دو رویکرد متعارض شکل گرفته است: رویکرد نخست، که می‌توان آن را «ارزش‌محور» نامید، بر ماهیت قضایی نقش داور تأکید کرده و هرگونه تمایز میان داوران را برنمی‌تابد و خواستار بی‌طرفی مطلق همه‌ی اعضای دیوان داوری است. در مقابل، رویکرد «عمل‌گرایانه»، به‌ویژه در نظام حقوقی امریکا، استدلال می‌کند که فلسفه وجودی داوری سه‌نفره، ایجاد تعادل از طریق حضور داورانی است که حدی معقول از همسویی با طرفین را دارند و نادیده گرفتن این واقعیت، کارکرد این نهاد را تضعیف می‌کند.

این پژوهش بر این فرضیه استوار است که یکسان‌انگاری مطلق معیار بی‌طرفی برای داور منتخب طرفین و مشترک، نه‌تنها با واقعیت‌های عملی داوری ناسازگار است، بلکه کارکردهای مثبت نهاد داور منتخب طرفین را نادیده می‌گیرد. پذیرش یک «همسویی معقول» و کنترل‌شده برای داوران منتخب طرفین، می‌تواند با جلوگیری از پدیده «گروه‌زدگی» و تضمین شنیده شدن دقیق استدلال‌های طرفین، به افزایش کیفیت و اتقان آرای داوری کمک کند.

اگرچه ادبیات حقوقی به‌طور گسترده به اهمیت بی‌طرفی و استقلال داوران پرداخته است، بررسی تطبیقی و عمیق مبانی نظری دو رویکرد متعارض در خصوص معیار حاکم بر داوران منتخب طرفین و ارائه یک چارچوب تحلیلی برای تمایز میان آنها، کمتر مورد توجه قرار گرفته است. این مقاله درصدد است تا این خلأ پژوهشی را با تحلیل مبانی هر دو دیدگاه پر کند.

برای دستیابی به این هدف، در ابتدا مفهوم نهاد نصب داور منتخب طرفین و جایگاه آن در نظام‌های حقوقی مختلف بررسی می‌شود. سپس مبانی و استدلال‌های هر دو دیدگاه موافق و مخالف یکسان‌انگاری معیار بی‌طرفی به تفصیل تحلیل خواهد شد. در بخش بعدی، مصادیق عملی اعمال معیار متفاوت در رویه‌های قضایی و قواعد سازمان‌های داوری مورد مطالعه قرار گرفته و در نهایت، چارچوبی برای مدیریت همسویی داور منتخب طرفین و کنترل تعارض منافع ارائه می‌گردد.

۱. نگاهی به مفهوم نهاد نصب داور اختصاصی

رویکرد غالب در کنوانسیون‌های بین‌المللی، قوانین ملی و مقررات سازمان‌های داوری در خصوص تعیین شیوه انتخاب

[1]. منظور از استقلال داور، عدم وابستگی او به یکی از طرفین اختلاف به واسطه روابط حرفه‌ای، تجاری یا شخصی بوده که معمولاً معیاری عینی دارد و بی‌طرفی نیز ناظر بر عدم جانبداری یا تمایل ذهنی داور به یکی از طرفین است که با معیار شخصی شناسایی می‌شود: مافی، همایون، بهزاد قوامی و سام محمدی، «استقلال و بی‌طرفی داور در داوری‌های بین‌المللی با تکیه بر آرای قضایی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۵، شماره ۹۷، ۱۴۰۱، صص ۴۱ و ۵۰.

داوران، پذیرش اصل حاکمیت اراده طرفین است.[۱] شیوه رایج‌تر در داوری‌های تجاری بین‌المللی، توافق بر تشکیل دیوان داوری سه‌نفره است که در آن هریک از طرفین یک داور منتخب را به‌طور یک جانبه معرفی و تعیین می‌کند و بعد براساس سازوکار توافق‌شده، داور سوم تعیین می‌شود.[۲] در چنین سازوکاری ما با مفهوم داور منتخب طرفین و اختصاصی مواجهیم.[۳]

نهاد نصب داور منتخب طرفین الگوی نسبتاً ثابتی در طول تاریخ داوری بوده است؛ تا حدی که پیشینه آن را در دوره یونان باستان دانسته‌اند.[۴] موارد متعددی از شیوه نصب داور منتخب طرفین در انواع مختلف داوری‌ها قابل مشاهده است.[۵] رواج و اهمیت انتخاب داور منتخب طرفین در حدی است که برخی آن را یکی از حقوق قانونی طرف‌های اختلاف می‌دانند.[۶]

حق انتخاب داور منتخب طرفین بازتاب‌دهنده حاکمیت اراده و آزادی طرفین در تعیین اشخاص رسیدگی‌کننده به اختلاف است. امکان داور منتخب توسط هر طرف تضمینی است که هریک از طرف‌ها نقش خود در تعیین هیئت داوران با توجه به ویژگی‌های مطلوب مدنظر را ایفا کرده است. به‌بیان‌دیگر هر طرف اختلاف این فرصت را خواهد داشت که شخصی را به‌عنوان داور برگزیند که او را از نظر تجربه، تخصص، در دسترس بودن، آشنایی با موضوع، ملیت، سابقه فرهنگ حقوقی و زبان دارای صلاحیت لازم جهت رسیدگی می‌داند.[۷] البته بدیهی است که طرفین اختلاف و وکلای آنان تلاش خواهند کرد شخصی را به‌عنوان داور منتخب اختصاصی معرفی کنند که نسبت به دعوای آنان دارای نوعی تمایل یا همدلی باشد.[۸] صرف‌نظر از چالش چنین رویکردی از منظر بی‌طرفی و استقلال که در ادامه به آن خواهیم پرداخت، قدر مسلم این است که انتخاب داور منتخب طرفین از سوی هر طرف تضمین‌کننده برابری آیینی در تشکیل دیوان داوری خواهد بود. به‌علاوه امکان انتخاب داور منتخب طرفین می‌تواند احتمال جانبداری در رسیدگی را از منظر طرفین اختلاف کاهش دهد و موجب اطمینان و اعتماد طرف‌ها به فرایند رسیدگی شود؛ چراکه هر طرف، داوری را انتخاب کرده است که نسبت به عملکرد حرفه‌ای و عدم جانبداری او اطمینان داشته است. برهمین اساس گفته شده که هدف نصب داور منتخب طرفین در داوری همواره کاهش احتمال جانبداری بوده است.[۹]

---

۱. برای نمونه می‌توان به بند نخست از ماده ۱۱ قانون نمونه آنیسترال و قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶، بند نخست از ماده ۱۵ قانون داوری انگلستان و ماده ۱۴۵۲ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه اشاره کرد.

2. Reisman, W. Michael, W. Laurence Craig. William W Par .and Jan Paulsson. *International commercial arbitration: cases, materials, and notes on the resolution of international business disputes*, New York: Foundation Press, 2015, P 545.

3. Party-appointed arbitrator

4. Gómez-Acebo, Alfonso, *Party-appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration*, The Netherlands: Kluwer Law Intl, 2016, s.2.01.

۵. به‌عنوان مثال مفهوم مدرن از نصب داور منتخب طرفین در عرصه داوری‌های بین‌المللی در معاهده جی بین انگلستان و آمریکا در سال ۱۷۹۴ قابل مشاهده است که بر تعیین داوران منتخب طرفین جهت حل اختلافات ناشی از جنگ استقلال توافق شده و در حوزه داوری‌های تجاری نیز نصب داور منتخب طرفین از ویژگی‌های حل‌وفصل محلی اختلافات در بین تجار بوده است.

6. Brower, Charles N., Charles B. Rosenberg. "The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson—van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded", *Arbitration International*, Volume 29, Issue 1, 2013, P 9.

7. Oglindă, B. "Key criteria in appointment of arbitrators in international arbitration", *Juridical Tribune*, Volume 5, Issue 2, 2015, P 127.

8. Sardinha, E. "Party-Appointed Arbitrators No More", *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Volume 17, Issue 1, 2018, P 127.

9. Konstantinidi, M. "Beyond Cognition: Are Party-Appointed Arbitrators Truly Impartial?", *International Investment Law Journal*, Volume 4, Issue 2, 2024, PP 156.

۲. رویکردهای نظام‌های حقوقی و سازمان‌های داوری به بی‌طرفی و استقلال داور اختصاصی

درخصوص بی‌طرفی و استقلال داور منتخب طرفین دو رویکرد وجود دارد: طبق یک رویکرد داور منتخب طرفین نیز همچون داور ثالث تحت شمول الزامات ناظر بر بی‌طرفی و استقلال قرار دارد. رویکرد دیگر این است که داور منتخب طرفین می‌تواند دارای حدی از همسویی با یکی از طرفین اختلاف و حتی طبق توافق طرفین دارای جانبداری باشد. در ادامه این دو رویکرد بررسی خواهد شد.

۲.۱. لزوم بی‌طرفی و استقلال داور اختصاصی

رویکرد غالب در قوانین داوری کشورها، مقررات فراملی و نیز قواعد داوری نهادی، لزوم بی‌طرفی و استقلال داور منتخب طرفین و عدم تفاوت بین داور منتخب طرفین و مشترک است. این رویکرد عمل داور را همچون قاضی جلوه‌ای از حاکمیت قضایی در حل‌وفصل اختلاف می‌داند و در راستای آن چنین استدلال می‌شود که داور منتخب طرفین، وکیل یا نماینده طرف نصب‌کننده نبوده و قانون‌گذار صرفاً به واسطه‌ی فراهم کردن حضور اشخاصی با درک بهتر نسبت به‌دلایل و استدلال‌های هریک از طرفین، امکان نصب داور منتخب طرفین را پذیرفته است.[۱] درنتیجه داور منتخب طرفین از نظر بی‌طرفی و استقلال هیچ تفاوتی با داور ثالث نخواهد داشت. در ادامه نگاه مختصری به قوانین و مقررات مربوطه خواهیم داشت.

۲.۱.۱. قواعد کانون بین‌المللی وکلا (IBA)

متن دوم «اصول راهنمای تعارض منافع در داوری‌های بین‌المللی»[۲] کانون بین‌المللی وکلا اگرچه دارای ماهیت الزام‌آور نبوده و جزئی از قواعد نظام‌های حقوقی یا مؤسسات داوری محسوب نمی‌شود، اثر اقناعی قابل ملاحظه‌ای در تفسیر و اعمال قوانین و مقررات داوری نیز دارد.[۳] در این متن که آخرین اصلاح آن در سال ۲۰۲۴ صورت پذیرفته است، در نخستین اصل تأکید شده است که هریک از داوران باید از زمان قبول داوری تا صدور رأی یا خاتمه داوری به هر طریق دیگر، نسبت به همه طرف‌های اختلاف، بی‌طرف و مستقل باشد و تمایزی بین نقش داوران از نظر منتخب طرفین بودن وجود ندارد.

۲.۱.۲. مقررات داوری در حقوق ملی

بسیاری از نظام‌های حقوقی، و به‌طور ویژه آن دسته از کشورهایی که قانون داوری خود را بر مبنای متن قانون نمونه داوری تجاری بین‌المللی آنسیترال تدوین کرده‌اند، پیرو رویکرد ماده ۱۲ این متن، تفکیکی بین تعهد به استقلال و بی‌طرفی داور منتخب طرفین و داور مشترک قائل نشده‌اند.[۴] همین رویکرد در ماده ۱۲ قانون د.ت.ب مصوب ۱۳۷۶ قابل مشاهده است. در این قانون بر لزوم بی‌طرفی و استقلال داوران صرف‌نظر از شیوه‌ی انتخاب آنان تأکید شده که معلول

---

۱. بطحایی، سید فرهاد، عبدالله شمس، محمدعلی بهمنی و لعیا جنیدی، «مطالعه تطبیقی استقلال و بی‌طرفی داور منتخب طرفین»، *فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری*، دوره ۱۴، شماره ۳۶، ۱۳۹۷، ص ۴۸.

2. IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration

3. Rogers, Catherine A., "Reconceptualizing the Party-Appointed Arbitrator and the Meaning of Impartiality", *Harvard International Law Journal,* Volume 64, Issue 1, 2023, P 142.

4. Born, Gary B. *International Commercial Arbitration*, The Netherland: Kluwer Law International, 2020, P 2831.

شخصیت مستقل داور در برابر طرفین اختلاف به‌عنوان مأمور دادرسی و حق‌گزاری است.[۱]

در سایر نظام‌های حقوقی نیز بی‌طرفی و استقلال همه‌ی داوران امر مرتبط با نظم عمومی درنظر گرفته می‌شود.[۲] به‌عنوان مثال در ماده ۲۴ قانون داوری انگلستان مصوب ۱۹۹۶ تمایزی بین داور منتخب طرفین و داور ثالث درخصوص بی‌طرفی و استقلال وجود ندارد و در رویه قضایی نیز بر لزوم عدم وفاداری داور منتخب طرفین به‌طرف نصب‌کننده تأکید شده است.[۳]

در حقوق سوئیس نیز براساس ماده ۱۸۰ از قانون حقوق بین‌الملل خصوصی، داوران تحت شرایط مشابهی قابل جرح بوده و باید شرایط بی‌طرفی و استقلال را رعایت کنند؛[۴] البته این موضوع محل اختلافاتی در رویه قضایی بوده است[۵] که در بخش دیگر به آن پرداخته خواهد شد.

در حقوق فرانسه نیز در رویکردی مشابه، بی‌طرفی و استقلال داور منتخب طرفین همچون داور ثالث مورد تأکید است و دکترین حقوقی همواره بر این نکته تأکید کرده است که عدول از معیارهای استوار درخصوص بی‌طرفی و استقلال داور منتخب طرفین نقش داوران به‌عنوان حل‌وفصل کننده اختلاف را به خطر خواهد انداخت و نمی‌توان به اصولی نظیر حسن نیت‌یا رفتار حرفه‌ای اکتفا کرد و داوران منتخب طرفین نیز باید تحت نظارت مشابهی با داوران مشترک باشند.[۶]

۲.۱.۳. سازمان‌های داوری

در قواعد داوری بسیاری از سازمان‌های داوری بر لزوم بی طرفی و استقلال داوران تأکید شده[۷] و تمایزی بین داور منتخب طرفین و داور ثالث درخصوص بی‌طرفی و استقلال دیده نمی‌شود. به‌عنوان مثال بند نخست از ماده ۱۱ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی[۸] به‌نحو مطلق مقرر می‌دارد که «هر داوری باید مستقل و بی‌طرف از طرفین باقی بماند».[۹] همین رویکرد با ادبیات مشابهی در بند نخست از ماده ۱۸ قاعد داوری مرکز داوری استکهلم[۱۰] قابل مشاهده است.[۱۱] در قواعد داوری دیوان داوری لندن[۱۲] این مسئله به‌شکل صریح‌تری مورد توجه قرار گرفته و در بند ۵.۳ بیان شده‌است که همه داوران باید مستقل و بی‌طرف باقی به‌مانند و هیچ داوری نباید به‌عنوان وکیل یا نماینده یکی از طرف‌ها عمل کند و داوران نباید به طرفین مشاوره دهند.[۱۳]

---

۱. بطحایی، شمس، بهمئی و جنیدی، پیشین، ص ۴۴.

2. Couri, A. “Standards of impartiality, independence and neutrality for arbitrators in international commercial arbitration”, Master Thesis, *University of Toronto*, 2004, P 13.

3. Halliburton Company v Chubb Bermuda Insurance Ltd [2018] EWCA Civ 817.

4. Murray L. Smith, “Impartiality of party-appointed arbitrator”, *Arbitration International*, Volume 6, Issue 4, 1990, P 328.

5. Judgment of October 29, 2010, 4A_234/2010, First Civil Law Court .

6. Schurmans, M. “L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre: entre apparence et réalité”, Faculté de droit et de criminology, *Université catholique de Louvain*, 2017, P 62.

۷. نیکبخت، حمیدرضا، «جرح و خاتمه مأموریت داوران»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۱۰، شماره ۴۶، ۱۳۸۶، ص ۵۱.

8. ICC Arbitration Rules In force as from 1 January 2021.

9. Every arbitrator must be and remain impartial and independent of the parties involved in the arbitration.

10. SCC Arbitration Rules 2023.

11. “Every arbitrator must be impartial and independent.”

12. LCIA Arbitration Rules 2020.

13. "All arbitrators shall be and remain at all times impartial and independent of the parties; and none shall act in the arbitration as advocate for or authorised representative of any party. No arbitrator shall give advice to any party on the parties’ dispute or the conduct or outcome of the arbitration”.

۲.۲. رویکرد تمایز بین بی‌طرفی و استقلال داور منتخب طرفین و داور ثالث

اگرچه در بسیاری قوانین و مقررات داوری، تمایزی بین داور منتخب طرفین و مشترک از جهت بی‌طرفی و استقلال وجود ندارد؛ در برخی نظام‌های حقوقی و یا رویه‌های قضایی و داوری تفاوت‌هایی بین معیار بی‌طرفی و استقلال داور منصوب یک طرف با داور ثالث شناسایی شده است که بررسی قخواهد شد.

۲.۲.۱. حقوق امریکا

حقوق امریکا در زمینه معیار بی‌طرفی و استقلال داور منتخب طرفین، با تحولات مهمی همراه بوده است؛ به‌نحوی‌که تا پیش از سال ۲۰۰۴، جانبداری داور منتخب طرفین از طرف نصب‌کننده تا حد زیادی مورد پذیرش بوده و در نتیجه معیار یکسانی جهت احراز نقض بی‌طرفی و استقلال داور منتخب طرفین و داور ثالث به کار گرفته نمی‌شده است.[۱] به‌عنوان مثال در کد اخلاق حرفه‌ای انجمن داوری امریکا و کانون وکلای امریکا که در سال ۱۹۷۷ منتشر شد، گرایش داوران منتخب طرفین به‌طرف نصب‌کننده و اعمال معیار بی‌طرفی و استقلال متفاوتی نسبت به داوران مشترک پذیرفته شده بود.[۲]

در رویکرد فوق، داوران به دو دسته «داوران غیرهمسو»[۳] و «داوران همسو»[۴] تقسیم می‌شوند. چنین رویکردی را نتیجه شیوه تفکر عمل‌گرایانه در حقوق امریکا دانسته‌اند که بر این واقعیت استوار است که نصب داور منتخب طرفین با هدف تضمین وجود یک داور آشنا و همسو با طرف نصب‌کننده در فرایند داوری صورت می‌پذیرد و درنتیجه انتظار بی‌طرفی و استقلالی هم‌پایه با داور سوم از داور منتخب طرفین واقع‌بینانه نیست.[۵] به‌بیان‌دیگر، از دید دکترین حقوقی امریکا، اعمال معیار بی‌طرفی و استقلال یکسان نسبت به داور منتخب طرفین و مشترک، با هدف پنل داوری سه‌نفره در تعارض است؛ چراکه در داوری سه‌نفره، هر طرف باید یک «نماینده‌ی دوستانه»[۶] در داوری داشته باشد.[۷]

چنین رویکردی اگرچه در حقوق داخلی امریکا با پذیرش همراه بوده است، به‌علت عدم همسویی با فضای حاکم بر داوری‌های بین‌المللی که تحت‌تأثیر فرهنگ داوری اروپایی قرار دارد، مصون از انتقاد نمانده و طرح‌هایی جهت اصلاح این رویکرد از دهه ۱۹۹۰ مطرح شده است.[۸]مهم‌ترین اقدام در این زمینه، اصلاح کد اخلاق حرفه‌ای انجمن داوری امریکا و کانون وکلای امریکا در سال ۲۰۰۳ بوده که برخلاف متن پیشین، اصل را بر لزوم بی‌طرفی و استقلال کامل داور منتخب طرفین گذاشته، اما به طرفین امکان توافق بر داوران غیرهمسو را نیز داده است. در مقررات داوری نهاد داوری امریکا (AAA) نیز طبق اصلاح سال ۲۰۰۷، اصل بر لزوم بی‌طرفی و استقلال داور منتخب طرفین بوده؛ مگر اینکه طرفین بر داوران غیر بی‌طرف توافق کنند.[۹]

بااین‌حال، تحول فوق از سوی بعضی دادگاه‌ها و نویسندگان حقوقی با انتقاداتی همراه شده و همچنان گرایش‌هایی به

---

1. Born, Op. Cit.
2. Canon VII, The AAA–ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes, 1977.
3. Neutral arbitrators
4. Party-arbitrators or non-neutral arbitrators
5. Schurmans, Op. Cit., P 61.
6. friendly representative
7. Alan, Scott R. "The Culture of American Arbitration and the Lessons of Adr", *Texas International Law Journal*, Volume 40, Issue 3, 2005, P 480.
8. Feerick, John D. "1977 Code of Ethics for Arbitrators: An Outside Perspective, The Symposium: Ethics in a World of Mandatory Arbitration", *Ga. St. U. L. Rev. 907*, Volume 18, 2002, P 919.
9. Commercial Arbitration Rules or for arbitration by the AAA, R 14.

اعمال معیارهای متفاوت درباره داور منتخب طرفین و داور ثالث دیده می‌شود.[۱] در این زمینه گفته شده است که اعمال معیار یکسان، موجب بر هم زدن انتظارات طرفین اختلاف از توافق بر پنل داوری سه‌نفره می‌شود؛ چراکه بنای طرفین این بوده که هریک بتوانند داوری همسو با خود انتخاب کنند.[۲] گاه آرای دادگاه‌های عالی در ابطال رأی داور به‌علت جانبداری داور منتخب طرفین نقض شده و چنین استدلال شده است که رویه قضایی کامن لا حدی از از همسویی و همراهی داور منتخب طرفین با طرف نصب‌کننده را پذیرفته است.[۳]

در رویه قضایی جدیدتر امریکا نیز آرایی وجود دارد که بیان داشته برای ابطال رأی داور به‌علت «جانبداری آشکار»[۴] به‌استناد ماده ۱۰ قانون داوری فدرال، در فرض داور منتخب طرفین باید سطح بالاتری از جانبداری را در قیاس با داور ثالث اثبات کند تا رأی باطل شود و گفته شده که داور منتخب طرفین «در عمل نقش مدافع طرف نصب‌کننده[۵] را دارد».[۶] این رویکرد برخی نویسندگان را واداشته است تا به کسانی که امریکا را به‌عنوان مقر داوری انتخاب می‌کنند توصیه کنند به‌طور صریح لزوم بی‌طرفی و استقلال داور منتخب طرفین و معیار آن را در توافق خود تعیین کنند.[۷]

صرف‌نظر از اختلاف نظرات موجود در حقوق امریکا، درخصوص بحث فعلی توجه به دو نکته ضروری است: نخست آنکه بی‌طرفی و استقلال همه داوران در حقوق امریکا یک مسئله مرتبط با نظم عمومی نبوده و دارای ماهیت قراردادی و در اختیار طرفین است. این رویکرد برخلاف بسیاری از نظام‌های حقوقی اروپایی از جمله سوئیس، فرانسه و انگلستان است.[۸] این مسئله آشکارکننده درجه بالای تحلیل قراردادی داوری در رویکرد حقوقی امریکایی است. باید توجه داشت که ماده ۴۶۹ ق. آ.د.م ایران نیز که امکان تراضی بر انتخاب اشخاصی که در دعوا ذی‌نفع بوده یا دارای قرابت با طرفین اختلاف هستند، نمایانگر این امر است که در بحث انتخاب داوران در داوری‌های داخلی، ماهیت قراردادی بر قضایی غلبه دارد.

نکته دوم این است که طرفداران اعمال معیار بی‌طرفی و استقلال متفاوت، به‌لحاظ استدلالی بر واقعیت‌های عملی داوری و نیز هدف از نهاد داوری سه‌نفره تأکید دارند که در آینده مورد بحث قرار خواهد گرفت.

۲.۲.۲. دکترین داوری و رویه‌های قضایی

اگرچه در سطح قوانین ملی یا مقررات داوری بسیاری از کشورها بر لزوم بی‌طرفی و استقلال کامل داور منتخب طرفین تأکید می‌شود، چه به‌لحاظ نظری در سطح دکترین داوری و چه به‌لحاظ عملی در تفسیر و اعمال مقررات مربوط به جرح داوران، گرایش‌هایی به اعمال معیارهای منعطف‌تر درباره بی‌طرفی و استقلال داوران منتخب طرفین وجود دارد.[۹]

به‌عنوان مثال، در رویه قضایی سوئیس مسئله معیار یکسان یا متفاوت درخصوص بی‌طرفی داوران منتخب طرفین و داور ثالث به وحدت نظر نرسیده و در بسیاری از آرای مهم، دادگاه‌ها از اظهارنظر قطعی در این زمینه خودداری کرده‌اند. برای

---

1. Born, Op. Cit., P 2833.
2. Ibid.
3. Sphere Drake Ins. Ltd v. All Am. Life Ins. Co. , 307 F.3d 617, 620 (7th Cir. 2002).
4. Evident partiality
5. de facto advocates
6. Certain Underwriting Members of Lloyds of London v. State of Florida ,2018 WL 2727492 (2d Cir. June 7, 2018).
7. Fellas, J. "Evident Partiality and the Party-Appointed Arbitrator", *New York Law Journal*, Volume 259, Issue 124, 2018, P 3.
8. Born, Op. Cit., P 2834.
۹. عادل، مرتضی، «استقلال و بی‌طرفی داور در داوری داخلی و داوری تجاری بین‌المللی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۱۶، شماره ۶۴، ۱۳۹۲ص ۲۰۰.

مثال شعبه اول دادگاه مدنی فدرال سوئیس در یکی از آرای خود بیان داشته است که نویسندگان حقوقی در زمینه این موضوع به دو دسته تقسیم می‌شوند: نخست نویسندگان عمل‌گرا هستند که معتقدند انتظار درجه بی‌طرفی و استقلال یکسان از داوران منتخب و مشترک یک خیال باطل است. در مقابل برخی نویسندگان که به اعتبار و اعتمادپذیری نهاد داوری توجه دارند، بر بالاترین سطح بی‌طرفی و استقلال داوران منتخب طرفین تأکید می‌کنند. در این رأی بیان شده است که از دید محاکم فدرال سوئیس، انتظار استقلال صد درصدی داوران منتخب طرفین نگاهی آرمان‌گرایانه است و تا زمانی که نهاد نصب داور از سوی طرفین وجود دارد، حدی از عدم استقلال و جانبداری داور منتخب طرفین غیرقابل‌انکار خواهد بود.[1]

نویسندگان حقوقی نیز به این مسئله توجه داشته و بیان داشته‌اند که بی‌طرفی و استقلال مطلق داور منتخب طرفین به‌معنای نفی سودمندی شیوه نصب داوران در پنل‌های داوری سه‌نفره خواهد بود.[2] در پژوهشی از برخی داوران مطرح نیز چنین اظهارنظر شده است که رویه عملی داوری حدی از جانبداری داور منتخب طرفین قابل قبول و رایج است.[3] برخی نویسندگان نیز مدل پنل داوری سه‌نفره را مبتنی‌بر پیش فرض‌یک داور کاملاً مستقل و بی‌طرف (سرداور) و دو داور دارای حدی منطقی از همسویی با طرفین دانسته‌اند و نفی این شیوه را به منزله از بین بردن سازوکار کارآمدی در داوری دانسته‌اند.[4]

بررسی تفصیلی استدلال‌ها و مبانی این دسته از نویسندگان را در بخش چهارم دنبال خواهیم کرد. در اینجا صرفاً به این نکته اشاره می‌شود که اعمال معیار متفاوت درخصوص بی‌طرفی و استقلال داوران منتخب طرفین و مشترک مسئله‌ای مهجور نیست و دارای طرفداران و مبانی مشخصی در اندیشه‌های قضایی و حقوقی است.

۳. مبانی‌یکسان انگاری معیار بی‌طرفی و استقلال داور منتخب طرفین و داور ثالث

دیدگاهی که از این عقیده دفاع می‌کند که داوران منتخب طرفین و مشترک باید تحت شمول مقررات مشابهی قرار گیرند، بر مبانی مختلفی تکیه می‌کنند. این مبانی را می‌توان در دو عنوان کلی مورد مطالعه قرار داد: نخست تأکید بر نقش قضایی داور در حل‌وفصل اختلاف که مستلزم عدم جانبداری است و دوم اثر جانبداری داوران بر مشروعیت نهاد داوری و کیفیت رسیدگی‌هاست که در ادامه بررسی خواهد شد.

۳.۱. داور منتخب طرفین به‌عنوان حل‌وفصل کننده اختلاف

درخصوص وظیفه و نقش داور منتخب طرفین دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد. یک نگاه این است که داور منتخب طرفین نیز نقش حل‌وفصل کننده‌ی اختلاف را برعهده داشته و از این رو باید همچون داور ثالث تحت الزامات مشابهی از جهت بی‌طرفی و استقلال قرار گیرد. نگاه دیگر این است که فلسفه نصب داور منتخب طرفین این است که این داور بتواند نقش اضافه‌ای نسبت به داور ثالث را ایفا کند که همان تلاش برای طرح و رسیدگی منصفانه به دعوا و خواسته طرف نصب‌کننده است. پذیرش هریک از این دو دیدگاه بر تعیین معیار بی‌طرفی و استقلال داور منتخب طرفین تأثیر جدی خواهد گذاشت.

---

1. Judgment of October 29, 2010, First Civil Law Court, 4A_234/2010.

2. Born, Op. Cit., P 2837.

3. Wellington, Ralph G., "Is a Neutral Party-Appointed Arbitrator an Oxymoron? ", *dispute resolution magazine*, Volume 27, Issue 1, 2021, P 37.

4. Couri, Op. Cit., P 13.

برخلاف جایگاه سنتی نقش داوران که ایجاد سازش بوده است،[۱] با توسعه داوری و شکل‌گیری نظم حقوقی مدرن، داوران حرفه‌ای ظهور یافته‌اند و امروزه انتظار از داوران، رسیدگی حرفه‌ای و مستقل به اختلاف و صدور آرای داوری با درجه بالاتری از اتقان، دقت و صحت در قیاس با آرای دادگاه‌هاست.[۲] در نتیجه الزاماتی که متوجه نقش قضایی حل‌وفصل اختلافات می‌شود، متوجه داوران نیز خواهد بود که نمونه مهم آن لزوم بی‌طرفی و استقلال است.[۳]

به‌طور خلاصه در این مبنا بر این نکته تأکید می‌شود که داور منتخب طرفین نیز اگرچه ازسوی یکی از طرفین نصب می‌شود، چون همچون داور ثالث وظیفه قضایی یا شبه‌قضایی حل‌وفصل اختلاف را برعهده دارد، باید تحت الزامات مشابهی از نظر بی‌طرفی و استقلال قرار گیرد.

۳.۲. لزوم جلوگیری از جانبداری داور اختصاصی با هدف افزایش کیفیت و مشروعیت رسیدگی

ساختار انتخاب داور منتخب طرفین ازسوی طرفین، مستعد سوق دادن داوران منتخب به‌سمت ایفای نقش وکیل و نماینده برای طرف نصب‌کننده و خروج از بی‌طرفی است. این امر نتیجه انتظار بازیگران عرصه داوری از داوران منتخب طرفین بوده و داوران با هدف حفظ بازار کار خود و افزایش احتمال انتخاب مجدد، ممکن است نسبت به‌طرف نصب‌کننده دارای جانبداری و سوگیری باشند. برخی پژوهش‌های آماری نیز این نکته را تأیید می‌کند. برای مثال، در یک پژوهش چنین نتیجه‌گیری شده است که در عمده موارد نظر مخالف ازسوی داور منتخب طرفین طرف بازنده نوشته شده است[۴] یا اینکه به‌علت وجود «سوگیری وابستگی»[۵] طرف‌های اختلاف داورانی را برمی‌گزینند که با آنان دارای روابط‌اند و داوران نیز در پاسخ به نصب خود، رفتار همدلانه از خود نشان می‌دهند.[۶] این مخاطره اخلاقی[۷] برخی نویسندگان را به‌سمت ارائه پیشنهاد حذف نهاد داور منتخب طرفین سوق داده است.[۸]

---

1. Roebuck , D. *Ancient Greek Arbitration*, The Arbitration Press, 2011, P 164.

2. Franck, S. "The Role of International Arbitrators", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Volume 12, 2006, P 505.

۳. به عنوان مثال در یکی از آرای قضایی کشور کانادا در این زمینه گفته شده است که داوری ماهیتاً یک عمل قضایی تلقی شده و مستلزم احکامی متناسب با این واقعیت است. داوران نباید وظیفه خود را به‌عنوان وکیل طرفینی که آنها را منصوب کرده‌اند انجام دهند؛ بلکه با ذهنی آزاد، مستقل و بی‌طرف، تا جایی که شرایط اجازه می‌دهد، باید اقدام کنند.

Steven Szlilard v Ralph Szasz [1954] 1 SCR 3 at 4, per Rand J.

4. Van den Berg, A. "Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration", In: *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, M. H. Arsanjani, J. Cogan, R. Sloane, S. Wiessner (eds.). The Netherlands: Brill Publishers, 2011, P 824.

5. Affiliation Bias

6. Puig, S., Anton Strezhnev, "Affiliation Bias in Arbitration: An Experimental Approach", *The Journal of Legal Studies,* Volume 46, Issue 2, 2017, P 41.

این موضوع در قالب چالش انتصاب مکرر داور و اثر آن بر بی طرفی و استقلال مورد توجه قرار گرفته است. بنگرید به:

فارسی، مریم و حمیدرضا علومی یزدی، «انتصابات مکرر در داوری سازمانی: چالش‌ها و راهکارها»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، دوره ۱۲، شماره۴۶، ۱۴۰۳، صص ۳۷-۶۴

7. Moral hazard

8. Paulsson, J., "Moral Hazard in International Dispute Resolution*", ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 25, Issue 2, 2010, P 348.

برخی نمونه‌های این چالش در رسانه‌ها نیز مطرح شده است. به‌عنوان مثال یکی از داوران منصوب دولت ایالات متحده امریکا در نفتا، بعدها در مصاحبه‌ای بیان کرد که تحت فشار شدیدی از سوی نمایندگان دولت فدرال قرار داشته است که اگر نتواند به نفع امریکا رأی بگیرد، دولت امریکا از معاهده مذکور خارج خواهد شد. در داوری دیگری که به کشورهای کرواسی و اسلوونی مربوط بوده است نیز یک فایل صوتی منتشر شد که داور طرف اسلوونی، مبادرت به افشای اطلاعاتی حساس مربوط به رسیدگی به وکیل دولت اسلوونی کرده بود.

اعمال معیارهای مشابهی جهت احراز عدم بی‌طرفی یا عدم استقلال داور منتخب طرفین نسبت به داور ثالث است می‌تواند مانع از طیف گسترده‌ای از اقدامات همچون پافشاری غیرمنطقی بر استدلال‌های طرف نصب‌کننده خود، ارائه اطلاعات به وی یا تشکیل جلسه و ملاقات یک‌جانبه یا ایجاد تأخیر در رسیدگی شود که کارآمدی و مشروعیت داوری را خدشه‌دار می‌کند.[1] درنتیجه تأمین یک سازوکار قانون‌مدار و منصفانه برای حل‌وفصل اختلافات، مستلزم اعمال نظارت جدی بر داور منتخب طرفین است.

۴. مبانی تمایز معیار بی‌طرفی و استقلال داور منتخب طرفین و داور ثالث

در نقطه مقابل دیدگاه پیشین، مبانی و استدلال‌هایی ازسوی آن دسته از نویسندگان که موافق با اعمال معیارهای متفاوتی درخصوص جانبداری داور منتخب طرفین و مشترک‌اند مطرح شده است که عبارت‌اند از نقش ویژه داور منتخب طرفین در فراهم کردن زمینه استماع صحیح و دقیق دعوا، نقش داور منتخب طرفین در رسیدگی منصفانه و مشروع و اثر بخشی به حاکمیت اراده طرفین. در ادامه به این مبانی پرداخته خواهد شد.

۴.۱. نقش داور منتخب طرفین در استماع صحیح و دقیق دعوا

در این نگاه، برخلاف نگاه پیشین، داوران دارای نقش کاملاً مشابهی با دادرسان دادگاه نبوده و نمی‌توان همان نگاهی را که درخصوص بی‌طرفی و استقلال دادرسان به‌علت ماهیت قضایی عمل آنان وجود دارد به داوران نیز تسری داد.[2]

برای درک بهتر این موضوع باید به این مسئله پرداخت که اساساً چرا در سنت تاریخی داوری همواره نصب داور منتخب طرفین مورد توجه بوده است و همچنان نیز در داوری مدرن، این شیوه استمرار دارد. هدف از نصب داور منتخب طرفین تأمین این امر است که طرفین تمایل دارند شخصی را وارد رسیدگی کنند که نسبت به نوع تجارت آنان، ولو به‌واسطه برخی روابط یا دعاوی قبلی، دارای آگاهی بوده یا از اقتضائات خاص نظام و فرهنگ حقوقی متبوع وی مطلع باشد.[3] برهمین اساس داور منتخب طرفین را یک مترجم فرهنگی یا عامل تضمین استماع صحیح دعوای طرف نصب‌کننده یا حد وسط بین همدلی با دعوای طرف نصب‌کننده و رویکرد عینی و بی‌طرف به دعوا دانسته‌اند.[4]

بر این اساس اگر داور اختصاص بخواهد این نقش ویژه را ایفا کند باید تحت معیار استقلال و بی‌طرفی متفاوتی باشد. از این منظر، پذیرش معیار متفاوت بی‌طرفی و استقلال داور منتخب طرفین و مشترک می‌تواند به رسیدگی منصفانه کمک کند؛ چراکه هریک از طرفین اختلاف دارای شخصی مطلع از پرونده خود در داوری خواهند بود که توازن را برقرار می‌کند. آن‌چنان‌که از نظر تاریخی نیز هدف نصب داور منتخب طرفین، کاهش سوگیری‌ها و جانبداری‌ها از طریق ایجاد تعادل بین داوران بوده است.[5]

---

1. Makarenko, Y. "Resolving the problem of lack of independence and impartiality of party-appointed arbitrators", *Legal Studies LLM,* Central European University, 2020, P 7.
2. Franck, Op. Cit., P 514.
شمس، عبدالله و سید فرهاد بطحائی، «معیار تشخیص استقلال و بی‌طرفی داور»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۰، شماره ۷۷، ۱۳۹۶، ص ۶۲
3. Appointment of Arbitrators, Appellate Mechanism, and Enforcement Submitted by the Corporate Counsel International Arbitration Group and the United States Council for International Business to UNCITRAL, December 4, 2020.
4. Born, Op. Cit.
5. Rogers, Op. Cit., P 145.

در نقطه مقابل، اعمال معیار یکسان در این زمینه، کارکرد نهاد نصب داور منتخب طرفین را از بین می‌برد. اگر بنا باشد داور منتخب طرفین از همه جهت، چه انتخاب و چه پیش‌زمینه و چه نقش و کارکرد، مشابه داور ثالث باشد، دیگر ضرورتی به انتخاب داور منتخب طرفین نبوده و می‌توان با داوری یک‌نفره و یا سه داور به انتخاب سازمان داوری به دعوا رسیدگی کرد و روش انتخاب داور از بنیان کم‌اهمیت خواهد شد. این درحالی است که در واقعیت امر، اثر نصب داور منتخب طرفین بسیار بالاست.[۱]

اعمال نقش ویژه داور منتخب طرفین مستلزم این است که برخی روابط یا همسویی‌ها با طرف نصب‌کننده را سبب خروج از بی‌طرفی یا استقلال ندانست. هرچند باید توجه داشت که این همسویی‌ها باید در حدی معقول مورد پذیرش قرار گیرد و این هنر داور است که بتواند این نقش میانه را به‌خوبی ایفا کند. به تعبیر یکی از نویسندگان حقوق داوری،[۲] گزینه مطلوب به‌عنوان داور منتخب طرفین، شخصی با بیشترین گرایش به‌طرف نصب‌کننده و با کمترین بروز سوگیری و جانبداری است.[۳] بنابراین باید بین آن داور منتخب طرفین که دارای گرایش به‌یکی از طرفین یا اطلاعات و ارتباط است و با آن داور منتخب طرفین که مشمول مقررات جرح داور می‌شود تفکیک قائل شد.[۴] این درحالی است که داور ثالث، سرداور یا رئیس هیئت داوری نمی‌تواند دارای چنین رویکرد و روابطی با یکی از طرفین باشد و اتفاقاً باید با درجه بالاتری از بی‌طرفی و استقلال، زمینه مدیریت رویکرد داوران منتخب طرفین با هدف رسیدگی قانون مدارانه و بدون جانبداری و نیز نتیجه‌بخش را فراهم کند.

۴.۲. اثر همسویی داور منتخب طرفین با طرف نصب‌کننده بر رسیدگی منصفانه و مشروع

پذیرش اعمال معیار منعطف نسبت به بی‌طرفی و استقلال داور منتخب طرفین به‌معنای صحه گذاشتن بر حدی از همسویی و همفکری میان داور منتخب طرفین و مشترک است. اثر این همسویی بر فرایند داوری محل اختلاف است. برخی بر این عقیده‌اند که این همسویی موجب کاهش مشروعیت فرایند داوری می‌شود؛ چراکه داوران منتخب طرفین انگیزه‌های فراوانی دارند تا صرفاً به‌دنبال ایجاد مقدمات صدور رأی به نفع طرف نصب‌کننده خود باشند که این امر موجب کاهش کیفیت رسیدگی و خروج از چارچوب قانونی رسیدگی بی‌طرفانه که از اصول بنیادین حل‌وفصل اختلافات است، می‌شود. در مقابل برخی بر این عقیده‌اند که همسویی داوران منتخب طرفین با طرف‌های نصب‌کننده می‌تواند زمینه‌ساز رسیدگی دقیق‌تر و منصفانه‌تر را فراهم آورد. داوران منتخب طرفین دارای همسویی با طرف نصب‌کننده از سه طریق جلوگیری از گروه‌زدگی، فهم بهتر امور موضوعی و حکمی زمینه رسیدگی منصفانه و مشروع را فراهم می‌آورند که بررسی خواهد شد.

---

۱. در رویه قضایی برخی کشورها مثل فرانسه حق بر انتخاب داور منتخب طرفین توسط هریک از طرفین به‌عنوان یکی از مستلزمات برابری آیینی و یک امر مرتبط با نظم عمومی مورد تأکید قرار گرفته است؛ تا حدی که طبق نظر دیوان عالی فرانسه، هرگاه تعداد خواندگان یا خواهان‌ها متعدد باشد، تضمین رسیدگی بی‌طرفانه مستلزم این است که انتخاب داوران از سوی نهاد داوری صورت پذیرد، نه انتخاب جمعی خواندگان یا خواهان‌های متعدد.

Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 7 janvier 1992, 89-18.708 89-18.726.

2. Hunter, M., "Ethics of the International Arbitrator", *Arbitration International*, Volume 53, Issue 4, 1987, PP 219, 223.

3. "When I am representing a client in an arbitration, what I am really looking for in a party-nominated arbitrator is someone with maximum predisposition towards my client, but with the minimum appearance of bias".

4. Oglindă, Op. Cit., P 127.

۴.۲.۱. نقش داور منتخب طرفین در جلوگیری از گروه‌زدگی

گروه‌زدگی یا گروه‌اندیشی[۱] که در علوم رفتاری و اجتماعی مورد بحث قرار گرفته است به این معناست که گاه در فضای یک گروه، اشخاصی که در حال انجام کار گروهی‌اند گرفتار توهم صحیح بودن دیدگاه‌های خود می‌شوند. به این معنا که در فضای گروه، حاضران ترجیح می‌دهند از رویکردی دفاع کنند که با اجماع و جو حاکم همسو باشد، تا اینکه بخواهند به گزینه‌های جایگزین فکر کنند. درنتیجه وضعیت‌ها و سناریوهای مختلف بررسی نخواهد شد. گروه‌زدگی به‌عنوان یکی از عوامل مؤثر بر تصمیم‌گیری و تصمیم‌سازی اشتباه شناخته می‌شود.[۲] مسئله گروه‌زدگی در تحلیل تصمیمات قضایی و داوری‌ها نیز مورد توجه قرار گرفته است و راه‌حل مدیریت آن را افزایش امکان بروز و ظهور دیدگاه‌های فردی از سوی یکایک اعضای پنل رسیدگی دانسته‌اند.[۳]

راهکاری که نویسندگان علوم شناختی و رفتاری برای مدیریت گروه‌زدگی مطرح کرده‌اند با عنوان نقش وکیل مدافع شیطان[۴] شناخته می‌شود. به این معنا که در هر گروه باید شخصی وجود داشته باشد که برخلاف دیدگاه غالب اعضای پنل و به‌جهت مخالف آن استدلال کند تا قوت و ضعف دیدگاه‌ها آشکار شده و تصمیم‌گیری صحیح تری صورت پذیرد.[۵] نقشی که داور منتخب طرفین دارای همسویی فکری و ارتباطی با طرف نصب‌کننده می‌تواند ایفا کند، نقش وکیل مدافع شیطان در فرایند داوری است. به این معنا که هرگاه داور منتخب طرفین متوجه شود که مسیر رسیدگی به‌سمت خلاف منافع طرف نصب‌کننده است، می‌تواند با طرح استدلال و به چالش کشیدن این مسیر، با هدف حمایت از منافع طرف نصب‌کننده، مانع سوگیری گروه‌زدگی شده و فضا را برای فهم هرچه دقیق‌تر و بهتر امور موضوعی و حکمی فراهم کند.[۶] به‌بیان‌دیگر، همسویی و آزادی عمل بیشتر داور نه‌فقط به‌معنای عدم صلاحیت داور منتخب طرفین نخواهد بود؛ بلکه برعکس موجب صلاحیت داور منتخب طرفین برای ایفای نقش به چالش کشیدن تصمیمات اکثریت با هدف حمایت از جایگاه طرف نصب‌کننده شده و همسویی داوران منتخب طرفین به طرفین اختلاف در خدمت رسیدگی صحیح و کامل قرار می‌گیرد.[۷] درنتیجه آنچه از دید برخی نقطه‌ضعف سیستم نصب داور منتخب طرفین از جهت عدم بی‌طرفی و استقلال کامل این دسته از داوران است، به نقطه قوت در فرایند رسیدگی تبدیل خواهد شد.[۸]

براساس توضیحات فوق می‌توان بر این عقیده بود که پذیرش معیاری منعطف‌تر برای بی‌طرفی و استقلال داور منتخب طرفین در مقایسه با داور ثالث می‌تواند به افزایش کیفیت رسیدگی‌ها نیز کمک کند.

۴.۲.۲. نقش داور منتخب طرفین در فهم بهتر امور موضوعی و حکمی

داور منتخب طرفین به‌علت آشنایی، دانش قبلی یا زمینه‌های مشترک با طرف نصب‌کننده می‌تواند با تلاش برای فهم دقیق‌تر دعوا و خواسته طرف نصب‌کننده به کیفیت رسیدگی کمک کند. برای مثال، داوری که از نظر زبان، ملیت و نظام

---

1. Groupthinking
2. Irving L. Janis, *Victims of groupthing,* Boston: Houghton-Mifflin, 1972, P 9.
ایده گروه‌زدگی اولین بار توسط ایروینگ جانیس، روان‌شناس امریکایی، در سال ۱۹۷۲ مطرح شده است.
3. Günther P., "Groupthink Bias in International Adjudication", *Amsterdam Law School Research Paper*, No 2020-05, P 47.
4. Devil's Advocate
5. Irving L. Janis, *Groupthink: Psychological Studies of Policy Decisions and Fiascoes*, Cengage Learning, 1982, P 268.
6. Rogers, Op. Cit., P 172.
7. Konstantinidi, Op. Cit, P 161.
8. Rogers, Op. Cit., P 173.

حقوقی با طرف نصب‌کننده دارای وحدت باشد می‌تواند نقش یک مترجم فرهنگی را ایفا کرده و از نظر استدلال‌های حقوقی یا تفسیر قوانین زمینه درک بهتر دعوا را ایجاد کند.[1] به همین ترتیب، آشنایی داور منتخب طرفین به نوع کسب‌وکار طرف نصب‌کننده می‌تواند امکان فهم دقیق‌تر امور موضوعی را فراهم آورد.

بدیهی است که حصول نتایج فوق منوط به پذیرش حدی از ارتباط یا آشنایی یا وجود نقاط مشترک بین داور منتخب طرفین و طرف نصب‌کننده است و اگر بنا باشد با همان معیاری که داور ثالث مورد جرح قرار می‌گیرد، داور منتخب طرفین نیز جرح شود؛ عملاً امکان حضور یک داور منتخب طرفین با کارکردهای فوق در رسیدگی وجود نخواهد داشت.

۴.۳. اثر بخشی به حاکمیت اراده طرفین اختلاف

طرفین اختلاف هنگامی می‌توانند خود را دارای نقش مؤثر در انتخاب داوران بدانند که بتوانند داوری را انتخاب کنند که نسبت به او اعتماد دارند. این اعتماد درنتیجه روابط قبلی یا اطلاع از پیش زمینه‌های مشترک حاصل می‌شود. انتظار بی‌طرفی و استقلال مطلق داور منتخب طرفین دارای تعارض با هدف نصب داور منتخب طرفین است و تحمیل چنین تعهد و انتظاری به داور منتخب طرفین با واقعیت حاکم بر فضای داوری بیگانه بوده و موجب نادیده گرفتن خواست طرفین اختلاف در نصب شخصی با همدلی و همسویی منطقی و متعارف می‌شود.[2]

به تعبیر یکی از داوران بین‌المللی شناخته شده، باور رسمی در قوانین و مقررات داوری این است که هر سه داور باید بی‌طرف و مستقل باشند، اما این باور، باوری غیرجدی و بیهوده است.[3] طرفین اختلاف داور منتخب طرفین را با این امید انتخاب می‌کنند که بتواند با توجه به ویژگی‌هایی که دارد بیشترین اطمینان را ایجاد کند که دیدگاه طرف نصب‌کننده در هنگام رسیدگی، درک، و در نهایت امکان غلبه را خواهد داشت.[4]

براساس نکات فوق، سلب صلاحیت از داوران منتخب طرفین با معیاری مشابه با داوران مشترک، موجب نادیده گرفتن حاکمیت طرفین اختلاف و انتظار آنان از تعادل در ترکیب داوران شده و از این طریق، یکی از ارزش‌های بنیادین نظام جایگزین حل‌وفصل اختلافات، یعنی خصوصی و قراردادی بودن، تحت الشعاع قرار خواهد گرفت.

البته ممکن است این دیدگاه مطرح شود حاکمیت اراده در حدی که توصیف شد می‌تواند مغایر با نظم عمومی‌کشور مقر قرار گیرد؛ چراکه بی‌طرفی و استقلال داوران به‌علت ارتباط با ماهیت قضایی داوری ممکن است در برخی کشورها امر مرتبط با نظم عمومی در نظر گرفته شود. اما باید این تصور را از ذهن زدود؛ چراکه اولاً همسویی داوران منتخب طرفین به‌معنای جانبداری آشکار نبوده و صرفاً به‌معنای وجود برخی اشتراکات یا عناصر مؤثر بر درک و اعتماد متقابل بین طرف نصب‌کننده و داور منتخب طرفین است. دوم اینکه عواملی مثل دو داور منتخب طرفین و وجود داور ثالث نقش تعدیل کننده داشته و همسویی داوران منتخب طرفین را در سطحی معقول حفظ خواهد کرد.

---

1. Lew, Julian D. M., Loukas A. Mistelis, Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague: Kluwer Law International, 2003, P 11.
2. Couri, Op. Cit., P 19.
3. Fernandez-Armesto, J. "Salient Issues of International Arbitration", *American University International Law Review*, Volume 27, Issue 4, 2012, P 724.
4. Morton, P. *Selection and Appointment of Party-Nominated* Arbitrators, London: K&LNG International arbitration, symposium at Claridges Hotel, London, 2006, P 2.

۵. اعمال معیار متفاوت بی‌طرفی و استقلال داور منتخب طرفین و مدیریت تعارض منافع

براساس مبانی مطرح شده در بخش پیشین، همسویی یا جانبداری منطقی داور منتخب طرفین نسبت به‌طرف نصب‌کننده می‌تواند به ایفای بهتر نقش داور منتخب طرفین در پنل‌های سه‌نفره داوری کمک کرده و زمینه‌ساز استماع بهتر دعوا شود. مسئله‌ای که در این بخش باید بررسی شود این است که دامنه و مصادیق این همسویی چه مواردی را دربرگرفته و چگونه می‌توان این همسویی را تحت مدیریت و کنترل قرار داد که باعث تبدیل شدن داور منتخب طرفین به وکیل یکی از طرفین نشود.

۵.۱. برخی مصادیق معیار منعطف بی‌طرفی و استقلال داور منتخب طرفین

پذیرش معیار متفاوت درخصوص بی‌طرفی و استقلال داور منتخب طرفین بدین معناست که وجود برخی عوامل که می‌تواند سبب سلب صلاحیت داور ثالث شود، درخصوص داور منتخب طرفین قابل پذیرش بوده و موجب شک معقول درخصوص عدم جانبداری وی نمی‌شود. در ادامه برخی از این موارد مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۵.۱.۱. ملیت

در بسیاری قواعد داوری، اگرچه تصریح شده است که داوران منتخب طرفین و مشترک تحت شمول احکام واحدی از جهت بی‌طرفی و استقلال‌اند، این اجازه داده شده است که داور منتخب طرفین برخلاف داور ثالث از ملیت طرف نصب‌کننده باشد.[۱]

این تفاوت، به تعبیر برخی نویسندگان، آشکارکننده این امر است که بین قواعد و ادبیات به کار گرفته شده در مقررات اخلاق حرفه‌ای و انتظار طرفین و آنچه در رویه عملی دیده شود، فاصله جدی وجود دارد.[۲] اگر بناست همه داوران از نظر بی‌طرفی و استقلال در وضعیت مشابهی باشند، همان‌طورکه داور ثالث باید از تابعیت متفاوتی باشد، داور منتخب طرفین نیز باید دارای وضعیت مشابه باشد. این درحالی است که در عمل طرفین اختلاف ترجیح می‌دهند حق بر انتخاب داور از ملیت خود را محفوظ داشته و سازمان‌های داوری نیز این خواسته را مورد پذیرش قرار داده‌اند.

پرسشی که وجود دارد این است که با توجه به اهمیت ملیت و ارتباط عمیق آن با «همسویی»[۳] در ادبیات حقوق داوری،[۴] علت رواج قاعده عدم منع مشابهت تابعیت داور منتخب طرفین با طرف نصب‌کننده در چیست؟ پاسخ صحیح به همان مبانی مطرح شده درخصوص فلسفه نصب داوران منتخب طرفین و ایجاد تعادل از طریق همسویی منطقی و متعارف داوران منتخب طرفین با طرفین اختلاف و آثار مثبت آن بازمی‌گردد.

۵.۱.۲. ارتباط و تماس یک‌طرفه با داور اختصاصی

یکی از اصول مهم ناظر بر تأمین بی‌طرفی در رسیدگی که با اصل تقابلی بودن[۵] رسیدگی نیز همسوست، منع برقراری

---

[۱]. نمونه آن در بند پنج از ماده ۱۳ قواعد اتاق بازرگانی بین‌المللی، بند شش از ماده ۱۷ قواعد داوری استکهلم و ماده ۱۵ قواعد داوری مرکز داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی قابل مشاهده است.

[2]. Rogers, Op. Cit., P 177.

[3]. Neutrality

[4]. Lee L. "Practice and Predicament: The Nationality of the International Arbitrator (With Survey Results)", *Fordham International Law Journal*, Volume 31, Issue 3, 2007, P 607.

[5]. Contradictoire

تماس یا ارتباط یک‌طرفه[1] با داوران است. درحالی‌که طرفین اختلاف نمی‌توانند بدون حضور یا اطلاع طرف دیگر، با داور ثالث تماس داشته باشند یا تشکیل جلسه دهند، تشکیل جلسه و مصاحبه با داور منتخب طرفین در مرحله پیش از نصب یا در حین انتخاب داور ثالث پذیرفته شده است.[2]

این نکته نشانگر این امر است که طرف نصب‌کننده این فرصت و اجازه را دارد که داور منتخب طرفین خود را ارزیابی و با او مصاحبه کند و حتی یک فهم کلی از پرونده و موضوع اختلاف در ذهن او ایجاد کند، برخلاف داور ثالث که نباید تحت‌تأثیر هیچ از یک طرفین قرار گیرد. بدیهی است که این تمایز مبتنی‌بر نقش متفاوت داوران منتخب طرفین و داور ثالث قابل توجیه است. به این معنا که همسویی داور منتخب طرفین با طرف نصب‌کننده یکی از مقاصد اصلی تشکیل پنل‌های داوری سه‌نفره بوده و هر طرفی می‌تواند با داور منتخب طرفین خود تشکیل جلسه دهد و این همسویی را احراز یا ایجاد کند. به‌عنوان مثال طرفین اختلاف می‌توانند بر مبنای تجربیات قبلی داور منتخب طرفین یا اظهارنظرهای حقوقی وی، همسویی دیدگاه وی با دعوای خود را احراز کنند و این رویکرد با قواعد اخلاق حرفه‌ای و تعارض منافعی مثل اصول راهنمای کانون بین‌المللی وکلا نیز مغایر نیست.[3]

۵.۱.۳. روابط قبلی داور منتخب طرفین با طرف نصب‌کننده

برخی روابط و ارتباطات قبلی بین داور منتخب طرفین و یکی از طرفین اختلاف ازجمله حوزه کاری مشترک، همکاری در پرونده‌های دیگر یا نصب‌های متعدد باید با دیده تسامح نگریسته شود؛[4] چراکه با پیش‌فرض گرفتن این نکته که حدی از همسویی داور منتخب طرفین با طرف نصب‌کننده پذیرفته شده است، چنین روابطی نباید به سلب صلاحیت داور منتخب طرفین منجر شود.

از نظر تفسیری نیز باید توجه داشت که جرح داوران معمولاً با معیارهایی همچون شک معقول و متعارف ممکن می‌شود.[5] حدی از روابط و مناسبات داوران منتخب طرفین با طرفین اختلاف موجب شکل معقول نسبت به طرفی و استقلال آنان نشده و به‌طور پیش‌فرض پذیرفته شده است. در نقطه مقابل چنین روابطی موجب شک معقول و جدی درخصوص عدم جانبداری داور ثالث می‌شود.

۵.۲. کنترل تعارض منافع داور اختصاصی

تردیدی نیست که همسویی داوران منتخب طرفین با طرفین اختلاف به‌معنای تجویز بی‌طرفی آشکار نبوده و باید مرز بین همسویی معقول با جانبداری آشکار، با توجه به آثار سوء وضعیت اخیر مورد توجه قرار گیرد. بر این اساس، برخی روش‌ها و عوامل مؤثر بر مدیریت تعارض منافع داوران منتخب طرفین و کارآمدی آن به‌شکل مختصر مطرح خواهد شد.

---

[1]. Ex parte communications

[2]. به‌عنوان مثال، در بند ۴.۴.۱ اصول راهنمای تعارض منافع کانون بین‌المللی وکلا، ملاقات و تماس طرف نصب‌کننده با داور مدنظر خود جهت بحث از صلاحیت داور، کاندیداهای انتخاب به‌عنوان داور ثالث و ایجاد یک فهم پایه از موضوع پرونده پذیرفته شده است.

[3]. Rusinque, F., "The system of party-arbitration: the legitimacy of party appointed arbitrators and the right to make unilateral nominations", *International Arbitration Law Review* , Volume 27, Issue 2, 2024, P 109.

[4]. Couri, Op. Cit., P 17.

[5]. خدری، صالح، «دادرسی منصفانه در داوری تجاری بین‌المللی»، *فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۶، شماره ۲، ۱۳۹۴، ص ۵۳۴.

۵.۲.۱. تفکیک مفهوم همسویی از بی‌طرفی و استقلال

مفهوم همسو نبودن داور[۱] در کنار بی‌طرفی[۲] و استقلال[۳] وی در دکترین داوری مورد توجه قرار گرفته است. اگرچه تفکیک مفاهیم فوق گاه مشکل است، برخی نویسندگان تلاش کرده‌اند برخی وجوه مشترک داور منتخب طرفین با طرف نصب‌کننده را ذیل مفهوم همسویی قرار دهند تا درعین حفظ بی‌طرفی و استقلال داور منتخب طرفین، نصب داوران منتخب طرفین همسو را توجیه کنند.[۴] در این رویکرد، داور منتخب طرفین باید از نظر روابط با طرف نصب‌کننده، مستقل بوده و در طول رسیدگی نیز از وی جانبداری نکند، اما همسویی فکری داور منتخب طرفین به‌علت، ملیت، زبان، نظام حقوقی، فرهنگ یا حوزه کاری مشترک با طرف نصب‌کننده خدشه‌ای به صلاحیت وی وارد نخواهد ساخت.[۵] یا اینکه اگر داوری کاملاً مستقل نباشد، اما در رسیدگی از خود جانبداری نشان ندهد نیز قابل جرح نخواهد بود.[۶]

براساس این تحلیل، داور منتخب طرفین و مشترک تحت معیار یکسانی درخصوص بی‌طرفی و استقلال قرار گرفته، اما از جهت همسویی با هم متفاوت‌اند. اگرچه این تحلیل می‌تواند سودمند باشد، باید توجه داشت که تفکیک همسویی از بی‌طرفی چندان مستحکم نیست و در نهایت امر درباره بی‌طرفی و استقلال داور منتخب طرفین همسو نیز تردید و شبهه وجود خواهد داشت که می‌تواند به جرح چنین داوری بینجامد، مگر اینکه معیار بی‌طرفی درمورد داور منتخب طرفین و مشترک را نیز متفاوت تفسیر کرد. باید توجه داشت که تأکید بیش از حد بر بی‌طرفی و استقلال داور منتخب طرفین علاوه‌بر اینکه از واقعیت دنیای داوری به‌دور است، آن‌چنان‌که برخی نویسندگان گفته‌اند، ریاکارانه و ساده‌اندیشانه است.[۷] بااین‌حال اگر بتوان معیارها و مصادیق مفهوم همسویی را به‌شکل دقیقی تبیین کرد و آن را به‌عنوان عنصر سوم در کنار بی‌طرفی و استقلال مورد پذیرش قرار داد، شاید راه‌حل میانه‌ای بین دو دیدگاه در دسترس باشد.

۵.۲.۲. تکیه بر تعادل ناشی از دو داور منتخب طرفین و یک داور ثالث

فلسفه پنل داوری سه‌نفره این است که هر طرفی بتواند یک داور با رویکرد دوستانه نسبت به دعوای خود را وارد رسیدگی کند که تضمین‌کننده جدی گرفته شدن دعوای آن طرف خواهد بود و وجود دو داور منتخب طرفین متقابل و یک داور ثالث نیز عامل کنترل جانبداری‌ها خواهد بود.[۸] طرفین اختلاف از همسویی داوران منتخب طرفین نیز مطلع‌اند و امکان جرح داور برای موارد بسیار جدی، تأثیر جایگاه حرفه‌ای داوران برای رعایت اخلاق حرفه‌ای و نقش داور ثالث، ازجمله عوامل ایجاد تعادل‌اند.[۹]

به‌علاوه، داور ثالث یا سرداور دارای وظایف و کارکردهای خاصی در جنبه‌های اداره و آیین رسیدگی و به تصریح برخی نویسندگان ایجاد تعادل بین داوران منتخب طرفین است که موجب مدیریت فضای رسیدگی و تعدیل رویکرد داوران

---

1. Neutrality
2. Impartiality
3. Independence
4. Feehily, R. "Neutrality, Independence and Impartiality in International Commercial Arbitration, A Fine Balance in the Quest For Arbitral Justice", *7 PENN. ST. J.L. & INT'L AFF*. 8, PP 91.
5. Rustamova, A. *Neutrality of Arbitrators,* Vienna: Central European University, 2009, P 5.
۶. نیک‌بخت، حمیدرضا، ***داوری تجاری بین‌المللی***، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۹۰، ص ۳۷۳.
7. Gelinas, F. "The Independence of International Arbitrators and Judges: Tampered with or Well-Tempered? ", *New York International Law Review*, Volume 24, Issue 1, 2011, P 27.
8. Rau, A. S. "On Integrity in Private Judging", *Arbitration International*, 14, 1998, P 123.
9. Couri, Op. Cit., P 14.

منتخب طرفین می‌شود.[1]

۵.۲.۳. عرف داوری به‌عنوان عامل تعدیل

داوران حرفه‌ای با توجه به عرف داوری که ناظر به جمعیت کوچک، اما حرفه‌ای داوران است، رفتار غیرحرفه‌ای داور منتخب طرفین در عمل به‌عنوان نماینده یا وکیل یکی از طرفین را نفی می‌کند و داوری که چنین رفتاری را از خود بروز دهد، با کاهش اعتبار خود، قدرت اثرگذاری خود بر نتیجه رسیدگی را از دست خواهد داد.[2] نتیجه این وضعیت عدم تمایل طرفین اختلاف، وکلای آنان و سازمان‌های داوری در انتخاب چنین داورانی در آینده خواهد بود؛ چراکه داوران منتخب طرفین دارای جانبداری آشکار، از منظر طرفین اختلاف فاقد اعتبار و اثرگذاری لازم خواهند بود و در دید جامعه داوران نیز اشخاصی غیرحرفه‌ای در نظر گرفته می‌شوند. درنتیجه یک عامل تعدیل‌کننده درونی در عرف داوری درخصوص کنترل رفتار داوران منتخب طرفین وجود خواهد داشت.

نتیجه‌گیری

این پژوهش با بررسی چالش‌های مرتبط با معیار بی‌طرفی و استقلال داوران منتخب طرفین در داوری‌های سه‌نفره، به این نتایج دست یافته است:

۱- **همسویی داوران منتخب طرفین به‌عنوان واقعیتی اجتناب‌ناپذیر:** درحالی‌که قوانین و مقررات مرتبط با داوری در سطح نظام‌های ملی و سازمان‌های داوری بین‌المللی عموماً بر لزوم بی‌طرفی مطلق همه داوران تأکید دارند، واقعیت حاکم بر فضای داوری‌ها و رویه‌های عملی در برخی نظام‌های حقوقی (به‌ویژه امریکا) نشان می‌دهد که نوعی «همسویی معقول» داوران منتخب طرفین با طرفین اختلاف به‌صورت ضمنی پذیرفته شده است و در سطح دکترین داوری نیز طرفدارانی دارد.

۲- **توجیه‌پذیر بودن پذیرش معیار بی‌طرفی و استقلال متفاوت درخصوص داوران اختصاصی:** پذیرش معیار متفاوت درخصوص بی‌طرفی و استقلال داور منتخب طرفین معلول این است که داوران منتخب طرفین دارای دو نقش متمایزند: نخست نقش قضایی مشابه داور ثالث، و دوم نقش مترجم فرهنگی یا تسهیل‌کننده فهم بهتر امور موضوعی و حکمی که به درک بهتر مواضع طرف نصب‌کننده کمک می‌کند. این دوگانگی نقش، توجیه‌کننده نیاز به معیارهای متفاوت ارزیابی بی طرفی و استقلال است. پذیرش کنترل‌شده همسویی داوران منتخب طرفین می‌تواند به تحقق بهتر اهداف تشکیل هیئت‌های سه‌نفره از جمله پیشگیری از گروه‌اندیشی، تضمین شنیده شدن استدلال‌های طرفین و تسهیل رسیدگی‌های پیچیده بین‌المللی بینجامد.

درنتیجه به‌نظر می‌رسد به‌جای انکار کلی هرگونه ارتباط داور منتخب طرفین با طرف نصب‌کننده، باید مکانیسم‌های دقیقی برای تفکیک بین «همسویی سازنده» (مانند اشتراکات فرهنگی یا تخصصی) و «جانبداری مخرب» (مانند روابط مالی یا وابستگی‌های شخصی) طراحی و این تفاوت در معیارهای جرح داوران منتخب طرفین و مشترک لحاظ شود.

بر این اساس، رویکرد انعطاف‌پذیرتر نسبت به بی‌طرفی داوران منتخب طرفین، در چارچوبی کنترل‌شده و شفاف، نه‌فقط تهدیدی برای مشروعیت داوری محسوب نمی‌شود، بلکه می‌تواند به کارآمدی بیشتر این نهاد بینجامد. بااین‌حال، حفظ

---

[1]. Rogers, Op. Cit., P 180.
[2]. Ibid, P 150.

تعادل بین انعطاف‌پذیری و نظم حقوقی نیازمند توسعه استانداردهای دقیق است. این یافته‌ها می‌تواند مبنایی برای بازنگری در مقررات داوری و همچنین راهنمایی برای طرفین در انتخاب داوران منتخب طرفین باشد. برای نمونه می‌توان در اصول راهنمای تعارض منافع داوران کانون بین‌المللی وکلا بخشی با عنوان لیست سبز درخصوص داوران منتخب طرفین پیش‌بینی شود که برخی روابط یا همسویی‌های معقول داوران منتخب طرفین مورد شناسایی قرار گیرد. پیشنهاد می‌شود مطالعات آینده به بررسی عملی آثار و شیوه اجرای این الگو بپردازند.

منابع

کتاب

۱. نیک‌بخت، حمیدرضا، ***داوری تجاری بین‌المللی***، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۹۰.

مقاله

۲. بطحایی، سید فرهاد، عبدالله شمس، محمدعلی بهمنی و لعیا جنیدی، «مطالعه تطبیقی استقلال و بی‌طرفی داور منتخب طرفین»، *فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری*، دوره ۱۴، شماره ۳۶، ۱۳۹۷، صص ۲۹-۵۰.

۳. خدری، صالح، «دادرسی منصفانه در داوری تجاری بین‌المللی»، *فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۶، شماره ۲، ۱۳۹۴، صص. ۵۱۹- ۵۴۰. Doi: 10.22059/jcl.2015.55774

٤. شمس، عبدالله و سید فرهاد بطحائی، «معیار تشخیص استقلال و بی‌طرفی داور»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۰، شماره ۷۷، ۱۳۹۶، صص ۳۹-۶۵.

۵. عادل، مرتضی، «استقلال و بی‌طرفی داور در داوری داخلی و داوری تجاری بین‌المللی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۱۶، شماره ۶۴، ۱۳۹۲، صص ۱۹۱- ۲۱۶. /Doi: 10.22059/jlr.2014.55067

٦. فارسی، مریم و حمیدرضا علومی یزدی، «انتصابات مکرر در داوری سازمانی: چالش‌ها و راهکارها»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، دوره ۱۲، شماره۴۶، ۱۴۰۳، صص ۳۷-۶۴ /Doi: 10.22054/jplr.2024.75287.2773

۷. مافی، همایون، بهزاد قوامی و سام محمدی، «استقلال و بی‌طرفی داور در داوری‌های بین‌المللی با تکیه بر آرای قضایی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۵، شماره ۹۷، ۱۴۰۱، صص ۳۹-۶۶ Doi: 10.22034/jlr.2020.184771.1569

۸. نیکبخت، حمیدرضا، «جرح و خاتمه مأموریت داوران»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۱۰، شماره ۴۶، ۱۳۸۶، صص ۴۵-۷۴.

References

Books

1. Born, Gary B. *International Commercial Arbitration*, The Netherland: Kluwer Law International, 2020.
2. Gómez-Acebo, Alfonso, *Party-appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration*, The Netherlands: Kluwer Law Intl, 2016.
3. Irving L. Janis, *Groupthink: Psychological Studies of Policy Decisions and Fiascoes*, Cengage Learning, 1982.
4. Irving L. Janis, *Victims of groupthing*, Boston: Houghton-Mifflin, 1972.
5. Lew, Julian D. M., Loukas A. Mistelis, Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague: Kluwer Law International, 2003.
6. Nikbakht, Hamid Reza, *International Commercial Arbitration*, Tehran: Institute of Business Studies and Research, 2011. (in Persian)

7. Reisman, W. Michael, W. Laurence Craig,, William W Park and Jan Paulsson. *International Commercial Arbitration: Cases, Materials, and Notes on the Resolution of International Business Disputes*, New York: Foundation Press, 2015.
8. Rustamova, A. *Neutrality of Arbitrators*, Vienna: Central European University, 2009.
9. Roebuck , D. *Ancient Greek Arbitration*, The Arbitration Press, 2011.

Articles

10. Adel, Morteza, "Independence and Impartiality of Arbitrator in Domestic Arbitration and International Commercial Arbitration", *Legal Research Quarterly*, Volume 16, Issue 64, 2013, PP 191- 216. (in Persian) Doi: 10.22059/jlr.2014.55067/
11. Alan, Scott R. "The Culture of American Arbitration and the Lessons of Adr", *Texas International Law Journal*, Volume 40, Issue 3, 2005.
12. Batha'ei, Sayyed Farhad, Abdollah Shams, Mohammad Ali Bahma'ei and La'ya Joneydi, "Comparative Study of the Independence and Impartiality of the Arbitrator", *Quarterlty Journal of Private and Criminal Law Research,* Volume 14, Issue 36, 2018, PP 29-50. (in Persian) Doi: 20.1001.1.25385298.1397.0.36.3.3/
13. Brower, Charles N., Charles B. Rosenberg. "The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson—van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded", *Arbitration International*, Volume 29, Issue 1, 2013, PP 7–44. Doi: 10.1093/arbint/ 29.1.7
14. Farsi, Maryam and Hamidreza Olumi Yazdi, "Repeated Appointments in Organizational Arbitration: Challenges and Solutions", *Private Law Research Quarterly*, Volume 12, Issue 46, 2018, PP 37-64. (in Persian) Doi: 10.22054/jplr.2024.75287.2773/
15. Feehily, R., "Neutrality, Independence and Impartiality in International Commercial Arbitration, A Fine Balance in the Quest For Arbitral Justice", *7 PENN. ST. J.L. & INT'L AFF. 8*, PP 88-114.
16. Feerick, John D. "1977 Code of Ethics for Arbitrators: An Outside Perspective, The Symposium: Ethics in a World of Mandatory Arbitration" , *Ga. St. U. L. Rev*. 907, Volume 18, 2002, PP 907-926.
17. Fellas, J. "Evident Partiality and the Party-Appointed Arbitrator", *New York Law Journal*, Volume 259, Issue 124, 2018.
18. Fernandez-Armesto, J. "Salient Issues of International Arbitration", *American University International Law Review,* Volume 27, Issue 4, 2012, PP 721-726.
19. Franck, S. "The Role of International Arbitrators", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Volume 12, 2006, P 499-521.
20. Gelinas, F. "The Independence of International Arbitrators and Judges: Tampered with or Well-Tempered? ", *New York International Law Review*, Volume 24, Issue 1, 2011, PP 1-48.
21. Günther P., "Groupthink Bias in International Adjudication", *Amsterdam Law School Research Paper,* No 2020-05. Doi: 10.1093/ jnlids/idaa001
22. Hunter, M., "Ethics of the International Arbitrator", *Arbitration International,* Volume 53, Issue 4, 1987 .
23. Khedri, Saleh, "Fair Trial in International Commercial Arbitration", *Comparative Law Reviews Quarterly*, Volume 6, Issue 2, 2015, PP 519-540. (in Persian) Doi: 10.22059/jcl.2015.55774
24. Konstantinidi, M. "Beyond Cognition: Are Party-Appointed Arbitrators Truly Impartial?", *International Investment Law Journal*, Volume 4, Issue 2, 2024, PP 154-164.
25. Lee I. "Practice and Predicament: The Nationality of the International Arbitrator (With Survey Results) ", *Fordham International Law Journal*, Volume 31, Issue 3, 2007, PP 603-632.
26. Mafi, Homayoun, Behzad Ghavami and Sam Mohammadi, "Independence and Impartiality of the Arbitrator in International Arbitrations Based on Judicial Decisions", *Legal Research*, Volume 25, Issue 97, 2018, PP 39-66. (in Persian) Doi: 10.22034/jlr.2020.184771.1569

6, Issue 4, 1990, PP 320-341.
28. Nikbakht, Hamid Reza, "Dispute and Termination of Arbitrators' Mission", *Legal Research Quarterly*, Volume 10, Issue 46, 2007, PP 45-74. (in Persian) Doi: 10.22059/jlr.2007.51770/
29. Oglindă, B. "Key Criteria in Appointment of Arbitrators in International Arbitration", *Juridical Tribune*, Volume 5, Issue 2, 2015, PP 124-131.
30. Paulsson, J., "Moral Hazard in International Dispute Resolution", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 25, Issue 2, 2010, PP 339–355. Doi: 10.1093/icsidreview/25.2.339/
31. Puig, S., Anton Strezhnev, "Affiliation Bias in Arbitration: An Experimental Approach", *The Journal of Legal Studies,* Volume 46, Issue 2, 2017. Doi: 10.1086/694416/
32. Rau, A. S. "On Integrity in Private Judging", *Arbitration International*, 14, 1998. Doi: 10.1093/arbint/14.2.147/
33. Rogers, Catherine A., "Reconceptualizing the Party-Appointed Arbitrator and the Meaning of Impartiality", *Harvard International Law Journal*, Volume 64, Issue 1, 2023, PP 137-202.
34. Rusinque, F., "The System of Party-Arbitration: the Legitimacy of Party Appointed Arbitrators and the Right to Make Unilateral Nominations", *International Arbitration Law Review* , Volume 27, Issue 2, 2024, PP 102-125.
35. Sardinha, E., "Party-Appointed Arbitrators No More", *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Volume 17, Issue 1, 2018, PP 117-134. Doi: 10.1163/15718034-12341371/
36. Shams, Abdollah and Sayyed Farhad Batha'ei, "Criteria for Determining the Independence and Impartiality of the Arbitrator", *Legal Research Quarterly*, Volume 20, Issue 77, 2017, PP 39-65. (in Persian) Doi: 10.22059/jlr.2017.64436/
37. Van den Berg, A. "Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration", In: *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, M. H. Arsanjani, J. Cogan, R. Sloane, S. Wiessner (eds.). The Netherlands: Brill Publishers, 2011, PP 821-843 Doi: 10.1163/9789047427070_043
38. Wellington, Ralph G., "Is a Neutral Party-Appointed Arbitrator an Oxymoron? ", *dispute resolution magazine*, Volume 27, Issue 1, 2021.

Thesis

39. Couri, A. "Standards of impartiality, Independence and Neutrality for Arbitrators in International Commercial Arbitration", Master Thesis, *University of Toronto*, 2004.
40. Makarenko, Y. "Resolving the Problem of Lack of Independence and Impartiality of Party-Appointed Arbitrators", Legal Studies LLM, *Central European University,* 2020.
41. Schurmans, M. "The Independence and Impartiality of the Arbitrator: Between Appearance and Reality", Faculty of Law and Criminology, *Catholic University of Louvain*, 2017. (In French)

Legal Research, Vol 29, Issue 113, 2026: 107-126 Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Journal of Legal Research
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

Orginal Article

Inferring the Rule of Non-Violence from Detailed Evidences in Islamic Jurisprudence

Mojgan Davodi[1], Mohamadreza Kaykha[2], Aref Bashiri[3]

Highlights

- The principle of negating violence is founded on two main pillars: "inherent human dignity" and "transcendent purposes" (including mercy, justice, and the real interests of humanity).
- The content of the negation of violence in Islam is the negation of any illegitimate violent ruling or act.
- In Sharia, any behavior that a sound custom (healthy social norm) considers as harm or insult to human dignity is violence.

ABSTRACT

Introduction

Violence is a phenomenon with a profound impact on human relations. Islam emphasizes the prohibition of violence and values such as dignity, justice, peace, and peaceful coexistence. The negation of violence in Islam aligns with the inherent dignity of human beings and ethical values. However, certain interpretations of Islamic penal laws might appear violent, posing challenges to understanding Islam's approach to punishment, especially in light of human rights criticisms. Some jurisprudents have even prevented the implementation of certain punishments. This study aims to establish the negation of violence as an independent juristic rule within Islamic jurisprudence, by referring to detailed jurisprudential evidence. It seeks to clarify ambiguities, define criteria for illicit violence, explore its jurisprudential foundations, and analyze the flexibility of Islamic penalties.

Methods

This research employs a descriptive-analytical approach to examine the jurisprudential and philosophical foundations of the negation of violence in Islam. First, the concept of violence and its identifying criteria are analyzed, distinguishing between value-laden and non-value-laden approaches. The criteria for identifying instances of violence are based on divine principles (inherent human dignity) and the role of custom. The distinction between "descriptive violence" and "attributive violence," as well as "fixed principles" (divine legislation) and "variable manifestations" (implementation across time and space), is also explored. The foundations of negation of violence are investigated based on Quranic evidence

How to Cite: Davodi, Mojgan, Kaykha, Mohamadreza, Bashiri, Aref, "Inferring the Rule of Non-Violence from Detailed Evidences in Islamic Jurisprudence", Legal Research, Vol. 29, No. 113, 2026, pp: 107-126.

DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2025.237993.2826 Received: 04/01/2025-Accepted: 30/07/2025

1. PhD, Faculty of Theology, Law & Islamic Studies, University of Sistan and Baluchestan, Zahedan, Iran
2. Associate Professor, Faculty of Theology, Law & Islamic Studies, University of Sistan and Baluchestan, Zahedan, Iran
Corresponding Author Email: kaykha@hamoon.usb.ac.ir
3. Assistant Professor, Faculty of Theology & Islamic Studies, Shahid Chamran University of Ahvaz, Ahvaz, Iran

Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

(prohibition of killing, inherent human dignity, justice, peace) and narrations (hadith on moderation and hadith on the easy and tolerant Hanifiyyah). Furthermore, the overarching principles of divine mercy and compassion, and the rule of forbidding alienation from religion, are analyzed from various jurisprudential perspectives. The research posits that penal laws are subject to divine objectives and real expediencies, thus possessing flexibility in implementation and manifestation according to temporal and spatial requirements. This study seeks to establish the rule-making of negation of violence in Islamic jurisprudence.

Results and Discussions

The findings indicate that the negation of violence in Islam is not merely an ethical recommendation but a deeply rooted and operative juristic rule derivable from detailed Islamic evidence. This rule rests on two main pillars: "inherent human dignity" and "the sublime objectives of Sharia" (including mercy, justice, and human expediencies). Violence is defined as any harmful act involving coercion and an intent to destroy (physical, psychological, or spiritual). In identifying instances of violence, divine criteria (such as the verse "And We have certainly honored the children of Adam") and the role of sound societal custom are central. Any behavior deemed by sound custom as causing harm or insulting human dignity can be an instance of violence. At the foundational level, the Holy Quran prohibits killing ("whoever kills a soul...it is as though he had killed all mankind") and any aggression against others' rights. The principle of inherent human dignity (Quran, Surah Al-Isra, verse 70) negates any act violating human dignity. This dignity is a divine, inalienable gift, not forfeited by crime or sin. The Quran also emphasizes justice, benevolence, and peace, all of which are prerequisites for the negation of illicit violence. From the perspective of narrations, the hadith "We, the prophets, were commanded to deal leniently with people..." emphasizes the obligation or strong recommendation of leniency, and the hadith "I was sent with the easy and tolerant Hanifiyyah" indicates compassion and ease in Islam. A fundamental principle governing Sharia is divine mercy and compassion (Quran, Surah Al-Anbiya, verse 107), which frames the ultimate goal of punishments not as mere infliction of pain, but as ensuring public welfare and deterring corruption. This principle dictates that punishment implementation must consider proportionality, preservation of human dignity, prioritization of reform, and justice. The rule of forbidding alienation from religion and preserving Islam's image is another critical foundation for the negation of violence. Any act that causes aversion to Islam is prohibited; this rule reveals Sharia's objectives and correct understanding of primary rulings. Jurisprudents like Mirza-ye Na'ini and Imam Khomeini (RA) emphasized the influence of time and place on rulings and the necessity of Ijtihad (independent reasoning) considering contemporary exigencies. The conduct of the Ahl al-Bayt (AS) also shows instances where they prevented or altered punishments when their execution did not serve the true intent of the Legislator. The hadith "Ward off Hudud from Muslims as much as you can..." underscores caution in matters of life and preferring clemency over punishment in doubtful cases.

Conclusion

The negation of violence in Islam, as an independent juristic rule, is firmly grounded in "inherent human dignity" and "the sublime objectives of Sharia." The ultimate criterion for judging punishments as violent is the simultaneous assessment of divine texts and custom-driven expediency. Islamic penalties, though rooted in religious texts, are flexible in their implementation, considering custom, expediency, and human dignity. This flexibility stems from the divine wisdom that human understanding of expedience and harm evolves over time. Islam's particular caution in penal laws, given the sanctity of life and human dignity, and the Quran's emphasis on repentance, forgiveness, and mercy, demonstrates the prevalence of Islamic compassion. Therefore, rulings perceived as violent do not fulfill the Sharia's objectives and are not truly intended by the Legislator, which underscores Islam's comprehensiveness and eternity. The findings indicate that Islam opposes direct and indiscriminate violence, basing its penal policy on preventing the spread of crime. The existence of alternative reform-oriented mechanisms (such as proportionate discretionary punishments, amnesty, and reconciliation) alongside severe punishments further confirms this tolerant and justice-oriented approach. Based on these findings, transforming the rejection of violence into an independent rule in Islamic jurisprudence is an inevitable necessity for protecting the integrity of Islam and strengthening the foundations of justice and social peace.

Keywords: Islamic Ethics, Non-Violence, Philosophy of Rulings, Rule-Making, Human Dignity.

فصلنامه تحقیقات حقوقی
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

مقاله علمی-پژوهشی

استنباط قاعده نفی خشونت از ادله تفصیلی در فقه اسلامی

مژگان داودی[۱]، محمدرضا کیخا[۲]، عارف بشیری[۳]

نکات برجسته

- قاعده نفی خشونت، بر دو محور اصلی «کرامت ذاتی انسان» و «مقاصد متعالی» (شامل رحمت، عدالت و مصالح واقعی بشر) استوار است.
- مفاد نفی خشونت در اسلام، نفی هرگونه حکم یا عمل خشونت‌آمیز نامشروع است.
- در شریعت، هر رفتاری که عرف سالم آن را آسیب یا اهانت به کرامت انسانی بداند، خشونت است.

چکیده

نفی خشونت در اسلام، هم‌راستا با «کرامت ذاتی انسان» و «ارزش‌های اخلاقی» است و پیوندی ناگسستنی با این اصول دارد. بر این اساس، اسلام هرگونه رفتار ظالمانه و آسیب‌زا را مردود می‌داند و بر عدالت، صلح و انسجام اجتماعی تأکید می‌کند. بااین‌حال، برخی احکام جزایی فقهی ممکن است در برداشت‌هایی، خشونت‌آمیز به‌نظر برسند که این موضوع چالش‌هایی در فهم رویکرد اسلام نسبت به کیفر و مجازات به وجود آورده است. سؤال اصلی این پژوهش آن است که چگونه می‌توان با استناد به ادله تفصیلی فقه اسلامی، نفی خشونت را به‌عنوان یک قاعده فقهی مستقل تثبیت کرد و چالش‌های مربوط به آن را تبیین نمود؟ پژوهش حاضر با رویکرد توصیفی-تحلیلی، مبانی فقهی و فلسفی نفی خشونت در اسلام را بررسی می‌کند و نشان می‌دهد که هدف اصلی مجازات‌ها، نه خشونت‌ورزی بلکه بازدارندگی و اصلاح است؛ مجازات‌ها بیشتر تهدیدی برای جلوگیری از جرائم‌اند تا ابزاری برای خشونت مطلق و بی‌هدف. یافته‌ها حاکی از مخالفت اسلام با خشونت مستقیم و بی‌هدف است و سیاست کیفری آن را بر جلوگیری از گسترش بزه‌کاری استوار می‌داند. وجود سازوکارهای جایگزین اصلاح‌محور (چون تعزیرات متناسب، عفو و مصالحه) در کنار مجازات‌های سنگین، این رویکرد مداراجویانه و عدالت‌محور را تأیید می‌کند. بر پایه این یافته‌ها، تبدیل نفی خشونت به قاعده‌ای مستقل در فقه اسلامی، ضرورتی اجتناب‌ناپذیر برای صیانت از کیان اسلام و تحکیم پایه‌های عدالت و صلح اجتماعی به‌شمار می‌رود.

کلید واژگان: اخلاق اسلامی، عدم خشونت، فلسفه احکام، قاعده‌انگاری، کرامت انسانی.

استناد به این مقاله: داودی، مژگان، کیخا، محمدرضا، بشیری، عارف، «استنباط قاعده نفی خشونت از ادله تفصیلی در فقه اسلامی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۳، فروردین ۱۴۰۵، صص: ۱۰۷-۱۲۶.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۰/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۵/۰۸ DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2025.237993.2826

۱. دکتری، دانشکده الهیات، حقوق و معارف اسلامی، دانشگاه سیستان و بلوچستان، زاهدان، ایران
۲. دانشیار، دانشکده الهیات، حقوق و معارف اسلامی، دانشگاه سیستان و بلوچستان، زاهدان، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: kaykha@hamoon.usb.ac.ir
۳. استادیار، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه شهید چمران اهواز، اهواز، ایران

Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

مقدمه

خشونت، به‌عنوان پدیده‌ای اجتماعی، در طول تاریخ تأثیرات عمیقی بر روابط انسانی داشته است. آموزه‌های دینی و اخلاقی، به‌ویژه در اسلام، نقش حیاتی در شکل‌دهی به نگرش افراد نسبت به خشونت ایفا می‌کنند. اسلام به‌وضوح بر حرمت خشونت و ارزش‌های انسانی نظیر کرامت، عدالت و صلح تأکید دارد و نفی خشونت را به‌عنوان یک اصل اساسی در فقه اسلامی معرفی می‌کند. اسلام بر اصول رحمت، عدل و هم‌زیستی مسالمت‌آمیز بنا شده و این موضوع در آثار متعدد علما و محققان اسلامی تأکید شده است.[1] گزاره‌ای که مفاد آن بر نفی هرگونه خشونت در اسلام و مناسبات اجتماعی تأکید شده است.

این اصل نه‌تنها به جلوگیری از رفتارهای خشونت‌آمیز پرداخته، بلکه به ترویج فرهنگ هم‌زیستی کمک می‌کند. با توجه به چالش‌های موجود در تفسیر احکام کیفری، تجدیدنظر در این احکام با استناد به قاعده نفی خشونت، در دنیای معاصر و با توجه به تحولات حقوق بشری، ضروری است.

سازمان عفو بین‌الملل در سال ۱۳۸۶ گزارشی جامع درباره مجازات سنگسار در ایران منتشر کرد. این گزارش به بررسی ماهیت سنگسار، نحوه اجرای آن، و مشخصات محکومان به این مجازات پرداخته است. در مقدمه، تأکید شده که ایران به‌عنوان یک کشور امضاکننده میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (ICCPR) موظف به رعایت مواد آن است، به‌ویژه ماده ۶ (حق حیات) و ماده ۷ (منع شکنجه و رفتار یا مجازات‌های غیرانسانی و تحقیرآمیز)، که با مجازات سنگسار نقض می‌شوند. همچنین خاطرنشان شده است که اقدامات حفاظتی سازمان ملل خواستار محدود کردن مجازات اعدام به «بدترین جنایت‌ها» است. بر اساس قطعنامه ۵۹/۲۰۰۵ کمیسیون حقوق بشر، این جنایت‌ها نباید شامل اعمال غیرخشن، مانند روابط جنسی مرضی‌الطرفین بین افراد بالغ به کار گرفته شود.[2]

سازمان دیدبان حقوق بشر نیز انتقادات فراوانی به تقنین و اجرای مجازات رجم در ایران وارد کرده و آن را ناقض حقوق بشر معرفی می‌کند. این وضعیت باعث شده که علما با بازنگری در ادلّه شرعی، به تعدیل احکام خصوصاً در حوزه حقوق کیفری بپردازند. برخلاف دورانی که قانونگذار به تغییر در اجرای احکام الهی اعتقادی نداشت، به‌مرور تردیدهایی درمورد اجرای برخی مجازات‌ها نظیر رجم به وجود آمد. اولین بار امام‌خمینی (ره) از اجرای رجم جلوگیری نمود[3] و پس‌ازآن، هاشمی شاهرودی، ریاست وقت قوه قضائیه، در سال ۱۳۸۱ بخشنامه‌ای صادر کرد که به قضات توصیه شده بود از اجرای این مجازات خودداری کنند.[4]

بااین‌حال، به‌دلیل نبود منبع مستحکم فقهی برای نفی حکم موجود، هنوز هم امکان اجرای رجم در قوانین جدید وجود دارد. در این راستا، برخی از فقیهان به اصولی مانند مصلحت، حرمت تنفیر از دین و قاعده لاضرر استناد کرده‌اند،[5] اما

---

[1]. حسینی شیرازی، سید محمد، ***نفی خشونت در اسلام***، قم: جلال‌الدین، ۱۳۹۳، ص ۲۷۶؛ مجد فقیهی، محمدعلی، ***اسلام و نفی خشونت***، تهران: حکمت و اندیشه، ۱۳۹۴، ص۸۶؛ غزالی، ***احیاءعلوم الدین***؛ ملاصدرا، ***فلسفه اخلاق***؛ علامه طباطبایی، ***المیزان***، آیت‌الله خمینی، آیت الله سیستانی.

[2]. سازمان عفو بین‌الملل، «به اعدام با سنگسار خاتمه دهید». ۱۴۰۳، قابل بازبینی در: https: //www.Iranrights.org

[3]. رحمان‌دوست، مهدیار و محمد حسین بیاتی، «نقدی بر گفتمان نظام حقوقی ایران در مواجهه با چالش‌های تقنین و اجرای حدود»، *فصلنامه پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی*، دوره ۱۰، شماره ۱۹، ۱۴۰۱، ص ۲۷۸.

[4]. عبدالهی، عشرت، «احکام رجم به‌صورت ویژه بررسی می‌شود / سازوکارهای جدید برای قانون سنگسار»، *روزنامه اعتماد*، شماره ۱۵۳۱، ۱۳۸۶/۰۸/۱۳، ص ۱.

[5]. ایازی، سید محمدعلی، ***اصل کرامت انسان به مثابه قاعده‌ای فقهی***، تهران: سرایی، چاپ اول، ۱۴۰۲، ص ۱۲.

همچنان که در این پژوهش خواهد آمد، انطباق این قواعد با موضوع، محل تردید جدّی است.
پژوهش حاضر در تلاش است با هدف ارائه ضابطه روشنی از موضوع قاعده نفی خشونت به بررسی ابهامات و شبهات موجود در این زمینه بپردازد. در این راستا، پژوهش حاضر به‌دنبال پاسخ به سوالات‌ی درباره معیار تشخیص خشونت نامشروع، مبانی فقهی آن و قابلیت انعطاف‌پذیری مجازات‌های اسلامی است.

۱. تحقیق در موضوع، مصداق و ضابطه خشونت

قبل از تبیین ضابطه خشونت و درک گستره آن، لازم است به این نکته بنیادین توجه داشت که قواعد فقهی و اصولی، هرچند از ادله نقلی (قرآن و سنت) سرچشمه می‌گیرد، فرایند انتزاع و قاعده‌سازی آنها نیازمند نقش فعال عقل است. عقل در اینجا به‌معنای «عقل عملی» یا «فهم عقلایی» است که می‌تواند کلیت‌ها و اصول حاکم بر احکام جزئی را کشف و صورت‌بندی کند. این نقش فعال عقل، به‌ویژه در فهم و تشخیص مفاهیم کیفی که دارای مصادیق متغیر در زمان و مکان هستند، حیاتی است.[۱]

۱.۱. تعریف مفهوم خشونت

خشونت واژه‌ای است که تعریفی واحد ندارد و بین صاحب‌نظران درمورد آن اختلاف‌نظر وجود دارد. این واژه شامل دو رویکرد ارزشی و غیرارزشی است که باید از هم تفکیک شوند تا انواع مختلف خشونت بهتر درک شوند. به‌طور کلی، خشونت را می‌توان رفتاری تعریف کرد که به تحمیل نوعی آسیب یا رنج، چه فیزیکی، چه روانی و احساسی، بر دیگری منجر شود.
معنای حقوقی «خشونت» در استعمالات قرآنی، با واژه «غلظت» مقارن است. واژه «غلظت» در قرآن کریم به‌معنای شدت، درشتی و تندخویی به‌کاررفته است: «ولو کنت فظّا غلیظ القلب لا نفضّوا من حولک؛ اگر خشن و سنگدل بودی، حتماً از دور تو پراکنده می‌شدند[۲]» که واژه‌های «رأفت»، «مدارا»، «رفق»، «تساهل» و «تسامح» در مقابل آن استعمال می‌شود. واژه «خشونت» هرچند در معنای رفتار تند و درشت به کار می‌رود، درعین‌حال، بین این تعابیر تفاوت‌هایی نیز وجود دارد و می‌تواند شامل تأثیرات روانی و احساسی نیز باشد، نه صرفاً آسیب فیزیکی؛ برای مثال، یک کلام تند و تحقیرآمیز می‌تواند به همان اندازه یک ضربه فیزیکی، رنج روانی ایجاد کند. قرآن کریم درحالی‌که پیامبر را به عدم سهل‌انگاری و تسامح متّصف می‌کند، ایشان را مایه رحمت جهانیان معرفی کرده و با صراحت بیان می‌فرماید: «ای پیامبر، اگر خشن بودی، مردم از گرد تو پراکنده می‌شدند»[۳].
آموزه‌های اسلامی به‌صراحت با خشونت مخالف‌اند و بر حرمت جان انسان و اهمیت صلح تأکید دارند.[۴] در این راستا، قرآن کریم در آیاتی چون آیه ۳۲ سوره مائده، قتل یک نفر را معادل قتل تمام بشریت می‌داند.[۵] این آموزه‌ها به‌وضوح، خشونت علیه غیرنظامیان، طبیعت و بی‌گناهان را منع می‌کند و هرگونه آسیبی مذموم شمرده می‌شود. علاوه‌بر این، در تفکر

---

[۱]. در ادامه، در بخش «نقش عرف در تشخیص مصادیق» به تفصیل بیان خواهد شد که عقل و عرف سالم جامعه، با درک روح کلی شریعت و اهداف آن (مانند حفظ کرامت انسانی و صیانت از دین)، در انتزاع و فهم گستره قاعده نفی خشونت نقش اساسی ایفا می‌کنند.
[۲]. قرشی، سید علی‌اکبر، ***قاموس قرآن***، جلد ۷۵، تهران: الاسلامیه، ۱۳۷۱، ص ۱۱۴.
[۳]. آل‌عمران/ ۱۵۹.
[۴]. فصلت/۳۴/ ۹۰، مائده/ ۹۰، بقره/ ۲۰۸، حجرات/۱۰.
[۵]. مائده /۳۲.

اسلامی، عفو و بخشش نشانه بزرگ‌منشی و انسانیت قلمداد می‌شود[۱] و مؤمنان به پاسخ‌گویی به بدی‌ها با نیکی تشویق می‌گردند.[۲] چنان‌که پیامبر اسلام (ص) و ائمه معصومین (ع) بارها بر اهمیت عفو و گذشت تأکید کرده‌اند. برای مثال روایاتی چون «مَن یَعْفُ یَعْفُ اللهُ عَنه» نشان می‌دهد که هر کس عفو داشته باشد، خدا نیز از او گذشت خواهد کرد.[۳] همچنین، حدیث «اَلعَفوُ زکاةُ الظَّفَرِ» بیانگر این است که عفو و گذشت زکات پیروزی به‌شمار می‌آید[۴] و پیامبر (ص) می‌فرماید: «عَلیکُم بِالعَفوِ فَاِنَّ العَفْوَ لا یزید العَبدَ اِلاّ عِزاً»، که عفو بر عزت انسان می‌افزاید.[۵]

بنابراین موضوع خشونت تحقق هرگونه آسیب فیزیکی، روانی یا احساسی در دیگران است. این آسیب می‌تواند به‌صورت مستقیم یا غیرمستقیم، مادی یا معنوی بروز یابد و دامنه گسترده‌ای از صدمات را در بر گیرد. به‌عبارتی، اساس و بستر شکل‌گیری مفهوم خشونت، تحقق این‌گونه آسیب‌هاست، حتی اگر هنوز به‌حد یک فعل خشونت‌آمیز نرسیده باشد.[۶] این مفهوم قابلیت بررسی در زمینه‌های مختلفی مانند قوانین مدنی، جرائم، حقوق بشر و حقوق بین‌الملل را دارد.

۱.۲. معیار و ضابطه تشخیص مصادیق خشونت

تدقیق ضابطه تشخیص مصادیق خشونت از جمله چالش‌های اصلی در این حوزه است، چراکه این مفهوم، برخلاف برخی موضوعات فقهی مانند سرقت یا شراب که دارای ضوابط روشن و بعضاً ریاضی‌وار هستند، یک مقوله کاملاً کیفی است و در چنین مواردی، نمی‌توان به‌دنبال یک فرمول دقیق و کمی بود. مبنای شناخت کرامت انسانی و رفتار غیرانسانی بر دو محور اساسی استوار است: **نخست**، مبانی الهی مستخرج از متون دینی؛ **دوم**، نقش عرف به‌عنوان معیار تشخیص مصادیق. این اصول به ما در تشخیص مصادیق خشونت کمک می‌کنند.

الف) مبنای الهی کرامت انسانی: ثبات ارزش‌ها در کتاب و سنت: کرامت انسان در اسلام، مفهومی وحیانی و غیرقابل‌انکار است که مستقیماً از آیات قرآن و سنت استخراج می‌شود. آیه ۷۰ سوره اسراء می‌فرماید: «وَلَقَدْ کَرَّمْنَا بَنِی آدَمَ». این آیه، کرامت ذاتی انسان را صرفاً به‌دلیل انسانیتِ او، فارغ از دین یا نژاد، ثابت می‌کند. این اصل همچنین در حدیث نبوی: «أمرنی ربّی بمداراةالناس کما أمرنی بأداء الفرائض؛ پروردگارم، مدارای انسانی را هم‌سنگِ ادای واجبات دینی می‌داند»[۷] مورد تأکید قرار گرفته است. این مبانی، معیارهای فطری و تغییرناپذیری هستند که هیچ مرجع بشری، حتی کنوانسیون‌های بین‌المللی، نمی‌توانند آن را نقض یا تعدیل نمایند. بلکه اصالت‌سنجی مراجع برای ارائه تعریفِ «رفتار غیرانسانی»، باید در چارچوبِ این ارزش‌ها ارزیابی شود. اگرچه مواردی در کنوانسیون‌های حقوق بشری نیز دیده می‌شود که مؤیّد این مبانی محکم هستند؛ مانند کنوانسیون «ممنوعیت شکنجه و رفتار یا مجازات خشن غیرانسانی و یا تحقیرکننده»[۸] که به‌رغم ارائه و معرفی دو شاخص مفهومی «رفتار غیرانسانی» و «شکنجه» به‌عنوان معیار خشونت‌آمیز بودن یک فعل، درگیرِ ابهامات مفهومی‌اند.

---

۱. بقره/ ۱۳۴، نور/۲۲.

۲. مؤمنون/۹۶.

۳. کلینی، محمد بن یعقوب، ***الکافی***، جلد ۲، قم: دارالحدیث، ۱۴۲۶ ه.ق، ص ۳۲۲.

۴. همان، ص ۲۲۲.

۵. همان، ص ۲۶۱.

۶. درخشان، مسعود، ***حقوق بشر***، جلد ۱، تهران: علمی و فرهنگی، ۱۳۸۹، ص ۲۵.

۷. کلینی، پیشین، ص ۵۱۵.

8. "Convention against torture and other cruel, Inhuman or. Degrading treatment or panishment", 1984.

فقدان اجماع علمی در تعریف این مفاهیم[۱]، سازمان‌های بین‌المللی را به ذکر مصادیق عینی مانند تنبیهات بدنی، حبس در سلول‌های تاریک و استفاده از غل و زنجیر محدود کرده است.[۲] بااین‌حال، این مصادیق در نظام اسلامی تنها زمانی معتبرند که در چارچوبِ همان مبانی الهی (کرامت ذاتی و مدارا) ارزیابی شوند.

ب) مبنای عرف در تشخیص مصادیق خشونت: عقل و عرف سالم جامعه نقش محوری در تشخیص مصادیق خشونت ایفا می‌کنند. این بدان معناست که عرف، به‌عنوان فهم عقلایی و متعارف یک جامعه، با درک روح کلی شریعت و اهداف آن (مانند حفظ کرامت انسانی، صیانت از دین، و اقامه عدالت)، در انتزاع و فهم گستره قاعده نفی خشونت نقش اساسی دارد. این نقش صرفاً به‌معنای تبعیت کورکورانه از رسوم نیست، بلکه به‌معنای ارجاع به فهم جمعی‌ای است که با مبانی عقلی و شرعی سازگار باشد. این رویه در برخی نهادهای فقهی مشهود است؛ برای مثال، در قاعده لاضرر، فهم عرفی از «ضرر» (که شامل ضررهای معنوی و حیثیتی نیز می‌شود)، نشان‌دهنده نقش عقل و عرف در توسعه مفهوم این قاعده و شمول آن بر مصادیق جدید خشونت‌آمیز است (همان‌گونه که در قاعده عدالت نیز، ضابطه تشخیص، عمدتاً عرف معرفی می‌شود).

بنابراین، هرگاه رفتاری در جامعه توسط عرف سالم، نوعی آسیب یا اهانت به کرامت انسانی تلقی شود، می‌تواند مصداق خشونت باشد. در حقیقت عرفِ سالمِ جامعه، حلقه واسطِ مبانی الهی و مصادیق عینی است؛ مصادیقی چون زندانِ تحقیرآمیز، اگر در چارچوبِ عقل جمعیِ همسو با ارزش‌های قرآنی (مثل حدیثِ نفیِ اِعمال حد در شبهات) به‌عنوان «ناقض کرامت» شناسایی شوند، حتی بدون تصریح در نصوص مردود خواهند بود. بر این اساس، معیار نهاییِ خشونت‌آمیز بودنِ مجازات‌ها، سنجشِ توأمانِ مستنداتِ وحیانی و عرفِ مصلحت‌محور است، نه صرفِ پیروی از اسناد بشری یا برداشت‌های فردی.

۱.۳. مصادیق خشونت

با توجه به تعاریف، مصداق خشونت عبارت است از «هر رفتار آسیب‌زا با توسل به‌زور و قصد تخریب»، چه فیزیکی، چه روانی یا معنوی. سه مؤلفه اصلی آن عبارت‌اند از: آسیب، توسل به‌زور و قصد تخریب که عمل را در زمره خشونت قرار می‌دهد. همچنین، «قصد تخریب» می‌تواند شامل هدف تخریب فیزیکی، روانی، حیثیتی یا حتی معنوی باشد، همان‌طورکه در مفهوم خشونت توضیح داده شد.

۱.۳.۱. خشونت معنای وصفی است یا موصوفی؟ تحلیل ماهیت وصفی خشونت در فقه اسلامی: تمایز میان تشریع و اجرا

گفته می‌شود خشونت در فقه اسلامی، وصفی است و نه ذاتی؛ یعنی خشونت، صفتی است که به افعال خاصی نسبت داده می‌شود، نه ماهیتی مستقل. موصوف این وصف هر فعلی است که از طریق توسل به قهر غیرمشروع، به آسیب جسمی، روانی یا تحقیر کرامت انسانی بینجامد. برای نمونه، مجازات قطع دست سارق، اگر خارج از چهارچوب شرعی و بدون رعایت شرایط مخصوص یا با انگیزه‌های غیرالهی اجرا شود، وصف «خشونت‌آمیز» می‌گیرد. این تمایز، کلید حل اختلاف ظاهری میان اراده تشریعی الهی و ارزیابی عرف است.

---

[۱]. لوین، لیا، ***حقوق بشر***، ترجمه محمد جعفر پوینده، تهران: قطره، ۱۳۷۱، ص ۱۴۴.

[۲]. راعی، مسعود، ***خشونت؛ احکام اسلامی و کنوانسیون‌های بین‌المللی*** قم: مؤسسه پژوهشی امام خمینی (ره)،۱۳۸۱، ص ۵۸.

اشکال تعارض میان اراده الهی و عرف، ناشی از خلط دو سطح است: نخست، سطح تشریع که ثابت و الهی است. در این سطح، مجازات‌هایی مانند حدود و قصاص، مستقیماً از نصوص دینی (قرآن و سنت) استخراج و تغییرناپذیرند؛ مانند آیه ۳۸ سوره مائده درباره حد سرقت و آیه ۱۷۸ سوره بقره درباره قصاص. دوم، سطح اجرا که متغیر و مصلحت‌محور است. در این سطح، عرف مصلحت اجرای حکم را در موقعیت‌های خاص می‌سنجد، نه اصل تشریع را. نمونه‌ای گویا در این زمینه، روایت امام‌علی (ع) است که می‌فرماید: «لَا أُقِيمُ حَدّاً عَلَى أَحَدٍ بِأَرْضِ الْعَدُوِّ حَتّى يَخْرُجَ مِنْهَا؛ در سرزمین دشمن، حد را اجرا نمی‌کنم تا مجرم به دشمن نپیوندد». این تصمیم، نفی اراده تشریعی الهی نیست، بلکه تحقق غایت حکمت الهی (حفظ نظام اسلامی) در چارچوب شرایط خاص است. بنابراین، عرف با کشف مصادیق جدید همان حکمت الهی، در خدمت اراده تشریعی قرار می‌گیرد.[۱]

در نتیجه، خشونت صرفاً وصف افعال است، نه وصفی مستقل، و عرف در فقه اسلامی، مصلحت اجرا را در پرتو اهداف شریعت می‌سنجد. تغییر در شیوه‌های اجرای مجازات، مانند تعلیق حد در سرزمین‌های دشمن، فقط در جهت تحقق غایت حکمت الهی و بر اساس مصلحت‌های بالاتر است. این فرآیند، نوعی اسلام‌سازی عرف است؛ یعنی عرف تنها زمانی معتبر است که با مصالح، عدالت و کرامت انسانی همسو باشد. هر عرفی که با روح شریعت و نصوص قطعی دین مغایرت دارد، طبق آیه «فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِی شَیْءٍ فرد وه إِلَى اللّهِ وَالرَّسُولِ»[۲] مردود است.

۱.۳.۲. تمایز میان مبنای ثابت و مصادیق متغیر خشونت

در بحث ضابطه خشونت، ضروری است که میان «مبنا» و «مصادیق» تمایز قائل شد و از خَلط این دو سطح پرهیز نمود. مبنای کرامت انسانی و حرمتِ خشونتِ غیرمشروع، از اصولِ غیرقابل تغییرِ اسلامی است که مستند به قرآن و سنت است. این مبنا، چارچوب کلی و الهی را تعیین می‌کند که نفی هرگونه تعرض به شأن و کرامت انسانی را شامل می‌شود. در مقابل، «مصادیق» رفتارهای ناقضِ کرامت، متغیرند و تشخیص آنها تابعِ پیشرفتِ اخلاق جمعی، دانشِ بشری و تحولات عرفی جامعه است. برای مثال، رفتارهایی نظیر حبس در سلول تاریک یا شلاق زدنِ علنی که ممکن است در گذشته مورد بحث نبوده یا کمتر مورد توجه قرار گرفته باشند، امروزه با توجه به تغییر عرف و درک عمیق‌تر از کرامت انسانی، مصداق خشونت‌آمیز تلقی می‌شوند. به‌عبارت دیگر، معیارِ الهی، چارچوب کلان را تعیین می‌کند و عرفِ سالم، با فهم این چارچوب و اهداف شریعت، مصداق‌یابی می‌کند. این پویایی در تشخیص مصادیق، مانع از خشکی احکام و تضمین‌کننده سازگاری شریعت با نیازهای روز است؛ برای مثال، حدیثِ «ادرءوا الحدود بال شبهات»[۳]، اصلِ عفو را بر مجازات ترجیح می‌دهد، اما تشخیصِ «شبهه» (ابهام در ادله یا شرایط اجرا) با عرفِ قضایی است.

۲. مبانی و اصول نفی خشونت در اسلام

قبل از بررسی مبانی نفی خشونت در اسلام، گفتنی است که پذیرش این قاعده به‌معنای تأیید خشونت‌بار بودن احکام زمان نزول نیست. در استنباط احکام، رابطه حکم و موضوع، رابطه علت و معلول نیست، بلکه تغییر شرایط منجر به تغییر حکم می‌شود. لذا اگر شرایط برعکس شود همین عمل برعکس اتفاق می‌افتد. احکام شرعی در واقع قضایای حقیقی‌اند

---

[۱]. ترمذی، محمد بن عیسی، ***سنن ترمذی***، جلد ۲، تحقیق و شرح: احمد محمد شاکر، بیروت: داراحیاء التراث العربی، بی‌تا، ص ۳۰۰.

[۲]. نساء/۵۹.

[۳]. ترمذی، پیشین، ص ۴۳۸.

که با تحقق موضوعاتشان جاری می‌شوند و نمی‌توانند معدوم شوند. ازاین‌رو امام‌خمینی (ره) نیز اشاره می‌کند که موضوعاتی که سابقاً تحت یک حکم بودند، ممکن است به‌دلیل تغییرات بیرونی یا نیازهای نظام از آن حکم خارج و به حوزه حکم جدیدی منتقل شوند. در نتیجه، با درک دقیق‌تر از روابط اقتصادی، اجتماعی و سیاسی، متوجه می‌شویم که موضوعات تغییر کرده و نیاز به احکام جدید دارند، حتی اگر ظاهراً مشابه گذشته باشند.[۱]

۲.۱. مبنای قرآنی (دلیل قطعی)

قرآن کریم به‌عنوان منبع اصلی و دلیل قطعی در شریعت اسلامی، مبانی مستحکمی برای قاعده نفی خشونت ارائه می‌دهد. اگرچه واژه «خشونت» به‌صورت مستقیم در قرآن به کار نرفته است، مفهوم نفی هرگونه تعدی، ظلم و آسیب‌رسانی نامشروع به انسان و نقض کرامت ذاتی او، به‌وضوح از آیات متعدد قابل استنتاج است. این رویکرد قرآنی بر اهمیت حفظ جان، مال و حیثیت انسان تأکید دارد و برقراری صلح، عدالت و احسان را به‌عنوان اهداف متعالی در روابط انسانی مطرح می‌کند.

الف) حرمت قتل نفس و تجاوز به حقوق انسان: قرآن کریم، احترام به خون انسان‌ها و حرمت قتل نفس را در بالاترین اولویت قرار داده و آن را به مثابه کشتن تمام انسان‌ها تلقی می‌کند:

«مَنْ قَتَلَ نَفْساً بِغَيْرِ نَفْس أَوْ فَساد فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّما قَتَلَ النّاسَ جَمِيعاً وَ مَنْ أَحْياها فَكَأَنَّما أَحْيَا النّاسَ جَمِيعاً»[۲] این آیه به‌وضوح بر ارزش بی‌بدیل جان انسان و تقبیح هرگونه تعرض به آن، مگر در موارد استثنایی و مشروع (مانند قصاص یا فساد فی الارض)، تأکید دارد. همچنین، قرآن کریم از هرگونه تجاوز و تعدی به حقوق دیگران، چه در قالب جنگ و چه در روابط فردی، منع می‌کند: «وَ لا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ»[۳] این آیات به‌طور مستقیم به نفی خشونت (به‌معنای آسیب فیزیکی و تجاوز) می‌پردازند و از اساسی‌ترین مبانی قرآنی در این زمینه به‌شمار می‌روند.

ب) کرامت ذاتی انسان و نفی خشونت تحقیرآمیز: یکی از مهم‌ترین مبانی قرآنی نفی خشونت، اصل کرامت ذاتی انسان است. قرآن کریم به‌صراحت می‌فرماید:

«وَ لَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنْ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً؛ ما فرزند آدم را گرامی داشتیم و او را در خشکی و دریا به حرکت درآوردیم و به آنها از روزی‌های پاکیزه بخشیدیم و بر بسیاری آفریده‌های خود برتری دادیم».[۴] این آیه، مستقل از سایر ادله، هرگونه رفتار ناقض کرامت انسانی (از جمله خشونت تحقیرآمیز، توهین‌آمیز یا غیرضروری) را نفی می‌کند.[۵] با دقت در آیه فوق درمی‌یابیم که این کرامت از آن فرزندان آدم است و شامل همه آنان می‌شود؛[۶] زیرا لفظ بنی‌آدم در آیه تکریم بدون هیچ قیدی بیان شده است[۷] و قید مؤمن و مسلمان وجود ندارد. این کرامت ذاتی، پایه و اساس حقوق انسانی است که از سوی خالق به بشر عطا شده و قابل سلب نیست.

---

۱. خمینی، سید روح الله، ***صحیفه نور***، جلد ۱، تهران: سازمان مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی، ۱۳۶۹، ص۹۸.

۲. مائده/ ۳۲.

۳. بقره/ ۱۹۰.

۴. اسراء/۷۰.

۵. طباطبایی، سید محمدحسین، ***المیزان فی تفسیر القرآن***، جلد ۱۳، بیروت: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، چاپ دوم، ۱۳۹۰ ه. ق، ص ۱۶۰.

۶. چنان‌که گذشت یکی از اصول منشور حقوق بشر، اصل منع شکنجه و رفتارها یا مجازات‌های بی‌رحمانه، غیرانسانی و تحقیرآمیز است. بدین معنا که مجازات نباید به‌گونه‌ای باشدکه شأن انسان تحقیر شود و این اصل، همسو با آیه شریفه ۷۰ اسراء است.

۷. مکارم شیرازی، ناصر (زیر نظر)، ***تفسیر نمونه***، جلد ۱۲، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۵۳، ذیل آیه ۷۰ سوره اسراء.

نقد دیدگاه‌های شرطی‌دانستن کرامت: برخی، کرامت انسان را مشروط به عدم ارتکاب کبائر دانسته‌اند و معتقدند انسانی که مرتکب جنایت شود، با خدا اعلان جنگ کرده، به‌اندازه حیوان هم ارزش ندارد و با استناد به آیه ۱۷۹ سوره اعراف (وَلَقَدْ ذَرَأْنَا لِجَهَنَّمَ كَثِيراً مِنَ الْجِنِّ وَالْإِنْسِ لَهُمْ قُلُوبٌ...)، مرتکب جنایت را فاقد کرامت و سزاوار هر نوع مجازاتی می‌دانند.[۱] مصباح یزدی نیز ارتکاب جنایت و گناه را موجب پست‌تر شدن انسان می‌داند[۲] و محمدتقی جعفری معتقد است اگر انسان با اختیار خود به خیانت و جنایت دست یازد، کرامت ذاتی او از بین می‌رود.[۳]

این نگرش محل تأمل جدی است؛ زیرا اولاً، استناد به آیه ۱۷۹ سوره اعراف در این مورد صحیح نیست؛ چراکه آیه فوق در بیان واقعیت‌های معنوی کافران و ضرورت عذاب‌شان در آخرت است و این تشبیه (به چهارپایان) به‌هیچ‌وجه موجب محروم شدن آنها از ویژگی‌های کرامت انسانی در این دنیا نمی‌شود. همان‌گونه که اطاعت از اوامر الهی و کسب تقوا می‌تواند به برتری‌هایی برای انسان منجر شود که نتایج آن در جهان دیگر ظاهر می‌شود، نافرمانی و ارتکاب به گناه نیز آثار آن جهانی دارد و به عذاب الهی منتهی خواهد شد. قرآن ناهنجاری‌های گناهکاران و کافران را به‌منزله نشانه‌ای از نادرستی مسیر زندگی می‌داند و هدف آن ترغیب به انتخاب راه درست است. بااین‌حال، نافرمانی انسان‌ها از اوامر الهی، کرامت ذاتی این جهانی آنها را خدشه‌دار نمی‌کند و موجب زوال آن نمی‌گردد.

ثانیاً، کرامت انسانی بر دو گونه است:

کرامت ذاتی: انسان به‌واسطه دمیدن روح الهی در او، جانشینی در زمین[۴] و تسخیر تمامی نعمت‌های زمین برای کمال و رشدش، ذاتاً از دیگر موجودات ممتاز و برتر است.[۵] این نوع کرامت، که هدیه‌ای الهی است، با ارتکاب جنایت یا گناه زایل نمی‌شود؛ زیرا جسم مادی و رفتارهای اکتسابی فرد نمی‌تواند روح خداجو و فطری او را که در زمان خلقت در او دمیده شده، از بین ببرد. مؤید این مطلب، وجوب دفن عموم انسان‌ها پس از مرگشان بدون توجه به جرائم و عقایدشان است. حتی درمورد نجس دانستن مشرکین در آیه ۲۸ سوره توبه که می‌فرماید: «إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ»، گفته شده است که این تعبیر به‌عنوان یک نوع مجازات در روابط اجتماعی تلقی می‌شود و با کرامت ذاتی انسان تضاد ندارد.[۶] همین مطلب درمورد ارتداد نیز صادق است؛ چون ارتداد به‌عنوان علائم عارضی و نه ذاتی در انسان ظهور می‌یابد و صرف تغییر عقیده، نافی کرامت ذاتی انسان نیست.[۷]

کرامت اکتسابی: این نوع کرامت، که علامه محمدتقی جعفری نیز به آن اشاره دارد، به‌معنای بهره‌مندی انسان از کرامت اخلاقی و ارزشی با اتکا به تقوا و اعمال صالح است.[۸] این کرامت به اعمال فردی انسان‌ها وابسته است و ممکن است فردی با انجام اعمال ناشایست، این کرامت را از دست بدهد؛ اما این زوال، مربوط به کرامت اکتسابی است و به کرامت ذاتی او

---

۱. راعی، پیشین.

۲. مصباح یزدی، محمدتقی، ***نظریة حقوقی اسلام،*** قم: مؤسسه آموزش و پژوهش امام خمینی (ره)، ۱۳۸۰، صص ۸۶ – ۲۸.

۳. جعفری، محمد تقی، ***تحقیق در دو نظام حقوق جهانی بشر از دیدگاه اسلام و غرب***، تهران: دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ۱۳۷۰، صص ۲۷۹ و ۲۹۶ و۳۰۴.

۴. حجر/۲۹.

۵. بقره/۲۹.

۶. ۲۲. سلمان‌پور، داوود، مهدی مهریزی و سید محمدعلی ایازی، «کرامت ذاتی انسان در قرآن و چالش‌های فراروی آن»، *مجله مطالعات قرآن و حدیث*، دوره ۱۳، شماره ۱، ۱۳۹۸، صص ۳۲۵ و ۳۳۰.

۷. همان، ص ۲۳۶.

۸. جعفری، محمدتقی، ***انسان در افق قرآن،*** تهران: مؤسسه القرآن الکریم، ۱۳۷۰، ص ۲۷۹؛ جعفری، محمدتقی، ***تحقیق در دو نظام حقوق جهانی بشر از دیدگاه اسلام وغرب***، پیشین، صص ۲۷۹و۲۹۶و۳۰۴.

خللی وارد نمی‌کند.[۱]

ج) عدالت، احسان و نفی ظلم و تعدی: علاوه‌بر نهی از قتل و تأکید بر کرامت انسانی، قرآن بر مفاهیم بنیادینی همچون عدالت، احسان و صلح تأکید دارد که همگی بستر و لازمه نفی خشونت نامشروع هستند. خداوند به‌صراحت به رعایت عدالت و نیکی امر می‌فرماید:

- «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَ الْإِحْسانِ وَ إِيتاءِ ذِي الْقُرْبى وَ يَنْهى عَنِ الْفَحْشاءِ وَ الْمُنْكَرِ وَ الْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُون».[۲] این آیه جامع، هرگونه رفتار ظالمانه، زشت و تجاوزگرانه (که مصادیق خشونت نامشروع را شامل می‌شود) را نهی می‌کند. همچنین، آیات بسیاری بر ترجیح صلح، عفو و بخشش تأکید دارند، مگر در مواقعی که دفاع از خود یا جامعه ضروری باشد:
- «وَ إِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَها وَ تَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ؛ و اگر دشمنان به صلح گرایند، تو هم به صلح گرای، و بر خدا توکل کن، که یقیناً او شنوا و داناست».[۳]
- «وَ أَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوى؛ گذشت و بخشش شما [که تمام مهریه را به زن بپردازید،] به پرهیزکاری نزدیک‌تر است».[۴]

در واقع، نفی خشونت نامشروع، ریشه‌ای عمیق در تعالیم قرآنی دارد و از طریق همین اصول و ارزش‌های بنیادین، به‌عنوان یک قاعده اساسی در فقه اسلامی قابل استنتاج است. قرآن بر حفظ کرامت انسان، برقراری نظم مبتنی بر عدالت و ترجیح صلح بر نزاع تأکید می‌ورزد و این‌ها همگی ارکان اصلی قاعده نفی خشونت را تشکیل می‌دهند.

۲.۲. مبنای روایی (دلیل ظنی)

در کنار آیات قرآن، روایات معتبر دینی نیز نقش مهمی در تبیین و تقویت مفهوم نفی خشونت و تأکید بر رفتارهای انسانی و اخلاقی در اسلام دارند. این روایات، با توسعه مقاصد شریعت، به فهم عمیق‌تر آموزه‌های اسلامی در زمینه صلح و مدارا کمک می‌کنند.

الف) حدیث مدارا: پیامبر اکرم (ص) فرموده‌اند: «إِنّا أُمِرْنَا مَعَاشِرَ الْأَنْبِيَاءِ بِمُدَارَاةِ النّاسِ كَمَا أُمِرْنَا بِأَدَاءِ الْفَرَائِضِ؛ ما گروه انبیاء، مأمور شده‌ایم به مدارا با مردم، همان گونه که به ادای واجبات مأمور شده‌ایم».[۵] این حدیث با عبارت «أُمِرْنَا» (ما مأمور شده‌ایم) که ظهور در وجوب دارد و همچنین با مقایسه مدارا با «ادای فرائض»، بر وجوب یا حداقل رجحان مؤکد مدارا تأکید می‌کند. مدارا به‌معنای پرهیز از تندی، خشونت بی‌مورد و آزار رساندن است و بر هم‌زیستی مسالمت‌آمیز و رعایت حقوق و احساسات دیگران دلالت دارد.

ب) حدیث حنفیه سمحه سهله: حدیث «بعثت بالحنفیّة السّمحة السّهلة» (من به آیین پاک و آسان و با گذشت مبعوث شده‌ام).[۶] بر رأفت و آسانی در دین اسلام تأکید دارد. این حدیث بیان می‌کند که خداوند در قانونگذاری احکام اسلامی بر مردم سخت نگرفته است تا دچار مشکلات طاقت‌فرسا نشوند. این مفهوم با قاعده فقهی «نفی عسر و حرج» و

---

[۱]. ر.ک. نوبهار، رحیم، ***دین و کرامت انسانی در مبانی نظری حقوق بشر***، قم: دانشگاه مفید، ۱۳۸۴، ص ۶۲.

[۲]. نحل/۹۰.

[۳]. انفال/۶۱.

[۴]. بقره/ ۲۳۷.

[۵]. مجلسی، محمدباقر، ***بحار الأنوار***، جلد ۷۲، قم: مؤسسة الوفاء، ۱۴۰۳ ه.ق، صص ۵۳ و ۳۹.

[۶]. همان، ص۶۶.

آیه قرآن «وَ مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ»[1] نیز هماهنگ است. بنابراین، اجرای احکام الهی نیز نباید با سختی و شدت نامتعارف همراه باشد.

در مجموع، این روایات در کنار آیات قرآنی، بر لزوم پرهیز از خشونت بی‌مورد، رعایت حقوق و کرامت انسانی، و ترویج مدارا و احسان در جامعه اسلامی تأکید دارند و بنیان‌های قاعده نفی خشونت را تقویت می‌کنند.

۲.۳. حکومت رحمت و رأفت بر کلیّت احکام اسلامی

یکی از بنیادی‌ترین اصول حاکم بر کلیت شریعت اسلامی، اصل رحمت و رأفت الهی است که مستقیماً بر مبنای مجازات‌ها و شیوه‌های اجرای آنها نیز تأثیر می‌گذارد. این اصل در آیه ۱۰۷ سوره انبیاء به زیبایی تجلی یافته است که پیامبر اکرم (ص) را «رَحْمَةٌ لِلْعَالَمِينَ» معرفی می‌کند.[2] این تعبیر فراگیر نشان‌دهنده آن است که جوهر و غایت بعثت نبوی، گسترش رحمت در تمامی ابعاد زندگی انسانی، از جمله در حوزه قوانین و احکام جزایی است.

بر همین اساس، اگرچه اجرای مجازات‌ها در ظاهر ممکن است با رنج و محدودیت همراه باشد، اما هدف غایی آنها نه صرفاً ایلام (درد و رنج رساندن)، بلکه تأمین مصالح عمومی جامعه و دفع مفاسد از آن است. این رویکرد تضمین می‌کند که هرگونه اقدام قضایی، در نهایت به نفع انسان و اجتماع باشد و از چارچوب رحمت الهی خارج نگردد.

الف) شریعت، تماماً مصلحت و رحمت: این مبنای بنیادین (مصلحت و رحمت)، چنان در تار و پود شریعت اسلامی تنیده است که بسیاری از علمای برجسته بر آن تأکید کرده‌اند: برخی علما تصریح کرده‌اند که شریعت اسلام به‌طورکلی برمبنای مصالح و دفع مفاسد بنا شده است و پایه‌گذار آن، جلب مصلحت برای بشر است: «إنّ الشریعه کلها مصالح، إما درء مفاسد أو جلب مصالح؛ همانا شریعت تماماً مصلحت است، یا دفع مفسده است یا جلب مصلحت».[3] شماری از علما نیز بیان داشته‌اند که شریعت اسلامی برای تحصیل و تکمیل مصالح و تعطیل یا کاهش مفاسد آمده است: «إنّ الشریعه الاسلامیة جاءت به تحصیل المصالح و تکمیلها و تعطیل المفاسد و تفکیکها».[4] بعضی دیگر نیز به‌صراحت باور دارند که مبنا و اساس شریعت، حکمت‌ها و مصلحت‌های بندگان در امر معیشت و معاد است که تماماً عدالت، رحمت، مصلحت و حکمت محسوب می‌شوند: «الشریعه مبناها و أساسها علی الحکم و مصالح العباد فی المعاش و المعاد و هی عدل کلها و رحمة و مصالح کلها و حکم کلّها».[5]

ب) لزوم رعایت اصول رحمت در اجرای مجازات‌ها: با توجه به اینکه مبنای مجازات‌ها در اسلام، رحمت به انسان‌ها، تأمین مصلحت ایشان و دفع مفسده از آنان است، اصولی اساسی بر این مبنا مترتب می‌گردد که لزوماً باید در مجازات‌های اسلامی رعایت گردد تا هدف اساسی آن تحقق یابد. این اصول عبارت‌اند از:

- **تناسب مجازات با جرم:** مجازات باید به اندازه‌ای باشد که هدف بازدارندگی و اصلاح را محقق سازد و از حد لزوم تجاوز نکند.
- **حفظ کرامت انسانی:** حتی در اجرای مجازات‌ها، کرامت ذاتی مجرم باید حفظ شود و از هرگونه هتک حیثیت

---

[1]. حج/ ۷۸.

[2]. انبیاء/ ۱۰۷.

[3]. عبدالسلام بن ابی الولید، عزالدین، ***الفتاوی***، دارالمعرفة، ۱۴۱۴ ه.ق، ص ۵.

[4]. ابن‌تیمیه، احمدبن‌عبدالحمید بن ابی‌العباس، ***الفتاوی الصغری***، جلد ۲، دارالکتب العلمیة، ۱۴۰۶ ه.ق، ص۱۳۱.

[5]. ابن قیم الجوزیه، محمدبن ابی‌بکر، ***الروح***، جلد ۲، دارالفکر / دارالاسلام، ۱۴۰۷ ه.ق، ص ۳.

یا تحقیر ناروا پرهیز گردد.

- **اولویت اصلاح و بازگشت:** شریعت، در هر گام، فرصت توبه و بازگشت به مسیر صحیح را برای مجرم فراهم می‌آورد و اجرای مجازات را آخرین راه‌حل می‌داند.

- **عدالت و عدم ظلم:** هرگونه اقدام باید مبتنی‌بر عدل باشد و هیچ ظلمی حتی به مجرم نیز روا داشته نشود.

بنابراین، این اصل جامع، به روشنی نشان می‌دهد که ماهیت قوانین کیفری در اسلام، بر مبنای رحمت و مصلحت انسان‌ها استوار است و هرگونه شیوه‌ای از مجازات که با این اصول در تعارض باشد، نمی‌تواند به‌عنوان مقصود اصلی شریعت تلقی گردد. این نگاه، به‌وضوح بر نفی خشونت نامشروع و بی‌هدف در نظام قضائی اسلام تأکید می‌کند.

۲.۴. قاعده حرمت تنفیر از دین و ضرورت حفظ وجهه اسلام

یکی از مبانی مهم فقهی در راستای نفی خشونت، به‌ویژه در عصر حاضر، قاعده «حرمت تنفیر از دین» و «لزوم حفظ وجهه و عظمت اسلام و شریعت» است. این قاعده به این معناست که هرگونه عمل یا حکمی که موجب نفرت، بدبینی یا دوری مردم (اعم از مسلمان و غیرمسلمان) از دین اسلام شود یا سبب شود اسلام در نگاه جهانیان، دینی خشن، غیرمنطقی یا عقب‌مانده جلوه کند، ممنوع است.

برخی فقهای متأخر بر این باورند که حتی در مواردی که حکمی شرعی به ظاهر جایز است (مانند غصب اموال کافر غیرحربی)، چنانچه اجرای آن موجب هتک حرمت اسلام و ایجاد برداشت منفی بین‌المللی شود، از باب احکام ثانویه ممنوع خواهد بود. آیت‌الله منتظری در این باره می‌فرماید: «از آنجایی که برداشتن اموال دیگران موجب هتک حرمت اسلام و دین می‌شود و نمود بین‌المللی آن بد است، در این صورت تصرف در اموال کافر غیرحربی از باب احکام ثانویه حرام خواهد بود؛ زیرا موجب هرج‌ومرج خواهد شد، بنابراین از باب احکام ثانویه این حکم برداشته می‌شود».[۱] روشن است که در مقام تزاحم، جان از مال شدیدتر است و به طریق اولی، اعمال خشونت‌های بدنی و تحقیرآمیز، نمود بین‌المللی به‌مراتب بدتری خواهد داشت و بیشتر موجب تنفیر می‌شود.

۲.۵. نقد و توسعه دیدگاه

نگرش به قاعده حرمت تنفیر از دین صرفاً به‌عنوان یک حکم ثانوی، که تنها درصورت بروز مفسده خارجی (هتک اسلام) حکم اولی را نفی می‌کند، محل تأمل است. این نگاه ممکن است این پندار را ایجاد کند که ذات احکام اسلامی می‌تواند خشونت‌آمیز باشد و تنها در شرایط خاص (تنفیر) از اجرای آن منع شده است.

اما نکته بنیادین اینجاست که چگونه ممکن است خداوند حکیم و رحمان که عدل محض است و همه انسان‌ها بنده اویند، حکم به چیزی کند که نزد عقل قطعی و نوعی بشر و عموم عالَم، با القابی چون مایه توحّش، خشونت‌آمیز، تحقیرآمیز و غیرعقلانی قلمداد شود؟ اساساً، این اشکال به خود دین وارد می‌شود که اگر حکم آن ذاتاً چنین است، چگونه با عدالت الهی سازگار است؟

دیدگاه صحیح‌تر بر این است که دین اسلام ذاتاً امر به خشونت نامشروع نمی‌کند. احکام کیفری در اسلام، ذاتاً و با نظر به تبعیت از مقاصد عالیه شریعت (مانند عدالت، اصلاح، بازدارندگی و حفظ کرامت انسانی)، وضع شده‌اند. بر این اساس، هر حکم یا شیوه اجرایی که عقل و عرف عقلا در زمان و مکان فعلی آن را ذاتاً خشونت‌آمیز، تحقیرآمیز یا غیرعقلانی

---

[۱]. منتظری، حسینعلی، ***کتاب الحدود***، قم: دارالفکر، ۱۴۰۰ ه.ق، ص ۳۲.

قلمداد کند، از اساس مقصود شارع نیست. این امر نه از باب حکم ثانوی، بلکه از باب فهم دقیق‌تر و صحیح‌تر از موضوع حکم (با توجه به تغییر شرایط و عرف) و مقاصد شریعت است که منجر به تغییر در مصداق یا شیوه اجرای حکم می‌شود. به‌عبارت‌دیگر، قاعده حرمت تنفیر از دین، نه‌تنها حکم ثانوی، بلکه قاعده کاشف از مقاصد شریعت و فهم صحیح از احکام اولیه است. اگر اجرای حکمی در شرایط کنونی (با توجه به پیشرفت اخلاقی و عقلانی بشر) منجر به تنفیر از دین شود، این خود نشانه‌ای است از اینکه آن شیوه اجرا یا حتی آن مصداق خاص در زمان حال، با مقاصد اصلی شریعت (مانند حفظ کرامت انسانی و عدالت) در تعارض است و لذا مقصود حقیقی شارع نیست. این قاعده، به‌مثابه فیلتر برای تشخیص شیوه‌های اجرای احکام است تا همواره با حکمت، رحمت و عدالت الهی سازگار باشند و به رسالت جهانی اسلام آسیبی وارد نشود.

۲.۶. تبعیت احکام از مقاصد شرعی و مصالح واقعی

یکی از مبانی مهم فقهی در فهم احکام اسلامی، به‌ویژه احکام جزایی، اصل تبعیت احکام از مقاصد شرعی و مصالح واقعی است. بااین‌حال، در این زمینه شبهه‌ای مطرح می‌شود که مصلحت‌سنجی الهی صرفاً به حکمت الهی بازمی‌گردد و نه به شیء واقعی خارج از ذهن انسان که متغیر است. این شبهه درواقع، چالش ثبات و تغییر در احکام الهی را مطرح می‌سازد. در پاسخ به این ایراد، باید تأکید کرد که مبنای تبعیت احکام از مقاصد شرعی و مصالح واقعی، به‌هیچ‌وجه نافی حکمت الهی و ثبات احکام الهی در مقام تشریع نیست. بلکه، مسئله در اینجا به «تغییر موضوع حکم» و «تغییر مصادیق مصلحت و مفسده» در بستر زمان و مکان بازمی‌گردد که خود برآمده از حکمت لایزال الهی است. همان‌طورکه در مقدمه بخش مبانی نفی خشونت اشاره شد، احکام شرعی قضایای حقیقی‌اند که با تحقق موضوعاتشان جاری می‌شوند و معدوم نمی‌گردند. اما این موضوعات می‌توانند به‌دلیل تغییرات بیرونی (مانند پیشرفت‌های اجتماعی، اخلاقی، و علمی بشر) یا نیازهای متغیر نظام اجتماعی، از ذیل یک حکم خارج و تحت حکم جدیدی قرار گیرند. به‌عبارت‌دیگر، این حکمت الهی است که در سرشت انسان و جوامع، تحول‌پذیری را قرار داده است و لذا درک بشر از مصادیق مصلحت و مفسده در طول زمان تکامل می‌یابد؛ برای مثال، یک نوع عقوبت نمی‌تواند در همه موارد و در تمام دوران‌ها به یک اندازه مؤثر باشد؛ ازاین‌رو، حاکم اسلامی باید با توجه به نوع جرم، شدت آسیب، وضعیت بزهکار و شرایط زمان و مکان، مجازات مناسبی تعیین کند که هدف اصلی (بازدارندگی، اصلاح، عدالت) را محقق سازد. این رویکرد به تأمین سلامت جامعه و مبارزه با فساد کمک می‌کند. بنابراین، مجازات‌ها ابزاری برای دستیابی به این مقاصد محسوب می‌شوند و احکام جزایی لزوماً به‌شکلی که در گذشته اجرا می‌شدند، ابدی نیستند و در شرایط مختلف ممکن است نیاز به تغییر در شیوه اجرا یا مصداق داشته باشند.

۲.۶.۱. دیدگاه فقها درمورد تأثیر زمان و مکان بر احکام

گروهی از علمای بزرگ شیعه، مانند میرزای نائینی، امام‌خمینی (ره) و شهید مطهری[۱] معتقدند که احکام اسلامی، به‌ویژه مجازات‌ها، باید با توجه به مقتضیات زمانی و مکانی تفسیر و اجرا شوند. ایشان بر این باورند که مجازات‌ها صرفاً وسیله‌ای برای تحقق فلسفه و مقاصد تنبیه، اصلاح و بازدارندگی‌اند و مصلحت اصلی در ماهیت و غایت آنهاست، نه صرفاً در شکل ثابت و صوری اجرای آنها. عبارات فقها در این باره بسیار است. آیت‌الله مرعشی تأکید می‌کند: «فقها باید با روش‌های

[۱]. مطهری، مرتضی، ***نظام حقوق زن در اسلام***، تهران: صدرا، ۱۳۸۹، صص ۸۵-۱۱۰.

جدید احکام اسلامی را پیاده کنند»[۱] و امام‌خمینی (ره) می‌فرماید: «زمان و مکان در اجتهاد بسیار تعیین‌کننده‌اند و موضوعات جدید به احکام جدید نیاز دارند».[۲] همچنین، ایشان معتقدند که حکومت نشان‌دهنده جنبه عملی فقه در مواجهه با معضلات اجتماعی و سیاسی است و به‌همین‌خاطر اجتهاد موجود در حوزه‌ها را ناکافی می‌دانند. لذا اینکه گفته می‌شود مجتهدان جامع‌الشرایط با توجه به مقتضیات زمان دست به اجتهاد و استنباط حکم می‌زنند، خود دلیلی بر انعطاف‌پذیری شریعت و قابلیت آن برای تطبیق با مقتضیات زمان است.[۳]

۲.۶.۲. جایگاه احکام جزایی در نگاه غایی شریعت

همین استدلال را می‌توان با نگاهی به تقسیم‌بندی سه‌گانه و کلان احکام شرعی با توجه به شئون و مناصب امامان (ع) ملاحظه نمود. امام‌خمینی (ره) در مورد شئون پیامبر و جانشینان وی، ایشان را دارای سه منصب می‌داند: نخست، «مقام نبوت و رسالت» که در این قسم، پیامبر مبلغ و رسول خداست و امر و نهی او جز ارشاد به امر خدا نیست؛ دوم، «مقام حکومت و ریاست عامه» که پیامبر براساس آن، حق امر و نهی دارد و پیروی از او واجب است، اما نه از لحاظ ارشاد به حکم الهی، بلکه از مقام سلطان و حاکمی که اوامر او مستقل به‌شمار می‌آید (مانند اینکه آن حضرت امر به آماده شدن برای جنگ کند)؛ و سوم «مقام قضاوت و داوری» است که پیامبر براساس این منصب به قضاوت در میان مردم می‌پردازد.[۴] اگرچه آیات مربوط به حرمت تحریف و تغییر احکام شریعت بر موضوعیت مطلق این احکام تأکید دارند، در حوزه احکام جزایی به‌دلیل حساسیت اسلام نسبت به جان و کرامت انسان، احتیاط و اهتمام ویژه‌ای وجود دارد. قرآن بارها بر توبه، عفو و مصالحه تأکید کرده و آیه ۱۷۸ سوره بقره نیز قصاص را مهم می‌داند، اما عفو و گذشت را برتر معرفی می‌کند. این نکات نشان‌دهنده برتری رأفت و رحمت اسلامی بر اجرای صرف مجازات و خشونت قانونی است؛ بنابراین، اگر اهداف ذاتی شریعت از طرق دیگر محقق شود، نیازی به اجرای مجازات نیست و تا حد ممکن به مجرم فرصت داده می‌شود تا پشیمان شود و بازگردد. اسلام مجازات را ابزاری برای پاک‌سازی جامعه و کنترل ناهنجاری‌ها می‌داند.

۲.۶.۳. رویکرد اهل‌بیت (ع) در اجرای مجازات‌ها

در سیره اهل‌بیت (ع)، مواردی دیده می‌شود که معصومین (ع) با نگاهی غایی به مقوله مجازات، در جاهایی که اجرای آن تأمین‌کننده مقصود ذاتی شارع نبوده، از اجرای آن جلوگیری یا آن را تغییر داده‌اند. بر اساس برخی روایات، فقها بر این باورند که هدف اصلی شارع از تشریع مجازات‌ها، اصلاح فرد و جامعه و تربیت افراد خاطی است. ازاین‌رو، باید اطمینان حاصل کرد که مجازات‌ها به‌گونه‌ای باشند که هتک کرامت انسانی نکنند و درصورتی‌که نوع یا شکل اجرای آن موجب این هتک شود، باید تجدید نظر شود. آیت‌الله منتظری می‌فرمایند: «از لسان روایات حدود و تعزیرات، این‌گونه برداشت می‌شود که هدف مهم شارع از تشریع آنها اصلاح فرد و جامعه و تأدیب و تربیت افراد خاطی و مجرم بوده است و از آنجایی که تشریع آن احکام برخلاف اصل اولی تسلط هر انسانی بر خود می‌باشد، لذا باید به‌قدر متیقن که شارع مقدس

---

[۱]. مرعشی، سید شهاب‌الدین، ***نقش زمان و مکان در اجتهاد***، مجموعه آثار کنگره بررسی مبانی فقهی امام خمینی، جلد ۱۴، بی‌تا، صص ۳۲۵-۳۳۰.

[۲]. موسوی خمینی، روح‌الله، ***صحیفه نور***، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۸۵، صص۱۰۷-۱۰۵.

[۳]. احمدی ابهری، سید محمدعلی، ***نقش مقاصد شریعت در تأثیر مقتضیات زمان بر سیاست کیفری اسلام***، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۶، ص۴۳.

[۴]. موسوی خمینی، پیشین.

به آن اذن قطعی داده است اکتفا شود؛ و آن در جایی است که اجرای تعزیر، کمترین مقدار هتک وی را موجب گردد و درصورتی‌که نوع تعزیر یا شکل اجرای آن موجب هتک کرامت انسانی و در تعارض با مبانی و ارزش‌های پذیرفته‌شده اخلاقی در یک جامعه باشد، اجرای آن جایز نمی‌باشد».[1] ایشان در تعارض بین ادلّه اجرای حدود و تعزیرات به همان شیوه‌های منصوصه و بین ادلّه رعایت مبانی و ارزش‌های اخلاقی (که همان حقوق مردمی است)، بیان کرده‌اند ادلّه رعایت حقوق مردم و کرامت آنها مقدم بر ادلّه اجرای حدود و تعزیرات است.[2]

این مطلب مورد تأکید پیامبر اکرم (ص) قرار گرفته است؛ آنجا که می‌فرماید: «ادرءوا الحدود عن المسلمین ما استطعتم، فان کان له مخرجٌ فخلوا سبیله فان الا مام أن یخ طی فی‌العفو خیرٌ من أن یخ طی فی‌العقوبة؛ در حد امکان از اجرای حدود در موارد مشتبه، صرف‌نظر کنید. اگر راه دفع مجازات، وجود داشت متهم را رها کنید و اگر قاضی در تبرئه کردن اشتباه کند، بهتر است تا در مجازات کردن، اشتباه کند».[3]

اصولاً اقامه حدود الهی دارای خصوصیتی‌اند که نسبت به حوزه معاملات همچون دیون و حقوق‌الناس، تسامحات بیشتری دارد و قابل‌اغماض‌تر است و به‌همین‌خاطر، رویکرد مصلحت‌سنجی را به‌خوبی پذیرا می‌گردند. روایت حضرت امیر (ع) «لَا أُقِیمُ حَدّاً عَلَی أَحَدٍ بِأَرْضِ الْعَدُوِّ حَتّی یَخْرُجَ مِنْهَا» که پیش‌تر بیان شد، گویای چنین حقیقتی است.

نتیجه‌گیری

نفی خشونت در اسلام، فراتر از یک توصیه اخلاقی، یک قاعده فقهی ریشه‌دار و عملیاتی است که از ادله تفصیلی شریعت قابل استنباط است. این قاعده بر دو محور اصلی «کرامت ذاتی انسان» و «مقاصد متعالی شریعت» (شامل رحمت، عدالت و مصالح واقعی بشر) استوار است. مفاد نفی خشونت در اسلام، نفی هرگونه حکم یا عمل خشونت‌آمیز نامشروع است. آنچه در این زمینه شایسته مداقه است، موضوع خشونت و ضابطه خشونت‌آمیز بودن یک حکم یا عمل است. هرگاه رفتاری در جامعه توسط عرف سالم، نوعی آسیب یا اهانت به کرامت انسانی تلقی شود، می‌تواند مصداق خشونت باشد. در حقیقت عرفِ سالمِ جامعه، حلقه واسطِ مبانی الهی و مصادیق عینی است؛ مصادیقی چون زندانِ تحقیرآمیز، اگر در چارچوبِ عقل جمعیِ همسو با ارزش‌های قرآنی (مثل حدیثِ نفیِ اِعمال حد در شبهات) به‌عنوان «ناقض کرامت» شناسایی شوند، حتی بدون تصریح در نصوص، مردود خواهند بود. بر این اساس، معیار نهاییِ خشونت‌آمیز بودنِ مجازات‌ها، سنجشِ توأمانِ مستنداتِ وحیانی و عرفِ مصلحت‌محور است، نه صرفِ پیروی از اسناد بشری یا برداشت‌های فردی.

مجازات‌های حدود، قصاص و دیه در اسلام ریشه در متون دینی دارند، اما در عمل، اجرای آنها با توجه به عرف، مصلحت و کرامت انسانی قابل انعطاف است. این رویکرد، فقه اسلامی را از جمود دور کرده و به‌گونه‌ای تعادل بین ارزش‌های الهی و واقعیات اجتماعی برقرار می‌کند، به‌طوری‌که عرف و مصلحت‌سنجی نقش کلیدی در شیوه اجرا و تعیین مصادیق دارند. شاهد این مدعا تعویق حد در سرزمین‌های دشمن به‌جهت مصلحت است.

نکته مهم این است که در سطح مبنا، احکام کیفری ریشه‌های الهی دارند و تابع مصلحت‌های زودگذر نیستند. حکمت الهی اقتضا می‌کند که بشر در طول تاریخ با پیشرفت عقل و اخلاق جمعی، درک عمیق‌تری از مفاهیمی چون «کرامت

---

[1]. منتظری، پیشین.

[2]. همان، ص ۱۱۸.

[3]. ترمذی، پیشین، ص ۴۳۸؛ ***أبواب الحدود***، الباب ۲، الحدیث ۱۴۴۷.

انسانی»، «ضرر»، «مصالح» و «مفاسد» پیدا کند، و این تغییر در مصادیق، خود برآمده از همان حکمت الهی است. اما در سطح اجرا، عرف و مصلحت به‌مثابه فیلترهایی عمل می‌کنند که از خشونت بی‌هدف و تحقیرآمیز جلوگیری می‌نمایند. این رویکرد، ضمن حفظ قداست متون دینی، ابزارهایی مانند «اختیارات حاکم اسلامی» را برای تطبیق هوشمند و پاسخ‌گو با نیازهای زمانه فراهم می‌سازد.

اگرچه عمومات آیات مربوط به حرمت تحریف و تغییر احکام شرعی بر موضوعیت مطلق بودن آنها تأکید دارد، در حوزه احکام کیفری، به‌علت اهمیت جان و کرامت انسان، احتیاط ویژه‌ای در نظر گرفته شده است. قرآن کریم تأکید بر توبه، عفو، مصالحه و رحمت که نشانگر حکمرانی رحمت و رأفت اسلامی است، دارد و مجازات را به‌عنوان امری برای تطهیر و پاک‌سازی جامعه می‌داند. همچنین، احکام بر اساس فلسفه و مقتضیات زمان و مکان وضع شده و با توجه به اهمیت جان و کرامت انسانی، احکامی که خشونت‌آمیز تلقی می‌شوند، تأمین بخش مقاصد شرع نبوده و از اساس مقصود شارع نیست. همچنان‌که در روایات اهل‌بیت (ع)، مواردی دیده می‌شود که معصومین (ع) با نگاهی غایی، جلوی اجرای مجازات‌هایی را که مقصود حقیقی شارع نبوده گرفته‌اند. این امر به روشنی بر جامعیت و جاودانگی شریعت اسلام دلالت دارد.

منابع

فارسی

کتاب

۱. احمدی ابهری، سید محمدعلی، ***نقش مقاصد شریعت در تأثیر مقتضیات زمان‌بر سیاست کیفری اسلام***، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۶.

۲. ایازی، سید محمدعلی، ***اصل کرامت انسان به مثابه قاعده‌ای فقهی***، تهران: سرایی، چاپ اول، ۱۴۰۲.

۳. جعفری، محمدتقی، ***انسان در افق قرآن***، تهران: مؤسسه القرآن الکریم، ۱۳۷۰.

٤. جعفری، محمدتقی، ***تحقیق در دو نظام حقوق جهانی بشـــر از دیدگاه اســـلام و غرب***، تهران: دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ۱۳۷۰.

٥. حسینی شیرازی، سید محمد، ***نفی خشونت در اسلام***، قم: جلال‌الدین، ۱۳۹۳.

٦. خمینی، سید روح الله، ***صحیفه نور***، جلد ۱، تهران: سازمان مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی، ۱۳۶۹، ص۹۸.

۷. درخشان، مسعود. ***حقوق بشر***، جلد ۱، تهران: علمی و فرهنگی، ۱۳۸۹.

۸. راعی، مسعود، ***خشونت؛ احکام اسلامی و کنوانسیون‌های بین‌المللی***، قم: مؤسسه پژوهشی امام‌خمینی (ره)، ۱۳۸۱.

۹. قرشی، سید علی‌اکبر، ***قاموس قرآن***، جلد ۷۵، تهران: الاسلامیه، ۱۳۷۱.

۱۰. لوین، لیا، ***حقوق بشر***، ترجمه محمد جعفر پوینده، تهران: قطره، ۱۳۷۱.

۱۱. مجد فقیهی، محمدعلی، ***اسلام و نفی خشونت***، تهران: حکمت و اندیشه، ۱۳۹۴.

۱۲. مرعشی، سید شهاب‌الدین، ***نقش زمان و مکان در اجتهاد***، مجموعه‌آثار کنگره بررسی مبانی فقهی امام‌خمینی، جلد ۱۴، بی‌تا.

۱۳. مصباح یزدی، محمدتقی، ***نظریة حقوقی اسلام***، قم: مؤسسه آموزش و پژوهش امام خمینی (ره)، ۱۳۸۰.

۱٤. مطهری، مرتضی، ***نظام حقوق زن در اسلام***، تهران: صدرا، ۱۳۸۹.

۱٥. مکارم شیرازی، ناصر (زیر نظر)، ***تفسیر نمونه***، جلد ۱۲، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۵۳.

۱٦. موسوی خمینی، ***صحیفه نور***، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام‌خمینی (ره)، ۱۳۸۵.

مقاله

۱۷. رحمان‌دوست، مهدیار و محمد حسین بیاتی، «نقدی بر گفتمان نظام حقوقی ایران در مواجهه با چالش‌های تقنین و اجرای حدود»، *فصلنامه پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی*، دوره ۱۰، شماره ۱۹، ۱۴۰۱، صص ۲۶۳-۲۹۶. Doi: 10.22034/jclc.2022.299078.1543

۱۸. رضایی، محمدعلی، «دیدگاه‌ها درباره تأثیر عنصر زمان و مکان بر اجتهاد»، *مجله حضور*، شماره ۱۵، ۱۳۷۵.

۱۹. سلمان‌پور، داوود، مهدی مهریزی و سید محمدعلی ایازی، «کرامت ذاتی انسان در قرآن و چالش‌های فراروی آن»، *مجله مطالعات قرآن و حدیث*، دوره ۱۳، شماره ۱، ۱۳۹۸، صص ۲۱۹-۲۴۲. Doi:_/10.30497/QURAN.2019.2565

۲۰. عبدالهی، عشرت، «احکام رجم به‌صورت ویژه بررسی می‌شود / سازوکارهای جدید برای قانون سنگسار»، *روزنامه اعتماد*، شماره ۱۵۳۱، ۱۳۸۶/۰۸/۱۳.

۲۱. نوبهار، رحیم، «دین و کرامت انسانِی در مبانی نظری حقوق بشر»، قم: دانشگاه مفید، ۱۳۸۴.

سایت

۲۲. سازمان عفو بین‌الملل، «به اعدام با سنگسار خاتمه دهید»، ۱۴۰۳، قابل بازبینی در: https: //www.Iranrights.org

عربی

کتاب

۲۳. ابن قیم الجوزیه، محمد بن آبی بکر، ***الروح***، جلد ۲، دارالفکر/ دار السلام، ۱۴۰۷ ه.ق.

۲٤. ابن‌تیمیه، احمد بن عبدالحمید بن ابی‌العباس، ***الفتاوی الصغری***، جلد ۲، دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۶ ه.ق.

۲۵. ترمذی، محمد بن عیسی، ***سنن ترمذی***، جلد ۲، تحقیق و شرح: احمد محمد شاکر، بیروت: داراحیاء التراث العربی، بی‌تا.

۲٦. طباطبایی، سید محمدحسین، ***المیزان فی تفسیر القرآن***، جلد ۱۳، بیروت: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، چاپ دوم، ۱۳۹۰ ه.ق.

۲۷. عبدالسلام بن آبی الولید، عزالدین، ***الفتاوی***، دارالمعرفه، ۱۴۱۴ ه.ق.

۲۸. کلینی، محمد بن یعقوب، ***الکافی***، جلد ۲، قم: دارالحدیث، ۱۴۲۶ ه.ق.

۲۹. مجلسی، محمد باقر، ***بحارالانوار***، جلد ۷۲، قم: مؤسسه الوفا، ۱۴۰۳ ه.ق.

۳۰. منتظری، حسینعلی، ***کتاب الحدود***، قم: انتشارات دارالفکر، ۱۴۰۰ ه.ق.

References

Books

1. Ahmadi Abhari, Sayyed Mohammad Ali, *The Role Of Sharia Objectives In The Impact Of Temporal Requirements On Islamic Penal Policy*, Qom: Hawza And University Research Institute, 2017. (In Persian)
2. Ayazi, Sayyed Mohammad Ali, *The Principle Of Human Dignity As A Jurisprudential Rule*, Tehran: Sara'ei, First Edition, 2023. (In Persian)
3. Derakhshan, Mas'oud, *Human Rights*, Volume 1, Tehran: Scientific And Cultural, 2010. (In Persian)
4. Ghorashi, Sayyed Ali Akbar, *Dictionary Of The Quran*, Volume 75, Tehran: Islamic, 1992. (In Persian)
5. Hosseini Shirazi, Sayyed Mohammad, *The Rejection Of Violence In Islam*, Qom: Jalal Al-Din, 2014. (In Persian)
6. Ibn Abd Al-Salam, Izz Al-Din, *Al-Fatawi*, Cairo: Dar Al-Ma'aref, 1993. (In Arabic)

7. Ibn Qayyem Al-Jawziyyah, Mohammad Ibn Abi Bakr, *Al-Ruh*, , Volume 2, Riyadh: Dar Al-Fekr / Dar Al-Salam, 1986. (In Arabic)
8. Ibn Taymiyyah, Ahmad Ibn Abd Al-Hamid Ibn Abi Al-Abbas, *Al-Fatawa Al-Sughra*, Beirut: Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah, Volume 2, 1985. (In Arabic)
9. Ja'fari, Mohammad Taghi, *A Study Of Two Universal Human Rights Systems From The Perspectives Of Islam And The West*, Tehran: International Legal Services, 1991. (In Persian)
10. Ja'fari, Mohammad Taghi, *Man in the Horizon of the Quran*, Tehran: Holy Quran Institute, 1999. (In Persian)
11. Khomeini, Sayyed Rouhollah, *Sahifeh Noor*, Volume 1, Tehran: Islamic Revolution Cultural Documents Organization, 1991. (In Persian)
12. Kolayni, Mohammad Ibn Ya'ghoub, *Al-Kafi*, Volume 2, Qom: Dar Al-Hadith, 2005. (In Arabic)
13. Levin, Lia, *Human Rights*, Translated By: Mohammad Ja'far Pouyandeh, Tehran: Qatreh, 1992. (In Persian)
14. Majd Faghihi, Mohammad Ali, *Islam And The Rejection Of Violence*, Tehran: Wisdom and Thought, 2015. (In Persian)
15. Majlesi, Mohammad Bagher, *Bihar Al-Anwar*, Volume 72, Qom: Al Wafa Foundation, 1982. (In Arabic)
16. Makarem Shirazi, Nasser (under review), *Tafsir al-Numno*, Volume 12, Tehran: Dar al-Kutb al-Islamiyyah, 1974. (In Persian)
17. Mar'ashi, Sayyed Shahab Al-Din, *The Role Of Time And Place In Ijtihad, Collected Works Of The Congress On Imam Khomeini's Jurisprudential Principles*, Volume 14, no date. (In Persian)
18. Mesbah Yazdi, Mohammad Taghi, *Islamic Legal Theory*, Qom: Imam Khomeini Education and Research Institute, 2001. (In Persian)
19. Montazeri, Hossein Ali, *Ketab Al-Hodoud*, Qom: Dar Al-Fekr, 1979. (In Arabic)
20. Motahari, Morteza, *The System Of Women's Rights In Islam*, Tehran: Sadra, 2010. (In Persian)
21. Mousavi Khomeini, *Sahifeh Noor*, Institute For Compilation And Publication Of Imam Khomeini's Works, 2006. (In Persian)
22. Ra'ei, Mas'oud, *Violence: Islamic Laws And International Conventions*, Qom: Imam Khomeini Research Institute, 2002. (In Persian)
23. Tabatabaei, Sayyed Mohammad Hossein, *Al-Mizan in the Interpretation of the Quran*, Volume 13, Beirut: Al-Alamy Publications Foundation, Second Edition, 1970. (In Arabic)
24. Tarmazi, Mohammad Ibn Isa, *Sunan Al-Tirmidhi*, Volume 2, Edited By: Ahmad Mohammad Shaker, Beirut: Dar Ihya Al-Turath Al-Arabi, no date. (In Arabic)

Articles

25. Abdollahi, Eshrat, "Stoning Laws Under Special Review / New Mechanisms For Stoning Legislation", *Etemad Newspaper,* November 4, 2007. (In Persian)
26. Nobhar, Rahim, "Religion and Human Dignity as Theoretical Buildings of Human Rights," Qom: Mofid University, 2005. (In Persian)
27. Rahmandoost, Mahdyar and Mohammad Hossein Bayati, "A Critique of the Discourse of the Iranian Legal System in the Face of the Challenges of Legislation and Implementation of Limits", *Quarterly Journal of Criminal Law and Criminology Research,* Volume 10, Issue 19, 2022, PP 263-296. (In Persian) Doi: 10.22034/jclc.2022.299078.1543
28. Reza'ei, Mohammad Ali, "Perspectives On The Effect Of Time And Place Elements On Ijtihad", *Hozour Journal,* Issue 15, 1996 .(In Persian)
29. Salman-Pour, Davood, Mehdi Mehrizi and Mohammad Ali Ayazi, "The Intrinsic Dignity Of Man In The Quran And Its Challenges", *Journal of Quran And Hadith Studies*, Volume 13, Issue 1 2019, PP 219-242. (In Persian)

Websites

30. Amnesty International, “End Execution By Stoning”, 2024, Available At: https://www.iranrights.org (In Persian)

Document

31. Amnesty International, Global Report: Death Sentences And Executions 2021.

Legal Research, Vol 29, Issue 113, 2026: 127-144 Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Journal of Legal Research
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

Orginal Article

Comparative Study of Preserving Sibling Cohabitation in Custody Disputes in French, United States, and Iranian Legal Systems

Hasna Haj Najafi[1]

Highlights

- The shared emphasis on preserving sibling cohabitation in custody disputes in France, the US, and Iran reflects the emergence of a certain degree of consensus regarding the child's best interests.
- At least in certain areas of family law, the utility of comparative legal studies can be established.
- It is suggested that the Iranian legislature stipulate a representative list of key criteria for assessing the child's best interests in custody cases, including maintaining sibling relationships.

ABSTRACT

Introduction

Although sibling relationships constitute one of the most significant determinants of children's development, in many jurisdictions the traditional orientation of family law in post-separation custody arrangements has primarily been directed toward regulating the relationship between parents and each child, with the preservation of sibling ties frequently overlooked by legislators. Yet, in contexts of family disruption, sustaining sibling relationships may alleviate, at least in part, the hardship and adverse consequences of parental separation. The significance and protective potential of sibling bonds have progressively prompted legal systems to acknowledge the necessity of safeguarding such relationships, such that the historical neglect of siblings within family law is gradually being redressed. The emergence and consolidation of the "best interests of the child" principle, as embodied in Article 3 of the UN Convention on the Rights of the Child, has undoubtedly played a central role in this shift of perspective. Against this backdrop, the present article examines and comparatively analyses the legal frameworks governing the preservation of sibling co-residence in custody disputes in the legal systems of France, the United States, and Iran.

Methods

The present study employs a doctrinal and descriptive–analytical method, conducted through a qualitative approach and based on the collection of data from library and documentary sources. To this end, in addition to relying on authoritative scholarly materials within each of the legal systems examined, the study also explores recent legislative developments and the practical application of legal rules through the analysis of judicial decisions, so that the inquiry does not remain confined to black-letter law. In Iranian law, alongside reference to certain jurisprudential dimensions of the subject and recent legislative developments, particular

How to Cite: Haj Najafi, Hasna, "Comparative Study of Preserving Sibling Cohabitation in Custody Disputes in French, United States, and Iranian Legal Systems", Legal Research, Vol. 29, No. 113, 2026, pp: 127-144.

DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2026.241220.2949 Received: 23/08/2025-Accepted: 01/02/2026

1. Assistant Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: h_hajnajafi@sbu.ac.ir

Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

emphasis is placed on judicial practice; accordingly, selected decisions are examined and interpreted with a focus on the manner in which judges invoke the best interests of the child to safeguard co-residence among siblings. Furthermore, the study is structured on a comparative basis and, by juxtaposing the three legal systems under consideration, seeks to assess the position of each system in relation to the others in addressing the preservation of sibling relationships in custody disputes. Finally, relying on the doctrinal and comparative findings, the study advances proposals aimed at improving and strengthening the custody rules in Iranian law.

Results and discussions

This study demonstrates that, across the three legal systems under examination, the capacity to protect the co-residence of siblings in custody disputes exists, albeit to varying degrees and through distinct institutional mechanisms. In French law, the legislature institutionalized the principle of "non-separation of siblings" in 1996 through Article 371-5 of the Civil Code. On the basis of this principle, the separation of siblings is permissible only where co-residence is impossible or incompatible with the child's best interests. Protection of sibling relationships in France is not confined to the field of custody; it also extends to domains such as adoption, placement in educational institutions, and social welfare arrangements. Accordingly, in this legal order, preserving sibling co-residence upon parental separation rests on a statutory foundation. That said, the principle is rebuttable, and the judge may depart from it, where duly justified by considerations relating to the child's interests, such as specific therapeutic or educational needs or severe incompatibilities. In the law of the United States, the issue of sibling co-residence following parental divorce is typically addressed within the framework of "split custody." Under this arrangement, each parent assumes physical custody of one or more children individually, while custody of the remaining child or children is allocated to the other parent. In recent years, sensitivity toward maintaining sibling co-residence has likewise increased within this system. Although split custody, particularly where the parents so agree, is accepted in certain cases, in many states the separation of siblings is regarded as exceptional, and orders to this effect require compelling justification. The states, however, are not uniform in the degree and mode of protection afforded to sibling co-residence: some have established a formal presumption against separation, whereas in others judges prevent the division of siblings through the interpretation of the child's best interest standard. In Iranian law, although no explicit rule has been enacted concerning the continuity of sibling co-residence following parental divorce, recognition of the "best interests of the child" in the Note to Article 1169 of the Civil Code and Article 45 of the Family Protection Act has created an important legal basis in this regard. On this foundation, the judge may, upon establishing that it is in the child's interest, refrain from separating siblings and consolidate their custody with a single parent, particularly where co-residence contributes to their emotional well-being, psychological stability, and social development. This approach is also consistent with the jurisprudential foundations of custody under Islamic law. A review of judicial practice indicates that the best interests principle has, in fact, been invoked by certain thoughtful and holistic-minded judges in order to preserve sibling co-residence. Moreover, Article 29 of the Family Protection Act has introduced an additional mechanism enabling the establishment of visitation rights between siblings in cases of separated custody, an innovation that merits greater judicial attention.

conclusion

the shared emphasis on preserving sibling co-residence in custody disputes reflects the emergence of a convergent understanding of the child's best interests across different legal systems and may serve as a foundation for the further development of comparative research and the utilization of other jurisdictions' experiences. In other words, by relying on the existing practical convergences among the three legal systems, the present study, moving beyond purely case-based analysis and with a methodological reflection, argues that comparative legal studies, at least within certain domains of family law, may be regarded as both legitimate and fruitful. This study recommends that the Iranian legislature, consistent with the practice of certain other jurisdictions, identify, on an illustrative basis, the principal factors for assessing the child's best interests in custody disputes, and that this list expressly include the preservation of meaningful contact and effective interaction with siblings. In such cases, the judge should weigh each factor, including sibling co-residence, in light of the best interests principle and the interaction of the remaining considerations, and render a decision that secures the greatest attainable benefit for each child.

Keywords: Best Interests of the Child Principle, Sibling Cohabitation, Custody, Article 1169 of the Civil Code, Comparative Family Law

فصلنامه تحقیقات حقوقی
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

مقاله علمی-پژوهشی

مطالعه تطبیقی حفظ هم‌زیستی فرزندان در تعیین حضانت در حقوق فرانسه، ایالات متحده و نظام حقوقی ایران

حسنا حاج نجفی[۱]

نکات برجسته

- اشتراک در توجه به حفظ همزیستی فرزندان در دعاوی حضانت در سه کشور فرانسه، امریکا و ایران، نشان‌دهنده شکل‌گیری درجه‌ای از درک مشترک از مصالح عالی کودک می‌باشد.
- دست کم در برخی قلمروهای حقوق خانواده کارکرد مطالعات تطبیقی اثبات‌پذیر است.
- توصیه می‌شود قانونگذار ایران در فهرستی به صورت تمثیلی مهم‌ترین مولفه‌های سنجش مصلحت کودک، شامل تسهیل ارتباط با خواهران و برادران، را در دعاوی حضانت مشخص نماید.

چکیده

موضوع مقاله پیش‌رو، بررسی قواعد حقوقی ناظر بر حفظ هم‌زیستی فرزندان در دعاوی حضانت، در سه نظام حقوقی فرانسه، ایالات متحده و ایران است. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد در سالیان اخیر، با تأکید بر اصل بنیادین رعایت مصالح عالیه کودک، حساسیت نسبت به حفظ و تحکیم پیوند میان فرزندان افزایش‌یافته، به‌گونه‌ای که امروزه تعامل و ارتباط کودک با خواهران و برادران خود به‌عنوان بخشی از سنجش مصلحت کودک در سیاست‌گذاری‌های قانونی و رویه قضایی کشورهای مختلف ازجمله در فرانسه و ایالات متحده مورد توجه ویژه است. مطالعه موضوع در حقوق کشورمان نیز نشان می‌دهد برخی دادرسان دوراندیش و خوش ذوق ایرانی کوشیده‌اند با استفاده از ظرفیت‌های موجود از رهگذر تفسیر قضایی اصل مصالح عالیه کودک و البته به‌شرط احراز مصلحت، تا حد امکان از جدایی‌افکنی میان فرزندان در دعاوی حضانت پرهیز نمایند. بااین‌حال، پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار ایران نیز نظیر دیگر کشورها به شیوه تمثیلی مهم‌ترین مؤلفه‌های سنجش مصلحت را در دعاوی حضانت ذکر نماید که آن فهرست شامل حفظ ارتباط و تعامل مؤثر کودک با خواهران و برادران خود نیز گردد. به‌علاوه، با در نظر گرفتن مزایای بی‌شمار ارتباط فرزندان با یکدیگر، در موارد تفکیک میان حضانت فرزندان، دادرس بایستی از ظرفیت‌های موجود قانونی جهت تحکیم روابط و تأمین حق ملاقات ایشان بهره گیرد. در نهایت، این مقاله نشان می‌دهد با وجود تفاوت در ابزارها، نوعی درک مشترک از مصالح عالی کودکان، میان نظام‌های حقوقی موضوع مطالعه در حال شکل‌گیری است که می‌تواند مبنایی برای رونق بیشتر مطالعات تطبیقی این حوزه باشد.

کلید واژگان: اصل مصالح عالیه کودک، همزیستی فرزندان، حضانت، ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی، حقوق تطبیقی خانواده.

استناد به این مقاله: حاج نجفی، حسنا، «مطالعه تطبیقی حفظ هم‌زیستی فرزندان در تعیین حضانت در حقوق فرانسه، ایالات متحده و نظام حقوقی ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۳، فروردین ۱۴۰۵، صص:۱۲۷-۱۴۴.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۶/۰۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۱۱/۱۲ DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2026.241220.2949

۱. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: h_hajnajafi@sbu.ac.ir

Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

مقدمه

طی سالیان گذشته در بیشتر نظام‌های حقوقی، قواعد حقوق خانواده عمدتاً بر دو محور بنیادین شکل گرفته و پرورده شده‌است: نخست، رابطه زوجین با یکدیگر که در قواعدی چون ازدواج، طلاق و نفقه نمود می‌یابد و دوم، رابطه والد- فرزندی که موضوعاتی چون حضانت و ولایت را دربرمی‌گیرد. به‌بیان‌دیگر، درحالی زوجیت[1] و والدگری[2] دو قلمروی مسلط و سنتی حقوق خانواده را تشکیل می‌دهند که روابط افقی میان فرزندان- یعنی پیوندهای خواهر و برادری- جز در برخی موارد محدود نظیر ارث، کمتر موضوع قاعده‌گذاری‌های حقوقی واقع می‌شوند.[3] حتی در قلمروی حضانت که موضوع محوری مقاله حاضر است، تمرکز قانون‌گذار عموماً به رابطه عمودی والدین با تک‌فرزند معطوف است و ازاین‌رو، این خطر همواره وجود دارد که خواهران و برادرانی که سال‌ها با هم زیسته و زیر یک سقف بالیده‌اند، پس از طلاق والدین یا مرگشان در فرایند حضانت یا فرزندخواندگی[4] از یکدیگر جدا شوند، بی‌آنکه حق آنان برای حفظ ارتباط و ملاقات با یکدیگر به‌صورت کافی توسط نظام حقوقی به رسمیت شناخته شده و حمایت شود.[5] این درحالی است که روابط خواهر و برادری یکی از عوامل تأثیرگذار بر تکامل کودکان است که اتفاقاً در شرایط گسست یا دشواری‌های خانوادگی اهمیت دوچندان می‌یابد؛چه آنکه ممکن است تحکیم این روابط تلخی جدایی والدین را تا حدی فرو کاهد.[6]

رابطه فرزندان خانواده با یکدیگر اغلب طولانی‌ترین رابطه‌ایست که فرد در زندگی تجربه می‌نماید. به‌طور معمول این رابطه چندین سال پیش از آشنایی افراد با همسرشان آغاز می‌شود و چندین دهه نیز پس از روابط با والدین به طول می‌انجامد.[7] این روابط آمیزه‌ای منحصربه‌فرد از همبستگی، رقابت و محبت است و برای کودکان حکم یک «آزمایشگاه اجتماعی» دارد که می‌توانند در بستر آن آزادانه تجربه کنند، بیاموزند، رشد یابند و مهارت‌های اجتماعی متعدد کسب نمایند.[8] پژوهش‌ها نشان می‌دهد اغلب افرادی که در سنین کودکی از برقراری ارتباط با خواهران و برادرانشان محروم شده‌اند، در بزرگ‌سالی نیز قادر نخواهند بود روابط عمیقی با ایشان برقرار نمایند.[9] ازاین‌رو، برقراری و حفظ ارتباط میان فرزندان در سنین کودکی اهمیت بسیار دارد.

اهمیت و ظرفیت‌های روابط میان فرزندان سبب شده به‌تدریج توجه نظام‌های حقوقی گوناگون به‌ضرورت حفظ ارتباط

---

1. Matrimony

2. Parenthood

۳. برای توضیح بیشتر موضوع در حقوق امریکا و کامن‌لا، ر.ک.:

Hasday, Jill Elaine. *Family Law Reimagined*, Cambridge: Harvard University Press, 2014, PP 161-164 & 168.

۴. هرچند در نظام حقوقی ایران براساس ماده ۷ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست مصوب ۱۳۹۲، این حق برای متقاضی سرپرستی شناسایی شده که در فرضی که کودکان و نوجوانانِ مهیای سرپرستی، اعضای یک خانواده باشند، بیش از یک نفر را به سرپرستی بگیرد. اما تأمل در این ماده نشان می‌دهد حکم ماده در واقع اختیاری است که به سرپرست اعطا می‌شود و به میل و اراده وی بستگی دارد، به‌گونه‌ای‌که نمی‌توان آن را در حیطه حقوق کودکان تحت سرپرستی قرار داد.

5. Hasday, Op. Cit., P 165; McBride, Erin. "Splitting Heirs: Reforming the Custodial Treatment of Identical Twins in Divorce", *Family Law Quarterly*, Volume 37, Issue 3, 2003, P 516.

6. Richardson, Sabrina M. and Yates, Tuppett M. "Siblings in Foster Care: A Relational Path to Resilience for Emancipated Foster Youth", *Children and Youth Services Review*, Volume 47, 2014, P 378; Hasday, Op. Cit., PP 166 & 176.

7. Hasday, Op. Cit., P 166.

8. Richardson and Yates, Op. Cit., P 378; Andolfi, Maurizio. *Multi-generational Family Therapy Tools and Resources for the Therapist*, New York: Taylor and Francis, 2017, P 63.

9. Hasday, Op. Cit., P 167.

میان فرزندان یک خانواده معطوف شود و این پیوندها نیز کم‌وبیش در سایه‌سار قواعد و رویه‌های حمایتی حقوقی قرار گیرند؛ به‌گونه‌ای که می‌توان گفت در بسیاری از نظام‌های حقوقی غفلت تاریخی حقوق خانواده درباره روابط خواهران و برادران، هرچند آرام، اما درحال رفع شدن است. البته، مطرح شدن اصل مصالح عالیه کودک که در ماده ۳ کنوانسیون جهانی حقوق کودک منعکس است نیز در اقبال نظام‌های حقوقی به‌لحاظ نمودن روابط کودک با هم‌نسل ان خود، اثرگذار بوده است.

موضوع مقاله پیش‌رو، بررسی رویکرد نظام‌های حقوقی مختلف نسبت به حفظ روابط فرزندان و به‌ویژه همزیستی ایشان پس از جدایی والدین است. به این منظور، ابتدا موضوع در برخی نظام‌های حقوق خارجی نظیر فرانسه و ایالات متحده مطالعه می‌شود. با گذر از بحث حقوق خارجی، توجه به همزیستی فرزندان در فرض جدایی والدین در نظام حقوقی ایران بررسی، و برخی آرای ارزشمند از دادگاه‌های ایران در این زمینه تحلیل می‌شود. در نهایت نیز با در نظر گرفتن اشتراک در تحولات نظام‌های حقوقی، نتیجه‌گیری شده و پیشنهادهایی برای پیشرفت نظام‌حقوقی ایران در این زمینه، ارائه می‌گردد.

۱. حفظ همزیستی فرزندان در دعاوی حضانت در نظام‌های حقوقی خارجی

در این بخش از پژوهش، موضع نظام‌های حقوقی فرانسه و ایالات متحده نسبت به مسئله حفظ همزیستی فرزندان با یکدیگر در تعیین حضانت ایشان متعاقب جدایی والدین بررسی می‌شود.

۱.۱. حفظ همزیستی فرزندان در دعاوی حضانت در حقوق فرانسه

در سالیان اخیر قانون‌گذار فرانسه به‌ضرورت حفظ پیوندهای خانوادگی در روابط فرزندان توجه ویژه‌ای داشته است. در این راستا، در سال ۱۹۹۶ ماده ۵-۳۷۱ در کتاب اول قانون مدنی این کشور در مبحث اقتدار ابوینی[1] به تصویب رسید که مقرر می‌دارد: «کودک نباید از خواهران و برادران خود جدا شود، مگر اینکه این امر غیرممکن باشد یا مصالح عالیه او راه‌حل دیگری را ایجاب نماید. در صورت لزوم، قاضی درمورد روابط شخصی بین خواهران و برادران تصمیم‌گیری می‌کند».[2]

اهتمام قانون‌گذار فرانسه به حفظ ارتباط خواهران و برادران فقط به قلمروی حضانت محدود نیست، بلکه مانند الگووارهای جدید در قواعد حقوقی مختلف مربوط به کودکان جریان یافته‌است. هرچند پیش‌بینی ماده فوق در درجه اول ناظر بر موارد جدایی والدین از یکدیگر است تا در فرایند تحول خانواده و جدایی والدین، کودکان همزیستی خود را حفظ نمایند؛ دامنه شمول ماده بسیار گسترده‌تر است. برای مثال، این ماده در مواردی که کودکی بنابر صلاحدید والدین خود در یک مؤسسه آموزشی شبانه‌روزی مستقر می‌شود یا فرزندانی از یک خانواده در فرایند فرزندخواندگی قرار می‌گیرند، نیز کاربرد دارد.[3] همچنین ماده ۷-۳۷۵ قانون مدنی نیز در چارچوب همین الگو واره کلی مقرر می‌کند کودکانی که در حمایت

---

1. autorité parentale

2. "L'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et soeurs, sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution. S'il y a lieu, le juge statue sur les relations personnelles entre les frères et soeurs".

3. Fenouillet, Dominique et François Terré. *Droit civil; Les personnes; Personnalité; Incapacité; Protection,* Huitième Édition, 2012, PP 401-402.

کمک اجتماعی قرار می‌گیرند، باید همراه با خواهر و برادران خود پذیرفته شود، مگر اینکه مصلحت کودک طور دیگری اقتضا کند. ضرورت حفظ ارتباط میان خواهران و برادران همچنین در مواد ۱-۲۲۱ و ۱-۱-۲۲۳ قانون اقدام اجتماعی و خانواده‌ها[1] نیز مورد توجه ویژه است. ازاین‌روست که دکترین فرانسه از این ماده قانونی، اصلی کلی در روابط فرزندان استخراج می‌کند که با عناوینی چون «اصل عدم جدایی فرزندان»[2] یا «اصل وحدت فرزندان»[3] یاد می‌شود.[4] البته باید دقت کرد، هرچند این مقرره در حقوق فرانسه از جدایی افکندن میان فرزندان، نهی می‌نماید، تکلیفی برای نزدیک کردن کودکانی که حسب شرایط زندگی تاکنون با هم زندگی مشترک نداشتند، برقرار نکرده است.[5]

به هر طریق، از ماده ۱-۳۷۵ قانون مدنی فرانسه به‌روشنی برمی‌آید که در حقوق خانواده فرانسه در تعیین حضانت اصل بر تداوم همزیستی فرزندان- شامل خواهران و برادران تنی و ناتنی- در زمان جدایی والدین است، مگر آنکه این همزیستی غیرممکن یا خلاف مصلحت باشد. برای مثال، ممکن است در خانواده‌های پرجمعیت اقامت مشترک برای همه فرزندان ممکن نباشد. البته، در این فرض نیز قاضی باید تلاش کند زمان‌ها یا دوره‌هایی از زندگی مشترک را برای فرزندان فراهم سازد. همچنین، اگر این احتمال وجود داشته‌باشد که کودک تحت‌تأثیر منفی خواهر یا برادر بزرگ‌تر خود که دچار مشکلاتی است، قرار گیرد یا آنکه نیازهای ویژه تحصیلی کودک یا پیگیری‌های درمانی او، اقامت در مؤسسه خاصی را ضروری سازد، ممکن است اصل همزیستی به‌دلیل مصلحت خود کودک کنار گذارده شود. همچنین در فرضی که حمایت تربیتی[6] به‌دلیل شرایط خاص یکی از فرزندان لازم باشد، ممکن است قاضی اصل عدم جدایی را نادیده گیرد. درهرحال، بررسی این دو استثنا در حیطه صلاحدید قاضی است.[7] بدین‌سان مشاهده می‌شود که مبنای عدم جداسازی فرزندان اصل مصالح عالیه کودک است؛ چه آنکه فرض عدم تأمین مصلحت فرزندان در همزیستی ایشان، در واقع مهم‌ترین دلیلی است که جدایی میان فرزندان را توجیه می‌کند.

به‌این‌ترتیب، در این نظام حقوقی تداوم زندگی فرزندان با یکدیگر به‌عنوان یک اصل قابل رد[8] شناسایی شده است. در نتیجه، هرگاه قاضی مطابق این اصل تصمیم بگیرد، نیازی به استدلال مفصل ندارد. در مقابل، در مواردی که دادگاه می‌خواهد اصل را بشکند و به جداسازی فرزندان حکم دهد، موظف است تصمیم خود را به‌طور مفصل توجیه کند. موجبات که به‌طور معمول در آرای دادگاه‌ها عدول از اصل را توجیه می‌کند، به این قرار است: سن پایین کودک و نیاز

---

1. Code de l'action sociale et des familles.

2. Principe de non-séparation des fratries, see: Berry, Elsa, "Principe de non-séparation de la fratrie en droit français" Oct 2021, en ligne à: https://hal.science/hal-04022197v1/document .

3. L'unité de la fratire, See: Véronique, David-Balestriero. "L'unité de la fratrie", Dans: *Mélanges Gilles Goubeaux Liber amico-rum*, Dalloz-LGGDJ-Lextenso, 2009, PP 71-84.

۴. جالب اینکه، منشأ ایجاد اصل منع جدایی خواهران و برادران در حقوق فرانسه، خود کودکان بودند. گفتنی است در سال ۱۹۹۴، مجلس ملی فرانسه، نهادی را با عنوان پارلمان کودکان (Parlement des enfants) برای آموزش نحوه ارائه طرح‌های قانونی به کودکان تأسیس نمود. در سال ۱۹۹۶، این پارلمان پیشنهاد تصویب اصلی راهنما را در روابط خواهران و برادران ارائه داد که در جریان نخستین روز ملی حقوق کودک مورد بررسی قرار گرفت و با تغییراتی توسط سنا تصویب شد. این قانون در ۳۰ دسامبر ۱۹۹۶ به تصویب نهایی رسید و در قالب ماده ۵-۳۷۱ به بدنه قانون مدنی راه یافت. ر.ک.: Berry, Op. Cit., P 1 .

5. Berry, Op. Cit., P 5.

۶. در حقوق فرانسه حمایت تربیتی (assistance éducative) به مجموعه تدابیری گفته می‌شود که به‌طور معمول قاضی کودکان (juge des enfants) در شرایطی که سلامت، امنیت، یا رشد کودک در معرض خطر جدی باشد، برای حمایت از کودک و اصلاح یا پشتیبانی تربیتی او اتخاذ می‌کند. این اقدامات ممکن است شامل تغییر اقامتگاه کودک باشد، هرچند به آن منحصر نیست (ر.ک.: ماده ۳۷۵ قانون مدنی فرانسه).

7. Fenouillet et Terré, Op. Cit., P 402.

8. présomption simple

ویژه او به مادر، درحالی که خواهر یا برادر بزرگ‌تر او نزد پدر زندگی می‌کند؛ ناتوانی یا وضعیت خاص کودک (مانند معلولیت) که نیازمند مراقبت ویژه یکی از والدین است، درحالی‌که والد دارای حضانت امکان نگهداری از سایر فرزندان را به‌طور هم‌زمان ندارد؛ ترجیحات متفاوت هر یک از کودکان در انتخاب والد موردنظر؛ پذیرش خود کودکان نسبت به جدایی یکدیگر؛ وجود تعارض میان برخی از فرزندان با یکی از والدین که مانع زندگی مشترکشان می‌شود و جلوگیری از خروج همه فرزندان به خارج از کشور با هدف پرهیز از گسستن پیوندهای اجتماعی و خانوادگی کودک. البته، در این موارد قضات تلاش می‌کند تا حتی در فرض جدایی محل اقامت یکی از کودکان، ارتباط او فرزندان دیگر حفظ گردد.[۱]

در پایان این اشاره خالی از لطف نیست که در سالیان اخیر در برخی از دیگر کشورهای اروپایی نیز حق ارتباط فرزندان با یکدیگر مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است. برای مثال، قانون مدنی بلژیک در اصلاحات سال ۲۰۲۱ حق ایجاد روابط شخصی میان فرزندان را به‌عنوان یک حق شخصی مورد حمایت قرار داد.[۲]

۱.۲. حفظ همزیستی فرزندان در دعاوی حضانت در حقوق ایالات متحده امریکا

در امریکا، قاعده‌گذاری در حوزه حقوق خانواده در صلاحیت ایالت‌ها قرار دارد. بااین‌حال میان قواعد ایالت‌های مختلف امریکا نوعی همگرایی نیز قابل تشخیص است. در این کشور، مفهوم حضانت معنای عامی دارد و شامل حضانت فیزیکی[۳] و قانونی[۴] می‌شود. حضانت فیزیکی به‌معنای حق اقامت با کودک و نگهداری و مراقبت از وی است و حضانت قانونی هم شامل اختیار تصمیم‌گیری در امور مهم کودک نظیر درمان، مذهب و آموزش می‌شود. از آنچه گفته شد، روشن می‌گردد مفهوم حضانت در نظام حقوقی ایران بیشتر با مفهوم حضانت فیزیکی در امریکا تطابق دارد. مطالعه حقوق ایالت‌ها نشان‌می‌دهد امروزه در بسیاری از ایالت‌های امریکا با هدف حفظ نقش و ارتباط والدین در نگهداری فرزندانشان متعاقب طلاق، نوعی حرکت به‌سمت ترجیح حضانت مشترک[۵] قابل تشخیص است، مگر آنکه شرایط پرونده از جمله مصلحت کودک یا عدم امکان تعامل والدین، حضانت انفرادی[۶] یکی از والدین را مرجح دارد. مبنای حضانت مشترک پس از طلاق این است که والدگری برخلاف زناشویی با طلاق از بین نرفته است و هر دو والد همچنان متکفل مسئولیت‌های خود در قبال کودک‌اند. اشتراک در حضانت می‌تواند به‌شکل حضانت قانونی مشترک[۷] بروز نماید که در آن پدر و مادر، بعد از طلاق نیز به‌صورت مشترک عهده‌دار تصمیم‌گیری درباره امور مهم کودک‌اند. در حضانت فیزیکی مشترک[۸] والدین مراقبت از کودک را به‌صورت مشترک و نه لزوماً مساوی، برعهده می‌گیرند. به‌طور کلی، اشتراک در حضانت قانونی در مقایسه با حضانت فیزیکی بیشتر است.[۹] در بسیاری از ایالت‌ها اصل بر اشتراک والدین در حضانت قانونی پس از جدایی است، این

---

[1]. Berry, Op. Cit., PP 6-7.

[۲]. ماده ۳۷۵ مکرر قانون مدنی بلژیک در این زمینه اشعار داشته است: «پدربزرگ‌ها و مادربزرگ‌ها حق برقراری روابط شخصی با کودک را دارند. تمام برادران و خواهران، در هر سنی، حق برقراری روابط شخصی با یکدیگر را دارند...». برای مطالعه موضوع در حقوق بلژیک و بررسی پیشنهادهای اصلاحی، ر.ک:

Potemans, Jolien, Roelandt, Alexandra. “Le droit des fratries de ne pas être séparées”, *Journal du droit des jeunes,* No 401, 2021, PP 21-26.

[3]. Physical custody

[4]. Legal custody

[5]. Joint custody

[6]. Sole custody

[7]. Joint legal custody

[8]. Joint physical custody

[۹]. هرچند در برخی ایالت‌ها نظیر اورگان و ورمونت، صدور حکم حضانت مشترک مستلزم توافق هر دو والد است.

درحالی است که چنین اصلی در حضانت فیزیکی وجود ندارد و صدور حکم اشتراک در حضانت فیزیکی به‌دلیل تبعات منفی‌ای که ممکن است از جابه‌جایی کودکان میان دو خانه ناشی گردد، فقط یکی از گزینه‌های احتمالی است.[۱]

به‌طورکلی، در ایالات متحده امریکا، بحث از حفظ ارتباط فرزندان با یکدیگر متعاقب طلاق والدین ضمن بحث از حضانت تقسیم‌شده[۲] مطرح می‌شود. مفهوم حضانت تقسیم‌شده نیز می‌تواند ناظر به حضانت قانونی یا فیزیکی باشد، اما بیشتر درمورد حضانت فیزیکی کاربرد دارد. حضانت تقسیم‌شده، در تعیین تکلیف فرزندان در خانواده‌هایی با بیش از یک فرزند کاربرد دارد که به‌موجب آن هریک از والدین به‌صورت جداگانه حضانت فیزیکی یک یا چند فرزند را برعهده می‌گیرند؛ درحالی که حضانت فرزند یا فرزندان دیگر به‌صورت انفرادی با والد دیگر است: برای مثال، یک فرزند نزد مادر و دیگری نزد پدر زندگی می‌کند. از لحاظ منطقی، حضانت تقسیم‌شده از اقسام حضانت انفرادی است، چه آنکه طی آنکه والد دارای حضانت تقسیم‌شده در خصوص حضانت فرزند خود شریکی ندارد.[۳]

تقسیم فرزندان به‌طور معمول براساس جنسیت یا سن صورت می‌پذیرد. به این معنا که اغلب، کودک دختر با مادر می‌ماند و پسر با پدر خود. گاه نیز حضانت فرزند کوچک به مادر می‌رسد و حضانت فرزند بزرگ به پدر.[۴] بیشتر موارد حضانت تقسیم‌شده متعاقب توافق والدین راجع به والدگری[۵] صورت‌می‌گیرد با این‌حال دادگاه نیز می‌تواند راساً به تقسیم حضانت حکم دهد.[۶]

جدا شدن فرزندان از یکدیگر، همواره یکی از چالش‌های اساسی دعاوی حضانت در خانواده‌هایی با بیش از یک فرزند است. گفتنی است ایالات متحده امریکا در حال حاضر تنها کشور عضو سازمان ملل متحد است که کنوانسیون بین‌المللی حقوق کودک را تصویب نکرده‌است. بااین‌حال، اصل محوری مصالح عالیه کودک در قوانین ایالتی و نیز رویه قضایی این کشور بسیار مورد توجه و استناد است.[۷] به‌طور معمول ، قوانین ایالتی مهم‌ترین عواملِ مؤثر در تشخیص مصالح عالیه کودک را که برای تصمیم‌گیری در خصوص حضانت فرزندان نیز ملاک اصلی محسوب می‌شود، فهرست کرده‌اند و دادگاه با لحاظ کردن مجموع این عوامل درباره حضانت تصمیم می‌گیرد. دیدگاه رسمی ایالت‌ها در خصوص نقش تداوم روابط فرزندان در میان این مجموعه عوامل، متفاوت است. در برخی ایالت‌ها نظیر پنسیلوانیا[۸] و تگزاس[۹]حفظ ارتباط فرزندان به‌طور صریح در شمار این معیارها نیامده‌است. با این حال، قاضی می‌تواند این عامل را در چارچوب اختیار وسیع خود در سنجش مصالح عالیه طفل یا تحت عناوینی چون «نیاز کودک به ثبات»، «برقراری روابط عاطفی با اعضای خانواده» یا «سایر عوامل» که به‌طور معمول در انتهای فهرست عوامل مؤثر در تشخیص مصلحت ذکر می‌شود، لحاظ نماید. بدین‌سان،

Glennon, Theresa. "Mobility and The Post-Divorce Family: Resolution of Relocation Disputes in The U.S.", In: Boele-Woelki, Katharina (ed.). *Common Core and Better Law in European Family Law*, Antwerp -Oxford, Intersentia, 2005, PP 194-195 & 197; Parkinson, Patrick, *Family Law and the Indissolubility of Parenthood,* Cambridge University Press, 2011, PP 45-47.

1. Bix, Brian. *The Oxford Introductions to U.S. Law: Family Law*, Oxford University Press, 2013, P 199.

2. split custody

3. See: https://www.law.cornell.edu/wex/split_custody

4. Hasday, Op. Cit., P 177.

۵. به‌طور معمول parenting plan یا parenting agreement خوانده می‌شود.

6. Espejo, Roman. "Introduction", In: Espejo (ed.), *Divorce and Children*, Greenhaven Press, 2015, P 7.

7. Goldstein, Mark L. "Best Interest Factors in Child Custody Evaluations", In: Goldstein, Mark L. (ed.), *Handbook of Child Custody*, Springer International Publishing, 2016, P 11.

8. Pennsylvania Consolidated Statutes, Title 23 – Domestic Relations § 5328(a).

9. Texas Family Code Annotated § 153.002.

پذیرش توافقات مربوط به حضانت تفکیک‌شده و جدا کردن فرزندان از یکدیگر به صلاحدید کلی قاضی و سنجش شرایط پرونده وابسته‌است.

در گروه دیگری از ایالت‌ها نظیر آریزونا،[۱] کلورادو،[۲] ناحیه واشنگتن،[۳] آیداهو،[۴] ایندیانا،[۵] کنتاکی،[۶] مینسوتا،[۷] می‌سوری،[۸] نیومکزیکو[۹] و ویرجینیا[۱۰] هرچند اصل صریح و الزام‌آوری که فاصله انداختن میان فرزندان را محدود کند وجود ندارد، جدا شدن فرزندان از یکدیگر نه به‌عنوان عامل تعیین‌کننده بلکه به‌عنوان یکی از عوامل مؤثر در تصمیم‌گیری درباره حضانت، لحاظ می‌گردد؛ به این معنا که قاضی باید در میان عوامل مؤثر در تشخیص مصالح عالیه به حفظ ارتباط میان فرزندان نیز توجه نماید.[۱۱]

در مقابل، توجه به همزیستی فرزندان در برخی دیگر از ایالت‌ها پررنگ‌تر است. در این گروه، محاکم موفق شده‌اند به صراحت پیش‌فرض‌هایی[۱۲] را علیه حضانت تقسیم‌شده برقرار کنند و جداسازی فرزندان از یکدیگر را منوط به وجود شرایطی نمایند که از نظر آنها باید «استثنایی»[۱۳] یا بر مبنای «نیاز فوق‌العاده شدید»[۱۴] یا «نیاز قوی»[۱۵] یا دلایل «قانع‌کننده»[۱۶] یا «فوق‌العاده مهم»[۱۷] باشد.[۱۸]

بااین‌حال، ورای این تفاوت در حقوق رسمی باید توجه داشت به‌طورکلی در ایالات متحده قاضی در تعیین حضانت اختیار فراوان دارد و محدودیت‌های وارده بر جداکردن فرزندان نیز در پرتوی اصل مصالح عالیه کودک تفسیر می‌شود. بدین‌سان هرچند در برخی ایالت‌ها اصل بر جدا نکردن فرزندان از یکدیگر در تعیین حضانت است، دادگاه اگر حضانت تقسیم‌شده را در راستای مصالح کودک ببیند، می‌تواند بدان حکم دهد. برای مثال، دیوان‌عالی ایالت کانزاس این مقرره قانونی را که اشعار داشته است: «دادگاه در موارد استثنایی می‌تواند ترتیبی برای سکونت فرزندان اتخاذ کند، به‌گونه‌ای‌که یک یا چند فرزند نزد یکی از والدین زندگی کند و درعین‌حال زمان والدگری (دیدار و ملاقات) با والد دیگر نیز برقرار باشد»،[۱۹] چنین

---

1. Arizona Revised Statutes § 25-403(A)(2).
2. Colorado Revised Statutes § 14-10-124(1.5) (a)(III).
3. D.C. Code § 16-914(a)(3)(C).
4. Idaho Code Annotated § 32-717(1)(c).
5. Indiana Code Annotated § 31-14-13-2(4)(B), 31-17-2-8(4)(B).
6. Kentucky Revised Statutes Annotated § 403.270(2)(c).
7. Minnesota Statutes § 518.17(1)(a)(5).
8. Missouri Annotated Statutes § 452.375(2)(3).
9. New Mexico Statutes Annotated § 40-4-9(A)(3).
10. Virginia Code Annotated § 20-124.3(4).
11. Hasday, Op. Cit., PP 177 & 286-287.
12. Presumption
13. Exceptional; see e.g.: Kansas: Kansas Statutes Annotated § 23-3207(b) (2012); Missouri: Durbin v. Durbin, 226 S.W.3d 876, 880 (Mo. Ct. App. 2007); Arkansas: Lloyd v. Butts, 37 S.W.3d 603, 607 (Ark. 2001); Arkansas: Sykes v. Warren, 258 S.W.3d 788, 793 (Ark. Ct. App. 2007).
14. Overwhelming need; see e.g.: New York: Valenti v. Valenti, 869 N.Y.S.2d 266, 269 (App. Div. 2008).
15. Strong need, see e.g.: Louisiana: Sanders v. Sanders, 923 So. 2d 721, 725 (La. Ct. App. 2005).
16. Compelling reasons; see e.g. California: In re Marriage of Williams, 105 Cal. Rptr. 2d 923, 924 (Ct. App. 2001); Florida: Matias v. Matias, 948 So. 2d 1021, 1022–23 (Fla. Dist. Ct. App. 2007); Iowa: In re Marriage of Pundt, 547 N.W.2d 243, 245 (Iowa Ct. App. 1996); Mississippi: Brawley v. Brawley, 734 So. 2d 237, 241 (Miss. Ct. App. 1999); Pennsylvania: Saintz v. Rinker, 902 A.2d 509, 513 (Pa. Super. Ct. 2006); South Dakota: Hathaway v. Bergheim, 648 N.W.2d 349, 352 (S.D. 2002)
17. Overriding reasons; see e.g.: Oregon: In re Marriage of Morales, 159 P.3d 1183, 1189 (Or. Ct. App. 2007)
18. Hasday, Op. Cit., PP 178 & 287.
19. Kansas Statutes Annotated § 23-3207(b) (2012).

تفسیر کرده است که موارد استثنایی همان صلاحدید دادگاه در تشخیص مصالح عالیه کودکان است.[1]

همچنین باید توجه داشت که در عمل، چنانچه والدین بر تقسیم حضانت توافق کنند یا خود کودکان خواستار جدایی باشند، احتمال صدور حکم تقسیم حضانت از سوی دادگاه افزایش می‌یابد.[2] البته، توجه به مصالح عالیه کودک همواره به‌عنوان قاعده اصلی مورد توجه است. بااین‌حال، معیار مصالح عالیه نیز ماهیتی مبهم دارد و سنجش آن تاحدی به دیدگاه‌های شخصی قضات بستگی دارد.[3] بدین‌سان، علاوه‌بر واقعیت‌های متفاوت هر پرونده، رویکردهای فردی دادرسان نیز در تعیین همزیستی یا عدم همزیستی فرزندان اثرگذار است.

بااین‌حال، گزاف نیست اگر گفته شود در امریکا در سالیان اخیر حساسیت‌ها نسبت به جدایی فرزندان طلاق از یکدیگر بیشتر شده‌است. امروزه در بیشتر ایالت‌ها قضات با فاصله انداختن میان فرزندان در فرایند طلاق یا جدایی والدین، مخالف‌اند. در نتیجه، حتی اگر والدین بر حضانت تقسیم‌شده توافق نموده باشند، بار اثبات برعهده آنان است که ثابت کنند جداسازی فرزندان مطابق مصالح فرزندان و خانواده است.[4] یکی از قضات امریکایی در این خصوص چنین گفته‌است: «تقریباً هیچ هفته‌ای نمی‌گذرد مگر آنکه با توافقات والدگری مواجه شویم که به جدایی خواهران و برادران منجر می‌گردد... قضات دادگاه خانواده آلبوکرکی[5] توافقاتی را که منجر به جدایی خواهران و برادران می‌شوند، رد می‌کنند، مگر آنکه یک روان‌شناس کودک با خانواده صحبت کند و جدایی را تأیید نماید».[6]

گفتنی است، در حقوق امریکا در مواردی که فرضی علیه جداسازی فرزندان متعاقب طلاق والدین وجود دارد، بیشتر دادگاه‌ها خواهران و برادران ناتنی را از شمول این اصل خارج می‌دانند. همچنین، باید گفت هرچند در ایالات متحده بسیاری از ایالت‌ها تا سال ۲۰۰۰ مقرراتی را به تصویب رساندند که حق ملاقات کودک را برای پدربزرگ و مادربزرگ البته به‌صورت مشروط شناسایی می‌نماید،[7] خواهران و برادران در بسیاری از ایالت‌ها از حق مصرح جهت ملاقات به‌ویژه در مواردی که حضانت به‌صورت تقسیم‌شده تعیین شده و والد دارای حضانت با ملاقات فرزند تحت حضانت خود با خواهر یا برادرش مخالفت کند، محروم‌اند.[8]

۲. توجه به حفظ همزیستی فرزندان در دعاوی حضانت در نظام حقوقی ایران

در این بخش از مقاله، موضوع حفظ همزیستی فرزندان پس از جدایی والدین در نظام حقوقی ایران بررسی می‌شود. ابتدا این پرسش مطرح می‌شود که بر اساس کدام قواعد حقوقی در ایران، همزیستی فرزندان پس از طلاق والدین توجیه‌پذیر است و سپس، مصادیقی از آرای دادگاه‌های ایرانی که در آن به حفظ همزیستی فرزندان حکم داده شده، بررسی می‌شود.

---

1. Hasday, Op. Cit., P 178.
2. McBride, Op. Cit., PP 521-522; Espejo, Op. Cit., P 7.
3. Kaplan, L. Ade-Ridder, L. and Hennon, C. B. "Issues of split custody: Siblings separated by divorce", In: Everett, Craig A. (ed.). *The Consequences of Divorce: Economic and Custodial Impact on Children and Adults*, Volume 2, New York: Haworth Press, PP 259-261.
4. Espejo, Op. Cit., P 7.
5. شهری در ایالت نیومکزیکو امریکا
6. Kass, Anne, "Splitting Siblings upon Divorce," Fairshare, Jan. 1998, P 13; cited from: Hasday, Op. Cit., P 177.
7. به‌طور معمول، در ایالات متحده این مقررات «قواعد مربوط به حق ملاقات غیروالد» (nonparent visitation laws) اطلاق می‌گردد. این حق نیز البته نامحدود نیست و باید با حقوق والد دارای حضانت متعادل گردد.
8. Hasday, Jill Elaine, "Siblings in Law", *Vanderbilt Law Review*, Volume 65, 2012, P 916.

۲.۱. قواعد ناظر بر حفظ همزیستی فرزندان در تعیین حضانت در حقوق ایران

باوجود اینکه قواعد مربوط به حضانت در نظام حقوقی ایران عمدتاً مبتنی‌بر فقه اسلامی است، در سال‌های اخیر تحولات قابل توجهی در این حوزه رخ داده است. ازجمله این تغییرات، اصلاح ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی در سال ۱۳۸۲ است که به موجب آن مادر از اولویت نگهداری فرزندان، اعم از دختر و پسر، تا هفت‌سالگی برخوردار گردید. بااین‌حال، انصاف ایجاب می‌کند بگوییم باوجود اهمیتی که روابط فرزندان با یکدیگر دارد، نظام حقوقی ما نیز از غفلت تاریخی قاعده‌گذاری حقوقی جهت نظم بخشی به این روابط مصون نمی‌باشد؛ به‌گونه‌ای فقها و حقوق‌دانان به‌طور معمول در بحث از حضانت فرزندان، متعرض بحث جداسازی فرزندان از یکدیگر و پیامدهای آن نمی‌شوند.[۱]

بااین‌حال، باید گفت در نظام حقوقی ایران هر چند حفظ پیوند خویشان خط اطراف و همزیستی فرزندان متعاقب طلاق والدینشان موضوع قاعده‌گذاری مستقیم قرار نگرفته‌است، همزیستی فرزندان را می‌توان براساس تبصره ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی حسب مورد برداشت نمود. مطابق این تبصره بعد از هفت‌سالگی فرزندان، قاضی در تعیین حضانت— دست‌کم در صورت حدوث اختلاف میان والدین- دیگر نظیر گذشته محدود به معیار نوعی سن نمی‌باشد بلکه باید رعایت مصلحت طفل را در نظر داشته و بر اساس آن ملاک، تصمیم‌گیری نماید.[۲] ضرورت رعایت مصلحت کودکان همچنین به‌عنوان یک قاعده کلی و اساسی در ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده نیز تکرار شده‌است.[۳]

گفتنی است هرچند اصلاح ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی و به رسمیت شناختن اصل مصالح عالیه به‌عنوان معیار اصلی تصمیم‌گیری در مورد کودکان، به‌دنبال الحاق کشورمان به کنوانسیون جهانی حقوق کودک و تأمین الزامات ماده ۳ آن به عمل آمد، از آنجا که این معیار نوعی هم‌پوشانی ارزشی با مفاهیم سنتی و بومی ما داشته است، به‌خوبی مورد پذیرش و اقبال نظام حقوقی قرار گرفته است. براساس قول مشهور در فقه که بر آن ادعای اجماع شده، حدود ولایت ولی قهری نسبت به صغیر محدود به رعایت مصلحت (و نه صرفاً دفع مفسده) است. چه آنکه ولایت پدر ازجمله اقسام ولایت است و در همه ولایت‌ها رعایت مصلحت مولی‌علیه ضروری است.[۴] این درحالی است که از منظر فقه امامیه حضانت نیز در چارچوب ولایت (ولایت بر نفس) ارزیابی می‌شود.[۵] پس باید مقید به لوازم آن و ازجمله مصلحت باشد. بدین‌سان می‌توان گفت از حیث منطقِ ذهنی وقتی رعایت مصلحت در اجزای یک امر ضروری است، پذیرفتن آن که در اصل موضوع (حضانت پدر یا مادر) مصلحت به‌عنوان معیار اصلی نقش آفرینی نماید، تسهیل می‌شود. به‌ویژه آنکه آرای فقهی در زمینه سن اتمام حضانت مادر نیز متشتت است و حتی برخی آن را تا سن بلوغ برای دختر و پسر یا حتی تا ازدواج دختر دانسته‌اند.[۶] این زمینه تاریخی باعث شده توجه به

---

۱. در فقه لزوم توجه به همزیستی یا دست‌کم عدم قطع ارتباط میان خواهر و برادر در بحث خرید و فروش بردگان مطرح شده است. براساس روایت سنان از حضرت امام صادق علیه‌السلام اگر غلام یا کنیزی خریداری می‌شود و او در آن شهر خواهر و یا برادری دارد، نباید او را از آن شهر جابه‌جا نمود. برای مثال، ر.ک.: حلی، علامه، ***تذکرة الفقهاء***، جلد ۱۰، قم: موسسة آل البیت علیهم‌السلام لإحیاء التراث، ۱۴۱۴ ه. ق، صص ۳۳۳ و ۳۳۲.

۲. تبصره ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی: «بعد از هفت‌سالگی در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه می‌باشد».

۳. ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱: «رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان در کلیه تصمیمات دادگاه‌ها و مقامات اجرائی الزامی است».

۴. برای مثال، ر.ک.: انصاری، شیخ مرتضی، ***کتاب المکاسب***، قم: مجمع الفکر الاسلامی (تراث الشیخ الأعظم)، جلد ۳، ۱۴۱۵ ه. ق، ص ۵۳۹،

۵. برای مثال: «الحضانة و هی ولایة و سلطنة علی تربیة الطفل..»..ر.ک.: حلی، علامه، ***قواعد الاحکام***، جلد ۳، قم: مؤسسة النشر الإسلامی: ۱۴۱۹ه. ق، ص ۱۰۱.

۶. برای مثال، در خصوص بحث از اختلاف منابع در این زمینه ر.ک: الطوسی، الشیخ، ***المبسوط فی فقه الإمامیة***، جلد ۶، تهران: المکتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ ه.ق، ص ۳۹؛ همچنین: الأردبیلی، المقدّس، ***مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان***، جلد ۸، قم: مؤسسة النشر الإسلامی، ۱۴۰۳ ه. ق، ص ۲۶۰،

مصالح عالیه فرزند در تصمیم‌گیری راجع به کودکان و از جمله در تعیین حضانت ایشان مورد پذیرش و قبول قرار گیرد. کما اینکه برخی قواعد تعیین حضانت در فقه نیز به عنوان مصداقی از لزوم رعایت مصلحت طفل توجیه‌پذیر است.[۱] این موضوع نشان می‌دهد تخلف از قاعده نوعی سن در فرض ایجاب مصلحت طفل، با مبانی حقوق بومی نیز سازگاری دارد.

به هر طریق، امروزه اصل مصالح عالیه در حقوق ایران خوش نشسته است. این اصل ظرفیت‌های بسیار دارد و در موضوع همزیستی فرزندان نیز می‌تواند مورد توجه باشد. بدین‌سان، اگر فرض نماییم زن و شوهری با دو کودک از یکدیگر جدا می‌شوند، درحالی‌که کودک کوچک زیر هفت سال و کودک بزرگ‌تر بالای هفت سال سن دارند، دادرس در فرض مخالفت مادر با اعطای حضانت کودک بزرگ‌تر به پدر، می‌تواند به‌شرط احراز مصلحت، حکم به همزیستی فرزندان در حضانت مادر دهد. طبیعی است حضور فرزندان با یکدیگر و اثرات مثبت پرورش توأمان ایشان نظیر تقویت مهارت‌های اجتماعی و همدلی، تسهیل رشد شناختی و یادگیری، می‌تواند در این زمینه یکی از دلایل مورد استناد جهت اثبات مصلحت از جانب مادر باشد. روشن است که دادگاه در تشخیص مصلحت می‌تواند از نظریه‌های کارشناسی نظیر اظهارنظر روانشناسان مراکز خانواده در این خصوص بهره گیرد[۲] یا به درجه عاطفی وابستگی ایشان توجه کند.

البته، باید توجه داشت باوجود آنکه قانون‌گذار ایران عوامل مؤثر بر تشخیص مصلحت را در این زمینه شناسایی نکرده، مصلحت کودک ماهیتی چند عاملی دارد: به‌گونه‌ای که مولفه‌های گوناگون بر تشخیص آن توسط دادرس اثرگذار است. بدین‌سان، هرچند آثار مثبت همزیستی فرزندان بر رشد روانی و اجتماعی کودکان قابل توجه است، این معیار نباید به‌صورت منفرد و تعیین‌کننده مورد توجه قرار گیرد. تصمیم‌گیری در حوزه حضانت مستلزم توجه هم‌زمان به مؤلفه‌های دیگر ازجمله وابستگی عاطفی کودک به هریک از والدین در کنار وابستگی به خواهر یا برادر خود، ثبات محیط زندگی و تحصیل، نوع ارتباط فرزندان با یکدیگر، توانایی والد عهده‌دار حضانت در تأمین نیازهای تربیتی چند کودک و حتی تمایل خود کودک در سن تمیز است. در این موارد دادرس است که باید وزن هر عامل را در شبکه عوامل بسنجد و در نهایت تصمیمی اتخاذ نماید که بیشترین مصلحت را برای هریک از کودکان تأمین نماید. به‌بیان‌دیگر، توجه به همزیستی فرزندان همواره در پرتوی اصل مصالح عالی اعتبار می‌یابد. در نتیجه، اگر حسب شرایط پرونده همزیستی فرزندان با تأمین مصلحت هریک از ایشان در تضاد افتد، مانند مواردی که آسیب‌های رفتاری یا اخلاقی یکی از فرزندان می‌تواند آسیب روانی، تربیتی یا جسمانی برای دیگری ایجاد کند، مؤلفه حفظ همزیستی در تعیین مصلحت کنار گذارده می‌شود.

موضوع دیگر که باید بدان توجه نمود آنکه در ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده جدید،[۳] برخلاف قانون سابق، حق ملاقات خویشاوندان با طفل مطلق است و مشروط به فوت یا غیبت پدر و مادر نیست.[۴] بدین ترتیب، اگر دادرس به هر دلیل در تعیین حضانت میان کودکان جدایی افکند، می‌تواند از ظرفیت ماده ۲۹ قانون جدید، برای حفظ ارتباط و دوام پیوند

---

[۱]. برای مثال، اگر یکی از پدر و مادر فاسق و دیگری عادل باشد، بدون نگاه به شرط سنی، فرزند در اختیار والد عادل قرار می‌گیرد. زیرا بیم آن می‌رود که فاسق فرزند را از دین منحرف کند یا آنکه اگر والدی که حضانت دارد از شهر به روستا برود، حضانت به والد دیگر می‌رسد، زیرا در روستا آموزش و تربیت فرزند کاهش می‌یابد: ر.ک. الطوسی، پیشین، ص ۴۰.

[۲]. ماده ۲۴ آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱: «برای پیگیری امور حضانت و نگهداری اطفال و سایر امور مربوط، دادگستری باید از وجود مددکاران اجتماعی آموزش دیده، موضوع ماده ۶۸ آیین‌نامه، و واجد مهارت‌های لازم برای ارتباط با اطفال و بستگان افراد یا از روانشناسان مرکز مشاوره خانواده بهره گیرد».

[۳]. ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱: «...همچنین دادگاه باید با توجه به وابستگی عاطفی و مصلحت طفل، ترتیب، زمان و مکان ملاقات وی با پدر و مادر و سایر بستگان را تعیین کند...».

[۴]. ماده ۱۲ قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳: «دادگاه همچنین ترتیب ملاقات اطفال را برای طرفین معین می‌کند. حق ملاقات با طفل درصورت غیبت یا فوت پدر یا مادر به تشخیص دادگاه با سایر اقربا خواهد بود».

میانشان بهره گیرد. فرایند اجرایی ماده ۲۹ درمورد حق ملاقات خویشان با فرزند البته خالی از ابهام نیست و آیین‌نامه اجرایی نیز در این زمینه فاقد حکم است. بااین‌حال، از ظاهر ماده برمی‌آید که دادگاه می‌تواند از باب حسبه براساس معیار مصلحت کودک، رأساً نیز به برقراری ملاقات میان فرزندان حکم دهد؛ حتی اگر چنین درخواستی از جانب اولیای ایشان به عمل نیامده باشد. متأسفانه ظرفیت این ماده در برقراری پیوند عاطفی و ارتباط مستمر بین فرزندان خانواده در نظام حقوقی ما مورد اقبال نیست؛ به‌گونه‌ای که گاه دادرسان در فرضی که حضانت یکی از فرزندان با مادر و حضانت دیگری با پدر است، حق ملاقات هر یک از والدین با فرزندی که حضانتش را برعهده ندارند، فقط به روزهای پایانی هفته محدود می‌کنند، بدون آنکه حکم صریحی برای حفظ ارتباط بین خودِ فرزندان صادر نمایند. بدین‌سان، در عمل در تمام روزهای هفته خواهران و برادران از حضور، ارتباط و تقویت روابط با یکدیگر محروم می‌شوند.

۲.۲. مصادیق حفظ همزیستی فرزندان در تعیین حضانت در رویه قضایی ایران

بررسی رویه قضایی ایران نشان‌می‌دهد اصل مصالح عالیه جهت حفظ همزیستی و پیوند میان فرزندان توسط برخی دادرسان خوش ذوق و جامع‌نگر کشورمان مورد استناد قرار گرفته است. در این زمینه، اشاره به برخی آرای قضایی به‌همراه ذکر استدلال دادگاه و اسباب و دلایل رأی سودمند است و نشان‌می‌دهد دادرس از چه ظرفیت ارزنده‌ای جهت تأمین پویایی قواعد حقوقی و همگامی آن با نیازهای اجتماع برخوردار است.

برای مثال، می‌توان به دادنامه صادره از شعبه ۲۵۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران اشاره نمود که موضوع آن دعوای پدر و مادر در خصوص حضانت پسری نُه‌ساله بود، درحالی که طرفین کودک دختر دیگری نیز داشتند که کمتر از دو سال سن داشت و حضانت وی با مادر بود. در این پرونده استدلال دادرس جهت توجیه آنکه اصل مصالح عالیه مستلزم جدا نکردن فرزندان است، در کنار استناد وی به‌دلایل روان‌شناسی و اجتماعی همزیستی فرزندان، خواندنی است. قاضی[۱] در این پرونده چنین استدلال نموده است:

«صرف‌نظر از اظهارات خواهان و خوانده، حقایق انکارناپذیری در این پرونده وجود دارد که باید به آن توجه ویژه نشان داد و با ملاحظه مصلحت فرزندان تصمیم گرفت:...۲- توانایی پدر برای حضانت فرزند شیرخوار به‌سختی قابل قبول است. با توجه به ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی که اولویت مادر را برای حضانت فرزند در سن کمتر از ۷ سال پذیرفته است، سپردن فرزند شیرخوار به پدر خطای محض است. ۳- تجزیه کردن و جدا افکنی بین فرزندان به‌گونه‌ای که یکی از فرزندان تحت حضانت مادر و فرزند دیگر در حضانت پدر باشد، باعث اضمحلال و گسیخت عاطفی- هیجانی فرزندان می‌شود؛ چراکه غالب کودکان، برادران و خواهران نیز دارند و روابط بین خواهران و برادران در شکل‌گیری شخصیت و رشد اجتماعی آنان اثر بسزایی دارد. کودکان به‌هنگام کنش متقابل با خواهران و برادران الگوهای وفاداری، کمک کردن به دیگران و محافظت در کنار اختلاف‌ها، تسلط‌جویی‌ها و رقابت‌جویی‌ها و به‌طور کلی مجموعه‌ای از ویژگی‌ها و خصوصیاتی را که لازمه اجتماعی و اخلاقی شدن است می‌آموزند. میزان تأثیری که خواهران و برادران در شکل‌گیری شخصیت و رشد اجتماعی کودک دارند، بستگی به چنین عواملی دارد: جنسیت کودک، داشتن خواهر یا برادر، چندمین فرزند خانواده بودن (اولین کودک، کودک وسطی یا کوچک‌ترین کودک خانواده)، فاصله سنی با خواهران یا برادران، مجموعه تعداد کودکان در خانواده، تربیت خانوادگی و هر قدر به تعداد کودکان اضافه شود، ساخت و پویایی خانواده نیز تغییر می‌کند. حال اگر بخواهیم در این خانواده‌ای که در آستانه فروپاشی و جدایی است، فرزندان را از هم جدا کنیم (یکی به پدر یکی به مادر بدهیم)،

[۱]. انشا شده توسط قاضی محمدی امیری.

منظومه خانواده را به‌گونه‌ای کوچک و پراکنده و مشوش تنزل دادیم. گرمی کودکانه را از فرزندان ستاندیم، پس به‌هیچ‌وجه به مصلحت کودکان عمل نکردیم؛ چراکه کودکان را نباید با اشیا یا اموال مقایسه کرد و آنان را قابل تقسیم دانست. در نمایی این‌چنین که طرفین برای مصالح فرزندان سازش نمی‌کنند و از طرفی نمی‌توان کودک شیرخوار را از مادر جدا کرد، مصلحت فرزندان اقتضا می‌کند حضانت هر دو به مادر سپرده شود. لذا دادگاه خواسته خواهان را به مصلحت کودکان ندانسته، باتوجه‌به اظهارات فرزند که به سن تمیز رسیده است- به شرح صفحه ۱۳ پرونده- به‌استناد ماده ۴۱ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۰۱ مجلس شورای اسلامی، رأی به رد دستور موقت و رد دعوای خواهان صادر و اعلام می‌نماید». این رأی در دادگاه تجدیدنظر استان تهران مورد پژوهش قرار گرفت و تأیید گردید.[۱]

همچنین، در پرونده دیگر که دادگاه تالی براساس ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی، حضانت دختر هفت‌ساله را به پدر و پسر سه‌ساله را به مادر واگذار نموده بود، درحالی‌که زمان ملاقات والدین با فرزندی که حضانتش را نداشت، در انتهای هفته تعیین کرده بود، شعبه دیوان‌عالی کشور با تفسیری روشن از مصلحت فرزندان با در نظر گرفتن وابستگی عاطفی فرزندان به یکدیگر و نیاز فرزند دختر به مادر، رأی دادگاه تالی را با این استدلال نقض نمود: «... اگرچه پدر در حضانت فرزند بعد از هفت‌سالگی قانوناً دارای اولویت بوده، ولی چون فرزندانِ مشترک بدون هیچ‌گونه تردیدی دارای وابستگی روحی و عاطفی با یکدیگر بوده و واگذاری حضانت هریک از آنان به یکی از والدین و تعیین زمان ملاقات واحد برای هریک از والدین جهت ملاقات با فرزند دیگر موجب خواهد شد که فرزندان مشترک ملاقاتی با یکدیگر نداشته و با هم بودن با یکدیگر را تجربه ننمایند که این امر ممکن است موجب ورود صدمات روحی به هریک از آنان گردد و از طرف دیگر فرزند مشترک دیگر به نام ص. که دختر بوده نزدیک به سن بلوغ می‌باشد و احتیاج به مراقبت‌های ویژه دارد و انجام این مراقبت‌های ویژه فقط از طرف مادر ممکن و میسر خواهد بود،... بنابراین دادنامه فرجام‌خواسته... مخدوش بوده».[۲]

بررسی این دو رأی به‌عنوان نمونه، نشان‌می‌دهد هر چند در نظام حقوقی ما قانون‌گذار به موضوع حفظ همزیستی فرزندان در دعاوی طلاق تصریح ننموده است، اصل مصالح عالیه کودک پیش‌بینی شده در ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی و ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده این ظرفیت را دارد که حسب مورد به‌منظور حفظ این همبستگی به کار آید؛ استدلالی که در عمل توسط دادرسان روشن‌بین کشورمان نیز به کار گرفته شده‌است.

نتیجه‌گیری

برخلاف حقوق خانواده سنتی، امروزه در پرتوی اصل رعایت مصالح عالیه کودک، حفظ روابط افقی میان فرزندان به‌ویژه در دعاوی حضانت مورد توجه نظام‌های حقوقی قرار گرفته است. همزیستی فرزندان با یکدیگر، می‌تواند تلخی طلاق را تا حدودی تسکین دهد و آثار مثبتی بر رشد و تکامل فرزندان داشته‌باشد. حفظ ارتباط فرزندان در نظام‌های حقوقی گوناگون با توسل به ابزارهای متفاوتی تأمین می‌گردد. قانون مدنی فرانسه به صراحت جدا نکردن فرزندان را به‌عنوان اصلی کلی شناسایی کرده است که در کلیه تصمیم‌گیری‌های راجع به کودکانِ دارای خواهر و برادر شامل حضانت و فرزندخواندگی اعمال می‌شود. حقوق ایالتی در امریکا در این خصوص یکسان نیست، بااین‌حال در سال‌های اخیر حساسیت نسبت به جدایی افکندن میان فرزندان در فرایندهای اعطای حضانت تفکیک‌شده، بیشتر شده است؛ به‌گونه‌ای که حتی برخی

---

۱. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۴۵۰۱۲۷۰، به تاریخ ۱۳۹۳/۰۹/۰۴، صادره از دادگاه تجدید نظر استان تهران، برخط: https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/10524

۲. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۲۱۳، به تاریخ ۱۳۹۳/۱۲/۰۵، صادره از شعبه ۸ دیوان‌عالی کشور، برخط: https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/21249

دادگاه‌ها به صراحت اصولی را علیه جداسازی فرزندان برقرار کرده‌اند. در دیگر ایالت‌ها نیز قضات از چارچوب تفسیر اصل مصلحت عالیه، برای جلوگیری از جداسازی فرزندان بهره می‌گیرند.

در نظام حقوقی ایران نیز با وجود آنکه قانون‌گذار در خصوص حفظ همزیستی فرزندان در تعیین حضانت به‌صراحت قاعده‌گذاری نکرده است، با اصلاحات قانون مدنی، که البته با مبانی بومی و تاریخی حقوق ایران سازگاری دارد، دادرسان دیگر در تعیین حضانت به معیار نوعی سن محدود نیستند و می‌توانند حسب مورد از ظرفیت تبصره ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی جهت همزیستی فرزندان بهره‌مند شوند. البته، باید توجه داشت حفظ همزیستی فرزندان فقط یکی از مؤلفه‌های اثرگذار بر تشخیص مصلحت فرزندان است و این دادرس است که باید وزن این عامل را در پرتوی اصل مصالح عالی و با نظر داشت به تأثیر سایر مؤلفه‌ها بسنجد. مطالعه رویه قضایی ایران نیز نشان‌می‌دهد در عمل برخی دادرسان از استناد به این ماده برای حفظ همزیستی فرزندان بهره برده‌اند. گذشته از این، تصویب ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده نیز از مجرای برقراری ملاقات میان فرزندان در مواردی که حضانت میان پدر و مادر تفکیک‌شده، ظرفیت جدیدی در زمینه حفظ ارتباط فرزندان با یکدیگر ایجاد کرده است که باید بیش از گذشته مورد اقبال دادگاه‌ها قرار گیرد.

بررسی نوع نگرش نظام‌های حقوقی مختلف نسبت به موضوع همزیستی فرزندان در دعاوی حضانت، نشان‌دهنده سطح بالایی از هم‌گرایی قواعد حقوقی در این حوزه است. این امر بیانگر آن است که برخلاف رویکرد متقدم در مطالعات تطبیقی، که به‌دلیل تفاوت در مبانی اخلاقی، مذهبی، تاریخی و فرهنگی جوامع، مطالعه تطبیقی قواعد خانواده را در نظام‌های حقوقی گوناگون بی‌فایده تلقی کرده و از دامنه شمول مطالعات تطبیقی خارج می‌دانست،[1] امروزه دست‌کم در برخی مباحث حقوق خانواده ازجمله در حوزه حقوق کودک، هم‌گرایی‌های به عمل آمده میان نظام‌های حقوقی، بیانگر تطبیق‌پذیری بیشتر در مقایسه با گذشته و توجیه‌کننده استفاده از مزایای مطالعات تطبیقی و تجربیات دیگر نظام‌هاست.[2] به‌بیان‌دیگر، اینکه سه نظام حقوقی مورد مطالعه، که هرکدام به خانواده حقوقی متفاوتی تعلق دارند، در شناسایی همزیستی فرزندان به‌عنوان یکی از مصادیق اصل مصالح عالی کودک اشتراک دارند، نشانگر نوعی هم‌گرایی هنجاری میان این نظام‌ها در تعیین مصادیق مصلحت عالیه است. بدین‌سان، مقاله حاضر با استناد به هم‌گرایی‌های عملی موجود، ضمن عبور از تحلیل مصداقی با تأملی روش‌شناسانه، مشروعیت و اعتبار مطالعات تطبیقی را دست‌کم در برخی قلمروی‌های حقوق خانواده اثبات‌پذیر و سودمند می‌داند. در واقع، اشتراک در توجه به حفظ همزیستی فرزندان نشان‌می‌دهد نوعی درک مشترک از مصالح عالی کودکان، میان نظام‌های حقوقی در حال شکل‌گیری است که این تحولات می‌تواند مبنایی برای رونق بیشتر مطالعات تطبیقی این حوزه و استفاده از تجربه سایرین باشد.

به هر طریق، سنجش مصلحت کودکان در شرایط امروزین جامعه امر خطیری است که استخراج مؤلفه‌های مختلف و سنجش آنان در قیاس با یکدیگر، نیازمند توجه بیشتر قانون‌گذار در نظام حقوقی ایران است. بسیاری از این شاخص‌ها را البته دادرسان فهیم و خوش‌ذوق کشورمان، حسب تجربه در صدور رأی مورد توجه قرار می‌دهند. بااین‌حال، از آنجا که هنوز هم برخی قضات در عمل به رویکردهای پیش از اصلاح ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی پایبندند، پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار

---

[1]. See e.g: Gutteridge, Harold C, *Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 1946, P 32.

[2]. برای بحث تفصیلی درباره کنار گذاردن رویکرد استثناانگاری حقوق خانواده و تحولات پذیرش این حوزه در مطالعات حقوق تطبیقی، ر.ک:
Fernanda, Nicola. "Family Law Exceptionalism in Comparative Law", *The American Journal of Comparative Law*, Volume 58, 2010, PP 777-810, online: https://digitalcommons.wcl.american.edu/facsch_lawrev/994; De Cruz, Peter. "Legal Transplants: Principles and Pragmatism in Comparative Family Law" In: Harding and Örücü (eds.). *Comparative Law in the 21st Century,* The Hague: Kluwer Academic Publishers, 2002, PP 101-119.

ایران نیز نظیر دیگر کشورها به شیوه تمثیلی برخی مؤلفه‌های سنجش مصلحت کودکان را در دعاوی حضانت ذکر نماید. حفظ ارتباط مؤثر و تعامل میان فرزندان با در نظر گرفتن فوایدی که دارد، می‌تواند در میان این مؤلفه‌ها تصریح گردد تا راهنمایی برای دادرسان فراهم آید.

منابع

فارسی

قوانین و مقررات

۱. آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۳.
۲. قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳.
۳. قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱.
۴. قانون مدنی.

آرای قضایی

۵. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۴۵۰۱۲۷۰، به تاریخ ۱۳۹۳/۰۹/۰۴، صادره از دادگاه تجدید نظر استان تهران، برخط: https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/10524
۶. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۲۱۳، به تاریخ ۱۳۹۳/۱۲/۰۵، صادره از شعبه ۸ دیوان‌عالی کشور، برخط: https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/21249

عربی

کتاب

۷. الأردبیلی، المقدس، ***مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان***، جلد ۸، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۰۳ ه. ق.
۸. انصاری، شیخ مرتضی، ***کتاب المکاسب***، جلد ۳، قم: مجمع‌الفکرالاسلامی (تراث‌الشیخ الأعظم)، ۱۴۱۵ ه. ق.
۹. حلی، علامه، ***تذکره الفقهاء***، جلد ۱۰، قم: مؤسسة آل البیت علیهم‌السلام لإحیاء التراث، ۱۴۱۴ ه. ق.
۱۰. حلی، علامه، ***قواعد الاحکام***، جلد ۳، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۹ ه. ق.
۱۱. الطوسی، الشیخ، ***المبسوط فی فقه الإمامیه***، جلد ۶ تهران: المکتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ ه. ق.

References

Books

1. Al-Ansari, Shaykh Mortezaa, *Book of Gains*, Volume 3, Qom: Academy of Islamic Thought (The Heritage of the Great Sheikh), 1994. (in Arabic)
2. Al-Ardebili, Al-Moghaddas, *The Collection of Benefits and Proofs in Explaining the Guidance of Minds,* Volume 8, Qom: Islamic Publishing Foundation, 1982. (in Arabic)
3. Al-Hilli, Allamah, *Jurisprudents' Note*, Volume 10, Qom: Al-Bayt Foundation for the Revival of Heritage, 1993 . (In Arabic)
4. Al-Hilli, Allamah, *Rule of law*, Volume 3, Qom: Islamic Publishing Foundation, 1998. (in Arabic)
5. Al-Tousi, Al-Shaykh, *Al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyyah*, Volume 6, Tehran: The Murtadawi Library for the Revival of Ja'fari Antiquities, 1967. (in Arabic)
6. Andolfi, Maurizio. *Multi-generational Family Therapy Tools and Resources for the Therapist*, New York: Taylor and Francis, 2017.
7. Bix, Brian. *The Oxford Introductions to U.S. Law: Family Law*, Oxford University Press, 2013.

8. Fenouillet, Dominique and François Terré. *Civil Law; Persons; Personality; Incapacity; Protection,* Eighth Edition, 2012. (In French)
9. Gutteridge, Harold C. *Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 1946.
10. Hasday, Jill Elaine. *Family Law Reimagined*, Cambridge: Harvard University Press, 2014.
11. Parkinson, Patrick. *Family Law and the Indissolubility of Parenthood,* Cambridge University Press, 2011.

Articles

12. De Cruz, Peter. "Legal Transplants: Principles and Pragmatism in Comparative Family Law" In: Harding and Örücü (eds.). *Comparative Law in the 21st Century*, The Hague: Kluwer Academic Publishers, 2002, PP 101-119.
13. Espejo, Roman. "Introduction", In: Espejo (ed.), *Divorce and Childre*n, Greenhaven Press, 2015, PP 7-10.
14. Fernanda, Nicola. "FaRmily Law Exceptionalism in Comparative Law", *The American Journal of Comparative Law*, Volume 58, 2010, PP 777-810, online: https://digitalcommons.wcl.american.edu/facsch_lawrev/994/
15. Glennon, Theresa. "Mobility and The Post-Divorce Family: Resolution of Relocation Disputes in The U.S.", In: Boele-Woelki, Katharina (ed.). *Common Core and Better Law in European Family Law*, Antwerp -Oxford, Intersentia, 2005, PP 193-216.
16. Goldstein, Mark L. "Best Interest Factors in Child Custody Evaluations", In: Goldstein, Mark L. (ed.), *Handbook of Child Custody*, Springer International Publishing., 2016, PP 11-16.
17. Hasday, Jill Elaine. "Siblings in Law", *Vanderbilt Law Review*, Volume 65, 2012, PP 897-931.
18. Kaplan, L. Ade-Ridder, L. and Hennon, C. B. "Issues of split custody: Siblings separated by divorce", In: Everett, Craig A. (ed.). *The Consequences of Divorce: Economic and Custodial Impact on Children and Adults*, Volume 2, New York: Haworth Press, PP 253-274.
19. McBride, Erin. "Splitting Heirs: Reforming the Custodial Treatment of Identical Twins in Divorce", *Family Law Quarterly*, Volume 37, Issue 3, 2003, PP 515-526.
20. Richardson, Sabrina M. and Yates, Tuppett M. "Siblings in Foster Care: A Relational Path to Resilience for Emancipated Foster Youth", *Children and Youth Services Review,* Volume 47, 2014, PP 378-388. https://doi.org/10.1016/j.childyouth.2014.10.015
21. Berry, Elsa. "The Principle of Non-Separation of Siblings in French Law", 2021, PP 1-8, (In French), online: https://hal.science/hal-04022197v1/document/
22. Potemans, Jolien, Roelandt, Alexandra. "The Right of Siblings Not to Be Separated", *Journal of Youth Law*, Issue 401, 2021, PP 21-26. (In French), online: https://www.jeunesseetdroit.be/journal/le-jdj-401/
23. Véronique, David-Balestriero, "The Unity of the Siblings", In: Mélanges Gilles Goubeaux Liber amico-rum, (Collected Essays in Honor of Gilles Goubeaux), *Dalloz-LGGDJ-Lextenso*, 2009, PP 71-84. (In French).

Laws and regulations

24. Arizona Revised Statutes § 25-403(A)(2).
25. Civil Code of Iran, enacted in 1928 and 1934-1935, with subsequent amendments. (In Persian)
26. Colorado Revised Statutes § 14-10-124(1.5) (a)(III).
27. D.C. Code § 16-914(a)(3)(C).
28. Executive By-law of the Family Protection Act of Iran, enacted in 2014. (in Persian)
29. Family Protection Act of Iran, enacted in 1974. (in Persian)
30. Family Protection Act of Iran, enacted in 2012. (in Persian)

31. French Civil Code. (in French). Online: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/
32. French Code of Social Action and Families (in French). Online: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006074069/LEGISCTA000006142836/#LEGISCTA000006142836/
33. Idaho Code Annotated § 32-717(1)(c).
34. Indiana Code Annotated § 31-14-13-2(4)(B), 31-17-2-8(4)(B).
35. Kansas Statutes Annotated § 23-3207(b) (2012).
36. Kentucky Revised Statutes Annotated § 403.270(2)(c).
37. Minnesota Statutes § 518.17(1)(a)(5).
38. Missouri Annotated Statutes § 452.375(2)(3).
39. New Mexico Statutes Annotated § 40-4-9(A)(3).
40. Pennsylvania Consolidated Statutes, Title 23 – Domestic Relations § 5328(a).
41. Texas Family Code Annotated § 153.002.
42. Virginia Code Annotated § 20-124.3(4).

Website

43. https://www.law.cornell.edu/wex/split_custody (last visited on: 08/22/2025).

Case law

44. Case No. 9309970224501270, dated 25 November 2014, issued by the Court of Appeal of Tehran Province. (In Persian). online: https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/10524 /
45. Case No. 9309970906801213, dated 25 February 2015, issued by Branch 8 of the Supreme Court of Iran. (In Persian). online: https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/21249/

Legal Research, Vol 29, Issue 113, 2026: 145-164 Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Journal of Legal Research
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

Orginal Article

Obtaining Medical Certificates Concerning Women's Sexual Status with Emphasis on the Right to Bodily Integrity in the Iranian Legal System: Possibility or Prohibition?

Mahnaz Bayat Komitaki[1], Rambod Domirani[2]

Highlights

- From a medical perspective, the virginity certificate lacks sufficient reliability to prove or disprove virginity and cannot be considered a dependable piece of evidence or presumption.
- The right to bodily integrity is not absolute and, in light of principles such as human dignity and the prohibition of harm, cannot serve as a valid justification for obtaining a virginity certificate.
- Due to its conflict with the principles of no harm, justice, human dignity, and the protection of women and the family, obtaining a virginity certificate should be prohibited in the Iranian legal system.

ABSTRACT

Introduction

The virginity certificate, which represents the most prominent example of certificates concerning women's sexual status, remains a subject of controversy and ambiguity in the Iranian legal system as a deeply rooted phenomenon in social customs and traditions. This certificate, issued based on the medical examination of the hymen, is often regarded as an indicator of a woman's virginity and may produce significant legal and social consequences. However, contemporary medical science has demonstrated that hymenal examination cannot reliably determine the existence or absence of prior sexual intercourse. Factors such as non-sexual physical trauma, anatomical variations of the hymen, the possibility of surgical reconstruction, and different forms of sexual activity undermine the evidentiary value of such examinations. Despite these scientific uncertainties, no explicit legal provision in Iranian law directly addresses the permissibility or prohibition of obtaining a virginity certificate, thereby giving rise to various legal, ethical, and social challenges**.** The primary objective of this study is to clarify the legal nature of the virginity certificate and to assess the permissibility or impermissibility of obtaining it within the framework of Iranian law. To this end, the study examines the concept of the right to bodily integrity (right over one's body) as a potential justification and evaluates it in light of fundamental legal principles such as the principle of no harm (La-Zarar), human dignity, justice and non-discrimination, as well as the necessity of protecting the family institution and safeguarding women's rights**.**

How to Cite: Bayat Komitaki, Mahnaz, Domirani, Rambod, "Obtaining Medical Certificates Concerning Women's Sexual Status with Emphasis on the Right to Bodily Integrity in the Iranian Legal System: Possibility or Prohibition?", Legal Research, Vol. 29, No. 113, 2026, pp: 145-164.

DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2024.229839.2391 Received: 18/12/2022-Accepted: 14/01/2024

1. Assistant Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran
2. PhD Candidate, Family Research Institute, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: r_domirani@sbu.ac.ir

Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Methods
This research adopts a descriptive-analytical method and relies on library-based sources. In the descriptive phase, key concepts such as virginity, the hymen, and the virginity certificate are defined and examined from both medical and jurisprudential perspectives. Furthermore, the legal status of the virginity certificate in Iran is analyzed, particularly regarding the identification of entitled individuals and competent authorities responsible for issuing such certificates. In the analytical phase, the study first explores the "right to bodily integrity" as the principal argument invoked by proponents of the permissibility of obtaining a virginity certificate. Using Hohfeld's framework of rights, the nature and classification of this right are examined. Subsequently, two major interpretative approaches—agency-based and dignity-based—are employed to assess the scope and limitations of this right. The study then proceeds to extract and analyze the legal grounds for prohibiting the virginity certificate by referring to fundamental legal principles derived from the Constitution, domestic charters such as the Patients' Rights Charter, and binding international human rights instruments. These principles include the prohibition of harm, justice and equality, respect for human dignity, the protection of family, and the necessity of supporting vulnerable groups, particularly women.

Results and Discussions
The findings of this study indicate that, from a medical standpoint, the virginity certificate lacks sufficient reliability to prove or disprove virginity. Due to the diverse anatomical characteristics of the hymen, the possibility of damage caused by non-sexual factors, the existence of elastic hymens that do not exhibit visible changes after intercourse, and advancements in hymenal reconstruction techniques, it is impossible to draw definitive conclusions about an individual's sexual history based solely on hymenal examination. Therefore, such a certificate cannot be regarded as a conclusive piece of evidence or even a dependable presumption in many legal contexts. From a legal perspective, although the right to bodily integrity may initially appear to justify an individual's decision to obtain a virginity certificate, a deeper analysis reveals that this right is not absolute and is subject to significant limitations. Under a dignity-based approach, the exercise of bodily autonomy is impermissible where it results in harm or violates human dignity. Moreover, within the Iranian legal framework, this right is constrained by principles that protect bodily integrity, prohibit invasive acts without justified necessity, and emphasize the preservation of personal privacy. In addition, the principle of no harm (La-Zarar), as a fundamental rule in Islamic and Iranian law, negates any act that causes physical, psychological, or reputational damage. Empirical evidence suggests that the practice of obtaining virginity certificates can lead to serious psychological harms such as anxiety, depression, humiliation, and even suicidal tendencies, as well as social consequences including damage to personal reputation and the risk of honor-based violence. Furthermore, the practice is inherently discriminatory, as it disproportionately targets women and thereby violates the principle of equality and non-discrimination. While men are not subjected to comparable examinations, women are often required to undergo invasive procedures based on social expectations, which reflects a clear gender-based disparity. The principle of human dignity, recognized both in domestic constitutional law and international human rights instruments, prohibits any degrading or humiliating treatment. The examination of the hymen, particularly when conducted for non-therapeutic and non-educational purposes, may constitute a violation of this principle. Moreover, the requirement or expectation of presenting a virginity certificate may undermine trust between spouses and negatively affect the formation of a healthy family unit. This contradicts the legal obligation to protect and strengthen the family as a fundamental social institution. Finally, considering the legislator's protective approach toward women and vulnerable groups—especially orphaned or unaccompanied girls—subjecting such individuals to mandatory or quasi-mandatory examinations contradicts the very objectives of legal protection and may exacerbate their vulnerability.

Conclusion
The overall findings of this research demonstrate that, despite the absence of an explicit legal prohibition, the practice of obtaining a virginity certificate lacks a valid legal foundation within the Iranian legal system. It stands in clear contradiction with fundamental legal principles, including the prohibition of harm, respect for human dignity, justice and equality, and the protective policies aimed at supporting families and safeguarding women's rights. Accordingly, it is recommended that the legislator explicitly prohibit the issuance and use of virginity certificates. In cases where medical examination is necessary—particularly in criminal proceedings such as sexual assault—greater emphasis should be placed on scientifically reliable assessments of genital health rather than the concept of virginity, in order to enhance accuracy while minimizing harm and preserving human dignity.

Keywords: Virginity Certificate, Hymen, The Principle of La-Zarar, Human Dignity, Justice

فصلنامه تحقیقات حقوقی
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

مقاله علمی-پژوهشی

اخذ گواهی‌های پزشکی ناظر بر وضعیت جنسی زنان با تأکید بر حق بر بدن در نظام حقوقی ایران: امکان یا امتناع؟

مهناز بیات کمیتکی[۱]، رامبد دومیرانی[۲]

نکات برجسته

- گواهی بکارت از منظر پزشکی فاقد اعتبار لازم برای اثبات یا نفی باکرگی بوده و نمی‌تواند به‌عنوان دلیل یا اماره قابل اتکا تلقی شود.
- حق بر بدن به‌عنوان مبنای جواز اخذ گواهی بکارت مطلق نبوده و در پرتو اصولی چون کرامت انسانی و منع ورود ضرر، قابلیت استناد برای توجیه آن را ندارد.
- اخذ گواهی بکارت به دلیل تعارض با اصول لاضرر، عدالت، کرامت انسانی و حمایت از زنان و خانواده، در نظام حقوقی ایران باید ممنوع اعلام شود.

چکیده

گواهی بکارت به‌عنوان بارزترین مصداق گواهی ناظر بر وضعیت جنسی زنان، گواهی‌ای است که پس از معاینه و تعیین وضعیت پرده بکارت صادر می‌شود. پرده بکارت، غشاء نازک مخاطی‌شکل در مدخل واژن است که در ادبیات پزشکی فاقد عملکرد بیولوژیکی شناخته شده است. طبق دیدگاه سنتی، با بررسی پرده بکارت می‌توان به رابطه جنسی دختر پی برد؛ ا این‌رو امروزه به‌نظر می‌رسد مطابق حق بر بدن و عرف، خود شخص و ولی او (درصورت عدم بلوغ و جنون) ذی‌حق آن و مراجع قضایی و سازمان بهزیستی کشور ذی‌صلاح آن اخذ گواهی مذکورند. این درحالی است که به‌علت آناتومی پرده بکارت، ورود آسیب در اثر تروماهای غیرجنسی، پیشرفت تکنیک‌های ترمیم، فقدان مادرزادی پرده بکارت و تجربه رابطه جنسی از قبل، نمی‌توان از طریق معاینه پرده بکارت به باکرگی شخصی پی برد و گواهی بکارت را مثبت باکرگی دانست. در نتیجه این گواهی فاقد اعتبار پزشکی است. بااین‌حال هیچ سند خاصی به تنظیم‌گری در این زمینه نپرداخته است. این پژوهش با استفاده از روش توصیفی- تحلیلی استناد به حق بر بدن برای اخذ گواهی بکارت را رد می‌کند و همچنین مستند بر اصول عدم ورود ضرر، عدالت، کرامت انسانی، و به‌جهت حمایت از نهاد خانواده، تضمین حقوق زنان و لزوم رویکرد حمایتی مقنن از گروه‌های آسیب‌پذیر، حکم به عدم جواز اخذ گواهی بکارت و اعلام ممنوعیت آن توسط قانونگذار می‌دهد.

کلید واژگان: گواهی بکارت، پرده بکارت، اصل عدم ورود ضرر، کرامت انسانی، عدالت.

استناد به این مقاله: بیات کمیتکی، مهناز، دومیرانی، رامبد، «اخذ گواهی‌های پزشکی ناظر بر وضعیت جنسی زنان با تأکید بر حق بر بدن در نظام حقوقی ایران: امکان یا امتناع؟»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۳، فروردین ۱۴۰۵، صص: ۱۴۵-۱۶۴.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۲۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۲۴ DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2024.229839.2391

۱. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
۲. دانشجوی دکتری، پژوهشکده خانواده، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: r_domirani@sbu.ac.ir

Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

مقدمه

امروزه متأثر از عرف و سنت جامعه، برخی افراد معتقدند با معاینه پرده بکارت می‌توان به باکرگی یا عدم باکرگی دختر پی برد؛ در نتیجه گواهی بکارت را مثبت باکرگی دختر تلقی می‌کنند.

آثار باکرگی در حقوق موضوعه همچون تفاوت بین باکره بودن یا نبودن هنگام طلاق در ماده ۱۰۹۲ قانون مدنی[۱] تبلور یافته است؛ بدین شرح که چنانچه فرد هنگام طلاق باکره به‌معنای غیرمدخوله باشد، مستحق نصف مهر خواهد بود. مواد دیگری نیز در حقوق موضوعه با باکرگی ارتباط دارند، از جمله ماده ۳۳ قانون ثبت‌احوال مصوب ۱۳۵۵[۲] که بنا به حکم این ماده در صورت طلاق، زوجه می‌تواند درصورت باکره بودن نام همسر سابق خود را از شناسنامه خارج کند.

درخصوص گواهی مذکور تا به امروز هیچ سندی که به‌طور خاص در این زمینه تنظیم‌گری کرده باشد، وجود ندارد. این مقاله بر آن است تا با کاوشی در منظومه حقوقی ایران، مبانی جواز یا عدم جواز اخذ گواهی بکارت را ارزیابی نماید. دستیابی به این مهم پیش از هر چیز در گرو تبیین چیستی پرده بکارت و گواهی بکارت و نیز تعیین کیستی افراد ذی‌حق و مراجع ذی‌صلاح اخذ آن است. ازاین‌رو مقاله پیش‌رو می‌کوشد تا پس از تبیین معنا به تحلیل و ارزیابی مبنای جواز یا عدم جواز گواهی بکارت پرداخته و در پایان رویکرد مختار خود را معرفی نماید.

۱. مفهوم‌شناسی؛ از سرزمین اسطوره‌ها تا آوردگاه چالش‌ها

بکارت از ریشه «ب ک ر» و در لغت به معنای چیز تازه و نو، ابتدا و فرزند نخستین آمده است.[۳] معادل انگلیسی بکارت، یعنی Virginty از کلمه فرانسوی Virgenere منشعب شده که به‌معنای خلق شده برای مرد است. ریشه این معنا را باید در فرهنگ قرون وسطی غرب و مالکیت مرد بر زن جست.[۴]

۱.۱. کیستی باکره

در فقه شیعه درخصوص بکارت زنان پنج قول وجود دارد: طبق قول اول باکره شخصی است که پرده بکارت او با آمیزش جنسی زایل نشده باشد.[۵] [۶] براساس نظر دیگر، تنها آمیزش حلال سبب از بین رفتن وصف باکرگی است و اگر با سبب

---

۱. «هرگاه شوهر قبل از نزدیکی زن خود را طلاق دهد زن مستحق نصف مهر خواهد بود و اگر شوهر بیش از نصف مهر را قبلا داده باشد حق دارد مازاد از نصف را عیناً یا مثلا یا قیمتا استرداد کند».

۲. «(اصلاحی ۱۳۶۳/۱۰/۱۸) – کلیه وقایع ازدواج و طلاق یا وفات زوج یا زوجه و رجوع و بذل مدت و فسخ نکاح باید در دفاتر ثبت کل وقایع ثبت شود، ولی در شناسنامه به شرح زیر انعکاس خواهد یافت: در المثنای شناسنامه مرد یا زن آخرین نکاح و طلاق یا بذل مدت و درصورت تعدد زوجات آن تعداد ازدواج که به قوت خود باقی است منعکس خواهد شد. ازدواج و طلاق غیرمدخوله در المثنای شناسنامه درج نخواهد شد».

۳. ابن منظور، محمد بن مکرم، ***لسان‌العرب***، جلد ۴، بیروت: دار صادر، ۱۴۱۴ ه.ق، ص ۷۶.

4. Landor, Antoinette and Leslie Gordon Simons. "Why Virginity Pledges Succeed or Fail: The Moderating Effect of Religious Commitment Versus Religious Participation", *Journal of Child and Family Studies*, Volume 26, Issue 3, 2014, PP 1102-1113.

به نقل از رباط‌جزی، مهری و دیگران، «بررسی مفهوم باکرگی و آسیب‌شناسی آن»، *مجله پزشکی قانونی ایران*، دوره ۲۳، بهار ۱۳۹۶، شماره ۱، ص ۲۶.

۵. علامه‌حلی، حسن‌بن‌یوسف، ***تذکرة الفقهاء***، جلد ۲، نجف: منشورات المکتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، [بی‌تا]، ص ۵۸۷.

۶. نجفی‌جواهری، محمدحسن، ***جواهر الکلام***، جلد ۲۹، بیروت: دار إحیاء التراث العربی،۱۳۶۲، ص ۲۰۵.

شرعی ازاله صورت نگرفته باشد، دختر در حکم باکره است.[۱] در دیدگاه سوم، بکر زنی است که دارای پرده بکارت باشد، در نتیجه زنی که بکارت او ولو از طریق تروما[۲]های غیر جنسی مانند تصادف از بین رفته باشد، باکره به‌شمار نمی‌رود.[۳] بنابر نظر دیگر بکر کسی است که ازدواج نکرده باشد.[۴] [۵] در این دیدگاه کسی که ازدواج نکرده، اما به سبب آمیزش حرام بکارت خود را از دست داده است، باکره محسوب می‌شود.[۶]

و قول آخر آنکه، باکره زنی است که با وی آمیزشی صورت نگرفته باشد.[۷] [۸] برخلاف نظرات پیشین که در آنها زوال پرده بکارت و ازدواج مزیل بکارت دانسته شده، در این نظر عدم آمیزش که در فقه به دو دسته آمیزش مهبلی (قبُل) و آمیزش مقعدی (دبُر) تقسیم می‌شود، معیار و ملاک باکرگی قرار گرفته است. این نظر فقهی در ماده ۲۲۱ ق. م. ا مصوب ۱۳۹۲ منعکس شده است؛ آنجایی که در رأس ماده زنا را جماع (آمیزش)، و در تبصره ۱ جماع را دخول اندام تناسلی مرد به‌اندازه ختنه‌گاه در قُبُل یا دُبُر زن می‌داند.[۹] این نظر مختار نگارندگان است.

۱.۲. چیستی پرده بکارت

پرده بکارت غشای نازک مخاطی شکلی است که در مدخل مهبل و ابتدای مجرای تناسلی زنانه به جدار واژن می‌چسبد و در ادبیات پزشکی فاقد عملکرد بیولوژیکی است. در اصلی‌ترین دسته‌بندی، هایمن به دو دسته کلی سوراخ‌دار[۱۰] و بدون سوراخ[۱۱] تقسیم شده و حسب میزان مقاومت، در دو دسته کم‌مقاومت و ارتجاعی جای می‌گیرند.[۱۲] هایمن‌های ارتجاعی (قابل اتساع یا الاستیک) با دخول تغییر ظاهر نداده و خونریزی ندارند. امروزه با پیشرفت و گسترش علم به این آگاهی رسیده‌ایم که پس از گذشت دو تا سه هفته از آسیب به پرده بکارت حتی اگر پرده بکارت از نوع غیر مقاوم باشد، با وجود آنکه می‌توان به آسیب‌دیدگی پی برد، اما کشف زمان و عامل میسر نخواهد بود. از طرف دیگر، در پرده بکارت ارتجاعی پس از این زمان، علاوه‌بر عامل و زمان، آسیب‌دیدگی یا عدم آن نیز مشخص نمی‌گردد. همچنین عواملی چون فقدان طبیعی پرده بکارت، پیشرفت تکنیک‌های ترمیم پرده بکارت و تجربه رابطه جنسی مقعد مزید بر علت می‌شوند تا نتوان به‌طور قطعی به وقوع یا عدم وقوع رابطه جنسی پی برد.

---

۱. نوری‌همدانی، حسین، استفتاء، ۱۴۰۰/۹/۱۰.

۲. تروما به آسیب فیزیکی به بخشی از بدن اطلاق می‌شود.

۳. خویی، محمدتقی، ***المبانی فی شرح العروة الوثقی***، جلد ۳، نجف: [بی‌نا]، ۱۴۰۶ ه.ق، ص ۲۲۰.

۴. شبیری زنجانی، موسی، استفتاء، ۱۴۰۰/۹/۱۰.

۵. قاسمی، محمدعلی، ***بانک استفتائات فقه پزشکی***، جلد ۱، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، چاپ اول، ۱۳۹۷، ص ۱۹۱.

۶. حکیم، محسن، ***مستمسک العروة الوثقی***، جلد ۱۴، بیروت: دار إحیاء التراث العربی، ۱۳۸۴ ه.ق، صص ۴۵۱-۴۵۰.

۷. خویی، پیشین.

۸. قاسمی، پیشین، ص ۱۹۱.

۹. ماده ۲۲۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: «زنا عبارت است از جماع مرد و زنی که علقه زوجیت بین آنها نبوده و از موارد وطی به شبهه نیز نباشد. تبصره ۱: جماع با دخول اندام تناسلی مرد به اندازه ختنه گاه در قُبُل یا دُبُر زن محقق می‌شود.
تبصره ۲: هرگاه طرفین یا یکی از آنها نابالغ باشد، زنا محقق است لکن نابالغ مجازات نمی‌شود و حسب مورد به اقدامات تامینی و تربیتی مقرر در کتاب اول این قانون محکوم می‌گردد».

10. Perforate hymen.

11. Imperforate hymen.

۱۲. چرنی، آلن اچدی، ***تشخیص و درمان بارداری و زایمان کارنت***، ترجمه اکرم قهقائی نظام‌آبادی، الهام فخارزاده نائینی و معصومه دودانگه، جلد ۱، تهران: اندیشه رفیع، چاپ اول، ۱۳۹۶، ص ۸۳.

۱.۳. از چیستی گواهی بکارت تا کیستی افراد ذی‌حق و مراجع ذی‌صلاح اخذ آن

گواهی بکارت گواهی‌ای است که پس از معاینه و تعیین وضعیت پرده بکارت صادر می‌شود. در بعضی موارد به‌غیر از روابط جنسی، ممکن است پرده بکارت دچار پارگی شود؛ از جمله این موارد: الف) در حوادث و تصادفات؛ ب) کودکانی که مبتلا به بیماری‌های قارچی یا بیماری‌های مشابه هستند، ممکن است در اثر خارش به دفعات با دست یا سایر مسائل سبب آسیب و خراشیدگی در هایمن شوند؛ ج) پارگی ناشی از به‌کارگیری وسائل؛ د) پارگی هنگام معاینه واژن.

اشخاص دارای حق و در مقابل مراجع و مقامات (اشخاص حقوقی عمومی) دارای صلاحیت هستند. مراجع صادرکننده گواهی بکارت، پزشکان و ماماهای خصوصی و سازمان پزشکی قانونی است.

۱.۳.۱. گواهی بکارت صادره توسط پزشکان و ماماها در مطب‌های شخصی

درخواست شخصی گواهی بکارت غالباً قبل یا بعد از ازدواج به درخواست خانواده دختر یا پسر و یا خود زوجین صادر می‌شود. به نظر می‌رسد، بنا بر حق-آزادی بر بدن، دختر می‌تواند تقاضای گواهی داشته باشد و چنانچه دختر نابالغ یا مجنون باشد، حکم اولیه آن است که ولی این اختیار را دارد که دختر را نزد پزشک یا ماما ببرد و از آنجایی که اجازه دختر نافذ نیست، نیاز به اجازه او نیست؛ اما اگر دختر مقاومت کرد به هیچ‌عنوان نباید متوسل به قوای قهریه شد چراکه ممکن است آسیب جدی به هریک از قسمت‌های اندام جنسی زنانه‌اش وارد شود.

۱.۳.۲. گواهی بکارت صادره توسط سازمان پزشکی قانونی کشور

در سال ۱۳۷۲ به‌موجب قانون تشکیل سازمان پزشکی قانونی کشور، این سازمان زیر نظر رئیس قوه قضائیه تشکیل شد که طبق بند (۱) و (۲) ماده ۱ قانون مذکور، دو مورد از وظایف این سازمان عبارت‌اند از:

اظهار نظر در امور پزشکی قانونی و کارشناسی آن، کالبدشکافی و انجام امور آزمایشگاهی و پاراکلینیکی به دستور مراجع ذی‌صلاح قضایی و پاسخ به استعلامات ادارات و سازمان‌های وابسته به قوه قضائیه و سایر دستگاه‌های دولتی.

سابقاً، گواهی بکارت به درخواست شخصی علاوه بر پزشکان و ماماها در مطب‌های خود، توسط پزشکی قانونی نیز صادر می‌شد؛ البته نه بدین صورت که هر فردی مراجعه کند، سازمان معاینه و گواهی صادر نماید، بلکه صدور این گواهی مستند به دلیلی بود. از جمله عمده آن دلایل مراجعه خانواده دختر به‌همراه عقدنامه سبب اخذ گواهی و دادن آن به خانواده پسر به‌منظور جلوگیری از ادعاهای احتمالی بعدی همچون تدلیس و ارجاع از طرف دفاتر ازدواج و طلاق هنگامی که دختر ادعای مدخوله بودن داشت تا نیازی به اذن پدر برای ازدواج نداشته باشد.[۱] بااین‌همه، در سال ۱۳۸۶ معاینه و صدور گواهی بکارت به درخواست شخصی در مراکز پزشکی قانونی ممنوع اعلام شد؛ چراکه برخلاف مفاد قانون تشکیل سازمان پزشکی قانونی کشور بود.[۲]

بر این اساس در حال حاضر، سازمان پزشکی قانونی کشور تنها در صورت ارجاع از سوی مراکز قضایی و اداره سرپرستی و بهزیستی[۳] اقدام به صدور گواهی بکارت به‌صورت محرمانه می‌نماید.[۴] موارد درخواست گواهی بکارت توسط مراجع

---

[۱]. مصاحبه با امیرحسین مهدوی، «معاون آموزشی- پژوهشی سازمان پزشکی قانونی کشور»، ۱۰ آذر، ۱۴۰۰.

[۲]. مصاحبه با جابر قره‌داغی، «استادیار سازمان پزشکی قانونی و مشاور علمی رئیس سازمان پزشکی قانونی»، ۷ آذر، ۱۴۰۰.

[۳]. سازمان بهزیستی یک نهاد دولتی زیرمجموعه وزرات تعاون، کار و رفاه اجتماعی است.

[۴]. رباط‌جزی، مهری، آسیه جعفری و جابر قره‌داغی، ***بکارت و معاینه بکارت از دیدگاه پزشکی، فقهی و حقوقی***، تهران: مرکز تحقیقات پزشکی قانونی، چاپ اول، ۱۳۹۶، ص ۸۹.

قضایی گاهی به‌عنوان ادله دعوا یا امور[۱](اماره قضایی) است مانند ادعای مدخوله یا عدم مدخوله بودن در دعوای طلاق[۲]، خارج کردن نام همسر از شناسنامه[۳]، تجاوز جنسی، فسخ نکاح، بررسی آسیب وارده بر پرده بکارت در اثر خطای پزشکی یا در اثر حادثه و تصادف و گاهی به‌عنوان خواسته دعوا است؛ مانند عمل جراحی تشخیصی یا درمانی ترانس واژینال[۴]، مراجعه زوجین و درخواست از دادگاه به‌تبع عدم بروز خون‌ریزی در شب زفاف و هنگامی که پرده بکارت بدون منفذ بوده و نیاز به جراحی است، در این مورد فرد می‌تواند پس از مراجعه به پزشک با راهنمایی او به پزشکی قانونی مراجعه نموده و با اخذ گواهی دائر بر باکره بودن و لزوم جراحی و شکافتن پرده بکارت، برای تعبیه سوراخ و رفع نقص خود اقدام نماید که البته باید با اجازه دادسرا باشد.[۵]

۲. اخذ گواهی بکارت؛ جواز یا عدم جواز؟

در نظام حقوقی ایران هیچ سندی اعم از داخلی یا خارجی (که ایران به آنها پیوسته باشد تا با تشریفات ماده ۹ ق.م[۶] در حکم قانون قرار گیرد) وجود ندارد که به‌طور خاص به جواز یا عدم جواز اخذ گواهی بکارت حکم داده باشد. در نتیجه باید حکم این گواهی از سایر مبانی حقوقی که اشاره غیرمستقیم به آن دارند استخراج گردد.

۲.۱. حق بر بدن، تبلوری از حق آزادی؛ مبنای حقوقی اخذ گواهی بکارت

کاتوزیان در تعریف حق می‌فرمایند: «توانایی است که حقوق هر کشور به اشخاص می‌دهد تا از مالی به‌طور مستقیم استفاده کنند یا انتقال مال و انجام دادن کاری را از دیگری بخواهند».[۷] امامی نیز حق را چنین تعریف می‌نمایند: «عبارت از اختیاری است که قانون برای فرد شناخته که می‌تواند عملی را انجام دهد یا آن را ترک نماید و افراد در اعمال و عدم اعمال حق کاملاً آزاد هستند».[۸] گفتنی است که این پژوهش بر تعریف امامی استوار است.

در هر پژوهشی که سخن از مفهوم حق به میان می‌آید، نباید از تقسیم‌بندی حق هوفلد، که جامع‌ترین تقسیم‌بندی حق است، غافل بود. هوفلد مفهوم حق را به چهار دسته تقسیم کرده است:

اول) حق ادعا یا حق مطالبه: «الف» ادعای قانونی علیه «ب» نسبت به عمل معین دارد. لازمه آن وجود وظیفه برای طرف مقابل است. مثال شخص «الف» مستند به قرارداد اجاره، مستحق دریافت ماهانه بیست میلیون ریال از شخص «ب»

---

۱. واژه امور پیرو ماده ۴ قانون حمایت خانواده استعمال شده است در غیر اینصورت شاید واژه «خواسته» مناسب‌تر باشد.

۲. به موجب ماده ۱۰۹۲ ق.م هرگاه شوهر قبل از نزدیکی زن خود را طلاق دهد، زن مستحق نصف مهر خواهد بود و اگر شوهر بیش از نصف مهر را قبلا داده باشد، می‌تواند مازاد بر نصف را پس بگیرد.

۳. به‌موجب ماده ۳۳ قانون ثبت أحوال مصوب ۱۳۵۵ «کلیه وقایع ازدواج و طلاق یا مرگ زوج یا زوجه و رجوع و بذل مدت و فسخ نکاح باید در دفاتر ثبت کل وقایع ثبت شود، ولی درشناسنامه به شرح زیر انعکاس خواهد یافت:

در المثنای شناسنامه مرد یا زن آخرین نکاح و طلاق یا بذل مدت و در صورت تعدد زوجات آن تعداد ازدواج که به قوت خود باقی است، منعکس خواهد شد. ازدواج و طلاق غیرمدخوله در المثنی شناسنامه درج نخواهد شد».

مطابق این ماده، زوجه غیرمدخوله در صورت اثبات عدم دخول می‌تواند نام زوج سابق را از شناسنامه خارج کند.

۴. منظور معاینه و درمان درون واژن است که لازمه آن عبور از پرده بکارت می‌باشد.

۵. گودرزی، فرامرز، ***پزشکی قانونی***، تهران: انیشتین، چاپ چهارم، ۱۳۷۴، ص ۵۵۷.

۶. «مقررات عهودی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد در حکم قانون است».

۷. کاتوزیان، ناصر، ***مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران***، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ نود و هفتم ۱۳۹۳، ص ۲۵۱.

۸. امامی، حسن، ***حقوق مدنی***، جلد ۴، تهران: اسلامیه، ۱۳۹۱، ص ۱۲.

است.

دوم) حق آزادی یا حق امتیاز: «الف» نسبت به انجام یا عدم انجام «ج» آزاد است. لازمه آن، حق نداشتن دیگری و نقیض آن وظیفه و تعهد است. مثال تراشیدن موی سر. در تراشیدن موی سر شما آزاد هستید یعنی تکلیفی مبنی بر نتراشیدن ندارید.

سوم) حق قدرت یا حق اختیار: «الف» با اعمال حق خویش وضعیت حقوقی خود و «ب» را تغییر می‌دهد. مثال وصیت یا هبه مالی به دیگری. با حق قدرت شخص می‌تواند موضوع آن حق را اعمال کند و حق دیگری ممکن است متأثر از آن اعمال حق باشد.

چهارم) حق مصونیت یا حق امنیت: «الف» در برابر «ب» مصونیت قانونی دارد. مثال حق بر منع کار اجباری. با اعمال آن کارگر از اعمالی که کارفرما از او مطالبه می‌نماید و برخلاف میل و رضایت اوست؛ مصونیت دارد.[1]

۲.۱.۱. حق آزادی

منتسکیو در کتاب *روح القوانین* معتقدند: آزادی یعنی انسان بتواند هر عملی که قانون اجازه داده است انجام دهد و کسی نتواند او را الزام به انجام عملی نماید که به صلاح او نیست و یا قانون آن را منع کرده است.[2] محمد هاشمی آزادی را به‌کار انداختن استعداد و توانایی‌های فردی به‌شرط عدم ضرر به دیگران می‌دانند.[3]

امروزه حق آزادی همواره مد نظر حکومت‌های مختلف جهان قرار دارد. اعلامیه جهانی حقوق بشر در مواد اول[4] و سوم[5] به این حق اشاره می‌نماید. در ایران نیز اصل آزادی یکی از محورهای اساسی نظام جمهوری اسلامی ایران دانسته شده و قانونگذار اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل نهم[6] اهمیت آن را نمایان می‌سازد.

۲.۱.۲. حق بر بدن

ابتدا باید به این سؤال پاسخ داد که حق بر بدن ذیل کدام دسته از اقسام حق مورد نظر هوفلد قرار می‌گیرد؟ نگارنده معتقد است که حق بر بدن از اقسام حق-آزادی است. به همین دلیل است که دختر آزاد است که گواهی بکارت دریافت بنماید یا خیر؟ و هیچ نهاد و ارگانی نمی‌تواند او را مکلف به گرفتن گواهی نماید.

اینکه انسان بر بدن خود تسلط دارد امری بدیهی است، اما تا جایی این تسلط جایز است که جان انسان به خطر نیفتد و ضرری ایجاد نکند. در نتیجه این حق مطلق نیست و دارای شرایطی است. مهم‌ترین سندی که در نظام حقوقی ایران به‌طور خاص درخصوص حق بر بدن وجود دارد، «قانون پیوند اعضای بیماران فوت شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنان

---

[1]. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، ر.ک: قاری سیدفاطمی، محمد، ***حقوق بشر در جهان معاصر***، جلد اول: درآمدی بر مباحث نظری: مفاهیم، مبانی، قلمرو و منابع، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۶، صص ۳۴-۳۲؛ بالوی، مهدی و مهناز بیات‌کمیتکی، ***دولت حق بنیاد***، جلد اول: تحلیل معنا تبیین معنا، تهران: مجد، ۱۳۹۶، صص ۱۶۸-۱۶۴؛ راسخ، محمد، ***حق و مصلحت***، جلد ۱، تهران: نشر نی، ۱۳۹۸، صص ۱۹۹-۱۹۷.

[2]. منتسکیو، شارل‌لوئی‌دوسکوندن، ***روح القوانین***، ترجمه علی‌اکبر مهتدی، تهران: امیرکبیر، چاپ ششم، ۱۳۴۹، ص ۲۹۴.

[3]. هاشمی، محمد، ***حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران***، جلد ۱، تهران: میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۲، ص ۱۹۶.

[4]. «همه افراد بشر آزاد و با حیثیت و حقوق یکسان زاییده می شوند و دارای موهبت خرد و وجدان هستند و با یکدیگر با روحیه برادری رفتار کنند».

[5]. «هر کس حق دارد از زندگی و آزادی و امنیت شخصی خویش برخوردار باشد».

[6]. «در جمهوری اسلامی ایران، آزادی و استقلال و وحدت و تمامیت اراضی کشور از یکدیگر تفکیک ناپذیرند و حفظ آنها وظیفه دولت و آحاد ملت است. ....».

مسلم است» است. از متن این ماده برمی‌آید که چنانچه بیمار وصیت به پیوند اعضای خود پس از مرگ مغزی کند، در صورت احراز سایر شرایط، این پیوند انجام می‌گیرد.[۱] حق شخص بر بدن در این قانون مورد تأیید قرار گرفته است.
نتیجتاً از آنجا که اخذ گواهی بکارت با منع قانونی مواجه نیست، بنابر اصل آزادی و اباحه، تمام افعال تا زمانی که در قوانین ممنوع اعلام نشده‌اند، مجازند. بر این اساس شخص می‌تواند جهت اخذ گواهی بکارت مراجعه نماید.

۲.۱.۳. ناروایی استمساک به اصل آزادی برای جواز اخذ گواهی بکارت

در این بند به نتیجه بالا، دو نقد وارد می‌شود. اول، لزوم تقیید آزادی.
«به روشنی پیدا است «ارزش» بودن آزادی به‌معنای بی‌حد و مرز و مطلق بودن آن نیست، بلکه بدین معناست که هرگونه محدود و مقید کردن آن نیازمند دلیل موجّهه است.»[۲]
بنابراین چنانچه این حق توسط قواعد و احکام شرعی، که در نظام حقوقی ایران دلیل موجهه محسوب می‌شوند مقید شده باشند؛ صحیح و بلااشکال است. حق بر بدن در موضوع اخذ گواهی بکارت، توسط قاعده حرمت نگاه و لمس عورت و حفظ فروج مقید شده است.[۳] پس یکی از مصادیقی که شخص نمی‌تواند بنا بر حق بر بدن اقدام نماید، اخذ گواهی بکارت است.
دوم، این حق مشروط است بر تصرف با انگیزه آموزش و یا درمان[۴]، درحالی‌که نمی‌توان برای گواهی بکارت فایده آموزشی یا درمانی متصور بود.
نقدهای فوق ناشی از قائلیت بر حق- آزادی بودن حق بر بدن و به‌تبع اتخاذ رویکرد کرامت‌مدار نسبت به حق است. توضیح بیشتر آنکه درخصوص حق بر بدن از دو مبنا استدلال وارد شده است. برخی فاعلیت‌مدارند و برخی کرامت‌مدار. فاعلیت‌مدارها از طرفی معتقدند که با اعمال رضایت وارده، شخص می‌تواند نسبت به بدن خود تصمیم بگیرد، اعمال قدرت کند و دیگران حق هیچ‌گونه دخالتی ندارند. طبق نظر این گروه، حق بر بدن از زمره حق- قدرت است. بر اساس این رویکرد، دختر می‌تواند بنا بر اعمال قدرت و اراده خود برای اخذ گواهی بکارت مراجعه نماید و بنا بر اصل حفظ حریم خصوصی، هیچ شخص و ارگانی قصد دخالت و اعمال ممنوعیت ندارد.
از طرف دیگر، کرامت‌مدارها معتقدند حتی اگر رضایت هم داده شود، چنانچه فعلی برخلاف کرامت انسانی باشد، تکلیف

---

[۱]. قانون پیوند اعضای بیماران فوت شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنان مسلم است: «ماده واحده – بیمارستان‌های مجهز برای پیوند اعضا، پس از کسب اجازه کتبی از وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، می‌توانند از اعضای‌سالم بیماران فوت شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنان برطبق نظر کارشناسان خُبره مسلم باشد، به شرط وصیت بیمار یا موافقت ولیّ میت جهت پیوند به بیمارانی که ادامه حیاتشان به پیوند عضو یا اعضای فوق بستگی دارد استفاده نمایند.
تبصره ۱: تشخیص مرگ مغزی توسط کارشناسان خبره در بیمارستان‌های مجهز دانشگاه‌های دولتی صورت می‌گیرد. این کارشناسان با حکم وزیر بهداشت، درمان و آموزش پزشکی به مدت چهار سال منصوب می‌شوند.
تبصره ۲: اعضای تیم‌های تشخیص مرگ مغزی نبایستی عضویت تیم‌های پیوندکننده را داشته باشند.
تبصره ۳: پزشکان عضو تیم از جهت جراحات وارده بر میت مشمول دیه نخواهند گردید. آیین‌نامه اجرایی این قانون به وسیله وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و نماینده قوه قضائیه با هماهنگی سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران و بنیاد امور بیماری‌های خاص ظرف سه ماه از تاریخ ابلاغ این قانون تهیه و به تصویب هیئت وزیران خواهد رسید».
[۲]. راسخ، پیشین، ص ۲۸۸.
[۳]. توضیحات تفصیلی این قواعد در این مقال نمی‌گنجد و آن را به پژوهشی دیگر واگذار می‌نماییم.
[۴]. بادینی، حسین و مجتبی بانشی، «مبانی حق انسان بر بدن خویش؛ بیان نظریهٔ کار و طرح نظریه بدن برای بدن»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳، ۱۴۰۰، ص ۵۶-۵۵.

دیگران بر مداخله ولو با رضایت سلب نمی‌شود. «در دیدگاه کرامت‌محور هرچند آزادی نخستین بارزه‌ی انسان حقوق بشری و انسان خود آیین است، اما این آزادی با قیودی که از کرامت انسانی وی محافظت می‌نماید محدود و محصور می‌گردد. در واقع انسان هرچند به‌عنوان یک موجود انتخاب‌گر مجال می‌یابد تا تمامیت خود را زندگی کند، اما اخلاقیات به‌عنوان مانعی در مسیر این تمامیت در نظر گرفته می‌شود».[۱] در واقع حق آزادی از نوع مقید است، نه مطلق. حق-آزادی قلمداد کردن حق بر بدن، نظری است که کرامت‌مدارها قائل به آن هستند.

براساس همین رویکرد، نگارنده قائل به آن است که بنا بر ضرر بودن و خلاف کرامت انسانی بودن اخذ گواهی بکارت[۲]، سایر اشخاص و ارگان‌ها مکلف به بازدارندگی و اعلان ممنوعیت چنین گواهی‌ای‌اند.

۲.۲. مبانی حقوقی عدم جواز اخذ گواهی بکارت

در این مبحث به استخراج اصول حقوقی که با تمسک به آنها به منع اخذ گواهی می‌توان رسید، اهتمام ورزیده شده است. این اصول حقوقی مستنبط از اسناد داخلی از قبیل قانون اساسی و منشور حقوق بیمار و اسناد خارجی‌اند که طبق ماده ۹ ق. م و اصل ۷۷ ق.ا، ایران به آنها پیوسته و مجلس شورای اسلامی آنها را تصویب کرده باشند تا در حکم قانون قرار گیرند.

۲.۲.۱. اصل عدم ورود ضرر و جایگاه آن در منع اخذ گواهی بکارت

واژه «ضرر» در لغت‌نامه‌های فارسی به‌معنای زیان[۳] و در لغت‌نامه‌های عربی به‌معنای خلاف نفع[۴] آمده است. در اصطلاح به‌معنای ورود نقصان در مال، جان و آبرو است.[۵] [۶]

مهم‌ترین سند قانونی اصل عدم ورود ضرر، اصل چهلم قانون اساسی[۷] است. علاوه‌بر آن بند ۱۱ بخش اول منشور حقوق و مسئولیت‌های زنان در نظام جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۳ به اصل عدم ورود ضرر به به زنان اشاره دارد.[۸]

طبق این اصل، اگر موضوع یا حکمی سبب زیان رسیدن به جسم یا آبروی شخص شود، آن حکم به‌موجب قاعده لاضرر نفی می‌شود. طبق گزارش‌های سازمان‌های جهانی مانند سازمان بهداشت جهانی و سازمان ملل و همچنین طبق تحقیقات به عمل آمده در پرونده‌های سازمان پزشکی قانونی ایران، آسیب‌ها و زیان‌های وارده عبارت‌اند از: اضطراب، افسردگی، استرس، خودکشی، قتل‌های ناموسی، از بین رفتن حیثیت و آبروی شخص به‌اشتباه، سبب عدم اطلاع کافی معاینه‌کننده از پرده بکارت و قس‌علی‌هذا.[۹]

درنتیجه از آنجایی که اخذ گواهی بکارت سبب ایراد ضرر به شخص می‌گردد و طبق قاعده لاضرر هر عملی (حکمی) که

---

۱. خسروی، حمیده سادات، «قلمروی اعمال مالکیت حق بر بدن با تاکید بر سادومازوخیست‌ها»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، *دانشگاه شهید بهشتی*، ۱۳۹۹، ص ۴۶.

۲. در ادامه به تفصیل خواهند آمد.

3. https://abadis.ir/fatofa/ضرر/

۴. جوهری، ابونصر، ***الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیة***، جلد ۲، بیروت: دار العلم للملایین، ۱۴۰۷ ه.ق، ص ۷۱۹.

۵. حکیم، عبدالصاحب، ***منتقی الأصول***، جلد ۵، [بی‌جا] [بی‌نا] [بی‌تا]، ص ۳۴۵.

۶. موسوی بجنوردی، حسن، ***القواعد الفقهیة***، جلد ۱، قم: الهادی، ۱۳۷۷، ص ۲۱۴.

۷. «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد».

۸. «۱۱. مصونیت زنان از ضررهای مادی و معنوی با توجیه اعمال حق دیگران...».

۹. برای مطالعه بیشتر ر.ک به: دومیرانی، رامبد، «ابعاد حقوقی گواهی بکارت در نظام حقوقی ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، پژوهشکده خانواده، *دانشگاه شهید بهشتی*، ۱۴۰۱، صص ۶۳-۶۹

ضرر ایجاد کند نفی می‌شود؛ حکم اخذ گواهی بکارت نیز نفی می‌شود. به‌عبارت دیگر، قاعده لاضرر دلیلی برای منع اخذ گواهی بکارت شمرده می‌شود.

۲.۲.۲. اصل عدالت، برابری و عدم تبعیض

با فرارسیدن قرون نوزدهم و بیستم جنبش‌های فمینیسم آغاز شدند و تا به امروز رو به گسترش‌اند. این امر سبب حرکت زنان سایر جوامع جهان به‌سمت رفع تبعیض و برابری در حقوق جنسیتی، اجتماعی، سیاسی و امثالهم گردید. ایران نیز از این امر مستثنا نبود.[۱] از جمله جنبش زنان که زمینه آن را انقلاب مشروطه فراهم نموده بود. این جنبش به‌دنبال دستیابی حقوق برابر برای زنان در تحصیل، ازدواج، کار و قانون بود.[۲] با انقلاب اسلامی سال ۱۳۵۷ تئوری حکومت اسلامی و بازگشت به احکام فقهی پیروز شد. در نتیجه باید به‌وسیله فقه پویای شیعه، در راستای رفع تبعیض و برابری جنسی که از احکام دین اسلام است، قدم برداشت.

در اصل دوم قانون اساسی که قانونگذار در مقام بیان پایه‌های حکومت جمهوری اسلامی ایران است، به عدل خداوند در خلقت و تشریع اشاره می‌نماید؛[۳] عدالت تشریعی یعنی رعایت اصل عدل در نظام جعل، وضع و تشریع قوانین.[۴] به‌عبارت دیگر همه افراد در مقابل قانون یکسان‌اند. این تساوی در بند ۱۴ اصل سوم قانون صراحتاً تبلور پیدا کرده است. علاوه بر آن قانونگذار به تأمین حقوق همه جانبه افراد اعم از زن و مرد نیز اشاره می‌نماید.[۵]

در فصل سوم قانون اساسی با موضوع حقوق ملت، قانونگذار اساسی جمهوری اسلامی ایران ذیل اصل بیستم مقرر نموده است که مرد و زن در برابر قانون برابر و دارای حقوق متساوی با یکدیگرند.[۶] از این سه اصل قانون اساسی به‌روشنی اصل عدم تبعیض و برابری به ذهن متبلور می‌شود. بند سوم محور اول منشور حقوق بیمار به اصل عدم تبعیض و برابری جنسی در دریافت خدمات سلامت اشاره می‌نماید.[۷] همچنین در مقدمه منشور (بینش و ارزش) از ارائه خدمات سلامت

---

[۱]. لرستانی، فریبرز، «جنبش اجتماعی زنان ایران»، *فصلنامه پژوهش زنان*، دوره ۱، شماره ۶، ۱۳۸۲، ص ۳۹.

[2]. Kian-Thiébaut, Azadeh and Mansoureh Ettehadieh. "The Origins and Development of the Women's Movement in Iran, 1906–41", Collected by Guity Nashat & Lois Beck, dirs., *Womenin Iran. From 1800 to the Islamic Republic*. Urbana & Chicago: University of Illinois Press, 2004, PP 85-106.

[۳]. اصل دوم قانون اساسی: «جمهوری اسلامی، نظامی است بر پایه ایمان به:

۱. خدای یکتا (لااله الاالله) و اختصاص حاکمیت و تشریع به او و لزوم تسلیم در برابر امر او؛

۲. وحی الهی و نقش بنیادی آن در بیان قوانین؛

۳. معاد و نقش سازنده آن در سیر تکاملی انسان به سوی خدا؛

۴. عدل خدا در خلقت و تشریع ....».

[۴]. هاشمی، محمد، پیشین، ص. ۹۶.

[۵]. اصل سوم قانون اساسی: «دولت جمهوری اسلامی ایران موظف است برای نیل به اهداف مذکور در اصل دوم، همه امکانات خود را برای امور زیر به کار برد:

...

۱۴. تأمین حقوق همه‌جانبه افراد از زن و مرد و ایجاد امنیت قضایی عادلانه برای همه و تساوی عموم در برابر قانون....».

[۶]. اصل بیستم قانون اساسی: «همه افراد ملت اعم از زن و مرد یکسان در حمایت قانون قرار دارند و از همه حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلام برخوردارند».

[۷]. محور اول : «دریافت مطلوب خدمات سلامت حق بیمار است.

ارائه خدمات سلامت بایستی به گونه ای باشد که:

....

۳. فارغ از هرگونه تبعیض از جمله قومی، فرهنگی، مذهبی، نوع بیماری و جنسیتی باشد...».

عادلانه سخن به میان آمده است. ماده ۵۵ منشور سازمان ملل، ماده ۱، ۲، ۴، ۷ و ۱۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر، ماده ۲، ۳ و ۲۶ میثاق حقوق مدنی و سیاسی و مواد ۲ و ۳ میثاق حقوق اقتصادی و اجتماعی همگی مشعر برابری و عدم تبعیض‌اند.

خداوند متعال مصادیقی از عدل و ظلم را بیان اما هرگز آنها را محصور نکرده است. چرا که هر مصداقی از عدالت و ظلم امکان تغییر دارد.[۱] از این امر برداشت می‌شود که اگرچه مفهوم عدالت مطلق است، مصادیق عدالت را زمان و مکان‌های مختلف تعیین می‌کند.[۲] [۳] بهترین ابزار برای تعیین مصادیق، فطرت انسانی و وجدان است. خداوند متعال تنها معیار و ملاک برتری شخصی بر دیگری را تقوا می‌داند.[۴] پس زن و مرد در حقوق متساوی‌اند.

اخذ گواهی بکارت امری تبعیض‌آمیز است. تبعیض در موضوع گواهی بکارت در دو محور نمایان می‌شود: اول دختر و پسر که برابر و یکسان آفریده شده‌اند و معیار برتری در جنس وجود ندارد، اما خانواده‌ها یا همسر (فارغ از نتایج آن) تنها می‌توانند برای دختر تقاضای اخذ گواهی بکارت نمایند. دوم دختر باخانواده و دختر بی‌خانواده یا بی‌سرپرست که تحت پوشش سازمان بهزیستی قرار می‌گیرد. هر دو از یک جنس‌اند، اما دختری که بدون تقصیر و حتی اختیار خود بدون سرپرست است، برای اینکه تحت پوشش سازمان بهزیستی قرار گیرد، جهت معاینه پرده بکارت به سازمان پزشکی قانونی ارجاع داده می‌شود. درحالی‌که به‌علت بی‌سرپرست بودن، خود آسیب‌دیده بالقوه یا بالفعل است و عوض حمایت‌های بیشتر، او را جهت معاینه بکارت ارجاع می‌دهند!

پس اخذ گواهی بکارت خلاف قاعده عدالت است و هرچیز که برخلاف عدالت باشد، بدین سبب که عدالت از مقاصد شریعت بوده و ملاک تشریع شارع است،[۵] رفع می‌گردد. درنتیجه قاعده عدالت دلیلی برای عدم جواز اخذ گواهی بکارت محسوب می‌شود.

۲.۲.۳. اصل کرامت انسانی

کرامت انسانی دارای ریشه‌ای فلسفی و کلامی است، اما با تحولاتی که در جهان پس از اتمام جنگ جهانی دوم رخ داد، از جمله صدور اعلامیه جهانی حقوق بشر، تبدیل به اصل حقوقی نیز گردید که در قوانین بسیاری از کشورها از جمله در قانون اساسی کشور ایران وجود دارد. کرامت به‌معنای سخاوت، شرافت و عزت به‌کار گرفته شده و اصل کرامت شرط لازم برای تکوین نظام جمهوری اسلامی است.[۶]

اهمیت کرامت انسانی در قانون اساسی آنجایی نمایان می‌شود که قانونگذار اساسی جمهوری اسلامی، ذیل اصل دوم، در مقام بیان مبانی اعتقادی جمهوری اسلامی ایران در کنار توحید، معاد، عدل، نبوت و امامت به کرامت انسانی اشاره

---

۱. علی‌اکبریان، حسنعلی، ***قاعده عدالت در فقه امامیه***، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۹۶، ص ۵۸.

۲. مجتهد شبستری، محمد، ***ایمان و آزادی***، تهران: طرح نو، چاپ دوم، ۱۳۷۸، ص۷۴.

۳. شاهد مثال اینکه فیلسوف بزرگی همچون «ارسطو» نظام بردگی را می‌پذیرد.

۴. آیه ۱۳ سوره حجرات: «یا ایها الناس انا خلقناکم من ذکرٍ وانثی وجعلناکم شعوباً وقبائل لتعارفوا ان اکرمکم عندالله اتقیکم». ما شما را از مرد و زن آفریدیم و شما را ملّت‌ها و قبیله‌ها قرار دادیم تا یکدیگر را بشناسید. هر آینه گرامی‌ترین شما نزد خدا باتقواترین شماست.

۵. زیرک باروقی اصغر، غفور خویینی و محمدتقی علوی، «درآمدی بر جایگاه «عدالت» در اندیشه فقهی امام خمینی»، *فصلنامه حکومت اسلامی*، دوره ۱۹، شماره ۷۲، ۱۳۹۳، ص ۵۸.

۶. وکیل، امیرساعد و پوریا عسگری، ***قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در نظم حقوق کنونی***، تهران: مجد، چاپ نهم، ۱۴۰۰، ص ۵۱.

می‌نماید.[۱] همچنین در اصل بیست و دوم از مصونیت اشخاص[۲] و در اصل سی و نهم از منع هتک حرمت[۳] سخن به میان می‌آورد.

اصل کرامت انسانی به قدری حائز اهمیت است که در «بینش و ارزش» منشور حقوق بیمار و مقدم بر تمام محورها آمده است. بر اساس آن، ارائه خدمات سلامت بایستی با رعایت کرامت انسانی بیماران صورت پذیرد و کرامت ذاتی انسان‌ها از پایه‌های اساسی تنظیم منشور حقوق بیمار است.

ماده ۱۰ میثاق حقوق مدنی و سیاسی درست مانند اصل سی و نهم قانون اساسی است. این ماده از ممنوعیت هتک حیثیت افرادی که آزادی آنها سلب شده‌است، سخن به میان می‌آورد.[۴]

ماده ۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر نیز حکم به ممنوعیت رفتار خلاف انسانیت، شئون بشری یا موهون، صادر می‌نماید.[۵]

اخذ گواهی بکارت که مستلزم کشف و لمس عورت است، نوعی تصرف در نفس تلقی می‌گردد و تنها زمانی مطابق قاعده کرامت انسانی است که به هدف ارتقای سطح سلامت باشد[۶] و هر هدف دیگری مصداق بارز نقض قاعده کرامت است. از آنجایی که گواهی بکارت گاهی به‌دلایل متعدد از جمله عدم صحت و قطعیت، عدم اطلاع کافی معاینه‌کنندگان و تشخیص اشتباه آنها سبب از بین رفتن آبرو و همچنین آسیب‌های جسمی و روانی می‌گردد، ناقض کرامت انسانی بوده، در نتیجه طبق این قاعده اخذ آن ممنوع است. به‌بیان‌دیگر این گواهی به‌دلیل نابرابری، تبعیض و از همه مهمتر نسبت ناروا به افراد با قاعده کرامت انسانی تنافی دارد.[۷]

همچنین کاربرد قاعده مصونیت در موضوع گواهی بکارت هنگامی نمایان می‌شود که طبق اصل بیست و دوم قانون اساسی[۸]، حیثیت اشخاص از تعرض مصون است. درحالی‌که اخذ گواهی بکارتی که نمی‌تواند از نظر علمی جنبه اثباتی یا سلبی داشته باشد، خود سبب تعرض به حیثیت اشخاص می‌شود.

---

[۱]. اصل دوم قانون اساسی: «جمهور اسلامی، نظامی است بر پایه ایمان به:

....

۶ – کرامت و ارزش والای انسان و آزادی توام با مسئولیت او در برابر خدا، که از راه: الف– اجتهاد مستمر فقهای جامع الشرایط بر اساس کتاب و سنت معصومین سلام‌الله علیهم اجمعین، ب – استفاده از علوم و فنون و تجارب پیشرفته بشری و تلاش در پیشبرد آنها، ج – نفی هر گونه ستمگری و ستم‌کشی و سلطه‌گری و سلطه‌پذیری، قسط و عدل و استقلال سیاسی و اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی و همبستگی ملی را تأمین می‌کند».

[۲]. اصل بیست و دوم قانون اساسی: «حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است مگر در مواردی که قانون تجویز کند».

[۳]. اصل سی و نهم: «هتک حرمت و حیثیت کسی که به حکم قانون دستگیر، بازداشت، زندانی یا تبعید شده، به هر صورت که باشد ممنوع و موجب مجازات است».

[۴]. ماده ۱۰ میثاق حقوق مدنی و سیاسی: «درباره کلیه افراد که از آزادی خود محروم شده‌اند باید با انسانیت و احترام به حیثیت ذاتی شخص انسان رفتار کرد».

[۵]. ماده ۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر: «حدی را نمی‌توان تحت شکنجه یا مجازات یا رفتاری قرار داد که ظالمانه یا برخلاف انسانیت و شئون بشری یا موهن باشد».

[۶]. بادینی و بانشی، پیشین، ص ۵۷.

[۷]. بادینی، محبوبه، «بررسی کرامت انسانی به‌مثابهٔ قاعده فقهی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، *دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی*، ۱۳۹۳، صص ۱۲۲–۱۱۳.

[۸]. «حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است مگر در مواردی که قانون تجویز کند».

۲.۲.۴. ضرورت حمایت از خانواده

ضرورت حمایت از خانواده در موضوع گواهی بکارت، بیشتر خود را ذیل بحث گواهی عروس نشان می‌دهد.

حمایت دولت و جامعه از خانواده در مهم‌ترین سند داخلی و اسناد خارجی مورد تأکید قرار گرفته است. طبق اصل دهم قانون اساسی، تمام قوانین و مقررات بایستی جهت پاسداری از قداست خانواده و تشکیل آن بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی باشد.[۱]

حمایت جامعه و به‌ویژه حکومت از خانواده به‌عنوان عنصر طبیعی و اساسی جامعه در میثاقین نیز مورد تأکید قرار گرفته است. بند ۱ ماده ۲۳ میثاق حقوق مدنی- سیاسی و بند ۱ ماده ۱۰ میثاق حقوق اقتصادی- اجتماعی و فرهنگی به این مهم اشاره دارند.[۲]

همچنین بند ۳ ماده ۱۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر تکلیف حمایت جامعه و دولت از خانواده را مقرر می‌نماید.[۳]

درخواست اخذ این گواهی از طرف زوج حاکی از بدبینی احتمالی وی به زوجه است و این امر می‌تواند در بدو شکل‌گیری نهاد خانواده با کاشتن بذر بی‌اعتمادی، منجر به مخدوش شدن روابط بین زوجین گردد. بر این اساس، از آنجایی که اخذ گواهی بکارت نتایج ناصواب در پی دارد و خاطر خلاف موازین اخلاقی و شرعی است، اخذ آن مخالف اقتضائات حمایت از خانواده به‌نظر می‌رسد.

۲.۲.۵. لزوم تضمین حقوق زنان و رویکرد حمایتی مقنن از گروه‌های آسیب‌پذیر

مقنن اساسی جمهوری اسلامی ایران، ذیل فصل سوم (حقوق ملت) تضمین حقوق زنان را مقرر می‌نماید. از این تنظیم‌گری استنباط می‌شود که تضمین حقوق، خود یکی از حقوق ملت به‌حساب می‌آید. همچنین یک سندی در این حوزه در خصوص حمایت از اقشار آسیب‌پذیر موجود است.

یکی از شاخه‌های درخت حقوق زنان سلامت جسمی و روانی است. در همین راستا بند ۴۷ منشور حقوق و مسئولیت‌های زنان[۴] و بند ۱ ماده ۱۲ میثاق حقوق اقتصادی- اجتماعی و فرهنگی[۵] به‌حق فوق اشاره می‌نماید. با توضیحات آمده اخذ گواهی بکارت همان‌طورکه در ذیل قاعده لاضرر گفته شد، به سلامت زنان آسیب وارد می‌نماید. به‌علاوه بند ۱۷ از منشور حقوق زنان، به‌حق تأمین عاطفی و مهم‌تر از آن روانی دختران، رفتار لطیف والدین و مصونیت از خشونت‌های خانگی اشاره می‌نماید.[۶]

---

[۱]. اصل دهم قانون اساسی: «از آنجا که خانواده واحد بنیادی جامعه اسلامی است، همه قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌های مربوط باید در جهت آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی باشد».

[۲]. ماده ۲۳ میثاق حقوق مدنی–سیاسی: «۱. خانواده عنصر طبیعی و اساسی جامعه است و استحقاق حمایت جامعه و حکومت را دارد».

ماده ۱۰ میثاق حقوق اقتصادی– احتماعی و فرهنگی: « دولتهای طرف این میثاق قبول دارند که:

۱. خانواده که عنصر طبیعی و اساسی جامعه است باید از حمایت و مساعدت به حد اعلای ممکن برخوردار گردد به ویژه برای تشکیل و استقرار آن و مادام که مسئولیت نگاهداری و آموزش و پرورش کودکان خود را به‌عهده دارد».

[۳]. ماده ۱۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر: «خانواده رکن طبیعی و اساسی اجتماع است و حق دارد از حمایت جامعه و دولت بهره‌مند شود».

[۴]. «حق برخورداری از سلامت جسمی و روانی در زندگی فردی، خانوادگی و اجتماعی با توجه به ویژگی‌های زنان در مراحل مختلف زندگی و مسئولیت حفاظت از آن».

[۵]. ماده ۱۲ میثاق حقوق اقتصادی–اجتماعی و فرهنگی: «۱. دولت‌های طرف این میثاق حق هر کس را به تمتع از بهترین حال سلامت جسمی و روحی ممکن‌الحصول به رسمیت می‌شناسند».

[۶]. بند ۱۷ منشور حقوق و مسئولیت‌های زنان در نظام جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۳: «حق تأمین نیازهای عاطفی و روانی دختران و برخورداری از رفتار ملاطفت آمیز والدین و مصونیت آنان از خشونت‌های خانوادگی».

به‌علاوه در بند ۹ محور اول منشور حقوق بیمار «توجه ویژه به گروه‌های آسیب‌پذیر از جمله افراد بی‌سرپرست» مقرر گردیده است.

سازمان بهداشت جهانی نیز که از آژانس‌های سازمان ملل متحد با نقش مرجعیت سازمان دهندۀ بهداشت جهانی به‌شمار می‌رود، گواهی بکارت را مصداق بارز خشونت علیه زنان دانسته است. در نتیجه از آنجایی که اخذ گواهی بکارت خشونت تلقی می‌گردد، برخلاف ماده ۱۷ منشور حقوق زنان بوده و باید منع گردد. درخصوص حمایت از گروه‌های آسیب‌پذیر نیز دختران بی‌سرپرست یا بدسرپرست، هنگامی که تحت پوشش سازمان بهزیستی قرار می‌گیرند، ابتدا جهت معاینه بکارت به سازمان پزشکی قانونی ارجاع داده می‌شوند تا برای آنها گواهی بکارت صادر شود.[۱] گواهی‌ای با پاسخ غیرقطعی! درحالی‌که مقنن جمهوری اسلامی رویکردی مخالف آن داشته است. در نتیجه اخذ گواهی بکارت به‌دلیل پاسخ غیرقطعی و عواقب سوئی که دارد عملاً حقوق فرد را به خطر می‌اندازد و موجب آسیب به سلامت وی می‌گردد.[۲]

نتیجه‌گیری

گواهی بکارت گواهی‌ای است که پس از معاینه و تعیین وضعیت پرده بکارت صادر می‌شود. پرده بکارت غشای نازک مخاطی شکل در مدخل واژن است که فاقد عملکرد بیولوژیکی است[۳]و برحسب مقاومت آن به دو دسته غیرمقاوم و ارتجاعی تقسیم می‌شود. باوجود آنکه در پرده غیر مقاوم می‌توان به آسیب‌دیدگی آن پی‌برد، کشف عامل و زمان دقیق میسر نخواهد بود. در پرده ارتجاعی نیز با معاینه پرده بکارت حتی نمی‌توان به آسیب‌دیدگی پی‌برد؛ چراکه این نوع با دخول تغییر ظاهر نمی‌دهد. این امر در کنار عواملی همچون احتمال آسیب‌دیدگی در اثر تروماهای غیرجنسی، پیشرفت تکنیک‌های ترمیم، فقدان مادرزادی پرده بکارت و همچنین تجربه رابطه جنسی مقعد - با توجه به آنکه باکره به دختری گفته می‌شود که با وی هیچ آمیزشی اعم از مهبلی و مقعدی صورت نگرفته باشد- منجر به این نتیجه‌گیری می‌شود که گواهی بکارت نمی‌تواند مثبت باکرگی شخص باشد و پدیده‌ای غیرعلمی است.

از آنجایی که هیچ سندی به‌طور خاص حاکی از جواز یا عدم جواز اخذ گواهی بکارت نیست، با تدبر در مبانی حقوقی مشخص می‌گردد که حق بر بدن نمی‌تواند مفید جواز اخذ گواهی باشد. در نتیجه مستند بر اصول لاضرر، عدالت، کرامت انسانی و لزوم حمایت از خانواده، تضمین حقوق زنان و رویکرد حمایتی مقنن از گروه‌های آسیب‌پذیر باید حکم به عدم جواز اخذ گواهی بکارت و اعمال ممنوعیت آن توسط قانونگذار داد.

در پایان در موارد تجاوز گفتنی است معاینه کل واژن نه معاینه صرف پرده بکارت می‌تواند نقش اماره را داشته باشد و از اتهامات واهی جلوگیری نماید که باید از آن به‌عنوان تعیین وضعیت سلامت واژن یاد شود نه گواهی بکارت تا هم دقیق‌تر و هم فاقد بار خشونتی باشد. به‌علاوه در موارد تجاوز توصیه می‌شود حتماً معاینه‌کننده زن بوده و در کنار فرد قربانی یک مددکار اجتماعی و یک روانشناسی قربانی وجود داشته باشند تا از آسیب‌های احتمالی جلوگیری شود.

---

۱. رباط‌جزی، جعفری و قره‌داغی، پیشین، ص ۴۸.

۲. محور اول منشور حقوق بیمار: «ارائه خدمات سلامت بایستی به‌گونه‌ای باشد که:

....

۹- توجه ویژه‌ای به حقوق گروه‌های آسیب‌پذیر جامعه از جمله کودکان، زنان باردار، سالمندان، بیماران روانی، زندانیان، معلولان ذهنی و جسمی و افراد بدون سرپرست داشته باشد».

3. Christianson, Monica and Carola Eriksson. "A girl thing: perceptions concerning the word «hymen» among young Swedish women and men", *Journal of Midwifery Womens Health*, Volume 56, Issue 2, 2011, PP 170-171.

منابع

فارسی

کتاب

۱. امامی، حسن، ***حقوق مدنی،*** جلد ۴، تهران: اسلامیه، ۱۳۹۱.

۲. بالوی، مهدی و مهناز بیات‌کمیتکی، ***دولت حق بنیاد،*** جلد ۱: تحلیل معنا تبیین معنا، تهران: مجد، ۱۳۹۶.

۳. چرنی، آلن اچدی، ***تشخیص و درمان بارداری و زایمان کارنت،*** ترجمه اکرم قهقائی نظام‌آبادی، الهام فخارزاده نائینی و معصومه دودانگه، جلد ۱، تهران: اندیشه رفیع، چاپ اول، ۱۳۹۶.

۴. راسخ، محمد، ***حق و مصلحت،*** جلد ۱، تهران: نشر نی، ۱۳۹۸.

۵. رباط‌جزی، مهری، آسیه جعفری و جابر قره‌داغی، ***بکارت و معاینه بکارت از دیدگاه پزشکی، فقهی و حقوقی،*** تهران: مرکز تحقیقات پزشکی قانونی، چاپ اول، ۱۳۹۶.

٦. علی‌اکبریان، حسنعلی، ***قاعده عدالت در فقه امامیه،*** قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۹۶.

۷. قاری سیدفاطمی، محمد، ***حقوق بشر در جهان معاصر،*** جلد ۱: درآمدی بر مباحث نظری؛ مفاهیم، مبانی، قلمرو و منابع، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۶.

۸. قاسمی، محمدعلی، ***بانک استفتائات فقه پزشکی،*** جلد ۱، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، چاپ اول، ۱۳۹۷.

۹. کاتوزیان، ناصر، ***مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران،*** تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ نود و هفتم، ۱۳۹۳.

۱۰. گودرزی، فرامرز، ***پزشکی قانونی،*** تهران: انیشتین، چاپ چهارم، ۱۳۷۴.

۱۱. مجتهد شبستری، محمد، ***ایمان و آزادی،*** تهران: طرح نو، چاپ دوم، ۱۳۷۸.

۱۲. منتسکیو، شارل‌لوئی‌دوسکوندن، ***روح القوانین،*** ترجمه علی‌اکبر مهتدی، تهران: امیر کبیر، چاپ ششم، ۱۳۴۹.

۱۳. هاشمی، محمد، ***حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران،*** جلد ۱، تهران: میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۲.

۱٤. وکیل، امیرساعد و پوریا عسگری، ***قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در نظم حقوق کنونی،*** تهران: مجد، چاپ نهم، ۱۴۰۰.

مقاله

۱۵. بادینی، حسین و مجتبی بانشی، «مبانی حق انسان بر بدن خویش؛ بیان نظریه کار و طرح نظریه بدن برای بدن»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳، ۱۴۰۰، صص ۶۷-۴۵. DOI: 10.22106/JLJ.2020.111679.2846/

۱۶. رباط‌جزی، مهری و دیگران، «بررسی مفهوم باکرگی و آسیب‌شناسی آن»، *مجله پزشکی قانونی ایران*، دوره ۲۳، شماره ۱، ۱۳۹۶، صص ۳۶-۲۵. http://sjfm.ir/article-1-891-fa.html/

۱۷. زیرک باروقی، اصغر، غفور خویینی و محمدتقی علوی، «درآمدی بر جایگاه «عدالت» در اندیشه فقهی امام‌خمینی»، *فصلنامه حکومت اسلامی*، دوره ۱۹، شماره ۷۲، ۱۳۹۳، صص ۶۴-۳۱. http://noo.rs/GfNVo/

۱۸. لرستانی، فریبرز، «جنبش اجتماعی زنان ایران»، *فصلنامه پژوهش زنان*، دوره ۱، شماره ۶، ۱۳۸۲، صص ۴۲-۲۳. https://sid.ir/paper/357761/fa/

پایان‌نامه

۱۹. بادینی، محبوبه، «بررسی کرامت انسانی به مثابه قاعده فقهی»، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد، *دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی*، ۱۳۹۳.

۲۰. خسروی، حمیده سادات، «قلمروی اعمال مالکیت حق بر بدن با تأکید بر سادومازوخیست‌ها»، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد، *دانشگاه شهید بهشتی*، ۱۳۹۹.

۲۱. دومیرانی، رامبد، «ابعاد حقوقی گواهی بکارت در نظام حقوقی ایران»، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد، پژوهشکده خانواده، *دانشگاه شهید بهشتی*، ۱۴۰۱.

مصاحبه

۲۲. مصاحبه با امیرحسین مهدوی، «معاون آموزشی- پژوهشی سازمان پزشکی قانونی کشور»، ۱۰ آذر، ۱۴۰۰.

۲۳. مصاحبه با جابر قره‌داغی، «استادیار سازمان پزشکی قانونی و مشاور علمی رئیس سازمان پزشکی قانونی»، ۷ آذر، ۱۴۰۰.

استفتائات

۲٤. شبیری‌زنجانی، موسی، استفتاء، ۱۴۰۰/۹/۱۰.

۲۵. نوری‌همدانی، حسین، استفتاء، ۱۴۰۰/۹/۱۰.

سایت

۲٦. https://abadis.ir/fatofa/ضرر/

عربی

۲۷. قرآن

۲۸. ابن منظور، محمد بن مکرم، ***لسان العرب***، جلد ۴، بیروت: دار صادر، ۱۴۱۴ ه.ق.

۲۹. جوهری، ابونصر، ***الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیه***، جلد ۲، بیروت: دارالعلم للملایین، ۱۴۰۷ ه.ق.

۳۰. حکیم، عبدالصاحب، ***منتقی الأصول***، جلد ۵، [بی‌جا]: [بی‌نا]، [بی‌تا].

۳۱. حکیم، محسن، ***مستمسک العروة الوثقی***، جلد ۱۴، بیروت: دار إحیاء التراث العربی، ۱۳۸۴ ه.ق.

۳۲. خویی، محمدتقی، ***المبانی فی شرح العروة الوثقی***، جلد ۳، نجف: [بی‌نا]، ۱۴۰۶ ه.ق.

۳۳. علامه‌حلی، حسن‌بن‌یوسف، ***تذکره الفقهاء***، جلد ۲، نجف: منشورات المکتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، [بی‌تا].

۳۴. موسوی بجنوردی، حسن، ***القواعد الفقهیة***، جلد ۱، قم: الهادی، ۱۳۷۷.

۳۵. نجفی‌جواهری، محمدحسن، ***جواهر الکلام***، جلد ۲۹، بیروت: دار إحیاء التراث العربی، ۱۳۶۲.

References

Books

1. Qura’an
2. Ali Akbarian, Hassan Ali, *The Principle Of Justice In Imami Jurisprudence*; Qom: Research Institute Of Islamic Culture And Thought, Second Edition, 2017. (In Persian)
3. Allameh Helli, Hassan Ibn Yosof, *Tadhkirat Al-Fuqaha*, Volume 2, Najaf: Publications of the Murtadawi Library for the Revival of Ja'fari Antiquities, [No Date]. (In Arabic)
4. Balavi, Mehdi And Mahnaz Bayat Komitaki, *The Right-Based State*, Volume 1: Analysis And Explanation Of Meaning, Tehran: Majd, 2017. (In Persian)

5. Cherney, Alan H.D. *Current Diagnosis And Treatment Of Pregnancy And Childbirth*, Translated By: Akram Ghahghaei Nezamabadi, Elham Fakhar-Zadeh Nae'ini And Ma'soumeh Dodangeh, Volume 1, Tehran: Lofty Thought, First Edition, 2017. (In Persian)
6. Ghari Sayyed Fatemi, Mohammad, *Human Rights In The Contemporary World*, Volume 1: An Introduction To Theoretical Discussions; Concepts, Foundations, Scope And Sources, Tehran: Contemporary View, 2017. (In Persian)
7. Ghasemi, Mohammad Ali, *Collection Of Medical Jurisprudence Inquiries*, Volume 1, Qom: Center For Jurisprudence Of Ahl Al-Bayt, First Edition, 2018. (In Persian)
8. Goudarzi, Faramarz, *Forensic Medicine*, Tehran: Einstein, Fourth Edition, 1995. (In Persian)
9. Hakim, Abd Al-Saheb, *Selected Principles*, Volume 5, [No Place], [No Publisher], [No Date]. (In Arabic)
10. Hakim, Mohsen, *Mustamsak Al-Urwah Al-Wuthqa*, Volume 14, Beirut: House of Revived Arab Heritage, 1964 . (In Arabic)
11. Hashemi, Mohammad, *Constitutional Law Of The Islamic Republic Of Iran*, Volume 1, Tehran: Mizan, Fifth Edition, 2003. (In Persian)
12. Ibn Manzour, Mohammad Ibn Mokarram, *Arabic Language*, Volume 4, Beirut: Dar Sader, 1993. (In Arabic)
13. Imami, Hassan, *Civil Law*, Volume 4, Tehran: Eslamic, 2012. (In Persian)
14. Jawhari, Abou Nasr, *Al-Sihah: Taj Al-Lughah Wa Sihah Al-Arabiyyah*, Volume 2, Beirut: House of Science for Milions, 1986. (In Arabic)
15. Katouzian, Nasser, *Introduction To The Science Of Law And Study Of The Iranian Legal System*, Tehran: Sahami Enteshar Company, 97th Edition, 2014. (In Persian)
16. Khou'ei, Mohammad Taghi, *The Principles in the explanation of Al-Urwah Al-Wuthqa*, Volume 3, Najaf: [No Publisher], 1985. (In Arabic)
17. Kian-Thiébaut, Azadeh and Mansoureh Ettehadieh, "The Origins and Development of the Women's Movement in Iran, 1906–41", Collected by Guity Nashat & Lois Beck, dirs., *Womenin Iran. From 1800 to the Islamic Republic,* Urbana & Chicago: University of Illinois Press, 2004, PP 85-106.
18. Mojtahed Shabestari, Mohammad, *Faith And Freedom*; Tehran: New Design, Second Edition, 1999. (In Persian)
19. Montesquieu, Charles Louis De Secondat, *The Spirit of Laws*, Translated By: Ali Akbar Mohtadi, Tehran: Amir Kabir, Sixth Edition, 1970 (In Persian).
20. Mousavi Bojnourdi, Hassan, *Jurisprudential Rules*, Volume One, Qom: Al-Hadi, 1998. (In Arabic)
21. Najafi Javaheri, Mohammad Hassan, *Jawaher Al-Kalam*, Volume 29, Beirut: House of Revived Arab Heritage, 1983. (In Arabic)
22. Rasekh, Mohammad, *Right And Interest*, Volume 1, Tehran: Nay Publishing, 2019. (In Persian)
23. Robat Jazi, Mehri, Asieh Ja'fari And Jaber Gharehdaghi, *Virginity And Virginity Examination From Medical, Jurisprudential And Legal Perspectives*, Tehran: Legal Medicine Research Center, First Edition, 2017. (In Persian)
24. Vakil, Amir Sa'ed And Pouria Asgari, *The Constitution Of The Islamic Republic Of Iran In The Current Legal Order*; Tehran: Majd, Ninth Edition, 2021. (In Persian)

Articles

25. Badini, Hossein And Mojtaba Baneshi, "Foundations Of The Human Right Over One's Body: Explanation Of The Labor Theory And Proposal Of The Body-For-Body Theory", *Judiciary Law Journal*, Volume 85, Issue 13, 2021, PP 45–67 (In Persian). Doi:10.22106/JLJ.2020.111679.2846/
26. Christianson, Monica and Carola Eriksson, "A Girl Thing: Perceptions Concerning the Word «Hymen» among Young Swedish Women and Men", *Journal of Midwifery Womens Health*, Volume 56, Issue 2, 2011, PP 170-171. https://doi.org/10.1111/j.1542-2011.2011.00027.x/

27. Landor, Antoinette and Leslie Gordon Simons, “Why Virginity Pledges Succeed or Fail: The Moderating Effect of Religious Commitment Versus Religious Participation”, *Journal of Child and Family Studies*, Volume 26, Issue 3, 2014. Doi: 10.1007/s10826-013-9769-3/
28. Lorestani, Fariborz, “The Women’s Social Movement In Iran”, *Women’s Research Quarterly*, Volume 1, Issue 6, 2003, PP 23–42 (In Persian) https://sid.ir/paper/357761/fa.
29. Robatjazi, Mehri, et al. “Examining The Concept Of Virginity And Its Pathology”, *Iranian Journal of Forensic Medicine*, Volume 23, Issue 1, 2017, PP 25–36. (In Persian) http://sjfm.ir/article-1-891-fa.html
30. Zirk Baroughi, Asghar, Ghafoor Khoeini and Mohammad Taghi Alavi, “An Introduction To The Position Of Justice In Imam Khomeini’s Jurisprudential Thought”, *Islamic Government Quarterly*, Volume 19, Issue 72, 2014, PP 31–64 (In Persian) http://noo.rs/GfNVo

Interviews

31. Interview With Amirhossein Mahdavi, Deputy Of Education And Research At The Legal Medicine Organization; December 2021. (In Persian)
32. Interview With Jaber Gharehdaghi, Assistant Professor At The Legal Medicine Organization And Scientific Advisor To The Head Of The Organization, December 2021. (In Persian)

Fatwas

33. Nouri Hamedani, Hossein; Legal Inquiry (Istifta), 2021. (In Persian)
34. Shobeiri Zanjani, Mousa; Legal Inquiry (Istifta), 2021. (In Persian)

Theses

35. Badini, Mahbubeh “Human Dignity As A Jurisprudential Principle”, Master Thesis, *Islamic Azad University, Central Tehran Branch,* 2014. (In Persian)
36. Domirani, Rambod, “Legal Dimensions Of Virginity Certificate In The Iranian Legal System”, Master Thesis, *Family Research Institute, Shahid Beheshti University*, 2022. (In Persian)
37. Khosravi, Hamideh Sadat, “The Scope Of Exercising Ownership Over The Body With Emphasis On Sadomasochism”, Master Thesis; *Shahid Beheshti University,* 2020. (In Persian)

Webite

38. https://abadis.ir/fatofa/ضرر/

This page is intentionally
left blank.

Legal Research, Vol 29, Issue 113, 2026: 165-184 Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Journal of Legal Research
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

Orginal Article

The Impact of Big Data on Innovation and Dynamic Efficiency in the Competition Process in Digital Markets

Ebrahim Rahbari[1], Reyhaneh Khalili[2]

Highlights

- The use of big data, depending on the practices and methods of its utilization, may lead to either an increase or a reduction in innovation opportunities within digital markets.
- Direct intervention aimed at preserving innovation in the market is not advisable; rather, competition authorities can contribute to safeguarding innovative competition by maintaining a competitive environment and addressing restrictive practices.
- Employing theories such as the "innovation costs" theory in competition assessments can help ensure dynamic efficiency in data-driven markets.

ABSTRACT

Introduction

The transformation of digital markets in recent decades, alongside the expansion of big data, artificial intelligence, and advanced data-mining technologies, has profoundly reshaped traditional patterns of competition. In these markets, data is no longer merely an auxiliary input; rather, it functions as a strategic asset and a primary source of economic value creation and innovation. Unlike traditional competition law analyses—largely focused on indicators such as price, market share, and short-term consumer welfare—data-driven markets reveal that access to, control over, and the ability to exploit data have become decisive factors of market power. This situation may, on the one hand, enhance efficiency, improve service quality, and enable the emergence of new markets; on the other hand, through data concentration and the creation of entry barriers, it may weaken dynamic competition and innovation. This study aims to clarify the dual role of big data in fostering innovation while simultaneously generating competitive risks, and to demonstrate how data-driven capacities can be leveraged to promote competition on the merits without leading to structural market foreclosure.

Methods

This research adopts a descriptive-analytical approach grounded in comparative study. Theoretical frameworks of competition economics related to innovation, network effects, economies of scale and scope, and the role of data as an essential input are first examined. These foundations are then analyzed in light of legal instruments, enforcement practices, and decisions of competition authorities across different

How to Cite: Rahbari, Ebrahim, Khalili, Reyhaneh, "The Impact of Big Data on Innovation and Dynamic Efficiency in the Competition Process in Digital Markets", Legal Research, Vol. 29, No. 113, 2026, pp:165-184.

DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2025.239462.2877 Received: 12/04/2025-Accepted: 23/11/2025

1. Assistant Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran
2. Ph.D. Candidate, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: r_khalili@sbu.ac.ir

Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

jurisdictions. The study of merger cases and anticompetitive conduct in digital markets, together with policy reports and economic research, provides an empirical basis for assessing the effects of data concentration on the structure of the relevant market. The methodology is qualitative and document-based, seeking to integrate legal and economic analysis in order to present a coherent account of the competitive functions of data and the regulatory challenges it entails.

Results and Discussions

The findings indicate that big data performs a dual function in digital markets. From a positive perspective, broad access to data enables service personalization, reduces information asymmetries, enhances productivity, and accelerates research and development processes. This dynamic facilitates both incremental and disruptive innovations, the creation of new business models, and improvements in consumer welfare. Data aggregation can also lower transaction costs and, through predictive analytics, enhance allocative efficiency. However, data concentration in the hands of large firms may generate cumulative advantages that competitors find difficult to replicate. Strong network effects, user lock-in, and exclusive access to behavioral data allow dominant firms not only to consolidate their market position but also to discourage the entry of potential innovators. Under such conditions, competition may be weakened—and long-term innovation harmed—even in the absence of price increases. In the context of mergers, the results reveal similarly mixed effects. Data-driven horizontal mergers between large platforms and smaller innovative firms have, in some cases, eliminated potential competition and reduced technological diversity, whereas certain vertical mergers have created efficiency gains by integrating data infrastructures and lowering development costs. The key factor distinguishing these outcomes is the extent to which rivals retain access to critical data and whether dynamic competition can emerge post-merger. The study further shows that one of the most significant barriers to innovation in these markets is the rise in entry and R&D costs resulting from lack of access to essential data. New entrants face substantial financial and temporal burdens in acquiring competitive datasets, increasing innovation risk and constraining technological investment. Consequently, data concentration may gradually shift the innovation ecosystem in favor of entrenched incumbents.

Conclusion

Overall, this research demonstrates that big data is neither inherently harmful to competition nor automatically conducive to innovation; its effects depend on how data is concentrated, controlled, and competitively utilized within market structures. While it can drive efficiency and service development, it may also reinforce scale advantages and create entry barriers that weaken dynamic competition. Safeguarding innovation therefore does not require direct, interventionist market engineering, but rather a competition policy focused on preserving the conditions for technological rivalry, preventing exclusionary conduct, and assessing the competitive use of data through analytical lenses such as innovation costs. In the context of Iranian law, moving beyond traditional approaches and reinterpreting existing legal tools in light of the realities of the data-driven digital economy is essential to maintaining competitive dynamism in digital markets.

Keywords: Digital Markets, Competition Law, Big Data, Innovation, Innovation Cost Theory.

فصلنامه تحقیقات حقوقی
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

مقاله علمی-پژوهشی

ارزیابی حقوقی تأثیر کلان‌داده‌ها بر نوآوری و کارایی پویا در فرایند رقابت در بازارهای دیجیتال

ابراهیم رهبری[۱]، ریحانه خلیلی[۲]

نکات برجسته

- بهره‌گیری از کلان داده‌ها، بسته به رویه‌ها و شیوه‌های بهره‌گیری به افزایش یا کاهش فرصت‌های نوآوری در بازارهای دیجیتال می انجامد.
- دخالت مستقیم برای حفظ نوآوری در بازار به مصلحت نیست و مراجع رقابتی با حفظ فضای رقابت و مقابله با رفتارهای محدودکننده می‌توانند به حفظ رقابت نوآورانه کمک کنند.
- بهره‌گیری از نظریه‌هایی چون نظریه «هزینه‌های نوآوری» در بررسی‌های رقابتی، می‌تواند تضمین‌گر کارآیی پویا در بازارهای داده محور باشد.

چکیده

نوآوری یکی از مهم‌ترین عوامل اثرگذار بر ابعاد رقابت در بازارهای دیجیتال است که در مقایسه با بازارهای سنتی، نقش‌برجسته‌تری را برعهده دارد. کلان‌داده نیز به‌عنوان یکی از مؤلفه‌های مهم رقابت، از یک سو سبب افزایش کارایی در بازارهای دیجیتال شده و ازسوی دیگر گاه این بازارها را به‌سمت تنزل سطح رقابت سوق داده و بنگاه‌های جدید و نوآور را با چالش‌هایی مواجه ساخته است. این مقاله در رویکردی توصیفی-تحلیلی و با تأمل در موازین و انگاره‌های نظام‌های حقوق رقابت پیشرو، به تأثیر استفاده از کلان‌داده‌ها روی نوآوری در فضای رقابت دیجیتال می‌پردازد و در ادامه راهکارهای حفظ نوآوری در رقابت بازارهای مبتنی‌بر کلان‌داده و مزایا و معایب آنها را بررسی می‌کند. این نوشتار نشان می‌دهد که دخالت مستقیم برای حفظ نوآوری در بازار به مصلحت نیست و مراجع رقابتی با حفظ فضای رقابت و مقابله با رفتارهای محدودکننده رقبا حول کلان‌داده و در پرتو دیدگاه‌های نوینی، همچون نظریه «هزینه‌های نوآوری» می‌توانند به ارتقای سطح نوآوری در بازارهای دیجیتال کمک نمایند. اگرچه حقوق ایران در ابتدای مسیر مواجهه با مسائل رقابتی کلان‌داده و مقوله نوآوری است، استفاده روزافزون از ظرفیت‌های هوش مصنوعی و کلان‌داده نیازمند اتخاذ تدابیری است که متناسب و همسو با وضعیت نوآورانه و فناورانه بازار دیجیتال ایران باشد که در عین بسترسازی برای بهره‌گیری از قابلیت‌های کلان‌داده که معمولاً در اختیار پلتفرم‌های بزرگ است، فرصت ورود به بازار و توسعه فعالیت برای سایر رقبای بالقوه و بالفعل کوچک‌تر که با تکیه‌بر نوآوری می‌توانند جایگاه رقابتی درخوری پیدا کنند، سلب نگردد.

کلید واژگان: بازارهای دیجیتال، حقوق رقابت، کلان‌داده، نوآوری، نظریه هزینه‌های نوآوری.

استناد به این مقاله: رهبری، ابراهیم، خلیلی، ریحانه، «ارزیابی حقوقی تأثیر کلان‌داده‌ها بر نوآوری و کارایی پویا در فرایند رقابت در بازارهای دیجیتال»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۳، فروردین ۱۴۰۵، صص: ۱۶۵-۱۸۴.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۱/۲۳ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۹/۰۲ DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2025.239462.2877

۱. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
۲. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: r_khalili@sbu.ac.ir

Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

مقدمه

کلان‌داده‌ها در فضای تجارت دیجیتال، به جزء جدایی‌ناپذیر این عرصه تبدیل شده‌اند. بهره‌گیری از این پدیده فرصت‌های توسعه شگرفی را ایجاد و مشاغل را به بهره‌گیری دائمی از آن ترغیب کرده است. اصطلاح کلان‌داده به مقادیر زیادی از انواع مختلف داده اشاره دارد که با سرعت بالا و به‌وسیله تعداد زیادی از منابع مختلف تولید می‌شوند. مؤلفه‌هایی چون حجم زیاد، سرعت ایجاد بالا، منابع و مدل‌های متنوع داده، ملاک شناخت و تمایز کلان‌داده‌ها از دیگر مجموعه‌های داده محسوب می‌شود.[1] مدیریت کلان‌داده‌های امروزی باتوجه‌به رشد روزافزونی که دارند، نیازمند ابزارها و روش‌های جدیدی مانند پردازنده‌های قدرتمند، نرم‌افزارها و الگوریتم‌ها است. این ابزارها فراتر از ابزارهای سنتی داده‌کاوی‌اند که برای مدیریت مجموعه‌های داده با تنوع کم، مقیاس کوچک و اغلب به‌صورت دستی طراحی شده‌اند.[2]

از طرفی دیگر، منظور از نوآوری، استفاده از ابتکار و ابداعات در افزایش کیفیت یا ایجاد محصولات یا ارائه خدمات جدید است. در انقلاب فناوری که اکنون در فضای دیجیتال رخ داده است، سرعت نوآوری بسیار فزاینده بوده و هر روز ابداعی جدید یا شیوه‌ای نو در ارائه خدمات دیجیتال را شاهد هستیم. در بازارهای کنونی، نوآوری به یک نیاز راهبردی تجاری تبدیل شده است. ازسوی دیگر، از منظر رقابتی، عناصری چون نوآوری، ایجاد و مدیریت مؤثر دانش و توسعه قابلیت‌های فناوری، مزیت رقابتی پایدار را افزایش می‌دهد و می‌تواند موقعیت برتر بازار را برای بنگاه به ارمغان بیاورد. در بازارهای دیجیتال که مبتنی‌بر نوآوری و رشد فناوری است، این مؤلفه ارزش مضاعفی پیدا می‌کند؛ لذا می‌توان قدرت یک بنگاه اقتصادی را در ظرفیت توسعه و خلاقیت آن جست‌وجو نمود.[3]

کلان‌داده‌ها با مزایای انحصاری که برای شرکت‌ها به‌دنبال می‌آورند می‌توانند رقابت را در بازار محدود سازند و امکان بروز نوآوری را کاهش دهند. این مقاله ابتدا رویه‌های ضدرقابتی مبتنی‌بر کلان‌داده‌ها تحلیل شده و سپس اهمیت نوآوری را از منظر حقوق رقابت بررسی نموده و در ادامه آسیب‌هایی که به‌واسطه کلان‌داده‌ها بر نوآوری بازار پدید می‌آید را تحلیل می‌کند. در انتها راهکارهای ارائه شده و چالش‌های حمایت از نوآوری را تبیین می‌نماید.

۱. کلان‌داده‌ها و رقابت در بازارهای دیجیتال

کلان‌داده‌ها با کاهش عدم تقارن اطلاعاتی، افزایش شفافیت و تسهیل تصمیم‌گیری اقتصادی، می‌توانند به تقویت رقابت در بازارهای دیجیتال منجر شوند. دسترسی گسترده و منصفانه به داده‌ها، ورود بنگاه‌های جدید را تسهیل، و از تمرکز قدرت در دست معدودی از بازیگران جلوگیری می‌کند. در چنین شرایطی، کلان‌داده‌ها می‌توانند موجب ارتقای کارایی بازار، افزایش تنوع خدمات و بهبود رفاه مصرف‌کنندگان شوند. باوجود این، رویه‌هایی که بنگاه‌ها در مواجهه با این پدیده اتخاذ می‌کنند، می‌تواند به عاملی برای ایجاد انحصار و استثمار کاربران منجر شود. در ادامه برخی از رویه‌های ضدرقابتی مبتنی‌بر کلان‌داده‌ها و ضمانت اجراهای حقوقی آن در حقوق ایران بررسی می‌شود.

---

1. Laney, D. "3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity and Variety", *META Group Research*, Volume 949, 2001, P 1.
2. European Commission. "Towards a Thriving Data-Driven Economy", *COM/2014/0442 final*, 2014, P 4.
3. Kopanakis, I; Vassakis, K. and Mastorakis, G. "Big Data in Data-Driven Innovation: The Impact in Enterprises' Performance", *Conference*: 11th Management of Innovative Business, Education & Support systems International Conference, 2016, P 257.

۱.۱. رویه‌های ضدرقابتی مبتنی بر کلان‌داده‌ها

گسترش بازارهای دیجیتال ساختار رقابت سنتی را دگرگون کرده و داده را به نهاده‌ای حیاتی برای ایجاد ارزش و مزیت رقابتی بدل ساخته است. دسترسی شرکت‌ها به کلان‌داده‌ها اکنون عامل تعیین‌کننده قدرت بازاری است و تمرکز داده در اختیار تعداد محدودی از بنگاه‌ها می‌تواند به شکل‌گیری موقعیت مسلط، ایجاد موانع ورود و بروز رفتارهای ضدرقابتی منجر شود. بهره‌گیری از داده‌ها به طرق مختلف می‌تواند با رویه‌های ضدرقابتی همراه باشد.

الف) شفافیت اطلاعاتی و دسترسی آسان به داده‌های معاملاتی رقبا، اگرچه می‌تواند رقابت و انتخاب مصرف‌کننده را افزایش دهد، هم‌زمان، امکان هماهنگی و توافق میان رقبا در کدگذاری، اعلام موضوعات مورد توافق و هماهنگی رفتارهای تجاری را تسهیل می‌کند. دسترسی به داده‌ها تشخیص انحراف از توافقات را ساده‌تر ساخته و در نتیجه می‌تواند ثبات تبانی را افزایش دهد.[۱] همچنین استفاده هم‌زمان ارائه‌دهندگان از داده‌های مشابه برای تصمیم‌گیری‌های تجاری می‌تواند به یکنواختی قیمت‌گذاری و راهبردها منجر شود. الگوریتم‌های خودکار که بدون دخالت انسانی به‌دنبال حداکثر سودند، با پردازش لحظه‌ای داده‌های رقبا، زمینه ایجاد تبانی ضمنی را فراهم می‌آورند.[۲]

ب) بهره‌گیری از داده‌ها، رقابت در بازارهای دیجیتال را عمدتاً پیرامون دسترسی انحصاری به کلان‌داده‌ها متمرکز می‌کند. شرکت‌های مسلط با استفاده از قراردادهای انحصاری و امتناع از ارائه دسترسی به رقبا یا کاربران تجاری، مانع تأمین نهاده‌های لازم برای ارائه خدمات رقبا شده و در نتیجه امکان رقابت را محدود و رقبا را از بازار حذف می‌کنند. همچنین با جمع و بهره‌گیری بیش از حد داده‌های کاربران، به استثمار ایشان می‌پردازند. در ادامه، اطلاعات عظیمی که از داده‌های کاربران به‌دست می‌آید، امکان ایجاد سوءاستفاده‌هایی چون قیمت‌گذاری شخصی، اعمال رویه‌های غیرمنصفانه و بهره‌برداری از آسیب‌پذیری‌های کاربران فراهم می‌شود. ازسوی دیگر پلتفرم‌هایی که در بازارهای خود فعالیت می‌نمایند، به‌سادگی می‌تواند از داده‌های رقبای ثانویه خود در جهت ایجاد مزیت رقابتی برای خود و ورود آسیب به ایشان و درنتیجه حذف ایشان از رقابت در بازار استفاده‌کنند.[۳]

ج) امروزه داده‌ها به‌عنوان شاخص رقابتی عملکرد شناخته شده‌اند. ادغام میان شرکت‌های داده‌محور، به‌ویژه زمانی که یکی از طرفین از دسترسی انحصاری به حجم عظیمی از داده‌های کاربران برخوردار است، می‌تواند به ایجاد تمرکز شدید اطلاعاتی و در نتیجه تضعیف رقابت منجر شود. در این نوع ادغام‌ها، داده به‌عنوان نهاده ضروری بازار، موجب ایجاد مزیت رقابتی غیرقابل‌دسترس برای سایر رقبا می‌شود و خطر «تملکات کشنده»[۴] را افزایش می‌دهد؛ به این معنا که شرکت‌های مسلط، بنگاه‌های کوچک‌تر و نوآور را فقط به‌منظور حذف تهدیدات بالقوه خریداری می‌کنند.[۵]

۱.۲. ضمانت اجراهای قانونی در حقوق رقابت داخلی

در حقوق رقابت ایران، تبانی ضمنی و رفتارهای موازی با ابهامات قابل‌توجهی همراه است و شناخت دقیقی از آن وجود ندارد. برخی حقوق‌دانان، عبارت «هرگونه تفاهم» در ماده ۴۴ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی را

---

1. Autorité de la Concurrence and Bundeskartellamt, "Competition Law and Data", 2016, P 14.
2. OECD, "Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age", *DAF/COMP*, 2017, Doi: 10.1787/258dcb14-en/, P 31.
3. Charbit, N, Ahmad, S. (eds.). *Frédéric Jenny: Standing Up for Convergence and Relevance in Antitrust – Liber Amicorum,* Volume 1, Paris: Institute of Competition Law, 2019, P 304.
4. Killer Acquisition
5. Bourreau. M, de Streel. A. "Digital Conglomerates and EU Competition Policy, Telecom ParisTech", *CERRE*, 2019, PP 1-35, Doi: 10.2139/ssrn.3350512/, P 21.

مؤید ضدرقابتی بودن تبانی ضمنی دانسته‌اند؛ بااین‌حال، به‌دلیل سکوت قانونی و فقدان رویه قضایی روشن، ابعاد و شرایط این قواعد مشخص نیست و نمی‌توان دیدگاه قطعی نسبت به تبانی ضمنی در بازارهای دیجیتال و سامانه‌های هوشمند ارائه کرد.[1]

ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، رفتارهای سوءاستفاده‌گرایانه شرکت‌ها از موقعیت مسلط را شناسایی و برخی مصادیق مرتبط با داده‌ها، از جمله قیمت‌گذاری شخصی، شروط غیرمنصفانه و قراردادهای انحصاری را منع می‌کند. همچنین بند ۷ ماده ۵ سند سیاست‌ها و الزامات کلان حمایت از رقابت و مقابله با انحصار سکوهای فضای مجازی (از این پس سند سیاست‌ها)، رقابت با رقبای ثانویه را تا حدی محدود کرده و استفاده از داده‌های کاربران برای تمایز میان شرکت‌ها را ممنوع می‌سازد. این چارچوب، پایه‌های قانونی لازم برای مقابله با سوءاستفاده از موقعیت مسلط و حفاظت از رقابت را فراهم می‌آورد.

بااین‌حال، قوانین و سند سیاست‌ها پاسخ‌گوی جامع سوءاستفاده از کلان‌داده‌ها نیستند. ابهام در محدوده رفتارهای ممنوعه، فقدان اشاره صریح به بهره‌برداری مغرضانه از داده‌های کاربران و رقبا، و نبود رویه قضایی روشن، موجب شده است که شرکت‌های مسلط بتوانند با استفاده از داده‌ها مزیت رقابتی خود را تقویت و رقبا را از بازار حذف کنند؛ بنابراین، باوجود ضمانت اجراهای قانونی، چارچوب فعلی برای مقابله با چالش‌های نوظهور بازارهای دیجیتال و سوءاستفاده از کلان‌داده‌ها ناکافی است و نیازمند اصلاح و شفاف‌سازی است.

در زمینه ادغام‌ها و تملک‌ها، ماده ۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ و مقررات شورای رقابت، ابزارهایی برای نظارت و محدودسازی ادغام‌های ایجادکننده موقعیت مسلط فراهم می‌کنند. بااین‌حال، قوانین موجود صریحاً به اثرات داده‌ای ادغام‌ها اشاره نکرده و معیارهای ارزیابی تأثیر کلان‌داده در این فرایند روشن نیست. فقدان رویه قضایی مشخص و دستورالعمل‌های عملیاتی، امکان شکل‌گیری مزیت رقابتی ناعادلانه و حذف رقبا از بازار از طریق ادغام‌های مبتنی‌بر داده را بدون مانع قانونی فراهم کرده است.

۲. تأثیر کلان‌داده‌ها روی نوآوری در بازارهای دیجیتال

کلان‌داده‌ها به‌عنوان نهاده‌ای راهبردی در بازارهای دیجیتال، بر الگوهای رقابتی و سازوکارهای نوآوری تأثیر مستقیم دارد. نحوه بهره‌گیری از این پدیده می‌تواند عاملی برای تقویت رقابت و ارتقای نوآوری باشد یا بالعکس، موجب زوال آنها در بازار گردد. در ادامه، مفهوم نوآوری و جایگاه آن در حقوق رقابت، تأثیرات مثبت و منفی کلان‌داده‌ها بر فرایند نوآوری، و در نهایت ضمانت اجراها و راهبردهای حقوق رقابت در جهت کاهش آسیب‌های ناشی از آن بررسی می‌شود.

۲.۱. اهمیت نوآوری در حقوق رقابت

اصلی‌ترین اهداف اقتصادی حقوق رقابت را می‌توان تحقق کارایی اقتصادی و تأمین رفاه مصرف‌کننده دانست. کارایی اقتصادی به‌معنای استفاده بهینه و تخصیص منابع از طریق بازارهاست. به‌نحوی‌که رفاه اجتماعی را به حداکثر برساند. نوآوری یکی از مهم‌ترین انواع کارایی است و رفاه و ثروت اجتماعی که از ابداع، توسعه و اشاعه محصولات خلاقانه و جدید

[1]. رهبری، ابراهیم، «تبانی قیمتی الگوریتمی: مطالعه تطبیقی در حقوق رقابت آمریکا، اتحادیه اروپا و ایران»، *فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۱۴، شماره ۱، ۱۴۰۲، صص ۲۸۶-۲۸۷.

نشئت می‌گیرد، ذیل عنوان «کارایی پویا» شناخته شده است.[۱]

در قوانین رقابتی بارها بر لزوم حفظ نوآوری در بازار تأکید شده است. برای مثال، مطابق ماده ۱۰۱ معاهده عملکرد اتحادیه اروپا[۲]، توافقات بین شرکت‌ها که توسعه فنی یا سرمایه‌گذاری را محدود کند، ممنوع شده است. یا در ماده ۱۰۲ این قانون سوءاستفاده شرکت‌های مسلط که به کاهش توسعه فنی منجر می‌شود صراحتاً منع شده است. ماده ۲۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی نیز، رفتارهایی را که موجب کاهش ابتکار در جامعه می‌شود ذیل تعریف اخلال در رقابت گنجانده است.

علاوه‌بر قوانین رقابتی، در رویه قضایی ملی و بین‌المللی نیز بارها لزوم حفظ نوآوری، مبنایی برای شناسایی و منع رفتارهای ضدرقابتی شرکت‌ها قرار گرفته است. پرونده‌های متعدد بسیاری در سایر کشورها مطرح شده که رفتارهای بنگاه‌های اقتصادی و یا ادغام طرفین با خطر زوال یا کاهش نوآوری همراه گردیده و موجب شده که مقامات رقابتی به ممنوعیت این رفتارها یا عدم ادغام این شرکت‌ها حکم نمایند.[۳] در این میان می‌توان به پرونده‌های تکدا و شایر در سال ۲۰۱۸[۴]، نیلسون و آربیترون در سال ۲۰۱۶[۵] و ده‌ها پرونده مشابه اشاره نمود که همگی با دغدغه کاهش نوآوری، از ادغام منع شدند.

در ایران نیز اهمیت حفظ نوآوری، در آرای شورای رقابت مشاهده می‌شود. به‌عنوان‌مثال، مطابق رأی شماره ۵۲۲ مورخ ۲۸ آبان ۱۴۰۱، در پی شکایت شرکت آپنا نسبت به قرارداد انحصاری واگذاری طرح‌های پژوهشی وزارت نفت با وزارت علوم، شورای رقابت با ایجاد انحصار مخالفت کرد. در این رأی آمده است: «رویه وزارت نفت، شرکت‌های عضو انجمن شاکی و سایر بنگاه‌های خصوصی در این حوزه را بدون امکان رقابت برابر حذف کرده و با تضعیف انگیزه‌های فعالیت‌های فناورانه، عملاً منجر به کاهش ابتکار و نوآوری در این حوزه بسیار مهم می‌شود؛ ازاین‌رو اخلال جدی در رقابت ایجاد شده است». بر اساس بند ۷ ماده ۴۴ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، شورای رقابت وزارت نفت را موظف به اصلاح شیوه واگذاری طرح‌های پژوهشی نمود.

علاوه‌بر ممنوعیت‌های قانونی، اهمیت نوآوری در حقوق رقابت تا بدان جاست که می‌تواند توجیه‌گر رفتارهای محدودکننده رقابتی باشد. مراجع رقابتی درصورتی‌که پیشرفت نوآوری را در همراهی با وقوع آسیب‌های رقابتی بدانند، از سخت‌گیری بر این محدودیت‌ها می‌کاهند. نمونه بارز این رویه در ادغام‌های افقی قابل رؤیت است. درصورتی‌که طرفین ادغام بتوانند توجیه کنند که این عمل موجب یکپارچه‌سازی فعالیت‌های تحقیق‌وتوسعه گشته و به حذف پروژه‌های تکراری یا موازی می‌انجامد و در نتیجه خطر سرمایه‌گذاری بر نوآوری و هزینه‌ها را کاهش می‌دهد، می‌توانند ادغام را موجه جلوه داده و آثار مخرب آن را خنثی نمایند.[۶]

در حقوق رقابتی نوین، حفظ نوآوری در بازارهای دیجیتال موردتوجه ویژه قرار گرفته است. به‌عنوان نمونه، در آمریکا

---

۱. رهبری، ابراهیم و وحید حسنی، ***حقوق رقابت در عرصه مالکیت های فکری***، جلد ۱، تهران: سمت، ۱۳۹۸، صص ۶۸-۶۹.

2. Treaty on the Functioning of the European Union

۳. رهبری، ابراهیم، «موازین ارزیابی رقابتی ادغام‌های ناظر بر مالکیت های فکری»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۸، شماره ۱، ۱۳۹۷، ص ۶۵.

4. Case M. 8955 Takeda/Shire, 2018.

5. Case No. C-4439, Nielsen Holdings N.V. and Arbitron INC, FTC Decision, 2016.

۶. رهبری، پیشین، ص ۶۴.

«قانون نوآوری و انتخاب آنلاین»[1] رویه‌های ضدرقابتی را ممنوع کرده و در لوایح مانند «قانون بازار برنامه‌های باز»[2] نیز به حفاظت از نوآوری توجه شده است. این قوانین نشان می‌دهند که حمایت از نوآوری محور اصلی سیاست‌گذاری رقابتی در بازارهای دیجیتال است.

در اتحادیه اروپا، قوانین جدیدی همچون «قانون بازارهای دیجیتال»[3] به تصویب رسیده است که به‌طور مفصل و در بخش‌های متعدد، برای حفظ نوآوری در بازار به قاعده‌گذاری پرداخته و در تدوین قواعد خود، حفظ این مؤلفه را به‌عنوان اصل بنیادین مورد توجه قرار داده است.

در حقوق داخلی نیز، بند ۴ ماده ۲ سند سیاست‌ها نیاز به ارتقای نوآوری را در قالب «ارتقای کیفیت و مطلوبیت خدمات ارائه شده به کاربران سکوها» به‌عنوان یکی از اهداف قانونی خود بیان نموده است. ازسوی دیگر، در تعریف رویه‌های ضدرقابتی (ماده ۱ بند ۴) به اقداماتی اشاره نموده که به کاهش مهارت و ابتکار در جامعه منجر می‌شود؛ بنابراین می‌توان دغدغه حفظ نوآوری و رقابت پویا را در تدوین قوانین نوین رقابتی ایران ملاحظه کرد.

۲.۲. رشد نوآوری به‌موجب کلان‌داده‌ها

ورود کلان‌داده‌ها به بازارهای دیجیتال تحولات چشمگیری در کیفیت خدمات، یادگیری ماشینی و بهینه‌سازی فرایندها ایجاد کرده است. با بهره‌گیری از کلان‌داده‌ها، شرکت‌ها به توسعه و قدرت بازاری قابل‌توجهی دست یافته‌اند، به‌گونه‌ای‌که رقابت در این بازارها عمدتاً حول جمع‌آوری و تحلیل داده‌ها شکل گرفته است. سرعت بهبود و توسعه خدمات، درک نگرش کاربران و نوآوری‌های مبتنی بر داده، ازجمله مهم‌ترین مؤلفه‌های رقابت در این بازارها محسوب می‌شوند.[4]

در بازارهای داده‌محور، داده‌ها محور اصلی نوآوری محسوب می‌شوند. در این بازارها، کلان‌داده‌ها موجب ایجاد بازارهای جدید، خدمات نوین و راهبردهای خلاقانه می‌شوند.[5] محققان استدلال می‌کنند که کلان‌داده‌ها قابلیت طراحی و ایجاد زنجیره‌های تأمین نوین را در بازار دارند. به‌طوری‌که در بازارهای فعلی، شرکت‌های بسیاری، تنها به پردازش کلان‌داده‌ها، خریدوفروش آنها و ارائه پیش‌بینی‌های جدید از بازار و خدمات ارائه شده به‌کمک کلان‌داده‌ها مشغول‌اند.[6]

باوجود تأثیر عمیقی که کلان‌داده روی توسعه خدمات و پیشرفت فناوری و پویایی بازارهای دیجیتال گذاشته است، در حیطه رقابتی، چالش‌هایی را رقم زده است که بر قدرت توسعه و سرمایه‌گذاری روی نوآوری ازسوی کسب‌وکارهای دیجیتال تأثیر منفی گذاشته است. در ادامه این چالش‌ها و راهکارهای قابل‌ارائه جهت حفظ فضای رقابتی و توسعه نوآوری بررسی می‌گردد.

---

1. American Choice and Innovation Online Act
2. Open App Markets Act
3. Digital Markets Act (DMA), 2022.
4. Shahid, U. and Sheikh, N. "Impact of Big Data on Innovation, Competitive Advantage, Productivity, and Decision Making: Literature Review", *Open Journal of Business and Management*, 2021, P 591.
5. Cheah, S. and Wang, S. "Big Data-Driven Business Model Innovation by Traditional Industries in the Chinese Economy", *Journal of Chinese Economic and Foreign Trade Studies*, Volume 10, Issue 3, 2017, PP 229-251, Doi: 10.1108/JCEFTS-05-2017-0013/233.
6. Shahid and Sheikh, Op. Cit., P 591.

۲.۳. کلان‌داده عاملی در سرکوب نوآوری

باوجود مزایای کلان‌داده‌ها، برخی محققان هشدار می‌دهند که استفاده از آنها در رقابت می‌تواند نوآوری را محدود یا حذف کند. حضور کلان‌داده‌ها در زنجیره ارزش محصولات، آثار شبکه‌ای ایجاد می‌کند: هرچه کاربران بیشتری جذب شوند، داده‌های بیشتری جمع‌آوری شده و امکان شخصی‌سازی خدمات افزایش می‌یابد. این امر رضایت کاربران را جلب، و آنها را در شبکه پلتفرم قفل می‌کند. با افزایش کاربران، جذابیت پلتفرم برای دیگران نیز بیشتر می‌شود و انگیزه بهبود و ارتقای آن کاهش می‌یابد. همچنین، دسترسی رقبا به حجم گسترده داده‌ها محدود، و توانایی رقابت مؤثر از آنان سلب می‌شود که می‌تواند نوآوری را در بازارهای داده‌محور تضعیف کند.[۱]

ازسوی دیگر، کلان‌داده‌ها با تداوم حضور در زنجیره ارزش، رشد مضاعف شرکت‌ها را تسهیل می‌کنند؛ شرکت‌هایی که به حجم بالایی از داده دسترسی دارند، خدمات باکیفیت‌تری ارائه، و کاربران بیشتری جذب می‌کنند. با افزایش کاربران، هزینه‌های ارائه خدمات در تعداد بیشتری تقسیم می‌شود و دسترسی بیشتر به داده‌ها، کیفیت خدمات را ارتقا می‌دهد. این کاهش هزینه نهایی در کنار افزایش کیفیت، «مزیت مقیاس»[۲] نامیده می‌شود و می‌تواند رقابت را به نفع شرکت‌های برخوردار از داده‌های گسترده و خدمات برتر منحرف سازد.[۳]

علاوه‌بر این، دسترسی یک بنگاه به حجم بالای داده، امکان ورود به بازارهای دیگر داده‌محور را نیز فراهم می‌کند. این شرکت‌ها زیرساخت‌ها، مهارت‌ها و داده‌های لازم برای ارائه خدمات جدید را دارند و می‌توانند پایگاه کاربری خود را در بازارهای ثانویه نیز حفظ کنند. این ویژگی «مزیت دامنه»[۴] نامیده می‌شود و می‌تواند سوددهی شرکت را در بازارهای دیگر تثبیت نموده و با دسترسی به داده‌های منحصربه‌فرد، شکاف قابل‌توجهی در کیفیت خدمات نسبت به رقبا ایجاد نماید.[۵]

باوجودی که آثار شبکه‌ای و مزایای دامنه و مقیاس در نگاه اول می‌تواند به رشد کیفیت خدمات منجر شود، در ادامه، خود به‌جهت حذف قدرت رقابت برای رقبای ضعیف‌تر و تثبیت موقعیت مسلط بنگاه بهره‌مند از کلان‌داده، می‌تواند انگیزه افزایش کیفیت و سرمایه‌گذاری بر روی نوآوری را تقلیل دهد.[۶]

بنابراین، اگرچه استفاده از کلان‌داده‌ها در ابتدا به بهبود کیفیت خدمات و افزایش بهره‌وری منجر می‌شود، تجربه رقابتی نشان می‌دهد که ادامه بهره‌گیری از آنها ممکن است رقابت و کارایی پویا در بازار را کاهش دهد. بااین‌حال، مسئله خود کلان‌داده نیست، بلکه شیوه استفاده از آن توسط بنگاه‌های بزرگ است که می‌تواند نوآوری را محدود کند. در واقع، کلان‌داده‌ها، مشابه دیگر ورودی‌های انحصاری در بازار عمل می‌کنند و بسته به شرایط بازار و نحوه بهره‌برداری، ممکن است آثاری آسیب‌زا داشته‌باشند. در ادامه، برخی از دلایل این اثرات منفی بر نوآوری بررسی می‌شود.

---

1. Sokol. D., Comerford. D. and Roisin E. "Antitrust and Regulating Big Data", *George Mason Law Review 119, University of Florida Levin College of Law*, Research Paper, Volume 23, Issue 5, 2016, P 1143.
2. Economies of Scale
3. Vejtasa, Martin. "Big Data and Competition Law", Master Thesis, *Masaryk University*, Department of Commercial Law, 2019, P 21.
4. Economies of Scope
5. Prüfer, J. and Schottmüller, C. "Competing with Big Data", *Journal of Industrial Economics*, Wiley Blackwell, Volume 69, Issue 4, 2021, P 993.
6. US House Judiciary Subcommittee on Antitrust, "Commercial and Administrative Law, Investigation of Competition in Digital Markets", 2020, P 6.

۲.۳.۱. نابرابری در دسترسی به داده‌ها

از داده‌ها به‌عنوان ورودی ضروری بازارهای دیجیتال نام برده می‌شود. در بسیاری از فناوری‌های داده‌محور، دسترسی به میزان مشخصی از داده‌ها برای راه‌اندازی آن خدمت موردنیاز است. به این ترتیب بسیاری از پلتفرم‌ها به‌دلیل عدم دسترسی به این سطح از داده، امکان ورود به عرصه رقابت در این بازارها را ندارند. همانند مرورگرهایی که باوجود استفاده از ابتکارات متعدد در نتایج خود، به‌جهت قلت یا عدم دسترسی به نتایج کافی، امکان رقابت با مرورگرهای بزرگ‌تر را ندارد.[۱] ازسوی دیگر عملکرد بسیاری از برنامه‌ها از جمله «سامانه‌های توصیه‌گر»[۲] بستگی به حجم کلان‌داده‌هایی دارد که به‌عنوان ورودی سامانه عمل می‌کند. در دسترس بودن داده‌ها پیش‌نیاز کلیدی برای پیاده‌سازی فنی این برنامه‌ها و موفقیت آنهاست. هرچه داده‌های بیشتری در اختیار این سامانه‌ها قرار بگیرد، امکان افزایش کیفیت و بروز ابتکارات در خدمات ارائه شده افزایش می‌یابد؛ بنابراین شرکت‌هایی که از داده‌های کمتری برخوردارند، عملاً قدرت توسعه و ارائه خدمات نوآورانه را در این بازارها از دست می‌دهند. به این ترتیب، بازارهای داده‌محور با تمرکز بر حجم داده‌ها و پردازش عمیقی که از تجربه ماشین‌های یادگیری به‌دست‌آمده، عملاً فرصت عرضه خدمات نوین و نوآورانه را از شرکت‌های جدیدی که به این ورودی دسترسی ندارند، سلب می‌کند.[3]

دسترسی به کلان‌داده می‌تواند به‌خودی‌خود، به افزایش مضاعف حجم داده‌ها منجر شود. (آثار شبکه‌ای مبتنی‌بر داده) در مقوله جمع‌آوری داده‌ها، یک بنگاه تثبیت‌شده در بازار بدون نیاز به انجام اقدام دیگری می‌تواند داده‌های بیشتری کسب کرده، خدمات خود را گسترش و کیفیت آن را افزایش دهد. شکاف عمیق میان حجم داده‌های در دسترس شرکت مسلط و رقبای ضعیف‌تر، به‌جهت برتری غیرقابل‌عبور ایجاد شده، توانایی رقابت را از دیگر رقبا سلب می‌کند. در ادامه نیز معمولاً و احتمالاً شرکت بزرگ‌تر، به‌دنبال نوآوری بیشتر یا به حداکثر رساندن کیفیت برای مصرف‌کننده نخواهد بود.[۴]

همچنین ورود بنگاه‌های بزرگ به بازارهای دیگر (مزیت دامنه) می‌تواند انگیزه حفظ و افزایش کیفیت را نزد شرکت‌های برتر و به‌جهت بروز شکاف رقابتی متأثر سازد؛ زیرا عدم دسترسی دیگر رقبا به داده‌های متنوع از بازارهای متعدد، چنان تمایزی در خدمات و دسترسی‌های رقبای بزرگ‌تر ایجاد می‌کند که می‌تواند به‌طور قابل‌توجهی نوآوری رقبا و ارائه‌دهندگان خدمات بازارهای ثانویه و همچنین قدرت انتخاب برای کاربران نهایی را تضعیف کند. عدم وجود رقابت در بازار در ادامه، شرکت مسلط را از هزینه‌کرد برای نوآوری و حفظ کیفیت خدمات در قبال سود بیشتر بازمی‌دارد.[۵] بند ۵۴ مقدمه قانون بازارهای دیجیتال اتحادیه اروپا، دسترسی منحصربه‌فرد دروازه‌بانان به داده‌ها در بازارهای متعدد را عاملی دانسته است که می‌تواند نوآوری را بهبود بخشد و یا تضعیف نماید.

---

1. Van de Waerdt, P. “From Monocle to Spectacles: Competition for Data and Data Ecosystem Building”, *European Competition Journal*, Volume 19, Issue 2, 2023, P 208.
2. Recommender Systems
3. Fast, V, Schnurr. D. and Wohlfarth, M. “Regulation of Data-Driven Market Power in the Digital Economy: Business Value Creation and Competitive Advantages from Big Data”, *Journal of Information Technology,* Volume 38, 2022, P 205.
4. Sokol, Comerford and Roisin, Op. Cit., P 1141.
5. Condorelli, D. and Padilla, J. “Harnessing Platform Envelopment in the Digital World”, *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 16, Issue 2, 2020, P 50.

۲.۳.۲. ادغام‌های مبتنی‌بر داده و نقش نوآوری در آن

ادغام شرکت‌ها، گرچه اهدافی چون افزایش مزایای مقیاس و دامنه، کاهش هزینه‌ها و ارتقای سرمایه‌گذاری در نوآوری را دنبال می‌کند، می‌تواند به کاهش رقابت و حذف رقبای نوآور منجر شود و بازار را به‌سمت انحصار سوق دهد.[۱] در بازارهای دیجیتال، وقتی شرکت‌های بزرگ با منابع عظیم خود رقبای کوچک‌تر و نوآور را تصاحب می‌کنند، خطر محدود شدن نوآوری وجود دارد. در این میان، ادغام‌های افقی به‌طور ویژه‌ای پرخطرند، شرکت‌های بزرگ بعضاً خرید و تعطیل‌کردن رقبای نوآور را به توسعه محصولات خود ترجیح می‌دهند؛ امری که قابلیت کارایی پویا در بازار را کاهش می‌دهد.[۲]

در بازارهای داده‌محور که نوآوری ویژگی ذاتی این بازارهاست، چنین ادغام‌هایی ممکن است تأثیر چندانی در ساختار بازار نداشته باشد؛ اما حذف قدرت رقابتی شرکت نوآور، می‌تواند بازار را از مسیر اصلی خود منحرف سازد و ظرفیت بالقوه توسعه این بازارها را محدود نماید.[۳] آرای متعددی در جهت حمایت از نوآوری در مقابل ادغام‌های آسیب‌زا صادر شده است؛ مانند پرونده خرید شرکت گیفی[۴] توسط فیس‌بوک[۵]. در این پرونده، مقامات رقابتی انگلستان بیان داشتند که خدمات شرکت گیفی، رقیبی بالقوه برای خدمات تبلیغاتی فیس‌بوک در این کشور بود؛ بنابراین با تملک این شرکت توسط فیس‌بوک نوآوری و رقابت پویا آسیب دیده است.[۶] همچنین در پرونده ادغام ادوبی و فیگما در سال ۲۰۲۲[۷]، استدلال گردید که این ادغام به حذف رقیب نوآور در بازار منجر می‌شود و می‌تواند به سرکوب نوآوری و توسعه بازار پلتفرم‌های طراحی مشارکتی بینجامد؛ لذا به‌دلیل مخالفت‌های مراجع رقابتی انگلستان و آمریکا این ادغام لغو گردید.[۸]

در مقابل، ادغام‌های عمودی اغلب با افزایش نوآوری همراه‌اند؛ زیرا با کاهش چالش‌های قراردادی و هزینه‌ها و افزایش مزایای دامنه کارایی افزایش می‌یابد. بااین‌حال، سوءاستفاده‌های احتمالی از این ادغام‌ها می‌تواند به حذف رقبای نوآور منجر شود؛ همان‌طور که پرونده ادغام گریم و ایلومینا نشان داد؛ مراجع اتحادیه اروپا این ادغام را به‌دلیل تهدید دسترسی رقبای بازار ثانویه به ورودی‌های حیاتی، ممنوع اعلام‌کردند.[۹]

در پرونده ادغام گریم و ایلومینا در سال ۲۰۲۲، شرکت ایلومینا که تنها سازنده دستگاه‌های توالی‌یابی ژنتیکی بود، قصد داشت شرکت گریل را خریداری نماید. شرکت گریل،= در زمینه شناسایی و تشخیص زودهنگام سرطان فعالیت داشت و از برنامه‌های ایلومینا برای توسعه آزمایش‌های خود بهره می‌برد. مرجع رقابتی اتحادیه اروپا پس از ارزیابی موضوع، معامله مذکور را ممنوع اعلام نمود؛ زیرا طی فرایند ادغام عمودی این دو شرکت، ممکن بود دسترسی رقبای ایشان به ورودی‌های ضروری برای توسعه و پیشبرد آزمایش‌هایشان، غیرممکن شده یا حداقل، رقبای خود را در شرایط نامساعد قرار دهد.

---

۱. غفاری فارسانی، بهنام، ***حقوق رقابت و ضمانت اجراهای مدنی آن***، تهران: میزان، ۱۳۹۸، ص ۳۸۳.

2. OECD, "Theories of Harm for Digital Mergers", *DAF/COMP*, 2023, P 14.

۳. رهبری، پیشین.

۴. Giphy: گیفی یک پایگاه داده آنلاین و موتور جست‌وجو است که به کاربران امکان می‌دهد تا فایل‌های GIF (تصاویر متحرک و بی‌صدا) را جست‌وجو کنند و به اشتراک بگذارند.

5. CMA v. Facebook Inc (now Meta Platforms Inc) / Giphy, Inc merger inquiry, 2022.

۶. گفتنی است که این ادغام توسط سازمان فدرال رقابت اتریش تأیید شد.

7. Case M. 11033 – ADOBE / FIGMA, European Commission, 2023/C 282/01, 2023. and CMA Investigation of CMA Panel Members, Anticipated Acquisition of Figma, Inc. By Adobe Inc, 2023.

8. CMA, Anticipated acquisition by Adobe Inc. of Figma, Inc., Cancellation of merger reference, 2023, Available at: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/65817670ed3c34000d3bfb42/Notice_of_cancellation_of_merger_reference.pdf , Last seen: 1403/15/12

9. OECD, "Theories of Harm for Digital Mergers", Op. Cit., P 17.

درحالی‌که شرکت‌های فعال در بازار ثانویه هنوز وارد رقابت نوآورانه برای توسعه و تجاری‌سازی تست‌های تشخیص زودهنگام سرطان نشده بودند و نتایج و آینده بازار نامشخص بود، مرجع یادشده به این نتیجه رسید که درصورت موفقیت‌آمیز بودن این آزمایش‌ها، انقلابی در مبارزه با سرطان ایجاد می‌شود و جان میلیون‌ها نفر را نجات می‌دهد. در نتیجه حفظ رقابت در مرحله حساس نوآوری کنونی را حیاتی می‌سازد؛ لذا این ادغام ممنوع اعلام شد.[1]

درمجموع، ادغام‌ها در بازارهای کلان‌داده می‌توانند مفید باشند؛ زیرا با تجمیع شرکت‌های کوچک، فرصت‌های سرمایه‌گذاری در نوآوری و بهینه‌سازی هزینه‌ها افزایش می‌یابد. شایان ذکر است که اگرچه تملک رقیب کوچک‌تر، بدون اثبات اینکه چنین خریدی احتمالاً رقابت یا نوآوری را به‌طور قابل‌ملاحظه‌ای کاهش دهد، طبق قوانین رقابتی ممنوع نیست و در واقع، وجود چنین خریدهایی مشوق ورود به بازار برای شرکت‌های نوآور محسوب می‌شود.[2] اما در مقررات جدید رقابتی از جمله در ماده ۱۲ قانون بازارهای دیجیتال اتحادیه اروپا تصریح شده است که بنگاه‌های بزرگ و تأثیرگذار در حوزه فناوری که از آنها به‌عنوان «دروازه‌نگهدار»[3] یاد شده است، موظف‌اند هر نوع تملک یا ادغام را از قبل اعلام، و از مراجع رقابتی مجوز دریافت کنند.

ازسوی دیگر، نگرانی‌های مربوط به کاهش کیفیت در ادغام‌های مبتنی‌بر داده، هنوز در هیچ مورد عینی ثابت نشده است. درعین‌حال، در ایالات متحده، زمانی که مقامات ضد انحصار، نوآوری را در تعدادی از ادغام‌های داده‌محور بررسی می‌کردند، بسیاری از طرفین ادغام، افزایش مضاعف کارایی مبتنی بر داده را در دفاع از ادغام‌های صورت‌گرفته ارائه کرده‌اند که غالباً نیز مورد پذیرش قرار گرفته است.[4]

۲.۳.۳. موانع ورود

منظور از موانع ورود، دلایل عینی است که علی‌رغم توانایی و قصد ورود به بازار، امکان رقابت را از رقبای بالقوه سلب می‌کند.[5] موانع ورود می‌تواند فرصت رقابت و عرضه محصولات خلاقانه را از بنگاه‌های نوظهور بگیرد و با تثبیت موقعیت تعداد محدودی از رقبا، به حذف نوآوری از بازار بینجامد. شرکت‌های نوآور انگیزه خود را برای رقابت از دست می‌دهند و شرکت‌های تثبیت‌شده هزینه‌کرد خود را در جهت سرمایه‌گذاری برای نوآوری کاهش می‌دهند. بدین ترتیب موانع ورود به سرکوب نوآوری در بازار منجر می‌شود.[6]

علاوه‌بر این، در بازارهای دیجیتال، به‌جهت ویژگی‌هایی چون آثار شبکه‌ای، تمایل کاربران به استفاده از یک برنامه (تک خانگی) و قفل شدن ایشان، موانع ورود به این بازارها افزایش می‌یابد. ویژگی‌های ذاتی بازارهای داده‌محور، موجب تداعی قاعده «برنده همه‌چیز را از آن خود می‌کند.»[7] می‌شود و این امر، محدودیت بازاری و وجود موانع ورود غیرقابل‌عبوری را

---

1. Case No. M.10188, EC decision, Ilumina/Grail, 2022.
2. Stucke. M. and Grunes. A. "Debunking the Myths Over Big Data and Antitrust, CPI Antitrust Chronicle", *University of Tennessee Legal Studies*, Research Paper, Issue 276, 2015, P 8.
3. Gatekeepers
4. Sokol, Comerford and Roisin, Op. Cit., P 1146.
5. Case T-691/14, Servier SAS and Others v European Commission, Judgment of the General Court (Ninth Chamber, Extended Composition), 2018, Para 321.
6. Kraemer, J. and Schnurr, D. "Big Data and Digital Markets Contestability: Theory of Harm and Data Access Remedies", *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 18, Issue 2, 2022, P 258.
7. Winner Take All Market

منظور از قاعده فوق، این است که زمانی که بنگاهی بتواند مزیت رقابتی به دست آورد، می‌تواند سهم بازاری خود را افزایش دهد. تا حدی که غالب تقاضای بازار را از آن خود نماید.

برای این بازارها در پی دارد.[۱]

ازسوی دیگر، کلان‌داده‌ها را می‌توان دلیل اصلی ایجاد موانع ورود در بازارهای داده‌محور دانست. دسترسی انحصاری به کلان‌داده‌ها به‌عنوان ورودی اصلی برای این بازارها، مانع از فعالیت آزاد شرکت‌های دیگر در بازارهای مبتنی‌بر داده می‌شود. گزارش مشترک مراجع رقابتی آلمان و فرانسه درخصوص حقوق رقابت و داده که در سال ۲۰۱۶ ارائه شد، بیان می‌دارد: «در جایی که دسترسی به حجم یا تنوع زیادی از داده‌ها برای تضمین رقابت در بازار مهم است، اگر شرکت‌کنندگان جدید به‌جهت عدم امکان جمع‌آوری داده‌ها یا خرید دسترسی به داده‌ها قادر به ورود نباشند، گردآوری داده‌ها ممکن است منجر به موانع ورود شود».[۲]

در ادامه وجود موانع ورود، شرکت مسلط می‌تواند بدون نگرانی از کاهش تقاضا، قیمت‌ها را افزایش داده و یا کیفیت خدمات خود را کاهش دهد. بدین ترتیب رفاه مصرف‌کنندگان کاهش می‌یابد و به‌جهت حذف قابلیت رقابت محصولات باکیفیت‌تر، بازار با چالش‌های بزرگی همراه می‌شود. این رویه هرچقدر ادامه یابد، به رکود بیش‌ازپیش نوآوری می‌انجامد. [۳]

۲.۳.۴. رفتارهای ضدرقابتی

به‌طورکلی، هنگامی که رقابت در بازار آسیب ببیند، فرصت توسعه و نوآوری در بازار با چالش‌های جدی مواجه می‌شود. این لطمات در بازارهای مبتنی‌بر داده به‌دلیل فراگیری و قدرت روزافزون بنگاه‌ها مشهودترند. امروزه در ارزیابی رفتارهای شرکت‌ها به تأثیر این اقدامات بر روی نوآوری توجه ویژه‌ای می‌شود. پیش‌فرض رقابتی بر این امر استوار است که رقابت سالم به توسعه نوآوری و تهدیدهای رقابتی به کاهش نوآوری منجر می‌شود. تبانی‌ها و سوءاستفاده‌هایی که از موقعیت مسلط در بازارهای نوآوری محور صورت می‌گیرد، همچون ارائه تخفیف‌ها، امتناع از معامله، ترجیح خود و معاملات انحصاری می‌تواند به حذف رقبا از بازار و کاهش رقابت نوآورانه منجر شود.[۴]

برای نمونه در سال ۲۰۲۲، سازمان تجارت فدرال آمریکا، آمازون را به‌دلیل استفاده از داده‌های فروشندگان ثالث در پلتفرم خود برای توسعه محصولات رقابتی خود در بازار ثانویه متهم نمود. این سازمان تأکید کرد زمانی که پلتفرم مذکور از داده‌های کاربران تجاری خود برای رقابت نابرابر با ایشان استفاده می‌نماید، نه‌فقط رقابت را تضعیف می‌کند، بلکه با حذف رقابت براساس شایستگی در بازار، به قدرت نوآوری و توسعه کاربران تجاری ثالث آسیب می‌زند.[۵]

در ایران نیز، شورای رقابت در رأی شماره ۴۶۶ مورخ ۱۰ خرداد ۱۴۰۰، ایجاد قرارداد انحصاری سازمان غذا و دارو در استفاده از نرم‌افزار خاصی را موجب بیرون راندن رقبا از تمام فضای جغرافیایی و مجازی بازار دانست و اعطای مجوز انحصاری به یک شرکت خاص را مانع ترویج عوامل انگیزشی توسعه رقابت، نوآوری و خلاقیت در حوزه نرم‌افزارهای تخصصی آزمایشگاهی، درمانی و پزشکی تلقی نمود. لذا حکم به رفع انحصار در این بازار صادر گردید.

---

۱. رهبری، ابراهیم، «تأملی بر رابطه کلان داده‌ها و قدرت بازاری در بازارهای پلتفرمی از منظر تحولات نوین حقوق رقابت»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۵۳، شماره ۲، ۱۴۰۲، صص ۲۰۷-۲۰۸.

2. Autorité de la Concurrence and Bundeskartellamt, "Competition Law and Data", 2016, P 11.

3. CMA, "A new pro-competition regime for digital markets Advice of the Digital Markets Taskforce", 2020, P 19.

4. OECD, "Competition and Innovation - The Role of Innovation in Enforcement Cases", *DAF/COMP 12*, 2023, P 18.

5. Case 2:23-cv-01495-JHC, Federal Trade Commission v. Amazon.com, Inc., Federal Court, 2022.

۲.۴. حمایت از نوآوری در مقابل آسیب‌های رقابتی کلان‌داده‌ها

به‌عنوان یک اصل اولیه باید گفت رفتارهای ناعادلانه و عدم رقابت‌پذیری در بازارها منجر به بروز ناکارآمدی در بازارهای دیجیتال از نظر قیمت بالاتر، کیفیت پایین‌تر، قدرت انتخاب و نوآوری کمتر و نهایتاً به ضرر مصرف‌کنندگان می‌شود.[۱] لذا با اعمال قواعد مربوط به جلوگیری از رفتارهای مخل رقابت و ایجاد زمینه رقابت در بازارها می‌توان توسعه نوآوری را در این بازارها تضمین کرد و غالب محدودیت‌های قانونی روی رفتارهای مخل رقابت را تضمین‌کننده قابلیت رشد نوآوری در بازار دانست.

قانون بازارهای دیجیتال اتحادیه اروپا در چندین بخش، به افزایش نوآوری در این بازارها تأکید دارد و موانع رشد نوآوری را محدود می‌کند. بند ۵۴ مقدمه، اشتراک‌گذاری داده‌ها را به‌عنوان راهکاری برای کاهش موانع ورود و تقویت نوآوری معرفی می‌کند. همچنین ارائه رابط‌های برنامه‌نویسی باکیفیت، تسهیل جابه‌جایی کاربران، امکان چند خانه‌سازی و دسترسی کنترل‌شده کاربران به داده‌ها توسط بنگاه‌های دروازه‌نگهدار، موجب افزایش قدرت انتخاب کاربران و انگیزه بنگاه‌ها و کاربران تجاری برای نوآوری می‌شود. در بازارهایی که مزیت دامنه باعث ورود بنگاه‌های دروازه‌نگهدار به بازارهای ثانویه شده، قانون از قابلیت همکاری عمودی برای رفع چالش‌های سرکوب نوآوری بهره می‌گیرد.

نظام رقابت آمریکا نیز در قواعد نوین خود، رفتارهای آسیب‌زا بر رقابت پویا و نوآوری را شناسایی و ممنوع نموده است. لایحه قانونی نوآوری و انتخاب آنلاین از رویه‌هایی چون عدم دسترسی کاربر به داده‌های خود، عدم همکاری در بازارهای ثانویه و اعمال تبعیض میان کاربران تجاری به‌عنوان عواملی که رقابت و نوآوری را در بازارهای دیجیتال محدود می‌کنند، نام برده و آنها را ممنوع دانسته است.

در ایران، قانون‌گذار داخلی به‌طور ضمنی کیفیت و نوآوری را به‌عنوان یکی از مؤلفه‌های رقابتی موردتوجه قرار داده است. برای مثال، ماده ۴ سند سیاست‌ها، محدودسازی کاربران سکوهای رقیب و ایجاد مغایرت فنی برای کاربرد هم‌زمان سکوها را از سوی ارائه‌دهندگان خدمات ممنوع نموده تا با ترویج فضای چندخانگی، امکان رقابت پویا را فراهم سازد. درعین‌حال امکان انتقال داده‌ها به درخواست کاربران در قالبی استاندارد را به‌منظور حفظ فضای رقابتی الزامی نموده است.

در رویه رقابتی، اخیراً مراجع رقابتی کشورها در پرونده‌های خود، به مقایسه وضعیت نوآوری قبل و بعد از رفتارهای حساسیت‌زای شرکت‌ها پرداخته‌اند. برای مثال، در ادغام شرکت دوپونت و دوو[۲] در سال ۲۰۱۷، کمیسیون اروپا ابتدا آثار عدم ادغام را روی نوآوری یکایک فعالان بازار بررسی کرد و سپس تأثیر ادغام بر تحقیق‌وتوسعه محصولات را موردتوجه قرارداد. در ادامه کمیسیون دریافت که ادغام احتمالاً تأثیر فوری بر تلاش‌های نوآوری موجود طرف‌ها و تأثیر بلندمدت بر انگیزه شرکت‌های ادغام‌شده برای توسعه محصولات جدید خواهد داشت، درعین‌حال منجر به کاهش میزان قابل‌توجهی از رقابت مؤثر بر روی نوآوری می‌گردد.[۳] در پرونده مشابه بایر و مونسانتو در سال ۲۰۱۸ که دو شرکت پیشرو و نوآور قصد ادغام و بهینه‌سازی هزینه‌های تحقیق‌وتوسعه خود را داشتند، کمیسیون این سؤال را مطرح کرد که آیا نوآوران دیگری نیز در این بازار حضور داشتند یا خیر و اینکه ابعاد نوآوری هر شرکت پیش از ادغام تا چه اندازه بود.[۴] این رویکرد که به‌عنوان «هزینه‌های نوآوری»[۵] موردتوجه قرار گرفته، شیوه‌ای نوین در رویه مقامات رقابتی محسوب می‌شود. منظور

---

۱. مقدمه قانون بازارهای دیجیتال، بند ۱.

2. Dow/Dupont
3. Case No. M.7932, EC decision, Merger of Dow/Dupont, 2017.
4. Case No. AT.8084, EC decision, Bayer / Monsanto, 2018.
5. Innovation Costs

از هزینه‌های نوآوری، ناتوانی در توسعه به شیوه‌ای آسان یا در کوتاه‌مدت (به‌عنوان یک متغیر در تولید محصولات) نیست، بلکه پیامدهایی است که از رفتارهای بنگاه‌ها بر قابلیت نوآوری بار می‌شود. این پیامدها می‌تواند شامل حذف سرمایه‌گذاری بر نوآوری، افزایش زمان یا هزینه مضاعف در توسعه و کاهش قابلیت‌های توسعه باشد. [۱]

در بازارهای دیجیتال، نوآوری نقشی اساسی و برجسته‌تر از بازارهای سنتی دارد و بسیاری از محققان، رقابت اصلی این بازارها را رقابت بر سر نوآوری می‌دانند. کاهش نوآوری و رقابت پویا، بزرگ‌ترین تهدید برای رقابت دیجیتال محسوب می‌شود؛ بنابراین نظریاتی مانند «هزینه‌های نوآوری» اهمیت می‌یابد و مراجع رقابتی در پرونده‌های بازار دیجیتال، ارزیابی این هزینه‌ها را مدنظر قرار می‌دهند. بااین‌حال، اندازه‌گیری نوآوری در رفتارهای فعالان بازار دشوار است؛ زیرا شامل توسعه ابزار و محصولات، افزایش کارایی، تولید محصولات جدید، ارائه خدمات گسترده‌تر و بهبود کیفی محصولات از طریق تحقیق‌وتوسعه است که همانند قیمت‌ها قابل‌سنجش نیست.[۲]

ازسوی دیگر راهکارهایی چون ایجاد قابلیت همکاری برای پلتفرم‌های بزرگ توجه بسیاری از قانون‌گذاران را به خود جلب کرده است. مطابق این راهکار شرکت‌های بزرگ (دروازه نگهدار) مکلف‌اند فرصت همکاری و ایجاد ارتباط میان‌برنامه‌های خود و دیگر برنامه‌ها را فراهم نمایند. این امر با استانداردسازی برخی از عملکردها و یا رابط‌های استاندارد شده، اشتراک‌گذاری داده‌های ضروری و همچنین ایجاد یک نقطه دسترسی واحد به چندین برنامه مکمل صورت می‌گیرد.[۳]

قابلیت همکاری می‌تواند به افزایش امکان چندخانه‌سازی، توانایی عرضه محصولات نوآورانه و افزایش سرعت توسعه، دسترسی به مزایای دامنه و مقیاس برای سایر رقبا، کاهش موانع ورود و افزایش انتخاب مصرف‌کنندگان بینجامد. بااین‌حال باید کاهش انگیزه بنگاه‌های مسلط از هزینه‌کرد در جمع‌آوری داده‌ها و نوآوری را نیز از پیامدهای این قاعده دانست. دسترسی به زیرساخت‌ها و داده‌های شرکت‌های مذکور عملاً رقابت را از این بخش‌ها حذف می‌کند که در ادامه آثار منفی آشکاری را برای مصرف‌کنندگان به‌دنبال خواهد داشت.[۴]

۲.۵. چالش‌های حمایت از نوآوری در مواجهه با کلان‌داده‌ها

بازارهای دیجیتال با سرعت رشد و نوآوری خود، از بازارهای سنتی متمایز می‌شوند و تحولات فناوری با سرعت بالا جزو ویژگی‌های این بازارهاست. اگرچه رفاه مصرف‌کنندگان در دهه‌های اخیر به‌طور چشمگیری افزایش یافته، حمایت کافی از نوآوری هنوز شکل نگرفته است. در قواعد رقابتی کنونی، تمرکز بیشتر بر معیارهای کمی و قیمت‌هاست و شاخص کیفی مشخصی وجود ندارد. ازسوی دیگر، نگرانی‌هایی درباره دخالت بیش از حد دولت‌ها درصورت اعمال معیارهای کیفی و تحلیل نوآوری مطرح است؛ بنابراین بحث ادامه دارد که آیا ابزارهای رقابتی جدید باید توسعه یابند یا ابعاد غیرسنتی رقابت باید به خود بازار واگذار شود.[۵]

همچنین برآورد انگیزه آتی بنگاه‌ها بر روی نوآوری امری بسیار دشوار است. وجود رقبا در بازار به‌معنای وجود ابتکار در بازار نیست. بسیاری از شرکت‌ها هیچ‌گونه رشد یا نوآوری در محصولات خود ندارند و پیش‌بینی رقبای بالقوه نیز در سایر

---

1. OECD, "Theories of Harm for Digital Mergers", op.cit, p.32.
2. Jung, N. and Sinclair, E. "Innovation Theories of Harm in Merger Control", *European Competition Law Review*, Volume 40, Issue 6, 2019, P 271.
3. Bourreau, M. and Krämer, J. and Buiten, M. "Interoperability In: Digital Markets", *CERRE, Report*, 2022, P 13.
4. Fletcher, A. "Digital Competition Policy: Are Ecosystems Different? Hearing on Competition Economics of Digital Ecosystems", *OECD Competition Committee*, 2020, P 44.
5. OECD, "Big Data: Bringing Competition Policy to The Digital Era", *DAF/COMP*, 2016, P 4.

بازارها آسان نخواهد بود. علاوه‌بر این، در بازارهای نوآورانه که به‌طور مداوم شاهد ایجاد «نوآوری‌های مخرب»[1] هستیم، اطلاعات فعلی بازارها، نمی‌توان دربردارنده منابع و انگیزه‌های نوآوری در رقابت آینده باشد و سهم بازاری و سطوح تمرکز در این بازارها، فشار رقابتی که از نوآوری ناشی می‌شود را پوشش نمی‌دهد.[2]

بازارهای مبتنی‌بر نوآوری به‌طور فزاینده‌ای چالش‌ها و سؤالات جدیدی را برای مقامات رقابت مطرح می‌سازد. اجرای قواعد رقابتی باید متعادل و متناسب باشد. اجرای بیش از حد، آزادی بنگاه‌ها و انگیزه نوآوری را کاهش می‌دهد. فعالان بازار، میزان نظارت مراجع رقابتی را در ارزیابی خطرات سرمایه‌گذاری می‌سنجند. ازسوی دیگر دخالت شدید از نوآوری‌هایی که می‌تواند بر رفاه مصرف‌کننده تأثیر مثبت بگذارد، جلوگیری می‌کند. درعین‌حال، اجرای ناکافی می‌تواند منجر به بازارهای متمرکزتر شود که به نوبه خود بر رفاه مصرف‌کننده و انگیزه‌های نوآوری در بلندمدت تأثیر منفی می‌گذارد.[3]

نتیجه‌گیری

نوآوری مؤلفه اصلی رقابت در بازارهای دیجیتال است و استفاده از کلان‌داده‌ها تحولات چشمگیری در فرایند فروش محصولات و خدمات ایجاد کرده است. این پدیده رشد ماشین‌های یادگیری، بهبود کیفیت خدمات، افزایش بهره‌وری، توسعه منابع، جهش فناوری و ارتقای رفاه عمومی را به‌همراه داشته است. بااین‌حال، ویژگی‌های ذاتی بازارهای دیجیتال و شیوه‌های رقابتی جدید، گاهی توان نوآوری را محدود می‌کنند و نیازمند توجه قانون‌گذاران و هماهنگی سیاست‌های رقابتی‌اند.

باوجود اهمیت حمایت از نوآوری، نمی‌توان بنگاه‌ها را مجبور به نوآوری کرد؛ دخالت مستقیم مقامات رقابتی می‌تواند آزادی عمل شرکت‌ها را محدود و انگیزه رقابت را کاهش دهد و بازار را مختل سازد. ازاین‌رو، تنها حمایت از نوآوری در مقابل رفتارهای مخل رقابت قابل‌توجیه است. مقامات رقابتی می‌توانند با کاهش موانع ورود و الزام به همکاری‌های قانونی، فرصت رشد فناورانه را برای بازار فراهم کنند، به‌گونه‌ای که خود بازار نوآوری را برای سوددهی و توسعه انتخاب کند. هرگونه دخالت اضافی می‌تواند به بدنه رقابت آسیب برساند؛ بنابراین، ایجاد شرایط رقابت امن و مؤثر به‌خودی‌خود می‌تواند نوآوری را به‌عنوان یکی از اهداف اصلی بازارهای دیجیتال محقق سازد.

قانون‌گذار داخلی حفظ نوآوری را در گرو حفظ فضای رقابتی در بازار دانسته و با ممنوعیت رفتارهای ضدرقابتی به حمایت از این مؤلفه بازاری پرداخته است. باوجود این، راهکارهای تفصیلی برای مواجهه با موضوع در حقوق ایران ملاحظه نمی‌شود. حقوق رقابت اتحادیه اروپا به تعیین راهکارهای متنوع‌تری در جهت ایجاد قابلیت‌های بهبود نوآوری پرداخته است. باوجود چالش‌ها و ایرادات متعددی که بر راهکارهای قواعد اروپایی وارد شده، به‌سبب توجه به زیرساخت‌های نوآوری و ایجاد فضای مستعد توسعه، می‌توان به توجه بیشتر و کامل‌تر این قواعد بر نوآوری در بازار پی برد و از راهکارهای آن برای ارتقای سطح حقوق رقابت حول کلان‌داده‌ها در ایران بهره گرفت.

باتوجه‌به رشد روزافزون پلتفرم‌ها و شبکه‌های داخلی و نیاز به پیشرفت فناوری در این بازارها، حمایت قانون‌گذار راهکاری بر تقویت توانایی توسعه و رشد نوآوری در این بازارهاست؛ لذا قواعد رقابتی کنونی داخلی نیازمند تنظیم حمایت‌های قوی‌تر و جامع‌تر در حفظ نوآوری بازارهای دیجیتال است. ازسوی دیگر، علاوه‌بر قواعد رقابتی، ایجاد فرصت رقابت، فراهم‌سازی زیرساخت‌ها و تقویت روابط بین‌المللی می‌تواند فرصت توسعه را برای شرکت‌های نوآور فراهم سازد.

---

1. Disruptive Innovation

نوآوری مخرب به ابتکاراتی اشاره دارد که نظم بازاری را برهم زده و با تغییر در زنجیره ارزش، موازنه شرکت‌ها در بازار را تغییر می‌دهد.

2. OECD, "Competition and Innovation", Op. Cit., P 22.

3. Ibid, P 5.

منابع

کتاب

۱. رهبری، ابراهیم و وحید حسنی، ***حقوق رقابت در عرصه مالکیت‌های فکری***، جلد ۱، تهران: سمت، ۱۳۹۸.

۲. غفاری فارسانی، بهنام، ***حقوق رقابت و ضمانت اجراهای مدنی آن***، تهران: میزان، ۱۳۹۸.

مقاله

۳. رهبری، ابراهیم، «تأملی بر رابطه کلان داده‌ها و قدرت بازاری در بازارهای پلتفرمی از منظر تحولات نوین حقوق رقابت»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۵۳، شماره ۲، ۱۴۰۲، صص ۲۰۵-۲۲۸. Doi: 10.22059/jlq.2023.347799.1007709

۴. رهبری، ابراهیم، «تبانی قیمتی الگوریتمی: مطالعه تطبیقی در حقوق رقابت آمریکا، اتحادیه اروپا و ایران»، *فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۱۴، شماره ۱، ۱۴۰۲، صص ۲۶۹-۲۹۰. Doi: 10.22059/jcl.2023.345558.634394

۵. رهبری، ابراهیم، «موازین ارزیابی رقابتی ادغام‌های ناظر بر مالکیت های فکری»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۸، شماره ۱، ۱۳۹۷، صص ۵۹-۷۶. Doi: 10.22059/jlq.2018.215114.1006784

پرونده‌ها

۶. شورای رقابت، «شکایت شرکت توسعه دهندگان فناوری نیاک و شکایت شرکت سازه‌های اطلاعاتی آزما درخصوص روند انحصاری استفاده از نرم‌افزار لیمز در آزمایشگاه‌های کنترل مواد غذایی، آشامیدنی، آرایشی و بهداشتی»، رأی شماره ۵۲۲، ۱۴۰۱.

۷. شورای رقابت، شکایت انجمن شرکت‌ها و مؤسسات پژوهشی و دانش‌بنیان صنایع نفت، گاز، پالایش و پتروشیمی (آپنا) از وزارت نفت و چهار شرکت اصلی تابعه (شرکت ملی نفت ایران، شرکت ملی صنایع پتروشیمی، شرکت ملی گاز ایران، شرکت ملی پالایش و پخش فرآورده‌های نفتی ایران)، رأی شماره ۴۶۶، ۱۴۰۰.

References

Books

1. Charbit, N, Ahmad, S. (eds.). *Frédéric Jenny: Standing Up for Convergence and Relevance in Antitrust – Liber Amicorum*, Volume 1, Paris: Institute of Competition Law, 2019.
2. Ghaffari Farsani, Behnam, *Competition Law and Its Civil Remedies*, Tehran: Mizan, 2019. (in Persian)
3. Rahbari, Ebrahim and Vahid Hassani, *Competition Law in the Field of Intellectual Property Rights*, Volume 1, Tehran: Samt, 2019. (in Persian)

Articles

4. Autorité de la Concurrence and Bundeskartellamt. “Competition Law and Data”, 2016, PP 1–32, Doi: 10.2139/ssrn.3350512/
5. Bourreau. M, de Streel. A. “Digital Conglomerates and EU Competition Policy, Telecom ParisTech”, *CERRE*, 2019, PP 1-35, Doi: 10.2139/ssrn.3350512/
6. Bourreau, M. and Krämer, J. and Buiten, M. “Interoperability In: Digital Markets”, *CERRE*, Report, 2022, PP 1-48, Doi: 10.2139/ssrn.3350512/
7. Cheah, S. and Wang, S. “Big Data-Driven Business Model Innovation by Traditional Industries in the Chinese Economy”, *Journal of Chinese Economic and Foreign Trade Studies*, Volume 10, Issue 3, 2017, PP 229-251, Doi: 10.1108/JCEFTS-05-2017-0013/

8. CMA, "A New Pro-Competition Regime for Digital Markets Advice of the Digital Markets Taskforce", 2020.
9. Condorelli, D. and Padilla, J. "Harnessing Platform Envelopment in the Digital World", *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 16, Issue 2, 2020, PP 143-187, Doi: 10.1093/joclec/nhaa006/
10. European Commission. "Towards a Thriving Data-Driven Economy", *COM/2014/0442 final*, 2014.
11. Fast, V, Schnurr. D. and Wohlfarth, M. "Regulation of Data-Driven Market Power in the Digital Economy: Business Value Creation and Competitive Advantages from Big Data", *Journal of Information Technology*, Volume 38, 2022, PP 122-145, Doi: 10.1177/02683962221114394/
12. Fletcher, A. "Digital Competition Policy: Are Ecosystems Different? Hearing on Competition Economics of Digital Ecosystems", *OECD Competition Committee*, 2020, PP 1-37.
13. Jung, N. and Sinclair, E. "Innovation Theories of Harm in Merger Control", *European Competition Law Review*, Volume 40, Issue 6, 2019, PP 266-275.
14. Kopanakis, I; Vassakis, K. and Mastorakis, G. "Big Data in Data-Driven Innovation: The Impact in Enterprises' Performance", *Conference*: 11th Management of Innovative Business, Education & Support systems International Conference, 2016, PP 12-28.
15. Kraemer, J. and Schnurr, D. "Big Data and Digital Markets Contestability: Theory of Harm and Data Access Remedies", *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 18, Issue 2, 2022, PP 233-276, Doi: 10.1093/joclec/nhab015/
16. Laney, D. "3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity and Variety", *META Group Research*, Volume 949, 2001, PP 1-12.
17. OECD, "Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age", *DAF/COMP,* 2017, Doi: 10.1787/258dcb14-en/
18. OECD, "Big Data: Bringing Competition Policy to The Digital Era", *DAF/COMP*, 2016, PP 1-60, Doi: 10.1787/a1c2d55c-en/
19. OECD, "Competition and Innovation - The Role of Innovation in Enforcement Cases", *DAF/COMP 12,* 2023, PP 1-42.
20. OECD, "Theories of Harm for Digital Mergers", *DAF/COMP*, 2023, PP 1-55, Doi: 10.1787/0099737e-en/
21. Prüfer, J. and Schottmüller, C. "Competing with Big Data", *Journal of Industrial Economics*, *Wiley Blackwell*, Volume 69, Issue 4, 2021, PP 967-1008. Doi: 10.1111/joie.12259/
22. Rahbari, Ebrahim, "A Reflection on the Relationship between Big Data and Market Power in Platform Markets from the Perspective of Recent Developments in Competition Law." *Private Law Studies Quarterly*, Volume 53, Issue 2, 2023, PP 205-228. (in Persian) Doi: 10.22059/jlq.2023.347799.1007709
23. Rahbari, Ebrahim, "Algorithmic Price Collusion: A Comparative Study in U.S., EU, and Iranian Competition Law", *Comparative Law Studies Quarterly*, Volume 14, Issue 1, 2023, PP 286–287. (in Persian) DOI: 10.22059/jcl.2023.345558.634394
24. Rahbari, Ebrahim. "Competitive Assessment Standards for Mergers Involving Intellectual Property Rights", *Private Law Studies Quarterly*, Volume 48, Issue 1, 2018, PP 59-76. (in Persian) Doi: 10.22059/jlq.2018.215114.1006784
25. Shahid, U. and Sheikh, N. "Impact of Big Data on Innovation, Competitive Advantage, Productivity, and Decision Making: Literature Review", *Open Journal of Business and Management*, 2021, PP 32-57, Doi: 10.4236/ojbm.2021.92032/
26. Sokol. D., Comerford. D. and Roisin E. "Antitrust and Regulating Big Data", *George Mason Law Review 119,* University of Florida Levin College of Law*,* Research Paper, Volume 23, Issue 5, 2016, PP 987-1020, Doi: 10.1017/9781316671313.016/
27. Stucke. M. and Grunes. A. "Debunking the Myths Over Big Data and Antitrust, CPI Antitrust Chronicle", *University of Tennessee Legal Studies*, Research Paper, Issue 276, 2015, PP 1–24, Doi: 10.2139/ssrn.2612562/

28. US House Judiciary Subcommittee on Antitrust, "Commercial and Administrative Law, Investigation of Competition in Digital Markets", 2020, PP 1-74.
29. Van de Waerdt, P. "From Monocle to Spectacles: Competition for Data and Data Ecosystem Building", *European Competition Journal*, Volume 19, Issue 2, 2023, PP 191-225, Doi: 10.1080/17441056.2023.2169366/

Thesis

30. Vejtasa, Martin. "Big Data and Competition Law", Master Thesis, *Masaryk University,* Department of Commercial Law, 2019.

Cases

31. Case No. 8955 Takeda/Shire, EC decision, 2018.
32. Case No. AT.8084, Bayer / Monsanto, EC decision, 2018.
33. Case No. C-4439, Nielsen Holdings N.V. and Arbitron INC, FTC Decision, 2016.
34. Case No. M.10188Ilumina/Grail, EC decision, 2022.
35. Case No. M.7932, Merger of Dow/Dupont, EC decision, 2017.
36. Case No.2:23-cv-01495-JHC, Federal Trade Commission v. Amazon.com, Inc., Federal Court, 2022.
37. Case T-691/14, Servier SAS and Others v European Commission, Judgment of the General Court (Ninth Chamber, Extended Composition), 2018.
38. CMA v. Facebook Inc (now Meta Platforms Inc) / Giphy, Inc merger inquiry, 2022.
39. Council of Competition, "Complaint by Niyak Technology Developers Co. and Azma Information Structures Co. regarding the monopolistic process of using the LIMS Software in Laboratories for Food, Beverage, Cosmetic, and Hygiene Control", Decision No 522, 2022. (in Persian)
40. Council of Competition, Complaint by the Association of Research and Knowledge-Based Companies in Oil, Gas, Petrochemical and Refining Industries (APNA) against the Ministry of Oil and its four main subsidiaries, Decision No 466, 2021. (in Persian)

Websites

41. www.assets.publishing.service.gov.uk
42. www.bundeskartellamt.de
43. www.penfriend.ai

This page is intentionally
left blank.

Legal Research, Vol 29, Issue 113, 2026: 185-204 Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Journal of Legal Research
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

Orginal Article

The Rationale for Contract Law: A Contest of Values within the Objectives and Foundations of Article 10 of the Iranian Civil Code

Abdollah Rajabi[1]

Highlights

- Article 10 of the Iranian Civil Code is concerned with the interests of the state and the legal system in the enforcement of private individuals' contractual obligations (the rationale for contract law).
- Several distinct theoretical foundations may be identified as supporting the rationale for contract law, including the protection of and freedom of will, the preservation of pacta sunt servanda and social morality, the promotion of equality and corrective justice, the advancement of economic efficiency, and, ultimately, compliance with the principles of the Sharia-based legal order.
- An examination of the historical development and substantive provisions of the Iranian Civil Code indicates that the primary objective of Iranian contract law has been the protection of individual autonomy. Nevertheless, in contemporary legal thought, considerations of commutative justice, and in certain instances distributive justice, have assumed an increasingly significant role.

ABSTRACT

Introduction

One of the enduring questions in legal theory concerns the foundations of the state's intervention in contracts. Why do states intervene in private agreements, the foundation of which lies in the principle of freedom of will? This question is significant because the adjudication of contractual disputes and the enforcement of contractual obligations do not easily fit within the traditional and ordinary functions of law. The issue is not merely theoretical nor confined to public law and state governance; rather, it has direct implications for private law, forming the intellectual and normative basis of contract law itself.

Methods

Answering this question would ideally require a comprehensive analysis of the role of the state and the philosophy of legal intervention, but such an undertaking lies beyond the scope of this study. Instead, the present work relies on what has already been achieved in comparative and historical scholarship, particularly in Western legal thought. It reviews past and present judicial and doctrinal developments concerning contract law and draws on the foundations established by both Islamic jurisprudence and Western civil law traditions. By considering these precedents alongside the specific provisions of the Iranian Civil Code, this paper seeks to determine the prevailing view of contracts within Iran's existing legal system. The research roadmap proceeds as follows: First, the general rationale behind the regulation

How to Cite: Rajabi, Abdollah, "The Rationale for Contract Law: A Contest of Values within the Objectives and Foundations of Article 10 of the Iranian Civil Code", Legal Research, Vol. 29, No. 113, 2026, pp: 185-204.

DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2025.241137.2943 Received: 19/08/2025-Accepted: 18/10/2025

1. Assistant Professor, Faculty of Law, University of Tehran: College of Farabi, Qom, Iran
Corresponding Author Email: rajabya@ut.ac.ir

Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

of contracts is examined. Second, the Iranian legal approach is analyzed in light of its historical and doctrinal roots. Finally, with a focus on Article 10 of the Civil Code, the paper identifies the fundamental principles underlying Iran's law of contract and situates them within broader debates on the philosophy and values of contract law that have evolved over recent decades.

Results and Discussions

Contract law is grounded in a set of values inherent in every legal system. These values are the driving forces that shape both the content and interpretation of contractual rules. They include freedom, morality, justice, public interest, and, in the Iranian context, the realization of Sharia, which functions as an independent and fundamental value. Accordingly, five distinct yet interrelated justifications for contract law can be identified: Protection of freedom of will; Promotion of promise-keeping and social morality; Pursuit of equality and exchange justice; Encouragement of economic efficiency; and Preservation of the Sharia order. Although all these principles are conceptually linked, it is often difficult to identify a single, dominant foundation. The rationale for supporting contractual formation and enforcement is most clearly crystallized in Article 10 of the Iranian Civil Code, which stands as one of the most significant provisions of Iranian contract law. This article provides the legal basis for recognizing private agreements as binding, authorizing the courts to uphold the product of the parties' will so long as it does not contravene statutory or moral limits. Article 10 therefore acts as both a permission and a command: it permits individuals to shape their private relations through contract, and it obliges judges to respect and enforce these arrangements as expressions of legal will. In this sense, it constitutes a formal rule addressed to the judiciary, delineating when and how the law may intervene in private transactions. The provision is founded on the theory of the Autonomy, emphasizing that a contract is the result of voluntary agreement rather than a mere reconciliation of conflicting interests. However, focusing solely on the sanctity of promise would be too narrow. The contract must also be viewed as an instrument for achieving justice, social morality, and economic welfare. The challenge lies in determining which of these principles takes priority in interpretation and enforcement. When the will of the parties is prioritized, literal interpretation of contractual terms prevails; when considerations of justice or public interest dominate, a contextual interpretation becomes necessary. Thus, the hierarchy of values directly influences judicial methodology and the understanding of contractual obligations.

Conclusion

Contracts can be classified based on the relative importance of will and justice. In civil contracts, where personal relationships and moral intentions often outweigh material exchange the principle of autonomy predominates. In commercial contracts, however, where the fairness of exchange and economic equilibrium are essential, the legal system gives greater weight to contractual balance and consideration. In continuous or long-term contracts, the role of will is strongest at the formation stage, when the parties choose to enter into a legal relationship. Thereafter, the operation of the contract is largely governed by principles of economic efficiency and exchange justice. Legislators and judges remain concerned with maintaining justice, which serves as the foundation for many legal rules. Consequently, any contract that violates justice—whether moral, social, or economic—is regarded as defective. In conclusion, the justification for contract law in Iran, as reflected in Article 10 of the Civil Code, lies in the delicate reconciliation of freedom of will, morality, justice, public interest, and Sharia. Each represents a competing yet complementary value within the legal system. The enduring task of contract law is to determine, in each case, which of these principles should prevail in the interpretation and enforcement of private agreements.

Keywords: Art. 10 of Civil Code, Freedom of Will, Pacta Sunt Servanda, Corrective Justice, Economic Efficiency

فصلنامه تحقیقات حقوقی
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

مقاله علمی-پژوهشی

چرایی حقوق قراردادها: نبرد ارزش‌ها در میدان اهداف و مبانی ماده ۱۰ قانون مدنی

عبداله رجبی[۱]

نکات برجسته

- ماده ۱۰ قانون مدنی ایران ناظر به نفع حاکمیت و نظام حقوقی در اجرای تعهدات قراردادی اشخاص خصوصی (چرایی حقوق قراردادها) است.
- حمایت از آزادی اراده، حمایت از وفای عهد و اخلاقیات اجتماعی، حمایت از برابری و عدالت معاوضی، حمایت از کارایی اقتصادی و سرانجام، دستور شرعی، هریک می‌تواند مبنای فکری جداگانه برای چرایی حقوق قراردادها باشد.
- با نظر به سوابق و احکام قانون مدنی ایران، هدف اصلی حقوق قراردادها، حمایت از آزادی اراده اشخاص است؛ اما امروزه، اصول عدالت معاوضی و حتی گاهی عدالت توزیعی اهمیت یافته است.

چکیده

یکی از مسائل مهمی که در اندیشه‌های حقوقی مطرح است، چرایی حمایت نظام حقوقی از انعقاد قراردادها و اجرای آن است؛ اینکه نظام حقوقی چه علقه‌ای در روابط قراردادی اشخاص خصوصی دارد؟ در حقوق ایران، این پرسش را می‌توان از حکم مقرر در ماده ۱۰ قانون مدنی دریافت کرد که دلیل مبنایی آن می‌تواند متفاوت باشد: حمایت از آزادی اراده؛ حمایت از وفای عهد و اخلاقیات اجتماعی؛ حمایت از برابری و عدالت معاوضی؛ حمایت از کارایی اقتصادی و سرانجام، دستور شرعی. جدای از ارتباط این دلایل با هم و اینکه همگی می‌تواند برای احکام قراردادی صادق باشد، تعیین مبنای واحدی که در فرض تعارض، بر دیگر مبانی اولویت داشته باشد، بسیار دشوار است. با نظر به سوابق قانون مدنی، اعم از حقوق اسلامی و آنچه در حقوق غرب بحث شده و با توجه به سایر احکام موجود در قانون مدنی، بی‌راه نیست که مدعی شویم هدف اصلی حقوق قراردادها، حمایت از آزادی اراده اشخاص است؛ اما هرچه از نظر زمانی جلوتر برویم، عدالت معاوضی و حتی گاهی عدالت توزیعی در قراردادها اهمیت بیشتری یافته است. بنابراین، در تفسیر و اجرای احکام قراردادی باید به این مبنای واحد و اهمیت سایر مبانی توجه داشت.

کلید واژگان: ماده ۱۰ قانون مدنی، آزادی اراده، وفای به عهد، عدالت معاوضی، کارایی اقتصادی.

استناد به این مقاله: رجبی، عبداله، «چرایی حقوق قراردادها: نبرد ارزش‌ها در میدان اهداف و مبانی ماده ۱۰ قانون مدنی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۳، فروردین ۱۴۰۵، صص: ۱۸۵-۲۰۴.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۵/۲۸ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۷/۲۶ DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2025.241137.2943

۱. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران: دانشکدگان فارابی، قم، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: rajabya@ut.ac.ir

Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

مقدمه

منافع وجود قرارداد برای جوامع بشری روشن است. آن‌گاه در بحث از چرایی انعقاد عقد می‌توان گفت: از سویی، اشخاص برای اهداف گوناگونِ اقتصادی، اخلاقی و حتی سیاسی، دنبال قرارداد هستند و از سوی دیگر، انعقاد قرارداد سبب پیشرفت جوامع و هم نتیجه چنین پیشرفتی است. اما آنچه تاکنون مغفول‌مانده، چرایی «حقوق» قراردادهاست؛ چرا حقوق وارد عقدی می‌شود که بین دو شخص خصوصی منعقد شده و چرا متعهد را مجبور به اجرای تعهدات ناشی از آن می‌کنیم؟ بنابراین، مسئله اصلی مبانی نظری ورود و تنظیم‌گری دولت در قراردادهاست؛ چرا دولت‌ها به‌معنای عام کلمه، در قراردادها که مبتنی‌بر آزادی و حاکمیت اراده طرفین آن است، ورود و مداخله می‌کنند؟

پاسخ این پرسش، آن‌گونه که گمان می‌رود، روشن نیست. زیرا دخالت حاکمیت در عقد (یا حقوق قراردادها) دو رو دارد: گاه حقوق، مفاد اراده (قرارداد) را محترم می‌شمرد و ابزار اجرای آن است و گاه اراده طرفین را محدود می‌کند. در اینجا، نمی‌خواهیم به موضوع دوم، یعنی چگونگی دخالت دولت در قراردادهای خصوصی و حدود آزادی اراده که بحث کلاسیک اقتصاد و حقوق است، بپردازیم؛ بلکه بحث بر سر آن روی سکه است: چرا دولت از قرارداد، که زاییده اراده اشخاص خصوصی است، حمایت می‌کند و آن را ارج می‌نهد؟

این بحث از آنجا مهم است که قضاوت درباره اختلافات قراردادی و اجرای مفاد عقد، در منطق و دایره وظایف سنتی و معمول حقوق نمی‌گنجد؛ از آنجا که اشخاص خصوصی به‌دلایل گوناگون، عقد را پذیرفته و خواسته‌های بلندپروازانه خود را آورده‌اند، باید دانست که چه نیازی حقوق را واداشته است که منافع و علایق انتظاری طرف‌های عقد را دنبال کند؟ آن‌گاه مسئله بنیادین آن است که چرا حقوق به دادگاه‌ها دستور می‌دهد که به اجرای مفاد عقد، به‌ویژه انتظارات قراردادی طرفین ملزم باشند؟ از جمله، از آنجا که وظیفه سنتی حقوق رسیدگی به جبران خسارات اشخاص (عدالت معاوضی) است، نقض قرارداد، اگر خسارت نزند، چرا باید مسئولیت‌آور باشد؟

در پاسخ دم‌دستی، می‌توان گفت که اگر حقوق دخالت نکند، کمتر قراردادی منعقد و مجرا خواهد شد. اما مسئله بنیادین اینکه، چرا این باید برای حقوق مهم باشد؟ می‌توان گفت که نظام حقوقی، به‌دلیل حفظ و گسترش قدرت در هر رابطه‌ای که تأثیرات اجتماعی و اقتصادی فراوان داشته‌باشد، وارد شده و گاه آن را تنظیم می‌کند؛ قراردادها نیز از این دست است. اما باز مسئله مهم آنکه دلیل یا علت موجهه این اعمال و گسترش قدرت چیست؟ قرارداد چگونه به اقتدار حاکمیت می‌افزاید؟ آیا از راه اجرای اصول اخلاقی در جامعه یا بهبود فضای کسب و کار یا تحقق احکام شریعت، این مهم محقق می‌شود؟

پاسخ پرسش اصلی این مقاله، یعنی چرایی حقوق قرارداد، تنها اثر نظری ندارد و نیز کاربرد آن، تنها در حقوق عمومی (کارکرد دولت) نیست؛ بلکه در عرصه حقوق خصوصی، از این جهت مهم است که مبنای حقوق قراردادها را می‌سازد. سپس، موجب تعیین استثناها و مسائلی خواهد شد که حدود اراده در قراردادهای خصوصی را توجیه می‌کند که پیش از این بارها موضوع بحث بوده است.[1] همچنین، با این پاسخ می‌توان رویکرد قواعد تکمیلی و شیوه تکمیل قرارداد را شناخت. پس، این دستاورد بر تفسیر قرارداد هم مؤثر است؛ اگر اراده و قول طرفین عقد را مقدم بدانیم، تفسیر لفظی قرارداد اولویت می‌یابد و اگر به وضع و منافع طرفین نظر داشته‌باشیم، تفسیر حالت سیاقی خواهد یافت. از جمله، در باب خیار

---

[1]. ر. ک. کاتوزیان، امیرناصر، «محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف‌کننده»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۳۸، شماره ۳، ۱۳۸۷، ص ۱۱۲؛ طجرلو، رضا، «برداشت تئوریک بر دخالت دولت در محدود کردن آزادی قراردادها (با رجوع به سیستم حقوقی انگلیس)»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۳۸، شماره ۳، ۱۳۸۷، صص ۱۹۵ و ۲۰۲.

عیب، آیا فروشنده می‌تواند مثلاً برای گنجی که در ملک موضوع بیع نهفته و برخلاف خریدار، در حین عقد از آن خبر نداشته‌است، بیع را فسخ کند؟ چرا خریدار باید به سبب عیب مبیع حق فسخ داشته، اما فروشنده به‌دلیل زیادت و گنج و... چنین حقی نداشته باشد؟ شاید بگوییم که حقوق برای این امر خیار غبن را تدارک دیده‌است. اما خیار غبن فروشنده بعد از جهل اوست. اساساً جهل تنها محدود به مبلغ قرارداد است یا اینکه جهل به کیفیات مبیع هم موجب فسخ است؟ مقدمه طولانی این پاسخ‌ها، وابسته به تعیین وظیفه حاکمیت و نقش حقوق در جامعه است. منتها، برای پرهیز از این راه طولانی، که نزاع‌هایی را در جرگه حقوق عمومی به‌همراه داشته و به نتیجه قطعی نرسیده‌است، علی‌الحساب باید گفت که نظام حقوقی موجود درباره قراردادها چه دیدگاهی دارد؛ چه اینکه حتی طرفداران دولت حداقلی، اجرای قرارداد را وظیفه حاکمیت دانسته‌اند و بر وجود حقوق قراردادها تأکید می‌ورزند.

در این نوشته، نخست به‌علت و دلیل احکام قراردادها (چرایی حقوق قراردادها) به‌طور کلی می‌پردازیم و بعد از آن مواضع حقوق ایران را به گفت‌وگو می‌گیریم. آن‌گاه پس از تبیین رویکردهای گوناگون در چرایی حقوق قراردادها، با نظر به حکم موجود در ماده ۱۰ قانون مدنی، می‌توان اهمیت مسئله و حکم مذکور را در حقوق ایران نشان داد و مبانی حکم را با نظر به مطالبی که در طی چند دهه اخیر، به‌ویژه در کامن‌لا درباره فلسفه حقوق قراردادها آورده‌اند، روشن کرد تا به راه‌حل نسبی رسید.

۱. نظریات حقوق قراردادها

حقوق قرارداد یا دخالت حاکمیت در قراردادها مبتنی بر ارزش‌های موجود در نظام حقوقی است. این ارزش‌ها، که قوّه محرکه حقوق قراردادهاست، شامل آزادی، اخلاق، عدالت و منفعت عمومی می‌شود؛ البته تحقق شریعت نیز ارزش مستقلی است که در کنار اینها قرار می‌گیرد:

دیدگاه نخست، آزادی‌گرایی یا اختیار گرایی؛ در این دیدگاه، قرارداد نتیجه برخورد اراده‌ها و مفاد آن حاکی از انتخاب آزادانه است. در این نگاه فردگرایانه، حاکمیتی که نماینده عموم باشد، ناگزیر پاسدار اراده اشخاص است و از خواست آنان حمایت می‌کند. پس، حمایت حقوق از انعقاد و تحقق مفاد قراردادها در حقیقت حمایت از آزادی فردی و اراده آزاد اشخاص است؛[۱] چراکه طرفِ عقد، آزادی خود را با آزادی دیگر (انعقاد قرارداد)، محدود کرده[۲] و بدون حمایت حقوق، دشوار است که مفاد اراده او محقق شود.[۳] بدین‌وسیله، یکی از وظایف حقوق سعی در تحقق اراده‌هایی که آزادانه خود را محدود کرده‌اند و نفی هرآنچه است که مانع این آزادی باشد.[۴] آن‌گاه، قاضی به رعایت مفاد قراردادها مأمور و ملزم بوده و حمایت از اراده آزاد، مستلزم دخالت حقوق در قراردادهاست.[۵]

دیدگاه دوم، عدالت معاوضی؛ در این دیدگاه، حقوق مبتنی‌بر اصول عدالت و متولی آن است و باید به عدالت در دادوستد

---

[1]. See: Posner, Eric A. "A Contract Theory", In: Golding & Edmundson (eds.) *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing, 2005, P 143.

[۲]. پولانزاس، ن. آر.، ***فلسفه حقوق***، ترجمه دکتر نجادعلی الماسی، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۶، ص ۱۵۵.

[3]. See: Black, Oliver. *Agreements: A Philosophical and Legal Study*, Cambridge University Press, 2012, P 206.

[۴]. کاتوزیان، امیرناصر، ***قواعد عمومی قراردادها***، جلد سوم (آثار قرارداد)، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۷۶، ص ۲۴۸.

[۵]. راز و فرید و اسکنلون و بارنت بر این باورند:

See: Benson, Peter. *The Theory of Contract Law*, Cambridge University Press, First Edition, 2001, P 37.

توجه داشته و جدای از خواست و قول طرفین، سود و زیان آنان را ارج نهد.[۱] در اینجا، قرارداد امر واقعیِ برخورد منافع طرفین آن است و اگر تعهدات محقق نشود، باید در جبران این نابرابریِ رخداده کوشید.[۲] آن‌گاه الزام طرف به اجرای تعهدات قراردادی، ریشه در نتیجه معاوضه دارد و متعهدی که از آن بهره برده، باید عوض این بهره را بازگرداند.[۳] در اینجا، حقوق خصوصی به وظیفه سنتی و معمول خود (مسئولیت) عمل می‌کند.[۴]

دیدگاه سوم، مصالح اجتماعی؛ در این دیدگاه، حقوق مبتنی‌بر اصول اخلاقی و متولی اخلاقیات اجتماعی است؛ پس، باید پاسدار ارزش‌های اخلاقی، مثل پابندی اشخاص به قول‌هایی باشد که داده‌اند و قراردادهایی که بسته‌اند.[۵] این رویکرد جدای از مهم دانستن اخلاق فردی، توجیه‌کننده ورود دولت‌ها در قرارداد، بر پایه تقدم منافع عمومی بر حقوق، منافع و آزادی‌های فردی است و مسئله نظم جزو این مهم است.[۶] حمایت از منافع جامعه اقتضا می‌کند که متعهد را مجبور به اجرای تعهدات قراردادی کنیم؛ چون، بر حقوق فرض است که حامی هنجارهای اخلاقی جامعه بوده و قول‌دهنده ناقض عقد را اجبار به اجرا و مسئول تلقی کند.[۷]

دیدگاه چهارم، اقتصاد حقوق؛ در این دیدگاه، قرارداد ابزار توزیع ثروت جامعه بوده و سبب می‌شود کالا و خدمات در اختیار کسانی قرار گیرد که بیشترین ارزش را برای آن قائل‌اند[۸] که به افزایش ثروت و رفاه عمومی می‌انجامد.[۹] پس، حقوق باید ضمن تشویق مردم به انعقاد قرارداد، در جهت اجرای مفاد آن و انتظارات طرفین عقد بکوشد؛ چراکه موجب سود همگان است.[۱۰] طرفداران نظریه تحلیل اقتصادی حقوق نیز، اراده طرفین را ابزار کارای تولید ثروت و رفاه می‌دانند و تا جایی آن را قدر می‌دارند که مخالف کارایی قراردادها نباشد.[۱۱]

دیدگاه آخر، قانون‌گرایی؛ در این دیدگاه، الزام طرف‌های عقد نه نتیجه اراده یا سود آنان، بلکه حاصل حکم شرع است که بی‌چون و چرا باید گردن نهاد.[۱۲] هرچند کسانی از متشرعین و فقها سعی در یافتن علت حکم کرده‌اند؛ یعنی در کنار

---

۱. کرانمن بر این باور است:

Ibid, P 52.

2. See: Murphy, Liam. "The Practice of Promise and Contract", In: Klass, Letsas AND Saprai (eds.), *Philosophical Foundations of Contract Law*, Oxford University Press, 2019, P 162.

3. See: Posner, Op. Cit., P 141.

4. See: Weinrib, Ernest, J. *The Idea of Private Law*, Oxford University Press, 2012, P 75.

۵. کاتوزیان، پیشین، ص ۲۴۹.

۶. نظرات لان فولر درباره قراردادها، مبتنی بر این عقیده است:

See: Benson, Op. Cit., P 34.

۷. برخی بر این باورند که دیدگاه ابزارگرایی اخلاقی، همان مبنای عدالت توزیعی و موافق فقه اسلامی است؛ ر. ک. لطفی، حسن، «مبنای دخالت دولت در قراردادها: عدالت توزیعی یا تصحیح؟»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۸، شماره ۳، ۱۳۹۷، ص۵۶۴.

8. Willingness to Pay

9. See: Posner, Op. Cit.

۱۰. کاتوزیان، پیشین، ص ۲۵۰.

11. See: Dworkin, Ronald. "Is Wealth a Value?", *Journal of Legal Studies*, Volume 9, Issue 2, 1980, P 192; Posner, Op. Cit., P 139; Murphy, Op. Cit., P 163.

۱۲. شاید بتوان در شریعت اسلامی، اشاعره را در این دسته آورد که با سر سپردن به احکام شریعت، به هیچ حسن و قبحی باور نداشت، مگر موضوع حکم شارع قرار گرفته باشد (ر. ک. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ***مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام***، تهران: گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۸۲، ص۱۰۵).

گناه بودن شکستن عهد از نظر دینی،[۱] آن را از نظر اخلاقی صحیح نمی‌دانند.[۲]

جدای از تقسیمات فوق، کسانی با دید دیگر به مسئله نگریسته و رویکردها را در سه دسته شکل‌گرا،[۳] تفسیری[۴] و هنجاری[۵] جا کرده‌اند.[۶] از منظر دیگر، می‌توان نظریات قرارداد را بر مبانی فردگرایانه یا جمع‌گرایانه استوار کرد و از جنبه دیگر، مبتنی‌بر اختیار گرایی (اراده)[۷] یا سودگرایی (رفاه)[۸] دانست. در کنار اینها، البته، نظریه قراردادها می‌تواند مبناگرایانه / وظیفه‌گرایانه[۹] یا نتیجه‌گرایانه[۱۰] و به‌تبع آن، ابزار گرایانه[۱۱] باشد.[۱۲] اینها را در ادامه شرح می‌دهیم:

فردگرایان با اصالتی که برای فرد قائل‌اند، قرارداد را حاصل اراده آزاد می‌دانند و برآن‌اند که حقوق برای تکریم افراد جامعه و آزادی و استقلال آنان باید حامی مفاد عقدی باشد که با اراده آزاد و مستقل تعیین شده است.[۱۳] اما جمع‌گرایان، که اصالت را به اجتماع می‌دهند، عقد را قوه محرکه منفعت عمومی می‌دانند و بر این عقیده‌اند که برکات اجتماعی بسیاری به بار می‌آورد.[۱۴] به نظر آنان، انعقاد قراردادها و اجرای تعهدات آن، چه از نظر اقتصادی و چه از منظر اخلاقیات، به سود جامعه است. آن‌گاه، مبنای «حقوق» قراردادها، یعنی دلیل حمایت حاکمیت از قراردادها و اجبار به اجرای التزامات عقدی، می‌تواند پاسداری از اخلاق باشد یا توجه به کارایی. پس، هدف حقوق قراردادها می‌تواند اقتصاد باشد که در این صورت، قرارداد وسیله عدالت معاوضی یا ابزار توزیع ثروت است؛ در اولی، فرد و در دومی، نظام حقوقی مهم است.[۱۵] ولی اگر اخلاقیات مهم باشد، جدای از موضوعیت خود اخلاق، فرد نیز اهمیت می‌یابد و حاکمیت اراده او (آزادی به‌معنای کانتی) مهم است.[۱۶]

---

[۱]. پیمان‌شکنی در دین اسلام از گناهان کبیره است و در قرآن کریم آمده است: «كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ» (آیه ۳ سوره صف)؛ «فَبِمَا نَقْضِهِمْ مِيثَاقَهُمْ لَعَنَّاهُمْ وَجَعَلْنَا قُلُوبَهُمْ قَاسِيَةً ...» (آیه ۱۳ مائده)؛ همچنین، از آنجا که عهدشکنی با مردم، به معنای شکستن عهد الهی است، چنین آمده است: «ٱلَّذِينَ يَنقُضُونَ عَهدَ ٱللَّهِ مِن بَعدِ مِيثَٰقِهِۦ ...» و در ادامه: «... أُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلخَٰسِرُونَ» (آیه ۲۷ بقره) و نیز در ادامه همان: «... أُولَئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ» (آیه ۲۷ رعد).

[۲]. کاتوزیان، پیشین، ص ۲۵۰.

[3]. Formalist

[4]. Interpretive

[5]. Normative

[6]. Eisenberg, Melvin A. *Fundamental Principles of Contract Law*, Oxford University Press, First Edition, 2018, P 10.

[7]. Libertarianism

[8]. Utilitarianism

[9]. Deontological

[10]. Consequential

[11]. Instrumental

[۱۲]. بعضی نویسندگان این دیدگاه‌ها را غایت‌گرایانه (Teleological) نام داده‌اند؛ See: Benson, Op. Cit., P 49

[13]. Fried, Charles. *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, Harvard University Press, 1981, P 19.

[۱۴]. طجرلو، پیشین، ص. ۲۰۴.

[۱۵]. از نظر ارسطو، عدالت اجتماعی (خاص) در برابر عدالت فردی (عام) قرار می‌گیرد. عدالت عام، فضیلت شخصی و قوه است و منطبق با فهم ما از اخلاق است. اما عدالت خاص، جنبه اجتماعی دارد که شامل دو حالت عدالت اصلاحی (معاوضی / جبرانی) (Corrective Justice) و توزیعی (Distributive Justice) است؛ در اولی، که برای روابط خصوصی دو طرفه است، توازن منافع آن دو اهمیت دارد و در عدالت توزیعی، که به روابط عمومی کار دارد، انصاف توزیع‌کننده برای برقراری این توازن مهم است.

[16]. See: Murphy, Op. Cit., P 155.

گذشته از این، در نظریه حقوق قراردادها،[۱] گروهی نگاه مبنا گرایانه دارند؛ یعنی آزادی مهم است؛ اما اگر نتیجه‌گرایانه بنگریم، بهبود وضع اجتماع مهم است و اگر ابزار گرایانه بیندیشیم، قرارداد وسیله رسیدن افراد به ترجیحات شخصی یا اهداف اجتماعی است.[۲] آن‌گاه، ابزاری برای حمایت از منافع اشخاص است و اشخاص نیز عقد را وسیله رسیدن به مطامع خود می‌سازند و پیرو آن، پیشرفت فردی موجب پیشرفت اجتماعی است.[۳] پس، حاکمیت باید از قرارداد حمایت کند.[۴] همچنین، هرچه وفای به عهد بیشتر باشد، به سود رعایت اصول اخلاق بوده و نیز قرارداد ابزار ایجاد ثروت و رفاه است.

سرانجام، اگر مبنای حقوق قراردادها رعایت احکام شریعت باشد، آن‌گاه به احکام اصالت داده‌ایم و نگاه تحقق حقوقی به موضوع داشته‌ایم و از آنجا که تبعیت از شارع مهم است، نیازمند اعتماد به شارع و قانون‌گذار، بیش از متخصصین است تا مسائل اجتماعی و فردی را حل کند.

چنان‌که مشاهده می‌شود، حقوق قراردادهایی که بر پایه این نظریات شکل می‌گیرد، راهی جدا در پیش دارد: ممکن است برای حمایت از خواست یا سود فردی باشد؛ می‌تواند برای حمایت از اخلاقیات یا مصالح اجتماعی باشد یا در جهت حمایت از اصول شریعت آمده باشد. البته، این ارزش‌ها هر یک با دیگری رابطه دارد؛ مثلاً احترام و تضمین حقوق و آزادی اشخاص یا رعایت و تضمین عدالت معاوضی، از سویی ارزش اخلاقی دارد[۵] و از سوی دیگر، از لوازم بازار آزاد (کارایی) است. همچنین قواعد شرعی گاهی متضمن آزادی و عدالت و اخلاق است. از این رو، پذیرفتن یک ارزش به‌معنای گذشتن از ارزش‌های دیگر نیست. ممنوعیت و محدودیت‌های موجود در احکام قراردادی نیز مبتنی‌بر همین ارزش‌هاست؛ مثل منع فریب یا سوءاستفاده از قدرت چانه‌زنی یا نفی زیان به جامعه یا دیگران با انعقاد قرارداد.

۱.۱. انتخاب مسیر

تاکنون آنچه مبهم مانده، اولویت یکی از این مبانی است؛ حقوق در هر مورد باید تصمیم بگیرد که در تفسیر و اجرای قراردادها کدام را بیشتر ارج نهد! این تصمیم وابسته به رویکردهای کلان نظام حقوقی است؛ اینکه مبنای حقوق و ارزش مدنظر نظام حقوقی چیست؟ آن‌گاه می‌توان اثر این دیدگاه‌ها را در مراحل گوناگون انعقاد و اجرای قرارداد دید[۶] و با آن حقوق قراردادها را یافت یا ساخت.[۷]

نظریه‌های حقوق قرارداد، که مبتنی‌بر آزادی قراردادی و استقلال طرفین عقد باشد، با انتقادات زیادی روبه‌روست؛ برخی از نظر فنی بر آن‌اند که ریشه این رویکرد در انتخاب بشری[۸] است[۹] و پذیرش این اصل مثل حمایت از رفتار دو قمارباز

---

[1]. See: Black, Op. Cit., P 90.

[2]. Cooter, Robert & Thomas Ulen, *Law & Economics*, Pearson, Sixth Edition, 2012, P 295.

[۳]. ر. ک. کیشتینی، نائل، ***قصه کوتاه اقتصاد***، ترجمه عبداله رجبی، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۴۰۴، ص ۵۱.

[۴]. ر. ک. کریمی، عباس و سلمان علی‌پور قوشچی، «ناسازگاری مفهوم تعادل قراردادی با نظریه سنتی یا لیبرال حقوق قراردادها»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۵۱، شماره ۱، ۱۴۰۰، ص ۱۰۱.

[۵]. بسیاری از اندیشمندان حقوقی باور دارند که حاکمیت اراده عین عدالت است (ر. ک. کریمی و علی‌پور قوشچی، پیشین، ص ۹۹).

[۶]. ر. ک. امینی، منصور و علی صداقتی، «قراردادهای اجباری»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۱۴، شماره ۵۵، ۱۳۹۰، ص ۲۰۶.

[۷]. بحثی در نزاع حقوق طبیعی و تحققی که حقوق یافتنی است یا ساختنی!

[8]. Human Choice

[9]. Benson, Op. Cit., P 50.

حرفه‌ای است.[۱] ازاین‌رو، نمی‌تواند کاملاً بیانگر همه ابعاد حقوق قراردادها باشد؛ چراکه مطلبی در محتوای عقد در بر ندارد و تنها به‌شکل آن کار دارد.[۲] درحالی‌که حقوق گاه محدودیت‌هایی را برای انعقاد و اجرای قرارداد و اراده آزاد طرفین برقرار ساخته‌است. همچنین، از منظر مخالفت آن با اجتماع و تعارض با عدالت و انصاف مشکل دارد.[۳] چراکه آزادی اراده یا آزادی قراردادی در عمل همیشه نیست؛ چه به تعبیر کانت، از نظر ایجابی، استقلال در تعیین قانون برای رفتار خود باشد[۴] یا از نظر سلبی، استقلال اراده در برابر نیازهای فردی و اجتماعی باشد. بدین توضیح که آزادی در هنگام اجبار و اکراه و حتی اضطرار مفقود است؛ حتی می‌توان گفت که در حین جهل به موضوع و مفاد عقد نیز حاضر نیست؛ درحالی‌که در فرض اضطرار و برخی جهل‌ها، قرارداد صحیح و لازم‌الاجراست و در سایر موارد، فقط غیر نافذ و گاهی باطل است.[۵] پس، این رویکرد شاید نتواند به‌درستی نظریه حقوق قراردادها را توضیح دهد.[۶]

اگر رعایت اخلاقیات را دلیل دخالت حاکمیت در قراردادها بدانیم، مشکل آن است که اخلاق امر درونی است و با نیت انسان سروکار دارد؛ رفتار خوب بایستی از روی طیب نفس باشد تا اخلاقی باشد.[۷] در نتیجه، معارض اجبار و الزام به مفاد قرارداد است. پس، اجرای اجباری تعهدات اساساً با اخلاقیات ارتباطی ندارد.[۸] روی‌هم، در زندگی اجتماعی، وفای به عهد از مناظر دیگر نیز مهم است؛ چون لازمه بقای اجتماع است؛ اما دستورهای اخلاقی لزوماً چنین نیست.[۹]

هرگاه قرارداد را وسیله توزیع ثروت بدانیم، دخالت دولت، از آنجا که اراده اشخاص را محدود می‌کند، از منظر اقتصادی محکوم است.[۱۰] پس، دولت نباید در قراردادها و احکام آن موضع داشته‌باشد؛ مگر امر مهم‌تری باشد و قرارداد سبب توزیع مجدد ثروت بشود[۱۱] و اشخاص را در وضع بهتر قرار دهد.[۱۲] بنابراین، دخالت گهگاه دولت از آنجا مناسب است که یکی از وظایف او ایجاد ثروت و رفاه در جامعه است.

با این‌همه، از آنجا که وظیفه حقوق پاسداری از عدالت است، بنیاد کردن حقوق قرارداد بر عدالت معاوضی پسندیده‌تر

---

۱. شهابی، مهدی و مریم جلالی، «نقد نظریه سنتی یا لیبرال قرارداد با تأکید بر رویکرد انتقادی روبرتو آنگر»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۶، شماره ۲، ۱۳۹۵، ص ۲۵۹.

2. Craswell, Richard. "Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising", *Michigan Law Review*, Volume 88, 1989, P 395.

۳. ر. ک. همان، صص ۲۵۲ و بعد.

۴. ر. ک. سندل، مایکل، ***عدالت: کار درست کدام است؟***، ترجمه حسن افشار، تهران: مرکز، چاپ ششم، ۱۴۰۰، صص ۱۰۸ و ۱۲۲.

۵. ر. ک. کاتوزیان، امیرناصر، ***قواعد عمومی قراردادها***، جلد دوم (انعقاد و اعتبار قرارداد؛ ضمانت اجرای شرایط اساسی معامله؛ نظریه بطلان و عدم نفوذ)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۹، ص ۲۹۷.

۶. ر. ک. منتقدان حاکمیت اراده فردی در قرارداد، مثل مکاتب تاریخی، واقع‌گرایی و انتقادی حقوق، در شهابی و جلالی، پیشین، ص ۲۴۶ و نیز برای چنین تفسیری از شریعت اسلامی، ر. ک. لطفی، پیشین، ص ۵۵۸.

۷. التزام چگونه تبدیل به الزام می‌شود؟

See Black, p. 206.

۸. ر. ک. سندل، پیشین، ص. ۱۱۶.

۹. آن‌گاه، باید پاسخ داد که آیا نیازهای اجتماعی انسان سبب احساس طبیعی و اخلاقی وفای به عهد است؟ اگر پاسخ مثبت باشد، از نظر مبنایی تفاوتی بین آن دو نیست.

۱۰. ر. ک. لطفی، پیشین، ص ۵۵۱.

۱۱. ر. ک. نظریات کینز و فریدمن و طرفداران دخالت دولت در اقتصاد آزاد موجود در کیشتینی، پیشین، صص ۲۱۷ و ۲۳۳؛ همچنین، طجرلو، پیشین، ص ۲۰۸ و نیز ر. ک. لطفی، حسن، «کارآیی اقتصادی و دخالت دولت در قراردادها»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، دوره ۲۳، شماره ۸۱، ۱۳۹۷، صص ۱۳۹-۱۶۶، ص ۱۵۱.

12. Cooter & Ulen, P 283.

است.[۱] هرچند با اعتقاد به حمایت حقوق از منافع طرف عقد، بعضی ایرادات وارد بر آزادی اراده به‌نحو دیگر بر این نظر هم وارد است. به‌هرروی، از نظر منطقی بهترین مبناست. منتها مشکل اصلی علایق انتظاری طرفین است؛ یعنی خلاف منفعت طرف قرارداد که ناشی از استرداد آنچه داده و نیز منفعت ناشی از اعتماد به‌طرف مقابل، منفعت مبتنی‌بر انتظارات او در اجرای تعهدات، نیازمند مبنای مستقل است.[۲] آن‌گاه باید جایی را برای حاکمیت اراده باز کرد؛ موضعی که حقوق کنونی ایران اتخاذ کرده است.[۳]

سرانجام، درباره فصل‌الخطاب دانستن احکام مستنبط فقها از شریعت، باید گفت که اینها شاید مناسب حل مسائل امروز حقوق ایران نباشد. چراکه درباره بسیاری از مسائل حادث قراردادها، مثل دخالت برای حمایت از طرف ضعیف، شامل مصرف‌کننده و کارگر و... نیازمند اجتهادی است که تاکنون صورت نگرفته و البته کاری بس طاقت‌فرساست. پس، همچنان با ملاحظه احکام موجود، راه‌ها و مبناهای فکری ناشی از تجربه بشری را باید سنجید.

۱.۲. موضع حقوق ایران

چرایی حقوق قراردادها در ایران را باید در حکم مقرر در ماده ۱۰ ق. م. یافت.[۴] این حکم، مهم‌ترین و مشهورترین حکم قانونی است که جواز ورود دادگاه به روابط قراردادی را صادر کرده و حتی قاضی را به پذیرش محصول اراده طرفین، به‌صورت امر حکمی ملزم کرده است. بنابراین، برای پاسخ به پرسش‌های این نوشته در حقوق ایران، باید از این حکم آغاز کنیم؛ حکمی که برگرفته از تفکر بلند و تاریخی حقوق‌دانان و حتی فیلسوفان درباره قرارداد است که در طول تاریخ حقوق غرب، به چرایی «حقوق قراردادها» و فلسفه آن پرداخته‌اند.

۲. معنای حکم مقرر در ماده ۱۰ قانون مدنی

در بادی نظر، هر قرارداد که جزو عقود معین موجود در قانون مدنی نباشد، ذیل این حکم قرار می‌گیرد و ناظر به رهایی از سنت توقیفی عناوین عقود و اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهاست.[۵] اما باید این ادعا را کنار نهاد؛ چراکه به‌معنای تقدم مفهوم بر منطوق آن خواهد بود. درحالی‌که هدف، جایگاه و معنای این حکم شامل دو چیز است: الف) هر عقدی (اعم از معین و غیر آن) برای دادگاه قابل استناد بوده و برای طرفین معتبر است؛ ب) پس، طرفین می‌توانند به هر توافقی که بخواهند دست یابند.

۲.۱. منطوق حکم قانون

درباره اصل آزادی قراردادها، به‌معنای رهایی از قیود عقود معین و انعقاد قرارداد، بدون توجه به قالب‌های معین قانونی، جدای از اصل بنیادین و طبیعی حاکمیت اراده، احکام قانونی گوناگونی هست: در تاریخ حقوق ایران، این مهم بر دوش

---

[۱]. ر. ک. لطفی، «دخالت دولت در قراردادها: عدالت توزیعی یا تصحیحی؟»، پیشین، ص ۵۵۴.

[2]. Weinrib, Op. Cit., P 139; Benson, Op. Cit., P 109.

[۳]. نزاع بین حاکمیت اراده یا منافع طرفین، برگرفته از همان نزاع معروف در تاریخ فکر بشر است که آزادی مهم‌تر است یا برابری!

[۴]. «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است».

[۵]. ر. ک. شهیدی، مهدی، ***حقوق مدنی***، جلد اول (تشکیل قراردادها)، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۸۲، ص ۱۸۶؛ شیروی، عبدالحسین، *حقوق قراردادها (انعقاد، آثار و انحلال)*، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۹۶، ص ۳۳؛ آهنگران، محمدرسول و مهدی سعیدی، «بازخوانی مبانی مشروعیت قراردادهای نامعین با رویکردی تطبیقی در حقوق اسلامی»، *دو فصلنامه دانش حقوق مدنی*، دوره ۵، شماره ۲، ۱۳۹۵، ص ۲.

عقد صلح بوده تا تغییر برخی محتوای عقود معین توجیه شود.[۱] ازاین‌رو، با نظر به ظاهر الفاظ موجود در ماده ۱۰ ق. م.، باید گفت که خطاب به قاضی است تا او محصول اراده را همانند قانون بداند و در دعوای مطروحه، از منابع حقوق بشناسد؛ چه توافق طرفین در قالب عقد معین (قانونی و عرفی) قرار گیرد یا خیر. آنگاه، جدای از تفاوت حاکمیت اراده و آزادی قراردادی،[۲] منظور از ماده ۱۰ ق. م. آن است که «عقود خصوصی، همانند خود قانون، لازم‌الاجرا و معتبر است»؛ چنان‌که حکم قانونی خارجی، که الگوی این حکم بوده، حامل چنین معنایی است.[۳]

جایگاه حکم، در ابتدای قانون (مقدمه قانون مدنی، نه در بخش قراردادها) نیز حکایت از این دارد که قانون‌گذار خواسته به این حکم ویژگی مقدماتی و کلی و شکلی (مفهوم قانون) بدهد؛ نه اینکه آن را جزو حقوق ماهوی قراردادها بشناسد. از آنجا که همه مباحث قانونی قبل از این حکم اختصاص به کلیات قانون‌گذاری دارد، نمی‌توان بدان معنای دیگر داد؛ همچنان‌که ماده ۹ از معاهده و ارزش برابر آن با قانون گفته‌است.

۲.۲. دلالت التزامی حکم قانون

اگر قائل به آزادی عمل باشیم، حاکمیت اراده نتیجه آن است. پس، باید این مسئله بنیادین را حل کرد که آیا قرارداد در خلأ و خارج از نظام حقوقی و با اراده تنهای طرفین امکان‌پذیر است یا اینکه تنها حکم قانون‌گذار انعقاد عقد را مجاز و اراده را مؤثر می‌کند؟

این نزاع ریشه در بحث حقوق‌دانان طبیعی و تحققی دارد: طرف‌داران اولی، حقوق را محتوای وجدان و سرشت انسان می‌دانند که در همه زمان‌ها و مکان‌ها حاضر است؛[۴] پس وظیفه قانون‌گذار فقط شناسایی این حقوق است و غیر از آن لازم‌الاجرا نیست. این حقوق برتر، قدرت انعقاد عقد اعطا می‌کند و طرفین را به پایبدن عهد خود ملزم می‌کند. در مقابل، از نظر باورمندان به دومی، عمل حقوقی اعتبار ندارد، مگر قانون بدان اعتبار ببخشد.[۵] پس، قرارداد نمی‌تواند اعتبار خود را از اراده افراد بگیرد.

درباره اصل آزادی قراردادها، مقرره قانونی خاصی نیست که بدان تصریح کرده باشد؛ اما از رویه قضائی و عرف تجاری برداشت می‌شود؛ دادگاه‌ها قرارداد بازرگانانی را که در قالب عقود معین قانون مدنی نباشند، معتبر می‌دانند. پس، حاکمیت اراده در حقوق ایران هست؛ آن‌گاه، به‌معنای آزادی در انعقاد (یا خودداری از انعقاد) عقد، برگزیدن طرف قرارداد انتخاب نوع قرارداد و تعیین مفاد قرارداد است[۶] که گاه با استثناهایی روبه‌روست.[۷] پس، اشخاص خصوصی می‌توانند از میان عقود معین، عقدی را برگزینند؛ چه در قالب عقد معین قانون مدنی، عقد معین سایر قوانین عادی، مثل بیمه (تعین قانونی) یا

---

[۱]. ر. ک. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ***مجموعه محشّی قانون مدنی***، تهران: گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۲، ص ۱۰؛ دادمرزی، سید مهدی و محمد بافهم، «حیله و تقلب نسبت به قانون از طریق عقد صلح»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۹، شماره ۳، ۱۳۹۸، ص ۴۵۴.

[۲]. کاتوزیان، **محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف‌کننده**، پیشین، ص ۳۲۸؛ فرهان‌فر، فاطمه و جلیل قنواتی، «اصول اساسی حقوق قراردادها در نظام حقوقی کامن‌لا (با تأکید بر حقوق انگلیس و آمریکا)»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۸، شماره ۲، ۱۴۰۲، ص ۱۶۱.

[۳]. کاتوزیان، امیرناصر، ***قواعد عمومی قراردادها***، جلد اول (مفهوم عقد، اعتبار و انعقاد قرارداد)، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۷۶، ص ۱۸۸.

[4]. Tebbit, Mark. *Philosophy of Law: An Introduction*, Routledge, Third Edition, 2017, P 13.

[5]. Ibid, P 26.

[۶]. کاتوزیان، پیشین، صص ۱۴۶ و بعد.

[۷]. همان، صص ۱۴۸ و بعد.

عقد معین عرفی (تعین عرفی) باشد؛ مثل تأمین مالی پروژه.[۱] در فقه نیز با ادله مختلف نقلی و عقلی و عرفی می‌توان قائل به این نظر بود.[۲]

با این‌همه، ناگزیر بیشتر عقود در قالب تجارب سنتی بشر (عقود معین) قرار می‌گیرد؛ مگر جست‌وجو کنیم و استثنائاً عنوانی را به‌دلایل بس نادر در حقوق (قانون و شرع و عرف) نیابیم. طرف‌های عقد می‌توانند به‌عنوان عقد معین کاری نداشته و تنها نیازهای خود را ذکر کنند؛ توصیف رابطه و ساختن قالب مناسب، کار حقوق‌دان و قاضی است.[۳] پس، آنچه روا نیست، بدون دلیل متقن، حکم مقرر در ماده ۱۰ قانون مدنی را قالبی برای عقود نامعین قرار دهیم[۴] و گاه و بی‌گاه، بدون جست‌وجوی کافی در عقود معین، مصادیق قرارداد موضوع بحث را از این دایره درآوریم.

با این‌همه، موانع قانونی اراده آزاد نیز مهم است؛ ادامه ماده ۱۰ ق. م.، درباره عدم مخالفت عقود با صراحت قانون و ناظر به مواردی مثل حکم مقرر در ماده ۹۷۵ درباره مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه است.[۵]

۳. علت و ضرورت حکم ماده ۱۰ درباره قراردادها

با نظر به مطالب بالا، وجود حکم قانونی در عرصه قراردادها فاقد منطق است، مگر در موارد خاص؛[۶] چراکه الفاظ قانون توان اداره روابط انسانی را ندارد؛ این ناتوانی هم به اصل و مفهوم قانون برمی‌گردد و هم به نقص‌هایی که در فرایند قانون‌گذاری و تفسیر آن هست.

با این‌همه، حکم مقرر در ماده ۱۰ ق. م.، نوعی قاعده شکلی خطاب به دادگاه است که تکلیف قاضی را روشن می‌کند و اگر جایی روا باشد که قانون‌گذار بر امور قراردادی ملت دست آویزد، همین‌جاست. پس، به‌دلیل بنیادین بودن حکم و تعیین رویکرد نظام حقوقی، وجود چنین حکمی در هر نظام حقوقی لازم است؛ وگرنه دادگاه‌ها از کجا بدانند که باید به اختلافات قراردادی رسیدگی کنند و در مواردی از ابزارهای اجباری بهره جویند. آن‌گاه، اصل نبود صلاحیت برای مأموران رسمی دولت، از جمله قضات، در ورود به روابط خصوصی، وجود متنی را توجیه می‌کند که میثاق جامعه باشد و بتواند رویه واحدی را ایجاد کند و سرپیچی از آن واجد مجازات باشد.

۳.۱. ارتباط حکم مقرر در ماده ۱۰ با احکام دیگر قانون مدنی

در بدو امر و با نظر به تفسیر ماده ۱۰ ق. م.، ممکن است این حکم را با ماده ۲۱۹ درباره الزام‌آوری عقد،[۷] متفاوت ندانیم. اما این‌طور نیست: فارغ از محتوای دو حکم، طرف خطاب هر یک متفاوت است: ماده ۱۰ مستقیماً دادگاه را طرف قرار می‌دهد؛ اما ماده ۲۱۹ به‌طرف عقد نظر دارد؛ هرچند دادگاه نیز غیرمستقیم در نظر است. آن‌گاه ماده ۱۰ تکمله‌ای بر

---

[1]. Project Finance

[۲]. ر. ک. آهنگران و سعیدی، پیشین، ص ۱۳.

[۳]. ر. ک. شهیدی، پیشین، ص ۱۸۴.

[۴]. برای نظر مخالف، ر. ک. همان، صص ۴۱ و ۸۰ و ۱۸۵.

[۵]. ر. ک. کاتوزیان، پیشین، ص. ۱۴۷.

[۶]. ر. ک. رجبی، عبداله،«قانون مدنی نمود پرگویی»، *مجموعه مقالات یادنامه سید محمد فاطمی قمی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۴۰۰، ص ۴۱۸.

[۷]. این اصل متفاوت از اصل لزوم است (ر. ک. جعفری لنگرودی، پیشین، صص ۱۸۹–۱۹۰) و اصل لزوم برای آن بوده که هرگاه شک کردیم عقدی را می‌توان به حالت قبل برگردانیم یا خیر، اصل بر عدم آن است.

ماده ۲۱۹ قانون مدنی است.[۱] در حقیقت، از آنجا که می‌توان از اصل آزادی قراردادها، اصل حاکمیت اراده در روابط طرفین را استخراج کرد، طرف‌های قرارداد به قرارداد ملزم‌اند و نمی‌توانند از اجرای آن سرپیچی کنند (ماده ۲۱۹ قانون مدنی) و دادگاه هم باید در کنار قوانین امری، مفاد اراده طرفین عقد را بر آنان بار کند (ماده ۱۰ ق. م.). ماده ۲۲۳ ق. م. نیز با بیان اصل صحت عقد، چنین معنایی را حمل می‌کند.

۳.۲. رویکرد احکام خاص حقوقی

در میان احکام خاص حقوق قراردادها، درباره مواضع چهارگانه که می‌تواند مبنای ماده ۱۰ ق. م. باشد آشفتگی‌های بسیاری هست؛ اما در تاریخ حقوق و در فقه، این نزاع در میان پیشینیان این سرزمین نیز سابقه دارد.[۲] بنابراین، می‌توان تا حدی سنخ بعضی از احکام موجود در قوانین کنونی، مطابق دوره زمانی انعقاد تا خاتمه عقد را تشخیص داد:

در هنگام انعقاد عقد، الزام اشخاص به انعقاد قرارداد، در فروض بسیاری حکایت از رعایت عدالت معاوضی می‌کند؛ مثل ارائه‌دهندگان خدمات یا موجران[۳] یا کارفرمایان و نیز قراردادهای بیمه اجباری[۴] و الزام تجار در زمانی که باعث اخلال در رقابت شود؛ مثل احتکار و... (ر. ک. م. ۴۵ ق. اجرای سیاست‌های اصل ۴۴ ق. ا.).

همچنین، تعیین میزان بها یا عوض یا قیمت قرارداد، از مواردی است که باید درباره آن بحث کرد:

نخست، حاکمیت کامل اراده طرفین یا حمایت از سازوکار توافق درباره قیمت؛ یعنی هرچه طرفین در قرارداد بگنجانند، از جمله قیمتی که بعد از مذاکره حاکم می‌شود، باید اجرا شود (الزام به وفای به عهد). از نظر سنتی، این اصل حاکم بر قراردادهاست؛ اما باید به موارد دیگر نیز توجه داشت:

دوم، تقابل واقعیت و منافع دو طرف عقد؛ آنگاه حقوق با چشم‌پوشی از اراده طرفین، امر به تعادل و توازن قرارداد می‌کند، که دو صورت دارد:

الف) بهای واقعی و منصفانه کالا یا خدمت (عدالت معاوضی)؛ آن‌گاه، قیمت قرارداد متشکل از هزینه کالا و خدمت برای ارائه‌دهنده آن در کنار سود منصفانه است. معمولاً در قراردادهایی که حقوق دنبال حمایت از طرف عقد باشد، از جمله در قراردادهای منتج به تأمین ضروریات یا مصرف‌کننده و... این قاعده حاکم است.[۵]

ب) سازوکار عرضه و تقاضا؛ یعنی، بهای کالا و خدمت، بر اساس میزان عرضه آن از سوی ارائه‌دهندگان و تقاضای مشتریان تعیین می‌شود؛ هرچه عرضه بیشتر و تقاضا کمتر باشد، قیمت نیز کاهش می‌یابد و در فرض خلاف، بر قیمت آن کالا یا خدمت افزوده می‌شود. در اینجا، قیمت قرارداد ممکن است کمتر یا بیشتر از هزینه‌ها یا رضایت طرفین قرارداد باشد.[۶] این سازوکار منتج به حمایت از کارایی جهت خیر عمومی است و بیشتر در قراردادهای بورسی و نیز در عقودی حاکم است که بین تجار منعقد می‌شود.

---

[۱]. برخی استادان حقوق نیز چنین باوری دارند و بر آن‌اند که این حکم از ماده ۱۱۳۴ ق. م. ف. اخذ شده است (همان).

[۲]. ر. ک. کاتوزیان، امیرناصر، ***قواعد عمومی قراردادها***، جلد پنجم (انحلال قرارداد – خیارات)، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۷۶، ص ۱۴۷.

[۳]. کاتوزیان، **محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف‌کننده**، پیشین، ص ۳۳۰.

[۴]. امینی و صداقتی، صص ۲۰۴ و ۲۰۸.

[۵]. طجرلو، پیشین، ص ۲۰۶ و سلطان‌احمدی، پیشین، ص ۱۰۰.

[۶]. ر. ک. کیشتینی، پیشین، ص ۹۰.

گاهی تعادل قرارداد در حین اجرای عقد به‌هم می‌خورد؛ برای نمونه، تعذر[1] یا تعسر[2] در اجرای قرارداد منتج به انفساخ، فسخ یا تعدیل قرارداد می‌شود. آن‌گاه، مبنای تعدیل امور شخصی، مثل مراجعه به اراده مشترک طرفین در حین عقد یا امور عینی، مثل مراجعه به قواعد انصاف و حسن‌نیت است.[3] پس، تعدیل‌های قانونی و به‌ویژه قضائی، در راستای رعایت عدالت معاوضی بوده و تعدیل‌های قراردادی منشأ در اراده دارد. بااین‌حال، گاه رویه قضائی به‌گونه‌ای است که گاه مفاد اراده را در نفی تعدیل نادیده می‌گیرد؛ در اینجا، عدالت معاوضی برای حقوق مهم است.[4]

در باب نقض قرارداد نیز، هرگاه نگاه اخلاقی و وظیفه‌گرایانه به قرارداد داشته‌باشیم، نمی‌توان نقض را برتافت؛ مگر خارج از اراده متعهد باشد. مثل دخالت حاکمیت یا قوه قاهره که در این فروض نیز باید تلاش لازم جهت اجرای تعهد صورت گیرد و با رفع مانع، همچنان تعهدات مجراست. اما اگر نگاه نتیجه‌گرایانه حاکم باشد، نقض ارادی قرارداد را با استناد به‌خیر عمومی (ایجاد ثروت) می‌توان پذیرفت؛ مثل نظریه نقض کارآمد.[5] در اینجا نیز قانون‌گذار با اعطای اختیار به قاضی، نقض را نادرست تلقی نمی‌کند.

در زمینه خاتمه عقد، خیارات قانونی را حاصل حمایت از اراده ضمنی طرفین (میرزای نایینی) یا حاصل به‌هم خوردن تعادل قراردادی (ضرر) و اعمال قاعده لا ضرر (شیخ انصاری) می‌دانند.[6] اما باید بین خیارات تفاوت گذاشت؛ خیار غبن مبتنی‌بر رعایت عدالت معاوضی بوده و سود طرفین اهمیت اساسی دارد؛ هرچند که در فرض جهل طرف به قیمت حاکم است.[7] همچنین است خیار تعذر تسلیم یا خیار تفلیس و حتی خیار تأخیر ثمن. در برابر، خیار شرط و تخلف از شرط و و رؤیت و تخلف از وصف و تبعّض صفقه، کاملاً تابع توافق اراده‌هاست. اما خیار عیب از خیارات است که راه میانه را برگزیده و سعی کرده است از هر یک بهره‌ای ببرد؛ چراکه معیوب بودن مبیع (ضرر) نسبت به آنچه توافق‌شده (اراده) سنجیده می‌شود، نه هر کالای سالمی؛ چنان‌که اگر مشتری کالای دست دوم بخرد، برخی عیوب آن را پذیرفته‌است. در باب خاتمه عقد به طرق دیگر، از جمله، ماده ۲۵۲ ق. م. ضرر را حاکم بر اراده دانسته و به اصیل اجازه به‌هم زدن معامله فضولی را، در فرض تأخیر ضرری، می‌دهد[8] و این تقدیم قواعد اقتصاد بر حقوق است. پس، دلایل بسیاری هست که اهمیت عدالت معاوضی در خاتمه عقد روشن است؛ اما اینکه بخواهیم آن را مقدم بر حاکمیت اراده بدانیم، تردید هست. در حقیقت، در بسیاری از موارد که تعادل قرارداد بهم می‌خورد، باز شرط خاتمه عقد دو چیز است که پیوند وثیقی با اراده دارد: یکی، جهل طرف و دیگری خاتمه عقد با ارادهٔ اوست.

همچنین، مقررات قانونی، مثل انفساخ عقد در صورت تلف مبیع قبل از قبض، سعی در برقراری تعادل میان عوضین می‌کند. در معاملات حمایتی، مثل معاملات تجار با مصرف‌کننده، باز تعدیل در فرض اسقاط حق مصرف‌کننده برای قانون‌گذار مهم است؛ مثلاً مصرف‌کنندگان در فضای مجازی همچنان دارای حق بازپس دادن کالا هستند (ر. ک. ماده ۳۷ ق. تجارت الکترونیکی). چراکه ممکن است رضایت طرف‌های قرارداد از سر ناآگاهی باشد یا از سر ناچاری. بنابراین، گاهی قانون‌گذار این بنیادها را در نظر می‌گیرد و در قرارداد شروط گریزناپذیری می‌گذارد یا در نوع قرارداد از مصرف‌کننده

---

1. Force Majeure
2. Hardship

۳. ر. ک. کاتوزیان، امیرناصر، ***قواعد عمومی قراردادها***، جلد سوم، پیشین، صص ۱۰۳ و بعد.

۴. برای نظر مخالف، ر. ک. کریمی و علی‌پور قوشچی، پیشین، ص ۱۰۸

۵. ر. ک. محمدی، سام و حسام کدیور، «نقض کارآمد قرارداد در حقوق ایران»، *حقوق خصوصی*، دوره ۱۳، شماره ۲، ۱۳۹۵، ص ۲۹۳.

۶. ر. ک. کاتوزیان، ***قواعد عمومی قراردادها***، جلد پنجم، پیشین، صص ۲۳۳ و بعد.

۷. ر. ک. کریمی و علی‌پور قوشچی، پیشین، ص ۱۰۵؛ ایشان قائل‌اند که اساساً نیاز به مبنای عدالت معاوضی نیست.

۸. ر. ک. کاتوزیان، ***قواعد عمومی قراردادها***، جلد دوم، ص ۱۴۳.

و کارگر حمایت می‌کند. پس، اصل بر عدالت معاوضی است؛ مگر اینکه این توازن با اراده به‌هم بخورد؛ در آن صورت، اراده مقدم است. منتها، اراده می‌بایست سالم باشد و نیز تحت اکراه، اضطرار، جهل و... نباشد.

خلاصه اینکه، در فرض تزاحم عدالت معاوضی با اراده در قرارداد، اساساً اراده حاکم است؛ مگر بی‌عدالتی فاحش باشد و نشان دهد که اراده تحت‌تأثیر قرار گرفته است. آنگاه حقوق به‌طرف مقابل حق فسخ می‌دهد. شاید فرضی را بتوان آورد که حتی اگر اراده آگاه باشد، باز می‌توان به عقد خاتمه داد[۱] یا وقتی که عقد بی‌معنا شده باشد (تعذّر تسلیم). آن‌گاه قطعاً عدالت حاکم است؛ مگر اینکه قالب را به‌صورت هبه و... درآورند. پس، سایه اراده همچنان بر سر قرارداد هست. غبن فاحش را به‌دلیل نقص اراده (جهل) پذیرفته‌اند و به‌طرف اختیار فسخ داده‌شده‌است؛ همچنین، اگر غبن افحش و تعذر تسلیم باشد، باز اراده ملاک است و اختیار فسخ می‌آورد؛ در تعذر تسلیم گاهی بطلان هست. نتیجه اینکه، به نظر می‌رسد که اراده در اولویت حقوق ایران است.

منتها، اگر اراده مهم است، چرا هرگاه قراردادی قبل از اجرای تعهدات، خاتمه یابد، طرف مقابل باید کل عوض را بازگرداند یا در صورتی که موضوع عقد تلف شود، ملزم به پرداخت عوض نیست؟ حتی می‌توان پیش‌تر رفت و گفت: قانون‌گذار با اشاره به توافقات ضمنی و فرضی در بازار، که خلاف احکام رقابت باشد، مفهوم این‌گونه توافقی را پذیرفته، که گاه حتی بدون آگاهی و اراده طرف و تنها همراه نفع شخصی دو یا چند بنگاه است.[۲] بنابراین، مصداق قرارداد بدون اراده پذیرفته شده و تابع احکام قراردادهاست.

ضمان معاوضی یکی از مصادیق قاعده تأثیر امور موضوعی بر احکام است؛ اما چون توجه حقوق‌دانان سنتی را جلب نکرده‌است، سعی کرده‌اند آن را در قالب استثنا توجیه کنند. یعنی، از طرفی قانون‌گذار مشروعیت عقود را منوط به وجود برابری عرفی کرده و از طرف دیگر، طرفین عقد برای تحصیل عوض یا معوض اقدام به قرارداد می‌کنند؛ هرگاه حادثه‌ای سبب شود که این تعادل از بین برود، قاعده کلی عدالت قراردادی و نیز اراده طرفین حاکم است. ازاین‌رو، با تلف مبیع قبل از تسلیم آن، عقد متأثر می‌شود. این انفساخ به شرطی است که از ابتدا طرفین از این تلف خبر نداشته‌باشند که آن‌گاه عقد از ابتدا باطل است.

بر این اساس، گاه نیازمند شناسایی دخالت حاکمیت هستیم. آن‌گاه شاید بتوان با قاعده لا ضرر دخالت حاکم را در اعمال قیمت منصفانه توجیه کرد.[۳] در حقیقت، حاکمیت اراده حکم اولیه و ضرری است که با حکم به قیمت منصفانه تعدیل می‌شود و این تنها در مواقع اضطراری رو است.

در حقوق، البته مسائل مهم‌تر از اراده طرفین و حتی رعایت عدالت معاوضی هم هست؛ برای نمونه، قانون‌گذار هیچ‌گاه اجازه نمی‌دهد که شخصیت طرفین موضوع معامله قرار گیرد؛ مگر به‌صورت محدود (ر. ک. م. ۹۵۹ و ۹۶۰ ق. م.).[۴] در اینجا، کرامت انسانی مهم است یا روا نمی‌دارد که نظم بازار به‌هم ریخته شود (ر. ک. ق. اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴). در اینجا، کارایی قراردادها مهم است.[۵]

---

[۱]. غبن افحش در رویه قضایی اینگونه است.

[۲]. غفاری فارسانی، بهنام، ***حقوق رقابت و ضمانت‌اجراهای مدنی آن***، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۳، ص ۳۳۶.

[۳]. ر. ک. رجبی، عبداله، «جایگاه احکام رقابت در حقوق ایران»، در: جعفری، امین (به کوشش)، *ارمغان عمر؛ مجموعه مقالات در نکوداشت استاد دکتر محمود عرفانی*، تهران: جنگل، ۱۳۹۹، ص ۷۳.

[۴]. باریکلو، علیرضا، *حقوق مدنی (۱): اشخاص و حمایت‌های حقوقی آنان*، تهران: مجد، چاپ ششم، ۱۳۸۹، صص ۵۶ و بعد.

[۵]. ر. ک. لطفی، حسن، «کارآیی اقتصادی و دخالت دولت در قراردادها»، پیشین، ص ۱۵۴.

نتیجه‌گیری

می‌توان بر آن بود که در قراردادها، آزادی اراده در کنار تقابل و توازن عوضین مهم است. یعنی هر دو دنبال یک هدف هستند و ابتنای حقوق قرارداد بر یکی از مبانی منتفی است. پس، اگر همه خواسته‌های دو طرف را در نظر بگیریم، به نتیجه مشترک می‌رسیم؛ چراکه هر فرد متعارفی (عاقل و بالغ و رشید دارای اهلیت قراردادی) در پی معامله عادلانه است و هرچه می‌دهد، در قبال آن چیزی می‌ستاند؛ پس، توافق، درون خود تعادل هم دارد.

با این‌همه، نباید همیشه این‌گونه اندیشید؛ حاکمیت اراده در قراردادها به‌معنای انطباق محتوای قرارداد با اراده طرفین است. اما اگر الزامی باشد که به‌واسطه آن اراده مستقل نباشد، مثلاً با چیزی مثل انصاف منطبق باشد، نمی‌توان از حاکمیت مطلق اراده سخن گفت. به‌علاوه، گاهی تنها یکی از این دو، شرط است یا این نسبت‌ها به شیوه‌های گوناگون وجود یا شدت و ضعف دارد. بنابراین، ممکن است اراده طرفین بر این تعلق گیرد که عوضین قرارداد متعادل باشد یا اینکه طرفین مصلحت را در این ببینند که قرارداد متعادل نباشد. پس، در عمل تطابق و تعارض مفاد اراده و الزامات قانونی قرارداد مطلق نیست؛ گاه اراده طرفین و گاه نفع آنان مهم است. قانون‌گذار نیز با نظر به نیاز عملی جامعه گاهی به عدالت اهمیت می‌دهد و گاه به توافق. منتها مشکل آنجاست که هیچ‌گاه قانون‌گذار به‌صورت کلی، به این تفکیک یا اثر مدنظر تصریح نکرده‌است. بنابراین، دست‌کم اراده نظام حقوقی در این خصوص مشخص نیست.

به نظر می‌رسد که ماده ۱۰ قانون مدنی بر پایه حاکمیت اراده نگاشته شده‌است؛ یعنی قانون‌گذار قرارداد را نتیجه اراده می‌دانسته، نه نتیجه برخورد منافع طرف‌های آن. منتها نباید تنها به فکر حمایت از وفای به عهد بود (که البته مورد تأکید سنن اخلاقی جامعه است)؛ بلکه باید از راه‌های دیگر هم رفت و قرارداد را وسیله اجرای عدالت یا بهبود وضع اخلاقی یا اقتصادی جامعه هم دانست.

هرگاه به‌دنبال یافتن نسبت اراده و تعادل باشیم، باید گفت که اراده شرط لازم هر حکم حقوقی است؛ هرچند شرط کافی نیست و اما گاهی واقعه خارجی مثل نفع طرفین اهمیت می‌یابد. در حقیقت، نباید اشخاص را به شروع رابطه مجبور کرد (آزادی اراده)؛ اما ادامه این رابطه، فقط وابسته به اراده ابتدایی طرفین نیست و تابع لوازم نظم عمومی اقتصادی و وضعیت خارجی است.

به‌صورت رتبی، می‌توان بر این نظر بود که حاکمیت اراده قوت یا ضعف دارد. به دیگر سخن، می‌توان عقود را دسته‌بندی کرد و گفت که از میان آنها، در برخی حاکمیت اراده و در برخی دیگر، تعادل قراردادی مهم است؛ در قراردادهای مدنی این تعادل برای نظام حقوقی ملموس نیست؛ چراکه ممکن است مابه‌ازای اقتصادی نداشته‌باشد، مثل هبه به خویشان؛ اما در قراردادهای تجاری، که عوضین اهمیت بیشتری نسبت به طرفین عقد دارد، تعادل عقد و عوضین برای نظام حقوقی ملموس‌تر است. آنگاه، در عقود تجارتی تعادل قرارداد و در عقود مدنی، حاکمیت اراده مقدم است. همچنین، می‌توان گفت که در قراردادهای مستمر، نقش اراده تنها در ابتدا و برای قرار دادن فرد در موقعیت قراردادی است؛ بعد از آن، اقتصاد و عدالت معاوضی همه‌چیز را مشخص می‌کند. چراکه از دغدغه‌های قانون‌گذاران رعایت عدالت است و عدالت نیز مبنای بسیاری از احکام است. ازاین‌رو، قراردادی که مخالف عدالت باشد، نقص دارد.

منابع

کتاب

۱. باریکلو، علیرضا، ***حقوق مدنی (۱): اشخاص و حمایت‌های حقوقی آنان***، تهران: مجد، چاپ ششم، ۱۳۸۹.

۲. پولانزاس، ن. آر.، ***فلسفه حقوق***، ترجمه دکتر نجادعلی الماسی، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۶.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ***مجموعه محشّی قانون مدنی***، تهران: گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۲.

٤. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ***مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام***، تهران: گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۸۲.

٥. سندل، مایکل، ***عدالت: کار درست کدام است؟***، ترجمه حسن افشار، تهران: مرکز، چاپ ششم، ۱۴۰۰.

۶. شهیدی، مهدی، ***حقوق مدنی***، جلد اول (تشکیل قراردادها)، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۸۲.

۷. شیروی، عبدالحسین، ***حقوق قراردادها (انعقاد، آثار و انحلال)***، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۹۶.

۸. غفاری فارسانی، بهنام، ***حقوق رقابت و ضمانت‌اجراهای مدنی آن***، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۳.

۹. کاتوزیان، امیرناصر، ***قواعد عمومی قراردادها***، جلد پنجم (انحلال قرارداد – خیارات)، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۷۶.

۱۰. کاتوزیان، امیرناصر، ***قواعد عمومی قراردادها***، جلد اول (مفهوم عقد، اعتبار و انعقاد قرارداد)، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۷۶.

۱۱. کاتوزیان، امیرناصر، ***قواعد عمومی قراردادها***، جلد دوم (انعقاد و اعتبار قرارداد؛ ضمانت اجرای شرایط اساسی معامله؛ نظریه بطلان و عدم نفوذ)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۹.

۱۲. کاتوزیان، امیرناصر، ***قواعد عمومی قراردادها***، جلد سوم (آثار قرارداد)، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۷۶.

۱۳. کیشتینی، نائل، ***قصه کوتاه اقتصاد***، ترجمه عبداله رجبی، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۴۰۴.

مقاله

۱٤. امینی، منصور و علی صداقتی، «قراردادهای اجباری»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۱۴، شماره ۵۵، ۱۳۹۰، صص۲۱۲-۱۹۹.

۱٥. آهنگران، محمدرسول و مهدی سعیدی، «بازخوانی مبانی مشروعیت قراردادهای نامعین با رویکردی تطبیقی در حقوق اسلامی»، *دو فصلنامه دانش حقوق مدنی*، دوره ۵، شماره ۲، ۱۳۹۵، صص ۱۵-۱. Doi: 20.1001.1.23221712.1395.5.2.1.3

۱٦. دادمرزی، سیدمهدی و محمد بافهم، «حیله و تقلب نسبت به قانون از طریق عقد صلح»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۹، شماره ۳، ۱۳۹۸، صص ۴۶۲-۴۴۵. Doi: 10.22059/jlq.2019.264908.1007086

۱۷. رجبی، عبداله، «جایگاه احکام رقابت در حقوق ایران»، در: جعفری، امین (به کوشش)، *ارمغان عمر؛ مجموعه مقالات در نکوداشت استاد دکتر محمود عرفانی*، تهران: جنگل، ۱۳۹۹، صص ۸۰-۶۳

۱۸. رجبی، عبداله،«قانون مدنی نمود پرگویی»، *مجموعه مقالات یادنامه سید محمد فاطمی قمی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۴۰۰، صص ۴۴۵-۴۱۷.

۱۹. سلطان‌احمدی، جلال، «حقوق قرارداد و عدالت توزیعی»، *دو فصلنامه دانش حقوق مدنی*، دوره ۸، شماره ۲، ۱۳۹۸، صص. ۹۹-۱۱۶. Doi: 10.30473/CLK.2020.49979.2665

۲۰. شهابی، مهدی و مریم جلالی، «نقد نظریه سنتی یا لیبرال قرارداد با تأکید بر رویکرد انتقادی روبرتو آنگر»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۶، شماره ۲، ۱۳۹۵، صص ۲۶۳-۲۴۵. Doi: 10.22059/jlq.2016.58408

۲۱. طجرلو، رضا، «برداشت تئوریک بر دخالت دولت در محدود کردن آزادی قراردادها (با رجوع به سیستم حقوقی انگلیس)»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۳۸، شماره ۳، ۱۳۸۷، صص ۲۰۹-۱۹۱. Doi: 20.1001.1.25885618.1387.38.3.10.1

۲۲. فرهان‌فر، فاطمه و جلیل قنواتی، «اصول اساسی حقوق قراردادها در نظام حقوقی کامن‌لا (با تأکید بر حقوق انگلیس و آمریکا)»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۸، شماره ۲، ۱۴۰۲، صص ۱۸۰-۱۵۷. Doi: 10.48308/jlr.2024.232411.2544

۲۳. کاتوزیان، امیرناصر، «محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف‌کننده»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۳۸، شماره ۳، ۱۳۸۷، صص ۳۴۲-۳۲۷. Doi: 20.1001.1.25885618.1387.38.3.17.8

۲۴. کریمی، عباس و سلمان علی‌پور قوشچی، «ناسازگاری مفهوم تعادل قراردادی با نظریه سنتی یا لیبرال حقوق قراردادها»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۵۱، شماره ۱، ۱۴۰۰، صص ۱۱۲-۹۷.Doi: 10.22059/jlq.2021.267534.1007118

۲۵. لطفی، حسن، «مبنای دخالت دولت در قراردادها: عدالت توزیعی یا تصحیح؟»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۸، شماره ۳، ۱۳۹۷، صص ۵۶۷-۵۴۷. Doi: 10.22059/jplsq.2018.240679.1576

۲۶. لطفی، حسن، «کارآیی اقتصادی و دخالت دولت در قراردادها»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، دوره ۲۳، شماره ۸۱، ۱۳۹۷، صص ۱۶۶-۱۳۹.

۲۷. محمدی، سام و حسام کدیور، «نقض کارآمد قرارداد در حقوق ایران»، حقوق خصوصی، دوره ۱۳، شماره ۲، ۱۳۹۵، صص ۲۹۵-۲۷۵. Doi:10.22059/JOLT.2016.60951

References

Books

1. Barikloo, Alireza, *Civil Law (Persons & Their Right Protection)*, Tehran: Majd, Sixth Edition, 2010. (In Persian).
2. Benson, Peter. *The Theory of Contract Law*, Cambridge University Press, First Edition, 2001.
3. Black, Oliver. *Agreements: A Philosophical and Legal Study*, Cambridge University Press, 2012.
4. Cooter, Robert & Thomas Ulen, *Law & Economics*, Pearson, Sixth Edition, 2012.
5. Eisenberg, Melvin A. *Fundamental Principles of Contract Law*, Oxford University Press, First Edition, 2018.
6. Fried, Charles. *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, Harvard University Press, 1981.
7. Ghaffari Farsani, Behnam, *Competition Law & its Sanctions*, Tehran: Mizan, First Edition, 2014. (In Persian)
8. Ja'fari Langroudi, Mohammad Ja'far, *Commentaries on Iranian Civil Cide*, Tehran: Ganj-e-Danesh, Second Edition, 2003. (In Persian)
9. Ja'fari Langroudi, Mohammad Ja'far, *Schools of Islamic Law*, Tehran: Ganj-e- Danesh, Third Edition, 2003. (In Persian)
10. Katouzian, Nasser, *Iranian Civil Law: General Principles of Contracts*, Volume 1 (Concept of contract, validity and conclusion of contract), Tehran: Sahami Enteshar Company, Third Edition, 1997. (In Persian)
11. Katouzian, Nasser, *Iranian Civil Law: General Principles of Contracts*, Volume 2 (Conclusion and validity of the contract; guarantee of execution of the essential terms of the transaction; theory of invalidity and non-influence), Tehran: Sahami Enteshar Company, 2000. (In Persian)
12. Katouzian, Nasser, *Iranian Civil Law: General Principles of Contracts*, Volume 3 (Effects of the contract), Tehran: Sahami Enteshar Company, Second Edition, 1997. (In Persian)
13. Katouzian, Nasser, *Iranian Civil Law: General Principles of Contracts,* Volume 5 (Contract Termination-Options), Tehran: Sahami Enteshar Company, Second Edition, 1997. (In Persian)
14. Kishtainy, Niall, *A Little History of Economics*, Translated By: Abdollah Rajabi, Tehran: Sahami Enteshar Company, First Edition, 2025. (In Persian)
15. Poulantzas, Nicos, *Philosophy of Law*, Translated by: NejadAli Almasi, Tehran: Mizan, First Edition, 2007. (In Persian)
16. Sandel, Michel, *Justice What's the Right Thing to Do?* Translate By: Hassan Afshar, Tehran: Markaz, Sixth Edition, 2021. (In Persian)
17. Shahidi, Mehdi, *Civil Law*, Volume 1 (Formation of contracts), Tehran: Majd, First Edition, 2003. (In Persian)
18. Shiravi, Abdollah, *Contract Law (Formation, Effects and Dissolution)*, Tehran: Samt, First Edition, 2017. (In Persian)

19. Tebbit, Mark. *Philosophy of Law: An Introduction*, Routledge, Third Edition, 2017.
20. Weinrib, Ernest, J. *The Idea of Private Law*, Oxford University Press, 2012.

Articles

21. Ahangaran, Mohammad Rasoul and Mehdi Sa'eedi. "A Review of the Principles for the Legitimacy of the Indefinite Contracts in the Islamic Law through a Comparative Approach", *Bi-Quarterly Journal of Civil Law Knowledge*, Volume 5, Issue 2, 2016, PP 1-15. (In Persian) Doi: 20.1001.1.23221712.1395.5.2.1.3
22. Amini, Mansour and Ali Sedaghati, "Mandatory Contracts", *Legal Research Quarterly*, Volume 14, Issue 55, 2011, PP 199-212. (In Persian)
23. Craswell, Richard. "Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising", *Michigan Law Review*, Volume 88, 1989, PP 489-529. Doi: 10.2307/1289110
24. Dadmarzei, Sayyed Mehdi and Mohammad Bafahm, "Evade the Net of Law Using Transaction", *Law Quarterly*, Volume 49, Issue 3, 2019, PP 445-462. (In Persian) Doi: 10.22059/jlq.2019.264908.1007086
25. Dworkin, Ronald. "Is Wealth a Value?", *Journal of Legal Studies,* Volume 9, Issue 2, 1980, PP 191-226.
26. Farhan-Far, Fatemeh and Jalil Ghanavati. "The foundational principles of contract law in the Common law (with emphasis on English and American law)", *Legal Research Quarterly*, Volume 28, Issue 2, 2025, PP 157-180. (In Persian) Doi: 10.48308/jlr.2024.232411.2544
27. Karimi, Abbas and Salman Alipoor Ghooshchi, "Incompatibility of Contractual Equilibrium with Traditional or Liberal Contracts Theory", *Quarterly Journal of Private Law Studies*, Volume 51, Issue 1, 2021, PP 97-112. (In Persian) Doi: 10.22059/jlq.2021.267534.1007118.
28. Katouzian, Amir Nasser, "The Limits on Freedom of Contract Based on Consumer Protection", *Quarterly Journal of Private Law Studies*, Volume 38, Issue 3, 2008, PP 327-343. (In Persian) Doi: 20.1001.1.25885618.1387.38.3.17.8
29. Lotfi, Hassan, "Economic Efficiency and Government Intervention in the Contracts", *The Quarterly Journal of Judicial Law Views*, Volume 23, Issue 81, 2023, PP 139-166. (In Persian)
30. Lotfi, Hassan, "Foundation for Government Intervention in Contracts: Corrective Justice or Distributive Justice?", *Public Law Studies Quarterly*, Volume 48, Issue 3, 2018, PP 547-567. (In Persian) Doi: 10.22059/jplsq.2018.240679.1576
31. Mohammadi, Sam and Hessam Kadivar, "A critique of "Efficient Breach of Contract" Theory in Iranian Legal System", *Private Law Quarterly*, Volume 13, Issue 2, 2016, PP 275-295. (In Persian) Doi: 10.22059/jolt.2016.60951
32. Murphy, Liam. "The Practice of Promise and Contract", In: Klass, Letsas AND Saprai (eds.), *Philosophical Foundations of Contract Law*, Oxford University Press, 2019, PP 151-170.
33. Posner, Eric A. "A Contract Theory", In: Golding & Edmundson (eds.) *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing, 2005.
34. Rajabi, Abdollah, "The Verbosity of Civil Code", *The Memorial of Sayyed Mohammad Fatemi Ghomi*, Tehran: Sahami Enteshar Company, 2021, PP 417-445. (In Persian)
35. Rajabi, Abdollah., "The Role of Competition Law in Iranian Legal System", In: Ja'Fri, Amin (ed.), *The Gift of Lifetime; Collection of Articles in Tribute to Professor Dr. Mahmoud Erfani*, Tehran: Jungle, 2020, PP 63-80. (In Persian)
36. Shahabi, Mehdi and Maryam Jalali. "Criticism of Traditional or Liberal Theory of Contract Whit an Emphasis on Critical Approach of Roberto Unger", *Quarterly Journal of Private Law Studies*, Volume 46, Issue 2, 2016, PP 245-263. (In Persian) Doi: 10.22059/jlq.2016.58408
37. Soltan Ahmadi, Jalal. "Contract Law and Distributive Justice", *Bi-Quarterly Journal of Civil Law Knowledge*, Volume 8, Issue 2, 2019, PP 99-116. (In Persian) Doi: 10.30473/clk.2020.49979.2665

38. Tajarloo, Reza, “Theoretical Approach on State Interference in Limiting the Freedom of Contract with Reference to English Legal System”, *Quarterly Journal of Private Law Studies*, Volume 38, Issue 3, 2008, PP 191-209. (In Persian) Doi: 20.1001.1.25885618.1387.38.3.10.1

Legal Research, Vol 29, Issue 113, 2026: 205-222 Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Journal of Legal Research
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

Orginal Article

Study on Floating Performance in Irans' Contractual Obligations System

Amir Karimi[1], Taher Habibzade[2]

Highlights

- Floating performance of obligations is a tool to reduce the risk of market fluctuations during the execution of the contract.
- Determining the minimum and maximum range and establishing a calculation criterion prevents ambiguity in payment.
- The use of modern financial instruments in the legal system is a necessity for new interactions

ABSTRACT

Introduction

If we look at the flow of markets through the lens of behavioral economics, we find that reducing risk and fostering psychological assurance in the complex and volatile interactions of the contemporary era are of particular importance. The dynamic nature of economic variables such as inflation rates and global prices has created a turbulent environment for trade, redoubling the necessity for developing novel legal tools to manage these uncertainties. On the other hand, experience has shown that imposing restrictions does not necessarily steer commerce towards being productive. Instead, by providing diverse tools tailored to the complex needs of market participants, one can expect better efficiency and flexibility from the flow of economic exchanges. In this regard, "Floating Performance of Contractual Obligations, "as a novel and efficient tool, enables the adaptation of the performance of obligations to unforeseen economic fluctuations and significantly reduces the negative risk of non-performance of obligations in volatile markets like Iran. This research aims to investigate the feasibility of accepting "Floating Performance" in Iran's legal system and to elucidate its conditions, frameworks, and legal requirements. The main research questions are: Is this flexible mechanism compatible with Iran's legal principles? How can it be recognized and implemented within the framework of the existing legal system? The ultimate goal is to provide an operational model for using this tool in domestic and international long-term contracts.

Method

This research has been conducted using an analytical-descriptive method and relying on extensive library resources, including legal texts, specialized books and articles, domestic laws—especially the Civil Code and the Commerce Code—and important international documents such as the (CISG) and the UNIDROIT (PICC). The working method is structured as follows: Initially, to establish a common conceptual

How to Cite: Karimi, Amir, Habibzade, Taher, "Study on Floating Performance in Irans' Contractual Obligations System", Legal Research, Vol. 29, No. 113, 2026, pp: 205-222.

DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2025.241109.2942 Received: 18/08/2025-Accepted: 17/11/2025

1. L.L.M. Student, Faculty of Islamic Studies & Law, Imam Sadiq University (AS), Tehran, Iran
Corresponding Author Email: amirkarimi8090@gmail.com
2. Assistant Professor, Faculty of Islamic Studies & Law, Imam Sadiq University(AS), Tehran, Iran

Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

foundation and prevent misunderstanding, fundamental and key concepts of the research topic, such as "obligation, " "performance, " and "floating, " were scrutinized and carefully considered. Then, this novel mechanism and its methods of operationalization in contracts were introduced. In the next step, to enrich the analysis, an overview of international documents and judicial and arbitral precedents in foreign legal systems was provided to offer a brief perspective on globally accepted findings and solutions. Finally, the fundamental challenges and key legal questions related to the implementation of the floating performance mechanism, especially from the perspective of Iran's legal system with an emphasis on the concept of *gharar* (prohibited uncertainty) and the rules concerning the determinability of the subject matter, were discussed.

Results and discussions

The obligation, as a central concept in contract law, has not received the in-depth analytical and practical attention it deserves in Iran's legal literature. This is despite the fact that this term is used extensively and frequently in the Iranian Civil Code, and its pivotal role in creating legal relations is undeniable. A fundamental characteristic of an obligation, from the authors' perspective, is its possession of a financial equivalent or economic value; this characteristic is the key to solving the puzzle of accepting floating performance. Floating performance enables the value of the obligation over the long term not as a fixed figure, but based on a "calculable and transparent criterion" that specifies the value at any moment of performance. For example, determining the price based on a computational formula combining costs and fees according to officially announced rates or expert-determined rates are instances of such criteria. By establishing a "defined and calculable range, " floating performance of obligations not only does not lead to destructive ignorance or ambiguity according to common customary standards at the time of forming the obligation, but as a self-regulating mechanism, it also effectively prevents post-contractual ignorance and loss resulting from unforeseen fluctuations and is entirely consistent with the principle of freedom of will in contract law. This method is specific to time-bound contracts and can be implemented with enforcement guarantees such as automatic adjustment or dissolution of the contract in case of a breach of the defined range. The main challenge in accepting this institution is the perception of it falling within the bounds of uncertainties and *gharar*. Divergent views in the Iranian legal doctrine, attributed to the opinions of Shia jurists, have sometimes led to an inflexible perspective on the category of ignorance and ambiguity in contractual matters, which, although suitable for regulating relations in traditional societies and simple markets of the past, lacks the necessary efficacy for addressing the complexities of modern commercial interactions. If we distance ourselves from this inflexible view and analyze the customary and functional meaning of ignorance, *gharar*, and ambiguity according to the needs and practices of each market, this challenge will naturally appear solvable; as evidenced by its successful implementation in similar contracts like large-scale construction projects and in contracts of the securities market and futures contracts. Furthermore, contrary to the prevalent perspective in our legal doctrine, which primarily views matter from an ex-ante standpoint at the time of contract formation, one of the most important types of ignorance in today's commercial relations is "post-contractual ignorance" arising from unexpected fluctuations and the inherent complexity of economic affairs. The floating performance mechanism can provide fundamental assistance for the voluntary and automatic adaptation of the parties to these fluctuations in changing conditions, regardless of whether the possibility of such fluctuations had occurred to the parties at the time of conclusion. This institution is a clear manifestation of the sovereignty of will and modern rationality in risk management.

Conclusion

In conclusion, the floating performance of obligations is not only compatible with Iran's legal principles, particularly the principle of party autonomy and the rules of contract interpretation, but it also seems an undeniable necessity for Iran's legal system due to its ability to reduce contractual risk, increase flexibility and efficiency in contracts, and strengthen confidence in volatile markets. Understanding this compatibility and leveraging its benefits requires an updated, application-oriented, and custom-based approach to the contemporary needs of the economy and trade. It is suggested that the legislature, by enacting specific regulations or adding articles to the Civil and Commerce Codes, establish a transparent and precise framework for using this method to prevent future disputes. Furthermore, educating judges, legal practitioners, and economic actors to understand, accept, and correctly apply this novel mechanism is the next essential step towards its successful implementation and institutionalization within Iran's legal and commercial system.

Keywords: Floating Performance, Equivalent Commitment Value, Calculation Criteria, Price Volatility, Risk**.**

فصلنامه تحقیقات حقوقی
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

مقاله علمی-پژوهشی

مطالعه‌ای بر ایفای شناور در نظام حقوق تعهدات قراردادی ایران

امیر کریمی[۱]، طاهر حبیب‌زاده[۲]

نکات برجسته

- ایفای شناور تعهدات، ابزاری در راستای کاهش ریسک نوسانات بازار در طول اجرای قرارداد است.
- تعیین بازه حداقل و حداکثر و ایجاد ضابطه محاسبه، مانع از ابهام در پرداخت است.
- استفاده از ابزارهای نوین مالی در نظام حقوقی، لازمه تعاملات جدید است.

چکیده

نظام حقوق تعهدات قلب تپنده نظام حقوقی است که باید همواره در حفظ و حراست آن کوشید. یکی از اقدامات موردنیاز در این زمینه، به‌روز نگهداری این بخش از نظام حقوقی در مواجهه با نیازهای روز جامعه هدف است. از اقتضائات جامعه امروز فراهم نمودن شرایطی است که بتواند ایفای تعهدات بسیط و مرکب بلندمدت را تسهیل کند. ایفای تعهدات بلندمدت به‌صورت شناور ازجمله ابزارهایی است که زمینه را برای ایفای به تعهدات بلندمدت در وضعیت اقتصادی امروز جامعه مهیا می‌کند و نیز این امکان را به بازی‌کنندگان بازار می‌دهد تا سرمایه‌گذاری‌های خود را با ریسک محدودتری انجام دهند که خود جذابیتی دوچندان برای بازارهای ایران است. بازارهایی که گاهی تغییرات در آنها در ساعات مختلف یک روز بسیار چشمگیر است و شایسته است ایفای تعهدات به‌سمتی رود که کشش این حجم از تغییرات را به‌صورت شناور در یک بازه داشته باشد. در این نوشته تلاش شده است ضمن تعریف این مدل از ایفای تعهدات به این سؤال پاسخ داده شود که آیا چنین روشی می‌تواند وارد نظام حقوقی ما شود؟ به نظر نویسندگان پاسخ به این سؤال مثبت است و حتی مشابه این روش در عمل مورد استفاده اهالی بازار قرار گرفته است و نیاز به شناسایی رسمی حقوقی و حمایت قانونگذار را دارد.

کلید واژگان: ایفای شناور، معادل ارزش تعهد، ضابطه محاسبه، نوسان قیمت، ریسک.

استناد به این مقاله: کریمی، امیر، حبیب‌زاده، طاهر، «مطالعه‌ای بر ایفای شناور در نظام حقوق تعهدات قراردادی ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۳، فروردین ۱۴۰۵، صص: ۲۰۵-۲۲۲.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۵/۲۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۸/۲۶ DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2025.241109.2942

۱. دانشجوی کارشناسی‌ارشد، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق(ع)، تهران ایران
ایمیل نویسنده مسئول: amirkarimi8090@gmail.com
۲. استادیار، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق(ع)، تهران، ایران

Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

مقدمه

ایفای تعهدات قراردادی بخشی از نظام حقوق تعهدات است که همواره باید در عین حفظ چارچوب و مبانی، مطابق با نیاز روز جامعه حرکت کند. منطقاً سبک جدید تعاملات حقوقی در حوزه تعهدات، ممکن است سبک جدیدی از ایفای تعهدات را نیز طلب کند. اگر خلاف این باشد نه‌فقط به استحکام تعاملات میان افراد ضربه وارد می‌آید، بلکه مانعی میان نظام حقوق تعهدات و پویایی لازم در ورطه عمل ایجاد می‌شود و چنین نظامی در بنیان خود دچار سستی خواهد شد؛ چراکه مردمان آن را کارا نیافته، در روابط فی‌مابین جریانی را برای دور زدن مقررات پیش می‌گیرند. این ایده‌پردازان و واضعان قانون‌اند که باید ورودی‌های جدید به گستره تعاملات را بررسی و پیش‌بینی کنند، مطابق با مصالح و مفاسد، آنها را بومی‌سازی کنند یا ممنوع سازند تا نقش حمایتی قانون را برقرار گردانند.

موضوع ایفای شناور تعهدات که با عناوینی همچو «پرداخت شناور»،[1] «دین شناور»[2] و «ثمن شناور»[3] نیز نزدیک است، سبکی نسبتاً جدیدی در ایفای تعهدات قراردادی زمان‌بر است که تلاش می‌کند تا ریسک قراردادهای جدید را در فضای پر نوسان کنونی بازارها کاهش دهد و سبب ایجاد امکانی برای انعقاد مستحکم‌تر قراردادهای مدت‌دار شود. در این پژوهش کوشش شده است به این سؤال پاسخ داده شود که آیا استفاده از چنین شیوه‌ای در نظام حقوقی ایران ممکن است و با چه شرایطی؟

صرف انعقاد عقد در زمان حاضر نیست که رضا را در اراده شخص شکل می‌دهد.[4] غالب افراد در پیش از انعقاد، مشغول به تصور وقایعی‌اند که در آینده ممکن است رخ دهد و آثار عقد و شرایط خود را درباره آنها بررسی می‌کنند. مفهوم ریسک نیز در چنین نقطه‌ای برجسته می‌گردد. هر واقعه‌ای که ممکن است در جریان اجرای قرارداد و اثربخشی آن رخ دهد در مفهوم ریسک به‌معنای عام قابل‌تصور است.[5] به‌طور مثال، ریسک مثبت کسب سود ناشی از افزایش قیمت کالایی که خرید آن در ذهن پرورانده می‌شود و ریسک منفی عدم ایفای تعهد فروشنده خاص در تحویل کالا در موعد مشخص.

اگر تعهدات را رابطه حقوقی مالی پنداشته شود که براساس آن یک طرف می‌تواند طرف دیگر را وادار به انجام کار یا ترک عملی نماید،[6] در این صورت یکی از ریسک‌های قراردادی ایفای تعهدات است. تورم قیمت‌ها، ممنوعیت‌های مختلف، جنگ، قوه قاهره، و مواردی از این قبیل موضوعاتی‌اند که ممکن است به سرانجام رسیدن ایفای یک تعهد را تهدید کنند. از میان آنها یکی از مهم‌ترین ریسک‌ها، تغییر در معادل تمام شده ایفای تعهد است که در طول زمان رخ می‌دهد. ایفای شناور این امکان را برای متعهدین فراهم می‌کند که تعهدات خود را منطبق با شرایط متوقع یا غیر متوقع آینده انجام دهند، منطبق و متناسب با افزایش یا کاهش هزینه ایفای تعهد؛ لذا ایفای شناور، از این نظر اهمیت دارد که ضمن استحکام‌بخشی و به روابط میان اشخاص و کاهش ریسک منفی تعهدات قراردادی، زمینه‌ساز توسعه تعهدات تجاری و صنعتی جدید است و به پویایی اقتصاد کشور کمک می‌کند. این سبک، درعین‌حال که دارای پیشینه در معاملات نظام‌های حقوقی مختلف و نظام تجارت بین‌الملل است، نیازمند تغییراتی است تا با چارچوب‌های حقوق تعهدات ایران قابل انطباق باشد.

---

1. Floating payment
2. Floating debt
3. Floating price

۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ***فلسفه حقوق مدنی***، جلد ۱، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸، ص ۵۶.

5. Olsson,Carl. *Risk Management in Emerging Markets*, London: Pearson Education Ltd, 2002, PP 5-7.

۶. یزدانیان، علیرضا، ***درس‌هایی از حقوق مدنی تطبیقی مطالعات تطبیقی در حقوق تعهدات***، جلد ۱، تهران: میزان،۱۳۹۶، ص ۷۰.

در این تحقیق، با روش تحلیل کیفیِ کتابخانه‌ای تلاش شده است، ضمن بررسی مفاهیم مبنا در این پژوهشی در بخش اول، به معرفی از این سبک از ایفای تعهدات پرداخته شود؛ سپس شرایط و ظرایف استفاده از این روش در بخش دوم تبیین گردد؛ گریزی بر پیشینه خارجی این سبک در بخش سوم صورت پذیرد و نهایتاً در بخش آخر چالش‌های اساسی استفاده از این سبک ایفای تعهد در نظام حقوقی ایران بررسی شود.

۱. مفهوم‌شناسی

در راستای ارائه پاسخ صحیح به سؤال پژوهش و برای درک دقیق‌تر از فضای بحث، لازم است مروری بر اجزای اصلی عنوان مورد بحث انجام گیرد.

۱.۱. تعهد

رابطه‌ای شخصی - حقوقی است از نوع مالی که براساس آن یک نفر دیگری را وادار به انجام امر یا ترک آن می‌نماید. «حقوقی» قیدی است برای خارج کردن روابطی که ضمانت اجرای حقوقی نداشته یا در عبارت کلی قابل مطالبه نیستند؛ لذا تعهدات اخلاقی محض از دایره شمول تعریف خارج‌اند. قید مالی نیز به‌معنای دارای ارزش اقتصادی یا معادل مالی است. از دیدگاه عرف، تصور معادل وجه نقد برای آن ممکن است. این قید تکالیف را از محل بحث ما خارج می‌کند. تعهدات و تکالیف دو روی سکه از روابط حقوقی‌اند که از وجوه تمیز آنها همان وجود یا عدم وجود قید ارزش مالی است. روابط حقوقی زوجین در کلیت خود، روابطی دارای ارزش مالی نیستند. کما اینکه قانونگذار از باب غلبه در کتاب هفتم قانون مدنی باب هشتم: «از عبارت در حقوق و تکالیف زوجین نسبت به یکدیگر» استفاده نموده است. عمده موارد در این فصل روابط غیرمالی است. حال آنکه در عقدی مثل وکالت به‌دلیل فرض اجرت از تعهدات وکیل و موکل نسبت به یکدیگر سخن گفته است. فرض ما نیز بر حکمت قانونگذار در استفاده از لغات است.[۱]

شهیدی درخصوص معنای تعهد چنین می‌فرمایند: «در معنی مصدری تعهد عبارت است از به‌عهده گرفتن انجام یا ترک عملی در برابر دیگری، خواه در برابر عوض باشد یا نباشد... در معنی اسم‌مفعولی تعهد عبارت است از وظیفه حقوقی که قانوناً برعهده شخص متعهد ثابت می‌شود که درصورت خودداری از انجام آن، به تقاضای متعهدله و به‌وسیله مرجع قضایی، ملزم به انجام آن خواهد شد». کاتوزیان درخصوص تعهد تأکید می‌کنند: «...نباید چنین پنداشت که تعهد اختصاص به امور مالی دارد. زیرا تعهدی که انجمن خیریه یا علمی برای رسیدن به هدف‌های آن دارند با تعهداتی که زن و شوهر در برابر هم پیدا می‌کنند ممکن است جنبه مالی نداشته باشد».[۲]

باوجود این، تعریف یزدانیان در صدر این دو تعریف دقیق‌تر به نظر می‌رسد؛ چراکه برای تکلیف جایگاهی مشخص و معین قائل می‌شود و تقسیم‌بندی دوگانه دقیقی ارائه می‌دهد. اگر حقوقی وجود داشته باشد پس در مقابل آن تعهدات و تکالیفی نیز وجود دارد. تعهدات جنبه‌های مالی را پوشش می‌دهند و تکالیف جنبه‌های غیرمالی را. کاتوزیان بدون تعرض به مفهوم تکلیف، تعهدات را شامل مطلق موارد دانسته‌اند. حال آنکه باید معین داشت رابطه تعهد و تکلیف چیست؟ اگر همانی‌اند که پس دلیلی بر وجود عبارت مضاعفی با عنوان تکلیف نیست، اگر رابطه عموم خصوص مطلق دارند، پس چه تکالیفی

---

۱. همان، صص ۶۸ – ۷۵.

۲. کاتوزیان، ناصر، ***دوره مقدماتی حقوق مدنی اعمال حقوقی قرارداد – ایقاع***، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱، ص ۱۷.

تعهد نیستند و بالعکس؟[۱] به هر تقدیر این سبک از بحث حاصل رسوخ محتوای نظام حقوقی فرانسه به دکترین حقوقی ماست.[۲] روشن گردید که قلمرو بحث ما تعهداتی است که منبع ایجاد آنها وقوع یک عقد است.

۱.۲. وفای به عهد

موضوع بند «۱» ماده (۲۶۴) قانون مدنی وفای به عهد است.[۳] بنا به‌عنوان این قسمت از قانون مدنی «وفای به عهد» یا همان «ایفای تعهد» از اسباب سقوط تعهدات است. «ماهیت وفای به عهد درصورتی‌که مستلزم انتقال مالکیت یا حقی به متعهدله باشد، عمل حقوقی یک‌طرفه یعنی ایقاع است و اگر مستلزم انتقال مالکیت یا حقی نباشد صرفاً یک عمل فضایی است.»[۴] این تعریف به‌نظر دقیق نیست. انعقاد عقد ناشی از تعهد قولنامه/ توافق‌نامه پیشینی، آیا ایقاع است یا عمل فضایی؟ ایجاب متعهد به بیع موضوع تعهد ناشی از قولنامه، یک ابراز اراده یک‌طرفه است؛ اما آیا صرف ایجاب موجب وفای به عهد است؟ آیا صرف ایجاب آثار حقوقی عمل حقوقی را به بار می‌آورد؟ ظاهر در آن است که تعهد موضوع قولنامه تا زمانی که عقد بیع تماماً محقق نشود، وفا نشده است. درنتیجه با ماهیت ایفای تعهدی از جنس عقد مواجهیم. «ایرادی که بر این نظر وارد شده است آن است که قرارداد با آزادی طرفین منعقد می‌شود و در اینجا آزادی قراردادی نیست».[۵] در پاسخ به این اشکال نیز می‌توان چنین بیان کرد: اراده طرف عقد بر انعقاد عقد ثانوی برآمده از اراده او در برعهده گرفتن تعهد است و تعهد من دون اکراه و اجبار ایجاد شده است. وفای به عهد ممکن است ماهیتی بسیط یا مرکب داشته باشد. همچنین این ماهیت ممکن است مستمراً در جریان باشد یا در بازه‌ای یا به‌طور آنی. تماماً و یکجا تسلیم شود و یا به‌صورت اقساطی. موضوع آن نیز ممکن است عمل حقوقی یا عملی قضایی باشد.

۱.۳. ایفای شناور

شناور از لحاظ لغت به‌معنای غوطه‌ور در آب و دارای نوسان تعبیر گردیده[۶] و در اصطلاح عرفی صفتی است بیان‌کننده وضعیت معلق یک امر در مجموعه‌ای. در زمینه ایفای شناور تعهدات قراردادی، وفای به عهد از جنس فعل است. این فعل ممکن است به‌صورت یکجا یا تقسیط شده باشد. برای مثال، ممکن است کارفرمای یک پروژه تمام اجرت پیمانکار را در هنگام تحویل نهایی محاسبه و پرداخت کند یا ممکن است مناسب با پیشرفت پروژه، در مواعد مشخصی بخشی از اجرت

---

۱. در این خصوص با سه فرض مواجهیم: اگر تعهدات شامل تکالیف باشند. پس چرا قانون‌گذار حکیم از عبارتی همچو «در حقوق و تکالیف زوجین» استفاده نموده است؟ حال آنکه در عناوین مشابه از «حقوق و تعهدات» طرفین استفاده شده است؟ همین ایراد وارد است اگر تکالیف شامل تعهدات باشند. اگر تصور کنیم که این دو مفهوم رابطه تساوی دارند پس با مسامحه در حکمت قانونگذار، لازم می‌آمد که این مفهوم به‌طور موسع‌تری در ادبیات حقوقی ما به کار گرفته می‌شد. اگر به آبشخورهای قانون مدنی مراجعه کنیم درخواهیم یافت که عناوین و فصل‌بندی قانون مدنی ما، شباهت بسیار زیادی به نسخه قبلی قانون مدنی فرانسه (Code Napoléon) دارد و در پیروی از همین فصل‌بندی و تفکیکی که در آن نظام حقوقی میان تعهدات و تکالیف موجود بوده، برای روابط میان زوجین که غلبه غیرمالی دارد، عنوان تکالیف زوجین در قانون مدنی ایران انتخاب گردیده است. به‌علاوه چه دلیلی وجود دارد که ما معنای دو مفهوم تکلیف و تعهد را از لحاظ منطقی همانی بدانیم؟

۲. همان، ص ۱۵.

۳. ماده ۲۶۴ قانون مدنی: تعهدات به یکی از طرق ذیل ساقط می‌شود:
به وسیله وفای به عهد/ به وسیله اقاله/ به وسیله ابراء/ به وسیله تبدیل تعهد/ به وسیله تهاتر/ به وسیله مالکیت مافی‌الذمه.

۴. شهیدی، مهدی، ***حقوق مدنی تشکیل قراردادها و تعهدات***، جلد ۱، تهران: مجد، ۱۴۰۱، ص ۱۶۷.

۵. صفایی، حسین، ***دوره مقدماتی حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها***، تهران: میزان، ۱۳۹۹، ص ۲۵۹.

۶. دهخدا، علی اکبر، ***لغت نامه***، جلد ۹، تهران: روزنه، ۱۳۷۳، ص ۱۲۸۴۵.

را بپردازد. مبرهن است که نباید ظاهر ماده ۲۷۷ ق. م را معارض با تقسیط دانست. حکم ماده ناظر به حالتی است که متعهد بخواهد رأساً موضوع تعهد را جزئاً وفا کند نه ناظر به حالتی که توافق پیشینی طرفین بر وفای به‌صورت جزء‌به‌جزء است.

در استفاده از ایفای شناور، طرفین قرارداد، وضعیت دقیق قراردادی را که در شرف آن‌اند سنجیده و باتوجه‌به اقتضائات و پیش‌بینی‌هایی که انجام می‌دهند، برای تعهد یا تعهدات موضوع قرارداد بازه زمانی و یا بازه ایفای تعهد تعیین می‌کنند. متعهد، تعهد خود را به‌شرط آنکه معادل هزینه ایفای تعهد در موعد انجام در حدود بازه مشخصی باشد می‌پذیرد. نحوه تعیین این معادل نیز براساس نحوه محاسبه توافقی است که در حین ایجاد تعهد به آن نائل شدند. ممکن است عقد مذکور به‌صورت تعهدات متقابل یا تعهدات معوض باشد یا به‌صورت تک‌تعهدی یا غیرمعوض. در انعقاد تعهداتی ناظر بر عقود مبتنی‌بر مسامحه نظیر تعهد به هبه یک مال یا انجام امری به‌صورت مجانی، متعهد این تعهد را با تصور ریسک معقولی پذیرفته است. ممکن است درصورت تغییر غیرقابل پیش‌بینی شرایط، امکان یا تمایلی به انجام تعهد نداشته باشد. منصفانه است که شرایطی فراهم شود تا به او این امکان داده شود که تعهد خود را در بازه‌ای که مایل است، به‌صورت مجانی ایفا کند. همچنین متعهدله تعهد اصلی ممکن است در مقابل متعهد خود نیز عهده‌دار پرداخت اجرت و امثال آن باشد. در غالب یک مثال، کارفرما در یک تعهد پیمانکاری B.O.T،[1] پروژه‌ای را به پیمانکار واگذار کرده؛ اما آیا این واگذاری به‌معنای انجام با هر هزینه‌ای است؟ ثمن شناور این امکان را به کارفرما می‌دهد که هزینه خود را کنترل کند و به پیمانکار اعلام کند که سقف توان پرداختی او نقطه مشخصی است و به‌محض عبور از آن نقطه، قرارداد منعقده منفسخ است یا حق فسخی پیش‌بینی یا اجرای پروژه باید متوقف شود تا وضعیت اجرای تعهد موصوف طی مذاکرات آتی تعیین تکلیف گردد.

در معاملات تعهدی سهام، در حقیقت خریدار یا فروشنده مبتنی‌بر پیش‌بینی خود معامله‌ای را باز و تعهد خریدی را در موعد مشخصی قرار داده که باید در آن موعد براساس نرخ لحظه‌ای پرداخت را انجام دهد. از مفاهیم نزدیک در ادبیات حقوقی انگلیسی[2] است که به پرداخت‌های شناور در عالم تجارت اشاره دارد. در قراردادهای پیمان نیز درخصوص شرایط پرداخت، استفاده از عباراتی همچو برآورد اولیه هزینه‌ها، مبلغ پیمان و مبلغ نهایی پیمان با احتساب تغییرات، دال بر استفاده از روشی بسیار نزدیک به ایفای شناور است.[3]

در این سبک، برای پرهیز از ربوی شدن معاملات و داخل شدن غرر و جهل، و در ادامه غبن، ابتدا طرفین تعهد بازه هزینه معادل ایفای تعهد را مشخص، سپس روشی را برای تعیین قیمت نهایی در این بازه مشخص می‌سازند. روش محاسبه می‌تواند ترکیبی از نظام‌های مختلف باشد یا به‌طور بسیط معین گردد؛ مثلاً ارجاع به کارشناس رسمی یا جمع هزینه‌های انجام شده مندرج در فاکتورهای تأیید شده یا ارجاع به یک داور. مهم آن است که قیمت نهایی براساس یک ضابطه توافقی تعیین می‌گردد. در همان مثال عقد پیمان، کارفرما حاضر است در بازه مشخصی به پیمانکار پرداخت داشته باشد. این پرداخت‌ها متناسب با روند پیشرفت پروژه و به‌صورت اقساطی و براساس مجموع هزینه‌کردهای پیمانکار به‌علاوه اجرت ازپیش تعیین‌شده پیمانکار در هر موعد یا در نهایت اتمام پروژه خواهد بود.[4] معادل تعیین‌شده ممکن است گاه

---

[1]. مخفف عبارت: ساخت، راه‌اندازی و انتقال: «Build,operate,transfer»

[2]. Floting Payment

[3]. اسماعیلی هریسی، ابراهیم، ***مبانی حقوق پیمان***، تهران: جنگل، ۱۳۹۵، صص ۹۱-۹۳.

[4]. همان، ص ۲۶۸ .

به‌عنوان عوض یا جزئی از عوض قرارداد و برعهده طرف مقابل باشد و گاه صرفاً معیاری است برای سنجش وضعیت تعهدی که در موعد ایفاست. ضمانت اجرای این بازه هم می‌تواند به توافق طرفین و به اقتضای ذات عقد موارد مختلفی باشد. نظیر شرط تعلیقی انفساخ، توقف اجرای تعهد، تمدید قرارداد یا برقراری تعهد جدید.

۲. نحوه به‌کارگیری ایفای شناور

۲.۱. تعیین بازه

تعیین بازه ایفای تعهد امری است وابسته به میزان ریسک اجرای تعهد یا اجرت و عوض آن در نظر متعهد و متعهدله. در مراحل تصمیم‌گیری، پس از خطور، متناسب با بازه زمانی که تعهد قرار است در گستره آن ایفا شود، متعهد پیش‌بینی می‌کند که ایفای تعهد ممکن است چه هزینه یا هزینه‌هایی برای او داشته باشد. سپس براساس توان و امکان مالی خود بازه‌ای را که می‌تواند برای ایفای تعهد هزینه کند معین می‌سازد. بدین شکل، او معین می‌دارد که راضی است تعهد را تا چه میزان و به چه شکل قبول کند. رضای حاصل شده در او متعلق به تک‌تک اجزای این مجموعه است. قبول متعهدله نیز لازم است تا ایراد ماده ۲۷۷ ق. م واقع نشود. همان‌طورکه پیش‌تر بیان شد، لازم نیست ایفای تعهد به‌صورت معوض باشد. در ایفای تعهدات به‌صورت مجانی نیز اجرای این امر بلااشکال است. متعهد به انعقاد هبه در موعدی در آینده، بی‌آنکه تعهد او عوض داشته باشد، می‌تواند معین سازد که حاضر است نهایتاً تا چه سقف تغییر قیمت، مالی را هبه کند.

این سبک از ایفای قابل‌اجرا برای تعهدات بدون موعد و حال نیست. این روش از وفای به عهد مختص تعهداتی است که اجرای آنها در بستر یک بازه زمانی یا در موعدی در آینده رخ می‌دهد و همین بستر زمانی موجب تغییراتی در شرایط ایفای تعهد می‌شود. به دیگر سخن، عنصر زمان است که منجر می‌شود تغییرات در جریان ایفای تعهد برجسته گردند. تعهدی که حال باشد باید فی‌الفور محقق شود و لذا تغییر در هزینه ایفای تعهدات منطقاً سالبه به انتفاع موضوع آن است. درنتیجه اگر متعهد، تعهد را به علتی منتسب به خودش ایفا نکند یا مانعی واقع سازد که ایفای تعهد موقتاً ممکن نباشد، علیه خویش اقدام کرده و با همان ملاک ماده ۲۷۸ ق.م افزایش هزینه برعهده خود اوست. بدیهی است اگر اجرای تعهدی حال، به علتی خارج از اراده متعهد و به‌محض انعقاد غیرمقدور شد، مسئولیت آن به‌دلیل فقدان رابطه سببیت ممکن نبوده و می‌تواند سبب انفساخ عمل حقوقی منبع تعهد شود.[۱] اگر تعهد از ابتدای شکل‌گیری غیرقابل‌اجرا باشد، موضوع تعهد محال است و تعهدی شکل نپذیرفته است. همچنین اگر مورد تعهد ذاتاً یا به‌طور توافقی پس از طی مدتی قابل‌اجرا باشد، و تعهد عامداً بدون تصریح به آن موعد شکل پذیرد، بدین معناست که طرفین به‌ترتیب یا علم به موضوع نداشته یا از اراده‌ای واقعی برای شکل‌گیری آن برخوردار نبوده‌اند که در هر دو صورت در تشکیل تعهد ایراد است.

نکته‌ای که باید در این مقال متذکر آن شد، بحث از حالت معکوس ریسک، یعنی کاهش هزینه ایفای تعهد در گذر زمان و به نفع متعهد است. همین موضوع است که توافقی بودن و تعیین حداقل بازه را نیز در برخی از تعهدات بسیار پررنگ می‌نماید. به‌طور مثال، ممکن است در تعهدات خاصی، هزینه اجرای تعهد برای متعهدله اهمیت داشته باشد. در تعهد به

[۱]. یزدانیان، علیرضا، ***حقوق مدنی حقوق تعهدات قواعد عمومی مسئولیت مدنی با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه***، جلد ۲، تهران: میزان، ۱۳۹۹، صص ۵۴-۵۵.

هبه فرضی، متعهدله درصورتی‌که مال موضوع آن از مقداری خاصی، ارزش کمتری داشته باشد، راضی به قبول هبه نباشد. شبیه به این موضوع در معاملات تعهدی رمز ارزها در جریان است. معامله‌گری که تعهد به فروش را به‌صورت موعد دار گشوده است،[1] حد یقفی (حد ضرر) برای کاهش قیمت تصور کرده است و حاضر نیست قیمتی پایین‌تر از آن را متحمل شود و سیستم به‌طور خودکار تعهد گشوده شده را در آن نقطه به‌اصطلاح «پُر کرده»[2] و بدین طریق تعهد را ایفا نموده و تراکنش انجام شده وارد «استخر تراکنش‌ها»[3] می‌گردد. به‌هرحال ایجاد امکان تعیین حداقل بازه در یک توافق طرفین موافق اصل آزادی اراده و موجب استحکام توافقات می‌گردد.

بازه توافق شده باید براساس وجه نقد توافق گردد تا امکان سنجش دقیق و با کمترین خطا وجود داشته باشد. در تعهد به تسلیم گندم در موعد مشخصی، متعهدله می‌تواند بازه را ابتدا براساس مقدار گندم سنجیده و نهایتاً معادل ریالی آن را به‌عنوان ملاک بازه قرار دهد. بازه باید به‌صورت منجز و قطعی و با اوصاف مشخص از جنس موضوع بازه باشد. ممکن است بازه را براساس تعیین هزینه‌کرد ایفای تعهد بدانند، یا ممکن است موضوع تعهد ساخت شیء باشد و قیمت تمام شده یا روز آن مدنظر طرفین برای درج بازه باشد یا امثال این موارد و نیز ترکیب آنها. باوجود این، شرط لازم برای تعیین بازه نحوه‌ای از تعیین است که عرف پذیرای آن باشد، چراکه حصول علم از دید عرف برای تشکیل صحیح تعهد قراردادی لازم است. البته علاوه‌بر این، نیاز است قانونگذار در راستای رسالت حمایتی خود، بنا به صلاحدید، چارچوب‌هایی را برای تعیین بازه مقرر کند.

۲.۲. تعیین نحوه محاسبه (ضابطه محاسبه)

پس از تعیین بازه، شرط لازم دیگر برای استفاده از این روش، تعیین نحوه محاسبه قیمت در هر نقطه از زمان است. شیوه محاسبه توافقی میان طرفین برای تعیین تکلیف وضعیت اجرای تعهد است. این سازوکار معادل اقتصادی ایفای تعهد قراردادی را در هر نقطه از زمان تا لحظه ایفای تام تعهد و اتمام فرایند معین می‌سازد. نحوه محاسبه باید منجز و معلوم باشد و طبعاً لازم می‌گردد طرفین مشرف به آن باشند؛ چون جزئی از علم به موضوع و مورد تعهد است. حتی اگر در برخی حالات، بازه تعیین‌شده را جزئی از تعهد اصلی ندانیم، ایفای شناور و توافقات آن، خود شروطی فرعی ضمن تعهد اصلی محسوب می‌شود که جهل به آنها به‌دلیل ماهیت توافقی، موجب سرایت جهل به اصل موضوع و مورد تعهد اصلی است.

شیوه‌های محاسبه ممکن است انواع مختلفی داشته باشند. مادام که شرایط ماده ۱۰ قانون مدنی و ماده ۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی را رعایت کنند.[4] با تعیین این ضوابط، اعم از سازوکارهای محاسباتی صرف یا ارجاع به کارشناسی، معادل ایفای تعهد در هر لحظه معلوم است، اما آیا این معادل به‌طور بالقوه معلوم است یا بالفعل؟ به‌عبارت‌دیگر آیا امکان تعیین معادل وجود دارد یا معادل ایفای تعهد معین است؟

قاعدتاً در هر مورد باید تحلیل متناسب با نحوه محاسبه را ارائه داد، باوجود این، باید توجه داشت که مشخص بودن

---

1. Open Long or Short
2. Filling and Closing
3. Transaction Pool

۴. ماده ۱۰ قانون مدنی: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، درصورتی‌که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.
ماده ۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی: عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی یا برخلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشد در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست.

معادل ایفای تعهد در هر بازه دائر مدار اعلام شدن آن نیست، بلکه به ماهیت و ترکیب‌بندی نحوه محاسبه مربوط است. در فرض مثال، در تعهد به ساخت یک مجموعه مسکونی، مبلغ لازم به پرداخت توسط کارفرما مساوی است با حاصل‌جمع تمام هزینه‌کردهای پیمانکار برای مواد اولیه و اجرت خدمه، به‌علاوه ۱۰ درصد کل مبالغ پرداخت شده مذکور به‌عنوان حق‌الزحمه پیمانکار. تمام ارقام این هزینه‌ها در حقیقت مشخص‌اند و اینکه اعلام یا شخصاً محاسبه نشده‌اند موجب بالقوه بودن آنها نمی‌گردد. آنچه می‌تواند موجب بالقوه بودن معادل ایفای تعهد شود، اتکای صرف مقدار معادل، به نظر فرد یا افراد خاصی است. مثلاً تعیین مقدار براساس نظر کارشناس امری است که بسته به ارزیابی هر کارشناس ممکن است در جزئیات یا در کلیات متفاوت باشد و همین مقدار کم در هر حال وضعیت تعیین را از بالفعل به بالقوه تغییر می‌دهد.

طبیعتاً صرف درج عبارت «ارجاع به کارشناس» یا «ارجاع به داور» برای ضابطه تعیین معادل کفایت نمی‌کند و باید شخص یا مجموعه و چگونگی انجام وظایف آنها مشخص باشد. ممکن است این اشکال مطرح شود که در حالتی که ضابطه مشخص شده مبنای محاسبه است، قیمت‌هایی که وارد این تابع می‌شوند، بسته به نظر افراد یا محل‌های مختلف، ممکن است مختلف باشند. این امر سبب جهل است. این ایراد تنها مخصوص موضوع بحث ما نیست؛ بلکه در تمام قیمت‌گذاری‌ها مطرح است. لکن محدوده‌های قیمتی مشخصی بر بازارها حاکم است. از طرفی طرفین تعهد با علم به مکان ایفای تعهد و عرف قیمت‌گذاری حاکم، تعهد را شکل داده‌اند. نهایتاً برای حل این مشکل می‌توان از راه‌حل‌های مختلفی بهره جست. به‌طور مثال، طرفین می‌توانند هزینه‌کردها را ملاک قرار دهند نه قیمت را. هزینه انجام شده واقعی همواره یک عدد مشخص است و نیز می‌توانند از سازوکارهای تأیید قیمت همانند برخی از قراردادها استفاده کنند.

۲.۳. تعیین شرایط حاکم پس از نقض بازه

سومین موردی که طرفین باید در استفاده از این روش معین نمایند، توافق برای حالتی است که معادل ایفای تعهد از بازه تعیین‌شده خارج می‌گردد. بدواً توافق طرفین در این نقطه تعیین‌کننده وضعیت است؛ همچنین انواع مختلفی از توافقات امکان‌پذیر است. این موارد را در سه دسته کلی می‌توان طبقه‌بندی کرد: طرفین برای بعد از خروج پایان قرارداد را پیش‌بینی کرده باشند، تعدیل قرارداد را پیش‌بینی کرده باشند یا توقف اجرای قرارداد را برای مذاکرات آتی درخصوص ادامه قرارداد تصور کرده باشند. پیش‌فرض در حالت خروج از بازه، انفساخ عقد است. به‌این‌علت که طرفین رضای خود را نسبت به حداقل تا حداکثر این بازه تعلق داده‌اند. پس طبعاً در حالت خروج از بازه و عدم تعیین ضمانت اجرا یا تحقق شک، بنا بر انفساخ عقد است. استفاده از مفهوم بطلان به نظر صحیح نمی‌رسد؛ چراکه تا زمانی که معادل ایفای تعهد در بازه مذکور جای داشته است، رضای طرفین به اجرای آن نیز برقرار بوده و عقد صحیحاً جریان داشته است پس نمی‌توان تصور بطلان بر آن نمود.

در دسته اول طرفین ممکن است بر انفساخ عقد توافق کنند یا بر وجود حق فسخ برای یکی از طرفین یا هر دو طرف. درصورتی‌که حق فسخ در نظر گرفته شود، اعمال این حق فوری است و اجرای قرارداد متوقف می‌گردد تا وضعیت آن معلوم گردد. در این حالت یا شخص از حق فسخ خویش استفاده می‌کند یا بالعکس؛ در حالت دوم باید پیش‌تر معین گردد که اگر فسخ محقق نشود، چه شرایطی بر قرارداد حاکم خواهد بود. در دسته دوم ضمانت اجراها از سازوکارهای تعدیل خودکار استفاده می‌گردد؛ بدین نحو که به‌محض خروج از بازه معین‌شده، شرایط قرارداد به روش‌های مشخصی

تغییر کرده، متناسب با این تغییرات بازه و ضابطه تعیین معادل دستخوش تغییرات شود. در دسته سوم، طرفین توافق می‌نمایند به‌محض خروج از بازه، اجرای تعهدات قراردادی متوقف شود، سپس طرفین ظرف مدت مشخصی مذاکرات جدیدی انجام داده و یا قرارداد را اقاله نموده یا با شرایط جدیدی آن را ادامه دهند یا به تعهدات دیگری تبدیل نمایند. همچنین طرفین باید درخصوص شرایط بعد از خروج از بازه تعیین‌شده نیز متناسباً تعیین تکلیف کنند. مثلاً در پروژه پیمانی یا صنعتی ممکن است تعهدی تا نیمه اجرا شود و به‌دلیل تورم هزینه اجرا از محدوده تعیین‌شده بیشتر گردد. در این صورت باید در قرارداد، مالکیت محصول فرضی تولید شده و پرداخت اجرت متعهد تا لحظه انفساخ پیشاپیش تعیین تکلیف گردد.

بحث آخر نیز مربوط به عنصر زمان است. استفاده از ایفای شناور تعهدات قراردادی کاملاً تابع زمان اصلی قرارداد و ایفای تعهد است. مادامی که تعهد درحال اجراست، توافق طرفین بر شناوری نیز باقی است و با سقوط قرارداد یا تعهد متعلق‌به، یا اجرای تعهد و اتمام آن این توافقات نیز به‌همراه آن به پایان می‌رسند. تا زمانی که این تعهد موضوع ایفای شناور پابرجاست، توافقات درخصوص ایفای آن و ضمانت نقض بازه پابرجاست.

۳. گریزی بر مقررات اسناد بین‌المللی و آرا محاکم خارجی

نمونه‌های اولیه این سبک از ایفای تعهدات در فضای حقوق تجارت بین‌الملل، اولین بار در قرن بیستم وارد تعاملات طرفین گردید.[۱] در نظام‌های حقوقی نیز پرونده‌های در این خصوص موجود است. نمونه دعوای «فولی در مقابل کلسیک کوچز با مسئولیت محدود»[۲] ازجمله آنهاست. به‌موجب توافق میان دو طرف، شرکت کوچز تمام نیاز خود را به سوخت از جایگاه سوخت فولی واقع در ملک او تأمین می‌کند و فولی متعهد به تأمین سوخت است. باوجود این، قیمتی به‌طور صریح و معین برای این قرارداد مشخص نگردیده و تعیین آن به توافق بعدی طرفین منوط شده است. این توافق به‌مدت سه سال ادامه پیدا می‌کند تا آنکه یکی از وکلای شرکت کوچز اعلام می‌کند که این قرارداد الزام‌آوری ندارد و درنتیجه، شرکت تأمین سوخت از جایگاه فولی را متوقف می‌کند. نهایتاً دادگاه تجدیدنظر این قرارداد را الزام‌آور دانست و عدم تعیین ثمن را در لحظه انعقاد مانع تشکیل و لزوم تلقی ننمود. به عقیده قضات دادگاه، این نکته که قراردادی در حین انعقاد قیمت مشخصی ندارد، دلیلی بر عدم الزام‌آوری آن نیست. مهم آن است که ضابطه‌ای برای تعیین قیمت معین شده باشد.[۳]

بعدها چنین نظراتی در کنوانسیون بیع بین‌المللی وارد گردید کما اینکه در ماده ۵۵ CISG بدان اشاره گردیده است.[۴] این ماده مقرر می‌دارد که اگر مقدار ثمن بیع معین نبود، و حتی طرفین به‌طور ضمنی نیز پیش‌بینی‌هایی برای تعیین آن مقرر نکرده بودند، چنین تصور می‌شود که قیمت عرف بازار در شرایط مشابه مورد توافق آنها بوده است. ماده ۷-۱-۵ PICC نیز در بندهای ۳ و ۴ خود صراحتاً به موضوع پرداخت با تعیین ثالث و یا براساس عوامل از پیش تعیین‌شده پرداخته

---

۱. اشمیتوف، کلایوام، ***حقوق تجارت بین الملل***، جلد ۲، ترجمه بهروز اخلاقی، تهران: سمت، صص ۱۱۳۴-۱۱۳۶.

2. Foley v Classique Coaches Ltd

3. Foley v Classique Coaches Ltd, [1934] 2 KB 1.

4. **Article 55 of CISG**: Where a contract has been validly concluded but does not expressly or implicitly fix or make provision for determining the price, the parties are considered, in the absence of any indication to the contrary, to have impliedly made reference to the price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such goods sold under comparable circumstances in the trade concerned.

است.[1] این ماده درحال بیان حالات ویژه‌ای است که در آنها قیمت تعیین نشود یا باید برمبنای ضابطه توسط یک طرف یا ثالث تعیین گردد. در حالت نخست، حکم بر ارجاع به قیمتی است که در یک شرایط مشابه تعیین می‌گردید. در حالات بعدی نیز بیان می‌دارد که اگر ضابطه تعیین قیمت، مشخص نمودن توسط ثالث یا یکی از طرفین باشد، ارزش تعیینی باید با منطق بازار در آن زمینه مطابقت کند. همچنین اگر ضابطه تعیین ارزش، بر مبنای عواملی بود که از دسترس خارج گردید، براساس نزدیک‌ترین عامل مشابه تعیین صورت می‌پذیرد. زمانی که یک مقرره به بیان حالات خاص موضوعی می‌پردازد، قاعدتاً اصل موضوع را در فرض مورد پذیرش قرار داده است.

نهایتاً آنکه «بسیاری از کشورها در قانون خود ثمن شناور را قبول کرده‌اند، دیگر کشورها نیز کم یا زیاد، تمایل خود را به صحت چنین قراردادهایی نشان داده‌اند».[2] در همین راستاست که مجلس اعیان انگلیس در سال ۲۰۰۵ و در خصوص شرکت «ری اسپکتروم پلاس با مسئولیت محدود»[3] تصمیم بر پذیرش سیستم تضمینات و وثایق شناور نمود که خود نوعی از وثیقه به معنای اعم یا تعهدات تأمینی معلق به عدم ایفای سایر تعهدات است.

۴. نظام حقوقی ایران: چالش‌ها و راهکارها

۴.۱. علم و جهل به مورد تعهد و تحقق یا رفع غرر

در قانون مدنی ما باآنکه از واژه تعهد در عناوین مقررات استفاده شده، اما در ادبیات حقوقی ما از حیث عنوانی بیشتر از عبارات «عقد» «معامله» به کار رفته است. همین امر خود موجب بحثی است که شرایط و قواعد عمومی مذکور در قانون مدنی آیا درخصوص تعهدات صادق‌اند یا خیر؟ مجال این بحث در این پژوهش نیست؛ اما بنایی که این نوشته بر آن استقراریافته است بدین شرح می‌باشد که شرایط اساسی ماده ۱۹۰ ق. م[4] برای جریان یک تعهد و شکل‌گیری صحیح آن لازم است. چه آنکه اعمال حقوقی یکی از منابع ایجاد تعهدات‌اند و موضوع بحث ما نیز تعهداتی است که حاصل اراده و توافق قراردادی‌اند.[5] اگر علم به چیستی تعهد و موضوع آن وجود نداشته باشد؛ بخشی از قرارداد نیز مجهول مانده و لااقل

---

1. ARTICLE 5.1.7.

(Price determination)

(1) Where a contract does not fix or make provision for determining the price, the parties are considered, in the absence of any indication to the contrary, to have made
reference to the price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such performance in comparable circumstances in the trade concerned or, if no such price is available, to a reasonable price.
(2) Where the price is to be determined by one party and that determination is manifestly unreasonable, a reasonable price shall be substituted notwithstanding any contract term to the contrary.
(3) Where the price is to be fixed by one party or a third person, and that party or third person does not do so, the price shall be a reasonable price.
(4) Where the price is to be fixed by reference to factors which do not exist or have ceased to exist or to be accessible, the nearest equivalent factor shall be treated as a substitute.

۲. داراب‌پور مهراب، ***اصول و مبانی حقوق تجارت بین‌الملل،حقوق بیع و حمل و نقل بین‌المللی***، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۸، صص ۲۰ و ۲۱.

3. Re Spectrum Plus Ltd

۴. ماده ۱۹۰ قانون مدنی: برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: ۱) قصد طرفین و رضای آنها ۲) اهلیت طرفین ۳) موضوع معین که مورد معامله باشد ۴) مشروعیت جهت معامله.

۵. برای مطالعه بیشتر ر.ک به: شهیدی، مهدی، پیشین، صص ۲۷۵ به بعد؛ یزدانیان، علیرضا، ***مطالعات تطبیقی در حقوق تعهدات***، پیشین، صص ۱۰۳ و۱۴۴.

آن قسمت از قرارداد به‌دلیل فقدان شرایط ماده ۱۹۰ ق. م باطل است. «پس شرایط مندرج در ماده ۱۹۰ ق. م ناظر بر همه قراردادها و تعهدات است».[۱]

بند ۳ ماده ۱۹۰ ق. م در شرایط اساسی صحت معامله بیان می‌دارد: «موضوع معین که مورد معامله باشد». ذیل مبحث سوم، درمورد معامله از فصل دوم همان کتاب، در ماده ۲۱۶ مقرر می‌دارد: «مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است». چالشی که در اینجا رخ می‌دهد: آیا این سبک از ایفای تعهد مانعی برای علم طرفین به مورد تعهد یا قرارداد ایجاد می‌کند؟ آیا این سبک از ایفای تعهد، نامعین است؟

«معین در این ماده به معنی مشخص است که هم شامل معین به معنی خاص، یعنی غیرمردد بین دو یا چند چیز، و هم دربرگیرنده مفهوم معلوم، یعنی مشخص و نامبهم از لحاظ جنس و وصف و مقدار است».[۲] در کمترینِ حالات، قابلیت تعیین در هر نقطه بازه زمانی اجرای تعهد وجود دارد و همین امر کافی است. نفس قابلیت تعین و تشخص در حقوق ما برای امکان معامله کافی است؛ همان‌گونه که معامله کلی فی‌الذمه نیز در حقوق ما پذیرفتنی است. اوصاف این نوع ایفای تعهد نیز متناسباً در قالب تعیین بازه و نحوه محاسبه معین گردیده است.

آیا چنین روشی به ایجاد ابهام برای طرفین تعهد منجر شده است؟ آیا به‌کارگیری این روش در یک معامله برای طرفین قرارداد ایجاد غرر می‌نماید؟ در لغت‌نامه *العین* امر مبهم به‌معنای امری است که وَجْه آن شناخته‌شده نیست.[۳] همچنین در لغت‌نامه فارسی نیز مبهم به‌معنای پوشیده و مجهول است.[۴] در اصطلاح حقوقی در مقابل معین بودن به کار می‌رود.[۵] «رضای مبتنی‌بر عوامل مبهم مذکور، همان است که در فقه از آن به کلمه «غرر» یاد می‌شود که بطلان معامله غرری را به‌همراه می‌آورد و در حدیث مشهور نبوی «نَهَی الن بی عن بیع الغرر» یا «نهی الن بی عن الغرر» وارد شده است».[۶] وجود علم به مورد تعهد چیزی است که ابهام را از آن می‌زداید و شرط لازم برای معتبر بودن و ایجاد یک تعهد است. اما ضابطه و مرز بین وجود و عدم وجود علم چیست؟ قانونگذار اساساً ملاک مشخصی ارائه نکرده است. میان دکترین حقوقی نیز اختلاف‌نظر است.

درخصوص غرر، با نگاهی به اختلاف‌نظر فقها در زمینه معنای فقهی و سیر تغییرات نظرات، نمایان می‌گردد که فهم ایشان از موضوع غرر یک فهم درحال‌توسعه است. به‌طور مثال شیخ انصاری در *مکاسب* نسبت به غرر ادعای اجماع بر معنای جهل می‌کنند،[۷] لکن امام‌خمینی(ره) ضمن ایراد به این نظر معنی خدعه را برای غرر می‌پذیرند که به فهم عرفی نزدیک‌تر بوده و مطلق جهل را شامل نیست.[۸] به نقل از شارحین، نظرهایی هم هستند که معنای خطر را در تقدیر حدیث نبوی و برای مفهوم غرر در نظر می‌گیرند. تقسیم‌بندی غرر شرعی و غرر عرفی نیز از باب همین اختلاف‌نظر فقهاست.[۹]

---

[۱]. بیگدلی، سعید، ***تعدیل قرارداد***، تهران: میزان، ۱۳۹۲، ص ۳۰۱.

[۲]. صفایی، پیشین، ص ۱۴۸.

[۳]. ابن احمد، عبدالرحمن خلیل، محسن آل‌عصفور، مهدی مخزومی و ابراهیم سامرایی، ***العین***، جلد ۴، قم: هجرت، ۱۳۶۷، ص ۶۷.

[۴]. صدری افشار، غلامحسین، نسرین حکمی و نسترن حکمی، ***فرهنگ معاصر فارسی کوچک***، تهران: فرهنگ معاصر، ۱۳۸۸، ص ۴۳.

[۵]. شهیدی، پیشین، ص ۲۹۵.

[۶]. همان، ص ۲۹۷.

[۷]. انصاری، مرتضی، ***المکاسب***، جلد ۱۱، شارح: محمد کلانتر، قم: دارالکتاب، ۱۴۱۰ ه. ق، ص ۶۹.

[۸]. خمینی روح‌الله، ***کتاب البیع***، جلد ۳، قم: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۲، صص ۳۰۵-۳۰۷.

[۹]. برای نمونه بحث ر.ک به: جزایری، محمد جعفر، ***هدی الطالب الی شرح المکاسب***، جلد ۸، انتشارات طلیعه نور، ص ۲۶۴. شیخ انصاری ضمن بررسی نظرات سایر فقها در باب معانی غرر نظر خویش را با استناد به اجماع بیان نموده، لکن شارح نظرات بیشتری در حاشیه بیان کرده است.

ازسوی دیگر، فهم اساتید از محل بحث از دیدگاه معکوس جهل یعنی وجود علم و حدود و ثغور آن است. برخی از اساتید به‌استناد ظاهر ماده ۲۱۶ ق. م و برخی از مواد دیگر در باب جعاله و یا مضاربه قائل به این مهم‌اند که اصل بر لزوم تحقق علم تفضیلی است و علم اجمالی استثنائاً در عقود مبتنی‌بر مسامحه پذیرفته شده است.[۱] برخی دیگر در راستای نظر قبل قائل‌اند که علم اجمالی در عقودی راه دارند که قانونگذار به‌صراحت بیان نموده باشد.[۲] برخی نیز قاعده فوق را بدون دلیل دانسته و گستره حکومت عرف را در این موضوع موسع می‌دانند: «به‌نظر می‌رسد که بهترین ضابطه‌ای که در این زمینه می‌توان پذیرفت عرف ضابطه عرفی است. برای تشخیص اینکه علم اجمالی کفایت می‌کند یا نه، باید به عرف رجوع کرد... ضابطه عرفی با فقه اسلامی هم سازگار است، چه مبنای فقهی بطلان معامله مجهول، قاعده غرر است که معیار آن عرف می‌باشد، یعنی هرجا که به‌علت جهل به یکی از ارکان عقد، معامله عرفاً خطرناک محسوب می‌شود، به‌گونه‌ای که عرف از آن اجتناب کند، بر طبق قاعده غرر فقها آن را باطل می‌دانند».[۳]

نظر اخیر دقیق‌تر به نظر می‌رسد: «ضابطه رفع ابهام عرفی از مورد معامله عرفی است. برای اینکه معامله صحیح باشد، لازم نیست که مورد معامله بادقت علمی معلوم باشد و معلوم بودن آن نزد عرف که معمولاً با مسامحه همراه است، کافی خواهد بود... مثلاً دستمزد پیمانکاری که امروزه منعقد و در آنها اقساط دستمزد براساس فرمول‌های خاصی تعیین می‌شود که بستگی به میزان نوسانات ارزش اسکناس و تورم اقتصادی آینده دارد، عرفاً معلوم تلقی می‌شود».[۴] همین ضابطه درخصوص وضعیت علم به مورد تعهد نیز اصولاً صادق است. «مراد مقنن از لزوم معلومیت مورد معامله این است که هریک از متعاملین بدانند در مقابل آنچه در نتیجه قرارداد از دست می‌دهند، چه چیزی با چه اوصافی و به چه مقدار به‌دست می‌آورند تا بتوانند با تصور آن به بررسی تعادل نسبی و ارزش بین عوضین بپردازند».[۵]

باتوجه‌به تمام مطالب فوق، به‌نظر نمی‌رسد ایفای تعهد به‌صورت شناور خللی به اعتبار تعهد داشته باشد. نحوه ایفای تعهد بخشی از موضوع تعهد است و علم به آن برای تشکیل تعهد لازم. اما علمی که عرفاً لازم است و با مبانی حقوقی و فقهی نیز سازگار است.[۶] اصطلاح علم تفضیلی و علم اجمالی از مصطلحات اصول فقه است و نباید در زمینه تعهدات آنها را به یکسان به کار برد. در معاملات لازم نیست شخص به تمام اطراف موضوع علم داشته باشد تا امکان معامله باشد. بلکه اگر جهل شخص همراه با غرر شود، موجب بطلان معامله است. جعلی برای بطلان معامله ملاک است که ضرر غیرمتعارف را به‌همراه آورد.[۷] اما در مانحن‌فیه، مورد تعهد مجهول نیست. طرفین به اراده خود و با علم جوانب و اوصاف آن را ملاک اجرای تعهد و بخشی از مورد تعهد قرارداده‌اند. بله، اگر نحوه تعیین بازه منجز نباشد یا شیوه محاسبه معادل ایفای تعهد در هر نقطه به روشنی مشخص نگردیده باشد، چنین تعهدی می‌تواند غرری باشد.

۴.۲. ماهیت ایفای شناور تعهدات و ضمانت اجرای خروج از بازه

ایفای تعهد به‌صورت شناور ممکن است به‌صورت یک معیار و ملاک برای تعیین تکلیف وضعیت تعهد به‌صورت شرط

---

۱. کاتوزیان، ناصر، ***قواعد عمومی قراردادها***، جلد ۲، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۰، ص ۱۸۵، شماره ۳۹۸.

۲. دیانی، عبدالرسول، ***قواعد عمومی قراردادها***، تهران: میزان، ۱۳۹۵، ص ۱۳۸.

۳. صفایی، پیشین، صص ۱۵۰-۱۵۱.

۴. شهیدی، پیشین، ص ۳۰۰.

۵. طاهرخانی، حسین، ***قرارداد با عوض شناور***، تهران: دادگستر، ۱۳۹۲، ص ۵۷.

۶. برای مطالعه معنای غرر و ملاک آن ر.ک به: انصاری مرتضی، ***مکاسب محرمه***، جلد ۱، فصل شرایط عوضین، ص ۱۸۵.

۷. دیانی، پیشین.

ضمن تعهد یا به‌صورت جزئی از موضوع تعهد وارد عقد گردد. برای مثال، در حالت اول تعهد به انجام خدمتی به‌صورت رایگان به‌عهده گرفته می‌شود که شناور بودن به‌عنوان شرطی قرار داده شده تا درصورتی‌که ایفای تعهد بیش از مقدار معینی هزینه‌بردار بود تعهد ساقط گردد. در چنین حالتی، موضوع تعهد اجرای خدمتی به‌نحو رایگان است. به‌عنوان شرط ضمن تعهد، طرفین اجرا را محدود به بازه‌ای مشخصی از هزینه‌کرد می‌نمایند. برای حالت دوم، تعهدی با منبع یک قرارداد برعهده گرفته شده است. در مقابل این تعهد نیز اجرتی معین گردیده است. پس دو تعهد متقابل ایجاد شده، بازه‌ای قرار داده شده برای حداقل و حداکثر اجرت، این بازه در حقیقت قیدی است بر موضوع پرداخت اجرت بیش از آنکه شرط باشد. هرچند در نظر گرفتن آن به‌عنوان شرط نیز در نتیجه نهایی تأثیر بسزایی نخواهد داشت.

به هر تقدیر، آنچه به‌نظر می‌رسد ایفای شناور در قالب یک قید به موضوع تعهد یا شرط به تعهد اصلی اضافه می‌گردد. ماهیت این قید با شرط ترکیبی است از تعلیق به‌علاوه ضمانت اجرای آنکه نفس این ضمانت اجرا طبق مطالب پیشین ممکن است ماهیت‌های متفاوتی داشته باشد. از ایجاد حق فسخ تا انفساخ تا سازوکارهای تعدیل، مذاکرات پسینی که خود به تبدیل یا تعدیل غیر خودکار یا اقاله منجر می‌گردند.

موضوع ما ایفای شناور تعهدات است نه از لحاظ اجرای قرارداد و امری که بدان توافق شده، بلکه از نظر در نظر گرفتن هزینه و معادل اجرای تعهد قراردادی در هر نقطه و معلق نمودن توقف اجرای آن به خروج از بازه تعین شده. در کمینه حالات، می‌توان ایفای شناور تعهد را نوعی صلح دانست که طرفین تعهد درخصوص معادل هزینه یا اجرت ایفای آن منعقد نموده‌اند و در صلح که عقد مبتنی‌بر مسامحه است، نیاز به علم تفضیلی کم‌رنگ است. پس بدین وجه، ممکن است قراردادی با موضوع معین و معلوم منعقد شود، مقدارها مشخص باشند، اما طرفین درخصوص ایفای تعهدات آن قرارداد با یکدیگر توافق نمایند که اگر تغییراتی در شرایط حاکم بر قرارداد رخ داد، مادامی قرارداد پابرجاست که هزینه‌کرد معادل آن خارج از بازه مشخصی نباشد. باید دقت نمود که این بازه می‌تواند بدون حداقل باشد؛ اما حتماً نیازمند سقف حداکثری است. لزوم تعیین حداقل بازه در حالات معوض برجسته می‌گردد؛ نظیر آنکه متعهد در قبال انجام تعهد مستحق اجرت معینی است و دریافت اجرت کمتر از مقدار مشخص مطلوب وی نیست.

نتیجه‌گیری

ایفای شناور تعهدات امکان و ابزار مفیدی در دست اهالی صنعت و تجارت است تا به‌وسیله آن ریسک نوسانات بازار را در موعد ایفای تعهدات موعددار ایشان تا حد مطلوبی کاهش دهند. همچنین عموم افراد نیز می‌توانند از این ابزار به‌منظور جلوگیری از ضررهای مالی در بلندمدت بهره ببرند. استفاده از این ابزار نه‌فقط خلاف قاعده نیست، بلکه مطابق با آزادی اراده و استحکام اجرای قراردادهاست و از ورود ضرر و ایجاد مشقت مضاعف بر طرفین تعهدات پیشگیری می‌نماید.

نمی‌توان با پایبندی افراطی به آنچه از پیش باقی مانده است پاسخ‌گوی نیازها و اقتضائات تعاملات قراردادی بود. نیاز بازارهای سریع و مرکب امروز را نمی‌توان براساس دیدگاه عرفی سنجید که در بعیدترین تصوراتش معاملات پیچیده پیمانی یا سهامی راهی نداشته است. عرف امروز استفاده از این روش را نه‌فقط موجب ضرر و غرر به معنای جهل مخاطره‌آمیز نمی‌داند؛ بلکه آن را روشی برای دوری از مخاطرات قراردادی و موافق با عقل می‌پندارد. شایسته است قانونگذار در قالب ماده واحده یا اصلاح برخی مواد در قانون مدنی، امکان استفاده از این روش را با چارچوب‌های روشن و کاربردی به مخاطبان خود عرضه دارد.

منابع

فارسی

کتاب

۱. اسماعیلی هریسی، ابراهیم، ***مبانی حقوق پیمان***، تهران: جنگل، ۱۳۹۵.

۲. اشمیتوف، کلایوام، ***حقوق تجارت بین‌الملل***، جلد ۲، ترجمه بهروز اخلاقی، تهران: سمت، ۱۳۸۱.

۳. بیگدلی، سعید، ***تعدیل قرارداد***، تهران: میزان، ۱۳۹۲.

۴. جعفری لنگرودی، محمد، ***فلسفه حقوق مدنی***، جلد ۱، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸.

۵. داراب‌پور مهراب، ***اصول و مبانی حقوق تجارت بین‌الملل، حقوق بیع و حمل‌ونقل بین‌المللی***، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۸.

۶. دهخدا، علی‌اکبر، ***لغت‌نامه***، جلد ۹، تهران: روزنه، ۱۳۷۳.

۷. دیانی، عبدالرسول، ***قواعد عمومی قراردادها***، تهران: میزان، ۱۳۹۵.

۸. شهیدی، مهدی، ***حقوق مدنی تشکیل قراردادها و تعهدات***، تهران: مجد، ۱۴۰۱.

۹. صدری افشار، غلامحسین، نسرین حکمی و نسترن حکمی، ***فرهنگ معاصر فارسی کوچک***، تهران: فرهنگ معاصر، ۱۳۸۸.

۱۰. صفایی، حسین، ***دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها***، تهران: میزان، ۱۳۹۹.

۱۱. طاهرخانی، حسین، ***قرارداد با عوض شناور***، تهران: دادگستر، ۱۳۹۲.

۱۲. کاتوزیان ناصر، ***قواعد عمومی قراردادها***، جلد ۲، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۰.

۱۳. کاتوزیان، ناصر، ***دوره مقدماتی حقوق مدنی اعمال حقوقی قرارداد - ایقاع***، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱.

۱۴. یزدانیان، علیرضا، ***حقوق مدنی حقوق تعهدات قواعد عمومی مسئولیت مدنی با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه***، جلد ۲، تهران: میزان، ۱۳۹۹.

۱۵. یزدانیان، علیرضا، ***درس‌هایی از حقوق مدنی تطبیقی مطالعات تطبیقی در حقوق تعهدات***، جلد ۱، تهران: میزان، ۱۳۹۶.

عربی

کتاب

۱۶. ابن احمد، عبدالرحمن خلیل، محسن آل‌عصفور، مهدی مخزومی و ابراهیم سامرایی، ***العین***، جلد ۴، قم: هجرت، ۱۳۶۷.

۱۷. انصاری، مرتضی، ***المکاسب***، جلد ۱۱، شارح: محمد کلانتر، قم: دارالکتاب، ۱۴۱۰ ه. ق.

۱۸. خمینی، روح‌الله، ***کتاب البیع***، جلد ۳، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۲.

References

Books

1. Ansari, Morteza, *Al-Makasib*, Volume 11, Commentator: Mohammad Kalantar, Qom: Book House, 1989. (In Arabic)
2. Bigdeli, Saeid, *Contract Adjustment*, Tehran: Mizan, 2013. (In Persian)
3. Darab-Pour, Mehrab*, Principles of International Trade Law: International Sale and Transport Law*, Tehran: Ganj-e-Danesh, 2019. (In Persian)
4. Dayani, Abdolrasoul, *General Rules of Contracts*, Tehran: Mizan, 2016. (In Persian)
5. Dehkhoda, Ali AKbar, *Dictionary,* Tehran: Rowzaneh,1994. (In Persian)
6. Ebn Ahmad, Abdolrahman Khalil, Mohsen Al-Asfour, Mahdi Makhzoumi and Ibrahim Samarrai, *Al-Ein*, Volume 4, Qom: Emigration, 1988. (In Arabic)
7. Esmae'ili Harisi, Ebrahim. *Foundations of Constructing Law*, Tehran: Jungle, 2016. (In Persian)

8. Ja'fari Langroudi, Mohammad Ja'far, *Philosophy of Civil Law*, Volume 1, Tehran: Ganj-e-Danesh, 2009. (In Persian)
9. Katouzian, Nasser, *General Rules of Contracts*, Volume 2, Tehran: Ganj-e-Danesh, 2021. (In Persian)
10. Katouzian, Nasser, *Introductory Course on Civil Law: Legal Acts – Contracts and Unilateral Acts*, Tehran: Sahami Publishing Company, 2012. (In Persian)
11. Khomeini, Ruhollah, *Book of Sale*, Volume 3, Qom: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works, 2013. (In Arabic)
12. Olsson, Carl. *Risk Management in Emerging Markets*, London: Pearson Education Ltd, 2002.
13. Sadri Afshar, Gholam-Hossein, Nasrin Hakami and Nastaran Hakami, *Contemporary Concise Persian Dictionary*, Tehran: Contemporary Culture, 2009. (In Persian)
14. Safa'ei, Hossein, *Introductory Course on Civil Law; General Rules of Contracts*, Tehran: Mizan, 2020. (In Persian)
15. Schmitthoff, Clive M, *International Trade Law*, Volume 2, Translated by: Behrouz Akhlaghi, Tehran: Samt, 2002. (In Persian)
16. Shahidi, Mehdi, *Civil Law: Formation of Contracts and Obligations*, Tehran: Majd, 2022. (In Persian)
17. Taher-Khani, Hossein, *Contracts with Floating Consideration*, Tehran: Dadgostar, 2013. (In Persian)
18. Yazdanian, Alireza, *Civil Law: Law of Obligations – General Rules of Tort Liability with Comparative Study in French Law*, Volume 2, Tehran: Mizan, 2020 (In Persian)
19. Yazdanian, Alireza, *Lessons in Comparative Civil Law: Comparative Studies in Obligations Law*, Volume 1, Tehran: Mizan, 2017. (In Persian)

This page is intentionally
left blank.

Legal Research, Vol 29, Issue 113, 2026: 223-246 Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Journal of Legal Research
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

Orginal Article

Feasibility Study of Application of Competition Law in Regulation of Fossil Energy Market Considering Factors that Disrupt Competition

Mahdi Mollaei[1]

Highlights

- Given the monopolistic competitive structure of fossil fuels and the existence of renewable substitutes for them, there is limited market power for suppliers of these energies
- Price fluctuations are an integral part of the natural market mechanism and any unnecessary intervention will lead to unintended consequences, so the sole application of competition law to regulate the fossil energy market is neither possible nor desirable.
- In cases where regulation and enforcement are possible in the form of competition law and in situations where the market deviates from its natural functioning, it is necessary to amend the competition section of the Law on the Implementation of General Policies, Article 44 of the Constitution.

ABSTRACT

Introduction

Creating competition to improve market efficiency has always been approved by economists and lawyers. For this reason, they examine how to provide competition according to the conditions of each market. In the years after World War II, governments entered the economy and took control of the energy sector, arguing that the free market mechanism has shortcomings in the optimal allocation of resources and maximum welfare. This has sometimes taken the form of natural monopoly in the form of a closed economy. Considering the strategic position of fossil energies, it is appropriate to identify the factors disrupting competition in these markets; because formulating a desirable competition policy in order to fundamentally confront anti-competitive behaviors and enacting competition rules in the energy sector requires discovering the factors affecting the creation of the aforementioned behaviors. Important questions arise here: What are the most important factors disrupting competition in fossil energies? Is it possible to apply competition law in regulating this area?

Methods

In the present study, a combined method of hermeneutics, description, and content analysis was used to interpret the data. In this regard, the hermeneutics method was used to contextualize anticompetitive behavior, and the content analysis method and principles of energy economics were used to analyze the data. In energy economics, different dimensions of energy are considered, and based on that, the degree of

How to Cite: Mollaei, Mahdi, "Feasibility Study of Application of Competition Law in Regulation of Fossil Energy Market Considering Factors that Disrupt Competition", Legal Research, Vol. 29, No. 113, 2026, pp: 223-246.

DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2025.237929.2820 Received: 21/12/2024-Accepted: 19/02/2025

1. Assistant Professor, Faculty of Management & Industries, Shahrood University of Technology, Shahrood, Iran
Corresponding Author Email: mahdi.mollaie@shahroodut.ac.ir

Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

balance and rules of competition are explained. Hermeneutics is a type of interpretive methodology that aims to systematize the interpretation of all meaningful actions and behaviors and the results of the aforementioned actions, especially when they appear in the form of text or speech. The aforementioned science deals with the process of understanding a phenomenon and examines how to receive meaning from various works such as speech and behavior. In Skinner's intentional hermeneutics, in order to analyze the thoughts of politicians and energy economists, reconstructing the contexts in order to discover the intentions of the aforementioned thinkers plays a fundamental role. Content analysis is a descriptive strategy for finding patterns within a qualitative data set. In thematic analysis, the researcher presents a map of the aforementioned themes by extracting components, structural codes, and key points and analyzing them, and by considering the general principles governing the work, while achieving frequent and meaningful patterns.

Results and Discussions

According to hermeneutic findings, political, technical, and economic factors specific to the fossil energy sector have disrupted competition. The subsets of the above factors and principles have been coded according to thematic analysis method. In this regard, five structural codes have been found for political factors, five structural codes for technical factors, and three structural codes for economic factors. A comparison of the political, technical, and economic factors disrupting competition in the fossil energy market indicates that: First, the degree of effectiveness of the aforementioned factors is not the same, and political factors have the greatest impact, and technical and economic factors are in the next ranks, because the energy sector is more tied to political issues and the logic governing it is more political-security in nature, and field observations and statistical data also confirm this. Secondly, the sphere of influence of the above factors is not the same. The sphere of political factors is generally international, but the sphere of technical factors is mainly national and related to the specific circumstances of each country. However, in some issues such as the environment, its international sphere is highlighted. The sphere of economic factors includes both the national economy and the international economy. Thirdly, the consequences of political, technical and economic factors are distinct from each other. Political factors generally have political consequences that lead to economic and social crises. Technical factors often have economic consequences and economic factors have both types of consequences and effects. Fourthly, in physical operations such as drilling and extraction, the concept of a competitive market is hardly conceivable and this problem is rooted in technical factors, but in legal operations such as energy contracts, anti-competitive behavior is more likely to result from political factors. Given the structure of monopolistic competition for fossil fuels and the existence of renewable substitutes for them, there is limited market power for suppliers of these energies, and naturally the market itself will have the appropriate power to guarantee exchanges without the need to apply competition laws. The continued activity of these markets despite the outbreak of war in various regions or the embargo on a country that has oil and gas resources indicates the resilience of this market in the world, which has been able to continue its existence despite all the factors disrupting competition and provide energy well in many countries of the world, and consumers have also adjusted their behavior in response to market equilibrium prices. Now, if it is said that the aforementioned equilibrium prices are not fair, a measure of fair price must first be provided. Price fluctuations are an integral part of the mechanism and natural nature of the market, and any unnecessary intervention in it, whether through competition laws or any other means, will lead to unwanted consequences that may have worse results. As a result, it is neither possible nor desirable to apply competition law to regulate the fossil energy market. However, in cases where regulation and enforcement are possible through competition law, and in situations where the market deviates from its normal functioning, it is necessary to review the competition section of the Law on the Implementation of General Policies, Article 44 of the Constitution.

Conclusion

Considering the factors that hinder competition in the energy sector, it is proposed that, while formulating appropriate competition policies in the aforementioned sector, a regulatory body called the “Energy Competition Committee” be added to Article 53 of the above law in the form of the following proposed note: “Note 2- In the energy sector, the Energy Competition Committee shall be formed with fifteen members, consisting of two judges elected by the head of the judiciary, three experts elected by the ministers of oil, energy and security, two experts elected by the Competition Council, five experts elected by the chambers of commerce and cooperatives, employers’ associations of the oil refining and petrochemical industries and the Iranian Oil Industry Federation, and three representatives from the Energy Commission of the Islamic Consultative Assembly. The duties of this committee are as follows: monitoring, supervising and identifying instances of anti-competitive practices in the energy sector and evaluating them, approving the guidelines for regulating prices, quantities and conditions of access to the energy market in abnormal

market conditions, permitting the activities of Group Three of Article 2 to private, public, non-governmental and competent cooperative companies in the energy sector, and setting the principles of the guidelines for business licenses in the energy sector. "The above committee has all the powers stipulated in Articles 60 and 61 of this law, and the conditions of its members, secretariat, and the manner of managing meetings are the same as those of the Competition Council."

Keywords: Distortion of Competition, Fossil Energy Market, Competitive Markets, Competition Law, Anti-Competitive Behavior

فصلنامه تحقیقات حقوقی
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

مقاله علمی-پژوهشی

امکان سنجی کاربست حقوق رقابت در تنظیم بازار انرژی‌های فسیلی با لحاظ عوامل مختل‌کننده رقابت

مهدی ملائی[1]

نکات برجسته

- با عنایت به ساختار رقابت انحصاری انرژی‌های فسیلی و وجود جانشین‌های تجدیدپذیر برای آن، قدرت بازاری محدودی برای عرضه‌کنندگان انرژی‌های مذکور وجود دارد.
- فراز و فرودهای قیمتی، بخشی جدایی‌ناپذیر از مکانیسم طبیعی بازار است و هرگونه دخالت غیرضرور منجر به پیامدهای ناخواسته خواهد شد؛ لذا صرف کاربست حقوق رقابت در تنظیم بازار انرژی‌های فسیلی نه ممکن و نه مطلوب است.
- در مواردی که امکان تنظیم‌گری و ضمانت‌اجرا در قالب حقوق رقابت وجود دارد و در شرایطی که بازار از عملکرد طبیعی خود فاصله می‌گیرد، لازم است بخش رقابتِ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی را بازنگری نمود.

چکیده

ایجاد رقابت برای بهبود کارایی بازار همواره مورد تأیید اقتصاددانان و حقوق‌دانان بوده است. به همین دلیل به بررسی نحوه ارائه رقابت باتوجه‌به شرایط هر بازار می‌پردازند. در سال‌های پس از جنگ جهانی دوم، دولت‌ها با این استدلال که مکانیسم بازار آزاد در تخصیص بهینه منابع و رفاه حداکثری کاستی‌هایی دارد، وارد اقتصاد شدند و بخش انرژی را در دست گرفتند. این امر در قالب یک اقتصاد بسته، گاه شکل انحصار طبیعی به خود گرفته است. نظر به موقعیت استراتژیک انرژی‌های فسیلی، شایسته است عوامل مختل‌کننده رقابت در بازارهای مزبور شناسایی گردد؛ زیرا تدوین سیاست رقابتی مطلوب به‌منظور مقابله اساسی با رفتارهای ضدرقابتی و تصویب قواعد رقابت در حوزه انرژی، مستلزم کشف عوامل مؤثر بر ایجاد رفتارهای مذکور است. در اینجا سؤالات مهمی مطرح می‌شود: مهم‌ترین عوامل مختل‌کننده رقابت در انرژی‌های فسیلی چیست؟ آیا امکان کاربست حقوق رقابت در تنظیم این حوزه وجود دارد؟ در پژوهش حاضر، عوامل سیاسی، فنی و اقتصادیِ مختل‌کننده رقابت در حوزه انرژی‌های فسیلی با روش هرمنوتیک و تحلیل مضمون شناسایی شده‌اند. با عنایت به ساختار رقابت انحصاری بازارهای مذکور، مبرهن می‌شود صرف استفاده از قواعد حقوق رقابت انرژی برای تنظیم بازار، نه ممکن و نه مطلوب است. درصورت انحراف بازار مذکور از عملکرد طبیعی، پیشنهاد می‌شود علاوه بر تدوین سیاست‌های رقابتی مناسب، نهادی تنظیم‌گر با عنوان کمیته رقابت انرژی، به بخشِ رقابتِ قانونِ اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی ملحق گردد.

کلید واژگان: اخلال در رقابت، بازار انرژی‌های فسیلی، بازارهای رقابتی، حقوق رقابت، رفتارهای ضدرقابتی.

استناد به این مقاله: ملائی، مهدی، «امکان سنجی کاربست حقوق رقابت در تنظیم بازار انرژی‌های فسیلی با لحاظ عوامل مختل‌کننده رقابت»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۳، فروردین ۱۴۰۵، صص: ۲۲۳-۲۴۶.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۰/۰۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۲/۰۱ DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2025.237929.2820

۱. استادیار، دانشکده مدیریت و صنایع، دانشگاه صنعتی شاهرود، شاهرود، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: mahdi.mollaie@shahroodut.ac.ir

Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

مقدمه

شکل‌گیری رقابت برای بهبود کارایی بازار همواره مورد تأیید اقتصاددانان و حقوق‌دانان بوده است. به همین دلیل آنها باتوجه‌به شرایط هر بازار، به بررسی نحوه ارائه رقابت می‌پردازند. پس از جنگ جهانی دوم، دولت‌ها با این توجیه که مکانیسم بازار آزاد در تخصیص بهینه منابع و رفاه حداکثری نواقصی دارد، وارد اقتصاد شدند و بخش انرژی را در دست گرفتند. این امر به‌شکل یک اقتصاد بسته در آمده و گاهی شکل انحصار طبیعی به خود گرفته است. باوجود این، در دو دهه اخیر، دیدگاه‌ها و ساختارهای اقتصاد انرژی به‌ویژه در مورد صنایع شبکه انرژی به‌طور قابل توجهی تغییر کرده است. یکی از ویژگی‌های صنایع مذکور، ارتباط آن با بحث «ارائه خدمات عمومی به مصرف‌کنندگان» و «منافع عمومی» است که از یک سو «دخالت دولت» را توجیه می‌کند و از سوی دیگر باید برای منافع عمومی استفاده شود. مقوله «رقابت» به‌نوعی تعامل بین این دو موضوع بوده و امری چالش‌برانگیز است.[1] انرژی نقش مهمی در تجارت و اقتصاد جهانی دارد، ازاین‌رو شایسته است در قالبی استاندارد، با قیمتی عادلانه، در شرایطی منصفانه، در زمانی مناسب و بستری امن، به‌دست مصرف کننده نهایی برسد.[2] این مؤلفه‌ها از اصول بنیادین حقوق رقابت است. ایجاد فضای رقابتی در حوزه انرژی موجب اطمینان‌کشورهای تولیدکننده انرژی نسبت به انتقال تکنولوژی، موجب اعتماد شرکت‌های سرمایه‌گذاری نسبت به وجود بازار رقابتی و باعث اطمینان کشورهای مصرف‌کننده نسبت به عادلانه بودن قیمت انرژی می‌شود.[3] رقابت موجب بهینه‌سازی منافع و تضمین بازار بدون تبعیض می‌شود.[4] علی‌رغم اهمیت انرژی و لزوم تحقق فضای رقابتی در آن، در بازار انرژی‌های فسیلی رفتارهای ضدرقابتی روی می‌دهد. در اینجا چند سؤال اساسی مطرح می‌شود: عوامل مختل‌کننده رقابت در حوزه انرژی‌های فسیلی کدام‌اند؟ ساختار بازار انرژی‌های مذکور به کدام مدل رقابتی نزدیک است؟ آیا کاربست حقوق رقابت در تنظیم بازار انرژی‌های فسیلی، ضروری و مطلوب است؟ نگارنده در مقام فرضیه معتقد است مهم‌ترین علل مختل‌کننده رقابت در حوزه انرژی، مسائل سیاسی، فنی و اقتصادی خاص این حوزه است. به نظر می‌رسد در میان ساختارهای متعارف، بازار مذکور به‌دلیل تعدد خریداران و فروشندگان، به ساختار رقابت انحصاری نزدیک‌تر باشد. با عنایت به علل مختل‌کننده رقابت و ساختار بازار مذکور، صرف کاربست حقوق رقابت برای تنظیم‌گری، نه ممکن و نه مطلوب است و درصورت لزوم و نه همیشه، به‌کارگیری مجموعه‌ای از سیاست‌های رقابتی لازم است. در تبیین ضرورت مطالعه عوامل مختل‌کننده رقابت در حوزه انرژی باید گفت اصولاً تدوین سیاست رقابتی مناسب برای کنترل رفتارهای ضدرقابتی و مقابله اساسی با رفتارهای مزبور، مستلزم شناسایی علل مختل‌کننده رقابت است؛ زیرا برای درمان معلول باید علت را شناسایی و حذف نمود. از نظر پیشینه پژوهش، تاکنون هیچ مطالعه جامعی صورت نگرفته است و اندک تحقیقات انجام شده از مشکل روش‌شناسی رنج می‌برند. شناسایی عوامل مختل‌کننده رقابت در بازار انرژی‌های فسیلی با روش هرمنوتیک و تحلیل مضمون از نوآوری‌های مقاله حاضر است.

---

1. Norouzi, N. and M. Fani. “Monopoly and competition in the energy market: A legal analysis”, *Global Journal of Business Management*, Volume 15, Issue 2, 2021, PP 1-7.

2. Stirling, A. “Transforming power: Social science and the politics of energy choices”, *Energy Research & Social Science*, Volume 1, 2014, P 83.

۳. ملائی، مهدی، ***حقوق رقابت بین‌المللی انرژی***، تهران: دانشگاه امام صادق(ع)، ۱۳۹۱، ص ۶۱.

4. Wayes, Tushar., Chau Yuen and David B. Smith, “Price Discrimination for Energy Trading in Smart Grid: A Game Theoretic Approach”, *IEEE Transactions on Smart Grid*, Volume 8, Issue 4, 2017, P 1790.

۱. ادبیات مفهومی

۱.۱. رقابت

رقابت در لغت در معانی مسابقه، انتظار، هم‌چشمی[۱] و محافظت آمده است.[۲] رقابت در اصطلاح حقوقی «وضعیتی در بازار است که در آن تعدادی تولیدکننده، خریدار و فروشنده مستقل برای تولید، خرید یا فروش کالا و خدمت فعالیت می‌کنند؛ به‌طوری‌که هیچ‌یک از آنها قدرت تعیین قیمت را در بازار نداشته باشند یا برای ورود بنگاه‌ها به بازار یا خروج از آن محدودیتی وجود نداشته باشد».[۳] در انگلیسی واژه «competition» و در فرانسه عبارت «concurrenc» و در عربی کلمه «المنافسة» برای اشاره به مفهوم رقابت به کار می‌رود. مهم‌ترین مدل‌های رقابت عبارت‌اند از: رقابت کامل[۴]، عملی[۵]، ناقص[۶]، انحصاری، با اعمال قدرت[۷] و به‌مثابه بازی[۸].

۱.۲. حقوق رقابت

حقوق رقابت یکی از عرصه‌های معتبر و بنیادین حقوق عمومی اقتصادی بوده[۹] و مجموعه‌قواعد کلی و الزام‌آور است که برای تنظیم بازار توسط مقام صالح وضع شده و هدف آن ارتقای کارایی، یکپارچگی، تعادل[۱۰] و انصاف[۱۱] در بازار است. در این راستا اقداماتی نظیر حذف قوانین غیرضرور[۱۲]، قانون‌گذاری منطقی[۱۳] و تعیین ضمانت اجرا[۱۴] صورت می‌گیرد که حالت آرمانی آن خودکنترلی بازار[۱۵] است. علم مذکور با ابزارهای اقتصادی سعی در ایجاد رقابت در بازار و مراقبت از آن دارد.[۱۶] در شرایط شکست بازار، اتخاذ سیاست رقابتی و دخالت نهادهای نظارتی حقوق رقابت

---

۱. معین، محمد، ***فرهنگ لغت معین***، تهران: زرین، ۱۳۸۶، ص ۲۳۱.

۲. قرشی، سید علی اکبر، ***قاموس قرآن***، تهران: دارالکتب الإسلامیة، ۱۴۱۲ه.ق، ص ۱۱۲.

۳. بند۱۱ ماده ۱ قانون اجرای سیاست‌های اصل۴۴ قانون اساسی.

۴. کالوو، پی‌تر و ژئوفری واگ، ***اقتصاد خرد***، ترجمه حمیدرضا ارباب، تهران: علامه طباطبایی، ۱۳۸۴، ص ۲۱۹؛ واریان، هال، ***تحلیل اقتصاد خرد***، ترجمه رضا حسینی، تهران: نشر نی، ۱۳۸۸، ص ۲۶۸؛ اس پندیک، رابرت و دانیل ال رابینفیلد، ***اقتصاد خرد***، ترجمه احمد ذیحجه‌زاده، تهران: سمت، ۱۳۹۱، ص ۴۰۷.

۵. قدیری اصلی، باقر، ***اصول اقتصاد خرد***، تهران: مدرسه عالی بازرگانی، ۱۳۸۷، ص ۲۸۵.

۶. فرگوسن، اف، ***نظریه اقتصاد خرد***؛ ترجمه محمود روزبهان، تهران: تابان، ۱۳۹۳، ص ۱۱؛ سالواتوره، دومینیک، ***تئوری و مسائل اقتصاد خرد***، ترجمه حمیدرضا ارباب، تهران: نشر نی، ۱۳۷۸، ص ۱۲۳.

7. Laurence Nicolas-Vullierme. *Droit de la concurrence*, Paris: Vuibert, 2008, P 2.

۸. رشوند، مهدی، ***حقوق رقابت در فقه امامیه حقوق ایران و اتحادیه اروپا***، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۸، ص ۱۸۹.

۹. باقری، محمود و علی‌محمد فلاح‌زاده، «مبانی حقوق عمومی حقوق رقابت»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۳۹، شماره ۳، ۱۳۸۸، ص ۶۳.

10. Daniel, Mainguy. *Droit de la concurrence*, Paris: Litec, 2010, P 12.

11. Bailey, S. H., Michael Gunn and David Ormerod, *Modern English Legal System*, London, Third Edition, 1996, P 16.

12. Diregulation

13. Reregulation

14. Regulation for competition

15. Meta regulation

۱۶. طجرلو، رضا و محمدعلی کرباسیون، «حاکمیت قانون و کارایی در نظام حقوق رقابت ایران»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۷، شماره ۴، ۱۳۹۶، ص ۹۸۰.

اجتناب‌ناپذیر می‌شود.[۱] مهم‌ترین قواعد حقوق رقابت ایران در قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی ذکر شده است. قواعد مذکور عمومی بوده و فاقد قواعد اختصاصی در حوزه رقابت انرژی است.

در حقوق بین‌الملل، معاهده منشور انرژی تنها معاهده بین‌المللی درخصوص رقابت انرژی بوده[۲] که نظم حقوق بین‌الملل در حوزه مذکور را مبرهن ساخته است.[۳] در این معاهده با عناوین مختلف، تعهدات رقابتی بر دولت‌های متعاهد تحمیل شده و نقض هریک، ضمانت‌آور قلمداد شده است.[۴] توسعه بازار باز و رقابتی (ماده ۳ معاهده)، مقابله با رفتار ضدرقابتی (ماده ۶)، پرهیز از اقدامات تبعیض‌آمیز (ماده ۸، بند ۱ ماده ۹، ماده ۱۰ و بند ۷ آن و بند ۵ ماده ۱۴) و شفافیت (ماده ۲۰) از قواعد بنیادین حقوق رقابت است که در معاهده مذکور خودنمایی می‌کند.[۵] بند ۵ ماده ۶ معاهده منشور انرژی ضمانت اجرای اعمال ضدرقابتی را تعیین کرده است.[۶]

۲. روش‌شناسی

در پژوهش حاضر از روش ترکیبیِ هرمنوتیک، توصیف و تحلیل مضمون برای تفسیر داده‌ها استفاده شده است. در این راستا، برای زمینه‌یابی رفتار ضدرقابتی از روش هرمنوتیک و برای تجزیه و تحلیل داده‌ها، از روش تحلیل مضمون و اصول اقتصاد انرژی استفاده شده است. اقتصاد انرژی حاصل دانش‌های اقتصاد، سیاست و انرژی بوده و داده‌های مخازن، پالایش، شرکت‌های بین‌المللی، بازارهای جهانی انرژی و سایر فعالان انرژی را تحلیل می‌نماید. در علم اقتصاد انرژی ابعاد مختلف انرژی در نظر گرفته می‌شود و براساس آن، میزان تعادل و قواعد رقابت مبرهن می‌شود. هرمنوتیک نوعی روش‌شناسی تفسیری است که قصد دارد تفسیر تمام اعمال و رفتارهای معنادار و حاصل اقدامات مذکور را، به‌ویژه زمانی که در قالب متن یا گفتار خودنمایی می‌کند، روش‌مند کند. علم مذکور به فرایند فهم یک پدیده پرداخته و نحوه دریافت مفهوم از آثار گوناگون از قبیل گفتار و رفتار را بررسی می‌نماید. به نظر می‌رسد معنایی غایی و فهمی نهایی از هر اثر وجود دارد؛ وظیفه مفسر است که ضمن شناخت آن اثر، تحلیل نشانه‌های مختلف و اصلاح روش تفسیر، بکوشد تا به آن مفهوم نهایی نائل شود.[۷] در هرمنوتیک قصدگرای اسکینر، به‌منظور تحلیل اندیشه‌های سیاستمداران و اقتصاددانان انرژی، بازسازی زمینه‌ها به‌منظور کشف قصد اندیشمندان مذکور نقش بنیادین دارد.[۸] تحلیل مضمون، راهبردی توصیفی جهت یافتن الگوها از درون مجموعه داده‌های کیفی است.[۹] در تحلیل مضمون، محقق با استخراج مؤلفه‌ها، کدهای ساختاری و نکات

---

۱. شیخ‌الاسلامی، عباس و امید ابراهیمی، «ارزیابی حقوقی ساختار سازمانی و کارکردهای شورای رقابت»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۹، شماره ۳، ۱۳۸۹، ص ۶۹۵.

۲. جنیدی، لعیا و غزال کشاورزی، «تحلیل اجرای موقت معاهده منشور انرژی در پرتو رای یوکاس و مقایسه با نظام حقوقی ایران»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۷، شماره ۴، ۱۳۹۶، صص ۸۴۱-۸۷۱.

۳. ضیائی بیگدلی، محمدرضا، ***حقوق بین الملل عمومی***، تهران: رشدیه، ۱۳۹۸، ص ۵۹.

۴. موسوی، سید امیرحسام، «تعهدات دولت میزبان براساس پیمان منشور انرژی»، *فصلنامه مطالعات حقوق انرژی*، دوره ۵، شماره ۲، ۱۳۹۸،ص ۴۷۷.

۵. ملائی، مهدی، ***حقوق رقابت***، گرگان: نوروزی، ۱۳۹۹، ص ۲۱۹.

6. Spence, David B. "Can Law Manage Competitive", *Energy Markets*, Volume 93, Issue 4, 2008, PP 767-808.

۷. احمدی، بابک، ***ساختار و تأویل متن***، تهران: مرکز نشر، ۱۳۸۹، ص ۵۳۵.

8. Mahmoud Panahi, Sayyed Mohammad Reza, "A Study of Skinner's Intentional Hermeneutic Methodology", *Research Policy Quarterly*, Issue 3, 2015, P 159.

9. Given, L. M. *The sage encyclopedia of qualitative Methods*, London, 2008, P 867.

کلیدی و تجزیه و تحلیل آنها و با عنایت به اصول کلی حاکم بر اثر، ضمن دستیابی به الگوهای پر تکرار و معنادار، نقشه‌ای جامعه از مضامین مذکور ارائه می‌دهد.[1] بر این اساس، جهت تفسیر صحیح رفتارهای ضدرقابتی و یافتن علل وقوع این رفتارها در بازارهای انرژی، شایسته است تمام اقدامات، رفتارها، شعارها، اندیشه‌ها و آثار مشمولین این حوزه شامل شرکت‌های انرژی، کشورها، بورس‌های انرژی و سازمان‌های بین‌المللی مورد مداقه قرار گیرد.

۳. یافته‌های پژوهش

طبق یافته‌های هرمنوتیک، عوامل سیاسی، فنی و اقتصادی خاص حوزه انرژی‌های فسیلی، موجب اختلال در رقابت شده است. زیرمجموعه‌های عوامل و مبانی فوق طبق روش تحلیل مضمون کدگذاری شده است. در این راستا، برای عوامل سیاسی پنج کد ساختاری، برای عوامل فنی پنج کد ساختاری و برای عوامل اقتصادی سه کد ساختاری یافت شده است. مقایسه عوامل سیاسی، فنی و اقتصادی مختل‌کننده رقابت در بازار انرژی‌های فسیلی حاکی از آن است: اولاً میزان تأثیرگذاری عوامل مذکور یکسان نیست و بیشترین تأثیر را عوامل سیاسی داشته و عوامل فنی و اقتصادی در رده‌های بعدی قرار دارند؛ زیرا حوزه انرژی بیشتر با مسائل سیاسی گره خورده و منطق حاکم بر آن بیشتر صبغه سیاسی- امنیتی دارد و مشاهدات میدانی و داده‌های آماری نیز مؤید آن است. ثانیاً، قلمرو تأثیر عوامل فوق یکسان نیست. قلمرو عوامل سیاسی عموماً بین‌المللی است، لیکن قلمرو عوامل فنی اصولاً ملّی بوده و به اوضاع و احوال خاص هر کشور مرتبط است. باوجود این، در برخی موضوعات نظیر محیط زیست، قلمرو بین‌المللی آن برجسته می‌شود. قلمرو عوامل اقتصادی شامل هر دو عرصه اقتصاد ملّی و اقتصاد بین‌المللی است. ثالثاً، تبعات عوامل سیاسی، فنی و اقتصادی از یکدیگر متمایز است. عوامل سیاسی، عموماً پیامدهای سیاسی به‌دنبال دارد که منجر به بحران‌های اقتصادی و اجتماعی می‌شود. وضعیت سیاسی، اقتصادی و اجتماعی کشورهای نفت‌خیز که اقتصاد تک محصولی دارند، دلیلی بر این مدعاست. عوامل فنی اغلب پیامدهای اقتصادی و عوامل اقتصادی، هر دو دسته از تبعات و آثار را در پی دارد. رابعاً، در عملیات مادی نظیر حفاری و استخراج، مفهوم بازار رقابتی به‌سختی متصور است و این مسئله ریشه در عوامل فنی دارد، اما در عملیات حقوقی نظیر قراردادهای انرژی، رفتارهای ضدرقابتی بیشتر ناشی از عوامل سیاسی است.

۴. عوامل سیاسی مختل‌کننده رقابت در حوزه انرژی‌های فسیلی

عوامل سیاسی اولین و مهم‌ترین علل مختل‌کننده رقابت در حوزه انرژی‌های فسیلی است. انرژی کالایی به‌شدت سیاست‌زده است؛ به‌نحوی‌که ادعا شده لوله‌های نفت و گاز، نود درصد از جنس سیاست و تنها ده درصد از جنس فولادند.[2] هیچ کالایی به‌اندازه انرژی تا این میزان تحت‌تأثیر سیاست واقع نشده است.[3] انرژی نه‌تنها یک ابزار اقتصادی، بلکه یک ابزار سیاسی مؤثر برای فشار به دولت‌ها محسوب می‌شود. تدلیس به‌عنوان یکی از رفتارهای ضد رقابتی می‌تواند ناشی از اقدامات سیاسی باشد. تدلیس شامل رقابت ناعادلانه است که کل بازار را تهدید می‌کند و علل مختلفی دارد.[4] در اینجا اقدامات سیاسی استراتژیک وجود دارد که محیط نظارتی و قانونی را که در آن شرکت‌ها فعالیت می‌کردند، تغییر داده و

[1]. Attride Stirling, Jennifer. *Thematic Networks: An Analytic Tool for Qualitative*, 2001, P 389.
[2]. Sartori, N. *Energy and politics: behind the scenes of the Nabucco-TAP competition,* Istituto Affari Internazionali (IAI), 2013, P 5.
[3]. Hughes, L. and P. Y. Lipscy. "The politics of energy", *Annual Review of Political Science,* Volume 16, 2013, P 449.
[4]. So Young Kim, "An analytical approach to detect mtic/mtec vat fraud involving energy trading", *tax-iota papers*, 2017, P 2.

چارچوب‌های نهادی جرم‌زا را ایجاد نموده که در نتیجه اقدامات فساد شرکتی را تسهیل می‌نماید. سه مطالعه موردی شامل بحران انرژی کالیفرنیا نشان داد که چگونه بازارها و قوانین حاکم بر آنها، محصول فرایندهای سیاسی و عامل ایجاد انگیزه و فرصتی برای تقلب و تدلیس‌اند.[۱] در مورد ارتباط بین انرژی‌های فسیلی و سیاست، نمونه‌های زیر گفتنی است: قرار گرفتن سیاست انرژی در بطن سیاست خارجی آمریکا؛ نقش گاز طبیعی در احیا قدرت جهانی روسیه؛ سرمایه‌گذاری‌های کشور چین در آفریقا، تلاش ابرقدرت‌ها برای سلطه بر منابع نفتی خلیج‌فارس و مشکلات اختصاصی کشورهای محصور در خشکی تولیدکننده انرژی.[۲] طبق یافته‌های هرمنوتیک و تحلیل مضمون، امنیت و دفاع ملی، تحریم، جنگ، سیاست خارجی و دخالت نادرست دولت‌ها از جمله علل و مؤلفه‌های سیاسی‌اند که موجب اختلال در رقابت بازارهای مذکور می‌شوند. کاربست حقوق رقابت ملی در این حوزه برای تنظیم‌گری بازار، به‌دلیل عدم ضمانت اجرای مقولاتی نظیر تحریم و جنگ بسیار دشوار و گاهی غیرممکن است؛ اما در حقوق بین‌الملل، مقررات بند ۵ ماده ۶ بخشِ رقابتِ معاهده منشور انرژی قابل توجه است.

۴.۱. امنیت و دفاع ملی

انرژی‌های فسیلی از ارکان مهم اقتدار ملی و از مهم‌ترین علل جنگ‌اند.[۳] بین امنیت‌ملی و امنیت انرژی ارتباط مستقیمی وجود دارد.[۴] در ایران سند امنیت انرژی توسط شورای عالی امنیت‌ملی مصوب و شاخص‌های آن مشخص شده است. امنیت‌ملی در سرلوحه منافع ملی هر کشور تعریف شده و تضمین آن به عوامل مادی و معنوی زیاد از جمله منابع انرژی بستگی دارد.[۵] ازاین‌رو گاهی دولت‌ها مجبور می‌شوند برای تأمین امنیت انرژی خود مبادرت به اقداماتی از قبیل تملک گسترده انرژی، تسلط بر منابع انرژی و حتی جنگ نمایند که ذاتاً ضدرقابتی است. تملک گسترده، انحصار را به‌همراه دارد و سوءاستفاده از وضعیت مسلط و جنگ، دسترسی آزاد به بازار انرژی را مختل می‌کند و سبب ایجاد رفتارهای ضدرقابتی می‌شود. دسترسی آزاد از مؤلفه‌های مهم یک بازار رقابتی است. بر همین اساس، استفاده ابزارگونه روسیه از گاز[۶]، تلاش آمریکا جهت تسلط بر انرژی خاورمیانه که هارمونی بازارهای انرژی را با اختلال مواجه ساخته و همچنین خریدها و تملک گسترده سهام انرژی توسط کشور چین، مورد انتقاد واقع شده است.[۷] گاهی کشورها در مقام دفاع ملی، ضمن حمله به تأسیسات انرژی، به تحریم انرژی و تکنولوژی تمسک جسته که ماهیتی ضدرقابتی دارد و موجب اختلال

---

[1]. Tillman, Robert. "Making the rules and breaking the rules:the political origins of corporate corruption in the new economy, Crime, Law and Social Change", Volume 51, 2009, PP 73–86.

[۲]. حسنتاش، غلامحسین، «کنکاشی در ایده امنیت تقاضای انرژی»، *ماهنامه اقتصاد انرژی*، شماره ۹۲، ۱۳۸۶، صص ۲-۴.

[۳]. اسپینر، دی وی، «از آموزه نیکسون تا آموزه کارتر، ژئوپلیتیک نفت در دهه ۱۹۷۰»، *مجله اطلاعات سیاسی اقتصادی*، شماره ۲۵۹-۲۶۰، ۱۳۸۸، ص ۱۹۴.

[4]. Wisniewski, Jaroslaw. "EU Energy Diversification Policy and the Case of South Caucasus", *Political Perspectives*, Volume 5, Issue 2, 2011, PP 58-73.

[۵]. اطاعت، جواد و حمیدرضا نصرتی، «نفت ژئو اکونومی و امنیت ملی ایران»، *همایش نفت و سیاست خارجی*، تنظیم‌کننده: محمود واعظی، تهران: مرکز تحقیقات استراتژیک، ۱۳۸۸، صص ۳۰۵-۳۲۱.

[۶]. ترکان، اکبر، «گاز طبیعی و امنیت ملی»، *همایش نفت و سیاست خارجی*، تنظیم‌کننده: محمود واعظی، تهران: مرکز تحقیقات استراتژیک، ۱۳۸۸، صص ۶۰-۸۱.

[7]. Zhang, Zhong Xiang. "The overseas acquisitions and equity oil shares of Chinese national oil companies:A threat to the West but a boost to China's energy security?", *Energy Policy*, Volume 48, 2012, PP 698-701.

در بازار می‌شود.[۱]

۴.۲. تحریم

مطابق ماده یک لایحه مقابله با تحریم‌ها، تحریم عبارت است از اقدام‌های صریح یا ضمنی محدودکننده، ممنوع‌کننده یا تنبیهی در حوزه‌های گوناگون اقتصادی، تجاری، مالی، پولی و غیره که با هدف تغییر یا تأثیر بر سیاست‌ها و رفتارهای طرف تحریم شده صورت می‌گیرد.[۲] تحریم یکی از مهم‌ترین مصادیق موقعیت‌های ضدرقابتی است. تحریم موجب تبعیض بین فعالان انرژی شده و در نظم خودکار بازار اختلال ایجاد می‌کند. خودداری از فروش کالا و خدمات، امتناع از انتقال تکنولوژی، ایجاد قیمت‌های مصنوعی، مقابله به مثل، شکل‌گیری وضعیت مسلّط و سوءاستفاده از آن، تبانی، قراردادهای اجباری و مشروط تنها بخشی از ناهنجاری‌های رقابتی فضای تحریمی است.[۳] درخصوص نقش تحریم در بازارهای انرژی، تحریم ایران و روسیه توسط آمریکا و کشورهای غربی قابل‌ذکر است.[۴] تحریم‌ها، پرونده سرمایه‌گذاری ایران را با مشکلات بی‌سابقه‌ای روبه‌رو کرده که ناشی از تأثیر متقابل بین حداقل سه رژیم حقوقی است: مقررات سرمایه‌گذاری داخلی ایران، رژیم تحریم‌های اقتصادی و رژیم سرمایه‌گذاری بین‌المللی.[۵] ایران برای مقابله با آثار ضدرقابتی و ضدتجاری تحریم‌ها، مبادرت به تصویب قانون اقدام راهبردی برای لغو تحریم‌ها نموده است و لایحه مقابله با تحریم‌ها نیز در مسیر تصویب قرار دارد.

۴.۳. جنگ و امنیت جهانی

ثبات در تولید و توزیع انرژی امری حیاتی است و هرگونه اختلال در آن، عاملی تهدیدکننده ازسوی کشورهای مصرف‌کننده قلمداد می‌شود. به همین دلیل همواره مسیرهای انتقال انرژی، اهمیت ویژه‌ای دارند. به‌اعتقاد تئوریسین‌های آمریکایی، از منظر موازنه قوای برتر، موفقیت از آن کشوری است که بر عرصه‌های ژئواکونومیک منابع انرژی مسلط باشد؛ به همین دلیل، حضور آمریکا در خلیج‌فارس، به مثابه یک اهرم قدرت بوده و خودِ منابع انرژی در وهله دوم اهمیت است.[۶] بدون شک سوءاستفاده از موقعیت مسلط یک اقدام ضد رقابتی بوده و چنانچه میزان هارتلند انرژی در یک معادله لحاظ شود، حضور آمریکا در منطقه غرب آسیا به‌منظور مسلط شدن بر مرکز حیاتی انرژی جهان مبرهن می‌شود.[۷] افزون بر آن، اقدامات جنگ‌افروزانه برای ایجاد ناامنی و جنگ در کشورهای تولیدکننده

---

۱. ملائی، ***حقوق رقابت بین‌المللی انرژی***، پیشین، ص ۲۲۳.

۲. ر.ک. عادلی، محمدحسین، «تحریم اقتصادی و اثر آن بر نفت ایران»، *همایش نفت و سیاست خارجی*، تنظیم‌کننده: محمود واعظی، تهران: مرکز تحقیقات استراتژیک، ۱۳۸۸، صص ۵۵۰-۵۲۰.

۳. حلیم زمهریر، ابوالفضل و سعید میرزایی فرد، «اهمیت ژئواکونومیک ایران برای اتحادیه اروپا و مسئله تحریم‌ها»، *همایش نفت و سیاست خارجی*، تنظیم‌کننده: محمود واعظی، تهران: مرکز تحقیقات استراتژیک، ۱۳۸۸، صص ۶۰۲-۶۲۳.

4. Westphal, Kirsten and Sascha Lohmann. "US-Russia policy hits European energy supply: the consequences of unilateral sanctions and growing market competition", *Social Science Open Access Repository*, Volume 12, Issue 1, 2019, PP 1-8.

5. Ghodoosi, Farshad. "Combatting Economic Sanctions: Investment Disputes in Times of Political Hostility, a Case Study of Iran", *Fordham International Law Journal*, Volume 37, Issue 6, 2014, PP 1731-1783.

۶. احمدی، سیدعباس و الهام سادات موسوی، «نقش انرژی فسیلی در ژئوپلیتیک جهانی انرژی»، *فصلنامه راهبرد توسعه*، دوره ۲، شماره ۳، ۱۳۸۵، ص ۴۱۵.

۷. اطاعت و نصرتی، پیشین، صص ۳۰۵-۳۲۱.

انرژی، از مهم‌ترین عوامل ایجاد اختلال در فرایند عرضه انرژی است که اقدامی ضدرقابتی محسوب می‌شود.[۱] در جنگ ایران و عراق، هدف عراق از به راه انداختن جنگ نفتکش‌ها و حملات مکرر به جزیره خارک، جلوگیری از صادرات نفت ایران بود. ایران از طریق تمرکززدایی و انبوه‌زدایی از مراکز صدور نفت، بحران مذکور را مهار کرد. قطعنامه ۵۵۲ شورای امنیت سازمان ملل متحد که در این خصوص صادر شد، از تمام کشورها خواست به‌حق کشتیرانی آزاد احترام بگذارند.

۴.۴. سیاست خارجی و نقش سازمان اوپک

اولویت بنیادین سیاست خارجی کشورهای مصرف‌کننده موضوع انرژی است. در این خصوص از سوی فعالان و مشمولین حوزه انرژی سه رویکرد مهم اتخاذ شده که دو مورد آن زمینه ایجاد فضای ضدرقابتی را مهیا کرده و رویکرد سوم (معاهده منشور انرژی) بسترساز تحقق فضای رقابتی شده است. نخستین رویکرد (رویکرد مصرف محور) از سوی کشورهای مصرف‌کننده نفت اتخاذ و با اعتراض کشورهای تولیدکننده نفت مواجه شد؛ زیرا قیمت ناعادلانه را امری ضدرقابتی می‌دانستند. در قیمت‌های پایین، کشورهای مصرف‌کننده صنعتی با وضع قوانین مالیات‌بر فروش، قیمت نفت برای مصرف‌کننده نهایی را بالا می‌بردند. در حقیقت، صرفاً بخشی از قیمت واقعی نفت به کشورهای تولیدکننده پرداخت می‌شد.[۲] در رویکرد دوم، به انرژی به‌مثابه یک سلاح و ابزار برخورد می‌شود. سوءاستفاده از سلطه و نفوذ[۳]، تبانی[۴]، مشروط کردن قرارداد[۵]، سوءاستفاده از قدرت[۶]، فشار به شرکا[۷] و درج شروط غیرمنصفانه[۸] از ابزار ضدرقابتی این رویکرد است. ظهور رویکرد مزبور با تشکیل اوپک آغاز شد. در سال ۱۹۷۳ اعراب از انرژی به‌عنوان یک ابزار در برابر رژیم صهیونستی استفاده کردند.[۹] محدود کردن میزان تولید و اعمال سهمیه‌بندی توسط اعضای اوپک، یکی دیگر از مهم‌ترین اقدامات ضدرقابتی در بازارهای انرژی است که مورد انتقاد کشورهای مصرف‌کننده انرژی واقع شده است.[۱۰] کشورهای مصرف‌کننده

---

1. Mc Quaig, L. *It's the crude, dude: War, big oil and the fight for the planet*, Anchor Canada, First Edition, 2004, P 5.

۲. روحانی، حسن، «آینده نفت و گاز کشور و نوع رابطه با جهان»، *همایش نفت و سیاست خارجی*، تنظیم‌کننده: محمود واعظی، تهران: مرکز تحقیقات استراتژیک، ۱۳۸۸، صص ۳۰-۵۱.

3. Balmaceda, M. M. *Energy dependency, politics and corruption in the former Soviet Union: Russia's power, oligarchs' profits and Ukraine's missing energy policy, 1995-2006*, Routledge, 2007, P 24.

4. Cooper, Andrew Scott. "Showdown at Doha: The Secret Oil Deal That Helped Sink the Shah of Iran", *The Middle East Journal*, Volume 62, Issue 4, 2008, PP 567-591.

5. Calzolari, Iacomo. "Exclusive Contracts and Market Dominance", *American Economic Review,* Volume 105, Issue 11, 2015, PP 33-51.

6. Szydlo, Wojciech Paweł. "A refusal to grant access to a grid within the provision of crude oil transfer services as an example of a prohibited abuse of a dominant position in the EU and Polish competition law", *Central and Eastern European Journal of Management and Economics (CEEJME)* , Issue 2, 2017, PP 187-197.

۷. ثقفی عامری، ناصر، «ایران و تحولات ژئوپلیتیک نفت و گاز»، *همایش نفت و سیاست خارجی*، تنظیم‌کننده: محمود واعظی، تهران: مرکز تحقیقات استراتژیک، ۱۳۸۸، صص ۲۱۵-۲۳۱.

8. Zulhafiz, Wan. "Unfair Contract Terms Act1977:does it provide a good model in regulating risk allocation provisions in oilfield contracts in Malaysia?", *International Journal of Trade and Global Markets*, Volume 8, Issue 1, 2015, PP 3-16.

۹. روحانی، پیشین، صص۳۰-۵۱.

۱۰. ملائی، مهدی، ***حقوق انرژی***، گرگان: نوروزی، ۱۳۹۹، ص ۶۸

انرژی همچون ژاپن[1]، آلمان[2] و فنلاند[3] از سیاست تنوع‌بخشی انرژی برای مقابله با رفتار اوپک بهره می‌گیرند.

۴.۵. ملی شدن صنعت انرژی

طبق مشاهدات کیفی و یافته‌های علمی، وقتی قیمت نفت بالا و نهادهای سیاسی ضعیف‌اند، احتمال ملی شدن انرژی بیشتر است. پیش‌بینی‌های این مدل با تجزیه و تحلیل داده‌های ملی‌سازی در صنعت نفت در سراسر جهان مطابقت دارد.[4] سه عامل سیاسی دیگر نیز وجود دارد که منجر به ملی‌سازی می‌شوند: اهمیت منبع انرژی در اقتصاد کلی، نقش کارآفرینان سیاست و تغییر رژیم‌ها.[5] آیا می‌توان ملی شدن انرژی را یکی از علل تشکیل فضای ضدرقابتی قلمداد کرد؟ در پاسخ به این سؤال باید دو موضوع دخالت بی‌رویه دولت‌ها در مسئله انرژی و ملی شدن صنعت انرژی را از یکدیگر تفکیک کرد. ملی شدن صنعت انرژی، به‌منظور حفظ منافع ملی است، لکن نحوه مدیریت آن ممکن است موجب ایجاد فضای ضدرقابتی یا رقابتی گردد. هرچند گاهی دخالت دولت در برخی بخش‌های انرژی، ضروری و مطلوب است، دولت حق ندارد به هر شکلی و در هر بخشی از حوزه انرژی دخالت نماید. افزون‌بر آن، این گزاره که دولتی بودن صنعت انرژی به دلالت التزامی، موجب کاهش کارایی و بهره‌وری انرژی است، صحیح نیست؛ زیرا اگرچه صنعت نفت کشورهایی نظیر نروژ و مالزی دولتی است، کشورهای مذکور دستاوردهای خوبی را کسب کرده‌اند. در کشورهای پیشرفته نیز دولت‌ها در مسائل مهم و اساسی انرژی دخالت می‌کنند. به نظر می‌رسد تشکیل فضای رقابتی یا ضدرقابتی، به دولتی یا خصوصی بودن صنعت انرژی ارتباطی ندارد، بلکه به نحوه صحیح مدیریت، کنترل و تنظیم بازارهای انرژی وابسته است. بر همین اساس، ماده ۴۳ قانون اجرای سیاست‌های اصل ۴۴ قانون اساسی، نهادها و شرکت‌های دولتی را نیز مشمول رعایت قواعد رقابت دانسته است.

۵. عوامل فنی مختل‌کننده رقابت در حوزه انرژی‌های فسیلی

دومین عامل مختل‌کننده رقابت در حوزه انرژی، اوصاف فنی و اختصاصی این حوزه است. طبق یافته‌های هرمنوتیک و تحلیل مضمون، بازده طولانی‌مدت بهره‌وری، لزوم سرمایه‌گذاری سنگین، مسائل زیست‌محیطی، ماهیت استراتژیک و مسائل خاص پالایش، از عوامل اختصاصی مختل‌کننده رقابت در بازار انرژی‌های فسیلی است. کاربست حقوق رقابت برای تنظیم‌گری بازار در این بخش با هدف تضمین تسهیل ورود اشخاص حقوقی و حقیقیِ متعدد به بازار به‌ویژه در بخش بالادست انرژی، با دشواری‌های زیادی مواجه است.

---

[1]. Hayden, Lesbirel. *Diversification and Energy Security Risks: The Japanese Case*, Published online by: Cambridge University Press, 2004, PP 2-10.

[2]. Jacobsson, S. and V. Lauber. "The politics and policy of energy system transformation—explaining the German diffusion of renewable energy technology", *Energy Policy*, Volume 34, Issue 3, 2006, PP 256-276; Voigt, C. C. et al. "Wildlife and renewable energy:German politics cross migratory bats", *European Journal of Wildlife Research*, Volume 61, Issue 2, 2015, PP 213-219.

[3]. Aslani, Alireza and Marjan Naaranoja. "Energy diversification in Finland: achievements and potential of renewable energy development", *International Journal of Sustainable Energy* , Volume 32, 2013, PP 504-530.

[4]. Guriev, S., A. Kolotilin and K. Sonin. "Determinants of nationalization in the oil sector: A theory and evidence from panel data", *The Journal of Law, Economics, and Organization*, Volume 27, Issue 2, 2011, PP 301-323.

[5]. Kennedy, R. and L. Tiede. *Nationalization in the oil sector: A political economy perspective*. In: Annual Meeting of the International Studies Association Annual Conference, Montreal, Canada, 2011, P 5.

۵.۱. پروسه طولانی‌مدت فعالیت‌ها

اصولاً پروژه‌های صنعت انرژی دارای پیچیدگی و ریسک بالا بوده و سرمایه‌گذاری در این عرصه همیشه با موفقیت همراه نیست.[۱] برخی فعالیت‌های مربوط به حوزه انرژی، بسیار طولانی‌مدت و زمان‌بر بوده و با اصل سرعت که از اصول مهم بازارهای تجاری رقابتی است، تعارض دارد. در نتیجه، شرکت‌های بزرگ نفتی معمولاً چارچوبی را تعیین می‌کنند که مدت آن کم اما بازدهی آن زیاد است. افزون‌بر آن، دولت‌ها برای حفظ منافع نسل‌های آینده، در بخش‌های دیربازده سرمایه‌گذاری می‌نمایند که از توان شرکت‌های عادی خارج است.[۲] اینجا اصل ورود و خروج آسان به صنعت که از اصول بنیادین حقوق رقابت است، مخدوش می‌شود. به‌موجب بند ج ماده ۳ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، عملیات استخراج و تولید نفت و گاز و معادن آنها منحصراً در اختیار دولت است که نوعی انحصار قانونی است.

۵.۲. سرمایه‌گذاری‌های سنگین

سیستم بوروکراسی دولتی، رویه‌های طولانی تصویب پروژه، طراحی ضعیف، ناکارآمدی تیم پروژه، روش‌های ناکافی مناقصه و فرایندهای تأیید داخلی دیرهنگام از طرف مالک از خطرات اصلی پروژه‌های انرژی محسوب می‌شوند[۳] و این درحالی است که فقدان موانع و ورود و خروج آسان به بازار، یکی از شروط اساسی برای تشکیل بازارهای رقابتی است. برخی از عملیات مادی حوزه انرژی نظیر استخراج، حفاری و تزریق گاز برای تولید صیانتی به‌گونه‌ای است که نیاز به سرمایه‌گذاری سنگین دارد. این مسئله موجب می‌شود بنگاه‌های کوچک که قدرت مالی کافی را ندارند، امکان ورود به بخش‌های مذکور را نداشته باشند و صرفاً بنگاه‌های دولتی به فعالیت در حوزه‌های مزبور بپردازند.[۴] باوجود این، به‌موجب تبصره ۱ بند ج ماده ۳ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، خرید خدمات مالی، فنی، مهندسی و مدیریتی از بنگاه‌های بخش‌های غیردولتی در عملیات استخراج و تولید نفت و گاز به‌شرط حفظ مالکیت صددرصد دولت، مجاز شمرده شده است.

۵.۳. مسائل زیست‌محیطی

عملیات مادی از قبیل حفاری، اکتشاف و تولید سوخت‌های فسیلی، همواره آلودگی زیست‌محیطی ایجاد می‌کنند.[۵] حفاظت از محیط‌زیست به قدری اهمیت دارد که ماده ۲ قانون حفاظت دریا از آلودگی با مواد نفتی برای متخلفین مجازات تعیین کرده است. افزون بر آن، موافقت‌نامه‌هایی در زمینه مقابله با آلودگی‌های نفتی مانند کنوانسیون بین‌المللی آمادگی به تصویب رسیده است.[۶] ملاحظات زیست‌محیطی مذکور موجب شده است اولاً در حوزه انرژی اکثر دولت‌ها خود مدیریت امور انرژی را در اختیار بگیرند. ثانیاً سیاست مرسوم دولت‌ها آن است تعداد محدودی شرکت در این امر ورود

---

[1]. Karami, M., A. Samimi and M. Ja'fari. "Necessity to Study of Risk Management in Oil and Gas Industries (Case Study: Oil Projects)", *Progress in Chemical and Biochemical Research,* 2020, PP 239-243.

[۲]. درخشان، مسعود، «اوپک و منافع ملی»، *مجله مجلس و پژوهش*، دوره ۹، شماره ۳۴ ، ۱۳۸۱، ص ۵۸.

[3]. Van Thuyet, N., S. O. Ogunlana, and P. K. Dey. "Risk management in oil and gas construction projects in Vietnam", *International journal of energy sector management*, 2007, P 7.

[4]. Zhu, L., Z. Zhang, and Y. Fan. "Overseas oil investment projects under uncertainty: How to make informed decisions?", *Journal of Policy Modeling*, Volume 37, Issue 5, 2015, PP 742-762.

[5]. Kvenvolden, K. A. and C. K. Cooper. "Natural seepage of crude oil into the marine environment", *Geo Marine Letters*, Volume 23, Issue 3, 2003, PP 140-146.

[۶]. ملائی، پیشین، ص ۱۲۹.

نمایند تا از آلودگی بیشتر محیط‌زیست جلوگیری شود. ثالثاً درصورت وقوع بحران آلودگی زیست‌محیطی اصولاً جز دولت کسی سرمایه، صلاحیت و توانایی لازم جهت کنترل و مدیریت اوضاع را ندارد. بدیهی است، امور فوق با اصل سهولت ورود و خروج شرکت‌ها به بازار انرژی، که از مهم‌ترین اصول بازار رقابتی است، همخوانی ندارد.[۱]

۴.۵. ماهیت استراتژیک انرژی

ماهیت استراتژیک حوزه انرژی به‌نحوی است که به‌طور خودکار موجب ایجاد انحصار طبیعی و قانونی می‌شود. به‌عنوان نمونه، درصورتی‌که یک شرکت خارجی تصمیم بگیرد در زمینه تولید برق یک کشور ورود نماید، قیمت تمام‌شده برق برای شرکت مذکور بیشتر از قیمت شرکت‌های دولتی خواهد بود؛ زیرا شرکت‌های دولتی در مقایسه با شرکت‌های خارجی به امکانات طبیعی کشور خود از قبیل رودخانه‌ها و سوخت فسیلی دسترسی بیشتر و آسان‌تری دارند.[۲] علاوه‌بر انحصار طبیعی، ممکن است انحصار قانونی ایجاد شود و طبق قانون، تولید، فروش یا خرید در انحصار یک یا چند شرکت خاص قرار گیرد. بند ج ماده ۳ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، نمونه‌ای از انحصار قانونی است؛ زیرا عملیات استخراج، تولید و معادن نفت و گاز را منحصراً در اختیار شرکت‌های دولتی قرار داده است. افزون‌بر آن، در صنعت انرژی، دانش فنی و اختراعات نیز منجر به ایجاد انحصار می‌شود که با فضای رقابتی همخوانی ندارد.[۳] گفتنی است بورس انرژی ایران با هدف ایجاد فضایی منصفانه، رقابتی و شفاف و جلوگیری از انحصار در حامل‌های انرژی، در سال ۱۳۹۱ تأسیس شد.

۵.۵. اوصاف فنی نفت و پالایش

در بازارهای رقابتی مقدار زیادی کالا، خدمت یا جانشین نزدیک آنها یافت می‌شود. هرچند ابتدا ممکن است تصور شود کالایی مانند نفت خام به‌وفور وجود دارد، بیش از سیصد نوع نفت خام وجود دارد که ویژگی‌های آنها می‌تواند کاملاً متفاوت باشد.[۴] مطابق یافته‌های علوم زمین‌شناسی، نفت هر میدان نفتی اوصاف مخصوص خود را دارد؛ هرچند ممکن است اشتراکاتی را نیز با نفت سایر میادین داشته باشند. طراحی پالایشگاه‌ها از لحاظ فنی باید منطبق با خصوصیات نفت خام دریافتی باشد والّا روند پالایش مختل خواهد شد. درصورتی‌که منبع تغذیه نفت خام یک پالایشگاه از مدار خارج شود، مدت مدیدی زمان می‌برد تا جایگزین نزدیک آن یافت شود. بدیهی است این امر با ماهیت بازار رقابتی و تجاری منافات دارد.

۶. عوامل اقتصادی مختل‌کننده رقابت در حوزه انرژی‌های فسیلی

سومین عامل مختل‌کننده رقابت در حوزه انرژی‌های فسیلی مؤلفه‌های اقتصادی این حوزه است. مطابق یافته‌های علمِ اقتصادِ انرژی، صنعت انرژی در برخی موارد از نظریه‌های مرسوم این علم تبعیت نکرده و تابع عوامل دیگر بوده است. در یک بازار رقابتی، عرضه و تقاضا به‌نحوی است که هیچ‌یک از فعالان بازار، قدرت تعیین قیمت را ندارند و همه مسائل شفاف است. در بازار انرژی‌های فسیلی به‌دلیل خصایص منحصربه‌فرد آن، هیچ‌یک از مؤلفه‌های عرضه، تقاضا و قیمت

---

۱. همان، ص ۱۳۸.

۲. پورسید، بهزاد، ***حقوق رقابت***، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۹، ص ۲۰.

۳. همان، صص ۱۷-۱۶.

4. Dunn, S. and J. Holloway. “The pricing of crude oil”, *RBA Bulletin*, 2012, PP 65-74.

وضعیت روشنی ندارند. افزون بر فاکتورهای اقتصادی، مؤلفه‌های سیاسی از قبیل ملی شدن، وابستگی کشورهای مصرف‌کننده، مسائل نظامی و افزایش اقدامات تروریستی نیز در عرضه، تقاضا و قیمت انرژی مؤثرند.[۱] طبق یافته‌های هرمنوتیک و تحلیل مضمون، وضعیت غیرشفاف عرضه، تقاضا و قیمت از عوامل اقتصادی مختل‌کننده رقابت در بازار انرژی‌های فسیلی محسوب می‌شوند. درخصوص کاربست حقوق رقابت برای تضمین قیمت عادلانه انرژی‌های فسیلی، چنانچه گفته شود قیمت‌های تعادلی ناشی از عملکرد طبیعی بازار مذکور، عادلانه نیست، نخست باید تعریف و سنجه‌ای از قیمت عادلانه ارائه گردد. آیا در زمانی که قیمت انرژی‌های فسیلی خیلی پایین می‌آید، حقوق رقابت باید به‌کمک تولیدکنندگان بیاید؟ حقیقت آن است که فراز و فرودهای قیمتی، بخشی جدایی‌ناپذیر از مکانیسم و ذات بازار است و هرگونه دخالت غیرضروری در آن خواه با کاربست حقوق رقابت یا ابزارهای دیگر، منجر به پیامدهای ناخواسته‌ای می‌شود. درک نادرست از واقعیات بازار رقابت انحصاری انرژی موجب توجیه دخالت دولت‌ها در امر تسهیل رقابت می‌شود و به‌جای رفع مشکلات اغلب بر ابعاد و پیچیدگی آنها می‌افزاید.[۲]

۶.۱. عرضه انرژی

مسائل مرتبط با عرضه انرژی از چند نظر قابل ارزیابی است: تکنولوژی، منابع اولیه انرژی، فرایند فراوری، تبدیل، ذخیره‌سازی و حامل‌های انرژی از ابعاد مهم تعیین‌کننده عرضه انرژی محسوب می‌شوند. یکی از عوامل تعیین‌کننده، بازار بین‌المللی انرژی و نوسانات آن است. خصیصه استراتژیک انرژی، موجب شده نوسانات بازارهای انرژی چندان قابل پیش‌بینی نباشد. رشد فزاینده جمعیت و افزایش تقاضا نیز از دیگر عوامل مؤثر در عرضه انرژی به شمار می‌رود.[۳] طراحی مدل‌های عرضه انرژی تابعی از مقدار اکتشاف انرژی و تولید آن است. بهینه‌سازی فنی نیز تابعی از بهینه کردن اقتصادی است و این دو مسئله نیز به مسائل سیاسی وابسته است که وضعیت روشنی برای آن متصور نیست.[۴] در نتیجه با اصل شفافیت که از اصول مهم رقابت است تعارض دارد. گفتنی است عرضه انرژی با قیمت‌های بسیار پایین یک رفتار ضدرقابتی است. در ایران عرضه سوخت‌های فسیلی با قیمت پایین، مصرف آن را افزایش داده و رقابت و سرمایه‌گذاری شرکت‌های خصوصی در انرژی‌های تجدیدپذیر را مختل کرده است؛ زیرا بین افزایش قیمت سوخت‌های فسیلی و رقابتی شدن منابع انرژی تجدیدپذیر رابطه مستقیم وجود دارد. کشورهای اروپایی برای مقابله با قیمت‌های پایین، از تعرفه‌گذاری استفاده می‌کنند[۵] و در تحقیقات ضددامپینگ، ارزش عادی برخی از کالاها را افزایش داده‌اند.[۶]

۶.۲. تقاضای انرژی

سرما، گرما، روشنایی، تولید، وسایل مصرف‌کننده و حامل‌های انرژی از مؤلفه‌های تقاضا هستند. وسایل انرژی‌بر،

---

[۱]. مبینی‌دهکردی، علی و فاضل خادم، «ایران و فرصت‌های جهانی در صنعت نفت»، *همایش نفت و سیاست خارجی*، تنظیم‌کننده: محمود واعظی، تهران: مرکز تحقیقات استراتژیک، ۱۳۸۸، صص ۴۱۰-۴۳۲.

[۲]. کرزنر، هرولد، ***مدیریت پروژه***، ترجمه احمد علی یزدان پناه و حسین گازر، تهران: کوله پشتی، ۱۹۸۹ م، ص ۲.

[۳]. شکیبایی علیرضا، ***اقتصاد انرژی***، کرمان: دانشگاه شهید باهنر، ۱۳۸۱، ص۵۶.

[۴]. درخشان، مسعود، ***اقتصاد انرژی***، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۰، ص ۲۰.

[5]. Kosovich, Aaron. "European anti-dumping policy: Welfare implications for German consumers of Solar Glass", *Honours Thesis*, Murdoch University, 2014, P 8.

[6].Wustenberg, Moritz. "Anti-dumping Off the Rails: The European Union's Practice to Alleged Input Dumping", *Global Trade and Customs Journal*, Volume 14, Issue 9, 2017, PP 407.

تعیین‌کننده میزان و نوع انرژی‌اند. هم‌زمان با اختراعات جدید، تقاضا انرژی نیز افزایش می‌یابد. تکنولوژی و سطح آن روی وسایل مصرف‌کننده انرژی مؤثر است. جمعیت و رشد اقتصادی را نیز باید از عوامل مهم تأثیرگذار بر تقاضا قلمداد کرد.[۱] نکته مهم آن است که اکثر مصرف‌کنندگان از قیمت انرژی اطلاعی ندارند؛ به همین دلیل یکی از فاکتورهای بنیادین علم اقتصاد که براساس آن تقاضا تابعی از قیمت است، عملاً کارایی خود را از دست می‌دهد. افزون‌بر آن، ضروری است متغیر نوینی تحت عنوان میزان لوازم انرژی‌بر نیز در مدل تقاضای انرژی لحاظ شود که پیش‌بینی آن کار دشواری است؛ در نتیجه همیشه تصور بحران انرژی وجود دارد. نکته اساسی آن است که افزایش تقاضای انرژی به‌طور عموم تابع تحولات فناوری است و ارتباطی به قیمت انرژی ندارد.[۲] تصمیم‌گیری درخصوص مصرف انرژی، تابع فرایند سه‌ضلعی خرید یا عدم خرید وسایل انرژی‌بر، نوع سوخت مصرفی وسایل مذکور و میزان استفاده خریداران از آن وسایل است. در زمینه تقاضای انرژی، متأسفانه متغیرهای مزبور لحاظ نمی‌شود؛ درنتیجه میزان تقاضای انرژی مبهم شده[۳] که برخلاف اصل بنیادین شفافیت است. مطابق برخی تحقیقات در ایران،[۴] یک درصد افزایش در قیمت واقعی انرژی‌های فسیلی، موجب ۲/۱ در صد کاهش در تقاضا برای آن می‌شود که در کنترل ناترازی انرژی و عرضه انرژی استاندارد مؤثر است و مصرف بهینه را به‌دنبال دارد.

۶.۳. نحوه قیمت‌گذاری انرژی

به‌طور اصولی میزان عرضه و تقاضای انرژی، قیمت آن را مشخص می‌کند؛ باوجود این، قیمت نفت به انتظار بازار از تحولات عرضه و تقاضا نیز وابسته است. نتایج نشان می‌دهد که تقاضا از بازارهای نوظهور به یک عامل مهم در سیستم قیمت‌گذاری جهانی نفت تبدیل شده است.[۵] لایه‌های مختلف بازار نفت به‌شدت به‌هم مرتبط‌اند و شبکه پیچیده‌ای از پیوندها را تشکیل می‌دهند که همه آنها در فرایند کشف قیمت نقش دارند. سطح قیمت نفت که مصرف‌کنندگان بیشتر نگران آن‌اند، مرتبط‌ترین ویژگی در سیستم قیمتگذاری فعلی نیست و شناسایی تفاوت‌های قیمت و تعدیل در این تفاوت‌ها در لایه‌های مختلف، اساس سیستم فعلی قیمت‌گذاری نفت را تشکیل می‌دهد.[۶] انتظار بازار انرژی در جهت تأمین عرضه تابعی از وجود مازاد تولید در سازمان‌اوپک و تمایل سرمایه‌گذاری به‌منظور افزایش ظرفیت تولید است که از عوامل مؤثر کند شدن میزان افزایش قیمت نفت در آینده محسوب می‌شود.[۷] شواهد نشان می‌دهند که وقتی سیاست‌گذاران قیمت‌های انرژی را پس از شوک‌های بازار محدود می‌کنند، از افزایش قابل توجه و کاملاً سریع جلوگیری می‌کنند.[۸] گذشته از آن، تحریم سرمایه‌گذاری و صادرات نفت ایران بر تعیین قیمت تأثیر گذار است؛ زیرا فعالان بازار انرژی این احتمال را که با لغو تحریم‌ها وضعیت جدیدی بر بازار انرژی ایجاد شود، همواره لحاظ می‌کنند. شایعات نیز تأثیر اساسی در ایجاد انتظارات

---

۱. شکیبایی، پیشین، ص ۵۷.

۲. درخشان، پیشین، ص۲۴.

۳. استیونس، پل، ***اقتصاد انرژی***، ترجمه علی طاهرفرد، سید جعفر حسینی و جلال دهنوی، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۰، ص ۳۱.

۴. مولایی، محمد و ابوریحان انتظار، «عوامل مؤثر بر تقاضای انرژی فسیلی در بخش صنعت ایران»، *فصلنامه مطالعات اقتصادی کاربردی ایران*، دوره ۸، شماره ۳۰، ۱۳۹۸، ص ۱۸۸.

5. Li, H. and Lin, S. X. "Do emerging markets matter in the world oil pricing system? Evidence of imported crude by China and India", *Energy policy*, Volume 39, Issue 8, 2011, PP 4624-4630.

6. Fattouh, B. *An anatomy of the crude oil pricing system,* **(**No. 40), OIES Paper: WPM, 2011, P 7.

۷. درخشان، ***اوپک و منافع ملی***، پیشین، ص ۲۱۷.

8. Reiss, Peter, C. and White, Matthew, W. "What changes energy consumption? Prices and public pressures", *The RAND Journal of Economics*, Volume 39, Issue 3, 2008, PP 636-663.

دارند و مؤلفه‌ای بنیادین در تغییرات قیمت انرژی به‌شمار می‌روند و مؤسسات گزارش‌دهی و مطالعاتی تأثیر بسزایی در این خصوص دارند.[1] عامل دیگر، تأثیر روانی قیمت‌هایی است که در گذشته نزدیک تجربه شده که به تأثیر خاطرات در تعیین قیمت موسوم است.[2] ملاحظه می‌شود وضعیت قیمت‌ها نیز در بازار انرژی‌های فسیلی مبهم، و با شفافیت که از اصول مهم بازارهای‌رقابتی است، در تعارض است. در ایران لحاظ کردن قیمت‌های بسیار پایین بر سوخت‌های فسیلی، امکان سرمایه‌گذاری بخش خصوصی در تولید سوخت مذکور را محدود کرده است.

نتیجه‌گیری

با عنایت به ساختار رقابت انحصاری انرژی‌های فسیلی و وجود جانشین‌های تجدیدپذیر برای آن، قدرت بازاری محدودی برای عرضه‌کنندگان انرژی‌های مذکور وجود دارد و به‌طور طبیعی خود بازار بدون نیاز به کاربست حقوق رقابت، قدرت مناسب برای تضمین مبادلات را خواهد داشت. ادامه فعالیت بازارهای مذکور با وجود بروز جنگ در مناطق مختلف یا تحریم کشوری که منابع نفتی و گازی دارد، حاکی از قدرت انعطاف‌پذیری این بازار در جهان است که توانسته است علی‌رغم تمام عوامل مختل‌کننده رقابت، به حیات خود ادامه دهد و به‌خوبی انرژی را در بسیاری از کشورهای جهان تأمین نماید و مصرف‌کنندگان نیز در واکنش به قیمت‌های تعادلی بازار، رفتار خود را تعدیل کرده‌اند. حال چنانچه گفته شود قیمت‌های تعادلی مذکور عادلانه نیست، نخست باید سنجه‌ای از قیمت عادلانه ارائه گردد. اینجا این سؤال مطرح می‌شود آیا زمان‌هایی که قیمت انرژی‌های فسیلی مثل نفت و گاز خیلی پایین می‌آید، حقوق رقابت باید به‌کمک تولیدکنندگان بیاید؟ درواقع، فراز و فرودهای قیمتی، بخشی جدایی‌ناپذیر از مکانیسم و ذات طبیعی بازار است و هرگونه دخالت غیرضرور در آن خواه با حقوق رقابت یا هر ابزار دیگری منجر به پیامدهای ناخواسته‌ای خواهد شد که چه‌بسا نتایجی بدتر در پی داشته باشد. افزون‌بر آن، مواردی مانند جنگ و تحریم را چگونه می‌توان در قالب حقوق رقابت ملی تنظیم‌گری کرد و چه ضمانت اجراهایی برای آن می‌توان تصور نمود؟ در نتیجه صرف کاربست حقوق رقابت در تنظیم بازار انرژی‌های فسیلی نه ممکن و نه مطلوب است. باوجود این، در مواردی که امکان تنظیم‌گری و ضمانت اجرا در قالب حقوق رقابت وجود دارد و در شرایطی که بازار مذکور، از عملکرد طبیعی خود فاصله می‌گیرد، لازم است بخش رقابت قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی را بازنگری نمود. در نتیجه با ملاحظه عوامل مختل‌کننده رقابت در حوزه انرژی، پیشنهاد می‌شود ضمن تدوین سیاست‌های رقابتی مناسب در حوزه مذکور، در قالب تبصره پیشنهادی زیر، نهادی تنظیم‌گر با نام «کمیته رقابت انرژی» به ماده ۵۳ قانون فوق الحاق گردد:

«تبصره ۲: در بخش انرژی، کمیته رقابت انرژی با پانزده عضو، متشکل از دو قاضی به انتخاب رئیس قوه قضائیه، سه صاحب‌نظر به انتخاب وزیران نفت، نیرو و سمت، دو صاحب‌نظر به انتخاب شورای رقابت، پنج صاحب‌نظر به انتخاب اتاق‌های بازرگانی و تعاون، انجمن‌های کارفرمایی صنعت پالایش نفت و پتروشیمی و فدراسیون صنعت نفت ایران و سه نماینده از کمیسیون انرژی مجلس شورای اسلامی تشکیل می‌شود. وظایف این کمیته به شرح زیر است: پایش، نظارت و تشخیص مصادیق رویه‌های ضدرقابتی حوزه انرژی و ارزیابی آن، تصویب دستورالعمل تنظیم قیمت، مقدار و شرایط دسترسی به بازار انرژی در شرایط غیر طبیعی بازار، اجازه فعالیت‌های گروه سه ماده دوم به شرکت‌های خصوصی، عمومی

---

[1]. Ibid, P 218.

[2]. فهیم دانش، شهاب، «منافع ملی و سیاست‌های بهره‌برداری از منابع نفت و گاز»، *مجله اطلاعات سیاسی اقتصادی، شماره ۲۱۱ و ۲۱۲، ۱۳۸۴*، ص ۲۲۴.

غیردولتی و تعاونی ذی‌صلاح در بخش انرژی و تنظیم اصول دستورالعمل مجوزهای کسب و کار حوزه انرژی. کمیته فوق کلیه اختیارات مندرج در مواد ۶۰ و ۶۱ این قانون را داراست و شرایط اعضا، دبیرخانه و نحوه مدیریت جلسات، همانند شورای رقابت است».

منابع

فارسی

کتاب

۱. احمدی، بابک، ***ساختار و تأویل متن***، تهران: مرکز نشر، ۱۳۸۹.

۲. اسپندیک، رابرت و دانیل ال رابینفیلد، ***اقتصاد خرد***، ترجمه احمد ذیحجه‌زاده، تهران: سمت، ۱۳۹۱.

۳. استیونس، پل، ***اقتصاد انرژی***، ترجمه علی طاهرفرد، سید جعفر حسینی و جلال دهنوی، تهران: دانشگاه امام‌صادق (ع)، ۱۳۹۰.

۴. پورسید، بهزاد، ***حقوق رقابت***، تهران :دانشگاه امام‌صادق (ع)، ۱۳۸۹.

۵. درخشان، مسعود، ***اقتصاد انرژی***، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۰.

۶. رشوند، مهدی، ***حقوق رقابت در فقه امامیه حقوق ایران و اتحادیه اروپا***، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۸.

۷. سالواتوره، دومینیک، ***تئوری و مسائل اقتصاد خرد***، ترجمه حمیدرضا ارباب، تهران: نشر نی، ۱۳۷۸.

۸. شکیبایی، علیرضا، ***اقتصاد انرژی***، کرمان: دانشگاه شهید باهنر، ۱۳۸۱.

۹. ضیائی بیگدلی، محمدرضا، ***حقوق بین‌الملل عمومی***، تهران: رشدیه، ۱۳۹۸.

۱۰. فرگوسن، اف، ***نظریه اقتصاد خرد***، ترجمه محمود روزبهان، تهران: تابان، ۱۳۹۳.

۱۱. قدیری اصلی، باقر، ***اصول اقتصاد خرد***، تهران: مدرسه عالی بازرگانی، ۱۳۸۷.

۱۲. کالوو پی‌تر و ژئوفری واگ، ***اقتصاد خرد***، ترجمه حمیدرضا ارباب، تهران: دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۸۴.

۱۳. کرزنر، هرولد، ***مدیریت پروژه***، ترجمه احمد علی یزدان پناه و حسین گازر، تهران: کوله‌پشتی، ۱۹۸۹ م.

۱۴. معین، محمد، ***فرهنگ لغت معین***، تهران: زرین، ۱۳۸۶.

۱۵. ملائی، مهدی، ***حقوق انرژی***، گرگان: نوروزی، ۱۳۹۹.

۱۶. ملائی، مهدی، ***حقوق رقابت بین‌المللی انرژی***، تهران: دانشگاه امام‌صادق (ع)، ۱۳۹۱.

۱۷. ملائی، مهدی، ***حقوق رقابت***، گرگان: نوروزی، ۱۳۹۹.

۱۸. واریان، هال، ***تحلیل اقتصاد خرد***، ترجمه رضا حسینی، تهران: نشر نی، ۱۳۸۸.

مقاله

۱۹. احمدی، سید عباس و الهام سادات موسوی، «نقش انرژی فسیلی در ژئوپلیتیک جهانی انرژی»، *فصلنامه راهبرد توسعه*، دوره ۲، شماره ۳، ۱۳۸۵، صص ۴۰۳-۴۲۳.

۲۰. اسپینر، دی وی، «از آموزه نیکسون تا آموزه کارتر، ژئوپلیتیک نفت در دهه ۱۹۷۰»، *مجله اطلاعات سیاسی اقتصادی*، شماره ۲۵۹-۲۶۰، ۱۳۸۸، صص ۹۴-۲۱۳.

۲۱. اطاعت، جواد و حمیدرضا نصرتی، «نفت، ژئواکونومی و امنیت ملی ایران»، *همایش نفت و سیاست خارجی*، تنظیم کننده: محمود واعظی، تهران: *مرکز تحقیقات استراتژیک*، ۱۳۸۸.

۲۲. باقری، محمود و علی‌محمد فلاح‌زاده، «مبانی حقوق عمومی حقوق رقابت؛ با نگاهی به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۳۹، شماره ۳، ۱۳۸۸، صص ۶۳-۸۱. Doi: 20.1001.1.25885618.1388.39.3.4.2

۲۳. ترکان، اکبر، «گاز طبیعی و امنیت ملی»، *همایش نفت و سیاست خارجی*، تنظیم‌کننده: محمود واعظی، تهران: *مرکز تحقیقات استراتژیک*، ۱۳۸۸.

۲۴. ثقفی‌عامری، ناصر، «ایران و تحولات ژئوپلیتیک نفت و گاز»، *همایش نفت و سیاست خارجی*، تنظیم‌کننده: محمود واعظی، تهران: *مرکز تحقیقات استراتژیک*، ۱۳۸۸.

۲۵. جنیدی، لعیا و غزال کشاورزی، «تحلیل‌اجرای موقت معاهده منشور انرژی در پرتو رأی یوکاس و مقایسه با نظام حقوقی ایران»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۷، شماره ۴، ۱۳۹۶، صص ۸۴۱-۸۷۱. https://doi.org/10.22059/jplsq.2017.224350.1440

۲۶. حسنتاش، غلامحسین، «کنکاشی در ایده امنیت تقاضای انرژی»، *ماهنامه اقتصاد انرژی*، شماره ۹۲، ۱۳۸۶، صص ۲-۴.

۲۷. حلیم زمهریر، ابوالفضل و سعید میرزایی فرد، «اهمیت ژئواکونومیک ایران برای اتحادیه اروپا و مسئله تحریم‌ها»، *همایش نفت و سیاست خارجی*، تنظیم‌کننده: محمود واعظی، تهران: *مرکز تحقیقات استراتژیک*، ۱۳۸۸.

۲۸. درخشان، مسعود، *«اوپک و منافع ملی»، مجله مجلس و پژوهش*، دوره ۹، شماره ۳۴ ، ۱۳۸۱، صص ۱۸۹-۲۳۴.

۲۹. روحانی، حسن، «آینده نفت گاز کشور و نوع رابطه با جهان»، *همایش نفت و سیاست خارجی*، تنظیم‌کننده: محمود واعظی، تهران: *مرکز تحقیقات استراتژیک*، ۱۳۸۸.

۳۰. شیخ‌الاسلامی، عباس و امید ابراهیمی، «ارزیابی حقوقی ساختار سازمانی و کارکردهای شورای رقابت»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۹، شماره ۳، ۱۳۹۸، صص ۶۹۵-۷۱۵. https://doi.org/10.22059/jplsq.2018.244557.1605

۳۱. طجرلو، رضا و محمدعلی کرباسیون، «حاکمیت قانون و کارایی در نظام حقوق رقابت ایران»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۷، شماره ۴، ۱۳۹۶، صص ۹۷۹-۹۹۴. https://doi.org/10.22059/jplsq.2017.215679.1350

۳۲. عادلی، محمدحسین، «تحریم اقتصادی و اثر آن بر نفت ایران»، *همایش نفت و سیاست خارجی*، تنظیم‌کننده: محمود واعظی، تهران: *مرکز تحقیقات استراتژیک*، ۱۳۸۸.

۳۳. فهیم دانش، شهاب، «منافع ملی و سیاست‌های بهره‌برداری از منابع نفت و گاز»، *مجله اطلاعات سیاسی اقتصادی*، شماره ۲۱۱ و ۲۱۲، ۱۳۸۴، صص ۸۴-۱۰۳.

۳۴. مبینی دهکردی، علی و فاضل خادم، «ایران و فرصت‌های جهانی در صنعت نفت»، *همایش نفت و سیاست خارجی*، تنظیم‌کننده: محمود واعظی، تهران: *مرکز تحقیقات استراتژیک*، ۱۳۸۸.

۳۵. موسوی، سید امیرحسام، «تعهدات دولت میزبان براساس پیمان منشور انرژی»، *فصلنامه مطالعات حقوق انرژی*، دوره ۵، شماره ۲، ۱۳۹۸، صص ۴۷۷-۴۹۳.

۳۶. مولایی، محمد و ابوریحان انتظار، «عوامل مؤثر بر تقاضای انرژی فسیلی در بخش صنعت ایران»، *فصلنامه مطالعات اقتصادی کاربردی ایران*، دوره ۸، شماره ۳۰، ۱۳۹۸، صص ۱۷۷-۱۹۳. Doi: 20.1001.1.23222530.1398.8.30.8.7

عربی

کتاب

۳۷. قرشی، سید علی‌اکبر، ***قاموس قرآن***، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۱۲ ه.ق.

References

Books

1. Ahmadi, Babak, *Structure and Interpretation of the Text*, Tehran: Markaz, 2010. (In Persian)
2. Attride Stirling, Jennifer. *Thematic Networks: An Analytic Tool for Qualitative*, 2001.
3. Bailey, S. H., Michael Gunn and David Ormerod, *Modern English Legal System*, London, Third Edition, 1996.

4. Balmaceda, M. M. *Energy Dependency, Politics and Corruption in the Former Soviet Union: Russia's power, Oligarchs' Profits and Ukraine's Missing Energy Policy, 1995-2006*. Routledge, 2007.
5. Calvo, Peter and Geoffrey Waugh, *Microeconomics*, Translated By: Hamid Reza Arbab, Tehran: Allameh Tabataba'ei University, 2005. (In Persian)
6. Daniel, Mainguy. *Competition Law*, Paris: Litec, 2010. (in French)
7. Derakhshan, Mas'oud, *Energy Economics*, Tehran: Imam Sadegh University, 2011. (In Persian)
8. Fattouh, B. *An Anatomy of the Crude Oil Pricing System* (No. 40), OIES Paper: WPM, 2011.
9. Ferguson, F. *Microeconomic Theory*, Translated By: Mahmoud Rouzbahan, Tehran: Taban, 2014. (In Persian)
10. Ghadiri Asli, Bagher, *Principles of Microeconomics*, Tehran: Higher School of Business, 2008. (In Persian)
11. Ghorashi, Sayyed Ali Akbar, *Qor'an Dictionary,* Tehran: Islamic Library, 1991. (in Arabic)
12. Given, L. M. *The Sage Encyclopedia of Qualitative Methods*, London, 2008.
13. Kennedy, R. and L. Tiede. *Nationalization in the Oil Sector*: *A Political Economy Perspective*. In: Annual Meeting of the International Studies Association Annual Conference, Montreal, Canada, 2011. https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/30760882/Nationalization_of_the_Oil_Sector.June17-(2020/11/07).
14. Kerzner, Harold*, Project Management*, Translated By: Ahmad Ali Yazdan Panah and Hossein Gazor, Tehran: Kuole Poshti, 1989. (In Persian)
15. Laurence Nicolas-Vullierme, *Competition Law*, Paris: Vuibert, 2008. (in French)
16. Mc Quaig, L*. It's the Crude, Dude: War, Big Oil and the Fight for the Planet*, Anchor Canada, First Edition, 2004.
17. Mo'ein, Mohammad, *Moein Dictionary*, Tehran: Zarrin, 2007. (In Persian)
18. Mollaei, Mehdi, *Competition Law*, Gorgan: Norouzi, 2010. (In Persian)
19. Mollaei, Mehdi, *Energy Law*, Gorgan: Norouzi, 2010. (In Persian)
20. Mollaei, Mehdi, *International Energy Competition Law*, Tehran: Imam Sadegh University, 2012. (In Persian)
21. Pour-Seyyed, Behzad, *Competition Law*, Tehran: Imam Sadegh University, 2010. (In Persian)
22. Rashvand, Mehdi, *Competition Law in Imami Jurisprudence, Iranian and European Union Law,* Tehran: Imam Sadegh University, 2009. (In Persian)
23. S. Pendik, Robert, and Robinfield Daniel L. *Microeconomics*, Translated By: Ahmad Zayhajeh Zadeh, Tehran: Samat, 2012. (In Persian)
24. Salvatore, Dominic, *Theory and Problems of Microeconomics,* Translated By: Hamid Reza Arbab, Tehran: Nay Publishing, 1999. (In Persian)
25. Sartori, N. *Energy and Politics: Behind the Scenes of the Nabucco-TAP Competition*, Istituto Affari Internazionali (IAI), 2013.
26. Shakiba'ei, Alireza, *Energy Economics,* Kerman: Shahid Bahonar University, 2002. (In Persian)
27. Stevens, Paul, *Energy Economics*, Translated By: Ali Taher Fard, Sayyed Ja'far Hosseini and Jalal Dehnavi, Tehran: Imam Sadegh University, 2011. (In Persian)
28. Varian, Hal, *Microeconomic Analysis*, Translated By: Reza Hosseini, Tehran: Nay Publishing, 2009. (In Persian)
29. Zia'ei Bigdeli, Mohammadreza, *Public International Law*, Tehran: Roshdieh, 2019. (In Persian)

Articles

30. Adeli, Mohammad Hossein, "Economic Sanctions and Their Effects on Iranian Oil", Organized By: Mahmoud Va'ezi, Tehran: *Strategic Research Center*, 2009. (In Persian)
31. Ahmadi, Sayyed Abbas and Elham Sadat Mousavi, "The Role of Fossil Energy in Global Energy Geopolitics", *Development Strategy Quarterly*, Volume 3, Issue 2, 2006, PP 403-423. (In Persian)

32. Aslani, Alireza and Marjan Naaranoja. “Energy Diversification in Finland: Achievements and Potential of Renewable Energy Development”, *International Journal of Sustainable Energy*, Volume 32, 2013. https://doi.org/10.1080/14786451.2013.766612/
33. Bagheri, Mahmoud and Ali Mohammad Fallah Zadeh, “Fundamentals of Public Law of Competition Law; Looking at the Constitution of the Islamic Republic of Iran”, *Quarterly Journal of Private Law Studies*, Volume 39, Issue 3, 2009, PP 63-81. (In Persian)
34. Cooper, Andrew Scott. “Showdown at Doha: The Secret Oil Deal That Helped Sink the Shah of Iran”, *The Middle East Journal*, Volume 62, Issue 4, 2008. https://doi.org/10.3751/62.4.11.
35. Derakhshan, Mas’oud, “OPEC and National Interests”, *Parliament and Research Journal*, Volume 9, Issue 34, 2002, PP 189-234. (In Persian)
36. Dunn, S. and J. Holloway. “The pricing of crude oil”, *RBA Bulletin*, 2012. https://www.rba.gov.au/publications/bulletin/2012/sep/8.html (2020/11/5).
37. Eta’at, Javad and Hamidreza Nosrati, “Oil Geo-Economy and National Security of Iran, Oil and Foreign Policy Conference”, Organized By: Mahmoud Va’ezi, Tehran: *Strategic Research Center*, 2009. (In Persian)
38. Fahim Danesh, Shahab, “National Interests and Policies for Exploiting Oil and Gas Resources”, *Journal of Political and Economic Information*, Issues 211 and 212, 2005, PP 84-103. (In Persian)
39. Ghodoosi, farshad. “Combatting Economic Sanctions: Investment Disputes in Times of Political Hostility, a Case Study of Iran”, *Fordham International Law Journal*, Volume 37, Issue 6, 2014. https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/frdint37&div=51&id=&page=
40. Guriev, S., A. Kolotilin and K. Sonin. “Determinants of Nationalization in the Oil Sector: A Theory and Evidence from Panel Data”, *The Journal of Law, Economics, and Organization*, Volume 27, Issue 2, 2011. https://doi.org/10.1093/jleo/ewp011/
41. Halim Zamharir, Abolfazl and Sa’eed Mirza’ei Fard. “The Geoeconomic Importance of Iran for the European Union and the Issue of Sanctions”, Organized By: Mahmoud Va’ezi, Tehran: *Strategic Research Center*, 2009. (In Persian)
42. Hassantash, Gholamhossein, “Exploring the Idea of Energy Demand Security,” *Energy Economics Monthly*, Issue 92, 2007, PP 2-4. (In Persian)
43. Hayden, Lesbirel. “Diversification and Energy Security Risks: The Japanese Case”, Published online by: Cambridge University Press, 2004, https://doi.org/10.1017/S146810990400129X/
44. Hughes, L. and P. Y. Lipscy. “The Politics of Energy”, *Annual Review of Political Science*, Volume 16, 2013.
45. Jacobsson, S. and V. Lauber. “The Politics and Policy of Energy System Transformation—Explaining the German Diffusion of Renewable Energy Technology”, *Energy Policy*, Volume 34, Issue 3, 2006. https://doi.org/10.1016/j.enpol.2004.08.029/
46. Jonaydi, La’ia and Ghazal Keshavarzi, “Analysis of the Provisional Implementation of the Energy Charter Treaty in Light of the Yukos Opinion and Comparison with the Iranian Legal System”, *Quarterly Journal of Public Law Studies*, Volume 47, Issue 4, 2017, PP 841-871. (In Persian) https://doi.org/10.22059/jplsq.2017.224350.1440
47. Karami, M., A. Samimi and M. Ja'fari. “Necessity to Study of Risk Management in Oil and Gas Industries (Case Study: Oil Projects)”, *Progress in Chemical and Biochemical Research*, 2020, PP 239-243. https://doi.org/10.33945/SAMI/PCBR.2020.3.6
48. Kosovich, Aaron. *“*European Anti-Dumping Policy: Welfare Implications for German Consumers of Solar Glass*”*, *Honours Thesis*, Murdoch University, 2014.
49. Kvenvolden, K. A. and C. K. “Natural Seepage of Crude Oil into the Marine Environment”, *Geo Marine Letters*, Volume 23, Issue 3, 2003. https://link.springer.com/article/10.1007/s00367-003-0135-0/ (2019/11/09)
50. Li, H. and Lin, S. X. “Do Emerging Markets Matter in the World Oil Pricing System? Evidence of Imported Crude by China and India”, *Energy policy*, Volume 39, Issue 8, 2011. https://doi.org/10.1016/j.enpol.2011.05.003/

51. Mahmoud Panahi, Sayyed Mohammad Reza, "A Study of Skinner's Intentional Hermeneutic Methodology", *Research Policy Quarterly*, Issue 3, 2015.
52. Mobini Dehkordi, Ali and Fazel Khadim, "Iran and Global Opportunities in the Oil Industry", Organized By: Mahmoud Va'ezi, Tehran: *Strategic Research Center*, 2009. (In Persian)
53. Molaei, Mohammad and Abu Raihan Entezar, "Factors Affecting Fossil Energy Demand in Iran's Industrial Sector", *Quarterly Journal of Applied Economic Studies of Iran*, Volume 8, Issue 30, 2019, PP 177-193. (In Persian)
54. Mousavi, Sayyed Amir Hessam, "Host State Obligations Based on the Energy Charter Treaty", *Quarterly Journal of Energy Law Studies*, Volume 5, Issue 2, 2019, PP 477-493. (In Persian)
55. Norouzi, N. and M. Fani. "Monopoly and Competition in the Energy Market: A Legal Analysis", *Global Journal of Business Management*, Volume 15, Issue 2, 2021. www.internationalscholarsjournals.com
56. Reiss, Peter, C. and White, Matthew, W. "What Changes Energy Consumption? Prices and Public Pressures", *The RAND Journal of Economics*, Volume 39, Issue 3, 2008. https://doi.org/10.1111/j.1756-2171.2008.00032.x/
57. Rouhani, Hassan, "The Future of the Country's Oil and Gas and the Type of Relationship with the World", Organized By: Mahmoud Va'ezi, Tehran: *Strategic Research Center*, 2009. (In Persian)
58. S. Pinter, David, "From Nixon's Doctrine to Carter's Doctrine, Geopolitics of Oil in the 1970s", *Journal of Political and Economic Information*, Issues 259-260, 2009, PP 94-213 (In Persian)
59. Saghafi Ameri, Nasser, "Iran and Geopolitical Changes in Oil and Gas", Organized By: Mahmoud Va'ezi, Tehran: *Strategic Research Center*, 2009. (In Persian)
60. Sheikholeslami, Abbas and Omid Ebrahimi, "Legal Evaluation of the Organizational Structure and Functions of the Competition Council", *Quarterly Journal of Public Law Studies*, Volume 49, Issue 3, 2009, PP 695-715. (In Persian) https://doi.org/10.22059/jplsq.2018.244557.1605
61. So Young Kim. "An Analytical Approach to Detect Mtic/Mtec VAT Fraud Involving Energy Trading", *tax –iotapapers,* 2017. https://www.iotatax.org/sites/default/files/documents/iota_papers_2017 (2021/09/18).
62. Spence, David B. "Can Law Manage Competitive", *Energy Markets*, Volume 93, Issue 4, 2008. https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/clqv93&div(2020/07/12).
63. Stirling, A. "Transforming Power: Social Science and the Politics of Energy Choices". *Energy Research & Social Science*, Volume 1, 2014. https://doi.org/10.1016/j.erss.2014.02.001/
64. Szydlo, Wojciech Paweł. "A Refusal to Grant Access to a Grid within the Provision of Crude Oil Transfer Services as an Example of a Prohibited Abuse of a Dominant Position in the EU and Polish Competition Law", *Central and Eastern European Journal of Management and Economics (CEEJME)*, Issue 2, 2017. http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight/ (2017 /06/30)
65. Tajarlou, Reza and Mohammad Ali Karbasiyoun, "Rule of Law and Efficiency in the Iranian Competition Law System", *Quarterly Journal of Public Law Studies*, Volume 47, Issue 4, 2017, PP 979-994. (In Persian) https://doi.org/10.22059/jplsq.2017.215679.1350
66. Tillman, Robert. "Making the Rules and Breaking the Rules: the Political Origins of Corporate Corruption in the New Economy, Crime, Law and Social Change", Volume 51, 2009. https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs10611-008-9150-4 (2020/12/19).
67. Torkan, Akbar, "Natural Gas and National Security, Oil and Foreign Policy Conference", Organized By: Mahmoud Va'ezi, Tehran: *Strategic Research Center*, 2009. (In Persian)
68. Van Thuyet, N., S. O. Ogunlana, and P. K. Dey. "Risk Management in Oil and Gas Construction Projects in Vietnam", *International Journal of Energy Sector Management*, 2007. https://doi.org/10.1108/17506220710761582/
69. Voigt, C. C. et al. "Wildlife and Renewable Energy: German Politics Cross Migratory Bats", *European Journal of Wildlife Research*, Volume 61, Issue 2, 2015. https://link.springer.com/article/10.1007/s10344-015-0903-y (11 February 2015).

70. Wayes, Tushar., Chau Yuen and David B. Smith, “Price Discrimination for Energy Trading in Smart Grid: A Game Theoretic Approach”, *IEEE Transactions on Smart Grid*, Volume 8, Issue 4, 2017. Doi: 10.1109/TSG.2015.2508443
71. Westphal, Kirsten and Sascha Lohmann. “US-Russia Policy Hits European Energy Supply: the Consequences of Unilateral Sanctions and Growing Market Competition”, *Social Science Open Access Repository*, Volume 12, Issue 1, 2019.
72. Wisniewski, Jaroslaw. “EU Energy Diversification Policy and the Case of South Caucasus”, *Political Perspectives,* Volume 5, Issue 2, 2011. http://hummedia.manchester.ac.uk/schools/soss/politics/politicalperspectives/Volume%205%20Issue%202/PPVolume5-Issue2-2011-Wisniewski-3_final.pdf(2011/05/19).
73. Wustenberg, Moritz. “Anti-dumping Off the Rails: The European Union’s Practice to Alleged Input Dumping”, *Global Trade and Customs Journal*, Volume14, Issue 9*,* 2017. https://kluwerlawonline.com/journalarticle/
74. Zhang, Zhong Xiang. “The Overseas Acquisitions and Equity Oil Shares of Chinese National Oil Companies: A Threat to the West but a Boost to China's Energy Security?”, *Energy Policy*, Volume 48, 2012. https://doi.org/10.1016/j.enpol.2012.05.077/
75. Zhu, L., Z. Zhang, and Y. Fan. “Overseas Oil Investment Projects under Uncertainty: How to Make Informed Decisions?”. *Journal of Policy Modeling*, Volume 37, Issue 5, 2015. https://doi.org/10.1016/j.jpolmod.2015.08.001/
76. Zulhafiz,Wan.“Unfair Contract Terms Act1977: Does It Provide a Good Model in Regulating Risk Allocation Provisions in Oilfield Contracts in Malaysia? ”, *International Journal of Trade and Global Markets*, Volume 8, Issue 1, 2015. https://www.inderscienceonline.com/doi/abs/10.1504/IJTGM. 2015.067969.(2020/12/08

This page is intentionally
left blank.

Legal Research, Vol 29, Issue 113, 2026: 247-266 Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Journal of Legal Research
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

Orginal Article

Effective Executive Factors in Increasing the Criminal Population

Mahmood Nozari[1], Siroos Zarghami[2], Ali Reza Sayebani[3]

Highlights

- The judicial criminal policy of the Islamic Republic of Iran, grounded in the Constitution, the Code of Criminal Procedure, and related regulations, aims to promote reform oriented and preventive approaches, safeguard fundamental citizens' rights, and align with Islamic legal principles.
- In recent years, decarceration and the reduction of prison admissions, and consequently the prison population, have become major objectives of Iran's judicial criminal policy.
- Judges' response to crime, relying on legal provisions and influenced by their professional training and personal backgrounds, coupled with restriction of responses to formal criminal justice and weak institutional cooperation, can lead to an increase in prison populations.

ABSTRACT

Introduction

In addition to all judicial factors with legal, criminological, and crime-related aspects, there exist a series of executive or judicial factors arising from administrative and operational conditions in various social systems. Each of these factors is somehow linked to the increase in prison populations and is identified as influential in exacerbating it. These factors generally reflect judges' and courts' perceptions of issues such as the quality and extent of productivity in the intervention of non-governmental sectors in responding to various crimes—issues that have yet to secure a desirable position in many legal systems and, consequently, contribute to the factors increasing prison populations. The primary and general objective of this paper is to highlight and clarify the quality and levels of impact of criminal judges' operational approaches, and more broadly, the judicial criminal policy system, on the increase in the rate and size of prison populations in the current state of the criminal justice system within the Bandar Abbas judicial district. Along this path, several specific objectives are also considered, summarized as follows: Identifying macro-judicial factors stemming from the judiciary system's approach and the Iranian Judiciary that contribute to excessive incarceration and, consequently, the increase in the national prison population rate. Identifying and diagnosing the main manifestations of criminal judges' disregard in the Bandar Abbas judicial district toward the requirements of a reformist-minimalist incarceration culture.

How to Cite: Nozari, Mahmood, Zarghami, Siroos, Sayebani, Ali Reza, "Effective Executive Factors in Increasing the Criminal Population", Legal Research, Vol. 29, No. 113, 2026, pp: 247-266.

DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2025.237237.2790 Received: 14/09/2024-Accepted: 26/01/2025

1. Phd Candidate, Institute of Governance & Policy, Islamic Azad University: Bandar Abbas Branch, Bandar Abbas, Iran
2. Assistant Professor, Institute of Governance & Policy, Islamic Azad University: Bandar Abbas Branch, Bandar Abbas, Iran
Corresponding Author Email: cyruszarghami@iauba.ac.ir
3. Assistant Professor, Institute of Governance & Policy, Islamic Azad University: Bandar Abbas Branch, Bandar Abbas, Iran

Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Method
This article adopts a combined and dual methodological approach in elucidating and advancing its positions. At one level, where studying general concepts, theoretical foundations, and related issues is intended, the descriptive method is employed. In sections analyzing the role of judicial factors in the expansion and increase of prison populations, the analytical method is used. Subsequently, in the research findings section, which evaluates theoretical positions from the perspective of the criminal judges' own thoughts and views, a field study method involving qualitative interviews will be utilized. This section serves as a case example, against which the validity of the positions and claims in the theoretical sections will be measured and examined through assessing the views and opinions of a number of criminal judges. Thus, the overall research method in this article is a combination of theoretical and field studies, which is currently regarded as a valid and superior method for studying legal and social issues.

Results and Discussions
The judicial criminal policy system of the Islamic Republic of Iran (as a holistic entity) that forms the basis of emergent judicial sub-streams and practices across the country's judicial districts, generally—as inferred and understood from provisions in texts such as the Constitution, the Criminal Procedure Code, and other supra-legal and sub-legal norms—possesses a series of overt and covert objectives. Many of these are explicitly referenced in the mentioned texts in expressions such as adopting reformist-preventive judicial practices, guaranteeing the nation's fundamental rights, alignment with religious principles, and the like, while others are inferential and discernible in practice from the Judiciary's macro-level operations and the prevailing judicial practices in courts at a more micro level. Pursuing de-incarceration policies and efforts to reduce prison intake rates and, overall, quantitatively lower the national prison population has been the most prominent and important goal of Iran's judicial criminal policy system in recent years, even repeatedly recommended in directives from the Supreme Leader. Existing evidence and facts—as mostly confirmed by the research's statistical population—and particularly the current state of prisons and prisoner population rates in the country's prisons, indicate that despite various legal and judicial positions signaling the necessity for the judicial criminal policy system to move toward such goals, in practice, ideals like de-incarceration and prison reduction remain unrealized. This stems from factors such as the lack of intellectual discipline in de-incarceration judicial policy documents and planning within the Judiciary, on one hand, and the subdued activity of judges and courts in pursuing such goals, on the other. These facts demonstrate that the current judicial criminal policy governing Iran's legal system cannot yet be considered a truly de-incarcerative one, and numerous judicial, legal, and executive obstacles remain identifiable in its realization path. Therefore, at the level of pursuing such macro objectives, despite relatively successful experiences like expanding legal and judicial frameworks for resorting to alternative policies such as lenient and tolerant provisions in regulations like the Islamic Penal Code, and facilitating the application of newer generations of punishments, especially alternatives to imprisonment. However, it is still not possible to claim that the Judiciary as a whole is on a comprehensive and maximal path to realizing these objectives. Another justification and defined objective for the Judiciary and the country's judicial criminal policy system is moving toward the use of modern prison management models and patterns in the country. Examination of the approach and content of documents and laws such as the new Prison Organization Regulations reveals a significant gap from the required intellectual frameworks and prerequisites. Therefore, at this level as well, the outlined objectives remain far from practical pursuit and realization.

Conclusion
Overall, judges, when confronting the accused, are influenced by prior training, culture, creativity, and ethics, and they counter crime and the criminal by relying on legal texts. This, combined with issues such as limiting the framework of punishment execution to the formal criminal justice space and the lack of constructive interaction between official and executive agencies and other societal sectors in this domain, has evidently contributed to the increase in prison populations. Meanwhile, amid transformations in the criminal justice system, various tools exist to engage administrative and executive mechanisms with the judicial bodies of societies.

Keywords: Criminal Population, Prison, Executive Agents, Informal Structures**.**

فصلنامه تحقیقات حقوقی
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

مقاله علمی-پژوهشی

عوامل اجرایی مؤثر در افزایش جمعیت کیفری

محمود نوذری[۱]، سیروس ضرغامی[۲]، علیرضا سایبانی[۳]

نکات برجسته

- نظام سیاست جنایی قضایی جمهوری اسلامی ایران، به عنوان یک کل منسجم مبتنی بر قانون اساسی، قانون آیین دادرسی کیفری و سایر مقررات مرتبط، در پی تحقق اهدافی چون رویکردهای اصلاحی و پیشگیرانه، تضمین حقوق اساسی شهروندان و انطباق با مبانی شرعی است.
- در سال‌های اخیر، حبس‌زدایی و کاهش نرخ ورودی به زندان‌ها و در نتیجه تقلیل جمعیت کیفری، به یکی از مهم‌ترین اهداف سیاست جنایی قضایی ایران تبدیل شده است.
- واکنش قضات به جرم با اتکا به نصوص قانونی و تحت تأثیر آموزش و زمینه‌های فردی آنان در کنار محدود بودن پاسخ‌ها به عدالت کیفری رسمی و ضعف تعامل نهادی، می‌تواند به افزایش جمعیت زندان‌ها بینجامد.

چکیده

علاوه بر همه عوامل قضایی دارای جنبه‌های حقوقی، کیفرشناختی و جرم‌شناختی، یک‌سری عوامل اجرایی یا عوامل قضایی برخاسته از شرایط اداری و اجرایی در سیستم‌های اجتماعی مختلف نیز وجود دارد که هرکدام به نحوی با افزایش جمعیت کیفری ارتباط داشته و ازجمله عوامل اثرگذار تشدید آن، شناسایی و معرفی می‌شوند. این عوامل عموماً از طرز تلقی قضات و محاکم از مسائلی چون کیفیت و میزان بهره‌وری از مداخله بخش‌های غیردولتی در امر واکنش‌دهی به جرایم مختلف حکایت می‌کنند که در بسیاری از سیستم‌های حقوقی هنوز جایگاه مطلوبی کسب ننموده و تبعاً خود در زمره عوامل افزایش جمعیت کیفری قرار گرفته‌اند. در این مقاله که با روش توصیفی و تحلیلی انجام شده بحث بر این موضوع متمرکز است که عمده‌ترین عوامل اجرایی مؤثر در پدیده افزایش جمعیت کیفری از چه قراری‌اند؟ در پاسخ به این سؤال یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که مسائلی چون آمارگرایی و فقدان زمان کافی برای محاکم در رسیدگی به پرونده‌ها، بی‌اعتمادی محاکم و مشکلات آنها در برقراری ارتباط با بخش‌های غیردولتی و قوه مجریه در اعمال نظام جایگزین‌های حبس ، علقه‌ها و پایگاه‌های فردی، فرهنگی و اجتماعیِ مؤثر در گرایش قضات به حبس، دخالت مقامات غیرقضاییِ مدافع حبس‌گرایی در دادرسی‌ها، عدم نظارت مراجع تصمیم‌سازِ عالیه بر نحوه حبس‌گزینی‌های قضاییِ افراطی و اعتقاد کلی محاکم به اثرگذاری حبس بر کاهش تکرار جرم در جامعه ازجمله بارزترین عوامل اثرگذار در روند افزایش جمعیت زندان به شمار می‌روند که هر نحو بی‌توجهی به آنها بحران‌آفرین و حتی هنجارستیز نیز خواهد بود.

کلید واژگان: جمعیت کیفری، زندان، عوامل اجرایی، ساختارهای غیررسمی.

استناد به این مقاله: نوذری، محمود، ضرغامی، سیروس، سایبانی، علیرضا، «عوامل اجرایی مؤثر در افزایش جمعیت کیفری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۳، فروردین ۱۴۰۵، صص: ۲۴۷-۲۶۶.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۷/۲۳ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۱/۰۷ DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2025.237237.2790

۱. دانشجوی دکتری، دانشکده حکمرانی و سیاست، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد بندرعباس، بندرعباس، ایران
۲. استادیار، دانشکده حکمرانی و سیاست، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد بندرعباس، بندرعباس، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: cyruszarghami@iauba.ac.ir
۳. استادیار، دانشکده حکمرانی و سیاست، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد بندرعباس، بندرعباس، ایران

Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

مقدمه

حضور کیفر حبس در زمره سیاست‌های کیفری از گذشته‌های دور تاکنون مناقشات زیادی برانگیخته است. این کیفر هنوز هم مدافعان سرسختی دارد و هم به‌شدت مورد نقد و نظر بسیاری قرار گرفته است. از آغاز دوران مدرنیته تاکنون حبس در مرکز اختلاف‌نظرهای کیفر شناسان قرار دارد. با شکل‌گیری تمایلات حقوق بشری و تأکید بر آزادی‌ها و حقوق افراد، نظام کیفری به این دلیل که آزادی افراد را محدود می‌کرد و با اعمال مجازات، کرامت انسانی را خدشه‌دار می‌ساخت، شدیداً مورد انتقاد و آسیب‌شناسی قرار گرفت. بسیاری معتقدند که مجازات حبس در مهار پدیده مجرمانه موفق نبوده و باوجود مجازات‌های حبس شدید و طولانی‌مدت همچنان رشد جرائم و مجرمان از آمار بالایی برخوردار بوده است. باتوجه‌به ناکارآمد بودن مجازات حبس (به‌ویژه حبس‌های کوتاه‌مدت)، در اصلاح و بازپروری زندانیان و تأثیر کم آن در پیشگیری از تکرار جرم و همچنین جرم‌زا بودن محیط زندان، هزینه اقتصادی زندان، مشکلات بهداشتی و روانی موجود در آن پیش‌بینی سیاست یا تدابیر یا برنامه‌های جایگزین حبس، برنامه‌های حبس‌زدایانه و اجرای تدابیر هدفمند برای کاهش گرایش قضات و محاکم به تعیین حبس لازم و مفید به‌نظر می‌رسد.[1] حبس‌گرایی یکی از مهم‌ترین تحوّلات پاسخ به جرم از حدود پنجاه سال پیش تاکنون است. در نتیجه این وضعیت، جمعیت کیفری در سراسر جهان افزایش یافته است، چنان‌که جز در برخی کشورهای دارای سیاست‌های کیفرگریز، جمعیت زندان‌های آمریکا، آسیا، آفریقا و بسیاری از کشورهای اروپایی به‌مانند ایران افزایش یافته است. حال پس از حذف یا بعضاً کم‌رنگ شدن برخی از مجازات‌های شدید مانند اعدام، کیفر زندان نیز همچون یکی از گسترده‌ترین کیفرها از انتقاد اصلاح‌طلبان حقوق کیفری دور نمانده است.[2]

افزایش جمعیت کیفری، بحرانی بزرگ در بسیاری از جوامع است که معلول عوامل متعددی است. در این میان عوامل قضایی و درواقع طرز عملکرد قضات و نحوه تفسیر آنها از الزامات و اختیارات قانونی در گزینش کیفر حبس نقش بسیار پررنگی در پیدایش و افزایش این پدیده دارد. ازاین‌رو، سال‌هاست که درخصوص لزوم مهار و تعدیل آن سخن گفته شده و بسیاری از رهنمودهای بین‌المللی نیز به‌ضرورت حل آن اختصاص یافته‌اند.

یقیناً این مجازات در قیاس با برخی دیگر از کیفرها مثل مجازات‌های بدنی یا سالب حیات توجیهات و مدافعات بسیاری را فراروی خود می‌بیند و ظاهراً از آنها انسان‌مندانه‌تر و مؤثرتر است. اما در مشکلات و ناکارآمدی‌های خاص زندان‌ها در کاهش نرخ کلی ارتکاب و تکرار جرم در جامعه و ضعف‌های بی‌شمار آن در مرحله پیشگیری از جرم تردید وجود ندارد.

عوامل مختلفی در گسترش گرایش به مجازات حبس از جمله در نظام حقوقی ایران و تبعاً افزایش جمعیت کیفری زندان‌ها و تعداد محبوسان مؤثر بوده‌اند. جنبش‌های علمی و سیاسی در سده‌های شانزدهم و هفدهم که به عصر جنگ با جرائم کوچک و بزرگ و تضمین امنیت به هر روش و رویکردی معروف شده‌اند، نهایتاً موجب ظهور و تکوین یک‌سری تفکرات و ابزارهای حقوقی- کیفری جدید در قلمرو نظام عدالت کیفری مختلف شد که رسماً در اواخر قرن هفدهم و اوایل قرن هجدهم در قالب تفکر زندان‌گراییِ افراطی و احداث مکان‌هایی برای توان‌گیری، مراقبت، حبس و دورسازی مجرمان از اجتماع نمود و تجلی عینی یافت.[3] در این چرخه عوامل حقوقی و اجرایی مختلفی نقش‌آفرین بوده‌اند که در مقاله پیش‌رو سعی می‌شود در بعد اجرایی و در چشم‌انداز توجه به کیفیت تعامل محاکم با ساختارهای بیرونی، اجرایی و

---

1. Davidson, M. *Crime and New Punishment*, London: University of London, 2018, P 69.

2. Rozenberg, H. *Crime and Social Punishment in American legal system*, New York: Hamilton Press, 2020, P 319.

۳. مظفری، احمد، «جایگزین‌های حبس در نظام قضایی ایران؛ بازپژوهی اهداف، روش‌ها و چالش‌ها»، رساله دکتری، دانشگاه آزاد اسلامی واحد دامغان، ۱۴۰۲، صص ۱۳-۱۴.

اداری که بعضاً ساختار شبه‌قضایی دارند، موضوع مورد بحث و تحلیل قرار گیرند.

۱. گذری بر معنای پدیده جمعیت کیفری

اجمالاً از حیث آماری، به تعداد زندانیانی که بعد از صدور حکم محکومیت قطعی روانه زندان شده‌اند، جمعیت کیفری در معنای خاص و دقیق کلمه اطلاق می‌شود.[1]

در معنای عام جمعیت کیفری آمار ناظر به مواردی چون بازداشت موقت[2] را که محکومیت کیفری تلقی نمی‌شود، نیز شامل می‌گردد. درخصوص معنا و مفهوم جمعیت کیفری تاکنون عقاید و نظریات مختلفی ابراز شده است که میان آنها تناسب چندانی هم وجود ندارد.[3] جمعیت کیفری[4] به معنای خاص کلمه مفهومی در بطن نظام حقوق کیفری است که عملاً بدون وجود زندان قابل‌تصور و مفهوم‌پردازی نیست. البته برخی از تحلیل‌گران به‌طور کلی هرکسی را که به‌نحوی در نظام حقوقیِ کنونی به مجازاتی قطعی مثل اعدام یا جزای نقدی نیز محکوم می‌شود به‌نوعی در ذیل مفهومی عام از جمعیت کیفری قرار داده‌اند،[5] بر همین اساس تمام کسانی که به زندان محکوم شده و متعاقباً دستگیر و روانه‌ی زندان شده‌اند، مفهوم جمعیت کیفری یعنی جمعیت ساکن در فضای زندان‌ها را تشکیل می‌دهند. این معنا از جمعیت کیفری است که امروزه در ادبیات حقوقی مصطلح‌تر بوده و مراد از آن فقط همان تعداد محکومان به حبس است که در نهایت روانه زندان شده‌اند.

مجازاتی که در وضع فعلی نظام حقوقی و سیاست جنایی ایران به‌طور مکرر مورد توجه قانونگذار کیفری گرفته است و قضات نیز از آن استقبال می‌نمایند، کیفر حبس است. بااینکه انتقادات زیادی به مجازات مذکور وارد نموده‌اند، مقنن در ایران برای بسیاری از جرائم مجازات حبس مقرر نموده است تا جایی که تعدیل و جایگزینی آن ضروری به‌نظر می‌رسد. این گرایش افراطی به تعیین مجازات حبس توسط مقنن و قضات برای جرائم مختلف، تشکیل‌دهنده و مبنای پدیده جمعیت کیفری در ایران و البته در هر نظامی است. بنابراین، جمعیت کیفری به هر میزان و رقمی که باشد، ناشی و متأثر از نرخ تعیین کیفر در جامعه است و از پیامدهای قطعی آن محسوب می‌گردد. برنامه‌های اصلاحی زندان طوری است که نه‌تنها قادر به بازدارندگی نیست، بلکه با ازدیاد جمعیت کیفری زندان، نرخ تکرار جرم افزایش یافته است.[6]

گفتنی است که در حقوق جزای ایران حبس دارای دو نوع حدی و تعزیری است. البته مصادیق حبس حدی آن‌قدر محدود و ناچیزند- مثل الزام به تعیین آن در سرقت حدی- که عملاً در تخمین زدن نرخ جمعیت کیفری بدان‌ها توجه خاصی نمی‌شود. حبس تعزیری حبس است که مانند هر مجازات تعزیری دیگری قابل دخل و تصرف است و نصاب آن قابل تخفیف، تعلیق، تعویق و مانند آن بوده، نوعی تأدیب به‌شمار می‌آید. این نوع حبس برخلاف حبس حدی برای جرائمی در نظر گرفته می‌شود که ریشه شرعی دارد و عملی حرام به‌حساب می‌آید، اما مجازات معینی در شرع برای آنها تعیین نشده است. این درحالی است که قواعد حبس حدی مانند هر حد دیگری دقیقاً در شرع اسلام معین، مشخص و

---

1. Waraith, G. *Prison Population in Modern Society*, London: Polity Press, First Edition, 2018, P 19.

2. Temporary Detention

۳. آشوری، محمد و جمال انصاری، «عوامل افزایش جمعیت کیفری ناشی از بازداشت‌های پیش از محاکمه»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۲، شماره ۱۰۲، ۱۳۹۷.

4. Prison Population

5. Salizar, A. *Prison and Criminal Justice*, London: Sage Publication, Second Edition, 2017, P 162.

۶. کردی، مظاهر، «آثار حبس بر روی زندانی و خانواده وی»، *مجله اصلاح و تربیت*، شماره ۷۰، ۱۳۸۶، ص ۴۴.

قطعی است.[1]

به‌لحاظ تاریخی و فراتر از نظام حقوقی ایران، پیش از اوایل قرن نوزدهم، خواه در اروپا یا آمریکا از کیفر زندان به‌صورت خیلی محدود برای مبارزه با رفتار مجرمانه بهره می‌بردند. اکثریت دارای یک زندان محلی بودند، لیکن فضای فیزیکی این زندان‌ها به‌گونه‌ای بود که نمی‌توانستند بیش از دو یا سه زندانی را نگهداری کنند. افرادی که به‌واسطه خوردن مشروب مست شده بودند، شب‌ها در آن نگهداری می‌شدند یا به‌عنوان نگهداری موقت برای متهمان استفاده می‌شد تا زمان دادرسی آنها فرا رسد. جنایتکاران محکوم به مرگ و منتظر اعدام در زندان‌های نسبتاً بزرگی در شهرهای بزرگ‌تر اروپایی بودند.[2]

برخی از حقوق‌دانان کیفری نیز «جمعیت اصلاحی» را استعمال می‌نمایند و آن را درباره شخصی مورد استفاده قرار می‌دهند که ذیل یکی از اشکال مراقبت و درمان اعم از ندامتگاه‌های کوتاه‌مدت یا بلندمدت، تعلیق مراقبتی یا آزادی مشروط قرار دارند.[3]

۲. لزوم تعدیل نرخ جمعیت زندان در افق رهنمودهای بین‌المللی و آشنایی ناکافی قضات با تجربیات حبس‌زدایانه مؤثرِ بین‌المللی

در رویه سیاست جنایی سازمان ملل یا بر ضرورت اجتناب از کیفر حبس تا حد امکان تأکید کرده‌اند یا برای تعدیل، منعطف‌سازی و تجدیدنظرپذیرساختنِ آن در مرحله اجرا دست به معرفی یک‌سری ارشادهای حقوقی- قضایی زده‌اند.[4] مثلاً در سند موسوم به «حداقل قواعد استاندارد در برخورد با زندانیان» مصوب ۱۹۵۵ در اولین کنگره سازمان ملل در زمنیه پیشگیری از جرم و دقیقاً در بند ۶۱ از مبحث دوم که ناظر به قواعد اجرایی حبس است، صریحاً تأکید شده است که مجازات حبس نباید عامل اخراج طولانی محکوم از جامعه شود و مسئولان باید برای رهایی زودهنگام‌تر محبوس ان از حبس از سیاست‌های تخفیف و ارفاقی نیز استفاده نمایند. چنین مقرراتی نشان می‌دهد که در رهنمودهای سازمان ملل این فقط محدودسازی دایره توسل به حبس نیست که مهم و مورد توصیه است، بلکه نظارت‌های عملی ثانویه بر طرز اجرای مجازات حبس و تعدیل آن در مرحله اجرا، یعنی زمانی که چاره‌ای جز توسل به حبس در برخورد با مرتکبان جرائم مختلف وجود ندارد، نیز بسیار مهم و ضروری است. چنین اقدامی به منطقی‌سازی حبس و کاهش مضار و آسیب‌های ناشی از اقامت طولانی‌مدت در زندان نیز بسیار کمک خواهد کرد. سند دیگری که بر این موضوع تأکید دارد، «مجموعه اصول حمایت از اشخاص موضوع کلیه اشکال بازداشت و حبس» به‌موجب قطعنامه شماره ۱۷۳/۴۳ مجمع عمومی سازمان ملل است.

در دیگر اسناد سازمان ملل مثل سند «جایگاه اتباع خارجی در آیین دادرسی کیفری» صریحاً تأکید شده است که دولت‌ها باید باتوجه‌به مضار کیفر حبس و دیگر مجازات‌ها تا حد امکان در مواجهه با کسانی که به هر دلیل دست به ارتکاب جرم زده‌اند، آگاه باشند و آن‌را به‌شکل بی‌رویه و غیرعاقلانه‌ای مورد استناد و اجرا قرار ندهند. چنین اسنادی صراحتاً از نگرش

---

[1]. حبس ابد یا حبس دائم نوعی از مجازات حبس است که در آن محکوم باید تا پایان عمر خود در زندان به سر برد. این کیفر معمولاً برای بزرگ‌ترین بزه‌ها مانند قتل عمد، موارد شدید قاچاق انسان یا قاچاق مواد مخدر و برخی از جرائم مالی سازمان یافته که با آدم‌کشی یا آسیب‌های جسمانی شدید همراه است، در نظر گرفته می‌شود. در بیشتر کشورهایی که مجازات اعدام لغو شده است، حبس ابد شدیدترین مجازات است.

[2]. Moris, G. *Prison and Other Punishment: An Introduction*, New York: MacMillan Publishing, Third Edition, 2016, P 29.

[3]. مرتضوی، سید ابراهیم، «بررسی حقوقی و جرم‌شناختی تعلیق تعقیب»، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد، *دانشگاه بین‌المللی امام‌خمینی (ره)*، ۱۳۹۰، ص ۷۴.

[4]. Kelly, S. *Criminal Law and International Rules*, London: Macmillan, 2016, P 195.

تقلیلی و غیرحبس‌مدار سازمان ملل و نهادهای زیرمجموعه آن حکایت می‌کند که می‌تواند برای ایجاد زیرساخت‌های نظری لازم در جوامعی چون ایران در راستای کاهش دامنه توسل به کیفر حبس به‌عنوان یک رهنمود و الگوی جهانی مورد توجه و عمل قرار گیرد. این موضوع در سراسر «قواعد استاندارد حداقلی در زمینه اجرای عدالت نسبت به اطفال و نوجوانان» نیز به رسمیت شناخته شده و اجرای مجازات حبس برای اقشاری مثل اطفال بزهکار مخرب و شایسته کنترل و حداقلی‌سازی معرفی شده است. در مجموعه اصول راهنمای سازمان ملل برای پیشگیری از جرم و در مقدمه آن صراحتاً بر لزوم اجتناب از تفکراتی که مدافع سودمندی پیشگیری‌های مبتنی‌بر اعمال مجازات‌های سرکوبگری چون حبس است، تأکید شده و دولت‌های عضو به تلاش و اقدام عملی در راستای کاهش دامنه توسل به مجازات حبس تشویق و توصیه شده‌اند.

در سیستم قضایی انگلستان، سیاست «حبس‌زدایی» و کاهش جمعیت کیفری زندان‌ها به منظور مقابله با تورم کیفری، مورد توجه ویژه‌ای قرار گرفته است. یکی از مهم‌ترین اقدامات قضایی در این راستا، تکیه بر قانون عدالت کیفری مصوب ۲۰۰۳[1] است که به قضات اختیارات گسترده‌ای برای استفاده از مجازات‌های جایگزین حبس، به‌ویژه احکام اجتماعی[2] اعطا کرده است. این احکام به جای فرستادن مجرمانِ غیرخطرناک به زندان، آن‌ها را ملزم به انجام کارهای عام‌المنفعه بدون دستمزد، شرکت در برنامه‌های ترک اعتیاد و بازپروری، و یا تحمل نظارت‌های الکترونیکی (پابند الکترونیکی) می‌کند. هدف اصلی این رویکرد قضایی، علاوه بر کاهش هزینه‌های سنگین سیستم زندان‌ها، جلوگیری از برچسب‌زنی مجرمانه به افراد و تسهیل بازگشت موفقیت‌آمیز آن‌ها به آغوش جامعه است.[3]

کشور دیگری که به‌نحو حداکثری از سیاست حبس‌زدایی بهره گرفته ایالات متحده آمریکاست. با اینکه طبق آمارهای رسمی موجود، این کشور هم‌اکنون بیشترین جمعیت کیفری در جهان را دارد، درعین‌حال یکی از پیشگام‌ترین کشورها در حوزه استفاده از مجازات‌های جایگزین حبس نیز به‌شمار می‌رود؛ تا جایی که به گفته تحلیلگران آمریکایی اگر این تدابیر حبس‌زدا در دستور کار نظام سیاست جنایی آمریکا نبود، لااقل در حدود بیش از سی(۳۰) درصد به جمعیت زندانیان این کشور اضافه می‌شد. در آمریکا درخصوص اجرای این تدابیر قوانین مستقلی تصویب شده که عمده‌ترین آنها «قانون مجازات‌های اجتماعی مصوب سال ۱۹۹۳» است که به‌موجب آن تعیین حبس برای بسیاری از جرائم خرد و مصادیقی از ارتکاب جرم علیه اشخاص و نظم عمومی ممنوع گردیده و یکسره برای آنها تدابیری چون الزام به انجام کارهای عام‌المنفعه و خدمات عمومی و یا حداکثر حبس در منزل پیش‌بینی شده است.

رابرت آلفونسین، حقوق‌دان آمریکایی، در کتاب «بنیادهای حقوق جزا در آمریکا» معتقد است که این کشور باوجود داشتنِ زندان‌ها و زندانیان انبوه از نیمه دوم قرن بیستم به‌بعد هیچ‌گاه بی‌خیال بحران‌های ناشی از افزایش جمعیت کیفری نبوده و همواره قوانینی درخصوص مبارزه با این پدیده در این کشور تصویب شده است. به گفته او، «در آمریکا سیاست مقابله با حبس‌های کوتاه‌مدت قدمتی به‌اندازه خود سیاست تاریخیِ گرایش افراطی به حبس در جرائم خشن در این کشور دارد».[4]

از همین روست که امروزه حتی در اسناد بین‌المللی نظیر «موازین قضایی بنگ لور» صراحتاً بر ضرورت فعال‌سازی قضات و افزایش اختیارات قضایی آنها در حوزه پیشگیری معقول و غیرحبس‌گرایانه از جرائم از رهگذر اجرای سیاست‌هایی چون حبس‌زدایی تأکید

---

1. Criminal Justice Act 2003
2. Community Orders
3. Ashworth, Andrew and Julian V. Roberts. *Sentencing and Criminal Justice*Cambridge: Cambridge University Press, Sixth Edition, 2015, P 345
4. Robert, A. The Basis of Criminal Law in United State, Washington University Press, Third Edition, 2018, P 316.

شده است.[1]

اجرای سیاست‌هایی چون تبدیل قانونی و قهری مجازات جرائم با مجازات حبس کمتر از شش ماه به مجازات‌های بینابین[2] و مجازات‌های اجتماعی[3] نظیر انجام خدمات عام‌المنفعه[4] یا حبس در منزل[5] در قلمرو حقوقی کشورهایی چون کانادا و فرانسه نشان از تلاش برای محدودسازی امکان توسل نظام قانونی و قضایی جامعه به این قبیل کیفرها دارد که امروزه به‌شدت با نقد و ایراد هم مواجه و روبه‌رو شده‌اند.[6] حقیقتِ غیرقابل دفاع بودنِ حبس‌های کوتاه‌مدت، امروزه با عقاید طرفداران «حبس‌های شوک‌آور در بازه‌های زمانی سی تا نود روز» تقابل یافته است. حبس شوک‌آور که عملاً در قالب اعزام محکومان به اردوگاه‌های بازآموزی مجرمان نمایان شده، متکی بر تعالیم و رویکردهای نظامی و سخت‌گیرانه است. درباره اینکه وضعیت «حبس ابد»[7] در چارچوب برنامه‌های اصلاح و درمان چگونه است، هم قدری اختلاف‌نظر وجود دارد. در تفکرات سنتی حوزه جرم‌شناسی اصلاح‌مدار این اعتقاد وجود داشت که کیفر حبس ابد به‌دلیل اینکه امکانی برای بازگشت محکوم به جامعه باقی نمی‌گذارد، از شمول اصلاح و درمان خارج است.[8] این نظر امروزه دیگر فاقد وجاهت است و نه‌تنها در رویکرد برخی کشورها، بلکه حتی در توافق‌نامه‌ها و رهنمودهای منطقه‌ای و بین‌المللی هم به لزوم شمول برنامه‌های اصلاحی، اخلاق‌مدار و جامعه‌محور در حق محکومان به حبس ابد اشاره شده است.[9] مثلاً در مقدمه کنوانسیون استراسبورگ مصوب ۱۹۸۳ برای انتقال محکومان به‌صورت مطلق به لزوم تلاش برای اصلاح و بازپروری تمام محکومان به حبس اشاره شده و هیچ‌گونه تمایز و تفکیکی میان حبس‌های موقت و ابد هم مورد توجه قرار نگرفته است.

البته از نظر موافقان کیفر حبس، زندان اصلاح‌محور باید دارای اصول و استانداردهایی در سطوح چون مدیریت، نگرش به محکومان و حقوق اولیه آنها باشد تا بتواند در این مسیر اصلاحی به‌خوبی ایفای نقش نماید. از اصول و قواعد استاندارد حاکم بر زندان‌ها به‌عنوان شرط مقدماتیِ انسان‌مدارشدن رژیم زندان‌ها یاد می‌شود. نقض این اصول، مخالف حقوق بشر و حقوق بین‌الملل بشردوستانه تلقی می‌شود و قابل پیگیری و شکایت در مراجع قضایی بوده و یک پدیده غیرقابل تحمل و مانع جدی سد راه اصلاحی شدن نظام زندان‌ها و حتی عامل شکست آنهاست.[10] موقعیت و موازین زندان دارای اصول و استاندارد را باید در پرتو یک منطق جهانی و حقوق بشری و در قلمرو اسناد و رهنمودهای بین‌المللیجست‌وجو نمود. در این راستا نباید شرایط و اقتضائات فرهنگی، اجتماعی و حقوقی رژیم‌های حقوق ملی را هم از نظر دور داشت و یا در ارزش و اعتبار آنها تردید نمود. به بسیاری از اصول و قواعد استاندارد زندان‌ها و فرایند اصلاح در اسنادی چون «اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب ۱۹۴۸»، «میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۹۶۶»، «قواعد حداقل استاندارد سازمان ملل برای رفتار با زندانیان مصوب ۱۹۵۵»، «قواعد اروپایی

---

1. Blomer, Z. *Criminal Law in 20th Century*, Rotherdam Press, 2014, P 17.
2. Intermediate Sanction
3. Community Punishment
4. Public Service
5. House arrest
6. Hollin, C. R. and E. J. Palmer. *Offending Behavior Programmes: Development, Application and Controversies,* John Wiley and Sons, 2006, PP 12-106.
7. Life Imprisonment
8. Sapsford, R. J. "Life- Sentence Prisoners: Psychological Changes during sentence", *British Journal of Criminology*, Volume 18, 1978, PP 129-145.

۹. اساساً در قلمرو نظام‌های حقوقی موجود در جهان و حقوق ملی بسیاری از کشورها نظیر آمریکا و کانادا، محکومان به حبس ابد پس از تحمل حداقل ده یا دوازده سال از مدت محکومیت، ممکن است مورد عفو و بخشودگی قرار بگیرند و فرصت آزادی و بازگشت مجدد به اجتماع به دست آورند.

10. Dina, R. R and R. C. Todd. "Incarceration, Social Capital and Crime: Examining the Unintended Consequences of Incarceration", *Criminology*, Volime 36, 1998, PP 441-450.

زندان مصوب ۱۹۸۷ و اصلاحی سال ۲۰۰۶» و «اعلامیه اصول اساسی برای درمان زندانیان مصوب ۱۹۹۰» اشاره شده است.[۱]

۳. تحلیل موردی عوامل اجرایی مؤثر در افزایش جمعیت کیفری

۳.۱. عدم نظارت مراجع تصمیم‌سازِ عالیه بر نحوه حبس‌گزینی‌های قضاییِ افراطی

ترس از نظارت مراجع انتظامی و حفاظتی یکی از دلایل کلی قضات برای گرایش حداکثری به مجازات‌های سنتی و سرکوبگری چون حبس است تا از این طریق از احتمال مؤاخذه به‌جهت عدم تعیین کیفرهای ارفاقی و نامناسب بیش از حد شانه خالی کنند. مسئله این است که به‌موازات همان نظارت‌های بازدارنده که ازجمله عوامل گرایش قضات به کیفر حبس است، باید مراجع انتظامی و نظارتی درخصوص همین کیفر حبس، که توسط محاکم مختلف در مقادیر متفاوت صادر و اجرایی می‌شود، نیز نظارت و بررسی داشته باشند. قطعاً گاهی تعیین حداکثر مجازات و عدم اعمال سیاست‌های ارفاقی و حبس‌زدا از جانب قضات در زمانی که همه موجبات قانونی نیز برای اعمال و اجرایی‌سازی آنها مهیاست، خود نوعی تخلف و عدم رعایت استانداردهای قضایی است که امروزه علاوه‌بر قوانین ملی، در بسیاری از اسناد بین‌المللی نیز مورد توصیه و تأکید قرار گرفته‌اند.

کمیسیون عالیه نظارت بر آرای صادره محاکم در حقوق انگلستان یکی از وظایفی که برعهده دارد، نظارت مستقیم بر سیاست‌های کیفردهی و تهیه گزارش برای مراجع عالیه ذی‌صلاح مبنی بر نقض فاحش اصول دادرسی و کیفرگزینی منصفانه است که حتی می‌تواند از موجبات نقض آرای صادره در مراجع ذی‌صلاح نیز باشد.[۲] در حقوق ایران چنین نهاد به‌خصوصی وجود ندارد، اما از مراجعی چون دادگاه انتظامی قضات انتظار می‌رود که در راستای ایجاد زمینه‌های قضایی لازم برای توسعه سیاست حبس‌زدایی بر موضوع حبس‌گزینی‌های بی‌قاعده و اصول در محاکم نیز نظارت داشته باشند و به‌عنوان مصداقی از تعیین مجازات‌های نامناسب، ناعادلانه و خلاف اصول به آن واکنش نشان بدهند. همان قدر که مجازات ناکافی و مغرضانه یک تخلف و مستحق برخورد است، مجازات‌گرایی‌های غیرمنصفانه نیز ماهیتاً چنین ویژگی و اثری دارد و بایسته است که واکنش به آن در دستور حداقل مراجع نظارتی موجود مثل دادسراها و دادگاه‌های انتظامی قضات قرار گیرد.

۳.۲. دخالت مقامات غیرقضایی مدافع حبس‌گرایی در دادرسی‌ها

در شرایط کنونی در ایران به‌مانند بسیاری از جوامع دیگر نمی‌توان با قاطعیت ادعا نمود که مقامات و مراجع سیاسی و حاکمیتی بر کیفیت دادرسی نسبت به جرائم مختلف مطلقاً نقش و مداخله‌ای ندارند. اتفاقاً مراحل اولیه و تحقیقات مقدماتی بسیاری از جرائم امروزه عملاً توسط افسران و مأموران مراجع و نهادهای سیاسی و امنیتی محض صورت می‌گیرد که نوعاً انتظار دارند درصورت منجر شدن تحقیقات مقدماتی به محکومیت مرتکب علیه وی مجازات‌هایی چون حبس صادر و اجرایی گردد.

بنابراین، به‌منظور رفع شبهات و تلاش برای هماهنگ‌سازی رویکرد سیاست‌جنایی در قبال جرائم مختلف با موازین

---

[۱]. برای مطالعه بیشتر در این زمینه ر.ک:کونانی، سلمان، محمدعلی مهدوی ثابت، علی صفاری و محمدعلی اردبیلی، «تحلیلی جامعه‌مدار از سیاست اصلاح و درمان محکومان زن و مرد و روش‌های آن»، *فصلنامه زن و جامعه*، دوره ۱۱، شماره ۴۲، ۱۳۹۹، صص ۲۲۷-۲۵۵.

[2]. Philipe, G. Z. England Criminal Procedure: An Introduction, London: Polity Press, 11th Edition, 2019, P 137.

حقوق‌بشری و اسناد و استانداردهای بین‌المللی، لازم است تا حد امکان به اصل استقلال قضایی احترام گذاشته شده و به‌تدریج وظایف شبه‌قضایی اعطایی به مقامات و مراجع سیاسی- امنیتی حذف گردد. از منظر حقوق تطبیقی چنین رویه‌ای با شدت بیشتری نمایان شده است. به‌طور مثال، در کشور آمریکا قوه مجریه با دخالت در بحث قضاوت در خصوص جرائم مختلف از طریق تشکیل کمیسیون‌های ویژه عملاً و به‌طرز فراگیری دادرسی نسبت به برخی از پرونده‌های مظنونان و متهمان خاص را در طیف‌ها و طبقات مختلف به این کمیسیون‌ها می‌سپارد که علاوه‌بر اینکه دادگاه محسوب نمی‌شوند، موظف به رعایت هیچ‌یک از تضمینات یا آیین دادرسی دادگاه‌های عادی آمریکا هم نیستند.[1] این مداخله مدیریتی که نقض آشکار اصل تفکیک قواست، هم مورد قبول دیوان عالی این کشور قرار گرفته و هم کنگره آمریکا پس از سال‌ها تشکیل این کمیسیون‌ها را قانونی نموده است. به‌بیان‌دیگر، دستور دولت بوش در ۱۳ نوامبر ۲۰۰۱ برای تشکیل کمیسیون‌های قضایی ویژه که از آنها به‌عنوان دادگاه‌هایی دولتی و وابسته به قوه مجریه یاد می‌شود، برای رسیدگی به اتهامات مظنونین به جرائم امنیتی که مورد ایراد برخی دادگاه‌های آمریکا قرار گرفته بود، در سال ۲۰۰۶ رسماً مورد تصویب مراجع قانونگذاری قرار گرفت و رفتار دولت تا قبل از تصویب قانون را صحیح و قانونی پنداشت و آن را تنفیذ نمود.[2]

در این رویکرد اختیار تحقیق که در حالت عادی در صلاحیت مرجع قضایی است، به مراکز سری کنترل‌شده توسط مراجع دولتی، سیاسی و نظامی واگذار می‌شود و بازداشت، محاکمه و صدور کیفر از دادگاه‌های عادی به دادگاه‌های دولتی- امنیتی انتقال می‌یابد؛ لذا در سیاست جنایی تقنینی آمریکا از یک سو قوه مجریه می‌خواهد با تفسیری گسترده از اختیارات قانونی اعطایی همچنان مبسوط‌الید باشد. ازسوی دیگر، قوه قضائیه نیز می‌کوشد تا نقش سنتی و اصلی خود را گوشزد، و از جایگاه مستقل خود دفاع کند. به‌عبارت دیگر، هنوز توجه به بُعد ارزش انسانی و کرامت ذاتی بشر در چرخه مداخلات قضایی دستگاه‌های اجرایی در مسائل قضایی به‌درستی نهادینه و تبیین نشده است. بنابراین، می‌توان گفت ثمره قطعی دخالت قوه اجرایی در قلمرو صلاحیت‌های قوه قضائیه چیزی جز تعرض به حقوق و آزادی‌های انسانی شهروندان نخواهد داشت. برخی از حقوق‌دانان از چنین پدیده‌ای به سرگردانی سیاست جنایی یاد کرده‌اند که دقیقاً درمورد طرز مواجهه با جرائم و مجرمان مختلف در حقوق ایران و کشورهایی نظیر آمریکا مصداق عینی و واقعی دارد.

یکی از اهداف مهم مجازات‌ها اصلاح و درمان بزهکاران است که با اعمال اصل فردی کردن مجازات‌ها می‌توان به این مهم دست یافت. ازاین‌رو مهم‌ترین دغدغه‌های سیستم عدالت کیفری هر کشور پیشگیری از وقوع جرم یا کاهش آثار زیان‌بار کیفر حبس است.[3]

تجربه و شواهد نشان می‌دهد که وقتی مقامات و مراجع امنیتی و حفاظتی در سرنوشت و کیفیت دادرسی نسبت به برخی از جرائم و جنایات دخالت می‌کنند، عملاً زمینه‌ای ایجاد می‌کنند که طی آن قضات به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم تحت فشار قرار می‌گیرند و خواه ناخواه بیشتر به‌سمت مجازات‌های افراطی و حداکثری چون حبس‌های بلندمدت گرایش پیدا می‌کنند.

---

[1]. Rick, D. P. *Public Values in Criminal Law*, New York University Press, First Edition, 2016, P 71.

[2]. Radzinowich, F. *Security-oriented Criminal Law*, London: Routledge, Second Edition, 2022, P 83.

[3]. شمس‌ناتری، محمدابراهیم و جواد ریاحی، «ارزیابی مجازات‌های اجتماعی مندرج در لایحه قانون مجازات اسلامی در پرتو الگوی جایگزینی»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، دوره ۹، شماره ۳۳، ۱۳۹۱، ص ۵۰.

۳.۳. علقه‌ها و پایگاه‌های فردی، فرهنگی و اجتماعیِ مؤثر در گرایش قضات به حبس

هنری ویلیامز عقیده دارد که بسیاری از مشکلات محاکم و نظام دادگستری ریشه در طرز رفتار، علایق، افکار و الگوهای تربیتی کادر قضایی و دیگر پرسنل مرتبط دارد. آنها قبل از آنکه یک قاضی یا زندانبان و یا مدیر قضایی- حقوقی باشند، عضوی از جامعه بوده و مسیر جامعه‌پذیری و تعلیم و تربیت خاص خود را طی کرده‌اند. افرادی که در سوابق زندگی خانوادگی آنها آثاری از تنش، تنبیه، سرکوبگری و حق‌کشی دیده می‌شود، احتمال زیادی وجود دارد که در مقام داوری و قضاوت خواه ناخواه تحت‌تأثیر این سوابق و تجربیات فردی و گروهی خود قرار بگیرند. بنابراین، باید در مرحله استخدام مقامات قضایی حتماً به چنین فاکتورهایی توجه کرد و میزان سلامت و حق‌جویی به نفع اصالت جمع و جامعه و نه فرد را در وجود آنها تخمین زد. بی‌توجهی به شرایط زندگی و تعلیم و تربیت‌های سابقه قضات با بسیاری از ناهنجاری رفتاری مقامات قضایی ارتباط دارد.[۱]

خانواده، مهم‌ترین محیطی است که انسان در آن از کیفیت روابط انسانی آگاهی می‌یابد. خانواده دارای نقش بی‌بدیلی در فرهنگ‌پذیر کردن انسان‌هاست که طبق تحقیقات بیشتر روان‌شناسان و جامعه‌شناسان، تجارت هر فردی در خانواده، زیربنای شخصیت و منش او را شکل می‌دهد و هیچ‌یک از عوامل اجتماعی دیگر، در جامعه، اعم از محافل مذهبی و علمی و رسانه‌ها و غیره به‌اندازه خانواده در این زمینه مؤثر نیستند. تجربه نشان می‌دهد وجود هر سطح ناهنجاری، تجربه تنبیه یا حتی ارتباط با فضاهای کیفری در دوران خردسالی برای کسانی که امروزه به‌عنوان قاضی یا هر منصب قضایی دیگر در جامعه ایفای نقش می‌کنند، با احتمال گرایش آنها به خشونت رفتاری و پیروی از سیاست‌های مجازات‌گرای سخت‌گیرانه رابطه دارد. بنابراین، باید به‌عنوان یک واقعیت پذیرفت که مسائل شخصیتی، خانوادگی، الگوهای فرهنگی و نظام عمومی تعلیم و تربیت در جامعه با سیاست‌های رفتاری نهادهایی چون دادگستری و افرادی چون قضات محاکم ارتباط دارند. نمی‌توان بدون توجه به مسائل فردی و فرهنگی به فکر بسترسازی برای تحقق آرمان‌های مطلوبی چون حبس‌زدایی بود. اهمیت این موضوع در حقوق جزایی ایران دوچندان به‌نظر می‌رسد، زیرا شواهد موجود گویاست که بسیاری از قضات در مناطقی از کشور رشد و تعلیم یافته‌اند که حس بدبینی خاصی نسبت به جرم و بزهکاری دارند و آشکارا طرفدار سیاست‌های تنبیهی شدیدند. قطعاً فرد قاضی که در چنین منطقه‌ای تعلیم یافته و زندگی کرده است، نمی‌تواند در موقع قضاوت از تأثیر این سبک‌های اجتماعی و الگوی کلی زندگی خود مبرّا باشد.

الگوی کیفردهی و حبس‌گزینی فرضی یا «مبتنی‌بر رویه‌ها و رهنمودهای پیشینی» نوع دیگری از سیاست‌های تعیین حبس به‌طور خاص و کیفر به‌طور مطلق است که در آن قانونگذار نقش راهنما و پیشنهاددهنده را دارد و تا حدود زیادی به قضات هم قدرت مانور و اعمال سلیقه داده می‌شود. در این الگو برخلاف الگوی معین و نامعین به صلاحدید قضایی، جایگاه معقول و متعارفی داده شده است. این الگو به‌عنوان الگویی ترکیبی شناخته می‌شود که تلاش می‌کند با ترکیب کیفردهی نامعین و کیفردهی الزامی، کیفردهی را تا حدی متعادل نماید. به‌نظر می‌رسد از منظر اصول جرم‌شناختی و کیفرشناختی این الگو قابلیت‌های بیشتری برای ارتقای توانایی‌های محاکم در نقش‌آفرینی در حوزه تحقق سیاست‌هایی چون حبس‌زدایی اثرگذار باشد.[۲]

---

[1]. Williams, H. The Policy of Judgment in Modern Society, Manchester: Free Press, Sixth Edition, 2008, P 279.

[۲]. سرداری، حامد، «سازوکار لازم برای اجرای تعلیق مراقبتی در ایران»، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد، *دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری*، ۱۳۹۷، ص ۱۵۱.

۳.۴. آمار گرایی و فقدان زمان کافی برای محاکم در رسیدگی به پرونده‌ها

در سطح کلان یکی از عوامل عمده گرایش محاکم کیفری به تعیین مجازات‌های مندرج در قانون و اعمال حبس‌های شدید بدون توجه به تدابیری مانند لزوم تلاش در راستای حبس‌زدایی و کاهش جمعیت کیفری، حاکمیت یک رویه و فرهنگ آمارگرایانه بر محاکم است که طی آن قضات بیش از آنکه دغدغه بررسی‌های ماهوی دقیق یا تحقیق و تفحص در خصوص اصالت‌سنجی محتویات پرونده‌ای شخصیت تشکیل‌شده برای محکومان را داشته باشند، به این فکرند که در یک بازه زمانی سریع و به‌جهت پرهیز از اطاله دادرسی، هرچه زودتر تکلیف پرونده‌های مختلف را روشن سازند. قطعاً یکی از راه‌های ساده در این مسیر بی‌توجهی به آن قواعد و روی آوردن فوری به گزینش و تعیین مجازات‌هایی چون حبس برای محکوم‌علیه است.[۱] این موضوع در حقوق کشورهایی چون ایران که با حجم انبوه و چند میلیونی از پرونده‌های کیفری مواجه‌اند، بسیار آشکارتر و عیان‌تر است.

بر فرض اینکه ملاک ارزیابی عملکرد واحدهای قضایی، تعداد پرونده‌های مختومه شده است، این نتیجه عاید می‌گردد که قضات به هر نحو که موفق به مختومه کردن تعداد بیشتری از پرونده‌ها در واحد سازمانی خود باشند، کارآمدتر محسوب می‌شوند.[۲] بر همین اساس، فشارِ خارج از سیستم، محاکم را بر آن می‌دارد که به خلق موقعیت‌هایی برای افزایش کارایی بپردازند. صدور بخشنامه‌های مختلف ازسوی قوه قضائیه که غالباً بر لزوم اجتناب از اطاله دادرسی تأکید دارند، درحالی‌که همگان می‌دانند در سیستم حقوقی امروزی ایران به‌دلیل کمبود منابع و امکانات و قلت کادر قضایی و نیاز گسترده به جلب قاضی جدید، هنوز زیرساخت‌های کلان مبارزه با چنین پدیده‌ای مهیا نشده است. بنابراین، نتیجه بارز چنین سیاست‌هایی که به موازات آنها برای ایجاد زیرساخت‌های مورد نیاز تلاش نمی‌شود، خواه ناخواه موجب شده که بسیاری از قضات و محاکم با بررسی‌های زمانی بسیار محدود و به صرف مشاهده وجود قرارهای جلب به دادرسی تصمیم به صدور رأی بر محکومیت بگیرند که غالباً با تعیین مجازات حبس همراه‌اند. این موضوع نقش بسیار پررنگی در افزایش جمعیت کیفری زندان‌ها دارد و مستلزم بررسی موشکافانه و دقیق است، وگرنه هر روز بر مقدار و میزان آن افزوده می‌شود.

مسئله آمارگرایی و نگرانی قضات برای مواجه شدن با اطاله دادرسی در شعب، خود یکی از مهم‌ترین متغیرها و عواملی است که در گرایش قضات به تعیینِ شتاب‌زده مجازات‌ها به‌طورکلی و تبعاً افزایش جمعیت کیفری زندان‌ها در ایران دارای نقش و تأثیر است. سیاست جنایی ایران در آینده مجبور به استقبال از تغییر و تحولات ساختاری در حوزه طرز نگاه نسبت به سطح کمیِ دادرسی در شعب مختلف دادگاه‌ها و تجدیدنظر در نظام ارزشیابی‌های مبتنی‌بر آمار خواهد شد، چون اصلاح سیاست‌های موجود قطعاً می‌تواند موجب ارتقای کیفیت کار محاکم و تبعاً بروز نتایجی چون تعیین حساب‌شده‌ترِ مجازات‌ها و کاهش موارد گرایشِ صرفاً احساسی و شتاب‌زده به مجازاتی چون حبس گردد. شواهد نشان می‌دهد که به‌طور کلی الگوی اصلاحی و پیشنهادیِ ضمنی در متن افکار و عقاید قضات، یک سیاست بین‌رشته‌ای و چندوجهی است که در یک سطح با قانونگذار و نگرش قوانین ارتباط دارد و در سطحی دیگر قضات و نظام دادگستری و رویه‌های آن را مخاطب قرار می‌دهد. درواقع، با یک سیاست دوگانه مشتمل‌بر اصلاح قوانین و تکمیل افکار حبس‌زدای مقنن و فراگیرسازی زمینه‌های اجتناب از کیفر حبس در قوانین و نیز فرهنگ‌سازی قضایی در فضای دادگستری برای استقبال محسوس از سیاست‌های تعدیلی می‌توان به امکان کاهش اندیشه‌های حبس‌گرا و تبعاً امکان موفقیت در حوزه کاهش جمعیت کیفری و جلوگیری از تشدید روزافزون نرخ کلی آن در جامعه و نظام حقوقی ایران امیدوار بود. به گفته

---

[۱]. برای مطالعه بیشتر در این زمینه ر.ک. کونانی، سلمان، *جرم‌زدایی و کاهش عناوین مجرمانه*، تهران: روزنامه رسمی، چاپ اول، ۱۴۰۰.

[۲]. گرگری، یاسر، «چالش‌های آمارگرایی در نظام عدالت کیفری ایران»، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد، *دانشگاه تهران*، ۱۴۰۰، ص ۱۲۱.

حقوق‌دان انگلیسی، ساموئل جونز، اصولاً بهترین روش تغییر در نظام حقوقی در سطوح مثل کیفرزدایی همان روش یا سیاست موسوم به الگوهای ترکیبی و مختلط است که در آنها از همه زوایا به موضوع و معضلات فرارو نگریسته می‌شود.[1] بنابراین، به‌نظر می‌رسد که در حال حاضر و در میان جمعیت نخبگانی خود قوه قضائیه نیز چنین افکاری برای اصلاح ساختارهای کیفری موجود و کنترل معضل جمعیت کیفری در کشور نفوذ و اعتبار دارند.

۳.۵. بی‌اعتمادی محاکم و مشکلات آنها در برقراری ارتباط با بخش‌های غیردولتی و قوه مجریه در اعمال نظام جایگزین‌های حبس

با تمرکز بر نظام حقوقی ایران، به‌وضوح مشاهده می‌شود نرخ کلی آرایی که بر محوریت توسل به جایگزین‌های حبس در ایران صادر می‌شود، آن‌قدر کم‌رنگ است که آشکارا از بی‌اعتمادی قضات نسبت به آنها حکایت می‌کند. ازسوی دیگر، اغلب محاکم اعتقاد ندارند که بخش‌های غیردولتی نیز می‌توانند به آنها در اجرای مطلوب تدابیر جایگزین مثل به‌کارگیری محکومان در کارهای عام‌المنفعه کمک نمایند. این درحالی است که اجرای هدفمند تفکر جایگزین‌های کیفری به‌طور عمومی به مقدماتی چون گرایش نظام عدالت کیفری و محاکم به سیاست یا فرایند مشارکتی نمودن و خصوصی‌سازی در ابعاد وسیع و نقشه‌ریزی برای مداخله بخشیدنِ به بخش‌های دولتی و مردمی در اموری چون مقابله با جرائم و پیشگیری از آنها دارد که خود مستلزم ایجاد زیرساخت‌های لازم توسط قانونگذار است. اما متأسفانه به‌طور کلی هنوز علقه‌های اولیه اندیشه خصوصی‌سازی در حقوق و سیاست جنایی کنونی ایران شکل نگرفته است و عملاً محاکم نیز از فرصت‌ها و ابزارهای چندانی برای جلب سایر بخش‌های غیردولتی در امر قضاوت و کیفرگزینی برخوردار نیستند.

در قانون برنامه پنجم و ششم توسعه به نقش سازمان‌هایی مثل شهرداری و دیگر بخش‌های غیردولتی در اجرای سیاست‌های مختلف واکنش‌دهی به جرائم اعم از تفکرات بازدارنده کیفری و جرم‌شناختی اشاره شده است که این نشان از حداکثر جلوه عینی برون‌سپاری وظایف قضایی در حوزه واکنش‌دهی به جرم در نظام حقوقی فعلی ایران دارد. مثلاً در بند «ه» ماده ۲۱۱ قانون برنامه توسعه، همکاری و مشارکت نهادهای اجرایی ازجمله، شهرداری‌ها با قوه قضائیه بر این نهادها تکلیف شده‌است. تردیدی نیست که برخی از وظایف نهادهایی مثل شهرداری‌ها می‌تواند با تدابیر پیشگیری و نیز با بخشی از وظایف قوه قضائیه پیوند داشته باشد. برای مثال، در حالت اول (یعنی ارتباط وظایف شهرداری‌ها با تدابیر پیشگیری به‌معنای گسترده آن) شهرداری می‌تواند بخشی از بودجه خود را صرف بهینه‌سازی فضاهای به‌کارگیری محکومان نماید که طبق تصمیم قضایی به انجام کارهای عام‌المنفعه محکوم شده‌اند. به‌هرحال، نگاهی به قوانین و مقررات موجود و ازجمله قانون پیشگیری از جرم نشان می‌دهد که در سیاست جنایی ایران مشخصاً الگوی واکنش‌دهی به جرائم، گرایشی افراطی به همان مجازات‌های سرکوبگر سنتی و پیشگیری کیفرمدار دارد و تدابیری مثل جایگزین‌ها یا کیفرهای اجتماعی کماکان به‌طرز فراگیری مورد عمل و اجرا قرار نگرفته‌اند.[2]

تدابیر جایگزین عملاً محدود به درجاتی خاص و اندک از تعزیرات بوده و به‌نحو فراگیری در قلمرو منطق و تصمیم مقنن قرار نگرفته‌اند و قضات حتی از این مصادیق محدود نیز به‌نحو مطلوبی استفاده نمی‌کنند. ضمن آنکه جز در برخی موارد معدود حتی به امکان ایفای نقش بخش‌های مردمی و مدنی جامعه در امر اجرایی‌سازی چنین تدابیری اشاره خاصی

[1]. Jones, S. English Legal System, London: Polity Press, Eighth Edition, 2019, P 13.

[2]. زارع‌زاده، سعید، «تحلیلی بر آمار ورودی زندانیان با رویکرد کاهش جمعیت کیفری»، *ماهنامه اصلاح و تربیت*، شماره ۵۱، ۱۳۸۵، صص ۴۷-۴۸.

صورت نگرفته است و خود محاکم هم خلاقیت خاصی در این راستا تاکنون از خود بروز نداده‌اند. در ایران قانون مدونی برای تعریف و تنسیق ابعاد متنوع نظام جایگزین‌ها که در آن تکالیف دستگاه‌های هم‌عرض نیز روشن شده باشد، وجود ندارد و قانون مجازات اسلامی هم بحث خاصی در این راستا تنویر و تقریر ننموده است.

موانع چندی اجازه نمی‌دهد بتوان در ایران از اجرای مطلوب تدابیر جایگزین سراغ گرفت. یکی از این موانع حضور چشمگیر و عمده نهادهای وابسته به حاکمیت و نظام دادگستری رسمی در امر مقابله با جرم است. در ایران اقتدار اصلی برای مواجهه با جرائم در اختیار قوه قضائیه و مراجع رسمی در معیت آن است. این درحالی است که اندیشه مدافع تدابیر جایگزین مستلزم بهره‌گیری از سیاست‌های مثل برون‌سپاری قضایی و احاله فرایند دادرسی به لااقل بخشی قابل اعتنا از جرائم خرد به نظام دادگستری غیررسمی و مردمی است که این خود مقتضی آن است که حدی از اقتدار رسمی و دایره صلاحیت‌های نظام کنترل رسمی (محاکم سنتی و...) کاسته شود و بخش خصوصی بتواند عملاً در پیاده شدن وظایف قوه قضائیه در چنین زمینه‌هایی مداخله حقیقی و اجرایی داشته باشد. چنین امری با توجه به تصریح قانون اساسی به اینکه مرجع اصلی رسیدگی به تظلمات و فصل خصومت دادگستری است، عملاً با چالش و خلأ بستر شناختی مواجه است.

مانع دیگر، ضعف نظام اداری- سیاسی و دولتی (به معنی خاص کلمه و قوه مجریه) حاکم بر جامعه ایران است. اگر بنا باشد نهادهای مدنی و خصوصی بتوانند به قوه قضائیه مثلاً در امر اجرای مجازات‌های اجتماعی مدد رسانند، باید از ساختارهای اداری لازم و مسائلی مانند بودجه و منابع مالی لازم نیز برخوردار باشند و محاکم نیز همکاری‌های لازم را با آنها به عمل آورند، این درحالی است که در شرایط فعلی قوه قضائیه در چگونگی جلب نظر و همراهی بخش‌های اداری و غیرقضایی جامعه در سطوح چون به‌کارگیری و اجرای مجازات‌های اجتماعی درمانده بوده و نتوانسته است از نظام ترکیبی و چند نهادی متمرکز در این راستا برخوردار گردد. قضات نیز عملاً در جلب همکاری مراجع غیردولتی و خارج از چارچوب قوه قضائیه مشکل داشته و حتی بعضاً به بهانه عدم همکاری آنها مثلاً در اجرای مجازات‌هایی چون کار عام‌المنفعه به‌جای حبس همین موضوع را دستاویز قرار داده و عملاً از بیشتر فرصت‌های توسل به آن اجتناب می‌کنند. بنابراین، نمی‌توان بدون تعریف منابع و تمهید مقدمات امر، یکباره به سیاستی چون تقنین مجازات‌های جایگزین مثل انجام کارهای عام‌المنفعه و خدمات عمومی روی آورد، آنگاه پیشاپیش هیچ مرجع یا مراکزی به‌طور اختصاصی برای به‌کارگیری محکومان به چنین تدابیری مهیا نساخت. بی‌شک، سایر بخش‌های اجتماع نه ظرفیت لازم و نه انگیزه کافی برای استقبال و پذیرش از محکومان در بدنه نظام اداری خود دارند؛ حتی اگر چنین استخدامی کاملاً مجانی باشد و مستلزم پرداخت هزینه‌های خاصی هم نباشد. ضمن آنکه قضات و محاکم نیز استعداد و ابزار خاصی برای رهایی از این مشکلات فراروی خود نمی‌بینند.

یکی از اصول مهم در نهادینه‌سازی سیاست‌های حبس‌زدایانه و جایگزین حبس یا تعدیل‌کننده آن در هر نظام حقوقی وجود سطحی از همکاری و همراهی مراجع وابسته به دولت و قوه مجریه با دستگاه قضایی است. از آنجا که سبک و سیاق و روال کار دستگاه‌های دولتی مقتضیات خاص خود را دارد، در بسیاری از مواقع نمی‌توانند آن‌طور که قضات و محاکم انتظار دارند، پاسخ‌گوی مطالبات و درخواست‌های آنها باشند. این نحو از عدم همراهی موجب شده که قضات رفته‌رفته نوعی بدبینی نسبت به‌طرز عملکرد و نحوه‌ی همکاری دستگاه‌های دولتی پیدا کنند.[1]

ایفای نقش مراجع ذی‌صلاح قضایی در رسیدگی به دعاوی و جرائم مختلف علاوه‌بر فضای دادرسی رسمی در شعب

[1]. Filberg, V. New Zones in Criminal Law, New York: Routledge, Fifth Edition, 2011, P 55.

دادگاه‌ها، یک‌سری مقتضیات دیگر نیز دارد که از آن جمله می‌توان به نظارت بر تصمیمات قضایی اتخاذی و یا حضور بخش‌های دولتی در اجرای تصمیمات و آرایی است که مثلاً ممکن است حاوی اتخاذ تصمیماتی چون الزام محکومان به تحمل کیفرهای عام‌المنفعه باشد که محل کلی اجرای آنها غالباً بدنه و دستگاه‌های دولتی است و انتظار می‌رود در جهاتی که قضات تعیین کرده‌اند و توقع دارند، در فرایند اجرایی‌سازی آنها مشارکت و دخالت نمایند.[1]

در سامانه مراجع عمومی قضایی و براساس اصل ۱۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، صلاحیت رسیدگی به دعاوی به‌طورکلی در اختیار دادگاه‌های دادگستری است، ولی ترتیب اعمال و تقسیم آنها میان دادگاه‌ها برعهده قوانینی عادی واگذار شده است تا با توجه به موقعیت و مقتضیات کار به آن عمل کنند و درصورت لزوم، همکاری و مشارکت بخش‌های دولتی و غیردولتی را در تحقق اهداف مدنظر نیز جلب نمایند.[2] بنابراین، هرچند اصل بر این است که دادرسانی به پرونده‌ها رسیدگی کنند که به‌معنای واقعی قاضی و دادرس‌اند، اما اجرای بخشی از تدابیر حقوقی- قضایی مثل سیاست‌های حبس‌زدا مستلزم مداخله بخش‌های دولتی نیز است که اگر این مراجع همکاری لازم را با دستگاه قضایی به عمل نیاورند، به‌احتمال‌زیاد موجب تغییر نگرش قضات به مداخله دولت می‌شود که خود نتایجی جز کاهش علاقه و گرایش قضات به بهره‌گیری از ظرفیت‌های این بخش‌ها و تبعاً زوال سطح بهره‌گیری از ظرفیت‌های غیرکیفری در حل و فصل فرایند دادرسی نسبت به جرائم مختلف ندارد.

۳.۶. اعتقاد کلی محاکم به اثرگذاری حبس بر کاهش تکرار جرم در جامعه

یکی از سوءبرداشت‌های جرم‌شناختی از کارکردشناسی مجازات حبس در جوامع معاصر و صرفنظر از نوع جرائم ارتکابی این اندیشه است که بدون استفاده از مجازات‌ها به‌طورکلی امکان موفقیت چشمگیر در حوزه پیشگیری از جرم وجود ندارد. در واقع، بدون آنکه جرم خاصی موضوع باشد، امروزه اغلب تحلیلگران اعتقاد دارند که نامشخص بودن جایگاه تدابیر کیفری و مجازات حبس در متن نظام پیشگیری از جرم، مسئله گمراه‌کننده‌ای است که باعث شده است بسیاری از قضات و محاکم نفس اجرای مجازات را به مفهوم تلاش در مسیر پیشگیری از جرم تفسیر کنند. این درحالی است که اندیشه پیشگیری کیفری از جرم و پیشگیری‌های حبس‌مدار سال‌هاست که شکست خورده و مسلم شده است که هیچ مجازاتی حتی اعدام و حبس‌های ابد و طولانی‌مدت هم به‌تنهایی نمی‌تواند موجب نظم و امنیت و کاهش جرم در جوامع گردد.

با بررسی برخی از آرای محاکم کیفری در ایران این نکته روشن می‌شود که بسیاری از قضات حتی در برخورد با کوچک‌ترین جرائم، شدیداً به مجازات حبس متوسل شده‌اند و درحالی‌که بسیاری از فرصت‌های حبس‌زدایانه و جایگزین‌ساز و نیز تدابیری مثل تعلیق و تبدیل مجازات در اختیار آنها بوده است، به‌کل از استفاده از چنین ابزارهایی خودداری کرده و علیه محکوم‌علیه رأی به مجازات حبس داده‌اند. به‌طور مثال، در دادنامه صادره به شماره «....۲۱۹۷۰» صادره از یکی از محاکم کیفری دو بندرعباس قاضی دادگاه در برخورد با جوان ۱۹ساله‌ای که مستخدم یک اداره بوده و بدون هیچ‌گونه سابقه کیفری مرتکب سرقت حدود چهار بسته خودکار معمولی که مجموعاً ارزشی کمتر از دو میلیون تومان داشته، شده است، بدون توجه به شرایط و اوضاع و احوال ارتکاب جرم و نیز شرایط و موقعیت مرتکب و حتی بدون توجه به مقررات قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹ با استناد به بند ۵ ماده ۶۵۶ قانون مجازات اسلامی،

---

[1]. Anry, D. E. *Crime, Punishment and Society*, Oxford University Press, 2014, P 7.

[2]. بهمنی، زهرا، «تحلیل شرایط و ویژگی‌های اجرای مفاد اسناد رسمی در آیین‌نامه جدید با مقررات سابق»، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد، *دانشگاه تهران*، ۱۳۹۵، ص ۱۴۱.

کتاب پنجم، تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ وی را به حداکثر مجازات ممکن یعنی یک سال و شش ماه حبس و نیز ۷۴ ضربه شلاق محکوم کرده است. صرف‌نظر از همه ایرادات ماهوی به چنین آرایی و خصوصاً اینکه آیا درمورد هر کسی که به‌نحوی کارمند یک اداره دولتی بوده، بند ۵ ماده مذکور قابل استناد است یا نه، در این زمینه نیز ابهام جدی وجود دارد که چرا مثلاً یک قاضی نباید در هنگام رسیدگی به چنین جرمی هیچ اعتنایی به سن و سال مرتکب، فقدان سابقه هرگونه محکومیت و نیز نداشتن حالت خطرناک توجه کند و صرفاً به مفهوم ظاهری مواد قانون، استناد و چنین مجازاتی تعیین کند که در آسیب‌زایی آن به سبب اعزام فردی کم‌سن‌وسال به فضای زندان هیچ شک وجود ندارد. چنین رویه‌ها و تصمیماتی در محاکم ایران است که به‌شدت باعث افزایش جمعیت کیفری و افزوده شدن بر تبعات حضور افراد فاقد تجربه در فضای زندان‌ها می‌گردد.

لازم به توضیح است که تفسیرهای مختلف از کارکردهای جرم‌شناختیِ احتمالی حبس فقط محدود به قضات نیست و حتی در میان جرم‌شناسان نیز در این خصوص اختلاف‌نظر وجود دارد. پیشگیری از بزهکاری از مهم‌ترین سازوکارهای سیاست جنایی است که با توسل به اقدام‌های غیر قهرآمیز در صدد کاهش یا از بین بردن عوامل فردی، محیطی و وضعی جرم‌زا و نیز گرایش به بزهکاری است.[۱]. قانونگذار بر همین اساس از رهگذر تصویب مقررات متعدد در سطح‌های مختلف فراتقنینی، تقنینی و فروتقنینی به آن توجه کرده‌اند؛ چنان‌که در پرتو هنجارمندسازی یافته‌های جرم‌شناسی پیشگیری در عرصه این مقررات، «حقوق پیشگیری از جرم» به‌عنوان یک رشته حقوقی تخصصی پدید آمده است. بنابراین، پیشگیری را می‌توان یکی از راهبردهای اساسی در حوزه کنترل اجتماعی برشمرد که دربردارنده مجموعه راهکارهای مستقیم و غیرمستقیم با هدف ایجاد امکانات و موقعیت‌های بازدارنده از وقوع جرم و کج‌روی، طراحی و تدوین می‌شود. اجمالاً مفهوم پیشگیری از جرم، براساس تعاریف سازمان ملل، عبارت است از مجموعه اقدامات و راهبردهایی که به‌منظور کاستن از خطر ارتکاب جرم و کاهش تأثیرات زیان‌بار آن بر افراد و جامعه از جمله ترس از جرم انجام می‌شود و بر عوامل ایجادکننده جرائم تأثیر می‌گذارد. در استنباط مفهوم پیشگیری از جرم و تعریف آن جهت‌گیری‌های مختلفی دیده می‌شود. گروهی از جرم‌شناسان مفهوم گسترده‌ای برای تدابیر پیشگیری قائل‌اند و گروهی پیشگیری را در مفهومی محدود و کوچک‌تر به کار می‌برند. طبق مفهوم گروه نخست، انجام هر اقدامی که سبب کاهش جرم شود، پیشگیری محسوب می‌شود؛ بنابراین انواع تدابیر کیفری و غیرکیفری، چه قبل و چه بعد از وقوع جرم، پیشگیری است. ولی بنا بر تعریف گروه دوم، پیشگیری به مجموعه وسایل و ابزارهایی اطلاق می‌شود که دولت برای مهار بهتر بزهکار از طریق حذف یا محدود کردن عوامل جرم‌زا یا مدیریت مناسب عوامل محیطی و اجتماعی مورد استفاده قرار می‌دهد و هیچ ارتباطی به‌خصوص با مجازات‌گرایی و مثلاً حبس‌مداری افراطی نیز ندارند.[۲]

از یک منظر، هر اقدامی که برای مقابله با جرم طراحی گردد و موجب کاهش نرخ بزهکاری شود، در حوزه تعریف عام پیشگیری قرار دارد. این اقدامات می‌تواند شامل جنبه کیفری یا غیرکیفری باشند. ازسوی دیگر، عده‌ای از جرم‌شناسان معتقدند که پیشگیری از بزهکاری عبارت است از وسایل و ابزاری که دولت و جامعه مدنی به‌منظور مهار بزهکاری به کار می‌گیرد. برخی دیگر معتقدند که پیشگیری از جرم دربرگیرنده تدابیر و اقداماتی است که نرخ بزهکاری را کاهش می‌دهد.[۳] بنابراین، اصولاً پیشگیری به آن دسته از تدابیری اطلاق می‌شود که اساساً از حوزه کیفری پلیس و دادگستری خارج

---

[1]. Reymond, B. *The crime problem*, New York: Alber Publication, Fourth Edition, 1998, P 5.

[۲]. حسین‌زاده، علی، ***کلیات پیشگیری از جرم***، تهران: گرایش، چاپ اول، ۱۳۹۰، ص ۱۲.

[۳]. کاوه، محمد، ***آسیب‌شناسی بیماری‌های اجتماعی***، جلد ۱، تهران: جامعه‌شناسان، چاپ اول، ۱۳۹۱، ص ۴۵.

باشد؛ لذا پیشگیری کیفری در حوزه پیشگیری قرار نمی‌گیرد. حقیقتاً پیشگیری از بزهکاری مجموعه اقدامات غیرقهرآمیزی است که برای تحقق اهدافی نظیر مهار بزهکاری، کاهش وقوع جرم و کاهش شدت جرم اتخاذ می‌شود. پس می‌توان گفت، پیشگیری هر تدبیر سیاست جنایی است که هدف نهایی آن کاستن احتمال وقوع جرم، دشوار یا غیرممکن کردن آن است، آنهم بدون اینکه از کیفری خاص استفاده شود.

در میان اکثر قضات این عقیده رواج دارد که مجازات حبس در قبال بیشتر جرائم و مجرمان دارای نقش و اثر پیش‌گیرنده است و اجرای آن می‌تواند موجب کاهش نرخ تکرار جرم گردد.

نتیجه‌گیری

شکی نیست که پدیده افزایش جمعیت کیفری در بیشتر نظام‌های حقوقی مختلف معضلی جدی است؛ اما کیفر حبس هم حضوری تاریخی در جوامع مختلف دارد و هم ابزار اصلی عدالت کیفری سنتی است. در این حقیقت نیز تردیدی نیست که مجازات حبس از جهات مختلفی مورد نقد، بحث و تردیدهای جدی است تا جایی که بعضاً نظریه‌پردازان جرم‌شناسی و کیفرشناسی انتقادی حتی از لزوم کنار نهادن آن صحبت کرده‌اند. یقیناً زندان منجر به قطع رابطه زندانی با زندگی عادی، خانواده، کار و اطرافیان افراد زندانی می‌گردد و محدودیت‌های بی‌شماری بر آنها تحمیل می‌نماید. این مجازات علاوه‌بر محکوم بر خویشان و نزدیکان و به‌ویژه همسر و فرزندان او نیز آثار سوئی دارد. حتی ممکن است منجر به فروپاشی کانون بسیاری از خانواده‌ها نیز گردد. همچنین، احتمال نقض بسیاری از حقوقِ بشری زندانیان و عدم مدیریت مطلوب ناهنجاری‌های رفتاری زندانیان و افزوده‌شدن بر میزان تکرار جرم ازسوی آنها به‌سبب آشنا شدن با دیگر زندانیان و فراگیری فنون و مهارت‌های جدیدتر برای ارتکاب جرم و جنایت در فضای زندان و در جریان تعامل با دیگر محبوس ان از دیگر محدودیت‌ها و ضعف‌های کلی زندان‌هاست. شواهد گویاست که تورم در جمعیت زندانیان یا اشباع زندان‌ها، عدم تغذیه و بهداشت عمومی مناسب، نبود مراقبت‌های پزشکی، شیوع بیماری‌های واگیر و عفونی، تجاوزهای جنسی، فساد رفتاری، شیوع بیماری‌های ویروسی و مرگ‌بار همچون ایدز ازجمله دیگر آثار و مظاهر احتمال نقض حقوق انسانی محکومان به حبس است که در همه جای جهان با درجات مختلفی تجربه و نمایان شده‌اند و بیش از پیش بر ضرورت بازنگری در سیاست‌های توسل به حبس و تعدیل آنها تأکید دارند.

به‌طور کلی قضات در هنگام روبه‌رو شدن با متهم، تحت تأثیر آموزش‌های پیشین، فرهنگ، خلاقیت و اخلاقیّات خود و با استفاده و استناد به نص قانون به مقابله با جرم و مجرم می‌پردازند. این موضوع به‌همراه مسائلی چون محدود شدن چارچوب اجرای مجازات‌ها به فضای عدالت کیفری رسمی و نیز عدم برقراری تعامل سازنده میان دستگاه‌های رسمی و اجرایی با دیگر بخش‌های اجتماع در این حوزه آشکارا به افزایش جمعیت زندان‌ها دامن زده‌است. این درحالی است که در پرتو تحولات نظام عدالت کیفری ابزارهای مختلفی برای جلب همراهی مکانیسم‌های اداری و اجرایی با بدنه نظام قضایی جوامع وجود دارد؛ موضوعی که در بسیاری از ممالک تاکنون به‌شدت مغفول مانده است. بنابراین، قضات می‌توانند از تدابیر جایگزین مجازات سالب آزادی و اقدامات غیرکیفری استفاده و از مجازات حبس افراطی صرف‌نظر کرده یا اینکه در مرحله اجرای مجازات نیز مقامات اعمال‌کننده مجازات سالب آزادی می‌توانند از طریق فراهم کردن زمینه عفو و آزادی مشروط یا اِعمال روش نیمه‌آزادی یا کیفر پایان هفته‌ای در امر کیفرزدایی، حبس‌زدایی و تبعاً کاهش جمعیت زندان‌ها گام بردارند و به کاهش جمعیت زندان‌ها کمک کنند. انجام چنین اقداماتی به همراهی ساختارهای مختلف اجرایی و اجتماعی و تعامل دوسویه آنها نیاز دارد. اما آنچه امروز مشخّص شده این است که قضات به‌صورت بسیار محدود به

سیاست حبس‌زدایی و مجازات‌های جایگزین حبس و دیگر پاسخ‌های اصلاحی و درمانی توجه نشان می‌دهند. شاید بتوان گفت عمده مشکلات تقنین در ایران به‌مانند بسیاری از کشورهای دیگر درخصوص افزوده شدن بر حجم جمعیت کیفری تا حدود زیادی متأثّر از روش و عملکرد دستگاه قضایی است. برای رهایی از مشکلاتی چون افزایش جمعیت زندان‌ها و بهبود وضعیت اجرای مجازات‌ها در جامعه قبل از هر چیز باید اعتقاد داشت که هیچ دلیلی وجود ندارد که هر مجرمی در بدو امر با مجازات مواجه شود و هیچ الزامی هم وجود ندارد که تصور کنیم صرفاً به‌واسطه اجرای کیفری چون حبس است که ممکن است مجرمان اصلاح شده و راه هنجارگرایی در پیش گیرند. توجه به رهیافت‌های نظریه برچسب‌زنی نیز به‌عنوان یکی از کارکردهای عینی تلاش برای معتدل‌سازی نظام حقوق کیفری در سطوح نظیر متناسب‌سازی مجازات حبس با شرایط و موقعیت محکومان و استانداردهای علمی و حقوقی می‌تواند کمک بسیار زیادی به جامعه در حل معضل افزایش جمعیت کیفری بنماید.

منابع

کتاب

۱. حسین‌زاده، علی، ***کلیات پیشگیری از جرم***، تهران: گرایش، چاپ اول، ۱۳۹۰.

۲. کاوه، محمد، ***آسیب‌شناسی بیماری‌های اجتماعی***، جلد ۱، تهران: جامعه‌شناسان، چاپ اول، ۱۳۹۱.

۳. کونانی، سلمان، ***جرم‌زدایی و کاهش عناوین مجرمانه***، تهران: روزنامه رسمی، چاپ اول، ۱۴۰۰.

مقاله

٤. آشوری، محمد و جمال انصاری، «عوامل افزایش جمعیت کیفری ناشی از بازداشت‌های پیش از محاکمه»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۲، شماره ۱۰۲، ۱۳۹۷، صص ۱۱-۳۳. Doi: 10.22106/jlj.2018.32731

٥. زارع‌زاده، سعید، «تحلیلی بر آمار ورودی زندانیان با رویکرد کاهش جمعیت کیفری»، *ماهنامه اصلاح و تربیت*، شماره ۵۱، ۱۳۸۵، صص ۴۷-۴۸.

٦. شمس‌ناتری، محمدابراهیم و جواد ریاحی، «ارزیابی مجازات‌های اجتماعی مندرج در لایحه قانون مجازات اسلامی در پرتو الگوی جایگزینی»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، دوره ۹، شماره ۳۳، ۱۳۹۱، صص ۱۹۱-۲۱۶.

۷. کاشفی، حسن و محسن خالصی، «کیفرهای جایگزین زندان در حقوق فرانسه»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۶۵ شماره ۳۶، ۱۳۸۰، صص ۱۵۳-۱۷۵.

۸. کردی، مظاهر، «آثار حبس بر روی زندانی و خانواده وی»، *مجله اصلاح و تربیت*، شماره ۷۰، ۱۳۸۶.

۹. کونانی، سلمان، محمدعلی مهدوی ثابت، علی صفاری و محمدعلی اردبیلی، «تحلیلی جامعه‌مدار از سیاست اصلاح و درمان محکومان زن و مرد و روش‌های آن»، *فصلنامه زن و جامعه*، دوره ۱۱، شماره ۴۲، ۱۳۹۹، صص ۲۲۷-۲۵۵.

پایان‌نامه

۱۰. بهمنی، زهرا، «تحلیل شرایط و ویژگی‌های اجرای مفاد اسناد رسمی در آیین‌نامه جدید با مقررات سابق»، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد، *دانشگاه تهران*، ۱۳۹۵.

۱۱. سرداری، حامد، «سازوکار لازم برای اجرای تعلیق مراقبتی در ایران»، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد، *دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری*، ۱۳۹۷.

۱۲. گرگری، یاسر، «چالش‌های آمارگرایی در نظام عدالت کیفری ایران»، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد، *دانشگاه تهران*، ۱۴۰۰.

۱۳. مرتضوی، سید ابراهیم، «بررسی حقوقی و جرم‌شناختی تعلیق تعقیب»، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد، *دانشگاه بین‌المللی امام‌خمینی (ره)*، ۱۳۹۰.

۱۴. مظفری، احمد، «جایگزین‌های حبس در نظام قضایی ایران؛ بازپژوهی اهداف، روش‌ها و چالش‌ها»، رساله دکتری، *دانشگاه آزاد اسلامی واحد دامغان*، ۱۴۰۲.

References

Books

1. Anry, D. E. *Crime, Punishment and Society*, Oxford University Press, 2014.
2. Ashworth, Andrew and Julian V. Roberts. *Sentencing and Criminal Justice,* Cambridge: Cambridge University Press, Sixth Edition, 2015.
3. Blomer, Z. *Criminal Law in 20th Century*, Rotherdam Press, 2014.
4. Davidson, M. *Crime and New Punishment*, London: University of London, 2018.
5. Filberg, V. *New Zones in Criminal Law*, New York: Routledge, Fifth Edition, 2011.
6. Hollin, C. R. and E. J. Palmer. *Offending Behavior Programmes: Development, Application and Controversies*, John Wiley and Sons, 2006.
7. Hossein-Zadeh, Ali, *Generalities of Crime Prevention*, Tehran: Tendency, First Edition, 2011. (in Persian)
8. Jeremin, D. H. *New England Criminal Law*, London: Sage, 2021.
9. Jones, S. *English Legal System*, London: Polity Press, Eighth Edition, 2019.
10. Kaveh, Mohammad, *Pathology of Social Diseases,* Tehran: Sociologists, First Edition, 2012. (in Persian)
11. Kelly, S. *Criminal Law and International Rules*, London: Macmillan, 2016.
12. Konani, Salman, *Decriminalization and Reduction of Criminal Titles*, Tehran: Official Newspaper, First Edition, 2021. (in Persian)
13. Moris, G. *Prison and Other Punishment: An Introduction*, New York: MacMillan Publishing, Third Edition, 2016.
14. Philipe, G. Z. *England Criminal Procedure: An Introduction*, London: Polity Press, 11th Edition, 2019.
15. Radzinowich, F. *Security-oriented Criminal Law*, London: Routledge, Second Edition, 2022.
16. Reymond, B. *The Crime Problem*, New York: Alber Publication, Fourth Edition, 1998.
17. Rick, D. P. *Public Values in Criminal Law*, New York University Press, First Edition, 2016.
18. Robert, A. *The Basis of Criminal Law in United State*, Washington University Press, Third Edition, 2018.
19. Rozenberg, H. *Crime and Social Punishment in American legal system*, New York: Hamilton Press, 2020.
20. Salizar, A. *Prison and Criminal Justice*, London: Sage Publication, Second Edition, 2017.
21. Waraith, G. *Prison Population in Modern Society*, London: Polity Press, First Edition, 2018.
22. Williams, H. *The Policy of Judgment in Modern Society*, Manchester: Free Press, Sixth Edition, 2008.

Articles

23. Ashouri, Mohammad and Jamal Ansari, "Factors Behind The Increase In The Criminal Population Due To Pre-Trial Detentions", *Justice Legal Journal*, Volume 82, Issue 102, 2018. (in Persian) Doi: 10.22106/jlj.2018.32731
24. Dina, R. R and R. C. Todd. "Incarceration, Social Capital and Crime: Examining the Unintended Consequences of Incarceration", *Criminology*, Volime 36, 1998.

25. Kashefi, Hassan and Mohsen Khalesi, “Alternative Punishments To Imprisonment In French Law”, *Justice Legal Journal*, Volume 65, Issue 36, 2001, PP 11530175. (in Persian)
26. Konani, Salman, Mohammad Ali Mahdavi Sabet, Ali Safari and Mohammad Ali Ardebili, “A Community-Based Analysis Of The Policy Of Reform And Treatment Of Male And Female Convicts And Its Methods”, *Quarterly Journal of Women and Society*, Volume 11, Issue 42, 2019, PP 227-255. (in Persian)
27. Kordi, Mazaher, “Article On The Effects Of Imprisonment On The Prisoner And His Family”, *Correction and Training Magazine*, Issue 70, 2007. (In Persian)
28. Sapsford, R. J. “Life- Sentence Prisoners: Psychological Changes during sentence”, *British Journal of Criminology*, Volume 18, 1978.
29. Shams Natri, Mohammad Ibrahim and Javad Riahi, “Evaluation Of Social Punishments Included In The Islamic Penal Code Bill In Light Of The Replacement Model”, *Islamic Law Quarterly*, Volume 9, Issue 33, 2012, PP 191-216. (in Persian)
30. Zare’zadeh, Sa’eed, “An Analysis of The Incoming Statistics of Prisoners With The Approach of Reducing The Criminal Population”, *Reform and Education Monthly*, Issue 51, 2015, PP 47-48. (in Persian)

Theses

31. Bahmani, Zahra, “Analysis of The Conditions And Characteristics of The Implementation of The Provisions of Official Documents In The New Regulations With The Previous Regulations”, Master Thesis, *University of Tehran*, 2016. (In Persian)
32. Gargari, Yaser, “The Challenges of Statism in the Iranian Criminal Justice System”, Master Thesis, *University of Tehran*, 2021. (in Persian)
33. Mortazavi, Sayyed Ebrahim, “Legal And Criminological Study Of Suspension Of Prosecution”, Masters Thesis, Imam Khomeini International University, 2011, (in Persian)
34. Mozaffari, Ahmed, “Alternatives to Imprisonment In Iran's Judicial System; Re-Examination of Objectives, Methods and Challenges”, PhD Thesis, *Islamic Azad University*, *Damghan Branch*, 2023. (in Persian)
35. Sardari, Hamed, “Necessary Mechanism for Implementing Supervised Suspension in Iran”, Master Thesis, *University of Judicial Sciences and Administrative Services*, 2018. (in Persian)

Legal Research, Vol 29, Issue 113, 2026: 267-284 Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Journal of Legal Research
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

Orginal Article

The Right to Regulate: The Interface of State Sovereignty and Foreign Investor Rights in Investment Arbitration

Farshad Geravand[1]

Highlights

- This study analyzes the tension between state sovereignty and foreign investor rights in international investment arbitration.
- Arbitral practice shows a shift toward recognizing the legitimacy of regulatory measures through standards such as public purpose, proportionality, and non-discrimination.
- The study argues that modern investment treaties and evolving jurisprudence enable a balanced coexistence between investor protection and states' right to regulate.

ABSTRACT

Introduction

The relationship between state sovereignty and the protection of foreign investors' rights represents one of the most contested issues in international investment arbitration. Regulatory measures adopted by states in areas such as human rights, environmental protection, public health, water governance, and national security are frequently perceived as threats to the stability and predictability of the international investment regime**.** This tension has led to numerous investment claims against states. Sovereignty, as the foundational attribute of states, includes permanent control over natural resources, non-intervention principles, territorial integrity, and domaine réservé. On the other hand, foreign investor rights—rooted in BITs, multilateral agreements, customary international law, and domestic laws—guarantee access to dispute resolution, FET, protection from expropriation, non-discrimination, legitimate expectations, profit repatriation, and compensation for losses. Conflicts arise when state regulations, intended to protect public welfare, inadvertently impair these rights, prompting investor-state disputes. However, evolving jurisprudence and newer treaties recognize the right to regulate as a sovereign tool to balance these interests. The research question explores how treaties and tribunals differentiate legitimate regulation from indirect expropriation using criteria like public purpose, proportionality, and non-discrimination, demonstrating that sovereignty and investor protection can coexist harmoniously.

Methods

This study adopts an analytical and doctrinal approach, examining arbitral awards, international investment treaties, and relevant principles of international law. Through qualitative analysis of tribunal reasoning, the research evaluates how investment tribunals assess state regulatory measures, with particular focus on concepts such as public purpose, proportionality, and non-discrimination. The study also reviews

How to Cite: Geravand, Farshad, "The Right to Regulate: The Interface of State Sovereignty and Foreign Investor Rights in Investment Arbitration", Legal Research, Vol. 29, No. 113, 2026, pp: 267-284.

DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2025.240773.2931 Received: 22/07/2025-Accepted: 20/10/2025

1. PhD, Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: farshad.human@gmail.com

Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

contemporary treaty practice to identify evolving normative frameworks governing the balance between sovereignty and investor rights. Key sources include historical documents like the Charter of Economic Rights and Duties of States, which first articulated regulatory authority over foreign investments; the Energy Charter Treaty, affirming sovereignty over energy resources; and failed drafts like the OECD Multilateral Agreement on Investment, which introduced explicit right-to-regulate clauses. Many treaties with explicit right-to-regulate provisions are surveyed, categorized into four evolutionary phases: formation, duality with North-South divides, expansion, and reform emphasizing balance. Tribunal decisions are dissected using the tripartite test: public purpose, non-discrimination, and proportionality. The methodology ensures comprehensive coverage by integrating theoretical dimensions, historical origins, and practical arbitral applications.

Results and Discussion

The analysis reveals a gradual shift in arbitral jurisprudence away from a rigid conception of regulatory measures as presumptive violations of investor protections. Increasingly, tribunals employ holistic evaluative criteria that recognize the legitimacy of regulatory action when it pursues public interests, applies proportionate means, and avoids discriminatory treatment. This emerging approach challenges the traditional narrative of an unavoidable conflict between state sovereignty and foreign investor rights and indicates greater judicial sensitivity to the regulatory responsibilities of states. Initially, tribunals favored the "sole effects" doctrine, prioritizing investment impacts over regulatory intent, as seen in early cases like *Biloune v. Ghana* or *Metalclad v. Mexico*. However, a paradigm shift toward the police powers doctrine—rooted in customary law—has emerged. In *Feldman v. Mexico*, the tribunal upheld tax and invoicing regulations for tobacco exports as legitimate public purpose actions to curb illicit sales, affirming states' freedom in environmental, fiscal, and trade policies without compensation if non-discriminatory. *ADC v. Hungary* acknowledged regulatory rights but required genuine public interest proof, rejecting unsubstantiated claims. *Methanex v. USA* validated California's MTBE fuel additive ban as a proportionate, non-discriminatory environmental measure, not expropriation. *Philip Morris v. Uruguay* endorsed single-presentation tobacco rules and 80% health warnings as valid health regulations, prioritizing public welfare. Conversely, *Eiser v. Spain* emphasized FET's stability requirement, finding renewable energy subsidy cuts disproportionate despite regulatory intent. *Addiko Bank v. Montenegro* balanced FET with sovereignty, rejecting absolute stability interpretations that undermine regulation. Fourth-generation treaties incorporate right-to-regulate via exceptions (general, security), preambles, explicit texts, or implicit references, covering health, environment, ethics, and sustainability. This fosters tribunal deference, reducing "regulatory chill" and aligning with sustainable development. Analysis of several landmark arbitral awards confirms that arbitrators grounded in the public international law tradition have achieved notable success in precisely delineating the state’s public interest and awarding fair compensation to the foreign investor. By systematically utilizing the capacities of this legal regime, this group has established a concurrent balance between the state’s right to regulate and the rights of the foreign investor. They have remained faithful not only to the treaty text but have also, through the exercise of judicial discretion, made a tangible contribution to the development of international law and the establishment of a new economic order. In comparison, arbitrators adhering predominantly to a private law tradition have often relied on the *sole effects* doctrine, emphasizing only the restrictive consequences of state measures—with little regard for their intent or purpose. Nonetheless, contemporary investment arbitration practice indicates a decline in the exclusive standing of the *sole effects* doctrine and its gradual replacement by doctrines recognizing regulatory authority or the *right to regulate*.

Conclusion

The study concludes that state sovereignty and investor protection are not inherently incompatible within international investment law. Modern treaty frameworks and evolving arbitral interpretations demonstrate that a balanced coexistence is achievable, provided that regulatory measures are assessed within a principled and context-sensitive legal framework. Recognizing the right to regulate as an essential safeguard for public interests can enhance the legitimacy and sustainability of the international investment arbitration system. Findings underscore a transition from investor-centric older treaties to balanced newer ones, explicitly affirming regulatory space for public welfare. Tribunals increasingly eschew sole-effects for police powers, validating measures meeting public purpose, non-discrimination, and proportionality tests as non-compensable. This restores regime credibility, mitigates sovereignty erosion, and supports global goals like environmental protection and human rights.

Keywords: Right to Regulate, International Investment Arbitration, State Sovereignty, Investor Protections, International Investment Law.

فصلنامه تحقیقات حقوقی
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

مقاله علمی-پژوهشی

حق بر تنظیم‌گری: نقطه تلاقی حاکمیت دولت با حقوق سرمایه‌گذار خارجی در داوری سرمایه‌گذاری

فرشاد گراوند[۱]

نکات برجسته

- این پژوهش، تنش میان حاکمیت دولتی و حقوق سرمایه‌گذاران خارجی در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی را بررسی و تحلیل می‌نماید.
- رویه داوری بیانگر تحولی به سوی به‌رسمیت‌شناختن مشروعیت تدابیر تنظیمی از طریق استانداردهایی نظیر هدف عمومی، تناسب، و عدم تبعیض است.
- این پژوهش استدلال می‌کند که معاهدات سرمایه‌گذاری نوین و رویه قضایی در حال تکوین، امکان همزیستی متوازن میان حمایت از سرمایه‌گذار و حق دولت‌ها در تنظیم مقررات را فراهم می‌سازد.

چکیده

تعارض میان حاکمیت دولت و حقوق سرمایه‌گذار خارجی در حوزه‌های حقوق بشر، محیط‌زیست، حقوق آب، بهداشت و امنیت از مباحث چالش‌برانگیز در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی است. حق بر تنظیم‌گری دولت معمولاً در داوری سرمایه‌گذاری به عنوان مؤید قدرت حاکمیتی دریافت شده که می‌تواند ثبات و امنیت رژیم سرمایه‌گذاری را به مخاطره اندازد. از این منظر، عمدتاً خطرات سیاسی و حقوقی ناشی از اقدامات تنظیمی برای پروژه‌های سرمایه‌گذاری جلوه نموده و ماهیت اصلی حق بر تنظیم‌گری که حافظ منفعت و رفاه عمومی جامعه بوده، مغفول مانده است. اقدامات تنظیمی دولت گرچه در جهت حمایت از منافع عمومی است و ریشه در حقوق حاکمیتی دارد، همواره سبب مهمی برای طرح دعاوی سرمایه‌گذاری علیه دولت بوده اند. تحلیل آرای صادره از محاکم داوری سرمایه‌گذاری نشان می‌دهد که مراجع داوری رفته‌رفته با به‌کارگیری معیارهای سه‌گانه از جمله هدف عمومی، تناسب و غیرتبعیض آمیز به ارزیابی جامع و متوازن‌تری از اقدامات تنظیمی دولتها دست‌یافته اند. این پژوهش با ردّ تصور رایج درباره تقابل ذاتی حاکمیت با حقوق سرمایه‌گذار خارجی، نشان می‌دهد که چارچوب‌های حقوقی نوین مندرج در نسل جدید معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی به همراه فهم متناسب داوران از اصول حقوق‌بین‌الملل می‌توانند همزیستی میان حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی و وظایف تنظیم‌گری دولت را فراهم سازد.

کلید واژگان: حق بر تنظیم‌گری، داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی، حاکمیت دولت، حمایت از سرمایه خارجی، حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی.

استناد به این مقاله: گراوند، فرشاد، «حق بر تنظیم‌گری: نقطه تلاقی حاکمیت دولت با حقوق سرمایه‌گذار خارجی در داوری سرمایه‌گذاری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۳، فروردین ۱۴۰۵، صص: ۲۶۷-۲۸۴.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۴/۳۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۷/۲۸ DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2025.240773.2931

۱. دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: farshad.human@gmail.com

Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

مقدمه

گسترش جهانی شدن و نقش بااهمیت سرمایه‌گذاری خارجی در توسعه اقتصادی موجب برجسته شدن تعارض حاکمیت دولت با حقوق سرمایه‌گذارخارجی در عرصه داوری‌سرمایه‌گذاری بین‌المللی شده است. حاکمیت دولت به‌معنای حق و قدرت یک دولت برای مدیریت و کنترل بر امور مربوط به حقوق‌بشر، محیط‌زیست، حقوق‌آب، بهداشت‌عمومی، امنیت و منابع‌طبیعی است. این حقوق شامل سیاست‌گذاری، تنظیم و استفاده از منابع‌عمومی به منظور تأمین نیازهای داخلی مردم می‌باشد. از سوی دیگر، بحث حمایت از سرمایه‌گذاری‌خارجی که عمدتاً برای توسعه‌اقتصادی صورت می‌گیرد از جهت تضمین و حفاظت از منافع سرمایه‌گذار خارجی در کشور میزبان یک الزام قانونی است. این حقوق معمولاً در بستر قراردادهای سرمایه‌گذاری، حقوق‌بین الملل عرفی، توافق‌نامه‌های دوجانبه و قوانین داخلی کشورها تعریف می‌شوند و شامل حق‌دسترسی به مراجع حل اختلاف، حق دریافت رفتار عادلانه و منصفانه، حمایت در برابر سلب‌مالکیت، حق انتقال سود، منع تبعیض، انتظارات مشروع و حق جبران خسارت است. تداخل و گاه تعارض بین این دو حوزه می‌تواند منجر به چالش‌های حقوقی و سیاسی شود. دولت‌ها ممکن است برای حفاظت از منافع‌عمومی مردم و تأمین نیازهای داخلی خود، اقداماتی را اتخاذ کنند که الزاماً با حقوق سرمایه‌گذارخارجی همخوانی نداشته، بلکه ناقض هم باشد. در این موارد، سرمایه‌گذارخارجی می‌تواند علیه دولت‌میزبان اقامه دعوی نماید. بنابراین، ایجاد توازن میان حاکمیت دولت و حقوق سرمایه‌گذارخارجی در بخش منافع‌عمومی نیازمند توجه به حقوق‌بشر، توسعه‌پایدار و مدیریت مطلوب منابع طبیعی و همچنین آگاهی سرمایه‌گذار خارجی از موارد مذکور است. این توازن می‌تواند ابتدا از طریق تنظیم موافقت‌نامه‌های متوازن میان دولت و سرمایه‌گذار خارجی و همچنین از طریق توسعه چارچوب‌های قانونی شفاف، متوازن و عادلانه حاصل شود. سپس، مراجع داوری باید با به‌کارگیری معیارهای سه‌گانه از جمله معیار هدف عمومی، معیار تناسب و معیار غیرتبعیض‌آمیز بودن، موازنه نهایی بین منافع دولت میزبان و سرمایه‌گذار را فراهم نمایند. درصورتی‌که، در رژیم سرمایه‌گذاری بین‌المللی– البته درحال تغییر و اصلاح است - کشورهای میزبان تنها ملزم به رعایت حقوق سرمایه‌گذاران بوده و حق طرح دعوی ندارند؛ امری که مشروعیت رژیم مزبور را خدشه‌دار کرده است. درحالی‌که، طبق حقوق‌سرمایه‌گذاری بین‌المللی، دولت حق حاکمیتی خود مبنی‌بر سلب مالکیت از سرمایه‌گذاری خارجی در قلمرو خود را البته با رعایت شرایطی به منظور تامین منافع عمومی داراست. بااین‌همه، اعمال این حق، دولت را مکلف به پاسخ‌گویی و جبران خسارت می‌نماید. رژیم معاهدات سرمایه‌گذاری به‌ویژه نسل قدیم موافقت‌نامه، به سرمایه‌گذار اجازه می‌دهد تا برای مطالبه غرامت ناشی از سلب مالکیت یا زیان ناشی از عدم‌النفع، مستقیماً علیه دولت میزبان اقامه دعوا نمایند. خبر خوب این است که نسل جدید موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری حفاظت از منافع مردم را در قالب حق بر تنظیم‌گری دولت به‌عنوان مبنایی جهت اتخاذ تدابیری که ممکن است حقوق‌سرمایه‌گذار را محدود نماید، به رسمیت شناخته است. این مقررات، ضمن توسعه دامنه حق بر تنظیم‌گری دولت در سامان‌دهی منافع عمومی، بر مسئولیت دولت در تضمین حقوق مردم توسط سرمایه‌گذار خارجی نیز صحّه گذاشته‌اند. با این وصف، سؤال پژوهش حاضر این است که چگونه مقررات مربوط به حفاظت از حقوق مردم در معاهدات سرمایه‌گذاری بتوانند سلب مالکیت غیرمستقیم را از حق بر تنظیم‌گری مشروع، تفکیک نماید و محاکم داوری در رویه خود تا چه میزان و چگونه این مهم را عملیاتی نموده‌اند. تحلیل این پژوهش در سه بخش انجام می‌شود: بخش اول، به بررسی مفهوم حاکمیت به عنوان منشأ حق بر تنظیم‌گری اختصاص دارد؛ بخش دوم، تلاش دارد تا طی سه قسمت، حق بر تنظیم‌گری را مطالعه نماید؛ درپایان، بخش سوم این مقاله ضمن بررسی عملی چند پرونده شاخص در حوزه داوری سرمایه‌گذاری، نحوه ارزیابی محاکم یادشده از هدف یا منافع‌عمومی و

همچنین تفسیر استانداردهای حقوقی نظیر رفتار عادلانه و منصفانه و درنهایت امکان سازگاری بین حق دولت بر تنظیم‌گری با انتظارات مشروع سرمایه‌گذار خارجی را مورد تحلیل قرار می‌دهد.

۱. حاکمیت و ریشه‌های حق برتنظیم‌گری

دولت‌ها مالک و حاکم بلامنازع سرزمین خود هستند.[۱] حاکمیت کلیدی‌ترین و حتی ارزشمندترین مشخصه دولت است؛ به‌طوری‌که زیربنای استقلال سیاسی و یکپارچگی سرزمینی دولت‌ها را تشکیل می‌دهد. ازاین‌رو، دولت‌ها در داخل سرزمین خود از حاشیه صلاحدید گسترده‌ای جهت تنظیم امور داخلی برخوردار و از اقتدار لازم برای استفاده از سرزمین خود بدون دخالت خارجی نیز بهره‌مندند. بعد از تشکیل سازمان ملل و استقلال بسیاری از دولت‌های تحت استعمار، مفهوم حاکمیت اقتصادی نیز بروز کرد و همین امر دست دولت‌ها را بازگذاشت تا فعالیت‌های اقتصادی گسترده‌ای را که گاه منجربه نقض حقوق بشر و یا ارزش‌های انسانی می‌شد انجام دهند.[۲] به‌علاوه، دولت‌ها عموماً از صلاحیت کامل در داخل سرزمین خود برای تصویب قوانین جدید و تضمین اجرای آنها برخوردارند. تمام اختیارات یادشده درواقع ترجمان مفهوم حاکمیت است که البته در چارچوب حقوق بین‌الملل تعریف می‌شوند و هرگز ورای حقوق بین‌الملل نخواهند بود[۳]. با این همه، حاکمیت یک مفهوم مقید است.[۴] حاکمیت طیف وسیعی از مفاهیم و هنجارها را دربرمی‌گیرد که از یک سو شامل مفاهیمی ازجمله حاکمیت دائمی بر منابع طبیعی، عدم‌مداخله، تمامیت سرزمینی و قلمرو محفوظ[۵] و سوی دیگرش مفاهیمی خاص ازجمله مصونیت، حق تنظیم‌گری و حاشیه صلاحدید دولت است. مفاهیم یادشده اغلب در منشور حقوق و تکالیف اقتصادی دولت‌ها به‌وضوح انعکاس یافته است.[۶] ماده ۱ این منشور مقرر می‌دارد: «هر دولتی از حق حاکمیتی مسلم برای انتخاب نظام اقتصادی و همچنین سیاسی، اجتماعی و فرهنگی مطابق با اراده مردم و بدون اجبار، تهدید و دخالت خارجی برخوردار است».[۷] اصل حاکمیت دائمی دولت بر منابع طبیعی موضوع بسیاری از موافقت‌نامه‌های بین‌المللی از جمله اصل ۲۱ کنوانسیون استکهلم و همچنین اصل ۲ اعلامیه ریو را تشکیل می‌دهد. مطابق این اصل: «دولت‌ها، طبق منشور ملل‌متحد و اصول حقوق بین‌الملل، دارای حق حاکمیت برای بهره‌برداری از منابع خود مطابق سیاست‌های زیست‌محیطی و توسعه می‌باشند». ماده ۱۸(۱) معاهده منشور انرژی نیز به حاکمیت دولت بر منابع انرژی اشاره دارد و این ماده اختیار کامل یا جزئی دولت برای تنظیم، بهره‌برداری و مدیریت منابع انرژی را براساس مصالح ملی تصریح نموده است.[۸] به نوعی، حاکمیت، دولت‌ها را مکلف می‌سازد تا منابع طبیعی داخل سرزمین خود را به‌نحو کارآمدی مدیریت نمایند. جملگی مفاهیم یاد شده از ماهیت عرفی در حقوق‌بین‌الملل برخوردار بوده ولی این نکته معمولا از طرف آنانی‌که رژیم سرمایه‌گذاری خارجی را

1. Herdegen, M. *Principles of International Economic Law*, Oxford University Press, First Edition, 2013, p 35.
2. Subedi, S. *Reassessing and Redefining the Principle of Economic Sovereignty of States*, In: French, Duncan (ed.), Global Justice and Sustainable Development, Brill, 2011, p 408.
3. Klager, R. '*Fair and Equitable Treatment' in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2011., p 156.
4. Lowe, V. *Sovereignty and International Economic Law*, in: Shan, W. et al. (eds.), Redefining, p 80.
5. Domaine réservé
6. United Nations General Assembly, Permanent Sovereignty over Natural Resources, Resolution 1803 (XVII).
7. Charter of Economic Rights and Duties of States, UNGA Resolution 3281 (XXIX), 1974, Article 1.
8. Tyagi, Y. "Permanent Sovereignty over Natural Resources", *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Volume 4, Issue 3, 2015, pp 588-590.

معاهده‌محور و خاص می‌دانند نادیده گرفته شده و درواقع اصل حاکمیت از سوی آنها به‌درستی دریافت نشده است.[1] حال آنکه دولت‌ها در پرتو حاکمیت است که می‌توانند سرمایه‌گذاری خارجی را قبول یا رد نمایند و حتی تصمیم بگیرند که تا چه حدودی از سرمایه‌گذاری خارجی حمایت کنند. بنابراین، معمولاً دولت‌ها در برخی بخش‌های حساس امنیتی، بهداشت‌عمومی، حقوق‌بشر، مخابرات و تسلیحاتی سرمایه‌گذاری خارجی را بسیار محدود می‌کنند. تنها محدودیتی که بر اختیارت دولت در موارد یادشده به چشم می‌خورد مختص به حوزه‌های حمایت از حقوق سرمایه‌گذاری خارجی است.[2] درهمین‌راستا، منازعات حقوقی رخ می‌دهند. یک مثال کلیدی، پرونده *آنران علیه آرژانتین* است؛[3] جایی که آرژانتین در طول یک بحران اقتصادی اقدامات اضطراری انجام داد و بخش انرژی را بازسازی نمود که تأثیراتی محدودکننده بر حقوق سرمایه‌گذار خارجی داشت. آنران ادعا کرد که آرژانتین با نقض اصل رفتارمنصفانه مندرج در توافقنامه سرمایه‌گذاری دوجانبه، حقوق آن شرکت را پایمال کرده است. درمقابل، آرژانتین از اقدامات خود به عنوان اقدامات حاکمیتی برای حفظ ثبات اقتصادی دفاع کرد. پرونده قابل‌توجه دیگر دعوای *فیلیپ موریس علیه استرالیا*[4] است. مقررات سخت‌گیرانه مربوط به بسته‌بندی تنباکو در استرالیا، که برای سلامت‌عمومی وضع شده بود، بر سرمایه‌گذاری فیلیپ‌موریس تأثیر گذاشت. این شرکت خواستار جبران خسارت شد و تضاد بین سیاست‌های زیست‌محیطی و سلامت‌عمومی ازسویی و منافع سرمایه‌گذار خارجی از سوی دیگر نمایان شد. براساس حقوق بین‌الملل‌عرفی، دولت‌ها از حق مسلم برای تنظیم فعالیت‌های تجاری و اقتصادی در قلمرو خود برخوردارند. این حقوق که در رویه داوری‌سرمایه‌گذاری تأیید شده‌اند[5] باید باعنایت به بافت معاهدات سرمایه‌گذاری و با لحاظ اصول حقوق بین‌الملل از سوی داوران ارزیابی شوند. حق بر تنظیم‌گری درواقع برخواسته از اصل حاکمیت دولت و اصل حاکمیت سرزمینی[6] است. حاکمیت به دولت حق می‌دهد تا اهداف و اولویت‌هایش را مطابق نیازهای سرزمینی تعریف نماید. تحولات حقوق بین‌الملل بشر و حقوق محیط‌زیست سبب شده تا دولت‌ها برای اعمال تنظیم‌گری تمایل بیشتری به انطباق قوانین داخلی خود با تعهدات بین‌المللی نشان دهند. براین‌اساس، حق بر تنظیم‌گری دولت در حوزه منافع‌عمومی در سرزمین خود، مانند مصادره اموال و حق مالکیت مطلق دولت که جلوه‌های از حاکمیت است نه‌تنها در حقوق بین‌الملل منع نشده که قدری هم روبه‌گسترش نهاده است. بااین‌همه، اقدامات تنظیمی هنگامی که با نقض حقوق‌مالکیت افراد و یا خارج از چارچوب منافع‌عمومی باشند، از حوزه حق تنظیم‌گری مشروع خارج شده و می‌تواند درحکم مصادره غیرمستقیم یا سلب مالکیت باشد.[7] در فصل بعد، درابتدا، تبیین ریشه‌های‌تاریخی حق‌بر تنظیم‌گری، و در مرحله دوم، ترسیم ابعاد و مختصات‌کنونی این حق، و درپایان، جایگاه این حق در معاهدات بین‌المللی سرمایه‌گذاری بررسی می‌شوند.

---

1. Viñuales, J. E. *Sovereignty in Foreign Investment Law, in The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, Oxford University Press, 2014, pp. 319-320.
2. Mitchell, Kate. "Accommodating the Public Interest in International Investment Treaties: Police Powers, Expropriation and Treaty Interpretation", *Master Thesis*, Oxford University, 2014, p 1.
3. Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3.
4. Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12.
5. LG&E Energy Corp v Argentine Republic, 2006, ICSID Case No ARB/02/1, p.195; Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v United Mexican States, 2004, 43 ILM 133, p 115.
6. Uta, Kohl. "Eggs, Jurisdiction and the Internet", *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 555, Issue 51, 2002, p 571.
7. El Paso Energy International Company v Argentine Republic, ICSID Case No. Arb/03/15, Award, 31 October 2011.Paras: 240-241.

۲. حق بر تنظیم‌گری در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی

مفهوم حق بر تنظیم‌گری یکی از بحث‌های جنجالی در موضوع نقض تعهدات مندرج در معاهدات سرمایه‌گذاری بوده که اخیراً بیشتر مورد توجه بسیاری از حقوقدانان قرار گرفته است.[۱] معنای مفهوم یادشده هم در ادبیات حقوقی و هم در تصمیمات صادره از سوی محاکم داوری و قضایی هنوز مبهم و نامشخص است.[۲] با این همه، حق تنظیم‌گری در آرای متعددی نزد دیوان‌های داوری مورد شناسایی قرار گرفته و در زمان تحلیل نقض برخی اصول حقوق سرمایه‌گذاری از جمله رفتار منصفانه و عادلانه و سلب مالکیت غیرمستقیم به کارگرفته شده است. بررسی این مفهوم در سه بخش انجام می‌شود؛ بخش اول مربوط به خواستگاه تاریخی این حق است.

۲.۱. جایگاه تاریخی حق بر تنظیم‌گری در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی

درج حق بر تنظیم‌گری در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی تقریباً به زمان تصویب منشور حقوق و تکالیف دولت‌ها در سال ۱۹۷۴ برمی‌گردد. طبق ماده ۲ (۲)(الف) این منشور: «به‌منظور تنظیم و اعمال اقتدار بر سرمایه‌گذاری خارجی در قلمرو صلاحیت ملی مطابق با قوانین‌ومقررات و در راستای اهداف و اولویت‌های ملی....».[۳] این ماده به نوعی تمرکز منشور مذکور را بر توسعه طبیعی مفهوم حاکمیت دائمی دولت‌ها بر منابع طبیعی قرار داده است؛ بدین‌معنا که دولت نمی‌تواند مالکیت نهایی خود را بر منابع طبیعی واگذار کند. گرچه این مقرره در منشور هنوز هم حقوق نرم محسوب می‌شود، دراساس موجه و قابل‌قبول است. البته حق تنظیم‌گری به‌نحوی‌که امروز دریافت می‌شود، برای اولین بار صراحتاً در متن «موافقت‌نامه چندجانبه سرمایه‌گذاری» که پیش‌نویس آن توسط سازمان توسعه و همکاری اقتصادی بین سال‌های ۱۹۹۵ و ۱۹۹۸ تصویب شده درج گردید؛ گرچه هیچ‌گاه بخت آن را نداشت که به تصویب نهایی برسد. طبق ماده ۳ ضمیمه شماره سوم موافقت‌نامه یادشده: «طرف متعاهد می‌تواند هرگونه اقدام مقتضی را اتخاذ، حفظ یا اجرا کند تا اطمینان حاصل شود که فعالیت سرمایه‌گذاری مطابق با ملاحظات بهداشتی، ایمنی یا زیست‌محیطی انجام می‌شود، مشروط براینکه چنین اقداماتی با این موافقت‌نامه سازگار باشند».[۴] بدین‌ترتیب، یادداشت تفسیری مربوط به ماده ۵ (مصادره و جبران خسارت) حتی بدون ذکر صریح حق بر تنظیم‌گری متضمن حمایت از این مفهوم است.[۵] از دیگر سازمان‌های که در تصویب حق بر تنظیم‌گری نقش داشته آنکتاد است که اجلاس تخصصی این سازمان با شرکت حقوقدانان طراز اولی ازجمله آقای مان[۶]، آقای سورناراجه[۷] و آقای تراختمان[۸] درباره درج این مفهوم در موافقت‌نامه‌های

---

[1]. Baltag, C. Joshi, R. and K, Duggal. “Recent Trends in Investment Arbitration on the Right to Regulate, Environment, Health and Corporate Social Responsibility: Too Much or Too Little?” ICSID Review, Volume 38, Issue 2, 2023, p 30.

[2]. Ted Gleason and Catharine Titi. “The Right to Regulate”, Academic Forum on ISDS Concept Paper, 2022, Available at: https://ssrn.com/abstract=4058447, pp 17-18.

[3]. United Nations General Assembly Resolution 3281 (XXIX): Charter of Economic Rights and Duties of States, 12 December 1974.

[4]. “A Contracting Party may adopt, maintain or enforce any measure that it considers appropriate to ensure that investment activity is undertaken in a manner sensitive to health, safety or environmental concerns, provided such measures are consistent with this agreement”.

[5]. OECD, “Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law”, *OECD Working Papers on International Investmen*t, OECD Publishing, 2004, p 9.

[6]. H. Mann

[7]. M. Sornarajah

[8]. J. Trachtman

سرمایه‌گذاری برگزار گردید.[1] سازمان بعدی مؤسسه بین‌المللی توسعه پایدار است که در موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری بین‌المللی نمونه در سال ۲۰۰۴ حق بر تنظیم‌گری را به‌عنوان بخشی از حقوق ذاتی دولت‌ها برشمرد. طبق ماده ۲۵ (ب) این موافقت‌نامه: «مطابق با حقوق‌بین‌الملل عرفی و سایر اصول کلی حقوق بین‌الملل، دولت‌های میزبان حق دارند که اقدامات نظارتی یا سایر تدابیر را برای اطمینان از اینکه توسعه در قلمرو آنها با اهداف و اصول توسعه پایدار و سایر سیاست‌های اجتماعی و اقتصادی سازگار است، اتخاذ نمایند». به نظر می‌رسد اولین موافقت‌نامه‌ای که صراحتاً حق تنظیم مقررات را به رسمیت شناخته است، موافقت‌نامه مشارکت اقتصادی جامع نیوزیلند-سنگاپور در سال ۲۰۰۰ باشد که در «مقدمه» خود چنین تصدیق می‌کند: «با شناسایی حق بر تنظیم‌گری، و وضع مقررات جدید در مورد عرضه خدمات و سرمایه‌گذاری به منظور همسویی با اهداف خط‌مشی ملی».[2] در همان زمان، موافقت‌نامه تجارت آزاد مکزیک (۲۰۰۰) نیز اولین موافقت‌نامه‌ای شد که مقررات مربوط به حق تنظیم‌گری را در «متن اصلی» خود گنجاند.[3] در حال‌حاضر، بالغ بر ۱۴۰ موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری بین‌المللی حق تنظیم‌گری را صراحتاً به رسمیت شناخته‌اند. جامع ترین تصریح در مورد این حق در حقوق‌بین‌الملل، در سال ۲۰۱۶ در «پیمان جامع اقتصادی و تجاری بین اتحادیه اروپا و کانادا» صورت گرفته است.[4] بااین‌حال، گرچه این حق در گفتمان حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی اهمیت فزاینده‌ای یافته، ماهیت و مبانی نظری آن همچنان ناقص و مبهم بوده و بدین خاطر تبیین نظری بیشتری می‌طلبد.

۲.۲. ابعاد نظری و مختصات حق بر تنظیم‌گری

با اینکه حق بر تنظیم‌گری در ادبیات حقوق سرمایه‌گذاری و در رویه داوری سرمایه‌گذاری حضور فزاینده‌ای دارد، تاکنون فهم مشترکی از معنای آن حاصل نشده است. این حق درواقع یکی از اصول حقوق‌بین‌الملل عرفی بوده و حق قانونی و ذاتی حاکمیت دولت محسوب می‌شود. حق تنظیم‌گری ناشی از اقتدار دولت در حکمرانی و قانون‌گذاری بوده و نماد اقتدار حاکمیتی است. حق مذکور ابزاری است که از طریق آن محاکم داوری سرمایه‌گذاری تلاش می‌کنند تا از حق حاکمیتی دولت به‌عنوان نگهبان منافع عمومی در تنظیم فعالیت‌های اقتصادی در داخل سرزمین خود محافظت نمایند.[5] بنابراین، به تعبیری باید از حق بر تنظیم‌گری برای دولت به «تکلیف بر تنظیم‌گری» یاد کرد. دولت‌ها برمبنای این حق می‌توانند اقداماتی را به‌طور معقول، غیرتبعیض‌آمیز، با رعایت تشریفات قانونی، با حسن‌نیت و درراستای منافع عمومی انجام دهند. ازآنجاکه حق مذکور ریشه در حقوق‌بین‌الملل عرفی دارد، حمایت از آن الزاماً نیازمند ذکر در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری نیست. شاهد مدعای این استدلال رویه داوری سرمایه‌گذاری است.[6] حال سؤال اینجاست که دامنه مفهوم حق تنظیم‌گری تا چه حد و مرزی می‌تواند باشد. آنچه روشن است، دامنه حق بر تنظیم‌گری مطلق نیست.[7] اگر صرفاً یکی از شروط یادشده از جمله هدف یا منفعت‌عمومی را در پرتو رویه داوری سرمایه‌گذاری در نظر داشته باشیم، به نتایج

1. https://unctad.org/system/files/officialdocument/iteiia20034_en.pdf#page=208/
2. "Recognizing their right to regulate, and to introduce new regulations on the supply of services and on investment in order to meet national policy objectives;"
3. Legal Opinion on Right to Regulate on Investment Treaties, 2023, K. Nadakavukaren et al., p. 5.
4. Baltag, Joshi and Duggal, Op. Cit., p 6.
5. Pellet, A. *Police Powers or the States Right to Regulate, Chemtura v Canada,* in: Kinnear, M (ed.), Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID, Kluwer Law International, 2015, p 447.
6. Baltag, Joshi and Duggal, Op. Cit., p 15.
7. *ADC Affiliate Ltd. v Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 2 October 2006, [423]; *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Company v Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11, Award, p 529.

جالبی می‌رسیم. منافع عمومی در برخی پرونده‌ها معادل با رفاه عمومی[۱]، رفاه کلی[۲] و منفعت کلی[۳] نیز در نظر گرفته شده است. بنابراین، تنوع برداشت‌ها از یکی از معیارهای ناظر بر حق تنظیم‌گری حکایت از آن دارد که تعیین دامنه این مفهوم آسان نیست. در نظام داخلی دولت‌ها از جمله در آمریکا دامنه این حق بسیار گسترده است و در بخش‌های مختلفی ازجمله امور کیفری، بخش تولید و توزیع دارو و مالکیت اسلحه کاربرد دارد.[۴] دامنه حق مذکور تاحدود زیادی تحت تأثیر رویکرد سیاسی قضات دادگاه‌ها و متأثر از نیازها و ترجیحات جامعه در زمان‌های مختلف بوده است. از دو جنبه می‌توان در رژیم کنونی سرمایه‌گذاری بین‌المللی و اجرای مقررات تنظیمی دربرابر مصادره، دامنه این اختیارات را بررسی کرد: نخست، حفاظت از حقوق سرمایه‌گذار با اعمال حق تنظیم‌گری توسط دولت تناسب اندکی دارد؛ دوم، حق تنظیم‌گری به‌طور دائمی اعمال نمی‌شود، بلکه حوزه اعمال آن به برخی از اقدامات دولت محدود می‌گردد. حوزه‌های منافع عمومی طی صد سال گذشته تغییر زیادی نداشته، اما شاید مهم‌ترین چیزی که بدان افزوده شده، حفاظت از محیط زیست، حقوق بشر و بحث آب و فاضلاب است. حق تنظیم‌گری می‌تواند به‌صورت محدود متضمن مقررات تنظیمی منفی یا تعهد به ترک فعل نیز باشد. از این جهت، حقوق مالکیت محدود می‌شود؛ نه بدین دلیل برای نیازهای عمومی مفید بوده و یا چشم‌پوشی از آنها متضمن مزایایی برای منافع عمومی باشد، بلکه بدین علت که به باور مراجع قانون‌گذاری اعمال آزادانه آنها بر منافع عمومی تاثیر مخرب دارد.[۵] عناصر موجود در بطن حق تنظیم‌گری از لحاظ تعدد و پیچیدگی رو به فزونی‌اند. در برخی نوشته‌ها رویکرد گسترده‌تری اتخاذ شده است؛ یعنی گرچه حدومرز مشخصی برای این حق وجود ندارد، مفهوم آن کلاً بر ممنوعیت‌های موجهی استوار است که می‌توانند بدون پرداخت غرامت اعمال گردند.[۶] علاوه‌براین، هرچند از مفهوم حق تنظیم‌گری اغلب برای حفاظت از امنیت، بهداشت، محیط زیست و اخلاق استفاده می‌شود، باید بدین نکته نیز توجه داشت که این حوزه‌ها حصری نیستند و دامنه این حق را محدود نمی‌کنند.[۷] برخی از سنت‌های نظام حقوق نوشته ریشه‌های حق تنظیم‌گری را در توانایی دولت برای روشن‌ساختن حدود حقوق فردی که به‌وسیله نظام‌های هنجاری تضمین می‌شوند، تلقی می‌کنند. امتیازات ویژه دولت‌ها اغلب با صلاحدید نهادهای دولتی مرتبط است و ریشه در نظام هنجاری آنها دارد که برخی تعهدات منفی را بر جامعه تحمیل می‌کند.[۸] بنابراین، دامنه این حق در میان فعالیت‌های تنظیمی دولت تقسیم می‌شوند و در دایره امتیازات ویژه دولت برمبنای قانون قرار می‌گیرند. درنهایت، بااینکه تعریف مشخصی از حق تنظیم‌گری وجود ندارد، این حق بخش مهمی از حقوق بشر، حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق اتحادیه اروپا را تشکیل می‌دهد.[۹] تعیین محدوده صرفاً با درج ماده‌ای تحت همین عنوان در معاهدات سرمایه‌گذاری امکان‌پذیر می‌شود؛ به‌شرطی‌که شروط مندرج در ماده مذکور مختصات آن را مشخص نماید. گرچه تفسیر محاکم داوری باتوجه به

1. John, Herz. "Expropriation of Foreign Property", *American Journal of International Law*, Volume 35, 1941, pp 243, 251–252.
2. SAUR International SA v Argentine Republic, ICSID Case No. Arb/04/4, Decision on Jurisdiction and Liability, 6 June, 2012, p 401.
3. Ibid.
4. United States v Morrison, 529 US 598, 618 (2000), McDonald v Chicago, 561 US 742, 836, 2010.
5. Ibid. pp 546–47.
6. Joseph L. Sax. "Takings and the Police Power", *Yale Law Journal*, Volume 74, Issue 36, 1964, pp 36–37.
7. Ibid.
8. Newcombe, A. and L. Paradell. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment Chapter 1, Historical Development of Investment Treaty Law*, Kluwer Law International, 2009, p 124.
9. Berfu Angin, "The Right to Regulate Vs Investment Protection: Unveiling the Causes of Imbalance and Limits of Current Reform Efforts in International Investment Law", *ICSID Review*, 2025, p 6.

وقایع دعوی و شرایط حاکم بر هر اختلاف، می‌تواند بر تعیین دامنه حق تنظیم‌گری اثرات متفاوتی به‌جای گذارد.

۳. حق برتنظیم‌گری در معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی

موافقت‌نامه‌های بین‌المللی را می‌توان نوعی از نهادهای بین‌المللی تعریف نمود.[۱] کارویژه آنها تنظیم روابط سرمایه‌گذاری بین دولتها بوده و به طور کلی رژیم معاهدات سرمایه‌گذاری تقریباً قوی‌ترین و به زعم بسیاری، عجیب‌ترین رژیم حامی جهانی‌شدن اقتصاد است[۲]. تحولات اخیر نشان از ضرورت بازتعریف توازن میان حقوق سرمایه‌گذار و اختیارات تنظیم‌گری دولت در معاهدات نوین سرمایه‌گذاری دارد. رویکردهای جدید در تدوین معاهدات اخیر گواه این مدعاست[۳]. این رویکردها نشان می‌دهد که با تصریح حق تنظیم‌گری دولت و تعریف دقیق‌تر معیارهای حمایت از سرمایه‌گذار خارجی، سعی بر جلوگیری از تفسیرهای یکجانبه و ناعادلانه از سوی مراجع داوری شده است.[۴] بااین‌حال، چالش اصلی در اجرای مؤثر این توازن جدید و جلوگیری از تفسیرهای جانب‌دارانه به نفع سرمایه‌گذار خارجی کماکان در رویه‌های داوری باقی است. براساس گزارش آنکتاد در بسته اصلاحی ۲۰۱۸ برای نظام بین‌المللی سرمایه‌گذاری، تحولات نظام موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی را می‌توان در چهار دوره تاریخی دسته‌بندی نمود: اول، دوره تکوین (دهه ۱۹۵۰ تا ۱۹۶۴) است که دوران شکل‌گیری نخستین موافقت‌نامه‌های دوجانبه بود؛ دوم، دوره دوگانگی (۱۹۶۵ تا ۱۹۸۹) بوده که شاهد تقابل دیدگاه‌های کشورهای توسعه‌یافته و درحال‌توسعه در تنظیم مقررات سرمایه‌گذاری بودیم، و سوم دوره گسترش (۱۹۹۰ تا ۲۰۰۷) است که با رشد تصاعدی تعداد این موافقت‌نامه‌ها همراه شد، و نهایتاً دوره آخر به دوره بازنگری (۲۰۰۸ تاکنون) مشهور است که در آن دولت‌ها به تعدیل موازنه حقوق و تعهدات در این موافقت‌نامه‌ها پرداختند.[۵] نسل جدید یا نسل چهارم معاهدات سرمایه‌گذاری، برای اصلاح این وضعیت، حق تنظیم‌گری دولت‌ها را به شکلی قوی‌تر و جامع‌تر به رسمیت شناخته و چارچوب حقوقی روشنی ایجاد کرده‌اند. براساس این چارچوب، داوران می‌توانند تعادل مناسبی میان حقوق سرمایه‌گذاران و نیاز دولتها به فضای تنظیم‌گری برقرار کنند.[۶] این تلاش‌ها نشان‌دهنده خواست فزاینده دولت‌ها برای خدمت به شهروندان خود بدون نگرانی از تلافی سرمایه‌گذارانی است که منافع اقتصادی آنها احتمالاً تحت تأثیر مقررات تنظیم‌گری قرار گرفته است.[۷] ازسوی‌دیگر، این تحول به سرمایه‌گذاران خارجی نیز این پیام را می‌رساند که مقررات حامی سرمایه‌گذاری تعهداتی مطلق و تغییرناپذیر نبوده، بلکه مشمول تغییراتی در جهت توازن و بازیافتن مشروعیت علیه بحرانی است که درحال‌حاضر دامنگیر رژیم سرمایه‌گذاری بین‌المللی است[۸].

---

1. Herlofson, Caroline. “Suing the environment? An analysis of Investor-State Dispute Settlements impact on achieving International Environmental Agreements”, Master Thesis, *Norwegian University of Life Sciences*, 2022, p 45.
2. Poulsen, L. *The Investment Treaty Regime*, in: Pevehouse, Jon C. W. and Leonard Seabrooke (eds.), The Oxford Handbook of International Political Economy, 2021, p 16.
3. Ivana Damjanovic, “The Reform of International Investment Law: Whose Rule of Law?”, *European Journal of Risk Regulation,* Volume 15, 2024, p 4.
4. Zhu Y. “A Quasi-Normative Conflict: Resolving the Tension Between Investment treaties and Climate Action”, *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2024, p 6.
5. Shang-Simpson Eunice. “A Legal Analysis of the impact of Ghana’s International Investment Agreements on the State’s Regulatory Autonomy”, PhD Thesis., *Canterbury Christ Church University*, 2024, p 90.
6. Baltag, Joshi and Duggal, Op. Cit., p 8.
7. Footer, M. E. “BITs and Pieces: Social and Environmental Protection in the Regulation of Foreign Investment”, *Mich.SJIL*, Volume 18, 2009, p 37.
8. Reinisch, A. and Stephan W. Schill. *Investment Protection Standards and the Rule of Law*, Oxford University Press, 2023, p 13.

تحولات مذکور بازتاب درس‌های فراگرفته از دوره‌های گذشته است که تفسیرهای موسع از حمایت‌های سرمایه‌گذاری اغلب به محدودیت غیرمنطقی حاکمیت دولت‌ها منجر می‌شد. رویکرد جدید با تأیید حق مسلم دولت‌ها در اتخاذ تدابیر تنظیم‌گرانه سعی در ایجاد توازن عادلانه‌تری دارد. بااین‌حال، چالش اصلی در برقراری این تعادل در رویه‌های داوری و جلوگیری از تفسیرهای متفاوت است. در این راستا، تغییر پارادایم در نسل جدید معاهدات سرمایه‌گذاری، از معاهدات صرفاً مبتنی‌بر حمایت از سرمایه‌گذاری به‌سمت معاهداتی حرکت کرده است که تعادل بهتری را میان حمایت از سرمایه‌گذاری و اهداف توسعه پایدار برقرار می‌کنند. این تلاش‌ها تحت تأثیر این اندیشه جدید شکل گرفته‌اند که اهداف مهم سیاست‌گذاری عمومی نباید تابع معیارهای حمایت از سرمایه‌گذاری باشند. این تغییر پارادایم[1] در معاهدات سرمایه‌گذاری، اهداف سنتی حقوق سرمایه‌گذاری را نیز دگرگون ساخته است.[2]

به‌طور مشخص، تدوین‌کنندگان معاهدات آگاهانه تصمیم گرفته‌اند تا با ارائه شفافیت لازم در مورد محدوده تنظیم‌گری، برای مراجع داوری سرمایه‌گذاری این امکان را فراهم نمایند تا تمایز روشنی میان مقررات مشروع خط مشی عمومی و اقدامات سلب مالکیت قائل شوند.[3] این تلاش‌ها با افزایش تقاضا برای درک روشن از نقش حق تنظیم‌گری و جایگاه آن در چارچوب معاهدات سرمایه‌گذاری با تمام ویژگی‌های خاص آنها همسو بوده است. باوجود این، حدود و ثغور اختیارات تنظیم‌گری دولت‌ها همچنان مورد مناقشه است؛ به‌ویژه در تقابل با مفهوم سلب مالکیت غیرمستقیم. این تنش هنوز به‌وضوح در رویه‌های داوری اخیر مشهود است؛ جایی‌که مراجع داوری گاه در تفسیر این مفاهیم کلیدی با چالش مواجه می‌شوند.[4] این وضعیت نشان‌دهنده نیاز مستمر به توسعه چارچوب‌های تفسیری منسجم‌تر، و سیر تحول مفاد معاهدات سرمایه‌گذاری، گواه ملموسی از تغییرات ایدئولوژیک همراه با تحول در اقتصاد جهانی است؛ تحولی که حمایت بی‌قیدوشرط از کشورهای سرمایه‌فرست، تا ظهور اخیر بازیگران بازارهای نوظهور و ضرورت بازتعریف توازن درراستای اهداف توسعه پایدار را دربرمی‌گیرد. این روند حاکی از آن است که نسل جدید معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری نیاز به بازتعریف منافع خصوصی و عمومی را به رسمیت شناخته است. اما درعمل، حمایت‌های ماهوی و شکلی در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری فعلی، میل و توان دولت‌ها را در اجرای سیاست‌هایی که تضمین می‌کنند سرمایه‌گذاری‌ها، منافع و نه زیان برای کشورهای عضو به همراه داشته باشند، محدود ساخته است.[5] اینکه آیا سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی می‌تواند به برنامه‌های توسعه پایدار کمک کند، به توانایی دولت‌ها در تصویب و اجرای مقررات تنظیم‌گری برای حمایت از منافع عمومی بستگی دارد. ازاین‌رو، ضروری است که دولت‌ها اثرات موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری را بر توانایی خود در تنظیم مقررات در راستای منافع‌عمومی - که در قالب حق بر تنظیم‌گری حفظ شده - ارزیابی کنند. دولت‌ها به محدوده تنظیم‌گری[6] نیاز دارند تا بتوانند سیاست‌ها را تدوین، اجرا، بازبینی و اصلاح کنند و به اهداف توسعه‌پایدار دست یابند و سپس تنش ذاتی بین حاکمیت ملی و تعهدات بین‌المللی که چالشی پایدار در نظام سرمایه‌گذاری بین‌المللی معاصر بوده است، رو به زوال نهد.

---

1. Paradigm shift
2. UNCITRAL, "Possible Reform of ISDS, Submission from the EU and Its Member States" (24 January 2019) UN Doc A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, paras. 49-56.
3. Catherine, Kessedjian. "Rebalancing Investors", *Rights and Obligations*, JWIT, Volume 22, 2021, p 646.
4. Vera, Korzun. "The Right to Regulate in Investor-State Arbitration: Slicing and Dicing Regulatory Carve-Outs", *Vanderbilt J. Transnat. Law*, Volume 50, 2017, p 356.
5. Joze Alvarez, "Lecture: ISDS Reform: The Long View", *ICSID Review*, Volume 36, Issue 2, 2021, pp 6-7.
6. Policy space/regulatory space/domaine reserve

تنوع چشمگیر در مفاد موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری دوجانبه، احصای جامعِ مقررات مربوط به آزادی تنظیم‌گری دولت‌ها در زمینه منافع عمومی را ناممکن می‌سازد. بااین‌حال، شواهد نشان می‌دهد نسل چهارم این موافقت‌نامه‌ها - با دربرداشتن عناصری چون توسعه پایدار (در مقدمه)، تعهدات صریح زیست‌محیطی، فصل‌های اختصاصی حق تنظیم مقررات، و شروط استثنای سلب مالکیت - با تفصیل و خودارزیابیِ بیشتری نسبت به نسل‌های پیشین (که صرفاً به اعمال عادلانه حاکمیت اکتفا می‌کردند) به این مسائل می‌پردازند.[1] این روند نشانگر تحول تدریجی از الگوی سنتی حمایت یک‌جانبه از سرمایه‌گذاران به‌سمت توازن بین منافع سرمایه‌گذاری و اهداف عمومی است؛ گرچه چالش‌های عملی کم و بیش وجود دارند. اکثر معاهدات مهم منعقدشده در دهه گذشته صراحتاً به حق تنظیم‌گری اشاره دارند.[2] دولت‌ها بدین منظور توانسته‌اند حق تنظیم‌گری را با به‌کارگیری رویکردهای متفاوت اعم از مجزا یا ترکیبی به پنج شیوه ذیل بکار گیرند: الف) درج استثنائات عمومی؛ ب) منافع امنیتی ضروری؛ ج) اشاره به حق تنظیم‌گری در مقدمه موافقت‌نامه؛ د) اشاره صریح به حق تنظیم‌گری در متن؛ هـ) اشاره ضمنی به حق تنظیم‌گری.[3] این شروط اخیر معمولاً مقرر می‌دارند که اقدامات تنظیمی غیرتبعیض‌آمیز در پیگیری اهداف مشروع رفاه عمومی- از جمله سلامت، ایمنی، حمایت از اخلاق و حفاظت محیط زیست- نباید به‌عنوان سلب مالکیت غیرمستقیم تفسیر شوند و بدین‌ترتیب محدوده تنظیم‌گری ضروری برای کشورهای میزبان را حفظ می‌کنند و درعین‌حال از حمایت‌های خاص سرمایه‌گذار خارجی نیز محافظت می‌شود. این هم‌گرایی چندجانبه، بازتاب ایجاد تعادل آگاهانه بین حقوق سرمایه‌گذاران و اختیارات تنظیمی دولت‌ها در حقوق‌بین‌الملل سرمایه‌گذاری نوین است.

۳.۱. حق بر تنظیم‌گری دولت در رویه داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی

براساس حق بر تنظیم‌گری، اقدامات تنظیمی که منجر به سلب مالکیت یا محدودیت بر سرمایه‌گذاری خارجی می‌شوند، درصورتی غیرقابل جبران‌اند و مصادره غیرمستقیم محسوب نمی‌شوند که سه معیار اساسی: ۱. هدف عمومی؛ ۲. عدم تبعیض و ۳. تناسب، را رعایت کنند.[4] مطابق با حق بر تنظیم‌گری که از آن به دکترین یا اصل اختیارات تنظیمی[5] نیز یاد می‌شود، اقدامات تنظیمی دولت زمانی قانونی است که درراستای حمایت از منافع یا هدف عمومی و بدون اعمال تبعیض و بارعایت اصل تناسب باشد. در بیشتر موارد، رویه دیوان‌های داوری از رویکرد سنتی پیروی نموده و با اعمال دکترین اثر صرف، حقوق سرمایه‌گذار خارجی را بر حق تنظیم‌گری دولت ترجیح داده و اعتنایی به هدف عمومی نداشته است.[6] بااین‌همه، حق حاکمیتی دولت در تنظیم مقررات، در تعدادی از احکام صادره از مراجع داوری سرمایه‌گذاری مورد تأیید قرار گرفته و این روند به‌واسطه مطابقت با اصول حقوق‌بین‌الملل و تغییر پارادیمی

1. Karsten, Nowrot. “How to Include Environmental Protection, Human Rights and Sustainability in International Investment Law”, *JWIT*, Volume 15, 2014, p 624.
2. World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance, pp 142-3.
3. Ted Gleason and Titi, “The Right to Regulate", *Academic Forum on ISDS Concept Paper,* 2022, p 5.
4. Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7. 8 July 2016, para 300.
5. Doctrine or Principle of Regulatory Powers
6. Ursula Kriebaum, “Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State” (2007) 8 J World Investment & Trade 717 at 724 ; see Biloune and Marine Drive Complex Ltd v Ghana Investment Centre (1990) 95 ILR 184; Southern Pacific Properties (Middle East) (Ltd (SPP) v Egypt (1992) 8 ICSID Rev 328; Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran (1984) 6 Iran-US Claims Tribunal Rep 219; Phelps Dodge Corporation v Iran (1986) 10 Iran-US CTR; Metalclad Corporation v United Mexican States (2000) ICSID Case No ARB(AF)/97/1.

در محتوای موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی- از جهت درج حق بر تنظیم‌گری- در جهت ایجاد تعادل بین حقوق سرمایه‌گذار خارجی و حقوق دولت سرمایه‌پذیر بوده است. رویه داوری معمولاً به مسئله حق بر تنظیم‌گری بر مبنای معاهداتی پرداخته که این حق صراحتاً در متن آنها درج نشده است. این احکام عمدتاً به دو معیار حمایتی اشاره دارند که عمدتاً در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری دوجانبه یافت می‌شوند: اولی، رفتار منصفانه و عادلانه و دومی، حمایت در برابر سلب مالکیت غیرمستقیم است. با اعمال مضیق این دو اصل، بیشتر محاکم داوری حق تنظیم‌گری را محتاطانه مورد قضاوت قرار داده؛ ولی بااین‌همه از حدود سه دهه پیش این رویکرد دچار تغییر شده است. در این بخش با بررسی تعدادی از احکام صادره از دیوان های داوری نحوه تغییر رویکرد را در برخی از مراجع داوری بررسی می‌نماییم.

۱. دیوان داوری ایکسید در سال ۲۰۰۲ در پرونده *فلدمن علیه دولت مکزیک*،[1] دکترین اختیارات تنظیمی را تأیید و مصادیق اهداف و منافع عمومی را اینگونه برشمرد: «دولت‌ها باید آزادی داشته باشند که به‌منظور تأمین منافع کلان عمومی ازطریق حمایت از محیط زیست، ایجاد یا اصلاح نظام‌های مالیاتی، اعطا یا لغو یارانه‌های دولتی، کاهش یا افزایش تعرفه‌های گمرکی، اعمال محدودیت‌ها بر برخی بخش‌ها و موارد مشابه اقدام کنند. اگر هر شرکت زیان‌دیده امکان جبران خسارت علیه دولت سرمایه‌پذیر را داشته باشد، تنظیم مقررات دولتی معقول از این دست ناممکن می‌شود. دولت‌ها باید بتوانند آزادانه درراستای منافع کلان عمومی ازطریق مواردی مانند، حفاظت از محیط‌زیست، اصلاح نظام مالیاتی، اعطاء یا لغو یارانه‌های دولتی، کاهش یا افزایش تعرفه‌ها و موارد مشابه اقدام نمایند. مسلّم است که حقوق‌بین‌الملل عرفی نیز این اصل را به رسمیت می‌شناسد».[2] در این پرونده، مکزیک مقررات مالیاتی و الزامات صدور صورتحساب درمورد صادرات تنباکو را وضع نمود. سرمایه‌گذار ادعا داشت که به‌واسطه این اقدامات نمی‌تواند از معافیت‌های مالیاتی استفاده کرده و از صادرات سیگار محروم شده است. دیوان داوری به تحلیل «هدف عمومی» پرداخت و اعلام کرد که مکزیک این اقدامات را برای جلوگیری از فروش غیرمجاز محصولات تنباکو که جهت جلوگیری از محرومیت این کشور از درآمدهای کلان مالیاتی بوده، اتخاذ کرده است. لذا، هدف از الزامات صدور صورت‌حساب، تنظیم مقررات و جلوگیری از ادعاهای نادرست برای معافیت مالیاتی بوده است[3]. دیوان داوری اقدامات مکزیک را مصادره ندانست؛ زیرا محرومیت اساسی از سرمایه‌گذار صورت نگرفته بود، ولی درعمل از دکترین اختیارات تنظیمی حمایت کرد.[4]

۲. در پرونده *شرکت ای دی سی علیه دولت مجارستان*،[5] در سال ۲۰۰۶ شرکت ای‌دی‌سی به عنوان سرمایه‌گذار خارجی درحال اجرای پروژه‌ای برای ساخت چند ترمینال در یکی از فرودگاه‌های مجارستان بود. در حین اجرای پروژه، وزیر حمل‌ونقل مجارستان مقرراتی را وضع نمود که منجر به مصادره تمام دارایی‌ها و فعالیت‌های سرمایه‌گذار شد. دیوان داوری ایکسید ضمن بررسی پرونده پذیرفت که دولت حق اعمال مقررات برای تنظیم امور اقتصادی را دارد، ولی اضافه کرد که این حق بی حدوحصر نیست، بلکه ضمن رعایت تعهدات ناشی از معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری باید اعمال گردد.

[1]. Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1/, 16/DEC./2002, https://www.italaw.com/cases/435

[2]. Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, para 103.

[3]. Ibid, para 136.

[4]. Ibid, para 153.

[5]. ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, 2/Oct./2006.

مجارستان ادعا کرد که هدف از این اقدامات، همسو نمودن قوانین داخلی با الزامات اتحادیه اروپا و تأمین منافع استراتژیک دولت بوده است، گرچه نتوانست دلایل و مستندات متقاعدکننده‌ای را ارائه دهد. دیوان ضمن اذعان به برخورداری دولت‌ها از حق تنظیم‌گری تأکید کرد که صرف ادعای رعایت منافع عمومی هرگز به‌معنای وجود واقعی آنها نیست. در این پرونده، به نظر می‌رسید که اقدامات اتخاذشده بیشتر به نفع خود دولت بود تا منافع عمومی.[1] بنابراین، تصمیم‌گیری درباره اینکه آیا اقدامات دولت از خط مقسم فعالیت‌های مجاز عبور کرده یا نه، به صلاحدید داوران محول شده است. در مواجهه با سؤال درباره زمان، چگونگی و مکان وقوع مصادره غیرقانونی، دیوان‌های بین‌المللی باید شرایط و اوضاع و احوالی که در آن اختلاف بروز یافته را مورد توجه قرار دهند.[2]

۳. در *پرونده متانکس علیه آمریکا* (۲۰۰۶)،[3] سرمایه‌گذار خارجی ادعا کرد که اقدام ایالت کالیفرنیا تبعیض‌آمیز بوده و با هدف حمایت از شرکت‌های داخلی رقیب صورت گرفته است، نه حفظ محیط زیست و سلامت عمومی. درمقابل، ایالات متحده استدلال کرد که مقررات وضع‌شده نه بر متانول، بلکه صرفاً بر ماده MTBE (نوعی مکمل سوخت یا افزودنی به بنزین است) متمرکز بوده است. دیوان ایکسید چنین اظهارنظر کرد: «طبق اصول کلی حقوق بین‌الملل، یک مقرره غیرتبعیض‌آمیز که برای هدف عمومی وضع شده و با رعایت فرایند قانونی به تصویب رسیده، گرچه بر سرمایه‌گذار یا سرمایه‌گذاری خارجی تأثیر گذاشته باشد، به خودی خود مصادره محسوب نشده و مستلزم جبران خسارت نیست، مگر اینکه نقض تعهدات خاصی مطرح باشد. دیوان به این نتیجه رسید که ممنوعیت MTBE یک اقدام تنظیمی غیرتبعیض‌آمیز بوده که متناسب با هدف عمومی است و بنابراین مصداق مصادره نبوده و نیاز به جبران خسارت ندارد.[4] درنهایت، حق بر تنظیم‌گری عملاً مورد تایید قرار گرفت.

۴. از دیگر پرونده‌های مربوطه *پرونده فیلیپ موریس علیه اروگوئه*[5] است. رأی این پرونده در سال ۲۰۱۶ صادر شد. موضوع این پرونده اعتراض به اقداماتی است که اروگوئه برای حفاظت از بهداشت عمومی تصویب کرد. شرکت فیلیپ‌موریس به‌طور خاص دو اقدام اروگوئه را به نام‌های «دستورالعمل الزام ارائه واحد» و «آیین‌نامه شماره ۸۰/۸۰» به چالش کشید. دستورالعمل الزام ارائه واحد توسط وزارت بهداشت عمومی اروگوئه وضع شد و شرکت‌های دخانیات را ملزم کرد که برای هر برند سیگار، فقط یک نوع بسته‌بندی ارائه دهند و انواع مختلف بسته‌بندی ممنوع است. برای مثال، سرمایه‌گذار برند ماربورو داشت و تحت این نام تجاری انواع مختلف سیگار مانند «ماربورو طلایی»، «ماربورو قرمز» و بسیاری دیگر را عرضه می‌کرد. طبق دستورالعمل یادشده، سرمایه‌گذار مجبور شد تمام گونه‌های مختلف سیگار را به‌جز یک نوع از بازار حذف کند. وی مدعی بود که این قانون تأثیر منفی اقتصادی بر ارزش سرمایه‌گذاری او داشته است.[6] دیوان داوری پس از بررسی دلایل نتیجه گرفت که اقدامات اروگوئه به منظور حمایت از سلامت عمومی و در راستای اجرای حق تنظیم‌گری بوده و بنابراین، مصادره یا سلب مالکیت محسوب نمی‌شود.[7] روند این پرونده نشان می‌دهد که حتی درصورت عدم تصریح حق بر تنظیم‌گری در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری، امکان اثبات آن با توجه به بافت اختلاف وجود دارد. اقدامات اروگوئه

---

1. Ibid, para 423.
2. Saluka Investments BV v. Czech Republic, Partial Award, para. 264.
3. Methanex Corporation v. United States of America, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits. 3 Aug 2005.
4. Ibid, para. 7.
5. Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7.
6. Ibid, para. 10.
7. Ibid, para. 434.

برای شرکت‌های دخانیات محدودکننده بود، اما هدف عمومی آنچنان واضح و حیاتی است که بر زیان‌های احتمالی که متوجه سرمایه‌گذار شده، برتری یافت.

۵. در *پرونده شرکت آیسر علیه دولت اسپانیا* (۲۰۱۷)،[1] دیوان داوری ایکسید نتیجه‌گیری کرد که تعهد به رفتار منصفانه و عادلانه، مسلماً شامل تعهد به حفظ ثبات بنیادین در رژیم حقوقی است که سرمایه‌گذار خارجی در زمان سرمایه‌گذاری بلندمدت به آن اتکا کرده است. بنابراین، اگرچه رژیم‌های تنظیمی می‌توانند تکامل یابند، نمی‌توانند به‌گونه‌ای دگرگون شوند که سرمایه‌گذار فعلی را که با تکیه بر رژیم پیشین، سرمایه‌گذاری نموده با کاهش ارزش سرمایه‌گذاری مواجه سازند.[2] وانگهی، گرچه دیوان از لحاظ نظری حق تنظیم‌گری اسپانیا را مورد حمایت قرار داد، در عمل تعهدات دولت سرمایه‌پذیر نسبت به حمایت از سرمایه‌گذار خارجی را ترجیح داد.

۶. در *پرونده آدیکو بانک علیه مونته نگرو* (۲۰۲۱)،[3] که تحت موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری دوجانبه اتریش-یوگسلاوی (صربستان و مونته نگرو) مورد رسیدگی قرار گرفت، دیوان داوری ایکسید نیز از مفهوم «ایجاد تعادل» استفاده کرد و افزود: «حق دولت در تنظیم مقررات یا تصویب قوانین، جنبه‌ای مهم از حاکمیت آن است و گنجاندن معیار رفتار منصفانه و عادلانه در معاهده، این حق را زائل نمی‌کند».[4] دیوان با پاسخ دولت موافق است که هنگام ایجاد تعادل بین حق بر تنظیم‌گری دولت و انتظارات سرمایه‌گذار، باید اختیارات وسیعی را برای دولت در نظر گرفت تا آنچه را مناسب نیازهای داخلی خود می‌داند، تعیین کند. دیوان داوری با این پاسخ نیز موافق است که الزام ثبات در ماده ۲ موافقت‌نامه را نمی‌توان به عنوان شرط ثبات تفسیر کرد که موجب تضیع حق دولت در چارچوب تنظیم‌گری شود. این مفهوم، در چارچوب معیار رفتار منصفانه و عادلانه قابل تصور نیست. الزام ثبات در موافقت‌نامه باید درراستای ایجاد تعادل با حق‌حاکمیتی دولت در تنظیم مقررات تفسیر شود.[5] همان‌طورکه از بررسی شش پرونده فوق برمی‌آید، تنش بین حق تنظیم‌گری دولت و حقوق سرمایه‌گذارخارجی، به‌ویژه در رویه قضایی، به‌واسطه عواملی مانند عدم‌درک کامل منافع عمومی، نبود معیارهای ارزیابی نظام‌مند و بی‌ثباتی حقوقی، کماکان ادامه دارد. بااین‌حال، آنچه حمایت از حق تنظیم‌گری را امیدبخش می‌سازد، روند روبه‌رشد در رویه قضایی محاکم است. همان‌طورکه در این پرونده‌ها دیده شد، روند مناسبی، هرچند ناکامل، در جهت شناسایی و همسویی با حق بر تنظیم‌گری شکل گرفته است.

نتیجه‌گیری

حق بر تنظیم‌گری دولت، با وجود ریشه داشتن در اصل حاکمیت و کاربست عملی آن در سامان‌دهی سیاست‌های اقتصادی، بهداشتی، رفاه عمومی و محیط‌زیست از حیث نظری تاکنون صورت‌بندی جامعی نیافته است. این خلأ مفهومی به رویکردی ناهمگون و غیرقابل پیش‌بینی در محاکم داوری بین‌المللی هنگام ایجاد موازنه میان منافع دولت و سرمایه‌گذار خارجی انجامیده است. پژوهش حاضر با واکاوی سیر تطور و قلمرو حق بر تنظیم‌گری نشان می‌دهد که این حق نه تنها در تقابل با حمایت از سرمایه‌گذار خارجی نبوده، بلکه حقی مشروع و مستند به اصل حاکمیت دولت است. بررسی گستره این حق در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی نیز آشکار ساخت که هرچند نسل نخستین

[1]. Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/36.
[2]. Ibid, paras, 363-365.
[3]. Addiko Bank AG v. Montenegro, ICSID Case No. ARB/17/35, 24/Nov/2021.
[4]. Ibid, para 559.
[5]. Ibid, para 434.

این موافقت‌نامه‌ها صراحتاً به حق تنظیم‌گری اشاره‌ای نداشته‌اند، از مفاهیم مندرج در مقدمه آنها در مواردی توسط داورانِ آگاه به حقوق بین‌الملل، به‌مثابه مبنایی تفسیری برای سایر مواد استفاده شده است. در مقابل، نسل نوین موافقت‌نامه‌ها که دستخوش اصلاحات گردیده ضمن حمایت از سرمایه‌گذار، به حقوق تنظیمی دولت‌ها نیز عنایت داشته و عموماً این حق را صریحاً به رسمیت شناخته‌اند. مطالعه حاضر نشان می‌دهد که تحول بنیادینی در شناسایی حق بر تنظیم‌گری در عرصه داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی پدیدار شده است. تحلیل چند رأی داوری شاخص مؤید این امر است که داوران برآمده از سنت حقوق بین‌الملل، با بهره‌گیری از ظرفیت‌های نظام‌مند این حوزه، در تحدید دقیق منافع عمومی دولت و جبران خسارت منصفانه برای سرمایه‌گذار خارجی، توفیق چشمگیری داشته‌اند. این گروه با برقراری توازن هم‌زمان میان حق تنظیم‌گری دولت و حقوق سرمایه‌گذار خارجی، نه‌فقط به متن معاهدات پایبند بوده، بلکه با اعمال صلاحدید قضایی، سهمی ملموس در توسعه حقوق بین‌الملل و استقرار نظم نوین اقتصادی داشته‌اند. در مقایسه، داورانِ وابسته به سنت حقوق خصوصی عمدتاً با تمسک به دکترین اثرِ صرف، تنها بر پیامدهای محدودکننده اقدامات دولتی- بی‌اعتنا به نیّت و غایت آنها- تأکید داشته‌اند. با این‌وصف، رویه داوری سرمایه‌گذاری حاکی از افول جایگاه انحصاری دکترین اثر صرف و جایگزینی تدریجی آن با دکترین اختیارات تنظیمی یا حق بر تنظیم‌گری است. براین‌مبنا، محاکم داوری اقدامات تنظیم‌گری دولت را- درصورت انطباق با معیارهای هدف عمومی، عدم‌تبعیض و تناسب- ذیل حق بر تنظیم‌گری، مشروع تلقی می‌کنند و آنها را مستوجب جبران نمی‌دانند. درنتیجه، یافته‌های این تحقیق حاکی از آن است که محاکم داوری به‌سمت رسیدگی متوازن و عادلانه، گرایش فزاینده‌ای نشان می‌دهند. هرگاه این محاکم به زمینه، ماهیت و شرایط ویژه هر اختلاف به‌طور عمیق بپردازند، بهتر می‌توانند میان دو دکترین «اثر صرف حقوقی» و «حق بر تنظیم‌گری»، گزینه منطبق با اوضاع و احوال پرونده را به‌درستی برگزینند.

References

Books

1. Herdegen, M. *Principles of International Economic Law*, Oxford University Press, First Edition, 2013.
2. Klager, R. '*Fair and Equitable Treatment' in International Investment Law,* Cambridge University Press, 2011.
3. Lowe, V. *Sovereignty and International Economic Law*, in: Shan, W. et al. (eds.), Redefining
4. Newcombe, A. and L. Paradell. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment Chapter 1, Historical Development of Investment Treaty Law*, Kluwer Law International, 2009.
5. Pellet, A. *Police Powers or the States Right to Regulate, Chemtura v Canada,* in: Kinnear, M (ed.), Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID, Kluwer Law International, 2015.
6. Poulsen, L. *The Investment Treaty Regime,* in: Pevehouse, Jon C. W. and Leonard Seabrooke (eds.), The Oxford Handbook of International Political Economy, 2021.
7. Reinisch, A. and Stephan W. Schill. *Investment Protection Standards and the Rule of Law*, Oxford University Press, 2023.
8. Subedi, S. *Reassessing and Redefining the Principle of Economic Sovereignty of States*, In: French, Duncan (ed.), Global Justice and Sustainable Development, Brill, 2011.
9. Viñuales, J. E. *Sovereignty in Foreign Investment Law, in The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, Oxford University Press, 2014.

Articles

10. Baltag, C. Joshi, R. and K, Duggal. “Recent Trends in Investment Arbitration on the Right to Regulate, Environment, Health and Corporate Social Responsibility: Too Much or Too Little?” *ICSID Review*, Volume 38, Issue 2, 2023.
11. Catherine, Kessedjian. “Rebalancing Investors”, *Rights and Obligations, JWIT*, Volume 22, 2021.
12. Footer, M. E. “BITs and Pieces: Social and Environmental Protection in the Regulation of Foreign Investment”, *Mich.SJIL*, Volume 18, 2009.
13. Ivana Damjanovic, “The Reform of International Investment Law: Whose Rule of Law?”, *European Journal of Risk Regulation*, Volume 15, 2024.
14. John, Herz. “Expropriation of Foreign Property”, *American Journal of International Law*, Volume 35, 1941.
15. Joseph L. Sax. “Takings and the Police Power”, *Yale Law Journal*, Volume 74, Issue 36, 1964.
16. Joze Alvarez, “Lecture: ISDS Reform: The Long View”, *ICSID Review*, Volume 36, Issue 2, 2021.
17. Karsten, Nowrot. “How to Include Environmental Protection, Human Rights and Sustainability in International Investment Law”, *JWIT,* Volume 15, 2014.
18. OECD, “Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law”, *OECD Working Papers on International Investment,* OECD Publishing, 2004.
19. Ted Gleason and Catharine Titi. “The Right to Regulate”, *Academic Forum on ISDS Concept Paper,* 2022, Available at: https://ssrn.com/abstract=4058447
20. Tyagi, Y. “Permanent Sovereignty over Natural Resources”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Volume 4, Issue 3, 2015.
21. Uta, Kohl. “Eggs, Jurisdiction and the Internet”, *International and Comparative Law Quarterly,* Volume 555, Issue 51, 2002.
22. Vera, Korzun. “The Right to Regulate in Investor-State Arbitration: Slicing and Dicing Regulatory Carve-Outs”, *Vanderbilt J. Transnat. Law*, Volume 50, 2017.
23. Zhu Y. “A Quasi-Normative Conflict: Resolving the Tension Between Investment treaties and Climate Action”, *Review of European, Comparative & International Environmental Law,* 2024.

Thesis

24. Herlofson, Caroline. “Suing the Environment? An Analysis of Investor-State Dispute Settlements Impact on Achieving International Environmental Agreements”, Master Thesis, *Norwegian University of Life Sciences*, 2022.
25. Mitchell, Kate. “Accommodating the Public Interest in International Investment Treaties: Police Powers, Expropriation and Treaty Interpretation”, Master Thesis, *Oxford University*, 2014.
26. Shang-Simpson Eunice. “A Legal Analysis of the impact of Ghana’s International Investment Agreements on the State’s Regulatory Autonomy”, PhD Thesis., *Canterbury Christ Church University*, 2024.

Cases

27. ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16. 2 Oct. 2006.
28. Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.àr.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/36. 4 May 2017.
29. El Paso Energy International Company v Argentine Republic, ICSID Case No. Arb/03/15, Award, 31 October 2011.
30. LG&E Energy Corp v Argentine Republic, 2006, ICSID Case No ARB/02/1, p.195; Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v The United Mexican States (2004) 43 ILM 133.

31. Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1. 16 Dec. 1992.
32. Methanex Corporation v. United States of America, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits., (PART IV - CHAPTER D), 3 Aug 2005.
33. Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7. 8 July 2016.
34. Saluka Investments bv (The Netherlands) v. Czech Republic, Partial Award, 17 March 2006.
35. SAUR International SA v Argentine Republic, ICSID Case No. Arb/04/4, Decision on Jurisdiction and Liability, 6 June, 2012.
36. United States v Morrison, 529 US 598, 618 (2000), McDonald v Chicago, 561 US 742, 836, 2010.
37. Addiko Bank AG v. Montenegro, ICSID Case No. ARB/17/35. 24 Nov. 2021.

UN Resolutions

38. Charter of Economic Rights and Duties of States, UNGA Resolution 3281 (XXIX), (12 December 1974).
39. https://unctad.org/system/files/officialdocument/iteiia20034_en.pdf#page=208.
40. United Nations General Assembly, Permanent Sovereignty over Natural Resources, Resolution 1803 (XVII) (14 December 1962).

Legal Research, Vol 29, Issue 113, 2026: 285-304 Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Journal of Legal Research
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

Orginal Article

Examining the Social Theory of Law:A Focus on Michel Foucault's Perspectives

Mohammadali Matani[1], Bahar Golkar Esmaeel[2]

Highlights

- Social theory comprises existing opinions and ideas regarding how societies change and develop, methods of explaining social behavior, power and social structure, modernity, revolutions and utopias.
- As part of the "Law and Society" movement and "Socio-Legal Studies", social theory of law engages in the theoretical analysis of law as a social phenomenon within society.
- From Foucault's perspective, law is an integral part of modern governance, tasked with determining the precise boundaries of power.

ABSTRACT

Introduction

Theory represents a specific mode of perceiving the world. It comprises interpretations that inherently cannot be categorized as either "absolutely true" or "purely false" .Throughout the history of civilization,humanity has continuously formulated new perspectives,making it evident that in the persuit of knowledge,one cannot expect to attain a definitive ,final ,and immutable interpretation that leads to "absolute truth".From this perspective,theories serve as efficient instruments for examining the "social world".As the foundation of research in sociology and other social sciences,"social theory" is tasked with explaining the nature of the social .Within this framework,the "social theory of law" engages in the theorethical analysis of the phenomenon of "law"within the societal context.This study aims to elucidate the nature of social theory and conduct a precise inquiry into the social theory of law, specifically focusing on the theoretical description and analysis of law from the perspective of Michel Foucault,the eminent 20th-century French philosopher and thinker.

Methods

Social theories are analytical frameworks or paradigms that are used to examine and understand social phenomena. Since the works of Foucault-a postmodern and post-structuralist philosopher and historian-constitute one of the most significant tools in contemporary social theory for re-evaluating the nature and scope of law and rights –viewed through the lens of fundamental, long-term shifts in the nature of the social –this study employs a descriptive-analytical method and utilizing content analysis of relevant philosophical and sociological texts tries to describe and theoretically analyse the concept of law in society from this

How to Cite: Matani, Mohammadali, Golkar Esmaeel, Bahar, "Examining the Social Theory of Law:A Focus on Michel Foucault's Perspectives", Legal Research, Vol. 29, No. 113, 2026, pp: 285-304.

DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2024.237189.2789 Received: 09/10/2024-Accepted: 04/11/2024

1. Ph.D., Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: ma.matin@ut.ac.ir
2. L.L.M., Faculty of Law, Islamic Azad University: Tehran Central Branch, Tehran, Iran

Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

prominent thinker's perspective. The theoretical framework of this study is grounded in fundamental Foucauldian concepts, including "disciplinary power","governmentality" ,"normalization" ,and "disciplinary Society".

Results and Discussions

Social theory involves the application of theoretical frameworks to analyze macro-social structures. As a normative system, law seeks to articulate, re-evaluate, and systematize the fundamental structures of society, thereby becoming a key subject for social theory. The social theory of law that is a part of "law and society" movement and "socio-legal studies", encompasses the diverse discourses and theoretical perspectives regarding the role of law in society. The genealogy of social theory of law can be traced to classical sociology and the first sociologists of law. Recently, legal scholars have become incresingly interested in Foucault's work; indeed, several commentators recognize him as a legal historian who provides empirical insights into the evolutionary of legal systems. According to Foucault, rights are degrees of power that have received social validation, the normative legitimacy of which is justified by the existing historical discourses surrounding the concept of right. He challenges one of the major approaches or paradigms in law and political science, often referred to as the "classical juridical approach" or "contract oppression view". Foucault contends that the main problem in the "social contract theory" lies in it's role of legitimizing the sovereign state's power over individuals, even when a rational justification exists. He posits that in classical legal theory, power is viewed as a "right" that individuals posses like a comodity, which they can transfer in whole or in part through a legal or practical act that creates a right. In this view, power is a tangible and specific right held by individuals, the transfer of which enables the creation of political power or sovereignty. The above theoretical structure is necessarily based on the idea that the creation of political power follows the pattern of a legal exchange involving participation in a contractual transaction. He argues that the classical legal model, while ostensibly claiming to limit state power, actually serves as a mechanism for legitimizing and expanding power; thus, social contract theory essentially deals with "social control" rather than "individual liberty". According to Foucault, we must seek a new form of right capable of encouraging and strengthening moral self-cultivation. He views "rights" as mechanisms for inducing social change and even creating new forms of society. Foucault describes "rights" as the determinant of the boundaries of public power within a constitution, which is established upon the vested and absolute rights of the contracting parties and exercised through various legal rules. From his view, the primary function of the "theory of rights" from the Middle Ages to the present has been the mere stabilization of the legitimacy of power, which remains the central issue of the theory of rights and sovereignty. Foucault identifies two modern figures,the "Homo Juridicus" and the "Homo Economicus" ,which together present the intricate and complex issue of "governmentality". He drived the concept of "the normal" from the term "norm". In his view, a norm is not a concept exclusively limited to the realms of morality, law, or behavior; rather, it represents a comprehensive, all-encompassing , and specifically modern mode of thought." Normalization" refers to the precise regulation of behaviors in accordance with established and approved standards, which is achieved through what Foucault terms "disciplinary power".

Conclusion

Foucault asserts that "rights" are an integral part of modern governance and define the precise boundaries of power. In his thought, rights are perceived as degrees of socially validated power. He regards law as the primitive form of power during the classical and pre-modern eras, a position from which "discipline"-as the salient form of modern power-has significantly diminished its former importance and standing. Foucault's profound inquiries into the tactics of power indicate that the tactics of pre-modern societies were predicated on knowledge/power relations and centered on the paradigm of "law and sovereign". Foucault's narrative regarding the decline of law does not, in any sense, signify the decay or total disappearance of law; rather, it suggests the reassignment of law to a secondary and auxiliary role within the modern disciplinary society.

Keywords: Social Theory, The Social Contract, Law, The Social, Discipline**.**

فصلنامه تحقیقات حقوقی
https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/

مقاله علمی-پژوهشی

بررسی تئوری اجتماعی حقوق با تأکید بر آرای میشل فوکو

محمدعلی متانی[۱]، بهار گلکار اسمعیل[۲]

نکات برجسته

- تئوری اجتماعی مشتمل بر آراء و اندیشه‌های موجود پیرامون چگونگی تغییر و توسعه جوامع، روش‌های تبیین رفتار اجتماعی، قدرت و ساختار اجتماعی، مدرنیته، انقلاب‌ها و آرمان شهرها است.
- تئوری اجتماعی حقوق به عنوان بخشی از جنبش "حقوق و جامعه" و نیز "مطالعات اجتماعی-حقوقی" به تحلیل نظری حقوق به عنوان پدیده‌ای اجتماعی در جامعه می‌پردازد.
- از نظر فوکو، حقوق جزء لاینفک حکمرانی مدرن است که وظیفه تعیین محدوده دقیق قدرت را بر عهده دارد.

چکیده

تئوری اجتماعی، به‌کارگیری مجموعه‌ای از چارچوب‌های نظری در جهت تحلیل ساختارهای کلان اجتماعی بوده که امکان تلاقی و پیوند علوم مختلف اجتماعی را، صرف‌نظر از ضوابط، معیارها، و مسائل گوناگون مختص هر یک، فراهم می‌آورد. این تئوری مبنای پژوهش در جامعه‌شناسی و سایر علوم اجتماعی بوده و حوزه‌های بسیار وسیع و متنوعی را دربرمی‌گیرد. تئوری اجتماعی حقوق به‌دنبال بررسی حقوق به‌عنوان یک پدیده اجتماعی متمایز و مجزا، از دیدگاه تئوری اجتماعی است. میشل فوکو یکی از تأثیرگذارترین اندیشمندان پست‌مدرن و پساساختارگرای قرن بیستم (م) فرانسه به‌شمار می‌رود که امروزه آثار وی نه‌تنها در جامعه‌شناسی، بلکه در حوزه‌های بسیاری ازجمله مطالعات فرهنگی، انسان‌شناسی، روان‌شناسی، حقوق، و فلسفه از اهمیت بسیاری برخوردار است و آثار و تألیفات وی یکی از مهم‌ترین ابزارهای بازنگری در ماهیت و قلمرو حقوق، و قانون از دیدگاه تغییرات بنیادین بلند مدت در ماهیت امر اجتماعی به‌شمار می‌رود. این پژوهش در وهله نخست ماهیت تئوری اجتماعی و همچنین تئوری اجتماعی حقوق را مورد تبیین قرار داده و سپس به‌طور ویژه به توصیف و تحلیل نظری حقوق در جامعه از منظر میشل فوکو پرداخته است.

کلید واژگان: تئوری اجتماعی، قرارداد اجتماعی، قانون، امر اجتماعی، انضباط.

استناد به این مقاله: متانی، محمدعلی، گلکار اسمعیل، بهار، «بررسی تئوری اجتماعی حقوق با تأکید بر آرای میشل فوکو»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۳، فروردین ۱۴۰۵، صص: ۲۸۵-۳۰۴.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۷/۱۸ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۱۴ DOI: https://doi.org/10.48308/jlr.2024.237189.2789

۱. دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: ma.matin@ut.ac.ir
۲. کارشناس ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد تهران مرکزی، تهران، ایران

Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

مقدمه

«تئوری اجتماعی»، شالوده پژوهش در جامعه‌شناسی و سایر علوم اجتماعی به‌شمار می‌رود و قلمرو بسیار گسترده‌ای را دربرمی‌گیرد. تئوری‌های اجتماعی، چارچوب‌ها یا پارادایم‌های تحلیلی‌اند که در جهت بررسی و شناخت پدیده‌های اجتماعی به کار گرفته می‌شوند. تئوری اجتماعی، دربرگیرنده اندیشه‌ها و نظرات موجود درخصوص چگونگی تغییر و توسعه جوامع، روش‌های تبیین رفتار اجتماعی،[۱] قدرت و ساختار اجتماعی،[۲] جنسیت و قومیت، مدرنیته و مدنیت، انقلاب‌ها و آرمان شهرهاست.[۳] تئوری اجتماعی، نوع خاصی از دانش درخصوص جهان‌های اجتماعی[۴] ارائه داده و با دیدی منطقی، موشکافانه، و بدون سوگیری به بیان حقیقت جهان اجتماعی می‌پردازد.[۵] اصلی‌ترین مسائل مطرح در تمام تئوری‌های اجتماعی: ارتباط میان ساختار اجتماعی و کنش فردی، ارتباط میان امر خُرد و کلان اجتماعی، ماهیت قدرت، علل نابرابری‌ها و علل و منشأ تحولات است[۶].

از آنجا که حقوق به‌عنوان نظامی از آرا و اندیشه‌ها به‌دنبال تبیین، بازاندیشی و روشمندسازی ساختارهای هنجاری بنیادین جامعه است، مورد توجه تئوری اجتماعی قرار گرفته و حتی در مواردی با تئوری اجتماعی بر سر تبیین ویژگی‌های حیات اجتماعی به رقابت می‌پردازد؛ بنابراین، ارتباط میان «اندیشه حقوقی»[۷] و تئوری اجتماعی از جهات قابل توجهی، مواجهه میان روش‌های کلی فهم مناسبات اجتماعی و وضعیت نظم اجتماعی است.[8] تئوری اجتماعی حقوق، به‌معنای تحلیل نظری «حقوق»، به‌عنوان پدیده‌ای اجتماعی در جامعه است. به‌طور کلی، این تئوری، بخشی از جنبش «حقوق و جامعه»[۹] و نیز «مطالعات اجتماعی- حقوقی»[۱۰] بوده و در واقع، ماهیتی معماگونه و کارکردی دوگانه دارد؛ زیرا درعین‌حال که نه «فلسفه حقوقی» به‌شمار رفته و نه «تئوری جامعه‌شناختی»[۱۱] محسوب می‌شود، عمده‌ترین دیدگاه‌های خود را از هر دو حوزه فوق وام می‌گیرد. پیشینه تئوری اجتماعی حقوق، به آثار کلاسیک جامعه‌شناسی و نخستین جامعه شناسان حقوق بازمی‌گردد. این تئوری، متفاوت از رویکردهای محض هنجارگرایانه و تجربه‌گرایانه بوده و درعین‌حال که دربردارنده نظریه‌پردازی‌های بین‌رشته‌ای است، به‌دنبال ایجاد رشته‌ای مجزاست.[۱۲]

در تئوری اجتماعی معاصر[۱۳] آثار میشل فوکو، یکی از مهم‌ترین منابع برای بررسی ماهیت و قلمرو حقوق و قانون از منظر تحولات بنیادین درازمدت در ماهیت امر اجتماعی است. در این پژوهش بر آنیم تا ضمن تبیین ماهیت تئوری اجتماعی، و نیز تئوری اجتماعی حقوق، به‌طور ویژه به توصیف و تحلیل نظری حقوق در جامعه از منظر میشل فوکو، اندیشمند نامی قرن بیستم میلادی فرانسه، بپردازیم.

---

1. Social Behaviour
2. Social Structure
3. Harrington, A. *Modern Social Theory: An Introduction*, Oxford University Press, 2005, P 1.
4. Social Worlds
5. Law, A. *Social Theory for Today:Making Sense of Social Worlds*, Sage, 2015, P 2.
6. Jack, L. *Accounting and Social Theory:An Introduction*, Routledge, 2017, P 11.
7. Legal Thought
8. Craig, E. *The Shorter Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Routledge, 2005, P 968.
9. Law and Society Movement
10. Socio-legal Studies
11. Sociological Theory
12. Harrington, A. Marshall, B. and Muller, H. *Encyclopedia of Social Theory*, Routledge, 2006, P 313.
13. Contemporary Social Theory

۱. تئوری اجتماعی حقوق

۱.۱. تئوری اجتماعی

اگرچه دو واژه تئوری[۱] و اجتماعی[۲] از قدمت بسیار زیادی برخوردارند؛ لیکن اصطلاح «تئوری اجتماعی»[۳] تا پیش از دهه ۴۰ قرن بیستم میلادی در زبان انگلیسی و در سایر زبان‌ها وجود نداشت. واژه تئوری به‌لحاظ ریشه‌شناختی برگرفته از واژه یونانی "Theoria" متشکل از دو بخش"Thea" به‌معنای نگریستن و "horan" به‌معنای دیدن است. چنان‌که واژه تئاتر[۴] نیز برگرفته از همین ریشه است.[۵] بر همین اساس است که دیوید جوزف بوهم،[۶] یکی از برجسته‌ترین فیزیک‌دانان نظری قرن بیستم میلادی و یکی از نظریه‌پردازان تئوری کوانتوم[۷] و نیز فلسفه ذهن، عنوان می‌دارد: «تئوری، اساساً نوعی بینش است، و نه شکلی از دانش. تئوری، نوعی نگرش به جهان است. تمامی تئوری‌ها بینش‌هایی‌اند که نه درست‌اند و نه نادرست. بشر پیوسته در حال ارائه بینش‌های جدید بوده و بدیهی است که نمی‌توان انتظار نوعی از بینش قطعی و نهایی که ما را به حقیقت مطلق رهنمون سازد را داشت».[۸]

واژه Theoria برای یونانیان به‌معنای «ژرف‌اندیشی و تعمق» بوده است.[۹] در واقع، فیثاغورث، فیلسوف یونان باستان، معنای جدیدی به Theoria بخشیده و آن را «ژرف‌اندیشی و تعمق غیرجانبدارانه پیرامون حقیقت عقلانی و نامتغیر» می‌دانست.[۱۰] تئوری‌ها ابزارهایی برای نگریستن به جهان اجتماعی‌اند. این ابزارها ثمره تجربیات شخصی افراد بوده، بنابراین، از بستر اجتماعی که در آن شکل‌گرفته‌اند، متأثرند.[۱۱] یک تئوری اشاره به مجموعه‌ای از مفاهیم و ایده‌ها دارد که در مجموع به‌دنبال تبیین یک پدیده یا مجموعه‌ای از پدیده‌هاست.[12] واژه‌نامه آکسفورد تئوری را «سیستم یا مجموعه‌ای از اندیشه‌ها با هدف شرح و تبیین یک موضوع، به‌ویژه سیستمی که مبتنی‌بر اصول کلی و مستقل از آن موضوع باشد»، می‌داند.[13] همچنین واژه‌نامه میریام-وبستر تئوری را «یک اصل کلی محتمل یا به‌لحاظ علمی قابل‌قبول، و یا مجموعه‌ای از اصول مطرح برای تبیین یک پدیده» تعریف می‌کند.[۱۴] بنابراین، مطابق با دو تعریف فوق، یکی از ویژگی‌های تئوری‌ها

---

1. Theory
2. Social
3. Social Theory
4. Theater
5. Pirner, H. J. The Unknown as an Engine for Science:An Essay on the Difinite and the Indifinite, Springer, 2015, P 111.
6. David Joseph Bohm
7. Quantum Theory
8. Bohm, D. *Wholeness and the Implicate Order*, Routledge, 2002, PP 4-6; Madrid, M. *Patterns of Rogerian Knowing, National League for Nursing Press*, 1997, P 5; Hanegraaff, W. J. *New Age Religion and Western Culture: Esotericism in the Mirror of Secular Thought*, BRILL, 1996, P 144.
9. Padamsee, H. *Unifying the Universe: The Physics of Heaven and Earth, Institute of Physics Publishing,* 2003, P 65.
10. Levin, D. M. *The Opening of Vision:Nihilism and the Postmodern Situation*, Routledge, 2001, P 116.
11. Ritzer, G. *The Blackwell Companion to Major Contemporary Social Theorists*, Blackwell Publishing, 2003, P 1.
12. Bratton, J. and Denham, D. *Capitalism and Classical Social Theory*, University of Toronto Press, Second Edition, 2014, P 2.
13. Stevenson, A. Waite, M. *Concise Oxford English Dictionary*, Oxford University Press, 12th Edition, 2011, P 1496.
14. Mish, F. C. *Merriam-Webster's Collegiate Dictionary,* 11th Edition, Merriam-Webster, Incorporated, 2004, P 1296.

آن است که متشکل از «مجموعه‌ای از اصول» یا «نظامی از اندیشه‌ها» هستند.[۱] واژه‌نامه هریتیج تئوری را دانش روشمند قابل إعمال در طیف وسیعی از موقعیت‌ها، و به‌ویژه مجموعه‌ای از فرضیات، اصول و رویه‌های پذیرفته شده‌ای می‌داند که با هدف تحلیل، پیش‌نگری، و نیز تبیین ماهیت یا رفتار مجموعه معینی از پدیده‌ها ایجاد شده است.[2]

واژگان اجتماعی و جامعه[۳] برگرفته از دو واژه لاتین "Socius" و"Societas" است. برای رومیان Socius به‌معنای شریک تجاری بود و Societas به «شراکت و همکاری میان تُجّار» اطلاق می‌شد. Societas همچنین به‌معنای همراهی، مصاحبت و اخوت نیز است. مارکوس تولیوس سیسرون،[۴] فیلسوف و خطیب نامی روم باستان، بر این باور بود که جمع‌گرایی فطری انسان، ناشی از دو موهبت عقل و نطق، موجب پیوند و همکاری انسان‌ها و شکل‌گیری انواع گوناگونی از جوامع برای اهداف مشترک می‌گردد. واژه‌نامه آکسفورد در تعریف واژه اجتماعی آن را «نیاز به همراهی، معاشرت و زیستن در جوامع» می‌داند.[۵] واژه‌نامه میریام- وبستر واژه اجتماعی را «تمایل به ایجاد مناسبات مشارکت‌جویانه و متقابل با هم‌نوعان» تعریف نموده است.[۶]

تئوری اجتماعی، نوع خاصی از دانش در خصوص جهان‌های اجتماعی ارائه داده است و با دیدی منطقی، موشکافانه، و بدون سوگیری به‌بیان حقیقت جهان اجتماعی می‌پردازد. تئوری اجتماعی، گاهی به‌مثابه گستره‌ای از دانش در نظر گرفته می‌شود که تمام علوم اجتماعی و نه صرفاً «جامعه‌شناسی» را دربرمی‌گیرد. در این رویکرد، جامعه‌شناسی صرفاً یکی از انواع علوم اجتماعی دخیل در تئوری اجتماعی به‌شمار رفته است و سایر رشته‌ها همچون اقتصاد، جغرافیای انسانی، سیاست، روان‌شناسی، و انسان‌شناسی نیز به موازات جامعه‌شناسی در ایجاد و توسعه تئوری اجتماعی سهیم‌اند. در واقع، تئوری اجتماعی امکان تلاقی و پیوند علوم مختلف اجتماعی را، صرف‌نظر از ضوابط، معیارها، و مسائل گوناگون مختص هر یک، فراهم می‌آورد.[7] در تعریفی دیگر، نظریه اجتماعی مطالعه نظام‌مند و روشمند درباره امر اجتماعی است؛ نظریه است چون تبیین می‌کند و تبیین به‌معنای ربط دادن یک مسئله مفهومی یا یک مشاهده به یک زمینه نظری برای فهم آن مسئله است[۸] و اجتماعی است چون نشانه لحظه‌ای از تفکر انسان‌ها درباره خودشان است. لحظه‌ای که عنصر اجتماعی فی‌نفسه با آن خصلت ابهام آمیزش گاه به‌عنوان مناسبات ساده بین افراد، گاه به‌عنوان موجودیت جامعه، موضوع تفکر گردیده است.[۹]

تئوری اجتماعی به‌کارگیری مجموعه‌ای از چارچوب‌های نظری در جهت تحلیل ساختارهای کلان اجتماعی است.[10] آستین هرینگتن[۱۱] دانشیار دانشکده جامعه‌شناسی و سیاست اجتماعی دانشگاه لیدز انگلستان[۱۲] عنوان می‌دارد: «تئوری اجتماعی

---

1. Boogaart, H. et al. *The Language of Argumentation*, Springer, 2021, P 74.
2. Soukhanov, A. H. *American Heritage Dictionary of The English Language*, Third Edition, Houghton Mifflin, 1994, P 7389.
3. Society
4. Marcus Tullius Cicero
5. McKean, E. *Consice Oxford American Dictionary*, Oxford University Press, 2006, P 859.
6. Mish, Op. Cit., P 1183.
7. Law, Op. Cit., PP 2-5.
۸. اسکیدمور، ویلیام، ***تفکر نظری در جامعه‌شناسی***، ترجمه علی محمد حاضری و دیگران، تهران: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۷، ص ۲۸.
۹. آرون، ریمون، ***مراحل اساسی اندیشه در جامعه‌شناسی***، ترجمه باقر پرهام، تهران: سازمان انتشارات و آموزش انقلاب اسلامی،۱۳۶۶، ص ۱۲.
10. Dustin, D. *The McDonaldization of Social Work*, Ashgate, 2007, P 14.
11. Austin Harrington
12. School of Sociology and Social Policy/University of Leeds

مطالعه روش‌های علمی تفکر پیرامون حیات اجتماعی بوده و مشتمل بر آرا و اندیشه‌ها در باب: چگونگی تحول و پیشرفت جوامع، طرق تبیین رفتار اجتماعی، قدرت و ساختار اجتماعی، طبقه، جنسیت و قومیت، مدرنیته و تمدن، انقلاب‌ها و اتوپیاها، و بسیاری دیگر از مفاهیم و مسائل مرتبط با حیات اجتماعی است».[۱] مارک مورفی،[۲] استاد دانشکده آموزش دانشگاه گلاسگو،[۳] تئوری‌های اجتماعی را چارچوب‌ها یا پارادایم‌های تحلیلی می‌داند که برای بررسی پدیده‌های اجتماعی[۴] به‌کار گرفته می‌شوند.[۵] از دیدگاه راجر کاترل،[۶] استاد تئوری حقوقی کالج کوئین مری دانشگاه لندن،[۷] تئوری اجتماعی یک تئوری روشمند (سیستماتیک)، تجربه‌گرا، و دارای پیشینه تاریخی بوده که به‌دنبال تبیین ماهیت «امر اجتماعی»[۸] است.[9] پاتریشیا لنگرمن،[۱۰] استاد دپارتمان جامعه‌شناسی دانشگاه جرج واشینگتن،[۱۱] اصلی‌ترین مسائل مطرح در تمام تئوری‌های اجتماعی را: ارتباط میان ساختار اجتماعی و کنش فردی؛ ارتباط میان امر خرد و کلان اجتماعی؛ ماهیت قدرت؛ علل نابرابری‌ها؛ و علل و منشأ تحولات می‌داند.[۱۲]

آنتونی گیدنز،[۱۳] استاد دپارتمان جامعه‌شناسی مدرسه اقتصاد و علوم سیاسی لندن[۱۴] و از نظریه‌پردازان اجتماعی معاصر، بر این باور است که دامنه و قلمرو جامعه‌شناسی و تئوری اجتماعی با یکدیگر همسان نیست. به باور وی، گستره تئوری اجتماعی بسیار وسیع‌تر از جامعه‌شناسی است و تمام انواع مسائل مرتبط با کنش بشری، نهادهای اجتماعی و ارتباطات متقابل آنها را دربرمی‌گیرد.[۱۵] وی اصطلاح تئوری اجتماعی را دربرگیرنده مسائلی می‌داند که تمام علوم اجتماعی با آن سروکار دارند و به‌طور کلی، تبیین فرایندهای مشخص حیات اجتماعی را اصلی‌ترین مسئله مطرح در تئوری اجتماعی و علوم اجتماعی می‌داند.[۱۶]

۱.۲. ماهیت و گستره تئوری اجتماعی حقوق

تئوری اجتماعی حقوق، به مجموعه تئوری‌ها، اندیشه‌ها و دیدگاه‌های موجود پیرامون نقش حقوق در جامعه؛ یا به‌عبارتی، تحلیل نظری حقوق در جامعه گفته می‌شود. این تئوری، بخشی از جنبش حقوق و جامعه و نیز مطالعات اجتماعی-حقوقی بوده و پیشینه آن به آثار و تألیفات کلاسیک جامعه‌شناسی و نخستین جامعه‌شناسان حقوق بازمی‌گردد.[۱۷] جنبش حقوق و جامعه به‌دنبال بررسی حقوق و جامعه از منظر علوم اجتماعی بوده و گستره وسیع آن: مورخین حقوقی، جامعه‌شناسان حقوقی، جرم‌شناسان، انسان‌شناسان حقوقی، متخصصین اقتصاد رفتاری، پژوهشگران حقوق و توسعه،

1. Harrington, Op. Cit., P 1.
2. Mark Murphy
3. School of Education/University of Glasgow
4. Social Phenomena
5. Murphy, M. *Social Theory and Education Research:Understanding Foucault, Habermas, Bourdieu and Derrida*, Routledge, 2013, P 4.
6. Roger Cotterrell
7. Queen Mary College/Unversity of London
8. "The Social"
9. Sarat, A. *The Blackwell Companion to Law and Society*, Blackwell Publishing, 2004, P 15.
10. Patricia Lengermann
11. George Washington University
12. Jack, Op. Cit.
13. Anthony Giddens
14. The London School of Economics and Political Science
15. Giddens, A. *Social Theory and Modern Sociology,* Stanford University Press, 1987, P vii-viii.
16. Held, D. and Thompson, J. B. *Social Theory of Modern Societies: Anthony Giddens and his Critics*, Cambridge University Press, 1994, P 29.
17. Harrington, Marshall and Muller, Op. Cit., P 313.

متخصصین مطالعات تطبیقی، و همچنین بسیاری از دیدگاه‌هایی را که رویکردی تجربی به حقوق دارند دربرمی‌گیرد.[1] جنبش «حقوق و جامعه» جنبشی بین رشته‌ای بوده که روش و تئوری علوم اجتماعی و تاریخ را در جهت کشف چگونگی عملکرد حقوق و بررسی مسائل حقوقی به کار می‌گیرد.[2] مطالعات اجتماعی- حقوقی حوزه‌ای چندرشته‌ای یا بین‌رشته‌ای است که با گردآوری اندیشه‌ها و روش‌های مقتبس از طیف وسیعی از رشته‌ها به مطالعه پدیده‌های حقوقی می‌پردازد.[3]

۲. تئوری اجتماعی حقوق از منظر میشل فوکو

اگرچه فلسفه و تاریخ رایج‌ترین حوزه‌های پژوهشی مورد توجه فوکو به‌شمار می‌روند؛ بااین‌حال تحلیلگران بسیاری از دیگر حوزه‌ها همچون معماری، جغرافیا، مطالعات ادبی، سیاست، آموزش و حقوق نیز با هدف ارائه تفاسیر و رویکردهای نوین در حوزه‌های مرتبط با خود اقدام به استخراج منابع تحلیلی از آثار وی نموده‌اند.[4] در سال‌های اخیر پژوهشگران حقوقی بیش از پیش به آثار فوکو علاقه‌مند شده و گاهی از وی با عنوان مورخ حقوقی، مدافع فمینیسم حقوقی، یا نئومارکسیست یاد می‌کنند. برخی پژوهشگران مستقیماً تئوری‌های وی را درخصوص مسائل حقوقی همچون حریم خصوصی، مالکیت معنوی، و مجازات به کار می‌گیرند.[5] شماری از مفسرین وی را مورخی حقوقی می‌دانند که به ارائه برخی ادعاهای تجربی پیرامون سیر تکاملی نظام‌های حقوقی پرداخته است؛ چنان‌که برای مثال عنوان می‌دارد که نظام‌های حقوقی پیشامدرن مبتنی‌بر نوعی قانون قهری[6] بوده، لیکن سرانجام به نظام‌های حقوقی مدرن (و پسامدرنی) مبدل گردیدند که هنجارسازی انضباطی[7] بر آن حاکم است.[8] شناخت تئوری اجتماعی حقوق از منظر فوکو مستلزم بررسی دقیق آرا و نظریات وی پیرامون حقوق و مسائل مرتبط با آن همچون قانون، هنجار، انضباط، قرارداد اجتماعی، قدرت انضباطی، هنجارسازی و مفاهیمی از این دست و تحلیل نظری وی از مفاهیم فوق در جامعه بوده که در ادامه اجمالاً به بررسی شماری از آنها خواهیم پرداخت.

۲.۱. رویکرد حقوقی کلاسیک یا «ظلم قراردادی»

فوکو یکی از عمده رویکردها یا پارادایم‌های حقوق و علوم سیاسی را که از آن با عناوین مختلفی همچون رویکرد حقوقی کلاسیک[9] یا ظلم قراردادی[10] یاد می‌کند زیر سؤال می‌برد. رویکرد حقوقی کلاسیک نشئت‌گرفته از نظریه‌پردازان قرارداد اجتماعی قرون شانزدهم تا هجدهم میلادی (هابز، لاک و روسو) بوده، لیکن فرضیات و چارچوب اصلی این رویکرد امروزه همچنان مورد توجه قرار می‌گیرد. مطابق با رویکرد فوق، فرد در تمام حوزه‌های حیات به‌جز جایی که موضوع و تابع قدرت دولت قرار می‌گیرد برای ورود به هرگونه قراردادی با سایرین و پیگیری اهداف فردی خود آزاد است. براساس

1. Tamanaha, B. *Law as a Means to an End:Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2006, P 123.
2. Cohen, J. and Gleason, T. *Social Research in Communication and Law*, Sage Publications, 1990, P 48.
3. Bibbngs, L. S. *Binding Men: Stories about Violence and Law in Late Victorian England*, Routledge, 2014, P 5.
4. Smart, B. *Michel Foucault*, Routledge, 2002, P xiii.
5. Woolhandler, J. "Toward a Foucauldian Legal Method", *University of Pitsburgh Law Review*, Volume 76, 2014, P 145.
6. Coercive Law
7. Disciplinary Normalization
8. Litowitz, D. E. *Postmodern Philosophy and Law*, University Press of Kansas, 1997, P 65.
9. Classical Juridical View
10. Contract Oppression View

تئوری کلاسیک، قدرت به‌معنای قدرت دولت است و نقشی سرکوبگرانه دارد. فوکو بر این باور است که چنین برداشتی از قدرت بیشتر با جوامع پیشامدرن و نه جوامع مدرن سازگار است؛ زیرا اشکال مدرن قدرت لزوماً با قدرت دولت هم‌راستا نیست، بلکه شبکه پیچیده‌ای است که از منابع مختلف سرچشمه می‌گیرد. رویکرد حقوقی کلاسیک با تمرکز بر قدرت دولت سعی بر پنهان و مبهم ساختن طرقی دارد که در آن فرد تحت سلطه قوای دیگر قرار می‌گیرد (به‌عنوان مثال مدارس، بیمارستان‌ها، ارتش،..). به باور وی، اصلی‌ترین معضل تئوری قرارداد اجتماعی[1] مشروعیت‌بخشی به قدرت حاکمه دولت بر افراد است، حتی اگر توجیه عقلانی نیز برای آن وجود داشته باشد. تئوری قرارداد اجتماعی با این فرض که دولت ثمره انتخاب آزاد افراد در «وضع طبیعی» است به توجیه آن می‌پردازد. باور مبنا این است که هر فرد در وضع طبیعی واجد قدرت‌های طبیعی خاصی همچون حق صیانت نفس، دفاع از خود، آزادی، قرارداد، و اموال است. افراد در وضع طبیعی قادر به هم‌زیستی مسالمت‌آمیز با یکدیگر نیستند و ازاین‌رو توافق می‌کنند تا برای حفاظت از خود بعض یا تمام حقوق طبیعی خویش را به‌منظور ایجاد دولت حاکم واگذار نمایند. در این الگو دولت، ثمره قرارداد بوده و مادامی‌که در جهت رفع خواسته‌های افراد شرکت‌کننده در این قرارداد گام برمی‌دارد از مشروعیت برخوردار است. فوکو عنوان می‌دارد که در تئوری حقوقی کلاسیک قدرت به‌مثابه حقی است که افراد همچون یک مال آن را در تملک خود داشته و از طریق یک کنش حقوقی یا عملی که ایجاد حق می‌کند (برای مثال یک قرارداد) قادر به انتقال تمام یا بخشی از آن‌اند. قدرت همان حق عینی و مشخصی است که هر فرد داشته و واگذاری بعض یا تمام آن امکان ایجاد قدرت سیاسی یا حاکمیت را فراهم می‌سازد.[2] ساختار نظری فوق لزوماً مبتنی‌بر این اندیشه است که ایجاد قدرت سیاسی از الگوی یک مبادله حقوقی مشتمل بر مشارکت در یک دادوستد قراردادی پیروی می‌کند.[3] دیگر موضوع مطرح در تئوری حقوقی کلاسیک این برداشت است که ایجاد یک دولت دمکراتیک و به‌کارگیری نظامی از قوانین رسمی بیانگر نوعی پیشرفت اخلاقی است. به باور نظریه‌پردازان قرارداد اجتماعی غلبه عقل، رهایی انسان از حکومتی که مبنای آن حاکمیت افراد[4] است در پی داشته و به روی آوردن وی به حکومتی منجر شده که مبنای آنحاکمیت قانون[5] است.[6]

فوکو روش تبارشناختی[7] را در ترسیم پیدایش الگوی حقوقی کلاسیک در قرون ۱۶ و ۱۷ میلادی به کار می‌گیرد. او با آشکارسازی خاستگاه الگوی حقوقی کلاسیک سعی در رد این الگو دارد؛ چنان‌که عنوان می‌دارد الگوی فوق در ظاهر مدعی محدود نمودن قدرت دولت بوده، لیکن در حقیقت، روشی برای مشروعیت‌بخشی و گسترش قدرت به‌شمار می‌رود. پروژه هابز-لاک-روسو[8] که به‌دنبال توجیه فلسفی دولت است، در واقع روشی برای تضمین حق دولت بر کنترل افراد است. فوکو معتقد است که این رویکرد تبارشناسانه به تغییر دیدگاه ما نسبت به تئوری قرارداد اجتماعی منجر می‌گردد. به‌بیان دقیق‌تر، درخواهیم یافت که تئوری قرارداد اجتماعی، اساساً نه با آزادی فردی که با کنترل اجتماعی[9] سروکار دارد. این تئوری در ظاهر، مدعی حمایت از افراد در مقابل دولت است؛ لیکن در حقیقت، گسترش کنترل دولت بر فرد و عقلانی

---

1. Social Contract Theory
2. Terchek, R. J. and Conte, T. C. *Theories of Democracy*, Rowman & Littlefield Publishing, INC., 2000, P 203.
3. Kelly, M. *Critique and Power:Recasting the Foucault /Habermas Debate*, Massachusetts Institute of Technology, 1994, PP 26-27; Sherratt,Y. *Continental Philosophy of Social Science:Hermeneutics, Genealogy, Critical Theory*, Cambridge University Press, 2006, P 149.
4. Rule of Men
5. Rule of Law
6. Litowitz, Op. Cit., PP 66-68.
7. Geneological Method
8. Hobbes-Locke-Rousseau Project
9. Social Control

جلوه دادن آن را به‌دنبال دارد. فوکو عنوان می‌کند که الگوی قرارداد اجتماعی برخاسته از اندیشه نظریه‌پردازان سیاسی نبوده، بلکه در زمانی مشخص و برای هدف مشخصی پدیدار گشته است. به‌عبارت دقیق‌تر، این الگو در پایان قرون وسطی، در جریان افول فئودالیسم و ظهور امپراتوری‌های سلطنتی اروپا مطرح شده است. گردهم آمدن جمعیت‌های بزرگ در این دوران به پیدایش این معضل بی سابقه منجر شد که چگونه باید توسط یک قدرت متمرکز، بر جمعیت انبوهی از افراد، حکمرانی کرد. در اینجا بود که تئوری قرارداد اجتماعی به‌عنوان راهی برای عقلانی سازی ضرورت مدیریت و سازمان‌دهی شمار انبوه مردم به کار گرفته شد. فرمانروایان با استفاده از الگوی قرارداد اجتماعی این‌گونه استدلال می‌نمودند که افراد ساکن در داخل مرزهای آنها، داوطلبانه به قوانین سرزمینی رضایت داده و با اراده‌ی خود فرمانبردار و مطیع حکومت آنان گشته‌اند.

همان‌گونه‌که گفته شد، الگوی حقوقی کلاسیک، قدرت را ازجمله حقوق افراد (مشخصاً نوعی از حقوق طبیعی[1] فرد در وضع طبیعی) می‌داند و مطابق با این الگو فرد، اختیار وضع قوانین کیفری و مدنی، برپایی مدارس، ایجاد ارتش، ساخت جاده‌ها و پل‌ها، و غیره را به دولت اعطا می‌کند. فوکو عنوان می‌دارد که ما الگوی حقوقی قدرت و ساختار قانونی جامعه را میراث‌دار رژیم‌های گذشته هستیم. تجدید حیات قوانین روم باستان در قرن دوازدهم آغاز شد و همراه با گفتمان‌های حاکمیت، مشروعیت، و حقوق نقش سازنده‌ای در ایجاد و برقراری قدرت و اختیار مطلق نظام پادشاهی داشت. مطابق با فوکو، حق در غرب همان حق پادشاه است. هر زمان که گفتمان قانونی «حق» به‌دنبال تحدید یا تضمین مطلقیت قدرت پادشاه بود؛ در واقع به‌دنبال این بود تا قدرت را حق پادشاه سازد. به باور فوکو، نقش اساسی «تئوری حق» از قرون وسطی تاکنون تثبیت مشروعیت قدرت بوده و این اصلی‌ترین مسئله تئوری حق و حاکمیت است.[2]

۲.۲. گفتمان حق‌ها، انسان حقوقی و انسان اقتصادی

به باور فوکو، حقوق (حق‌ها) درجاتی از قدرت مورد تأیید اجتماعی‌اند که اعتبار آنها از نظر هنجاری بر اساس گفتمان‌های تاریخی موجود پیرامون حق توجیه می‌شود.[3] فوکو اغلب بر اهمیت حق‌ها تأکید می‌ورزد. وی از دهه ۱۹۷۰ میلادی به‌بعد در آثار خود به حقوق مختلفی همچون: حق پناهندگی، حق سلامت، حق محاکمه منصفانه و سایر حقوق اشاره نموده و مکرراً خواستار احترام به حقوق مثبته افراد بوده است. وی در برخی موارد به طرح أشکال نوینی از حق پرداخته است. طرح حقوق جدید توسط فوکو را نباید صرفاً به‌عنوان بسط حقوق موجود (از طریق اضافه کردن برخی حقوق ناشناخته قبلی به فهرست حقوقی) در نظر گرفت؛ بلکه باید دانست که فوکو به‌دنبال کشف اشکال نوینی از حق است. به باور فوکو، باید به‌دنبال شکل نوینی از حق باشیم که هم پاد-انضباطی بوده و هم رها از «اصل حاکمیت»[4] باشد. این شکل جدید از حق می‌باید قادر به مهار تاکتیک‌های انضباطی همچون نگرش سلسله‌مراتبی، اقرار و نظارت بوده و به ترغیب و تقویت خودسازی‌های اخلاقی بپردازد. وی با در نظر گرفتن نوعی «حق نسبی جدید» به‌دنبال آزادسازی مفهوم حق از برداشت‌های حقوقی است. این شکل جدید از حق مبتنی‌بر ایده طبیعت بشری یا مفاهیم کم و بیش ثابت و معین نرمالیته[5] نبوده و بر تفاوت‌ها و نه بر شباهت‌ها تمرکز دارد. در این رویکرد مفهوم حق ایجابی[6](که به ترویج دوسویگی و

1. Natural Rights
2. Cohen, J. L. and Arato, A. *Civil Society and Political Theory*, Massachusetts Institute of Technology, 1992, P 259.
3. Sinnerbrink, R. et al. *Critique Today*, Brill NV, 2006, P 17.
4. Principle of Sovereignty
5. Normality
6. Positive Right

تبادل می‌پردازد) جایگزین ایده حق سلبی[۱] (که به حراست از حریم خصوصی می‌پردازد) می‌گردد. در واقع، ایده حق نسبی به‌نوعی تعهد اخلاقی اشاره می‌کند که شکل خود-تنظیمی[۲] به خود می‌گیرد. فوکو به متابعت از نیچه، حقوق را خصیصه ذاتی افراد که به ایجاد محدودیت‌هایی برای سایر نهادهای فردی و جمعی منجر می‌شود تلقی نکرده است، بلکه حقوق را موضوع روابط میان آنها می‌داند. وی حق‌ها را به‌مثابه سازوکاری جهت ایجاد تغییر در اجتماع و حتی خلق أشکال نوین اجتماع می‌داند.[۳]

فوکو از منظر نوع خاصی از فلسفه سیاسی (که در درس‌گفتار خود به تاریخ ۱۴ ژانویه ۱۹۷۶ میلادی آن را تئوری حاکمیت[۴] می‌نامد) به مقوله حق می‌پردازد. وی در اینجا کارکرد رایج قانون را که پیش‌فرض نظری اندیشمندانی همچون هابز و روسو به‌شمار می‌رود، هدف قرار نداده است. مطابق با پیش‌فرض‌های نظری فوق: جایی که قانون به‌نحو خردمندانه توسط مردم یا اراده‌ای مشخص شکل گیرد، توأمان شاهد یکپارچگی قدرت و تعیین حدود قلمرو آن خواهیم بود. در برداشت حقوقی موجود از سیاست، در خلال قرون هفدهم و هجدهم در فرانسه و بریتانیا این پیش‌فرض‌ها به باوری خلل‌ناپذیر و قطعی در خصوص قانون به‌عنوان شرط کافی قدرت بدل گشتند. فوکو مناسب بودن این الگو برای تحلیل تحولات قدرت در جوامع پسا انقلابی به موازات پیدایش زیست- قدرت[۵] و قدرت انضباطی[۶] را زیر سؤال می‌برد. مطابق با فوکو «حاکمیت» در اینجا به‌معنای إعمال قدرت همه جانبه و سرکوبگرانه نیست، بلکه قدرتی است که پیش از هر چیز بر الگوی اقتصادی مبادله و قرارداد مبتنی است. حاکمیت در اینجا به‌معنای حق «قدرت عمومی»[۷] بر مبنای حقوق طبیعی و مقدس شهروندان است. افراد، دارندگان اصلی این حقوق بوده که با هدف تأسیس قدرت عمومی که به محافظت از آنها می‌پردازد، این حقوق را واگذار می‌نمایند. ساختار حقوقی در جهت تعیین مشروع (اعمال حق) یا نامشروع بودن (سوءاستفاده از قدرت) اقدامات دولت به‌کار گرفته می‌شود. فوکو حق را تعیین‌کننده محدوده قدرت عمومی در قانون اساسی توصیف نموده که این قدرت به‌طور پیشینی[۸] بر حقوق مسلم و قطعی اشخاص متعاهد بنا نهاده شده و به‌طور پسینی[۹] از طریق قواعد مختلف حقوقی اعمال می‌گردد. وی (در درس‌گفتار ۱۴ ژانویه ۱۹۷۶ میلادی) کد ناپلئون[۱۰] را محصول مستقیم «تئوری حاکمیت» می‌داند. فوکو به‌دلایل روش‌شناختی از به‌کارگیری این الگو برای تحلیل قدرت صرف‌نظر نموده است؛ زیرا به عقیده وی قدرت باید پیش از هر چیز در کاربست مشخص خود، جایی که در وهله نخست یک «رابطه» به‌شمار می‌رود، مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد. وی بر تقابل آشکار (از قرن نوزدهم) میان دو گفتمان ناسازگار و درعین‌حال ملازم، یعنی گفتمان انضباط و گفتمان قانون تأکید ورزیده و «انسان منضبط» را شرط تاریخی پیدایش «انسان حقوقی»[۱۱] عنوان می‌کند.[۱۲]

---

1. Negative Right
2. Self-Organization
3. Lemke, T. Foucault. *Governmentality and Critique*, Routledge, 2012, PP 67-68; Zembylas, M. and Keet, A. *Critical Human Rights Education: Advancing Social-Justice-Oriented Educational Praxes*, Springer, 2019, PP 38-40.
4. Theory of Sovereignty
5. Biopower
6. Disciplinary Power
7. Public Power
8. A Priory
9. A Posteriori
10. Napoleonic Code
11. Homo Juridicus
12. Golder, B. *Re-reading Foucault:On Law*, Power and Rights, Routledge, 2013, PP 171-173.

مطابق با فوکو در حدود قرون شانزدهم و هفدهم میلادی شاهد پیدایش عقلانیت نوینی در حکمرانی هستیم که فناوری مشخصاً مدرنی از قدرت را به نمایش می‌گذارد. در فاصله سال‌های ۱۵۸۰ تا ۱۶۵۰ میلادی شاهد ظهور نگرش نوینی پیرامون حکومت هستیم که دیگر نه بر گسترش قلمرو و شکوه و عظمت پادشاه، بلکه بر افزایش قدرت جمعیت (مردمان) تمرکز دارد. فوکو در این مرحله از پژوهش خویش به ارائه مناقشه‌برانگیزترین مشاهدات خود پیرامون قانون می‌پردازد و صراحتاً الگوی حقوقی حاکمیت (و قانون) را اساساً ناسازگار با اصول بنیادین لیبرالیسم می‌داند. چنین ناسازگاری ریشه در عقلانیت‌های اساساً ناهمگونی داشت که از دیدگاه فوکو محرک و الهام بخش گفتمان حقوقی و هنجارساز است. وی در جریان دوره‌های آموزشی خود با عنوان تولد زیست- سیاست[۱] در کالج فرانسه[۲] اشکال حکمرانی معاصر را علت ظهور لیبرالیسم و نئولیبرالیسم به‌عنوان ایدئولوژی‌های غالب می‌دانست. مطابق با دیدگاه فوکو، انسان حقوقی و انسان اقتصادی[۳] دو شخصیت مدرنی‌اند که متمایز از یکدیگر و در کنار هم مسئله حکومتمندی[۴] را مطرح می‌سازند. انسان حقوقی انسانی است که تابع و مطیع حق، قانون و حاکمیت بوده، انسان اقتصادی انسانی است که تابع سود و منفعت بوده و غیرقابل تقلیل به چارچوب حق عمومی و قرارداد اجتماعی است.[۵] به عقیده وی، با ظهور اقتصاد مدرن در قرن هجدهم میلادی دیگر نه انسان حقوقی (که در اندیشه حقوقی- سیاسی واجد حقوق به‌شمار می‌رفت)، بلکه انسان اقتصادی (نماینده تمام‌عیار منافع بشری که توسط دست نامرئی[۶] بازار هدایت می‌شود)، موضوع حکمرانی گردید. این دو، و ارتباط آنها با قدرت سیاسی کاملاً با یکدیگر متفاوت‌اند. در یکی، وجود حاکم و فرمانروا از ضروریات است، حال آنکه در دیگری، غیرضروری و گاهی زیان‌بار به‌شمار می‌رود. مطابق با فوکو، افراد برای صیانت از منافع خویش به قرارداد اجتماعی ملحق شده، موضوع حق قرار می‌گیرند و مطیع اراده مطلق فرمانروا می‌گردند. حال آنکه، انسان اقتصادی به دو دلیل هیچ‌گاه نمی‌تواند از منافع خود صرف‌نظر نماید. نخست آنکه، منافع شخصی در مقایسه با الزام‌آوری هر گونه قرارداد اجتماعی از اهمیت بیشتری برخوردار است؛ بدین معنا که چنانچه قرارداد اجتماعی متضمن نفع افراد نباشد، دیگر الزام‌آور نخواهد بود. دوم آنکه، منفعت امری فردی است و به‌طور جمعی قابل پیگیری نیست؛ بنابراین، نفع مشترک[۷] در این رویکرد نفع مرتبط با کلیت جامعه نیست، بلکه بیشتر به‌معنای برآیند منافع یکایک افراد است. دو نظام تنظیمی ناشی از این دو دیدگاه به‌نحو بنیادینی متمایز از یکدیگرند. نظام مرتبط با انسان حقوقی، نظامی است که در آن فرمانروا مظهر اراده مطلق همگان است و محدودیت‌هایی را بر رعایا و شهروندان خود اعمال می‌نماید؛ درحالی‌که نظام مرتبط با انسان اقتصادی با این فرض که جامعه، خود قادر به یافتن تعادل خویش است، تا حد امکان به رد هر شکلی از حکومت می‌پردازد.[۸]

---

1. Birth of Biopolitics

زیست–سیاست، فصل مشترک و تلفیق حیات و سیاست بوده و به شکلی از سیاست اشاره دارد که با حیات(زیست) سروکار دارد. زیست–سیاست به ورود مسائل مرتبط با حیات بیولوژیک به حوزه گفتمان و تصمیم‌سازی سیاسی اشاره دارد.

Benedikter, R. *Religion in the Age of Re-Globalization, Palgrave macmillan*, 2022, P 222; Peterson, S. A. and Somit, A. *Handbook of Biology and Politics*, Edward ElgarPublishing, 2017, P 41.

2. College de France

3. Homo Economicus

4. Governmentality

5. Brown,W. *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*, Zone Books, 2015, P 78; Broglio, R. *Beasts of Burden: Biopolitics, Labor, and Animal Life in British Romanticism*, Suny Press, 2017, P 20; Rayner, T. *Foucault's Heidegger Philosophy and Transformative Experience*, Continuum, 2007, P 107.

6. Invisible Hand

7. Common Interest

8. Martire, J. *A Foucauldian Interpretation of Modern Law: From Sovereignty to Normalisation and Beyond*, Edinburgh University Press, 2017, PP 19-20.

۲.۳. قانون از قرون وسطی تا عصر مدرن

اظهارات فوکو پیرامون «قانون» سمت و سوی جدیدی به مطالعات قانون و حکمرانی در سر تا سر جهان داده است.[۱] قانون همواره پیش‌زمینه روایت‌های تاریخی فوکو از جنون، تنبیه، و جنسیت بوده است. قانون در آثار فوکو عنصری اساسی در فهم و شناخت اشکال گوناگون کارکرد قدرت، برساخت[۲] سوژه‌ها، و شالوده رفتار اخلاقی در جوامع باستان، مدرن و معاصر به‌شمار می‌رود. ازاین‌رو می‌توان گفت که قانون صراحتاً و تلویحاً جایگاهی کلیدی و حائز اهمیت را در اندیشه فوکو به خود اختصاص داده است. فوکو در سال ۱۹۸۱ میلادی و به دعوت دانشکده‌های حقوق و جرم‌شناسی دانشگاه کاتولیک لوون[۳] به ارائه مجموعه درس‌گفتارهایی با عنوان «تخلف؛ بیان حقیقت»[۴] پیرامون کارکرد اقرار در عدالت پرداخت.[۵] وی در مصاحبه‌ای که به میزبانی این دانشگاه صورت گرفت، در توضیح رویکرد خود به مسئله قانون و حقوق عنوان می‌دارد: «در کنار مباحثی همچون: جنون، جرم و زندان به مسئله حق‌ها و قانون پرداخته‌ام و پرسشی که همواره مطرح نموده‌ام این است که چگونه فناوری[۶] حکومت و همچنین روابط قدرت، در جامعه‌ای که مدعی عملکردی قانونی و یا نسبتاً قانونی است، شکل می‌گیرد».[۷]

وی در نخستین جلد از اثر خود با عنوان«تاریخ جنسیت»[۸] صراحتاً به مفهوم قانون می‌پردازد و عنوان می‌دارد که در خلال دوران کلاسیک تا عصر مدرن، قانون به شیوه‌ای یکه‌سالارانه بیانگر قدرت حاکمیت بود. تا جایی که ممنوعیت و سرکوب، یکی از مفاهیم قانونی قدرت به‌شمار می‌رفت. به‌لحاظ تاریخی، پیوند قانون و حاکمیت به قرون وسطی، یعنی زمانی که قدرت شاه یا فرمانروا به‌نحوی افراط‌گرایانه تعیین‌کننده قانون بود، بازمی‌گردد.[۹] مطابق با فوکو پیش از استقرار دولت شاهد بی‌نظمی در حوزه قدرت هستیم. در اغلب موارد روابط قدرت متأثر از قلمرو بود و فئودالیسم و سرواژ[۱۰] بازنمود این قدرت به‌شمار می‌رفتند. این بی‌نظمی گاهی منازعات را در پی داشت که حل‌وفصل آن به‌راحتی امکان‌پذیر نبود. رفع این‌گونه منازعات بدون وجود سلسله‌مراتبی که قدرت‌های محلی را با یکدیگر متحد سازد، صرفاً از طریق جنگ ممکن بود. اصل سلسله‌مراتب به‌عنوان راه‌حلی برای این موضوع در نظر گرفته شد. مادامی که اختلافات بالقوه در رأس سلسله مراتب حل‌وفصل می‌گردید، جامعه به‌سمت و سوی نظم حرکت می‌کرد. ازاین‌رو مطابق با فوکو دولت‌ها به این دلیل مورد پذیرش واقع شدند که عامل و واسطه‌ای برای تنظیم‌گری، میانجی‌گری و تحدید حدود به‌عنوان راهی برای

---

1. Clark, D. S. *Encyclopedia of Law & Society*, Sage Publications, 2007, P 597.
2. Fabrication
3. Universite Catholique de Louvain or The Catholic University of Louvain
4. "Wrong-Doing,Truth-Telling"
5. Brion, F. and Harcourt, B. E. *Wrong-Doing,Truth-Telling:The Function of Avowal in Justice*, The University of Chicago Press, 2014, P 235.
6. Technology

فناوری، به‌کارگیری دانش علمی برای مقاصد کاربردی حیات بشری و یا تغییر و کنترل محیط زیست انسان است. فناوری به‌کارگیری دانش علمی در روش‌ها و اقدامات بوده که انسان به مدد آن قادر به مدیریت و اصلاح محیط خود است.

Jacobs, D. *The Cultural Side of Innovation: Adding Values, Routledge*, 2014, P 35; Paipetis, S. A. *The Unknown Technology in Homer*, Springer, 2010, P 62.

7. Lotringer, S. *Foucault Live: Collected Interviews 1961-1984,* Semiotext (E), 1989, PP 414-415; Lotringer, S. *The Politics of Truth*, Semiotext (E), 2007, P 142.
8. The History of Sexuality
9. Lawlor, L. and Nale, J. *The Cambridge Foucault Lexicon*, Cambridge University Press, 2014, PP 243-244.
10. Serfdom

ایجاد نظم در میان قدرت‌های فوق به‌شمار می‌رفتند.[1] دولت در واقع به قانونمندسازی و سامان‌دهی قدرت پرداخت، و این امر در پاسخ به نیاز مبرم به نظم صورت گرفت. قانون در این فرایند مهم‌ترین سازوکار را برعهده داشت. ایجاد نظام نسبتاً جامعی از قوانین را نباید به‌عنوان اهرمی در نظر گرفت که پادشاه از آن برای اطمینان از تبعیت و فرمانبرداری از طریق تهدید به اعمال خشونت استفاده می‌نمود. در واقع، قانون نه با اعمال خشونت، بلکه در نتیجه ایجاد انسجام از طریق یکپارچه‌سازی روابط قدرت استقرار یافت. با آغاز دوران کلاسیک، شاهد سامان‌دهی روابط قدرت با هدف تبدیل سازوکارهای اولیه قدرت به سازوکاری قانونی هستیم. قانون به هماهنگ‌سازی روابط پیشین قدرت و کاهش بروز اختلافات و منازعات میان ساختارهای تشکیل‌دهنده آن منجر گردید. بدین‌منظور، قانون به‌مثابه حق فرمانروا در به‌کارگیری خشونت به‌هنگام نقض قوانین موجود در قلمرو خویش به‌شمار می‌رفت. قانون در این دوران در تنبیه و مجازات تجسم یافته[2] و برای فرمانروا امکان إعمال اراده شاهانه، کسب امتیازات، و همچنین مشروعیت لازم جهت استمرار موجودیت قانونی خویش را فراهم می‌ساخت. با ظهور حکومتمندی پادماکیاولیایی، قانون در مقایسه با اقدامات پیشگیرانه و هنجارساز در اولویت کمتری قرار گرفت. فوکو خاطرنشان می‌سازد که قدرت در جامعه مدرن عمدتاً بیانگر فرامین پادشاه نبوده، بلکه در راستای منطق هنجار، ساختار می‌یابد. فوکو به تبعیت از ژرژ کانگیلم،[3]فیلسوف و پزشک فرانسوی، مفهوم بهنجار[4] را از واژه هنجار[5] اقتباس نمود. هنجار در علوم اجتماعی به قاعده‌ای اطلاق می‌گردد که به‌مثابه یک آستانه حداقلی، یا حد متوسط، یا نقطه بهینه و مطلوبی است که می‌باید در راستای آن حرکت کرد. مطابق با فوکو هنجار مفهومی است که منحصراً محدود به قلمرو اخلاق، رفتار و قانون نشده، بلکه بیانگر روشی جامع، همه‌جانبه و مشخصاً مدرن از اندیشه است.[6]

آثار فوکو این پرسش را مطرح می‌کند که آیا قانون در همگام شدن با تحولات، شکست خورده و در نتیجه، به حاشیه رانده شده و جای خود را به سایر انواع تنظیم‌گری و کنترل داده است؟ فوکو در این آثار به بررسی فرایندهایی می‌پردازد که انواع نوین دانش[7] و قدرت[8] از رهگذر آن بروز و ظهور یافته و با تقویت یکدیگر جامعه‌ای را ایجاد نموده که وی آن را جامعه انضباطی[9] می‌نامد. زندان، آسایشگاه، مدرسه، کلینیک پزشکی و سایر پایگاه‌های زیربنایی، کانون اصلی ظهور تدریجی مجموعه دانش/ قدرت[10] است که در آن قواعد، مهارت، آموزش، و پایش فنی ترکیب می‌گردند تا مردمان را تنظیم‌گری نموده و به تبیین جایگاه افراد به‌عنوان فاعلینی مستقل و مسئول بپردازند. فوکو به مخالفت با مداخلات گاه و بیگاه و گسسته قانون در جامعه پرداخته است و آنچه وی نگاه متفاوتی به آن دارد نوعی از قدرت انضباطی و همواره تنظیم‌گر است که به‌نحو فراگیر، تنگاتنگ و به تمامه در جامعه مأوا گزیده است. از منظر وی، این نوعی حکمرانی است که به‌طور ویژه بر تنظیم‌گری اقتصاد و جمعیت تمرکز داشته و مبتنی‌بر تاکتیک‌های چندگانه[11] و طیفی از تکنیک‌ها،

1. Foucault, M. *The History of Sexuality*,Volume I: An Introduction, Translated by: Robert Hurley, Rndom House nc.,1978, PP 86-87.
2. Tadros,V. "Between Governance and Discipline:The Law and Michel Foucault", *Oxford Jurnal of Legal Studies*, Volume 18, Issue 1,1998, PP 86-87.
3. Georges Canguilhem
4. Normal
5. Norm
6. Martire, Op.Cit, P 7.
7. Knowledge
8. Power
9. Disciplinary Society
10. Knowledge/Power
11. Multiform Tactics

مهارت‌ها و داده‌هاست که صرفاً به‌علت نیاز به دانستن و نظارت، با یکدیگر یکپارچه گشته است. فوکو این کنش تنظیم‌گرانه فراگیر را حکومت‌مندی و نه حکومت می‌داند.[۱] کم‌توجهی فوکو به قانون در مدرنیته، ریشه در مفهوم‌سازی وی از قانون به‌عنوان قدرت دولت (احکام و فرامین پادشاه) و سرکوب دارد. تمایل به در حاشیه راندن قانون به‌شدت با این باور که قانون به‌نحو روزافزون نقش چشمگیری در جامعه مدرن ایفا می‌کند، در تعارض است؛ لیکن روایت فوکو از «افول قانون» به هیچ‌عنوان به‌معنای از بین رفتن قانون نبوده؛ بلکه به‌معنای در نظر گرفتن نقش کمکی و فرعی برای قانون در جامعه انضباطی مدرن است.[۲]

۲.۴. هنجارسازی: سازوکار قدرت انضباطی

هنجارسازی (ازجمله اصطلاحات فوکویی) به‌معنای تنظیم رفتار منطبق با استانداردهای مقرر است.[۳] فوکو هنجارسازی را سازوکار قدرت انضباطی می‌داند. هنجارسازی از طریق آنچه فوکو آن را «قدرت انضباطی» می‌نامد، صورت می‌گیرد. قدرت انضباطی (که به آن قدرت مدرن[۴] و بعضاً قدرت مویرگی[۵] نیز اطلاق می‌گردد) قدرتی مولد (و نه سرکوبگر) بوده که از پایین و نه از بالا اعمال می‌گردد.[۶] این قدرت از طریق نهادهای اجتماعی همچون آموزش، درمان، حقوق، ازدواج، و دین عملی می‌گردد.[۷] قدرت انضباطی مبتنی‌بر سرکوب، قانون یا دولت نیست، بلکه متکی بر خود- منضبط‌سازی[۸] اقدامات فردی از طریق نظارت و پایش[۹] و هنجارسازی است.[۱۰] قدرت انضباطی برای فوکو نوع متفاوتی از قانون است: نوعی قانون که مقدم بر امر حقوقی بوده، در بدنه اجتماعی، فرهنگی، و سیاسی نفوذ نموده و از طریق اعمال مجموعه‌ای از اقدامات انضباطی مشتمل بر نظارت عیناً به تولید فرمانبرداران (منقاد) می‌پردازد. قدرت انضباطی نه با دولت که با فرهنگ و جامعه در ارتباط است.[۱۱]

مطابق با فوکو، قدرت انضباطی منجر به پذیرش و باور آرمان‌هایی همچون: برابری و کلیت[۱۲] در میان افراد جامعه مدرن می‌گردد. انضباط، برابری، و کلیت را ممکن می‌سازد و پلی میان هنجارهای قانونی ایدئال و واقعیت حیات مدرن ایجاد می‌نماید. انضباط از طریق ایجاد طبقات و اصناف (به‌عنوان مثال، خلافکاران و مجانین) که مستحق نفع بردن و بهره‌مندی از هنجارهای قانونی نیستند، امکان برخورد منصفانه و برابر با همگان را محقق می‌سازد.[۱۳] قدرت انضباطی از طریق

---

1. Harrington, Marshall and Muller, Op. Cit., PP 313-315; Cotterrell, R. Law, *Culture and Society: Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Ashgate, 2006, PP 18-26.
2. Hunt, A. "Foucault's Expulsion of Law:Toward a Retrieval", *Law and Social Inquiry*, Volume 17, Issue 1, 1992, PP 15-16.
3. O'leary, M. *Classroom Observation: A Guide to the Effective Observation of Teaching and Learning*, Routledge, 2014, P 35.
4. Modern Power
5. Cpillary Power
6. Waylen, G. et al. *The Oxford Handbook of Gender and Politics*, Oxford University Press, 2013, P 25
7. Magnusson, E. Marecek, J. *Gender and Culture in Psychology: Theories and Practices*, Cambridge University Press, 2012, P 26.
8. Self-Disciplining
9. Surveillance
10. Kinsman, G. and Gentile, P. *The Canadian War on Queers*, UBC Press, 2010, P 29; Saleci, R. *The Spoils of Freedom: Psychoanalysis and Feminism After the Fall of Socialism*, Routledge, 2002, P 38.
11. Terrel, C. and Chambers, S. *Judith Butler's Precarious Politics: Critical Encounters*, Routledge, 2008, P 153.
12. Universality
13. Harcourt, B. E. *Illusion of Order: The False Promise of Broken Windows Policing*, Harvard University Press, 2001, P 156.

تکنیک‌های «خود»[1] به‌شکل‌گیری انگیزه‌ها، تمایلات، و شخصیت افراد منجر می‌گردد. افرادی که از این طریق تربیت یافته‌اند، عادات، توانایی‌ها، و مهارت‌هایی کسب نموده‌اند که امکان کنش‌های اجتماعی مقتضی را بدون نیاز به اعمال هیچ‌گونه قدرت قهری بیرونی فراهم می‌سازند. قدرت انضباطی در دوران مدرن، از طریق ابزارهایی همچون: مدارس، بیمارستان‌ها، پادگان‌ها و زندان‌ها اعمال می‌گردد، و خود خانواده یکی از مهم‌ترین کانون‌های اصلی آن به‌شمار می‌رود. از طریق تمامی این ابزار و شیوه هاست که حکومت‌مندی صورت می‌گیرد.[2] وی قانون را شکل ابتدایی قدرت در دوران کلاسیک و پیشامدرن می‌داند که انضباط به‌عنوان شکل بارز قدرت مدرن از اهمیت آن کاسته است. به باور وی، کارکرد انضباط نه توسط حق، بلکه توسط تکنیک، نه توسط قانون، بلکه به‌واسطه هنجارسازی، و نه از راه مجازات، بلکه به‌وسیله کنترل تضمین می‌گردد.[3]

نتیجه‌گیری

پژوهش پیش‌رو با هدف بررسی ماهیت تئوری اجتماعی، تئوری اجتماعی حقوق و همچنین توصیف و تحلیل نظری حقوق در جامعه از منظر میشل فوکو، فیلسوف و نظریه‌پرداز اجتماعی و سیاسی قرن بیستم میلادی فرانسه، صورت گرفته است. مطابق با یافته‌های پژوهش، تئوری‌های اجتماعی چارچوب‌ها یا پارادایم‌های تحلیلی‌اند که برای بررسی پدیده‌های اجتماعی به‌کار گرفته می‌شوند. اصلی‌ترین مسائل مطرح در تمامی تئوری‌های اجتماعی: ارتباط میان ساختار اجتماعی و کنش فردی، ارتباط میان امر خُرد و کلان اجتماعی، ماهیت قدرت، علل نابرابری‌ها، و علل و منشأ تحولات است. این تئوری به‌دنبال شناسایی الگوهای مناسبات اجتماعی، تبیین کنش‌های فردی و جمعی بشر، تبیین آنچه افراد را به جامعه مرتبط می‌سازد، و اینکه چگونه انواع گوناگون نهادهای اجتماعی در جهان اجتماعی به یکدیگر مرتبط می‌شوند، است. تئوری اجتماعی حقوق در واقع تحلیل نظری حقوق در جامعه است. این تئوری بخشی از جنبش «حقوق و جامعه» و نیز «مطالعات اجتماعی- حقوقی» بوده و پیشینه آن به آثار و تألیفات کلاسیک جامعه‌شناسی، و نخستین جامعه‌شناسان حقوق باز می‌گردد. در تئوری اجتماعی معاصر آثار فوکو، فیلسوف و مورخ پست مدرن و پساساختارگرا، یکی از مهم‌ترین ابزارهای بازنگری در ماهیت و قلمرو حقوق و قانون از دیدگاه تغییرات بنیادین بلندمدت در ماهیت امر اجتماعی به‌شمار می‌رود. آثار فوکو به توصیف فرایندهایی می‌پردازد که به مدد آن انواع جدید دانش و قدرت پدید آمده و در راستای ایجاد جامعه انضباطی گام برمی‌دارند. زندان‌ها، پادگان‌ها، مدارس و دیگر پایگاه‌های نهادی، کانون اصلی بروز و ظهور تدریجی مجموعه‌های قدرت/ دانش بوده‌اند که در آن هنجارها، مهارت، آموزش و نظارت با یکدیگر ترکیب می‌شوند تا به تنظیم‌گری جمعیت بپردازند و جایگاه افراد به‌عنوان کنشگران مستقل و مسئول را تبیین نمایند. قانون از منظر وی تجلی قدرت فرمانروا بوده، جوهره و ماهیتی قهری و اجباری دارد. کاوش فوکو پیرامون تاکتیک‌های قدرت حاکی از آن است که تاکتیک‌های جوامع پیشامدرن مشتمل بر روابط دانش/ قدرت، و بر محوریت الگوی «قانون و فرمانروا» متمرکز است. این الگو بیانگر منطق سیاسی مبتنی‌بر سلسله‌مراتب است. قدرت در این الگو از اراده یک حاکم مطلق نشئت گرفته و بر قلمرو وی إعمال می‌گردد. در این پیکربندی، قدرت از طریق قانون و با هدف تقویت قدرت مطلق حاکم، بر شهروندان اعمال می‌گردد. در مقابل، در جوامع مدرن و با ظهور شهرنشینی، مدیریت بوروکراتیک صنعتی، و رشد سریع جمعیت، نوعی ابتکار سیاسی با عنوان «قدرت انضباطی» که به‌مراتب کارآمدتر و مسالمت‌آمیزتر بود، به‌نحو

[1]. Self
[2]. Scott, J. and Marshall, G. *Oxford Dictionary of Sociology*, Oxford University Press, 2009, P 294.
[3]. Foucault, Op. Cit., P 89.

روزافزونی جایگزین الگوی «قانون و فرمانروا» گردید. این قدرت از طریق نهادهای اجتماعی همچون: آموزش، درمان، حقوق، ازدواج، و دین عملی می‌گردد. قدرت انضباطی مبتنی‌بر سرکوب، قانون یا دولت نیست، بلکه متکی بر خودمنضبط‌سازی اقدامات فردی از طریق نظارت و پایش، و هنجارسازی است. قدرت انضباطی برای فوکو به‌مثابه نوع متفاوتی از قانون، که مقدم بر امر حقوقی است و در بدنه اجتماعی، فرهنگی و سیاسی نفوذ می‌نماید؛ به‌عبارت دیگر، قدرت انضباطی نه با دولت که با فرهنگ و جامعه در ارتباط است. هدف از این فرایندها تنظیم‌گری اخلاق فردی خارج از مکانیسم‌های قهری قوانین فرمانروایان بوده که جامعه مبتنی‌بر تنظیم‌گری را جایگزین جامعه پیشامدرن مبتنی بر قانون می‌نماید. فوکو قانون را در برابر نوع متفاوتی از قدرت که ماهیتی انضباطی و تنظیم‌کننده دارد و به‌نحو فراگیر و یکپارچه در جامعه ساکن است، در نظر می‌گیرد. در واقع آنچه فوکو در نظر دارد نوعی حکمرانی مستقل و تخصصی است که به‌طور خاص بر تنظیم‌گری اقتصاد و جمعیت تمرکز دارد و بر طیف وسیعی از فنون، مهارت‌ها، اطلاعات و تاکتیک‌ها متکی است. وی این فرایند نظارتی فراگیر را «حکومتمندی» می‌نامد. در حکومتمندی قانون صرفاً کارکردی تاکتیکی دارد؛ بدین معنا که از وضعیت کاملاً حاکمیتی خود تقلیل می‌یابد و در کنار سایر فنون تنظیمی و مدیریتی برای دستیابی به اهداف مشخص به کار گرفته می‌شود. حکومتمندی از طریق هنجارسازی امکان‌پذیر است؛ فرایندی که از طریق آن هر فرد ملزم به تبعیت از هنجارهای حاکم می‌گردد. انسان حقوقی فوکو محصول قرارداد اجتماعی است. مطابق با این قرارداد، افراد بخشی از حقوق طبیعی خود را به فرمانروا واگذار می‌کنند و در قبال آن از برخی حقوق مدنی در قالب قوانین موضوعه برخوردار می‌شوند. وی پس از ترسیم تاریخچه پیدایش تئوری قرارداد اجتماعی، کارکرد حقیقی آن را مشروعیت‌بخشی به کنترل دولت بر افراد و در حقیقت نوعی پیمان انقیاد می‌داند. به باور فوکو، یکی از اساسی‌ترین ابتکارات نئولیبرالیسم کنار گذاشتن مفهوم قرارداد اجتماعی است. وی معتقد است حقوق درجاتی از قدرت مورد تأیید اجتماعی‌اند که اعتبار آنها از نظر هنجاری براساس گفتمان‌های تاریخی موجود پیرامون حق توجیه می‌شود. فوکو با نیچه در تعریف حقوق (حق‌ها) با عنوان درجات شناخته شده و تضمین شده قدرت هم‌عقیده است و حقوق(حق‌ها) را بخشی از دستگاه حکومتمندی مدرن می‌داند. وی حقوق را ویژگی ذاتی افراد که به ایجاد محدودیت‌هایی برای سایر نهادهای فردی و جمعی منجر می‌شود تلقی نکرده، بلکه حقوق را موضوع روابط میان آنها می‌داند. به باور وی حق‌ها جزء لاینفک حکمرانی مدرن به‌شمار رفته و محدوده دقیق قدرت را تعیین می‌کنند.

منابع

کتاب

۱. آرون، ریمون، ***مراحل اساسی اندیشه در جامعه‌شناسی***، ترجمه باقر پرهام، تهران: سازمان انتشارات و آموزش انقلاب اسلامی، ۱۳۶۶.

۲. اسکیدمور، ویلیام، ***تفکر نظری در جامعه‌شناسی***، ترجمه علی‌محمد حاضری و دیگران، تهران: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۷.

References

Books

1. Benedikter, R. *Religion in the Age of Re-Globalization*, Palgrave macmillan, 2022.
2. Bibbngs, L. S. *Binding Men: Stories about Violence and Law in Late Victorian England*, Routledge, 2014.

3. Bohm, D. *Wholeness and the Implicate Order*, Routledge, 2002.
4. Boogaart, H. et al. *The Language of Argumentation*, Springer, 2021.
5. Bratton, J. and Denham, D. *Capitalism and Classical Social Theory*, University of Toronto Press, Second Edition, 2014.
6. Brion, F. and Harcourt, B. E. *Wrong-Doing, Truth-Telling:The Function of Avowal in Justice*, The University of Chicago Press, 2014.
7. Broglio, R. *Beasts of Burden: Biopolitics, Labor, and Animal Life in British Romanticism*, Suny Press, 2017.
8. Brown,W. *Undoing the Demos:Neoliberalism's Stealth Revolution*, Zone Books, 2015.
9. Clark, D. S. *Encyclopedia of Law & Society*, Sage Publications, 2007.
10. Cohen, J. and Gleason, T. *Social Research in Communication and Law*, Sage Publications, 1990.
11. Cohen, J. L. and Arato, A. *Civil Society and Political Theory*, Massachusetts Institute of Technology, 1992.
12. Cotterrell, R. *Law, Culture and Society: Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Ashgate, 2006.
13. Craig, E. *The Shorter Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Routledge, 2005.
14. Dustin, D. *The McDonaldization of Social Work*, Ashgate, 2007.
15. Foucault, M. *The History of Sexuality,*Volume I: An Introduction*,* Translated by: Robert Hurley, Rndom House nc.,1978.
16. Giddens, A. *Social Theory and Modern Sociology*, Stanford University Press, 1987.
17. Golder, B. *Re-reading Foucault:On Law, Power and Rights*, Routledge, 2013.
18. Hanegraaff, W. J. *New Age Religion and Western Culture: Esotericism in the Mirror of Secular Thought*, BRILL, 1996.
19. Harcourt, B. E. *Illusion of Order: The False Promise of Broken Windows Policing*, Harvard University Press, 2001.
20. Harrington, A. Marshall, B. and Muller, H. *Encyclopedia of Social Theory*, Routledge, 2006.
21. Harrington, A. *Modern Social Theory: An Introduction*, Oxford University Press, 2005.
22. Held, D. and Thompson, J. B. *Social Theory of Modern Societies: Anthony Giddens and His Critics*, Cambridge University Press, 1994.
23. Jack, L. *Accounting and Social Theory:An Introduction*, Routledge, 2017.
24. Jacobs, D*. The Cultural Side of Innovation: Adding Values*, Routledge, 2014.
25. Kelly, M. *Critique and Power: Recasting the Foucault /Habermas Debate*, Massachusetts Institute of Technology, 1994.
26. Kinsman, G. and Gentile, P. *The Canadian War on Queers*, UBC Press, 2010.
27. Law, A. *Social Theory for Today: Making Sense of Social Worlds*, Sage, 2015.
28. Lawlor, L. and Nale, J. *The Cambridge Foucault Lexicon*, Cambridge University Press, 2014.
29. Lemke, T. Foucault. *Governmentality,and Critique*, Routledge, 2012.
30. Levin, D. M. *The Opening of Vision: Nihilism and the Postmodern Situation*, Routledge, 2001.
31. Litowitz, D. E. *Postmodern Philosophy and Law*, University Press of Kansas, 1997.
32. Lotringer, S. *Foucault Live: Collected Interviews 1961-1984*, Semiotext (E), 1989.
33. Lotringer, S. *The Politics of Truth*, Semiotext (E), 2007.
34. Madrid, M. *Patterns of Rogerian Knowing*, National League for Nursing Press, 1997.
35. Magnusson, E. Marecek, J. *Gender and Culture in Psychology: Theories and Practices*, Cambridge University Press, 2012.
36. Martire, J. *A Foucauldian Interpretation of Modern Law: From Sovereignty to Normalisation and Beyond,* Edinburgh University Press, 2017.
37. McKean, E. *Consice Oxford American Dictionary*, Oxford University Press, 2006.
38. Mish, F. C. *Merriam-Webster's Collegiate Dictionary*, 11th Edition, Merriam-Webster, Incorporated, 2004.
39. Murphy, M. *Social Theory and Education Research:Understanding Foucault, Habermas, Bourdieu and Derrida*, Routledge, 2013.

40. O'leary, M. *Classroom Observation: A Guide to the Effective Observation of Teaching and Learning*, Routledge, 2014.
41. Padamsee, H. *Unifying the Universe: The Physics of Heaven and Earth*, Institute of Physics Publishing, 2003.
42. Paipetis, S. A. *The Unknown Technology in Homer*, Springer, 2010.
43. Peterson, S. A. and Somit, A. *Handbook of Biology and Politics*, Edward ElgarPublishing, 2017.
44. Pirner, H. J. *The Unknown as an Engine for Science:An Essay on the Difinite and the Indifinite*, Springer, 2015.
45. Raymond, A. *Main Currents in Sociological Thought*, Translated by: Bagher Parham, Tehran: Organization for Publishing and Education for the Islamic Revolution, 1987 .(in Persian)
46. Rayner, T. *Foucault's Heidegger Philosophy and Transformative Experience*, Continuum, 2007.
47. Ritzer, G. *The Blackwell Companion to Major Contemporary Social Theorists*, Blackwell Publishing, 2003.
48. Saleci, R. *The Spoils of Freedom: Psychoanalysis and Feminism After the Fall of Socialism*, Routledge, 2002.
49. Sarat, A. *The Blackwell Companion to Law and Society*, Blackwell Publishing, 2004.
50. Scott, J. and Marshall, G. *Oxford Dictionary of Sociology*, Oxford University Press, 2009.
51. Sherratt,Y. *Continental Philosophy of Social Science:Hermeneutics,Genealogy, Critical Theory*, Cambridge University Press, 2006.
52. Sinnerbrink, R. et al. *Critique Today*, Brill NV, 2006.
53. Skidmore, W. *Theoretical Thinking in Sociology*, Translated by: Ali Mohammad Hazeri et al, Tehran: Islamic Sciences and Culture Academy, 2008. (in Persian)
54. Smart, B. *Michel Foucault*, Routledge, 2002.
55. Soukhanov, A. H. *American Heritage Dictionary of The English Language*, Third Edition, Houghton Mifflin, 1994.
56. Stevenson, A. Waite, M. *Concise Oxford English Dictionary*, 12th, Oxford University Press, 2011.
57. Tamanaha, B. *Law as a Means to an End:Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2006.
58. Terchek, R. J. and Conte, T. C. *Theories of Democracy*, Rowman & Littlefield Publishing, INC., 2000.
59. Terrel, C. and Chambers, S. *Judith Butler's Precarious Politics: Critical Encounters*, Routledge, 2008.
60. Waylen, G. et al. *The Oxford Handbook of Gender and Politics*, Oxford University Press, 2013.
61. Zembylas, M. and Keet, A. *Critical Human Rights Education: Advancing Social-Justice-Oriented Educational Praxes*, Springer, 2019.

Articles

62. Hunt, A. "Foucault's Expulsion of Law:Toward a Retrieval", *Law and Social Inquiry*, Volume 17, Issue 1, 1992, PP 1-38. https://doi.org/10.1111/j.1747-4469.1992.tb00927.x.
63. Tadros,V. "Between Governance and Discipline: The Law and Michel Foucault", *Oxford Jurnal of Legal Studies*, Volume 18, Issue 1,1998, PP 75-103. https://doi.org/10.1093/ojls/18.1.75/
64. Woolhandler, J. "Toward a Foucauldian Legal Method", *University of Pitsburgh Law Review*, Volume 76, 2014, PP 131-151. https://doi.org/10.5159/lawreview.2014.320/

This page is intentionally
left blank.

Legal Research
Volume 29, Issue 113, 2026

Table of Contents

Animals as Potential Parties to Rights: An Examination of the Legal Systems of Iran and France from an Eco Centric Perspective 1
Mostafa Fazaeli, Ali Mashhadi, Sharareh Abtahi

An Essay on Soft International Organization 23
Sattar Azizi, Abolfazl Khakzad Bajestani, Kian Biglarbeigi

The Role of Ignorance of Law in Criminal Responsibility According to Virtue Ethics Theory 47
Rahim Nobahar, Mansooreh Ghanbarian Banooee

International Court of Justice, International Criminal Court :Integrity of International Law 65
Soroush Seyedian Hashemi, Mohammad Ja'far Ghanbari Jahromi

Rethinking the Criteria for Impartiality and Independence of Party-Appointed Arbitrator 85
Majid Ghamami, Sajjad Ghasemi

Inferring the Rule of Non-Violence from Detailed Evidences in Islamic Jurisprudence 107
Mojgan Davodi, Mohamadreza Kaykha, Aref Bashiri

Comparative Study of Preserving Sibling Cohabitation in Custody Disputes in French, United States, and Iranian Legal Systems 127
Hasna Haj Najafi

Obtaining Medical Certificates Concerning Women's Sexual Status with Emphasis on the Right to Bodily Integrity in the Iranian Legal System: Possibility or Prohibition? 145
Mahnaz Bayat Komitaki, Rambod Domirani

The Impact of Big Data on Innovation and Dynamic Efficiency in the Competition Process in Digital Markets 165
Ebrahim Rahbari, Reyhaneh Khalili

The Rationale for Contract Law: A Contest of Values within the Objectives and Foundations of Article 10 of the Iranian Civil Code 185
Abdollah Rajabi

Study on Floating Performance in Irans' Contractual Obligations System 205
Amir Karimi, Taher Habibzade

Feasibility Study of Application of Competition Law in Regulation of Fossil Energy Market Considering Factors that Disrupt Competition 223
Mahdi Mollaei

Effective Executive Factors in Increasing the Criminal Population 247
Mahmood Nozari, Siroos Zarghami, Ali Reza Sayebani

The Right to Regulate: The Interface of State Sovereignty and Foreign Investor Rights in Investment Arbitration 267
Farshad Geravand

Examining the Social Theory of Law:A Focus on Michel Foucault's Perspectives 285
Mohammadali Matani, Bahar Golkar Esmaeel

Legal Research

Editorial

Spring arrived and the new solar year begun while our beloved Iran has been subject to brutal war attacks and the sacred sanctuary of Shahid Beheshti University, our second home, has been violated. But our research and scientific activities continued. Now Vol. 29 (113) of Legal Research is available for legal society and the interested researchers. In this issue the whole selected articles has been published after undergoing different phases of formal and substantive review, literary and technical editing and final page layout. In this regard, we appreciate all esteemed authors, who collaborated with us to complete the preparation process despite the existing hard situation, which led to the new issue publication.

During this period, Legal Research achieved second quartile (Q2) in the 2024 evaluation conducted by Islamic World Science & Technology Monitoring and Citation Institute (ISC) while moving up three steps. Moreover the impact factor of the journal has been experiencing a progressive trend. Journal's team tries to improve its performance and upgrade qualitative indicators, while providing appropriate legal content for distinguished readers, to achieve first quartile (Q1). In this path, we need the respected authors' cooperation to comply with formal guide and preserve scientific and research components in articles and modestly ask the reviewers to share their valuable and scientific comments with us to move forward in countries' legal literature development.

The first article of this issue No. 113 is dedicated to "Animals as Potential Parties to Rights: An Examination of the Legal Systems of Iran and France from an Eco Centric Perspective". This article studies animal law through two main and fundamental approaches including utilitarian and rights-based which investigates the historical evolution of animal law. This research is based on the hypothesis that guaranteeing the right to a balanced and healthy environment requires moving toward a comprehensive perspective which views humans alongside the environment. Therefore interested researchers may access to novel analysis in this field regarding authors' point of view. Moreover this issue of Legal Research encompasses articles in various areas including International Law, Law & Morality, Arbitration Law, Islamic Law, Women Law, Family Law, Competition Law, Energy Law, Criminal Law & Criminology, Contracts Law and Public Law containing articles from esteemed and prominent authors aiming to provide readers with appropriate content in different legal fields.

We respectfully request the authors to fully study the journal's guidelines before submitting their articles to get informed of the journal's formal and substantive requirements. This leads to time reduction in evaluation and review process and prevents the prolongation of initial formal review before substantive review. We desire that the review process be completed in a reasonable and standard time however the initial formal and structural deficiencies of some articles hinder the achievement of this goal.

We strive to publish the journal's issues on time and consistently, despite all difficulties to play our constructive and efficient role and develop the existing legal literature with our respected audience as part of our social responsibility. Please share any suggestions and criticisms with us via journal's email address, law.res.mag@sbu.ac.ir.

Mansour Amini
Editor in Chief of Legal Research

Legal Research

Volume 29, Issue 113, 2026

Scientific Journal of the Law Faculty of Shahid Beheshti University in Cooperation with Iranian Association of Comparative Law, Iranian Association of Penal law,
Iranian Association of Arbitration, Iranian Association of Admimistrative Law



Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Owner and Publisher: Shahid Beheshti University

Director in Charge: Abbas Ghasemi Hamed

Editor-in-Chief : Mansour Amini

Executive Director: Shahrzad Haddadi

Editorial Board

Mohammad Ashouri, *Professor of Criminal Law & Criminology, University of Tehran, Tehran, Iran*

Nejad Ali Almasi, *Professor of Private Law, University of Tehran, Tehran, Iran*

Mahmoud Bagheri, *Associate Professor of Private Law, University of Tehran, Tehran, Iran*

Francesca Bettio, *Professor of Economics, University of Siena, Italy*

Mohammad Reza Pasban, *Associate Professor of Private Law, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran*

Seyed Jamal Seifi, *Associate Professor of International Law, Iran-United States Claims Tribunal, Hague, Netherlands*

Abdollah Shams, *Professor of Private Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

Abdolhossein Shiravi Khozani, *Professor of International Trade Law, University of Tehran: Farabi Campus, Qom, Iran*

Abbas Shiri Varnamkhasti, *Associate Professor of Criminal Law & Criminology, University of Tehran, Tehran, Iran*

Seyed Hossein Safaie, *Professor of Private Law, University of Tehran, Tehran, Iran*

Hedayatollah Falsafi, *Professor of International Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

Seyed Mostafa Mohaghegh-Damad, *Professor of Islamic Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

Ali Hossein Najafi Abrandabadi, *Professor of Criminal Law & Criminology, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

Text editor: *Bahareh Arab, Elham Vahdanifar*

Layout managing: *Marzieh Barekat*

Cover Design: *Marzieh Barekat*

Address: Journal of Legal Research, Factuly of Law, Shahid Beheshti University, Evin, Tehran, Iran
Postal Code: 1983969411
Website: https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/ and Email: law.res.mag@gmail.com
Phone: +982122431681, Mobile: +98 910 145 8348, Fax: +982122431759

Shahid Beheshti University
Faculty of Law

No 113/ 2026

Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Legal Research

- **Animals as Potential Parties to Rights: An Examination of the Legal Systems of Iran and France from an Eco Centric Perspective**
  Mostafa Fazaeli, Ali Mashhadi, Sharareh Abtahi
- **An Essay on Soft International Organization**
  Sattar Azizi, Abolfazl Khakzad Bajestani, Kian Biglarbeigi
- **The Role of Ignorance of Law in Criminal Responsibility According to Virtue Ethics Theory**
  Rahim Nobahar, Mansooreh Ghanbarian Banooee
- **International Court of Justice, International Criminal Court :Integrity of International Law**
  Soroush Seyedian Hashemi, Mohammad Ja'far Ghanbari Jahromi
- **Rethinking the Criteria for Impartiality and Independence of Party-Appointed Arbitrator**
  Majid Ghamami, Sajjad Ghasemi
- **Inferring the Rule of Non-Violence from Detailed Evidences in Islamic Jurisprudence**
  Mojgan Davodi, Mohamadreza Kaykha, Aref Bashiri
- **Comparative Study of Preserving Sibling Cohabitation in Custody Disputes in French, United States, and Iranian Legal Systems**
  Hasna Haj Najafi
- **Obtaining Medical Certificates Concerning Women's Sexual Status with Emphasis on the Right to Bodily Integrity in the Iranian Legal System: Possibility or Prohibition?**
  Mahnaz Bayat Komitaki, Rambod Domirani
- **The Impact of Big Data on Innovation and Dynamic Efficiency in the Competition Process in Digital Markets**
  Ebrahim Rahbari, Reyhaneh Khalili
- **The Rationale for Contract Law: A Contest of Values within the Objectives and Foundations of Article 10 of the Iranian Civil Code**
  Abdollah Rajabi
- **Study on Floating Performance in Irans' Contractual Obligations System**
  Amir Karimi, Taher Habibzade
- **Feasibility Study of Application of Competition Law in Regulation of Fossil Energy Market Considering Factors that Disrupt Competition**
  Mahdi Mollaei
- **Effective Executive Factors in Increasing the Criminal Population**
  Mahmood Nozari, Siroos Zarghami, Ali Reza Sayebani
- **The Right to Regulate: The Interface of State Sovereignty and Foreign Investor Rights in Investment Arbitration**
  Farshad Geravand
- **Examining the Social Theory of Law:A Focus on Michel Foucault's Perspectives**
  Mohammadali Matani, Bahar Golkar Esmaeel