

فصلنامه

تحقیقات حقوقی (علمی)

- ◀ تأملی درباره نهادهای، کنشگران و شیوه حکمرانی آب در نظام حقوقی ایران و افغانستان
علی اکبر گرجی ازندریانی، کبرا حسینی
- ◀ محدودیت‌های حق افشای اثر توسط پدیدآورنده بر قراردادهای بهره‌برداری از حقوق مؤلف؛ مطالعه تطبیقی حقوق ایران و فرانسه
پژمان محمدی، سعیده حسینی
- ◀ زمینه‌های زیستی بزه‌دیدی جنسی مردان
عارف اسماعیل‌زاده، علی صفاری، راضیه صابری
- ◀ امکان‌سنجی تعدیل نظریه کارشناس در مرحله صدور حکم در دعاوی مطالبه خسارت ناشی از نقض تعهدات مالی
حسن بادینی، آزاده شمس
- ◀ امکان‌سنجی بودجه‌ریزی مشارکتی در ایران در پرتو مطالعات تطبیقی (اسپانیا، فرانسه، آلمان)
سعیدرضا ابدی، فردوس صابرمهانی
- ◀ تطبیق ماهیت «حق» در فقه اسلامی، حقوق خصوصی و حقوق عمومی
محمد رضا ویژه
- ◀ رویکردی تکاملی به خشونت خانگی شوهر نسبت به زن
مهدی صبوری‌پور
- ◀ بازخوانی نظریه جنگ عادلانه کانت در چارچوب حقوق بین‌الملل معاصر (با تأکید بر جنگ روسیه و اوکراین)
میثم نوروزی، شهرام زرنشان، شبنم سادات شاه‌طاهری
- ◀ بررسی جایگاه حقوقی آواتارها در متاورس
مریم بحر کاظمی، پرویز باقری
- ◀ تعلیق حقوق بشر در وضعیت اضطراری با تأکید بر توقف انتخابات در شرایط کرونایی در پرتو رویه دیوان اروپایی حقوق بشر
علی محمد فلاح‌زاده، علی رضائی
- ◀ تحلیل تطبیقی مفهوم شهروندی زیستی با تأکید بر قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت
مهدی مرادی برلیان، محمدقاسم تنگستانی
- ◀ رویکرد رابطه‌ای به قرارداد، قرارداد رابطه‌ای قاعده‌مند (نوشته) و آثار آنها در روابط طرفین قرارداد
محمدعلی بهمنی، ماهر نصیری ماهینی
- ◀ امکان‌سنجی مسئولیت مدنی سببیت نامشخص در پرتو نظریه فرصت از دست‌رفته با تأکید بر پرونده‌های پزشکی
سجاد شهباز قهفرخی
- ◀ تحلیل حق حمایت جسمانی از کودک در سه‌گانه حق تأمین، حمایت و مشارکت در کنوانسیون حقوق کودک و نظام حقوقی ایران
سعید محبوب
- ◀ تأملی در مسئله دشواری بازنگری قانون اساسی در ایران
صابر الماسی خانی، علی سهرابلو

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی

دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

با همکاری انجمن ایرانی حقوق تطبیقی، انجمن ایرانی حقوق جزا،
انجمن ایرانی داورى و انجمن ایرانی حقوق ادارى

تحقیقات حقوقی

فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی

سال ۴۲، شماره ۱۱۴، تابستان ۱۴۰۵



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

صاحب امتیاز و ناشر: دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق

مدیر مسئول: عباس قاسمی حامد

سر دبیر: 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)

علی حسین 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، دانشکده 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.



سخن سردبیر

در تابستان ۱۴۰۵ و همزمان با پایان یک ترم تحصیلی دیگر و برگزاری امتحانات دانشجویان، شماره ۱۱۴ فصلنامه تحقیقات حقوقی، منتشر شد. در این شماره نیز مجموعه مقالات منتخب پس از طی فرآیندهای مختلف داوری‌های شکلی و ماهوی، ویراستاری‌های ادبی و فنی و نهایتاً صفحه‌آرایی، منتشر گردید. در همین راستا، از همه نویسندگان عزیز، که در طول این مسیر ما را همراهی کردند، صمیمانه سپاسگزاریم. اولین مقاله از شماره ۱۱۴ این فصلنامه به عنوان «تأملی درباره نهادهای کنشگران و شیوه حکمرانی آب در نظام حقوقی ایران و افغانستان» اختصاص یافته‌است. این مقاله با تحلیل ساختارهای حقوقی و نهادی، به مساله حکمرانی آب می‌پردازد و در این مطالعه، نظام حقوقی ایران و افغانستان را مورد بررسی قرار می‌دهد. همچنین این شماره از فصلنامه تحقیقات حقوقی، مقالاتی با موضوعات متنوع دیگری را نیز پوشش می‌دهد. از جمله در حوزه‌های حقوق بین‌الملل، حقوق مالکیت فکری، حقوق آیین دادرسی مدنی، حقوق جزا و جرم‌شناسی، حقوق بشر، حقوق مسئولیت مدنی، حقوق کودک، حقوق قراردادهای و حقوق عمومی، مقالاتی از نویسندگان مبرز و برجسته انتخاب شدند تا محتوای مناسب به 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 طولانی شدن 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 گاهی اوقات ایرادات شکلی و ساختاری اولیه مانند عدم رعایت محدودیت حجمی واژگان یا عدم رعایت شیوه استناددهی این فصلنامه و مانند آنها، مانع تحقق این هدف می‌گردد.

همچنین به نویسندگان محترم توصیه می‌کنیم در صورتی که برای یافتن منابع مرتبط با موضوع مطالعاتی خود از هوش مصنوعی بهره می‌گیرند، حتما منابع پیشنهادی معرفی شده توسط هوش مصنوعی را شخصاً مورد بررسی و تحلیل قرار دهند. گاهی اوقات منابع معرفی شده توسط هوش مصنوعی وجود خارجی ندارند یا اطلاعات آنها ناقص یا اشتباه است و همین امر اصالت علمی مقاله را زیر سوال می‌برد. ما در مراحل مختلف از جمله در مرحله ویراستاری فنی، تلاش می‌کنیم که این موارد را به حداقل برسانیم اما در این مسیر نیازمند همراهی نویسندگان محترم و رعایت ضوابط و مقررات حاکم و نیز پایبندی به اصول اخلاق در پژوهش هستیم.

ما تلاش می‌کنیم تا با انتشار به موقع و منظم مقالات، 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 کشور عمل کنیم. لطفاً هرگونه پیشنهادات و انتقادات سازنده خود را از طریق رایانامه مجله، به نشانی law.res.mag@sbu.ac.ir با ما در میان بگذارید.

منصور امینی

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 چاپ شده و یا هم‌زمان به نشریه داخلی دیگری ارسال شده باشد.
۵. از آنجا که 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 کلیه 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
تیتراهای 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، 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 نظم حقوقی کنونی. ویرایش 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 دومی به بعد. عنوان کتاب. شماره‌گان 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 ۴۱-۶۲.
- 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، اصول راهبردی و مدل‌ها». رساله دکترا، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰.
- پایان‌نامه و رساله انگلیسی:**
- نام خانوادگی، نام. عنوان. رساله/پایان‌نامه، نام دانشگاه، سال چاپ. مثال:
- Choi, Mihwa. "Contesting Imaginaries 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

سال ۴۲، شماره ۱۱۴، تابستان ۱۴۰۵

فهرست مطالب این شماره

- تأملی درباره نهادها، کنشگران و شیوه حکمرانی آب در نظام حقوقی ایران و افغانستان ۱
علی اکبر گرجی ازندریانی، کبرا حسینی
- محدودیت‌های حق افشای اثر توسط پدیدآورنده بر قراردادهای بهره‌برداری از حقوق مؤلف؛ مطالعه تطبیقی حقوق ایران و فرانسه ۲۹
پژمان محمدی، سعیده حسینی
- زمینه‌های زیستی بزه‌دیدگی جنسی مردان ۴۵
عارف اسماعیل‌زاده، علی صفاری، راضیه صابری
- امکان سنجی تعدیل نظریه کارشناس در مرحله صدور حکم در دعاوی مطالبه خسارت ناشی از نقض تعهدات مالی ۶۷
حسن بادینی، آزاده شمس
- امکان سنجی بودجه‌ریزی مشارکتی در ایران در پرتو مطالعات تطبیقی (اسپانیا، فرانسه، آلمان) ۸۵
سعیدرضا ابدی، فردوس صابرمهانی
- تطبیق ماهیت «حق» در فقه اسلامی، حقوق خصوصی و حقوق عمومی ۱۰۵
محمدرضا ویژه
- رویکردی تکاملی به خشونت خانگی شوهر نسبت به زن ۱۲۷
مهدی صبوری‌پور
- بازخوانی نظریه جنگ عادلانه کانت در چارچوب حقوق بین‌الملل معاصر (با تأکید بر جنگ روسیه و اوکراین) ۱۴۵
میثم نوروزی، شهرام زرنشان، شبنم سادات شاه‌طاهری
- بررسی جایگاه حقوقی آواتارها در متاورس ۱۶۳
مریم بحرکاظمی، پرویز باقری
- تعلیق حقوق بشر در وضعیت اضطراری با تأکید بر توقف انتخابات در شرایط کرونایی در پرتو رویه دیوان اروپایی حقوق بشر ۱۸۱
علی محمد فلاح‌زاده، علی رضائی
- تحلیل تطبیقی مفهوم شهروندی زیستی با تأکید بر قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت ۲۰۱
مهدی مرادی برلیان، محمدقاسم تنگستانی
- رویکرد رابطه‌ای به قرارداد، قرارداد رابطه‌ای قاعده‌مند (نوشته) و آثار آنها در روابط طرفین قرارداد ۲۲۱
محمدعلی بهمنی، ماهر نصیری ماهینی
- امکان سنجی مسئولیت مدنی سببیت نامشخص در پرتو نظریه فرصت ازدست‌رفته با تأکید بر پرونده‌های پزشکی ۲۴۷
سجاد شهپازقهفرخی
- تحلیل حق حمایت جسمانی از کودک در سه‌گانه حق تأمین، حمایت و مشارکت در کنوانسیون حقوق کودک و نظام حقوقی ایران .. ۲۶۳
سعید محبوب
- تأملی در مسئله دشواری بازنگری قانون اساسی در ایران ۲۸۳
صابر الماسی خانی، علی سهرابلو



Original Article

A Reflection on the Institutions, Stakeholders, and Modes of Water Governance in the Legal Systems of Iran and Afghanistan

Ali Akbar Gorji Azandaryani¹, Kobra Hussaini² 

Highlights

- The analysis of legal and institutional structures reveals that water governance in Iran remains anchored in centralized state authority, structurally constraining the emergence of participatory, multi actor, and distributed decision making mechanisms.
- In Afghanistan, initiatives to establish a basin based and participatory governance model through the integration of formal and informal institutions have begun, yet political instability, administrative fragility, and limited institutional capacity prevent these efforts from evolving into a stable, effective and reliable framework.
- The comparative assessment demonstrates that institutional, actor related, and managerial constraints continue to impede the transition toward good water governance in both countries, and neither has yet achieved a consolidated, integrated, and fully realized governance model.

ABSTRACT

Introduction

Transformations in water management over recent decades demonstrate that the water cycle is not merely a technical or operational matter; rather, its quality depends on the organization of institutions, the relationship between state and society, and the modes through which power is exercised. The transition of countries from private ownership and state-centered water management to governance-oriented models further indicates that contemporary water management operates within a more complex framework grounded in broader institutional and social arrangements—an approach commonly referred to as *good water governance*. As a component of public governance, water governance rests on the design of socially accepted policies, the establishment of effective institutional frameworks, and the mobilization of social resources for managing water resources and services. Adopting the good water governance approach, this article examines three structural components—institutions, actors, and management styles—in the legal systems of the Islamic Republic of Iran and Afghanistan to clarify the position of each country along the path toward desirable water governance.

Methods

The research methodology is based on documentary and structural analysis; however, unlike the conventional separation of literature and method, the theoretical concepts and analytical tools are developed

How to Cite: Gorji Azandaryani, Ali Akbar, Hussaini, Kobra, "A Reflection on the Institutions, Stakeholders, and Modes of Water Governance in the Legal Systems of Iran and Afghanistan", Legal Research, Vol. 29, No. 114, 2026, pp: 1-28.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.229665.2387>

Received: 08/01/2023-Accepted: 15/07/2023

1. Professor of Law, Faculty of law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

2. PhD Candidate, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: k_hossaini@sbu.ac.ir



Copyright: © 2026 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/>).

within the examination of institutional and legal structures in both countries. By reviewing laws, regulations, policy documents, strategic plans, governmental resolutions, and organizational structures related to water in Iran and Afghanistan, the study first traces the evolution of formal and informal institutions and then reconstructs the water management model in each country through an analysis of actors and management styles. This approach—anchored in the direct linkage between institutional discussions and legal-administrative frameworks—allows the comparative analysis of the two countries to unfold not as a separate section but continuously throughout the examination of each component.

Results and Discussion

The findings indicate that in Iran, formal water institutions hold a dominant and nearly exclusive role in managing water resources and services. From the Constitutional Revolution to the present, the evolution of water institutions—from the Civil Code and the Qanats Law to the Law on Water and Its Nationalization, the Law on Fair Distribution of Water, the establishment of the Ministry of Water and Electricity and later the Ministry of Energy, the creation of regional water companies, and the Supreme Water Council—has consistently reinforced centralized management and strengthened the role of the state. Although post-revolution strategic documents emphasize principles such as integrated water-cycle management, recognition of the economic and security value of water, improved efficiency, and public participation, the institutional structure in practice has remained hierarchical and state-centered. Traditional informal institutions such as *Mirabs*, which once played a significant role in regulating relations among water users, have lost their position, and water user associations are largely products of state policies rather than local traditions. Consequently, water-sector actors in Iran are predominantly governmental, and civil society and local communities have limited direct involvement in decision-making and policy processes. This institutional configuration has steered water management toward a hierarchical model in which decisions are made centrally and implemented at lower levels, while water networks and markets emerge only marginally and under the close supervision of formal institutions. In Afghanistan, however, the findings present a different yet complex picture. During the period of the Islamic Republic, inspired by the EU Water Framework Directive, efforts were made to shift water management from a fragmented system rooted in traditional *Mirab*-based practices to a basin-oriented, participatory, and multi-actor model. The establishment of the Ministry of Water and Energy, the Water Affairs Regulation Authority, the delineation of major and minor river basins, the formation of basin advisory councils, and the formal recognition of water user associations all reflect the combination of formal and informal institutions and the attempt to involve local communities and water users in resource management. Within this institutional framework, governmental and non-governmental actors operate alongside one another: the Ministry of Water and Energy, the Ministry of Agriculture, local administrations, advisory councils, and water user associations each assume part of the responsibilities related to regulation, allocation, monitoring, and dispute resolution. The interaction of these institutional arrangements and actor configurations has produced a management style that blends network-based and market-oriented elements. Nevertheless, political instability, prolonged conflict, legal changes—particularly the weakening of explicit provisions on user participation in the new water law—and limited administrative and financial capacity have prevented this hybrid model from being fully and sustainably realized.

Conclusion

The overall outlook of the study shows that Iran and Afghanistan both face significant challenges in water management and follow different trajectories in their transition toward good water governance. In Iran, the persistence of a centralized and state-dominated structure has restricted stakeholder participation and slowed the shift toward participatory and multi-actor models. Moreover, the historical dependence of water management on state institutions and the weakness of intersectoral coordination mechanisms have further complicated reform efforts. In Afghanistan, although basin-based and participatory mechanisms have begun to take shape and a combination of formal and informal institutions has emerged, political instability and limited institutional capacity have hindered the consolidation of these developments. Additionally, financial constraints and administrative fragility have intensified the difficulties of transition. These findings demonstrate that the three structural components—institutions, actors, and management styles—have shaped distinct pathways for the two countries in their movement toward good water governance; however, neither has yet achieved a fully realized model.

Keywords: Water Institutions, Water Actors, Water Management Methods, Iran, Afghanistan.



تأملی درباره نهادها، کنشگران و شیوه حکمرانی آب در نظام حقوقی ایران و افغانستان

علی اکبر گرجی ازندریانی^۱، کبرا حسینی^۲

نکات برجسته

- تحلیل ساختارهای حقوقی و نهادی نشان می‌دهد که حکمرانی آب در ایران همچنان بر تمرکز قدرت و سیطره دولت استوار است؛ وضعیتی که امکان شکل‌گیری سازوکارهای مشارکتی، چندکنشگری و تصمیم‌گیری توزیع‌شده را به‌طور ساختاری محدود می‌کند.
- در افغانستان، تلاش برای استقرار الگوی حوضه‌محور و مشارکتی با ترکیب نهادهای رسمی و غیررسمی آغاز شده، اما بی‌ثباتی سیاسی، ناپایداری اداری و ضعف ظرفیت‌های نهادی مانع از تبدیل این ابتکارها به یک مدل پایدار، کارآمد و قابل اتکا شده است.
- ارزیابی تطبیقی نشان می‌دهد که چالش‌های نهادی، کنشگری و مدیریتی در هر دو کشور همچنان مانع گذار به حکمرانی مطلوب آب‌اند و هیچ‌یک هنوز به یک الگوی تثبیت‌شده، یکپارچه و تحقق‌یافته‌ی حکمرانی خوب آب دست نیافته‌اند.

چکیده

امروزه که مدیریت آب تابع ترتیبات سازمانی بسیار پیچیده و متنوعی در جهان است، بررسی عناصر ساختاری چون نهادها، کنشگران و شیوه حکمرانی به تحلیل و ارزیابی نظام‌مند حکمرانی آب کمک می‌نماید. با توجه به اینکه ویژگی‌های این عناصر اثر تعیین‌کننده‌ای بر عملکرد حکمرانی آب کشورها دارد، این تحقیق در پی بررسی چگونگی مؤلفه‌های فوق در نظام حکمرانی آب ایران و افغانستان است. در این راستا، در بحث نهادها که تعیین‌گر نحوه اداره منابع آب‌اند، نهادهای رسمی نقش و جایگاه برجسته‌ای در حکمرانی آب هر دو کشور دارند، هرچند در افغانستان نهادهای غیررسمی نیز در مدیریت آب‌های کشاورزی دارای فعالیت چشمگیری هستند. در بحث کنشگران، باتوجه به اضلاع مثلث کنشگران حکمرانی خوب آب (دولت، ملت و جامعه مدنی) کنشگران مدیریت آب ایران دولتی بوده، مردم و جامعه مدنی در این عرصه حضور نداشته و برای به صحنه کشیدن آنها تدبیری سنجیده نشده است؛ از این‌رو شیوه مدیریت آب نیز در ایران سلسله‌مراتبی بوده و تصامیم اصلی باتوجه به سیاست‌های دولت حاکم اخذ و توسط وزارت‌ها و ادارات مربوطه اجرا می‌گردد. اما در افغانستان باتوجه به سیاست‌ها و قوانین بیست‌ساله نظام جمهوری اسلامی و آنچه در عمل جریان داشته، به هدف تأمین حکومت‌داری خوب آب، تمایل به مدیریت غیرمتمرکز با ترکیب شیوه شبکه و بازار به محوریت وزارت آب و انرژی، حوضه‌های دریایی و مشارکت مردم بوده است. **کلید واژگان:** نهادهای آب، کنشگران آب، شیوه‌های مدیریت آب، ایران، افغانستان.

استناد به این مقاله: گرجی ازندریانی، علی اکبر، حسینی، کبرا، «تأملی درباره نهادها، کنشگران و شیوه حکمرانی آب در نظام حقوقی ایران و افغانستان»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۴، تیر ۱۴۰۵، صص: ۲۸-۱.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.229665.2387>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۱۸ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۴/۲۴

۱. استاد، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

۲. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: k_hossaini@sbu.ac.ir



Copyright: © 2026 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

مدیریت چرخه آب از موضوعاتی است که اخیراً مورد توجه محافل بین‌المللی قرار گرفته است. از اجتماع این محافل به دست آمده است که سیستم‌های اجتماعی و سازوکارهایی که بر چرخه مدیریت آب تأثیر دارند فراتر از مدیریت آب است. کشورها در سیر تحولات مدیریت آب خود سه دوره تاریخی: مالکیت خصوصی، مالکیت عمومی و حکمرانی آب را که یک دهه از مطرح شدن آن می‌گذرد طی نموده‌اند. قبل از دهه ۱۹۸۰، مدیریت آب در اکثر نقاط جهان توسعه یافته، مسئولیت و «کار» رسمی دولت و سازمان‌های منتخب آن تلقی می‌شد. در نتیجه، اکثریت قریب به اتفاق نظام‌های مدیریت آب، دارای ویژگی‌های بالا به پایین، آب محوری و فن‌سالار بودند.^۱ با این حال، اکنون آب تابع ترتیباتی به نام حکمرانی است. تعاریف حکمرانی مبتنی بر نوعی تغییر در رابطه دولت-شهروند است که در آن مسئولیت‌ها و فعالیت‌های دولت تغییر یافته و نقش بازیگران غیردولتی که به تدارک سازمان‌دهی خدمات می‌پردازند، برجسته گردیده است. حکمرانی شامل توانایی طراحی سیاست‌های عمومی و چارچوب‌های نهادی‌ای است که از نظر اجتماعی پذیرفته شود و منابع اجتماعی را برای حمایت از آنها بسیج کند.

حکمرانی آب نیز زیرمجموعه‌ای از موضوع کلی‌تر ایجاد زیرساخت‌های فیزیکی و نهادی یک ملت و همکاری اجتماعی آنهاست.^۲ حکمرانی آب نقشی اجتماعی است که به تنظیم و توسعه مدیریت منابع و تأمین خدمات آب در سطوح مختلف جامعه می‌پردازد.^۳ قانون‌گذاری در مورد آب، اتخاذ و اجرای سیاست‌های آبی، شیوه‌های مدیریتی، تعیین و تبیین نقش دولت، ملت و جامعه مدنی در مدیریت منابع و خدمات آب، عناصر تعریف‌کننده و تعیین‌کننده نظام حکمرانی آب در کشورها است. به بیانی دیگر نظام حکمرانی آب شامل مؤلفه‌های ساختاری تحت عناوین نهادها، کنشگران و شیوه‌های مدیریتی است که ویژگی آن‌ها تعریف‌کننده نحوه مدیریت آب کشورها است. امروزه دولت‌ها و سازمان‌های جهانی به دنبال اجرای حکمرانی خوب به عنوان بهترین روش مدیریتی هستند. روشی که دربردارنده اصول و عناصری است که از سوی سازمان‌های جهانی تعیین، تعریف و شروطی برای اجرای آن در جامعه ارائه، گردیده است. هدف از این تحقیق که به روش توصیفی-تحلیلی با مراجعه به اسناد نوشتاری به نگارش در آمده، بررسی مؤلفه‌های ساختاری، به بیانی واضح‌تر پاسخ به چگونگی نهادها، کنشگران و شیوه مدیریتی حکمرانی آب در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و افغانستان باتوجه به رویکرد حکمرانی خوب آب است. از آنجا که پاسخ به این پرسش براساس رویکرد حکمرانی خوب آب سنجیده می‌شود، مباحث در سه بخش تنظیم می‌گردد. بخش اول نهادها است که در دو عنوان نهاد رسمی و غیررسمی بررسی می‌شود. بخش دوم کنشگران است که شامل دو بحث کنشگران دولتی و غیردولتی است. بخش سوم شیوه‌های مدیریتی است که دارای دو جزء شیوه‌های معمول و ترکیبی است. گفتنی است بررسی مقایسه‌ای مؤلفه‌های ذکر شده در دو نظام حقوقی مطروحه و نیز جمع‌آوری مطالب و تحلیل ساختار حکمرانی آب در افغانستان وجه تمایز و منحصر به فرد این مقاله است؛ به نحوی که تاکنون تحقیقی با این عنوان و روش نوشته نشده است.

۱. نهادها

نهادها تبلور هنجارهای اجتماعی، قوانین، اعمال عمومی، شیوه‌های فکری و رفتاری مورد قبول جامعه هستند که ارزش‌های

^۱. پال وستل، کلودیا، *حکمرانی آب در مواجهه با تغییر جهانی*، ترجمه مهدی قربانی، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۷، ص ۳۶.

^۲. Rogers, Peter and Alan W. Hall. *Effective Water Governance*, No. 7, Stockholm: Global Water Partnership, 2003, P 88.

^۳. پال وستل، پیشین، ص ۳۱.

افراد جامعه را شکل می‌دهند.^۱ نهادها براساس ضوابط کارکردی و وظایف آنها تعریف می‌شوند و در سه سطح: پایه (تعیین و تصویب قوانین و مقررات)، انتخاب عمومی (سیاست‌های عمومی) و اجرایی عمل می‌کنند. نهادها بر حسب ساختار، ذهنی و بر حسب آثار عینی بوده و به‌طور رسمی و غیررسمی فعالیت می‌نمایند.^۲ در بخش آب نهادها اعم از رسمی و غیررسمی نحوه اداره آب را تعیین می‌کنند. فهم نحوه عملکرد نهادها از مسائل مهم حکمرانی آب است. زیرا نهادها روش‌های سازمان‌دهی بخش عمومی، سیاست‌ها و قوانین موجود و نحوه اجرای آنها را تعریف می‌کنند. نهادهای رسمی و غیررسمی آب هر دو بخشی از ساختار کلی نهاد آب هستند، اما به اشکال مختلف بر زندگی اجتماعی، اقتصادی و سیاسی تأثیر می‌گذارند. این بخش نهاد آب ایران و افغانستان را در دو بخش رسمی و غیررسمی مورد بررسی قرار می‌دهد.

۱.۱. نهادهای رسمی

در چند دهه اخیر، نوعی تغییر در بخش مدیریت آب و نهادهای مرتبط با آن در مقیاس جهانی رخ داده است. تحولات نهادی اخیر، توسط برخی از محققین به‌عنوان شواهدی از یک تغییر اساسی از «حکومت» به «حکمرانی»^۳ دانسته شده است. نهادهای رسمی که در سطوح مختلف موجود هستند، تأثیرات مستقیم و غیرمستقیم بر مدیریت جامعه دارند. نمونه بارز یک نهاد رسمی، قانون اساسی است که چارچوبی را برای کلیه قوانین و مقررات در یک کشور فراهم می‌کند. نهادهای رسمی آب نیز عموماً بواسطه قوانین و مقررات ایجاد می‌شوند و معمولاً منابع و اختیار هماهنگی کاربران و مناطق را دارند و در فرایند استخراج، توزیع و استفاده آب مشارکت می‌نمایند.^۴ نهاد آب که در مفهومی بسیار گسترده‌تر از سازمان‌دهی صرف تصور می‌شود، قوانین و قواعدی را وضع و تعریف می‌کند و از این طریق مجموعه اقداماتی را برای تصمیم‌گیری فردی و جمعی در حوزه توسعه، تخصیص و بهره‌برداری از منابع آب تعیین می‌کند. از آنجایی که این قواعد از نظر سه جنبه مرتبط با یکدیگر (چارچوب قانونی، محیط سیاسی و ترتیبات اداری) رسمیت می‌یابند، نهاد آب را می‌توان نهادی تعریف کرد که به‌صورت تعاملی توسط سه مؤلفه اصلی آن (قانون، سیاست و مدیریت آب) تعریف و تحلیل می‌شود. این نهاد که شامل ابعاد رسمی سازمان آب (چارچوب قانونی، رژیم سیاسی، سلسله‌مراتب سازمانی و مدیریتی) می‌شود، دستخوش تغییرات قابل توجهی در سراسر جهان بوده است. تغییراتی متداوم که در اثر عوامل درونی و بیرونی رخ داده و در راستای تغییر واقعیت‌هایی چون منابع، نیازهای اجتماعی-اقتصادی و ساختار قدرت سیاسی کشورها حرکت می‌کند. مجموعه عوامل مؤثر بر دگرگونی نهادی در کشورهای مختلف تفاوت چندانی ندارند، اما کشورها از نظر گستردگی و عمق اصلاحات نهادی آب متفاوت هستند.^۵

امروزه، اصلاح قوانین و مقررات آب، تمرکززدایی، خصوصی‌سازی و نظارت از جمله مسائلی بوده که به هدف افزایش بهره‌وری، اثربخشی، پایداری و کاهش بار مخارج دولتی و توجه به برابری و عدالت، در مورد نهاد آب توسط کشورها مورد

^۱. به نقل از: مشهدی احمد، محمود، «معنا و مفهوم نهاد در اقتصاد نهادگرا؛ نگاهی به اختلافات موجود بین نهادگرایی قدیم و جدید و نقش نهادها در مناسبات اقتصادی»، فصلنامه پژوهشنامه اقتصادی، دوره ۱۳، شماره ۴۸، ۱۳۹۲، ص ۵۵.

^۲. به نقل از: بیات، پرویز، محمود صبوچی، احمدعلی کیخا، محمود احمدپور و عزت‌الله کرمی، «مفهوم نهاد آب و نگاهی به تجربه اصلاحات نهاد آب در سایر کشورها»، فصلنامه سیاست‌های راهبردی و کلان، دوره ۳، شماره ۱۱، ۱۳۹۴، ص ۱۱۸.

^۳. Refer to: Bekkers, Victor, Geske Dijkstra and Menno Fenger, *Governance and the Democratic Deficit: Assessing the Democratic Legitimacy of Governance Practices*, Aldershot: Ashgate, 2007, PP 3- 13.

^۴. Jacobson, Maria, Fiona Meyer, Ingvild Oia, Paavani Reddy and Hakan Tropp. *User's Guide on Assessing Water Governance*, United Nations Development Programme, 2013, P 9.

^۵. Maria Saleth, Rathinasamy and Ariel Dinar, "Institutional Changes in Global Water Sector: Trends, Patterns, and Implications", *Water Policy*, Volume 2, Issue 3, 2000, PP 175- 178.

توجه، بازبینی و اجرا قرار گرفته است. زیرا وجود قوانین روشن و معین باعث شفافیت مالکیت‌ها شده و هزینه‌های بهره‌برداری، اجرایی و نگهداری را کاهش می‌دهد. تمرکززدایی نیز باعث ایجاد کارایی و اثربخشی می‌گردد. به‌نحوی که بهره‌برداران را تشویق به ارتقای عملکردشان می‌نماید و هزینه‌های غیرضروری بخش دولتی را کاهش می‌دهد. خصوصی‌سازی نیز باعث ارتقای عملکرد کاربری‌های آب می‌شود. زیرا، انگیزه‌های بیشتر در بخش خصوصی به سرمایه‌گذاری‌های بیشتر در زیرساخت‌های آب منجر شده، در نتیجه بازدهی افزایش می‌یابد. وجود سازمان‌های مستقل نظارتی آب با شرح وظایف مستقل نیز موجب مسئولیت‌پذیری و پاسخ‌گویی ارائه‌دهندگان مستقل خدمات می‌گردد؛ این‌رو وجود سازمان‌های مستقل نظارتی از پیش‌شرط‌های ایجاد اصلاحات محسوب می‌شود.^۱

کشورها با توجه به شرایط خود نمونه متفاوتی از اصلاحات نهادی فراگیر یا جزئی را پذیرفته و اجرا نموده‌اند. در ایران نیز نهاد آب دستخوش تغییرات متعددی بوده^۲ که مرحله آغاز آن در دوره جدید، طرح مسائل مربوط به تملک نهرها و رودخانه‌ها در جریان ایجاد نظام متمرکز پس از مشروطه در چارچوب مفاد قانون مدنی ۱۳۰۷ است. گام عملی در این دوره تصویب قانون قنات (۱۳۰۹) و ایجاد بنگاه مستقل آبیاری در سطح ملی، جهت تأمین و نظارت بر منابع آب و در پاسخ به لزوم مدیریت روش‌های جدید انتقال آب، آبیاری و حفاظت و بهره‌برداری مؤثر از منابع آب، در سال ۱۳۲۲ است. بنگاه مذکور تا سال ۱۳۴۲ فعالیت نموده و تأثیرات چشمگیری بر پیشرفت بخش آب در ایران داشته است. مرحله دوم، شکل‌گیری نظام ملی و متمرکز، یکی از مهم‌ترین دوران‌ها در عرصه فعالیت‌های آبی است. در این دوره بنگاه مستقل آبیاری حذف و آب عامل توسعه و نوسازی در بخش کشاورزی محسوب می‌شود. در سال ۱۳۴۴ وزارت آب و برق، و در ادامه شرکت‌های سهامی سازمان آب و برق در استان‌های مختلف تأسیس می‌گردد. در سال ۱۳۴۵ قانون حفظ و حراست منابع آب زیرزمینی و در سال ۱۳۴۷ قانون آب و نحوه ملی شدن آن به تصویب می‌رسد. در سال ۱۳۵۴ وزارت آب و برق به وزارت نیرو تغییر نام می‌دهد. عمده سیاستی که در این دوره بر مدیریت آب حاکم می‌شود، تشکیل نهادهای متمرکز دولتی و ملی شدن آب و نمود حقوقی آن در قانون آب است. پس از انقلاب در سال ۱۳۵۹ شرکت‌های آب منطقه‌ای ایجاد و در سال ۱۳۶۱ قانون توزیع عادلانه آب تصویب می‌شود که یکی از رویدادهای مهم نهادی است. مرحله اخیر نیز شکل‌گیری گرایش‌های جدید از جمله نگرش به‌هم‌پیوسته در عرصه مدیریت آب ایران است. در این دوره نهاد آب در جریان اجرای برنامه‌های ۵ ساله بعد از انقلاب گرایش‌های جدید را در خود پرورش داده که در برنامه سوم توسعه ضرورت تهیه و تصویب طرح قانون جامع آب به هدف منسجم کردن قوانین موجود و رفع مشکلات ناشی از قانون توزیع عادلانه آب^۳ در دستور کار وزارت نیرو قرار می‌گیرد^۴ و اقدامات جهت اصلاح ساختارهای مدیریت منابع آب در چهار سطح زیر جریان می‌یابد:

۱. سطح فرابخشی: تشکیل شورای عالی آب براساس ماده ۱۰ قانون تشکیل وزارت جهاد کشاورزی (مصوب ۱۳۷۹).

۲. سطح ملی: تشکیل دو شرکت مادر تخصصی مدیریت منابع آب و مهندسی آب و فاضلاب برای سامان‌دهی مدیریت آب بنا به حکم ماده ۴ قانون برنامه سوم توسعه.

۱. بیات، پیشین، ص ۱۳۲.

۲. نوری اسفندیاری، انوش، *ساختار متناسب مدیریت منابع آب*، تهران: اندیشکده تدبیر آب ایران، چاپ اول، ۱۴۰۰، ص ۲۵.

۳. نک: جمالی، صادق و محسن عبداللهی، «موانع حقوقی حکمرانی آب در ایران؛ با نگاهی بر قانون توزیع عادلانه آب»، *تحقیقات منابع آب/ایران*، دوره ۱۷، شماره ۳، ۱۴۰۰، صص ۳۸-۴۸.

۴. نیک‌روش، مجتبی، «توسعه نهادی مدیریت منابع آب در ایران»، *سومین کنفرانس مدیریت منابع آب/ایران*، دانشگاه تبریز، ۱۳۸۷، ص ۷.

۳. سطح منطقه‌ای: تشکیل شرکت‌های آب منطقه‌ای استانی در سال ۱۳۸۴ به تأسی از حکم ماده ۱ قانون تبدیل ادارات کل امور آب استان‌ها به شرکت‌های آب منطقه‌ای استان و تبدیل شرکت‌های آب منطقه‌ای که بیش از یک استان را دربرمی‌گیرد به شرکت آب منطقه‌ای استان ذی‌ربط (مصوب ۱۳۸۳).
۴. سطح مشارکتی: مشارکت بخش خصوصی و کشاورزان در بهره‌برداری و نگهداری شبکه‌های آبیاری و زهکشی و همکاری در مدیریت آب زیرزمینی.^۱
در راستای اصلاحات آبی، سیاست‌های کلان نظام جمهوری اسلامی نیز چشم‌اندازها، مأموریت‌ها، راهبردها، جهت‌گیری‌ها و اقدامات مدیریتی در بخش آب را این‌گونه برشمرده است:
۱. ایجاد نظام جامع مدیریت در کل چرخه آب براساس اصول توسعه پایدار و آمایش سرزمین در حوضه‌های آبریز.
۲. ارتقای بهره‌وری و توجه به ارزش اقتصادی و امنیتی و سیاسی آب در استحصال، عرضه، نگهداری و مصرف آب.
۳. افزایش استحصال آب و به حداقل رساندن ضایعات طبیعی و غیرطبیعی آب از هر طریق ممکن.
۴. تدوین برنامه جامع به منظور رعایت تناسب در اجرای طرح‌های سد، آبخیزداری، آبخوانداری و شبکه‌های آبیاری، تجهیز و تسطیح اراضی و حفظ کیفیت آب، مقابله با خشک‌سالی، پیشگیری از سیلاب، بازچرخانی و استفاده از آب‌های غیرممتعارف، ارتقای دانش و فنون و تقویت نقش مردم در استحصال و بهره‌برداری.
۵. مهار آب‌هایی که از کشور خارج می‌شوند و اولویت استفاده از منابع آب مشترک.^۲
اما، در واقعیت تقسیم نابرابر منابع آب باتوجه به میزان نیاز هر منطقه، گسترش شهرها در نتیجه مهاجرت، تحولات در بخش کشاورزی و صنعت، افزایش جمعیت، خشک‌سالی، کاهش میزان بارندگی، شور شدن منابع آب و خاک مشکلات متعددی در مورد مدیریت آب‌های آشامیدنی و مصرفی در ایران ایجاد نموده است. از راه‌حل‌هایی که مسئولین ملی و محلی آب ایران برای رفع مشکلات آبی موجود در پیش گرفته‌اند سعی در مدیریت سنتی منابع آب و انتقال آب از مناطق معتدل به مناطق خشک و نیمه‌خشک، مدرنیزه کردن روش‌های آبیاری کشاورزی، توسعه پروژه‌های انتقال آب میان حوضه‌ها، احداث سد و انبارها برای جمع‌آوری آب است.^۳ هرچند جهت‌گیری‌های خوبی برای اصلاح و بازسازی مدیریت آب ایران در اسناد و قوانین راهبردی^۴ صورت گرفته، اما تمرکز نهاد مدیریت آب به طور یک‌جانبه بر اساس نظام سلسله‌مراتب اداری تصمیم‌گیری، منسجم و اثربخش نبودن برنامه‌ریزی فرابخشی، به سرانجام نرسیدن تلاش‌ها برای اصلاحات جامع سیاستی و قانونی، عدم مؤثریت هدف‌گذاری‌های جدید برای تعادل‌بخشی آبخوان‌ها و عدم کفایت ظرفیت‌های اثرگذار در سطح شورای عالی آب، حوضه آبریز و سطح محلی کاستی‌هایی را ایجاد نموده است. در نتیجه اسناد و قوانین راهبردی پتانسیل خوبی برای ارتقای شاخص‌های حکمرانی مطلوب دارند، لکن قوانین و مقررات اجرایی^۵ از ظرفیت لازم برای توسعه مدیریت آب برخوردار نیستند. از مسائل مهم دیگر در بخش نهادی بحث نظارت است. در واقع نظارت بر حسن اجرای امور (مطالعات، توسعه و بهره‌برداری از منابع آب، نگهداری از تأسیسات آبی و آبرسانی،

۱. سیاست‌نامه آب: تغییرات سیاستی و ساختاری نهاد مدیریت آب کشور، مدرسه حکمرانی شهید بهشتی، ۱۳۹۹.

۲. سیاست‌های کلی نظام در بخش منابع آب، ابلاغی ۱۳۷۹/۱۱/۳.

۳. Evrim Maden, Tuğba. "İran'da Su Kaynaklarının Durumu ve Yönetimi", *Ortadoğu Analiz*, Volume 3, No. 33, 2011, P 80.

۴. راهبردهای توسعه بلندمدت منابع آب کشور، هیئت وزیران، ۱۳۸۲. مصوبات شورای عالی آمایش سرزمین از سال ۱۳۹۶ تا انتهای ۱۳۹۹، هیئت وزیران، ۱۴۰۰.

۵. قانون توزیع عادلانه آب.

تهیه طرح‌های جامع آب و تأمین آب در بخش‌های مختلف، تهیه، تنظیم و تصویب استانداردهای مورد نیاز، نظارت بر اجرای قوانین و برنامه‌ریزی برای تحقق سیاست‌های کلان آب و آبفا از وظایف حاکمیتی وزارت نیرو است. این نوع نظارت عموماً سلبی است و مانع نظارت به‌وسیله اشخاص می‌شود. به بیانی دیگر مانع نظارت از اعمال غیرقانونی و فراقانونی نهادهای دیگر می‌شود. بر مبنای نظریه حکمرانی خوب، نظارتی کارا است که همزمان از سوی سه نهاد دولتی، خصوصی و جامعه مدنی صورت پذیرد. این نوع نظارت نشانگر توازن، انسجام اجتماعی و وجود بسترهای لازم برای رشد و توسعه جامعه است.

در افغانستان نیز گفته می‌شود، طی سال‌های ۱۳۵۰-۱۳۴۰ پیشرفت‌هایی درمورد شناسایی پروژه‌های بالقوه آب انجام شد. در سال ۱۳۴۴ از ریاست سروی آب و خاک در تشکیلات رسمی دولت نام برده شد.^۱ خدمات آب‌رسانی شهری در سال ۱۳۴۸ در شهرهای بزرگ افغانستان آغاز شد. در جریان دهه ۱۳۵۰، اداره منابع آبی به عهده سه نهاد: ۱. وزارت آب و برق در بخش فعالیت‌های آبیاری و برق آبی، ۲. وزارت معادن و صنایع در بخش سروی آب‌های زیرزمینی، و ۳. اداره مرکزی خانه‌سازی و برنامه‌ریزی شهری در بخش آبرسانی و بهداشت شهری، گذاشته شد. در سال ۱۳۵۳ اساسنامه تصدی آب‌رسانی و کانالیزاسیون تصویب گردید.^۲ در سال ۱۳۶۰ قانون آب تصویب و در سال ۱۳۷۰ با تصویب قانون استفاده از منابع آب، ملغی شد. باتوجه به ناآرامی‌های داخلی در افغانستان مدیریت آب شهری و صنعتی گستره وسیعی پیدا نکرد. چنانچه مردم اکثر مناطق تا قبل از روی کار آمدن نظام جمهوری اسلامی، آب آشامیدنی خویش را از چاه‌های عمومی و چشمه‌ها تهیه می‌نمودند. متأسفانه مدیریت منابع آب در بخش کشاورزی نیز که در طول تاریخ افغانستان غیرمتمرکز بوده و معمولاً توسط میراب‌ها که بواسطه دهقانان انتخاب می‌شوند، اداره می‌گردد، در جریان جنگ‌های داخلی دچار توقف شد. شوربختانه جنگ‌های حاکم به این ساختار حکومتداری آسیب رساند. سال‌ها جنگ و ویرانی همراه با خشک‌سالی‌های چند ساله بر ساختارهای اجتماعی، اقتصادی و محیط زیستی افغانستان تأثیرات ناگواری گذاشت که در نتیجه آن اکثر مردم از دسترسی به آب آشامیدنی بهداشتی محروم ماندند و زیربناهای موجود تخریب شد. سواحل دریاها به شکل قابل توجهی افزایش و سطح آب‌های زیرزمینی به نسبت استخراج بیش از حد مجاز کاهش یافت. با گسترش جنگ‌ها در افغانستان بین سال‌های ۱۳۶۰-۱۳۸۰ ادارات مربوطه از فعالیت بازماندند و تنها مؤسسات غیردولتی همراه با ملل متحد به خدمات حداقلی در این باب پرداختند. خوشبختانه با روی کار آمدن نظام جمهوری اسلامی فعالیت‌های لازم از سر گرفته شد و ساختار نهادی آب در افغانستان بر اساس سکتور (بخش) شروع به فعالیت نمود. اداره و انکشاف منابع آب نظر به پروژه شروع شد. پروژه‌هایی که عرصه برنامه‌ریزی و مدیریت آنها مرکزی بود. با گذشت چند سال، طرزالعمل اداره همه جانبه منابع آب به‌حیث بهترین روش مدیریت آب انتخاب شد. در این دوره قرار شد طبق برنامه در نظر گرفته شده در زمان مناسب، نهاد آب در افغانستان از یک ساختار مرکزی به یک ساختار غیرمرکزی تغییر شکل دهد. مطابق این طرح، انجمن استفاده‌کنندگان آب و انجمن آبیاری جایگزین ساختار عنعنوی آبیاری کشاورزی شد و در آب‌رسانی شهری، اداره مرکزی آب‌رسانی و حفظ‌الصحه به شرکتی عامه به نام آب‌رسانی و کانالیزاسیون شهری افغانستان تبدیل شد^۳ و در سال ۱۳۹۹ به شرکت دولتی آب‌رسانی و فاضلاب شهری تغییر نام داد.^۴

۱. قانون تشکیلات اساسی، دولت پادشاهی افغانستان، ۱۳۴۴، ماده ۱۴.

۲. فرمان ۱۲۲۴، ۱۳۵۳/۱۲/۰۱.

۳. استراتژی سکتور آب، جمهوری اسلامی افغانستان، ۱۳۸۶، ص ۴.

۴. فرمان ۲۶۴۷ ریاست جمهوری، ۱۳۹۹/۰۹/۳۰.

در سال ۱۳۸۳ اصول توسعه بخش آب افغانستان در کنفرانسی بین‌المللی در شهر کابل پایه‌گذاری شد که از آن در تهیه سیاست‌های مختلف بخش آب استفاده می‌شود. سیاست‌های راهبردی بخش آب که در سال ۱۳۸۵ مورد تأیید شورای عالی اداره امور آب قرار گرفت، راهنمای اصلی برای تهیه سیاست‌های مشخص، قوانین، مقررات و طرزالعمل‌ها در بخش آب است. در این سند راهبردی، مدیریت همه‌جانبه منابع آب^۱ براساس مرزهای حوضه‌های دریایی^۲، به شکل غیرمتمرکز برای برنامه‌ریزی، انکشاف و اداره منابع آبی، در دستور کار قرار گرفت.^۳ در سال ۱۳۸۸ به کمک نهادهای بین‌المللی در راستای سیاست‌های مدیریتی اتخاذ شده و اجرای حکمرانی شایسته آب قانون آب ۱۳۷۰^۴ ملغی و قانون جدیدی به منظور حفاظت از منابع آب، توزیع عادلانه و استفاده مؤثر و دوام‌دار از آن، تقویت اقتصاد ملی و تأمین حقوق استفاده‌کنندگان آب بر مبنای احکام فقهی، عرف و عنعنات پسندیده مردم^۵ به تصویب پارلمان وقت رسید. در این قانون اداره همه‌جانبه آب بر اساس روش حوضه دریایی و مشارکت مردم نمود قانونی یافت. در سال ۱۳۹۸ باتوجه به ساختار جامعه افغانستان و سیاست‌های حکومت حاکم، قانون مذکور لغو و قانون تنظیم امور آب جایگزین آن شد. در قانون ۱۳۹۸ نیز تلاش گردیده مدیریت منابع آب همه‌جانبه و به روش حوضه دریایی^۶ در جهت تأمین حکومت‌داری خوب^۷ باشد.

اهم تفاوت این دو قانون (۹۸ و ۸۸) در مسئولیت و همکاری وزارت آب و انرژی و دیگر وزارت‌هاست. در قانون ۹۸ وزارت آب و انرژی تمام فعالیت‌های مربوط به آب را بر عهده دارد و شخص اصلی در این رابطه است.^۸ اما در قانون ۸۸ تمام وزارت‌ها باتوجه به حیطه کارشان همکار وزارت آب و انرژی بودند و صلاحیت‌هایی درمورد مدیریت آب داشتند.^۹ بحث مشارکت مردم نیز در قانون جدید کم‌رنگ شده است. دلیل این تفاوت عدم موجودیت ظرفیت‌های لازم برای مشارکت مردمی است. هرچند انتظار می‌رفت به جای به حاشیه راندن این اصل، بر ایجاد ظرفیت‌های لازم تمرکز شود. به‌طور کلی باید گفت: در نظام جمهوری اسلامی افغانستان با حمایت سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی و نهادهای مشوره‌دهی، از ایجاد نهادهای جدیدی که بر اساس اصول حکمرانی خوب آب مطرح و بنا می‌شوند، در رسمیات قانونی حمایت به عمل آمد. اما این ساختارهای پیشنهادی (به‌عنوان مثال غیرمتمرکز سازی کامل اداره منابع آب و ایجاد سراسری انجمن استفاده‌کنندگان آب که بنا بر عدم هزینه لازم اجرا نشد) در عمل موفق به اجرای کامل نگردید. می‌توان گفت: در ابتدای این دوره، باتوجه به عدم موجودیت ساختار قانونی و اداری مناسب در بخش آب، تلاش گردید مدیریت آب در راستای حکمرانی خوب آب تنظیم شود، اما بعد از مدتی و با بررسی مشکلات پیش آمده، تناسب مدیریت آب با نیازمندی‌های جامعه افغانستان اهمیت یافت و به تبع آن قانون آب تغییر یافت.

۱.۲. نهادهای غیررسمی

این نهادها انتظارات اجتماعی غیررسمی هستند که به وسیله آنها بعضی ساختارهای مدیریتی در جامعه ایجاد و جامعه

^۱. Integrated water resource management (IWRM).

^۲. River Basin Management (RBM).

^۳. پالیسی اداره منابع آب، جمهوری اسلامی افغانستان، ۱۳۸۵، ص ۹.

^۴. قانون استفاده از منابع آب، جمهوری افغانستان.

^۵. قانون آب، جمهوری اسلامی افغانستان، ۱۳۸۸، ماده ۱.

^۶. قانون تنظیم امور آب، جمهوری اسلامی افغانستان، ۱۳۸۹، ماده ۶.

^۷. همان، بند ۵ ماده ۲.

^۸. همان، مواد ۲۰ - ۳۰.

^۹. قانون آب، ماده ۸.

توسط آنها مدیریت می‌شود. قواعد غیررسمی ممکن است موافق یا مخالفت با قوانین رسمی جامعه باشد. نهاد غیررسمی می‌تواند شامل هنجارهای فرهنگی، سنتی یا سایر هنجارهایی باشد که در قانون مدون نباشد، با این حال نحوه تعامل گروه‌ها در حوزه عمومی و خصوصی، ملی و محلی را تعیین کند. امروزه پذیرش نهادهای غیررسمی در مدیریت جامعه مبتنی بر این نگرش است که نباید تصور شود مقامات دولتی افرادی با اطلاعات کامل و بهره‌برداران محلی افرادی ناآگاه از مدیریت سیستم‌های پیچیده پویا در جامعه بشری است. در واقع ممکن است مبنای اطلاعاتی و روش مدیریتی افراد محلی که سالیان متمادی از منبعی بهره‌برداری کرده و به ویژگی‌ها و جزئیات آن آگاه‌اند، قوی‌تر از اطلاعات و روش مدیریت دولتی باشد؛ زیرا حضور نهادهای غیررسمی در مدیریت جامعه سابقه‌ای در حد ایجاد اجتماع دارد. در بحث آب این ساختارها که اشاره به نهادها، دستورالعمل‌ها، سنت‌ها و روش‌های مدیریت منابع آب غیررسمی دارد، پیشینه‌ای در حد پیدایش آبیاری دارد. بسیاری از این روش‌ها و دستورالعمل‌ها همخوانی مناسبی با قواعد دولتی و رسمی ندارند. حقایق نمونه بارز این بحث است. سهم بزرگی از منابع آبی کشورها در زمینه کشاورزی بر اساس حقایق تخصیص می‌یابد. کشاورزی در مقیاس کوچک هنوز یک شغل اصلی در بسیاری از کشورهای در حال توسعه است و سهم بزرگی از منابع آبی مورد استفاده در آبیاری زمین‌های کشاورزی عمدتاً خارج از کنترل نظارتی دولت است. هرچند کشاورزان در بین خود در مورد حقوق و تعهداتی که باید برای استفاده از آب اعمال کنند موافقه می‌نمایند.^۱

در ایران نهادهای غیررسمی دارای نقش برجسته‌ای نیستند. هر چند در گذشته در مدل سنتی به دلیل عدم سلطه مطلق حکومت‌ها مدیریت، بهره‌برداری و نظارت از منابع آب به وسیله ذی‌نفعان صورت می‌گرفت. به طور مثال برای کشاورزی از سیستم میراب که نهادی عرفی و مردمی بود استفاده می‌شد. میراب‌ها توسط آب‌بران و ذینفعان منطقه مورد نظر، هر چند سال یک‌بار انتخاب می‌شدند که تنظیم و توزیع آب را برعهده داشتند. حق الزحمه میراب‌ها را مشترکین تعیین و پرداخت می‌کردند که این خود باعث مسئولیت‌پذیری میراب و مشترکین نسبت به استفاده درست از آب می‌شد. اما بعد از اینکه سازمان آب مسئولیت توزیع آب در شبکه‌ها را به عهده گرفت، این سیستم مشارکتی از بین رفت. اکنون در بعضی مناطق، تعاونی‌های آب‌بران تشکیل شده تا کار توزیع بر عهده مردم قرار گیرد.^۲ اما این نوع نهاد ریشه در عرف و سنت مردم ندارد، بلکه نهادی است که برای مشارکت مردم به وسیله دولت ایجاد شده است و حمایت می‌شود.

در افغانستان نهادهای غیررسمی از نقش بسزایی در مدیریت آب‌های کشاورزی برخوردارند. زیرا چندین دهه بی‌ثباتی سیاسی و نظامی باعث عدم اجرای ممتد قوانین حکومت‌های حاکم شده است. با سقوط یک حکومت، حکومت بعدی سعی در طرح و اجرای قوانین خویش و به کنار نهادن قوانین قبلی نموده است. این عدم ثبات حقوقی حاکم بر وضعیت مردم افغانستان، آنان را بر این واداشته که برای زنده ماندن و جلوگیری از درگیری‌های بیشتر، به نهادهای غیررسمی پناه ببرند. باید‌ها و نبایدهایی که بی‌توجه به نوعیت و موجودیت و عدم موجودیت دولت و حکومت به یاری آنها بشتابد. حقایق، میراب، شورا و جرگه عناوین نهادهای غیررسمی پر کاربرد مدیریت آب در افغانستان است. حقایق به تعریف ماده ۲۳۴۶ قانون مدنی افغانستان^۳ «توبت استفاده از آب به منظور آبیاری زراعت یا اشجار است». هرچند امروزه حقایق جزء احکام رسمی حقوق آب است، ریشه در حقوق غیررسمی آب دارد و شناسایی آن به عنوان نهاد رسمی بر اساس کاربردی است که نزد مردم در جهت انسجام اجتماعی و حل نابسامانی‌ها در توزیع آب دارد. میراب به معنای مسئول آب است که

^۱. Jacobson, Meyer, Oia, Reddy and Tropp. Op. Cit., P 10.

^۲. جمالی، صادق، «اصول حقوقی حاکم بر حکمرانی آب و خلاءهای آن در نظام حقوقی ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۶، ص ۶۶.

^۳. مصوب ۱۳۵۵.

در رأس کمیته‌های ده‌قین قرار دارد. اصطلاح عامی که درمورد افرادی که خدمات توزیع آب را در سطوح سیستم‌های کانال/ دریا به عهده دارند، به کار برده می‌شود. میراب‌ها مسئولیت نظارت در امتداد کانال/ دریا را نیز بر عهده دارند تا خرابی‌های احتمالی در تقسیم‌آبه‌های متناسب را ترمیم نمایند. همچنان مسئولیت برگزاری جلسات اختصاصی با کمیته‌های ده‌قین برای حل و فصل گروهی مسائل مربوط به آب در هر ماه^۱ و جلسه عمومی استفاده‌کنندگان آب در هر شش ماه^۲ را بر عهده دارند. حق الزحمه میراب‌ها را استفاده‌کنندگان آب پرداخت می‌نمایند.^۳

میراب همکاری به نام ساعتچی دارد. وی مسئول تنظیم زمان نوبت آب برای کشاورزان است. او موظف به پیش‌بینی و رفع نقاط بالقوه ضعف در اجرای نوبت است. از یک ساعتچی انتظار می‌رود که توانایی محاسبه تنظیم زمان و نوبت توزیع آب را در صورت وقوع جریان‌های نامشخص داشته باشد. همچنان قدرت پیش‌بینی تغییرات در سطح دریا و چگونگی تأثیر آنها بر جریان آب در جوی‌ها را داشته باشد تا مطابق به آن برنامه‌های احتیاطی را در نظر بگیرد. ساعتچی باید از مهارت‌های اجتماعی و میانجیگری نیز برخوردار باشد، زیرا ممکن است برای حل اختلافات ده‌قین میانجی‌گری کند. بزرگان و زمین‌داران مهارت‌های میانجی‌گری، بردباری، صداقت، بی‌طرفی و سابقه خالی از جنگ و دعوا را در تعیین ساعتچی توسط در نظر می‌گیرند. شورای آب نیز نهادی متشکل از میراب‌ها (مسئولین مدیریت و نظارت بر سربندها - ساختار هدایت‌کننده آب از دریا به کانال - در استان‌ها) است. در تفاوت شورا و جرگه باید گفت: جرگه نهادی انتخابی برای حل قضایای اختلافی است، اما شورا دارای اعضای ثابت است و در اداره جامعه سهم دارد. شورا نقطه ارتباط نهاد رسمی با نهاد غیررسمی است.^۴

با مروری بر قوانین آب سال‌های ۱۳۶۰ و ۱۳۷۰ می‌توان دریافت که نقش میراب در مدیریت منابع آب و حل اختلافات ناشی از بهره‌وری آب بسیار پررنگ و قابل توجه بوده است. اما، با تصویب قانون ۱۳۸۸ نقش آن کم‌رنگ می‌شود. هرچند همچنان مرجع تنظیم و توزیع حقابه^۵ و حل اختلافات استفاده از آب^۶ کشاورزی است. با تصویب قانون ۱۳۹۸ به رسمی‌سازی سیستم میراب به عنوان نهادی عنعنوی حکم می‌شود.^۷ بالین حال آنچه در عمل جریان دارد، استفاده قابل توجهی از سیستم میراب در مدیریت منابع آب کشاورزی به شکل عنعنوی آن در افغانستان است.

۲. کنشگران

در اداره آب بازیگران متعددی اعم از دولتی و خصوصی در سطوح مختلف نهادی، از محلی گرفته تا بین‌المللی، نقش و تأثیر دارند. در حکمرانی خوب مصادیق کنشگران به‌طور معمول در سه بخش: عمومی، خصوصی و جامعه مدنی قرار می‌گیرند. کنشگران عمومی نهادهای غیرانتفاعی‌اند که توسط دولت‌ها و کنشگران خصوصی نهادهای انتفاعی‌اند که توسط سرمایه‌گذاران خصوصی مدیریت می‌شوند. کنشگران مدنی نیز گروهی از مردم در کنار یکدیگرند که برای تحقق اهداف خاص انسانی جهت ایجاد تغییرهای اجتماعی - سیاسی فعالیت می‌نمایند. اهداف کنشگران مدنی بهبود شرایط زیست و

۱. قانون آب، جمهوری دموکراتیک افغانستان، ۱۳۶۰، ماده ۲۳.

۲. همان، ماده ۲۴.

۳. همان، ماده ۲۲.

۴. تاماس، ونست، مجیب احمد عزیز و احسان‌الله غفوری، **حق آب و روند حل معضل مربوط به آن در افغانستان: مورد مطالعاتی حوزه فرعی سرپل**، ترجمه عبدالرحیم احمد پروانی، واحد تحقیقات و ارزیابی افغانستان، ۱۳۹۲، صص ۳۹ و ۴۰.

۵. بند ۲ ماده ۲۳.

۶. بند ۱ ماده ۳۴.

۷. ماده ۱۵.

دفاع از حقوق شهروندان است؛ اقدامی که فراتر از یک کار متعارف یا معمول است. این سه گروه از کنشگران در امور سیاست‌گذاری، اجرایی و مشوره‌ای ایفای نقش می‌نمایند. در این بحث کنشگران آب ایران و افغانستان در دو بخش دولتی و غیردولتی مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۲.۱. کنشگران دولتی

کنشگران دولتی که نهادهای عمومی غیرانتفاعی‌اند با تصمیم‌سازی و اجرای تصمیم‌ها بر جامعه حکمرانی می‌نمایند. در ایران پس از مجلس شورای اسلامی،^۱ شورای عالی آب^۲ و وزارت نیرو کنشگران عمومی‌ای هستند که به سیاست‌گذاری در مدیریت آب می‌پردازند. نیز شرکت مدیریت منابع آب و شرکت مهندسی آب و فاضلاب که زیرمجموعه وزارت نیرو در بخش آب‌اند، کنشگران دولتی در امر اجرایی‌اند که هر یک مورد بررسی قرار می‌گیرند.

- **شورای عالی آب:** این شورا یک نهاد ملی و فرابخشی است که در سال ۱۳۷۹ تأسیس و اولین جلسه آن در ۱۳۸۱/۰۴/۱۲ برگزار^۳ شده و تاکنون چهل و دو جلسه دایر نموده است. جلسات این شورا به‌طور ماهانه یا هر چهل و پنج روز یک بار است.^۴ این شورا به‌منظور هماهنگی سیاست‌گذاری در زمینه تأمین، توزیع و مصرف آب ایجاد و به حکم و ریاست رئیس‌جمهور تشکیل می‌گردد و تصامیم آن لازم‌الاجراست.^۵ مأموریت شورا بررسی سیاست‌های آبی، هماهنگ‌سازی سیاست‌ها بین نهادهای ذی‌نفع، ایجاد وضعیت ایدئال در تأمین، توزیع و مصرف آب و نیز پیگیری و نظارت بر حسن اجرای مصوباتش است.^۶

از بررسی مصوبات این شورا که مهم‌ترین رکن تصمیم‌گیرنده در باب سیاست و مدیریت آب است، به دست می‌آید که شورای مذکور «در هر جلسه مسائل مربوط به یکی از استان‌ها یا حوضه‌های آبریز را مطرح و درمورد آن تصمیم‌گیری»^۷ می‌نماید. مصوبات این شورا از ابتدا تا روی کار آمدن دولت دوازدهم به دنبال توسعه منابع آبی و بهره‌وری بیشتر از آن در بخش کشاورزی بوده است. از این رو بر تسریع امور، بودجه‌دهی و اجرای طرح‌های سازه‌ای و انتقال آب بین‌حوضه‌ای و دریا تأکید داشته است. در دولت دوازدهم نگاه این شورا به سمت بحران آب و راه حل مسائل اجتماعی و اقتصادی ناشی از آن معطوف شده است.^۸ لذا تا شروع فعالیت دولت سیزدهم در هیچ‌یک از مصوبات شورا تصمیم و اقدامی در مورد حکمرانی شایسته آب و مسائل آن نشده است. در نخستین جلسه شورای عالی آب در دولت سیزدهم، ۱۴ مصوبه در زمینه‌های مختلف آب وضع گردیده^۹ و در دومین جلسه آن برای اولین بار، بر اهمیت حکمرانی آب تأکید شده و تعیین

۱. باقری، علی، «آسیب‌شناسی حوزه قانون‌گذاری ایران از منظر سازوکارهای تأثیرگذار بر منابع آب (۱)»، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی؛ دفتر مطالعات زیربنایی، دوره ۲۷، شماره ۶، ۱۳۹۸، ص ۲.

۲. اکبری، محمدرضا، احمد رضوانفر، سید محمود حسینی، امیر علم‌پیگی و عبدالمجید لیاقت، «بررسی کنشگری شورای عالی آب در حکمرانی منابع آب ایران؛ تحلیلی مبتنی بر مصوبات (۱۳۸۹-۱۳۹۷)»، فصلنامه سیاست‌گذاری عمومی، دوره ۵، شماره ۴، ۱۳۹۸، ص ۱۱.

۳. در این جلسه مقرر شد شورا حداقل هر سه ماه یک بار جلسه دایر نماید.

۴. سی و دومین مصوبه شورای عالی آب، ۱۳۹۶/۱۰/۱۸.

۵. قانون تشکیل وزارت جهاد کشاورزی، ۱۳۷۹، ماده ۱۰.

۶. پرتال خانه آب ایران، مأموریت شورای عالی آب.

۷. بیست و هفتمین مصوبه شورای عالی آب، ۱۳۹۵/۰۸/۲۲.

۸. اسلامی، روح‌الله و احمد رحیمی، «سیاست‌گذاری و بحران آب در ایران»، فصلنامه سیاست‌های راهبردی و کلان، دوره ۷، شماره ۲۷، ۱۳۹۸، ص ۴۲۲.

۹. پایگاه اطلاع رسانی ریاست‌جمهوری، «۱۴ مصوبه در جلسه شورای عالی آب»، شناسه خبر ۱۳۲۲۶۶، ۴ آبان ۱۴۰۰.

دقیق نیازها و اولویت‌بندی آنها، سیاست‌گذاری صحیح بر مبنای داده‌ها و اطلاعات جمع‌آوری شده، اجرای سیاست‌های تعیین شده و نظارت بر حسن اجرای آنها لازمه این حکمرانی دانسته شده است. از این‌رو طرح «اصلاح و ارتقای نظام حکمرانی آب» و «اصلاح الگوی کشت» به تصویب اعضای آن رسیده است.^۱

- وزارت نیرو: در ایران اولین وزارت آب و برق توسط نظام‌نامه مؤسسه برق تهران مصوب ۱۳۱۵ و قانون اجازه تأسیس بنگاه آبیاری مصوب ۱۳۲۲ تشکیل گردید. دلیل تأسیس وزارت نیرو و جایگزینی آن به جای وزارت آب و برق در سال ۱۳۵۳، استفاده حداکثری از منابع انرژی و آب و تهیه و تأمین انرژی و آب برای انواع مصارف عمومی شهروندان است.^۲ این وزارت «با سیاست‌گذاری، برنامه‌ریزی، سازمان‌دهی، هدایت، نظارت و تدوین ضوابط و مقررات و لوایح مرتبط بسترهای لازم را برای انجام مطالعات، حفاظت، بهره‌برداری و تخصیص بهینه منابع، اجرای طرح‌های توسعه‌ای و تولید انرژی برق‌آبی، ارائه خدمات مشاوره‌ای، فنی و اجرایی در سطح ملی و فراملی - با تأکید بر کشورهای منطقه - فراهم» می‌نماید. مأموریت آبی وزارت، مدیریت پایدار منابع آب و حفاظت از حقوق مرتبط با آب در سطح کشورهای همسایه و منطقه است که با مدیریت پایدار کمی و کیفی منابع و مصارف آب، نسبت به عرضه آب مطمئن، کافی و قابل مصرف (متناسب با ظرفیت‌های ملی) اقدام نموده و نقش خود را در ارتقای بهداشت، رفاه اجتماعی و توسعه پایدار^۳ به گونه‌ای ایفا می‌نماید که ایران در رعایت حقوق کلیه ذی‌نفعان و دسترسی عادلانه همگان به آب سالم و کافی متناسب با ظرفیت‌های ملی، سرآمد کشورهای منطقه باشد.^۴ وزارت نیرو در راستای انجام وظایف حاکمیتی خود به عنوان متولی و مسئول تأمین نیازهای آبی مصارف مختلف کشور به‌ویژه نیازهای شرب و بهداشت، حسب ضرورت و متناسب با ظرفیت‌های آبی و نیاز مناطق مختلف کشور، پس از سیر مراحل و هماهنگی مراجع ذی‌ربط، نسبت به تأمین آب مورد نیاز مردم اقدام می‌کند. وزیر نیرو به عنوان بالاترین مقام وزارت، مسئول تبیین سیاست‌ها و تصمیم‌گیری‌ها براساس اسناد بالادستی است. این وزارت به عنوان تصمیم‌گیرنده، مجری و ناظر بازیگر اصلی و محوری آب در ایران است و دیگران باتوجه به اصول مصوب این سازمان اقدامات لازم را انجام می‌دهند.

- معاونت امور آب و آبفای وزارت نیرو: این معاونت به نیابت از وزارت نیرو عهده‌دار اعمال حاکمیت ملی بر منابع آب است که وظایف تخصصی و فنی مربوطه را از طریق دو شرکت مادر تخصصی مدیریت منابع آب و مهندسی آب و فاضلاب ایران انجام می‌دهد.

شرکت مدیریت منابع آب ایران به استناد ماده ۴ قانون برنامه سوم توسعه شکل گرفته است. شرکت مذکور واحد اجرایی معاونت آب و آبفای وزارت نیرو است^۵ که دارای شخصیت حقوقی و مستقل است و به شکل سهامی (خاص) اداره می‌شود.^۶ این شرکت مسئول مدیریت منابع آب در سطوح حوضه آبریز^۷ و سطوح استانی^۸ است. موضوع فعالیت این شرکت و زیرمجموعه‌های آن شناخت، مطالعه، تحقیق، توسعه، حفاظت، نظارت و بهره‌برداری بهینه از منابع آب، تأسیسات

۱. همان، «رئسی در جلسه شورای عالی آب»، شناسه خبر ۱۴۰۰۷۸، ۱۹ مهر ۱۴۰۱.

۲. پرتال وزارت نیرو، تاریخچه.

۳. همان.

۴. همان، چشم‌انداز.

۵. شرکت و زیرمجموعه‌های آن از نظر سیاست‌ها، برنامه‌ها و فعالیت‌های توسعه و بهره‌برداری تابع ضوابط و مقررات وزارت نیرو است (اساسنامه شرکت مدیریت منابع آب ایران، مصوب ۱۳۸۲، ماده ۳۱).

۶. همان، ماده ۴.

۷. از طریق معاونت و مدیریت‌های مربوطه که در بدنه شرکت لحاظ گردیده است.

۸. از طریق شرکت‌های آب منطقه‌ای هر استان.

و سازه‌های آبی و استحصال انرژی برق‌آبی و تأسیسات مربوط است. این نهاد دارای وظایف و صلاحیت‌های زیر است:

۱. اجرای قانون توزیع عادلانه آب و سایر قوانین، مقررات و مصوبات مربوط به آب.
 ۲. بررسی و تدوین پیشنهادهای لازم در زمینه راهبردها، سیاست‌ها، برنامه‌های بلندمدت و میان‌مدت بخش آب و ارائه آنها به وزارت نیرو.
 ۳. تهیه، تولید و تحلیل اطلاعات پایه‌ای مورد نیاز برای شناخت و رفتارسنجی کمی و کیفی منابع آب.
 ۴. راهبری و انجام نظارت در شناخت، مطالعه و اجرای طرح‌های تأمین و انتقال آب، شبکه‌های آبیاری و زه‌کشی؛ پایداری و ایمنی سدها، مهندسی رودخانه‌ها و سواحل.
 ۵. کنترل سیلاب و تغذیه مصنوعی و تولید انرژی برق‌آبی است.^۱
- شرکت مهندسی آب و فاضلاب ایران^۲ نیز از دیگر واحدهای اجرایی معاونت آب و آبفای وزارت نیرو بوده که به استناد ماده ۴ قانون برنامه سوم توسعه تشکیل شده است. هدف از ایجاد آن سامان‌دهی فعالیت‌های تصدی وزارت نیرو در امور آب و فاضلاب است. اهم وظایف و صلاحیت‌های این شرکت عبارت است از:
۱. انجام هرگونه فعالیت در راستای آب‌رسانی برای مصارف خانگی، عمومی، صنعتی، تجاری و جمع‌آوری، انتقال، تصفیه و دفع بهداشتی فاضلاب.
 ۲. مدیریت و نظارت بر ایجاد، بهره‌برداری از تأسیسات مرتبط با امور آب و فاضلاب.
 ۳. تهیه و تدوین پیشنهادهای لازم در زمینه سیاست‌گذاری و راهبری و توسعه صنعت آب و فاضلاب و ارائه آن به وزارت نیرو.
 ۴. مطالعه، برنامه‌ریزی، تهیه طرح، مدیریت، نظارت و هماهنگی در اجرای طرح‌های آب و فاضلاب مطابق ضوابط وزارت نیرو.
 ۵. تهیه و تدوین استانداردها، دستورالعمل‌ها و آیین‌نامه‌های عملیاتی مربوط به امور آب و فاضلاب.
 ۶. جلب مشارکت‌های بخش خصوصی و حمایت از آنها.^۳

اما در افغانستان، پس از سال ۱۳۸۰ به هدف تصویب قوانین مؤثر و مناسب، ایجاد نهادها و سازمان‌هایی کارا و توانا در همسویی با رویکرد حکمرانی خوب آب، مدیریت همه‌جانبه منابع آب به روش حوضه دریایی، و مشارکت از طریق پلت فرم‌های چند کنشگر^۴ جهت واگذاری قدرت تصمیم‌گیری از دولت مرکزی به سکوها زیرحوضه و نیز مصرف‌کنندگان آب مطرح شد.^۵ در اینجا مطابق به قانون آب ۱۳۹۸ کنشگران عمومی عرصه آب معرفی می‌شود.

- شورای عالی آب، اراضی و محیط زیست: این شورا برای اولین بار در قانون آب ۱۳۸۸^۶ مطرح شد و در قانون ۱۳۹۸ نیز مورد تأیید قرار گرفت. شورا «عالی‌ترین مرجع رهبری، سیاست‌گذاری و تصمیم‌گیری در بخش آب و تنظیم منابع آب»^۷ است. اعضای این شورا به‌وسیله رئیس‌جمهور تعیین و تحت ریاست وی با ترکیبی از وزرا و رؤسا تشکیل جلسه

۱. همان، ماده ۷.

۲. این شرکت نیز مادر تخصصی بوده و دارای شخصیت حقوقی و استقلال مالی است (اساسنامه شرکت مهندسی آب و فاضلاب کشور، مصوب ۱۳۸۱، ماده ۴).

۳. همان، ماده ۷.

۴. Participation via multi-stakeholder platforms (MSPs).

۵. قانون ۱۳۸۸، بند ۱ ماده ۱۲.

۶. ماده ۹.

۷. ۱۳۹۸، بند ۱، ماده ۹.

می‌دهد.^۱ در شورا وزارت‌ها و ریاست‌های مورد نظر که از نهادهای همکار و ذی‌ربط آب با وزارت آب و انرژی است عضو و صاحب نظرند. جلسات عادی این شورا هر ۱۵ روز دایر می‌گردد.^۲ شورا بنا به حکم ماده ۱۰ قانون ۱۳۹۸ دارای صلاحیت‌های زیر است:

۱. تأیید سیاست و راهبردها به منظور تنظیم و توسعه منابع آب، استفاده مؤثر و نظارت از اجرای آنها.
 ۲. تأیید طرح سیاست و مدیریت آب‌های فرامرزی.
 ۳. تأیید طرح دیپلماسی مذاکرات آب‌های فرامرزی.
 ۴. تأیید طرح تنظیم، تخصیص، عرضه، توزیع و بهره‌برداری از منابع آب جهت استفاده‌های مختلف به اساس معقولیت اقتصادی و ساحوی.
 ۵. اتخاذ تصمیم در مورد طرح تنظیم و انتقال آب بین حوضه‌های دریایی.
 ۶. اتخاذ تصمیم در مورد آب‌های فرامرزی.
- علاوه بر قانون فوق، طرز العمل شورای عالی آب نیز وظایف و صلاحیت‌هایی برای شورا تعریف نموده است.^۳ متن مواد فوق نشان می‌دهد که شورای عالی آب یکی از بازیگران مهم در عرصه آب افغانستان است. مسائل مهم آب زیر نظر این نهاد بوده و اجرای آن نیازمند تأیید و تصمیم این اداره است.
- **وزارت آب و انرژی:** اولین اداره آب افغانستان، ریاست سروی آب و خاک است که در قانون تشکیلات اساسی ۱۳۴۴ مطرح می‌شود. اساس فعالیت این ریاست سروی هایدرو لژیکی دریاهای سراسر کشور و طراحی آب‌های سطحی و زیرزمینی است. در این سال وزارت زراعت نیز به وزارت زراعت و آبیاری تغییر نام می‌دهد،^۴ هر چند موضوع فعالیت‌های آبی این وزارت صرفاً آب‌های زراعتی است. به تدریج و با گسترش فعالیت‌های بخش آب، در اوایل دهه ۱۳۵۰ ریاست عمومی آبیاری و منابع آب از ادغام ادارات آب تشکیل می‌گردد. با تغییر رژیم پادشاهی به جمهوری، در اواخر سال ۱۳۵۳ ریاست عمومی برشنا (روشنایی) با ریاست عمومی آبیاری و منابع آب ادغام می‌شود و در نتیجه وزارت آب و برق شکل می‌گیرد که بخش‌های فرعی آبیاری و انرژی آبی را اداره می‌نماید. تا اواخر دهه ۱۳۵۰ وزارت آب و برق تحت همین نام فعالیت می‌نماید و پس از آن دچار تغییر نام می‌شود. در سال ۱۳۶۳ وزارت آبیاری به وزارت آبیاری و منابع آب تغییر نام می‌دهد.^۵ این وزارت مسئولیت شبکه‌های هایدرو لژیکی و توسعه منابع آب و تأسیسات بزرگ آبیاری را به عهده دارد.^۶ با ایجاد حکومت مؤقت در افغانستان، در اواخر سال ۱۳۸۰ مسئولیت حفاظت از محیط زیست نیز به عهده وزارت آبیاری و منابع آب گذاشته می‌شود که در نتیجه وزارت مذکور به آبیاری، منابع آب و محیط زیست تغییر نام می‌دهد. در اواخر سال ۱۳۸۳ بخش محیط زیست از این وزارت جدا و مجدداً مدیریت بخش برق شامل این وزارت می‌شود و در نهایت وزارت آب و برق دوباره شکل می‌گیرد.^۷ در بهمن ۱۳۹۸ رئیس جمهور وقت با صدور فرمان تقنینی تصمیم به انحلال این وزارت و در عوض ایجاد دو اداره ملی مستقل تنظیم امور آب و برق می‌گیرد. وی در حصة ایجاد تشکیلات ساختاری این دو

۱. همان، بند ۹، طرز العمل شورای آب، اراضی، توسعه‌ی شهری و محیط زیست، مصوب ۱۴۰۰، ماده ۵.

۲. همان، ماده ۶.

۳. همان، ماده ۴.

۴. فرمان تقنینی ۱۴۹۹/۵۵۷۶، ۱۳۴۴/۱۲/۰۴.

۵. فرمان هیئت رئیسه شورای انقلابی جمهوری دموکراتیک افغانستان، ۱۳۶۳/۰۵/۱۸.

۶. در مورد تاریخ ایجاد و تغییر عناوینی که اداره آب افغانستان داشته، در بعضی از دوره‌ها احکام تقنینی مشخصی وجود ندارد.

۷. چارچوب پالیسی استراتژیک برای سکتور آب، وزارت آبیاری، منابع آب و محیط زیست، دولت انتقالی اسلامی افغانستان، ص ۶.

اداره کوشش می‌نماید، اما موفق به انحلال آن نمی‌شود. با روی کار آمدن دوباره طالبان وزارت آب و انرژی با توجه به قانون آب ۱۳۹۸ به‌عنوان نهاد رهبری‌کننده و مسئول توسعه و اداره منابع آب به فعالیت خود ادامه می‌دهد.

- **اداره تنظیم امور آب:** این اداره نهاد اجرایی امور آب در وزارت آب و انرژی است. وظایف و صلاحیت‌های این اداره طبق ماده ۱۱ قانون تنظیم امور آب عبارت‌اند از:

۱. طرح و ترتیب سیاست، راهبرد و اسناد تقنینی مرتبط به آب.
۲. تحلیل ظرفیت آب موجود و قابل دسترس و مدیریت ساحات آبیگر.
۳. طرح و ترتیب برنامه تخصیص و بهره‌برداری مناسب از منابع آب و پیشنهاد آن به شورای عالی آب، اراضی و محیط‌زیست.
۴. طرح و ترتیب برنامه احیا، انکشاف، بهره‌برداری، مصونیت، حفظ و مراقبت از تأسیسات آبی و سایر ساختمان‌های مرتبط به منابع آب، اجرا و نظارت از آنها.
۵. توسعه شبکه هایدرولولژیکی و هایدروجیولوژیکی برای جمع‌آوری و تحلیل ارقام و معلومات...
۶. ایجاد بانک معلوماتی ملی منابع آب برای طرح و ترتیب برنامه توسعه و تنظیم منابع آب با توجه به اثرات ناگوار تغییرات اقلیمی از جمله کاهش اثرات سیلاب و خشک‌سالی و شریک ساختن آن با شهروندان...
۷. فراهم‌سازی زمینه سرمایه‌گذاری بخش خصوصی برای توسعه منابع آب باتوجه به معقولیت اقتصادی و ساحوی آن.
۸. تأسیس شوراهای مشورتی حوضه دریایی.^۱
۹. تأسیس شوراهای مشورتی حوضه فرعی دریایی.^۲
۱۰. اقدام برای رسمی‌سازی سیستم میراب.^۳
۱۱. ایجاد و انکشاف سیستم‌های جدید آبیاری باتوجه به معقولیت اقتصادی.^۴

طبق موارد مذکور اداره تنظیم امور آب از کنشگران مهم در عرصه مدیریت و وضعیت آب در افغانستان است. هر چند سیاست‌های آن زیر نظر و نیازمند تأیید وزارت آب و انرژی و شورای عالی آب است، اما صلاحیت‌ها و وظایف وی گسترده بوده و شامل مباحث تقنینی، اجرایی، نظارتی، توزیعی و تنظیمی می‌شود.

- **ریاست‌های عمومی حوضه‌های دریایی:**^۵ در سال‌های اولیه نظام جمهوری اسلامی هیچ مطالعه جامعی درمورد شیوه مدیریت آب و حکمرانی در سطح حوضه وجود نداشت. مقامات افغانستان همراه با کارشناسان جامعه بین‌المللی، حکمرانی آب این کشور را لوحی سفید در نظر گرفتند و با تمام ابهامات موجود تلاش نمودند مدیریت همه‌جانبه منابع آب را به روش حوضه دریایی با الگوبرداری از چارچوب دستورالعمل آب اتحادیه اروپا^۶ اجرا نمایند. چنان‌که تا به امروز مدیریت منابع آب به همین روش انجام می‌شود. ادارات حوضه دریایی که یکی از مقاصد عمده بخش تشکیلاتی سیاست اداره منابع آب افغانستان محسوب می‌شوند، به وسیله وزارت آب و انرژی در پنج حوضه دریایی به نام‌های آمو، شمال،

۱. ماده ۱۲.

۲. ماده ۱۳.

۳. ماده ۱۵.

۴. ماده ۱۶.

۵. حوضه دریایی ساحات آبیگری است که آب آن به شکل طبیعی در یک مجرای مشترک سرازیر می‌شود. قانون ۱۳۹۸، بند ۱۳ ماده ۳.

۶. “Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council”, establishing a framework for Community action in the field of water policy, 23 October 2000.

کابل، هریرود و هلمند ایجاد شده است. ادارات مذکور نقش مشورتی و اجرایی برای شوراهای حوضه دریایی دارند. از این رو به شوراهای در مورد تخصیص آب، مقدار جریان قابل دسترس، حفاظت محیط زیست و انرژی بالقوه مشوره فنی و در امور برنامه ریزی، ساختن بودجه، ایجاد قوانین و یا تغییرات و تعدیلات در قوانین آب، انسجام فعالیت ها و تهیه سیاست های مورد استفاده در حوضه های دریایی مربوطه مشوره کلی فراهم می نمایند. زیرا شوراهای حوضه دریایی نهادهای تصمیم گیرنده و ادارات حوضه دریایی نهاد اجرا کننده اند.^۱ به تاسی از همین مسئله، بند ۱ ماده ۱۲ قانون ۱۳۸۸ به تشکیل ادارات حوضه دریایی برای برنامه ریزی همه جانبه منابع آب و اشتراک استفاده کنندگان و سایر نهادهای اجتماعی- فرهنگی در روند تصمیم گیری جهت تنظیم و توسعه منابع آب، حفاظت محیط زیست، سهمیه بندی و توزیع عادلانه حقابه و سایر امور آب حکم و بند ۲ ماده و قانون فوق وظایف و صلاحیت های ادارات مذکور را تعیین می نماید. گفتنی است که با تصویب قانون ۱۳۹۸، ادارات مذکور به ریاست تغییر عنوان داده است. چنان که در بند ۳ ماده ۱۱ قانون اخیر آمده است:

اداره تنظیم امور آب به منظور تنظیم بهتر امور حوضه های دریایی، ریاست های عمومی را در سطح پنج حوضه دریایی، ریاست های فرعی در سطح استان ها و واحدهای اداری را در سطح شهرستان ها و آبریزها ایجاد می نماید. قابل ذکر است که صلاحیت ها و وظایف این ریاست ها به تنظیم مقررات جدید واگذار گردیده است. اما با تسلیم دهی حکومت به طالبان هنوز مقرره ای در این مورد نشر نشده، لذا همچنان طرز العمل ایجاد و فعالیت های ادارات حوزه های دریایی ۱۳۹۰ اجرا می گردد.

۲.۲. کنشگران غیردولتی

یکی از شاخصه های برجسته حکمرانی آب، مشارکت کنشگران غیردولتی (جوامع محلی) در مدیریت منابع آب است. موافقان این نوع مدیریت معتقدند که مدیریت جوامع محلی اثرگذارتر نسبت به مدیریت متمرکز دولتی است. اما مخالفان بر این باورند که این نوع مدیریت به منافع ملی آسیب می رساند.^۲ در این بحث کنشگران غیردولتی آب ایران و افغانستان مورد بررسی قرار می گیرند.

- **تشکل های آب بران:** تشکل آب بران که یکی از الگوهای تشکیل و توسعه بازار آب و مجرای انتقال مدیریت آب از بخش دولتی به مصرف کنندگان است،^۳ گروهی از کشاورزان بین یک کانال فرعی هستند که با مجموعه ای از قواعد برای مدیریت توزیع آب در مناطق خود، سازمان تعاونی ایجاد می کنند. در تعریفی دقیق تر تعاونی آب بران گروهی از کشاورزان هستند که همه آنها از یک منبع مشترک آب استفاده و در جهت تأمین، توزیع و انتقال آن با یکدیگر مشارکت می کنند، ضمن اینکه مسئولیت نگهداری از سیستم های توزیع و انتقال آب را نیز برعهده دارند.^۴ شبکه های آبیاری نکوآباد و آبشار اصفهان کهن ترین تشکل آب بران ایران است. نظام جدید تشکل آب بران پس از تشکیل شرکت های بهره برداری از شبکه های

۱. پالیسی اداره منابع آب، جمهوری اسلامی افغانستان، ۱۳۸۵، ص ۱۲.

۲. هاشمی، سیدمختار، «حکمرانی محلی آب در ایران: پیامدها و توصیه های سیاستی»، نشریه آب و توسعه پایدار، دوره ۹، شماره ۱، ۱۴۰۱، ص ۱۳۵.

۳. تاهباز صالحی، نیلوفر، محمدرضا نظری و مجید کویاهی، «بررسی عملکرد مدیریت مشارکتی آبیاری در ایران؛ مطالعه موردی تعاونی آب بران تاجن»، مجله اقتصاد و توسعه کشاورزی، دوره ۲۴، شماره ۲، ۱۳۸۹، ص ۲۰۵.

۴. توتونچی، مریم و احمدرضا عمانی، «تشکل های آب بران، ساختاری کهن با رویکردی نوین»، سومین همایش ملی مدیریت شبکه های آبیاری و زهکشی، دانشگاه شهید چمران اهواز، ۱۳۸۹، ص ۳.

آبیاری در سال ۱۳۷۰ برای جلب مشارکت مصرف‌کنندگان در بهره‌برداری و نگهداری شبکه‌های آبیاری در دستور کار قرار گرفته و در برنامه دوم توسعه،^۱ دولت مؤظف شد به منظور تحقق محوریت بخش‌های آب و کشاورزی و بهره‌برداری بهینه از منابع طبیعی تجدیدشونده، تدابیر لازم را با تأکید بر حمایت از تشکیل تعاونی‌های کشاورزی اتخاذ و اجرا نماید. در ادامه طبق تبصره ۱۰۷ قانون سوم توسعه به دولت اجازه داده شد که در جهت اجرای سیاست‌های صرفه‌جویی و هدایت مصرف‌کنندگان آب کشاورزی به بهره‌برداری بهینه، به ایجاد تشکلهای بهره‌برداری آب بپردازد. در ماده ۱۷ قانون برنامه چهارم توسعه نیز تأکید به بهبود مدیریت آب شد.

- **شوراهای مشورتی حوضه دریایی:** افغانستان دارای پنج حوضه دریایی است که هریک از این حوضه‌ها دارای حوضه‌های فرعی^۲ اند. از آنجاکه یکی از اهداف مدیریت آب به روش حوضه، مشارکت مصرف‌کنندگان در مدیریت آب است؛ لذا سیاست‌نامه اداره منابع آب به ایجاد شوراهای منتخب حوضه دریایی از بین انجمن استفاده‌کنندگان آب و شرکا اشاره نمود. شوراهای حوضه دریایی نهاد تصمیم‌گیرنده در مدیریت همه‌جانبه منابع آب در حوضه خود محسوب می‌شوند. اعضای این شوراها نمایندگان استفاده‌کنندگان آب، ادارات ذی‌ربط دولتی و محلی و سایر افراد ذی‌ربط در حوضه‌های دریایی^۳ اند. این شوراها برای اولین بار در افغانستان به هدف مشارکت، تأمین روابط دوستانه برای همکاری و حمایت، تبادلۀ معلومات و مشورت‌های لازم در موضوعات مربوطه و زمینه اجرای قوانین، مقرره‌ها و دستورالعمل‌های موجود میان ارگان‌های دولتی و استفاده‌کنندگان آب در قانون ۱۳۸۸^۴ مطرح و با تصویب قانون ۱۳۹۸ به شوراهای مشورتی حوضه‌های دریایی تبدیل شد. طبق بند ۱ ماده ۱۲ قانون ۱۳۹۸ «وزارت آب و انرژی، شوراهای مشورتی حوضه‌های دریایی که متشکل از نمایندگان استفاده‌کنندگان آب، ادارات دولتی ذی‌ربط و سایر جوانب ذی‌دخل در حوضه‌های مربوط می‌باشند را تأسیس می‌نماید». بند ۲ ماده فوق وظایف و صلاحیت‌های شوراهای مذکور را این‌گونه برمی‌شمارد:

۱. ارائه مشوره به منظور تدوین راهبرد تنظیم منابع آب در حوضه دریایی مربوط مطابق قوانین و سیاست ملی آب و باتوجه به مشخصات و نیازمندی‌های حوضه دریایی و نظارت از رعایت احکام این قانون و مقرره‌های مربوط.
 ۲. ارائه مشوره و موافقه در تعیین تخصیص آب که از طرف ادارات حوضه دریایی با در نظر داشت سیاست ملی آب تهیه می‌گردد.
 ۳. ارائه مشوره در حل منازعات ناشی از تخصیص و استفاده از آب در حوضه دریایی مربوط.
 ۴. نظارت از تأمین حقابه‌ها در حوضه دریایی مربوط و مراقبت از اجرای وظایف شوراهای مشورتی حوضه‌های فرعی در حوضه دریایی مربوط.
 ۵. تأیید، رد یا تعدیل تصامیم شوراهای مشورتی حوضه‌های فرعی دریایی و عرضه‌کنندگان خدمات آب... .
- گفتنی است که علاوه بر شوراهای مشورتی حوضه دریایی، شوراهای مشورتی حوضه فرعی دریایی نیز توسط وزارت آب و انرژی تشکیل می‌گردد. این شوراها طبق بند ۲ ماده ۱۳ قانون ۱۳۹۸ دارای وظایف و صلاحیت‌های ذیل است:
۱. ارائه مشوره به منظور تنظیم منابع آب در حوضه مربوطه با توجه به مشخصات و نیازمندی‌های حوضه فرعی دریایی و نظارت از رعایت احکام و مقررات قانون.

۱. تبصره ۷۷، بند ۴.

۲. حوضه فرعی دریایی، شاخه‌ای از حوضه دریایی است. قانون ۱۳۹۸، بند ۱۴، ماده ۳.

۳. طرز العمل ایجاد، ثبت، تقویت و طرز فعالیت انجمن استفاده‌کنندگان آب، ۱۳۹۰، ماده ۸.

۴. ماده ۱۳ و با توجه به حکم پالیسی اداره منابع آب افغانستان.

۲. ارائه مشوره و موافقه درمورد برنامه تخصیص آب که از طرف ادارات حوضه فرعی دریایی باتوجه به سیاست ملی آب تهیه می گردد.

۳. نظارت از تأمین حقا به و مراقبت از اجرای وظایف شورای حوضه های فرعی در حوضه دریایی مربوط.

۴. ارائه مشوره جهت حل منازعات ناشی از تخصیص و استفاده از آب در حوضه فرعی دریایی مربوط.

با دقت در وظایف و صلاحیت های شوراهای مذکور می توان دید وظایف و صلاحیت های هر دو شورا یکسان بوده و صرف گستره آن متفاوت است. هر شورا در ساحة خود فعالیت های مربوطه را انجام می دهد. گفتنی است که شوراهای مشورتی حوضه دریایی می توانند برخی از وظایف و صلاحیت های خود را به شوراهای مشورتی حوضه فرعی دریایی تفویض نمایند.^۱

- **انجمن استفاده کنندگان آب:** «اجتماع داوطلبانه اشخاص حقیقی و حکمی است که به منظور تأمین اهداف اجتماعی و اقتصادی استفاده از آب»^۲ و «تأمین حق قانونی استفاده کنندگان آب و همکاری با اداره تنظیم امور آب» ایجاد می گردد.^۳

سابقه انجمن های آب به کمیته کشاورزان می رسد که در قانون آب ۱۳۶۰ مطرح و با گذر زمان نقش آن برجسته شد. چنان که در قانون ۱۳۸۸ از دو نوع انجمن (استفاده کنندگان و آبیاری)^۴ نام برده می شود. طبق این قانون تشکیل انجمن های استفاده کنندگان آب از وظایف وزارت آب و انرژی^۵ و تشکیل انجمن های آبیاری (به منظور سهم گیری در تصامیم مربوط به برنامه ریزی و استفاده از منابع آب و حفظ و مراقبت از شبکه های آبیاری در حوضه های دریایی) از وظایف وزارت کشاورزی است.^۶ تشکیل انجمن های استفاده کننده آب جزء اهداف کوتاه مدت راهبرد بخش آب (استراتژی سکتور آب ۱۳۸۶) بوده که نحوه ایجاد آن بر اساس سیستم سنتی میراب از سوی مصرف کنندگان آب مطرح و هدف از ایجاد آن سهم گیری در تمامی عرصه های برنامه ریزی و مدیریت منابع آب در ساحاتشان از طریق پیشنهاد به نهادهای اداره حوضه دریایی دانسته شده است.^۸ انجمن های آب با ثبت شخصیت حقوقی خویش دارای حقوق و وجایی می گردند که به وسیله آن می توانند در نقش خواهان یا خوانده در دعوا حضور یابند. همچنین از طریق حق اجرت امور خدماتی مربوط به آب، اعانه های داوطلبانه نقدی و قرضه صاحب دارایی شوند و برای رفع نیازمندی هایشان زمین، تأسیسات و تجهیزات به دست آورند. انجمن ها می توانند به ساختاری کوچکتر به نام گروه های استفاده کننده آب تقسیم شوند. همچنین می توانند با یکدیگر یکجا شده، اتحادیه انجمن استفاده کنندگان آب را تشکیل دهند. انجمن ها وظایف و صلاحیت های ذیل را دارند:

۱. جلوگیری از ضایعات آب.

۲. حفاظت از منابع آب.

۳. جلوگیری از استفاده غیرقانونی آب.

۴. رفع هر نوع موانع غیرقانونی در مسیر آب.

۱. ۱۳۹۸، بند ۳ ماده ۱۲.

۲. همان، بند ۲۰ ماده ۳.

۳. همان، ماده ۱۴.

۴. ماده ۱۲.

۵. بند ۱ ماده ۱۸.

۶. بند ۱۲ ماده ۱۰.

۷. بند ۵ ماده ۱۱.

۸. استراتژی سکتور آب، ص ۳۳.

۵. جلوگیری از هر نوع فعالیت غیرقانونی که باعث کاهش کمیت و کیفیت آب در منبع می‌گردد.
۶. تنظیم جریان مسیر آب با پاک‌کاری مجرا، کاهش خطر صدمه به زمین در هنگام سیلاب‌ها، تغییر مسیر آب به مسیر قبلی آن که بنابر عوامل طبیعی تغییر کرده است.
۷. تنظیم و نظارت از توزیع و استفاده عادلانه آب باتوجه به استحقاق استفاده‌کننده مربوطه.
۸. مطالبه رهاسازی آب از افرادی که آن را ذخیره و بر استفاده از آن محدودیت یا ممنوعیت وضع نموده‌اند.
۹. عرضه خدمات مدیریتی، آموزشی و سایر خدمات حمایتی به نهادهای عرضه‌کننده خدمات آب و جوامع روستایی.
۱۰. ارائه خدمات مدیریت حوضه‌های آبگیر در تفاهم با ادارات ذی‌ربط دولتی.
۱۱. انجام امور حفظ، مراقبت و بهره‌برداری از تأسیسات آب تحت کنترل و مدیریت آن.
۱۲. ثبت و کنترل کمیت و کیفیت جریان دخولی و خروجی آب.
۱۳. انجام سایر وظایف...

از فواید ایجاد انجمن این است که استفاده‌کنندگان آب از این طریق می‌توانند حقایق قانونی در ساحات مربوطه، مالکیت و کنترل تأسیسات آبی به شمول ساحات تغذیه و حق نمایندگی در شورای حوضه فرعی دریایی را به دست آورند.^۱

۳. شیوه‌ها

همگام با مطرح شدن بحث تغییر رهبری و مدیریت جامعه از «حکومت به حکمرانی» مسئله روش‌های حکمرانی نیز پررنگ شده است. فرایندهایی که در رابطه میان دولت، بازار و جامعه مدنی رخ می‌دهند و شکل می‌پذیرند، شیوه حکمرانی نامیده می‌شود که از نظر نوع و نقش کنشگران دخیل، ماهیت و منطق تعامل‌ها و نیز ترکیب آنها با یکدیگر متفاوت‌اند. امروزه حکمرانی به شیوه‌های معمول (ایدئال) و ترکیبی (فراحکمرانی) انجام می‌شود. در این بخش پس از تعریف انواع شیوه‌ها سبک مدیریت آب ایران و افغانستان نظر به سیاست، طرز حکومت و خطمشی آنها با توجه به انواع دو شیوه فوق بررسی و تعیین می‌گردد.

۳.۱. شیوه‌های معمول

تحقیقات زیادی درمورد طراحی رویکردها و ارائه تعریف‌های مشترک از شیوه‌های حکمرانی انجام شده است که در این میان شیوه‌های حکمرانی ایدئال با اصطلاحات: سلسله‌مراتب اداری، شبکه و بازار بیشتر مورد بحث قرار گرفته‌اند. تفاوت این سبک‌ها در درجه رسمی بودن نهادها و نقش کنشگران دولتی در مقابل کنشگران غیردولتی است. در سلسله‌مراتب اداری، فرایندهای تنظیمی مبتنی بر نهادهای رسمی و ایفای نقش کنشگران دولتی است. در مقابل، شبکه عمدتاً با نهادهای غیررسمی مدیریت می‌شود و در این فرایند کنشگران دولتی و غیردولتی هر دو مشارکت دارند و قدرت به مرکزیت کنشگران بستگی دارد. در این شیوه کنشگری که در مرکز قرار گرفته، نفوذ بالقوه‌ای بر دیگر کنشگران دارد و می‌تواند جریان اطلاعات را کنترل نماید. به‌تازگی، بازار مبتنی بر ترکیبی از نهادهای رسمی و غیررسمی است که کنشگران غیردولتی در فرایند مدیریت نقش دارند، هرچند تعامل مستقیمی میان کنشگران وجود ندارد.

^۱. طرز‌العمل ایجاد، ثبت، تقویت و طرز فعالیت انجمن استفاده‌کنندگان آب. مواد ۱-۸.

در این سه شیوه، حکمرانی شبکه‌ای انعطاف‌پذیری بیشتری نسبت به حکمرانی سلسله‌مراتبی دارد که این مسئله باعث اهمیت آن در مقابل شیوه سلسله‌مراتبی شده است. شبکه‌های غیررسمی از نظر عضویت، نقش، قدرت و ارتباط کنشگران بسیار منعطف‌اند. هرچند نقاط ضعفی از قبیل بسته بودن آن به روی بیرونی‌ها و عدم مشخص بودن مسئول شکست‌های مدیریت و حکمرانی نیز دارند،^۱ در حالت ایدئال شیوه بازار منعطف‌ترین است. زیرا در حکمرانی به سبک بازار دولت ارائه‌کننده خدمات محسوب می‌شود. کنترل از طریق قیمت‌گذاری اعمال می‌شود و آب به‌عنوان یک کالا به شمار می‌آید. در این میان کنشگران به تعامل و رقابت می‌پردازند و این مسئله به هدف ایجاد مزیت، سازنده است.^۲

در سیستم نوین ایران باتوجه به اینکه کنشگران آب به‌جز یک مورد (تشکل‌های آب‌بران) همه دولتی و نهادهای اکثراً رسمی است، روش مدیریت منابع آب سلسله‌مراتبی است. این درحالی است که باتوجه به فرایند طرح و پیش‌نویس مصوبه‌ها، آیین‌نامه‌ها، اسناد راهبردی و دستورالعمل‌های مربوط به آب «در واقع سیاست‌گذاری منابع آب در دایره بسته‌ای از متخصصین وزارت نیرو و شرکت‌های نزدیک به آن انجام می‌شود که بدون تأثیرپذیری از تغییر دولت‌ها و بی‌توجه به آرمان‌ها و اهداف مترقی برخی اسناد بالادستی منابع آب، به رویه خود ادامه می‌دهند و علاقه‌ای به حضور سایر متخصصان ندارند. پیش‌نویس مصوبات و آیین‌نامه‌های اجرایی مرتبط با اسناد سیاستی مربوط به منابع آب، تحت تأثیر نظرات این گروه تهیه می‌گردد و بازتاب علایق و نگرش آنان است». گفته می‌شود تمرکز قدرت تصمیم‌گیری و سیاست‌گذاری آب در این وزارت چنان بالاست که باوجود مسئولیت سازمان محیط زیست در قبال حفاظت از اکوسیستم‌های آبی و کمیت منابع آب به‌خصوص تالاب‌ها، دریاچه‌ها و رودخانه‌ها، در مرحله عمل فعالیت وی در حفاظت از کیفیت منابع آب و جلوگیری از آلودگی است و در راهبرد حفاظت کمی از منابع آب جایگاه حاشیه‌ای دارد و اختیارات تصمیم‌گیری در دستان وزارت نیرو قرار دارد.^۳

۳.۲. شیوه‌های ترکیبی

شیوه‌ای مرکب از طبقه‌بندی معمول یا قدیمی که ترکیب سبک‌ها، اجرا و استفاده از آن کار ساده‌ای نیست. زیرا تناقض‌ها و ناسازگاری‌ها به رویکردهای ناکارآمد و بی‌تأثیر منجر می‌شود. دستورالعمل آب اتحادیه اروپا نمونه‌ای از شیوه ترکیبی است. در این دستورالعمل عناصری از حکمرانی بازار و شبکه موجود است. چنانچه حضور ذی‌نفعان در طراحی برنامه‌های مدیریت حوضه رودخانه تجویز می‌شود، اما حقوق شرکت‌کنندگان یا قوانین رویه‌ای مشخص نیست و اغلب، مشارکت برای تبعیت از تجویزهای قانونی مطرح می‌شود. درحالی که در فرایندهای مشارکتی، توافق بر سر قوانین مسئله مهمی است که اگر تصمیم‌ها از بالا به پایین، بر توافقی‌های جمعی غالب گردد، اعتماد از بین می‌رود. در ترکیب شیوه سلسله‌مراتبی و شبکه نیز بحث پاسخ‌گویی و مسئولیت‌پذیری مطرح می‌شود. زیرا کسانی که به سیاست‌ها شکل می‌دهند، مسئول حوزه انتخابی نیستند. در ترکیب شیوه بازار و سلسله‌مراتبی نیز بحث تمایل بازار به تمرکززدایی و تمایل کنترل سلسله‌مراتبی به تمرکز پیش می‌آید. در این صورت تا چه حد می‌توان شیوه مبتنی بر بازار و کنترل دولتی را ترکیب کرد؟ باین حال باید گفت: اگرچه طراحی شیوه ترکیبی کار ساده‌ای نیست، اما می‌تواند رویکردی برتر از شیوه‌های معمول باشد. آنچه در

۱. پال وستل، پیشین، ص ۳۹.

۲. همان، ص ۱۰۶.

۳. وحید، مجید و محسن رنجبر، «آسیب‌شناسی بُعد سیاسی حکمرانی آب در ایران (۱۳۹۲-۱۳۶۸)»، فصلنامه سیاست‌گذاری عمومی، دوره ۴، شماره ۴، ۱۳۹۷، ص ۲۱۶.

نظام‌های حکمرانی ترکیبی مهم است طراحی هدفمند این شکل از شیوه حکمرانی است. اینکه چشم‌انداز از ایجاد و اجرای شیوه مذکور چیست؟^۱

در افغانستان آنچه از بررسی سیاست‌ها، راهبردها و قوانین مربوطه حاکم در نظام جمهوری اسلامی به دست می‌آید این است که: «برنامه‌ریزی، انکشاف و اداره منابع آب به اساس مرزهای حوضه دریایی به اندازه مناسب غیرمتمرکز» است و «فعالیت‌های انکشافی بخش آب در تمام سطوح با سهم‌گیری و مشوره که منتج به تأمین تعهد شرکا و فعالیت‌های پذیرفته شده در سطح اجتماع خواهد شد» انجام می‌شود. به دولت توصیه می‌گردد تا بر «کنترل تقاضای آب، به حیث بخشی از اولویت‌های عمده خود در آینده تمرکز نماید؛ به بیانی دیگر بر انکشاف سیاست‌ها، مقررات و قوانین مناسب از طریق ایجاد و انکشاف نهادهای فعال و مستقل استفاده‌کنندگان آب و ارتقا و حمایت بخش خصوصی خودکفا، که هر دوی آنها نقش عمده در عرضه خدمات و اداره منابع آب خواهند داشت» متمرکز باشد. در همین راستا تأکید دیگری را که سیاست‌نامه اداره آب می‌نماید سهم نمودن تمام جوانب ذی‌نفع و استفاده‌کنندگان آب در تنظیم ترتیب آینده منابع آب و مؤسسات مربوط به آن است تا از این طریق اساس مالکیت آنها را که به نوبه خود سهمشان را در توسعه زیربنای آب، مراقبت و به کار انداختن آنها به حداکثر می‌رساند، فراهم نماید. به همین دلیل ایجاد و توسعه نهادهای مؤثر و خودکفا را برای استفاده‌کنندگان آب در سطح حوضه‌های دریایی، حوضه‌های فرعی دریایی و آبریزه‌ها در دهات و شهرها مطرح می‌کند و پایداری و مؤثریت نهادهای استفاده‌کنندگان آب را وابسته به ظرفیت‌شان در مراقبت و به کار انداختن زیربنای منابع آب به صورت مؤثر و با داشتن حداکثر استقلال در اداره نهادهای مربوطه به اساس رعایت سیاست‌ها، قوانین و مقررات مناسب که به وسیله دولت طرح و اجرا می‌شود، می‌داند. موضوعاتی که مشترکین آب می‌توانند در آن سهم باشند، شامل سیستم‌های آبیاری، شبکه‌های آب‌رسانی، بهداشت محیط شهری و روستایی، انتقال آب و فاضلاب و تصفیه فاضلاب است.^۲

در سند راهبرد توسعه ملی بخش آب نیز سعی شده است بخش آب از یک ساختار متمرکز به یک ساختار نهادی غیرمتمرکز انتقال یابد و با شیوه غیرمرکزی‌سازی، حوزه صلاحیت حوضه‌های دریایی مطرح گردد. همچنین در سطح استفاده‌کنندگان در بخش کشاورزی، انجمن مصرف‌کنندگان آب و در آب‌رسانی شهری، شرکت عامه آب‌رسانی و کانالیزاسیون شهری معرفی شده است.^۳ در قانون ۱۳۸۸ نیز اداره همه جانبه منابع آب و اشتراک استفاده‌کنندگان و سایر نهادهای اجتماعی - فرهنگی در روند تصمیم‌گیری جهت تنظیم و توسعه منابع آب، حفاظت محیط‌زیست، سهمیه‌بندی و توزیع عادلانه حقابه و سایر امور آب به روش حوضه دریایی مطرح شد.^۴ اما در قانون ۱۳۹۸ مدیریت همه‌جانبه منابع آب به روش حوضه دریایی، بدون ذکر اشتراک استفاده‌کنندگان در این فرایند، مطرح و تأیید شد^۵ و نقش استفاده‌کنندگان آب در تصمیم‌گیری و برنامه‌ریزی منابع آب کم‌رنگ گردید.

باتوجه به احکام و قواعد فوق و الگوی مدیریتی آب جمهوری اسلامی افغانستان (دستورالعمل آب اتحادیه اروپا)، می‌توان گفت: شیوه حکمرانی آب در این نظام ترکیبی از سبک شبکه و بازار است. در این ترکیب در بحث کنشگران از روش شبکه (دولتی و غیردولتی) و در بحث نهادها (رسمی و غیررسمی) از روش بازار استفاده می‌شود. در حال حاضر با تسلط

۱. پال وستل، پیشین، ص ۱۰۷.

۲. پالیسی اداره منابع آب، ۱۳۸۵، صص ۲ و ۶.

۳. استراتژیی سکتور آب، ص ۱.

۴. بند ۱ ماده ۱۲.

۵. ۱۳۹۸، ماده ۶.

طالبان در افغانستان سعی در مدیریت آب به همین روش است و تاکنون شاهد ایجاد تفاوت و تغییر در سیاست، طرز حکومت و خط‌مشی مدیریت آب نبوده‌ایم.

نتیجه‌گیری

آنچه از متن سیاست‌های ابلاغی، قوانین موجود و نحوه مدیریت آب در ایران به دست می‌آید، در مدیریت آب نهادهای رسمی و کنشگران دولتی حضور یک‌جانبه داشته و تاکنون اقدامی عملی و درخور، جهت مشارکت مردم در راستای تطبیق اصولی از حکمرانی خوب آب نشده است. اهم سیاست‌های آبی که در ایران به آن توجه شده، ایجاد نظام جامع مدیریتی، توجه به ارزش اقتصادی، امنیتی و سیاسی و افزایش استحصال آب است. هرچند تصمیم‌هایی پیرامون تغییراتی در ساختارهای مدیریت اخذ گردیده، گام مهمی در راستای اجرای ساختارهای مورد نیاز حکمرانی خوب آب برداشته نشده است. در چهل مصوبه شورای عالی آب که یکی از تصمیم‌گیرندگان اصلی مباحث مربوط به آب است، هیچ طرح و تصمیمی درمورد مشارکت مردم و نحوه آن در مدیریت آب ارائه نشده، اگر چه دولت سیزدهم مسائلی را در باب حکمرانی آب مطرح نموده، برای اجرای آن هنوز اقدامی صورت نگرفته است. مشارکت مردم در مدیریت آب از اصول مهمی است که به اجرای اصول دیگر حکمرانی خوب منجر می‌شود. مشارکت باعث ترویج نظارت و ارزیابی مدیریت دولت و مانع اجرای سیاست‌های اشتباه مدیریتی می‌شود. آنچنان که پاسخ‌گویی شفافیت، حاکمیت قانون و اثربخشی مدیریتی را در پی دارد.

اما در افغانستان، چندین دهه جنگ و ناامنی که تخریب و نابسامانی در تمام امور را به دنبال داشته، باعث شده است اهم فعالیت‌های اداره منابع آب در دوره جمهوری اسلامی، مهار آب‌های سطحی، کنترل کیفیت و کمیت و رفع نیازمندی‌های اجتماعی، محیطی و اقتصادی آب باشد. هرچند در این دوره با الگوبرداری از دستورالعمل آب اتحادیه اروپا مدیریت همه‌جانبه منابع آب و غیرمتمرکزسازی آن به روش حوضه دریایی به هدف تأمین حکمرانی خوب آب مطرح و قانونی شد و در راستای بحث مشارکت مردم، شوراهای مشورتی حوضه دریایی و انجمن‌های آبیاری ایجاد گردید. از این رو و باتوجه به امکانات موجود سعی در نقش دادن به نهادهای غیررسمی در کنار نهادهای رسمی و کنشگران غیردولتی در کنار کنشگران دولتی جهت مدیریت آب شده است. لذا نتیجه این است که نظام حکمرانی آب کشور ایران متمرکز بوده و تاکنون در جهت اجرای اصول حکمرانی خوب آب گام عملی و لازم برداشته نشده، اما در افغانستان به همکاری جامعه جهانی و سازمان‌های بین‌المللی آب، اقدامات مهمی برای غیرمتمرکزسازی مدیریت آب و حرکت به سمت اجرای اصول حکمرانی خوب آب صورت پذیرفته و با تسلیم‌دهی حکومت به طالبان به سرانجام رسیدن این اقدامات به دوره‌ای نامعلوم سپرده شده است.

منابع

کتاب

۱. پال وستل، کلودیا، **حکمرانی آب در مواجهه با تغییر جهانی**، ترجمه مهدی قربانی، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۷.
۲. تاماس، ونسنت، مجیب احمد عزیز و احسان‌الله غفوری، **حق آب و روند حل معضل مربوط به آن در افغانستان: مورد مطالعاتی حوزه فرعی سرپل**، ترجمه عبدالرحیم احمد پروانی، واحد تحقیقات و ارزیابی افغانستان، ۱۳۹۲.
۳. نوری اسفندیاری، انوش، **ساختار متناسب مدیریت منابع آب**، تهران: اندیشکده تدبیر آب ایران، چاپ اول، ۱۴۰۰.

مقاله

۴. اسلامی، روح‌الله و احمد رحیمی، «سیاست‌گذاری و بحران آب در ایران»، *فصلنامه سیاست‌های راهبردی و کلان*، دوره ۷، شماره ۲۷، ۱۳۹۸، صص ۴۳۵-۴۱۰. Doi: 10.32598/JMSP.7.3.5
۵. اکبری، محمدرضا، احمد رضوانفر، سید محمود حسینی، امیر علم‌پیگی و عبدالمجید لیاقت، «بررسی کنشگری شورای عالی آب در حکمرانی منابع آب ایران؛ تحلیلی مبتنی بر مصوبات (۱۳۸۹-۱۳۹۷)»، *فصلنامه سیاست‌گذاری عمومی*، دوره ۵، شماره ۴، ۱۳۹۸، صص ۳۱-۹. Doi: 10.22059/jppolicy.2020.75192
۶. باقری، علی، «آسیب‌شناسی حوزه قانون‌گذاری ایران از منظر سازوکارهای تأثیرگذار بر منابع آب (۱)»، *مركز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی؛ دفتر مطالعات زیربنایی*، دوره ۲۷، شماره ۶، ۱۳۹۸، صص ۳۴-۱.
۷. بیات، پرویز، محمود صبوچی، احمدعلی کیخا، محمود احمدپور و عزت‌الله کرمی، «مفهوم نهاد آب و نگاهی به تجربه اصلاحات نهاد آب در سایر کشورها»، *فصلنامه سیاست‌های راهبردی و کلان*، دوره ۳، شماره ۱۱، ۱۳۹۴، صص ۱۳۸-۱۱۵.
۸. تاهباز صالحی، نیلوفر، محمدرضا نظری و مجید کویاهی، «بررسی عملکرد مدیریت مشارکتی آبیاری در ایران؛ مطالعه موردی تعاونی آب بران تاجن»، *مجله اقتصاد و توسعه کشاورزی*، دوره ۲۴، شماره ۲، ۱۳۸۹، صص ۲۱۶-۲۰۵. doi.org/10.22067/jead2.v1389i2.3937
۹. توتونچی، مریم و احمدرضا عمانی، «تشکل‌های آب‌بران، ساختاری کهن با رویکردی نوین»، *سومین همایش ملی مدیریت شبکه‌های آبیاری و زهکشی*، دانشگاه شهید چمران اهواز، ۱۳۸۹، صص ۱۰-۱.
۱۰. جمالی، صادق و محسن عبداللهی، «موانع حقوقی حکمرانی آب در ایران؛ با نگاهی بر قانون توزیع عادلانه آب»، *تحقیقات منابع آب ایران*، دوره ۱۷، شماره ۳، ۱۴۰۰، صص ۴۸-۳۸. <http://Doi.org/20.1001.1.17352347.1400.17.3.2.7>
۱۱. مشهدی احمد، محمود، «معنا و مفهوم نهاد در اقتصاد نهادگرا؛ نگاهی به اختلافات موجود بین نهادگرایی قدیم و جدید و نقش نهادها در مناسبات اقتصادی»، *فصلنامه پژوهشنامه اقتصادی*، دوره ۱۳، شماره ۴۸، ۱۳۹۲، صص ۷۷-۴۹.
۱۲. نیک‌روش، مجتبی، «توسعه نهادی مدیریت منابع آب در ایران»، *سومین کنفرانس مدیریت منابع آب ایران*، دانشگاه تبریز، ۱۳۸۷.
۱۳. هاشمی، سیدمختار، «حکمرانی محلی آب در ایران: پیامدها و توصیه‌های سیاستی»، *نشریه آب و توسعه پایدار*، دوره ۹، شماره ۱، ۱۴۰۱، صص ۱۴۴-۱۳۵.
۱۴. وحید، مجید و محسن رنجبر، «آسیب‌شناسی بُعد سیاسی حکمرانی آب در ایران (۱۳۹۲-۱۳۶۸)»، *فصلنامه سیاست‌گذاری عمومی*، دوره ۴، شماره ۴، ۱۳۹۷، صص ۲۲۳-۲۰۳. Doi: 10.22059/ppolicy.2019.70453

پایان‌نامه

۱۵. جمالی، صادق، «اصول حقوقی حاکم بر حکمرانی آب و خلاءهای آن در نظام حقوقی ایران»، *پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی*، ۱۳۹۶.

قوانین و اسناد

۱۶. اساسنامه شرکت مادر تخصصی مدیریت آب و فاضلاب ایران، مصوبه هیئت وزیران، ۱۳۸۱.
۱۷. اساسنامه شرکت مادر تخصصی مدیریت منابع آب ایران، مصوبه هیئت وزیران، ۱۳۸۱.
۱۸. اساسنامه تصدی آب‌رسانی و کانالیزاسیون، مصوب فرمان شماره ۱۲۲۴ ریاست‌جمهوری افغانستان، ۱۳۵۳/۱۲/۰۱.
۱۹. استراتژی سکتور آب، جمهوری اسلامی افغانستان، ۱۳۸۶.
۲۰. پالیسی اداره منابع آب، جمهوری اسلامی افغانستان، ۱۳۸۵.
۲۱. چارچوب پلان استراتژیک سکتور آب، وزارت آبیاری، منابع آب و محیط زیست، دولت انتقالی اسلامی افغانستان، ۱۳۸۲.
۲۲. راهبردهای توسعه بلندمدت منابع آب کشور، هیئت وزیران، ۱۳۸۲.

۲۳. سیاست‌نامه آب: تغییرات سیاستی و ساختاری نهاد مدیریت آب کشور، مدرسه حکمرانی شهید بهشتی، ۱۳۹۹.
۲۴. سیاست‌های کلی نظام در بخش منابع آب، ۱۳۷۹.
۲۵. طرز‌العمل ایجاد، ثبت، تقویت و طرز فعالیت انجمن استفاده‌کنندگان آب، جمهوری اسلامی افغانستان، ۱۳۹۰.
۲۶. طرز‌العمل شورای عالی آب، اراضی، توسعه شهری و محیط زیست، جمهوری اسلامی افغانستان، ۱۴۰۰.
۲۷. فرمان ۱۲۲۴ ریاست‌جمهوری افغانستان، ۱۳۵۳/۱۲/۰۱.
۲۸. فرمان ۲۶۴۷ ریاست‌جمهوری اسلامی افغانستان، ۱۳۹۹/۰۹/۳۰.
۲۹. فرمان تقنینی ۱۴۹۹/۵۵۷۶ دولت پادشاهی افغانستان، ۱۳۴۴/۱۲/۰۴.
۳۰. فرمان هیئت رئیسه شورای انقلابی جمهوری دموکراتیک افغانستان، ۱۳۶۳/۰۵/۱۸.
۳۱. قانون آب، جمهوری اسلامی افغانستان، ۱۳۸۸.
۳۲. قانون آب، جمهوری دموکراتیک افغانستان، ۱۳۶۰.
۳۳. قانون استفاده از منابع آب، جمهوری افغانستان، ۱۳۷۰.
۳۴. قانون برنامه چهارم توسعه، جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۳.
۳۵. قانون برنامه دوم توسعه، جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۳.
۳۶. قانون برنامه سوم توسعه، جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۹.
۳۷. قانون تبدیل ادارات کل امور آب استان‌ها به شرکت‌های آب منطقه‌ای استان و تبدیل شرکت‌های آب منطقه‌ای که بیش از یک استان را دربرمی‌گیرد به شرکت آب منطقه‌ای استان ذی‌ربط، ۱۳۸۳.
۳۸. قانون تشکیل وزارت جهاد کشاورزی، جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۹.
۳۹. قانون تشکیلات اساسی، دولت پادشاهی افغانستان، ۱۳۴۴.
۴۰. قانون تنظیم امور آب، جمهوری اسلامی افغانستان، ۱۳۹۸.
۴۱. قانون مدنی افغانستان، ۱۳۵۵.
۴۲. قانون مدنی ایران، ۱۳۰۷.
۴۳. مصوبات شورای عالی آب، ۱۳۸۱-۱۳۹۸.
۴۴. مصوبات شورای عالی آمایش سرزمین از سال ۱۳۹۶ تا انتهای ۱۳۹۹، هیئت وزیران، ۱۴۰۰.

References

Books

1. Bekkers, Victor, Geske Dijkstra and Menno Fenger, *Governance and the Democratic Deficit: Assessing the Democratic Legitimacy of Governance Practices*, Aldershot: Ashgate, 2007.
2. Jacobson, Maria, Fiona Meyer, Ingvild Oia, Paavani Reddy and Hakan Tropp. *User's Guide on Assessing Water Governance*, United Nations Development Programme, 2013.
3. Nouri Esfandiari, Anoosh, *An Appropriate Structure for Water Resources Management*, Tehran: Iranian Water Policy Think Tank, First Edition, 2021. (In Persian)
4. Pahl-Wostl, Claudia, *Water Governance in the Face of Global Change*, Translated By: Mehdi Ghorbani, Tehran: University of Tehran, 2018. (In Persian)
5. Rogers, Peter and Alan W. Hall. *Effective Water Governance*, No. 7, Stockholm: Global Water Partnership, 2003.
6. Thomas, Vincent, Mojib Ahmad Aziz and Ehsanollah Ghafouri, *The Right to Water and the Process of Resolving Its Challenges in Afghanistan: A Case Study of the Sar-e-Pul Sub-District*, Translated By: Abdol Rahim Ahmad Parwani, Afghanistan Research and Evaluation Unit (AREU), 2013. (In Persian/Afghanistan)

Articles

7. Akbari, Mohammad Reza, Ahmad Rezvanfar, Sayyed Mahmoud Hosseini, Amir Alambeigi and Abdolmajid Liaghat, "Analysing Intervention of the Supreme Council for Water in Water Resources Governance of Iran: An Analysis based on Enactments of Supreme Council for Water (2010-2019)", *Public Policy Quarterly*, Volume 5, Issue 4, 2019, PP 9-31. (In Persian) Doi: 10.22059/jppolicy.2020.75192
8. Bagheri, Ali, "Legislative Challenges in Iran Regarding Mechanisms Affecting Water Resources (1)", *Islamic Consultative Assembly Research Center; Infrastructure Studies Office*, Volume 27, Issue 6, 2019, PP 1-34. (In Persian)
9. Bayat, Parviz, Mahmoud Sabouhi, Ahmad Ali Keykha, Mahmoud Ahmadpour and Ezatollah Karami, "The Concept of Water Institutions and a Review of Institutional Water Reforms in Other Countries", *Quarterly Journal of Macro and Strategic Policies*, Volume 3, Issue 11, 2015, PP 115-138. (In Persian)
10. Eslami, Rouhollah and Ahmad Rahimi, "Policymaking and Water Crisis in Iran", *Quarterly Journal of Macro and Strategic Policies*, Volume 7, Issue 27, 2019, PP 410-435. (In Persian) Doi: 10.32598/JMSP.7.3.5
11. Evrim Maden, Tuğba, "The Situation and Management of Water Resources in Iran", *Middle East Analysis*, Volume 3, Issue 33, 2011, PP 75-81. (In Turkish)
12. Hashemi, Sayyed Mokhtar, "Local Governance of Water in Iran: Implications and Policy Recommendations", *Water and Sustainable Development Journal*, Volume 9, Issue 1, 2022, PP 135-144. (In Persian)
13. Jamali, Sadegh and Mohsen Abdollahi, "Legal Barriers to Water Governance in Iran; With an Overview of the Law of Equitable Distribution of Water", *Journal of Iran-Water Resources Research*, Volume 17, Issue 3, 2021, PP 38-48. (In Persian) <http://Doi.org/20.1001.1.17352347.1400.17.3.2.7>
14. Maria Saleth, Rathinasamy and Ariel Dinar, "Institutional Changes in Global Water Sector: Trends, Patterns, and Implications", *Water Policy*, Volume 2, Issue 3, 2000, PP 175-199. Doi:10.1016/S1366-7017(00)00007-6/
15. Mashhadi Ahmad, Mahmoud, "The Meaning and Concept of Institutions in Institutionalism A Look at Differences between Old and New Institutionalism and the Role of Institutions in Economic Activities", *Economic Research Quarterly*, Volume 13, Issue 48, 2013, PP 49-77. (In Persian)
16. Nik-Ravesh, Mojtaba, "Institutional Development of Water Resources Management in Iran", *Third Iranian Water Resources Management Conference*, University of Tabriz, 2008. (In Persian)
17. Tahbaz Salehi, Niloofar, Mohammadreza Nazari and Majid Koupahi, "Investigating on the Performance of Participatory Irrigation Management in Iran: Case Study- Tajan Water User Association", *Agricultural Economics and Development Journal*, Volume 24, Issue 2, 2010, PP 205-216. (In Persian) https://jead.um.ac.ir/article_26475.html
18. Toutounchi, Maryam and Ahmad Reza Omani, "Water User Associations: An Ancient Structure with a Modern Approach", *Third National Conference on Irrigation and Drainage Network Management*, Shahid Chamran University of Ahvaz, 2010, PP 1-10. (In Persian)
19. Vahid, Majid and Mohsen Ranjbar, "Political dimension of water governance in iran (1989-2013), A Critical Study", *Public Policy Quarterly*, Volume 4, Issue 4, 2018, PP 203-223. (In Persian) Doi: 10.22059/ppolicy.2019.70453

Thesis

20. Jamali, Sadegh, "Legal Principles Governing Water Governance and Its Gaps in Iran's Legal System", Master's Thesis, *Shahid Beheshti University*, 2017. (In Persian)

Laws and Documents

21. Bylaw of the Water Supply and Sewerage Enterprise, enacted under Presidential Decree No. 1224, Government of Afghanistan, 1974 (In Afghanistan).
22. Civil Code of Afghanistan, 1976. (In Persian – Afghanistan)
23. Civil Code of Iran, 1928. (In Persian)
24. Constitutional Law, Kingdom of Afghanistan, 1965. (In Persian – Afghanistan)
25. Decree of the Presidium of the Revolutionary Council of the Democratic Republic of Afghanistan, 1984/08/09. (In Persian – Afghanistan)
26. European Union. “Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council establishing a framework for Community action in the field of water policy” (Water Framework Directive), 23 October 2000. Available at: <https://www.legislation.gov.uk/eudr/2000/60/body>
27. Fourth Development Plan Law, Islamic Republic of Iran, 2004. (In Persian)
28. General Policies of System in the Water Resources Sector, 2001. (In Persian)
29. Law on Establishment of the Ministry of Agriculture Jihad, Islamic Republic of Iran, 2000. (In Persian)
30. Law on the Use of Water Resources, Republic of Afghanistan, 1991. (In Persian – Afghanistan)
31. Law on transforming provincial water affairs departments into provincial regional water companies and transforming regional water companies covering more than one province into the regional water company of the relevant province, 2004. (In Persian)
32. Legislative Decree No. 5576/1499 of the Kingdom of Afghanistan, 1966/02/23. (In Persian – Afghanistan)
33. Long-Term National Water Resources Development Strategies, Council of Ministers, 2003. (In Persian)
34. Presidential Decree No. 1224 of Afghanistan, 1975/02/20. (In Persian – Afghanistan)
35. Presidential Decree No. 2647 of the Islamic Republic of Afghanistan, 2020/12/20. (In Persian – Afghanistan)
36. Regulation of the Supreme Council of Water, Land, Urban Development and Environment, Islamic Republic of Afghanistan, 2021. (In Persian – Afghanistan)
37. Regulation on Establishment, Registration, Strengthening and Operation of Water Users Associations, Islamic Republic of Afghanistan, 2011. (In Persian – Afghanistan)
38. Resolutions of the National Land Use Planning Council, 2017–2020, Council of Ministers, 2021. (In Persian)
39. Resolutions of the Supreme Water Council, 2002–2019. (In Persian)
40. Second Development Plan Law, Islamic Republic of Iran, 1994. (In Persian)
41. Statute of the Iran Water and Wastewater Holding Company, Council of Ministers, 2002. (In Persian)
42. Statute of the Iran Water Resources Management Company, Council of Ministers, 2002. (In Persian)
43. Strategic Framework for the Water Sector, Ministry of Irrigation, Water Resources and Environment, Transitional Islamic State of Afghanistan, 2003. (In Persian – Afghanistan)
44. Third Development Plan Law, Islamic Republic of Iran, 2000. (In Persian)
45. Water Affairs Regulation Law, Islamic Republic of Afghanistan, 2019. (In Persian – Afghanistan)
46. Water Law, Democratic Republic of Afghanistan, 1981. (In Persian – Afghanistan)
47. Water Law, Islamic Republic of Afghanistan, 2009. (In Persian – Afghanistan)
48. Water Policy Paper: Policy and Structural Changes in the National Water Governance System, Shahid Beheshti School of Governance, 2020. (In Persian)
49. Water Resources Authority Policy, Islamic Republic of Afghanistan, 2006. (In Persian – Afghanistan)
50. Water Sector Strategy, Islamic Republic of Afghanistan, 2007. (In Persian – Afghanistan)

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Limitations of the Right to Disclose the Work by the Author on Copyright Exploitation Contracts; Comparative Study of Iranian and French Law

Pejman Mohammadi¹ , Saeideh Hosseini²

Highlights

- In principle, the author's moral right to determine the time, place, and manner of disclosure of a work limits the economic rights of the contractual exploiter under Iranian and French law.
- In both legal systems, the negative exercise of this right is accompanied by the non-disclosure of the work.
- In certain limited circumstances, the economic rights of the contracting party may even be extinguished.

ABSTRACT

Introduction

The right of disclosure is one of the author's moral rights and, more than in any other jurisdiction, owes its development to French case law. It plays a fundamental role in protecting the author's privacy and maintaining the author's control over the work. The similarities between Iranian and French law regarding the recognition and exercise of authors' rights have made it necessary to examine the present issue in both legal systems. While the consistent jurisprudence of French courts has led the French legislature to recognize this right and define the scope of its effects in various situations, no comparable clarity can be found in either Iranian legislation or judicial practice. This article examines the effects of the right of disclosure on the economic rights of exploiters. One of the principal questions addressed is whether the right of disclosure may be modified or transferred within exploitation licensing agreements. Using a descriptive-analytical method and relying on library resources, the article reaches a negative conclusion. The authors believe that the right of disclosure cannot be modified or transferred to the holder of an exploitation licence and is not extinguished even by the conclusion of employment, commission, or work-for-hire contracts for the creation of a work. The findings of this comparative study demonstrate that the right of disclosure is both non-transferable and non-waivable and therefore cannot be assigned to another person or relinquished by the author. Consequently, the author retains the right to decide on the time and manner of disclosure of the work, even after transferring the economic rights in the work, granting an exploitation licence, or entering into an employment or commission contract for its creation. In cases where

How to Cite: Mohammadi, Pejman, Hosseini, Saeideh, "Limitations of the Right to Disclose the Work by the Author on Copyright Exploitation Contracts; Comparative Study of Iranian and French Law", Legal Research, Vol. 29, No. 114, 2026, pp: 29-44.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2026.239457.2882>

Received: 16/04/2025-Accepted: 02/02/2026

1. Professor of Law, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: p.mohamadi@modares.ac.ir

2. L.L.M, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran



Copyright: © 2026 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/>).

a conflict arises between the author's moral right of disclosure and the concurrent economic rights of the contracting party, the author's moral right of disclosure generally remains protected, even where it is subject to limited modification. Such protection may restrict the economic rights of the contracting party and, in certain circumstances, may even expose them to extinction.

Methods

In this study, a descriptive-analytical research method with a comparative approach was used, and its discussions were organized in several sections. In the concepts section, the theoretical foundations of the right of disclosure, including its definition, the position of the right of disclosure in French and Iranian law, and the status of this right in copyright exploitation contracts were examined. Then, in the restriction of the right of disclosure section, the effect of this right on the exercise of the financial rights of the exploiter was analyzed, and the restrictions resulting from it in relation to the right of reproduction, the right of presentation, the right of performance, and the right to create derivative works were studied. Next, the elimination of the right of disclosure section examined the role of this right in nullifying or suspending financial rights in commission contracts and employment contracts, and showed that the exercise of the right of disclosure can challenge the implementation of these contracts. In the final section, solutions are presented to reduce the negative effects of the right of disclosure and manage the risks arising from it in contractual relations. Theoretical findings show that the right of disclosure, in addition to initial publication, also affects republishing, display, reproduction, and even the format of presentation of the work, and that the exploitation of financial rights will remain suspended until the creator allows disclosure.

Results and Discussions

Comparative analysis shows that the priority of the right of disclosure over financial rights is an accepted rule in both legal systems. As a result, even a valid publishing or licensing agreement cannot oblige the author to disclose unless he exercises this right freely and knowingly. For example, if the publisher has the right to publish a book according to the agreement but the author has not yet published it or refuses to deliver it, the publisher cannot demand that he be forced to publish and may only have the right to compensation. This situation is also repeated in commission and employment contracts because the obligation to disclose before the work appears is tantamount to the abandonment of a right that has not yet been created and is therefore considered to be without binding effect. Thus, although the employer or client becomes the owner of financial rights, he does not have the practical possibility of exercising financial rights until the author intends to disclose. This indicates that the right of disclosure is not only an individual right but also a protective tool to maintain the independence of the artist's creativity. If the creator refuses to disclose without a valid reason and this refusal causes damage, his civil liability will be examined. Therefore, the right to disclose does not in itself prevent the execution of the contract, but it can suspend its execution for an indefinite period and, in the absence of a clear contractual provision, cause significant economic losses. As a result, disclosure plays a decisive role in the balance between moral and financial rights, and the lack of a contractual provision regarding the time and manner of disclosure increases the legal and economic risk of the exploiter. In the meantime, the role of a precise and transparent exploitation contract becomes more important than ever, because only by including clear terms can disputes and lengthy lawsuits be prevented.

Conclusion

Based on the comparison of the two systems, it is clear that the right of disclosure has legal priority over financial rights and can limit, suspend, or nullify the execution of the contract even after the transfer or granting of a license to exploit financial rights. In practice, this may put the economic interests of the exploiter at risk, especially when financial investments have been made before disclosure. Therefore, it is suggested that publishing and exploitation contracts include explicit clauses regarding the time of disclosure, the limits of possible delays, the guarantee of non-disclosure, the obligation, and the right to terminate. Such provisions can ensure a balance between the will of the creator and the interests of the exploiter and prevent subsequent disputes. In addition, raising the legal awareness of publishers and employers and educating them about the status of the right of disclosure can help reduce economic risks. Finally, the right of disclosure as a moral right can establish a link between creative freedom and economic order and, for this reason, should be considered carefully and delicately in any legal system.

Keywords: Author, Right of disclosure, Exploitation Contract, Limitations of the right of Disclosure on the Economic Rights of the Exploiter, Modifiability of the Right of Disclosure.



محدودیت‌های حق افشای اثر توسط پدیدآورنده بر قراردادهای بهره‌برداری از حقوق مؤلف؛ مطالعه تطبیقی حقوق ایران و فرانسه

پژمان محمدی^۱، سعیده حسینی^۲

نکات برجسته

- اصولاً اعمال حق معنوی پدیدآورنده برای تعیین زمان، مکان و شیوه افشای اثر در حقوق ایران و فرانسه، حقوق مالی بهره‌بردار طرف قرارداد را محدود می‌کند.
- در هر دو کشور، اجرای این حق به صورت سلبی با عدم افشای اثر همراه است.
- در برخی حالات محدود، از بین رفتن حقوق مالی طرف قرارداد با پدیدآورنده متصور است.

چکیده

حق افشای اثر یکی از حقوق معنوی پدیدآورنده است که بیش از هر کشوری زاده رویه قضایی کشور فرانسه است و نقشی اساسی در حفظ حریم خصوصی و کنترل پدیدآورنده بر اثرش ایفا می‌کند. نزدیکی حقوق ایران و فرانسه در شناسایی و اعمال حقوق پدیدآورنده، باعث ایجاد ضرورت بررسی موضوع حاضر در دو نظام حقوقی مذکور شده است. در حالی که رویه قضایی مستمر فرانسه در این زمینه قانون‌گذار آن کشور را به شناسایی این حق و تعیین قلمرو تأثیرگذاری آن در موارد مختلف واداشته است، در ایران چنین وضعی در رویه قضایی یا قوانین دیده نمی‌شود. این مقاله به بررسی تأثیرات حق افشا بر حقوق مالی بهره‌برداران پرداخته است. یکی از سؤالات اصلی این است که آیا حق افشا در قراردادهای مجوز بهره‌برداری قابل تعدیل و واگذاری است یا خیر. این مقاله با روش تحلیلی و توصیفی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای در پاسخ به این پرسش به نتیجه منفی دست یافته است. نویسندگان باور دارند که حق افشا قابل تعدیل و واگذاری به دارنده مجوز بهره‌برداری نیست و حتی با انعقاد قرارداد کار یا سفارش یا استخدام برای خلق اثر نیز ساقط نمی‌شود. در واقع، یافته‌های این مقاله پس از انجام مطالعه تطبیقی در این دو نظام حقوقی نشان می‌دهد که حق افشا یک حق غیرقابل انتقال و غیرقابل اسقاط است و نمی‌توان آن را به دیگری واگذار یا از آن صرف‌نظر کرد. در نتیجه، پدیدآورنده همچنان حق دارد که در مورد زمان و نحوه افشا اثر خود تصمیم بگیرد؛ حتی اگر حقوق مالی اثر را منتقل یا مجوز بهره‌برداری آن را اعطا کرده باشد یا برای خلق اثر قرارداد استخدام یا سفارش منعقد کرده باشد. در واقع، در فرض تعارض حق پدیدآورنده و حق مالی هم‌زمان طرف قرارداد وی غالباً، حق معنوی افشای اثر توسط پدیدآورنده اگرچه تعدیل هم بشود، در امان می‌ماند و این ماندگاری و محافظت، می‌تواند گاهی حقوق مالی طرف قرارداد با پدیدآورنده را محدود کند و حتی در معرض زوال و نابودی، قرار دهد.

کلید واژگان: پدیدآورنده، حق افشا، قرارداد مجوز بهره‌برداری، محدودیت‌های حق افشا بر حقوق مالی بهره‌بردار، تعدیل‌پذیری حق افشا.

استناد به این مقاله: محمدی، پژمان، حسینی، سعیده، «محدودیت‌های حق افشای اثر توسط پدیدآورنده بر قراردادهای بهره‌برداری از حقوق مؤلف؛ مطالعه تطبیقی حقوق ایران و فرانسه»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۴، تیر ۱۴۰۵، صص: ۴۴-۲۹.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2026.239457.2882>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۱/۲۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۱۱/۱۳

۱. استاد، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

/ایمیل نویسنده مسئول: p.mohamadi@modares.ac.ir

۲. کارشناس ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران



Copyright: © 2026 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

در دنیای امروز که آثار ادبی و هنری نقش مهمی در اقتصاد دارند، حمایت از حقوق مؤلف اهمیت ویژه‌ای یافته است. خلق اثر برای پدیدآورنده حقوق مالی و معنوی ایجاد می‌کند؛ حقوق مالی امکان بهره‌برداری اقتصادی از اثر را فراهم می‌کنند، اما حقوق معنوی، از جمله حق افشا، همواره در اختیار پدیدآورنده باقی می‌ماند و قابل انتقال نیستند. حق افشا، به‌ویژه در حقوق فرانسه، به مؤلف اجازه می‌دهد زمان و شیوه انتشار اثر را حتی پس از قرارداد بهره‌برداری تعیین و منافع بهره‌بردار را با چالش مواجه کند. به‌عنوان مثال، یک نویسنده با یک ناشر قرارداد امضا کرده است تا کتابش منتشر شود، اما بعد از پایان نگارش کتاب تصمیم می‌گیرد که آن را منتشر نکند یا تاریخ انتشار را تغییر دهد. آیا ناشر می‌تواند بدون رضایت نویسنده کتاب را منتشر کند؟ آیا نویسنده می‌تواند از این حق برای جلوگیری از بهره‌برداری مالی ناشر استفاده کند؟ این موضوع به‌ویژه در قراردادهای سفارش و استخدام پیچیده‌تر می‌شود. آیا سفارش‌دهنده می‌تواند پدیدآورنده طرف قرارداد سفارش را به انتشار اثر مجبور کند؟ این حق همچنین، می‌تواند محدودیت‌هایی بر بهره‌برداران اعمال کند یا مانع اعمال شایسته حقوق مالی آنها شود. از سوی دیگر، بهره‌برداران نیز به دلیل عدم افشا، متضرر می‌شوند. در حقوق فرانسه باتوجه به غیرقابل معامله بودن حقوق معنوی از جمله حق افشای اثر، پاسخ این پرسش‌ها عمدتاً به سود شناسایی حق پدیدآورنده بر اعمال حق افشای خویش ختم شده است. با این حال، در این کشور، غیرقابل انتقال بودن حقوق معنوی از جمله حق افشای اثر مانع از امکان توافق توسط پدیدآورنده برای اجرای این حقوق و متناسب کردن آنها با ضروریات، عرف، اقتضائات فنی بهره‌برداری و منافع عمومی نمی‌شود. در پاسخ به این پرسش‌ها با تمایز میان انواع آثار، باید معتقد بود حق افشا هرچند آفرینش اثر در قالب روابط قراردادی استخدامی یا سفارشی باشد، با تعدیل‌هایی پابرجا می‌ماند. بنابراین، افزون بر اینکه ضرورت دارد در تنظیم قراردادهای بهره‌برداری، پیش‌بینی‌های لازم برای ایجاد تعادل میان این دو دسته حقوق صورت گیرد، مناسب است تراضی پدیدآورنده درباره اجرای حقوق معنوی خود تا مرز سلب یا انتقال آنها پیش نرود؛ زیرا در این صورت نظم عمومی مبنای شناسایی و اعطای این حقوق مانع از تحقق و اثرگذاری قراردادهایی از این دست می‌شود. پاسخ این پرسش‌ها در حقوق ایران قابل بررسی است. در این زمینه پژوهش جدی در حقوق ایران دیده نمی‌شود.

این مقاله به‌منظور پیوند عمیق میان حقوق ایران و فرانسه در این حوزه و شناسایی حقوق معنوی گسترده برای پدیدآورنده، با تطبیق این دو نظام حقوقی به‌منظور شناسایی وضع موجود و ارائه راهکار جلوگیری از بروز اختلافات طرفین قرارداد در این زمینه به بررسی نحوه ایجاد تعادل بین حق پدیدآورنده برای کنترل افشای اثر و حقوق بهره‌بردار که انتظار دارد از سرمایه‌گذاری خود بهره ببرد، پرداخته است. پرسش‌های اصلی شامل محدودیت‌های حق افشا بر حقوق مالی بهره‌بردار، الزامات پدیدآورنده برای افشای اثر در قراردادهای سفارش و استخدام و امکان اجبار پدیدآورنده به افشای اثر از طریق قرارداد است. مقاله به چهار مبحث تقسیم شده است: ۱. بررسی مفاهیم حق افشا و قراردادهای بهره‌برداری از حقوق مؤلف؛ ۲. بررسی آثار محدودکننده حق افشا بر حقوق مالی بهره‌بردار و تأثیر آن بر حق تکثیر، عرضه، نمایش و خلق آثار اشتقاقی؛ ۳. بررسی آثار زایل‌کننده حق افشا در قراردادهای استخدامی و سفارشی و اینکه آیا پدیدآورنده در این موارد موظف به افشای اثر است یا خیر؛ ۴. ارائه راهکارهایی برای کاهش تأثیرات منفی حق افشا.

۱. مفاهیم

برای درک بهتر تأثیر حق افشا بر قراردادهای بهره‌برداری از حقوق مؤلف، ابتدا لازم است مفاهیم کلیدی مرتبط با این موضوع بررسی شود. در این بخش، ابتدا به تعریف و جایگاه حق افشا پرداخته می‌شود و سپس قراردادهای بهره‌برداری از

حقوق مؤلف بررسی خواهد شد تا در ادامه روشن شود چگونه این دو مفهوم بر یکدیگر تأثیر می‌گذارند.

۱.۱. حق افشا

در این قسمت مفهوم حق افشا، حق افشا در حقوق فرانسه و در پایان، در حق افشا در حقوق ایران بررسی می‌شود.

۱.۱.۱. مفهوم حق افشا

حق افشا به عنوان حقی شخصی و غیرقابل انتقال برای پدیدآورنده یا دارندگان حقوق مؤلف پس از مرگ وی، اختیار تصمیم‌گیری در خصوص زمان و چگونگی معرفی اثر به جامعه را می‌دهد. اعمال این حق، ارتباط مستقیمی با شخصیت پدیدآورنده دارد؛ زیرا اثر به نوعی آیینه تمام‌نمای روحیات و اندیشه‌های پدیدآورنده است. حق افشا به طور مستقیم به شخصیت پدیدآورنده گره خورده و با اعمال ارادی برای یک بار، منتفی می‌شود. اگرچه با نخستین انتشار، حق افشا، موضوع فرسایش حق قرار می‌گیرد، به نظر گروهی، با بهره‌برداری، اثر به شکل دیگر مجدداً احیا می‌شود.^۱ افشا، پیش‌نیاز بهره‌برداری مالی از اثر و ورود آن به فرایند تجارت است. هیچ فرد یا نهادی نمی‌تواند پدیدآورنده را به افشای اثرش مجبور کند. افشا مرز بین حریم خصوصی و عمومی اثر را مشخص می‌کند.^۲ حق افشا شامل حق خودداری از انتشار اثر در صورت تکمیل نشدن یا آماده نبودن برای انتشار بنا به درخواست پدیدآورنده هم می‌شود.^۳ الزام پدیدآورنده به افشا اثری که او علاقه‌مند به حفظ جنبه محرمانه آن است قابل قیاس با باز کردن در منزل دیگری به عنف است.^۴ واگذاری حق اولین نشر به طور صریح یا ضمنی دلالت بر واگذاری اجرای حق افشای اثر ندارد. در نتیجه، این حق همچنان به قوت خود باقی خواهد ماند.^۵ بنابراین، تحویل پیش‌نویس یک اثر به ناشر برای ویرایش، یا کسب نظر انتقادی، اجازه انتشار و افشا توسط پدیدآورنده محسوب نمی‌شود و حتی اگر نویسنده، با این ناشر، در خصوص انتشار دیگر آثار قرارداد داشته باشد، برای انتشار این اثر باید رضایت نویسنده اخذ شود.

۱.۱.۲. حق افشا در حقوق فرانسه

پیش از اصلاحات قانون ۱۹۵۷ فرانسه، حق افشا در رویه قضایی این کشور شناسایی شده بود. از جمله آرای مهم، رأی دادگاه استیناف پاریس در پرونده کاموین (۶ مارس ۱۹۳۱)^۶ است که با تأکید بر ماهیت شخصی و غیرمالی حق افشا، اعلام کرد تنها پدیدآورنده اختیار افشای اثر را دارد. در این پرونده، کاموین پس از پاره کردن نقاشی‌های خود، موجب شد شخصی آنها را جمع‌آوری و بدون اجازه در بازار عرضه کند؛ دادگاه این اقدام را نقض حق افشا دانست. این حق بعدها در ماده ۲-۱۲۱ L. قانون مالکیت فکری فرانسه مصوب ۱۹۹۲ تصریح شد که بر انحصار پدیدآورنده در تصمیم‌گیری درباره

۱. کرنو، ماری، ایزابل دولامبر توری، پیر سیرنلی و کاترین والر، *فرهنگ تطبیقی حقوق مؤلف و کپی رایت*، جلد اول: حقوق فرانسه، حقوق بلژیک و حقوق انگلستان، ترجمه علیرضا محمدزاده وادقانی و پژمان محمدی، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۰، ص ۵۲.

۲. زرکلام، ستار، *حقوق مالکیت ادبی و هنری*، تهران: سمت، ۱۳۸۷، صص ۱۱۰-۱۱۲.

۳. Standler, Ronald B. "Moral rights of Authors in the USA", 2012, PP 3-4.

۴. کلمبه، کلود، *اصول بنیادین حقوق مؤلف و حقوق مجاور در جهان*، ترجمه علیرضا محمدزاده وادقانی. تهران: میزان، ۱۳۹۰، ص ۸۳.

۵. حکمت‌نیا، محمد، *نظام مالکیت فکری (خاستگاه، زیرساخت‌ها و ساختارها)*، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۴۰۰، صص ۳۶۸-۳۶۹.

۶. Camoin v. Carco (Affaire Camoin) Trib. Civ. Seine, Nov. 15, 1925; DP. 1928, 2, p.89, note M. Nast; DA. 1928, 7 (Fr.). Cour d'appel [CA]] [regional court of appeal] Paris, March 6, 1931; DP. 1931, 2 p.88, note M. Nast; S. 1932, 2 (Fr.).

زمان و نحوه افشای اثر تأکید دارد. بر پایه ماده 3-121.L، در صورت امتناع یا سوءاستفاده وراث، دادگاه می‌تواند برای حفظ منافع عمومی دستور افشای اثر را صادر کند.^۱ همچنین مطابق ماده 9-122.L، در صورت بهره‌برداری نادرست یا سوءاستفاده آشکار، دادگاه مجاز به صدور دستور توقف یا اجازه بهره‌برداری است. بدین ترتیب، حق افشا در حقوق فرانسه زاده رویه قضایی است که بعدها وارد قوانین موضوعه شده است.

۱.۱.۳. حق افشا در حقوق ایران

در نظام حقوقی ایران، هرچند حق افشا به‌طور صریح در قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ ذکر نشده است، اما باتوجه به مجموعه‌ای از مقررات می‌توان آن را به‌عنوان یکی از حقوق معنوی پدیدآورنده شناسایی کرد. ماده ۳ این قانون، حقوق پدیدآورنده را شامل نشر، پخش، عرضه و اجرای اثر دانسته و در تفسیری موسع، «نشر» را می‌توان شامل حق افشا نیز تلقی کرد. همچنین، قسمت اخیر ماده ۱۹ همان قانون، افشای اثر بدون مجوز پدیدآورنده را ممنوع اعلام کرده و ماده ۲۵ آن ضمانت اجرای حبس را برای متخلفین پیش‌بینی کرده است. علاوه بر این، تبصره ماده ۶۵ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶، آثار چاپ نشده را غیرقابل توقیف دانسته است. بنابراین، با استناد به مواد ۳ و ۱۹ قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ و تبصره ماده ۶۵ قانون اجرای احکام مدنی، می‌توان حق افشا را به‌عنوان یکی از حقوق معنوی بنیادین پدیدآورنده در حقوق ایران به رسمیت شناخت و اعمال آن را مستقل از حقوق مالی تلقی کرد.^۲

در آثار اشتراکی، افشای اثر مستلزم قصد جمعی تمام پدیدآورندگان است و در آثار مرکب یا اشتقاقی، منوط به افشای اثر اولیه است. در آثار ناشی از سفارش یا استخدام نیز حق افشا برای پدیدآورنده محفوظ می‌ماند. توافق بر افشا پیش از خلق اثر، تعهد نسبت به حق محسوب می‌شود که هنوز ایجاد نشده و در حکم اسقاط مال می‌گردد؛ افزون بر این، باتوجه به ماهیت شخصی حق افشا، الزام به افشا یا انتقال آن امکان‌پذیر نیست. قرارداد سفارش، حق افشا را از پدیدآورنده سلب نمی‌کند و در صورت امتناع وی از افشا، تنها راهکار پذیرش مسئولیت قراردادی و پرداخت خسارت است.^۳

درباره زوال حق افشا، سه دیدگاه اصلی مطرح است. دیدگاه سنتی، زوال حق افشا را رد کرده است. دیدگاه دوم، استهلاک حق را می‌پذیرد، اما آن را به شیوه‌های مورد پذیرش پدیدآورنده محدود می‌کند؛ در ماده 2-121.L قانون مالکیت فکری فرانسه به‌وضوح تأکید شده است: «پدیدآورنده به‌تنهایی حق افشای اثر خود را دارد. او با رعایت مفاد ماده 24-132.L، فرایند افشا و شرایط آن را تعیین می‌کند. ...». سوم، نظریه‌ای که زوال حق را مطلق و مستقل از نحوه انتشار می‌داند. رویه قضایی فرانسه میان دیدگاه دوم^۴ و سوم^۵ در نوسان است. با مقایسه وضعیت دو نظام حقوقی مذکور، روشن است

^۱. Mallet-Poujol, N. "Droit à l'information et propriété intellectuelle", *Dossier*, No 192, 2001, P 48.

^۲. محسنی، سعید و سید محمد مهدی قبولی درافشان، «حق افشای اثر ادبی و هنری (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه)»، فصلنامه حقوق خصوصی، دوره ۱۰، شماره ۲، ۱۳۹۲، ص ۳۵۴.

^۳. Binctin, N. "Le droit moral en France", *Les Cahiers de propriété intellectuelle*, Volume 25, No 1, 2013, P 350.

^۴. TGI Paris, May 19, 2009, Propr. intel. 2009, No. 33, p. 371, obs. Lucas. Paris, March 13, 2009, Propr. intel. 2009, No. 32, p. 263, obs. Lucas, Paris, Nov. 14, 2008, Propr. intel. 2009, No. 31, p. 164, obs. Bruguière. - Paris, 4 Ch February 14. 2001, Prop. Intel, 2001, No. 1, p. 64, obs. Lucas; CCE March 2001, comm. No. 25, notes Caron; Juris Data n° 2001-134242-4 Ch. Dec 12 2001, JCP E 2002. 1806; Owner intell 2002, No. 5, p. 49, obs. Luke.

^۵. Vivant, M. and Jean Michel Bruguière. *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Deuxième Édition, 2013, PP 383-384.

حقوق ایران در زمینه شناسایی حق افشا و قلمرو و تأثیر آن بر قراردادهای بهره‌بردار، شفاف نیست و این امر می‌تواند موجب بروز مشکلات جدی در روابط قراردادی بشود.

۱.۲. قراردادهای بهره‌بردار از حقوق مؤلف

پدیدآورندگان آثار معمولاً توانایی بهره‌برداري مستقیم از آثار خود را ندارند، بنابراین ناگزیر به انعقاد قراردادهای بهره‌برداري‌اند. این قراردادها شامل انتقال^۱ حقوق (که در ایران بیشتر در حوزه مالکیت صنعتی کاربرد دارد) و مجوز بهره‌برداري^۲ است. در قرارداد ليسانس، مجوزدهنده^۳ به مجوزگیرنده^۴ اجازه استفاده از اثر را تحت شرایط معین می‌دهد، اما همچنان مالک اثر باقی می‌ماند.^۵ در نظام حقوقی ایران، باوجود شناسایی انتقال ارادی حقوق مالی توسط پدیدآورنده، قوانین مستقلی برای قراردادهای بهره‌برداري از حقوق مؤلف وجود ندارد و این قراردادها تابع قواعد عمومی قراردادها در ماده ۱۹۰ قانون مدنی‌اند. در مقابل، حقوق فرانسه مقررات دقیق‌تری دارد؛ مطابق مواد L131-2 و L131-3 قانون مالکیت فکری فرانسه، قراردادهای عرضه، انتشار و تولید آثار شنیداری و دیداری باید به‌صورت مکتوب منعقد شوند و در برخی موارد، مانند آثار سینمایی و شنیداری-دیداری، مطابق ماده L123-1 قانون سینما و تصویر متحرک مصوب ۲۴ ژوئیه ۲۰۰۹ در دفتر ثبت عمومی آثار سینمایی ثبت شوند.^۶ در نتیجه، نظام حقوقی ایران انعطاف بیشتری دارد، اما در مقابل، حمایت کمتری از پدیدآورندگان آثار فکری ارائه می‌دهد، درحالی‌که در حقوق فرانسه، الزام به ثبت و مکتوب بودن قراردادها برای حمایت از مؤلفان به‌عنوان طرف ضعیف قرارداد در نظر گرفته شده است. قرارداد مجوز بهره‌برداري حق استفاده از حقوق مالی اثر را بدون انتقال مالکیت، به مجوزگیرنده می‌دهد. اصولاً مجوزدهنده حق شکایت از مجوزگیرنده را در حدود بهره‌برداري مجاز، از خود سلب می‌کند، اما در صورت نقض شرایط، می‌تواند خسارت مطالبه یا قرارداد را فسخ کند.^۷ این قراردادها همچنین میزان سهم پدیدآورنده و دیگر مشارکت‌کنندگان را در درآمد اثر تعیین می‌شود.^۸ در ایران، حق التألیف می‌تواند به‌صورت نقدی یا غیرنقدی باشد.^۹

۲. محدودکنندگی حق افشا در اعمال حقوق مالی بهره‌بردار

برتری موقعیت پدیدآورنده به‌عنوان اعطاکننده مجوز، به او امکان می‌دهد با درج شروط در قرارداد، حدود اجرای حقوق مالی بهره‌بردار را تعیین و محدود کند. این محدودیت‌ها نه‌فقط دامنه آزادی بهره‌بردار را کاهش می‌دهد، بلکه ممکن است بر رقابت

^۱. Assignment.

^۲. License

^۳. Licensor

^۴. Licensee

^۵. WIPO, *Wipo Intellectual Property Handbook*, World Intellectual Property Organization, 2004, PP 172-173.

^۶. قبولی درافشان، سید محمد مهدی و سعید محسنی، «قواعد عمومی حاکم بر قراردادهای بهره‌برداري از حقوق ادبی و هنری در ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه و مصر»، *فصلنامه فقه و اصول*، دوره ۴۴، شماره ۴، ۱۳۹۱، صص ۱۰۹-۱۱۴.

^۷. Newman, Christopher M. "A License Is Not A 'Contract Not To Sue': Disentangling Property And Contract In The Law Of Copyright Licenses", *Iowa Law Review*, Volume 98, Issue 3, P 1103. Doi:10.2139/ssrn.2010853

^۸. Watt, R. "Licensing and Royalty Contracts for Copyright", *Review of Economic Research on Copyright*, Volume 3, Issue 1, 2006, P 1.

^۹. محمدی، پژمان، «مفهوم و آثار حق تألیف»، *فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۲، شماره ۱، ۱۳۹۰، ص ۱۹۲.

اقتصادی نیز تأثیرگذار باشد.^۱ این حق به پدیدآورنده امکان می‌دهد تا در مورد زمان، مکان و شیوه ارائه اثر خود به عموم تصمیم‌گیری کند. از سوی دیگر، حقوق مالی بهره‌بردار که اغلب از طریق قراردادهای انتقال یا اعطای مجوز به او واگذار می‌شود، با هدف بهره‌برداری اقتصادی از اثر پدیدآورنده تأمین می‌گردد. این حقوق با وجود تمایز میان آنها، در برخی موارد به صورت مستقیم یا غیرمستقیم بر یکدیگر تأثیرگذارند. یک پرسش این است که چگونه کنترل پدیدآورنده بر افشای اثر می‌تواند بر نوع، میزان، زمان یا مکان اعمال حقوق مالی توسط بهره‌بردار تأثیر بگذارد؟ حق افشا به پدیدآورنده امکان تعیین زمان، شیوه و شرایط معرفی اثر را می‌دهد و می‌تواند اجرای حقوق مالی بهره‌بردار مانند تکثیر و نمایش را تا پیش از افشا محدود کند؛ بهره‌بردار ملزم به رعایت این شرایط است. در ادامه، تأثیر محدودکننده حق افشا بر انواع حقوق مالی انتقال یا مجوز داده شده مانند تکثیر، عرضه، نمایش و خلق آثار اشتقاقی، مورد بررسی قرار می‌گیرد. وضعیت تأثیرگذاری محدودکننده حق افشا بر چگونگی اعمال حقوق مالی موضوع قراردادها توسط طرف قراردادها، در حقوق ایران به دلیل وحدت مبانی و عدم تصریح، شبیه حقوق فرانسه، به نظر می‌رسد. با این حال حقوق فرانسه علاوه بر وجود برخی احکام قانونی، تفسیر دکترین و رویه قضایی، این نتیجه را اگرچه با اختلاف در دامنه آن، به وضوح به دست می‌دهد، ولی حقوق ایران، از این غنا و اعتبار محروم است.

۲.۱. محدودیت‌های حق افشا بر حق تکثیر انتقال یافته یا مجوز داده شده

قانون‌گذار ایران تعریفی صریح از «تکثیر» ارائه نکرده، اما از مقررات مواد ۳ و ۵ قانون حمایت حقوق مؤلفان ۱۳۴۸، قانون ترجمه و تکثیر آثار ۱۳۵۲ و قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای ۱۳۷۹ برمی‌آید که تکثیر از حقوق مادی و قابل انتقال پدیدآورنده است. با این حال، بر پایه مواد ۳، ۴، ۱۹، ۲۳ تا ۲۵ قانون ۱۳۴۸، تا پیش از افشای اثر، اختیار تعیین زمان، مکان و نحوه افشا منحصرأ با پدیدآورنده است و هرگونه بهره‌برداری بدون رضایت او، حتی با وجود قرارداد انتقال یا مجوز، نقض حق معنوی افشا محسوب می‌شود.

در حقوق فرانسه، طبق ماده L122-3 قانون مالکیت فکری، تکثیر به معنای ارائه مادی اثر از هر طریق ارتباط با عموم است و مطابق مواد L121-2 و L132-1 تا L132-12، ناشر موظف است اثر را مطابق شرایط زمانی و کیفی مقرر در قرارداد منتشر و حق افشای مؤلف را رعایت کند. افشا و بهره‌برداری از اثر می‌تواند هم‌زمان یا جداگانه انجام شود، اما بهره‌بردار یا منتقل‌الیه موظف است مفاد قرارداد را رعایت کند و حق معنوی افشا را نقض نکند؛ بهره‌برداری مالی به خودی خود مجوز نقض این حق نیست.^۲ در خصوص آثار افشا شده، انتقال یا مجوز حق تکثیر بدون محدودیت مرتبط با حق افشای اولیه قابل اعمال است. در مقابل، درباره آثار افشا نشده، پدیدآورنده همچنان حق کنترل بر افشای اثر را دارد و می‌تواند آن را به عنوان محدودیتی بر اجرای حق تکثیر مجوز داده شده اعمال کند. در حالتی که پدیدآورنده مکان و زمان خاصی برای افشای اثر در نظر داشته باشد، شیوه اعمال حقوق بهره‌بردار محدود به اراده پدیدآورنده برای افشا است.^۳ بهره‌بردار به بهانه کسب منافع اقتصادی بیشتر و کاهش هزینه بهره‌برداری نمی‌تواند خواست پدیدآورنده را نادیده بگیرد. اقدام مغایر دارنده مجوز بهره‌برداری ممکن است از موارد نقض حق افشا تلقی شود.^۴ بنابراین، در هر دو نظام حقوقی ایران و

^۱ Miljković, S and Aleksandra Vasić, "On (un)enforceability of restrictive clauses in patent licence agreement", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. Volume 54, 2017*, P 637.

^۲ کرنو، توری، سیرنلی و والر، پیشین، صص ۵۱-۵۲.

^۳ همان، ص ۵۲.

^۴ حسینی، سعیده، «تأثیر متقابل حقوق معنوی پدیدآورنده بر حقوق مالی طرف قرارداد در قراردادهای بهره‌برداری از حقوق مؤلف»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه تربیت مدرس، ۱۴۰۳، صص ۵۶-۵۷.

فرانسه، حق افشا بر اعمال حق مادی تکثیر تقدم دارد و می‌تواند دامنه بهره‌برداری مالی منتقل‌الیه یا ناشر را محدود سازد. در نتیجه، در نظام حقوقی ایران و فرانسه، حق افشا بر حق مادی تکثیر تقدم دارد و می‌تواند حدود بهره‌برداری مالی دارنده مجوز یا ناشر را محدود کند.

۲.۲. محدودیت‌های حق افشا بر حق عرضه مجوز داده شده

در حقوق ایران، مقنن بدون تعریف صریح، در ماده ۳ قانون حمایت حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ و ماده ۱ قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای مصوب ۱۳۷۹ تلویحاً حق عرضه را شناسایی کرده است. از جمع مقررات یادشده با مواد ۳، ۴، ۱۹، ۲۳ و ۲۴ قانون ۱۳۴۸ و مواد ۴ و ۷ آیین‌نامه اجرایی مواد ۲ و ۱۷ قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای چنین برمی‌آید که دارنده مجوز عرضه فقط در حدود شرایط تعیین شده از سوی پدیدآورنده مجاز به بهره‌برداری است و اقدام مغایر می‌تواند به نقض حق افشا بینجامد. واگذاری حق عرضه به تنهایی شامل سایر حقوق مالی مانند حق تکثیر نیست؛ چنان‌که اجازه اجرای نمایشی یک اثر، مجوزی برای تکثیر آن محسوب نمی‌شود.^۱

در حقوق فرانسه نیز طبق مواد L122-1 و L122-2 و در پرتو ماده L121-2 قانون مالکیت فکری، دارنده مجوز عرضه مقید به شرایط افشای اثر از سوی پدیدآورنده است و نقض آن می‌تواند تجاوز به حق افشا تلقی شود. در هر دو نظام، اعمال حق عرضه منوط به رعایت اراده پدیدآورنده درخصوص نحوه و زمان افشای اثر است و چنانچه اثر پیش‌تر افشا شده باشد، حق افشا مانع اجرای حق عرضه نخواهد بود؛ در آثار افشانشده، حق افشا همچنان مقدم و محدودکننده است و تا زمان افشای اثر، پدیدآورنده اختیار کامل در تعیین شرایط عرضه دارد، مگر آنکه در قرارداد خلاف آن تصریح شود.

۲.۳. محدودیت‌های حق افشا بر حق نمایش مجوز داده شده

حق نمایش صحنه‌ای از حقوق مالی پدیدآورنده است که طبق بند ۲ ماده ۵ قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان ۱۳۴۸ قابل واگذاری و بهره‌برداری قراردادی است. در مقابل، حق افشا به موجب مواد ۳، ۴ و ۱۹ همان قانون، حقی معنوی و غیرقابل انتقال بوده و مقدم بر بهره‌برداری مالی است؛ به گونه‌ای که تا زمان افشای اثر، دارنده مجوز نمایش حق استفاده مالی ندارد. در حقوق فرانسه، طبق مواد L132-3 و L132-21 قانون مالکیت فکری، برگزارکننده موظف است اجرای اثر را با رعایت حقوق معنوی مؤلف انجام دهد، اطلاعات مالی را ارائه و حق الزحمه را در موعد مقرر پرداخت کند. افشا و نمایش می‌توانند با توافق طرفین هم‌زمان انجام شوند، اما شرایط افشا تابع اراده پدیدآورنده است و ممکن است محدودیت‌هایی بر زمان، مکان یا نحوه آن اعمال شود. در صورتی که اثر قبلاً افشا شده باشد، بهره‌برداری مالی از حق نمایش بدون مانع خواهد بود. در نتیجه، در نظام‌های حقوقی ایران و فرانسه، تقدم حق افشا بر حق مالی نمایش پذیرفته شده و بهره‌برداری از حق نمایش منوط به تحقق افشاست.

۲.۴. محدودیت‌های حق افشا بر حق خلق اثر اشتقاقی مجوز داده شده

حق خلق اثر اشتقاقی به شخص ثالث اجازه می‌دهد با استفاده از اثر موجود، اثر جدیدی خلق کند. این حق می‌تواند از سوی پدیدآورنده اثر اصلی از طریق قرارداد یا مجوز اعطا شود. مطابق بند ۲ ماده L113-2 قانون مالکیت فکری فرانسه،

۱. صفایی، سید حسین، *مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی*، تهران: میزان، ۱۳۸۶، ص ۷۷.

اثر اشتقاقی اثری است که با استفاده از اثر پیشین، اما بدون همکاری مؤلف آن ایجاد شده باشد. فهرست آثار مشتق در فرانسه حصری نیست و حقوق پدیدآورنده اثر اولیه محفوظ است. در ایران، حق خلق اثر اشتقاقی برای فیلم، تلویزیون، نمایش صحنه‌ای، ترجمه، اقتباس و دیگر آثار براساس بندهای ۱، ۲، ۵، ۶ و ۷ ماده ۵ قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان ۱۳۴۸ به رسمیت شناخته شده است. پدیدآورندگان آثار اشتقاقی دارای حقوق معنوی و مالی مستقل‌اند. قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزار ۱۳۷۹ و ماده ۱۳ آیین‌نامه اجرایی مواد ۲ و ۱۷ این قانون، حقوق ناشی از نرم‌افزارهای مشتق را به پدیدآورنده نرم‌افزار جدید اختصاص می‌دهد. حق افشای اثر اولیه ممکن است دسترسی به اثر اصلی و در نتیجه خلق اثر مشتق را محدود کند، اما این محدودیت ظاهری است؛ زیرا آثار اشتقاقی ماهیت مستقل دارند و حقوق معنوی و مالی جداگانه‌ای برای پدیدآورنده جدید ایجاد می‌کنند. بنابراین در حقوق ایران و فرانسه اصولاً حق افشای پدیدآورنده اثر اولیه نمی‌تواند موجب محدودیت اعمال حق خلق اثر اشتقاقی انتقال یافته یا مجوز داده شود.

۳. زائل‌کنندگی حق افشا نسبت به حقوق مالی بهره‌بردار

در قراردادهای سفارش و استخدام، پرسش‌هایی درباره زوال یا تعدیل حق افشا مطرح است: آیا کارفرما می‌تواند پدیدآورنده را به افشا ملزم کند؟ در صورت امتناع، وضعیت قرارداد و حقوق طرفین چگونه خواهد بود و آیا حقوق معنوی همراه با حقوق مالی منتقل می‌شوند؟ این موضوع در ادامه با تمرکز بر تأثیر حق افشا بر حقوق مالی، در دو بخش «سفارشی» و «استخدامی» بررسی می‌شود.

۳.۱. قراردادهای سفارش

در نظام حقوقی فرانسه براساس احکام عمومی ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی واگذاری حقوق مربوط به آثاری که هنوز خلق نشده‌اند؛ به شرطی که مطابق ماده ۱۱۲۹ آن قانون قابل تعیین باشد، می‌تواند موضوع قرارداد باشد. درخصوص آثار ادبی و هنری آتی، انتقال کلی براساس ماده L131-1 قانون مالکیت فکری باطل است و بطلان آن از نوع بطلان نسبی است و تنها پدیدآورنده حق دارد به آن استناد کند. این امر برای حمایت از پدیدآورنده، به‌ویژه پدیدآورندگان جوان است؛ زیرا تا قبل از آفرینش اثر، ارزیابی و ارزش‌گذاری اثر ممکن نیست. ممنوعیت انتقال کلی حقوق آثار آینده از امکان انتقال حقوق در قراردادهای سفارش متمایز است؛ چراکه اولاً قراردادهای سفارش محدود به مصادیقی مشخص و مورد پذیرش عرف و عقلای جامعه‌اند. ثانیاً در قرارداد سفارش، اوصاف اثر سفارشی به‌طور دقیق مشخص می‌شود، بنابراین موضوع قرارداد معلوم و معین است؛ ثالثاً موضوع قرارداد خدمات پدیدآورنده است که در نتیجه آن اثری پدید می‌آید و حقوق مالی آن به سفارش‌دهنده تعلق می‌گیرد.^۱ حال این پرسش مطرح می‌شود که آیا صرف انعقاد قرارداد سفارش به زوال حق افشا و واگذاری آن به سفارش‌دهنده منجر شده است؟ آیا پدیدآورنده می‌تواند براساس حق افشای خود، سفارش‌دهنده را مجبور به پذیرش اثر کند؟

اثر، امتداد شخصیت پدیدآورنده و جلوه اوست. پدیدآورنده به‌واسطه دارا بودن حق افشا با دو جنبه ایجابی و سلبی قادر به اتخاذ تصمیم نهایی درخصوص افشا یا عدم افشای اثر است. جنبه سلبی افشا به پدیدآورنده اجازه می‌دهد اثری را که نسبت به آن رضایت ندارد، افشا نکند و تحویل ندهد. اگرچه سفارش‌دهنده و کارفرما طبق مفاد قرارداد متعهد به دریافت

^۱. قبولی درافشان و محسنی، پیشین، صص ۱۲۵-۱۲۶.

اثر است، این الزام برخاسته از حق معنوی افشا نیست، بلکه ناشی از حق قراردادی مؤلف است.^۱ براین اساس، سفارش دهنده می تواند از پذیرش اثری که با مفاد قرارداد مطابقت ندارد، خودداری کند؛ هرچند پدیدآورنده آن را کامل و آماده افشا بداند. در مقابل، پدیدآورنده نیز ممکن است پس از انعقاد قرارداد یا خلق اثر، به هر دلیلی از افشای آن منصرف شود. اگرچه قرارداد سفارش موجب انتقال یا اسقاط و زوال حق معنوی افشا نمی شود، اعمال جنبه سلبی این حق توسط پدیدآورنده می تواند مانعی در برابر اعمال حقوق مالی سفارش دهنده ایجاد کند.

در پرونده دوبوفه علیه رنو (۱۹۷۳) در فرانسه، دادگاه سفارش دهنده را ملزم به تکمیل اثر سفارشی دانست. دوبوفه موظف بود مدل و دستورالعمل مجسمه ای را ارائه دهد و رنو در صورت پذیرش، پروژه را تکمیل می کرد. با توقف پروژه از سوی رنو، دادگاه با استناد به مواد ۱ و ۳ قانون حقوق مؤلف فرانسه، دوبوفه را موفق به الزام رنو به تکمیل و حفظ تمامیت اثر کرد. این پرونده نخستین نمونه الزام سفارش دهنده به اتمام و حفاظت از یک اثر هنری بود.^۲ قانونگذار فرانسه در مواد ۱۳۱-۱۳۲ تا ۱۳۳-۳ به قرارداد سفارش برای تبلیغات پرداخته و از سایر قراردادهایی که ممکن است برای خلق آثار سفارشی منعقد شود نام نبرده است. ماده ۳۱-۱۳۲ قانون مالکیت فکری فرانسه مقرر می دارد: «درمورد اثر سفارشی که برای تبلیغات استفاده می شود، قرارداد بین تهیه کننده و نویسنده مستلزم واگذاری حقوق بهره برداری از اثر به تهیه کننده است، مشروط بر اینکه این قرارداد برای هر شیوه بهره برداری از اثر بسته به منطقه جغرافیایی، مدت زمان چاپ و اندازه چاپ، مدت زمان چاپ و اندازه چاپ، دستمزد جداگانه ای را مشخص کند. توافق نامه بین سازمان های نماینده نویسندگان و سازمان های نماینده تولیدکنندگان تبلیغات، عناصر اساسی را تعیین می کند که در ترکیب پاداش مربوط به استفاده های مختلف از آثار وارد می شود. مدت قرارداد بین یک تا پنج سال است. مفاد آن ممکن است به موجب حکمی برای همه اشخاص ذی نفع لازم الاجرا شود». در نتیجه اماره انتقال حقوق به تهیه کننده یا سفارش دهنده مشروط بر حق الزحمه مستقل برای هریک از شیوه های بهره برداری است. قانونگذار ایران درخصوص ماهیت قراردادهای سفارش سکوت کرده است، اما به موجب ماده ۱۳ قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸، بند ب ماده ۶ قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم افزارهای رایانه ای مصوب ۱۳۷۹ و ماده ۱۰ آیین نامه اجرایی مواد ۲ و ۱۷ قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم افزارهای رایانه ای مصوب ۱۳۸۳ حقوق مالی آثار سفارشی را از آن سفارش دهنده می داند.^۳ ماده ۱۰ آیین نامه اجرایی مواد ۲ و ۱۷ قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم افزارهای رایانه ای مصوب ۱۳۸۳ مقرر می دارد: «نرم افزار ممکن است به سفارش شخص حقیقی یا حقوقی پدید آمده باشد. حقوق مادی نرم افزارهایی که مطابق ماده ۶ قانون پدید می آیند... متعلق به سفارش دهنده است، ... ولی حقوق معنوی نرم افزارها متعلق به پدیدآورنده است». بنابراین، اسقاط حق افشا توسط پدیدآورنده در زمان انعقاد قرارداد سفارش و پیش از خلق اثر سفارشی، اسقاط مالم یجب است و حق افشا از حقوق معنوی غیر قابل انتقال و اسقاط برای پدیدآورنده است. در صورت عدم افشا اثر توسط پدیدآورنده، سفارش دهنده می تواند قرارداد را فسخ و خسارت مطالبه کند.

بنابراین انعقاد قرارداد سفارش در نظام حقوقی ایران و فرانسه منجر به زوال حق افشای پدیدآورنده نمی شود. در قرارداد سفارش موضوع اجرای اثری فکری است؛ این موضوع موجب ایجاد حقوق مؤلف فقط در اثر برای پدیدآورنده است. تحت

۱. Vivant and Bruguière. Op. Cit., PP 385-386.

۲. Françon, André and Jane C. Ginsburg, "Authors' Rights in France: The Moral Right of the Creator of a Commissioned Work to Compel the Commissioning Party to Complete the Work", *Columbia Journal of Arts and Law*, Volume 9, Issue 381, 1985, PP 386-391.

۳. زرکلام، پیشین، صص ۲۹۲-۲۹۴.

این عنوان، پدیدآورنده مجاز به اعمال حق افشای اثر در تحویل ندادن اثرش است.^۱ در نتیجه، پدیدآورنده اثر سفارشی می‌تواند به واسطه دارا بودن حق معنوی افشا مانع اعمال حقوق مالی سفارش‌دهنده شود. سفارش‌دهنده نیز به‌منظور جلوگیری از توسعه خسارت ناشی از عدم افشا، راهکاری جز درج شرط وجه التزام در قرارداد سفارش، مطالبه خسارت ناشی از عدم افشا و عدم تحویل اثر سفارشی و نهایتاً فسخ قرارداد سفارش ندارد.

۳.۲. قراردادهای استخدام

آثار استخدامی وضعیتی مشابه با آثار سفارشی دارند. استخدام و تأمین سرمایه باعث انتقال پدیدآورندگی و حقوق معنوی پدیدآورنده به کارفرما نمی‌شود، هرچند که عده‌ای بر این باورند نوع قرارداد استخدام در تعیین و تخصیص حقوق به پدیدآورنده می‌تواند مؤثر باشد، زیرا در قرارداد استخدام دولتی پدیدآورنده فاقد قدرت مذاکره با کارفرمای دولتی است. در قرارداد استخدام یا کار با کارفرمای غیردولتی، کارفرمای بخش غیردولتی ممکن است به‌منظور ایجاد انگیزه برای خلق اثر توسط پدیدآورنده، به مذاکره و کسب رضایت او برآید.^۲ عده‌ای دیگر بر این عقیده‌اند که تمایزی میان کارفرمای دولتی و غیردولتی وجود ندارد؛ این نظر باتوجه به نظام حقوق مالکیت فکری ایران مقبول‌تر است. انعقاد قرارداد استخدام موجب اسقاط، زوال یا انتقال حق افشا به کارفرما نمی‌شود. در نظام حقوقی کامن‌لا، اگر اثری در نتیجه استخدام خلق شود، پدیدآورندگی به کارفرما تعلق دارد. در فرانسه، هیچ قراردادی ازجمله قرارداد استخدام و سفارش، موجب تغییر عنوان پدیدآورنده و واگذاری حقوق معنوی او ازجمله حق افشا به کارفرما نمی‌شود. حقوق مالی اثری که در نتیجه استخدام و با استفاده از امکانات کارفرما خلق می‌شود به کارفرما تعلق دارد؛ تعلق حقوق مالی به کارفرما باید تفسیر مضیق شود و برای انتقال حقوق مالی به کارفرما باید قرارداد مستقلی وجود داشته باشد و در حد ضرورت کاری حقوق به کارفرما منتقل شود.^۳ ماده ۱۱۱-۱ L قانون مالکیت فکری فرانسه مقرر می‌دارد: «پدیدآورنده اثر فکری بر این اثر، صرفاً به دلیل ایجاد آن، از یک حق انحصاری و قابل اجرا از اموال نامشهود علیه همه برخوردار است. ... وجود یا انعقاد قرارداد اجاره، کار یا خدمات توسط پدیدآورنده یک اثر فکری، با رعایت استثنائات مقرر در این آیین‌نامه، به‌منزله انحراف از برخورداری از حق شناخته شده در بند اول نیست. با رعایت همین ملاحظات، زمانی که پدیدآورنده اثر فکری، مستخدم دولت، یک مقام محلی، یک نهاد اداری دولتی، یک مقام اداری مستقل با شخصیت حقوقی، بانک فرانسه، انستیتو فرانسه، آکادمی فرانسه، آکادمی کتبی‌ها و آکادمی‌های علوم زیستی، آکادمی‌های علمی و فرهنگی، باشد، از برخورداری از این حق چشم‌پوشی نمی‌شود ...». ماده ۹-۱۱۳ L قانون مالکیت فکری فرانسه نیز مقرر می‌دارد: «حقوق مالکیت نرم‌افزار و مستندات آن، که توسط یک یا چند کارمند در انجام وظایف خود یا طبق دستورات کارفرما ایجاد می‌شود، به کارفرما تعلق می‌گیرد که به‌تنهایی مجاز به اعمال آنهاست، مگر اینکه در قانون مقرر شده باشد یا به نحو دیگری مقرر شده باشد... مقررات بند اول این ماده درمورد کارمندان دولت، مقامات دولتی و ادارات دولتی نیز جاری است». در نظام حقوقی ایران به موجب بند ۶ ماده ۶ قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای مصوب ۱۳۷۹ مقرر شده است که اگر موضوع قرارداد استخدام، خلق نرم‌افزار باشد، در این حالت حقوق مالی متعلق به کارفرماست. درمورد سایر آثار در قانون حمایت از حقوق مؤلفان،

۱. کرنو، توری، سیرنلی و والر، پیشین.

۲. برای مطالعه بیشتر در این خصوص مراجعه کنید به: معین اسلام، محمد و محمدحسین عرفان‌منش، «بررسی نحوه تخصیص حقوق مالکیت ادبی و هنری در آثار ناشی از روابط قراردادی یا استخدامی»، فصلنامه حقوق پزشکی (ویژه‌نامه حقوق مالکیت فکری)، شماره ۳، ۱۳۹۳، صص ۲۰۹-۲۳۰.

۳. محمدی، پژمان، *قراردادهای حقوق مؤلف*، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۶، صص ۱۰۵-۱۰۳.

مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ و قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی مصوب ۱۳۵۲ حکمی وجود ندارد. ماده ۱۰ آیین‌نامه اجرایی مواد ۲ و ۱۷ قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۳ حقوق مادی آثار استخدامی و سفارشی را از آن کارفرما و سفارش‌دهنده می‌داند. بند ب ماده ۶ قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای مصوب ۱۳۷۹ مقرر می‌دارد: «اگر هدف از استخدام یا انعقاد قرارداد پدیدآوردن نرم‌افزار مورد نظر بوده و یا پدیدآوردن آن جزء موضوع قرارداد باشد، حقوق مادی... متعلق به استخدام‌کننده یا کارفرما است، مگر اینکه در قرارداد به صورت دیگری پیش‌بینی شده باشد». از عبارت مگر اینکه ممکن است تصور امکان تعدیل حق افشا یا زوال این حق معنوی در قراردادهای استخدام برداشت شود، اما باید توجه داشت که اسقاط حق افشا توسط پدیدآورنده در زمان انعقاد قرارداد کار و پیش از خلق اثر، اسقاط مال‌موجب است. در صورت عدم افشا اثر توسط پدیدآورنده، کارفرما مانند سفارش‌دهنده می‌تواند قرارداد را فسخ و خسارت مطالبه کند. درج شرط وجه التزام در قرارداد استخدام مطابق ماده ۲۳۰ ق.م. نیز می‌تواند تا حدی از خسارات عدم افشا جلوگیری کند.

۴. کاهش تأثیرات منفی حق افشا، راهکارها

حق افشا می‌تواند چالش‌هایی در قراردادهای بهره‌برداری ایجاد کند، زیرا پدیدآورنده ممکن است پس از تکمیل اثر از افشای آن خودداری کند که منافع بهره‌بردار را تهدید می‌کند. بنابراین یافتن راهکارهایی برای کاهش تأثیرات منفی حق افشا و ایجاد تعادل بین حقوق طرفین قرارداد، از اهمیت بسزایی برخوردار است. پدیدآورنده ممکن است پس از تکمیل اثر اعلام کند که به هر دلیلی قصد افشا ندارد، به همین منظور می‌توان در قرارداد شرط نمایندگی بهره‌بردار در افشا را پیش‌بینی کرد. این یعنی بهره‌بردار به‌عنوان نماینده پدیدآورنده اجازه دارد اثر را تحت شرایط مشخصی افشا کند. این شرط باید به‌گونه‌ای باشد که بهره‌بردار بدون دخل و تصرف در اثر صرفاً افشای اولیه را انجام دهد. طرفین در ضمن قرارداد بهره‌برداری می‌توانند دلایل موجه عدم افشا را محدود و تعیین کنند. برای مثال، اگر پدیدآورنده به دلیل تغییر دیدگاه شخصی یا نگرانی به علت بازخورد عمومی با اثر از افشا خودداری کند، بهره‌بردار بتواند درخواست فسخ یا جبران خسارت کند؛ اما اگر دلایلی مانند نقص علمی در اثر، تغییر شرایط بازار یا دلایل اخلاقی و قانونی مطرح باشد، بهره‌بردار نتواند الزام پدیدآورنده به افشا را مطرح کند. به علاوه، می‌توان شرایطی را پیش‌بینی کرد که در صورت تصمیم مجدد پدیدآورنده به افشا، حقوق بهره‌بردار حفظ شود. به عنوان مثال، می‌توان شرطی را در قرارداد درج کرد که در صورت تصمیم مجدد به افشای اثر توسط پدیدآورنده، بهره‌بردار نسبت به اشخاص ثالث حق اولویت در بهره‌برداری داشته باشد. در مواردی که اثر با سرمایه بهره‌بردار خلق می‌شود، مانند آثار سفارشی و استخدامی، اگر پدیدآورنده پس از دریافت هزینه یا انعقاد قرارداد از افشا خودداری کند، بهره‌بردار بتواند مطالبه وجه التزام سنگین کند. این شرط باید تناسب لازم را با میزان سرمایه‌گذاری بهره‌بردار و نوع اثر داشته باشد تا اجرای آن در عمل ممکن باشد. در نهایت، با درج مهلت برای تصمیم‌گیری نهایی درباره افشا، می‌توان پدیدآورنده را مکلف کرد که در یک بازه زمانی مشخص درباره افشا تصمیم بگیرد و پس از این مدت اگر تصمیمی برای افشا نگیرد، بهره‌بردار بتواند درخواست فسخ قرارداد و جبران خسارت کند. در ایران و فرانسه، حق افشای پدیدآورنده می‌تواند بهره‌برداری مالی را محدود کند و برای ایجاد توازن، قراردادهای می‌توانند نمایندگی بهره‌بردار در افشا، دلایل موجه عدم افشا و اولویت در افشای مجدد را پیش‌بینی کنند؛ به‌گونه‌ای که حقوق معنوی پدیدآورنده حفظ و منافع بهره‌بردار تأمین شود.

نتیجه‌گیری

حق افشا در نظام‌های حقوقی ایران و فرانسه از حقوق معنوی بنیادین است و به پدیدآورنده اختیار می‌دهد زمان و شیوه معرفی اثر خود را تعیین کند. در فرانسه، این حق نخست در رأی دادگاه استیناف پاریس در پرونده کاموین (۱۹۳۱) شناخته و سپس در ماده ۲-۱۲۱ L. قانون مالکیت فکری ۱۹۹۲ تثبیت شد. براساس این قانون، تصمیم درباره افشای اثر صرفاً در اختیار پدیدآورنده است و وراثت یا دارندگان مجوز باید تابع اراده او باشند، مگر در موارد استثنایی که دادگاه به استناد مواد ۳-۱۲۱ L. و ۹-۱۲۲ L. برای حفظ منافع عمومی دستور افشا یا توقف بهره‌برداری نادرست صادر کند. در ایران، هرچند حدود حق افشا به‌طور صریح تبیین نشده است، اما از مواد ۳ و ۴ قانون حمایت حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان ۱۳۴۸، ماده ۱ قانون حمایت از پدیدآورندگان نرم‌افزار ۱۳۷۹ و ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی مواد ۲ و ۱۷ قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای استنباط می‌شود که اعمال حقوق مادی توسط دارنده مجوز، مشروط به رعایت شرایط افشای تعیین‌شده توسط پدیدآورنده است و هر اقدام خلاف اراده او نقض حق افشا محسوب می‌شود.

حق افشا به‌ویژه درمورد آثار از پیش افشا نشده، محدودکننده اعمال حقوق مالی بهره‌بردار است و پدیدآورنده می‌تواند زمان، مکان و شرایط افشای اولیه اثر را تعیین کند. در صورتی که اثر پیش از قرارداد افشا شده باشد، این محدودیت کاهش می‌یابد، مگر اینکه بهره‌برداری شیوه‌ای نوین داشته باشد که ممکن است به اختلاف بین طرفین منجر شود. فارغ از نوع حق مالی موضوع قرارداد باید گفت، منتقل‌الیه یا بهره‌بردار بدون محدودیت مرتبط با حق افشای اولیه قادر به اعمال حقوق مالی در شرایط مورد توافق است. بنابراین، در فرضی که افشای اثر مقدم بر انعقاد قرارداد انتقال یا مجوز بهره‌برداری از حق تکثیر، عرضه، نمایش یا خلق اثر اشتقاقی باشد، معمولاً حق افشا محدودیتی بر اعمال این حقوق مالی توسط طرف قرارداد ایجاد نمی‌کند؛ زیرا اثر پیش از قرارداد در دسترس عموم قرار گرفته و پدیدآورنده حق افشای خود را اعمال کرده است. بااین‌حال، اگر مجوز یا انتقال حق مالی شامل شیوه جدیدی از بهره‌برداری باشد، ممکن است حق افشای پدیدآورنده موجب اختلاف طرفین شود. نظام‌های حقوقی مورد مطالعه پاسخ قاطعی در این فرض ارائه نکرده‌اند، اما دکترین در فرانسه، موضوع را تحلیل می‌کنند و اکثریت حقوق‌دانان اعمال یک بار حق افشا را مسقط آن می‌دانند. در قراردادهایی که درمورد آثار از قبل افشانده منعقد می‌شوند، وضعیت متفاوت است و حق افشای پدیدآورنده همچنان یک حق مستقل و قابل اعمال باقی می‌ماند و می‌تواند به‌عنوان یک محدودیت بر اعمال حقوق مالی انتقال یافته یا مجوز داده شده تأثیر بگذارد و حتی مانع از اجرای حقوق مالی یا تعطیلی و زوال آنها شود. در نظام حقوقی ایران و فرانسه، حق افشا حتی غیرقابل انتقال و غیرقابل اسقاط است و نمی‌توان آن را به دیگری واگذار یا از آن صرف‌نظر کرد و بنابراین، انعقاد قرارداد کار یا استخدام یا سفارش نیز به زوال حق افشای پدیدآورنده منجر نمی‌شود. در نتیجه، پدیدآورنده همچنان حق دارد که درمورد زمان و نحوه افشای اثر خود تصمیم بگیرد، حتی اگر قرارداد کار یا استخدام یا سفارش منعقد کرده باشد. در این‌گونه موارد کارفرما یا سفارش‌دهنده می‌تواند در صورت عدم افشا، قرارداد خود با پدیدآورنده را فسخ و خسارت ناشی از نقض قرارداد را از وی مطالبه کند. پیشنهاد می‌شود برای پرهیز از بروز مشکلات، قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان سال ۱۳۴۸ با پیش‌بینی صریح این موارد مانع بروز اختلافات در بهره‌برداری‌ها شود و در هر حال، در قراردادهایی از این دست، طرفین این‌گونه وضعیت‌ها را روشن و حقوق و تکالیف خویش را تبیین کنند. درج شرط وجه التزام ضمن انعقاد قرارداد در این‌گونه موارد، می‌تواند آثار زیان‌بار توسل به حق افشا توسط پدیدآورنده در برابر سفارش‌دهنده یا استخدام‌کننده را محدود یا با ضمانت اجرا همراه سازد.

منابع

کتاب

۱. حکمت‌نیا، محمد، *نظام مالکیت فکری (خاستگاه، زیرساخت‌ها و ساختارها)*، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۴۰۰.
۲. زرکلام، ستار، *حقوق مالکیت ادبی و هنری*، تهران: سمت، ۱۳۸۷.
۳. صفایی، سید حسین، *مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی*، تهران: میزان، ۱۳۸۶.
۴. کرنو، ماری، ایزابل دولامبر توری، پیر سیرنلی و کاترین والر، *فرهنگ تطبیقی حقوق مؤلف و کپی رایت*، جلد اول: حقوق فرانسه، حقوق بلژیک و حقوق انگلستان، ترجمه علیرضا محمدزاده وادقانی و پژمان محمدی، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۰.
۵. کلمبه، کلود، *اصول بنیادین حقوق مؤلف و حقوق مجاور در جهان*، ترجمه علیرضا محمدزاده وادقانی، تهران: میزان، ۱۳۹۰.
۶. محمدی، پژمان، *قراردادهای حقوق مؤلف*، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۶.

مقاله

۷. قبولی درافشان، سید محمد مهدی و سعید محسنی، «قواعد عمومی حاکم بر قراردادهای بهره‌برداری از حقوق ادبی و هنری در ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه و مصر»، *فصلنامه فقه و اصول*، دوره ۴۴، شماره ۴، ۱۳۹۱، صص ۱۰۹-۱۴۲.
<https://doi.org/10.22067/fiqh.v0i0.9569>
۸. محسنی، سعید و سید محمد مهدی قبولی درافشان، «حق افشای اثر ادبی و هنری (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه)»، *فصلنامه حقوق خصوصی*، دوره ۱۰، شماره ۲، ۱۳۹۲، صص ۳۴۹-۳۸۰.
<https://doi.org/10.22059/jolt.2013.51420>
۹. محمدی، پژمان، «مفهوم و آثار حق تالیف»، *فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۲، شماره ۱، ۱۳۹۰، صص ۲۱۴-۱۸۸.
<https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.1735496.1390.2.1.7.8>
۱۰. معین اسلام، محمد و محمدحسین عرفان منش، «بررسی نحوه تخصیص حقوق مالکیت ادبی و هنری در آثار ناشی از روابط قراردادی یا استخدامی»، *فصلنامه حقوق پزشکی (ویژه‌نامه حقوق مالکیت فکری)*، شماره ۳، ۱۳۹۳، صص ۲۰۹-۲۳۰.

پایان‌نامه

۱۱. حسینی، سعیده، «تأثیر متقابل حقوق معنوی پدیدآورنده بر حقوق مالی طرف قرارداد در قراردادهای بهره‌برداری از حقوق مؤلف»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه تربیت مدرس، ۱۴۰۳.

References

Books

1. Colombe, Claude, *Fundamental Principles of Copyright and Related Rights in the World*, Translated By: Alireza Mohammadzadeh Vadeghani, Tehran: Mizan, 2011. (In Persian)
2. Corneau, Marie, Isabelle de Lambert-Toury, Pierre Sirenelli and Catherine Waller, *Comparative Dictionary of Author and Copyright Law*, Volume 1: French Law, Belgian Law and English Law, Translated By: Alireza Mohammad-Zadeh Vadaghani and Pejman Mohammadi, Tehran: Tehran University, 2011. (In Persian).
3. Hekmatnia, Mohammad, *Intellectual Property System (Origin, Infrastructures and Structures)*, Tehran: Islamic Culture and Thought Research Institute, 2021. (In Persian)
4. Mohammadi, Pejman, *Copyright Contracts*, Tehran: Dadgostar, First Edition, 2007. (In Persian)
5. Safa'ei, Sayyed Hossein, *Articles on Civil Law and Comparative Law*, Tehran: Mizan, 2007. (In Persian)

6. Vivant, M. and Jean Michel Bruguière. *Copyright and Related Rights*, Dalloz, Second Edition, 2013. (In French).
7. WIPO. *Wipo Intellectual Property Handbook*, World Intellectual Property Organization, 2004. Doi: <https://doi.org/10.34667/tind.28661>
8. Zarkalam, Sattar, *Literary and Artistic Property Rights*, Tehran: Samat, 2008. (In Persian)

Articles

9. Binctin, N. "Moral Rights in France", *The Intellectual Property Notebooks*, Volume 25, Issue 1, 2013, PP 303-361. (In French) <https://cpi.openum.ca/files/sites/66/Le-droit-moral-en-France.pdf>.
10. Newman, Christopher M. "A License Is Not A 'Contract Not To Sue': Disentangling Property And Contract In The Law Of Copyright Licenses", *Iowa Law Review*, Volume 98, Issue 3, PP 1103-1162. Doi:10.2139/ssrn.2010853.
11. Françon, André and Jane C. Ginsburg, "Authors' Rights in France: The Moral Right of the Creator of a Commissioned Work to Compel the Commissioning Party to Complete the Work", *Columbia Journal of Arts and Law*, Volume 9, Issue 381, 1985, PP 381-408.
12. Ghabooli Dor-Afshan, Sayyed Mohammad Mehdi and Sa'eed Mohseni, "The General Rules Governing the Contracts for the Utilization of Literary and Artistic Rights in Iran through Comparative Study in French and Egyptian Law", *Jurisprudence and Principles Quarterly*, Volume 44, Issue 4, 2012, PP 109-142. (In Persian) <https://doi.org/10.22067/fiqh.v0i0.9569>.
13. Mallet-Poujol, N. "Right to Information and Intellectual Property", *Dossier*, Issue 192, 2001, PP 45-50. (in French)
14. Miljković, S and Aleksandra Vasić, "On (Un)enforceability of Restrictive Clauses in Patent Licence Agreement", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. Volume 54, 2017*, PP 637-644. Doi:10.31141/zrpf.2017.54.125.637.
15. Mo'ain Eslam, Mohammad and Mohammad Hossein Erfan Manesh, "A Study of the Method of Allocation of Literary and Artistic Property Rights in Works Resulting from Contractual or Employment Relationships", *Quarterly Journal of Medical Law (Special Issue on Intellectual Property Rights)*, Issue 3, 2014, PP 209-230. (In Persian)
16. Mohammadi, Pejman, "The Concept and Effects of Copyright", *Quarterly Journal of Comparative Law Studies*, Voume 2, Issue 1, 1390, PP 188-214. (In Persian) <https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.1735496.1390.2.1.7.8>
17. Mohseni, Sa'eed and Sayyed Mohammad Mehdi Ghabooli Dor-Afshan, "The Right to Disclose Literary and Artistic Works (Comparative Study in Iranian and French Law)", *Private Law Quarterly*, Volume 10, Issue 10, 2013, PP 349-380. (In Persian) <https://doi.org/10.22059/jolt.2013.51420>
18. Standler, Ronald B. "Moral rights of Authors in the USA", 2012, PP 1-47. <http://www.rbs2.com/moral.pdf>.
19. Watt, R. "Licensing and Royalty Contracts for Copyright", *Review of Economic Research on Copyright*, Volume 3, Issue 1, 2006, PP 1-17. https://www.researchgate.net/publication/228171793_Licensing_and_Royalty_Contracts_for_Copyright

Thesis

20. Hosseini, Sa'eideh, "The Mutual Impact of the Creator's Intellectual Rights on the Financial Rights of the Contracting Party in Copyright Exploitation Contracts", Master's Thesis, *Tehran: Tarbiat Modares University*, 2024. (In Persian)



Original Article

Biological Dimensions of Male Sexual Victimization

Aref Esmailzadeh¹, Ali Saffary² , Razieh Saberi³

Highlights

- Genetic, hormonal, and neurobiological factors, when interacting with high-risk environments, significantly increase men's vulnerability to sexual victimization.
- Responses such as tonic immobility, memory impairment, and delayed reporting often have biological and neurobiological foundations and should not be interpreted as indicators of consent or the absence of resistance.
- Recognizing the biological dimensions of male sexual victimization can enhance criminal justice processes, prevent secondary victimization, and contribute to the development of more effective preventive and supportive interventions.

ABSTRACT

Introduction

Male sexual victimization, despite its growing importance in victimology and criminology studies, remains one of the less addressed areas in scientific research and criminal policymaking. The historical focus of criminological literature on female victimization has led to the formation of a gender dichotomy in the analysis of sexual crimes; such that men are often perceived as powerful actors or potential perpetrators of violence, and the possibility of their sexual victimization is overlooked. This perspective, in addition to creating a theoretical gap in victimology, has led to the misinterpretation of many behavioral, psychological, and biological reactions exhibited by male victims within the criminal justice system. Consequently, reactions such as behavioral freezing, silence, delayed reporting, or impairments in recounting the incident are sometimes mistakenly interpreted as signs of consent or a lack of coercion. By focusing on the "biological contexts of male sexual victimization," this research seeks to demonstrate that sexual victimization is not merely the product of social and cultural factors; rather, biological, genetic, hormonal, physiological, and neurobiological factors also play a significant role in increasing or exacerbating male vulnerability. The main objective of the study is to identify and analyze the biological mechanisms affecting male sexual victimization and to elucidate how these mechanisms interact with high-risk environments and social structures. Furthermore, at an applied level, the research strives to explain the legal and judicial implications of these findings to achieve a more accurate understanding of the concepts of consent, coercion, involuntary reactions, and the evaluation of evidence in sexual crimes against men.

How to Cite: Esmailzadeh, Aref, Saffary, Ali, Saberi, Razieh, "Biological Dimensions of Male Sexual Victimization", Legal Research, Vol. 29, No. 114, 2026, pp: 45-66.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2026.241705.2963>

Received: 26/09/2025-Accepted: 31/05/2026

1. L.L.M, Faculty of Law & Political Science, Islamic Azad University: Science & Research Branch, Tehran, Iran

2. Associate Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: alisaffary2020@gmail.com

3. Assistant Professor, Faculty of Law & Political Science, Islamic Azad University: Science & Research Branch, Tehran, Iran



Copyright: © 2026 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 study is based on the premise that genetic characteristics, dysfunctions of the hypothalamic-pituitary-adrenal (HPA) axis, hormonal fluctuations, brain structure dysfunctions, and physiological vulnerabilities, in interaction with social and cultural contexts, can increase the probability of male sexual victimization. Therefore, the research seeks to provide a multidimensional model of male sexual victimization in which biological and environmental factors are analyzed concurrently.

Methods

The research was conducted using a mixed-methods approach, combining qualitative methods and theoretical studies to enable a multi-layered analysis of male sexual victimization. In the qualitative section, data were collected through semi-structured interviews and the Delphi technique. Participants included experts in the fields of victimology, psychiatry, psychology, neuroscience, criminal biology, and physiology, who were selected using purposive sampling. The Delphi process was conducted in three stages, involving a total of 18 experts. Additionally, interviews were conducted with some men who had lived experiences of sexual victimization; however, their data were not directly used in the final analysis due to limitations in verifying the narratives and the presence of psychological barriers. Data analysis was performed using MAXQDA software based on inductive coding. The data obtained from the interviews were categorized into conceptual categories and subcategories, and subsequently integrated with the theoretical findings. In the theoretical section, a systematic review of domestic and international scientific literature in the fields of behavioral genetics, neuroscience, psychobiology, victimology, and criminal law was conducted. The objective of this stage was to complete the conceptual framework of the study and elucidate the relationship between biological factors and male sexual victimization.

Results and Discussions

The study revealed that male sexual victimization is influenced by a complex set of biological factors categorized into four main domains: genetic, physiological, neurobiological, and hormonal. In the genetic dimension, the results demonstrated that certain gene polymorphisms, particularly the 5-HTTLPR gene and genes associated with the HPA axis such as FKBP5 and CRHR1, play a crucial role in regulating stress, emotion, and response to threat. Individuals possessing sensitive variants of these genes exhibit more severe reactions, such as fear, behavioral freezing, anxiety, or submissiveness, when confronted with stressful situations. The findings also support the "differential susceptibility" theory, meaning that some individuals are biologically more sensitive to their environment and, in high-risk situations, display greater vulnerability to victimization. In the realm of physiology, the research indicated that physical weaknesses, motor disabilities, developmental disorders, and sensory limitations can increase the likelihood of male sexual victimization. Men who have weak defensive reactions or greater dependence on others are more susceptible to abuse in power-centric relationships or environments lacking effective supervision. Furthermore, certain physical appearances and non-aggressive body language may be perceived by offenders as signs of weakness or an inability to report the crime. The findings showed that, in many cases, the primary motivation of the offender is not sexual desire, but domination, humiliation, and the exercise of power. At the neurobiological level, three key brain structures, including the amygdala, hippocampus, and prefrontal cortex, played a prominent role in increasing or decreasing vulnerability. Amygdala dysfunction can lead to deficient threat detection or the manifestation of a freezing response; a reaction that, in sexual crimes against men, might be misconstrued as implied consent. Additionally, hippocampal impairments can disrupt the victim's narrative memory, resulting in amnesia or distortion of the incident's details. Under such circumstances, inconsistencies in the narrative or inability to accurately recall the time and place should not be interpreted as deception. Moreover, dysfunction in the prefrontal cortex causes impaired decision-making, poor impulse control, and inability to respond effectively to danger. In the hormonal domain, the findings revealed that testosterone, cortisol, and oxytocin play a dual and complex role in male sexual victimization. Elevated testosterone levels can reduce sensitivity to social threats and drive individuals toward high-risk situations, whereas its reduction is associated with passivity, social anxiety, and silence in the face of victimization. Cortisol, as a biomarker of chronic stress, during prolonged activation of the HPA axis, causes structural brain changes, memory impairment, anxiety, and diminished coping capacity. Likewise, oxytocin, contrary to popular belief, is not solely the hormone of empathy and trust, but can also lead to "misplaced trust" or "trauma bonding," a condition wherein the victim develops emotional dependence on the perpetrator.

Conclusion

Male sexual victimization cannot be analyzed solely by relying on social or psychological explanations; rather, biological and neurobiological factors also play a fundamental role in shaping and exacerbating vulnerability. Genes, hormones, brain structures, and physiological characteristics, in interaction with cultural and social conditions, generate distinct patterns of threat response, silence, freezing, or an inability

to defend oneself. These findings hold direct significance for the criminal justice system, as they can prevent the misinterpretation of male victims' behavior and prove effective in assessing consent, coercion, the credibility of testimony, and the analysis of evidence. The research results also underscore the necessity of training judges, law enforcement officers, and mental health professionals regarding the neurobiological reactions of victims. Ultimately, the present study demonstrates that preventive and therapeutic policies concerning male sexual victimization must be founded on an interdisciplinary approach, grounded in modern victimology, neuroscience, and criminal law, to facilitate more effective support for male victims and mitigate secondary victimization.

Keywords: Victimology, Violence Against Men, Male Sexual Victimization, Sexual Rights.



زمینه‌های زیستی بزه‌دیدگی جنسی مردان

عارف اسماعیل‌زاده^۱، علی صفاری^۲، راضیه صابری^۳

نکات برجسته

- عوامل ژنتیکی، هورمونی و نوروبیولوژیکی در تعامل با محیط‌های پرخطر، آسیب‌پذیری مردان در برابر بزه‌دیدگی جنسی را افزایش می‌دهند.
- واکنش‌هایی مانند انجماد رفتاری، اختلال حافظه و تأخیر در گزارش‌دهی، غالباً ریشه‌های زیستی و عصبی دارند و نباید به‌عنوان رضایت یا فقدان مقاومت تفسیر شوند.
- شناخت ابعاد زیستی بزه‌دیدگی جنسی مردان می‌تواند به بهبود دادرسی کیفری، پیشگیری از بزه‌دیدگی ثانویه و طراحی مداخلات حمایتی و پیشگیرانه مؤثر کمک کند.

چکیده

بزه‌دیدگی جنسی مردان دارای ابعاد زیستی مهمی است که می‌تواند در افزایش آسیب‌پذیری آنان نقش تعیین‌کننده‌ای داشته باشد. این پژوهش با هدف بررسی عوامل زیستی شامل ویژگی‌های ژنتیکی، هورمونی، فیزیولوژیکی و نوروبیولوژیکی و تأثیر آنها بر بروز و شدت بزه‌دیدگی جنسی مردان انجام شده است. این پژوهش با رویکرد آمیخته انجام شد. در بخش کیفی، داده‌ها از طریق مصاحبه‌های عمیق با مردان دارای تجربه زیسته و اجرای تکنیک دلفی میان متخصصان گردآوری شد. برای انتخاب مشارکت‌کنندگان، از روش نمونه‌گیری هدفمند با معیارهای مشخص استفاده شد. داده‌ها با نرم‌افزار MAXQDA و رویکرد کدگذاری استقرایی تحلیل شدند. در بخش نظری نیز مرور نظام‌مند منابع علمی برای تکمیل چهارچوب مفهومی صورت گرفت. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد مجموعه‌ای از عوامل زیستی، از جمله زمینه‌های ژنتیکی و اختلال در محور HPA، ناتوانی‌ها و ضعف‌های جسمی، اختلال عملکرد آمیگدال، هیپوکامپ و قشر پیش‌پیشانی، و نیز نوسانات هورمونی، در تعامل با محیط‌های پرخطر، آسیب‌پذیری مردان را به‌طور معناداری افزایش می‌دهند. توجه به این داده‌ها می‌تواند در ارزیابی ادله، احراز رضایت، تشخیص اکراه و تضمین دادرسی منصفانه در جرائم جنسی علیه مردان نقش تعیین‌کننده‌ای ایفا کند و از بزه‌دیدگی ثانویه در نظام عدالت کیفری جلوگیری نماید. بزه‌دیدگی جنسی مردان صرفاً اجتماعی یا روان‌شناختی نیست، بلکه ریشه‌های زیستی نیز در آن مؤثرند. تعامل این عوامل با شرایط اجتماعی آسیب‌پذیری مردان را تشدید می‌کند. بنابراین توجه به ابعاد زیستی در سیاست‌گذاری‌های پیشگیرانه و درمانی ضروری است و می‌تواند مبنای طراحی مداخلات چندلایه برای حمایت از مردان بزه‌دیده قرار گیرد.

کلید واژگان: بزه‌دیده‌شناسی، خشونت علیه مردان، بزه‌دیدگی جنسی مردان، حقوق جنسی.

استناد به این مقاله: اسماعیل‌زاده، عارف، صفاری، علی، صابری، راضیه، «زمینه‌های زیستی بزه‌دیدگی جنسی مردان»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۴، تیر ۱۴۰۵، صص: ۴۵-۶۶.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2026.241705.2963>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۷/۰۴ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۵/۰۳/۱۰

۱. کارشناس ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد علوم و تحقیقات، تهران، ایران

۲. دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: alisaffary2020@gmail.com

۳. استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد علوم و تحقیقات، تهران، ایران



Copyright: © 2026 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

بزه‌دیدگی جنسی مردان با وجود اهمیت بالا در جرم‌شناسی غالباً نادیده گرفته شده و بیشتر بر بزه‌دیدگی زنان تمرکز شده است. ریشه این مسئله را باید در کلیشه‌های جنسیتی سنتی جست‌وجو کرد. براساس پارادایم غالب، مردان به دلیل نقش‌های قدرت‌محور و حضور اجتماعی، عمدتاً بزه‌دیدگان بالقوه جرائم مالی و خشونت فیزیکی تلقی می‌شوند، در حالی که آسیب‌پذیری جنسی به‌طور تاریخی به زنان نسبت داده شده است. این تفکیک جنسیتی در بزه‌دیده‌شناسی، که بزه‌دیدگی را به «مردانه» (مالی/خشونت‌آمیز) و «زنانه» (جنسی) تقسیم می‌کند، گفتمانی یک‌سویه ایجاد کرده و به نادیده‌انگاری بزه‌دیدگی جنسی مردان انجامیده است.^۱

پژوهش‌ها نشان می‌دهند مردان نیز در معرض انواع بزه‌دیدگی جنسی با پیامدهای روانی، اجتماعی و جسمی قرار دارند. این پدیده چندوجهی است و در کنار عوامل اجتماعی و فرهنگی، ابعاد زیستی مانند ژنتیک، هورمون‌ها و فیزیولوژی نیز می‌توانند آسیب‌پذیری مردان را افزایش دهند. بررسی این عوامل می‌تواند در فهم بهتر مکانیسم‌های آسیب‌پذیری و تدوین سیاست‌های پیشگیرانه مؤثر باشد.

از منظر حقوق کیفری، عدم شناخت ابعاد زیستی بزه‌دیدگی جنسی مردان می‌تواند به ارزیابی نادرست عنصر رضایت، اکراه یا فقدان مقاومت مؤثر منجر شود. واکنش‌هایی مانند انجماد رفتاری، تأخیر در شکایت یا اختلال در بازگویی دقیق واقعه، در بسیاری از نظام‌های قضایی به اشتباه به عنوان نشانه‌های رضایت یا فقدان وقوع جرم تلقی می‌شوند. این امر خطر بزه‌دیدگی ثانویه، بی‌اعتمادی به عدالت کیفری و تبرئه ناعادلانه مرتکبان را افزایش می‌دهد. ازسوی دیگر، باید توجه داشت که نظام حقوق کیفری ایران باید در برخی از جرائم جنسی، جنسیت مذکر بزه‌دیده را عاملی برای تشدید مجازات مرتکب در نظر گرفته باشد و قبح شدید این دسته از جرائم در نگاه قانون‌گذار عیان باشد. درحالی‌که قانون مجازات سنگینی برای مرتکب پیش‌بینی کرده است؛ عدم درک علمی از واکنش‌های زیستی بزه‌دیده حتی می‌تواند به بی‌کیفر ماندن مجرم و تضییع اهداف قانون‌گذار منجر شود.

پرسش اصلی این تحقیق این است: عوامل زیستی مانند ویژگی‌های ژنتیکی، هورمونی و فیزیولوژیکی چگونه می‌توانند در افزایش آسیب‌پذیری مردان در برابر بزه‌دیدگی جنسی نقش‌آفرین باشند؟

هدف اصلی این پژوهش، شناسایی و تحلیل عوامل زیستی مؤثر بر بزه‌دیدگی جنسی مردان است. این تحقیق تلاش دارد تا با بررسی ویژگی‌های ژنتیکی، فیزیولوژیکی و هورمونی، نشان دهد که چگونه این ویژگی‌ها می‌توانند مردان را نسبت به بزه‌دیدگی جنسی آسیب‌پذیرتر کنند. هدف کاربردی-حقوقی پژوهش حاضر، کمک به تأمین عدالت کیفری از طریق ارتقای فهم قضایی و جرم‌شناختی نسبت به دلایل و عوامل زیستی بزه‌دیدگی جنسی مردان است؛ به نحوی که تفسیر رفتار بزه‌دیدگان، ارزیابی ادله، احراز رضایت یا اکراه و تصمیم‌گیری قضایی بر مبنای درک علمی و منصفانه صورت گیرد. در همین راستا، فرضیه‌ای که پژوهش بر پایه آن شکل گرفته است، این است که عوامل زیستی و ویژگی‌های فیزیولوژیکی به‌طور مستقیم یا غیر مستقیم بر احتمال بزه‌دیدگی تأثیرگذارند و در تعامل با شرایط اجتماعی، محیطی و فرهنگی می‌توانند این آسیب‌پذیری را تشدید کنند. از این منظر، پژوهش حاضر علاوه بر تحلیل جنبه‌های زیستی، بر اهمیت تعامل این عوامل با زمینه‌های اجتماعی تأکید می‌کند و تلاش دارد تا با تبیین ابعاد کمتر دیده‌شده بزه‌دیدگی جنسی مردان، تصویری جامع‌تر از این پدیده ارائه دهد.

ساختار پژوهش نیز بر همین مبنا تنظیم شده است که ابتدا مفهوم بزه‌دیدگی جنسی مردان و ابعاد آن مورد واکاوی قرار

۱. صفاری، علی و راضیه صابری، *بزه‌دیده‌شناسی*، تهران: جنگل، چاپ نخست، ۱۴۰۴، ص ۵۳.

گرفت، سپس به‌طور مفصل به عوامل زیستی مؤثر در بزه‌دیدگی جنسی مردان پرداخته شد. این بخش به‌ویژه بر دو جنبه ژنتیک و فیزیولوژی تأکید داشته و توضیح داد که چگونه ویژگی‌های ژنتیکی، از جمله پلی‌مورفیسم‌های ژنی خاص و ویژگی‌های هورمونی مانند سطح تستوسترون و اکسی‌توسین، می‌توانند بر واکنش‌های فردی به تهدیدات جنسی تأثیر بگذارند. در ادامه، به تأثیرات سیستم‌های نورویولوژیکی بر تصمیم‌گیری و واکنش‌های فردی در برابر تهدیدات جنسی پرداخته شد.

پژوهش حاضر با رویکرد آمیخته و ترکیب روش‌های کیفی و مطالعات نظری انجام شد تا تحلیل چندلایه‌ای از بزه‌دیدگی جنسی مردان ارائه شود. در بخش کیفی، تحلیل محتوای خبرگان با تکنیک دلفی در سه دور و با هجده متخصص حوزه‌های روان‌شناسی، روان‌پزشکی، بزه‌دیده‌شناسی، زیست‌شناسی جنایی و علوم اعصاب انجام شد. هرچند مصاحبه‌هایی با بزه‌دیدگان انجام شد، داده‌های آنها به دلیل دیوارهای دفاعی روانی و فقدان امکان صحت‌سنجی روایت‌ها و همچنین نیاز به دانش تخصصی در علوم مرتبط، در تحلیل نهایی لحاظ نشد. نمونه‌گیری تا اشباع نظری ادامه یافت و داده‌ها با نرم‌افزار MAXQDA کدگذاری و در قالب مقوله‌ها و زیرمقوله‌ها سامان‌دهی شد. داده‌های نظری و میدانی باهم تلفیق شده و گزاره‌های کلیدی استخراج و مدل مفهومی پژوهش ترسیم شد.

۱. استعداد زیستی و ژنتیک

مطالعه بزه‌دیدگی جنسی مردان غالباً از دیدگاه‌های اجتماعی، روان‌شناختی و محیطی بررسی شده است و برخلاف تصورات غالب که بزه‌دیدگی جنسی را عمدتاً مسئله‌ای مرتبط با زنان یا کودکان می‌داند، این مطالعات نشان می‌دهند که مردان نیز در معرض این نوع از بزه‌دیدگی قرار دارند.^۱ نظریه‌های ژنتیکی بیان می‌کنند که رفتارهای انسانی و واکنش‌ها به تهدیدات و انتخاب‌های ناخودآگاه تحت تأثیر تعامل ژن‌ها و عوامل محیطی قرار دارند. در این دیدگاه، نه فقط ژن‌ها و نه فقط محیط، بلکه تعامل آنها نقش مهمی در شکل‌دهی واکنش‌های افراد در شرایط خاص دارد. یکی از نظریات مهم در این زمینه، نظریه حساسیت افتراقی^۲ است که نشان می‌دهد برخی افراد به‌طور ژنتیکی حساس‌تر به شرایط محیطی‌اند. این حساسیت می‌تواند موجب آسیب‌پذیری بیشتر در برابر عوامل خطر مانند استرس‌های مزمن یا موقعیت‌های تهدیدآمیز شود. این نظریه با تأکید بر «پلاستیسیته زیستی»^۳ یا نظریه انعطاف‌پذیری فرد بیان می‌کند که ویژگی‌های ژنتیکی می‌توانند هم در شرایط منفی موجب آسیب و هم در محیط‌های حمایتی موجب رشد شوند و شواهد تجربی این فرضیه را نشان می‌دهند.^۴ این یافته‌ها اهمیت تعامل ژن - محیط را در آسیب‌پذیری و تاب‌آوری نسبت به بزه‌دیدگی جنسی برجسته می‌کنند.

مصاحبه‌شونده زیست‌شناس جنایی در این رابطه می‌گوید: «نظریه حساسیت افتراقی توضیح می‌دهد که برخی مردان

^۱ اسماعیل‌زاده عارف، علی صفری و امیر سماواتی پیروز، «بازتاب بزه‌دیدگی جنسی مردان بر سلامت آنان: مطالعه کیفی»، *مجله حقوق پزشکی*، دوره ۱۹، شماره ۶۰، ۱۴۰۴، ص ۱۴۰.

^۲ Belsky, Jay and Michael Pluess. "Beyond diathesis stress: Differential susceptibility to environmental influences", *Journal of Psychol Bull*, Volume. 135, Issue 6, 2009, P 900.

^۳ Biological Plasticity: برخی افراد زیستی حساس‌ترند؛ در محیط حمایتی رشد می‌کنند و در شرایط پرتنش آسیب‌پذیرتر می‌شوند، که می‌تواند بزه‌دیدگی جنسی مردان را توضیح دهد و نقش توأمان عوامل درونی و بیرونی را نشان دهد.

^۴ Karg, Katja, Margit Burmeister, Kerby Shedden and Srijan Sen. "The serotonin transporter promoter variant (5-HTTLPR), stress, and depression meta-analysis revisited: Evidence of genetic moderation", *Journal of Archives of General Psychiatry*, Volume 68, Issue 5, 2011, PP 301-304.

به‌طور ژنتیکی و روان‌زیستی حساس‌تر به محیط‌های پرتنش و تجربیات تروما هستند. این حساسیت می‌تواند به ضعف در مقاومت و تسلیم در برابر سلطه جنسی منجر شود.^۱ ژنتیک و زیست‌شناسی در تنظیم واکنش‌ها به تهدیدات اجتماعی نقش دارند، به‌گونه‌ای که افراد حساس‌تر در شرایط خاص آسیب‌پذیرترند.

نظریه بعدی نظریه ژن - محیط^۱ است. مطابق این نظریه، ژن‌ها به‌تنهایی باعث بزه‌دیدگی نمی‌شوند؛ بلکه در تعامل با محیط‌های پرخطر، مانند فضاهای نظامی یا روابط سلطه‌آمیز، واکنش‌هایی مثل ترس یا تسلیم‌پذیری را افزایش می‌دهند و خطر بزه‌دیدگی جنسی مردان را بالا می‌برند. شواهد متاآنالیزها نشان می‌دهد که ارتباط ژن ۵-HTTLPR با آسیب‌پذیری روان‌شناختی فقط در حضور عوامل محیطی است، از این‌رو بر ضرورت پیشگیری مبتنی بر شناخت ویژگی‌های زیستی و تجربیات محیطی تأکید دارد.

یکی از ژن‌های مهم در روان‌ژنتیکی مرتبط با آسیب‌پذیری، ۵-HTTLPR است که پلی‌مورفیسمی^۲ از ناحیه پروموتور ناقل سروتونین (SLC6A4) است و در تنظیم سطح سروتونین، انتقال‌دهنده‌ای کلیدی در تنظیم هیجانات، اضطراب و رفتارهای اجتماعی، نقش دارد. طبق مثال مصاحبه‌شونده کارشناس ژنتیک: «بعضی افراد نسخه‌ای از این ژن دارند که آنها را آرام‌تر می‌کند، ولی برخی دیگر نسخه‌ای دارند که در موقعیت‌های پرسترس، زودتر دچار ترس یا اضطراب می‌شوند». در زمینه بزه‌دیدگی، افرادی که نسخه حساس‌تر این ژن را دارند، ممکن است در برابر تهدیدهای جنسی نتوانند واکنش مناسبی نشان دهند یا از خود دفاع کنند. این تفاوت ژنتیکی، مثالی از «پلی‌مورفیسم ژنی» است که در کنار محیط بر آسیب‌پذیری افراد تأثیر می‌گذارد. این ویژگی‌ها در موقعیت‌های خطرناک مانند خشونت یا تعرض جنسی، توان مقابله‌ای فرد را کاهش داده و ممکن است موجب بروز واکنش‌های انجمادی یا ناتوانی در درخواست کمک شود. از دیگر مؤلفه‌های زیستی مهم، محور هیپوتالاموس - هیپوفیز - آدرنال (HPA Axis) است که در تنظیم پاسخ‌های استرس نقش دارد. ژن‌هایی مانند FKBP5 و CRHR1 در این محور مؤثرند و پلی‌مورفیسم‌های خاص آنها می‌تواند موجب اختلال در تنظیم استرس و ترشح بیش از حد کورتیزول شود.^۳ این اختلالات می‌تواند به خشونت یا تعرض جنسی منجر شود و موجب کاهش توان مقابله‌ای، بروز واکنش‌های انجمادی^۴ یا ناتوانی در درخواست کمک^۵ شود.

محور Hypothalamic-Pituitary-Adrenal (HPA Axis) در تنظیم واکنش به استرس نقش کلیدی دارد. ژن‌هایی مانند FKBP5 و CRHR1 می‌توانند حساسیت به استرس را افزایش دهند و در افرادی با تجربیات تروما، واکنش‌های شدید یا انفعالی ایجاد کنند که گاهی به‌اشتباه «بی‌عملی» تلقی می‌شود.^۶ در بزه‌دیدگی جنسی مردان، این اختلالات می‌تواند به عدم توانایی در واکنش مناسب در محیط‌های پرتنش منجر شود. همچنین پژوهش‌های دوقلوها و مطالعات خانوادگی نشان داده‌اند که صفات رفتاری مرتبط با بزه‌دیدگی، مانند پرهیز اجتماعی و تسلیم‌پذیری، ممکن است مؤلفه‌های ژنتیکی

^۱ Moffitt, Terrie E. et al. "Measured Gene-Environment Interactions in Psychopathology: Concepts, Research Strategies, and Implications for Research, Intervention, and Public Understanding of Genetics", *Perspectives on Psychological Science*, Volume 1, Issue 1, 2006, P 20.

^۲ Polymorphic Gene

^۳ Binder, Elisabeth B. et al. "Association of FKBP5 polymorphisms and childhood abuse with risk of posttraumatic stress disorder symptoms in adults", *Journal of JAMA*, Volume 299, Issue 11, 2008, P 1298.

^۴ Freezing Response

^۵ واکنش انجمادی حالتی غریزی و ناآگاهانه است که فرد در مواجهه با تهدید شدید دچار فلج روانی- جسمی شده و قادر به حرکت، فریاد یا درخواست کمک نیست؛ این وضعیت می‌تواند مانع حفاظت از خود یا گزارش بزه‌دیدگی شود.

^۶ Van der Kolk, B. *The body keeps the score: Brain, mind, and body in the healing of trauma*, London: Penguin Books, 2015, P 63.

داشته باشند که احتمال بزه‌دیدگی را افزایش دهند.^۱ این یافته‌ها نشان می‌دهند که برخی ویژگی‌های زیستی می‌توانند آسیب‌پذیری فرد را بالا ببرند و در بسترهای خاص اجتماعی و روانی، احتمال بزه‌دیدگی را افزایش دهند. مصاحبه‌شونده نروساینست رفتاری می‌گوید: «زن‌ها و محیط به‌طور هم‌زمان رفتار فرد را شکل می‌دهند و اختلال در سیستم‌های زیستی مانند محور HPA می‌تواند واکنش‌های استرسی شدید و ناتوانی در مقابله با تهدید را ایجاد کند که آسیب‌پذیری در برابر بزه‌دیدگی را افزایش می‌دهد. درک این تعاملات به طراحی رویکردهای پیشگیرانه و درمانی مؤثر کمک می‌کند». استعدادهای زیستی و ژنتیکی به‌عنوان عوامل تقویت‌کننده، نه تعیین‌کننده قطعی، می‌توانند در بزه‌دیدگی جنسی مردان نقش داشته باشند. در چارچوب نظریه حساسیت افتراقی و تعامل ژن-محیط، پلی‌مورفیسم‌های خاص و اختلال در محور HPA با تضعیف تنظیم هیجان و پاسخ به استرس، فرد را در موقعیت‌های تهدیدآمیز مستعد واکنش‌های غیرانطباقی می‌سازند. از این‌رو، تبیین بزه‌دیدگی مردان بدون لحاظ این بستر زیستی - محیطی ناقص است و شناخت آن زمینه طراحی مداخلات پیشگیرانه و درمانی هدفمند را فراهم می‌کند.

۲. فیزیولوژی؛ ویژگی‌های جسمانی تسهیل‌کننده

مردان با ناتوانی جسمی به‌دلیل محدودیت در واکنش‌های دفاعی طبیعی بدن، در برابر بزه‌دیدگی جنسی آسیب‌پذیرترند. مصاحبه‌شونده روان‌پزشک می‌گوید: «توانایی بدن در دفاع وابسته به واکنش‌های رفلکسی و حرکت ارادی است؛ در افراد فلج یا دارای اختلال حرکتی، این واکنش‌ها و درک تهدید محدود می‌شود و همین امر در محیط‌های با نظارت ضعیف می‌تواند فرصت سوءاستفاده بزهکاران را افزایش دهد».

پژوهش‌ها نشان می‌دهند که ناتوانی جسمی با افزایش خطر خشونت جنسی ارتباط دارد. مطالعه هوگز^۲ و همکاران (۲۰۱۲)^۳ نشان داده است که افراد با ناتوانی فیزیکی دوبرابر بیشتر از دیگران در معرض خشونت جنسی قرار دارند. این آسیب‌پذیری نه‌فقط به‌دلیل محدودیت فیزیکی در دفاع، بلکه به‌دلیل وابستگی بیشتر این افراد به مراقبان یا افراد دارای قدرت است که می‌تواند بستری برای اعمال سلطه و بهره‌کشی جنسی فراهم کند.

در کنار عوامل فیزیولوژیکی، اثرات روانی ناتوانی جسمی نیز بر افزایش بزه‌دیدگی جنسی قابل توجه است. مصاحبه‌شونده بزه‌دیده‌شناس می‌گوید: «مردان دارای ناتوانی حرکتی به‌دلیل کاهش اعتمادبه‌نفس و انزوای اجتماعی واکنش منفعلانه‌تری دارند و ناتوانی فیزیکی‌شان ممکن است ازسوی بزهکار نشانه رضایت یا ضعف تلقی شده و ارتکاب جرم را آسان‌تر کند». از این‌رو تحلیل بزه‌دیدگی جنسی مردان دارای ناتوانی حرکتی باید باتوجه‌به بعد فیزیولوژیک بدن انجام شود و صرفاً بر عوامل ذهنی یا اجتماعی متمرکز نباشد؛ زیرا بدن می‌تواند در ادراک و واکنش به خطر ناتوان باشد.

ظاهر فیزیکی نیز در فرایند انتخاب بزه‌دیده نقش دارد. مصاحبه‌شونده بزه‌دیده‌شناس می‌گوید: «در بزه‌دیدگی جنسی مردان که کمتر گزارش می‌شود، برداشت ذهنی بزهکار از ظاهر، حرکت، پوشش و زبان بدن فرد می‌تواند او را تسلیم‌پذیر یا آسیب‌پذیر دیده و به هدف بالقوه تبدیل کند».

ویژگی‌هایی مانند ضعف جسمانی یا زبان بدن غیرتهاجمی ممکن است در ذهن بزهکار با تسلیم‌پذیری پیوند خورده و با

^۱ Soo, Hyun Rhee and Irwin D. Waldman "Genetic and environmental influences on antisocial behavior: A meta-analysis of twin and adoption studies", *Journal of Psychological Bulletin*, Volume 128, Issue 3, 2002, PP 490-500.

^۲ Hughes

^۳ Hughes, Karen. et al. "Prevalence and risk of violence against adults with disabilities: A systematic review and meta-analysis of observational studies", *Journal of The Lancet*, Volume 379, Issue 9826, 2012, PP 1621-1629.

انگیزه سلطه، به‌ویژه در روابط قدرت نابرابر، زمینه ارتکاب بزه را فراهم کنند.

مصاحبه‌شونده فیزیولوژیست می‌گوید: «بدن پیام‌هایی می‌فرستد که همیشه با واقعیت منطبق نیست، اما می‌تواند مبنای انتخاب بزه‌کار باشد. مردان با ضعف جسمانی یا رفتار خجالتی ممکن است در نگاه بزه‌کاران کم‌خطر و ناتوان از مقاومت یا گزارش‌دهی جلوه کنند و به همین دلیل هدف قرار گیرند».

در جرائم جنسی علیه مردان، انگیزه اصلی غالباً سلطه، تحقیر یا انتقام است نه میل جنسی. در این چهارچوب، ظاهر فیزیکی بزه‌دیده ابزاری برای اعمال سلطه تلقی می‌شود. بزه‌کاران گاه انتخاب خود را به «ظاهر اغواگرانه» نسبت می‌دهند، درحالی‌که هیچ رضایت یا تحریک واقعی وجود ندارد. در نظام‌های حقوقی فاقد تمایز روشن میان «رضایت واقعی» و «برداشت بزه‌کار»، این امر می‌تواند موجب کژفهمی و کاهش مسئولیت کیفری شود.

مصاحبه‌شونده پزشک با فلوشیپ سکسولوژی می‌گوید: «وضعیت‌هایی مانند کم‌شنوایی، نابینایی یا اختلالات رشدی با کاهش درک خطر و محدودیت در درخواست کمک، آسیب‌پذیری را افزایش می‌دهند. چنین شرایطی فرد را به هدفی آسان‌تر برای بزه‌کاران بدل می‌کند، زیرا تشخیص نشانه‌های تهدید و واکنش به‌موقع دشوار می‌شود».

افراد با مشکلات رشدی یا ناتوانی ذهنی به‌دلیل ضعف در درک اجتماعی و اعتماد زود هنگام، بیشتر در معرض بزه‌دیدگی جنسی قرار دارند. بزه‌کاران از این شکاف شناختی و وابستگی روانی سوءاستفاده می‌کنند و همین امر اثبات بزه را دشوار می‌سازد. از این‌رو، تحلیل بزه‌دیدگی جنسی مردان باید علاوه بر جنبه‌های روانی و رفتاری، ابعاد فیزیولوژیک و شناختی را نیز دربرگیرد تا سیاست‌های پیشگیرانه مؤثرتری تدوین شود.

۳. نورولوژی؛ ساختارهای مغزی در معرض آسیب

درک واکنش‌های انسانی به تهدید، به‌ویژه در زمینه بزه‌دیدگی جنسی، نیازمند بررسی عمیق ساختارهای عصبی و سامانه‌های نوروبیولوژیکی دخیل در پردازش خطر است. بزه‌دیدگی جنسی مردان، برخلاف برداشت‌های رایج نه محصول یک نوع تعامل فردی، بلکه بازتاب مجموعه‌ای از نیروهاست.^۱ در این میان، سه ساختار کلیدی در مغز نقش بنیادی ایفا می‌کنند: آمیگدال،^۲ هیپوکامپ^۳ و قشر پیش‌پیشانی^۴. هریک از این بخش‌ها با فرایندهایی مانند تشخیص تهدید، یادگیری ترس، تنظیم واکنش‌های هیجانی، تصمیم‌گیری و کنترل رفتاری مرتبط‌اند و عملکرد ناکارآمد یا ناهماهنگ آنها می‌تواند نقش چشمگیری در افزایش آسیب‌پذیری فرد نسبت به بزه‌دیدگی جنسی ایفا کند.

۳.۱. آمیگدال: تشخیص تهدید و پاسخ‌های هیجانی اولیه

آمیگدال به‌عنوان یکی از بخش‌های سیستم لیمبیک،^۵ مسئول شناسایی تهدیدهای محیطی، پردازش اطلاعات هیجانی

۱. اسماعیل‌زاده، عارف و علی صفاری، «برساخت بزه‌کاری جنسی علیه مردان: تحلیل کیفی بزه‌دیدگی جنسی مردان»، *دوفصلنامه مطالعات حقوقی کیفری و جرم‌شناسی*، دوره ۵۵، شماره ۱، ۱۴۰۴، ص ۲۲.

۲. Amygdala

۳. Hippocampus

۴. Prefrontal Cortex

۵. Limbic System

۶. Limbic System: مجموعه‌ای از ساختارهای مغزی عمقی که هیجانات، حافظه، انگیزه و رفتارهای غریزی را تنظیم می‌کند. بخش‌های کلیدی شامل Amygdala, Hippocampus, Hypothalamus و Prefrontal Cortex هستند و با همکاری هم، پردازش و پاسخ به تجربیات هیجانی را ممکن می‌سازند.

و فعال‌سازی پاسخ‌های سریع مقابله‌ای است. این ساختار، ورودی‌های حسی را دریافت کرده و در صورت ارزیابی آنها به عنوان تهدید، با فعال‌سازی ساختارهایی مانند هیپوتالاموس و ساقه مغز، واکنش‌هایی چون افزایش ضربان قلب، ترشح آدرنالین و پاسخ‌های فرار یا جنگ را آغاز می‌کند.^۱

در بسیاری از موارد بزه‌دیدگی، به‌ویژه تجاوز جنسی، سرعت و دقت عملکرد آمیگدال را در تشخیص تهدید اولیه تعیین می‌کند که آیا فرد قادر به واکنش مؤثر و فوری خواهد بود یا نه.

مصاحبه‌شونده نوروساینست می‌گوید: «در برخی افراد، عملکرد آمیگدال ممکن است به دلایل ژنتیکی، تروماهای قبلی یا ساختارهای عصبی دچار نقص یا حساسیت بیش‌ازحد باشد. افرادی با آمیگدال کم‌فعال ممکن است در شناسایی خطر کندتر یا نادقیق‌تر عمل کنند، درحالی‌که آمیگدال بیش‌فعال می‌تواند موجب واکنش‌های انجمادی یا فلج رفتاری در موقعیت‌های تهدید شود، به‌ویژه در افرادی که تجربه تروما در کودکی داشته‌اند».

آمیگدال ممکن است به تهدید با واکنش‌های انفعالی یا یخ‌زدگی پاسخ دهد، نه با فرار یا دفاع. در بزه‌دیدگی جنسی مردان، این واکنش‌ها می‌توانند مانع از دفاع فرد شوند و نشانه‌ای از رضایت ناآگاهانه بروز دهند که درک بزه‌کار و سیستم عدالت کیفری را مختل می‌کند.^۳

آمیگدال در ارزیابی و واکنش سریع به تهدید نقشی اساسی دارد و اختلال در عملکرد آن می‌تواند در بزه‌دیدگی جنسی مردان اثرگذار باشد. آمیگدال کم‌فعال ممکن است تهدید را تشخیص ندهد و آمیگدال بیش‌فعال می‌تواند واکنش‌های انجمادی یا کرختی هیجانی ایجاد کند که به اشتباه رضایت یا سکوت تعبیر شوند. این اختلالات هم واکنش دفاعی فرد را تضعیف می‌کنند و هم رسیدگی قضایی را پیچیده‌تر می‌سازند؛ زیرا ناتوانی در مخالفت یا تأخیر در گزارش‌دهی ممکن است به جای اختلال عصبی، به تردید نسبت داده شود. از این رو، توجه به کارکرد آمیگدال برای فهم بزه‌دیدگی جنسی و تفسیر عادلانه رفتار بزه‌دیدگان ضروری است.

در عدالت کیفری، واکنش‌های انجمادی ناشی از اختلال عملکرد آمیگدال نباید به عنوان رضایت ضمنی یا فقدان اکراه تفسیر شود. نادیده گرفتن این واقعیت‌های نوروبیولوژیک می‌تواند موجب ارزیابی نادرست عنصر روانی جرم، کاهش ارزش اظهارات بزه‌دیده و در نهایت نقض اصل انصاف در دادرسی شود.

۳.۲. هیپوکامپ: حافظه، بافت‌یابی موقعیتی و تجربه‌های قبل

هیپوکامپ که در مجاورت آمیگدال قرار دارد، مسئول رمزگذاری حافظه و تعیین بُعد زمانی - مکانی رویدادهاست. در مواجهه با تهدید، با آمیگدال همکاری می‌کند تا تجربه‌های مشابه گذشته و واکنش‌های مؤثر را بازیابی کند. در افراد دارای تروما یا مبتلا به اختلال استرس پس از سانحه، هیپوکامپ غالباً دچار تغییرات ساختاری یا کاهش حجم می‌شود که در تصویربرداری‌های عصبی قابل مشاهده است.^۴

اختلال هیپوکامپ می‌تواند با تضعیف پیوند تجربه‌های گذشته با موقعیت خطر و ثبت ناقص حافظه واقعه، به فراموشی جزئیات بینجامد؛ از این رو کاستی‌های یادآوری بزه‌دیدگان، به‌ویژه مردان، نباید به منزله دروغ یا اغراق تفسیر شود.

¹ LeDoux, J. E., "Emotion circuits in the brain", *Journal of Annual Review of Neuroscience*, Volume 23, 2000, P 180.

² LeDoux, Joseph. "Rethinking the emotional brain", *Journal of Neuron*, Volume 73, Issue 4, 2012, P 655.

³ Shin, Lisa M. and Israel Liberzon. "The neurocircuitry of fear, stress, and anxiety disorders", *Journal of Neuropsychopharmacology*, Volume 35, Issue 1, 2010, P 185.

⁴ Bremner, J. Douglas. "Traumatic stress: Effects on the brain", *Journal of Dialogues Clin Neurosci*, Volume 8, Issue 4, 2006, P 452.

مصاحبه‌شونده نوروساینست می‌گوید: «اختلال در عملکرد هیپوکامپ می‌تواند شناسایی تهدید و ذخیره‌سازی صحیح خاطرات را مختل کند؛ به‌طوری‌که بزه‌دیدگان جنسی مرد ممکن است جزئیات مهم حادثه مانند زمان و مکان را به‌درستی به یاد نیاورند. این نقص حافظه نباید به اشتباه به‌عنوان دروغ یا اغراق تعبیر شود، بلکه بازتاب آسیب‌های عصبی است». مصاحبه توضیح می‌دهد که اختلال در عملکرد هیپوکامپ می‌تواند به مشکلات حافظه‌ای در بزه‌دیدگان جنسی، به‌ویژه مردان، منجر شود. این اختلال باعث می‌شود که افراد نتوانند جزئیات مهم رویدادها مانند زمان و مکان را به‌درستی به یاد بیاورند. چنین نقصی نباید به‌عنوان دروغ‌گویی یا اغراق تلقی شود، بلکه نتیجه‌ای از آسیب‌های عصبی است. اختلال حافظه روایتی در بزه‌دیدگان جنسی مرد، ناشی از آسیب‌های هیپوکامپی، می‌تواند اعتبار شهادت کیفری را مخدوش کند و تفسیر نادرست آن به‌عنوان دروغ یا تناقض، به تضعیف ناعادلانه حقوق بزه‌دیده بینجامد.

۳.۳. قشر پیش‌پیشانی: تصمیم‌گیری، قضاوت و مهار تکانه

قشر پیش‌پیشانی در تنظیم هیجانات، مهار تکانه و تصمیم‌گیری در موقعیت‌های تهدیدآمیز نقش اساسی دارد و اختلال در آن، به‌ویژه همراه با کارکرد نابهنجار آمیگدال و هیپوکامپ، می‌تواند توانایی تشخیص تهدید و واکنش مناسب را کاهش و آسیب‌پذیری جنسی مردان را افزایش دهد؛ وضعیتی که در محیط‌های قدرت‌محور مانند ارتش یا زندان تشدید می‌شود. به‌گفته متخصص اعصاب و روان، فشارهای اجتماعی برای مقاومت یا بی‌احساسی در مردان نیز به سکوت و پنهان‌سازی بزه‌دیدگی می‌انجامد. از منظر بزه‌دیده‌شناسی، شناخت این الگوهای عصبی زمینه طراحی مداخلات روان‌پزشکی هدفمند، آموزش‌های دفاعی مبتنی بر نوروبیولوژی و تفسیر دقیق ناتوانی در واکنش به تهدید را فراهم می‌کند.

۴. هورمون‌ها

عوامل زیستی، به‌ویژه هورمون‌ها مانند تستوسترون، کورتیزول و اکسی‌توسین، نقش مهمی در افزایش یا کاهش آسیب‌پذیری مردان در برابر بزه‌دیدگی جنسی دارند. این هورمون‌ها رفتار، هیجانات و توانایی مقابله با استرس را تحت تأثیر قرار می‌دهند و می‌توانند احتمال تجربه یا واکنش به بزه‌دیدگی و نحوه پاسخ‌گویی فرد به موقعیت‌های پرخطر را تغییر دهند. این بزه‌دیدگی بر روان قربانی و سلامت جسمانی وی تأثیر سوئی برجای می‌گذارد.^۱

۴.۱. تستوسترون: هورمون هویت جنسی، سلطه و سکوت

تستوسترون، به‌عنوان هورمون اصلی آندروژن^۲ در مردان، نقشی محوری در تکوین صفات ثانویه جنسی نظیر رویش موهای زائد، بم شدن صدا و افزایش توده عضلانی ایفا می‌کند. این هورمون عمدتاً در سلول‌های لایدیگ^۳ بیضه تحت تأثیر LH ترشح می‌شود و درعین‌حال، از نظر نوروبیولوژیک، بر ساختارها و عملکردهای کلیدی مغز از جمله آمیگدال،

۱. جانی‌پور، کرم، علیرضا درودچی، محمد زارع‌نژاد، حسام‌الدین سعیدی و رضا روشن، «بزه‌دیدگی بیماران با ترس از هویت جسمی ارجاعی به پزشکی قانونی فارس»، دومین کنفرانس ملی حقوق، فقه و فرهنگ، شیراز، ۱۴۰۱.

۲. Androgens: گروهی از هورمون‌های جنسی مردانه که در رشد صفات ثانویه مردانه مانند بم شدن صدا، رشد عضلات و موهای صورت نقش دارند؛ مهم‌ترین آنها Testosterone است.

۳. Leydig Cells: سلول‌های تخصص‌یافته بین لوله‌های اسپرم‌ساز (Seminiferous Tubules) در Testes که تولید و ترشح Testosterone را برعهده دارند. فعالیت آنها تحت کنترل Luteinizing Hormone (LH) از Pituitary Gland است و برای رشد اندام‌های جنسی مردانه، حفظ صفات ثانویه و عملکرد باروری است.

هیپوتالاموس و قشر پیش‌پیشانی تأثیرگذار است.^۱

تستوسترون با اثر بر میل جنسی، پرخاشگری و رفتار رقابتی می‌تواند مردان را به موقعیت‌های پرخطر سوق داده، توانایی تشخیص هشدارهای اجتماعی را کاهش دهد.^۲ ازسوی دیگر، سطح پایین تستوسترون می‌تواند باعث کاهش اعتماد به نفس، افزایش اضطراب اجتماعی و اختلال در ابراز وجود شود که در روابط قدرت‌محور می‌تواند فرد را در موقعیت‌های تسلیم یا سکوت قرار دهد.^۳ همچنین ارتباط تستوسترون با هنجارهای فرهنگی - اجتماعی مردسالاری می‌تواند باعث سرکوب هیجانات و عدم درخواست کمک در مردان شود که این موضوع می‌تواند به «تله زیستی - فرهنگی» منجر شود و پیامدهای روان‌شناختی عمیقی، ازجمله افسردگی و اضطراب را ایجاد کند.

علاوه بر این، مطالعات نورواندوکراین^۴ نشان داده‌اند^۵ که تستوسترون به‌طور مستقیم با فعالیت آمیگدال - ساختاری در گیر در پردازش تهدید و تنظیم ترس - مرتبط است. افزایش تستوسترون می‌تواند به افزایش حساسیت آمیگدال به تهدیدات اجتماعی منجر گردد، اما به‌جای ایجاد واکنش گریز یا محافظت، در برخی موارد موجب سرکوب پاسخ‌های ترس تطبیقی می‌شود و فرد را وارد موقعیت‌های پرریسک می‌سازد بدون اینکه به‌صورت مؤثری خطر را درک کند.^۶

تستوسترون نقشی دوسویه در بزه‌دیدگی جنسی مردان دارد: اولاً از طریق تأثیر بر شناخت خطر، همدلی و افزایش رفتارهای جسورانه در موقعیت‌های حساس؛ ثانیاً از طریق تطابق با هنجارهای مردانگی که افشا، درمان و حمایت‌طلبی را به یک تابو تبدیل می‌کند. همین هم‌افزایی خطرناک میان زیست‌شناسی و جامعه، نیازمند مداخلاتی چندلایه و حساس به جنسیت و روان‌زیستی است تا بتواند مسیرهای محافظتی را در برابر این آسیب پیچیده تقویت کند.

۴.۲. کورتیزول: شاخص زیستی استرس مزمن و حافظه تروماتیک

کورتیزول به‌عنوان اصلی‌ترین گلوکوکورتیکوئید^۷ ترشح‌شده از قشر غده فوق‌کلیوی، در پاسخ به استرس‌های جسمی و روانی نقش اساسی ایفا می‌کند. این هورمون تحت فرمان محور هیپوتالاموس - هیپوفیز - آدرنال^۸ ترشح می‌شود که یک

^۱. Hall, John E. and Michael E. Hall MD MSc. *Guyton and Hall textbook of medical physiology*, Amsterdam: Elsevier, 14th Edition, 2020, P 10.

^۲. Carré, J. M. and N. A. Olmstead. "Social neuroendocrinology of human aggression: examining the role of competition-induced testosterone dynamics", *Journal of Neuroscience*, Volume 286, 2014, P 178.

^۳. Zitzmann, Michael, Stephanie Faber and Eberhard Nieschlag. "Association of specific symptoms and metabolic risks with serum testosterone in older men", *Journal of J Clin Endocrinol Metab*, Volume 91, Issue 11, 2006, P 4338.

^۴. Neuroendocrine

^۵. Neuroendocrine System: شبکه‌ای است که تعامل Nervous System و Endocrine System را برای تنظیم رشد، متابولیسم، تولیدمثل و پاسخ به استرس هماهنگ می‌کند. شامل نورون‌های تولیدکننده هورمون (مثل نورون‌های Hypothalamus) است که هورمون‌هایی مانند Vasopressin و Oxytocin را مستقیم به خون آزاد می‌کنند. اختلال در این سیستم می‌تواند به افسردگی، اضطراب، ناباروری و مشکلات متابولیک منجر شود.

^۶. Goetz, Stefan M. M. et al. "Testosterone rapidly increases neural reactivity to threat in healthy men: A novel two-step pharmacological challenge paradigm", *Journal of Biological Psychiatry*, Volume 76, Issue 4, 2014, P 328.

^۷. Glucocorticoids: گروهی از هورمون‌های استروئیدی تولیدشده در Adrenal Cortex هستند. مهم‌ترین آنها Cortisol است که در پاسخ به استرس ترشح می‌شود، سطح قند خون را تنظیم می‌کند، التهاب را کاهش می‌دهد و بدن را برای «مقابله یا فرار» آماده می‌کند. افزایش طولانی‌مدت آن می‌تواند به مغز، حافظه و سلامت روان آسیب بزند.

^۸. HPA Axis (Hypothalamic-Pituitary-Adrenal Axis): سامانه اصلی پاسخ به استرس شامل Hypothalamus, Pituitary Gland و Adrenal Glands است. فعال‌سازی این محور باعث ترشح Cortisol و افزایش انرژی برای مقابله با بحران می‌شود؛ اما فعال ماندن طولانی‌مدت آن (مثلاً در استرس مزمن یا تروما) به اختلال خواب، مشکلات حافظه و تغییرات خلقی منجر می‌شود.

سیستم حیاتی برای تنظیم پاسخ بدن به تهدیدات محیطی است. در شرایطی که فرد با تهدیدات ناگهانی، مزمن یا آسیب‌زا مواجه می‌شود - از جمله بزه‌دیدگی جنسی - این محور فعال و به ترشح قابل توجه کورتیزول منجر می‌شود.^۱ در پاسخ به بزه‌دیدگی، چه به صورت واقعی و چه ادراک‌شده، بدن بزه‌دیده با فعال‌سازی محور HPA وارد مرحله‌ای از آماده‌باش می‌شود که با افزایش ضربان قلب، افزایش گلوکز خون و مهار سیستم ایمنی همراه است.

در کوتاه‌مدت، ترشح کورتیزول می‌تواند به تقویت سازوکارهای مقابله‌ای و بهبود تصمیم‌گیری در موقعیت‌های خطر کمک کند، اما در صورتی که تجربه استرس یا آسیب، به‌ویژه آسیب جنسی، مزمن یا شدید باشد، محور HPA دچار «عدم تنظیم»^۲ می‌شود. این وضعیت که در بزه‌دیدگان کودک‌آزاری یا تجاوز جنسی مشاهده می‌شود، باعث تغییرات ساختاری و عملکردی در مغز می‌شود، به‌ویژه در نواحی مانند هیپوکامپ، آمیگدال و قشر پیشانی.^{۳،۴}

هیپوکامپ یکی از حساس‌ترین مناطق مغز نسبت به کورتیزول است. شواهد تصویربرداری عصبی نشان داده‌اند که در افرادی با سابقه آسیب‌های شدید، از جمله بزه‌دیدگان جنسی، حجم هیپوکامپ به‌طور معناداری کاهش می‌یابد.^۵ این کاهش حجمی موجب اختلال در فرایندهای حافظه، به‌ویژه حافظه روایتی و حافظه مربوط به حوادث خاص می‌شود. مصاحبه‌شونده روان‌پزشک می‌گوید: «در بزه‌دیدگی جنسی، اختلال حافظه و سطح بالای کورتیزول می‌تواند موجب فراموشی یا تحریف حادثه شود و گزارش‌دهی قضایی و درمان روان‌شناختی را دشوار سازد».

درمورد مردان بزه‌دیده، نقش کورتیزول به‌طور خاص ویژگی‌های مضاعفی دارد: اولاً، بسیاری از مردان به دلیل هنجارهای جنسیتی و مردسالارانه از افشای بزه‌دیدگی خودداری می‌کنند و این سکوت مزمن به فعال‌سازی مداوم محور HPA منجر می‌شود؛ ثانیاً، کورتیزول از طریق تعامل با دیگر سامانه‌های نوروشیمیایی مانند نوراپی‌نفرین و دوپامین می‌تواند علائمی همچون اضطراب، کاهش لذت‌پذیری و اختلال در عملکردهای اجرایی مانند تصمیم‌گیری و کنترل تکانه ایجاد کند.^۶ مطالعات طولی اپیدمیولوژیک^۷ نشان می‌دهند که استرس‌های مزمن دوران کودکی، مانند سوءاستفاده جنسی، می‌توانند باعث «برنامه‌ریزی مجدد» بیولوژیک در محور HPA شوند که در آن بدن نسبت به تهدیدها واکنش‌های اغراق‌آمیز یا ناتوان از تطابق نشان می‌دهد.^۸ فرایندی که به صورت اپی‌ژنتیک^۹ نیز قابل مشاهده است.

مصاحبه‌شونده بزه‌دیده‌شناس می‌گوید: «این واکنش‌ها می‌توانند به شکل PTSD، پرخاشگری، اجتناب اجتماعی یا بی‌حسی هیجانی بروز کنند و در مردان بزه‌دیده، زندگی شخصی و حرفه‌ای را مختل کرده و روند بهبودی روانی و اجتماعی آنها را با مانع مواجه می‌سازند».

^۱. McEwen, Bruce. S. "Physiology and neurobiology of stress and adaptation: Central role of the brain", *Journal of Physiological Reviews*, Volume 87, Issue 3, 2007, P 877.

^۲. Dysregulation

^۳. Lupien, Sonia J., Bruce S McEwen, Megan R Gunnar and Christine Heim. "Effects of stress throughout the lifespan on the brain, behaviour and cognition", *Journal of Nature Reviews Neuroscience*, Volume 10, Issue 6, 2009, P 438.

^۴. Bremner, Op. Cit., P 448.

^۵. Ibid, P 450.

^۶. McEwen, Op. Cit., P 901.

^۷. به مطالعه الگوها، علل و پیامدهای بیماری‌ها و مشکلات سلامت در جمعیت‌ها می‌پردازد و کمک می‌کند بفهمیم چه کسانی، در چه زمانی و در چه شرایطی در معرض خطرند. این روش‌ها برای پیشگیری، درمان و سیاست‌گذاری سلامت عمومی کاربرد دارند و در پژوهش‌های مربوط به عوامل بزه‌دیدگی نیز استفاده می‌شوند.

^۸. Lupien, Bruce, Megan and Heim. Op. Cit., P 436.

^۹. Epigenetics: تغییرات در فعالیت ژن‌ها بدون تغییر در توالی DNA؛ تحت تأثیر عوامل محیطی مثل استرس، تغذیه و تروما شکل می‌گیرد، می‌تواند اثرات پایدار روی مغز و بدن بگذارد و حتی به نسل بعد منتقل شود.

مصاحبه‌شونده نوروساینست می‌گوید: «کورتیزول با فعال‌سازی آمیگدال حساسیت آن را افزایش می‌دهد و باعث می‌شود بزه‌دیدگان جنسی حتی سال‌ها بعد به محرک‌های یادآور آسیب واکنش شدید نشان دهند و روند درمان روان‌شناختی دشوارتر و طولانی‌تر شود».

کورتیزول در استرس مزمن می‌تواند سیستم ایمنی را سرکوب کند و باعث التهاب، کاهش مقاومت در برابر عفونت، مشکلات گوارشی و بیماری‌های خودایمنی شود، اما این تأثیر در بزه‌دیدگان جنسی مردان اغلب نادیده گرفته می‌شود. این هورمون علاوه بر نشانگر استرس، شناخت، هیجان، حافظه و فیزیولوژی را نیز تضعیف می‌کند. شناخت بهتر مکانیسم‌های کورتیزول و محور HPA می‌تواند به تدوین پروتکل‌های غربالگری، درمان و مداخلات حمایتی مؤثرتر برای مردان آسیب‌دیده کمک کند.

۳-۴. اکسی‌توسین: شمشیر دولبه وابستگی و همدلی

اکسی‌توسین^۱ هورمونی نوروپپتیدی^۲ است که در هسته پارانتراپتیکولار^۳ و سوپرااپتیک هیپوتالاموس^۴ سنتز شده، از طریق هیپوفیز خلفی وارد جریان خون می‌شود. این هورمون ابتدا در زمینه تنظیم زایمان و شیردهی در زنان مورد توجه قرار گرفت. به‌همین دلیل، در ادبیات روان‌زیستی معاصر، این هورمون به‌عنوان «هورمون عشق» شناخته می‌شود. باین‌حال، نقش اکسی‌توسین محدود به آثار مثبت در روابط انسانی نیست و یافته‌های جدید نشان می‌دهند که اثر آن می‌تواند وابسته به زمینه روانی - اجتماعی و بافت تجربی باشد.

اکسی‌توسین نقش دوگانه‌ای در بزه‌دیدگی جنسی مردان ایفا می‌کند و می‌تواند هم موجب افزایش اعتماد حتی در شرایط خطرناک شود و هم پیوندهای آسیب‌زا را پس از تجربه تروما تقویت کند. مطالعات نشان می‌دهد تزریق اکسی‌توسین اعتماد مردان را حتی در مواجهه با شواهد خیانت افزایش می‌دهد^۵ که این «اعتماد بی‌جا» می‌تواند کودکان و نوجوانان را در معرض خطر بزه‌دیدگی قرار دهد.^۶ همچنین این هورمون با پدیده «پیوند تروما» مرتبط است و موجب ایجاد دلبستگی هیجانی نایمن بزه‌دیده به عامل آسیب‌زا می‌شود.

^۱ Oxytocin: هورمونی تولید شده در Hypothalamus و آزاد شده از هیپوفیز خلفی است که در زایمان، شیردهی، پیوند عاطفی، اعتماد و رفتار اجتماعی نقش دارد؛ گاهی «هورمون عشق» نامیده می‌شود و می‌تواند اضطراب اجتماعی را کاهش دهد.

^۲ Neuropeptide: گروهی از مولکول‌های پپتیدی هستند که توسط نورون‌ها ساخته و آزاد می‌شوند و به‌عنوان پیام‌رسان شیمیایی عمل می‌کنند. اثرات آنها آهسته‌تر و ماندگارتر از انتقال‌دهنده‌های عصبی کلاسیک است و در تنظیم درد، استرس، خواب، خلق‌وخو و تعاملات اجتماعی نقش دارند. نمونه‌ها: Oxytocin, Vasopressin, Enkephalins.

^۳ Paraventricular Nucleus: بخشی از Hypothalamus در کنار بطن سوم مغز است که ترشح Oxytocin و Vasopressin، تنظیم استرس، فشار خون و تعادل آب بدن را کنترل می‌کند و ارتباط بین مغز و سیستم هورمونی را برقرار می‌سازد.

^۴ Supraoptic Nucleus: ناحیه‌ای در بالای Optic Chiasm در Hypothalamus است که وظیفه تولید و ترشح Oxytocin و Vasopressin را دارد و از طریق هیپوفیز خلفی آنها را وارد جریان خون می‌کند. در تنظیم تعادل آب، فشار خون و رفتارهای اجتماعی نقش مهمی دارد.

^۵ Zheng, Xiaoxiao et al. "Intranasal oxytocin may help maintain romantic bonds by decreasing jealousy evoked by either imagined or real partner infidelity", *Journal of Psychopharmacology*, Volume 35, Issue 6, 2021, P 675.

^۶ Diamond, Lisa M., Adrian J. Dehlin and Jenna Alley. "Systemic inflammation as a driver of health disparities among sexually-diverse and gender-diverse individuals", *Journal of Psychoneuroendocrinology*, Volume 129, 2021, P 43.

^۷ Bartz, Jennifer A., Jamil Zaki., Niall Bolger and Kevin N Ochsner. "Social effects of oxytocin in humans: Context and person matter", *Journal of Trends in Cognitive Sciences*, Volume 15, Issue 7, 2011, P 307.

در جوامع با نقش‌های جنسیتی سنتی، این پیوندها و انتظارات فرهنگی از «قوی بودن» باعث سکوت و انکار تجربه بزه‌دیدگی می‌شود و پیامدهایی مانند اضطراب، افسردگی و خودکشی را در پی دارد.^۱ همچنین اکسی‌توسین می‌تواند هم‌گروه‌گرایی را تقویت کند و افشای سوءاستفاده در روابط درون‌گروهی را دشوارتر سازد.^۲ درک دقیق تعامل اکسی‌توسین با سایر هورمون‌ها مانند تستوسترون و کورتیزول می‌تواند به پیش‌بینی آسیب‌پذیری و طراحی مداخلات روان‌درمانی و پیشگیرانه مؤثر کمک کند.^۳

اکسی‌توسین می‌تواند هم اعتماد بیجا را افزایش دهد و هم پس از تروما پیوندهای هیجانی ناسالم را تقویت کند و در نتیجه بزه‌دیدگان را در معرض آسیب بیشتری قرار دهد. در جوامع با هنجارهای جنسیتی سنتی، این اثرها به سکوت، انکار تجربه و پیامدهایی مانند اضطراب و افسردگی منجر می‌شود. شناخت تعاملات اکسی‌توسین با سایر هورمون‌ها می‌تواند به طراحی مداخلات روان‌شناختی و پیشگیرانه دقیق‌تر برای حمایت از مردان بزه‌دیده کمک کند.

۶. یافته‌های پژوهش

تم	دسته‌بندی	کد اولیه	متن مصاحبه
عوامل درونی	عوامل زیستی	استعداد زیستی	«برخی مردان به دلیل دلبستگی ناایمن، تجارب آسیب‌زا یا ضعف در تنظیم هیجان، در روابط پرخطر جنسی آسیب‌پذیر می‌شوند؛ عواملی چون نیاز به تأیید و ترس از طرد این آسیب‌پذیری را تشدید، و روان‌درمانی می‌تواند به اصلاح آن کمک کند».
		فیزیولوژی	«ویژگی‌های فیزیولوژیک مانند ضعف در پاسخ جنگ‌وگریز یا اختلالات هورمونی، با کاهش توان دفاعی و درک خطر، در کنار فشارهای اجتماعی، آسیب‌پذیری مردان را در برابر بزه‌دیدگی جنسی افزایش می‌دهند و بیانگر تعامل مداوم فیزیولوژی با روان و محیط هستند».
		نورولوژی	«برخی مردان با اختلالات نورولوژیک دچار ضعف در قضاوت، تنظیم هیجان و تشخیص خطر می‌شوند؛ امری که آنان را در موقعیت‌های پرخطر بدون دفاع مؤثر قرار داده و احتمال قربانی شدنشان را افزایش می‌دهد. از این‌رو، جرم‌شناسی باید این آسیب‌پذیری را در تحلیل بزه‌دیدگی لحاظ کند».
		هورمون	«اختلالات هورمونی مانند نوسان تستوسترون می‌تواند با ایجاد تغییرات خلقی و رفتارهای پرخطر، آسیب‌پذیری مردان در برابر آزار جنسی را افزایش دهد؛ بنابراین بررسی وضعیت هورمونی در قربانیان ضروری است».

^۱. Olff, Miranda. et al. "The role of oxytocin in social bonding, stress regulation and mental health: An update on the moderating effects of context and interindividual differences", *Journal of Psychoneuroendocrinology*, Volume 38, Issue 9, 2013, P 1888.

^۲. De Dreu, Carsten K. W., Lindred L. Greer, Gerben A. Van Kleef, Shaul Shalvi and Michel J. J. Handgraaf. "Oxytocin promotes human ethnocentrism", *Journal of Proceedings of the National Academy of Sciences*, Volume 108, Issue 4, 2011, P 1262.

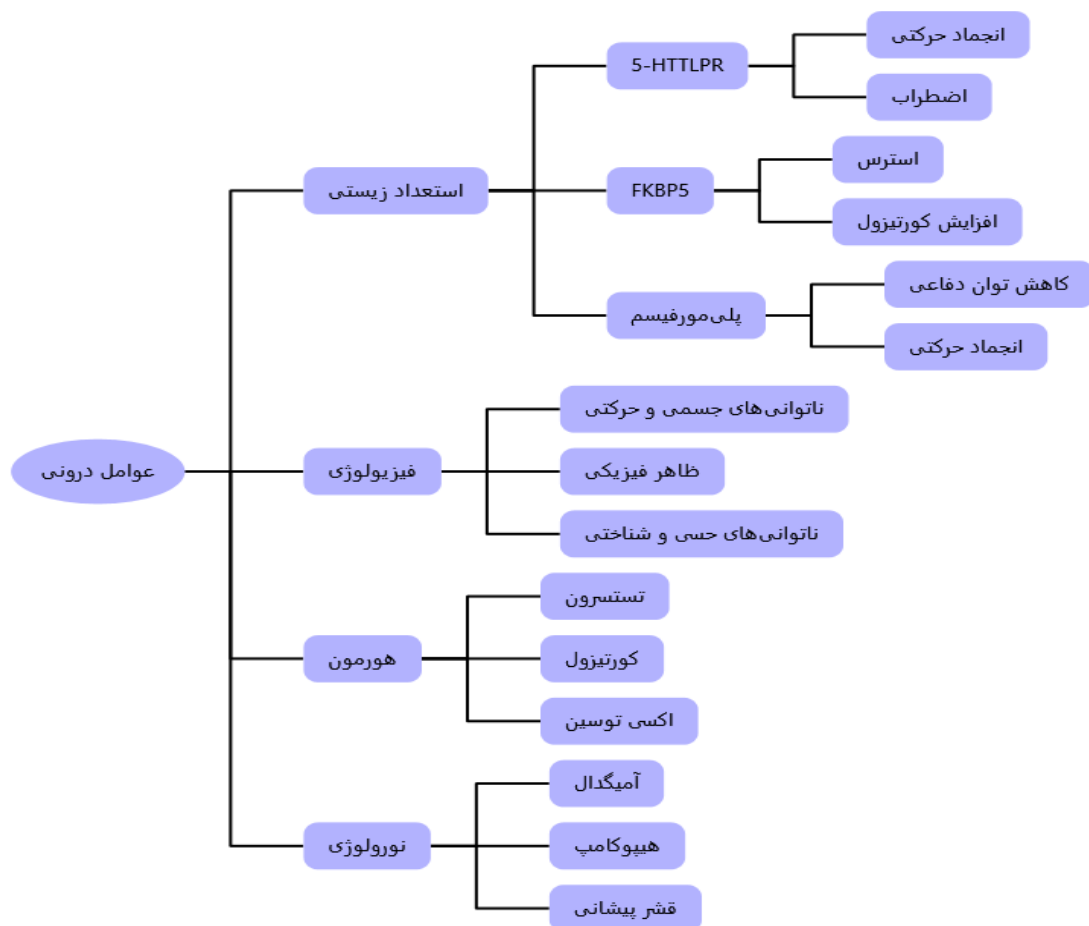
^۳. Mehta, Pranjal. H. and Robert A Josephs. "Testosterone and cortisol jointly regulate dominance: Evidence for a dual-hormone hypothesis", *Journal of Hormones and Behavior*, Volume 58, Issue 5, 2010, P 901.

یافته‌ها نشان می‌دهد بزه‌دیدگی جنسی مردان افزون بر عوامل روانی- اجتماعی، به‌طور معناداری متأثر از سازوکارهای زیستی است. چهار دسته عامل شناسایی شد: ژنتیکی، فیزیولوژیک، نوروبیولوژیک و هورمونی. در بعد ژنتیکی، تعامل ژن-محیط و پلی‌مورفیسم‌هایی مانند ۵-HTTLPR و FKBP5 با برجسته‌سازی «پلاستیسیته زیستی» آسیب‌پذیری را افزایش می‌دهند. در بعد فیزیولوژیک، ضعف یا ناتوانی جسمی بدن را در چارچوب روابط قدرت به میدان آسیب‌پذیری تبدیل می‌کند. در سطح نوروبیولوژیک، اختلال در آمیگدال، هیپوکامپ و قشر پیش‌پیشانی به واکنش انجمادی، اختلال در تشخیص تهدید و نقص تصمیم‌گیری می‌انجامد که نباید در فرایند قضایی به‌عنوان رضایت یا ضعف شخصیتی تفسیر شود. در بعد هورمونی، تستوسترون بالا می‌تواند گرایش به موقعیت‌های پرخطر و سطح پایین آن انفعال و سکوت را تقویت کند؛ اکسی‌توسین نیز از طریق ایجاد اعتماد بی‌جا و پیوندهای آسیب‌زا آسیب‌پذیری را افزایش می‌دهد. این هورمون‌ها نقش تنظیم‌کننده دارند، اما در بسترهای اجتماعی سرکوبگر می‌توانند به «تله زیستی - فرهنگی» بدل شوند؛ وضعیتی همسو با نظریه بدن اجتماعی و یافته‌های نورواندوکراین.

شناخت عوامل زیستی بزه‌دیدگی جنسی مردان برای تحقق عدالت کیفری ضروری است؛ زیرا از تفسیر نادرست رفتار بزه‌دیدگان، تضعیف ادله و بزه‌دیدگی ثانویه جلوگیری می‌کند و تمایز واکنش‌های غیرارادی از رضایت واقعی را ممکن می‌سازد.

به‌طور کلی، عوامل زیستی نه‌فقط به‌طور منفرد، بلکه در تعامل با یکدیگر و با محیط اجتماعی عمل می‌کنند. مدل‌های ترکیبی مانند «بوم‌شناسی زیستی بزه‌دیدگی» چارچوب مناسبی برای فهم این تعامل ارائه می‌دهند. یافته‌ها نشان می‌دهند که ژن‌ها، هورمون‌ها و ساختارهای مغزی تنها در پیوند با زمینه‌های اجتماعی و فرهنگی معنی پیدا می‌کنند و تحلیل بزه‌دیدگی جنسی مردان بدون در نظر گرفتن هر دو بعد زیست و اجتماعی ناقص است.

یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد واکنش‌های غیرارادی و نوروبیولوژیک بزه‌دیدگان مرد، مانند انجماد رفتاری، اختلال حافظه واقعه و تأخیر در گزارش‌دهی، اهمیت ویژه‌ای در نظام کیفری ایران دارد. قانون‌گذار با پیش‌بینی مجازات‌های شدید برای جرائم جنسی علیه مردان، ازجمله لواط (ماده ۲۳۴) با مجازات اعدام هر دو طرف درصورت احراز شرایط، تفخیز (ماده ۲۳۵) با مجازات مشابه، آدم‌ربایی به قصد ارتکاب جرائم منافی عفت (ماده ۶۲۱) با حبس ۵ تا ۱۵ سال، و سایر اعمال منافی عفت غیر از زنا و لواط مانند تقبیل و مضاجعه (ماده ۶۳۷)، حمایت کیفری گسترده‌ای از بزه‌دیدگان فراهم کرده است. با این حال، عدم درک علمی رفتار قربانی در دادگاه می‌تواند واکنش انجماد را به‌اشتباه به‌عنوان رضایت یا عدم اکراه تفسیر کند و مرتکب از مجازات فرار کند؛ بنابراین تلفیق یافته‌های زیست‌شناختی با دانش حقوقی برای اجرای صحیح قانون و پیشگیری از بزه‌دیدگی ثانویه ضروری است.



نتیجه گیری

تحقیقات انجام شده در این پژوهش با هدف بررسی عوامل زیستی مؤثر بر بزه دیدگی جنسی مردان، توانست ابعاد مهمی از این پدیده پیچیده را آشکار سازد. با توجه به یافته های این تحقیق، به ویژه در زمینه تأثیر ویژگی های ژنتیکی، هورمونی و فیزیولوژیکی، می توان گفت که فرضیات پژوهش در مورد نقش عوامل زیستی در افزایش آسیب پذیری مردان در برابر بزه دیدگی جنسی به طور قابل توجهی تأیید شد.

فرضیه اصلی این تحقیق که نشان می داد عوامل و ویژگی های فیزیولوژیکی می توانند به طور مستقیم یا غیرمستقیم بر آسیب پذیری مردان نسبت به بزه دیدگی جنسی تأثیرگذار باشند، به طور کامل تأیید شد. در خلال این پژوهش، مشخص شد که برخی ویژگی های ژنتیکی، به ویژه پلی مورفیسم های ژنی خاص، می توانند حساسیت فرد را در برابر تهدیدات جنسی افزایش دهند. همچنین نقش هورمون ها، به ویژه تستوسترون، در واکنش های فردی به موقعیت های تهدیدآمیز و توانایی دفاع از خود، به وضوح نمایان شد. سطح تستوسترون بالا ممکن است به کاهش حساسیت به خطرات اجتماعی و در نتیجه قرار گرفتن در موقعیت های آسیب زا بینجامد. علاوه بر این، آثار اکسی توسین، به ویژه در ایجاد اعتماد بی جا، به طور قابل توجهی بر آسیب پذیری مردان در مواجهه با بزه دیدگی جنسی تأثیرگذار بود.

همچنین یافته ها نشان دادند این عوامل زیستی در تعامل با شرایط محیطی و اجتماعی موجب افزایش آسیب پذیری

مردان در برابر بزه‌دیدگی جنسی می‌شوند. در بسیاری از موارد، ترکیب این عوامل زیستی با محیط‌های پرخطر و آسیب‌زا، نظیر فضاهای نابرابر قدرت یا محیط‌های کاری، شرایطی را فراهم می‌آورد که در آن مردان آسیب‌پذیری بیشتری دارند. محیط‌های سلطه‌گر، همراه با ویژگی‌های زیستی خاص مردان، می‌تواند آسیب‌پذیری آنها را تشدید کند و احتمال بروز بزه‌دیدگی جنسی را افزایش دهد.

این پژوهش با شناسایی و تحلیل عوامل زیستی مؤثر بر بزه‌دیدگی جنسی مردان، به هدف اصلی خود یعنی تبیین نقش ویژگی‌های زیستی در افزایش آسیب‌پذیری مردان دست یافت. همچنین هدف فرعی تحقیق مبنی بر بررسی تعامل این عوامل با متغیرهای محیطی و اجتماعی نیز از طریق تحلیل الگوی تعاملی آنها محقق شد و نشان داد آسیب‌پذیری جنسی مردان حاصل برهم‌کنش پیچیده سازوکارهای زیستی و بسترهای اجتماعی است.

این تحقیق نشان داد که بزه‌دیدگی جنسی مردان فقط یک پدیده اجتماعی و روان‌شناختی نیست، بلکه عوامل زیستی نیز نقشی اساسی در این پدیده ایفا می‌کنند. ویژگی‌های ژنتیکی، هورمونی و فیزیولوژیکی مردان می‌توانند آسیب‌پذیری آنها را در برابر بزه‌دیدگی جنسی افزایش دهند و در صورتی که این عوامل با محیط‌های اجتماعی و فرهنگی خاص ترکیب شوند، احتمال وقوع بزه‌دیدگی بیشتر خواهد شد. این یافته‌ها می‌توانند مبنای مداخلات پیشگیرانه و درمانی قرار گیرند که به‌ویژه براساس ویژگی‌های فردی و محیطی طراحی شوند. از این‌رو، توجه به این ابعاد زیستی در تحلیل بزه‌دیدگی جنسی مردان ضروری است و باید در سیاست‌گذاری‌های پیشگیرانه و درمانی لحاظ شود.

شناخت عوامل زیستی بزه‌دیدگی جنسی مردان برای اصلاح رویه‌های قضایی و پرهیز از کلیشه‌های جنسیتی ضروری است؛ زیرا واکنش‌هایی مانند انجماد، سکوت، فقدان مقاومت یا تأخیر در گزارش‌دهی، که ریشه زیستی و نوروبیولوژیک دارند، در صورت ناآگاهی علمی ممکن است به‌نادرست به‌عنوان رضایت یا عدم وقوع جرم تفسیر شوند و عدالت کیفری را مخدوش سازند. این خطر، به‌ویژه با توجه به رویکرد سخت‌گیرانه قانون‌گذار و تعیین مجازات‌های شدید برای این دسته از جرائم، اهمیت بیشتری می‌یابد و لزوم تجهیز نظام قضایی به دانش بزه‌دیده‌شناسی نوین را آشکار می‌سازد.

در نهایت، این تحقیق گام مؤثری در تکمیل تحقیقات پیشین در زمینه بزه‌دیدگی جنسی مردان و نقش عوامل زیستی در این پدیده بوده است و نیاز به پژوهش‌های بیشتر در این حوزه را برای شفاف‌سازی ابعاد مختلف این مسئله برجسته می‌سازد. با توجه به نتایج به‌دست‌آمده، می‌توان پیشنهاد کرد که پژوهش‌های آینده باید به‌طور دقیق‌تری تعاملات پیچیده بین عوامل زیستی و محیطی را در بزه‌دیدگی جنسی مردان بررسی کنند تا راهکارهای مؤثرتری برای کاهش آسیب‌ها و حمایت از این گروه از آسیب‌دیدگان ارائه گردد.

پیشنهادهای کاربردی

- پذیرش زندانیان: اجرای فرم کوتاه زیستی - روانی در بدو ورود برای شناسایی سابقه تروما، ناتوانی جسمی و اختلال تنظیم هیجان؛ انتقال افراد پرخطر به بندهای کم‌خطرتر و فعال‌سازی مسیر ارجاع حمایتی برای پیشگیری از بزه‌دیدگی.
- آموزش قضات: برگزاری دوره‌های فشرده با نمایش ویدئوهای شبیه‌سازی‌شده واکنش انجمادی، آموزش مدارهای مغزی مرتبط و ارائه رهنمود برای تفسیر رفتار قربانی؛ گنجاندن این آموزش‌ها در برنامه ارتقای حرفه‌ای قضات. برای ارتقای دقت در احراز رضایت و اکراه.
- پادگان‌ها و محیط‌های بسته: استقرار افسر آموزش‌دیده خارج از زنجیره فرماندهی برای دریافت امن و ناشناس گزارش‌های آزار جنسی؛ آموزش شناسایی نشانه‌های رفتاری ناشی از نوسانات هورمونی و مداخله به‌موقع.

- حمایت از مردان قربانی: ایجاد مراکز تخصصی و خطوط تلفنی برای مردان آسیب‌دیده، ترویج پیام «تجاوز، تجاوز است» جهت انگ‌زدایی و فراهم‌سازی دسترسی امن به خدمات پزشکی و روان‌شناختی.

منابع

کتاب

۱. صفاری، علی و راضیه صابری، *بزه‌دیدگی‌شناسی*، تهران: جنگل، چاپ نخست، ۱۴۰۴.

مقاله

۲. اسماعیل‌زاده، عارف و علی صفاری، «برساخت بزه‌کاری جنسی علیه مردان: تحلیل کیفی بزه‌دیدگی جنسی مردان»،

دوفصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۵۵، شماره ۱، ۱۴۰۴، صص ۳-۲۶. Doi:

10.22059/jqclcs.2026.393969.2010

۳. اسماعیل‌زاده، عارف، علی صفاری و امیر سماواتی پیروز، «بازتاب بزه‌دیدگی جنسی مردان بر سلامت آنان: مطالعه کیفی»،

مجله حقوق پزشکی، دوره ۱۹، شماره ۶۰، ۱۴۰۴، صص ۱۳۷-۱۵۲. قابل دسترس در:

<https://ijmedicallaw.ir/article-1-1917-fa.html>

۴. جانی‌پور، کرم، علیرضا درودچی، محمد زارع‌نژاد، حسام‌الدین سعیدی و رضا روشن، «بزه‌دیدگی بیماران با ترس از هویت

جسمی ارجاعی به پزشکی قانونی فارس»، دومین کنفرانس ملی حقوق، فقه و فرهنگ، شیراز، ۱۴۰۱. قابل دسترس در:

<https://civilica.com/doc/1511256>

References

Books

1. Hall, John E. and Michael E. Hall MD MSc. *Guyton and Hall Textbook of Medical Physiology*, Amsterdam: Elsevier, 14th Edition, 2020.
2. Saffary, Ali and Razieh Saberi, *Victimology*, Tehran: Jungle, First Edition, 2025. (In Persian)
3. Van der Kolk, B. *The Body Keeps the Score: Brain, Mind, and Body in the Healing of Trauma*, London: Penguin Books, 2015.

Articles

4. Bartz, Jennifer A., Jamil Zaki., Niall Bolger and Kevin N Ochsner. "Social Effects of Oxytocin in Humans: Context and Person Matter", *Journal of Trends in Cognitive Sciences*, Volume 15, Issue 7, 2011, PP 301-309. Doi: 10.1016/j.tics.2011.05.002.
5. Belsky, Jay and Michael Pluess. "Beyond Diathesis Stress: Differential Susceptibility to Environmental Influences", *Journal of Psychol Bull*, Volume. 135, Issue 6, 2009, PP 885-908. Doi: 10.1037/a0017376.
6. Binder, Elisabeth B. et al. "Association of FKBP5 Polymorphisms and Childhood Abuse with Risk of Posttraumatic Stress Disorder Symptoms in Adults", *Journal of JAMA*, Volume 299, Issue 11, 2008, PP 1291-1305. Doi: 10.1001/jama.299.11.1291.
7. Bremner, J. Douglas. "Traumatic Stress: Effects on the Brain", *Journal of Dialogues Clin Neurosci*, Volume 8, Issue 4, 2006, PP 445-461. Doi: 10.31887/DCNS.2006.8.4/jbremner.
8. Carré, J. M. and N. A. Olmstead. "Social Neuroendocrinology of Human Aggression: Examining the Role of Competition-induced Testosterone Dynamics", *Journal of Neuroscience*, Volume 286, 2014, PP 171-186. Doi: 10.1016/j.neuroscience.2014.11.029.

9. De Dreu, Carsten K. W., Lindred L. Greer, Gerben A. Van Kleef, Shaul Shalvi and Michel J. J. Handgraaf. "Oxytocin Promotes Human Ethnocentrism", *Journal of Proceedings of the National Academy of Sciences*, Volume 108, Issue 4, 2011, PP 1262–1266. Doi: 10.1073/pnas.1015316108.
10. Diamond, Lisa M., Adrian J. Dehlin and Jenna Alley. "Systemic Inflammation as a Driver of Health Disparities among Sexually-diverse and Gender-diverse Individuals", *Journal of Psychoneuroendocrinology*, Volume 129, 2021, PP 1-64. Doi: 10.1016/j.psyneuen.2021.105215.
11. Esma'eil-Zadeh Aref and Ali Saffary, "Construction of Sexual Offenses Against Men: A Qualitative Analysis of Male Sexual Victimization", *Bi-Quarterly Journal of Criminal Law and Criminology Studies*, Volume 1, Issue 55, 2025, PP 3-26. (In Persian) Doi:10.22059/jqclcs.2026.393969.2010.
12. Esma'eil-Zadeh Aref, Ali Saffary and Amir Samavati Pirouz, "The Reflection of Male Sexual Victimization on Health: A Qualitative Study", *Medical Law Journal*, Volume 19, Issue 60, 2025, PP 137-152. (In Persian)
13. Goetz, Stefan M. M. et al. "Testosterone Rapidly Increases Neural Reactivity to Threat in Healthy Men: A Novel Two-step Pharmacological Challenge Paradigm", *Journal of Biological Psychiatry*, Volume 76, Issue 4, 2014, PP 324-331. Doi: 10.1016/j.biopsych.2014.01.016.
14. Hughes, Karen. et al. "Prevalence and Risk of Violence Against Adults with Disabilities: A Systematic Review and Meta-analysis of Observational Studies", *Journal of The Lancet*, Volume 379, Issue 9826, 2012, PP 1621-1629. Doi: 10.1016/S0140-6736(11)61851-5 .
15. Janipour, Karam, Alireza Doroudchi, Mohammad Zare'-Nejad, Hessamoddin Sa'eedi and Reza Roshan, "Victimization of Patients with Fear of Physical Identity Referred to Fars Forensic Medicine", Second National Conference on Law, Jurisprudence and Culture, Shiraz, 2022. (in persian)
16. Karg, Katja, Margit Burmeister, Kerby Shedden and Srijan Sen. "The Serotonin Transporter Promoter Variant (5-HTTLPR), Stress, and Depression Meta-analysis Revisited: Evidence of Genetic Moderation", *Journal of Archives of General Psychiatry*, Volume 68, Issue 5, 2011, PP 444–454. Doi: 10.1001/archgenpsychiatry.2010.189.
17. LeDoux, J. E., "Emotion Circuits in the Brain", *Journal of Annual Review of Neuroscience*, , Volume 23, 2000, PP 155-184. Doi: 10.1146/annurev.neuro.23.1.155.
18. LeDoux, Joseph. "Rethinking the Emotional Brain", *Journal of Neuron*, Volume 73, Issue 4, 2012, PP 653-676. Doi: 10.1016/j.neuron.2012.02.004.
19. Lupien, Sonia J., Bruce S McEwen, Megan R Gunnar and Christine Heim. "Effects of Stress Throughout the Lifespan on the Brain, Behaviour and Cognition", *Journal of Nature Reviews Neuroscience*, Volume 10, Issue 6, 2009, PP 434-445. Doi: 10.1038/nrn2639.
20. McEwen, Bruce. S. "Physiology and Neurobiology of Stress and Adaptation: Central Role of the Brain", *Journal of Physiological Reviews*, Volume 87, Issue 3, 2007, PP 873-904. Doi: 10.1152/physrev.00041.2006.
21. Mehta, Pranjali H. and Robert A Josepshs. "Testosterone and Cortisol Jointly Regulate Dominance: Evidence for a Dual-hormone Hypothesis", *Journal of Hormones and Behavior*, Volume 58, Issue 5, 2010, PP 898–906. Doi: 10.1016/j.yhbeh.2010.08.020.
22. Moffitt, Terrie E. et al. "Measured Gene–Environment Interactions in Psychopathology: Concepts, Research Strategies, and Implications for Research, Intervention, and Public Understanding of Genetics", *Perspectives on Psychological Science*, Volume 1, Issue 1, 2006, PP 5–27. Doi: 10.1111/j.1745-6916.2006.00002.x. PMID: 26151183.
23. Olff, Miranda. et al. "The Role of Oxytocin in Social Bonding, Stress Regulation and Mental Health: An Update on the Moderating Effects of Context and Interindividual Differences", *Journal of Psychoneuroendocrinology*, Volume 38, Issue 9, 2013, PP 1883–1894. Doi: 10.1016/j.psyneuen.2013.06.019.
24. Shin, Lisa M. and Israel Liberzon. "The Neurocircuitry of Fear, Stress, and Anxiety Disorders", *Journal of Neuropsychopharmacology*, Volume 35, Issue 1, 2010, PP 169-191. Doi: 10.1038/npp.2009.83.

25. Soo, Hyun Rhee and Irwin D. Waldman "Genetic and Environmental Influences on Antisocial Behavior: A Meta-analysis of Twin and Adoption Studies", *Journal of Psychological Bulletin*, Volume 128, Issue 3, 2002, PP 490-529.
26. Zheng, Xiaoxiao et al. "Intranasal Oxytocin May Help Maintain Romantic Bonds by Decreasing Jealousy Evoked by either Imagined or Real Partner Infidelity", *Journal of Psychopharmacology*, Volume 35, Issue 6, 2021, PP 668-680. Doi: 10.1177/0269881121991576.
27. Zitzmann, Michael, Stephanie Faber and Eberhard Nieschlag. "Association of Specific Symptoms and Metabolic Risks with Serum Testosterone in Older Men", *Journal of J Clin Endocrinol Metab*, Volume 91, Issue 11, 2006, PP 4335-4343. Doi: 10.1210/jc.2006-0401.

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Feasibility of Adjusting the Expert Opinion at the Judgment Issuance Stage in Claims for Damages Arising from Breach of Financial Obligations

Hassan Badini¹, Azade Shams²

Highlights

- The article examines the necessity of revising expert opinions during the interval between the issuance of the expert report and the rendering of judgment in inflationary conditions.
- The study explores the legal feasibility of revising expert opinions on the basis of the principle of full compensation, domestic legal rules, and the experience of French law.
- The authors advocate the institutionalization of expert-opinion revision at the judgment stage in order to ensure effective compensation for loss and to safeguard the rights of the injured party.

ABSTRACT

Introduction

A persistent and practical problem in the Iranian adjudicatory process for claims of monetary damages arises from reliance on expert valuations that are not updated to reflect the erosion of monetary value between the date of expertise and the date of judgment. Expert reports frequently constitute the factual and technical backbone of court determinations about quantum; yet, where protracted proceedings and inflationary economies intervene, the nominal sums established by experts at an earlier date may no longer represent the victim's real loss at the time the judgment is enforced. This divergence undermines the compensatory objective of private law — namely, the restoration of the injured party to the position they would have occupied had the obligation been performed — and risks producing unjust enrichment of defaulting obligors. The present study asks whether, and on what legal and doctrinal bases, an expert's valuation in disputes concerning breach of financial obligations should be adjusted at the judgment stage in light of economic changes, and seeks normative and practical solutions to align judicial practice with principles of corrective justice and procedural fairness.

Methods

The inquiry adopts a doctrinal-interpretive and comparative methodology. Domestically, the analysis stages a hermeneutic reading of foundational norms of Iranian private law and procedural law, including doctrinal principles derived from Islamic jurisprudence (notably the rule against harm and the imperative of real compensation), statutory provisions such as the Note to Article 19 of the Law on Official Experts, the

How to Cite: Badini, Hassan, Shams, Azade, "Feasibility of Adjusting the Expert Opinion at the Judgment Issuance Stage in Claims for Damages Arising from Breach of Financial Obligations", Legal Research, Vol. 29, No. 114, 2026, pp: 67-84.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.239342.2869>

Received: 05/04/2025-Accepted: 20/10/2025

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

2. Ph.D. Candidate, Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: azade.shams@ut.ac.ir



Copyright: © 2026 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/>).

analogous procedural provisions addressing valuation at execution, and pertinent judicial practice and advisory opinions. The study then subjects these domestic materials to critical scrutiny in light of comparative experience, paying particular attention to recent legislative developments in French contract law (post-2016 reforms recognizing interest and adjustment mechanisms) as a paradigmatic example of legal accommodation to monetary depreciation and delayed enforcement. Scholarly literature on expectation interest, delay damages, and the interface between compensation and usury concerns is surveyed to test doctrinal coherence and to illuminate possible models for implementation that remain sensitive to Iran's legal and religious constraints.

Results and Discussions

The research finds that adjustment of expert valuations at the judgment stage is defensible both doctrinally and practically. From a substantive vantage, Iranian law's underlying commitment to realizing the claimant's expectation interest and to effecting real compensation supports modification of out-dated expert figures: allowing a report's nominal sum to govern an eventual judgment without correction is inconsistent with the compensatory function of damages and effectively subsidizes delinquency. Statutory signals corroborate this view. The Note to Article 19 of the Law on Official Experts, by limiting the unqualified validity of valuations to a six-month horizon where "current price" determinations are at issue, manifests legislative awareness that time devalues expert findings. Other procedural and civil norms that invoke the price at time of execution or require restitution in contemporaneous value similarly imply that temporal adjustment is not alien to the legal system. Nevertheless, judicial practice has tended toward formalism: courts often adopt the earlier expert report unamended, and some appellate authorities have rejected anticipatory claims to post-judgment adjustment, thereby creating doctrinal friction between statutory purpose and adjudicative routine. The inquiry further distinguishes between monetary (purely pecuniary) obligations and complex, non-monetary financial obligations. In monetary obligations, the study suggests that indexation to official inflation measures or other reliable economic indicators can produce a rapid, administrable correction of the expert sum without the need for repeated technical inquiry; this preserves expedition while safeguarding substantive redress. By contrast, obligations whose value is tethered to market-specific inputs (for example, construction contracts or deliveries of goods with volatile input costs) often require a substantive reassessment by a domain expert because general inflation indices may not capture discrete price movements in sectoral elements such as materials or labour. Procedural fairness considerations are decisive: whenever an adjustment would produce a materially different outcome — conceived here as a substantial percentage deviation or a change in the valuation method — the court must notify the parties and afford an opportunity to contest or supplement the new assessment in order to preserve adversarial rights and the principle of equality of arms. Comparative experience, notably French practice of attaching post-judgment interest and granting appellate courts discretionary power to order adjustment, demonstrates viable institutional designs that reconcile speedy enforcement with protection against depreciation. Finally, the study addresses doctrinal concerns about usury by arguing that properly structured corrective interest or indexation intended solely to restore purchasing power — and not to provide a premium for delay — can be reconciled with Islamic prohibitions, provided the remedy is framed as compensatory rather than punitive or lucratively interest-bearing.

Conclusion

In sum, the study concludes that failure to adjust expert valuations between the date of expertise and the date of judgment frustrates the core aims of compensation law and weakens the deterrent capacity of contractual remedies. A legally coherent and practically workable approach is to institutionalize adjustment as part of the judgment stage: for monetary obligations, by applying transparent, official indices to revalue expert amounts; for non-monetary, market-sensitive obligations, by ordering a targeted reassessment by qualified experts; and in all cases by ensuring that substantial adjustments trigger procedural protections so that parties may contest the new assessment. If judicial practice remains resistant, a calibrated legislative amendment that explicitly empowers courts to revise valuations at judgment (mirroring the Note to Article 19's spirit and providing a six-month threshold and criteria for substantial change) would reconcile statutory law with equitable compensation, shore up public confidence in the justice system, and secure more faithful restitution of expectation interests in inflationary conditions.

Keywords: Compensation for Damages, Adjustment, Expert Opinion, Inflation, Monetary Value.



مقاله علمی-پژوهشی

امکان سنجی تعدیل نظریه کارشناس در مرحله صدور حکم در دعاوی مطالبه خسارت ناشی از نقض تعهدات مالی

حسن بادینی^۱، آزاده شمس^۲

نکات برجسته

- مقاله، ضرورت تعدیل نظریه کارشناسی در فاصله میان کارشناسی و صدور حکم را در شرایط تورمی تبیین می‌کند.
- پژوهش، امکان حقوقی تعدیل نظریه کارشناسی را بر پایه اصول جبران کامل خسارت، مقررات داخلی و تجربه حقوق فرانسه بررسی می‌کند.
- نویسندگان، نهادهای سازنده تعدیل نظریه کارشناسی در مرحله صدور حکم را برای جبران واقعی خسارت و حمایت از حقوق زیان‌دیده پیشنهاد می‌کنند.

چکیده

یکی از چالش‌های عملی در دعاوی حقوقی مربوط به جبران خسارت، عدم توجه رویه قضایی به کاهش ارزش پول در رابطه با مبالغ مندرج در نظریه کارشناسی، در فاصله زمانی میان صدور نظر کارشناسی و صدور حکم دادگاه است. این وضعیت ممکن است به زوال منفعت مورد انتظار طلبکار و همچنین استیفای ناروای عهدشکنان منجر گردد و به‌ویژه در بستر شرایط تورمی، مانع نیل زیان‌دیده به جبران خسارت به معنای اصیل و متعارف آن شود و با رویکرد احقاق کامل حقوق زیان‌دیده که یکی از مهم‌ترین اهداف نظام جبران خسارت است، ناسازگاری ماهوی دارد. بر مبنای اصول تفسیر هرمنوتیکی در احکام قانون مدنی و بهره‌گیری از ظرفیت‌های نهفته در نظام حقوقی ایران از جمله معیار مستفاد از تبصره ماده ۱۹ قانون کارشناسان رسمی دادگستری و نیز با الهام از الگوی مشابه در نظام حقوقی فرانسه، پیشنهاد می‌شود که نظریات کارشناسی که از تعرض مصون مانده یا به‌هرحال، مورد قبول دادگاه واقع شده‌اند، در هنگام صدور حکم نهایی، متناسب با نوع تعهد و اوضاع‌واحوال تورمی کشور، تعدیل و بازنگری شوند. چنین رهیافتی می‌تواند به تحقق عدالت تقنینی و قضایی، جبران خسارت به نحو اکمل و پیشگیری از تقویت حقوق زیان‌دیده منتج گردد. در صورتی که رویه قضایی به هر دلیلی در برابر این تغییر مقاومت نشان دهد، ضروری است که قانونگذار با بازنگری سنجیده و خردمندانه قانون آیین دادرسی مدنی، چنین سازوکاری را به‌صورت صریح پیش‌بینی کند. این تدبیر، نه‌فقط به تحقق بهتر منفعت انتظار طلبکار کمک می‌کند، بلکه موجب تقویت اعتماد عمومی به عدالت قضایی نیز خواهد شد.

کلید واژگان: جبران خسارت، تعدیل، نظریه کارشناسی، تورم، ارزش پول.

استناد به این مقاله: بادینی، حسن، شمس، آزاده، «امکان سنجی تعدیل نظریه کارشناس در مرحله صدور حکم در دعاوی مطالبه خسارت ناشی از نقض تعهدات مالی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۴، تیر ۱۴۰۵، صص: ۶۷-۸۴.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.239342.2869>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۱/۱۶ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۷/۲۸

۱. دانشیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

۲. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: azade.shams@ut.ac.ir



Copyright: © 2026 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

نظریات کارشناسی به‌عنوان قسمی از گفتمان قضایی، نقشی انکارناپذیر در تشکیل بافت حقوقی و رویه قضایی دارند و یکی از مهم‌ترین عرصه‌های کاربرد آنها، نظام جبران خسارات ناشی از نقض قرارداد است. یکی از مسائل اساسی در این زمینه، تأثیر گذر زمان و کاهش ارزش پول بر مبالغ تعیین‌شده در نظریات کارشناسی است. به‌عنوان نمونه، اگر دادگاه در دی‌ماه ۱۴۰۲ کارشناسی را برای برآورد خسارت مأمور کند و کارشناس در بهمن‌ماه همان سال مبلغ ۵۰۰ میلیون تومان را تعیین کند، اما دادگاه به‌علت اطاله دادرسی تا شهریورماه ۱۴۰۳ براساس همان نظر حکم دهد، این مبلغ دیگر معادل واقعی خسارت واردشده نخواهد بود. در چنین شرایطی، خواهان عملاً زیان بیشتری متحمل می‌شود و هدف اصلی جبران خسارت، یعنی بازگرداندن او به وضعیت پیش از وقوع خسارت یا وضعیت مورد انتظار، تحقق نمی‌یابد. بااین‌حال، رویه قضایی کنونی غالباً این تغییرات را نادیده گرفته و نظریه کارشناسی را حتی پس از گذشت مدت طولانی، مبنای حکم قرار می‌دهد. این امر نه‌تنها عدالت ترمیمی را مخدوش می‌سازد، بلکه به سود متعهد متخلف و به ضرر زیان‌دیده تمام می‌شود. بنابراین، ضرورت بازنگری و اصلاح این رویه برای تحقق عدالت جبرانی و جلوگیری از سوءاستفاده آشکار است. گفتنی است این مهم به‌نحوی مشابه در اصلاحات اخیر قانون مدنی فرانسه در سال ۲۰۱۶ (ماده ۷-۱۲۳۱) مورد عنایت قرار گرفته است که در بدنه مقاله به آن اشاره خواهد شد. هرچند موضوع «امکان‌سنجی تعدیل نظریه کارشناسی در مرحله صدور حکم» به‌صورت خاص در ادبیات پژوهشی داخلی مورد بررسی مستقیم قرار نگرفته است، اما می‌توان از مقاله‌ای با عنوان «قابلیت اعمال ضابطه قیمت زمان اجرای حکم در شیوه جبران نقدی خسارت» نوشته محمدحسین استا و غلامرضا اسماعیلی (۱۴۰۲) به‌عنوان پژوهشی مرتبط یاد کرد که برخی مبانی نظری و عملی این نوشتار را تقویت می‌کند و در جای مناسب از آن بهره گرفته خواهد شد.

بر این اساس، سؤال اصلی مورد توجه نگارندگان در این پژوهش آن است که اساساً آیا نظریه کارشناسی در دعاوی مطالبه خسارت ناشی از نقض تعهدات مالی، با گذر زمان و در شرایط تورمی، نیازمند تعدیل در مرحله صدور حکم است؟ فرضیه‌ای که ابتدا به ذهن متبادر می‌شود آن است که نظریه کارشناسی در دعاوی مطالبه خسارت مالی، به‌ویژه در شرایط تورمی و با گذر زمان، بدون تعدیل در مرحله صدور حکم، نمی‌تواند مبنای منصفانه‌ای برای جبران خسارت باشد و لازم است متناسب با تغییرات اقتصادی مورد بازنگری قرار گیرد.

همچنین اگر رأی دادگاه بدوی به مرحله تجدیدنظر نرسد، پرسش مهمی مطرح می‌شود: در صورت پذیرش اصل «تعدیل»، آیا می‌توان زیان‌دیده را فقط به مبلغی که براساس ارزش‌های پیشین تعیین شده است محدود کرد و از جبران کامل خسارت او چشم پوشید؟ این امر با هدف عدالت جبرانی چندان همسو نیست. همچنین نحوه اجرای تعدیل بستگی به ماهیت تعهد نقض‌شده دارد؛ آیا باید همواره صرفاً به شاخص‌های اقتصادی مانند شاخص تورم بانک مرکزی اتکا کرد، یا در مواردی که موضوع تعهد ماهیتی تخصصی دارد، نظیر ساخت ساختمان که هزینه‌های مصالح فراتر از نرخ تورم افزایش یافته، لازم است کارشناسان همان حوزه دوباره اظهار نظر کنند؟ علاوه بر این، شبهه ربوی بودن خسارات نیز از چالش‌های اساسی است؛ چراکه در تأخیر تعهدات مالی، همواره این نگرانی مطرح است که مبالغ مازاد بر دین اصلی، به‌جای جبران واقعی خسارت، صورتی از ربا قلمداد شود.^۱

^۱. کثرت پژوهش‌های انجام‌شده در این خصوص، گویای سابقه این تعارض و احتمال استمرار آن است؛ جهت مطالعه برخی از این آثار، نک. - جزایری، سید عباس و فاطمه علی اصغرزاده، «امکان‌سنجی تحقق ربا در خسارت تأخیر تأدیه در حقوق کیفری ایران و فقه امامیه»، فصلنامه فقه و حقوق نوین، دوره ۳، شماره ۸، ۱۴۰۰، صص ۶۰-۷۵.

این پژوهش حوزه تعهدات مالی (اعم از پولی و غیرپولی)^۱ را بررسی می‌کند و درخصوص تأسیسی یا اعلامی بودن رأی دادگاه در تعیین نوع و میزان خسارت در نقض این‌گونه تعهدات، نظرات مختلفی وجود دارد^۲ که در بدنه پژوهش به فراخور بحث بررسی خواهند شد.

شایان ذکر است که این نوشتار، صرفاً تحلیلی تفسیری از وضع موجود قوانین آیین دادرسی مدنی نیست، بلکه در بخش‌هایی از آن، نگاهی هنجاری و اصلاح‌گرایانه نیز اتخاذ شده است. هدف از این رویکرد، ارائه راهکارهایی عملی برای ارتقای کیفیت رسیدگی قضایی و بهبود فرایند کارشناسی در پرتو الزامات اقتصادی و اقتضائات عدالتی است؛ بنابراین، در برخی فرازهای مقاله، پیشنهادهایی ارائه شده که ممکن است فراتر از چارچوب کنونی قوانین موجود باشد، اما این امر نافی لزوم التزام به اصول بنیادین دادرسی عادلانه، به‌ویژه رعایت حقوق دفاعی اصحاب دعوا نیست. بنا به مراتب مذکور، در این مقاله پس از بررسی اجمالی مبانی نظری و حکمی تعدیل نظریه کارشناس در مرحله صدور حکم، به بررسی قلمرو تعدیل نظریه کارشناسی و مصادیق مختلف آن خواهیم پرداخت.

۱. مبانی نظری و حکمی تعدیل نظریه کارشناس در مرحله صدور حکم

مبانی نظری و حکمی تعدیل نظریه کارشناس در مرحله صدور حکم شامل اصول نظری و رویکردهای تقنینی است که درنهایت به نحوه اعمال نظر کارشناس در تعیین خسارت کمک می‌کند. این مبانی، به‌ویژه در جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد، اهمیت دارند و باید از جنبه‌های نظری و عملی بررسی شوند. در این راستا، دو شاخه فرعی، یکی مبانی نظری و تئوری‌ها و دیگری احکام و قوانین مرتبط در آیین رأی دادگاه‌ها، برای تحلیل دقیق‌تر موضوع تشکیل می‌شود.

۱.۱. مبانی نظری تعدیل نظریه کارشناس در مرحله صدور حکم

اهداف جبران خسارت در حقوق قراردادهای، به‌ویژه در نقض تعهدات، بازگرداندن زیان‌دیده به وضعیتی است که اگر قرارداد اجرا می‌شد در آن قرار می‌گرفت. «برخی از این هدف‌ها متوجه زیان‌دیده، برخی دیگر متوجه واردکننده زیان و برخی

– ویسی، میثم و سیدعباس جزایری، «وجه افتراق خسارت تأخیر تأدیه، ربا و سود بانکی در حقوق کیفری ایران»، فصلنامه مطالعات علوم اجتماعی، دوره ۵، شماره ۳، ۱۳۹۸، صص ۶۱-۷۳.

– محمدرضاپور، بابک و فاتره جهانی مقدم، «بررسی تطبیقی خسارت تأخیر تأدیه با ربا»، دوفصلنامه پژوهشنامه حقوق خصوصی/احرار، دوره ۱، شماره ۱، ۱۳۹۹، صص ۳۵-۵۵.

– قلیچ، وهاب و فرشته ملاکریمی، «تحلیل چالش‌های جرمه تأخیر تأدیه در بانکداری بدون ربا و ارائه راهکار جایگزین»، فصلنامه اقتصاد اسلامی، دوره ۱۵، شماره ۵۹، ۱۳۹۴، صص ۱۲۹-۱۵۵.

۱. در آثار مربوط به حقوق اروپایی قراردادها در پاره‌ای موارد به تفاوت بین تعهدات مالی پولی و تعهدات مالی غیرپولی توجه شده است و در بعضی از آنها برای هر دو گروه، از عبارت «Monetary Obligation» استفاده شده است. این تفاوت در اسناد بین‌المللی مورد توجه واقع شده است. ر.ک. بند «۷-۴-۱۰» اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (UPICC) و بخش Article 9:101 و Article 9:102 اصول اروپایی حقوق قراردادهای (PECL)، همچنین ر.ک.

- Fauvarque-Cosson, Bénédicte and Denis Mazeaud (eds.). *European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Munich: Sellier, First Edition, 2008, PP 302-303.

۲. فیلیپ لوتورنو به نقل از کاتوزیان، ناصر، **مسئولیت مدنی**، جلد ۱، تهران: دانشگاه تهران، چاپ یازدهم، ۱۳۹۱، ص ۵۳۳.

۳. همان. همچنین ر.ک. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد ۴، تهران: گنج دانش، چاپ هشتم، ۱۴۰۳، ص ۲۱۲؛ کاتوزیان، ناصر، **نظریه عمومی تعهدات**، تهران: میزان، چاپ یازدهم، ۱۴۰۲، ص ۳۹۳.

نیز متوجه سایر واردکنندگان بالقوه و جامعه به‌طور کلی است.^۱ این اهداف دو رویکرد دارد: گذشته‌نگر^۲ و آینده‌نگر^۳. در رویکرد نخست، بازگشت به وضعیت پیش از قرارداد هدف است؛ اما در رویکرد دوم که نظریه نفع متوقع^۴ در حقوق قراردادهای نیز مؤید آن است، زیان‌دیده در جایگاه اجرای کامل قرارداد قرار می‌گیرد.^۵ این تقسیم‌بندی متناظر با منفعت منفی^۶ (زیان‌های گذشته) و منفعت مثبت^۷ (منافع آینده) است. در اکثر نظام‌ها، منفعت مثبت محور است، هرچند منفعت منفی نیز استثنائاً اعمال می‌شود.^۸

دو معیار برای تعیین خسارت وجود دارد:^۹ نخست، جبران کامل شامل «ضرر واقعی»^{۱۰} و «منافع از دست‌رفته»^{۱۱} که بر اصل جبران کامل^{۱۲} استوار است و بیشتر در نظام‌های رومی-ژرمنی دیده می‌شود؛ دوم، حمایت از «منافع انتظار»^{۱۳} که ناظر به قرار دادن زیان‌دیده در وضعیت فرضی اجرای قرارداد است و در نظام‌های کامن‌لا رایج است و از دست دادن معامله^{۱۴} و حمایت از منافع مورد انتظار طرف غیرناقض را در نظر می‌گیرد. اسناد بین‌المللی مانند اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (UPICC) نیز این معیار را پذیرفته‌اند. به‌زعم برخی، ماده ۷۴ کنوانسیون بیع و ماده ۵۰۲:۹ اصول قراردادهای اروپا، با تلفیق منافع فوت‌شده و اموال تلف‌شده، به همین هدف پرداخته‌اند.^{۱۵} درواقع، معیار جبران کامل، ابزاری برای تحقق منفعت انتظار است.^{۱۷} کاتوزیان نیز تقسیم خسارت به «از بین رفتن مال» و «فوت منفعت» را با سه‌گانه «انتظار، اعتماد و اعاده» همخوان می‌داند.^{۱۸}

۱. بادینی، حسن، *فلسفه مسئولیت مدنی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۲، ص ۳۲۱.

۲. Backward-looking

۳. Forward-looking

۴. عطاری، نازنین زهرا، جلیل قنوتی و وحید قاسمی عهد، «تحلیل نفع متوقع به عنوان معیار ارزیابی خسارات قراردادی مقایسه حقوق نوین قراردادهای اروپایی و حقوق ایران»، *فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، دوره ۲۳، شماره ۱، ۱۳۹۸، ص ۱۰۰.

۵. Saidov, Djakhongir. *The Law of Damages in International Sales: The CISG and Other International Instruments*, Oxford and Portland, Oregon, First Edition, 2008, P 32.

۶. Negative interest

۷. Positive interest

۸. Fauvarque-Cosson and Mazeaud, Op. Cit.

۹. نعمت‌اللهی، اسماعیل، «مطالعه تطبیقی هدف از پرداخت خسارت ناشی از نقض قرارداد»، *فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۱۲، شماره ۱، ۱۴۰۰، ص ۳۷۳.

۱۰. Damnum emergens

۱۱. Lucrum cessans

۱۲. Full compensation

۱۳. Expectation interest

۱۴. Loss of the bargain

۱۵. Saidov, Op. Cit., P 26.

۱۶. با این حال، باید توجه داشت که در مقابل دیدگاه غالب مبتنی بر اصل لزوم جبران کامل خسارت، برخی صاحب‌نظران در حقوق ایران، با استناد به مبانی فقهی و نصوص محدود قانونی، معتقدند تنها خساراتی قابل مطالبه‌اند که قانون‌گذار صراحتاً مقرر کرده باشد. این دیدگاه بر اصل «توقیف در تعبدیات» و تفسیر مضیق از مقرراتی چون ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی و تبصره ۲ ماده ۵۱۵ آیین دادرسی مدنی استوار است. گرچه این رویکرد نوعی احتیاط در تفسیر قوانین به‌شمار می‌رود، می‌تواند منجر به نادیده گرفتن زیان‌های واقعی زیان‌دیده شود. در مقابل، تفسیر هدف‌محور و مبتنی بر عدالت ترمیمی اقتضا دارد که در مواردی حتی بدون نص خاص، خساراتی که عقلاً و عرفاً قابل اثبات و موجه‌اند، شناسایی و جبران گردند.

۱۷. Ibid

۱۸. کاتوزیان، *قواعد عمومی قراردادها*، پیشین، ص ۲۳۳.

در رویه قضایی ایران نیز غلبه با حمایت از منفعت انتظار است،^۱ هرچند برخی موارد منفعت منفی هم لحاظ می‌شود. «ارش» و منافع ازدست‌رفته به‌عنوان مصادیق خسارت انتظار و «اجرت‌المثل» به‌عنوان نمونه‌ای از محرومیت از منافع قطعی‌الحصول در نظر گرفته شده است. مواد ۲۲۲ و ۲۳۸ قانون مدنی و ماده ۴۷ اجرای احکام مدنی نیز این رویکرد را تقویت می‌کنند و به زیان‌دیده اجازه می‌دهند با هزینه متخلف، تعهد را انجام دهد. بنابراین، هدف نهایی قوانین ایران هم رساندن زیان‌دیده به جایگاه اجرای کامل تعهد است.

البته استثنائاتی نیز وجود دارد. تبصره ۲ ماده ۵۱۵ آیین دادرسی مدنی، عدم‌النفع را به‌عنوان خسارت نپذیرفته، اما رویه قضایی گاهی «بخت ازدست‌رفته» را جبران کرده است.^۲ در تطبیق با سایر کشورها نیز معمولاً جبران خسارت از طریق پرداخت پول صورت می‌گیرد؛ زیرا پول قابلیت تبدیل به هر دارایی را دارد و تعادل قراردادی را حفظ می‌کند.^۳ البته باید مراقب بود زیان‌دیده بیش از استحقاق منتفع نشود. برخی اسناد بین‌المللی مانند بند «۷-۴-۱۰» اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (UPICC) حتی به «بهره خسارت» نیز توجه کرده و زمان تحقق آن را از لحظه نقض دانسته‌اند.^۴

باوجوداین، صرف تمرکز بر منفعت انتظار کافی نیست. عدم تعدیل نظریه کارشناسی براساس تحولات اقتصادی تا زمان صدور حکم، تنها به نقض منفعت انتظار نمی‌انجامد، بلکه تعادل ساختاری روابط قراردادی را برهم می‌زند. در این حالت، متعهد عهدشکن از تأخیر دادرسی و کاهش ارزش پول سود می‌برد و به‌جای جبران خسارت واقعی، منتفع می‌شود.^۵ این وضعیت «سوارکاری مجانی»^۶ را ممکن می‌سازد؛ یعنی ناقض قرارداد از نقض خود بهره‌مند می‌شود و حتی نظام قضایی را ابزار تحکیم موقعیت خویش قرار می‌دهد.

پیامدهای این امر چندگانه است: نخست، با کاهش هزینه عهدشکنی، انگیزه برای اجرای تعهدات کاهش می‌یابد و نقض قرارداد به گزینه‌ای کم‌هزینه و قابل محاسبه بدل می‌شود. درنتیجه، ضمانت‌اجراهای حقوقی اثر بازدارنده خود را از دست می‌دهند. دوم، بی‌توجهی به تعدیل نظریه‌های کارشناسی، موجب افزایش حجم دعاوی ناشی از ناراضیاتی نسبت به جبران ناکافی خسارت می‌شود و در بلندمدت، اعتماد عمومی به عدالت قضایی را مخدوش می‌سازد. بنابراین، تعدیل نظریه کارشناسی نه‌فقط پاسخی به منفعت انتظار زیان‌دیده است، بلکه تضمینی برای اعتبار نظام حقوقی و پیشگیری از

۱. نعمت‌اللهی، اسماعیل، «اهداف و مبانی جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد با تأکید بر آرای قضایی»، فصلنامه حقوق خصوصی، دوره ۱۹، شماره ۲، ۱۴۰۱، صص ۴۱۱-۴۱۲.

۲. در رأی شماره ۱۳۱۴۸۴۵۸ مورخ ۱۴۰۱/۰۹/۱۶ شعبه ۸۰ تجدیدنظر استان تهران در تأیید رأی بدوی، درخصوص دعوای مطالبه خسارت ناشی از معطل ماندن کارخانه به‌علت عدم تحویل سوخت از سوی شرکت ملی پخش فراورده‌های نفتی ایران و شرکت پخش فراورده‌های نفتی زاهدان، ازجمله بر این اساس، حکم به پرداخت خسارت، تأیید شده است: «زیان مسلم» ناشی از [از] دست رفتن فرصتی که به‌صورت جدی و واقعی وجود داشته، به‌مثابه تقویت منفعت موجود است. این ضرر قابل پیش‌بینی بوده، قبلاً جبران نشده و مبتنی بر تحلیل کارشناسانه و تأمین دلیل صورت‌گرفته مستقیماً ناشی از عدم تسلیم موضوع خواسته و نقض تعهدات متعارف شرکت نفت بوده است».

اگرچه دادنامه فوق به‌ظاهر متضمن پذیرش مطالبه «فرصت ازدست‌رفته» است، تحلیل دقیق مبنای کارشناسی نشان می‌دهد خسارت تعیین‌شده، نه ناشی از بخت مفروض و غیرمحقق، بلکه برخاسته از تقویت عینی منافع موجود کارخانه، به‌مثابه ابزار تحقق تولید اقتصادی بالفعل بوده است. در واقع، نظریه کارشناس مبتنی بر معطلی اجزای بالفعل تولید، و نه سود آتی محتمل، بوده است. این تحلیل با تفکیک فقها میان تقویت منفعت موجود و عدم‌النفع مورد انتظار هماهنگی دارد و دادنامه مذکور را تا حدی از اشکال نظری مصون می‌سازد.

۳. نعمت‌اللهی، «مطالعه تطبیقی هدف از پرداخت خسارت ناشی از نقض قرارداد»، پیشین، ص ۳۹۲.

۴. Plaza Penadés, Javier and Luz M. Martínez Velencoso (eds.). *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Cham: Springer, First Edition, 2015, P 255.

۵. Fontaine, Philippe. "Free Riding", *Journal of the History of Economic Thought*, Volume 36, Issue 3, 2014, P 361.

۶. Free Riding

سوءاستفاده متعهدین محسوب می‌شود.

باین حال، باید توجه داشت که مفاهیم «خسارت انتظار»، «خسارت اعتماد» و «خسارت استرداد» برخاسته از ادبیات کامن لا هستند و در حقوق ایران چنین طبقه‌بندی روشنی وجود ندارد. حتی قانونگذار در مواردی مانند تبصره ۲ ماده ۵۱۵، به‌ظاهر با مطالبه برخی خسارت‌ها مخالفت کرده است. از این‌رو، کاربرد این مفاهیم در تحلیل حاضر صرفاً برای تبیین تحلیلی- تطبیقی مسئله است و نه پذیرش بی‌قیدوشرط مبانی حقوقی بیگانه.

هدف واقعی، تأکید بر اصل «جبران واقعی ضرر» است؛ اصلی که در فقه امامیه و حقوق ایران ریشه دارد. قاعده «لاضرر» و اصل لزوم جبران خسارت ناروا، زمینه بازگرداندن زیان‌دیده به وضعیت پیشین را فراهم می‌کند. این مبانی می‌تواند توجیه‌کننده لزوم تعدیل براساس کاهش ارزش پول یا تأخیر دادرسی نیز باشد. بنابراین، مفاهیم تطبیقی فقط در صورتی پذیرفتنی‌اند که با اصول فقهی و حقوقی بومی همخوان شوند.

به‌طور خلاصه، تعدیل نظریه کارشناسی در مرحله صدور حکم ضرورتی چندبعدی دارد: تحقق منفعت انتظار زیان‌دیده، جلوگیری از «سوار کاری مجانی» ناقض قرارداد، حفظ کارآمدی ضمانت‌اجراها و تقویت اعتماد عمومی به عدالت قضایی. این رویکرد نه فقط ترجمه مفاهیم وارداتی، بلکه امتداد طبیعی اصول مسلم حقوق ایران و فقه امامیه است که بر «جبران واقعی ضرر» تأکید دارند.

۱.۲. احکام و قوانین مرتبط با تعدیل نظریه کارشناس

تبصره ماده ۱۹ قانون کانون کارشناسان رسمی دادگستری مصوب ۱۳۸۱ تصریح می‌کند: «در مواردی که انجام معاملات مستلزم تعیین قیمت عادلانه روز از طرف کارشناس رسمی است، نظریه اعلام‌شده حداکثر تا شش ماه از تاریخ صدور معتبر خواهد بود». این تبصره در نگاه نخست، محدود به مواردی است که انجام معامله، مشروط به تعیین قیمت عادلانه روز است. اما تحلیل مبنایی آن نشان می‌دهد که ملاک اصلی، یعنی تأمین عدالت و جبران زیان واقعی، قابلیت تسری به دعاوی قضایی را نیز دارد. علت تعیین مدت شش‌ماهه، تغییرات اقتصادی نظیر تورم و نوسانات قیمت است که می‌تواند اعتبار نظریه کارشناسی را زائل کند. بنابراین، چنانچه رأی دادگاه بر پایه نظریه‌ای صادر شود که از تاریخ آن مدت طولانی گذشته، نتیجه‌ای جز تضییع حق زیان‌دیده نخواهد داشت.

هدف اصلی دادرسی و تعیین خسارت، جبران زیان وارده به زیان‌دیده است. در ادبیات حقوقی، این هدف با عنوان «منفعت انتظار» شناخته می‌شود. چنان‌که بیان شد، منفعت انتظار به این معنا است که زیان‌دیده باید در وضعیتی قرار گیرد که اگر قرارداد به‌درستی اجرا می‌شد، در آن وضعیت قرار می‌گرفت. حال اگر ارزش پول طی فرایند دادرسی کاهش یابد، تحقق منفعت انتظار ناممکن خواهد شد.

نظریه مشورتی شماره ۷/۹۷/۱۲۲۹ مورخ ۱۳۹۷/۵/۷ اداره کل حقوقی قوه قضائیه در این خصوص بیان می‌دارد: «مقررات تبصره ذیل ماده ۱۹ قانون کانون کارشناسان رسمی دادگستری... در مواردی قابل اعمال است که انجام معامله مستلزم تعیین قیمت عادلانه روز از طرف کارشناس رسمی باشد، نه در همه مواردی که کارشناسان اظهار نظر می‌نمایند. بنابراین، در فرض سؤال که قیمت عادلانه روز، تعیین و شهرداری به پرداخت آن محکوم گردیده است، رأی صادره از اعتبار امر مختوم برخوردار است و اجرای احکام جز اجرای رأی قطعی اختیار و تکلیف دیگری ندارد».^۱

این نظریه در رویه قضایی نیز مقبول افتاده است؛ شعبه پنجم دادگاه عمومی شاهرود در رأی شماره ۹۵۰۰۰۲۴ مورخ

^۱. جهت مطالعه متن کامل نظریه مشورتی، نک. <https://davoudabadi.ir/page/3569241>

۱۳۹۵/۱/۲۴ درخصوص مطالبه خسارت تأخیر تأدیه تا روز اجرای حکم، اظهار مخالفت و به شرح زیر رأی داده است: «...راجع به مطالبه خسارت تأخیر تا زمان اجرای حکم با توجه به اینکه هنوز زمان آن فرا نرسیده و کاهش ارزش پول و در نتیجه رشد تورم و تغییر فاحش قیمت‌ها معلوم نیست و نسبت به آینده نمی‌توان حکم محکومیت صادر نمود... دادگاه به استناد ماده ۸۹ ناظر بر شق ۱۱ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۲ همان قانون قرار رد صادر می‌نماید». این رأی در دیوان عالی کشور طی دادنامه ۹۵۰۹۹۷۰۹۰۷۸۰۰۱۹۵ مورخ ۱۳۹۵/۰۴/۲۶ تأیید شد.^۱

باین حال، چنین برداشتی با فلسفه عدالت‌محور دادرسی ناسازگار است؛ زیرا بی‌توجهی به تغییرات اقتصادی موجب نقض حقوق زیان‌دیده می‌شود.

تبصره ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری نیز مقرر می‌دارد: «در صورتی که حکم به پرداخت قیمت مال صادر شود، قیمت زمان اجرای حکم ملاک است». درخصوص این حکم توجه به دو نکته ضروری است:

اولاً باید دانست اصولاً و طبق مواد ۱۵ و ۴۳۶ قانون آیین دادرسی کیفری، در امور کیفری نیز هر جا پرداخت «قیمت» ضرورت یابد، باید دادخواست مطابق مقررات حاکم بر دعاوی حقوقی تنظیم و تقدیم شود؛^۲ ضمن اینکه در گفتمان مقنن، «جبران نقدی ضرر، درخصوص خسارت وارد به مال، «قیمت» نامیده شده است».^۳ بنابراین نمی‌توان گفت که تبصره ماده ۱۹ صرفاً مربوط به امور کیفری و یا مختص استرداد مال است، بلکه به دعاوی خسارت نیز قابل تسری است.

ثانیاً این حکم اگرچه صریحاً به زمان اجرای حکم اشاره دارد و نه زمان صدور آن، فلسفه و روح حاکم بر این تبصره بر لزوم رعایت عدالت و جبران واقعی زیان تأکید دارد. این دیدگاه نشان می‌دهد قانونگذار ارزش واقعی مبلغ پرداختی را نسبت به زمان اجرای حکم مورد توجه قرار داده و به صورت ضمنی بر ضرورت تعدیل مبالغ در راستای جبران واقعی خسارت اصرار داشته است. این منطق نه فقط در تبصره مذکور، بلکه در مقررات دیگر از جمله ماده ۳۱۲ قانون مدنی نیز منعکس شده است. طبق این ماده «هرگاه مال مغضوب مثلی بوده و مثل آن پیدا نشود، غاصب باید قیمت حین‌الاداء را بدهد».^۴

نکته قابل توجه آنکه قانون مدنی فرانسه نیز از این موضوع غافل نبوده است؛ ماده ۷-۱۲۳۱ این قانون (اصلاحی ۲۰۱۶) بیان می‌دارد: «در کلیه موارد، محکومیت به پرداخت خسارت مستلزم تعلّق بهره به نرخ قانونی است، حتی در صورت عدم تقاضا یا نبود تصریح خاص در حکم. مگر اینکه قانون خلاف آن مقرر کرده باشد، این بهره از زمان صدور حکم جاری می‌شود، مگر اینکه قاضی تصمیم دیگری اتخاذ کند. در صورتی که قاضی تجدیدنظر تصمیم به تأیید کامل و بدون تغییر حکمی داشته باشد که خسارتی را به‌عنوان جبران ضرر تعیین کرده است، این خسارت از تاریخ صدور حکم بدوی به صورت قانونی مشمول بهره به نرخ قانونی خواهد بود. در سایر موارد، خسارتی که در مرحله تجدیدنظر

^۱ قابل دسترسی از طریق سامانه ملی آرای قضایی؛ آدرس: <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/32379>

^۲ خالقی، علی، *آیین دادرسی کیفری*، جلد ۱، تهران: شهر دانش، چاپ چهارم، ۱۳۹۷، ص ۳۰۳.

^۳ صفایی، سید حسین و حبیب‌الله رحیمی، *مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)*، تهران: سمت، چاپ نوزدهم، ۱۴۰۳، ص ۳۴۲.

^۴ علاوه بر موارد مذکور، در خصوص خسارات بدنی نیز در سایر قوانین، احکامی بر پایه پرداخت به نرخ «یوم‌الاداء» وجود دارد؛ به‌عنوان مثال ماده ۴۹۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: «در صورتی که پرداخت‌کننده بخواهد هریک از انواع دیه را پرداخت نماید و یا پرداخت دیه به صورت اقساطی باشد، معیار، قیمت زمان پرداخت است مگر آنکه بر یک مبلغ قطعی توافق شده باشد». همچنین نک. تبصره ماده ۳۶ قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵. در این خصوص نک. احسان‌پور، سید رضا و احمد امی، «مبانی فقهی - حقوقی دیه یوم‌الاداء؛ موضوع ماده ۴۹۰ قانون مجازات اسلامی»، *فصلنامه مطالعات فقه اقتصادی*، دوره ۲، شماره ۲، ۱۳۹۹، صص ۳۹-۳۱.

تعیین می‌شود، از زمان صدور حکم تجدیدنظر مشمول بهره خواهد بود. قاضی تجدیدنظر می‌تواند همواره از مفاد این بند عدول کند». گفتنی است در نظام حقوقی ایران برخی نویسندگان، در نبود چنین بهره‌ای، نهادی به نام «بهره قضایی» را پیشنهاد داده‌اند.^۱

نکته جالب توجه آنکه رویکرد قانونگذار به شرح فوق مبنی بر پرداخت قیمت روز اجرا (تبصره ماده ۱۹ ق.آ.د.ک. و ماده ۲۱۳ ق.م.)، اگرچه در رویه قضایی، عملاً به روز صدور حکم تعبیر شده^۲ و از واگذار کردن تعدیل محکوم به به واحد اجرای احکام، امتناع می‌شود،^۳ در موارد معدودی در رویه قضایی مورد تأیید قرار گرفته است؛ از جمله در دادنامه شعبه چهارم دادگاه عمومی حقوقی بوشهر می‌خوانیم «...دادگاه دعوی خواهان را وارد و محمول بر صحت تلقی حکم بر محکومیت خواننده به پرداخت مبلغ پانزده میلیارد ریال که ثمن معامله نیز مستتر در آن است، به نرخ روز اجرای حکم براساس شاخص تورم عرفی موضوعی که در صورت کاهش ارزش خسارت تعیین شده و درخواست محکوم له از طریق کارشناسی مجدد محاسبه و ارزیابی خواهد [شد]... له خواهان صادر و اعلام می‌نماید...».^۴

۲. قلمرو تعدیل نظریه کارشناس

در قلمرو تعدیل نظریه کارشناس، اگرچه در برخی مصادیق عملی مشاهده می‌شود که مراجع قضایی نسبت به تعدیل نظریه کارشناسی در مرحله صدور حکم اقدام می‌کنند، این موارد جنبه استثنایی دارند و نمی‌توانند به عنوان رویه‌ای غالب و نهادینه شده تلقی شوند. در واقع، نظام قضایی ایران در این خصوص با خلأ ساختاری و نبود یک سازوکار قانونی صریح و عام مواجه است که موجب تشتت در رویه و بروز نتایج متفاوت در موارد مشابه شده است. از همین رو، بررسی دقیق، علمی و آکادمیک این مسئله ضروری می‌نماید تا از خلال آن، معیارهای مشخص و ضابطه‌مند برای تعدیل نظریات کارشناسی با گذشت زمان ارائه شود.

در این چارچوب، دو عامل کلیدی در تعیین شیوه تعدیل و میزان جبران خسارت اهمیت دارند:^۵ نوع تعهد نقض شده و

۱. رضایی‌نژاد، همایون و مصطفی محقق احمدآبادی، «تأخیر در اجرای تعهد پولی و آثار آن (تحلیل حقوق موضوعه و نقد رویه قضایی)»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۷، شماره ۲۶، ۱۳۹۸، صص ۲۷۲ و ۲۹۲. همچنین نک. رضایی‌نژاد، همایون، **فلسفه مسئولیت قراردادی**، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ نخست، ۱۳۹۹، صص ۵۷۰ به بعد.

۲. چنان که دیدیم، برخی احکام قانونی مانند ماده ۳۱۲ قانون مدنی و تبصره ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری، بر لزوم جبران خسارت براساس قیمت حین‌الاداء، یعنی بهای زمان اجرای حکم، تأکید دارند. این درحالی است که سایر مواد قانونی مانند بند ۱۴ ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین که مقرر داشته است: «دادگاه مکلف است قیمت خواسته را قبل از صدور حکم مشخص نماید» و مواد ۱ و ۳ قانون اجرای احکام مدنی، دادگاه‌ها را مکلف به تعیین قیمت خواسته پیش از صدور حکم کرده و صدور حکم با موضوعی نامعین را منع می‌نماید. رویه قضایی نیز بر پایه چنین الزامی و با نوعی تسامح، قیمت زمان رسیدگی و صدور حکم را به جای قیمت زمان پرداخت، مبنا قرار داده است؛ چراکه موانع قانونی پیش‌گفته، مانع از استناد مستقیم به قیمت زمان ادای دین شده‌اند.

۳. ر.ک. رأی شماره ۹۵۰۰۲۴ مورخ ۱۳۹۵/۱/۲۴ شعبه پنجم دادگاه عمومی حقوقی شاهرود که پیش‌تر در متن مقاله به آن اشاره شد.

۴. دادنامه شماره ۱۳۹۴۵۱۲/۱۳۹۳۹۰۰۰ مورخ ۱۴۰۲/۵/۲۳ که به علت عدم تجدیدنظرخواهی، قطعی گردید. جهت مطالعه متن کامل این رأی نک. استا، محمدحسین و غلامرضا اسماعیلی، «قابلیت اعمال ضابطه قیمت زمان اجرای حکم در شیوه جبران نقض خسارت»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۴، ۱۴۰۲، ص ۲۱۵.

۵. توجه شود که فروض و شقوق این بحث، بیش از این موارد است و بررسی تفصیلی شقوق مختلف تعهدات در فرض تعدیل نظریه کارشناس (مانند تفاوت میان تعهد به تسلیم مال معین مثلی یا قیمی، تعهد به انجام عمل، تعهدات کلی در معین، و مواردی که محل تعهد واجد نوسان قیمتی است)، نیازمند پژوهشی مستقلی است که ان شاءالله در آینده به آن پرداخته خواهد شد؛ لکن به هر حال بررسی این موارد، از حوصله این نوشتار خارج است.

بررسی لزوم رعایت اصل تناظر و ترافع. این موارد، در دو بخش جداگانه در ادامه بررسی می‌شوند.

۲.۱. تعدیل نظریه کارشناس از حیث نوع تعهد نقض شده

در بررسی نحوه تعدیل نظریه کارشناس، نوع تعهد نقض شده اهمیت ویژه‌ای دارد، زیرا ماهیت تعهد اصلی تعیین‌کننده رویکرد مناسب برای جبران خسارت و تعدیل مبلغ تعیین شده است. به‌طور کلی، دو حالت اصلی را می‌توان تفکیک کرد: نقض تعهدات مالی پولی و نقض تعهدات مالی غیرپولی. در ادامه، جزئیات راجع به تعدیل نظریه کارشناس در هریک از این دو نوع تعهد بررسی خواهد شد.

۲.۱.۱. تعدیل نظریه کارشناس در تعهدات مالی پولی

در تعهدات مالی پولی، موضوع تعهد از ابتدا پرداخت مبلغ مشخصی پول است و تأخیر در انجام این تعهد نوعاً موجب زیانی متناسب با کاهش ارزش پول در طول زمان می‌شود. به‌همین دلیل، معیار جبران خسارت ناشی از تأخیر در این نوع تعهدات، معمولاً براساس شاخص‌های اقتصادی شناخته‌شده نظیر نرخ تورم عمومی محاسبه می‌شود که کاهش ارزش پول را منعکس می‌کند.^۱ تلف منافع پول و افت ارزش آن در بستر تورمی، از منظر حقوقی مستوجب جبران است و جبران صرفاً براساس شاخص عمومی تورم کفایت نمی‌کند؛ بلکه باید قیمت‌های واقعی موضوع تعهد بررسی شود.^۲ نکته مهم در اینجا آن است که تعیین میزان خسارت تأخیر در پرداخت نباید صرفاً به عدد اسمی محدود شود. ارزش واقعی پول باید با توجه به قدرت خرید آن در زمان پرداخت ارزیابی گردد. برای مثال، اگر شاخص تورم سالانه به‌طور متوسط ۳۰ درصد باشد، مبلغ ۲۰۰ میلیون تومان در سال ۱۴۰۰، معادل ۳۵۲ میلیون تومان در سال ۱۴۰۳ خواهد بود. در نتیجه، برای جبران خسارت، مبلغ پرداختی باید با ارزش روز تعدیل شود؛ شایان ذکر است که در رأی صادره از شعبه چهارم دادگاه بوشهر که شرح آن گذشت، به تعدیل محکوم به «بر اساس شاخص تورم عرفی موضوعی» اشاره شده است.

علاوه بر شاخص‌های اقتصادی، در برخی موارد ممکن است معیارهای عرفی نیز در تعیین خسارت مؤثر باشند. برای مثال، اگر مبلغ تعهد به ارزشهای خارجی یا کالاهای خاصی وابسته باشد، تغییرات نرخ ارز یا قیمت آن کالاها می‌تواند به‌طور مستقیم بر محاسبه خسارت تأثیر بگذارد.

برخی نویسندگان ضمان ناشی از تأخیر در اجرای تعهدات مالی در ایران را ماهیتی «جعلی» می‌دانند؛ زیرا ماده ۲۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی، هدف را جبران کاهش ارزش پول می‌داند نه تحمیل خسارت. بنابراین مدیون مکلف است علاوه بر اصل دین، افت ارزش آن را نیز بپردازد. در مقابل، در حقوق فرانسه طبق ماده ۱۲۳۱-۶ اصلاحی ۲۰۱۶، ضمان تأخیر ماهیتی قهری دارد و بدون توجه به تغییر ارزش پول، مدیون صرفاً به دلیل تأخیر، ملزم به پرداخت مبلغی افزون بر دین اصلی به نرخ قانونی، تحت عنوان خسارت تأخیر تأدیه است.^۳

۱. خطیبی، مهدی، «بررسی فقهی صدق خسارت بر عدم النفع ناشی از تأخیر تأدیه بدهکاران بانکی و امکان سنجی اثبات ضمان بابت آن»، فصلنامه پژوهش‌های پولی-بانکی، دوره ۱۳، شماره ۴۵، ۱۳۹۹، ص ۴۶۳.

۲. الهویی نظری، مهدی و محمد مهدی مقدادی، «زیان تورم و تلف منافع پول در خسارت تأخیر تأدیه و تطبیق با حقوق کامن لا و فرانسه»، دوفصلنامه حقوق تطبیقی، دوره ۷، شماره ۲، ۱۳۹۹، صص ۱۸۷-۱۹۰.

۳. کریمی، عباس و رسول بهرامپوری، «مطالعه تطبیقی ماهیت ضمان ناشی از تأخیر در اجرای تعهدات پولی در حقوق ایران و فرانسه»، فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۴، شماره ۳، ۱۳۹۹، ص ۱۴۶.

۲.۱.۲. تعدیل نظریه کارشناس در تعهدات مالی غیر پولی

در تعهدات مالی غیر پولی، مانند ساخت یک ساختمان، یا ارائه خدمات خاص، ماهیت تعهد به گونه‌ای است که ارزش آن مستقیماً از تغییرات اقتصادی و شرایط بازار متأثر می‌شود. در این گونه موارد، تأخیر در پرداخت این مبلغ خسارت، نیازمند بررسی دقیق‌تری نسبت به تعهدات مالی پولی است.

علت این پیچیدگی آن است که مبلغ تعیین شده برای خسارت، معمولاً براساس ارزش و هزینه‌های جاری در زمان محاسبه اولیه تعیین می‌شود. اما در صورت تأخیر در پرداخت، هزینه‌ها و ارزش واقعی اجزا و لوازم انجام تعهد ممکن است تغییر کند. برای مثال، اگر هزینه ساخت یک ساختمان در سال ۱۴۰۰ معادل ۵ میلیارد تومان برآورد شود، این مبلغ ممکن است در سال ۱۴۰۳ به دلیل افزایش قیمت مصالح ساختمانی، دستمزدها، و سایر عوامل اقتصادی به ۱۴ میلیارد تومان برسد. در چنین شرایطی، صرف اعمال شاخص تورم عمومی نمی‌تواند بازتاب‌دهنده تغییرات واقعی باشد.^۱

برای تعدیل نظریه کارشناس در این موارد، ارزیابی مجدد هزینه‌های عملیات موضوع تعهد ضروری است. به عنوان مثال، در مورد ساخت‌وساز، شاخص‌های تخصصی نظیر قیمت مصالح ساختمانی و نرخ دستمزدها باید مبنای تعدیل قرار گیرند. علاوه بر این، در برخی موارد ممکن است عواملی مانند تغییرات فناوری یا شرایط بازار بر ارزش تعهد تأثیرگذار باشند.^۲ برای مثال، در مورد ارائه خدمات خاص، تغییرات فناوری می‌تواند هزینه انجام خدمات را کاهش یا افزایش دهد.

در نهایت، تعدیل نظریه کارشناس در تعهدات مالی غیر پولی باید به گونه‌ای انجام شود که ارزش واقعی تعهد در زمان تأخیر به طور کامل محاسبه شود و زیان دیده بتواند به حق خود دست یابد و در عین حال، باتوجه به امکان تسهیل انجام تعهدات غیر پولی به علت رشد فناوری، وی از این رهگذر، کسب سود نکند و چیزی بیش از ارزش انجام عمل مورد تعهد دارا نشود (ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی).

۲.۲. تعدیل نظریه کارشناس از حیث اصل تناظر و ترافع

در بررسی تعدیل نظریه کارشناس، توجه به ماهیت موضوع و تفاوت بین تعهدات مالی پولی و غیر پولی ضروری است. اولاً در تعهدات مالی «پولی»، تعدیل نظریه کارشناسی عمدتاً یک محاسبه ریاضی و اقتصادی است که نیازی به ارزیابی مجدد کارشناسانه ندارد. در این موارد، مبلغ مندرج در نظریه اولیه کارشناس باتوجه به شاخص‌های معتبر مانند نرخ تورم بانک مرکزی یا سایر شاخص‌های اقتصادی که در دفاتر دادگاه‌ها به کارگیری می‌گردد، تعدیل می‌شود. لذا می‌توان گفت در این گونه نیازی به مراجعه مجدد به کارشناس و تشکیل جلسه کارشناسی وجود ندارد.

ثانیاً در تعهدات مالی غیر پولی، نظریه کارشناسی تعدیل شده ممکن است تغییرات بنیادینی نسبت به نظریه پیشین داشته باشد؛ چه از حیث مبلغ برآورد شده و چه از حیث مبانی و ارکان تحلیل که اساس نظریه قبلی را تغییر داده و حتی منشأ دعوا را دگرگون می‌سازد. همچنین ممکن است این تغییرات در نتیجه نهایی حکم یا حقوق یکی از طرفین، خصوصاً در مرجع تجدیدنظر، مؤثر واقع شود. از این رو، در چنین مواردی، رعایت اصل تناظر و فراهم کردن امکان دفاع و اظهارنظر برای طرفین، امری اجتناب‌ناپذیر خواهد بود. در این فرض، تفاوتی ندارد که نظریه تعدیلی از سوی کارشناس اولیه صادر

۱. موسوی، سیده شکوفه، ایمان باستانی‌فر و هادی امیری، «تأثیر تغییر دستوری نرخ سود سپرده بر ثبات مالی بانکی ایران در شرایط تحریم»، فصلنامه اقتصاد و الگوسازی، دوره ۱۱، شماره ۴، ۱۳۹۹، ص ۳.

۲. شیرعلی، اسماعیل، «سیاست‌های تعدیل ساختاری در دولت سازندگی و شاخص‌های فلاکت اقتصادی در ایران»، ماهنامه جامعه‌شناسی سیاسی ایران، دوره ۳، شماره ۳، ۱۳۹۹، صص ۲۱۰ و ۲۱۱.

شده باشد یا ازسوی کارشناس جدید؛ آنچه اهمیت دارد، میزان تأثیر تغییر در مبنای یا نتیجه کارشناسی است. بر این مبنا، پیشنهاد می‌شود ملاک‌هایی برای احراز «تغییر اساسی» در نظریه کارشناسی به رسمیت شناخته شود. در این خصوص باید اذعان کرد که قوانین موجود معیار روشنی برای تشخیص تغییر اساسی ارائه نمی‌دهند. اما می‌توان پیشنهاد کرد که مقتن یا رویه قضایی در راستای تأمین امنیت قضایی و جلوگیری از برداشت‌های متناقض، از ترکیب سه نوع معیار بهره گیرد:

معیار کمی (نسبی): چنانچه تفاوت نظریه تعدیل‌شده با نظریه پیشین از لحاظ ریالی، مثلاً بیش از ۲۵ درصد باشد، این تغییر می‌تواند به‌عنوان تغییر اساسی تلقی شود. در این حالت، چنانچه تغییر به نفع محکوم‌علیه باشد، باید حق اعتراض برای محکوم‌له محفوظ بماند و بالعکس.

معیار ماهوی (تحلیلی): هرگاه در نظریه تعدیلی، روش یا مبنای ارزیابی به‌طور اساسی دچار تحول شده باشد (برای مثال، در نظریه اولیه کارشناس، برآورد خسارت بر پایه قیمت عرفی بوده ولی در نظریه تعدیلی، مبنای برآورد به ارزش جایگزینی یا نرخ صادراتی تغییر یافته باشد) می‌توان گفت که عناصر تحلیلی نظریه تغییر کرده‌اند و لذا اصل تناظر باید رعایت شود.

معیار اثر حقوقی: چنانچه نظریه تعدیل‌شده در وضعیت حقوقی یا تعهدات یکی از طرفین تأثیر بگذارد (برای مثال، موجب افزایش یا کاهش چشم‌گیر مسئولیت مالی یکی از طرفین شود یا در قابلیت اعتراض به رأی اثرگذار باشد)، دادگاه مکلف به ابلاغ نظریه جدید و اعطای فرصت اعتراض به طرفین خواهد بود.

افزون بر این، پیشنهاد می‌شود قانونگذار، قیدی تکمیلی نیز به قانون بیفزاید تا به‌موجب آن، تشخیص نهایی درخصوص اساسی بودن تغییر نظریه کارشناسی و ضرورت رعایت اصل تناظر با صلاحدید مرجع قضایی باشد.

بر همین اساس و باتوجه به اینکه ممکن است رأی بدوی به مرحله تجدیدنظر کشیده نشده و با قطعیت یافتن در همان مرحله بدوی، آماده اجرا گردد، پیشنهاد می‌شود تعدیل نظریه کارشناسی چه در تعهدات پولی و چه غیرپولی، به جزء لاینفک و متداول فرایند دادرسی هر مرحله تبدیل شود. این امر باید به‌گونه‌ای انجام گردد تا از اطاله غیرضرور جلوگیری شود. به عبارت دیگر، تعدیل نباید به‌عنوان مقطعی مجزا به روند دادرسی هر مرحله افزوده گردد، بلکه همانند امور متداولی چون تعیین وقت احتیاطی، صدور اخطاریه‌ها به‌عنوان بخشی طبیعی و ضروری از فرایند رسیدگی قضایی لحاظ شود، لذا می‌توان گفت چنین تعدیلی اگر قرار است براساس کارشناسی مجدد انجام شود و کارشناسی اصلی، قبلاً به درخواست ذی‌نفع بوده است، نیازمند درخواست مجدد وی نیست.

در تعهدات مالی پولی، این سازوکار می‌تواند با استفاده از شاخص‌های اقتصادی معتبر و ابزارهای محاسباتی موجود به سرعت و بدون دخالت کارشناس انجام شود. در تعهدات مالی غیرپولی نیز، بازبینی نظریه کارشناس باید بر مبنای تمایز میان موارد دارای تغییرات جزئی و موارد دارای تغییرات اساسی صورت پذیرد؛ به این ترتیب که در فرض اول، بازبینی نظریه اولیه به‌صورت غیرترافعی، در قالبی ساده و بر پایه مستندات و داده‌های موجود، ترجیحاً توسط همان کارشناس یا کارشناسان قبلی انجام گیرد؛ اما در فرض دوم، یعنی جایی که نظریه جدید متضمن تغییر اساسی در مبنای یا نتیجه باشد، رعایت اصل تناظر از طریق ابلاغ نظریه و اعطای فرصت اعتراض ضروری است و چه‌بسا تشکیل جلسه ترافعی نیز الزامی گردد.

در نتیجه، با نهادینه‌سازی این رویکرد از طریق صدور بخشنامه‌های قضایی و سایر مقررات پایین‌دستی، فرایند دادرسی کارآمدتر، دقیق‌تر و همسو با الزامات عدالت قضایی خواهد شد و علاوه بر حفظ حقوق طرفین دعوی، موجب تسریع در

صدور آرای منطبق با شرایط اقتصادی روز می‌گردد.

نتیجه‌گیری

۱. یکی از مناسب‌ترین معیارهای جبران کامل ضررهای ناروای ناشی از نقض قرارداد، قرار دادن زیان‌دیده در وضعیتی است که گویی تعهدات قراردادی از ابتدا به‌درستی اجرا شده و بدین‌سان، منفعت مورد انتظار او تأمین شده است. این رویکرد نه‌فقط از منافع مشروع خواهان حمایت می‌کند، بلکه از دارا شدن ناروا و استیفای ناعادلانه متعهد عهدشکن نیز جلوگیری می‌نماید. درواقع، اگر نظام حقوقی نتواند هزینه‌ای ملموس و مؤثر برای نقض تعهدات قراردادی بر متخلف تحمیل کند، نه‌تنها اجرای عدالت درخصوص طرف زیان‌دیده محقق نمی‌شود، بلکه دیگر متعهدان بالقوه نیز با جسارت بیشتری به نقض تعهدات خود روی می‌آورند. در چنین شرایطی، ابزارهای بازدارنده حقوقی تضعیف شده و تعهدات قراردادی عملاً خاصیت الزام‌آور خود را از دست می‌دهند. از این منظر، جبران منفعت انتظار، نقشی دوگانه ایفا می‌کند: هم تضمینی برای احقاق حق زیان‌دیده است و هم ابزاری برای صیانت از نظم قراردادی و بازدارندگی مؤثر در روابط خصوصی.

۲. در مقابل دیدگاه غالب مبتنی بر اصل لزوم جبران کامل خسارت، برخی از صاحب‌نظران حقوقی در نظام حقوقی ایران، با تکیه بر مبانی فقهی و نیز برداشت خاص از متون قانونی، معتقدند که تنها خساراتی قابل مطالبه‌اند که قانونگذار به‌صراحت به جبران آن تصریح کرده باشد. این دیدگاه، مبتنی بر اصل «توقیف در تعبدیات» در فقه و نیز تحلیل مضیق از مواد قانونی مانند ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی یا تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی است. به عقیده طرف‌داران این نظریه، جبران خسارات فراتر از نص، فاقد مستند معتبر و قابل اتکا در حقوق ایران است.

۳. ازجمله گام‌های عملیاتی ضروری، پذیرش امکان تعدیل نظریه‌های کارشناسی در مرحله صدور حکم، در مواردی است که فاصله زمانی معتنابهی از تاریخ صدور نظریه گذشته باشد. هرچند این رویکرد در رویه غالب قضایی مهجور و مغفول مانده و تعدیل در این مرحله عملاً خلاف اصل تلقی می‌شود، اما در پاره‌ای موارد استثنایی، دادگاه‌ها با استناد به اقتضائات عدالت و ضرورت تطبیق محکوم‌به با شرایط واقعی زمان اجرا، چنین تعدیلی را اعمال کرده‌اند. این امر نشان می‌دهد که ظرفیت پذیرش این سازوکار در نظام دادرسی موجود وجود دارد، به‌ویژه با بهره‌گیری از مقرراتی نظیر تبصره ماده ۱۹ قانون کانون کارشناسان رسمی دادگستری و تبصره ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری که امکان ارجاع مجدد برای تعدیل یا تکمیل نظریه کارشناسی را فراهم می‌سازند. بر همین اساس، پیشنهاد می‌شود در مواردی که بیش از شش ماه از زمان تنظیم نظریه کارشناسی گذشته باشد، تعدیل آن بر مبنای ارزش روز مورد بررسی قرار گیرد، تا از زیان مضاعف زیان‌دیده و بی‌اعتنایی به تحولات اقتصادی جلوگیری به عمل آمده و ارزش واقعی محکوم‌به برای زیان‌دیده احیا گردد.

۴. کارشناسی برای تعدیل نظریه اولیه، اساساً با کارشناسی اصلی در دادرسی متفاوت است. درحالی‌که کارشناسی اولیه در مواردی مستلزم رعایت اصل تناظر و ترافع و بررسی همه‌جانبه ادله است، کارشناسی برای تعدیل، بیشتر جنبه اصلاحی و بازبینی دارد و در یک چارچوب محدود و مشخص صورت می‌گیرد. این تمایز علاوه بر تقویت سرعت دادرسی، از اطاله بی‌مورد فرایند صدور حکم جلوگیری می‌کند. پیشنهاد می‌شود (بر فرض پذیرش پیشنهاد مندرج در بند قبل)، رویه قضایی به‌صراحت میان این دو حالت، تفکیک قائل شود تا از اطاله دادرسی و تکرار غیرضروری

تشریفات جلوگیری گردد.

۵. در مقام تعیین رویکرد مناسب برای تعدیل، باید نوع تعهد نقض شده به عنوان شاخص اصلی مدنظر قرار گیرد؛ در تعهدات مالی پولی، پرداخت مبلغ مشخصی پول مدنظر است و تأخیر در پرداخت موجب زیان ناشی از کاهش ارزش پول می شود. خسارت براساس شاخص های اقتصادی مانند نرخ تورم محاسبه می گردد تا ارزش واقعی تعهد حفظ شود؛ این فرایند ممکن است بی نیاز از کارشناسی مجدد باشد و براساس سامانه های برخط انجام شود. در تعهدات مالی غیر پولی مانند تحویل کالا یا ساخت ساختمان، ارزش تعهد از تغییرات بازار و هزینه ها متأثر می شود. کارشناس باید هزینه های جاری مانند قیمت مصالح را مجدداً ارزیابی کند. این تعدیل باید بازتاب دهنده تغییرات واقعی باشد تا زیان دیده به حق خود برسد، بی آنکه از تأخیر، نفع مزاد کسب کند. ضمناً در این نوع تعهدات به علت رشد و ارتقای فناوری، ممکن است (هرچند نادر) هزینه های انجام عمل مورد تعهد، کاهش یابد و در نتیجه مبلغ مندرج در کارشناسی اولیه، کمتر ارزیابی گردد.

۶. به منظور کارآمدسازی فرایند تعدیل، پیشنهاد می شود تعدیل نظریه کارشناسی به بخشی طبیعی از دادرسی تبدیل شود. این مهم با صدور بخشنامه ها و دستورالعمل های اجرایی قابل تحقق است و از پشتوانه و توجیه حقوقی و قانونی نیز برخوردار است؛ اما در نهایت و در صورت سخت گیری رویه قضایی بر این نظر، پیشنهاد می شود سازوکار تعدیل نظریه کارشناسی در مرحله صدور حکم، در قالب تبصره ای الحاقی به ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی پیش بینی شود و همانند حکم تبصره ماده ۱۹ قانون کارشناسان رسمی دادگستری، مدت شش ماهه به عنوان مدتی که پس از آن، نظر کارشناسی نیازمند تعدیل است، تعیین شود. در این راستا متن تبصره مذکور به این شرح پیشنهاد می شود: تبصره: در صورتی که از تاریخ صدور نظریه کارشناسی تا زمان صدور حکم بیش از شش ماه گذشته باشد، دادگاه مکلف است نسبت به تعدیل نظریه کارشناسی با توجه به شاخص های رسمی تورم و تغییرات اقتصادی اقدام نماید. در فرضی که نظریه کارشناسی ناظر به تعهدات مالی غیر پولی باشد، دادگاه با ارجاع به کارشناس، نسبت به ارزیابی مجدد بر مبنای تغییر هزینه ها و شرایط بازار اقدام می نماید. چنانچه نظریه تعدیلی از حیث مبلغ یا ارکان و عناصر ارزیابی، نسبت به نظریه اولیه، تغییری اساسی (اعم از افزایش یا کاهش بیش از ۲۵ درصد مبلغ، یا تغییر در مبنای محاسبه یا اثرگذاری بر قابلیت اعتراض به رأی و یا تفاوت با نحوه دعوا) داشته باشد، ابلاغ نظریه جدید به طرفین و اعطای فرصت اعتراض الزامی است. تشخیص نهایی در خصوص اساسی بودن تغییر با دادگاه رسیدگی کننده خواهد بود.

منابع

کتاب

۱. بادینی، حسن، *فلسفه مسئولیت مدنی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۲.
۲. خالقی، علی، *آیین دادرسی کیفری*، جلد ۱، تهران: شهر دانش، چاپ چهارم، ۱۳۹۷.
۳. رضایی نژاد، همایون، *فلسفه مسئولیت قراردادی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ نخست، ۱۳۹۹.
۴. صفایی، سید حسین و حبیب الله رحیمی، *مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)*، تهران: سمت، چاپ نوزدهم، ۱۴۰۳.
۵. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۴، تهران: گنج دانش، چاپ هشتم، ۱۴۰۳.
۶. کاتوزیان، ناصر، *مسئولیت مدنی*، جلد ۱، تهران: دانشگاه تهران، چاپ یازدهم، ۱۳۹۱.
۷. کاتوزیان، ناصر، *نظریه عمومی تعهدات*، تهران: میزان، چاپ یازدهم، ۱۴۰۲.

مقاله

۸. احسان‌پور، سید رضا و احمد امی، «مبانی فقهی - حقوقی دیه يوم الاداء؛ موضوع ماده ۴۹۰ قانون مجازات اسلامی»، *فصلنامه مطالعات فقه اقتصادی*، دوره ۲، شماره ۲، ۱۳۹۹، صص ۳۹-۳۱.
۹. استاء، محمدحسین و غلامرضا اسماعیلی، «قابلیت اعمال ضابطه قیمت زمان اجرای حکم در شیوه جبران نقدی خسارت»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۷، شماره ۱۲۴، ۱۴۰۲، صص ۲۰۳-۲۲۲. Doi: 10.22106/ijl.2024.2009821.5402
۱۰. جزایری، سید عباس و فاطمه علی اصغرزاده، «امکان‌سنجی تحقق ربا در خسارت تأخیر تأدیه در حقوق کیفری ایران و فقه امامیه»، *فصلنامه فقه و حقوق نوین*، دوره ۳، شماره ۸، ۱۴۰۰، صص ۶۰-۷۵. Doi: 10.22034/jml.2022.253315
۱۱. خطیبی، مهدی، «بررسی فقهی صدق خسارت بر عدم‌النفع ناشی از تأخیر تأدیه بدهکاران بانکی و امکان‌سنجی اثبات ضمان بابت آن»، *فصلنامه پژوهش‌های پولی-بانکی*، دوره ۱۳، شماره ۴۵، ۱۳۹۹، صص ۴۶۱-۴۸۴. Doi: 20.1001.1.26453355.1399.13.45.6.9
۱۲. رضایی‌نژاد، همایون و مصطفی محقق احمدآبادی، «تأخیر در اجرای تعهد پولی و آثار آن (تحلیل حقوق موضوعه و نقد رویه قضایی)»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، دوره ۷، شماره ۲۶، ۱۳۹۸، صص ۲۷۱-۳۰۰. <https://doi.org/10.22054/jplr.2017.20703.1539>
۱۳. شیرعلی، اسماعیل، «سیاست‌های تعدیل ساختاری در دولت‌سازی و شاخص‌های فلاکت اقتصادی در ایران»، *ماهنامه جامعه‌شناسی سیاسی ایران*، دوره ۳، شماره ۳، ۱۳۹۹، صص ۱۸۹-۲۱۴. Doi: 10.30510/psi.2020.201114.1062
۱۴. عطاری، نازنین زهرا، جلیل قنوتی و وحید قاسمی عهد، «تحلیل نفع متوقع به عنوان معیار ارزیابی خسارات قراردادی مقایسه حقوق نوین قراردادهای اروپایی و حقوق ایران»، *فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، دوره ۲۳، شماره ۱، ۱۳۹۸، صص ۹۹-۱۲۶. Doi: 20.1001.1.22516751.1398.23.1.5.6
۱۵. قلیچ، وهاب و فرشته ملاکریمی، «تحلیل چالش‌های جریمه تأخیر تأدیه در بانکداری بدون ربا و ارائه راهکار جایگزین»، *فصلنامه اقتصاد اسلامی*، دوره ۱۵، شماره ۵۹، ۱۳۹۴، صص ۱۲۹-۱۵۵.
۱۶. کریمی، عباس و رسول بهرامپوری، «مطالعه تطبیقی ماهیت ضمان ناشی از تأخیر در اجرای تعهدات پولی در حقوق ایران و فرانسه»، *فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، دوره ۲۴، شماره ۳، ۱۳۹۹، صص ۱۲۷-۱۵۰.
۱۷. محمدرضاپور، بابک و فائزه جهانی مقدم، «بررسی تطبیقی خسارت تأخیر تأدیه با ربا»، *دوفصلنامه پژوهش‌نامه حقوق خصوصی/احرار*، دوره ۱، شماره ۱، ۱۳۹۹، صص ۳۵-۵۵.
۱۸. موسوی، سیده شکوفه، ایمان باستانی‌فر و هادی امیری، «تأثیر تغییر دستوری نرخ سود سپرده بر ثبات مالی بانکی ایران در شرایط تحریم»، *فصلنامه اقتصاد و الگوسازی*، دوره ۱۱، شماره ۴، ۱۳۹۹، صص ۱-۲۶. Doi: 10.29252/jem.2021.202626.1543
۱۹. نعمت‌اللهی، اسماعیل، «اهداف و مبانی جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد با تأکید بر آرای قضایی»، *فصلنامه حقوق خصوصی*، دوره ۱۹، شماره ۲، ۱۴۰۱، صص ۴۰۱-۴۱۴. Doi: 10.22059/jolt.2023.341617.1007091
۲۰. نعمت‌اللهی، اسماعیل، «مطالعه تطبیقی هدف از پرداخت خسارت ناشی از نقض قرارداد»، *فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۱۲، شماره ۱، ۱۴۰۰، صص ۳۶۹-۳۹۶. Doi: 10.22059/jcl.2020.306369.634042
۲۱. ویسی، میثم و سیدعباس جزایری، «وجه افتراق خسارت تأخیر تأدیه، ربا و سود بانکی در حقوق کیفری ایران»، *فصلنامه مطالعات علوم اجتماعی*، دوره ۵، شماره ۳، ۱۳۹۸، صص ۶۱-۷۳.
۲۲. الهویی نظری، مهدی و محمد مهدی مقدادی، «زیان تورم و تلف منافع پول در خسارت تأخیر تأدیه و تطبیق با حقوق کامن‌لا و فرانسه»، *دوفصلنامه حقوق تطبیقی*، دوره ۷، شماره ۲، ۱۳۹۹، صص ۱۸۱-۲۰۶. Doi: 10.22096/law.2019.104163.1423

وبسایت

۲۳. سامانه ملی آرای قضایی به نشانی: <https://ara.jri.ac.ir/>، آخرین بازدید در ۱۴۰۴/۰۱/۱۶.

۲۴. <https://davoudabadi.ir/>، آخرین بازدید در ۱۴۰۴/۰۱/۱۵.

References

Books

1. Badini, Hassan, *Philosophy of Civil Liability*. Tehran: Sahami Enteshar Company, 2023. (In Persian)
2. Fauvarque-Cosson, Bénédicte and Denis Mazeaud (eds.). *European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Munich: Sellier, First Edition, 2008.
3. Katouzian, Nasser, *Civil Liability*, Volume 1, Tehran: University of Tehran, 11th Edition, 2012. (In Persian)
4. Katouzian, Nasser, *General Rules of Contracts*, Volume 4, Tehran: Ganj-e-Danesh, Eighth Edition, 2024. (In Persian)
5. Katouzian, Nasser, *General Theory of Obligations*, Tehran: Mizan, 11th Edition, 2023. (In Persian)
6. Khaleghi, Ali, *Criminal Procedure*, Volume 1, Tehran: Shahr-e-Danesh, 40th Edition, 2018. (In Persian)
7. Plaza Penadés, Javier and Luz M. Martínez Velencoso (eds.). *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Cham: Springer, First Edition, 2015.
8. Reza'ei-Nejad, Homayoun, *Philosophy of Contractual Liability*, Tehran: Sahami Enteshar Company, First Edition, 2020. (In Persian)
9. Safae'i, Sayyed Hossein and Habibollah Rahimi, *Civil Liability (Extra-Contractual Obligations)*, Tehran: Samt, 19th Edition, 2024. (In Persian)
10. Saidov, Djakhongir. *The Law of Damages in International Sales: The CISG and Other International Instruments*, Oxford and Portland, Oregon, First Edition, 2008.

Articles

11. Alhou'ee Nazari, Mehdi and Mohammad Mehdi Meghdadi, "A Comparative Study of Inflation and Loss of Money Profits In Delayed Payment Damages with Common Law and France Law", *Bi-Quarterly Journal of Comparative Law*, Volume 7, Issue 2, 2020, PP. 181-206. (In Persian) Doi: 10.22096/law.2019.104163.1423
12. Attari, Nazanin-Zahra, Jalil Ghanavati and Vahid Ghasemi Ahad, "The Analysis of 'Expectation Interest' as a Criterion for Assessing Contractual Damages; The Comparison of Modern European Contract Law and Iranian Law", *Comparative Law Researches Quarterly*, Volume 23, Issue 1, 2019, PP 99-126. (In Persian) Doi: 20.1001.1.22516751.1398.23.1.5.6
13. Ehsan-Pour, Sayyed Reza and Ahmad Ommi, "Jurisprudential Principles - Legal Diyat of the Day; Subject of Article 490 of the Islamic Penal Code", *Quarterly Journal of Economic Jurisprudence Studies*, Volume 2, Issue 2, 2019, PP 31-39. (In Persian)
14. Esta, Mohammad Hossein and Gholamreza Esma'eili, "Investigating the Possibility of Applying the Price Rule at the Time of Execution of the Judgment in Cash Compensation", *Judicial Law Journal*, Volme 87, Issue 124, 2023, PP 203-222. (In Persian) Doi: 10.22106/jlj.2024.2009821.5402
15. Fontaine, Philippe. "Free Riding", *Journal of the History of Economic Thought*, Volume 36, Issue 3, 2014, PP 359-376. <https://doi.org/10.1017/S1053837214000376>
16. Ghelich, Vahhab and Fereshteh Mollakarimi, "The Analysis of Delay Payment Penalty Challenges in usury-free Banking, with Substitute Solution", *Islamic Economics Quarterly*, Volume 15, Issue 59, 2015, PP 129-155. (In Persian)
17. Jazayeri, Sayyed Abbas and Fatemeh Ali-Asgharzadeh, "Feasibility Study of Usury in Damages for Late Payment in Iranian Criminal Law and Imami Jurisprudence", *New Jurisprudence and Law Quarterly*, Volume 3, Issue 8, 2021, PP 60-75. (In Persian) Doi: 10.22034/jml.2022.253315

18. Karimi, Abbas and Rasoul Bahrampoori, "Comparative Study about Nature of Liability Arising from Delay in Execution of Monetary Obligations in Iranian Law and French New Regulations", *Comparative Law Researches Quarterly*, Volume 24, Issue 3, 2020, PP 127-150. (In Persian)
19. Khatibi, Mehdi, "Jurisprudential Review of the Applicability of Compensation for Lost Profit Due to the Delay in Payment by Bank Debtors and the Feasibility of Establishing Liability for It", *Monetary and Banking Research Quarterly*, Volume 13, Issue 45, 2020, PP 461-484. (In Persian) Doi: 20.1001.1.26453355.1399.13.45.6.9
20. Mohammadreza-Pour, Babak and Fa'ezeh Jahani Moghaddam, "Comparative Study of late payment damage with and Usury", *Bi-Quarterly Journal of Ahrar Private Law Research*, Volume 1, Issue 1, 2020, PP 35-55. (In Persian)
21. Mousavi, Seyyedeh Shokoofeh, Iman Bastani-Far and Hadi Amiri, "The Impact of Interest Rate Defense on the Financial Stability of Banking in Iran", *Journal of Economics and Modelling*, Volume 11, Issue 4, 2021, PP 1-26. (In Persian) Doi: 10.29252/jem.2021.202626.1543
22. Ne'matollahi, Esma'eil, "A Comparative Study of the Purpose of Awarding Damages for Breach of Contract", *Comparative Law Reviews Quarterly*, Volume 12, Issue 1, 2021, PP 369-396. (In Persian) Doi: 10.22059/jcl.2020.306369.634042
23. Ne'matollahi, Esma'eil, "Purposes and Bases of Damages for Breach of Contract with Emphasis on Judicial Decisions", *Private Law Quarterly*, Volume 19, Issue 2, 2022, PP 401-414. (In Persian) Doi: 10.22059/jolt.2023.341617.1007091
24. Reza'ei-Nejad, Homayoun, and Mostafa Mohaghegh Ahmad-Abadi, "Delay in Satisfaction of Monetary Obligations and Its Consequences(Statute Law Analysis and Jurisprudence Case Law Review)", *Private Law Research Quarterly*, Volume 7, Issue 26, 2019, PP 271-300. (In Persian) <https://doi.org/10.22054/jplr.2017.20703.1539>
25. Shirali Esma'eil, "Structural Adjustment Policies in Construction Government and Economic Weakness Indicators in Iran", *Monthly Magazine of Political Sociology Research*, Volume 3, Issue 3, 2020, PP 189-214. (In Persian) Doi: 10.30510/psi.2020.201114.1062
26. Vaysi, Meysam and Sayyed Abbas Jazayeri, "The Difference between Damages for Late Payment, Usury and Bank Interest in Iranian Criminal Law", *Social Sciences Studies Quarterly*, Volume 5, Issue 3, 2019, PP 61-73. (In Persian)

Websites

27. Ara JRI, *National Legal Database of Judicial Rulings*. Available at: <https://ara.jri.ac.ir/>, Last Visited on 2025/04/05. (In Persian)
28. Davoudabadi.ir, *Official Website of Seyed Mohammad Davoudabadi*. Available at: <https://davoudabadi.ir/>, Last Visited on 2025/04/04, (In Persian)



Original Article

Feasibility of Participatory Budgeting in Iran according to Comparative Studies (Spain, France, Germany)

Saeed Reza Abadi¹, Ferdos Sabermahani²

Highlights

- Participatory budgeting in Spain, France, and Germany respectively aligns with the models of participatory democracy (emphasizing distributive justice), proximity democracy (focusing on decentralization and close citizen-policymaker relations), and participatory modernisation (aiming at cost reduction and improved public services).
- Despite significant legal capacities in Iran's Constitution and Islamic Councils laws, the lack of a comprehensive legal framework and a coherent institutional structure for citizen participation in the budget cycle, along with the annulment of the Shorayari (Neighborhood Council) election resolution, constitute the main executive obstacles to participatory budgeting in Iran.
- The optimal model for Iran is a hybrid of the three aforementioned models, achieved by strengthening the role of Islamic Councils and Shorayari (Neighborhood Council), fiscal decentralization, establishing information transparency and citizen education, which will enhance political legitimacy while realizing distributive justice, improving public spending efficiency, and fostering social cohesion.

ABSTRACT

Introduction

In recent decades, the decline of citizens' trust in political institutions and elected representatives has highlighted the need to redesign participatory mechanisms in public affairs management. Participatory Budgeting (PB), as a process in which non-elected citizens participate in the allocation or prioritization of public resources, has evolved since its inception in Porto Alegre, Brazil (1989) into one of the most effective tools for realizing direct democracy, reducing corruption, improving distributive justice, and enhancing public accountability. By 2019, over 12,000 PB cases had been identified across 71 countries. Despite the emphasis of several articles of the Iranian Constitution (Articles 3, 6, 43, 100, and provisions on councils) on public participation in all political, social, and economic dimensions, PB remains theoretically unexplored and practically neglected in Iran. Therefore, the main objective of this research is to assess the feasibility of establishing PB in Iran through a comparative study of three countries: Spain, France, and Germany. The research questions are: (1) What are the optimal models of PB and their key components?

How to Cite: Abadi, Saeed Reza, Sabermahani, Ferdos, "Feasibility of Participatory Budgeting in Iran according to Comparative Studies (Spain, France, Germany)", Legal Research, Vol. 29, No. 114, 2026, pp: 85-104.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.235301.2711>

Received: 07/04/2024-Accepted: 07/05/2024

1. Associate Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: s_abadi@sbu.ac.ir

2. PhD Candidate, Faculty of Law Shahid Beheshti University Tehran, Iran



Copyright: © 2026 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/>).

(2) Which models align with the PB systems of the aforementioned countries? (3) Is it possible to establish such a system in Iran given its existing legal and institutional contexts?

Methods

This research adopted a descriptive-comparative approach. First, by reviewing theoretical literature, six ideal models of PB—"Participatory Democracy", "Proximity Democracy", "Participatory Modernisation", "Multi-stakeholder Participation", "Neo-corporatism", and "Community Development"—were elaborated based on criteria such as citizens' decision-making power, socio-political objectives, degree of decentralization, the role of civil society, and resource allocation methods. Second, the experiences of Spain, France, and Germany were separately examined using reliable international reports, domestic laws, and previous studies, and then matched with the six models. Third, using documentary analysis, Iran's upstream laws (the Constitution, the Islamic Councils Act, and provisions regarding Neighborhood Councils or Shorayari), as well as the rulings of the Administrative Justice Court, were evaluated in terms of legal-institutional capacities and obstacles to establishing PB. Finally, by comparing the strengths of all three foreign models and localizing them with Iran's urban management structure, a hybrid model was proposed.

Results and Discussions

The comparative study reveals that Spain, inspired by the Porto Alegre experience, follows the "Participatory Democracy" model. In this model, non-elected citizens hold actual decision-making power, and projects are ranked based on distributive justice criteria to redistribute resources in favor of disadvantaged classes. Local councils and citizens' associations manage over 10% of the municipal budget, and civil society enjoys significant independence and influence in setting priorities. In France, PB is shaped within the framework of "Proximity Democracy". Through the establishment of neighborhood councils (mandatory for cities with over 80,000 inhabitants) and the strengthening of local budgets, its primary goals are decentralizing public decisions, bringing citizens and policymakers closer, and enhancing political legitimacy through local dialogues. Paris, allocating €100 million annually (5% of its investment budget), runs the largest PB program globally and employs digital tools ("civic technology") to facilitate participation. In Germany, however, a different approach prevails. PB is primarily advisory and emerged within the context of "Participatory Modernisation" in response to the fiscal crisis of the 1980s. Here, citizens are invited as "customers" of public services to submit cost-saving proposals, while final decision-making authority remains with elected officials. Around 280 German municipalities use this method. In the Iranian feasibility section, findings indicate that the Constitution provides robust legal foundations for citizen participation through principles such as "administration of the country based on public votes" (Art. 6), "general public participation" (Art. 3, para. 8), and "Islamic Councils" (Art. 100). Furthermore, council laws (especially Articles 80, paragraphs 5 and 7) and the experience of establishing Neighborhood Councils (Shorayari) in metropolises like Tehran demonstrate institutional capacity. However, the annulment of the Shorayari election resolution by the Administrative Justice Court (2016) and the lack of general decision-making competence for local units in Iran's legal system constitute serious obstacles. By combining the advantages of the three foreign models (Spain's justice-orientation, France's decentralization, and Germany's managerial efficiency) and adapting them to Iran's structure of Islamic Councils and Shorayari, a "hybrid model" can be designed. In this model, local councils act as intermediaries, the budgeting process is defined at three levels (neighborhood, district, and city), and citizens participate in the formulation of priorities and monitoring of implementation.

Conclusion

Establishing PB in Iran is not only legally consistent with constitutional principles but also yields significant benefits politically (enhancing legitimacy and accountability), socially (creating solidarity, sense of belonging, and awareness), and economically (optimizing resources, distributive justice, and cost reduction). Achieving this requires strong political will, the enactment of a comprehensive PB law, redesigning the fiscal decentralization system, empowering councils and Shorayari, establishing e-government and information transparency throughout the entire budget cycle (formulation, approval, implementation, and oversight), and continuous citizen education. Given the success of international experiences and the untapped domestic capacities, PB can serve as a fundamental step in strengthening the republican dimension of Iran's system and realizing social justice.

Keywords: Participatory Budgeting, Participatory Democracy, Participatory Budgeting Models, Comparative Studies.



امکان‌سنجی بودجه‌ریزی مشارکتی در ایران در پرتو مطالعات تطبیقی (اسپانیا، فرانسه، آلمان)

سعیدرضا ابدی^۱، فردوس صابرمهانی^۲

نکات برجسته

- بودجه‌ریزی مشارکتی در اسپانیا، فرانسه و آلمان به‌ترتیب با مدل‌های دموکراسی مشارکتی (با تأکید بر عدالت توزیعی)، دموکراسی مجاورتی (با رویکرد تمرکززدایی و ارتباط نزدیک با شهروندان) و نوسازی مشارکتی (با هدف کاهش هزینه‌ها و بهبود خدمات عمومی) همخوانی دارد.
- با وجود ظرفیت‌های قانونی قابل‌توجه در قانون اساسی و قوانین شوراهای اسلامی ایران، فقدان یک چارچوب حقوقی جامع و ساختار نهادی منسجم برای مشارکت شهروندان در چرخه بودجه، به‌همراه ابطال مصوبه انتخابات شورایاری‌ها، اصلی‌ترین موانع اجرایی فراروی بودجه‌ریزی مشارکتی در ایران به‌شمار می‌روند.
- الگوی مطلوب برای ایران، ترکیبی از سه مدل مذکور با تقویت نقش شوراهای اسلامی و شورایاری‌ها، تمرکززدایی مالی، ایجاد شفافیت اطلاعاتی و آموزش شهروندان است که ضمن افزایش مشروعیت سیاسی، به تحقق عدالت توزیعی، بهبود کارایی هزینه‌های عمومی و وفای اجتماعی منجر خواهد شد.

چکیده

بودجه‌ریزی مشارکتی فرایندی است که شهروندان غیرمنتخب را قادر می‌سازد در تخصیص پول عمومی مشارکت کنند. این مقاله به‌عنوان مطالعه تطبیقی درمورد بودجه‌ریزی مشارکتی متمرکز است که می‌تواند به‌عنوان مدلی برای امکان‌سنجی اجرای آن در ایران مورد استفاده قرار گیرد. نتایج بررسی تجارب بودجه‌ریزی مشارکتی کشورهای مورد مطالعه در این مقاله حاکی از آن است که رویکرد حاکم بر بودجه‌ریزی اسپانیا با مدل دموکراسی مشارکتی همخوانی دارد که هدف اصلی آن برقراری عدالت اجتماعی و عدالت توزیعی است. در فرانسه بودجه‌ریزی مشارکتی با هدف تقویت تشکلهای مردمی، تمرکززدایی تصمیمات عمومی، بهبود و نزدیکی روابط شهروندان و سیاستگذاران با تقویت بودجه‌های محلی و شوراهای محله شکل گرفته است که با مدل دموکراسی مجاورتی قرابت دارد و در نهایت بودجه‌ریزی مشارکتی در آلمان بیشتر جنبه مشورتی دارد که با هدف بهبود و نوسازی خدمات عمومی، کاهش هزینه‌های عمومی و افزایش مشروعیت سیاست‌های عمومی به کار گرفته می‌شود که با مدل نوسازی مشارکتی مطابقت دارد. با توجه به مزیت‌های اساسی هر سه مدل در کشورهای مورد مطالعه، طراحی الگوی مطلوب بودجه‌ریزی مشارکتی برای ایران با ترکیبی از این سه مدل پیشنهاد می‌شود.

کلیدواژگان: بودجه‌ریزی مشارکتی، دموکراسی مشارکتی، مدل‌های بودجه‌ریزی مشارکتی، مطالعات تطبیقی.

استناد به این مقاله: ابدی، سعیدرضا، صابر ماهانی، فردوس، «امکان‌سنجی بودجه‌ریزی مشارکتی در ایران در پرتو مطالعات تطبیقی (اسپانیا، فرانسه، آلمان)»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۴، تیر ۱۴۰۵، صص: ۸۵-۱۰۴.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.235301.2711>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۱/۱۹ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۱۸

۱. دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

/ایمیل نویسنده مسئول: s_abadi@sbu.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران



Copyright: © 2026 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

در دهه‌های اخیر، مردم دیگر باور ندارند که مقامات منافع آنها را نمایندگی می‌کنند و درمورد اثربخشی و عادلانه بودن فعالیت‌های سیاستمداران تردید دارند در نتیجه، اعتماد شهروندان به نهادها به شدت کاهش یافته است. بنابراین، تجدید نظر در سیاست‌های کلان و اصلاح قوانین، با در نظر گرفتن ضرورت ایجاد فرصت‌های جدید که در آن مدیران دولتی می‌توانند مستقیماً شهروندان را به روش‌های نوآورانه درگیر کنند و آنها را به بخشی از بحث تبدیل کنند، ضروری شد.^۱ بودجه‌ریزی مشارکتی^۲ (PB) می‌تواند مشارکت فعال شهروندان و پاسخ‌گویی مدیران دولتی را افزایش دهد، همسویی بین انتظارات شهروندان و تصمیمات سیاسی را تقویت کند، اعتماد شهروندان به نظام سیاسی افزایش یابد، در نتیجه، مشروعیت نظام سیاسی را بهبود بخشد.^۳ در یک تعریف جامع، بودجه‌ریزی مشارکتی به‌طور گسترده به‌عنوان فرایندی تعریف می‌شود که شهروندان غیرمنتخب را قادر می‌سازد تا در اولویت‌بندی یا تخصیص بودجه عمومی شرکت کنند و می‌تواند ابزاری باشد که قدرت تصمیم‌گیری را از مقامات منتخب به شهروندان توزیع می‌کند.^۴ ایده بودجه‌ریزی مشارکتی نخستین بار در پورتو آلگره برزیل در طی گذار برزیل از دیکتاتوری نظامی به دموکراسی در سال ۱۹۸۹ پس از پیروزی انتخاباتی حزب کارگر شکل گرفت. پذیرش بودجه‌ریزی مشارکتی در مرحله اول عمدتاً به دلایل سیاسی اتفاق افتاد و به شدت به اهدافی مانند تعمیق دموکراسی، توانمندسازی شهروندان، توزیع مجدد منابع مالی و بهبود عدالت اجتماعی مرتبط بود. برای تضمین قانونی مشارکت شهروندان در فرایند بودجه، در قانون اساسی پورتو آلگره در سال ۱۹۹۰ مطرح شد که شهروندان باید در فرایند بودجه مشارکت داشته باشند.^۵ در حدود سال ۲۰۰۰، مفهوم بودجه‌ریزی مشارکتی شروع به گسترش فراتر از برزیل برای بسیاری از پیروان در دیگر کشورهای آمریکای لاتین (که در آن شاخص فساد بالا بود) کرد و تبدیل به محبوب‌ترین ابزار مشارکت شهروندان با حدود ۱۰۰۰ شهرداری شد. مطالعات نشان می‌دهند که فرایندهای بودجه‌ریزی مشارکتی در واقع آثار مثبتی در کاهش فساد، ایجاد عدالت اجتماعی بیشتر در تخصیص منابع و پاسخ‌گویی بهتر مقامات منتخب دارند.^۶ انگیزه‌های دیگر در کنار انگیزه‌های سیاسی، رشد اجتماعی و منطق مدیریتی به اتخاذ فرایندهای بودجه‌ریزی مشارکتی در مراحل بعدی انتشار منجر شد. هدف از تصویب بودجه‌ریزی مشارکتی تحت منطق رشد اجتماعی، بهبود همکاری بین مقامات منتخب و شهروندان است. پذیرش بودجه‌ریزی مشارکتی تحت منطق مدیریتی را می‌توان به‌عنوان مدیریت تکنوکرات در پاسخ به مشکلات مدیریتی با هدف بهبود کارایی مالی و بهینه‌سازی منابع عمومی و ارائه خدمات توصیف کرد. علاوه بر این، بحران‌های بودجه شهری و بحران مشروعیت همراه دموکراسی شهری به‌عنوان دلایلی برای معرفی فرایندهای بودجه‌ریزی مشارکتی ذکر شده‌اند.^۷ یکی از اهداف مهم فرایندهای بودجه‌ریزی مشارکتی در برزیل، توزیع مجدد منابع به بخش‌های محروم اقتصادی

^۱. Gordon, V. *Striking A Balance: Matching The Services Offered By Local Governments With The Revenue Realities*, Washington DC: ICMA, 2012, P 72.

^۲. Participatory Budgeting

^۳. Ebdon, Carol and Aimee L. Franklin. "Citizen Participation In Budgeting Theory", *Public Administration Review*, Volume 66, Issue 3, 2006, P 439.

^۴. Goldfrank, Benjamin. "The World Bank And The Globalization Of Participatory Budgeting", *Journal of Public Deliberation*, Volume 8, Issue 2, 2012, P 15.

^۵. Pateman, Carole. "Participatory Democracy Revisited", *Perspectives On Politics*, Volume 10, Issue 1, 2012, P 11.

^۶. Manulty, Stephanie. "An Unlikely Success: Peru's Top-Down Participatory Budgeting Experience", *Journal of Public Deliberation*, Volume 8, Issue 2, 2012, P 4.

^۷. Ebdon and Franklin, Op. Cit., P 440.

جمعیت بود. با تجزیه و تحلیل داده‌های تجربی برنامه بودجه‌ریزی مشارکتی بلوهرمونه و پورتو آلگه تأیید شد که بودجه‌ریزی مشارکتی با تغییر اولویت‌هایی که به نفع مناطق فقیرنشین بود، به بهبود شرایط زندگی گروه‌های از نظر اقتصادی محروم کمک کرد. همچنین بودجه‌ریزی مشارکتی منجر به اصلاحات اداری قابل توجهی شد و اختیارات بیشتری به شهروندان داد. همچنین بودجه‌ریزی مشارکتی تصمیم‌گیرندگان را بر آن داشته است تا منابع عمومی را به طور موثرتری خرج کنند و هزینه‌های عمومی شفاف‌تر شده‌اند.^۱ فرایندهای بودجه‌ریزی مشارکتی زمانی موفق‌تر هستند که به منابع کافی مجهز باشند و سطوح محلی جامعه استقلال کافی نسبت به امور مالی محلی داشته باشد.^۲ به دلیل اثرات مثبت آن در برزیل، ایده بودجه‌ریزی مشارکتی در سراسر جهان گسترش یافت. در سال ۲۰۱۹، حدود ۱۲۰۰۰ مورد بودجه‌ریزی مشارکتی در ۷۱ کشور را می‌توان شناسایی کرد. افزایش تعداد موارد بودجه‌ریزی مشارکتی در پرو منجر به تصویب قانونی در سال ۲۰۰۹ شد که پذیرش بودجه‌ریزی مشارکتی را برای همه دولت‌های شهری و منطقه‌ای اجباری کرد. همچنین، در اکوادور قانونی در سال ۲۰۱۰ تصویب شد که اجرای بودجه‌ریزی مشارکتی را برای ۲۲۱ شهرداری و ۲۴ منطقه اجباری می‌کند. اولین فرایند بودجه‌ریزی مشارکتی آسیا در سال ۲۰۰۵ در کرالا هند به تصویب رسید. پس از تبادل با نمایندگان برزیلی، فرایندهای بودجه‌ریزی مشارکتی بیشتری در اندونزی، کره جنوبی و چین اتخاذ شدند. در سال (۲۰۱۹)، ۲۷۷۵ ابتکار بودجه‌ریزی مشارکتی در آسیا شناسایی شد که نشان‌دهنده حدود ۲۳ درصد از تعداد کل فرایندهای بودجه‌ریزی مشارکتی در سراسر جهان است. تعداد فرایندهای بودجه‌ریزی مشارکتی در ژاپن (۱۸۶۵) است و اندونزی اولین کشور آسیایی بود که قانون اجباری کردن بودجه‌ریزی مشارکتی برای شهرداری‌ها را وضع کرد. کره جنوبی دومین کشور در منطقه بود که در ۲۴۳ شهرداری خود بودجه‌ریزی مشارکتی را طبق قانون اجباری کرد. دو کشور لهستان و پرتغال قوانینی را برای اجباری کردن پذیرش بودجه‌ریزی مشارکتی تصویب کرده‌اند.^۳ در ایران، علیرغم تأکید بر اصل مشارکت فعال شهروندان در همه ابعاد سیاسی، اجتماعی و اقتصادی در کلیات و چندین اصل قانون اساسی، تدوین و اجرای بودجه‌ریزی مشارکتی در کشور مغفول مانده است که این امر ضرورت مطالعات تطبیقی تجارب کشورهای دیگر و مدل‌های مشارکت شهروندان در بودجه‌ریزی را نمایان می‌سازد. این مقاله سعی دارد به این سوالات پاسخ دهد: (۱) مدل‌های مطلوب بودجه‌ریزی مشارکتی و مولفه‌های اصلی هر کدام از مدل‌ها کدام‌اند؟ (۲) نظام بودجه‌ریزی مشارکتی کشورهای (اسپانیا، فرانسه و آلمان) با کدام یک از مدل‌های بودجه‌ریزی مشارکتی همخوانی دارد؟ (۳) آیا امکان استقرار و اجرای بودجه‌ریزی مشارکتی در ایران وجود دارد؟ این مقاله در سه بخش تدوین شده است: در بخش اول با رویکرد توصیفی، مدل‌های شش‌گانه از بودجه‌ریزی مشارکتی تشریح می‌شود. در بخش دوم با رویکرد توصیفی-تطبیقی، به صورت اجمالی سیر شکل‌گیری و تحول بودجه‌ریزی مشارکتی در سه کشور (اسپانیا، فرانسه و آلمان) و قرابت مفهومی آنها با مدل‌های (دموکراسی مشارکتی، دموکراسی مجاورتی و نوسازی مشارکتی) پرداخته می‌شود. در نهایت در بخش سوم امکان‌سنجی بودجه‌ریزی مشارکتی در ایران بررسی می‌شود.

^۱ Fung, Archon, Erik Olin Wright and Rebecca Abers. "Thinking About Empowered Participatory Governance", In: *Deepening Democracy: Institutional Innovation in Empowered Participatory Governance*, London: Verso, 2017, P 23.

^۲ Cabannes, Yves. "Participatory Budgeting: A Significant Contribution To Participatory Democracy", *Environment and Urbanization*, Volume 16, Issue 1, 2004, P 31.

^۳ Bartocci, Luca, Giuseppe Grossi and Sara Giovanna Mauro. "Towards a Hybrid Logic of Participatory Budgeting", *International Journal of Public Sector Management*, Volume 32, Issue 13, 2019, P 75.

۱. مدل‌های بودجه‌ریزی مشارکتی^۱

تنوع رویه‌های موجود در اجرای بودجه مشارکتی در کشورهای مختلف، لزوم دسته‌بندی نیمه‌انتزاعی به صورت مدل‌هایی که بتوان موارد تجربی را در این دسته‌بندی‌ها جای داد ایجاب می‌کند. یک رویه مشارکتی، بسته به بستر اجتماعی-سیاسی که در آن اجرا می‌شوند، تأثیرات بسیار متفاوتی را به همراه خواهد داشت. در این بخش، نقاط قوت و ضعف شش مدل مشارکتی براساس منطقی که در درون هریک از مدل‌هاست تحلیل می‌شود. این شش مدل به ما کمک می‌کند تا نقشه مفهومی مشارکت شهروندان و بودجه‌ریزی مشارکتی کشورهای مورد مطالعه در بخش دوم مقاله ترسیم و مشخص شود. انواع مختلف بودجه‌ریزی مشارکتی را می‌توان در شش نوع ایدئال دسته‌بندی کرد:

۱. دموکراسی مشارکتی، ۲. دموکراسی مجاورتی، ۳. نوسازی مشارکتی، ۴. مشارکت چند ذی‌نفع، ۵. نومشارکت‌گرایی، ۶. توسعه جامعه.

۱.۱. دموکراسی مشارکتی^۲

اولین نوع ایدئال دموکراسی مشارکتی، نزدیک‌ترین نوع به نمونه پورتو آلگه است. فرایندهای بودجه‌ریزی مشارکتی که در این دسته قرار می‌گیرند، اغلب به دلیل تغییر در سیستم سیاسی موجود، مانند پورتو آلگه، اتخاذ می‌شوند. اهداف مهم مرتبط با این شکل از بودجه‌ریزی مشارکتی شامل عدالت اجتماعی و تخصیص مجدد منابع است. این امر براساس مشارکت طبقه کارگر و (نه فقط طبقه متوسط) است، در نتیجه یک حوزه عمومی مردمی در حال ظهور ایجاد می‌کند.^۳ اصطلاح «دموکراسی مشارکتی» به رویکردهایی اشاره دارد که شهروندان غیرمنتخب را در فرایند تصمیم‌گیری گرد هم می‌آورد و ساکنان غیرمنتخب و نمایندگان آنها، قدرت‌های تصمیم‌گیری بالفعل دارند. برخلاف دموکراسی مجاورتی، مباحثات فراتر از سطح محلی خرد می‌رود و شامل پروژه‌های بااهمیت شهری است. در این مدل پروژه‌ها براساس معیارهای عدالت توزیعی^۴ رتبه‌بندی می‌شوند. در مواردی انجمن‌های شهروندی انتخاب می‌شوند که پیشنهادها را شرح می‌دهند؛ سپس در یک همه‌پرسی به رأی‌دهندگان ارائه می‌شوند. قدرت دموکراسی مشارکتی این است که یک جامعه مدنی قوی، خودمختار و تأثیرگذار را با دگرگونی نهادهای سیاسی ترکیب می‌کند که هدف آنها تقویت مشروعیت آنهاست.^۵ مدل دموکراسی مشارکتی یک نوآوری واقعی در چارچوب نهادی دموکراسی نمایندگی در ارائه قدرت واقعی به شهروندان عادی است و دارای بُعد قوی عدالت بازتوزیعی است. اما، تمام مزایای احتمالی که یک فرایند مشارکتی می‌تواند به همراه داشته باشد (پیوند با اصلاحات اداری)، را دربرنمی‌گیرد.

۱.۲. دموکراسی مجاورتی^۶

در مدل دموکراسی مجاورتی، فرایندهای بودجه‌ریزی مشارکتی از تلاش برای نزدیک‌تر کردن دولت و جامعه مدنی به شهروندان، توسعه می‌یابند. این فرایندها را می‌توان به عنوان «گوش دادن انتخابی» توصیف کرد؛ زیرا شهروندان در

¹ Participatory Budgeting Models

² Participatory Democracy

³ Sintomer, Y., C. Herzberg, A. Röcke and G. Allegretti. "Transnational Models Of Citizen Participation: The Case Of Participatory Budgeting", *Journal of Public Deliberation*, Volume 8, Issue 2, 2012, P 62.

⁴ Distributive justice

⁵ Demediuk, Peter, Rolf Solli and Petra Adolfsson. "People Plan Their Park: Voice And Choice through Participatory Budgeting", *The International Journal of Interdisciplinary Social Sciences: Annual Review*, Volume 6, Issue 5, 2012.

⁶ Proximity Democracy

انجمن‌های شهروندی و درمورد مسائل بودجه‌ای مشورت می‌کنند، اما در نهایت مقامات منتخب پیشنهادهایی را انتخاب می‌کنند که با ایده‌های خود همخوانی بیشتری دارند و می‌توانند به راحتی در بودجه ادغام شوند. قوانین این فرایند نسبتاً غیررسمی هستند و قدرت تصمیم‌گیری با مدیران اجرایی باقی می‌ماند. فرایندهای بودجه‌ریزی مشارکتی که مطابق با این نوع هستند، اغلب توسط شوراهای محله و صندوق‌های محله اجرا می‌شوند. در دموکراسی مجاورتی، جامعه مدنی لزوماً در فرایند قوی مدرن‌سازی اداری دخیل نیستند و فرایندهای مشارکتی اساساً در سطح خرد محلی و همسایگی رخ می‌دهند. دموکراسی مجاورتی ابزاری برای عدالت اجتماعی نیست، این فرایند صرفاً مشورتی است و جامعه مدنی در این مدل استقلال زیادی ندارد. دموکراسی مجاورتی با درجه سیاسی پایین و سطح پایین بسیج عمومی^۱ مشخص می‌شود. نقطه قوت آن بهبود ارتباطات بین شهروندان و سیاستگذاران است. نقاط ضعف آن در روش آن است که سیاستگذاران به طور انتخابی به دیدگاه‌های مردم گوش می‌دهند.^۲

۱.۳. نوسازی مشارکتی^۳

مدل نوسازی مشارکتی بر مشاوره در امور مالی عمومی تمرکز می‌کند. فرایندهای بودجه‌ریزی مشارکتی که چنین مدلی را دنبال می‌کنند بخشی از تلاش‌ها برای اصلاحات بیشتر در دستگاه اجرایی هستند. هدف، شفاف‌تر کردن امور مالی شهرداری و کارآمدتر کردن خدمات عمومی با استفاده از ورودی‌های فراهم‌شده توسط شهروندان است. بنابراین، ادغام گروه‌های جمعیتی محروم یا آغاز سیاست اجتماعی خاص همانند فرایندهای اصل دموکراسی مشارکتی، بخشی از مجموعه هدف این مدل نیست. ویژگی کلیدی این مدل این است که مشارکت صرفاً یک جنبه از نوسازی خدمات شهری است، در زمینه‌ای که دولت در تلاش برای نوسازی به منظور کارآمدتر و مشروع شدن است. این مدل لزوماً بر سطح محله متمرکز نیست، بلکه شامل ادارات دولتی نیز می‌شود. فرایند مشارکتی تنها ارزش مشورتی دارد و شرکت‌کنندگان مشتری محسوب می‌شوند که می‌توانند به بهبود خدمات عمومی کمک کنند. مشارکت جامعه مدنی با مدیریت خوب مرتبط است و هدف آن افزایش مشروعیت سیاست‌های عمومی است. کاربران یا مشتریان خدمات عمومی به جای شهروندان، درگیر مشارکت هستند. کیفیت تصمیم‌گیری و مشورت نسبتاً محدود است؛ زیرا این پروژه‌ها اغلب مبتنی بر تکنیک‌هایی اند که شبیه به نظرسنجی بوده و به جمع‌آوری نظرات به جای برانگیختن بحث محدود می‌شوند. افراد درگیر عمدتاً طبقه متوسط هستند.^۴ این مدل در سال‌های اخیر با سیاست‌های ریاضت اقتصادی نیز در ارتباط بوده است. به طور مثال: مردم برای ارائه و یا بحث درمورد پیشنهادها برای پس‌انداز و صرفه‌جویی و کاهش هزینه‌های خدمات عمومی توسط دولت دعوت می‌شوند. نقطه قوت آن، پیوند نزدیک بین نوسازی ادارات دولتی و مشارکت و این واقعیت است که اجماع سیاسی متقابل به راحتی می‌تواند به دست آید. در آن سطح پایینی از سیاسی شدن وجود دارد که طرح سؤالات گسترده‌تر، به‌ویژه عدالت اجتماعی^۵ را دشوار می‌کند. فرایندهای این مدل، ماهیت صرفاً مدیریتی دارند. اغلب این نمی‌تواند چیزی بیش از یک پوشش مشروعیت برای تصمیماتی که قبلاً اتخاذ شده‌اند نشان دهد.^۶

^۱. Low political degree and low level of public mobilization

^۲. Sintomer, Herzberg, Röcke and Allegretti, Op. Cit., P 65.

^۳. Participatory Modernisation

^۴. Sintomer, Herzberg, Röcke and Allegretti. Op. Cit., P 74.

^۵. Social Justice

^۶. Brown, Judy and Jesse Dillard. "Dialogic accountings for stakeholders: On opening up and closing down participatory governance", *Journal of Management Studies*, Volume 52, Issue 8, 2015, P 265.

۱.۴. مشارکت چندجانبه (چند ذی‌نفع)^۱

مدل مشارکت چند ذی‌نفعان، با گنجاندن بسیاری از ذی‌نفعان مختلف در فرایند بودجه‌ریزی مشخص می‌شود. بنابراین در کنار شهروندان، مقامات منتخب و اعضای دولت و همچنین شرکت‌های خصوصی و سازمان‌های غیردولتی در فرایندهای بودجه‌ریزی مشارکتی گنجانده شده‌اند. فرایندهای بودجه‌ریزی مشارکتی این مدل، توانمندسازی شهروندان را ممکن نمی‌سازد. در این مدل، سیاست‌های محلی در مقایسه با قدرت نیروهای اقتصادی، تنها فضای محدودی برای اعمال نظر دارند و مسائل عمده توسعه سیاست محلی را می‌توان به صورت پیرامونی و حاشیه‌ای مورد بحث قرار داد. ابزارهای مشارکتی از این نوع نشان‌دهنده توسعه مکانیزم‌های حاکمیت هستند که به موجب آن منافع اقتصادی خصوصی تأثیر نهادی در فرایند تصمیم‌گیری به دست می‌آورند. در مشارکت چند ذی‌نفع، جامعه مدنی ضعیف است و استقلال کمی دارد، اغلب افراد طبقه متوسط در این پروژه‌ها شرکت می‌کنند که قرار است سخن‌گویان ساکنان محلی باشند. سازمان‌های بین‌المللی مانند بانک جهانی یا سازمان ملل متحد نقش مهمی در انتشار آن ایفا می‌کنند. مشارکت اغلب در خدمت سیاست‌هایی است که محدودیت‌های جهانی شدن نئولیبرال را در خود جای داده‌اند و هدفی برای تغییر جهت‌گیری روابط قدرت و منطق توزیع منابع عمومی وجود ندارد. فرایندها با مشارکت دولت‌های محلی، سازمان‌های بین‌المللی و شرکت‌های خصوصی ایجاد می‌شوند. جلسات برای عموم آزاد نیست. این روش، تأثیر قابل‌توجهی در زمینه برنامه‌های سازمان‌های بین‌المللی همکاری توسعه دارد که بودجه خصوصی را به پروژه‌های با منافع عمومی هدایت می‌کند. البته، همچنین شامل شرکت‌های خصوصی است که برای توسعه محلی اساسی هستند، اما در سایر انواع ایدئال تمایل دارند که خارج از فرایند مشارکتی باقی بمانند. جامعه مدنی محدود به یک نقش فرعی است و قادر به زیر سؤال بردن چارچوب اقتصادی و سیاسی غالب نیست. تعادل وزن ذی‌نفعان مختلف درگیر در این فرایند، مقابله با فشار تبدیل سازمان‌های غیردولتی و انجمن‌ها به سازمان‌های شبه‌دولتی یا نهادهای نیمه‌تجاری، از چالش‌های اساسی این مدل است.^۲

۱.۵. نومشارکت‌گرایی^۳

در مدل‌های نومشارکت‌گرایی، مشارکت منافع سازمان‌یافته در سیاست و مشارکت آنها در تدوین و اجرای تصمیمات سیاسی مهم است. هدف گرد هم آوردن گروه‌های سازمان‌یافته (مانند NGO ها، اتحادیه‌های تجاری و غیره)، گروه‌های اجتماعی (افراد مسن، افراد با سابقه مهاجرت و غیره) و دیگر نهادها برای ایجاد یک اجماع اجتماعی است. در این مدل، هدف دولت ایجاد یک مشاوره گسترده با «کسانی است که مهم هستند» و تلاش می‌کند تا از طریق میانجی‌گری منافع، ارزش‌ها و خواسته‌ها برای به رسمیت شناختن توسط جناح‌های مختلف در جامعه به وفاق اجتماعی دست یابد. از نظر رویکرد بودجه‌بندی مشارکتی، مدل نومشارکت‌گرایی در فرایندهای دستور کار محلی (جایی که ذینفعان محلی مختلف برای بحث در مورد موضوعات مشترک گرد هم می‌آیند، اما قدرتی برای تحقق پیشنهادهای خود ندارند)، یا در برنامه‌های استراتژیک مشارکتی (جایی که دولت‌ها گروه‌های مختلف را برای گفت‌وگوهای میزگردی دعوت می‌کنند) غالب است. سازمان‌های بین‌المللی نقش قابل‌توجهی در انتشار این مدل ایفا می‌کنند. نقاط قوت اصلی آن ارتباط بین ساختارهای سازمان‌یافته اصلی جامعه است که اجماع اجتماعی حول جنبه‌های خاصی از سیاست‌های عمومی را تسهیل

^۱. Multi-stakeholder Participation

^۲. Sintomer, Herzberg, Röcke and Allegretti. Op. Cit., P 89.

^۳. Neo-corporatism

می‌کند. باین حال، با روابط نامتقارن قدرت و شهروندان غیرسازمان یافته مشخص می‌شود.^۱

۱.۶. توسعه جامعه^۲

مشخصه غالب مدل ششم این است که مشارکت اساساً در مرحله اجرای پروژه، در زمینه‌ای که سیاست‌های شهری و یک فرایند مشارکتی قوی که از پایین به بالا هدایت می‌شود، هدف است. نقش NGO ها اغلب با هدف مشارکت در گروه‌های محروم یا حاشیه‌ای با دیدگاه اقدام جامع به جای شکل کلی عدالت توزیعی، بسیار پررنگ است. مشارکت غیرمستعارف و غیررسمی^۳ مرتبط با فعالیت‌های جامعه به عنوان جایگزینی برای مشارکت مرسوم توسعه می‌یابد. توسعه جامعه به این معناست که شرکت کنندگان (اغلب اعضای NGO ها یا گروه‌های جامعه محلی) به عنوان مدیران مشترکی در نظر گرفته می‌شوند که تقریباً به صورت خودمختار فرایند را سازمان دهی می‌کنند و در مورد بودجه پروژه‌های محلی تصمیم می‌گیرند. برخلاف مشارکت چند ذی‌نفع، این شرکت کنندگان اند که قوانین فرایند را تعیین می‌کنند. تمایل سیاسی دولت محلی عامل تعیین کننده‌ای نیست؛ این مدل مشارکتی مزایای روشنی در زمینه‌ای دارد که در آن دولت محلی ضعیف است و برعکس، جامعه مدنی استقلال واقعی و قدرت واقعی سازمان دهی دارد که جامعه را قادر می‌سازد تا پروژه‌های محلی را به تنهایی مدیریت کند. نقطه ضعف آن در این است که ایجاد یک چشم‌انداز کلی از شهر و همچنین پیوندهای ظریف بین مشارکت، مدرن سازی خدمات شهری و سیاست‌های نهادی دشوار است.^۴ در یک جمع‌بندی کلی می‌توان گفت: فرایندها و مدل‌های مشارکتی برای به چالش کشیدن روابط نامتقارن قدرت در جامعه ضروری به نظر می‌رسد و بسته به زمینه‌های سیاسی، اجتماعی و اقتصادی کشورها، شیوه‌ها و مدل‌های مشارکتی متفاوت و منحصر به فرد برای توسعه شهری عادلانه‌تر و دموکراتیک‌تر در جهان وجود دارد. بودجه‌بندی مشارکتی تنها یک نمونه مهم از انتشار گسترده‌تر نوآوری‌های دموکراتیک است. به نظر می‌رسد ساخت مدل‌هایی که فراتر از توصیف‌های تجربی است و به ویژه که تنها بر ابزار مشارکت شهروندان تمرکز نمی‌کنند و عواملی مانند بافت اجتماعی - سیاسی، چارچوب‌های هنجاری و پویایی کنش جمعی یا رابطه را در نظر می‌گیرند، مثمر ثمر باشد.

۲. بودجه‌ریزی مشارکتی در کشورهای مورد مطالعه

منطق سیاسی - اجتماعی که زیربنای نهادهای بودجه مشارکتی است در کشورهای مختلف جهان بسیار متفاوت است. به طور کلی در ابتدا، چارچوب‌های ایدئولوژیک مروجین بودجه‌ریزی مشارکتی عمدتاً بر نیاز به «برگرداندن اولویت‌ها» به نفع نیازمندترین افراد و «دموکراسی سازی دموکراسی» از طریق مشارکت تأکید داشت. به تدریج، هدف سوم اضافه شد، یعنی چشم‌انداز «حکمرانی خوب»^۵ مبتنی بر بهبود مدیریت محلی که ناشی از مبارزه با بوروکراسی، سازمان دهی مجدد داخلی خدمات اداری و گنجاندن سریع و سیستماتیک نیازهای مردم در سیاست‌های عمومی است. ایجاد قوانین روشن برای توزیع منابع و ماهیت عمومی بحث‌ها به وضوح شفافیت فرایند بودجه^۶ را بهبود بخشید و مسئولیت پاسخ‌گویی بهتر

^۱. Ibid, P 98.

^۲. Community Development

^۳. Unconventional and informal participation

^۴. Sintomer, Herzberg, Röcke and Allegretti. Op. Cit., P 105.

^۵. Good governance

^۶. Transparency of the budget process

ازسوی رهبران سیاسی و مدیران اجرایی را تشویق کرد.^۱ در این بخش از مقاله به بررسی اجمالی تحولات تجربی بودجه‌ریزی مشارکتی در سه کشور (اسپانیا، فرانسه و آلمان) پرداخته می‌شود. تأمل در اهداف، روش‌ها، شاخص‌ها و مؤلفه‌های اصلی در فرایند بودجه‌ریزی مشارکتی این کشورها، امکان دسته‌بندی و قرار دادن هریک از کشورها را در قالب یکی از مدل‌های ارائه شده در بخش قبلی میسر می‌سازد. ابتدا کشور اسپانیا بررسی می‌شود که در آن بودجه‌های مشارکتی نزدیک‌ترین به مدل دموکراسی مشارکتی‌اند. سپس کشور فرانسه که در آن مشارکت شهروندان معمولاً براساس ایده دموکراسی مجاورتی است واکاوی می‌شود و نهایتاً آلمان که مشارکت شهروندان در آن ماهیتاً سیاسی- اجتماعی نیست و با هدف نوسازی مشارکتی است، بررسی می‌شود.

۲.۱. بودجه‌ریزی مشارکتی در اسپانیا

قانون اساسی اسپانیا در سال ۱۹۷۸ به‌صراحت خودگردانی محلی را به رسمیت شناخت. مقامات محلی در محدوده قانون، باید اختیار تام داشته باشند تا ابتکار عمل خود را در رابطه با هر موضوعی که از صلاحیت آنها مستثنا نباشد و به هیچ مقام دیگری واگذار نشود، به کار گیرند. قدرت‌های داده شده به مقامات محلی معمولاً کامل و انحصاری خواهند بود. بنابراین، تصمیمات بودجه سالانه بدون تأیید قبلی یا مداخله مقامات منطقه‌ای یا ملی گرفته می‌شوند. با توجه به ماده ۲۲ قانون شماره ۲۲ / ۲۰۰۶، ناحیه که زیربخش‌های شهرداری‌اند، باید مشارکت مردم در مدیریت محلی را تضمین کنند. برای این منظور، آنها توسط انجمن‌های مشترک متشکل از اعضای شورای اداری شهرداری و شهروندان غیرمنتخب اداره می‌شوند. این مناطق با هم بیش از ۱۰ درصد بودجه شهرداری را مدیریت می‌کنند. در اسپانیا، بودجه‌بندی مشارکتی به‌وضوح از تجربه پورتو آلگره الهام گرفته است و به همین دلیل است که این موارد ما را به‌سمت توضیح مدل دموکراسی مشارکتی ارائه‌شده در بخش اول مقاله مرتبط می‌کند. ایده درگیر کردن شهروندان در توزیع بودجه معمولاً به انتقال قدرت‌های تصمیم‌گیری به جامعه مدنی و ترویج عدالت اجتماعی مربوط می‌شود و شرکت‌کنندگان اغلب می‌توانند قوانین این فرایند را تحت‌تأثیر قرار دهند.^۲ بودجه مشارکتی در اسپانیا، با چندین شورای محلی که از مقررات مشارکت که شهر کاتالان در سال ۱۹۸۶ اتخاذ کرد شروع شد. در طول دهه ۱۹۹۰، چندین شورای مشورتی درمورد مسائلی مانند فرهنگ، آموزش یا مسائل اجتماعی ایجاد شد که ارائه‌دهندگان خدمات شهری و رهبران را قادر به بحث درمورد گزینه‌های حوزه صلاحیت خود با جامعه مدنی سازمان‌یافته می‌کرد.^۳ تعداد بودجه‌های مشارکتی در این کشور از سه مورد در سال ۲۰۰۱ به تعداد ۴۰۰ مورد در سال ۲۰۱۹ رسیده است. نقطه قانونی منطقه کاتالونیا، جنوب کشور و منطقه اطراف مادرید بود. سویل، پایتخت اندلس، با جمعیت ۷۰۰۰۰۰ نفری خود، بزرگ‌ترین شهر اروپا بود که بودجه‌بندی مشارکتی را اجرا کرد. از سال ۲۰۰۴ تا ۲۰۱۳، تقریباً ۲۰۰۰۰ شهروند از ۷۰۰۰۰ نفر در واگذاری ۵۰ درصد از بودجه مشارکتی در سویل به بخش‌های منتخب شرکت کردند. درحالی‌که شورای شهرداری تمام اختیارات تصمیم‌گیری قانونی را حفظ، و خود را متعهد به پیروی از تصمیمات نمایندگان بودجه مشارکتی کرد. اولین مرحله در این روند در سطح محله صورت گرفت که در آن رأی‌گیری روی پیشنهادهای اصلی سازمان‌دهی شد. ساکنان محله نمایندگانی را انتخاب کردند که پس از آن

¹. Saguin, Kidjie. "Why The Poor Do Not Benefit From Community-Driven Development: Lessons From Participatory Budgeting", *World Development*, Volume 112, 2018, PP 112, 220-232.

². Talpin, Julien. *Schools Of Democracy: How Ordinary Citizens (Sometimes) Become More Competent In Participatory Budgeting Institutions*, Colchester: ECPR Press, 2011, P 157.

³. Tocal, Mariano and José Ramón Montero. *Political Disaffection In Contemporary Democracies; Social Capital, Institutions and Politics*, Routledge, First Edition, 2006, P 53.

لیستی از اولویت‌ها را در سطح منطقه و کل شهر تنظیم کردند. به‌عنوان یک انطباق با معیارهای توزیع پورتو آلگرو، کاتالونیا از این معیارها برای رتبه‌بندی پیشنهادهای شهروندان در یک سلسله‌مراتب استفاده کرد. یک کمیته پشتیبانی در طول سال روی این مسئله کار کرد و بر این مسئله نظارت کرد که آیا اولویت‌های شهروندان در پیش‌نویس بودجه وارد شده‌اند یا خیر. با هدف در نظر گرفتن منافع انجمن‌ها، دولت محلی به آنها یک کرسی دائمی در شورای منطقه بودجه مشارکتی داد و آنها را در تهیه فهرست‌های اولویت‌ها دخیل کرد.^۱ در مادرید هر محله دارای «کمیته‌های تخصصی پیش‌ران» که منتخبی از شهروندان محلی بود، فرایند مشارکت را سازمان‌دهی می‌کردند. آنها دستور جلسه را برای جلسات تنظیم و درباره کمپین‌های افزایش آگاهی بحث می‌کردند. جامعه مدنی قادر بود از طریق معیارهایی که براساس آنها پیشنهادها به ترتیب اولویت فهرست می‌شوند، کل سیستم را تحت تأثیر قرار دهد. همچنین نشست‌هایی برای انتخاب کمیته بودجه مشارکتی در کل شهر به‌جای سطح محله برگزار شد. تمام بخش‌ها (آموزش، جوانان، اتحادیه‌های کارگری و غیره) پنج نماینده داشتند. در اسپانیا، اجرای ساختارهای مشارکتی فقط یک فرایند از بالا به پایین نبود و جامعه محلی دارای قدرت و استقلال قابل توجهی بود.^۲ فرایندهای مشارکتی در اسپانیا یک سیستم بسیار دقیق از معیارهای اجتماعی، با الهام از پورتو آلگرو، قوانین مربوط به عدالت توزیعی را معرفی کرد. در این کشور، بودجه‌ریزی مشارکتی به باز توزیع منابع مالی به نفع طبقه کارگر و فقیر جامعه منجر شد و به‌مرور، جنبش اصلاحات اجتماعی را در راستای شنیده شدن صدای طبقه به حاشیه رانده شده به وجود آورد.

۲.۲. بودجه‌ریزی مشارکتی در فرانسه

در فرانسه، مطابق اصول اصلاح بودجه دولت (قانون ارگانیک در قوانین بودجه) قانون دموکراسی محلی در سال ۲۰۰۱ به تصویب رسید و شوراهای محله به نمایندگی از ساکنان محلی ایجاد شده‌اند که برای شهرهایی با جمعیت بیش از ۸۰۰۰۰ نفر اجباری و برای شهرداری‌های کوچک‌تر اختیاری‌اند که بودجه‌های محلی مستقل و دارای صلاحیت و اختیارات تخصیص منابع و تعیین اولویت‌های پروژه‌های محلی‌اند.^۳ اشکال مستقیم‌تر دموکراسی محلی، رفراندوم‌های محلی‌اند که در قانون ۱۳ اوت ۲۰۰۴، مبنای قانونی دارند. شورای محلی می‌تواند تصمیم بگیرد که هر مسئله‌ای را به رفراندوم محلی ارجاع دهد. اگر حداقل نیمی از رأی‌دهندگان ثبت‌نام‌شده شرکت کرده باشند، تصمیم اکثریت در رفراندوم باید اجرا شود. همچنین مطابق ماده ۷۲ قانون اساسی ۴ اکتبر ۱۹۵۸ «بند عمومی صلاحیت» و مدیریت و اداره آزاد، مقامات محلی و شهروندان باید اختیار تام خود را برای اعمال ابتکار عمل خود برای مسائل محلی و منطقه و همچنین تصمیمات و برنامه‌ریزی شهر خود داشته باشند.^۴ اولین تجربه بودجه‌های مشارکتی فرانسه از بحث‌های مربوط به مسائل و مشکلات محلی به وجود آمدند. در میان ده‌ها نمونه که در سال ۲۰۰۵ وجود داشتند، تجربه بودجه مشارکتی شهرهای سنت-دنیس و بوبینی در میان برجسته‌ترین آنها در سطح ملی و بین‌المللی قرار داشتند. این دو شهر، در معرفی شوراهای محله

^۱. Uddin, Shahzad, Yuji Mori and Pawan Adhikari padhik. "Participatory Budgeting In A Local Government In A Vertical Society: A Japanese Story", *International Review of Administrative Sciences*, Volume 85, Issue 3, 2017, P 490.

^۲. Tanaka, Susan. "Engaging The Public In National Budgeting: A Non-Governmental Perspective", *OECD Journal on Budgeting*, Volume 7, Issue 2, 2007, P 145.

^۳. Weber, Rachel., Thea Crum and Eduardo. "The civics of community development: Participatory budgeting in Chicago", *Community Development and Democratic Practice*, Volume 46, Issue 3, 2015, P 265.

^۴. Suarez, Celine. "From Porto Alegre To New York City: Participatory Budgeting And Democracy", *New Political Science*, Volume 39, Issue 1, 2017, PP 67-75.

پیشگام بودند. بودجه‌بندی مشارکتی «سبک فرانسوی»، مبتنی بر مشارکت محلی است که به بحث شهروندان محلی در سطح شهر منجر می‌شود. درعین حال، به نمایندگان منتخب و جامعه مدنی شهر تکلیف می‌شود تا بحث را با استفاده از فرایندی گزینش و خلاصه کنند. یکی از ابعاد کلیدی، ارتباط مستقیم بین سیاستمداران، کارمندان دولت و شهروندان بود. هدف اصلی جلسات میان شهروندان، نمایندگان منتخب و مسئولان جامعه مدنی، برای توسعه روابط نزدیک‌تر با شهروندان بود. این جلسات فرصتی را برای رسیدگی به مسائل محلی کوچک فراهم کرد و از شهردار خواسته شد تا درمورد اجرای مواردی که قبلاً خود را به آنها متعهد کرده بود، گزارش دهد.^۱ موضوعات مورد بحث، که قبلاً فقط شامل مسائل محلی کوچک بودند، در حال حاضر شامل مسائل مربوط به شهر به‌عنوان یک کل هستند. هدف این بود که سیاست‌های عمومی شهر قابل رؤیت‌تر شوند، روابط نزدیک‌تر با ساکنان شهر را توسعه دهند و در نتیجه مشروعیت سیاسی بیشتری ایجاد کنند، ارتباط اجتماعی را از طریق گفت‌وگو تشویق کنند و با توسعه پاسخ‌گویی بیشتر بر مدیریت امور روزانه تأثیر بگذارند. همچنین تمرکززدایی از خدمات شهری خاص، با افتتاح دفاتر محلی و یک رویکرد مبتنی بر «تفکر مشارکتی» برای شفاف‌تر و کارآمدتر کردن اقدامات عمومی در سطح محلی خرد طراحی شد.^۲ پاریس، با جمعیتی بیش از ۲ میلیون نفر، دارای ۱۲۳ شورای محله‌ای است که از ساکنان، تشکلهای مدنی و مقامات منتخب تشکیل شده است. ۲۲ شهرداری از ۲۵ شهرداری در سال ۲۰۱۴ بودجه‌ریزی مشارکتی را اجرا کردند و بقیه در سال‌های ۲۰۱۵ و ۲۰۱۶ پذیرفتند. تعداد بودجه‌های مشارکتی در فرانسه تا سال ۲۰۲۰ به ۲۹۰ مورد رسیده است.^۳ از سال ۲۰۱۴، پاریس راه‌های مختلفی را برای مشارکت دادن شهروندان در توسعه شهری با استفاده از ابزارهای دیجیتالی به نام «فناوری مدنی» طراحی کرده است. به‌عنوان مثال: (شهردار عزیز، من یک ایده دارم^۴) یک فضای مشارکتی دیجیتالی است که در آن پارسی‌ها می‌توانند ایده‌های خود را درباره موضوعات مختلف برای بررسی توسط دفتر شهردار ارسال کنند. از سال ۲۰۱۸، این پلتفرم بیشتر به‌عنوان یک فهرست راهنما با پیوندهایی به انجمن‌های دیگر (مانند بودجه مشارکتی، شوراهای شهروندی) و رویدادهای آتی که شهروندان می‌توانند در آن شرکت کنند، عمل می‌کند.^۵ اکنون بودجه مشارکتی در پاریس بزرگ‌ترین بودجه اجرا شده در جهان است. بودجه پاریس به دو نوع صندوق عملیاتی و صندوق سرمایه‌گذاری تقسیم می‌شود. در سال ۲۰۱۷، صندوق عملیاتی ۸۲ درصد از بودجه (۷.۷ میلیارد یورو) و صندوق سرمایه‌گذاری ۱۸ درصد (۱.۷ میلیارد یورو) را تشکیل می‌داد. برای دوره ۲۰۱۴-۲۰۲۰، هیدالگو شهردار پاریس ۱۰ میلیارد را برای سرمایه‌گذاری اختصاص داده است که ۵ درصد آن مختص بودجه مشارکتی، معادل نیم میلیارد یورو است. در سال آزمایشی، بودجه مشارکتی فقط ۵ درصد از کل بودجه شهرداری (۲۰ میلیون یورو) اعطا شد و پروژه‌های برنده با ۱۸ میلیون یورو زیر بودجه قرار گرفتند. سال بعد شاهد افزایش به حدود ۷۰ میلیون یورو بودیم و از سال ۲۰۱۶، ۱۰۰ میلیون یورو برای بودجه مشارکتی در نظر گرفته شده است که روند روبه‌رشد منابع مالی اختصاص شده بودجه مشارکتی،

^۱ Dezinic, Jasmina, Mária Murray Svidroňová and Ewa Markowska-Bzducha. "Participatory Budgeting: a Comparative Study of Croatia, Poland and Slovakia", *NISPAcee Journal of Public Administration and Policy*, Volume 9, Issue 1, 2016, P 31.

^۲ Cabannes, Yves. "The Impact Of Participatory Budgeting On Basic Services: Municipal Practices And Evidence From The Field", *Environment and Urbanization*, Volume 27, Issue 1, 2015, P 263.

^۳ UrbiStat. "Region Of Ile-de-France Rankings And Thematic Maps", 2021, Available at: <https://ugeo.urbiStat.com/AdminStat/en/fr/demografia/dati-sintesi/paris/75/3>

^۴ Madame la Maire, j'ai une idée

^۵ "La Ville Autrement - Initiatives Citoyennes, Urbanisme Temporaire, Innovations Publiques, Plateformes Numériques", 2017, Available at: <https://www.apur.org/>

حاکمی از نهادهای شدن این رویکرد مشارکتی نوین در کشور فرانسه است.^۱

۳.۲. بودجه‌ریزی مشارکتی در آلمان

در آلمان، اولین فرایند بودجه‌ریزی مشارکتی در طول اصلاحات گسترده دستگاه اداری محلی در دهه ۱۹۹۰ اجرا شد. ماده ۱۰۹ قانون اساسی مقرر می‌دارد که «فدراسیون و لاند (ایالات) باید در مدیریت بودجه‌های مربوطه خود مستقل از یکدیگر باشند». با توجه به ماده ۲۸ بخش ۲ قانون اساسی، هر شهرداری حق تصمیم‌گیری مستقل برای معرفی فرایند بودجه‌ریزی مشارکتی را دارد.^۲ عامل تعیین‌کننده‌ای که به پذیرش اولیه بودجه‌ریزی مشارکتی در شهرداری‌ها و شهرهای آلمان منجر شد، بحران مالی دهه ۱۹۸۰ که به شروع بحث در مورد اصلاحات عمیق مدیریت عمومی انجامید. علاوه بر این، فرایندهای بودجه‌ریزی مشارکتی به عنوان بخشی از تلاش برای کارآمدتر کردن مدیریت و هماهنگ کردن بهتر ارائه کالاها و خدمات عمومی با اولویت‌های شهروندان، (شهروندان) که در رویکرد مدیریت عمومی جدید به عنوان مشتری دیده می‌شوند، اجرا می‌شوند.^۳ بسیاری از فرایندهای بودجه‌ریزی مشارکتی مبتنی بر صرفه‌جویی‌اند و تلاش می‌کنند تا پیشنهادهایی برای کاهش هزینه‌ها یا بهبود درآمدها ارائه دهند. تمرکز در چنین برنامه‌ای بر بحث در مورد این است که چگونه ساختار بدهی شهری می‌تواند با تنظیم مالیات‌ها و هزینه‌های محلی تغییر کند. این نوع برنامه بر توضیح موقعیت مالی شهرداری‌ها به شهروندان با جزئیات تأکید دارد. تمرکز در طول مرحله گفت‌وگو با شهروندان در مورد این است که شهرداری کجا می‌تواند پول پس‌انداز کند. از شهروندان خواسته می‌شود تا طرح‌های ریاضتی ارائه دهند و یا از آنها خواسته می‌شود تا رأی‌هایی را به دست آورند که در آن هزینه‌های مناطق عمومی باید کاهش یابد و چه مناطقی باید از کاهش معاف شوند. ظهور این نوع خاص از بودجه پس‌انداز در آلمان این فرضیه را تقویت می‌کند که شهرداری‌ها در تنش مالی به احتمال زیاد بودجه‌ریزی مشارکتی را در آلمان اتخاذ می‌کنند.^۴ یک شکل خاص از بودجه‌ریزی مشارکتی در آلمان حتی تکامل یافته است که در آن شهروندان می‌توانند پیشنهاد کنند که منابع عمومی را به منظور ایجاد یک بودجه متوازن در کجا ذخیره کنند. اهداف چنین فرایندهای بودجه‌ریزی مشارکتی ایجاد اعتماد و به دست آوردن پذیرش بالاتری از تصمیمات سیاسی، به ویژه در زمان بحران مالی است.^۵ در آلمان، مشارکت به معنای مشاوره است، اما به معنای تصمیم‌گیری نیست. در کشورهای دیگر، شهروندان تصمیم می‌گیرند؛ در حالی که در آلمان آنها مشاوره می‌دهند. هدف از این طرح، تغییر توازن قدرت بین نمایندگان منتخب و شهروندان نیست. یکی از معروف‌ترین محققان آلمان در زمینه بودجه‌ریزی مشارکتی، هرزبرگ، توصیه می‌کند که «اختیار تام تصمیم‌گیری توسط مقامات باید کم‌رنگ شود» و سیستمی ایجاد کنند که «صلاحیت تصمیم‌گیری در مناطق را به شهروندان انتقال دهد». باین‌حال، اکثریت قریب به اتفاق بودجه‌های مشارکتی اجازه طرح‌های پیشنهادی در تمام حوزه‌های بودجه را بدون تعریف هرگونه مبلغ از قبل می‌دهند. در اینجا نیز تفاوت عمده‌ای را در مقایسه با بودجه‌های مشارکتی در بسیاری از کشورهای دیگر می‌بینیم که شهروندان در مورد

¹. Mairie de Paris. La Charte Du Budget Participatif, 2019, Available at: <https://participedia.net/case/participatory-budgeting-in-paris-france/>

². Saguin, Op. Cit., P 219.

³. Brown and Dillard, Op. Cit.

⁴. Carlitz, Ruth. "Improving Transparency And Accountability In The Budget Process: An Assessment Of Recent Initiatives", *Development Policy Review*, Volume 31, Issue 1, 2013, P 549.

⁵. Lerner, Josh and Donata Secondo. "By The People, For The People: Participatory Budgeting From the Bottom Up in North America", *Journal of Deliberative Democracy*, Volume 8, Issue 2, 2012, P 549.

چگونگی استفاده از یک مبلغ خاص تصمیم می‌گیرند یا حداقل مشورت می‌کنند.^۱ در دهمین گزارش وضعیت سالانه (۲۰۱۸) پورتال آنلاین www.Buerhaushalt.org اشاره کرد که ۲۸۰ شهرداری وجود دارد که از بودجه‌بندی مشارکتی استفاده می‌کنند.^۲ در یک جمع‌بندی می‌توان گفت: تجربه بودجه‌ریزی مشارکتی در آلمان از تفکرات سیاسی درمورد دموکراسی مشارکتی پدیدار نشد، بلکه از طریق مشارکت شهروندان، مدرن‌سازی خدمات اداری را که به اصلاحات اساسی ساختار خدمات اداری منجر شد ترویج داد. نقطه شروع، انجام یک ارزیابی مشارکتی از خدمات عمومی بود نه بحث درمورد اولویت‌های سرمایه‌گذاری. کمک تجارب بودجه‌بندی مشارکتی آلمان ممکن است به‌طور خاص پیوند لفظی بین مدرن‌سازی مدیریت از یک سو و مشارکت از سوی دیگر باشد؛ رویکردی که می‌توان «نوسازی مشارکتی» نامید.

۳. امکان‌سنجی بودجه‌ریزی مشارکتی در ایران

با نگاهی به کلیات قانون اساسی و برخی اصول مشخص، آنچه محرز است مشارکت عموم جامعه از موجبات مشروعیت و مقبولیت اقدامات حکومت و دولت است. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در چندین اصل از نقش سازنده مردم در اداره امور جامعه سخن به میان آورده است. از جمله بند ۸ اصل سوم قانون اساسی: مشارکت عامه مردم در تعیین سرنوشت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خویش از حقوق مسلم ملت ایران است و در اصل ۶ قانون اساسی: در جمهوری اسلامی ایران، امور کشور باید به اتکای آرای عمومی اداره شوند که نشان می‌دهد عموم مردم در امور مختلف نقش بسیار تعیین‌کننده‌ای بر عهده دارند. همچنین بند سوم اصل ۴۳ قانون اساسی یکی از وظایف دولت (حکومت)؛ «تنظیم برنامه اقتصادی کشور به‌صورتی که شکل و محتوا و ساعت کار چنان باشد که هر فرد علاوه بر تلاش شغلی، فرصت و توان کافی برای خودسازی معنوی، سیاسی و اجتماعی و شرکت فعال در رهبری کشور و افزایش مهارت و ابتکار داشته باشد» عنوان شده است. مطابق اصل یکصد و یک قانون اساسی که ذیل عنوان «شوراها» آمده است برای پیشبرد سریع برنامه‌های اجتماعی، اقتصادی، عمرانی، بهداشتی، فرهنگی، آموزشی و سایر امور رفاهی از طریق همکاری مردم با توجه به مقتضیات محلی، اداره امور با نظارت شورایی به نام شورای روستا، بخش، شهر، شهرستان یا استان صورت می‌گیرد که اعضای آن را مردم انتخاب می‌کنند. غرض قانونگذار از وضع اصل یکصد و یک، توزیع قدرت و ضرورت مشارکت مردم در ابعاد گوناگون نظام است.^۳ با تأمل در این اصل و متناظر با بودجه‌ریزی مشارکتی، ترسیم سازوکارهای مشارکت مردم در تعیین اولویت‌ها و تخصیص منابع مالی از طریق شوراهای اسلامی و با نقش‌آفرینی شورایاری محلات، امکان‌پذیر است. همچنین مستند به بندهای ۵ و ۷ ماده ۸۰ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران مصوب سال ۱۳۷۵ و اصلاحات بعدی آن «برنامه‌ریزی درخصوص مشارکت مردم در انجام خدمات اجتماعی، اقتصادی، عمرانی و غیره با موافقت دستگاه‌های ذی‌ربط و همچنین اقدام به تشکیل انجمن‌ها و نهادهای اجتماعی... با توافق دستگاه‌های ذی‌ربط از وظایف و اختیارات شوراهای اسلامی است که این امر نیز صرفاً از طریق همکاری مردم با توجه به مقتضیات محلی محقق

^۱ Wampler, Brian and Mike Touchton. "Brazil Let Its Citizens Make Decisions About City Budgets. Here's What Happened", 22 January 2014. Available at: <https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2014/01/22/brazil-let-its-citizens-make-decisions-about-city-budgets-heres-what-happened/>

^۲ Hagelskamp, Carolin, David Schleifer, Chloe Rinehart and Rebecca Sillima. "Participatory Budgeting: Could It Diminish Health Disparities in the United States?", *Journal of Urban Health*, Volume 95, Issue 5, 2018, P 769.

^۳ مخبر، عباس، محمد خضری، علی پناهی و محمد قاسمی، *بودجه‌ریزی در ایران؛ بودجه و دست‌اندرکاران (نظرسنجی)*، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۸۷، ص ۲.

می‌شود». در سیستم عدم تمرکز محلی به‌منظور واگذاری امور محلی به مردم، شوراهای شهری در شهرها ایجاد می‌شود تا شورای هر شهر با شناخت نیازها و ارزش‌های محلی سیاستگذاری و برنامه‌ریزی نماید.^۱ تأسیس شورایی‌ها هم بازتابی از این اصول مربوط به شوراهای اسلامی و تلقی گسترش فکر و عمل شورایی است که به ضرورتی اجتناب‌ناپذیر تبدیل شده است. شورایی‌ها در سال ۱۳۷۹ وارد عرصه مدیریت شهری شد. شورایی یک نهاد مردمی و محلی است که هدف از تشکیل آن برقراری ارتباط سازمان‌یافته مردم با نمایندگانشان و استفاده از قدرت و توان مردم در بهبود کیفیت زندگی شهری است. در تهران و دیگر کلان‌شهری ایران با اهتمام مدیریت‌های شهری، همکاری و تعامل سایر نهادها و سازمان‌های ذی‌ربط، در قالب تشکیل و حمایت از فعالیت‌های شورایی‌های محلات اقدام‌هایی در زمینه استفاده از ظرفیت مشارکت و همکاری شهروندان و توجه به اولویت‌ها و نیازهای محلی صورت گرفته است.^۲ در نظام حقوقی ایران صلاحیت عام تصمیم‌گیری و اظهار نظر در امور محلی برای واحدهای محلی شناسایی نشده است. این امر بیش‌ازپیش بیانگر ضعف جایگاه مجتمع‌های سرزمینی همچون شهر و استان در ایران است که فاقد شخصیتی مستقل اند.^۳ متأسفانه با ابطال مصوبه مربوط به انتخابات شورایی‌ها در دیوان عدالت اداری در سال ۱۳۹۵ دستیابی به این هدف دیرپا تر شده است، اما با تصویب قانون مربوطه کماکان امکان‌پذیر است؛ چراکه وجود برخی بسترهای قانونی مشارکت فعال مردم در ابعاد مختلف در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران لحاظ شده است. تدوین منشور بودجه‌ریزی مشارکتی و قوانین و نظام‌نامه جامع مشارکت مردم در تمام مراحل چرخه فرایند بودجه‌ریزی (تدوین، تصویب، اجرا، نظارت و کنترل)، می‌تواند گامی اساسی در تقویت بُعد جمهوریت نظام، بهبود کارایی نظام مالی و همچنین افزایش مشروعیت نظام سیاسی باشد. طبق اصل ششم قانون اساسی، امور کشور باید به اتکای آرای عمومی اداره شود، از راه انتخابات: انتخاب رئیس‌جمهور، نمایندگان مجلس شورای اسلامی، اعضای شوراها و نمایندگان اینها، همچنین به موجب اصل هفتم قانون اساسی نیز شوراها: مجلس شورای اسلامی، شورای استان، شهرستان، شهر، محل، بخش، روستا و نظایر اینها از ارکان تصمیم‌گیری و اداره امور کشورند. در اصل ششم درج عبارت «نظایر اینها» مبین این مطلب است که انتخابات مدنظر قانونگذار محصور به انواع انتخابات مندرج در این اصل نیست و صرفاً از باب تمثیل بیان شده است. در واقع در دو اصل یادشده، تصریح به عبارت‌های «نظایر اینها» و «شورای محل» حاکی از مجوز قانونی برای ایجاد شوراهای محلی و مانند آن است. به‌عبارتی وجود اصل یک‌کسدم قانون اساسی که به‌موجب آن طرز تشکیل و حدود اختیارات و نحوه انتخاب شوراهای اسلامی ذکر شده منوط به قانون شده است، مانع از آن نیست که به موجب اصول دیگر قانون اساسی، نهادها و سازمان‌های قانونی بتوانند برای پیشبرد اهداف قانونی خود از مردم کسب نظر کنند و آنها را در امور مربوط به خود مشارکت دهند، زیرا اثبات شیء نفی ماعدا نمی‌کند.

نتیجه‌گیری

مطالعه روند شکل‌گیری، گسترش و نهادینه شدن بودجه‌ریزی مشارکتی در سطح کشورهای جهان با نظام‌های فکری متفاوت، حاکی از تأثیرات مثبت و ارزشمند این فرایند در ابعاد مختلف سیاسی، اجتماعی و اقتصادی است. به‌طور کلی مشارکت شهروندان در بودجه‌ریزی از بُعد سیاسی ابزاری برای تحقق حاکمیت مشارکتی، تحقق دموکراسی مشارکتی

۱. مظهری، محمد و رضا حسین‌زاده، «چگونگی نظارت شورای شهر بر شهرداری در نظام حقوقی ایران و کانادا»، دوفصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۱۴، شماره ۱، ۱۴۰۲، ص ۴۶۵.

۲. قریشی مدیسه، زهرا سادات، کتاب همراه شورایاران، تهران: مؤسسه نشر شهر، ۱۳۹۵، صص ۱۳۵-۱۳۸.

۳. آقایی طوق، مسلم، «نگرشی تطبیقی بر عدم تمرکز محلی در ایران»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، دوره ۶، شماره ۱۸، ۱۳۹۶، ص ۵۳.

مستقیم، نزدیکی کارگزاران نظام و شهروندان و کاهش شکاف بین آنها و افزایش مشروعیت نظام سیاسی و... است. از بُعد اجتماعی موجب افزایش حس ارزشمندی و تعلق به جامعه، وفاق اجتماعی و افزایش سطح آگاهی شهروندان و همراهی شهروندان با سیاست‌های اجرایی نظام و... می‌شود و در نهایت از بُعد اقتصادی مدیریت بهینه منابع مالی، تخصیص منابع مالی با اولویت‌ها و نیازهای ساکنان محلی، صرفه‌جویی در منابع مالی، عدالت توزیعی در مناطق حاشیه‌نشین و... را به همراه خواهد داشت. علی‌رغم اینکه در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مشارکت فعال مردم در همه ابعاد سیاسی، اجتماعی و اقتصادی مورد تأکید قرار گرفته، در قوانین و نظام بودجه‌ریزی سنتی ایران مشارکت شهروندان در بودجه‌ریزی لحاظ نشده است و پس از گذشت بیش از سه دهه از اولین بودجه‌ریزی مشارکتی در برزیل و اجرای منظم و سالانه آن در بیش از ۷۱ کشور جهان، در کشور ایران در محافل دانشگاهی موضوعی ناشناخته و دارای فقر علمی است و به لحاظ اجرایی و عملیاتی مغفول مانده است. استقرار نظام بودجه‌ریزی مشارکتی در کشور، می‌تواند گامی اساسی در جهت تحقق مشارکت واقعی مردم در عمل و تقویت بُعد جمهوریت نظام باشد. تأثیر عملی تحولات جهانی مشارکت مردمی و بودجه‌ریزی مشارکتی به‌طور خاص و انتقال تجربیات بین‌المللی در کشور ایران، به اراده قوی سیاسی حاکمیت و ارکان نظام سیاسی برای تقویت و نهادینه کردن جامعه مدنی و جنبش‌های اجتماعی مردمی، حمایت مالی، قانونی و نهادی از شوراهای شورایی‌ها و دادن اختیار و استقلال در راه‌اندازی و اجرای مشارکت بودجه محلی، فراهم کردن بسترهای تحقق دموکراسی و دموکراسی مشارکتی، تقویت تمرکززدایی نظام بودجه‌ریزی و تصمیمات عمومی در سطح کلان و خرد، بسترهای فناوری ارتباطی و استقرار دولت الکترونیک در حوزه منابع مالی و نظام بودجه‌ریزی، دسترسی آزاد به اطلاعات و شفافیت در تمام مراحل چرخه فرایند بودجه (تدوین، تصویب، اجرا، کنترل و نظارت) بستگی دارد. شوراهای اسلامی و شورایی‌ها به‌عنوان بازوی اجرایی جهت تسهیل و تشویق مردمان مناطق محلی برای مشارکت در فرایند چرخه بودجه، نقشی تعیین‌کننده می‌تواند ایفا کند. بنابراین تقویت این نهادها در کنار تأسیس مؤسسات و تشکلهای مشارکتی مردم‌نهاد و مهم‌تر از همه آموزش و آگاه‌سازی شهروندان از فرایند بودجه‌ریزی و لزوم مشارکت و تأثیر آن بر بهبود خدمات عمومی، گامی مؤثر در ورود شهروندان به عرصه بودجه‌ریزی خواهد بود. در این راستا، بررسی تجارب موفق کشورهای دیگر، باعث تسهیل در اجرای بودجه‌ریزی مشارکتی می‌شود.

منابع

کتاب

۱. قریشی مدیسه، زهرا سادات، **کتاب همراه شوراییاران**، تهران: مؤسسه نشر شهر، ۱۳۹۵.
۲. مخیر، عباس، محمد خضری، علی پناهی و محمد قاسمی، **بودجه ریزی در ایران؛ بودجه و دست‌اندرکاران (نظرسنجی)**، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۸۷.

مقاله

۳. آقایی طوق، مسلم، «نگرشی تطبیقی بر عدم تمرکز محلی در ایران»، *فصلنامه دانش حقوق عمومی*، دوره ۶، شماره ۱۸، ۱۳۹۶، صص ۴۵-۶۵.
۴. مظهری، محمد و رضا حسین‌زاده، «چگونگی نظارت شورای شهر بر شهرداری در نظام حقوقی ایران و کانادا»، *دوفصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۱۴، شماره ۱، ۱۴۰۲، صص ۴۹۰-۴۵۹.

References

Books

1. Fung, Archon, Erik Olin Wright and Rebecca Abers. "Thinking About Empowered Participatory Governance", In: *Deepening Democracy: Institutional Innovation in Empowered Participatory Governance*, London: Verso, 2017, PP 3-42.
2. Ghoreishi Madiseh, Zahra Sadat, *Handbook For Neighborhood Councilors*, Tehran: Shahr Publishing Institute, 2016. (In Persian)
3. Gordon, V. *Striking A Balance: Matching The Services Offered By Local Governments With The Revenue Realities*, Washington DC: ICMA, 2012.
4. Mokhber, Abbas, Mohammad Khezri, Ali Panhai and Mohammad Ghasemi, *Budgeting in Iran; Budget and Stakeholders (Survey)*, Tehran: Research Center of The Islamic Consultative Assembly, 2008. (In Persian)
5. Talpin, Julien. *Schools Of Democracy: How Ordinary Citizens (Sometimes) Become More Competent In Participatory Budgeting Institutions*, Colchester: ECPR Press, 2011.
6. Tocal, Mariano and José Ramón Montero. *Political Disaffection In Contemporary Democracies; Social Capital, Institutions and Politics*, Routledge, First Edition, 2006.

Articles

7. Aghaei Togh, Moslem, "A Comparative Approach To Local Decentralization in Iran", *Public Law Knowledge Quarterly*, Volume 6, Issue 18, 2017, PP 45-65. (in Persian)
8. Bartocci, Luca, Giuseppe Grossi and Sara Giovanna Mauro. "Towards a Hybrid Logic of Participatory Budgeting", *International Journal of Public Sector Management*, Volume 32, Issue 13, 2019, PP 65-79. <https://doi.org/10.1108/IJPSM-06-2017-0169>
9. Brown, Judy and Jesse Dillard. "Dialogic Accountings for Stakeholders: On Opening Up and Closing Down Participatory Governance", *Journal of Management Studies*, Volume 52, Issue 8, 2015, PP 261-278.
10. Cabannes, Yves. "Participatory Budgeting: A Significant Contribution To Participatory Democracy", *Environment and Urbanization*, Volume 16, Issue 1, 2004, PP 27-46. Doi: 10.1177/095624780401600104
11. Cabannes, Yves. "The Impact Of Participatory Budgeting On Basic Services: Municipal Practices And Evidence From The Field", *Environment and Urbanization*, Volume 27, Issue 1, 2015, PP 257-284. <https://doi.org/10.1177/0956247815572297>
12. Carlitz, Ruth. "Improving Transparency And Accountability In The Budget Process: An Assessment Of Recent Initiatives", *Development Policy Review*, Volume 31, Issue 1, 2013, PP 49-67. Doi:10.1111/dpr.12019
13. Demediuk, Peter, Rolf Solli and Petra Adolfsson. "People Plan Their Park: Voice And Choice through Participatory Budgeting", *The International Journal of Interdisciplinary Social Sciences: Annual Review*, Volume 6, Issue 5, 2012. <https://doi.org/10.18848/1833-1882/CGP/v06i05/52080/>
14. Dezinic, Jasmina, Mária Murray Svidroňová and Ewa Markowska-Bzducha. "Participatory Budgeting: a Comparative Study of Croatia, Poland and Slovakia", *NISPAcee Journal of Public Administration and Policy*, Volume 9, Issue 1, 2016, PP 31-56. Doi:10.1515/nispa-2016-0002
15. Ebdon, Carol and Aimee L. Franklin. "Citizen Participation In Budgeting Theory", *Public Administration Review*, Volume 66, Issue 3, 2006, PP 437-447.

16. Goldfrank, Benjamin. "The World Bank And The Globalization Of Participatory Budgeting", *Journal of Public Deliberation*, Volume 8, Issue 2, 2012. <https://doi.org/10.16997/jdd.143>
17. Hagelskamp, Carolin, David Schleifer, Chloe Rinehart and Rebecca Sillima. "Participatory Budgeting: Could It Diminish Health Disparities in the United States?", *Journal of Urban Health*, Volume 95, Issue 5, 2018, PP 766-771. Doi: 10.1007/s11524-018-0249-3.
18. Lerner, Josh and Donata Secondo. "By The People, For The People: Participatory Budgeting From the Bottom Up in North America", *Journal of Deliberative Democracy*, Volume 8, Issue 2, 2012. Doi:10.16997/jdd.148
19. Manulty, Stephanie. "An Unlikely Success: Peru's Top-Down Participatory Budgeting Experience", *Journal of Public Deliberation*, Volume 8, Issue 2, 2012. Doi:10.16997/JDD.146
20. Mazhari, Mohammad and Reza Hosseinzadeh, "How the City Council Supervises the Municipality in the Legal Systems of Iran and Canada", *Bi-Quarterly Journal of Comparative Law Studies*, Volume 14, Issue 1, 2023, PP 459-490. (in Persian) Doi: 10.22059/jcl.2023.347487.634412
21. Pateman, Carole. "Participatory Democracy Revisited", *Perspectives On Politics*, Volume 10, Issue 1, 2012, PP 7-19. <https://doi.org/10.1017/S1537592711004877>
22. Saguin, Kidjie. "Why The Poor Do Not Benefit From Community-Driven Development: Lessons From Participatory Budgeting", *World Development*, Volume 112, 2018, PP 220-232. <https://doi.org/10.1016/j.worlddev.2018.08.009>
23. Sintomer, Y., C. Herzberg, A. Röcke and G. Allegretti. "Transnational Models Of Citizen Participation: The Case Of Participatory Budgeting", *Journal of Public Deliberation*, Volume 8, Issue 2, 2012. <https://doi.org/10.16997/jdd.141/>
24. Suarez, Celine. "From Porto Alegre To New York City: Participatory Budgeting And Democracy", *New Political Science*, Volume 39, Issue 1, 2017, PP 67-75. Doi:10.1080/07393148.2017.1278854
25. Tanaka, Susan. "Engaging The Public In National Budgeting: A Non-Governmental Perspective", *OECD Journal on Budgeting*, Volume 7, Issue 2, 2007.
26. Uddin, Shahzad, Yuji Mori and Pawan Adhikari padhik. "Participatory Budgeting In A Local Government In A Vertical Society: A Japanese Story", *International Review of Administrative Sciences*, Volume 85, Issue 3, 2017. Doi: 10.1177/0020852318782753/
27. Weber, Rachel., Thea Crum and Eduardo. "The Civics of Community Development: Participatory Budgeting in Chicago", *Community Development and Democratic Practice*, Volume 46, Issue 3, 2015, PP 261-278. <https://doi.org/10.1080/15575330.2015.1028081>

Websites

28. "La Ville Autrement - Initiatives Citoyennes, Urbanisme Temporaire, Innovations Publiques, Plateformes Numériques", 2017, Available at: <https://www.apur.org/>
29. Mairie de Paris. La Charte Du Budget Participatif, 2019, Available at: <https://participedia.net/case/participatory-budgeting-in-paris-france/>
30. UrbiStat. "Region Of Ile-de-France Rankings And Thematic Maps", 2021, Available at: <https://ugeo.urbistat.com/AdminStat/en/fr/demografia/dati-sintesi/paris/75/3>

31. Wampler, Brian and Mike Touchton. "Brazil Let Its Citizens Make Decisions About City Budgets. Here's What Happened", 22 January 2014. Available at: <https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2014/01/22/brazil-let-its-citizens-make-decisions-about-city-budgets-heres-what-happened/>

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

A Comparative Study on the Essence of the “Right” in the Islamic Jurisprudence, Private Law and Public Law

Mohammadreza Vijeh¹

Highlights

- In Islamic jurisprudence, the concept of “right” is predominantly understood in connection with ownership and within the framework of real rights, which leads to its analysis as a legal status related to property rather than primarily to the personality of the right-holder.
- In private law, a “right” is conceptualized mainly as an institutional legal advantage arising from a specific legal status, functioning as a structural mechanism for regulating legal relationships rather than as a purely personal entitlement.
- In public law, the concept of “right” moves away from an ownership-centered model and becomes connected with the dignity, status, and fundamental capacities of the human being, such that a right is understood primarily in relation to the position of the person and the requirements of human dignity.

ABSTRACT

Introduction

The concept of “right” is one of the most foundational yet contested notions in legal and jurisprudential thought. Although the term is widely used across Islamic jurisprudence, private law, and public law, its meaning is not uniform in these different discourses. In Islamic jurisprudence, a right is often understood as a kind of entitlement, an acquired privilege, or an abstract legal power relating a person to a specific object, act, or legal position. In positive law, by contrast, the concept of right is more closely tied to the legal capacity and standing of the right-holder, rather than merely to the nature of the entitlement itself. This divergence has significant theoretical consequences for the structure of legal reasoning, the relation between rights and duties, and the distinction between claimable and non-claimable interests. The present study aims to compare the essence of the “right” in Islamic jurisprudence, private law, and public law, and to clarify whether these traditions use the term in the same conceptual sense or within fundamentally different paradigms. It also seeks to show how this conceptual distinction affects the classification of rights, especially the distinction between real rights and personal rights, and how it shapes modern legal thinking about entitlement, obligation, and enforcement.

Methods

This study follows a descriptive-analytical and comparative method based on library research. The analysis begins with a conceptual examination of the term “right” in juristic and legal texts, followed by a

How to Cite: Vijeh, Mohammadreza, "A Comparative Study on the Essence of the “Right” in the Islamic Jurisprudence, Private Law and Public Law", Legal Research, Vol. 29, No. 114, 2026, pp: 105-126.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.232531.2552>

Received: 27/08/2023-Accepted: 06/01/2025

1. Associate Professor, Faculty of Law & Political Sciences, Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: mrezavijeh@atu.ac.ir



Copyright: © 2026 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/>).

comparison of its usage in Islamic jurisprudence, private law, and public law. The research focuses on the conceptual layers of the term, because much of the ambiguity surrounding rights stems from the confusion between lexical meaning, juristic meaning, and technical legal meaning. The study then examines the relationship between right and closely related notions such as entitlement, authority, ownership, obligation, duty, and enforceability. Special attention is paid to the distinction between real rights and personal rights, since this distinction is central to modern legal thought and strongly influences the way the right-holder is positioned within the legal system. The methodological assumption of the study is that differences in philosophical foundations and legal functions produce genuine differences in the meaning of right, and that such differences cannot be reduced to a merely linguistic variation.

Results and Discussions

The findings show that, although Islamic jurisprudence and positive law use the same term “right,” they do not assign it the same conceptual content or legal function. In Islamic jurisprudence, a right is generally associated with a kind of entitlement or juridical power that connects a person to a specific object, act, or legal condition. In this framework, the essence of the right lies in the relation between the holder and the object of the right, and it is often understood through the lens of legal privilege or abstract control. The concept is therefore not primarily centered on the personality of the holder, but on the legal relation itself. In positive law, however, especially under the influence of modern legal theory, the right is mainly understood as a subjective right. Here the focus shifts from the object of the right to the legal standing of the right-holder, who is recognized as having the power to claim, enforce, and exercise the right against others or against public authority. This means that the right functions not merely as a normative relation, but as a legal position securing the subject’s ability to act within the legal order. Another important finding concerns the distinction between real rights and personal rights. Real rights establish a direct legal relationship between a person and a thing and are enforceable against all third parties. Personal rights, by contrast, arise from a legal bond between specific persons and are usually connected with obligations, debts, or contractual duties. This distinction is crucial for private law, but it also informs public law, where rights such as civil rights and fundamental rights are best understood through the legal position of the individual vis-a-vis state power. In this sense, public law rights are less about the object of entitlement and more about the subject’s capacity to demand legal recognition or protection from public authority. The study also shows that the dominance of the notion of subjective right in positive law has shifted attention from the right itself to the right-holder. This shift has altered the way law conceptualizes the relation between rights and duties. In Islamic jurisprudence, rights are more closely tied to normative privileges or juridical powers, and their analysis often remains connected to duty, liability, waiver, and transferability. In positive law, however, rights are discussed primarily in terms of enforceability, standing, and the legal protection of the subject. As a result, the same word “right” is embedded in different conceptual networks and generates different practical consequences depending on the legal system in which it is used.

Conclusion

The comparative analysis demonstrates that the “right” is a homonymous but not a conceptually identical term in Islamic jurisprudence, private law, and public law. Differences in philosophical assumptions and legal structures have led to different understandings of the right: in Islamic jurisprudence, it is closer to a legal privilege or abstract entitlement; in positive law, it is more closely associated with subjective legal power and the status of the right-holder. This is not a merely terminological difference; it has important implications for legal theory, the relation between rights and duties, and the practical operation of legal enforcement. Therefore, any use of the term “right” in scholarly analysis or legal drafting should first clarify the conceptual framework in which it is employed and the theoretical consequences that follow from it. The study concludes that a precise understanding of the essence of right is only possible through careful comparison between the Islamic juristic tradition and modern legal systems, and by avoiding the assumption that the same term necessarily denotes the same concept across these traditions.

Keywords: Right, Positive Law, Islamic Jurisprudence, Personal Right, Privilege.



تطبیق ماهیت «حق» در فقه اسلامی، حقوق خصوصی و حقوق عمومی

محمد رضا ویژه^۱

نکات برجسته

- در فقه اسلامی، مفهوم «حق» غالباً در پیوند با مالکیت و در چارچوب حقوق عینی فهم می‌شود و همین امر سبب می‌گردد حق بیشتر به مثابه وضعیتی اعتباری و مرتبط با شیء یا مال تحلیل شود تا امری مبتنی بر شخصیت دارنده حق.
- در حقوق خصوصی، «حق» بیش از آنکه بر شخص تکیه داشته باشد، به عنوان امتیازی ناشی از یک وضعیت حقوقی و در قالب ساختاری-نهادی تبیین می‌شود و بدین ترتیب واجد کارکردی تنظیم‌گر در روابط حقوقی می‌گردد.
- در حقوق عمومی، مفهوم «حق» از الگوی مالکیت‌محور فاصله گرفته و با شأن، منزلت و توانایی‌های بنیادین انسان پیوند می‌خورد، به گونه‌ای که حق بیش از هر چیز به موقعیت شخص و اقتضائات کرامت انسانی وابسته می‌شود.

چکیده

هنگامی که در مورد «حق» سخن گفته می‌شود، آیا این مفهوم در گفتمان حقوق موضوعه همان معنا را دارد که در گفتمان فقه اسلامی سخن می‌گوییم؟ آیا پارامترهای «حق» در دو گفتمان یکسان است؟ تفاوت گفتمانی «ماهیت حق» در حقوق موضوعه و فقه اسلامی چه آثاری به دنبال خواهد داشت؟ در فقه اسلامی، «حق» بیشتر به عنوان «امتیاز» مطرح می‌شود؛ امتیازی که ناشی از وضعیت حقوقی است و از این رو بیشتر صبغه‌ای نهادی می‌یابد. در مقابل، در حقوق موضوعه چنین نیست و حق بیشتر به صاحب حق و توانایی‌های او مربوط می‌شود. این مفهوم جدید از «حق» آثار و توالی به دنبال دارد. در این مقوله، اهمیت روزافزون «حق شخصی» کاملاً بر مفهوم «حق» در حقوق موضوعه سیطره یافته است. اثر مهم این مفهوم اهمیت یافتن صاحب حق به جای موضوع حق است و همین امر موجب تمایز پارادایم «حق» در گفتمان حقوق موضوعه با پارادایم مشابه در گفتمان فقه اسلامی می‌شود. تفاوت پارادایمی و گفتمانی فوق آثار دیگری نیز بر جای می‌گذارند که نمود بارز آنها در قابلیت مطالبه و رابطه با تکلیف است.

کلید واژگان: حق، حقوق موضوعه، فقه اسلامی، حق شخصی، امتیاز.

استناد به این مقاله: ویژه، محمد رضا، «تطبیق ماهیت «حق» در فقه اسلامی، حقوق خصوصی و حقوق عمومی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۴، تیر ۱۴۰۵، صص: ۱۰۵-۱۲۶.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.232531.2552>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۰۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۱۷

۱. دانشیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: mrezavijeh@atu.ac.ir



Copyright: © 2026 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

هنگامی که درمورد «حق» سخن گفته می‌شود، باید توجه داشت که آیا این مفهوم در گفتمان حقوق عمومی و حقوق بشر همان معنا را دارد که در گفتمان حقوق خصوصی و اسلامی سخن می‌گوییم؟ فراتر از آن، آیا پارامترهای «حق» در گفتمان حقوق عمومی با گفتمان حقوق خصوصی یکسان است؟ و در نهایت، تفاوت گفتمانی «ماهیت حق» در حقوق عمومی و خصوصی چه آثاری به دنبال خواهد داشت؟

پارامترهای بسیاری برای ماهیت «حق» در حقوق عمومی وجود دارد که برای مقایسه با فقه اسلامی و حقوق خصوصی ابتدا باید آنها را بازشناخت. بی‌گمان، تمایز ماهیت حق در حقوق عمومی با فقه اسلامی و حقوق خصوصی تأثیری ژرف بر ماهیت حق در این دو گفتمان می‌گذارد. یکی از این پارامترها که به تفاوت عمیق گفتمان حق در حقوق عمومی و حقوق خصوصی می‌انجامد، نوع رابطه حق با صاحب حق یا ذوی‌الحق است. بی‌تردید، یکی از ملزومات فلسفه حقوق مدرن، به تبعیت از جریان کلی فلسفه مدرن، اهمیت یافتن سوژه^۱ در روابط حقوقی است. در این مقوله برخی از حق‌ها به عنوان حق‌های شخصی^۲ حق‌هایی‌اند که به گونه‌ای منطقی به سوژه ارتباط می‌یابند.^۳ تفکیک حقوق عینی^۴ و شخصی نیز از همین روی اهمیت می‌یابد. در این تفکیک، حقوق عینی از قواعد حقوقی تشکیل می‌شوند که سوژه به آنها دسترسی دارد.^۵ بنابراین، پیدایش مفهوم حقوق شخصی مرحله‌ای تعیین‌کننده در حقوق مدرن به شمار می‌رود. در مقابل، در حقوق خصوصی بیشتر شاهد حق‌های عینی هستیم تا حق‌های شخصی و همین امر، از اساس، مسیر حقوق عمومی و حقوق بشر را از حقوق خصوصی را جدا می‌کند.

مدعای ما این است که برای درک کامل «حق» به عنوان مفهوم اساسی فقه اسلامی، حقوق خصوصی و حقوق عمومی ابتدا باید ماهیت «حق» در دو دیدگاه به دقت کاویده شود. باتوجه به شاخص‌ها و فرایند تاریخی شکل‌گیری مفهوم «حق» و جنبه‌های گوناگون آن در حقوق عمومی و مقایسه با فقه اسلامی و حقوق خصوصی درمی‌یابیم که مقایسه این دو مفهوم ما را به تمایزی فراتر می‌رساند. در چارچوب تحلیلی مقوله مورد نظر، ابتدا باید مفهوم «حق» در حقوق عمومی و فقه اسلامی و به تبع آن، حقوق خصوصی را بازشناخت (۱) و سپس به آثار این تمایز مفهومی در دو عرصه مورد نظر پرداخت که آثاری بس گسترده‌اند (۲).

۱. تحلیل تفاوت مفهوم «حق» در حقوق عمومی و حقوق خصوصی

۱.۱. مفهوم «حق» در فقه اسلامی و حقوق خصوصی

از آنجاکه حقوق خصوصی در کشور ما، به ویژه حقوق مدنی، ریشه در فقه اسلامی دارد، اگر نگوییم بین مفهوم «حق» در حقوق خصوصی و فقه اسلامی نوعی این‌همانی برقرار است، حداقل به بازشناسی آن در حقوق خصوصی یاری فراوان می‌رساند. از این روی، در این بخش ابتدا به تبیین ساختار و ماهیت حق در حقوق اسلامی می‌پردازیم (۱.۱.۱) و سپس

^۱ Sujet

^۲ Droits subjectifs

^۳ Renaud, Alain. "Etat De Droit et Sujet De Droit", *Cahiers De Philosophie Politique et Juridique*, No. 24, 1993, P 56.

^۴ Droit Objectif

^۵ Gutmann, Daniel. "Droit Subjectif", Dans: Alland, Denis. *Dictionnaire De La Culture Juridique*, Paris: Lamy/P.U.F., 2003, P 530.

همین امر را در حقوق خصوصی در پیوند با فقه اسلامی مورد بررسی قرار می‌دهیم (۱.۱.۲).

۱.۱.۱. «حق» در فقه اسلامی

برای تبیین مفهوم و مبنای «حق» در فقه اسلامی، به‌ویژه فقه شیعه، در وهله نخست باید به این نکته توجه نمود که در اسلام «حق» ماهیتی الهی- انسانی دارد و بنابراین همواره با مسئولیت دارنده حق در برابر خداوند همراه است.^۱ مسئله نخست این است که مراد ما از «حق» در فقه اسلامی چیست؟ (۱.۱.۱.۱) و مسئله دوم نیز این خواهد بود که حق را از مفاهیم مشابه آن تمیز دهیم (۱.۱.۱.۲).

۱.۱.۱.۱. رویکردهای فقهی به «حق»

فقه‌ها برای حق ویژگی‌هایی برشمرده‌اند: نخستین ویژگی قابلیت اسقاط است.^۲ اسقاط از این منظر مورد توجه قرار گرفته است که عملی ارادی است و اسقاط حق فقط به اراده دارنده آن صورت می‌گیرد. در واقع، اسقاط عملی جداگانه از انشای حق است و حتی «در تعهد به نفع ثالث نیز ایجاد حق برای ثالث ملازمه‌ای با اختیار اسقاط حق به وجود آمده برای ثالث ندارد».^۳ دومین ویژگی که از مالکیت وام گرفته شده قابلیت نقل به دیگری به‌صورت ارادی است و سرانجام ویژگی آخر، قابلیت انتقال قهری از دیگری به وسیله اسبابی مانند ارث است.^۴

گروهی از فقه‌ها حق را در معنای سلطنت به کار برده‌اند.^۵ در این معنا، نوعی سلطنت برای ذی‌حق در نظر گرفته می‌شود. بدیهی است که این سلطنت یا سلطه ضعیف باید توسط شرع یا قانون‌گذار تنفیذ شده باشد. «سید یزدی پس از جداسازی حق از حکم این نتیجه را به دست می‌دهد که اگر قانون‌گذار مالکیت شخص را بر چیزی و سلطنت وی را بر شیء اعتبار کند این اعتبار حق خواهد بود و اگر اعتبار شارع صرف عدم منع از انجام کار یا ترتیب اثر بر فعل یا ترک فعلی باشد به‌گونه‌ای که شخص مورد و محل آن حکم تلقی گردد، این اعتبار حکم محسوب می‌شود».^۶ البته، در این مقوله باید بین سلطنتی که از ارکان حق است (سلطنت اعتباری) و سلطنت به‌عنوان یکی از آثار حق (سلطنت تکلیفی) تمایز قائل شد.^۷ بنابراین، حق نمی‌تواند با سلطنت تکلیفی که اثر آن است تعریف شود.

برخی از فقه‌ها مانند آیت‌الله حکیم نیز حق را مترادف ملک تلقی نموده‌اند. در این معنا مالکیت دین، منفعت و انتفاع وجود دارد. برای مثال، صاحب جواهر هیچ‌گونه اشاره‌ای به تفاوت میان «حق» و «ملک» نمی‌کند. حتی، برخی حق را مرتبه ضعیفی از مالکیت (نوعی سلطنت ضعیفه) می‌دانند.^۸ برای مثال، محقق نایینی برای سلطنت سه مرتبه قائل شده که

^۱. Ben Achour, Yadh, "Islam et Droits De L'Homme: Le Conflit Des Interprétations", Dans: Luchaire, François. *Un Républicain Au Service De La République*, Paris: Sorbonne, 2005, P 66.

^۲. گرجی، ابوالقاسم، «مشروعیت حق و حکم آن با تأکید بر حق معنوی»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دوره ۲۹، شماره ۰، ۱۳۷۲، صص ۱۳۲-۱۳۱، ص ۱۲۴.

^۳. مولوی قلاچی، محمد، «اسقاط حقی که هنوز ایجاد نشده است»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، شماره ۴۷، ۱۳۷۹، ص ۹۳.

^۴. صفری، نعمت‌الله، «رساله حق و حکم و شرح حال شیخ محمد هادی تهرانی»، *فصلنامه نامه مفید*، شماره ۴، ۱۳۷۴، ص ۵۱.

^۵. مرعشی، سید محمد حسن، «حق و اقسام آن از دیدگاه‌های مختلف فقهی و مکاتب حقوقی»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۵۸، شماره ۱۰، ۱۳۷۳، ص ۲۰.

^۶. قربان‌نیا، ناصر، *حقوق بشر و حقوق بشر دوستانه*، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۷، ص ۳۱.

^۷. همان، ص ۴۳.

^۸. همان، ص ۲۳؛ کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، جلد ۳، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۷، ص ۴۲۳.

ضعیف‌ترین آنها حق نامیده می‌شود.^۱ در نظر مرحوم نایینی، قوام «حق» در این معنا به صاحب حق و من علیه الحق است. به عبارت دیگر، «حق، سلطنت ضعیف بر مال است که سلطنت بر منفعت از آن قوی‌تر و سلطنت بر عین، از هر دو قوی‌تر است».^۲ این معنا نیز برای حق جامع نیست، زیرا در وهله نخست «حق» نوعی ملک نیست، بلکه اعتباری در کنار ملکیت است.^۳ در نتیجه حق‌هایی مانند حضانت و ولایت را که حق جدای از ملک وجود دارد، دربر نمی‌گیرد. در عین حال، حق‌های وابسته به ملک مانند حق تحجیر نیز وجود دارد که با مالکیت یکسان نیست. اشکال دیگر آن است که ملک دارای شدت و ضعف نیست؛ زیرا ملکیت یک امر اعتباری بسیط است.^۴

در واقع، گذری بر فقه اسلامی نشان می‌دهد که تعریف «حق» نیز از «مالکیت» نشئت گرفته است و ارکان اصلی آنها مشابه‌اند. فقها همواره «حق» را ذیل عین و منفعت و پیرو نهاد «مالکیت» تعریف کرده و هویت مستقل حقوقی برای آن در نظر نگرفته‌اند. چنان‌که خواهیم دید، این ریشه نظری بر دیدگاه‌های گوناگون در مورد مبنای «حق» تأثیر نهاده است. اما تمامی فقها مالکیت و حق را یکسان در نظر نمی‌گیرند و برخی بین حق و ملک تفاوت قائل شده‌اند. در فقه شیعه، حق توانایی خاصی است که گاهی به عین، گاهی به عقد و گاهی به شخص تعلق می‌گیرد، ولی در فقه اهل سنت «حق» تعریف نشده است.^۵ در این صورت فرق میان ملک و حق بسیار روشن است. حق اعتباری است که همیشه به عملی که به عین یا به شخص و یا عقد اختصاص دارد، متعلق است، ولی ملک احاطه و سلطنتی است که حقیقتاً به خود عین یا منفعت و یا عمل تعلق می‌گیرد.^۶ در عین حال، فقها بین حق و اجازه نیز تمیز قائل شده‌اند و حتی در گامی فراتر مرحله‌ای بین اجازه و حق را نیز در نظر گرفته‌اند که فراتر از اجازه و فروتر از حق است. برای مثال، نفقه اقارب تکلیف فرزندان است، اما این تکلیف برای والدین نه حق ذمی، بلکه فقط جواز مطالبه ایجاد می‌کند؛ به طوری که این جواز در قالب حکم قابل تحلیل است و در نتیجه قابل اسقاط نیست.^۷

گروهی نیز مانند نایینی در ارشاد الطالب «حق» را «امتیاز» تلقی نموده‌اند. این امتیاز در حقوقی مانند حق قصاص و حق رجوع یا حق حضانت نمود یافته است.^۸ بدین ترتیب حق با نوعی اولویت یکسان انگاشته شده است، در حالی که مبنای اولویت قانون یا شرع است و هر اولویتی نمی‌توان حق قلمداد شود. در نتیجه، این تعریف نمی‌تواند جامع و مانع باشد. در عین حال، این دیدگاه به خوبی نشان می‌دهد که در فقه شیعه نوعی اختلاط بین دو مفهوم «حق» و «امتیاز» وجود دارد.

دیدگاهی نیز وجود دارد که براساس آن، برای حق «نوعی ماهیت اعتباری عقلی یا شرعی قائل است که اعتبار آن غیر از اعتبار ملکیت است»^۹ و سلطنت به عنوان مرتبه دانی سلطه از آثار حق شمرده است و در نتیجه رابطه حق و ملکیت بسیار

۱. موسویان، سید ابوالفضل، **ماهیت حق**، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، عروج، ۱۳۸۲، ص ۴۰.

۲. حکمت‌نیا، محمود، **مبانی مالکیت فکری**، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۸۷، ص ۱۲۵.

۳. همان، ص ۱۲۶.

۴. همان.

۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **حقوق اموال**، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۰، ص ۴.

۶. گرجی، ابوالقاسم، «مالیکت در اسلام»، در: گرجی، ابوالقاسم، مقالات حقوقی، جلد ۲، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۶۹، ص ۳۱۲.

۷. محقق داماد، سید مصطفی، «مفاد شرط فعل مالی ضمن عقد در حقوق اسلامی»، **فصلنامه تحقیقات حقوقی**؛ یادنامه شادروان دکتر سید مهدی

شهیدی، ۱۳۸۴، ص ۸۶.

۸. موسویان، پیشین، ص ۶۰.

۹. قنوتی، جلیل، سید حسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی‌پور، زیر نظر سید مصطفی محقق داماد، **حقوق قراردادها در فقه امامیه**، جلد ۱،

تهران: سمت، ۱۳۷۹، ص ۴۳.

تضعیف شده است.^۱ نخستین بار شیخ انصاری مالکیت را به عنوان رابطه اعتباری تلقی نمود و قلمروی فقه را بر مفهوم اعتبار گشود. به نظر شیخ، «مالکیت رابطه‌ای اعتباری است که بین شخص با شیء برقرار می‌شود».^۲ البته، لازم به یادآوری است که شیخ انصاری این رابطه را فقط از یک سو و آن هم مورد مالکیت اعتباری می‌داند و آن هم بدین دلیل که حقوق مالی را نیز به جای مال قابل تملک می‌داند.^۳ البته، اشکالی نیز در اینجا قابل تصور است و آن اینکه در این آموزه حق بالذات اعتباری نیست، بلکه اعتبار خود را از عقلا و شارع در قالب حکم وضعی می‌گیرد. بنابراین، در این دیدگاه نیز به نوعی شاهد اختلاط دو مفهوم حق و حکم وضعی خواهیم بود.

سرانجام در فقه شیعه، دیدگاهی وجود دارد که علاوه بر اعتباری بودن حق را به عنوان نوعی امتیاز اعتباری قلمداد می‌کند. در واقع، این دیدگاه تلفیقی از دو دیدگاه پیشین به شمار می‌رود.^۴ علامه طباطبایی در بحث ادراکات اعتباری بیشتر به این رابطه اعتباری مورد توجه مرحوم محمد حسین غروی اصفهانی پرداخته است. به نظر علامه، «عقل و ادراکات عقلانی به تدریج تکوین می‌یابد و از ابتدا ساختار پرداخته و کاملی ندارد. به علاوه، اصول عقلانی تابع اصل انطباق با محیط است که از آن دو نتیجه می‌توان گرفت: نخست اینکه عقل و اصول عقلانی در همه اشخاص یکسان و مانند هم نیست؛ دوم اینکه عقل و اصول عقلانی با تغییر اوضاع و شرایط و احتیاجات تغییر می‌کند».^۵ از این بحث چنین می‌توان نتیجه گرفت که اگر رابطه حق و ذی‌حق را اعتباری قلمداد کنیم، شرایط حق و استفاده از آن منوط به شرایط و اوضاع و احوال اقتصادی و اجتماعی است و حق‌های ثابتی نیز نداریم.

بسیاری از فقیهان تعریف عام‌تری را برای «حق» در نظر گرفته‌اند: «حق توانایی خاصی است که کسی نسبت به چیزی یا شخصی یا عقدی دارد که به مقتضای آن توانایی می‌تواند در آن چیز یا شخص یا غیره تصرفی کند یا بهره‌ای گیرد».^۶ گذشته از اشکال این تعریف در مورد توانایی تصرف در شخص، این فقیهان خود معترفند که «حق» در این معنا «با برخی از احکام تکلیفیه جامع مشترکی دارد ... لذا در مقام فرق این دو برآمده‌اند که در مورد عمل مباح مکلف می‌تواند عمل را انجام بدهد یا ندهد، ولی نمی‌تواند این توانایی خود بر عمل را که اباحه نامیده می‌شود از بین ببرد، تنها شارع مقدس است که می‌تواند این توانایی (اباحه) را از بین ببرد؛ اما در مورد حق چنین نیست، چنان‌که صاحب حق خیار می‌تواند عقد را فسخ کند یا نکند، می‌تواند توانایی فسخ (حق خیار) را هم از بین ببرد بی‌آنکه آن را اسقاط کند».^۷

جهت‌گیری کلی فقه اسلامی در مورد ماهیت «حق» بر تلقی این دانش از مسائل مستحدثه مانند حقوق مالکیت فکری نیز تأثیر می‌گذارد. برخی از فقیهان اصل حق بودن حق‌های مالکیت فکری و بالتبع قابل نقل و انتقال و یا مال بودن آن را نپذیرفته‌اند. برخی دیگر نیز به فراخور قابل تقویم بودن این حق‌ها، آنها را در قالب سهم‌الشرکه^۸ یا شرط ضمن عقد یا

۱. موسوی خمینی، سید روح‌الله، **کتاب‌البیع**، جلد ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ ه.ق، ص ۲۱.

۲. محقق داماد، سید مصطفی، **قواعد فقه - بخش مدنی ۲**، تهران: سمت، ۱۳۷۴، ص ۱۰۶.

۳. انصاری، شیخ مرتضی، **مکاسب**، قم: دهقان، چاپ دوم، ۱۳۷۴، ص ۱۳۶.

۴. لازم به یادآوری است که علامه طباطبایی هم در اصول فلسفه و روش رئالیسم و هم در تفسیر المیزان، حق اعتباری را به امتیاز یا اختصاص معنا کرده است و در واقع تعریف علامه از حق میان امتیاز و اختصاص در نوسان است. (نبویان، سید محمود، «کالبدشکافی معنای حق نزد اندیشمندان غربی»، **فصلنامه حکومت اسلامی**، دوره ۱۳، شماره ۱، ۱۳۸۷، ص ۱۰۵).

۵. طباطبایی، محمد حسین، **اصول فلسفه و روش رئالیسم**، جلد ۲، قم: صدرا، ۱۳۶۳، ص ۱۳۸.

۶. گرجی، ابوالقاسم، «رابطه حقوق و فقه»، **مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی**، شماره ۳۵، ۱۳۷۵، ص ۸۴.

۷. همان.

۸. امامی کاشانی، محمد، «نظر پیرامون حقوق مالکیت‌های فکری»، **فصلنامه رهنمون**، شماره ۳-۲، ۱۳۷۱، ص ۲۰۷.

تضمین از باب حفظ مصالح عامه^۱ گنجانده‌اند و چون مالکیت را از اعتبارهای عقلانی قلمداد می‌کنند، مانعی برای «حق» دانستن حق‌های ناشی از مالکیت فکری نمی‌بینند.^۲

۱.۱.۱.۲. تمایز میان «حق» و مفاهیم مشابه

در تقسیم‌بندی «حق» و مفاهیم مشابه و نزدیک بدان، از یک جنبه در وضعیات شرعی «حق» در مقابل «حکم» قرار می‌گیرد و نوعی مجعول شرعی است. گروهی از فقیهان حق را با حکم یکسان انگاشته‌اند؛ زیرا هر دو اعتباری‌اند. در اینجا تفاوت با ملکیت نمود می‌یابد که حق و حکم به افعال تعلق دارند، ولی ملک به افعال و اعیان تعلق می‌یابد.^۳ گروهی از فقیهان نیز مانند مرحوم خوئی از این منظر حق و حکم را متحد می‌دانند که هر دو اعتباری‌اند.^۴ این تلقی نیز درست نیست، زیرا حکم بیشتر با وضعیت حقوقی نزدیک است تا حق. در نتیجه، حکم در برخی موارد می‌تواند منشأ پیدایش حق شود، مانند حق زوجه در مطالبه نفقه در اثر زوجیت و حکم شارع به پرداخت نفقه توسط زوج^۵ افزون بر آن، احکام تکلیفی در قلمروی حق قرار نمی‌گیرند و بسیار دشوار است که احکام تکلیفی از احکام موضوعه حقوق از یکدیگر تمیز داده شوند. افزون بر آن، اگر حق و حکم را بدین دلیل متحد بدانیم که حق شامل هر امر ثابتی می‌شود، آنگاه حق و ملکیت نیز باید متحد باشند، زیرا ملکیت نیز امر ثابتی است.^۶ بنابراین، «منظور از حق اقتدار و سلطنت اعتباری است که قانونگذار برای شخص در نظر گرفته و منظور از حکم یا تکلیف، وظایفی است که به صورت طلب فعل یا طلب ترک (امر و نهی) از مکلف خواسته شده است».^۷ از همین روی، فقیهانی مانند بحرالعلوم در کتاب «بلغه الفقیه»، شیخ محمد حسین غروی اصفهانی و سید محمد کاظم یزدی در حواشی خویش بر مکاسب در تفکیک «حق» و «حکم» تلاش فراوان کرده‌اند، ولی به نتیجه مشخصی دست نیافته‌اند.^۸

مسئله دیگری که در اینجا اهمیت می‌یابد، تمایز بین جواز و حق است. برخی از اندیشمندان آزادی را نوعی جواز شرعی و قانونی می‌دانند که نباید آن را به حق تعبیر نمود.^۹ آیا اگر برای فعل یا ترک فعلی جایز باشیم به مثابه این است که حق داریم یا باید این دو را از یکدیگر تفکیک نمود؟ به نظر می‌رسد که در جواز فعل و ترک فعل ما با موردی مواجهیم که به تعبیر هابز، آزادی در انجام یا عدم انجام کاری است (معنای سلبی) یا قدرت بر انجام یا عدم انجام کاری (معنای ایجابی).

۱. صافی، لطف‌الله، «نظر پیرامون حقوق مالکیت‌های فکری»، فصلنامه رهنمون، شماره ۳-۲، ۱۳۷۱، ص ۲۰۹.

۲. فاضل لنکرانی، محمد، سید محمدحسن مرعشی و ناصر مکارم شیرازی، «نظر پیرامون حقوق مالکیت‌های فکری»، فصلنامه رهنمون، شماره ۳-۲، ۱۳۷۱، صص ۲۱۱-۲۱۰.

۳. نبویان، سید محمود، «کالبدشکافی معنای حق در اندیشه سیاسی فقهاء شیعه»، فصلنامه حکومت/اسلامی، دوره ۱۲، شماره ۴، ۱۳۸۶، ص ۵۳.

۴. همان، ص ۵۶.

۵. مرعشی، «حق و اقسام آن از دیدگاه‌های مختلف فقهی و مکاتب حقوقی»، پیشین، ص ۲۳.

۶. نبویان، پیشین، ص ۵۶.

۷. میرشمسی، فاطمه، «حضانت از دیدگاه فقه امامیه و سایر مذاهب اسلامی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۵۳، شماره ۰، ۱۳۸۰، ص ۱۵۵.

۸. ساکت، محمد حسین، حقوق‌شناسی، تهران: ثالث، چاپ دوم، ۱۳۸۷، ص ۵۳.

۹. محقق داماد، سید مصطفی، «گفتگو»، در: صرامی، سیف‌الله، حق، حکم و تکلیف: گفت‌وگو با جمعی از اساتید حوزه و دانشگاه، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۵، ص ۱۷۶.

هابز بین حق^۱ و قانون^۲ تفاوت قائل می‌شود؛ «زیرا حق به معنی آزادی انجام فعل یا خودداری از انجام فعلی است؛ درحالی‌که قانون نفس چنان فعل یا ترک فعلی را معین و عمل بدان را الزام‌آور می‌سازد. بنابراین، قانون و حق به همان اندازه با هم تفاوت دارند که تکلیف و آزادی با هم متفاوت‌اند»^۳. اگر از منظر فقهی بدان بنگریم، این وضعیت حقوقی در حوزه اباحه قرار می‌گیرد. این اباحه یا جواز را نباید با امتیاز در حقوق خصوصی نیز اشتباه کرد و حتی در اباحه خاص نیز مانند اذن برای بردن آب یا استفاده از حق ارتزاق نیز حقی پدید نمی‌آید.^۴

۱.۱.۲. «حق» در حقوق خصوصی

باتوجه به آنچه در فقه اسلامی مورد بررسی قرار گرفت و تأثیر حقوق خصوصی از فقه اسلامی، باید توجه داشت که حق در حقوق خصوصی بیشتر در قالب امتیاز و اختیار تحلیل می‌شود. از این‌روی، نقطه ثقل امتیاز یا اختیار در حقوق خصوصی وضعیت حقوقی است.

لئون دوگی، حقوق‌دان برجسته فرانسوی، «وضعیت حقوقی» را وضعیت‌هایی می‌داند که مستقیماً از هنجارهای حقوقی ناشی می‌شوند. این «وضعیت حقوقی» عام و دائمی است و همه باید آن را به رسمیت بشناسند؛ زیرا از قانون ناشی می‌شود.^۵ وضعیت‌های حقوقی شخصی (به تعبیر دوگی) خاص و فردی هستند و وضعیت‌های قراردادی نمونه‌ای از این مقوله‌اند. اوصاف مذکور قابل انتقاد به‌نظر می‌رسند و بسیاری از حقوق‌دانان نیز آن را نادرست تعبیر کرده‌اند. در این راستا باید بین هنجار حقوقی و وضعیت حقوقی ناشی از آن تمایز قائل شد. شمول هنجار حقوقی عام است و وضعیت‌های حقوقی بسیار و مشابهی از آن ناشی می‌شوند، درحالی‌که همین وضعیت‌های حقوقی ناشی از هنجار حقوقی خاص و منوط به شرایط خاصی‌اند.^۶

وضعیت حقوقی گاه برای فرد امتیازهایی با عنوان «حق» در نظر می‌گیرد. بدیهی است که این امتیاز، توانایی ذاتی برای دارنده آن ایجاد نمی‌کند؛ اما وضعیت حقوقی ممتازی در مقایسه با وضعیت حقوقی پیشین به وی اعطا می‌کند. باید توجه داشت که این امتیاز برای دارنده آن اختیاراتی نیز به دنبال دارد که این اختیارات با اختیارات بدوی که شخص به‌موجب وضعیت حقوقی از آن بهره‌مند می‌شود، متمایز است. مصداق‌اعلاهی این وضعیت حقوقی ممتاز و امتیازهای ناشی از آن، مالکیت است. هنگامی که در حقوق خصوصی از مالکیت سخن به میان می‌آوریم وضعیت حقوقی مدنظر است که برای مالک امتیازهایی در مقابل دیگر افراد در نظر گرفته می‌شود. به بیان دیگر، این رابطه اعتباری است که مالک را با مال مرتبط می‌سازد و در این صورت مالک صاحب حق مالکیت است. درعین‌حال، برخی نویسندگان تلاش نموده‌اند تا حق مالکیت را از حق اختصاص تفکیک کنند؛^۷ گو اینکه گاه محور شده‌اند مالکیت را اختصاص دائم چیزی به شخصی تعریف

^۱. jus

^۲. Lex

^۳. هابز، توماس، *لویاتان*، ترجمه حسین بشیریه، تهران: نشر نی، ۱۳۸۰، ص ۱۶۱.

^۴. صرامی، سیفالله، «گفت‌وگوها در مروری تحلیلی»، در: صرامی، سیفالله، حق، حکم و تکلیف: گفت‌وگو با جمعی از اساتید حوزه و دانشگاه، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۵، ص ۳۳.

^۵. Duguit, Léon, *Leçons De Droit Public Général*, Paris: La Mémoire Du Droit, 2000, P 57.

^۶. Roubier, Paul, *Droits Subjectifs et Situations Juridiques*, Paris: Dalloz, 2005, P 2.

^۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل تئوری موازنه*، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۱، صص ۲۵۶-۲۵۵.

کنند.^۱ چنان که خواهیم دید، «اختصاص» یا «تعلق» عنصر اصلی حق شخصی نیز است و نمی‌توان آن را مختص مالکیت دانست. «مال به اعتبار اثری که در رابطه حقوقی دارد مورد حکم قرار می‌گیرد و همیشه مال تعبیر عرفی از وجود حق مالی است، یعنی رابطه اعتباری که شخص را به مال مربوط می‌کند و مفهومی جدای از آن ندارد».^۲

در حالت دوم، در حقوق خصوصی برای افراد اختیار تجویز می‌شود؛ بدین صورت که با جواز قانون اختیاری برای فرد در نظر گرفته می‌شود. باید توجه داشت که در حقوق خصوصی اصل بر وجود اهلیت و به تبع آن، وجود اختیار است؛ برخلاف حقوق عمومی که اصل بر فقدان صلاحیت و به تبع آن، عدم اختیار است.^۳ حال دو پرسش مطرح می‌شود: نخست اینکه، باتوجه به اصل فوق در حقوق خصوصی، چگونه می‌توان اذعان داشت که هنجار حقوقی اختیار را ایجاد می‌کند؟ دوم اینکه، دو مفهوم حق تمتع و حق استیفا چگونه توجیه می‌شود؟

در پاسخ به پرسش نخست باید اذعان داشت که اختیاری که هنجار حقوقی برای شخص در نظر می‌گیرد، ناشی از شناسایی پیشینی وضعیت حقوقی است و این اختیار با اختیار ناشی از آزادی شخص متفاوت است. شخص حقیقی دارای دو نوع اختیار است: نخست، اختیارهایی که در عرصه حقوق خصوصی اصل بر وجود آنهاست و نیاز به تصریح قانونی ندارد، مانند اختیارهای ناشی از اصل آزادی قراردادهای ماده ۱۰ قانون مدنی که به شرط عدم مخالفت با قانون، اعمال آنها نافذ است. دوم، اختیارهایی که ناشی از وضعیت حقوقی خاص است و مستقیماً از آن ناشی می‌شود، مانند وضعیت حقوقی ناشی از وقایع حقوقی مانند نکاح یا فوت مورث که محل بحث ما در همین قسمت و مربوط به اختیارهای ناشی از آن است.

در پاسخ به پرسش دوم، ابتدا باید دانست که منظور از حق مدنی چیست؟ ماده ۹۵۹ قانون مدنی مقرر می‌کند: «هیچ‌کس نمی‌تواند به‌طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حق‌های مدنی را از خود سلب کند». بین نویسندگان حقوق مدنی ایران در مورد تفسیر ماده مذکور و تعیین قلمرو آزادی اراده در سلب حق‌های مدنی اتفاق نظر وجود ندارد.^۴ باتوجه به سیاق ماده، می‌توان با نویسندگانی همراه بود که بر این اعتقادند قانون‌گذار در این ماده از شخصیت معنوی اشخاص حمایت کرده است؛ زیرا سلب حق تمتع یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حق‌های مدنی متضمن ایراد خدشه به شخصیت معنوی انسان است.^۵ بنابراین، به نظر می‌رسد که حق تمتع از حق‌های مدنی به معنای اختیار در بهره‌مندی از حق‌های مدنی و به‌منزله مرز میان حقوق خصوصی و حقوق عمومی به شمار می‌رود.

۱.۲. مفهوم «حق» در حقوق عمومی

در تعریف حق در حقوق عمومی نظریه‌های گوناگونی ابراز شده است. گروهی از نویسندگان «حق» را مانند آنچه گفته

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *مجموعه محشی قانون مدنی*، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۹، ص ۳۵.

۲. کاتوزیان، ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی - اموال و مالکیت*، تهران: یلدا، ۱۳۷۴، ص ۱۴؛ امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، جلد ۱، تهران: اسلامیه، چاپ نهم، ۱۳۷۱، ص ۳۲.

۳. تفاوت مذکور در اصول حاکم بر حقوق خصوصی و حقوق عمومی موجب تمایز در نظم عمومی مورد نظر در این دو قلمرو نیز می‌شود. در نظم حقوقی مطلوب در حقوق خصوصی هدف ایجاد و تثبیت روابط حقوقی مطلوب و پرهیز از سوءاستفاده از حق در روابط شخصی است (خدابخشی، عبدالله، *تمایز بنیادین حقوق مدنی و حقوق کیفری*، تهران: شهر دانش، ۱۳۸۹، ص ۹۲). در این نظم حقوقی حفظ منافع خصوصی اصل و در مواردی هم به منافع عمومی پرداخته می‌شود. درحالی که در نظم حقوقی حقوق عمومی اصل منافع عمومی است و وضعیت حقوقی نیز اساساً بر مبنای منافع عمومی ایجاد و تثبیت می‌شود.

۴. ایمانیان، فریبرز، عبدالله شمس و محمد عیسی تفرشی، *تفسیر حقوق مدنی در قانون مدنی*، تهران: مدرسه علوم انسانی، ۱۳۸۲، ص ۲.

۵. همان، ص ۳.

شد از سنخ اختیار می‌دانند؛ اما به نظر آنان اختیار برای آنکه تبدیل به حق شود، باید موضوع وضعیتی ویژه شود: وضعیت حقوقی و این وضعیت حقوقی را هنجار حقوقی ایجاد می‌کند.^۱ در مجموع، به نظر آنها، حق‌های بشری اختیاراتی ضابطه‌مند است (یعنی اختیاراتی که با هنجار حقوقی به نظم درآمده باشد) که هر شخص فی‌نفسه، در روابط با اشخاص دیگر و یا با دولت دارای آنهاست.^۲ در نقد این نظر باید گفت که این پرسش همچنان باقی است که آیا هنجار حقوقی الزاماً همواره وضعیت حقوقی می‌آفریند؟ در حقوق عینی که مجموعه هنجارها و وضعیت‌های حقوقی به تعبیر دوگی است، شاید بتوان چنین نظر داد، ولی در حق‌های شخصی بی‌تردید ارتباط میان حق‌های شخصی و وضعیت‌های حقوقی ناصواب است. به‌علاوه اختیار ناشی از وضعیت حقوقی است، ولی در تعریف فوق، اختیار مفهومی پیشینی در مقایسه با وضعیت حقوقی به شمار می‌رود.

گروهی دیگر از نویسندگان، حق را «ادعایی تضمین شده می‌دانند که در جای خود بر دیگر ادعاهای هنجاری حاکم می‌شود».^۳ این تعریف از «حق» با ایرادهای زیادی مواجه می‌شود: آیا «حق» تنها در قالب ادعا مطرح می‌شود؟ ماهیت این ادعا چیست؟ ادعاهای هنجاری چیستند؟ و در نهایت آیا «حق» خود نیز ادعای هنجاری است؟ اگر تضمین حق را در قالب ادعا تنها در الزام قدرت سیاسی بدانیم، پرسش این است که مگر سایر ادعاهای هنجاری یا به تعبیر صحیح‌تر، هنجارهای حقوقی از ضمانت اجرا برخوردار نیستند؟

در تطبیق حق در حقوق خصوصی و حقوق عمومی باید اذعان داشت که «آنچه در حقوق خصوصی به‌عنوان حق مطرح می‌شود، صورت خاصی از ترخیص است که از سلطنت شخص ناشی می‌شود. اما موارد دیگری از ترخیص و اباحه نیز وجود دارد که در حوزه آزادی‌ها قرار و به لحاظ ماهیت حکم تلقی می‌شود».^۴ در حقوق عمومی، حق به معانی که پیش‌تر ذکر آن رفت، جز در مقوله «حق‌های شهروندی» وجود ندارد و فقط می‌توان از اختیار سخن گفت؛ زیرا این قانون است که صلاحیت ایجاد می‌کند و اختیار (نیز تکلیف یا وظیفه) از صلاحیت برمی‌خیزد.

۲. آثار تفاوت ماهیت «حق» در حقوق عمومی، فقه اسلامی و حقوق خصوصی

در بخش گذشته با تفاوت مفهومی «حق» در حقوق عمومی و حقوق خصوصی آشنا شدیم. دانستیم که حق در حقوق خصوصی ماهیت امتیاز دارد و این امتیاز نیز ناشی از وضعیت حقوقی است؛ بدین معنا که جنبه‌ای نهادی دارد. به دیگر سخن، حق برخاسته از یک وضعیت حقوقی است؛ یعنی نهادی که توسط هنجارهای حقوقی ایجاد شده است. این ماهیت ویژه برای «حق» آن را از «حق» در حقوق عمومی متمایز می‌کند: حقی که ناشی از شأن و منزلت انسانی وی است و بیشتر توانایی‌های وی را هدف می‌گیرد. در این بخش، به آثار این تمایز مفهومی می‌پردازیم: ابتدا، آثار این تمایز مفهومی را برای صاحب حق بررسی می‌کنیم (۲.۱) و سپس، آثار این تمایز مفهومی را در مقابل دیگران اعم از دولت و شهروندان دیگر تحلیل خواهیم نمود (۲.۲).

۱. فلسفی، هدایت‌الله، «حق، صلح و منزلت انسانی؛ تأملاتی در مفاهیم قاعده حقوقی، ارزش اخلاقی و بشریت»، مجله حقوقی بین‌المللی، دوره ۱۹، شماره ۲۶-۲۷، ۱۳۸۰، ص ۱۸.

۲. همان.

۳. راسخ، محمد، «نظریه حق»، در: جمعی از نویسندگان، حقوق بشر در جهان معاصر؛ دغدغه‌ها و دیدگاه‌های حقوق‌دانان و فقهای ایرانی، تهران: کمیسیون حقوق بشر اسلامی، ۱۳۸۸، ص ۲۸۳.

۴. حکمت‌نیا، پیشین، ص ۱۳۰.

۲.۱. آثار تفاوت ماهیت «حق» برای صاحب حق

آثار تفاوت ماهیت «حق» برای صاحب حق از دو جنبه اهمیت می‌یابد: نخست، مفهوم حق شخصی که نمود بارز و عینی این تفاوت در مفهوم حق در حقوق عمومی است (۲.۱.۱) و توانایی‌هایی که از تمایز «حق» و «امتياز» برای صاحب حق ایجاد می‌شود (۲.۱.۲).

۲.۱.۱. حق شخصی: نمود ماهیت «حق» در حقوق عمومی

حق‌های شخصی بدین لحاظ در فلسفه حقوق مدرن اهمیت می‌یابند که در مرکز آن هستند. مفهوم «حق شخصی» در قرن نوزدهم میلادی پدید آمد. در ایده حق‌های شخصی، از ابتدا این حق‌ها برای فرد وجود دارند و حق تنها به فرد ارتباط می‌یابد. در اینجا دارا بودن حق مطرح نیست، بلکه این حق‌ها به کیفیتی ذاتی متعلق به انسان مربوط می‌شوند.^۱ شاید نخستین نظریه‌پرداز «حقوق شخصی» گیوم اوکام^۲ باشد که حدود سال ۱۳۳۲ میلادی تعریفی صریح از حقوق شخصی ارائه نمود و به امکان جایگزینی «سلطه»^۳ مطروحه در حقوق رم با «حقوق شخصی» پرداخت. به باور وی، این جایگزینی تنها تغییر واژه‌های حقوقی نیست، بلکه ریشه در تحولی بنیادین در اساس نظم حقوقی دارد.^۴ در تعریف حق شخصی، برخی از حقوق‌دانان متمایل به آموزه سنتی اراده‌گرا^۵ گاه آن را به مثابه قدرت اراده^۶ و گاه نیز در قالب حاکمیت اراده^۷ تعریف کرده‌اند. سالی نیز این حق را نوعی «اختیار قانونی اراده» تعریف می‌کند.^۸ این درست است که در این تعریف به جای اراده ناشی از هنجارهای قانونی بر اراده آزاد و ناشی از شخصیت فرد تأکید شده است، تعریف بسیار کلی و مبهم است و برای تبیین دقیق این نوع حق‌ها به تعریفی جامع و مانع نیازمندیم. اما در تعاریف دیگر، که به نام آموزه‌های مختلط مشهورند، عموماً دو عنصر اراده و منافع با یکدیگر ترکیب شده‌اند.^۹ به رغم همه این تعاریف، به نظر می‌رسد عنصر اساسی در حق شخصی «اختصاص»^{۱۰} باشد. به عبارت دیگر، هر حق شخصی مبتنی بر ارتباط شیء یا ارزشی به فرد با تمسک به وسیله‌ای به نام «اختصاص» عینیت می‌یابد. به علاوه، دو ویژگی عمده را نیز باید برای حق شخصی برشمرد که در اعمال آن بسیار مهم می‌نماید: ویژگی درونی که شامل امکان استفاده تام از این حق در چارچوب قوانین است و ویژگی بیرونی که شامل لزوم رعایت حق شخصی توسط دیگران است.^{۱۱} هر دو ویژگی برای حقوق شخصی ضروری‌اند، ولی میزان هر یک در حقوق گوناگون متغیر است. در یکی از تقسیم‌بندی‌ها در فقه شیعه، دو نوع حق مورد نظر است: حق لی در برابر Right و حق علی در برابر Duty.

^۱ Villey, Michel, *Philosophie Du Droit*, Paris: Dalloz, 2001, P 107.

^۲ Guillaume d'Occam

^۳ Dominium

^۴ Villey, Michel, *La Formation De La Pensée Juridique Moderne*, Paris: P.U.F., Deuxième Édition, 2006, P 262.

^۵ Doctrine de la volonté

^۶ Willensmacht

^۷ Willensherrschaft

^۸ Dabin, Jean, *Le Droit Subjectif*, Paris: Dalloz, 1952, P 58.

^۹ Cotta, Sergio. "A La Recherche Du Droit Subjectif", *Archives De Philosophie Du Droit*, Volume 35, Paris: Sirey, 1990, P 84.

^{۱۰} Appartenance

^{۱۱} Del Vecchio, Giorgio, *Philosophie Du Droit*, Traduit Par: Alexis D'Aynac, Paris: Dalloz, 2004, P 325.

حق الناس حکمی است که اعمال یا اسقاط آن بر عهده انسان است و حق الله انسان اختیاری ندارد. در تمایز حق الله و حق الناس گفته‌اند که فایده حق الله عمومی است و فایده حق الناس خصوصی است. پرسش این است که آیا می‌توان حق الناس را حق شخصی تلقی نمود؟ این تلقی بسیار دشوار به نظر می‌رسد؛ چرا که حق الناس پیش از آن توسط متون فقهی تسجیل شده‌اند و شاید بهتر بتوان آن را در قالب حق عینی تحلیل نمود. درعین حال با توجه به وجود عنصر «اختصاص» در حق الناس، که به گونه‌ای بارز نمود دارد، شخصی بودن این نوع حق نیز محل تأمل است.

۲.۱.۲. تمایز «حق» و «امتیاز»

پیش از این گفته شد که در بسیاری موارد «حق» با «امتیاز» اختلاط می‌یابد. برای توضیح باید افزود که «امتیاز» ناشی از حکم یا به تعبیر حقوق غرب وضعیت حقوقی است. آنچه به عنوان تقابل حق و تکلیف در نظر گرفته می‌شود، عموماً تقابل امتیاز و تکلیف است. برای روشن شدن مطلب باید اندکی بیشتر در این تمایز غور کرد. هنگامی که حکم یا موقعیت حقوقی وجود دارد، هنجار حقوقی که این حکم یا موقعیت حقوقی را پدید آورده است یا تکلیفی است یا امتیازی یا در برگیرنده هر دو. شق دیگری هم قابل تصور و حتی مبتلا به است و آن «جواز» است. در واقع، قانون وضعیت حقوقی یا حکمی ایجاد می‌کند که نتیجه آن تکلیف، امتیاز یا جواز است. در این معنا، هنجار حقوقی حق ایجاد نمی‌کند؛ زیرا بنا به تعریفی که داشتیم حق شخصی است، بلکه وضعیت حقوقی ایجاد می‌کند که وضعیت فوق شامل امتیاز است. این امتیاز برای دارنده آن که در وضعیت حقوقی مورد بحث قرار گرفته است، سلطه به دنبال دارد. اما در «حق» الزاماً این قانون نیست که آن را به وجود می‌آورد و از همین روی نتیجه حق برخلاف امتیاز سلطه نیست، بلکه «توانایی» است. این توانایی با سلطه از نظر ماهیت حقوقی تفاوت دارد. شاید از همین روی باشد که برخی نویسندگان حق را ادعای معتبر دانسته‌اند که به نوعی این دو را با یکدیگر جمع کنند.^۱

۲.۲. آثار تفاوت ماهیت «حق» در رابطه با دیگران

۲.۲.۱. لزوم تمایز میان تضمین و تکلیف در قابلیت مطالبه حق

مهم‌ترین نتیجه‌ای که در تمایز حق در حقوق خصوصی و حقوق عمومی می‌توان بدان دست یافت، در قابلیت مطالبه است. به عنوان مقدمه ابتدا باید میان تکلیف و تضمین تفاوت قائل شد. در تضمین، ضامن تعهد مبتنی بر حفظ حق یا وضعیت حقوقی را دارد، ولی در تکلیف تعهد در مقابل دارنده حق مطرح می‌شود. بدین ترتیب، ماهیت حقوقی قابلیت مطالبه در هر دو عرصه یکسان است، تنها طرف مطالبه تفاوت دارد و به تبع آن نوع مطالبه نیز در حقوق خصوصی و حقوق عمومی تفاوت می‌یابد.

برخی از نویسندگان آزادی‌های مورد بحث در حقوق عمومی را در زمره احکام دانسته‌اند.^۲ به دیگر سخن، حق‌های شهروندی در زمره امور مباح قلمداد شده‌اند. برخی از حقوق دانان حقوق خصوصی تصور کرده‌اند که چون قابلیت مطالبه در مفهوم حقوق خصوصی در مورد حق‌های مطروحه در حقوق عمومی وجود ندارد، بنابراین مبنای این حق‌ها اباحه است. این استنباط به هیچ روی صحیح نیست و فقط به عدم شناخت مبانی حوزه عمومی مربوط می‌شود. افزون بر موارد فوق،

۱. محمودیان، محمد رفیع، *اخلاق و عدالت*، تهران: طرح نو، ۱۳۸۰، ص ۱۶۳.

۲. کاتوزیان، *فلسفه حقوق*، پیشین، ص ۱۶۲.

اباحه خود تکلیفی است که ناشی از حکم است و به نظر می‌رسد در این نظر حوزه‌های حق و تکلیف با یکدیگر اختلاط یافته باشند.

به نظر می‌رسد که در قابلیت مطالبه هم تضمین و هم تکلیف در مورد حق در حقوق خصوصی و حقوق عمومی وجود دارد. قابلیت مطالبه حق در حقوق خصوصی مبتنی بر تضمین وضعیت حقوقی و امتیاز ناشی از آن توسط دولت و تکلیف دیگران در روابط قراردادی مبتنی بر رعایت آن است. اما قابلیت مطالبه حق در حقوق عمومی پیچیده‌تر است: در برخی از حق‌ها، مانند حق‌های فردی، صرف تضمین دولت کفایت نمی‌کند و دولت موظف است از هر نقض حق جلوگیری کند. از این روی تعهد دولت تعهد به نتیجه است. در برخی دیگر از حق‌ها، مانند حق‌های اجتماعی، تضمین دولت کفایت نمی‌کند و این تضمین منوط به عوامل دیگری است و تکلیف به تحقق نسبی آنها در حد مقدرات دارد و از این روی تعهد دولت تعهد به وسیله است.

۲.۲.۲. آثار تفاوت در ماهیت «حق» بر رابطه حق - تکلیف

در بخش نخست بر این نکته تأکید نمودیم که در فقه «حق» در مقابل تکلیف قرار نمی‌گیرد، بلکه ناشی از حکم است. در توضیح بیشتر باید گفت برخی از فقها بر این اعتقادند که «حق و تکلیف هر دو ممکن است از حکم ناشی شوند، با این تفاوت که مفاد اصلی حکم تکلیف و مفاد تبعی آن حق است».^۱ در صورتی که تأمل در نصوص فقهی بیانگر آن است که حق‌های مطروحه حق‌های ناشی از حکم هستند و نمی‌توان برای آنها اصالتی قائل شد. در واقع، در این دیدگاه برای آنکه حق‌های انسانی تأمین شود یک راه بیشتر نیست و آن عمل کردن به تکالیف الهی است و لازمه عمل به تکالیف دینی رعایت حقوق انسانی است. پس در این دیدگاه حق‌هایی خارج از چارچوب دین قابل شناسایی نیست. در واقع در تفکر اسلامی، انسان آزاد ولی مسئول شناخته شده است و میزان مسئولیت انسان است که حدود آزادی او را تعیین و مشخص می‌کند.^۲ شاید بتوان اذعان داشت که در بسیاری موارد غرض اصلی در وضع «حق» لوازم تکلیفی است که به واسطه اعتبار «حق» بر عهده دیگران قرار می‌گیرد.^۳ بنابراین، «حق» در معنای اصیل فقهی خویش منشأ حکمی دارد و در مقابل حکم تکلیفی قرار می‌گیرد. به علاوه، نکته دیگر در فقه اسلامی طرفینی بودن حق‌هاست؛ بدین معنا که هیچ انسانی دارای حق یک‌طرفه نیست. اگر انسان نسبت به دیگری حقی دارد، متقابلاً او نیز در برابر این شخص از حق برخوردار است. البته گروهی نیز این طرفینی بودن را به معنای تقابل حق و تکلیف فرض نموده‌اند.^۴

اما در حقوق اسلامی، دو پرسش در مورد تکلیفی که در برابر حق قرار می‌گیرد، مطرح می‌شود: نخست اینکه آیا ماهیت تکلیف در حقوق عمومی با حقوق اسلامی یکسان است؟ و دیگر اینکه آیا در حقوق اسلامی همواره می‌توان گفت که در مقابل هر تکلیفی حق وجود دارد؟ چنین به نظر نمی‌رسد، زیرا در حقوق اسلامی، به تعبیر آستین، برخی تکالیف مطلق وجود دارند که حقی در مقابل آنها متصور نیست. در این نظام، باید توجه داشت که تکالیف مطلق بیشتر جنبه‌ای عبادی و اخلاقی دارند و کمتر به حوزه فقه خارج از مقوله عبادات راه یافته‌اند. نکته قابل توجه دیگر این است که برخی از فقها

۱. عمید زنجانی، عباسعلی، *فقه سیاسی*، جلد ۷: مبانی حقوق عمومی در اسلام، تهران: امیرکبیر، ۱۳۸۴، ص ۱۱۹.

۲. عمید زنجانی، عباسعلی، «تاریخچه حقوق بشر در اسلام»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دوره ۲۷، شماره ۰، ۱۳۷۰، ص ۲۷.

۳. توسلی، حسین، «تحلیل حق»، *فصلنامه حکومت اسلامی*، شماره ۷، ۱۳۷۷، ص ۸۴.

۴. ورعی، سید جواد، *حقوق و وظایف*، قم: دبیرخانه مجلس خبرگان رهبری، ۱۳۸۱، ص ۳۱.

حق را در مقابل حکم قرار داده‌اند^۱ و به دنبال این تقسیم‌بندی، پرسش این خواهد بود که نسبت تکلیف و حکم چیست؟ آیا تکلیف اخص از حکم است یا نسبت تساوی بین آنها وجود دارد؟ به نظر می‌رسد که در هر حال، تکلیف همواره ناشی از حکم است و از این روی، نسبت میان آنها تساوی است.

در مقابل، در حقوق غرب، از زمان انقلاب کبیر فرانسه، حق به صورت خودکار تکلیف هم به دنبال داشت و از دیدگاه فرانسویان لزومی به ذکر آنها نبود.^۲ کانت بین تکالیف تفکیک قائل می‌شود و آنها در دو گروه تکالیف ناشی از حق یعنی تکلیفی که قانونگذاری خارجی (برونی) برای آن ممکن است و تکالیف ناشی از فضیلت که چنین چیزی برای آنها ممکن نیست، تقسیم می‌کند.^۳ این اندیشمند دو نوع تکلیف را به صورت کامل و ناقص در برابر انسانیت در نظر می‌گیرد که بدیهی است در برابر حق شخصی معینی نیست. کانت آزادی را در عمل کردن به تکلیف، در مفهوم موسع آن، می‌داند. امروزه، این جمله متناقض‌نما به نظر می‌رسد؛ زیرا مفهومی که از تکلیف وجود دارد با مفهوم کانت تفاوت دارد. هگل نیز مانند کانت آزادی را در رشد و شکوفایی وجدان فردی می‌بیند و می‌گوید تکلیف محدودیتی برای تمایلات طبیعی یا خودسرانه ما به نظر می‌رسد، ولی در عمل به تکلیف است که انسان به آزادی محتوایی خویش دست می‌یابد. تأکید بر این معنای تکلیف امتیازی است که به نظر هگل به کانت و نظریه او تعلق می‌گیرد.^۴ پس به عقیده هگل، عمل به تکلیف به خاطر خود تکلیف بسیار پیشرفته‌تر از تصور آزادی منفی به معنای عمل به دلخواه خویش است. البته هگل به درستی این خرده را بر کانت می‌گیرد که مشخص نکرده است این تکالیف چیستند.^۵

اندیشمندان معاصر مانند هارت اصلاً به وجود تکلیف در برابر «حق» اشاره‌ای ندارند و برخلاف حقوق اسلامی آن را از عناصر «حق» قلمداد نمی‌کنند. در مقابل، برخی از اندیشمندان مانند آستین بین تکالیف نیز تمایز قائل شده‌اند: برخی از تکالیف مطلق‌اند، بدین معنا که حقی در برابر آنها وجود ندارد، مانند تکالیف انسان در برابر خدا و تکالیف نسبی که در تقابل با حقوق هستند. در مناقشه تقابل حق و تکلیف، گروهی از اندیشمندان نیز مانند هوفلد آمریکایی برخلاف آستین بین انواع حق تفکیک قائل شدند و در نتیجه این تفکیک تکلیف نیز در مقابل همه حق‌ها قرار نمی‌گرفت. حق در حقوق خصوصی در قالب‌های حق - ادعا و حق - قدرت می‌گنجد، زیرا همواره حق در مقابل تکلیف قرار دارد. اما حق در حقوق عمومی و حقوق بشر بیشتر در دو قالب حق - آزادی و حق - مصونیت تحلیل می‌شود.

نتیجه‌گیری

در فقه اسلامی، بیشتر آموزه‌ها به صور گوناگون «حق» را با مالکیت مرتبط می‌سازند. این امر قرار گرفتن حق در قلمروی حقوق عینی را به دنبال دارد؛ هر چند که برخی از نحله‌های فقهی مانند مکتب فقهی شیخ انصاری و امام خمینی (ره) را باید از برداشت فوق تفکیک نمود؛ زیرا آنان رابطه‌ای اعتباری را حتی برای مالکیت نیز مراد نموده‌اند و در نتیجه برای سایر حق‌ها نیز می‌توان از این وحدت ملاک بهره برد. در واقع، مفهوم رابطه اعتباری در «حق» می‌تواند به نضج مفهوم «حق شخصی» در حقوق اسلامی یاری رساند. در حقوق خصوصی، «حق» بیشتر به عنوان «امتیاز» مطرح می‌شود؛

۱. میراحمدی‌زاده، مصطفی، *رابطه فقه و حقوق*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، ۱۳۸۰، ص ۲۵.

۲. Tallineau, Lucile. "Des droits et des devoirs", *Frontières du droit, critique des droits – Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, Paris: L.G.D.J., 2007, P 201.

۳. کانت، امانوئل، *فلسفه حقوق*، ترجمه منوچهر صانعی دره‌بیدی، تهران: نقش و نگار، ۱۳۸۰، ص ۷۶.

۴. سینگر، پیتر، *هگل*، ترجمه عزت‌الله فولادوند، تهران: طرح نو، ۱۳۷۹، ص ۷۳.

۵. همان، ص ۷۴.

امتیازی که ناشی از وضعیت حقوقی است و از این روی بیشتر صبغه‌ای نهادی می‌یابد. در مقابل، در حقوق عمومی چنین نیست و حق بیشتر به شأن و منزلت انسانی و توانایی‌های ناشی از آن مربوط می‌شود. باتوجه به آنچه گفته شد، اکنون می‌توان به پرسشی که در پیش‌گفتار مطرح شد، پاسخ گفت. ماهیت «حق» از جهات گوناگون در حقوق خصوصی با حقوق عمومی تفاوت می‌یابد. در حقوق عمومی، مفهوم «حق» از همان ابتدا از مالکیت و امتیاز فاصله گرفت و روند شخصی شدن آن در حقوق طبیعی ادامه یافت. با فرایند فردگرایی کاملاً از مفهوم سنتی خویش فاصله گرفت. این مفهوم جدید از «حق» آثار و توالی به دنبال داشت که مهم‌ترین آنها در بخش دوم مورد بررسی قرار گرفتند. در این مقوله، اهمیت روزافزون «حق شخصی»، به رغم مخالفت اندیشمندانی چون دوگی، کاملاً بر مفهوم «حق» در حقوق عمومی سیطره یافت. اثر مهم این مفهوم اهمیت یافتن صاحب حق به جای موضوع حق است و همین امر موجب تمایز پارادایم «حق» در گفتمان حقوق عمومی با پارادایم مشابه در گفتمان حقوق خصوصی می‌شود؛ زیرا گفتمان اخیر گفتمانی نهادی است؛ یعنی به حفظ وضعیت حقوقی و امتیاز ناشی از آن اختصاص دارد و گفتمان حقوق عمومی، در مقوله حق‌های شهروندی، گفتمانی شخصی است که صاحب حق‌های مذکور در آن اهمیت می‌یابند. تفاوت پارادایمی و گفتمانی فوق آثار دیگری نیز بر جای می‌گذارند که نمود بارز آنها در قابلیت مطالبه و رابطه با تکلیف است. در قابلیت مطالبه «حق»، شرایط و نوع مطالبه براساس تکلیف و تضمین دولت و دیگر شهروندان در حقوق عمومی و خصوصی کاملاً متفاوت است. در رابطه «حق» و «تکلیف» نیز در حقوق عمومی رابطه‌ای با مختصات نوین و نه الزاماً متقابل را میان «حق» و «تکلیف» شاهد هستیم.

منابع

فارسی

کتاب

۱. امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، جلد ۱، تهران: اسلامیة، چاپ نهم، ۱۳۷۱.
۲. ایمانیان، فریبرز، عبدالله شمس و محمد عیسی تفرشی، **تفسیر حقوق مدنی در قانون مدنی**، تهران: مدرسه علوم انسانی، ۱۳۸۲.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **حقوق اموال**، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۰.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل تئوری موازنه**، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۱.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **مجموعه محشی قانون مدنی**، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۹.
۶. حکمت‌نیا، محمود، **مبانی مالکیت فکری**، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
۷. خدابخشی، عبدالله، **تمایز بنیادین حقوق مدنی و حقوق کیفری**، تهران: شهر دانش، ۱۳۸۹.
۸. ساکت، محمد حسین، **حقوق‌شناسی**، تهران: ثالث، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
۹. سینگر، پیتر، **هگل**، ترجمه عزت الله فولادوند، تهران: طرح نو، ۱۳۷۹.
۱۰. طباطبائی، محمد حسین، **اصول فلسفه و روش رئالیسم**، جلد ۲، قم: صدرا، ۱۳۶۳.
۱۱. عمید زنجانی، عباسعلی، **فقه سیاسی**، جلد ۷: مبانی حقوق عمومی در اسلام، تهران: امیرکبیر، ۱۳۸۴.
۱۲. قربان‌نیا، ناصر، **حقوق بشر و حقوق بشر دوستانه**، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۷.
۱۳. قنوتی، جلیل، سید حسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی پور، زیر نظر سید مصطفی محقق داماد، **حقوق قراردادها در فقه امامیه**، جلد ۱، تهران: سمت، ۱۳۷۹.
۱۴. کاتوزیان، ناصر، **دوره مقدماتی حقوق مدنی - اموال و مالکیت**، تهران: یلدا، ۱۳۷۴.

۱۵. کاتوزیان، ناصر، **فلسفه حقوق**، جلد ۳، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۷.
۱۶. کانت، امانوئل، **فلسفه حقوق**، ترجمه منوچهر صانعی دره‌بیدی، تهران: نقش و نگار، ۱۳۸۰.
۱۷. محقق داماد، سید مصطفی، **قواعد فقه - بخش مدنی ۲**، تهران: سمت، ۱۳۷۴.
۱۸. محمودیان، محمد رفیع، **اخلاق و عدالت**، تهران: طرح نو، ۱۳۸۰.
۱۹. موسویان، سید ابوالفضل، **ماهیت حق**، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س) / عروج، ۱۳۸۲.
۲۰. میراحمدی‌زاده، مصطفی، **رابطه فقه و حقوق**، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، ۱۳۸۰.
۲۱. هابز، توماس، **لویاتان**، ترجمه حسین بشیریه، تهران: نشر نی، ۱۳۸۰.
۲۲. ورعی، سیدجواد، **حقوق و وظایف**، قم: دبیرخانه مجلس خبرگان رهبری، ۱۳۸۱.

مقاله

۲۳. امامی کاشانی، محمد، «نظر پیرامون حقوق مالکیت‌های فکری»، فصلنامه رهنمون، شماره ۳-۲، ۱۳۷۱.
۲۴. توسلی، حسین، «تحلیل حق»، فصلنامه حکومت اسلامی، شماره ۷، ۱۳۷۷.
۲۵. راسخ، محمد، «نظریه حق»، در: جمعی از نویسندگان، **حقوق بشر در جهان معاصر: دغدغه‌ها و دیدگاه‌های حقوقدانان و فقهایی ایرانی**، تهران: کمیسیون حقوق بشر اسلامی، ۱۳۸۸.
۲۶. صافی، لطف‌الله، «نظر پیرامون حقوق مالکیت‌های فکری»، فصلنامه رهنمون، شماره ۳-۲، ۱۳۷۱.
۲۷. صرامی، سیف‌الله، «گفت‌وگوها در مروری تحلیلی»، در: صرامی، سیف‌الله، **حق، حکم و تکلیف: گفت‌وگو با جمعی از اساتید حوزه و دانشگاه**، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۵.
۲۸. صفری، نعمت‌الله، «رساله حق و حکم و شرح حال شیخ محمد هادی تهرانی»، فصلنامه نامه مفید، شماره ۴، ۱۳۷۴، صص ۱۳۷-۱۷۸.
۲۹. عمید زنجانی، عباسعلی، «تاریخچه حقوق بشر در اسلام»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۲۷، شماره ۰، ۱۳۷۰، صص ۲۵-۴۱.
۳۰. فاضل لنکرانی، محمد، «نظر پیرامون حقوق مالکیت‌های فکری»، فصلنامه رهنمون، شماره ۳-۲، ۱۳۷۱.
۳۱. فلسفی، هدایت‌الله، «حق، صلح و منزلت انسانی؛ تأملاتی در مفاهیم قاعده حقوقی، ارزش اخلاقی و بشریت»، مجله حقوقی بین‌المللی، دوره ۱۹، شماره ۲۶-۲۷، ۱۳۸۰، صص ۵-۱۳. Doi: 10.22066/cilamag.2002.18073
۳۲. گرجی، ابوالقاسم، «رابطه حقوق و فقه»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۴۵، ۱۳۷۵، صص ۷۱-۸۷.
۳۳. گرجی، ابوالقاسم، «مالیکت در اسلام»، در: گرجی، ابوالقاسم، **مقالات حقوقی**، جلد ۲، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۶۹.
۳۴. گرجی، ابوالقاسم، «مشروعیت حق و حکم آن با تأکید بر حق معنوی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۲۹، شماره ۰، ۱۳۷۲، صص ۱۲۱-۱۳۲.
۳۵. محقق داماد، سید مصطفی، «گفت‌گو»، در: صرامی، سیف‌الله، **حق، حکم و تکلیف: گفت‌وگو با جمعی از اساتید حوزه و دانشگاه**، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۵.
۳۶. محقق داماد، سید مصطفی، «مفاد شرط فعل مالی ضمن عقد در حقوق اسلامی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی: یادنامه شادروان دکتر سید مهدی شهیدی، ۱۳۸۴، صص ۸۵-۱۱۴.
۳۷. مرعشی، سید محمد حسن، «حق و اقسام آن از دیدگاه‌های مختلف فقهی و مکاتب حقوقی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۵۸، شماره ۱۰، ۱۳۷۳، صص ۱۹-۲۶.
۳۸. مرعشی، سید محمد حسن، «نظر پیرامون حقوق مالکیت‌های فکری»، فصلنامه رهنمون، شماره ۳-۲، ۱۳۷۱.
۳۹. مکارم شیرازی، ناصر، **نظر پیرامون حقوق مالکیت‌های فکری**، فصلنامه رهنمون، شماره ۳-۲، ۱۳۷۱.

۴۰. مولوی قلاچچی، محمد، «اسقاط حقی که هنوز ایجاد نشده است»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، شماره ۴۷، ۱۳۷۹، صص ۹۱-۱۰۸.
۴۱. میرشمسی، فاطمه، «حضانت از دیدگاه فقه امامیه و سایر مذاهب اسلامی»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دوره ۵۳، شماره ۰، ۱۳۸۰، صص ۱۷۰-۱۵۱.
۴۲. نبویان، سید محمود، «کالبدشکافی معنای حق در اندیشه سیاسی فقهاء شیعه»، *فصلنامه حکومت اسلامی*، دوره ۱۲، شماره ۴، ۱۳۸۶، صص ۶۶-۳۷.
۴۳. نبویان، سید محمود، «کالبدشکافی معنای حق نزد اندیشمندان غربی»، *فصلنامه حکومت اسلامی*، دوره ۱۳، شماره ۱، ۱۳۸۷، صص ۱۰۵-۱۳۵.

عربی

کتاب

۴۴. انصاری، شیخ مرتضی، *مکاسب*، قم: دهاقانی، چاپ دوم، ۱۳۷۴.
۴۵. موسوی خمینی، سید روح‌الله، *کتاب البیع*، جلد ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ ه.ق.

References

Books

1. Amid Zanjani, Abbas-Ali, *Political Jurisprudence*, Volume 7: *Foundations Of Public Law in Islam*, Tehran: Amir Kabir, 2005. (In Persia)
2. Ansari, Sheikh Morteza, *Makaseb*, Qom: Dehaghani, Second Edition, 1995. (In Arabic)
3. Dabin, Jean, *Subjective Law*, Paris: Dalloz, 1952. (In French)
4. Del Vecchio, Giorgio, *Philosophy of Law*, Translated by: Alexis D'Aynac, Paris: Dalloz, 2004. (In French)
5. Duguit, Léon, *Lessons in General Public Law*, Paris: The Memory of Law, 2000. (In French)
6. Emami, Sayyed Hassan, *Civil Law*, Volume 1, Tehran: Eslamic, Ninth Edition, 1992. (In Persian)
7. Ghanavati, Jalil, Sayyed Hassan Vahdati Shobayri and Ebrahim Abdi-Pour, Under Supervision of Sayyed Mostafa Mohaghegh Damad, *Contract Law In Imamiyya Jurisprudence*, Volume 1, Tehran: Samt, 2000. (In Persian)
8. Ghorban-Nia, Nasser, *Human Rights And Humanitarian Rights*, Tehran: Institute For Islamic Culture And Thought, 2008. (In Persian)
9. Hekmat-Nia, Mahmoud, *Foundations Of Intellectual Property*, Qom: Institute For Islamic Culture And Thought, Second Edition, 2008. (In Persian)
10. Hobbes, Thomas, *Leviathan*, Translated By: Hossein Bashiriyeh, Tehran: Nay Publishing, 2001. (In Persian)
11. Imanian, Fariborz, Abdollah Shams and Mohammad Isa Tafreshi, *Interpretation of Civil Rights in The Civil Code*, Tehran: School of Humanities, 2003. (In Persian)
12. Ja'fari Langroudi, Mohammad Ja'far, *Annotated Collection Of The Civil Code*, Tehran: Ganj-e-Danesh, 2000. (In Persian)
13. Ja'fari Langroudi, Mohammad Ja'far, *General Philosophy Of Law Based On Pragmatism: Theory Of Equilibrium*, Tehran: Ganj-e-Danesh, 2002. (In Persian)

14. Ja'fari Langroudi, Mohammad Ja'far, *Property Law*, Tehran: Ganj-e-Danesh, 1991. (In Persian)
15. Kant, Immanuel, *Philosophy Of Law*, Translated By: Manouchehr Sane'ei Darreh Bidi, Tehran: Naghsh-o-Negar, 2001. (In Persian)
16. Katouzian, Nasser, *Introductory Course Of Civil Law: Property And Ownership*, Tehran: Yalda, 1995. (In Persian)
17. Katouzian, Nasser, *Philosophy Of Law*, Volume 3, Tehran: Ganj-e-Danesh, 1998. (In Persian)
18. Khodabakhshi, Abdollah, *The Fundamental Distinction Between Civil Law And Criminal Law*, Tehran: Shahr-e-Danesh, 2010. (In Persian)
19. Mahmoudian, Mohammad Rafi', *Ethics And Justice*, Tehran: New Design, 2001. (In Persian)
20. Mirahmadi Zadeh, Mostafa, *The Relationship between Jurisprudence and Law*, Qom: Islamic Propaganda Office of the Seminary, 2001.
21. Mohaghegh Damad, Sayyed Mostafa, *Rules Of Jurisprudence: Civil Section 2*, Tehran: Samt, 1995. (In Persian)
22. Mousavi Khomeini, Sayyed Ruhollah, *Book of Sale*, Volume 1, Qom: Islamic Publishing Institute, 1994. (In Arabic)
23. Mousavian, Sayyed Abolfazl, *The Nature Of Right*, Tehran: Institute for Compilation and Publication Of Imam Khomeini's Works / Orouj, 2003. (In Persian)
24. Roubier, Paul, *Subjective Rights and Legal Situations*, Paris: Dalloz, 2005. (In French)
25. Saket, Mohammad Hossein, *Legal Studies*, Tehran: Sales, Second Edition, 2008. (In Persian)
26. Singer, Peter, *Hegel*, Translated By: Ezzatollah Fooladvand, Tehran: New Design, 2000. (In Persian)
27. Tabataba'ei, Mohammad Hossein, *The Principles Of Philosophy And The Method Of Realism*, Volume 2, Qom: Sadra, 1984. (In Persian)
28. Var'ei, Sayyed Javad, *Rights And Duties*, Qom: Secretariat Of The Assembly Of Experts Leadership, 2002. (In Persian)
29. Villey, Michel, *Philosophy of Law*, Paris: Dalloz, 2001. (In French)
30. Villey, Michel, *The Formation of Modern Legal Thought*, Paris: P.U.F., Second Edition, 2006. (In French)

Articles

31. Amid Zanjani, Abbas-Ali, "The History Of Human Rights In Islam", *The Faculty of Law and Political Science Journal*, Volume 27, Issue 0, 1991, PP 25-41. (In Persian)
32. Ben Achour, Yadh, "Islam and Human Rights: The Conflict of Interpretations", In: Luchaire, François. *A Republican in the Service of the Republic*, Paris: Sorbonne, 2005, PP 63-83. (In French)
33. Cotta, Sergio. "In Search of Subjective Rights", *Archives of Philosophy of Law*, Volume 35, Paris: Sirey, 1990. (In French)
34. Emami Kashani, Mohammad, "Opinion on Intellectual Property Rights", *Rahnamoun Quarterly*, Issues 2-3, 1992. (In Persian)

35. Falsafi, Hedayatollah, "Right, Peace, And Human Dignity: Reflections On The Concepts Of Legal Rule, Moral Value, And Humanity", *International Law Review Quarterly*, Volume 19, Issues 26-27, 2001, PP 5-30. (In Persian) Doi: 10.22066/cilamag.2002.180
36. Fazel Lankarani, Mohammad, "Opinion on Intellectual Property Rights", *Rahnamoun Quarterly*, Issues 2-3, 1992. (In Persian)
37. Gorji, Abolghasem, "Ownership In Islam", In: Gorji, Abolghasem, *Legal Essays*, Volume 2, Tehran: University of Tehran, 1990. (In Persian)
38. Gorji, Abolghasem, "The Legitimacy of Right and Its Rule With Emphasis on Moral Right", *The Faculty of Law and Political Science Journal*, Volume 29, Issue 0, 1993, PP 121-132. (In Persian)
39. Gorji, Abolghasem, "The Relationship Between Law and Jurisprudence", *The Faculty of Law and Political Science Journal*, Issue 35, 1996, PP 71-87. (In Persian)
40. Gutmann, Daniel. "Subjective Right", In: Alland, Denis. *Dictionary of Legal Culture*, Paris: Lamy/P.U.F., 2003. (In French)
41. Makarem Shirazi, Nasser, "Opinion on Intellectual Property Rights", *Rahnamoun Quarterly*, Issues 2-3, 1992. (In Persian)
42. Mar'ashi, Sayyed Mohammad Hassan, "Opinion on Intellectual Property Rights", *Rahnamoun Quarterly*, Issues 2-3, 1992. (In Persian)
43. Mar'ashi, Sayyed Mohammad Hassan, "Right and Its Divisions From The Perspective of Different Jurisprudential Views and Legal Schools", *Judiciary Law Journal*, Volume 58, Issue 10, 1994, PP 19-26. (In Persian)
44. Mirshamsi, Fatemeh, "Custody From The Perspective of Imamiyeh Jurisprudence and Other Islamic Schools", *The Faculty of Law and Political Science Journal*, Volume 53, Issue 0, 2001, PP 151-170. (In Persian)
45. Mohaghegh Damad, Sayyed Mostafa, "Dialogue", In: Sarami, Seyfollah, *Right, Ruling, and Duty: A Conversation with a Group of Seminary and University Professors*, Qom: Research Institute of Islamic Sciences and Culture, 2006. (In Persian)
46. Mohaghegh Damad, Sayyed Mostafa, "The Provisions of the Financial Transaction Clause in the Contract in Islamic Law", *Legal Research Quarterly: Memorial Volume For The Late Dr. Sayyed Mehdi Shahidi*, 2005, PP 85-114. (In Persian)
47. Molavi Ghalaychi, Mohammad, "Abandonment of a Right That Has Not Yet Come Into Existence", *The Faculty of Law and Political Science Journal*, Issue 47, 2000, PP 91-108. (In Persian)
48. Nabavian, Sayyed Mahmoud, "Anatomy of The Meaning of Right Among Western Thinkers", *Islamic Government Quarterly*, Volume 13, Issue 1, 2008, PP 105-135. (In Persian)
49. Nabavian, Sayyed Mahmoud, "Anatomy of The Meaning of Right in The Political Thought of Shi'e Jurists", *Islamic Government Quarterly*, Volume 12, Issue 4, 2007, PP 37-66. (In Persian)
50. Rasekh, Mohammad, "Theory of Right", In: a Group of Authors, *Human Rights in The Contemporary World; Concerns and Views of Iranian Jurists and Islamic Jurists*, Tehran: Islamic Human Rights Commission, 2009. (In Persian)
51. Renaud, Alain. "Etat De Droit et Sujet De Droit", *Notebooks of Political and Legal Philosophy*, Issue 24, 1993. (In French)

52. Safari, Ne'matollah, "The Treatise on Right and Rule and The Biography of Sheikh Mohammad Hadi Tehrani", *Mofid Letter Quarterly*, Issue 4, 1995, PP 137-178. (In Persian)
53. Safi, Lotfollah, "Opinion on Intellectual Property Rights", *Rahnamoun Quarterly*, Issues 2-3, 1992. (In Persian)
54. Sarami, Seyfollah, "Dialogues in an Analytical Review", In: Sarami, Seyfollah, *Right, Ruling, and Duty: A Conversation with a Group of Seminary and University Professors*, Qom: Research Institute of Islamic Sciences and Culture, 2006. (In Persian)
55. Tallineau, Lucile. "Rights and duties", *Frontiers of Law, Critique of Rights – Mood Pieces in Honor of Danièle Lochak*, Paris: L.G.D.J., 2007. (In French)
56. Tavassoli, Hossein, "Analysis of Right", *Islamic Government Quarterly*, Issue 7, 1998. (In Persian)

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Male Domestic Violence against Female: An Evolutionary Approach

Mehdi Sabooripour¹

Highlights

- Evolutionary criminology seeks the fundamental causes of crime in the seven million year process of human evolution.
- Male domestic violence is rooted in "paternal uncertainty" and evolutionary strategies for controlling one's partner and ensuring the transmission of genes to subsequent generations.
- Because the evolutionary traits that generate male domestic violence cannot be eliminated, only through understanding and managing them can this type of violence be curbed.

ABSTRACT

Introduction

The prevailing approach in mainstream criminology toward understanding the etiology of crime has traditionally focused on identifying proximal causes of criminal behavior. Within this conceptual framework, scholars have emphasized risk factors such as associative patterns with delinquent peers, inadequate socialization processes during formative developmental stages, familial instability and dysfunction and community disorganization. These factors have formed the cornerstone of both theoretical explanations and preventive interventions in conventional criminology. While this perspective has undoubtedly made significant contributions to our comprehension of criminal behavior and informed numerous prevention strategies, it nevertheless presents certain epistemological limitations. Evolutionary criminology, building upon the theoretical foundations of evolutionary psychology, posits that beyond these immediate causal factors lies a deeper stratum of explanation rooted in our species' phylogenetic history. This emerging discipline maintains that natural selection and sexual selection have shaped not only the physical morphology of contemporary humans but also our psychological architecture. To elaborate, human evolution was not solely driven by physical adaptations such as encephalization or the development of bipedal locomotion. Equally crucial were psychological adaptations including sexual proprietariness, predator avoidance mechanisms, kin recognition and attachment systems and nocturnal anxiety responses. These psychological traits played instrumental roles in enhancing the inclusive fitness of our ancestors throughout their evolutionary trajectory. Consequently, any comprehensive analysis of human behavior - including criminal behavior - that fails to incorporate these evolutionarily informed perspectives remains fundamentally incomplete.

Methods

The current paper employs a rigorous meta-analytic methodology, systematically reviewing all peer-reviewed research published in indexed journals specializing in evolutionary psychology and criminology

How to Cite: Sabooripour, Mahdi, "Male Domestic Violence against Female: An Evolutionary Approach", Legal Research, Vol. 29, No. 114, 2026, pp: 127-144.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.241616.2958>

Received: 21/09/2025-Accepted: 23/12/2025

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



Copyright: © 2026 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/>).

between 2004 and the present. Given both the relative paucity of evolutionary literature in criminological research and the specific focus of this study on domestic violence phenomena, particular care has been taken to ensure exhaustive coverage and accurate representation of all relevant scholarly works.

Results and Discussions

Epidemiological data collected across diverse cultural contexts reveals that approximately 30% of women worldwide experience physical intimate partner violence during their lifetime. Domestic research shows a similar, if not worse, situation. Some studies report that 66% of Iranian women have experienced various forms of domestic violence - verbal, physical, psychological, economic, and sexual. The trend has been increasing, rising from about 52,000 cases in 2009 to over 83,000 cases in 2018. Despite decades of multidisciplinary research aimed at elucidating the etiology of domestic violence, effective prevention remains an elusive goal. Traditional criminological explanations have predominantly emphasized socio-cultural determinants, including patriarchal ideological systems, Social learning of aggressive behavioral scripts and media influences modeling violent interpersonal dynamics. While these factors undoubtedly contribute to our understanding, they fail to provide a complete explanatory framework. Evolutionary criminology offers complementary insights by examining the ultimate causation of such behaviors through the lens of our species' evolutionary history. From an evolutionary perspective, the capacity for violence represents an adaptive psychological mechanism that has been selectively retained in the human behavioral repertoire. Numerous studies indicate that violence remains a persistent cognitive option for humans. For instance, a survey of 5,000 men and women revealed that 91% of men and 84% of women have seriously considered killing someone at least once in their lifetime. Notably, men consistently dominate these statistics - a global criminological pattern showing male overrepresentation in violent crimes specifically and criminal behavior generally. This phenomenon has at least two evolutionary explanations: A) Intersexual competition for resources throughout hominid evolution, meant that males who successfully maintained control over critical resources (e.g., nutrient-rich territories, high-quality shelter) through aggressive displays and physical dominance enjoyed greater reproductive success. This created an evolutionary arms race favoring males with enhanced capacities for territorial defense, resource acquisition and competitive confrontation. B) Intersexual selection pressures: In both polygynous mating systems (which characterized most of human evolutionary history) and more recent monogamous systems, males employed aggressive strategies to secure and retain high-fertility mates, prevent mate poaching by competitors and ensure paternity certainty. Paternity uncertainty is the core evolutionary mechanism in domestic violence. The phenomenon of male-perpetrated intimate partner violence finds its most parsimonious evolutionary explanation in the concept of paternity uncertainty. The unique nature of human internal fertilization created an adaptive problem for ancestral males: the impossibility of absolute certainty regarding genetic parentage. This evolutionary pressure selected for a suite of anti-cuckoldry adaptations, including: A) Mate guarding behaviors: These behaviors consist of actions a husband takes to prevent his wife from having sexual relations with other men by controlling and restricting her interactions and activities, encompassing a wide range of option like social isolation tactics, monitoring of partner's social interactions and emotional manipulation strategies. B) Preemptive aggression like punitive responses to perceived infidelity threats, escalated violence during periods of suspected conception and intensified control during pregnancy. C) Reproductive interference strategies like forced termination of pregnancies with uncertain paternity and neonaticide in cases of confirmed non-paternity. These hierarchically implemented strategies all serve a single purpose: reducing the likelihood of the mate's pregnancy by other males, thereby ensuring the male's genetic transmission to the next generation.

Conclusion

The evolutionary perspective does not posit that intimate partner violence represents an inevitable or morally justifiable outcome of our biological heritage. Rather, it provides a crucial missing dimension to our understanding by revealing the deep phylogenetic roots of these behavioral patterns. Modern manifestations of domestic violence can be understood as the maladaptive expression of evolved psychological mechanisms that were originally selected for in ancestral environments radically different from contemporary social contexts. This recognition allows for more nuanced theoretical models that integrate both proximate (sociocultural) and ultimate (evolutionary) causation, development of prevention programs that account for these deeply ingrained behavioral tendencies and more effective intervention strategies that target the psychological mechanisms underlying violent behavior. In other words, the integration of evolutionary perspectives with traditional criminological approaches offers the promise of greater explanatory power in understanding criminal behavior, more comprehensive prevention frameworks and more effective policy interventions. By acknowledging both the immediate social determinants and the evolutionary foundations of criminal behavior, we move closer to developing truly holistic solutions to the complex problem of domestic violence in modern societies.

Keywords: Evolution, Evolutionary Criminology, Domestic Violence, Paternity Uncertainty, Mate Guarding.



رویکردی تکاملی به خشونت خانگی شوهر نسبت به زن

مهدی صبوری پور^۱

نکات برجسته

- جرم‌شناسی تکاملی، علل بنیادین جرم را در فرآیند هفت میلیون ساله تکامل انسان جست‌وجو می‌کند.
- خشونت خانگی مردانه، ریشه در «شک در پدر بودن» و راهبردهای تکاملی برای کنترل همسر و اطمینان از انتقال ژن به نسل‌های بعدی دارد.
- به دلیل غیر قابل حذف بودن ویژگی‌های تکاملی موّلد خشونت خانگی مردانه، تنها با شناخت و مدیریت آن‌ها می‌توان این نوع خشونت را مهار کرد.

چکیده

جرم‌شناسی تکاملی، برخلاف جرم‌شناسی متعارف که بر علل بی‌واسطه‌ای چون اختلالات روانی یا محیط خانوادگی تمرکز دارد، ریشه‌های عمیق‌تر رفتارهای مجرمانه را در فرآیند تکامل انسان جست‌وجو می‌کند. از این منظر، بسیاری از ویژگی‌های روانی امروزی، از جمله خشونت، محصول انتخاب طبیعی و جنسی برای بقا و تولیدمثل هستند. خشونت مردانه در دیدگاه تکاملی دو عامل اصلی دارد: نخست رقابت بر سر منابع (مثل غذا و قلمرو) که استفاده از خشونت را برای حفظ این منابع توجیه می‌کند؛ دوم رقابت بر سر جفت، زیرا مردانی که توانایی بیشتری در کنترل دسترسی به زنان داشتند، احتمال بیشتری برای انتقال ژن‌هایشان به نسل بعدی هم داشتند. این پژوهش به صورت فراتحلیل و با بررسی تمام مطالعات منتشرشده در منابع معتبر مرتبط با روان‌شناسی و جرم‌شناسی تکاملی از سال ۲۰۰۴ تاکنون انجام شده است. یافته‌ها نشان می‌دهد که عامل کلیدی خشونت خانگی مردان علیه زنان از منظر تکاملی «نااطمینانی از پدر بودن» است. از آنجاکه مردان نمی‌توانند مطمئن باشند همسرانشان رابطه جنسی با دیگران نداشته‌اند، مکانیسم‌های تکاملی مانند کنترل جنسی و خشونت پیشگیرانه شکل گرفته‌اند. این مکانیسم‌ها شامل محدود کردن ارتباط زن با مردان دیگر، پرخشگری هنگام احتمال خیانت، افزایش خشونت در دوران بارداری (به خاطر تردید در پدری جنین) و حتی کشتن فرزندان می‌شوند. از منظری دیگر، این پژوهش نشان می‌دهد که رویکردهای تک‌عاملی مانند نسبت دادن خشونت به فقر، بیکاری، اعتیاد یا آموزه‌های مردسالارانه کفایت توضیحی ندارند. رویکرد تکاملی با عمق‌بخشی به تحلیل علت‌شناختی، ریشه‌های این رفتارها را در سازوکارهای تکاملی نشان می‌دهد و درک جامع‌تری از پدیده فراهم می‌آورد.

کلید واژگان: تکامل، جرم‌شناسی تکاملی، خشونت خانگی، نااطمینانی پدری، محافظت از جفت.

استناد به این مقاله: صبوری پور، مهدی، «رویکردی تکاملی به خشونت خانگی شوهر نسبت به زن»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۴، تیر ۱۴۰۵، صص: ۱۲۷-۱۴۴.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.241616.2958>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۶/۳۰ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۱۰/۰۲

۱. دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: m_sabooripour@sbu.ac.ir



Copyright: © 2026 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

تا اوایل قرن نوزدهم میلادی، دیدگاه غالب در میان زیست‌شناسان این بود که موجودات زنده از بدو پیدایش خود به شکل ثابتی باقی مانده‌اند و در طول زمان، تغییری در اوصاف و ویژگی‌های آنها اتفاق نیفتاده است.^۱ اما در این قرن، ابتدا ژان باتیست لامارک^۲ فرانسوی، نظریهٔ فرگشت گونه‌ها از طریق دو قانون «استفاده و عدم استفاده»^۳ و «توارث صفات اکتسابی»^۴ را مطرح کرد^۵ که البته با پژوهش‌ها و آزمایش‌های بعدی مردود شد، اما زمینه را برای طرح نظریه تکامل از طریق انتخاب طبیعی^۶ توسط چارلز داروین^۷ انگلیسی آماده کرد. او این نظریه را در کتاب «در باب منشأ انواع»^۸ مطرح کرد و سپس در کتاب بعدی خود به نام «تبار انسان»^۹ نوع انسان را نیز مشمول تکامل دانست و ادعا کرد که نوع انسان، تباری مشترک با میمون‌های بزرگ^{۱۰} آفریقایی همچون شامپانزه و گوریل دارد.^{۱۱} مطابق نظریه تکامل از طریق انتخاب طبیعی، تمام موجودات زنده‌ای که به یک گونه تعلق دارند (مانند خرگوش‌ها، انسان‌ها یا شامپانزه‌ها) به دلیل جهش^{۱۲} که در جریان تولیدمثل اتفاق می‌افتد، لزوماً دارای ویژگی‌های یکسانی نیستند. برخی از افراد یک گونه، ویژگی‌هایی دارند که به سازگاری بهتر آنها با محیط زندگی‌شان کمک می‌کند. در روند تکامل انسان نیز از این‌گونه جهش‌ها، فراوان اتفاق افتاده است. به‌عنوان مثال می‌توان به جهشی اشاره کرد که به شکل‌گیری «انگشت شست مقابل»^{۱۳} در انسان منجر شده است. شواهد فسیلی نشان می‌دهد که در نیاکان انسان‌های امروزی نیز همانند بسیاری دیگر از پستانداران، انگشت شست دست (همانند انگشت شست پا) به موازات چهار انگشت دیگر قرار داشته، اما در اثر جهشی که حدود سه میلیون سال قبل اتفاق افتاده، انگشت شست دست اجداد باستانی انسان در مقابل چهار انگشت دیگر قرار گرفته و به این ترتیب، این قابلیت را به اجداد انسان داده است که بتوانند انگشت شست دست خود را دور بقیه انگشتان حلقه کنند. همین جهش ظاهراً ساده، یکی از مهم‌ترین تغییراتی بوده که منتهی به شکل‌گیری انسان خردمند امروزی شده است؛^{۱۴} زیرا دقت حرکتی دست انسان را افزایش داده و توانایی انسان‌های اولیه در ساخت و استفاده از ابزارهای سنگی، کنترل آتش، انجام ریزه‌کاری‌هایی مانند ساخت نیزه یا کشیدن نقاشی بر دیواره غارها و حتی نواختن آلات موسیقی را باعث شده است.^{۱۵}

علاوه بر انتخاب طبیعی که به شرح مذکور عمل می‌کند، سازوکار دیگری نیز بر تکامل موجودات زنده مؤثر است که انتخاب جنسی^{۱۶} نامیده می‌شود. منظور از این نوع انتخاب آن است که برخی ویژگی‌ها در بعضی جانوران باعث می‌شود

^۱ این دیدگاه را ثبات انواع (fixism) می‌نامند.

^۲ Jean-Baptiste Lamarck

^۳ Use and Disuse

^۴ Inheritance of Acquired Characteristics

^۵ Peretti, Alfredo V., Lucía S. Calbacho-Rosa and Paola A. Olivero. *Rules and Exceptions in Biology: from Fundamental Concepts to Applications*, Springer, 2024, P 86.

^۶ Evolution by Natural Selection

^۷ Charles Darwin

^۸ On The Origin Of Species

^۹ Descent Of Man

^{۱۰} Great Apes

^{۱۱} صبوری پور، مهدی، *کلیات حقوق جزا*، تهران: میزان، ۱۴۰۲، صص ۱۲۴-۱۲۳.

^{۱۲} Mutation

^{۱۳} Opposable Thumb

^{۱۴} Sarkar, Sahotra and Jessica Pfeifer. *The Philosophy of Science*, Routledge, 2006, P 3.

^{۱۵} Langdon, John H. *Human Evolution: Bones, Cultures and Genes*, Springer, 2022, P 289.

^{۱۶} Sexual Selection

که شانس انتخاب آنها توسط جنس مخالف در فرایند جفت‌گیری و تولیدمثل افزایش یابد. مثال این ویژگی، دم بزرگ و رنگین طاووس نر است که جنس ماده این حیوان را جلب می‌کند. در انسان‌ها نیز ریش مردان و برجستگی برخی اندام‌های زنان، چنین کارکردی دارد. نتیجه انتخاب جنسی، همانند انتخاب طبیعی، این است که آن دسته از اعضای جمعیت یک گونه که دارای ترجیح جنسی برای جنس مخالف هستند (مثلاً طاووس‌های نر دارای دم رنگین و بزرگ یا انسان‌های مذکر دارای ریش)، بقا یافته‌اند.

زیست‌شناسان معتقدند که نظریه تکامل داروین بهترین تبیین برای شکل‌گیری گونه‌ها، ویژگی‌های زیستی آنها و تناسب آنها با محیط زندگی آنهاست^۱ و اگرچه نظریه تکامل، نظریه‌ای تخصصی است که در یک شاخه علمی خاص (زیست‌شناسی) مطرح شده، بر سایر حوزه‌های دانش نیز اثر گذاشته و به تعبیر هربرت اسپنسر^۲ کلید یگانگی تمامی حوزه‌های دانش است.^۳ به بیان دیگر، رویکرد داروینی، نه فقط حوزه زیست‌شناسی را تحت سلطه خود در آورده، بلکه به حوزه‌های دیگر نظیر انسان‌شناسی، روان‌شناسی و اقتصاد نیز راه یافته و آنها را دگرگون ساخته است. جرم‌شناسی نیز از این روند مصون نمانده و تفکر داروینی برای تبیین علل جرم مورد استفاده قرار گرفته است.

در این نوشتار تلاش شده است تا از آموزه‌های نظریه تکامل برای تبیین علل ارتکاب خشونت خانگی مردان علیه زنانی که همسر یا شریک جنسی آنها هستند، استفاده شود. برای این منظور ابتدا درخصوص جرم‌شناسی تکاملی^۴ توضیحاتی داده شده و سپس به چرایی ارتکاب این مصداق خشونت خانگی از منظر تکاملی پرداخته شده است.

ذکر این نکته نیز ضروری است که همچون سایر نوشته‌هایی که درخصوص علت‌شناسی جرم به نگارش درآمده‌اند، هدف این نوشتار نیز توسعه دانش درباره شناخت پدیده مجرمانه است و همچون سایر فراتحلیل‌ها، جنبه توصیفی^۵ دارد و در پی آن است که ادبیات موجود در این زمینه را در قالبی نظام‌مند ارائه و بررسی تحلیلی کند. از این رو، مطالب پیش‌رو مطلقاً فاقد جنبه تجویزی^۶ هستند و هیچ‌گونه دلالتی هم بر قابل توجه بودن رفتار مورد تحلیل ندارند.

این مطالعه با به‌کارگیری روش مرور نظام‌مند توصیفی^۷ به بررسی و تحلیل جامع مطالعات مرتبط با تبیین تکاملی خشونت خانگی مردان علیه زنان پرداخته است. هدف اصلی، ارائه یک سنتز مفهومی از نظریه‌ها و یافته‌های موجود در این حوزه با تمرکز بر مکانیسم‌های تکاملی، به‌ویژه «نااطمینانی از پدر بودن» و «رقابت جنسی» بوده است.

۱. مفهوم‌شناسی جرم‌شناسی تکاملی

نوع نگاهی که جریان غالب جرم‌شناسی^۸ نسبت به علت‌شناسی جرم دارد، مبتنی بر شناسایی علل بی‌واسطه جرم است.^۹ در چارچوب این نوع نگرش است که عواملی همچون تعاملات ترجیحی با افراد بزه‌کار، عدم جامعه‌پذیری صحیح در دوران کودکی، اختلالات روانی درمان شده، اختلالات هورمونی، آسیب‌های مغزی، آشفتگی محیط خانواده و

۱. زیادات، عادل، *مواجهه با داروین: نخستین برخوردها با نظریه تکامل در شرق مسیحی و اسلامی*، ترجمه و پژوهش: امیرمحمد گمینی، تهران: کرگدن، چاپ سوم، ۱۳۹۶، ص ۴.

۲. Herbert Spencer

۳. کلاتری، ابراهیم، «قرآن و رویکردهای جدید نظریه تکامل»، *دوفصلنامه قرآن و علم*، دوره ۴، شماره ۶، ۱۳۸۹، صص ۱۴-۱۳.

۴. Evolutionary Criminology

۵. Descriptive

۶. Prescriptive

۷. Descriptive Systematic Review

۸. Mainstream Criminology

۹. Proximate Causes of Crime

ازهم‌گسیختگی جامعه محلی به عنوان عوامل خطرزای ارتکاب جرم معرفی می‌شوند و برای پیشگیری از بزهکاری نیز بر حذف و کنترل این عوامل تأکید می‌شود. این دیدگاه بسیار مفید و مؤثر بوده و کمک فراوانی به درک ما از بزهکاری و نیز طراحی و اجرای برنامه‌های پیشگیرانه کرده است. اما جرم‌شناسی تکاملی، با بهره‌گیری از آموزه‌های روان‌شناسی تکاملی،^۱ بر این اعتقاد است که ورای این عوامل که بی‌واسطه و مستقیم بر فرد بزهکار تأثیر می‌گذارند، می‌توان علل بنیادین ارتکاب جرم را، که ریشه در گذشته‌های بسیار دور و تکاملی گونه انسان دارند، جست‌وجو و شناسایی کرد؛ آن‌گاه با درآمیختن این یافته‌ها با نظریه‌های جریان غالب، که مبتنی بر شناخت عوامل بی‌واسطه‌اند، به رویکردی جامع‌تر و واقع‌بینانه‌تر نسبت به پدیده مجرمانه دست یافت.^۲

روان‌شناسی تکاملی بر این اعتقاد بنا شده است که انتخاب طبیعی و انتخاب جنسی، فقط ویژگی‌های جسمانی امروز انسان‌ها را شکل نداده‌اند، بلکه خصوصیات روانی انسان امروز نیز محصول همین فرایندهای تکاملی‌اند.^۳ به عبارت دیگر، صرفاً خصوصیات جسمانی مانند افزایش حجم مغز یا توانایی راه رفتن روی دو پا، نبوده‌اند که به تکامل انسان کمک کرده‌اند، بلکه خصوصیات روان‌شناختی همچون انحصارطلبی جنسی، ترس از شکارچیان، دلبستگی به خویشاوندان و ترس از تاریکی نیز، همگی در بقای نسل انسان و تکامل نیاکان وی در فرایند تبدیل شدن به انسان امروزی نقش‌آفرین بوده‌اند؛^۴ زیرا آن دسته از پیشینیان تکاملی ما که این ویژگی‌ها را نداشته‌اند، نتوانسته‌اند ژن‌های خود را به نسل‌های بعدی منتقل کنند و منقرض شده‌اند. در نتیجه، ما انسان‌های امروزی، بازماندگان نیاکانی هستیم که دارای این خصوصیات بوده‌اند و این خصوصیات را نیز از آنها به ارث برده‌ایم.

بنابراین برخلاف دیدگاه روان‌شناسان رفتارگرا^۵ که با طرح نظریه «لوح سفید»^۶ معتقدند مغز انسان در بدو تولد هیچ‌گونه ماهیت ذاتی ندارد،^۸ روان‌شناسی تکاملی، مغز و ذهن انسان را برخوردار از ساختار افکار، ترجیحات، خواسته‌ها، نگرش‌ها و احساساتی می‌داند که حاصل میلیون‌ها سال تلاش برای بقا و نسل‌های متمادی از انتخاب‌های طبیعی و جنسی‌اند و برای تحلیل صحیح رفتارهای انسان نیز باید به همین ویژگی‌های ذاتی روان‌شناختی توجه کرد.^۹ بی‌توجهی به این فرایندهای بنیادین شکل‌دهی به خصوصیات روانی انسان امروز، تحلیل ما از رفتارهای او را ناقص و غیردقیق می‌سازد. در واقع رویکرد تکاملی، به دیدگاه ما نسبت به علل رفتارهای نوع انسان، عمق می‌بخشد؛ عمقی به اندازه تقریباً هفت میلیون سال.

^۱ Evolutionary Psychology

^۲ Durrant, R. and Tony Ward, *Evolutionary Criminology: Towards a Comprehensive Explanation of Crime*, Elsevier, 2015, P 1.

^۳ محمودی جانکی، فیروز و وحیدرضا معصومی، «تبیین روان‌شناختی تکاملی قتل عمد»، *دوفصلنامه پژوهشنامه حقوق کیفری*، دوره ۵، شماره ۱، ۱۳۹۳، ص ۱۳۶.

^۴ Bipedalism

^۵ Bourrat, P; North Ryde and Charles Perkins, "Adaptations: Product of Evolution", In: Shackelford, Todd K. and Viviana Weekes-Shackelford (eds.). *Encyclopedia of Evolutionary Psychological Science*, Springer, 2021, PP 77-80.

^۶ Behaviorists

^۷ Blank Slate

^۸ معصومی، وحیدرضا، بهزاد رضوی‌فرد، فریده حسین ثابت و حسین غلامی دون، «تبیین جرائم غیرسودمدار در سنج روان‌شناسی تکاملی و نظریه انتخاب عقلانی»، *فصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، دوره ۵۱، شماره ۱، ۱۴۰۰، ص ۳۳.

^۹ Duntley, Joshua D. and Todd K. Shackelfordp. "Darwinian foundations of crime and law", *Journal of Aggression and Violent Behavior*, Volume 13, Issue 5, 2008, P 374.

۲. کارکرد تکاملی خشونت خانگی مردانه

خشونت خانگی پدیده‌ای رایج در سراسر دنیاست. اطلاعات جمع‌آوری‌شده در سطح جهان نشان می‌دهد که ۳۰ درصد از زنان، خشونت خانگی فیزیکی را در طول عمر خود تجربه می‌کنند.^۱ پژوهش‌های داخلی نیز وضعیت مشابه، و چه‌بسا وخیم‌تری را نشان می‌دهد. چنان‌که در برخی از پژوهش‌ها، میزان خشونت خانگی علیه زنان ایرانی در انواع مختلف کلامی، جسمی، روانی، اقتصادی و جنسی، ۶۶ درصد اعلام شده است. روند آن نیز افزایشی بوده و از حدود ۵۲ هزار فقره در سال ۱۳۸۸ به بیش از ۸۳ هزار فقره در سال ۱۳۹۷ رسیده است (۶۱ درصد افزایش). طبق همین پژوهش، مجموع خشونت خانگی بین زوجین (شوهر علیه زن و بالعکس) در خانواده‌های ایرانی ۸۱ درصد است؛ یعنی ۸۱ درصد از زوجین در ایران حداقل یکی از انواع خشونت (جسمی، روانی، اقتصادی، کلامی و جنسی) را تجربه کرده‌اند.^۲

باوجود تحقیقات گسترده‌ای که برای یافتن علل ارتکاب خشونت خانگی انجام شده، پیشگیری از خشونت خانگی همچنان یک چالش بزرگ است. عمده تحلیل‌هایی که در جرم‌شناسی جریان اصلی یا متعارف درخصوص علت‌شناسی خشونت خانگی ارائه شده، مبتنی بر معرفی عوامل فرهنگی و اجتماعی این پدیده، همچون فرهنگ پدرسالارانه، تعاملات اجتماعی خشونت‌آمیز و تأثیر سوء رسانه‌ها بوده است.^۳ اما علت‌شناسی تکاملی خشونت خانگی، در پی یافتن علل بنیادین این الگوی رفتاری در فرایند تکامل انسان است. چنان‌که اشاره شد، از منظر تکاملی، ویژگی‌های کنونی انسان‌ها دارای ارزش سازگاری هستند؛ یعنی این ویژگی‌ها در نسل‌های گذشته و میلیون‌ها سالی که از تکامل انسان گذشته است، به بقای وی (از طریق مکانیسم‌های انتخاب طبیعی و انتخاب جنسی) کمک کرده‌اند. حال سؤال این است که خشونت خانگی مردان علیه همسران خود کدام فایده را داشته و چگونه باعث ارتقای «تناسب تکاملی»^۴ انسان شده که تا این اندازه در بین انسان‌های مختلف در سراسر دنیا، با هر نوع فرهنگ و آموزش، رایج است.

برای تبیین تکاملی خشونت خانگی مردان علیه همسر یا شریک جنسی‌شان، لازم است که دو موضوع مورد توجه قرار گیرد: نخست اینکه کدام الزام تکاملی باعث شده است تا مردان در قیاس با زنان، به‌طور کلی تمایل بیشتری به رفتارهای خشونت‌آمیز داشته باشند؛ دوم اینکه به‌طور خاص، خشونت خانگی مردان علیه زنان چه کارکردی در فرایند تکامل انسان داشته است. در ذیل، هریک از این محورها جداگانه مورد بحث قرار گرفته است.

۲.۱. تبیین تکاملی خشونت مردانه

به‌طور کلی، یکی از الگوهای تکاملی روانی در انسان، اندیشیدن به اعمال خشونت به‌عنوان یکی از روش‌های حل مسئله است. خشونت از منظر تکاملی در ذات انسان جای دارد. چنان‌که به تعبیر گزنده برخی نویسندگان، انسان «شامپانزه قاتل»^۵ است. پژوهش‌های فراوانی صورت گرفته‌است که نشان می‌دهد توسل به خشونت همواره به‌عنوان یک گزینه در ذهن انسان مطرح است. برای مثال، پیمایشی که با مشارکت ۵ هزار زن و مرد صورت گرفته است، حکایت از آن دارد که

^۱. Nascimento, B. "Abusers: Husbands, Boyfriends, and Former Sexual Partners", In: Shackelford, Todd K. and Viviana Weekes-Shackelford (eds.). *Encyclopedia of Evolutionary Psychological Science*, Springer, 2021, P 33.

^۲. سوهانیان حقیقی، محسن و ایرج فیضی، «تحلیل وضعیت خشونت خانگی در خانواده ایرانی»، فصلنامه پژوهش/انحرافات و مسائل اجتماعی، شماره ۶، ۱۴۰۱، ص ۱۵.

^۳. حسینی، ابوالفضل، علی‌اکبر مجدی و زهرا خلیقی، «تبیین جامعه‌شناختی اعمال خشونت خانگی زنان علیه مردان در شهر مشهد»، پژوهشنامه مددکاری/اجتماعی، دوره ۸، شماره ۲۸، ۱۴۰۰، صص ۲۱۴-۲۰۷.

^۴. Evolutionary Fitness

^۵. Killer Chimp

۹۱ درصد از مردان و ۸۴ درصد از زنان حداقل یک مرتبه در طول عمر خود به کشتن فردی دیگر به طور جدی فکر کرده‌اند.^۱ در این میان البته سهم مردان بیشتر است؛ چنان‌که یکی از الگوهای تکراری آمار جنایی در دنیا، حضور بیشتر مردان در آمار جرائم به طور کلی و جرائم خشونت‌آمیز به طور خاص است. این امر حداقل دو دلیل تکاملی دارد. در ذیل به طور خلاصه به مهم‌ترین دلایل تکاملی خشونت مردانه پرداخته شده است.

۲.۱.۱. جنگ بر سر منابع

در گذشته تکاملی انسان، جنس نر مسئول حفظ قلمرو و تأمین منابع حیاتی لازم همچون غذا بوده و باتوجه به محدودیت این منابع، یکی از زمینه‌های همیشگی تعارض و درگیری میان نیاکان انسان، مبارزه برای کنترل همین منابع مادی بوده است. هر اندازه هم که یک منبع کمیاب‌تر و از نظر کمک به موفقیت تولیدمثلی فرد ارزشمندتر باشد، تعارض بین افراد برای دسترسی به آن بیشتر خواهد بود. در این جنگ دائمی فقط نرهایی توانسته‌اند کنترل خود را بر منابع حفظ کنند، غذا به جفت و فرزندان خود برسانند و در نتیجه ژن‌های خود را به نسل‌های بعدی منتقل کنند که آمادگی همیشگی برای اعمال خشونت نسبت به رقیبان خود در جنگ دائمی بر سر منابع داشته‌اند.

اعمال خشونت می‌تواند منابع را از کنترل رقیب آزاد کند یا اینکه رقیب را برای همیشه از بین ببرد و منابع را در انحصار فردی قرار دهد که توانسته است با توسل به خشونت، رقیب را حذف کند. حتی صرف صدمه رساندن به رقیب، بدون کشتن وی نیز فایده تکاملی داشته است؛ زیرا توان وی برای رقابت بر سر منابع را کاهش می‌دهد. حیوانی که زخمی شده است، نمی‌تواند با یک حیوان سالم رقابت کند. علاوه بر اینها، این حیوانات آسیب‌دیده از رقابت با فردی که در گذشته به آنها آسیب رسانده است، اجتناب می‌کنند. فردی که قادر است آسیب‌های بیشتری به رقبای خود وارد کند، به شهرتی دست می‌یابد که وی را تا حد زیادی از رویارویی‌های خشونت‌آمیز بعدی معاف می‌کند و دسترسی آسان‌تری به منابع، با مقاومت کمتر رقیب، در آینده برای او فراهم می‌آورد. به این ترتیب، خشونت بیشتر یکی از لوازم بقای نیاکان مذكر ما بوده و این خصوصیت به انسان‌های مذكر امروزی نیز منتقل شده است.

۲.۱.۲. جنگ بر سر جفت

نیاکان تکاملی انسان، از حدود هفت میلیون سال قبل که شامپانزه‌ها و انسان‌واران^۲ از یکدیگر جدا شدند،^۳ تا حدود ده هزار سال قبل، عمدتاً از الگوی چندهمسری تبعیت می‌کردند؛ بدین معنا که خصوصاً انسان‌واران مذكر دارای همسران متعدد (چه به صورت هم‌زمان و چه به شکل متوالی) بوده‌اند. پیوند زناشویی طولانی‌مدت (پیوند زوجی^۴) که امروزه به عنوان الگوی غالب در اکثر جوامع انسانی دیده می‌شود، نسبتاً جدید است و هم‌زمان با فراگیر شدن کشاورزی در حدود ده هزار

^۱ Buss, David. *The Murderer Next Door: Why the Mind is Designed to Kill*, New York: Penguin, 2006, P 17.

^۲ Hominins

«انسان‌وار» واژه‌ای است که شامل انسان خردمند (homo sapiens)، انسان نئاندرتال (homo neanderthalensis)، انسان راست‌قامت (homo erectus) و چند گونه دیگر از انسان‌ها می‌شود که امروزه همگی آنها به جز انسان خردمند منقرض شده‌اند.

^۳ اسکاتنی، جان، *درآمدی تاریخی به نظریه تکامل*، ترجمه محمدرضا توکلی صابری، تهران: کرگدن، ۱۴۰۱، ص ۱۷۰.

^۴ Pair-Bonded Mating

سال پیش اتفاق افتاده است.^۱ حتی امروزه هم در سایر انسان‌ریخت‌های بزرگ مانند شامپانزه‌ها که نزدیک‌ترین خویشاوندان تکاملی انسان هستند، تک‌همسری دیده نمی‌شود و یک نر هم‌زمان با چندین ماده جفت‌گیری می‌کند.^۲ این امر بدان معناست که این نر غالب، سایر نرهای گروه را از جفت‌گیری با ماده‌ها باز می‌دارد و روشن است که این کار را نه با خواهش و مذاکره، بلکه با توسل به خشونت در موارد لازم انجام می‌دهد.

حتی زمانی هم که نیاکان انسان، استراتژی تولیدمثل^۳ خود را تغییر دادند و به پیوندهای زوجی درازمدت روی آوردند، باز هم ضرورت توسل نرها به خشونت منتفی نشد؛ زیرا انتخاب جنسی ماده‌ها همچنان به‌سوی نرهایی بود که توانایی فیزیکی برای محافظت از آنها و نیز توانایی‌های بیشتری در تأمین منابع حیاتی مانند غذا داشتند (چنان‌که امروزه نیز وضعیت همین‌گونه است).^۴ به این ترتیب، باز هم شانس تولیدمثل برای نرهای خشن‌تر بیشتر بود. به بیان دیگر، تولیدمثل همچنان به‌عنوان یک رقابت شدید باقی ماند که می‌تواند به سطوح بالایی از خشونت منجر گردد و مردانی در این رقابت پیروز شده‌اند که آمادگی و توان بیشتری برای اعمال خشونت داشته‌اند. مردان امروز نیز نوادگان تکاملی همین مردان‌اند و در نتیجه ظرفیت خشونت در آنها در مقایسه با زنان، که هیچ‌گاه با این‌گونه فشارهای تکاملی مواجه نبوده‌اند، بسیار بیشتر است.

۲.۲. شک در پدر بودن:^۵ عامل خشونت خانگی شوهر علیه زن

اکنون زمان پرداختن به این مسئله است که اعمال خشونت یک مرد (جنس نر) علیه همسر یا شریک جنسی خود (جنس ماده) دارای کدام کارکرد تکاملی بوده است که امروزه نیز تا این اندازه در روابط میان زن و شوهرها در نقاط مختلف دنیا به چشم می‌خورد. پاسخی که از منظر تکاملی به این سؤال داده می‌شود، حول محور پدیده‌ای موسوم به «شک در پدر بودن» می‌گردد.

توضیح آنکه نوع لقاح در حیوانات مختلف بر دو نوع کلی است: در برخی حیوانات مانند ماهی‌ها و دوزیستان، لقاح به‌صورت خارجی^۶ اتفاق می‌افتد؛ یعنی سلول‌های جنسی نر و ماده در بیرون از بدن این جانداران با یکدیگر ترکیب می‌شوند و سلول تخم را ایجاد می‌کنند. اما در انسان، همانند سایر پستانداران، لقاح داخلی^۷ صورت می‌گیرد. بدین معنا که جنس نر سلول‌های جنسی خود را وارد بدن ماده می‌کند و لقاح در بدن جنس ماده انجام می‌شود. به این ترتیب، در انسان‌ها نیز همانند سایر گونه‌های دارای لقاح داخلی، برخلاف جنس ماده که هیچ تردیدی ندارد فرزندی که به دنیا آورده متعلق به خودش است و در نتیجه پنجاه درصد از ژن‌های او را حمل می‌کند، جنس نر هیچ‌گاه نمی‌توانسته است به‌طور کامل مطمئن باشد که فرزندی که جفت یا همسر وی به دنیا آورده، واقعاً متعلق به اوست و حاصل رابطه جنسی همسرش با یک نر غریبه نیست (روشن است که ابزارهای امروزی اطمینان از این امر مانند آزمایش دی.ان.ای، در گذشته تکاملی

^۱ Nelson, Emma, Campbell Rolian, Lisa Cashmore and Susanne Shultz. "Digit ratios predict polygyny in early apes, Ardipithecus, Neanderthals and early modern humans but not in Australopithecus", *Journal of Proceedings Biological Sciences*, Volume 278, Issue 1711, 2011, P 1562.

^۲ ریدلی، مارک، **تکامل**، ترجمه عبدالحسین وهاب‌زاده، مشهد: جهاد دانشگاهی، چاپ سوم، ۱۴۰۰، ص ۴۷۹.

^۳ Reproductive Strategy

^۴ Gallant, A. S. and Lindsay Coome. "Development of Sex Differences", In: Shackelford, Todd K. and Viviana Weekes-Shackelford (eds.). *Encyclopedia of Evolutionary Psychological Science*, Springer, 2021, PP 1966-1974.

^۵ Paternity Uncertainty / Paternal Insecurity

^۶ External Fertilization

^۷ Internal Fertilization

انسان در دسترس نبوده‌اند). این امر به وضعیتی معروف به نااطمینانی پدران یا شک در پدر بودن منجر می‌شود که یکی از خصوصیات مهم روان‌شناختی مردان از دیدگاه روان‌شناسی تکاملی به شمار می‌رود. از سوی دیگر، اگر یک مرد در فرایند تولیدمثل فریب خورده و منابع محدود خود (مانند غذایی که از طریق شکار به دست می‌آورده است) را صرف فرزندی می‌کند که بدون اطلاع وی، حاصل رابطه جفت او با یک نر غریبه بوده، اولاً فرصت انتقال ژن‌های خود به نسل بعد را از دست می‌داد و ثانیاً به انتقال ژن‌های رقبای خود (که جفت وی را بدون اطلاع او باردار کرده بودند) به نسل بعدی کمک کرده بود. نتیجه این فرایندها انقراض آن نر فریب‌خورده و امتداد نسل نرهای غریبه بود. به بیان دیگر، مردانی که نسبت به تماس‌های جنسی همسرانشان با مردان دیگر بی‌تفاوت بودند، بیشتر از مردانی که بی‌قیدی‌های همسرانشان را تحمل نمی‌کردند، فرزندان رقیب خود را بزرگ می‌کردند و به همین دلیل نیز نسلشان در طول زمان از بین رفته است. بنابراین، مردان امروزی نه از این مردان بی‌تفاوت، بلکه از مردانی نشئت گرفته‌اند که تلاش کردند و در بیشتر موارد موفق هم شدند تا کنترل جنسی انحصاری بر همسران خود داشته باشند. این کنترل جنسی انحصاری از طریق خصوصیتی تضمین می‌شود که در ادبیات تکاملی، از آن با عنوان «محافظت از جفت»^۱ یاد می‌شود و منظور از آن صرفاً محافظت از همسر در برابر خطرات طبیعی یا حمله سایر حیوانات نیست؛ بلکه شامل محدودیت‌هایی که مانع جفت‌گیری او با نرهای غریبه گردد نیز می‌شود.^۲

این خصوصیت روان‌شناختی به مردان این امکان را داده است که از هزینه‌های تولیدمثلی ناشی از فریب‌خوردگی در رابطه زناشویی^۳ مانند از دست دادن زمان، انرژی، منابع و فرصت‌های جفت‌گیری جایگزین اجتناب کنند. برای این منظور، مردان تکامل یافته‌اند تا از طریق چهار دسته از رفتارها از وفادار ماندن جفت خود اطمینان حاصل کنند و بر نااطمینانی پدری فائق آیند و تا حد امکان مطمئن شوند که فرزندی که به همسر آنها به دنیا خواهد آورد، حامل ژن‌های آنهاست و نه ژن‌های نرهای غریبه.

در ذیل، هریک از این انواع رفتارها و ارتباط آنها با خشونت خانگی شوهر (جفت نر) علیه زن (جفت ماده) بیان می‌شود.

۲.۲.۱. پیشگیری از نزدیکی همسر با مردان دیگر

اولین مجموعه از رفتارها به ترتیب زمانی، «استراتژی‌های پیشگیری از نزدیکی»^۴ هستند. این رفتارها شامل اقداماتی است که شوهر، با هدف جلوگیری از رابطه جنسی همسرش با مردان غریبه، از طریق کنترل و محدود کردن تعاملات و رفتارهای وی، انجام می‌دهد و شامل طیف گسترده‌ای از گزینه‌ها می‌شود؛ از جمله اصرار بر پاک‌دامنی و باکرگی قبل از انتخاب جفت (همسر)، محافظت از زن برای به حداقل رساندن دسترسی مردان دیگر، تهدید یا اعمال خشونت برای محدود کردن رفتار زن در ارتباط با مردان دیگر، تنبیه فیزیکی در صورت توجه به مردان دیگر و نهایتاً، داشتن رابطه جنسی مکرر با زن خود برای حفظ رضایت جنسی وی. تأکید بر باکره بودن همسر و نیز محدودیت‌های مختلفی که امروزه نیز شوهران در فرهنگ‌های مختلف برای ارتباط همسران خود با سایر مردان قائل می‌شوند، در پرتو همین راهبرد قابل تبیین هستند. نکته‌ای که در رابطه با موضوع این مقاله باید مورد توجه قرار گیرد این است که انجام چنین رفتارهایی

¹. Mate Guarding

². Kaighobadi, Farnaz, Todd K. Shackelford and Aaron T. Goetz. "From Mate Retention to Murder: Evolutionary Psychological Perspectives on Men's Partner-Directed Violence", *Review of General Psychology Journal*, Volume 13, Issue 4, 2009, P 327.

³. Cuckoldry

⁴. Insemination Prevention Strategies

ازسوی شوهر می‌تواند با توسل به خشونت انجام گیرد؛ مانند مواردی که شوهر خواهان عدم خروج همسر خود از منزل است، اما زن به این خواسته شوهر تمکین نمی‌کند و چه‌بسا شوهر برای الزام وی به خشونت متوسل شود. باتوجه‌به همین الزام تکاملی برای کنترل رفتار زنان توسط شوهران یا شرکای جنسی آنهاست که اولاً اکثر موارد قتل زنان توسط شوهران یا شرکای جنسی آنها اتفاق می‌افتد^۱ و ثانیاً و مهم‌تر از آن اینکه دلیل اصلی قتل زنان توسط شوهران یا شرکای جنسی آنها، ارتباط زن با مردی خارج از خانواده یا سوءظن مرد نسبت به زن از این جهت است.^۲ چنان‌که در برخی پژوهش‌ها این علت (بدبینی و سوءظن شوهر نسبت به ارتباط همسرش با مردی دیگر) به‌تنهایی عامل ۵۷ درصد از موارد زن‌کشی تشخیص داده شده است.^۳

یکی دیگر از یافته‌هایی که انگاره فوق، یعنی توسل به خشونت خانگی توسط شوهر به‌مثابه ابزاری در جهت استراتژی پیشگیری از نزدیکی را تقویت می‌کند، رابطه معنادار میان سن زنان بزه‌دیده از خشونت خانگی و تعداد و شدت دفعاتی است که آنها مورد سوءرفتار قرار گرفته‌اند. توضیح آنکه هر اندازه سن زن کمتر باشد، بیشتر و شدیدتر در معرض خشونت خانگی ازسوی شوهرش قرار می‌گیرد و با افزایش سن زنان، تجربه خشونت خانگی توسط آنها نیز کاهش می‌یابد.^۴ زنان در سن باروری تقریباً ۱۰ برابر بیشتر از زنان در سنین پس از باروری در معرض خطر خشونت خانگی توسط شوهر خود هستند. بیشترین خطر خشونت خانگی از جانب شوهر یا شریک جنسی نیز در سال‌های اوج باروری زنان، یعنی ۱۵ تا ۲۵ سال، متوجه آنها می‌گردد و برای محدوده سنی ۲۵ تا ۳۴ سال، این خطر به نصف کاهش می‌یابد و پس از این سن نیز به‌طور مداوم کاهش شدیدی پیدا می‌کند.^۵ در ایران هم آمارهای مشابهی قابل ارائه است. بیشترین میزان خشونت خانگی شوهران علیه زنان، درمورد زنان بین سنین ۲۰ تا ۳۰ سال با ۴۸.۵ درصد و کمترین میزان در گروه سنی ۴۵ تا ۵۰ سال با ۹.۶ درصد است. به بیان دیگر، زنان جوان بیشتر در معرض خشونت همسرانشان قرار می‌گیرند و با افزایش سن، میزان خشونت علیه زنان کاهش می‌یابد.^۶ این روند به این ترتیب قابل توضیح است که با افزایش سن زنان، شانس باروری آنها در روابط با مردان غریبه کاهش می‌یابد و مکانیسم تکاملی روان‌شناختی شوهران آنها، که خشونت را به عنوان ابزاری برای پیشگیری از چنین رفتارهایی از سوی زنان تکامل داده است، کارکرد خود را از دست می‌دهد و خاموش می‌شود. در واقع اگر موضوع را از منظر تکاملی مورد توجه قرار دهیم، این فرضیه را می‌توان مطرح کرد که وقتی سال‌های باروری زن پایان می‌یافت، اجداد مذکر ما دیگر مزیت تکاملی از محدود کردن استقلال اجتماعی او کسب نمی‌کردند و در نتیجه نیاز آنها به توسل به خشونت برای کنترل رفتار و تعامل‌های جفت یا همسرشان با سایر مردان نیز به‌تدریج منتفی می‌شد. بر همین مبناست که حتی امروزه نیز زنان بعد از سن باروری، کمتر ازسوی شوهران خود مورد کنترل و اعمال محدودیت قرار می‌گیرند.

^۱. Larsen, M. "Evolutionary Approaches to Domestic Violence", In: Shackelford, Todd K. (ed.). *Encyclopedia of Domestic Violence*, Springer, 2023, P 2.

^۲. مافی، مهتاب، حسن فکرآزاد و امیرمسعود مظاهری، «روایت زنان زندانی از علل و زمینه‌های معاونت در قتل عمد همسر و رابطه نامشروع»، *فصلنامه مطالعات زن و خانواده*، دوره ۹، شماره ۱، ۱۴۰۰، ص ۱۱۴.

^۳. وحید، فریدون، حسینعلی سبزه و حامد ذاکری، «تحلیل و بررسی کیفی عوامل همسرکشی در بین زنان و مردان (مطالعه موردی زندانیان اصفهان)»، *دو فصلنامه بررسی مسائل اجتماعی ایران*، دوره ۶، شماره ۱، ۱۳۹۴، ص ۲۱۰.

^۴. حمزئی ماشاری، سلیمان، یاسر رستگار و محمود رئوفی، «خشونت خانگی علیه همسران (مورد مطالعه: شهر بندرعباس در دوران همه‌گیری کرونا)»، *فصلنامه انتظام اجتماعی*، دوره ۱۳، شماره ۴، ۱۴۰۰، ص ۱۳۴.

^۵. Larsen, Op. Cit., PP 1-15.

^۶. بگزایی، پرویز، حبیب‌الله زنجانی و سیف‌الله سیف‌اللهی، «فرا تحلیل مطالعات خشونت شوهران علیه زنان در ایران»، *فصلنامه فرهنگی - تربیتی زنان و خانواده*، دوره ۱۱، شماره ۳۸، ۱۳۹۶، ص ۸۴.

۲.۲.۲. ممانعت از باردار شدن زن توسط سایر مردان

در صورتی که استراتژی‌های پیشگیری از نزدیکی با شکست مواجه شوند و زن با مردی غیر از شوهرش نزدیکی کند، شوهر وی به «استراتژی‌های ضدلقاح»^۱ متوسل می‌شود که شامل «رقابت اسپرم»^۲ و «جابه‌جایی مایع منی»^۳ می‌شود تا احتمال لقاح را به نفع خود تغییر دهد. اینها اقداماتی‌اند که برای اصلاح خیانت جنس ماده/ زن انجام می‌شوند. به این معنا که اگر جنس نر/ شوهر احتمال دهد که جفت یا همسر او با یک نر/ مرد غریبه رابطه جنسی داشته است، این اقدامات را انجام می‌دهد تا احتمال بارداری جفت خود از آن مرد غریبه را کاهش دهد. برای مثال، پژوهش‌ها نشان داده است که مردانی که برای مدت طولانی‌تری دور از همسر خود بوده‌اند، بعد از ملاقات مجدد با همسر خود او را جذاب‌تر می‌بینند و به رابطه جنسی با وی مشتاق‌ترند. توضیح این امر از منظر روان‌شناسی تکاملی این‌گونه است که چون با افزایش مدت غیبت شوهر، احتمال رابطه جنسی زن وی با مردان غریبه نیز افزایش می‌یابد، سازگاری تکاملی نیاکان انسان این‌گونه بوده است که به محض بازگشت به خانه، با همسر خود رابطه جنسی داشته باشند تا اسپرم خود را جایگزین اسپرم غریبه‌ای کند که احتمالاً در بدن همسر آنهاست و به این ترتیب احتمال بارداری همسر خود از آن مرد غریبه و پیرو آن «پدرخواندگی ناخواسته» خود نسبت به فرزندان چنین رابطه‌ای را منتفی سازند.^۴ اما در نقطه مقابل، مکانیسم تکاملی جنس ماده یا زنی که در غیاب شوهرش با جنس نر/ مرد غریبه رابطه جنسی داشته، این است که رابطه جنسی با شوهرش را پس از بازگشت وی تا حد امکان به تعویق بیندازد تا احتمال بارداری خود از نر غریبه را افزایش دهد. این دو تمایل متعارض بین این زن و شوهر، زمینه مناسبی برای توسل به خشونت توسط شوهر برای الزام زن به رابطه جنسی با وی است.

۲.۲.۳. سقط جنین ناشی از نزدیکی زن با مردان دیگر

اگر راهبرد مذکور در بند قبل مبنی بر ممانعت از بارداری نیز با شکست مواجه شود و زن باردار شود، آن فرزند متعلق به مرد دیگری غیر از شوهر است. در این صورت، شوهر/ جفت وی ممکن است به «استراتژی‌های خاتمه بارداری»^۵ متوسل شود. این راهبرد، شامل رفتارهایی همچون ضربه زدن به شکم زن باردار است که به منظور از بین بردن جنین درون شکم وی (که متعلق به نرهای غریبه و رقیب است) انجام می‌گیرد. سازگاری تکاملی انسان در راستای همین راهبرد است که باعث شده است تا فراوانی و شدت خشونت خانگی علیه زنان در دوران بارداری آنها، تا دو برابر افزایش یابد.^۶ ناطمینانی پدری سبب می‌شود که سطح خشونت مرد نسبت به همسرش در دوران بارداری وی افزایش یابد؛ زیرا این احتمال همواره در پس ذهن وی وجود دارد که جنینی که همسرش حمل می‌کند، متعلق به وی نیست. در واقع در بطن این وضعیت، واقعیتی متناقض‌نما وجود دارد: باردار شدن یک زن/ جنس ماده، از دید شوهر/ جفت نر وی، همان قدر که نویددهنده ادامه نسل شوهر است، نشانه خیانت آن زن نیز می‌تواند باشد. البته این تناقض در پرتو ملاحظات که گفته شد، قابل

¹. Counter-Insemination Strategies

². Sperm Competition

³. Semen Displacement

⁴. Goetz, Aaron T. et al. "Mate retention, semen displacement, and human sperm competition: a preliminary investigation of tactics to prevent and correct female infidelity", *Personality and Individual Differences*, Volume 38, Issue 4, 2005, P 751.

⁵. Pregnancy Termination Strategies

⁶. Burch, Rebecca L., Gordon Gallup. "Pregnancy as a Stimulus for Domestic Violence", *Journal of Family Violence*, Volume 19, 2004, P 245.

تبیین و درک است. به این ترتیب که چون هزینه‌های تکاملی خیانت زن در رابطه زناشویی، برای شوهر وی بسیار زیاد است (از دست دادن منابع، ناتوانی در انتقال ژن‌های خود به نسل بعد، بزرگ کردن فرزند رقیب و ...)، سازوکار روان‌شناختی مردان نسبت به خیانت همسرانشان این گونه است که احتمال خیانت همسر خود را بسیار بیشتر از میزان واقعی برآورد می‌کنند و مطابق با همین برداشت اغراق‌آمیز است که واکنش‌های شدید نشان می‌دهند؛^۱ زیرا اگر مرد در تشخیص خیانت اشتباه کند و نسبت به شریک صادق خود خشونت ورزد، از نظر تکاملی بسیار کم‌هزینه‌تر از آن است که در عدم تشخیص خیانت اشتباه کند و نسبت به شریک خائن خود واکنش نشان ندهد.

۲.۲.۴. حذف نوزاد حاصل از رابطه زن با مردان دیگر

در نهایت و در مرحله چهارم، اگر کودک متولد شود، مردان ممکن است به «استراتژی‌های سرمایه‌گذاری پس از زایمان»^۲ متوسل شوند؛ به این ترتیب که با استفاده از نشانه‌هایی مانند شباهت یا عدم شباهت ظاهری نوزاد با خودشان، از سرمایه‌گذاری برای آن کودک خودداری کنند، کودک را نادیده بگیرند، رها کنند، مورد سوءرفتار قرار دهند یا حتی به قتل نوزاد دست بزنند. شواهد قابل توجهی وجود دارد که نشان می‌دهد مردان بعد از وضع حمل همسرانشان به بسیاری از این رفتارها مبادرت می‌کنند. همچنین تحقیقات نشان می‌دهد هر اندازه که شوهر نوزاد را کمتر شبیه خود بداند، میزان سوءرفتار وی هم نسبت به نوزاد و هم مادرش افزایش می‌یابد.^۳ تبیین تکاملی این واقعیت آن است که با کاهش شباهت، میزان نااطمینانی پدر نیز افزایش می‌یابد و پیرو آن، تمایل وی به از بین بردن فرزندی که متعلق به نرهای غریبه و رقیب خود می‌پندارد نیز بیشتر می‌شود.

مطالعات تجربی نیز این یافته‌ها را تأیید می‌کند. در یک پژوهش ابتدا از مردان مرتکب خشونت خانگی خواسته شد تا فرزندان را که در خانه دارند از حیث شباهت با خودشان رده‌بندی کنند. سپس سؤالاتی درمورد مراقبت و سرمایه‌گذاری‌هایی که این مردان برای آن فرزندان کرده بودند، از آنها پرسیده شد. مقایسه پاسخ‌های این مردان به این دو دسته از سؤالات نشان می‌داد که رابطه این مردان با فرزندان که شباهت بیشتری به آنها داشتند، بهتر و خدماتی هم که به آنها می‌دادند، مطلوب‌تر بوده است. مطابق همین پژوهش، این اثر محدود به فرزندان نبود و به مادران آنها نیز سرایت می‌کرد؛ بدین معنا که رابطه این مردان، با مادران فرزندان که به زعم خود آنها شباهت بیشتری با ایشان داشتند نیز بهتر بود و خشونت کمتری نسبت به این مادران اعمال می‌کردند.^۴

نتیجه‌گیری

یکی از دانش‌هایی که در مطالعات جرم‌شناسی به‌طور گسترده مورد استفاده قرار گرفته، دانش روان‌شناسی است و یکی از رویکردهای نوین در عرصه این علم نیز رویکرد تکاملی است. از دیدگاه روان‌شناسی تکاملی، یک گونه، نظیر انسان، در محیط سازشی تکاملی خود (که از نظر تاریخی در پشت‌سر آن گونه قرار گرفته است) با مشکلات سازشی مواجه می‌شود

^۱. Goetz, Aaron. T. and Kayla Causey. "Sex Differences in Perceptions of Infidelity: Men Often Assume the Worst", *Evolutionary Psychology Journal*, Volume 7, Issue 2, 2009, P 255.

^۲. Postpartum Investment Strategies

^۳. Burch, Rebecca L., Gordon Gallup. "Abusive men are driven by paternal uncertainty", *Journal of Evolutionary Behavioral Sciences*, Volume 14, Issue 2, 2020, P 198.

^۴. Burch, R., "Solution to Paternity Uncertainty", In: Shackelford, Todd K. and Viviana Weekes-Shackelford (eds.). *Encyclopedia of Evolutionary Psychological Science*, Springer, 2021, PP 7808-7814.

و اگر خصوصیات و سازوکارهای زیست‌شناختی و روان‌شناختی مناسب برای حل آن مسائل را نداشته باشد، به مشکل برمی‌خورد و احتمالاً منقرض می‌شود. درحالی‌که خصوصیات مناسب برای حل آن مشکلات، به سازگاری وی با محیط تکاملی او و در نهایت، انتقال ژن‌های او به نسل‌های بعدی و تداوم نسل وی از این طریق کمک می‌کنند. یکی از خصوصیات روان‌شناختی نیاکان انسان‌های امروزی که در بقای آنها بسیار کارآمد و مؤثر بوده، توانایی اعمال خشونت است. جرم‌شناسی تکاملی با تأکید بر کارکردهای خشونت برای بقای نسل انسان، آن را پدیده‌ای نهادینه‌شده در روان انسان معرفی می‌کند. در این میان، یکی از انواع خشونت، که از منظر تکاملی بسیار مورد توجه قرار گرفته، خشونت خانگی مردان علیه زنان است. این نوع از خشونت خانگی، که رایج‌ترین مصداق از این نوع خشونت‌ها نیز است، با مجموعه‌ای از رفتارهای کنترل‌گرانه ارتباط دارد که نیاکان مذکر انسان‌های امروزی از طریق آنها کوشیده‌اند تا احتمال بارداری همسران خود از مردان غریبه را به حداقل برسانند، از بقای نسل خود اطمینان یابند و به‌طور کلی، بر آنچه در ادبیات تکاملی به عنوان نااطمینانی پدرانه شناخته می‌شود، فائق آیند. رفتارهایی مانند تأکید بر بکارت پیش از ازدواج، کنترل‌گری نسبت به روابط و رفت‌وآمدهای همسر و نشان دادن توجه و محبت بیشتر نسبت به فرزندان که شباهت بیشتری با آنها دارند، مجموعه‌ای از راهبردهایی‌اند که مردان در گذر زمان برای غلبه بر نااطمینانی پدرانه خود تکامل داده‌اند. امروزه نیز اگرچه خشونت خانگی نسبت به زنان به‌شدت در فرهنگ‌های مختلف تقبیح می‌شود و تدابیر مختلفی نیز برای پیشگیری از این نوع خشونت در جوامع مختلف به کار گرفته می‌شود، همچنان نرخ شیوع این نوع خشونت در جوامع مختلف بسیار زیاد است. علت این وضعیت نیز آن است که تغییرات تکاملی بسیار کند و تدریجی اتفاق می‌افتند و از این‌رو نمی‌توان انتظار داشت اوصافی که طی میلیون‌ها سال تکامل، در سازگاری نیاکان انسان با فشارهای تکاملی پیرامون وی نقش حیاتی ایفا کرده‌اند، در طی چند نسل محدود خاموش شوند. به بیان دیگر، تأثیرات تکاملی بر ویژگی‌های جسمی و روانی انسان را نمی‌توان حذف کرد، بلکه باید آنها را مدیریت کرد. این تأثیرات منحصر به حوزه ارتکاب جرم هم نیستند، بلکه در بسیاری دیگر از زمینه‌ها نیز می‌توان ردپای ویژگی‌های تکاملی را دید. برخی از این اوصاف تکاملی، با ویژگی‌های زندگی امروزی انسان سازگار نیستند، زیرا سرعت تغییر زندگی انسان بسیار بیش از سرعت تغییر ویژگی‌های جسمی و روانی وی بوده است. از این‌رو، انسان امروزی با ساختاری ذهنی که تقریباً از سیصد هزار سال پیش تا کنون تغییر چندانی نکرده، در محیط و با فرهنگ و الزاماتی زندگی می‌کند که تقریباً هیچ شباهتی به محیط زندگی نیاکان وی ندارد. به‌عنوان مثال، قبیله‌گرایی و احساس خصومت نسبت به افراد خارج از قبیله که زمانی تضمین‌کننده حیات انسان بود، امروزه به معضلی فراگیر تبدیل شده که جنگ‌ها و درگیری‌های فراوانی را سبب می‌شود و بسیاری از تلاش‌ها برای ایجاد صلح پایدار در سطح جهان را ناکام می‌گذارد. در رابطه با ارتکاب جرم، به‌خصوص پدیده مجرمانه موضوع این نوشتار (خشونت خانگی مردانه) نیز وضعیت به همین ترتیب است. این الگوی رفتاری مردانه که زمانی دارای کارکرد مثبت برای بقای انسان بود، امروزه جرم تلقی می‌شود. اولین اقدام برای مدیریت این ویژگی تکاملی باقی‌مانده در مردان امروزی، شناخت این پدیده است که در این مقاله تلاش شد در راستای آن گام برداشته شود. بر مبنای این شناخت می‌توان برای آگاهی‌بخشی مؤثرتر برنامه‌ریزی کرد. به‌عنوان مثال، صرف اینکه مردان بدانند که مکانیسم‌های تکاملی باعث شده‌اند که آنها احتمال خیانت همسران خود را بیش از میزان واقعی برآورد کنند، می‌تواند به آنها در کنترل سوءظن‌هایی که نسبت به همسر خود دارند، کمک کند.

روشن است که این مطالب به‌معنای قابل توجه بودن یا کم‌اهمیت قلمداد کردن خشونت خانگی نیست، اما ریشه‌دار بودن خشونت خانگی در اعماق وجود انسان می‌تواند بدان معنا باشد که لازم است تا برنامه‌های پیشگیرانه فردمدار، به‌ویژه

از نوع رشدمدار مبتنی بر آموزش کودکان در زمینه کنترل خشم و نیز رفتار با جنس مخالف بیشتر مورد توجه قرار گیرد تا از تأثیر این ویژگی روان‌شناختی مردانه و تجلی آن در قالب خشونت خانگی کاسته شود.

منابع

کتاب

۱. اسکاتنی، جان، *درآمدی تاریخی به نظریه تکامل*، ترجمه محمدرضا توکلی صابری، تهران: کرگدن، ۱۴۰۱.
۲. ریدلی، مارک، *تکامل*، ترجمه عبدالحسین وهاب‌زاده، مشهد: جهاد دانشگاهی، چاپ سوم، ۱۴۰۰.
۳. زیادات، عادل، *مواجهه با داروین: نخستین برخورد با نظریه تکامل در شرق مسیحی و اسلامی*، ترجمه و پژوهش: امیرمحمد گمینی، تهران: کرگدن، چاپ سوم، ۱۳۹۶.
۴. صبوری‌پور، مهدی، *کلیات حقوق جزا*، تهران: میزان، ۱۴۰۲.

مقاله

۵. بگرضایی، پرویز، حبیب‌الله زنجانی و سیف‌الله سیفاللهی، «فرا تحلیل مطالعات خشونت شوهران علیه زنان در ایران»، *فصلنامه فرهنگی - تربیتی زنان و خانواده*، دوره ۱۱، شماره ۳۸، ۱۳۹۶، صص ۹۷-۷۱.
۶. حسینی، ابوالفضل، علی‌اکبر مجددی و زهرا خلیقی، «تبیین جامعه‌شناختی اعمال خشونت خانگی زنان علیه مردان در شهر مشهد»، *پژوهشنامه مددکاری اجتماعی*، دوره ۸، شماره ۲۸، ۱۴۰۰، صص ۲۲۶-۲۰۱.
<https://doi.org/10.22054/rjsw.2022.66305.562>
۷. حمزئی ماشاری، سلیمان، یاسر رستگار و محمود رئوفی، «خشونت خانگی علیه همسران (مورد مطالعه: شهر بندرعباس در دوران همه‌گیری کرونا)»، *فصلنامه انتظام اجتماعی*، دوره ۱۳، شماره ۴، ۱۴۰۰، صص ۱۴۲-۱۱۳.
۸. سوهانیان حقیقی، محسن و ایرج فیضی، «تحلیل وضعیت خشونت خانگی در خانواده ایرانی»، *فصلنامه پژوهش/انحرافات و مسائل اجتماعی*، شماره ۶، ۱۴۰۱، صص ۳۱-۱.
۹. کلاتری، ابراهیم، «قرآن و رویکردهای جدید نظریه تکامل»، *دوفصلنامه قرآن و علم*، دوره ۴، شماره ۶، ۱۳۸۹، صص ۴۴-۱۳.
۱۰. مافی، مهتاب، حسن فکرآزاد و امیرمسعود مظاهری، «روایت زنان زندانی از علل و زمینه‌های معاونت در قتل عمد همسر و رابطه نامشروع»، *فصلنامه مطالعات زن و خانواده*، دوره ۹، شماره ۱، ۱۴۰۰، صص ۱۲۸-۱۰۸.
[Doi:10.22051/Jwfs.2021.32487.2497](https://doi.org/10.22051/Jwfs.2021.32487.2497)
۱۱. محمودی جانکی، فیروز و وحیدرضا معصومی، «تبیین روان‌شناختی تکاملی قتل عمد»، *دوفصلنامه پژوهشنامه حقوق کیفری*، دوره ۵، شماره ۱، ۱۳۹۳، صص ۱۵۷-۱۲۹.
۱۲. معصومی، وحیدرضا، بهزاد رضوی‌فرد، فریده حسین ثابت و حسین غلامی‌دون، «تبیین جرائم غیرسودمدار در سنجه روان‌شناسی تکاملی و نظریه انتخاب عقلانی»، *فصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، دوره ۵۱، شماره ۱، ۱۴۰۰، صص ۵۰-۲۱.
<https://doi.org/10.22059/jqclcs.2021.309129.1597>
۱۳. وحید، فریدون، حسینعلی سبزه و حامد ذاکری، «تحلیل و بررسی کیفی عوامل همسرکشی در بین زنان و مردان (مطالعه موردی زندانیان اصفهان)»، *دوفصلنامه بررسی مسائل اجتماعی ایران*، دوره ۶، شماره ۱، ۱۳۹۴، صص ۲۱۴-۱۹۳.
[Doi: 10.22059/ijsp.2015.56924](https://doi.org/10.22059/ijsp.2015.56924)

References

Books

1. Bourrat, P; North Ryde and Charles Perkins, "Adaptations: Product of Evolution", In: Shackelford, Todd K. and Viviana Weekes-Shackelford (eds.). *Encyclopedia of Evolutionary Psychological Science*, Springer, 2021.
2. Burch, R, "Solution to Paternity Uncertainty", In: Shackelford, Todd K. and Viviana Weekes-Shackelford (eds.). *Encyclopedia of Evolutionary Psychological Science*, Springer, 2021.
3. Buss, David. *The Murderer Next Door: Why the Mind is Designed to Kill*, New York: Penguin, 2006.
4. Durrant, R. and Tony Ward, *Evolutionary Criminology: Towards a Comprehensive Explanation of Crime*, Elsevier, 2015.
5. Gallant, A. S. and Lindsay Coome. "Development of Sex Differences", In: Shackelford, Todd K. and Viviana Weekes-Shackelford (eds.). *Encyclopedia of Evolutionary Psychological Science*, Springer, 2021.
6. Langdon, John H. *Human Evolution: Bones, Cultures and Genes*, Springer, 2022.
7. Larsen, M. "Evolutionary Approaches to Domestic Violence", In: Shackelford, Todd K. (ed.). *Shackelford Encyclopedia of Domestic Violence*, Springer, 2023.
8. Nascimento, B. "Abusers: Husbands, Boyfriends, and Former Sexual Partners", In: Shackelford, Todd K. and Viviana Weekes-Shackelford (eds.). *Encyclopedia of Evolutionary Psychological Science*, Springer, 2021.
9. Peretti, Alfredo V., Lucía S. Calbacho-Rosa and Paola A. Olivero. *Rules and Exceptions in Biology: from Fundamental Concepts to Applications*, Springer, 2024.
10. Ridley, Mark, *Evolution*, Translated By: Abdolhossein Vahhab-Zadeh, Mashhad: University Jihad, Third Edition, 2021. (in Persian)
11. Saboori Pour, Mehdi, *General Principles of Criminal Law*, Tehran: Mizan, 2023. (in Persian)
12. Sarkar, Sahotra and Jessica Pfeifer. *The Philosophy of Science*, Routledge, 2006.
13. Scotney, J. *A Historical Introduction to Evolutionary Theory*, Translated by: Mohammad Reza Tavakoli Saberi, Tehran: Kargadan, 2022. (in Persian)
14. Ziyadat, Adel, *Confronting Darwin: Early Encounters with Evolutionary Theory in the Christian and Islamic East*, Translated By: Amir Mohammad Gamini, Tehran: Kargadan, 2017. (in Persian)

Articles

15. Bagrezae'i, Parviz, Habibollah Zanjani and Sayfollah Sayfollahi. "A Meta-analysis of Studies on Husbands' Violence against Women in Iran", *Women and Family Cultural-Educational Quarterly*, Volume 11, Issue 3, 2017, PP 71-97. (in Persian)
16. Burch, Rebecca L., Gordon Gallup. "Abusive Men Are Driven by Paternal Uncertainty", *Journal of Evolutionary Behavioral Sciences*, Volume 14, Issue 2, 2020, PP 197-209. <https://doi.org/10.1037/ebs0000163>
17. Burch, Rebecca L., Gordon Gallup. "Pregnancy as a Stimulus for Domestic Violence", *Journal of Family Violence*, Volume 19, 2004, PP 243-247. <https://doi.org/10.1023/B:JOFV.0000032634.40840.48>
18. Duntley, Joshua D. and Todd K. Shackelfordp. "Darwinian Foundations of Crime and Law", *Journal of Aggression and Violent Behavior*, Volume 13, Issue 5, 2008, PP 373-382. Doi: 10.1016/j.avb.2008.06.002
19. Goetz, Aaron T. et al. "Mate Retention, Semen Displacement, and Human Sperm Competition: A Preliminary Investigation of Tactics to Prevent and Correct Female Infidelity", *Personality and Individual Differences*, Volume 38, Issue 4, 2005, PP 749-763. <https://doi.org/10.1016/j.paid.2004.05.028>

20. Goetz, Aaron. T. and Kayla Causey. "Sex Differences in Perceptions of Infidelity: Men Often Assume the Worst", *Evolutionary Psychology Journal*, Volume 7, Issue 2, 2009, PP 253-263. <https://doi.org/10.1177/147470490900700208>
21. Hamze'ei Mashari, Solayman, Yaser Rastegar and Mohammad Ra'oufi, "Domestic Violence against Spouses (Case study: Bandar Abbas during the COVID-19 pandemic)", *Social Order Quarterly*, Volume 13, Issue 4, 2021, PP 113-142. (in Persian)
22. Hosseini, Abolfazl, Ali Akbar Majdi and Zahra Khalighi, "A Sociological Explanation of Domestic Violence by Women against Men in Mashhad", *Social Work Research Journal*, Volume 8, Issue 28, 2021, PP 20-226. (in Persian) <https://doi.org/10.22054/rjsw.2022.66305.562>
23. Kaighobadi, Farnaz, Todd K. Shackelford and Aaron T. Goetz. "From Mate Retention to Murder: Evolutionary Psychological Perspectives on Men's Partner-Directed Violence", *Review of General Psychology Journal*, Volume 13, Issue 4, 2009, PP 327-334. Doi: 10.1037/a007254
24. Kalantari, Ebrahim. "The Quran and New Approaches to Evolutionary Theory", *Bi-Quarterly Journal of Quran and Science*, Volume 4, Issue 6, 2010, PP 13-44. (in Persian)
25. Ma'soumi, Vahid Reza, Behzad Razavi Fard, Farideh Hossein Sabet and Hossein Gholamidoon, "Explaining Non-utilitarian Crimes in Light of Evolutionary Psychology and Rational Choice Theory", *Criminal Law and Criminology Studies Quarterly*, Volume 51, Issue 1, 2021, PP 21-50 (in Persian) <https://doi.org/10.22059/jqclcs.2021.309129.1597>
26. Mafi, Mahtab, Hassan Fekr-Azad and Amir Mas'oud Amir Mazaheri, "Narratives of Imprisoned Women on the Causes and Contexts of Complicity in the Murder of Their Husbands and Extramarital Affairs", *Women and Family Studies Quarterly*, Volume 9, Issue , 2021, PP 108-128. (in Persian) Doi:10.22051/Jwfs.2021.32487.2497
27. Mahmoudi Janaki, Firouz and Vahid Reza Ma'soumi, "An Evolutionary Psychological Explanation of Intentional Homicide", *Bi-Quarterly Journal of Criminal Law Research*, Volume 5, Issue 1, 2014, PP 129-157. (in Persian)
28. Nelson, Emma, Campbell Rolian, Lisa Cashmore and Susanne Shultz. "Digit Ratios Predict Polygyny in Early Apes, Ardipithecus, Neanderthals and Early Modern Humans but not in Australopithecus", *Journal of Proceedings Biological Sciences*, Volume 278, Issue 1711, 2011, PP 1556-1563. Doi: 10.1098/rspb.2010.1740
29. Sohaniyan Haghighi, Mohsen and Iraj Feizi, "Analysis of Domestic Violence in Iranian Families", *Research on Deviations and Social Issues Quarterly*, Issue 6, 2022, PP 1-31. (in Persian)
30. Vahida, Fereydoun, HosseinAli Sabzeh and Hamed Zakeri, "Qualitative Analysis of Spousal Homicide Factors among Women and Men (Case study: Prisoners in Isfahan)", *Bi-Quarterly Journal of Iranian Social Issues Review*, Volume 6, Issue 1, 2015, PP 193-214. (in Persian) Doi: 10.22059/ijsp.2015.56924

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Rereading Kant's Just War Theory within the Framework of Contemporary International Law (With Emphasis on the Russia–Ukraine War)

Meisam Norouzi¹ , Shahram Zarneshan², Shabnam sadat Shahtaheri³

Highlights

- The article examines Kant's theory in relation to the limitation of war and the pursuit of lasting peace.
- This framework assesses Russia's actions in the Ukraine war through the criteria of sovereignty, proportionality, and protection of civilians.
- The study emphasizes the need to revisit Kantian principles in response to contemporary wars.

ABSTRACT

Introduction

The concept of a just war is one of the oldest and always controversial topics in political philosophy and international law. This concept has been discussed from the time of ancient Greece and medieval Christian teachings to the thoughts of modern and contemporary thinkers and has always posed a fundamental question to thinkers: Can war, despite its violent and destructive nature, enjoy moral and legal legitimacy in certain circumstances? Among modern philosophers, Immanuel Kant holds a prominent position. In his treatise "Perpetual Peace" and other philosophical writings, he attempted to explain the relationship between war, peace, and international justice and to provide a theoretical framework for limiting the violence resulting from war. In Kant's view, the occurrence of war in international relations is inevitable, but this fact should not be an excuse for departing from moral and legal rules. He considers only those wars that are fought in the context of legitimate defense and compliance with international principles to be legitimate and considers any war with expansionist goals or imposing political will to be absolutely illegitimate. The importance of this issue in today's world, especially in light of the Russia-Ukraine war, has doubled. This crisis, as one of the most important geopolitical events of the 21st century, has once again brought the issue of the legitimacy of war, its moral boundaries, and its legal foundations back to the center of international debate. The present study aims to re-examine Kant's just war theory and examine its effectiveness in explaining the Russia-Ukraine crisis, and is based on the assumption that this theory, despite its valuable capacities, needs to be redefined in light of contemporary conditions.

How to Cite: Norouzi, Meisam, Zarneshan, Shahram, Shahtaheri, Shabnam sadat, "Rereading Kant's Just War Theory within the Framework of Contemporary International Law (With Emphasis on the Russia–Ukraine War)", Legal Research, Vol. 29, No. 114, 2026, pp: 145-162.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.234043.2648>

Received: 29/01/2024-Accepted: 07/09/2025

1. Assistant Professor, Faculty of Humanities, Bu-Ali Sina University, Hamadan, Iran

Corresponding Author Email: m.norouzi@basu.ac.ir

2. Associate Professor, Faculty of Law & Political Sciences, Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran

3. PhD Candidate, Faculty of Law, Islamic Azad University: Hamadan Branch, Hamadan, Iran



Copyright: © 2026 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

The research method in this study is based on a descriptive-analytical approach and has been conducted in a library manner. In the first step, Kant's main works, especially the treatise "Perpetual Peace" and his writings on ethics and natural law, are examined to clarify the theoretical foundations of just war from his perspective. Then, the philosophical and legal interpretations of contemporary thinkers on the theory of just war are collected and analyzed. In the next step, these foundations are adapted within the framework of contemporary international law and an attempt is made to determine the extent to which they are consistent or conflicting with recognized international principles such as the United Nations Charter, humanitarian rules, and the doctrine of self-defense. Finally, the Russia-Ukraine crisis is examined as an objective example to test the effectiveness of Kant's theory in analyzing this war and assessing the legitimacy of the actions of the parties. The reason for choosing this method is to establish a connection between theoretical foundations and legal frameworks on the one hand, and to provide the possibility of analyzing a real and contemporary situation on the other.

Results and Discussions

The findings of the study show that Kant, despite accepting the inevitable reality of war, provides a moral and legal framework to limit it. He divides war into two categories: legitimate and illegitimate. Wars that are waged for the purpose of legitimate self-defense or in support of general principles of international justice are defensible in his view; while wars that are launched for the purpose of expansionism, hegemony, or violation of the rights of nations are illegitimate and morally reprehensible. These criteria, when applied to the Russia-Ukraine crisis, yield significant results. Russia claims that it entered the war to prevent NATO expansion and defend its national security, but this argument is unacceptable in the Kantian framework, because it was accompanied by a clear violation of Ukraine's independence and territorial integrity. On the other hand, Ukraine, which resists this attack, is initially placed in a position of self-defense, but the prolongation of the war, the expansion of humanitarian consequences, and the widespread use of military means have also raised serious questions about this initial legitimacy. The findings also show that Kant's theory, despite its effectiveness in providing general principles, is not fully adequate for analyzing complex contemporary crises. The emergence of phenomena such as hybrid wars, the presence of non-state actors, the spread of transnational terrorism, cyberwars, and the widespread use of new military technologies have created dimensions that were not foreseeable in Kant's time. These issues challenge the traditional rules of just war and reveal the need to reinterpret this theory. In addition, the findings show that the international community has relied on its own political and security interests in responding to the war in Ukraine rather than relying on Kantian ethical principles. This indicates the gap between theory and practice in international relations. Nevertheless, Kant's theory can still remain as a valuable framework for critiquing the conflicting claims of the parties and reminding us of the importance of ethics and law in the arena of war.

Conclusion

The conclusion of the research is that Kant's just war theory, despite its shortcomings and limitations, still provides us with a high capacity for analyzing and evaluating the legitimacy of wars. This theory can serve as a moral and legal framework for policymakers and international institutions and serve as a reminder that even in unavoidable conditions of war, it is necessary to observe moral principles and international rules. However, geopolitical developments and new technologies require that Kantian principles be redefined in accordance with new realities. The innovation of the present research lies in the fact that by linking Kant's philosophical foundations to one of the most important contemporary crises, namely the Russo-Ukrainian war, it provides a practical model for assessing the legitimacy of war, thus contributing to the enrichment of theoretical and legal debates in international relations.

Keywords: Just War, Immanuel Kant, Perpetual Peace, International Law, Russia-Ukraine War.



بازخوانی نظریه جنگ عادلانه کانت در چارچوب حقوق بین الملل معاصر (با تأکید بر جنگ روسیه و اوکراین)

میثم نوروزی^۱، شهرام زر نشان^۲، شبیم سادات شاه طاهری^۳

نکات برجسته

- مقاله نظریه کانت را در پیوند با محدودسازی جنگ و صلح پایدار بررسی می کند.
- این چارچوب، اقدامات روسیه در جنگ اوکراین را با معیارهای حاکمیت، تناسب و حمایت از غیرنظامیان ارزیابی می کند.
- پژوهش، بازخوانی اصول کانتی را برای مواجهه با جنگ های معاصر ضروری می شمارد.

چکیده

مفهوم جنگ عادلانه و نسبت آن با صلح و عدالت بین المللی همواره مورد تأکید محققان سیاسی و فلاسفه بوده است. نظریه جنگ عادلانه از مهم ترین نظریه های روابط بین الملل پیرامون صلح و حقوق جنگ بوده که توسط امانوئل کانت مطرح شده است. از منظر کانت، استفاده از ابزار جنگ برای پیشبرد اهداف سیاسی امری اجتناب ناپذیر است، اما این اقدام نباید با نقض قوانین و تعهدات بین المللی همراه باشد. طرح این نظریه و مضامین پس از آن همچنان محل مناقشه بسیاری از اندیشمندان سیاسی است. بر این اساس، پژوهش حاضر به تبیین نظریه جنگ عادلانه و ویژگی های آن از منظر کانت پرداخته و جایگاه آن را در نظام حقوق بین الملل معاصر با تأکید بر جنگ روسیه و اوکراین مورد واکاوی قرار داده است. براساس یافته های این مقاله که با تکیه بر منابع کتابخانه ای و به روش تحلیلی-توصیفی انجام گرفته است، نظریه جنگ عادلانه کانت در حقوق بین الملل معاصر، علی رغم اصول بنیادین آن درباره مشروعیت جنگ و دفاع مشروع، به دلیل پیچیدگی های سیاسی و امنیتی معاصر، به ویژه در جنگ روسیه و اوکراین، نیازمند بازتعریف و بازخوانی است تا بتواند قانونمندی جنگ و صلح پایدار را تضمین کند.

کلید واژگان: جنگ عادلانه، امانوئل کانت، صلح پایدار، حقوق بین الملل، روسیه و اوکراین.

استناد به این مقاله: نوروزی، میثم، زر نشان، شهرام، شاه طاهری، شبیم سادات، «بازخوانی نظریه جنگ عادلانه کانت در چارچوب حقوق بین الملل معاصر (با تأکید بر جنگ روسیه و اوکراین)»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۴، تیر ۱۴۰۵، صص: ۱۴۵-۱۶۲.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.234043.2648>

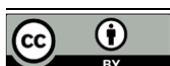
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۰۹ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۱۶

۱. استادیار، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران

/ایمیل نویسنده مسئول: m.norouzi@basu.ac.ir

۲. دانشیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران

۳. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد همدان، همدان، ایران



Copyright: © 2026 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

نظریه جنگ عادلانه به‌عنوان یکی از مؤلفه‌های اساسی نظریه‌های بین‌المللی، توسط فلاسفه بسیاری چون سقراط،^۱ آریستوتل،^۲ هانا آرنهت^۳ مورد مطالعه و بررسی قرار گرفته است. این نظریه ایده اصلی حمایت اخلاقی از وقوع جنگ را در شرایط خاص بیان می‌کند. بنابراین، نظریه جنگ عادلانه قوانینی را تعریف می‌کند که کشورها در هنگام ورود به جنگ باید از آنها پیروی کنند. این قوانین در حق بر جنگ و حق در جنگ تعریف می‌شوند و در موقعیت پس از جنگ نیز قوانین مربوط به صلح وجود دارد. در بحث نظریه جنگ عادلانه، دو دیدگاه مختلف درباره جایگاه کانت وجود دارد: دیدگاه اول این است که کانت نظریه‌پرداز جنگ عادلانه نیست، زیرا در رساله صلح پایدار به‌صراحت جنگ را مورد نکوهش قرار داده است. اندیشمندانی چون سلاووز زیزک،^۴ مارتا نوسبام^۵ و مایکل سندل^۶ قائل به این دیدگاه‌اند؛ اما دیدگاه دوم کانت را نظریه‌پرداز جنگ عادلانه می‌داند. بر مبنای این دیدگاه، اگرچه کانت به‌طور ضمنی به صلح پایدار می‌پردازد و راه‌حل‌های اساسی برای برقراری صلح را توضیح می‌دهد، در این اثنا حق جنگ بر مبنای ارزش‌های اخلاقی را به‌عنوان آخرین راه‌حل مورد بحث قرار می‌دهد. در پژوهش حاضر تأکید بر نظریه دوم و شواهد موجود در رساله مذکور است. امروزه باوجود تحولات بنیادین در حقوق بین‌الملل، ازجمله ممنوعیت توسل به زور به‌عنوان قاعده آمره و جنایی شدن تجاوز در حقوق بین‌الملل کیفری، نظریه جنگ عادلانه همچنان در قالبی متفاوت به حیات خود ادامه می‌دهد. جنگ روسیه و اوکراین، که از سال ۲۰۱۴ آغاز شده و در ۲۰۲۲ وارد مرحله حاد شد، به‌عنوان یک مورد مطالعاتی بررسی می‌شود. پرسش اصلی این است که آیا می‌توان این مخاصمه را با اصول کانتی جنگ عادلانه توجیه کرد؟ و آیا دکترب‌هایی مانند مسئولیت حمایت می‌توانند در پرتو فلسفه کانت، توسل به زور را در این مخاصمه مشروع جلوه دهند یا برعکس، این جنگ نمونه‌ای از نقض اصول بنیادین صلح پایدار است؟

۱. چارچوب نظری جنگ عادلانه

کانت یکی از مهم‌ترین فیلسوفان دوران مدرنیته به‌شمار می‌آید. او با ورود به حوزه فلسفه سیاسی و به‌ویژه از طریق نگارش رساله *ارزشمند صلح پایدار*، الهام‌بخش اسناد بنیادینی شد که بعدها مبنای تأسیس نهادهایی همچون سازمان ملل متحد و اتحادیه اروپا قرار گرفت. کانت در این اثر کم‌حجم اما پرمحتوا کوشید طرحی ماندگار برای اتحاد دولت‌ها، تحقق و پاسداشت صلح جهانی و در نهایت حرکت جامعه بشری به سوی نوعی جمهوری بین‌المللی ارائه دهد.^۷ از نگاه کانت، جنگ به‌منزله بزرگ‌ترین شر محسوب می‌شود؛ زیرا از جنبه مادی، ویرانی، بحران اقتصادی و بدهی‌های سنگین پس از جنگ را به دنبال دارد و از جنبه اخلاقی، موجب نابودی فضیلت‌ها و در نتیجه محدود شدن آزادی می‌گردد.^۸ وی اعتقاد دارد که حرکت بشر به‌سمت جهانی فارغ از جنگ تنها با انگیزه‌های اخلاقی درونی امکان‌پذیر است، اما درعین‌حال

^۱. Socrates

^۲. Aristotle

^۳. Hannah Arendt

^۴. Slavoj Žižek

^۵. Martha Nussbaum

^۶. Michael Sandel

^۷. میرمحمدی، معصومه سادات، «مقایسه صلح پایدار در اندیشه انسان محور کانت و صلح عادلانه در اندیشه متفکران شیعی»، *مجله معرفت ادیان*، دوره ۲، شماره ۴، ۱۳۹۰، ص ۱۱۷.

^۸. یاسپرس، کارل، «سیاست و تاریخ در تفکر کانت»، ترجمه مهبد ایرانی طلب، *دوفصلنامه اطلاعات سیاسی-اقتصادی*، شماره ۸۷ و ۸۸، ۱۳۷۳، ص ۳۲.

واقعیت‌های موجود را نادیده نمی‌گیرد و بر این باور است که برای نیل انسان به خیر اخلاقی، گاه باید از محرک‌های بیرونی و حتی اجبار و اعمال زور استفاده کرد.^۱

کانت بر این باور است که ریشه بسیاری از جنگ‌ها، خون‌ریزی‌ها و کشتارها را باید در فساد اخلاقی جست‌وجو کرد. او میان دو نوع الزام تمایز قائل می‌شود: الزام اخلاقی که امری آزادانه و برخاسته از درون انسان است و الزام قانونی که ماهیتی بیرونی و مبتنی بر اجبار دارد. بر همین اساس می‌توان مشاهده کرد که در اندیشه او، ضمانت اجرای اخلاقی بر ضمانت‌های صرفاً قانونی در زمینه تعریف و محدودسازی جنگ برتری دارند. کانت بر این نکته تأکید می‌کند که فقدان قانون به استبداد، شورش و جنگ منجر می‌شود؛ درحالی‌که وضع قوانین آمره هماهنگ با روح آزادی را زمینه‌ساز استقرار صلح پایدار می‌داند.^۲

۲. عامل ایجاد جنگ

کانت در کتاب «به‌سوی صلح پایدار» و هم در نظریه حقوقی جهت تعیین منشأ جنگ، توجه خود را به‌سوی مالکیت سوق می‌دهد. حاکمان زمان وی اراضی را به‌عنوان ملک خود لحاظ می‌کردند و این نگاه با اهداف شخصی آنها می‌آمیخت و اساس و رابطه میان حاکم و رعیت را یک پیوند شخص تشکیل می‌داد و به‌صورت وسیع‌تر قلمرو کشور را به‌عنوان دارایی خود تلقی می‌کرد. تمام این عوامل اساس قدرت و حاکمیت نامشروع را بنا نموده است.^۳

جای تعجب نیست که کانت مالکیت را به‌عنوان منبع و ریشه اصلی جنگ تشخیص می‌دهد. در اولین مقدمه در کتاب مذکور، حاکم مستبد را نه به‌عنوان عضو جامعه سیاسی، بلکه به‌عنوان مالک آن قلمداد کرده است و معتقد است اگر اساس حکومتی بر محور رابطه شخصی و حقوق خصوصی بنا شده باشد، مناقشات در این حکومت و میان اعضای آن و سایر حکومت‌ها تکثیر می‌یابد و جنگ به ابزار اثبات مالکیت تبدیل خواهد شد. از طرفی از منظر کانت تنها عملکرد و صیانت حکومتی در مقابل دیگر حکومت‌ها و شهروندان خود مشروع تلقی خواهد شد که بر مبنای ماهیتی عمومی تشکیل و اداره شوند. از منظر وی، ماهیت عمومی دولت یعنی اعمال و اجرای قوانین برای برقراری عدالت بین شهروندان و از طرفی ایجاد زیرساخت‌های لازم جهت سلامت شهروندان است.^۴

۲.۱. قانون اساسی تا صلح پایدار

کانت معتقد است قانون موجود در یک جامعه مدنی دارای شرایطی چون، آزادی عضو از جامعه به‌عنوان یک انسان، برابری او با دیگران به‌عنوان یک شخص و استقلال هر عضو از یک جامعه مشترک‌المنافع به‌عنوان یک شهروند است.^۵ بار دیگر موارد فوق‌الذکر به‌طور متفاوتی در اولین ماده اثر به‌سوی صلح پایدار ذکر شده است که به ویژگی‌های قانون اساسی

۱. قادری، مصطفی، بهرام محسن‌پور، میرعبدالحسین نقیب‌زاده و محمد عطاران، «تبیین برنامه درسی صلح محور در فلسفه کانت»، فصلنامه مطالعات برنامه درسی، دوره ۲، شماره ۸، ۱۳۸۷، ص ۵۵.

۲. Lazar, Seth. "The Responsibility Dilemma for Killing in War: A Review Essay", *Philosophy and Public Affairs*, Volume 38, Issue 2, 2015, P 183.

۳. Shue, Henry. "What Would a Justified Preventive Military Attack Look Like?", In: Shu, Henry and David Rodin (eds.), *Preemption: Military Action and Moral Justification*, Oxford: Oxford University Press, 2007, P 243.

۴. Kant, I. *Perpetual Peace*, New York: The Macmillan Company, 1795, P 100.

۵. Orend, B. "Kant's Just War Theory", *Journal of the History of Philosophy*, Volume 37, Issue 2, 1999, P 324.

اشاره دارد: اولاً، قانون اساسی بر اساس اصول آزادی اعضای جامعه؛ ثانیاً، براساس اصول وابستگی همه به یک قانون مشترک و ثالثاً، براساس قانون برابر پی‌ریزی می‌شود. از منظر وی، تنها قانون اساسی است که از اندیشه قرارداد اجتماعی صادر می‌شود و در آن قانون‌گذاری کاملاً حقانی صورت گرفته است. کانت معتقد است که قانون اساسی شاه‌کلید پیوستن دولت‌ها به اتحادیه جهانی^۱ است. این اتحادیه قرار است از توافق‌های مستقل میان کشورهای جمهوری‌خواه مطابق بانظم بین‌المللی به وجود آید.

۲.۲. نظام جمهوری و فدراسیون جهانی

از دیدگاه کانت، در میان انواع مختلف حکومت، نظام جمهوری مطلوب‌ترین شکل سامان سیاسی و مدنی محسوب می‌شود. او بر این باور است که هنگامی که قانون، آزادی و قدرت در هماهنگی با یکدیگر قرار گیرند، چنین حکومتی می‌تواند رفاه شهروندان را تأمین کند و مسیر تعالی اخلاقی آنان را هموار سازد.^۲ در اندیشه کانت، جمهوری نظامی است که در آن «قانون» اساس زندگی اجتماعی را شکل می‌دهد و همین امر امکان تحقق صلح پایدار جهانی را فراهم می‌کند. این نوع حکومت بر سه اصل استوار است: نخست، آزادی همگانی برای تمام افراد به‌عنوان انسان؛ دوم، پذیرش و تبعیت همگان از یک قانون مشترک به‌عنوان اتباع، و سوم، برابری حقوقی هر فرد به‌عنوان شهروند. بنابراین، رعایت حقوق بشر و حقوق شهروندی در پیوند با عضویت سیاسی افراد در دولت، هر دو از ارکان اساسی جمهوری در اندیشه کانت به شمار می‌آیند. کانت، تحقق صلح را وابسته به دو اصل اساسی می‌داند: نخست، عدم مداخله در امور داخلی دیگر کشورها و دوم، تشکیل جبهه‌ای مشترک در برابر هرگونه تجاوز و خشونت، صرف‌نظر از آنکه متجاوز عضو فدراسیون باشد یا نه. از نظر کانت، اگر دولت‌ها اصل نخست یعنی پرهیز از مداخله را بپذیرند، زمینه بروز اصل دوم که می‌تواند به جنگ و درگیری منجر شود نیز خودبه‌خود از میان خواهد رفت.^۳ همچنین او تأکید می‌کند که مردم و دولت‌ها باید «حقوق» و «مسئولیت اخلاقی» را ابزاری برای رد جنگ تلقی کنند. برای دستیابی به چنین فهمی از سوی جوامع و دولت‌ها، نیاز به نوعی پیمان متقابل میان ملت‌ها وجود دارد؛ پیمانی که کانت آن را «اتحادیه صلح» می‌نامد و معتقد است فقط در چارچوب این اتحادیه است که می‌توان به تحقق حق، اخلاق و نظم پایدار بین‌المللی دست یافت.

اینجا سؤالی قابل طرح است، اگر دولتی عامل تجاوز به حقوق ملت و دولت دیگری گردد، آیا اقدامات دولت زیان‌دیده در مقابل چنین دولتی عادلانه تلقی خواهد شد؟ در پاسخ به این سؤال، کانت جنگی را عادلانه می‌پندارد که شامل سه عنصر اصلی باشد و در صورت عدم طی این سه مرحله چنین مخاصمه مصداق توسل به‌زور می‌شود. که به‌ترتیب پس از شرح نظریه جنگ عادلانه، به شرح سه ویژگی پرداخته شده است.

۳. ویژگی‌های نظریه جنگ عادلانه

از منظر کانت جنگ عادلانه اقدامی یک‌جانبه است که برای طرف روا در نظر گرفته شده است تا مانع از تعرض ناروا شود. بدین نحو کانت در رساله صلح پایدار شش پیش‌شرط را مطرح کرده است که عبارت‌اند از:

^۱. League of world

^۲. نوذری، حسینعلی و علی ایمانی، «وجه دمکراتیک نظام سیاسی مطلوب در نظریه سیاسی کانت و یورگن هابرماس»، *مجله علوم سیاسی*، دوره ۱۴، شماره ۴۴، ۱۳۹۷، ص ۲۱۹.

^۳. Miličić, Nenad. "Kant on Just War and International Order", *Philosophy and Society*, Volume 32, Issue 1, 2021, P 105.

الف) هیچ قرارداد صلحی که در آن به طور ضمنی دست‌آویزی برای جنگ در آینده باشد، معتبر نخواهد بود. (ب) هیچ کشوری نباید از راه وراثت و مانند آن، تحت مالکیت کشور دیگری درآمده و استقلال و حاکمیت هیچ دولتی نباید نابود شود. (ج) ارتش‌های ثابت و نیروهای مسلح زیر پرچم باید به تدریج کاملاً برچیده شوند. (د) مقروض شدن یک دولت برای ثروتمند کردن دولت دیگر ممنوع است. (ه) هیچ کشوری حق دخالت خشونت‌آمیز در امور سایر کشورها را ندارد. (و) هر اقدامی از سوی هر دولتی در اثنای جنگ، مانند شکستن پیمان و تحریک اتباع به شورش که صلح را دشوار و ناممکن سازد، ممنوع است.

کانت در این شش شرط به روابط دولت‌ها با یکدیگر پرداخته و همچنین حداقل قصد و نیت دولت‌ها مبتنی بر الزام اخلاقی مدنظر وی بوده است؛ اما او در ادامه سه رکن بنیادین را به این شش شرط می‌افزاید که عبارت‌اند از:

الف) قانون اساسی شهروندی در هر کشور می‌بایست جمهوری باشد.

ب) حقوق ملت‌ها باید بر شالوده فدرالیسم از دولت‌های آزاد استوار شود.

ج) حق جهان شهری به شرایط میزبان یا مهمان‌نوازی جهانی محدود است.

کانت پس از بیان سه پیش‌شرط فوق‌الذکر که در رساله صلح پایدار در قالب شش ماده بیان شده است و نکوهش جنگ و هر آنچه منجر به آن می‌شود، در این چارچوب به موضوع متفاوتی اشاره می‌کند. او از دید گستره تاریخی، هدف طبیعی در جنگ می‌یابد. به عبارتی کانت معتقد است چنانچه نفس جنگ بانظم و احترام به حقوق مردم صورت پذیرد، روح متعالی در درون آن همان است که موجب تعالی جنگ‌آوران و سبب آشکار شدن کاستی‌ها می‌شود.^۱

۱.۳. حق بر جنگ^۲

اولین ویژگی جنگ عادلانه از منظر کانت وجود حق بر جنگ است. اصول این حق عموماً به این قرار است: در وهله اول وجود دلیلی موجه، به عبارتی ضرورت وقوع جنگ از سوی یک مرجع صلاحیت‌دار اعلام و احتمال موفقیت قابل قبولی وجود داشته باشد و در آخر اصل تناسب میان اقدام و دفاع جاری باشد. فوراً شخص می‌تواند تشخیص دهد که این اصول نه تماماً فطرت‌گرا هستند و نه پیامدگرا. چنین ویژگی نظریه جنگ عادلانه را منعطف می‌سازد که دارای پیامدهایی است. زیرا نبود چارچوب اخلاقی سخت‌گیرانه به این معناست که خود اصول در معرض تفسیرهای گسترده قرار می‌گیرد.^۳ همان‌طور که گفته شد، داشتن دلیل موجه و به عبارتی، ضرورت وقوع جنگ، مهم‌ترین شرط حق بر جنگ است؛ هرچند بر سر عوامل اختلاف نظر وجود دارد. بیشتر نظریه‌پردازان معتقدند که دست به اقدامات تهاجمی زدن غیرضروری است. از این‌رو، دفاع از خود در برابر تعرض فیزیکی تنها دلیل کافی است که موجه شناخته شده است.^۴ همچنین پیش‌بینی اقدامات تهاجمی احتمالی و کمک به دیگران در برابر یک دولت ستم‌پیشه یا از سایر تمهیدات خارجی چون مداخله دولت در امور مردم، قابل‌پذیرش است.^۵ از این‌رو در حقوق بین‌الملل معاصر این اصل برقرار است، جنگ فقط در صورتی مجاز است که هدف آن دفاع از خود یا پیش‌دستی کردن در حمله‌ای باشد. کانت معتقد است که سیاست پیش‌دستی در حمله،

^۱ Lazar, Seth, and Helen Frowe (eds). *The Oxford Handbook of Ethics of War*, Oxford: Oxford University Press, 2018, P 36.

^۲ Jus ad Bellum

^۳ Primoratz, Igor. "Michael Walzer's Just War Theory: Some Issues of Responsibility", *Ethical Theory and Moral Practice*, Volume 5, Issue 2, 2002, P 225.

^۴ Tesón, Fernando R. *Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality*, New York: Transnational Publishers, Third Editin, 2005, P 860.

^۵ Moseley, A. *Just War Theory*, Internet Encyclopedia of Philosophy, 2004, P 23.

اقدام علیه یک قدرت ظالم است و دولت‌ها در تلاش‌اند که به واسطه اتحادیه‌ها یا اقدام‌های نظامی حمله را خنثی کنند. شاید بتوان در این محل نگاه کانت به جنگ عادلانه را به‌درستی درک کرد که وی با وقوع دفاع پیش‌دستانه‌ای در جهت حذف یک عامل اختلال‌گر، موافق است.^۱

شرط بعدی در باب ضرورت آن است که جنگ باید همیشه آخرین راه چاره باشد. از منظر کانت دولت‌های عضو فدراسیون جهانی، قبل از بروز هرگونه مخاصمه‌ای، توانایی مذاکره درخصوص رفع هرگونه عامل ضد اخلاقی یا موضوع مورد اختلاف را دارند. فدراسیون جهانی بستری است جهت مذاکره قبل از بروز هرگونه مخاصمه‌ای درخصوص عامل اختلاف و ضد اخلاقی که ناقض صلح خواهد بود. درخصوص اعلان جنگ از سوی یک مرجع صلاحیت‌دار، کانت دولت و نماینده دولت را عامل صلاحیت‌دار می‌داند؛ اما آنچه از منظر کانت در این محل قابل‌بحث است، هدف دولت در اقدام به جنگ است که شاید بی‌ارتباط با بحث ضرورت وقوع جنگ نباشد. طبق نظریه کانت، داشتن هدفی عقلایی برای دولت عامل حیاتی است. وی تأکید می‌کند وجود هرگونه منفعت و هدف شخصی از سوی دولت و نماینده قانونی آن، ضد صلح و ضد عادلانه بودن صفت جنگ است. از منظر وی یک کشور فقط در صورتی باید یگان‌های خود را اعزام کند که برپایی جنگ در ازای آزادی نیز با کنترل و محافظت از منافع اقتصادی و نظامی یک ملت و دولت صورت گیرد. اصل بعدی اصل موفقیت قابل‌قبول یا به عبارتی منصفانه است.^۲ با توجه به ضرورت جنگ و هدف معقول در آن، نظریه جنگ عادلانه شامل این شرط نیز خواهد بود که موفقیت حاصل از جنگ باید منصفانه باشد. اصل موفقیت منصفانه پیامدگراست؛ زیرا، باید در آن هزینه‌ها و منافع جنگ مورد بررسی قرار گیرد. حال اینجا سؤالی مطرح می‌شود: آیا در برخی موارد که احتمال شکست در جنگ وجود دارد، بازهم لازم است در برابر یک قدرت ظالم اعلان جنگ شود؟ موفقیت منصفانه قابل‌قبول، تأکید بر این دارد که زندگی بشر و منابع اقتصادی نباید بی‌مورد صرف مبارزه شود. برای ملتی که تهدید به حمله شده‌اند، ممکن است شیوه‌های دیگر مقابله به‌مثل یا دفاع وجود داشته باشد.

۲.۳. اصل حق در جنگ^۳

اصل حق در جنگ مستلزم آن است که عوامل جنگ مسئول اعمال خود در میدان جنگ باشند. این اصل به‌طور کلی اقدامات این عوامل را به اصول اخلاقی پیوند می‌دهد. کانت و حتی نظریه‌پردازان جنگ عادلانه ماقبل وی چون آکویناس^۴ درخصوص نظریه جنگ عادلانه از دریچه فلسفه اخلاقی به ماهیت ارتش و اقدامات رخ‌داده در اثنای جنگ می‌پردازند. کانت معتقد است وجود ارتش خود یک عامل اصلی بروز جنگ است و اساساً استخدام افراد برای کشتن و کشته شدن به معنای استفاده از آنها به عنوان ماشین‌ها و ابزار صرفاً به دست شخص دیگری چون دولت است که به راحتی نمی‌توان با حقوق بشر ارتباطی داشته باشند. کانت معتقد است به راحتی می‌توان پذیرفت سربازانی که در اثنای مخاصمات، دیگر سربازان را می‌کشند، بخشی از ماهیت جنگ را به اجرا درآورده‌اند؛ اما وقتی سربازان اسلحه خود را به سمت یک غیرمبارز می‌گیرند یا با دشمنان فراتر از اصل تناسب برخورد می‌کنند، دیگر مرتکب اقدامات مشروع جنگی نمی‌شوند، بلکه در حال ارتکاب قتل هستند. کانت اصل مسئولیت‌پذیری یا به عبارتی مسئولیت وفاداری به قوانین در زمان صلح را برعهده آن دسته از افرادی می‌گذارد که در جنگ هستند تا به آنها یادآوری کند، روزی آنها دوباره به وضعیت غیرنظامی خواهند

¹ Crawford, Neta C. "Just War Theory and the U.S. Counterterror War", *Perspectives on Politics*, Volume 1, Issue 1, 2003, P 15.

² Reasonable success

³ Jus in Bello

⁴ Aquinas

گشت و باید دور از هر حس گناهی از جنایت جنگ، آماده این زندگی باشند. از منظر وی، اصل مسئولیت‌پذیری نه فقط در حق در جنگ جاری است، بلکه لازمه حق بر جنگ هم است؛ زیرا، دلیل برای آغاز جنگ و رفتن به آن و همچنین اقدامات رخ داده در حین آن، مسئولیت آغازکنندگی جنگ را می‌پذیرد؛ از طرفی علم مقام اطاعت‌کننده از دستورات به اخلاقی بودن آن، سبب می‌شود که سربازان با وجدان آسوده به زندگی غیرنظامی خود بازگردند.

۳.۳. صلح پس از جنگ^۱

در دوران جدید مایکل والرز^۲ در سال ۱۹۷۷ موضوع عدالت بعد از جنگ را که مدت‌ها میان حقوق‌دانان به فراموشی سپرده شده بود، یادآوری کرد. مسئله کلی که از دیرباز مطرح بوده، هنجارسازی درخصوص عدالت بعد از جنگ است. نکته در این خصوص تأکید بر جدایی میان ابعاد سه‌گانه جنگ عادلانه است، اینکه مفهوم صلح پس از جنگ را باید مستقل از مفاهیم حق بر جنگ و حق در جنگ بررسی کرد و همواره باید بر این مفهوم تأکید کرد که دستیابی به صلح بعد از جنگ نباید در سایه ابعاد دیگر نظریه مذکور به فراموشی سپرده شود. در این مفهوم صلح پس از جنگ، صرفاً به معنای خروج از جنگ نیست، بلکه به معنای گریز از جنگ به صلح است.^۳

کانت برای برپایی شرایط صلح پس از جنگ تأکید بر این امر دارد که رعایت قواعد اخلاقی و حقوقی در طول جنگ می‌تواند برپاکننده صلح پس از آن باشد.^۴ جنگ هرچند ویرانگر و خانمان‌برانداز باشد، دیر یا زود پایان می‌یابد و بی‌تردید طرفین درگیر باید در اندیشه نیل به آتش‌بس و صلح باشند. براساس دستیابی به صلح و امنیت، اعتماد متقابل، سنگ‌بنای برقراری صلح از رهگذر توافق و سازگاری خواهد بود.^۵ چنین رویه‌ای قطع به یقین هم در اثنای جنگ و هم پس از آن باید برقرار باشد. با تحقیق در نوشتار کانت می‌توان چنین نتیجه گرفت: مواد اول،^۶ چهارم^۷ و پنجم،^۸ به صلح پس از جنگ، ماده دوم^۹ به حق بر جنگ و ماده سوم^{۱۰} و ششم^{۱۱} به حق در جنگ می‌پردازد.

۴. نظریه جنگ عادلانه و حقوق بین‌الملل معاصر

باوجود دیدگاه‌هایی که فیلسوفانی مانند کانت مطرح کرده‌اند، می‌توان گفت تا سده نوزدهم و حتی اوایل قرن بیستم میلادی، در اسناد و مقررات بین‌المللی این فرض پذیرفته می‌شد که آغاز هر جنگ یا اقدام نظامی به خودی‌خود مباح و در چارچوب اصول حقوق بین‌الملل جایز است.^{۱۲} ازجمله مقرراتی که پیش از تشکیل جامعه ملل تدوین شد،

^۱ Jus post bellum

^۲ Michael Walzer

^۳ Frowe, Helen. *The Ethics of War and Peace*, London: Routledge, 2016, P 250.

^۴ May, Larry. *War Crimes and Just War*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, P 150.

^۵ محمودی، سید علی، «صلح پایدار کانت و بازتاب در جهان امروز»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، دوره ۸، شماره ۲۰، ۱۳۸۵، ص ۱۴۰.

^۶ برقراری صلح، هرگاه با یک شرط مخفی به منظور تدارک جنگ در آینده همراه باشد دارای اعتبار نخواهد بود.

^۷ هیچ‌گونه قراردادی درمورد فرضیه ملی در رابطه با امور خارجی دولت، بسته نخواهد شد.

^۸ هیچ کشوری با اعمال زور در قانون اساسی و حکومت کشور دیگر دخالت نخواهد کرد.

^۹ هیچ کشور زنده دارای انقلابی بزرگ یا کوچک نمی‌تواند توسط کشوری دیگر از رهگذر توارث، معارضه، خریداری یا بخشش، فرا چنگ آید.

^{۱۰} ارتش‌های ثابت به تدریج به‌طور همگی منسوخ خواهند شد.

^{۱۱} هیچ کشوری که با کشور دیگر در جنگ به سر می‌برد، مجاز نخواهد بود به کردارهای خصومت‌آمیز در آینده دست بزند که اعتماد متقابل را در آینده غیرممکن سازد.

^{۱۲} کدخدایی، عباسعلی، «حوادث ۱۱ سپتامبر و رویکرد نوین آمریکا به نظریه جنگ عادلانه»، مجله نامه مفید، دوره ۸، شماره ۳۳، ۱۳۸۱، ص ۸۹.

کنوانسیون‌های لاهه بودند که اگرچه به‌طور محدود جنگ تهاجمی را غیرمشروع معرفی کردند، در مقام دفاع مشروع آن را مجاز دانستند، بدون آنکه شرایط دقیق آن را به‌طور روشن مشخص کنند.^۱

مطابق مقاله‌نامه نخست، دولت‌های عضو متعهد شدند پیش از توسل به هرگونه ابزار نظامی، از شیوه‌هایی همچون «مساعی جمیله» برای حل اختلافات بهره گیرند.^۲ در مقاله‌نامه دوم لاهه، استفاده از زور برای وصول دیون قراردادی ممنوع شد؛ بااین‌حال، استثنائاتی در نظر گرفته شد. براساس این سند، چنانچه دولت بدهکار پیشنهاد داوری را نپذیرد یا آن را نادیده بگیرد، یا پس از موافقت با داوری مانع هرگونه مصالحه شود یا از اجرای رأی صادره خودداری کند، ممنوعیت مزبور اعمال نخواهد شد. درخصوص تهدید به زور نیز باید گفت که نه‌فقط مقاله‌نامه‌های اول و دوم محدودیتی در این زمینه ایجاد نکردند، بلکه مقاله‌نامه سوم نیز آغاز مخاصمات را با تهدید به جنگ رسمیت بخشید. ماده یک این سند تصریح می‌کند که هیچ درگیری میان دولت‌های عضو نباید بدون اعلام قبلی و آشکار آغاز شود؛ این هشدار می‌تواند در قالب اعلام رسمی جنگ یا به شکل اتمام حجت همراه با تهدید به جنگ مشروط باشد.

پس از کنوانسیون‌های لاهه می‌توان از میثاق جامعه ملل^۳ نام برد. این میثاق در ۲۸ آوریل ۱۹۱۹، در کنفرانس صلح ورسای و برای جلوگیری از بروز جنگی دیگر پس از جنگ جهانی اول تصویب شد. از زمان تصویب میثاق جامعه ملل و به دنبال آن، معاهدات لوکارنو^۴ و به‌ویژه میثاق بریان – کلوک^۵ حقوق موضوعه به‌سمت ممنوعیت و لاقبل محدودیت توسل به‌زور متمایل شد. در این توافق‌نامه بین‌المللی تلاش شده بود تا ضوابطی برای حل مسالمت‌آمیز اختلافات و تحدید حق توسل به‌زور ایجاد شود. به‌عبارت‌دیگر، جنگ از منظر میثاق، آخرین راه‌حل منازعات بین‌المللی به شمار می‌رفت.^۶ میثاق جامعه ملل جنگ را تحریم نکرده است، اما تحدید جنگ در بندهای آن جاری است. هرچند دیری نینجامید و طرح میثاق با وقوع جنگ جهانی دوم به شکست منتهی شد.

کشورهای بزرگ قبل از خاتمه جنگ جهانی دوم طرح ایجاد سازمان بین‌المللی را پی‌ریزی کردند. منشور ملل متحد در اولین عبارات خود تأکید بر حفظ امنیت ملی و صلح دارد، ضمن آنکه قاعده منع توسل به‌زور در آن جاری است، اما در ماده ۵۱ به مضمون دفاع مشروع و شرایط آن می‌پردازد که استثنایی بر قاعده منع توسل به‌زور است. می‌توان از اظهارات مذکور چهار نتیجه عمده را در جهت جایگاه این نظریه در بستر حقوق بین‌الملل فعلی اخذ کرد:

الف) اسناد مذکور و حتی معاهدات و کنوانسیون‌های پس از آن، رویکرد نظریه‌پردازان جنگ عادلانه را در پیش گرفته و ضمن نفی و تحدید جنگ با ذکر شرایطی، صریحاً یا ضمناً بر مشروعیت توسل مهر تأیید زده‌اند.

ب) در برخی اسناد چون مقاله‌نامه‌های لاهه و منشور ملل متحد، صریحاً به نظریه جنگ عادلانه اشاره‌ای نشده، بلکه به مفهوم دفاع مشروع پرداخته شده است. نقطه اشتراک دفاع مشروع و جنگ عادلانه در آن است که دفاع مشروع جنگ دفاعی با هدف مقابله با بی‌عدالتی است و جنگ عادلانه، جنگ تهاجمی با هدف مجازات بی‌عدالتی است. نکته‌ای که توضیح آن در اینجا ضروری است، بحث تمییز دفاع مشروع از جنگ عادلانه است. دفاع مشروع در موقع وقوع یک حمله جدی است. درحالی‌که جنگ عادلانه می‌تواند در مقابل یک تهدید بالقوه بسیار دور از دسترس و با هدف مشروع انجام

^۱. May, Op. Cit., P 160.

^۲. Brown, Gary D. "Proportionality and Just War", *Journal of Military Ethics*, Volume 2, Issue 3, 2003, P 171.

^۳. Convention of the League of Nations

^۴. Locarno treaties (1925).

^۵. Bryan treaties (1913-14).

^۶. یاقوتی، محمد مهدی، «استثنائات حقوقی ممنوعیت توسل به زور در روابط بین‌الملل»، *فصلنامه سیاست خارجی*، دوره ۲۵، شماره ۴، ۱۳۹۰، ص ۱۱۸.

پذیرد. به عبارتی رابطه میان جنگ عادلانه و دفاع مشروع عموم و خصوص مطلق است. ج) هرچند پس از وقوع فجایع جنگ جهانی اول و دوم، کشورها درصدد جلوگیری و پیشگیری از وقوع جنگ دیگر با آثار و پیامدهای جبران‌ناپذیر آن بودند و درنهایت حاصل آن معاهدات و کنوانسیون‌های حاضر است و مبانی نظری اندیشمندانی چون کانت که برعکس نظریات توصیفی فقط به مشاهده و تبیین امور واقع اکتفا نمی‌کند؛ وی مناسبات را آن‌گونه که باید باشند، بررسی می‌کند. اعتبار این امر در سیر تکامل وضع طبیعی تا حضور دولت‌ها در اتحاد صلح و بسط نظریه جنگ عادلانه و مصادیق پس از آن در اسناد بین‌المللی جاری است. نظریات کانت در پیچه‌های ارزشمندی را رو به حقوق بین‌الملل گشوده که بشر از آن بی‌نصیب نمانده است. باوجود تمام این اسناد، نظرات و سابقه تاریخی آنها، دولت‌ها هنوز نتوانسته‌اند آن‌طور که باید به هدف غایی، یعنی برقراری صلح و حفظ امنیت جهانی، دست یابند. در قرن ۲۱ دولت‌های بزرگ قواعد عرفی را نقض می‌کنند و از سوی جامعه بین‌المللی مورد اعتراض واقع نمی‌شوند. به این امر اصطلاحاً می‌گویند که یک سابقه^۱ ایجاد شده است.

۵. جنگ روسیه و اوکراین در چارچوب تحلیل نظریه کانت

نظریه جنگ عادلانه کانت، با تأکید بر ضرورت رعایت اصول اخلاقی و حقوق بین‌الملل در جنگ، در طول زمان و در چارچوب نظریه‌های معاصر روابط بین‌الملل دچار بازنگری و تکامل شده است. در این مسیر، نظریه‌پردازانی مانند مایکل والزر با اثر مشهور خود *جنگ‌های عادلانه و ناعادلانه*، بر تفکیک دقیق میان حق بر جنگ و حق در جنگ تأکید کرده و مشروعیت جنگ را وابسته به دفاع از خود و رعایت حقوق غیرنظامیان دانسته است. همچنین، جف مک‌ماهان با رویکردی انتقادی نسبت به سنت کلاسیک جنگ عادلانه، بر «مسئولیت فردی در جنگ» و ضرورت تناسب اخلاقی میان اهداف و ابزار جنگی تأکید کرده است. در عرصه حقوق بین‌الملل نیز نظریه مسئولیت حمایت که در اجلاس جهانی سازمان ملل (۲۰۰۵) مطرح شد، به عنوان یک تحول مهم در اندیشه عدالت جنگی شناخته می‌شود و مشروعیت مداخله را فقط در صورت وقوع نسل‌کشی، جنایت جنگی و تهدیدات جدی علیه غیرنظامیان مجاز می‌داند.

از این منظر، جنگ روسیه و اوکراین نه فقط باید از حیث مشروعیت حمله اولیه (حق بر جنگ)، بلکه از نظر رفتار در حین جنگ (حق در جنگ) و اهداف پس از جنگ (صلح پایدار و عدالت) مورد تحلیل قرار گیرد. ادعای روسیه درباره دفاع از جمعیت روس تبار و امنیت ملی، گرچه در چارچوب سنت کلاسیک جنگ عادلانه کانتی قابل بررسی است، اما براساس معیارهای به‌روز شده‌ای چون اصل تناسب، ضرورت و ممنوعیت تعرض به غیرنظامیان، فاقد وجاهت اخلاقی و حقوقی است. همچنین، حمایت کشورهای دیگر از اوکراین در قالب دفاع مشروع جمعی، در پرتو نظریه والزر و اصل «مسئولیت حمایت» می‌تواند به عنوان یک واکنش اخلاقی و حقوقی در برابر تجاوز قلمداد شود، مشروط بر اینکه این حمایت‌ها محدود به دفاع مشروع و با رعایت قواعد بین‌المللی صورت گیرد و موجب تشدید خشونت نشود. تحلیل جنگ روسیه و اوکراین با توجه به تکامل نظریه جنگ عادلانه کانت، نیازمند نگاهی چندبعدی است که ضمن احترام به اصول بنیادین، شرایط پیچیده و متغیر صحنه بین‌الملل را نیز در نظر بگیرد.^۲

در ۲۴ فوریه سال ۲۰۲۲، روسیه حملات گسترده‌ای را به اوکراین آغاز کرد که نشان‌دهنده تشدید بحران روسیه و اوکراین از سال ۲۰۱۴ است. به دنبال الحاق کریمه به روسیه، بحران داخلی اوکراین و اختلافات آن با مسکو به اوج خود رسید.

^۱. Precedent

^۲. Moellendorf, Darrel. "Jus ex Bello", *Journal of Political Philosophy*, Volume 16, Issue 2, 2008, P 125.

گرایش‌های جدایی‌طلبانه در مناطق شرقی اوکراین مثل اودسا،^۱ لوهانسک،^۲ دونتسک^۳ و منطقه دونباس^۴ شدت یافت.^۵ در نهایت در ۲۱ فوریه ۲۰۲۲، روسیه با اظهار: ۱. مخالفت با گسترش فعالیت‌های ناتو از سال ۱۹۷۷ تاکنون به‌عنوان تهدیدی برای امنیت کشور. ۲. ادعا بازپس‌گیری سرزمین‌های شوروی سابق. ۳. با فرضیه جلوگیری از نسل‌کشی اوکراین علیه روس‌های ساکن در آن کشور. به‌طور رسمی، خودمختاری جمهوری خلق دونتسک و لوهانسک را شناسایی کرد و نیروهای خود را با هدف حمله به اوکراین به این منطقه اعزام کرد. اقدامات روسیه با محکومیت گسترده‌ای از سوی جامعه بین‌الملل از جمله، تحریم‌های جدید اقتصادی مواجه شد. همچنین از آثار فعلی این مخاصمه، بحران اروپا در واردات انرژی و آوارگی میلیون‌ها پناهنجوی اوکراینی است. از این‌رو، باتوجه به شدت آثار مخرب این جنگ دو سؤال اساسی مطرح می‌شود: ۱. آیا جنگ میان روسیه و اوکراین مصداق جنگ عادلانه است؟ ۲. آیا اقدامات سایر دولت‌ها در حمایت از اوکراین می‌تواند جنگ عادلانه باشد؟

طبق توافق‌نامه آتش‌بس دوازده‌ماده‌ای مینسک در سپتامبر سال ۲۰۱۴ بین دولت اوکراین و گروه‌های جدایی‌طلب شرق اوکراین و طرفدار روسیه، طرفین باید از انجام هر نوع عملیات نظامی در دونتسک و لوهانسک بپرهیزند و رعایت حق نظارت بین‌المللی بر آتش‌بس، تبادل اسیران، اجازه و ورود کمک‌های بشردوستانه به این منطقه را فراهم سازند. اما بعد از انعقاد این توافق‌نامه صلح، درگیری‌ها بین طرفین همچنان ادامه داشت، تا آنکه توافق‌نامه صلح مینسک ۲ در پی فروپاشی توافق صلح اولیه در سال ۲۰۱۵ منعقد شد. این توافق میان رئیس‌جمهور روسیه و اوکراین با حضور دو دولت آلمان و فرانسه در ۱۳ بند در جهت آتش‌بس فراگیر و فوری و عقب‌نشینی سریع نیروهای دو طرف تنظیم شد. همچنین به این شرط که اوکراین قانون اساسی خود را به تمرکززدایی اصلاح کند و به مناطق جدایی‌طلب نزدیک مرز روسیه تا پایان سال ۲۰۱۵ خودمختاری داخلی بدهد، در این صورت به کی‌یف قدرت کنترل همه مرزها با روسیه را می‌داد.^۶ هرچند هیچ‌یک از این تعهدات از جانب روسیه و اوکراین به مرحله عمل نرسید.

بر مبنای نظریه کانت در خصوص وجود خطر بالقوه، تا به امروز عاملی از سوی ارکان سازمان ملل متحد از جانب اوکراین شناسایی نشده است. همچنین ویژگی‌های نظریه جنگ عادلانه کانت، چون حق بر جنگ که شامل ضرورت، احتمال موفقیت و اصل تناسب است و حق در جنگ که تأکید بر حفظ حقوق غیرنظامیان را دارد و مورد سوم صلح پس از جنگ که در شرایط کنونی باتوجه به عملکرد دولت‌ها منتفی است و همچنین عدم تعهد به مراتب موجود در قرارداد مینسک ۲ جواز اقدام به حمله نیست. به‌طور کلی جنگ در صورتی جایز و مشروع است که مطابق با معیارهای اخلاقی و در چارچوب قوانین بین‌المللی باشد. پروتکل‌های بین‌المللی ناظر بر مخاصمات مسلحانه با تأکید بر لزوم حمایت از غیرنظامیان، از طرف‌های درگیر در جنگ می‌خواهد تا ضمن رعایت قوانین و مقررات بشردوستانه از حمله به اهداف غیرنظامی خودداری کنند. در این راستا میان نیروهای نظامی و افرادی که در جنگ (به‌طور مستقیم و غیرمستقیم) مشارکت ندارند، تفکیک قائل شده‌اند، اما تصمیم اخیر ایالات متحده مبنی بر ارسال مهمات خوشه‌ای به اوکراین با انتقاد بسیاری از دولت‌ها و

۱. Odesa

۲. Luhansk

۳. Donetsk

۴. Donbas

۵. زمانی، ناصر، «تحلیل ریشه‌ها و ماهیت بحران اوکراین: تشدید تنش شبه‌جنگ سرد بین روسیه و غرب»، فصلنامه سیاست خارجی، دوره ۲۷، شماره ۴، ۱۳۹۲، ص ۸۹۹.

۶. امیدی، علی و مهرداد رشیدی علویجه، «جنگ رسانه در بحران اوکراین: چارچوب‌سازی تحولات سیاسی اوکراین و کریمه (۲۰۱۳-۲۰۱۵) در شبکه‌های خبری RT، CNN»، فصلنامه مطالعات رسانه‌های نوین، دوره ۳، شماره ۱۰، ۱۳۹۶، ص ۱۵۲.

سازمان‌های بین‌المللی مواجهه شده است.^۱ خطر انفجار این بمب‌ها حتی پس از پایان جنگ نیز وجود داشته و می‌تواند آسیب‌های جبران‌ناپذیری را برای غیرنظامیان به همراه داشته باشد. پیمان منع استفاده از مهمات خوشه‌ای،^۲ انباشت و استفاده از بمب‌های خوشه‌ای را ممنوع می‌داند و بر لزوم پاک‌سازی مناطق آلوده به این سلاح‌ها تأکید دارد. در سال ۲۰۰۸ و پس از پایان یافتن مذاکرات چندجانبه در اسلو، این کنوانسیون با مشارکت بیش از ۱۰۰ کشور به تصویب رسید. همچنین در تاریخ ۱ اوت ۲۰۱۰، کشورهای مذکور با امضای پیمانی بر ممنوعیت تولید و انتقال مهمات خوشه‌ای و نیز ارائه کمک‌های بشردوستانه به جوامع آسیب‌دیده از این سلاح‌ها به توافق رسیدند.^۳ هرچند که سه کشور آمریکا، روسیه و اوکراین در شمار امضاکنندگان این کنوانسیون نیستند، بدیهی است که ارسال این تجهیزات در زمان ضدحمله اوکراین برای بازپس‌گیری مناطق اشغالی می‌تواند نقش بسزایی در تعیین سرنوشت جنگ داشته باشد. در دیدگاه طرفداران نظریه جنگ عادلانه، کشوری که مورد تهاجم بیگانگان قرار گرفته، واجد حق دفاع مشروع از سرزمین خود بوده و می‌تواند برای مقابله با نیروهای مهاجم به جنگ متوسل شود. باوجوداین، به‌کارگیری خشونت در زمان جنگ باید مطابق با قواعد آمره و اصول بشردوستانه بوده و حقوق اولیه غیرنظامیان (به‌ویژه کودکان، سالمندان و معلولان) را تضمین کند. باتوجه‌به این موارد، به‌نظر می‌رسد که استفاده از مهمات خوشه‌ای مغایر با اصول نظریه جنگ عادلانه است و خسارات ناشی از این بمب‌ها می‌تواند خطری جدی و طولانی‌مدت برای غیرنظامیان ایجاد کند. بر طبق مستندات حقوق بین‌الملل معاصر آنچه می‌تواند مصداق جنگ روسیه و اوکراین قرار گیرد، نقض بند ۴ ماده ۲ منشور سازمان ملل متحد است که در صورت عدم مواجهه جدی مجمع عمومی سازمان با این موضوع، موجب از بین رفتن کارایی قاعده منع توسل به‌زور توسط برخی از بازیگران قدرتمند است.

در پاسخ به سؤال دوم، در طی حملات روسیه به اوکراین، برخی از کشورها در جهت حمایت از اوکراین کمک‌هایی از قبیل ارسال جدیدترین سلاح‌ها و مهمات، تجهیزات حفاظتی و پزشکی و نیز سوخت نمودند. برخی مقامات سیاسی در کشورهای ناتو بر این عقیده‌اند که مداخله مستقیم در اوکراین باتوجه‌به خطر جدی جنگ جهانی موجه نیست و همچنین بر این باورند که توسعه روابط بین‌الملل در سده بیستم، به‌عنوان یک هدف مهم در جهان مدرن مطرح است. در این دوران، اهمیت دیپلماسی، مذاکرات و حل‌وفصل صلح، به‌جای استفاده از نیروی نظامی برای حل اختلافات بین‌المللی، به‌وضوح تبیین شده است. جامعه بین‌المللی متوجه شده است که استفاده از نیروی نظامی ممکن است فقط به تخریب و تضعیف تمامیت سرزمین و استقلال سیاسی یک دولت منجر نشود، بلکه خطری جدی برای نظم و ثبات بین‌المللی است.^۴ در مقابل برخی از حقوق‌دانان باتوجه‌به نقض فاحش مفاد معاهده بوداپست، ازسوی روسیه در برابر اوکراین، اقدام فوری شورای امنیت در حمایت از اوکراین نسبت به تهدیدات جدی روسیه را جایز می‌دانند.^۵ هرچند در شرح ارتباط معاهده بوداپست با اقدامات شورای امنیت باید گفت: معاهده بوداپست معاهده امنیتی و دوستی بین اوکراین، روسیه، ایالات‌متحد آمریکا و انگلستان درباره تضمین‌های امنیتی برای اوکراین در ارتباط با تسلیم سلاح‌های هسته‌ای توافقی

^۱ Douglas, M. "Changing the Rules: Just War Theory in the Twenty-First Century", *Theology Today*, Volume 59, Issue 4, 2003, P 530.

^۲ Convention on Cluster Munitions

^۳ Gillard, Emanuela-Chiara. "Proportionality in the Conduct of Hostilities: The Incidental Harm Side of the Assessment", *Chatham House*, 2018, P 32.

^۴ رنجکش، محمدجواد، «واکاوی مشروعیت جنگ مقدس بین‌المللی در اندیشه سیاسی توماس آکویناس»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۵۳، شماره ۱، ۱۴۰۲، ص ۲۵۳.

^۵ Mearsheimer, J. "Why the Ukraine Crisis Is the West's Fault: The Liberal Delusions That Provoked Putin", *Foreign Affairs*, Volume 93, Issue 5, 2014, P 80.

است که در سال ۱۹۹۴ در بوداپست منعقد شده است و شورای امنیت سازمان ملل متحد، به‌طور مستقیم در متن این معاهده حضور دارند و تعهدات خاصی در ارتباط با آن ندارد. بااین‌حال، معتقدند که شورای امنیت سازمان ملل متحد به‌عنوان یک سازمان بین‌المللی با مسئولیت حفظ صلح و امنیت بین‌المللی در موارد مختلفی می‌تواند نقش ایفا کند. به‌عنوان مثال، در صورت وقوع تهدیدات جدی علیه کشوری، یکی از اقداماتی که شورای امنیت می‌تواند انجام دهد، انتشار بیانیه یا قطعنامه‌ای با تأکید بر ضرورت رعایت حاکمیت و امنیت آن کشور و محکومیت هرگونه تهدید یا استفاده از نیرو در برابر آن است. این اقدام می‌تواند از تشدید بحران و تهدید امنیت منطقه‌ای جلوگیری کند.^۱ در غیر این صورت معتقدند از آنجاکه اوکراین در مقام دفاع مشروع فردی است، حمایت آن دولت‌ها مصداق جنگ عادلانه قرار نمی‌گیرد، بلکه دفاع مشروع جمعی محسوب می‌شود.

نتیجه‌گیری

کانت فیلسوف مطلق‌گرایی است که از دریچه حق، اخلاق و قانون در پی ارائه راه‌حلی در جهت برقراری صلح پایدار است. الگوی ارائه‌شده ازسوی وی از بستر نظام ملی آغاز می‌شود و پس از تعیین موقعیت دولت‌ها در نظام فراملی به پایان می‌رسد. وی همواره به نفی جنگ و منازعه در آثار خود می‌پردازد. اما در نقطه‌ای پس از شرح جایگاه دولت‌ها در اتحادیه صلح، حق جنگ که تحت عنوان نظریه جنگ عادلانه از آن یاد می‌شود، به‌عنوان راه‌حل دیگری در دستیابی به صلح دائمی، مطرح می‌سازد. کانت بیان می‌کند، در صورتی چنین مخاصمه‌ای جایز است که تهدید بالقوه‌ای جامعه جهانی را مورد هدف قرار دهد و از طرف دیگر چنین منازعه‌ای باید دارای شروطی باشند، تا عادلانه تلقی شود که سه شرط حق بر جنگ، حق در جنگ و صلح پس از جنگ را می‌توان از مواد شش‌گانه مطروحه در رساله صلح پایدار استخراج کرد. پس از کانت و با تجربه تلخ جنگ‌های جهانی اول و دوم، تلاش‌های بین‌المللی گسترده‌ای برای تحدید و حتی منع توسل به جنگ صورت گرفت. اسنادی چون کنوانسیون‌های لاهه، کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل هاوانا نخستین گام‌ها را در محدود کردن خشونت و تأکید بر حمایت از غیرنظامیان برداشتند. این روند در قرن بیستم با منشور سازمان ملل متحد به اوج خود رسید؛ جایی که اصل منع توسل به زور، حل‌وفصل مسالمت‌آمیز منازعات و احترام به حقوق بشر و حقوق بین‌الملل به‌عنوان هنجارهای اساسی جامعه جهانی تثبیت شد. این تحول، در واقع، تکامل نظریه کانتی جنگ عادلانه را در قالب حقوق بین‌الملل معاصر نشان می‌دهد؛ به‌گونه‌ای که آرمان کانت درباره صلح پایدار و ضرورت احترام به حاکمیت و حقوق انسانی، در قالب تعهدات الزام‌آور بین‌المللی متجلی شده است.

بااین‌حال، شکاف قابل‌توجهی میان این مبانی نظری و عملکرد واقعی دولت‌ها وجود دارد. یکی از دلایل اصلی این شکاف، تأثیر فناوری‌های نوین نظامی و سایبری است که ماهیت جنگ و قواعد اخلاقی آن را دگرگون کرده است. ظهور جنگ‌های ترکیبی، حملات سایبری فراملی و حضور بازیگران غیردولتی، مفاهیمی چون عدالت، ضرورت و صلح پایدار را با چالش مواجه کرده و ارزیابی جنگ‌ها براساس معیارهای سنتی را دشوار ساخته است. در این میان، جنگ روسیه و اوکراین نمونه‌ای بارز از این فاصله میان «بایدهای اخلاقی و حقوقی» و «واقعیت‌های سیاسی» است. اگرچه روسیه ادعا می‌کند اقداماتش در چارچوب دفاع از امنیت ملی و حمایت از روس‌تباران قابل توجیه است، از منظر نظریه کانتی و تحولات آن در حقوق بین‌الملل معاصر، این جنگ مشروعیت اخلاقی و حقوقی ندارد. نقض حاکمیت ملی اوکراین، صدمه گسترده به

¹ Kretzmer, David. "Defence and Proportionality in Jus ad Bellum", *European Journal of International Law*, Volume 24, Issue 1, 2013, P 240.

غیرنظامیان و بی‌اعتنایی به تعهدات بین‌المللی چون معاهده بوداپست و توافق‌نامه آتش‌بس مینسک، اصول بنیادین کانت یعنی احترام به استقلال سیاسی دولت‌ها، رعایت حقوق انسانی و پیروی از قوانین بین‌المللی را نقض می‌کند. بنابراین، با اتکا به سه اصل نظریه جنگ عادلانه کانت - که در قالب حقوق بین‌الملل مدرن و نظریه‌های تکامل‌یافته‌ای چون نظریه مایکل والزر (تأکید بر مشروعیت دفاع جمعی و حمایت از غیرنظامیان) و مسئولیت حمایت توسعه یافته‌اند، می‌توان نتیجه گرفت که جنگ روسیه و اوکراین نه فقط از منظر کانتی عادلانه نیست، بلکه با معیارهای معاصر جنگ عادلانه نیز همخوانی ندارد. این جنگ بیش از هر چیز بازتاب‌دهنده چالش‌های نوین اخلاقی و حقوقی در نظم بین‌المللی معاصر است.

منابع

مقاله

۱. امید، علی و مهرداد رشیدی علویچه، «جنگ رسانه در بحران اوکراین: چارچوب‌سازی تحولات سیاسی اوکراین و کریمه (۲۰۱۳-۲۰۱۵)» در شبکه‌های خبری RT، CNN، «فصلنامه مطالعات رسانه‌های نوین»، دوره ۳، شماره ۱۰، ۱۳۹۶، صص ۱۴۲-۱۷۱. Doi: 10.22054/cs.2017.18255.153
۲. رنجکش، محمدجواد، «واکاوی مشروعیت جنگ مقدس بین‌المللی در اندیشه سیاسی توماس آکویناس»، «فصلنامه مطالعات حقوق عمومی»، دوره ۵۳، شماره ۱، ۱۴۰۲، صص ۲۵۱-۲۶۶. <https://doi.org/10.22059/jpls.2020.267646.1842>
۳. زمانی، ناصر، «تحلیل ریشه‌ها و ماهیت بحران اوکراین: تشدید تنش شبه جنگ سرد بین روسیه و غرب»، «فصلنامه سیاست خارجی»، دوره ۲۷، شماره ۴، ۱۳۹۲، صص ۸۸۹-۹۱۸.
۴. قادری، مصطفی، بهرام محسن‌پور، میرعبدالحسین نقیب‌زاده و محمد عطاران، «تبیین برنامه درسی صلح محور در فلسفه کانت»، «فصلنامه مطالعات برنامه درسی»، دوره ۲، شماره ۸، ۱۳۸۷، صص ۴۷-۸۱.
۵. کدخدایی، عباسعلی، «حوادث ۱۱ سپتامبر و رویکرد نوین آمریکا به نظریه جنگ عادلانه»، «مجله نامه مفید»، دوره ۸، شماره ۳۳، ۱۳۸۱، صص ۸۹-۱۰۴.
۶. محمودی، سید علی، «صلح پایدار کانت و بازتاب در جهان امروز»، «فصلنامه پژوهش حقوق عمومی»، دوره ۸، شماره ۲۰، ۱۳۸۵، صص ۱۳۵-۱۷۶.
۷. میرمحمدی، معصومه سادات، «مقایسه صلح پایدار در اندیشه انسان محور کانت و صلح عادلانه در اندیشه متفکران شیعی»، «مجله معرفت/ادیان»، دوره ۲، شماره ۴، ۱۳۹۰، صص ۱۱۷-۱۴۶.
۸. نوذری، حسینی علی، «وجه دموکراتیک نظام سیاسی مطلوب در نظریه سیاسی کانت و یورگن هابرماس»، «مجله علوم سیاسی»، دوره ۱۴، شماره ۴۴، ۱۳۹۷، صص ۲۰۹-۲۳۵.
۹. یاسپرس، کارل، «سیاست و تاریخ در تفکر کانت»، ترجمه مهرداد ایرانی طلب، «دوفصلنامه اطلاعات سیاسی-اقتصادی»، شماره ۸۷ و ۸۸، ۱۳۷۳، صص ۲۸-۳۵.
۱۰. یاقوتی، محمدمهدی، «استثنائات حقوقی ممنوعیت توسل به زور در روابط بین‌الملل»، «فصلنامه سیاست خارجی»، دوره ۲۵، شماره ۴، ۱۳۹۰، صص ۱۱۳-۱۳۲.

References

Books

1. Frowe, Helen. *The Ethics of War and Peace*, London: Routledge, 2016.
2. Kant, I. *Perpetual Peace*, New York: The Macmillan Company, 1795.
3. Lazar, Seth, and Helen Frowe (eds). *The Oxford Handbook of Ethics of War*, Oxford: Oxford University Press, 2018.
4. May, Larry. *War Crimes and Just War*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

5. Moseley, A. *Just War Theory*, Internet Encyclopedia of Philosophy, 2004.
6. Tesón, Fernando R. *Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality*, New York: Transnational Publishers, Third Editin, 2005.

Articles

7. Brown, Gary D. "Proportionality and Just War", *Journal of Military Ethics*, Volume 2, Issue 3, 2003, PP 171–185. <https://doi.org/10.1080/15027570310000667>
8. Crawford, Neta C. "Just War Theory and the U.S. Counterterror War", *Perspectives on Politics*, Volume 1, Issue 1, 2003, PP 5–25. Doi: <https://doi.org/10.1017/S1537592703000021>
9. Douglas, Mark. "Changing the Rules: Just War Theory in the Twenty-First Century", *Theology Today*, Volume 59, Issue 4, 2003, PP 529–545. <https://doi.org/10.1177/004057360305900402>
10. Ghaderi, Mostafa, Bahram Mohsenpour, Mir Abdolhossein Naghib-Zadeh and Mohammad Attaran, "Designing a Peace-Oriented Curriculum in Kant's Philosophy", *Quarterly Journal of Curriculum Studies*, Volume 2, Issue 8, 2008, PP 47–81. (In Persian)
11. Gillard, Emanuela-Chiara. "Proportionality in the Conduct of Hostilities: The Incidental Harm Side of the Assessment", *Chatham House*, 2018, PP 1–32.
12. Kadkhoda'ei, Abbas-Ali, "The September 11 Attacks and the New U.S. Approach to Just War Theory", *Journal of Mofid Letter*, Volume 8, Issue 33, 2002, PP 89–104. (In Persian)
13. Kretzmer, David. "Defence and Proportionality in Jus ad Bellum", *European Journal of International Law*, Volume 24, Issue 1, 2013, PP 235–282. <https://doi.org/10.1093/ejil/chs087>
14. Lazar, Seth. "The Responsibility Dilemma for Killing in War: A Review Essay", *Philosophy and Public Affairs*, Volume 38, Issue 2, 2015, PP 180–213.
15. Mahmoudi, Sayyed Ali, "Kant's Perpetual Peace and Its Reflection in Today's World." *Public Law Research Quarterly*, Volume 8, Issue 20, 2006, PP 135–176. (In Persian)
16. Mearsheimer, J. "Why the Ukraine Crisis Is the West's Fault: The Liberal Delusions That Provoked Putin", *Foreign Affairs*, Volume 93, Issue 5, 2014, PP 77–89.
17. Miličić, Nenad. "Kant on Just War and International Order", *Philosophy and Society*, Volume 32, Issue 1, 2021, PP 100–125. Doi: <https://doi.org/10.2298/FID2101105M>
18. Mir-Mohammadi, Ma'soumeh Sadat, "A Comparison between Kant's Human-Oriented Perpetual Peace and the Just Peace in Shi'a Thinkers' Ideas", *Journal of Religious Knowledge*, Volume 2, Issue 4, 2011, PP 117–146. (In Persian)
19. Moellendorf, Darrel. "*Jus ex Bello*", *Journal of Political Philosophy*, Volume 16, Issue 2, 2008, PP 123–136. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9760.2008.00310.x>
20. Nozari, Hossein Ali and Ali Imani, "Democratic Aspects of the Ideal Political System in Kant's and Jürgen Habermas's Political Theories", *Journal of Political Science*, Volume 14, Issue 44, 2018, PP 209–235. (In Persian)
21. Omid, Ali and Mehrdad Rashidi Alavijeh, "Media War in the Ukraine Crisis: Framing of Political Developments in Ukraine and Crimea (2013–2015) in CNN and RT", *Quarterly Journal of Modern Media Studies*, Volume 3, Issue 10, 2017, PP 142–171. (In Persian) Doi: 10.22054/cs.2017.18255.153.
22. Orend, B. "Kant's Just War Theory", *Journal of the History of Philosophy*, Volume 37, Issue 2, 1999, PP 323–353. Doi: 10.1353/hph.2008.0847
23. Primoratz, Igor. "Michael Walzer's Just War Theory: Some Issues of Responsibility", *Ethical Theory and Moral Practice*, Volume 5, Issue 2, 2002, PP 221–243. <https://doi.org/10.1023/A:1016032623634>
24. Ranjkesh, Mohammad Javad, "An Analysis of the Legitimacy of Holy International War in Thomas Aquinas's Political Thought", *Quarterly Journal of Public Law Studies*, Volume 53, Issue 1, 2023, PP 251–266. (In Persian) <https://doi.org/10.22059/jpls.2020.267646.1842>

25. Shue, Henry. "What Would a Justified Preventive Military Attack Look Like?", In: Shu, Henry and David Rodin (eds.), *Preemption: Military Action and Moral Justification*, Oxford: Oxford University Press, 2007, PP 222–246.
26. Yaghouti, Mohammad Mahdi, "Legal Exceptions to the Prohibition of the Use of Force in International Relations", *Foreign Policy Quarterly*, Volume 25, Issue 4, 2011, PP 113–132. (In Persian)
27. Yaspers, Karl, "Politics and History in Kant's Thought", Translated by: Mahbod Irani Talab, *Bi-Quarterly Journal of Political-Economic Information*, Volumes 88–89, 1994, PP 28–35. (In Persian)
28. Zamani, Nasser, "Analysis of the Roots and Nature of the Ukraine Crisis: Escalation of a Cold War-like Tension between Russia and the West", *Foreign Policy Quarterly*, Volume 27, Issue 4, 2013, PP 889–918. (In Persian)

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

An Examination of The Legal Status of Avatars in the Metaverse

Maryam Bahrekazemi¹, Parviz Bagheri² 

Highlights

- Avatars in the metaverse are analyzed as identity-mediating digital entities that extend beyond mere visual representations and produce legally significant relationships and effects.
- Traditional doctrines of civil liability and legal personality are found to be inadequate for addressing the legal challenges arising from avatar activities within the metaverse.
- Effective protection of users' digital identity and digital assets in the metaverse requires a fundamental reconsideration of private law frameworks and platform governance mechanisms.

ABSTRACT

Introduction

Metaverse expansion has rapidly transformed digital interaction patterns by introducing avatars as primary representational entities of users within immersive environments. These avatars function not only as communication interfaces but also as carriers of identity, economic activity, and behavioral traces. The increasing complexity of avatar-mediated interactions has challenged traditional private law frameworks, which were designed for physical world relations. Consequently, fundamental legal questions arise regarding attribution of conduct, liability allocation, ownership of digital assets, and the possible recognition of independent legal personality for avatars. This study aims to examine the legal status of avatars in private law and to analyze challenges related to civil liability, digital property rights, and legal personhood within metaverse ecosystems. It further seeks to propose a coherent regulatory framework capable of addressing gaps in existing legal structures while ensuring balance between technological innovation and legal certainty. The significance of this research lies in the growing integration of metaverse applications into economic and social life, which requires new approaches in private law, particularly regarding civil liability, the protection of digital identity, and the legal status of digital assets. These issues remain insufficiently regulated in many legal systems, especially in cross-border virtual environments.

Methods

This research adopts a descriptive analytical methodology based on library sources including academic articles, legal reports, and doctrinal interpretations related to metaverse governance, avatar regulation, and digital property law. A comparative approach is also employed to evaluate how different legal systems address issues of digital identity, liability, and ownership within virtual environments. The study further relies on doctrinal analysis of private law principles such as attribution, causation, fault, and ownership to assess their adequacy in regulating avatar driven interactions within metaverse platforms. Data

How to Cite: Bahrekazemi, Maryam, Bagheri, Parviz, "An Examination of The Legal Status of Avatars in the Metaverse", Legal Research, Vol. 29, No. 114, 2026, pp: 163-180.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.238577.2845>

Received: 02/02/2025-Accepted: 18/05/2025

1. PhD Candidate, Faculty of Humanities, Islamic Azad University: Rasht Branch, Rasht, Iran

2. Associate Professor, Faculty of Literature & Humanities, University of Ilam, Ilam, Iran

Corresponding Author Email: p.bagheri@ilam.ac.ir



Copyright: © 2026 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/>).

interpretation focuses on identifying gaps in existing legal frameworks and evaluating potential reform proposals aimed at improving regulatory coherence and legal certainty in digital ecosystems. The analysis also incorporates interdisciplinary insights from information technology studies, artificial intelligence governance, and cybersecurity law to ensure a comprehensive understanding of avatar based legal relations, particularly in relation to autonomous systems and algorithmic decision making processes. The methodology emphasizes critical evaluation of normative frameworks and their applicability to emerging digital realities while maintaining focus on legal coherence and practical enforceability in metaverse environments under evolving technological conditions globally. Furthermore it examines legal responsibility allocation models between users, developers, and platform providers ensuring balanced regulatory interpretation frameworks across jurisdictions and legal systems under evolving technological conditions globally.

Results and Discussion

The findings indicate that avatars currently lack independent legal personality within existing private law systems and are predominantly treated as extensions of their users rather than autonomous legal subjects. This attribution model places primary civil liability on users for actions performed through avatars, especially in contractual interactions and tortious harm. However, increasing complexity emerges when avatar behavior is influenced by automated systems, artificial intelligence, or platform level algorithms. In such cases, liability may extend to developers or service providers under negligence based or product liability principles depending on system design and foreseeability of harm. Digital assets within metaverse environments possess significant economic value and exhibit characteristics of property despite their intangible nature, including virtual land, tokens, and digital goods. These assets require legal recognition to ensure transactional security and ownership clarity across platforms, yet current regulatory frameworks remain fragmented and inconsistent across jurisdictions. Digital identity protection constitutes a critical legal concern, as avatars operate as digital representations of users and require effective safeguards against impersonation, identity fraud, and unauthorized access. Violations involving avatar-based digital identities may give rise to both pecuniary and non-pecuniary harm, thereby requiring a broader interpretation of existing privacy and personality rights doctrines. The study further examines the feasibility of recognizing a limited form of legal personality for avatars and concludes that such recognition is presently unjustified due to the absence of autonomous intent and independent legal capacity. Instead, the findings support the adoption of hybrid regulatory frameworks that allocate legal responsibility among users, platform operators, and, where applicable, artificial intelligence systems according to their respective levels of control and risk allocation. The research also identifies substantial legal uncertainty in cross-border metaverse transactions, where jurisdictional complexities hinder the effective enforcement of rights and obligations. Furthermore, it highlights the need for adaptive legal frameworks capable of accommodating technological developments while preserving the coherence of private law principles within digital ecosystems. Particular attention is also given to the legal enforceability of smart contracts, avatar-mediated transactions, and platform governance mechanisms. Contractual standardization may reduce legal uncertainty in environments governed more by terms of service than negotiated agreements. Enforcement mechanisms remain underdeveloped in decentralized systems where traditional jurisdictional tools are limited. Increasing convergence between data protection law, cybersecurity regulation, and private law doctrines shapes governance of avatar activities. Interdisciplinary regulatory approaches integrating legal, economic, and technological perspectives are essential for addressing metaverse challenges related to trust, accountability, and user protection. International cooperation is necessary to harmonize legal standards for avatar governance and digital asset regulation, ensuring consistency across jurisdictions. The metaverse ultimately challenges doctrinal boundaries of private law, requiring continuous reform and adaptive interpretation of legal norms.

Conclusion

The study concludes that avatars represent a central legal challenge in the evolution of metaverse ecosystems requiring reassessment of traditional private law categories. Although they do not yet qualify as independent legal persons their increasing functional autonomy necessitates enhanced regulatory attention particularly in relation to liability allocation, identity protection and digital property rights. The findings support development of hybrid legal frameworks combining user responsibility platform accountability and technological governance mechanisms in order to ensure legal certainty and sustainable innovation in virtual environments. Additionally international coordination is essential for harmonized regulation across jurisdictions addressing cross border digital interactions effectively.

Keywords: Metaverse, Avatar, Digital Asset, Civil Liability.



بررسی جایگاه حقوقی آواتارها در متاورس

مریم بحر کاظمی^۱، پرویز باقری^۲

نکات برجسته

- آواتارها در متاورس فراتر از یک بازنمایی دیجیتال، به عنوان واسطه های هویتی مؤثر در ایجاد روابط و آثار حقوقی تحلیل شده اند.
- قواعد سنتی مسئولیت مدنی و شخصیت حقوقی برای پاسخ گویی به چالش های حقوقی ناشی از فعالیت آواتارها در متاورس ناکافی ارزیابی شده اند.
- حفاظت از هویت و دارایی های دیجیتال کاربران در متاورس مستلزم بازنگری در چارچوب های حقوق خصوصی و تنظیم گری پلتفرم های متاورس است.

چکیده

با توسعه روزافزون فناوری های مبتنی بر متاورس، آواتارها به عنوان بازنمایی های دیجیتال کاربران در این فضا، جایگاهی مهم و درعین حال چالش برانگیز در حوزه حقوق خصوصی یافته اند. استفاده از آواتارها نه تنها ابزار تعامل با محیط های مجازی را فراهم می سازد، بلکه مسائل حقوقی متعددی را نیز در پی دارد؛ از جمله ابهامات مربوط به حدود مسئولیت مدنی کاربران، مالکیت دارایی های دیجیتال، و همچنین وضعیت حقوقی و قابلیت انتساب اقدامات آنها به اشخاص حقیقی یا حقوقی است. این مقاله با روش توصیفی - تحلیلی و بر پایه منابع کتابخانه ای، به بررسی ابعاد مختلف حقوقی آواتارها در متاورس می پردازد. تمرکز اصلی پژوهش بر تحلیل وضعیت مسئولیت مدنی ناشی از اقدامات آواتارها در بسترهای مجازی، امکان اعطای شخصیت حقوقی به آنها، و آثار حقوقی مالکیت دارایی های دیجیتال در این محیط است. همچنین، این مقاله با توجه به رویکردهای حقوق تطبیقی، تلاش دارد ضمن شناسایی چالش های تقنینی موجود، چارچوبی پیشنهادی برای تنظیم روابط حقوقی مرتبط با آواتارها ارائه دهد که از منظر حقوقی معتبر و از نظر عملی، قابل اجرا باشد. در همین راستا، الزامات قانونی بهره برداری از آواتارها در پلتفرم های مختلف بررسی و پیشنهادهایی برای اعمال مسئولیت و شناسایی حقوق کاربران در این بستر نوین مطرح شده است. هدف نهایی، ارائه راهکارهایی برای انطباق نظام حقوقی با تحولات ناشی از ظهور فناوری های دیجیتال نوظهور در متاورس است.

کلید واژگان: متاورس، آواتار، دارایی دیجیتال، مسئولیت مدنی

استناد به این مقاله: بحر کاظمی، مریم، باقری، پرویز، «بررسی جایگاه حقوقی آواتارها در متاورس»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۴، تیر ۱۴۰۵، صص: ۱۶۳-۱۸۰.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.238577.2845>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۱/۱۴ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۲/۲۸

۱. دانشجوی دکتری، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد رشت، رشت، ایران

۲. دانشیار، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه ایلام، ایلام، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: p.bagheri@ilam.ac.ir



Copyright: © 2026 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

ظهور متاورس، به عنوان یک فضای دیجیتال جدید، تحولی شگرف در نحوه تعاملات انسان‌ها ایجاد کرده است. این فضا، که به طور فزاینده‌ای در حال گسترش است، نه تنها بر جنبه‌های اجتماعی و فرهنگی تأثیر می‌گذارد، بلکه ابعاد اقتصادی، تجاری، پزشکی و حتی دولتی را نیز تحت تأثیر قرار داده است. در متاورس، افراد می‌توانند به طور مستقیم و به صورت مجازی با یکدیگر تعامل داشته باشند، کالاها و خدمات دیجیتال را ایجاد و توزیع کنند و حتی قراردادهایی را در دنیای مجازی به امضا برسانند یا نقض کنند. این امر باعث ایجاد چالش‌هایی در زمینه حقوق مالکیت، حقوق معنوی، و سایر حقوق قانونی شده است که به‌ویژه در مواردی که قراردادها یا تعاملات تجاری به طور مجازی انجام می‌شوند، پیچیده‌تر می‌شود. آواتارها، که نمایندگان دیجیتال افراد در فضای متاورس هستند، به طور فزاینده‌ای به ابزاری کلیدی برای تعاملات در این فضا تبدیل شده‌اند. این آواتارها به کاربران این امکان را می‌دهند که حضور خود را در دنیای مجازی نشان دهند و هم‌زمان در این محیط‌ها تعاملات مختلفی را انجام دهند. استفاده از آواتارها در متاورس نه تنها به عنوان ابزاری برای سرگرمی و بازی در نظر گرفته می‌شود، بلکه به‌ویژه در حوزه‌های تجاری و حرفه‌ای، مانند بازاریابی، برندینگ، و برگزاری رویدادهای آنلاین، اهمیت ویژه‌ای پیدا کرده است. آواتارها به عنوان نمایندگان دیجیتال افراد در متاورس، می‌توانند درگیر فعالیت‌های مختلفی شوند که ممکن است حقوق دیگران را نقض کنند؛ مانند نقض حقوق مالکیت فکری، افتر یا سوءاستفاده‌های مالی. از آنجایی که در حال حاضر قوانین موجود عمدتاً به فعالیت‌های دنیای واقعی متمرکزند، چالش‌های قانونی مرتبط با فعالیت‌های آواتاری که در محیط‌های دیجیتال انجام می‌شوند، به طور مؤثر پوشش داده نمی‌شود. به‌ویژه، در محیط‌هایی که کاربران می‌توانند به طور ناشناس یا با هویت‌های دیجیتال متفاوت وارد شوند، مشکلاتی مانند کلاهبرداری، نقض قراردادها، و حملات سایبری می‌تواند رخ دهد. در پاسخ به این مشکلات، برخی از تلاش‌ها برای ایجاد قوانین جدید انجام شده است. به طور مثال، اتحادیه اروپا با تصویب قانون خدمات دیجیتال سعی دارد تا نظارت بر محتوا و فعالیت‌های آنلاین را تقویت کند.

این قانون، هرچند به برخی از مسائل حقوقی مرتبط با فضای دیجیتال می‌پردازد، هنوز برای حمایت از آواتارها و تعیین مسئولیت‌ها و حقوق کاربران در متاورس ناکافی است. علاوه بر این، ابتکارات جهانی مانند اصول جهانی امنیت دیجیتال مجمع جهانی اقتصاد، سعی در تدوین چارچوب‌هایی برای تضمین امنیت و حفاظت از داده‌های دیجیتال دارند، اما این اصول هنوز نتوانسته‌اند به طور خاص به چالش‌های حقوقی مربوط به آواتارها پاسخ دهند. بنابراین، با توجه به سرعت پیشرفت متاورس و استفاده روزافزون از آواتارها در آن، نیاز به توسعه یک چارچوب قانونی جامع و مؤثر بیش‌ازپیش احساس می‌شود. این چارچوب باید توانایی پاسخ‌گویی به چالش‌هایی را داشته باشد که به طور خاص در ارتباط با آواتارها و حقوق کاربران در دنیای مجازی به وجود می‌آید. به‌ویژه، این چارچوب باید به مسائلی همچون مسئولیت‌های حقوقی آواتارها، حقوق مالکیت دیجیتال، و حمایت از حقوق افراد در برابر سوءاستفاده‌های احتمالی پاسخ دهد. در سال‌های اخیر، با گسترش فناوری‌های نوین و ظهور دنیای متاورس، مسائل حقوقی جدیدی در این فضا مطرح شده‌اند که نیازمند توجه ویژه به ابعاد مختلف حقوقی، به‌ویژه در حوزه هویت دیجیتال و آواتارها هستند. در مقاله‌ای با عنوان «معرفی هویت دیجیتال در متاورس، شناسایی چالش‌های حقوقی مربوط به آن و جست‌وجوی راه‌حل»، که توسط مهدیه لطیفی‌زاده و سید محمد مهدی قبولی‌زاده در سال ۱۴۰۲ منتشر شده است، ابعاد مختلف هویت دیجیتال در دنیای متاورس بررسی شده است. این مقاله به تأثیرات شگرف فناوری‌های نوین بر زندگی انسان‌ها اشاره دارد و به‌ویژه بر این نکته تأکید می‌کند که در این محیط جدید، کاربران می‌توانند هویت‌های دیجیتال خود را از طریق آواتارها به نمایش بگذارند و در دنیای

متاورس حضور یابند. این مقاله همچنین به چالش‌های حقوقی و ضرورت‌های قانونی در حوزه هویت دیجیتال و مدیریت آواتارها پرداخته و به دنبال یافتن راه‌حل‌های مناسب برای حل مشکلات پیش‌رو در این زمینه است.

علاوه بر این، مقاله‌ای دیگر از عاکفی قاضیانی و همکاران (۱۴۰۱) با عنوان «متاورس و چالش‌های حقوقی در حوزه حقوق اموال»، به‌ویژه بر مسائل حقوقی مربوط به مالیت در متاورس تمرکز کرده است. این مقاله بر تأثیرات متاورس بر دارایی‌های دیجیتال و چالش‌های حقوقی در خصوص مالکیت اموال در فضای دیجیتال بحث می‌کند. در حالی که این دو مقاله در راستای بررسی ابعاد حقوقی دنیای متاورس قرار دارند، پژوهش حاضر که بر حمایت از هویت دیجیتال در متاورس تمرکز دارد، رویکردی متفاوت به چالش‌های حقوقی مرتبط با آواتارها و هویت‌های دیجیتال دارد. پژوهش مذکور ابتدا به تعریف هویت دیجیتال در فضای متاورس پرداخته و سپس چالش‌های حقوقی مربوط به هویت‌های دیجیتال و راه‌حل‌های حقوقی برای حل این چالش‌ها را بررسی خواهد کرد. این مطالعات و مقالات نشان‌دهنده اهمیت توسعه چارچوب‌های حقوقی برای حمایت از کاربران در فضای متاورس و تنظیم فعالیت‌های آواتاری است. پژوهش‌های موجود به‌ویژه بر لزوم تنظیم قوانین و مقررات مناسب برای حفاظت از هویت دیجیتال و تأمین حقوق کاربران در این دنیای نوین تأکید دارند. مقاله حاضر به مسئله چالش‌های حقوقی استفاده از آواتارها در متاورس می‌پردازد و بر ضرورت تدوین چارچوب‌های قانونی برای حمایت از کاربران در این فضا تأکید می‌کند. این مقاله به‌ویژه بر ابعاد حقوقی هویت دیجیتال در متاورس تمرکز دارد و هدف آن شناسایی و بررسی چالش‌های حقوقی مربوط به هویت‌های دیجیتال، مانند مالکیت و مسئولیت‌ها، در فضای مجازی است. همچنین، مقاله به اهمیت توسعه قوانین جدید برای تنظیم فعالیت‌های آواتاری و حمایت از حقوق کاربران در متاورس پرداخته و راه‌حلی برای حل مشکلات حقوقی این حوزه پیشنهاد می‌دهد.

۱. متاورس و جهان‌های مجازی آنلاین

در دنیای دیجیتال امروز، مفاهیم جدیدی همچون متاورس و بلاک‌چین به عنوان ارکان اصلی تحولات فناوری در حال شکل‌گیری‌اند. متاورس به‌طور کلی به یک اکوسیستم دیجیتال یکپارچه و دائمی اشاره دارد که در آن کاربران می‌توانند به تعاملات اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی بپردازند. این فضا برخلاف پلتفرم‌های مجازی معمول مانند شبکه‌های اجتماعی یا بازی‌های ویدئویی، تجربه‌ای سه‌بعدی و تعاملی است که به کاربران این امکان را می‌دهد تا با یکدیگر در محیط‌های دیجیتال به‌طور هم‌زمان و بدون مرزهای جغرافیایی ارتباط برقرار کنند. این محیط‌های مجازی می‌توانند شامل بازی‌های آنلاین، شبیه‌سازی‌های واقعیت افزوده، و تعاملات در دنیای دیجیتال باشند، که در حال پیشرفت به سمت هماهنگی بیشتر با واقعیت‌های فیزیکی و دنیای واقعی‌اند. بلاک‌چین نیز یکی از فناوری‌های کلیدی در ساختار متاورس است. این فناوری به‌طور عمومی به سیستم‌های ثبت و ذخیره داده‌ها اشاره دارد که اطلاعات را در یک شبکه توزیع‌شده از کامپیوترها (یا نودها) به‌صورت غیرمتمرکز ذخیره می‌کند. ویژگی‌های کلیدی بلاک‌چین شامل امنیت، شفافیت و قابلیت پیگیری تراکنش‌هاست که بدون نیاز به نهاد مرکزی، اطلاعات به‌صورت امن و قابل اعتماد ذخیره می‌شوند. در این سیستم، هر تغییر در داده‌ها به راحتی قابل شناسایی و پیگیری است. در متاورس، بلاک‌چین به‌ویژه در زمینه‌هایی چون تمرکززدایی و مالکیت داده‌ها نقش مهمی ایفا می‌کند. یکی از ویژگی‌های بارز این فناوری، توانایی آن در جلوگیری از تمرکز قدرت در دست نهادهای خاص است. به این ترتیب، کاربران متاورس کنترل بیشتری بر داده‌ها، تعاملات و دارایی‌های دیجیتال خود دارند. این امر همچنین از شکل‌گیری انحصارات دیجیتال جلوگیری و استقلال کاربران را تقویت می‌کند. این ویژگی‌ها متاورس را از بسترهای سنتی دیجیتال متمایز می‌سازد و آن را به بخشی از نسل سوم وب، یعنی وب غیرمتمرکز،

تبدیل می‌کند. در وب غیرمتمرکز، کاربران نه فقط تولیدکننده محتوا هستند، بلکه حق مالکیت داده‌های خود را حفظ می‌کنند. یکی از ویژگی‌های اساسی فناوری بلاک‌چین در ساختار متاورس، غیرمتمرکز بودن آن است؛ ویژگی‌ای که به کاربران امکان می‌دهد کنترل بیشتری بر داده‌ها، تعاملات و دارایی‌های دیجیتال خود داشته باشند. تعامل‌پذیری یکی دیگر از مفاهیم کلیدی در بلاک‌چین است که در ساختار متاورس به آن پرداخته می‌شود. این مفهوم به کاربران این امکان را می‌دهد که دارایی‌ها، هویت‌ها و اطلاعات دیجیتال خود را بدون محدودیت در پلتفرم‌های مختلف جابه‌جا کنند و تجربه‌ای یکپارچه و منسجم در دنیای متاورس داشته باشند. به عبارت دیگر، بلاک‌چین این امکان را فراهم می‌آورد که افراد دارایی‌های دیجیتال خود را در میان پلتفرم‌های مختلف بدون اینکه محدود به یک پلتفرم خاص شوند، منتقل کنند. باین‌حال، ویژگی‌های غیرمتمرکز و تعامل‌پذیر بودن بلاک‌چین در متاورس به‌طور هم‌زمان چالش‌هایی را برای ایجاد یک رژیم حقوقی کارآمد ایجاد می‌کند. یکی از این چالش‌ها، مسئولیت‌پذیری در قبال اقدامات آواتارها و خدمات دیجیتال است. آواتارها، که نمایندگان دیجیتال کاربران در دنیای متاورس‌اند، ممکن است با استفاده از هوش مصنوعی به‌طور مستقل عمل کنند و تصمیماتی بگیرند که مسئولیت آنها به‌وضوح مشخص نباشد. این موضوع مسائل پیچیده‌ای درباره مسئولیت و پاسخ‌گویی در قبال رفتارهای آواتارها به‌وجود می‌آورد. یکی از مسائل پیچیده دیگر، مفهوم هویت دیجیتال و آواتارها در متاورس است. در این فضا، آواتارها به‌عنوان نمایندگان دیجیتال کاربران عمل می‌کنند و می‌توانند در پلتفرم‌های مختلف از سوی آنها نمایندگی کنند. باین‌حال، در برخی از پلتفرم‌های متمرکز، هر پلتفرم ممکن است آواتار خاص خود را برای کاربرانش ایجاد کند که این موضوع مفهوم آواتار یکپارچه را به چالش می‌کشد.^۱ علاوه بر این، در برخی موارد ممکن است کیف پول‌های دیجیتال به‌عنوان شناسه اصلی در متاورس عمل کنند و به‌جای آواتارها برای ایجاد هویت واحد در دنیای دیجیتال استفاده شوند.^۲ در نهایت، چالش‌های قانونی ناشی از ویژگی‌های غیرمتمرکز متاورس و بلاک‌چین، در تضاد با برخی از مقررات دیجیتال، مانند قانون خدمات دیجیتال اتحادیه اروپا قرار دارد. این قانون با هدف ارتقای شفافیت و مسئولیت‌پذیری پلتفرم‌ها، در تلاش است چارچوب‌های قانونی دقیقی برای مسئولیت‌های دیجیتال، حفاظت از کاربران و مقابله با محتوای غیرقانونی ارائه دهد. باین‌حال، چالش‌هایی در زمینه مسئولیت‌پذیری در متاورس ممکن است موجب تعارض‌هایی با این مقررات شود.

تعاملاتی که ممکن است پیامدهای قانونی داشته باشند، شامل شرکت در رویدادهای بزرگ، برقراری و حفظ ارتباطات بین‌فردی، انجام معاملات تجاری با نهادهای دیگر (هم مادی و هم غیرمادی)، ارائه خدمات و غیره می‌شود. این تعاملات نه فقط شبیه‌سازی حضور فرد در متاورس است، بلکه می‌توان آن را به‌عنوان گسترش وجود شخص در قلمرو دیجیتال، یا حتی به‌عنوان یک تجسم دیجیتال یا شخصیت‌سازی تلقی کرد. درخواست برای تنظیم صحیح آواتارها از بیش از یک دهه پیش مطرح شده است. بسیاری از جوامع آنلاین مدرن و شبکه‌های اجتماعی از آواتارها به‌عنوان ابزاری برای مشارکت کاربران در این جوامع و تعامل با دیگران استفاده می‌کنند که این موضوع محور اصلی تحقیق جاری است. علی‌رغم استفاده گسترده از آنها، آواتارها موضوعی پر از مناقشه‌اند، زیرا برخی از اعضای جامعه نگرانی‌هایی درمورد تهدیدات احتمالی مرتبط با آنها دارند که ممکن است به نقض حقوق دیگران منجر شود، خواه توسط یک آواتار، یا از طریق آواتار، بسته به وضعیت حقوقی که به آنها نسبت داده می‌شود. مشکلات مختلفی ممکن است پیش آید، مانند استرس‌های روانی

^۱. Kiong, Liew Voon. *Metaverse made easy: A beginner's guide to the metaverse: Everything you need to know about metaverse, NFT and GameFi*, 2022, P 25.

^۲. Gadekallu, Thippa Reddy, et al. "Blockchain for the metaverse: A review", *Future Generation Computer Systems*, Volume 143, No C, 2022, P 13.

که به عنوان مثال، توسط آزار و اذیت سایبری ایجاد می شود که با حس غرق شدن در پلتفرم های دیجیتال تشدید می شود. سرقت هویت، نقض حقوق مالکیت فکری و سایر اشکال سوءاستفاده در فضای متاورس، از جمله مسائلی اند که حل و فصل آنها به دلیل ناشناس ماندن کاربران پشت آواتارها، با دشواری های جدی روبه روست. فقدان امکان شناسایی هویت واقعی افراد، به ویژه در مواردی که اقدامات آنها به ضرر یا نقض حقوق دیگران منجر می شود، باعث نگرانی های گسترده ای در میان متخصصان حقوقی شده و موجب شده است که بسیاری از صاحب نظران بر ضرورت تدوین مقررات ویژه برای کنترل و سامان دهی استفاده از آواتارها در محیط های مجازی تأکید کنند.^۱ در پلتفرم های متاورسی که سطح تعاملات میان کاربران بسیار نزدیک تر به واقعیت فیزیکی است، این چالش ها پررنگ تر از محیط های آنلاین مبتنی بر فناوری های نسل دوم وب به چشم می آید؛ جایی که ارتباطات اغلب محدود به متن و تصویر هستند. این واقعیت که آواتارها می توانند رفتار و گفتار کاربران را به شکلی عینی و تعاملی نمایندگی کنند، موجب می شود تا ریسک بروز آسیب های حقوقی افزایش یابد و نیاز به مداخلات قانونی هدفمند بیشتر احساس شود. وضعیت حقوقی آواتارها همچنان در ابهام است و نبود رویکردی روشن در خصوص جایگاه آنها در نظام های حقوقی، مانعی جدی در مسیر تضمین حقوق کاربران در متاورس به شمار می رود. با گسترش نفوذ متاورس در ابعاد مختلف زندگی روزمره، بروز اختلافات حقوقی پیرامون عملکرد آواتارها نیز اجتناب ناپذیر خواهد بود. فهم دقیق مخاطرات ناشی از این اختلافات، برای طراحی چارچوب های قانونی مؤثر، اهمیت حیاتی دارد.^۲

۲. حفاظت از حقوق آواتارها در متاورس

یکی از چالش های اساسی در زمینه حقوق آواتارها در متاورس، حفاظت از حقوق و اعمال مسئولیت با استفاده از مفاهیم حقوقی موجود است. به عبارت دیگر، متاورس به عنوان یک محیط مجازی جدید، از دیدگاه حقوقی با مشکلاتی روبه رو است که در آن مفاهیم سنتی حقوق مالکیت، دزدی و حقوق مالکیت معنوی ممکن است با پیچیدگی های جدیدی مواجه شوند. مسئله دیگری که در این زمینه مطرح می شود، ضررهایی است که ممکن است به افراد یا شرکت های واقعی وارد شود. اگر یک آواتار در متاورس اقداماتی انجام دهد که به زیان مالی یا شهرت یک شخص یا شرکت دنیای واقعی منجر شود، ممکن است این آسیب ها به اندازه کافی جدی باشند که نیاز به رسیدگی حقوقی واقعی در دادگاه های دنیای حقیقی داشته باشند. به عبارت دیگر، مسائل حقوقی در متاورس نمی توانند به سادگی به عنوان مسائل مجازی نادیده گرفته شوند، بلکه باید با استفاده از ابزارهای حقوقی موجود، به شکلی کارآمد حل و فصل شوند. در حقوق شرکت ها، شخصیت حقوقی به عنوان یک نهاد مستقل از شرکای آن شناخته می شود که دارای دارایی، توانایی دارا شدن حق و تکلیف، و مسئولیت های مالی و حقوقی است. این استقلال شخصیت حقوقی به شرکت ها امکان می دهد که در روابط حقوقی به عنوان یک موجودیت جداگانه از شرکای خود عمل کنند و مسئولیت های مالی و حقوقی خود را محدود به دارایی های شرکت کنند. بنابراین، در صورتی که شرکت دچار خسارت یا بدهی شود، مسئولیت ها از دارایی های شخصی شرکای آن جدا خواهد بود. حالا اگر همین مفهوم را در مورد آواتارها در دنیای دیجیتال بررسی کنیم، این پرسش مطرح می شود که آیا آواتارها می توانند شخصیت حقوقی مستقل پیدا کنند و در نتیجه مسئولیت های خود را جدا از صاحب یا کاربر خود تحمل کنند؟ باتوجه به

^۱ Nike v. StockX (2023) LLC, 22-CV-00983 (VEC)(SN) (District Court, S.D. New York, Jan. 9, 2023). P 16.

^۲ Gonzalez-Franco, Mar and Tabitha C. Peck. "Avatar embodiment: Towards a standardized questionnaire", *Frontiers in Robotics and AI*, Volume 5, Issue 74, 2018, P 61.

اینکه آواتارها نماینده دیجیتالی افراد در فضای مجازی‌اند، در صورتی که آنها بخواهند تصمیمات مستقل بگیرند، مثلاً قراردادهایی را منعقد یا در تعاملات اقتصادی شرکت کنند، باید مشخص شود که آیا این آواتارها می‌توانند مسئولیت‌های حقوقی خود را همچون یک شرکت به‌طور مستقل از مالک خود به دوش بکشند. برای مثال، در حقوق شرکت‌ها، نهاد حقوقی قادر است مسئولیت‌های خود را برعهده گیرد، زیرا این نهاد از دارایی‌های خاص خود بهره‌مند است که در صورت وقوع خطا یا تعهدات قانونی، به‌جای شرکا، این دارایی‌ها برای پاسخ‌گویی به مسئولیت‌ها به کار می‌روند. اما در مورد آواتارها، اگرچه آنها به تصمیم‌گیری و حتی ایجاد قراردادهای دیجیتال قادرند، فاقد دارایی مستقل و سیستم مدیریتی جدا از شخص حقیقی خود هستند. در نتیجه، مسئولیت هرگونه عمل حقوقی یا قراردادی که از سوی آواتار انجام شود، به شخص حقیقی که آن را مدیریت می‌کند، ارجاع داده خواهد شد. به عبارت دیگر، تا زمانی که آواتارها دارایی مستقل نداشته باشند و نتوانند در محیط‌های قانونی به‌عنوان موجودیتی مستقل از مالک خود شناخته شوند، مسئولیت‌های اعمال آنها نمی‌تواند به خود آواتار منتسب شود. در نهایت، اگر بخواهیم آواتارها را از لحاظ حقوقی مستقل در نظر بگیریم، نیاز به تدوین نظام‌های حقوقی ویژه‌ای داریم که این موجودیت‌های دیجیتال را به‌طور مستقل از شخص حقیقی‌شان بشناسند. این نظام‌ها باید امکاناتی مانند دارایی مستقل، هویت رسمی، و مسئولیت‌های خاص حقوقی برای آواتارها فراهم کنند تا بتوانند در آینده، مشابه به شخصیت حقوقی شرکت‌ها، مسئولیت‌های خود را بپذیرند. بدون این تغییرات در چارچوب‌های حقوقی، مسئولیت آواتارها همچنان به شخص حقیقی مالک آنها تعلق خواهد داشت.^۱ اعطای شخصیت حقوقی به آواتارهای هوشمند، مزیت‌های متعددی به همراه دارد؛ از جمله تدوین مجموعه‌ای از قواعد و مقررات که نه فقط حقوق و مسئولیت‌های متقابل آواتارها، بلکه روابط آنها با کاربران انسانی را نیز سامان‌دهی می‌کند. چنین چارچوبی می‌تواند نقش بسزایی در حفاظت از حقوق کاربران و پیشگیری از نقض آنها ایفا کند. همچنین، این وضعیت امکان وضع قوانین حمایتی ویژه برای آواتارها را فراهم می‌آورد و مانعی مؤثر در برابر سوءاستفاده از قابلیت‌های آنها خواهد بود. در مجموع، این رویکردها به‌خوبی نشان می‌دهند که متاورس صرفاً یک محیط مجازی برای تعامل کاربران نیست، بلکه جهانی نوظهور با ویژگی‌های حقوقی خاص خود است که نیازمند قاعده‌مندسازی دقیق و هدفمند است. ایجاد یک چارچوب حقوقی مشخص برای متاورس می‌تواند به تنظیم مؤثر روابط میان کاربران، آواتارها و حتی نهادهای دنیای واقعی کمک کند و مانع بروز مشکلات حقوقی جدی در این فضا شود.

۳. آواتارها و رابطه آنها با شخصیت حقوقی

آواتارها بیش از آنکه به موجودیت‌هایی مانند عاملان هوش مصنوعی شباهت داشته باشند، با شخصیت‌های حقوقی نظیر شرکت‌ها، بنیادها یا انجمن‌ها قابل مقایسه‌اند. زیرا آواتارها معمولاً توسط یک شخص یا نهاد ایجاد می‌شوند و برای فعالیت در پلتفرم‌های مجازی نیازمند هدایت و نظارت‌اند. بنابراین، برخی از نظریه‌هایی که در توجیه شخصیت‌های حقوقی به کار می‌روند، مانند نظریه ارگانیک، نظریه خیالی یا نظریه موجودیت واقعی، می‌توانند در این زمینه نیز توسعه یابند و مبنایی برای تنظیم مقررات حقوقی مرتبط با آواتارها فراهم کنند.^۲ یکی از پیشنهاد‌های مهم در این حوزه، اعطای «شخصیت الکترونیکی» به آواتارهاست. هدف این طرح آن است که مسئولیت‌های آواتارها بر مبنای وابستگی آنها به کاربران یا

^۱. Lochtefeld, James G. *The illustrated encyclopedia of Hinduism*, Volume 1, Rosen Publishing, 2001, PP 72-73.

^۲. Ibid.

توسعه دهندگان نشان مشخص شود و از این طریق، مانعی در برابر سوءاستفاده‌های احتمالی در فضای متاورس ایجاد گردد.^۱ در حال حاضر، متاورس به دلیل خلأهای حقوقی، محیطی مستعد برای ارتکاب جرایمی نظیر جعل هویت و کلاهبرداری شده است؛ از این رو، تدوین مقررات شفاف و جامع در این زمینه امری ضروری تلقی می‌شود.^۲ به عنوان نمونه، چنین مقرراتی می‌تواند شامل این موارد باشد:

۱. ایجاد یک سامانه ثبت رسمی برای آواتارها در فضای متاورس، به نحوی که هر آواتار به طور قانونی به یک شخص حقیقی یا حقوقی قابل انتساب باشد؛

۲. امکان «رفع پوشش شخصیت حقوقی» یا به عبارتی، نادیده گرفتن استقلال ظاهری آواتار در مواردی که از آن برای اقدامات زیان بار یا متقلبانه استفاده می‌شود (مشابه آنچه در مورد شرکت‌ها انجام می‌گیرد)؛

۳. الزام به تهیه بیمه مسئولیت مدنی برای آواتارها، به منظور تسهیل در جبران خساراتی که ممکن است بر دیگران وارد کنند.

باین حال، باید در نظر داشت که شخصیت حقوقی، مفهومی مطلق و دوقطبی (داشتن یا نداشتن) نیست؛ بلکه بسته به ساختار حقوقی هر کشور، این ویژگی می‌تواند به صورت تدریجی یا با محدودیت‌هایی تعریف و تنظیم شود، همچنان که در مورد شخصیت‌های حقوقی سنتی نیز چنین رویکردی وجود دارد.

در سطح حقوق اروپایی، امتناع از اعطای شخصیت حقوقی مستقل به سیستم‌های هوش مصنوعی، دیدگاه غالب محسوب می‌شود. به ویژه گزارش سال ۲۰۱۹ گروه متخصصان کمیسیون اروپا درباره مسئولیت و فناوری‌های نوین، به صراحت اعطای وضعیت حقوقی به ربات‌ها یا عاملان مستقل هوش مصنوعی را رد کرده است و تأکید دارد که این فناوری‌ها باید در چارچوب قواعد موجود مسئولیت مدنی تحلیل و ارزیابی شوند.^۳

۴. وضعیت حقوقی آواتارها در پلتفرم‌های مجازی

گزارش کمیسیون اروپا درباره مسئولیت و فناوری‌های دیجیتال نوظهور، نگاه منفی خود را نسبت به اعطای شخصیت حقوقی به عوامل هوش مصنوعی به سایر فناوری‌های نوین نیز تسری داده است. این گزارش تأکید دارد افرادی که از فناوری‌هایی با پتانسیل خطر بالا برای دیگران استفاده می‌کنند- مانند ربات‌های هوش مصنوعی در فضاهای عمومی- باید مسئولیت کامل خسارات ناشی از عملکرد آنها را بپذیرند. در مقابل، کاربرانی که از فناوری‌هایی با خطر کمتر بهره می‌برند، نیز موظف‌اند وظایف خود را در انتخاب، استفاده، نظارت و نگهداری صحیح از این فناوری‌ها به درستی انجام دهند؛ در غیر این صورت، در قبال خسارات احتمالی مسئول خواهند بود. نکته قابل توجه آن است که این گزارش صراحتاً اعلام می‌کند نیازی به اعطای شخصیت حقوقی به دستگاه‌ها یا سیستم‌های خودمختار وجود ندارد، چراکه باید هرگونه خسارتی به افراد یا نهادهای موجود نسبت داده شود.^۴ در مورد پلتفرم‌های مجازی، آواتارها نماینده کاربران‌اند، نه موجوداتی

۱. حاتمی، سیما، فتح‌الله رحیمی و احسان آقامحمدآقایی، «هنجارسازی حقوقی فناوری نوین واقعیت مجازی در گراواتار جهانی»، *دوفصلنامه حقوقی فناوری‌های نوین*، دوره ۵، شماره ۱۰، ۱۴۰۳، ص ۹۵.

۲. مرادی بریلان، محمد، «درآمدی بر پیامدها و چالش‌های حقوقی متاورس»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۵، ویژه‌نامه حقوق و فناوری، ۱۴۰۱، ص ۳۶۸.

۳. Pagallo, U. "Killers, Fridges, and Slaves: A Legal Journey in Robotics", *AI & Society*, Volume 26, Issue 4, 2011, P 347.

۴. European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers. *Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies*, Publications Office, 2019, PP 3-4.

مستقل یا دارایی‌هایی متعلق به دنیای دیجیتال. هرچند آواتارها نقش واسطی دارند که کاربران را در محیط‌های دیجیتال بازنمایی می‌کنند و تجربه‌ای غوطه‌ورانه در متاورس ایجاد می‌کنند، اما ارزیابی وضعیت حقوقی آنها باید هم‌زمان در چارچوب حقوق دنیای واقعی و باتوجه به ویژگی‌های خاص متاورس صورت گیرد؛ ویژگی‌هایی که ممکن است مستلزم ایجاد چارچوبی قانونی و اختصاصی برای محیط‌های مجازی باشد. در شرایط کنونی، نگرستن به آواتارها به‌عنوان «اشیا» به جای «افراد» رویکردی عملی‌تر در مباحث حقوقی به شمار می‌رود. در این رویکرد، آواتارها می‌توانند دارای مالکیت باشند، مورد استفاده قرار گیرند و از قابلیت‌های خاص آنها بهره‌برداری شود؛ منافع قانونی مرتبط با آنها نیز می‌تواند در برابر اشخاص ثالث قابل استناد باشد. این نگاه، زمینه‌ای برای طرح پرسش‌هایی درخصوص چگونگی اعمال قوانین سنتی - مانند حقوق مالکیت، قراردادهای و مالکیت فکری - بر آواتارها به‌عنوان اشیایی تحت کنترل و مالکیت قانونی فراهم می‌آورد. قانون، موضوعات مربوط به آواتارها را عمده‌تاً در بستر محیط‌های محدودشده‌ای بررسی می‌کند که تجربه فعلی متاورس را شکل داده‌اند. به‌عنوان یک نکته مقدماتی باید افزود که دسته‌بندی‌های مطرح‌شده در این زمینه فقط بیانگر دیدگاه‌های مختلف‌اند و نباید آنها را متقابلاً ناسازگار یا انحصاری تلقی کرد.

۵. آواتارها به‌عنوان محتوای دیجیتال: کالا یا خدمات؟

در حال حاضر، در محیط‌های کنترل‌شده، جایی که محتوای فروشنده قابل دانلود است، اما فقط زمانی قابل دسترسی است که دستگاه مشتری به ابر فروشنده متصل باشد، قرارداد بیشتر شبیه یک قرارداد خدمات است تا یک قرارداد فروش. این ساختار امروزه کاملاً قابل اجراست، اما با مفهوم بنیادی متاورس تضاد دارد که ممکن است به‌سمت تمرکززدایی واقعی پیش برود. در چنین محیطی که تمرکززدایی صورت گیرد، کاربران مالکیت و مدیریت داده‌های خود را بر عهده خواهند داشت و این امکان را فراهم می‌کنند تا محتوای دیجیتال در سراسر جهان‌های دیجیتال با استفاده از فناوری بلاک‌چین که به‌ویژه فاقد واسطه‌هاست بین پلتفرم‌ها قابلیت همکاری داشته باشد. اگر متاورس به این صورت تکامل یابد، آواتارها باید به‌عنوان کالا دسته‌بندی شوند، نه به‌عنوان خدماتی که توسط پلتفرم‌ها ارائه می‌شود. علاوه بر این، باید توجه داشت که محتوای دیجیتال ممکن است تحت حمایت حق نسخه‌برداری قرار گیرد، یا تحت حمایت حقوق مرتبط باشد، یا ممکن است تحت حمایت قانون مالکیت معنوی نباشد. در اینجا گروه اول اولویت دارد؛ به‌عنوان مثال، برنامه‌های کامپیوتری، آثار موسیقایی، سینماتوگرافیک، سمعی و بصری، ادبی، یا آثار تصویری و عکس‌ها که بسیاری از آنها به‌طور صریح تحت پوشش دستورالعمل محتوای دیجیتال قرار دارند. باین‌حال، این دستورالعمل به‌طور صریح قانون حق نسخه‌برداری را از دامنه اجرایی خود مستثنا می‌کند و روابط بین تجار محتوای دیجیتال و دارندگان حقوق مالکیت معنوی را بررسی نمی‌کند.^۱

این موضوع نشان می‌دهد که برداشت کمیسیون اروپا از فناوری‌های نوظهور دیجیتال، فراتر از آن چیزی است که در عمل امکان‌پذیر است. این مسئله نمونه‌ای روشن از پیچیدگی‌های ذاتی چنین مباحثی به شمار می‌رود. اگر بخواهیم دامنه مفهوم «محصول» را به‌طور قابل توجهی توسعه دهیم تا آواتارهای موجود در جهان‌های مجازی آنلاین را نیز شامل شود، این پرسش به میان می‌آید که کدام جنبه‌های ایمنی، که طبق ماده ۶ دستورالعمل مسئولیت افراد حق دارند از آن برخوردار باشند، ممکن است هنگام استفاده از آواتار از نظر حقوقی مطرح باشد. به‌ویژه آنکه تعریف قانونی «عیب» در

^۱ Directive of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

محصول که در این مقررات نقش کلیدی دارد، ناظر بر سطحی از عدم ایمنی است که اعمال آن به آواتارها چندان ساده به نظر نمی‌رسد.^۱ باین حال، همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، آواتارها می‌توانند تحت کنترل اشخاص حقیقی، اشخاص حقوقی یا عوامل مبتنی بر هوش مصنوعی قرار گیرند؛ به نحوی که رفتار آنها به‌درستی در قالب کنش یا قصور شخص ثالث قابل بررسی باشد. در چنین شرایطی، تولیدکننده آواتار – که معمولاً پلتفرمی است که آواتار در بستر آن شکل گرفته – ممکن است بتواند از نظر قانونی علیه کاربری که آواتار را کنترل کرده، به دلیل خسارات ناشی از استفاده از آن در یک محیط دیجیتال متمرکز، اقامه دعوا کند. در نهایت، حرکت متاورس به‌سوی ساختاری غیرمتمرکز – همان‌طور که در این مقاله توضیح داده شده است – احتمال موفقیت در طرح دعوای مؤثر علیه شخص یا نهادی که بتوان او را تولیدکننده دانست، به شدت کاهش می‌دهد.^۲

در چنین وضعیتی، راهکاری که دستورالعمل مسئولیت محصول اتحادیه اروپا^۳ برای مواردی که تولیدکننده واقعی قابل شناسایی نیست، پیشنهاد می‌دهد آن است که هر تأمین‌کننده‌ای به‌عنوان تولیدکننده محصول در نظر گرفته می‌شود، مگر آنکه بتواند هویت تولیدکننده اصلی یا شخصی را که محصول را تأمین کرده است، به زیان‌دیده معرفی کند. باین حال، چنانچه آواتارها در زمره محصولات، آن‌هم به‌صورتی گسترده، طبقه‌بندی شوند، این امر نه‌فقط دایره مسئولیت را گسترش می‌دهد، بلکه مسائل مهمی را در زمینه حفظ ناشناس بودن کاربران و حفاظت از داده‌های شخصی مطرح می‌سازد که مسئولیت پاسخ‌گویی به آنها متوجه پلتفرم‌های ارائه‌دهنده خدمات دیجیتال خواهد بود.^۴ براساس تعریف ارائه‌شده از سوی UNIDROIT، دارایی دیجیتال به‌عنوان رکوردی الکترونیکی توصیف می‌شود که صرفاً در صورتی واجد وصف «دارایی» خواهد بود که قابلیت کنترل انحصاری بر آن وجود داشته باشد. به بیان دیگر، لازم است امکان جلوگیری از بهره‌برداری دیگران از منافع آن دارایی، بهره‌برداری انحصاری توسط مالک، و نیز انتقال این حقوق به شخص ثالث، به‌صورت اختصاصی وجود داشته باشد. برخی از رکوردهای الکترونیکی اگرچه در عرف به‌عنوان دارایی دیجیتال شناخته می‌شوند، در عمل به دلیل فقدان امکان کنترل انحصاری، در چارچوب تعریف رسمی دارایی دیجیتال جای نمی‌گیرند. بر مبنای یافته‌های پژوهشگران حوزه فناوری، آواتارها در محیط متاورس قابلیت ایفای نقش به‌عنوان دارایی دیجیتال را دارند؛ زیرا می‌توانند نمایانگر هویت یکتای کاربران بوده و با بهره‌گیری از فناوری‌های نوین، از جمله توکن‌های غیرقابل تعویض یا NFT^۵ دارای ویژگی‌هایی منحصر به فرد و قابل کنترل شوند.^۶ توکن‌های غیرقابل تعویض، نوعی دارایی دیجیتال مبتنی بر فناوری بلاک‌چین‌اند که برخلاف رمزارزها، به دلیل یکتا بودن و غیرقابل جایگزین بودن، برای نمایش مالکیت دارایی‌های خاص همچون آثار هنری دیجیتال، اقلام کلکسیونی و آواتارهای مجازی کاربرد دارند. این توکن‌ها به کاربر اجازه می‌دهند تا مالکیت یک دارایی دیجیتال را به‌صورت انحصاری در اختیار داشته باشد و آن را از طریق آدرس کیف پول دیجیتال خود مدیریت، ذخیره کند و انتقال دهد. به‌عنوان مثال، شبکه اجتماعی توییتر که در چارچوب نسل دوم وب یا اینترنت تعاملی فعالیت می‌کند، به کاربران امکان می‌دهد از آن‌اف‌تی‌ها به‌عنوان تصویر پروفایل خود استفاده کنند؛

^۱ European Commission, Op. Cit., P 28.

^۲ Santos Morón, M. J. “Régimen de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos”, In: García, Pedro del Olmo y Ana Soler Presas (eds.). *Prácticum de Daños*, Aranzadi, 2019, PP 1-2.

^۳ Product Liability Directive - PLD.

^۴ European Commission, Op. Cit.

^۵ Non-Fungible Token

^۶ Ghelani, Diptiben. “What is non-fungible token (NFT)? A short discussion about NFT terms used in NFT”, *Authorea Preprints*, 2022, P 43.

مشروط بر آنکه بپذیرند حساب کاربری‌شان با آدرس کیف پول دیجیتال آنان پیوند داده شود.^۱ شایان ذکر است که ان‌افتی‌ها به‌گونه‌ای طراحی شده‌اند که هویت واقعی کاربران را، مگر در مواردی که خودشان اقدام به افشا کنند، ناشناس نگاه می‌دارند. به عبارت دیگر، تنها آدرس عمومی کیف پول دیجیتال به صورت آشکار در دسترس عموم قرار می‌گیرد، نه اطلاعات هویتی مالک آن. این ویژگی موجب تقویت حریم خصوصی در فضای متاورس می‌شود و توسط توسعه‌دهندگان این فضا مورد حمایت قرار گرفته است.^۲ با این حال، اگرچه در نظریه این امکان وجود دارد که کاربر در متاورس دارای یک آواتار یکتا باشد که بیانگر هویت دیجیتال وی محسوب شود، در عمل تحقق این امر با موانعی مواجه است. یکی از چالش‌های اصلی در این زمینه، ساختار پلتفرم‌های متمرکز است که اغلب اجازه استفاده از یک آواتار واحد در محیط‌های مختلف را نمی‌دهند. این وضعیت یادآور مشکلاتی است که در گذشته در زمینه عدم هماهنگی بین ریل‌های راه‌آهن یا تفاوت در استانداردهای منابع انرژی وجود داشت.

در نهایت، باید اذعان داشت که با توسعه فناوری‌های دیجیتال و شکل‌گیری محیط‌هایی چون متاورس، مفهوم سنتی مالکیت با پرسش‌ها و چالش‌های نوینی روبه‌رو شده است. دارایی‌های مجازی مانند اشیای دیجیتال، زمین‌های مجازی، آثار هنری دیجیتال و سایر اقلام قابل مبادله، اگرچه در بازارهای واقعی ارزش اقتصادی مشخصی یافته‌اند، همچنان جایگاه حقوقی‌شان با ابهامات قابل توجهی همراه است. یکی از مسائل بنیادی در این زمینه، نحوه شناسایی، انتقال، و حمایت قانونی از مالکیت این دارایی‌هاست؛ موضوعی که نیازمند بازنگری اساسی در ساختارهای حقوقی موجود است.^۳ اگرچه می‌توان از منظر حقوقی، نوعی از حق مالکیت را نسبت به این دارایی‌ها در نظر گرفت، در عمل، اعمال و تخصیص این حقوق غالباً منوط به مفاد قراردادهای کاربری پلتفرم‌های میزبان متاورس است. این قراردادهای، که عمدتاً به صورت الحاقی و از پیش تعیین‌شده تنظیم می‌شوند، دسترسی و بهره‌برداری از دارایی‌های دیجیتال را مشروط به شرایطی می‌سازند که توسط ارائه‌دهندگان خدمات تعیین شده‌اند. در نتیجه، به جای آنکه حقوق کاربران بر پایه مفاهیم سنتی مالکیت تعریف شود، به تدریج این روابط در چارچوب حقوق قراردادهای تحلیل می‌شوند؛ تغییری که در بستر پیچیده، چندلایه و وابسته به فناوری متاورس، آثار حقوقی گسترده‌ای به همراه دارد. در این راستا، مفهوم مالکیت سنتی که مبتنی بر انحصار، دوام، قابلیت انتقال و حمایت قانونی بود، جای خود را به مجوزهای موقت، محدود و وابسته به اراده یک‌جانبه پلتفرم‌ها داده است.^۴ از منظر حقوق تطبیقی نیز هنوز بسیاری از نظام‌های حقوقی در پذیرش و تنظیم دقیق این نوع از دارایی‌ها دچار تأخیر یا سکوت هستند و چارچوب مشخصی برای حمایت از مالکان واقعی این اموال در فضای دیجیتال ارائه نشده است.

در کنار این مسائل، جایگاه آواتارها نیز به عنوان نمایندگان دیجیتال کاربران در فضاهای مجازی، حائز اهمیت است. آواتارها ممکن است به اشکال متنوعی چون دوجدی، سه‌بعدی، انسان‌نما یا غیرانسان‌نما طراحی شوند و اغلب امکان شخصی‌سازی بالایی دارند. برخی آواتارها به‌گونه‌ای طراحی می‌شوند که شباهت ظاهری و رفتاری زیادی با کاربران خود دارند، درحالی‌که برخی دیگر صرفاً ابزارهای انتزاعی برای تعامل‌اند. کاربران در فضاهای مجازی از آواتار خود به عنوان

¹. Twitter, Using Twitter profile picture with NFT, 2024. (Accessed: 21 March 2024).

². Lee, Lik Hang, et al. "All One Needs to Know about Metaverse: A Complete Survey on Technological Singularity, Virtual Ecosystem, and Research Agenda", *Journal of Latex Class Files*, Volume 14, Issue 8, 2021, P 37.

³. Ibid.

⁴. Carrasco Perera, Ángel y Carlos Álvarez López. "Operadores y Responsabilidad Civil en el Metaverso", *Gómez-Acebo & Pombo*, 2022, P 4.

وسيله‌ای برای ابراز هویت فردی، ترجیحات فرهنگی و حتی باورهای اجتماعی استفاده می‌کنند؛ به گونه‌ای که گاه فرد با چند آواتار مختلف، بسته به شرایط و امکانات هر پلتفرم، در فضای دیجیتال حضور می‌یابد.^۱ در چنین بستری، این پرسش مطرح می‌شود که آیا آواتارها واجد حقوق مستقلی از جمله حق بر تصویر، حریم خصوصی یا حتی نوعی حق شخصیت هستند یا خیر؟ افزون بر این، چنانچه آواتار واجد عناصر اصیل و خلاقانه باشد، امکان حمایت از آن تحت رژیم حقوق مالکیت فکری نیز باید مورد تأمل قرار گیرد. تمام این موارد نشان می‌دهد که با ورود به عرصه متاورس و دارایی‌های دیجیتال، نظام‌های حقوقی نیازمند بازنگری عمیق و بازتعریف بسیاری از مفاهیم پایه‌ای خود هستند تا بتوانند پاسخ‌گوی مقتضیات دنیای نوین باشند.

۶. انواع آسیب‌هایی که یک آواتار می‌تواند در متاورس ایجاد کند

جرائم واقعی به جرائمی اطلاق می‌شود که به‌طور کامل در دنیای فیزیکی و واقعی رخ می‌دهند. این جرائم به‌وضوح آثار و نتایج ملموسی بر انسان‌ها یا اموال دارند و به‌طور مستقیم به خسارت‌های فیزیکی یا مالی منجر می‌شوند. به‌طور کلی، هر جامعه‌ای برای حفظ نظم و عدالت، قوانین مدنی و کیفری وضع کرده است. قواعد مدنی معمولاً به‌طور واضح حقوق مالکیت افراد را تعیین می‌کنند، درحالی‌که قوانین کیفری برای جلوگیری از نقض این حقوق و اعمال مجازات‌هایی برای این نقض‌ها ایجاد شده‌اند. مجازات‌ها می‌توانند شامل بازگرداندن حقوق از دست رفته، محروم کردن فرد از آزادی یا توانایی انجام اقدامات خاص، تغییر رفتار فرد از طریق درمان و بازپروری، و بازدارندگی باشند. اما همه انواع آسیب‌ها و جرم‌ها در دنیای مجازی، به‌ویژه در متاورس، نباید تحت پیگرد قانونی قرار بگیرند؛ چراکه بسیاری از این آسیب‌ها آثار فیزیکی ملموس ندارند. متاورس به‌عنوان یک فضای دیجیتال و غیرمادی می‌تواند آسیب‌های روانی، عاطفی و اجتماعی بیشتری ایجاد کند که لزوماً به‌طور مستقیم به آسیب‌های فیزیکی یا حتی مالی منجر نمی‌شود. به‌عنوان مثال، در دنیای متاورس، آواتارهایی که نمایانگر شخصیت‌های واقعی‌اند، ممکن است به گونه‌ای عمل کنند که باعث آسیب به احساسات و روان کاربران شوند، اما این آسیب‌ها به‌سختی قابل مشاهده و اندازه‌گیری‌اند. در بخش قبلی این مقاله توضیح داده شد که آواتارهای پیشرفته آینده ممکن است قادر به انتقال درد فیزیکی به مغز انسان باشند. در چنین شرایطی، آسیب‌های فیزیکی به‌طور واضح باید تحت پیگرد قرار گیرند.^۲ با این حال، در شرایط کنونی، آسیب‌های عمده در متاورس احتمالاً بیشتر جنبه روانی و احساسی خواهند داشت. چنین آسیب‌هایی نه‌فقط به هویت فردی کاربران آسیب می‌زند، بلکه می‌تواند تأثیرات طولانی‌مدتی در روحیه و اعتماد به نفس آنها بگذارد. استناد به اصول سنتی حقوق کیفری برای پیگرد جرایم در متاورس چالش‌برانگیز خواهد بود، زیرا برای تعریف «جرم» به چهار عنصر ضروری نیاز است: الف) عمل مجرمانه، ب) قصد مجرمانه، ج) علت پیوند علت و معلول و د) آسیب. اینکه تمام این عناصر به‌طور هم‌زمان اتفاق بیفتند، به‌ویژه در دنیای مجازی، می‌تواند سخت و پیچیده باشد. چراکه در بسیاری از موارد، اثبات آنها در دنیای واقعی نیز با مشکلات زیادی مواجه است.^۳ به‌طور خاص، اثبات عناصر اعمال و قصدهای

^۱ Belk, Russell, Mariam Humayun and Mariam Brouard. "Money, Possessions, and Ownership in the Metaverse", *Journal of Business Research*, Volume 153, 2021, PP 198-205, P 199.

^۲ Bauer, Thomas, Pablo Oliveira Antonino and Thomas Kuhn. "Towards Architecting Digital Twin-Pervaded Systems", *Proceedings of the 7th International Workshop on Software Engineering for Systems-of-Systems and 13th Workshop on Distributed Software Development, Software Ecosystems and Systems-of-Systems (SESOS-WDES '19)*, 2019, P 68.

^۳ Santos Morón, Op. Cit., P 54.

مجرمانه در متاورس که در آن آواتارها به طور مستقل عمل می کنند و اعمال آنها می تواند از طرف شخصی دیگر کنترل یا هدایت شود، بسیار پیچیده تر از دنیای فیزیکی است.^۱

به علاوه، باید پذیرفت که حتی با بهترین قوانین ممکن، نمی توان تمام آسیب ها و جرائم را در هر جامعه ای از بین برد. وظیفه حقوق این است که آسیب ها را در سطحی قابل کنترل نگه دارد تا جامعه بتواند پایه ای از نظم اجتماعی را حفظ کند. در دنیای فیزیکی، معمولاً آسیب های شدید مانند قتل، تجاوز و سرقت قابل شناسایی و پیگیری اند.^۲ این موارد «آسیب های سخت» یا «آسیب های فیزیکی» نامیده می شوند که شامل جراحات جسمی و آسیب به اموال می شود. در مقابل، در دنیای مجازی و متاورس، آسیب ها اغلب در دسته بندی «آسیب های نرم» قرار می گیرند که بیشتر به جنبه های روانی، اجتماعی و اخلاقی آسیب ها مربوط می شود. برای مثال، افترا، آزار آنلاین، و تبعیض می تواند نمونه هایی از آسیب های نرم باشند که در متاورس به طور رایج اتفاق می افتد. در بازی های آنلاین چند نفره بزرگ، قرارداد لایسنس بین توسعه دهندگان بازی و کاربران عمدتاً برای مقابله با تهدیدات درون گیمی، آزار، تعقیب، تقلب و جعل هویت طراحی شده است. بازی های آنلاین معمولاً برای تخلفات مختلف درون گیمی مجازات هایی در نظر می گیرند که می تواند شامل هشدار، تعلیق حساب کاربری و در نهایت بسته شدن حساب باشد. بسته شدن حساب معمولاً نتیجه از دست دادن همه دستاوردهای مجازی فرد است و می تواند تأثیرات روانی و اجتماعی زیادی بر فرد داشته باشد. اما این مجازات ها بیشتر به طور محدود در داخل دنیای مجازی اعمال می شوند و اثری در دنیای واقعی ندارند. به طور خاص، زمانی که ارزش های واقعی وارد دنیای متاورس می شوند، مرز بین دنیای واقعی و مجازی محو می شود و این به آسیب های سایبری و جرایم واقعی تبدیل می شود.^۳ برای نمونه، در صورتی که کاربران با استفاده از ارزش های دیجیتال واقعی مانند بیت کوین یا اتریوم در دنیای متاورس خرید و فروش کنند، هرگونه آسیب مالی به دنیای واقعی منتقل می شود و بنابراین باید تحت پیگرد قانونی قرار گیرد.^۴

۷. حقوق جانبی آواتارها و جایگاه آن در نظام حقوق مدنی متاورس

ورود فناوری های نوینی چون متاورس به عرصه زندگی دیجیتال، تحولات گسترده ای در الگوهای تعامل انسانی رقم زده است؛ تحولی که به بازتعریف بسیاری از مفاهیم سنتی حقوقی، به ویژه در حوزه حقوق مدنی، منجر شده است. در این فضا، آواتارها به عنوان بازنمایی دیجیتال کاربران، نقش محوری در فعالیت های اقتصادی، اجتماعی و حتی فرهنگی ایفا می کنند. این امر پرسش هایی بنیادین را در باب جایگاه حقوقی آواتارها، مسئولیت پذیری آنها، و به ویژه حقوق جانبی مرتبط با آنها پیش روی نظام های حقوقی قرار داده است. حقوق جانبی به آن دسته از حقوقی گفته می شود که گرچه ماهیت آنها به طور مستقیم در زمره حقوق اصلی مالی یا شخصیت قرار نمی گیرد، اما به واسطه ارتباط تنگاتنگ با هویت فردی و اجتماعی اشخاص، از حمایت ویژه ای برخوردارند. این حقوق، در بستر حقوق مدنی، نقشی مکمل و

^۱ یگانه، حسین و فاطمه فامیل سعیدیان، «بررسی و تحلیل چالش های حقوقی آواتارها در زیست بوم متاورس»، نشریه نشاء علم، دوره ۱۳، شماره ۱، ۱۴۰۱، ص ۳۷.

^۲ See: Cheong, Ben Chester. "Avatars in the Metaverse: Potential Legal Issues and Remedies", *International Cybersecurity Law Review*, Volume 3, 2022, PP 467–494.

^۳ Beverley-Smith, Huw, Ansgar Ohly and Agnes Lucas-Schloetter. *Privacy, Property and Personality: Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation*, Cambridge University, 2005, P 7.

^۴ García Rubio, M. P. "Non-conformity of goods and digital content and its remedies. In: Plaza Penadés, Javier y Luz M. Martínez Velencoso (eds.). *European perspectives on the Common European Sales Law: Studies in European Economic Law and Regulation*, Springer Suiza, 2015, PP 163–181.

تقویتی برای حفظ کرامت، هویت، اختیار و مصونیت افراد ایفا می کنند. در دنیای متاورس، باتوجه به گسترش کنش های انسانی از فضای فیزیکی به فضای مجازی، دامنه این حقوق نیز به بازنمایی های دیجیتال افراد یعنی آواتارها تسری یافته و چالش های جدیدی را برای شناسایی و حمایت از آنها به وجود آورده است. مصادیق حقوق جانبی در ارتباط با آواتارها بسیار متنوع اند. نخستین مورد، حق بر تصویر دیجیتال است. آواتارها اغلب با انتخاب عناصر ظاهری خاص و گاه بسیار شخصی سازی شده طراحی می شوند. بهره برداری بدون مجوز از این بازنمایی ها، به ویژه در محتوای تصویری یا ویدئویی، می تواند ناقض حق بر تصویر و حریم خصوصی کاربر اصلی تلقی شود. مورد دوم، حق بر داده های رفتاری و تعاملاتی آواتار است. کنش های آواتار، حتی اگر تحت کنترل مستقیم کاربر نباشد، حاوی اطلاعاتی ارزشمند درباره ترجیحات، الگوهای رفتاری و تعاملات اوست. چنین داده هایی واجد ارزش اقتصادی و شخصیت مدارانه اند و در زمره حقوق قابل شناسایی برای کاربر محسوب می شوند. همچنین، هویت دیجیتال آواتار – که گاه شامل نام، صدا یا ویژگی های خاصی است بخشی از شخصیت کاربر را در خود دارد و جعل یا بهره برداری نادرست از آن می تواند تبعات حقوقی گسترده ای داشته باشد. در نهایت، دستاوردها و خلیات دیجیتال حاصل از کنش آواتار در فضای متاورس، به ویژه در زمینه تولید محتوا یا مالکیت بر دارایی های مجازی، نیز باید در قالب حقوق جانبی مورد شناسایی و حمایت قرار گیرند.^۱

از منظر حقوق تطبیقی، توجه به این حقوق در حال افزایش است. برای نمونه، در سال ۲۰۲۲ دادگاه اینترنتی هانگژو در چین به پرونده ای رسیدگی کرد که در آن آواتار دیجیتالی با نام «آدا»، که با استفاده از فناوری هوش مصنوعی طراحی شده بود، بدون مجوز در ویدئوهایی مورد استفاده قرار گرفته بود. هرچند دادگاه شخصیت حقوقی مستقلی برای آواتار قائل نشد، حقوق مالکیت معنوی مرتبط با آن را برای شرکت توسعه دهنده به رسمیت شناخت. این رأی، گواهی است بر ضرورت توجه به حقوق جانبی مرتبط با آواتار، حتی در غیاب شخصیت حقوقی مستقل برای آنها.^۲ در سطح اتحادیه اروپا نیز در چارچوب قانون در حال تصویب هوش مصنوعی، رویکردی مبتنی بر ارزیابی میزان ریسک برای حقوق بنیادین افراد در حال تدوین است. این رویکرد، با هدف حمایت از کاربران در برابر تهدیدات ناشی از سیستم های هوشمند، می تواند مبنایی برای تقویت حمایت از حقوق جانبی در بستر متاورس فراهم سازد؛ به ویژه آنجا که مرز میان کنش انسانی و خودکار، بسیار باریک و گاه مبهم است. در حال حاضر، پلتفرم های متاورسی اغلب از طریق شروط قراردادی و توافق نامه های خدمات، تلاش می کنند بخشی از مسئولیت ها را تنظیم کنند. با این حال، این ترتیبات غالباً یک جانبه و با رویکرد حفظ منافع پلتفرم ها تدوین شده و پاسخ گوی اقتضائات حقوقی پیچیده حقوق کاربران نیستند. از این رو، ضرورت تدوین چارچوب های حقوقی شفاف و الزام آور برای شناسایی و حمایت از حقوق جانبی آواتارها، به شدت احساس می شود. در نهایت، باید پذیرفت که در جهانی که بازنمایی دیجیتال افراد روبه روز پررنگ تر می شود، شناسایی حقوق جانبی آواتارها نه فقط یک ضرورت حقوقی، بلکه شرط تحقق عدالت دیجیتال است. نظام حقوق مدنی، در صورتی می تواند همچنان پاسخ گو و کارآمد باقی بماند که بتواند خود را با این تغییرات بنیادین تطبیق دهد و مفاهیم سنتی خود را با زبان فناوری بازتعریف کند.

^۱. Helberger, N., M. B. M. Loos, M., Lucie Guibault, Chantal Mak and Lodewijk Pessers. "Digital content contracts for consumers", *Journal of Consumer Policy*, Volume 36, 2013, P 42.

^۲. Alfieri^۱, Costanza, Francesca Carocchia and Paola Inverardi. "AI Act and Individual Rights: A Juridical and Technical Perspective", *IAIL*, 2022, P 9.

نتیجه‌گیری

تحلیل‌های صورت‌گرفته در این پژوهش نشان می‌دهد که متاورس، به‌عنوان زیست‌بوم نوین دیجیتال، نظام‌های حقوقی سنتی را با چالش‌های بنیادینی روبه‌رو کرده است؛ به‌ویژه در حوزه هویت دیجیتال که به‌واسطه آواتارها بازنمایی می‌شود. در فضای متاورس، آواتارها فراتر از صرف ابزارهای بصری، به‌مثابه واسطه‌های هویتی و فاعل‌های مجازی عمل می‌کنند که قادر به ایجاد روابط، ارتکاب افعال حقوقی و حتی زیان‌رسانی‌اند. درعین‌حال، حقوق موضوعه نه‌فقط در شناسایی جایگاه این نمایه‌های دیجیتال با بحران مفهومی مواجه است، بلکه از منظر قواعد انتساب مسئولیت، حمایت از داده‌های هویتی، و الزام‌آوری مقررات رفتاری نیز دچار فقر ساختاری است. نخستین گام برای رفع این نارسایی، بازاندیشی در مفهوم سنتی «شخصیت حقوقی» است. فضای متاورس ایجاب می‌کند که قواعد حقوقی از چارچوب انسان‌محور خارج شده و به سمت شناسایی نقش‌های حقوقی برای نهادهای مجازی مانند آواتارها یا سازوکارهایی مشابه مسئولیت نمایندگی و نیابت دیجیتال حرکت کند. این امر می‌تواند مبنایی برای شناسایی رابطه میان کاربر و آواتار از حیث تعهدات و مسئولیت‌ها باشد و امکان پاسخ‌گویی دقیق در قبال افعال زیان‌بار یا ناقض حقوق دیگران را فراهم آورد. ازسوی دیگر، ابعاد اقتصادی، اجتماعی و حیثیتی هویت دیجیتال در متاورس مستلزم تصویب مقررات ویژه‌ای در حوزه حفاظت از داده‌های هویتی و حریم خصوصی است. قوانین فعلی، که عمدتاً متناسب با بسترهای دوسویه یا شبکه‌ای کلاسیک طراحی شده‌اند، در برابر پیچیدگی‌های متاورس، ازجمله ادغام فناوری‌های مبتنی بر واقعیت مجازی، بلاک‌چین و هوش مصنوعی، کارایی خود را از دست داده‌اند. بنابراین، به‌کارگیری رویکردی جامع‌نگر در تنظیم مقررات داده‌محور با تأکید بر شفافیت، اختیار کاربر، و قابلیت پیگیری تخلفات، ضروری به‌نظر می‌رسد.

در کنار این، نقش پلتفرم‌ها به‌عنوان ارائه‌دهندگان فضای متاورس نیز باید بازتعریف شود. این بازیگران فراملی، با وضع قوانین رفتاری اختصاصی، نظام‌های داوری داخلی و الگوریتم‌های خودکار، عملاً جایگزین قانون‌گذار و قاضی شده‌اند. ازاین‌رو، اعمال نظارت حقوقی بر تصمیم‌گیری‌های آنها، تدوین الزامات شفاف در قبال کاربران، و پیش‌بینی سازوکارهای اعتراضی مؤثر باید در دستور کار نهادهای قانون‌گذار قرار گیرد. نهایتاً، ماهیت جهانی متاورس به‌گونه‌ای است که نمی‌توان صرفاً با تکیه بر قواعد داخلی، پاسخ‌گوی چالش‌های آن بود. ایجاد نهادهای همکاری فراملی، طراحی چارچوب‌های حقوقی بین‌المللی، و تدوین اصول مشترک حاکم بر تعاملات متاورسی، راهکارهایی است که می‌تواند در بلندمدت به شکل‌گیری نظم حقوقی یکپارچه در این فضا منجر شود. بنابراین، توسعه نظام حقوقی متاورس مستلزم عبور از رویکردهای سنتی و اتخاذ الگوهای انعطاف‌پذیر، چندلایه و مشارکت‌محور است که ضمن شناسایی ابعاد نوین هویت دیجیتال، حمایت مؤثر از کاربران، تنظیم روابط مجازی و تضمین عدالت حقوقی را محقق سازد.

منابع

مقاله

۱. حاتمی، سیما، فتح‌الله رحیمی و احسان آقامحمدآقایی، «هنجارسازی حقوقی فناوری نوین واقعیت مجازی در گراواتار جهانی»، *دوفصلنامه حقوق فناوری‌های نوین*، دوره ۵، شماره ۱۰، ۱۴۰۳، صص ۹۵-۱۱۸. Doi: 10.22133/mtlj.2024.420296.1253
۲. عاکفی قاضیانی، موسی، سید مصطفی میلانی و وحید عاکفی قاضیانی، «متاورس و چالش‌های حقوقی در حوزه حقوق اموال»، *دوفصلنامه حقوق فناوری‌های نوین*، دوره ۳، شماره ۶، ۱۴۰۱، صص ۱۴۳-۱۵۳. Doi: 10.22133/mtlj.2022.353672.1109

۳. لطیف‌زاده، مهدیه و سید محمد مهدی قبولی درافشان، «معرفی هویت دیجیتال در متاورس، شناسایی چالش‌های حقوقی مربوط به آن و جست‌وجوی راه‌حل»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۵۳، شماره ۲، ۱۴۰۲، صص ۳۷۲-۳۴۹.
Doi: 10.22059/jlq.2023.353867.1007743
۴. مرادی برلیان، محمد، «درآمدی بر پیامدها و چالش‌های حقوقی متاورس»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۵، ویژه‌نامه حقوق و فناوری، ۱۴۰۱، صص ۳۹۲-۳۶۳.
Doi: 10.52547/jlr.2022.228286.2279
۵. یگانه، حسین و فاطمه فامیل سعیدیان، «بررسی و تحلیل چالش‌های حقوقی آواتارها در زیست‌بوم متاورس»، *نشریه نشاء علم*، دوره ۱۳، شماره ۱، ۱۴۰۱، صص ۴۱-۳۳.
Doi: 20.1001.1.2008935.1401.13.1.7.0

References

Book

1. Beverley-Smith, Huw, Ansgar Ohly and Agnes Lucas-Schloetter. *Privacy, Property and Personality; Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation*, Cambridge University, 2005.
2. European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers. *Liability for Artificial Intelligence and other Emerging Digital Technologies*, Publications Office, 2019.
3. Kiong, Liew Voon. *Metaverse Made Easy: A Beginner's Guide to the Metaverse: Everything you Need to Know about Metaverse, NFT and GameFi*, 2022.
4. Lochtefeld, James G. *The Illustrated Encyclopedia of Hinduism*, Volume 1, Rosen Publishing, 2001.

Articles

5. Akefi Ghaziani, Mousa, Sayyed Mostafa Milani and Vahid Akefi Ghaziani. "Metaverse and Legal Challenges in Property Law", *Bi-Quarterly Journal of Modern Technologies Law*, Volume 3, Issue 6, 2022, PP 143-153. (In Persian) Doi: 10.22133/mtlj.2022.353672.1109
6. Alfieril, Costanza, Francesca Caroccia and Paola Inverardi. "AI Act and Individual Rights: A Juridical and Technical Perspective", *IAIL*, 2022, PP 1-13.
7. Bauer, Thomas, Pablo Oliveira Antonino and Thomas Kuhn. "Towards Architecting Digital Twin-Pervaded Systems", *Proceedings of the 7th International Workshop on Software Engineering for Systems-of-Systems and 13th Workshop on Distributed Software Development, Software Ecosystems and Systems-of-Systems (SESOS-WDES '19)*, 2019, PP 66-69. <https://doi.org/10.1109/SESOS/WDES.2019.00018>
8. Belk, Russell, Mariam Humayun and Mariam Brouard. "Money, Possessions, and Ownership in the Metaverse", *Journal of Business Research*, Volume 153, 2021, PP 198-205.
9. Carrasco Perera, Ángel and Carlos Álvarez López. "Operators and Civil Liability in the Metaverse", *Gómez-Acebo & Pombo*, 2022, PP 1-10. (In Spanish)
10. Cheong, Ben Chester. "Avatars in the Metaverse: Potential Legal Issues and Remedies", *International Cybersecurity Law Review*, Volume 3, 2022, PP 467-494. <https://doi.org/10.1365/s43439-022-00056-9>
11. Gadekallu, Thippa Reddy, et al. "Blockchain for the Metaverse: A review", *Future Generation Computer Systems*, Volume 143, No C, 2022.
12. García Rubio, M. P. "Non-conformity of Goods and Digital Content and Its Remedies. In: Plaza Penadés, Javier and Luz M. Martínez Velencoso (eds.). *European perspectives on the Common European Sales Law: Studies in European Economic Law and Regulation*, Springer, 2015.
13. Ghelani, Diptiben. "What is non-fungible Token (NFT)? A Short Discussion about NFT Terms Used in NFT", *Authorea Preprints*, 2022. <https://doi.org/10.22541/au.166490992.24247550/v>

14. Gonzalez-Franco, Mar and Tabitha C. Peck. "Avatar Embodiment: Towards a Standardized Questionnaire", *Frontiers in Robotics and AI*, Volume 5, Issue 74, 2018. Doi: 10.3389/frobt.2018.00074
15. Hatami, Sima, Fathollah Rahimi and Ehsan Aghamohammad Aghaei, "Legal Normativity in Novel Technology of Virtual Reality in Universal Gravitar", *Bi-Quarterly Journal of Modern Technologies Law*, Volume 5, Issue 10, 2024, PP 95–118. (In Persian). Doi: 10.22133/mtlj.2024.420296.1253
16. Helberger, N., M. B. M Loos, M., Lucie Guibault, Chantal Mak and Lodewijk Pessers. "Digital Content Contracts for Consumers", *Journal of Consumer Policy*, Volume 36, 2013, PP 37-57. <https://doi.org/10.1007/s10603-012-9201-1>
17. Latif-Zadeh, Mahdiah and Sayyed Mohammad Mahdi Ghabouli Dorafshan, "Introducing Digital Identity in Metaverse, Identifying Related Legal Challenges and Solutions", *Private Law Studie Quarterly*, Volume 53, Issue 2, 2023, PP 349–372. (In Persian) Doi: 10.22059/jlq.2023.353867.1007743
18. Lee, Lik Hang, et al. "All One Needs to Know about Metaverse: A Complete Survey on Technological Singularity, Virtual Ecosystem, and Research Agenda", *Journal of Latex Class Files*, Volume 14, Issue 8, 2021, PP 1-66. <https://doi.org/10.1561/11000000095>
19. Moradi Berelian, Mohammad, "An Introduction to the Implications and Legal Challenges of Metaverse", *Legal Research Quarterly*, Volume 25, Special Issue on Law and Technology, 2022, PP 363–392. (In Persian) Doi: 10.52547/jlr.2022.228286.2279
20. Pagallo, U. "Killers, Fridges, and Slaves: A Legal Journey in Robotics", *AI & Society*, Volume 26, Issue 4, 2011, PP 347–354. <https://doi.org/10.1007/s00146-010-0316-0>
21. Santos Morón, M. J. "Liability Regime for Damages Caused by Defective Products", In: García, Pedro del Olmo and Ana Soler Presas (eds.). *Practicum of Damages*, Aranzadi, 2019. (In Spanish)
22. Yeganeh, Hossein and Fatemeh Famil Sa'edian, "Investigating and Analyzing the Legal Challenges of Avatars in The Metaverse Ecosystem", *Science Cultivation Journal*, Volume 13, Issue 1, 2022, PP 33–41. (In Persian) Doi: 20.1001.1.2008935.1401.13.1.7.0

Cases

23. Nike v. StockX (2023) LLC, 22-CV-00983 (VEC)(SN) (District Court, S.D. New York, Jan. 9, 2023).

Rules & Regulations

24. Artificial Intelligence Act, 2024, Available at: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf> (Accessed: 25 March 2024).
25. Directive of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society.



Original Article

Derogation from Human Rights in States of Emergency: With Particular Emphasis on the Suspension of Elections During the COVID-19 Pandemic in Light of the Case Law of the European Court of Human Rights

Ali Mohamad Fallahzade¹ , Ali Reza'ei²

Highlights

- The Derogation of elections during states of emergency is legitimate only when carried out in accordance with the European Convention on Human Rights and the fundamental principles of human rights.
- Any restriction on electoral processes must be grounded in legality, necessity, proportionality, and non-discrimination, while preserving the very essence of the right to political participation.
- Within their “margin of appreciation”, states are obliged to maintain a fair and effective balance between protecting public health and safeguarding electoral rights throughout every stage of the electoral process.

ABSTRACT

Introduction

During the COVID-19 pandemic, nearly 70 countries have suspended elections or held elections under special conditions. According to Article 15 of the European Convention on Human Rights (Derogation in emergencies), in exceptional cases, it is possible for the governments of member states to waive, under certain conditions, temporarily, limitedly and under supervision, their obligation to ensure certain rights and freedoms protected by law. Derogation that must be lifted after the emergency situation is resolved. Among the rights that may be subject to derogation during a state of emergency is the right to hold elections, which may be temporarily suspended and postponed to a later date. Thus, in this article, the review of cases that have been raised in this regard in the European Court of Human Rights and that the Court has examined on categories such as "emergency situations" has been considered and analyzed.

It can be said elections and the possibility of Derogation, the need to adhere to and observe the principles governing emergency situations are also important and significant in this regard. Derogation of elections in emergency situations is also assessed with the aim of better strengthening and consolidating democracy.

How to Cite: Fallahzade, Ali Mohamad, Reza'ei, Ali, "Derogation from Human Rights in States of Emergency: With Particular Emphasis on the Suspension of Elections During the COVID-19 Pandemic in Light of the Case Law of the European Court of Human Rights", Legal Research, Vol. 29, No. 114, 2026, pp: 181-200.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.239610.2888>

Received: 22/05/2025-Accepted: 11/10/2025

1. Associate Professor, Faculty of Law & Political Sciences, Allame Tabatabaie University, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: fallahzadeh@atu.ac.ir

2. Graduated PHd, Allame tabatabaie university, Tehran, Iran



Copyright: © 2026 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/>).

Although, for reasons such as security issues and considerations, administrative and managerial obstacles, economic problems, psychological and social atmosphere, etc., holding elections does not seem very logical.

Methods

In this article, the authors examine the jurisprudence of the European Court of Human Rights in the form of a case study and examine the principles and components related to holding elections in emergency situations, taking into account the human rights obligations and commitments of the member states of the European Convention. The case law of the Court shows that member states must adapt their approach to each issue in accordance with the principle of proportionality and observance of the fundamental principle of respect for human rights, and those impose restrictions in a way that does not violate the right to political participation. Also, with the Court's new approach to examining cases, especially after the outbreak of the coronavirus, a reasonable balance has been established between the powers of states and the requirements imposed and the protection of human rights. This article attempts to examine these practices and examine the importance of states, both as initiators and as responsible for respecting human rights, taking into account the time and place conditions, which always prioritize the observance of human rights even in unforeseen circumstances, and the analysis of these opinions is innovative in this respect.

Results and Discussions

Any Derogation, halt or unusual holding of elections and distortion of the right to participate in the political affairs of the country must be justified and documented to protect a higher value such as the Right to life. In various opinions, the European Court has considered the necessity of adopting emergency measures to be subject to compliance with Article 15 and other human rights principles. Based on these opinions, Derogation of elections can have substantive limitations such as the existence of a threat and proportionality and non-derogable rights or procedural conditions such as official announcement, time conditions and an emphasis on temporary rather than permanent. Important conditions stated in the opinions of the Court are the necessity of ensuring the principle of proportionality with the measures taken, the principle of compliance with other international commitments, prohibition of discrimination, spatial and temporal justification, the possibility of compensation and the right to appeal to judicial authorities. Based on the rule of official announcement and the principle of reporting, governments are obliged to observe the reporting system during their emergency measures and to document all their affairs and take them based on the law, and the public is aware of them. Derogation must be limited in both time and spatial scope. In some countries, Derogation of elections was limited to specific points. Derogation of elections due to the existence of emergency situations or the creation of restrictions for voters or candidates should not eliminate or limit the fundamental principle of the right to self-determination and the right to participate in the political affairs of the country, and the existence of legal regulations and the establishment of special measures and their anticipation are evaluated precisely in this regard. Some countries undertook to hold elections under the supervision of the European Union, and some others used postal voting conditions and in accordance with the conditions and the "margin of appreciation" of governments in holding elections in compliance with health requirements, which indicates the need for both positive and negative measures. The suspension of human rights is temporary, and after the crisis subsides, governments are obliged to lift restrictions and take positive measures to compensate for the effects of the Derogation.

Conclusion

The European Court of Human Rights jurisprudence also shows that compliance with the principles governing suspension is not limited to holding elections, but also covers all stages from the beginning to the end, as well as the possibility of protesting the election results and the subsequent actions that resulted from this in some of the cases presented. The studies and findings of this article indicate that in the cases presented in the opinions of the European Court of Human Rights, principles and components that can be extracted and emphasized, such as the principle of the need for prior notification (official notification) by member states, the determination of the existence or likelihood of a threat to the life of the nation, the principle of proportionality, the principle of non-discrimination, the principle of respect for non-derogable rights, and time limits, are among the cases that member states must adhere to in emergency situations and the possibility of suspending elections.

Keywords: Derogation of Human Rights, Elections, State of Emergency, European Court of Human Rights Jurisprudence



تعلیق حقوق بشر در وضعیت اضطراری با تأکید بر توقف انتخابات در شرایط کرونایی در پرتو رویه دیوان اروپایی حقوق بشر

علی محمد فلاحزاده^۱، علی رضائی^۲

نکات برجسته

- تعلیق انتخابات در شرایط اضطراری تنها در پرتو موازین کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و اصول بنیادین حقوق بشر، از مشروعیت برخوردار است.
- هرگونه محدودیت انتخاباتی باید بر پایه قانون، ضرورت، تناسب و عدم تبعیض استوار باشد و به گونه‌ای اعمال شود که جوهره حق مشارکت سیاسی مخدوش نگردد.
- دولت‌ها با بهره‌گیری از «حاشیه ارزیابی»، مکلف‌اند در سراسر فرایند انتخابات، میان صیانت از سلامت عمومی و پاسداری از حقوق انتخاباتی، توازنی عادلانه و مؤثر برقرار سازند.

چکیده

در دوران رخداد بیماری کرونا، نزدیک به هفتاد کشور مبادرت به توقف برگزاری انتخابات یا برگزاری انتخابات با شرایط ویژه کردند. مطابق ماده ۱۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (تعلیق در شرایط اضطراری)، در موارد استثنایی، این امکان برای کشورهای عضو وجود دارد که تحت شرایطی، به صورت موقت، محدود و تحت نظارت، رعایت حقوق بشر را به حالت تعلیق درآورد. تعلیق‌هایی که البته پس از برطرف شدن شرایط اضطراری، باید مرتفع شوند. از جمله موارد تعلیق حقوق بشر، حق برگزاری انتخابات است که ممکن است برای مدتی متوقف و برگزاری آن به زمان دیگری موکول گردد. بدین سان، در این مقاله بررسی پرونده‌هایی که در این راستا در دیوان اروپایی حقوق بشر مطرح شده است و پیرامون مقوله‌هایی چون «وضعیت‌های اضطراری» دیوان در خصوص آن رسیدگی کرده است، مورد توجه و تحلیل قرار گرفته است. بررسی‌ها و یافته‌های این نوشتار حکایت از این دارد که در پرونده‌های مطروحه در دیوان اروپایی حقوق بشر، اصولی نظیر اصل لزوم اعلان پیشینی (اعلام رسمی) توسط دولت‌های عضو، احراز وجود یا احتمال وقوع تهدید علیه حیات ملت، اصل تناسب، اصل عدم تبعیض، اصل رعایت حقوق غیرقابل تعلیق و محدودیت زمان‌بندی در زمره مواردی است که دولت‌های عضو باید در شرایط اضطراری و امکان تعلیق انتخابات به آنها ملتزم باشند. همچنین در بسیاری از پرونده‌ها اهمیت قاعده «حاشیه ارزیابی» که مؤید حمایت از حقوق داخلی کشورها و توجه به اقتضائات زمانی و مکانی است، مورد اشاره قرار گرفته است.

کلید واژگان: تعلیق حقوق بشر، انتخابات، شرایط اضطراری، رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر.

استناد به این مقاله: فلاحزاده، علی محمد، رضائی، علی، «تعلیق حقوق بشر در وضعیت اضطراری با تأکید بر توقف انتخابات در شرایط کرونایی در پرتو رویه دیوان اروپایی حقوق بشر»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۴، تیر ۱۴۰۵، صص: ۲۰۰-۱۸۱.

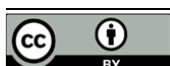
DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.239610.2888>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۳/۰۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۷/۱۹

۱. دانشیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: fallahzadeh@atu.ac.ir

۲. دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران



Copyright: © 2026 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

در بسیاری از اسناد حقوق بشری، و حق حیات و به تبع آن حق بر سلامت ارزشمندترین حق‌های بشری هستند و دولت‌ها باید تدابیری را اتخاذ کنند که در جهت پاسداشت این حق باشد و شرایط اضطراری می‌تواند این حق را آسیب‌پذیر سازد.^۱ در نظام بین‌المللی حقوق بشر، دولت‌ها می‌توانند در راستای پاسداشت از نظم عمومی، امنیت ملی، سلامت یا اخلاق عمومی و یا رعایت حقوق و آزادی‌های دیگران، برخی از حق‌ها و آزادی‌های بشری افراد را طبق قانون محدود سازند. این اختیارات دولت‌ها، نامحدود و بی‌ضابطه نیست. بدین‌سان، خطر سوءاستفاده از اختیارات اعطا شده به دولت و ناگاه کاهش پایش‌ها و نظارت‌های نهادهای پایشگر و ناظر، به ویژه زمانی که این شرایط زمان‌بر شده،^۲ وجود دارد.^۳ بدیهی است که صلاحدید دولت در تشخیص نفع عمومی و تعلیق اجرای شماری از قواعد بین‌المللی حقوق بشر مطلق نبوده و در احاطه قیود شکلی و ماهوی مختلفی قرار گرفته و از قابلیت کنترل قضایی (و یا شبه قضایی) برخوردار است.^۴ از آن‌رو که برگزاری انتخابات در زمره حقوق غیرقابل تعلیق^۵ نیست، ممکن است برای مدت زمانی مشخص متوقف و برگزاری آن به زمان دیگری موکول شود. دولت‌ها در هنگام شرایط اضطراری که در طی یک قرن اخیر وضعیت‌های گوناگونی چون مبارزه با تروریسم، جنگ، نزاع‌های داخلی، آلودگی‌های زیست محیطی، تهدیدهای امنیتی، بحران‌های اقتصادی، بیماری‌های همه‌گیر و اخیراً بیماری «کرونا» بوده است، راهکارهای مختلفی را اتخاذ کرده و این رویکردها را عمدتاً در مسیر پاسداشت حقوق بشر در شرایط فوق‌العاده با حاشیه ارزیابی و صلاحدید خود برگزیده‌اند که در بسیاری از موارد نیز قابل نظارت و پایش بوده است. به‌ویژه آنکه افزون‌بر امکان شکایات در مراجع قضایی داخلی، نهادهای فرامنطقه‌ای یا بین‌المللی مانند دیوان اروپایی حقوق بشر، جایگاهی برای امکان طرح شکایات علیه دولت‌ها توسط افراد را فراهم ساخته‌اند. در مبانی توجیهی اعمال امکان تعلیق موقت این حقوق به مواردی چون منفعت و نفع عمومی، اقتدار و اعمال حاکمیت، نظم عمومی، دفع خطر بالقوه یا حادثه خطرناک اشاره شده است.^۶ تعلیق برخی از حقوق به این مقصود روی می‌دهد که از حقوق با اهمیت‌تری چون حق «حیات» حمایت بیشتری صورت پذیرد و از این حیث پذیرفتنی و قابل دفاع است. به‌عنوان نمونه منع آمد و شد برای کاهش افراد آلوده یا غیرحضور نمودن آموزش یا توقف انتخابات یا غیرحضور شدن آن به‌منظور خطر تهدیدات تنفسی یا مسمومیت‌های استنشاقی است. هدف از برقراری این شرایط نیز این است که دولت‌ها در مسیر بازگشت به حالت عادی سوق داده شوند، جایی که حقوق بشر دوباره می‌تواند به‌طور کامل تضمین شود. بنابراین اگر برپایی این تعلیق‌ها به عادی‌سازی شرایط زیستی نینجامد، توجیه‌پذیر نیست. همچنین، برخی از حقوق و آزادی‌های اساسی مطابق بند دوم ماده ۴ میثاق مدنی سیاسی و ماده ۱۵ پیمان‌نامه اروپایی حقوق بشر و اسناد حقوق

^۱ Qiu, Diana. "Human rights protection under the ICCPR: when can and should States derogate? A critical analysis in the context of New Zealand's COVID-19 response", *International Journal of Human Rights*, Volume 27, Issue 5, 2023, P 844.

^۲ Prolonged emergency

^۳ Mariniello, Triestino. "Prolonged emergency and derogation of human rights: Why the European Court should raise its immunity system", *German Law Journal*, Volume 20, Issue 1, 2019, P 46.

^۴ زمانی، سید قاسم و مرضیه اسفندیاری، «تعلیق اجرای قواعد بین‌المللی حقوق بشر در وضعیت‌های عمومی فوق‌العاده»، فصلنامه پژوهش‌های حقوقی، دوره ۱۶، شماره ۳۱، ۱۳۹۶، ص ۷.

^۵ Non derogable rights

^۶ خسروی، حسن، «ابعاد حقوق بشری مداخلات درمانی و نجات‌بخش اختیاری یا اجباری بیماران کووید ۱۹»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۳، ۱۳۹۹، ص ۴۲۸.

بشری دیگر قابل تعلیق نیستند. حق بر شناسایی به عنوان یک شخص انسانی،^۱ حق حیات، پاسداشت کرامت ذاتی انسانی و منع رفتار غیرانسانی (شکنجه)، رهایی از بردگی، عطف به ماسبق نشدن،^۲ امر مختوم،^۳ آزادی وجدان و مذهب، تابعیت،^۴ حقوق خانوادگی، حقوق کودکان و غیره در زمره این حقوق غیرقابل تعلیق هستند.^۵

تاکنون مقالات و کتب بسیاری درخصوص تعلیق حقوق بشر و همچنین شرایط ناظر بر بیماری کرونا نگاشته شده است، ولیکن این مقاله از این حیث به بررسی رویه دیوان اروپایی حقوق بشر پرداخته است. پرسش اصلی این مقاله این است که آیا دیوان اروپایی در بررسی پرونده‌های مربوط به حقوق ناشی از انتخابات همان الزامات مقرر ماده ۱۵ را لحاظ کرده است یا خیر و آیا در شرایط کرونا این رویه‌ها تغییراتی مشاهده می‌شود؟ فرضیه این پژوهش بر این مبناست که رویه قضایی دیوان نشان می‌دهد دولت‌های عضو باید رویکرد خود را نسبت به هر موضوع به مقتضای اصل تناسب و رعایت اصل بنیادین رعایت حقوق بشر، مبادرت به اعمال محدودیت‌ها کنند؛ به گونه‌ای که حق مشارکت سیاسی تضییع نگردد. همچنین با رویکرد جدید دیوان خصوصاً درخصوص مفهوم «حاشیه ارزیابی»، توازن منطقی میان اختیارات دولت‌ها و اقتضائات وارده و حمایت از حقوق بشر شکل پذیرفته است. این مقاله تلاش دارد تا با بررسی این رویه‌ها به واکاوی این مهم بپردازد که دولت‌ها به عنوان هم واضعین و هم مکلفین رعایت حقوق بشر با لحاظ شرایط زمانی و مکانی باید همواره رعایت حقوق بشر را حتی در شرایط پیش‌بینی نشده نیز سرلوحه خود قرار دهند و تحلیل این آرا از این حیث از این حیث دارای نوآوری است.

در این مقاله پیش از همه، ابتدا به بررسی و تبیین مفهوم و مبنای تعلیق شرایط اضطراری پرداخته خواهد شد و پس از آن اصولی که در آرای دیوان اروپایی در ارتباط با موضوع انتخابات قابل توجه است، تحلیل می‌شود.

۱. مفهوم شرایط اضطراری یا وضعیت‌های فوق‌العاده

مطابق متن کنوانسیون اروپایی حقوق بشر^۶ و برخی اسناد حقوق بشری دیگر،^۷ به هنگام بروز یک وضعیت ویژه همگانی که زندگی ملت را به مخاطره می‌افکند، دولت می‌تواند با اعلام رسمی قبلی و منوط به رعایت ضوابط مقرر، به تعلیق اجرای برخی از قواعد بین‌المللی حقوق بشر مبادرت ورزد. در تعاریف مختلف، «شرایط اضطراری» سه مؤلفه «ناگهانی»^۸ «فوری»^۹ و «پیش‌بینی نشده»^{۱۰} برجسته است^{۱۱} و می‌تواند امکانی برای نقض یا نادیده گرفتن حقوق بشر و تعلیق پشتیبانی‌هایی باشد که در شرایط عادی توسط سازوکارهای حقوق بشری پاسداشت می‌شود. بدین‌سان ابتدا باید شرایط

^۱. The right to recognition as a legal person

^۲. ex post facto laws

^۳. The ne bis in idem

^۴. The right to a nationality

^۵. European Convention on Human Rights, Article 15, Available at: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ENG/

^۶. Ibid.

^۷. به عنوان نمونه ماده ۲۷ کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر، افزون بر تهدید امنیت، تهدید برای استقلال یک کشور را نیز در جمله‌ی موارد وضعیت‌های اضطراری برشمرده است. ن.ک.

American convention on human rights, Article 27. Suspension of Guarantees.

خاطر نشان می‌سازد اصل ۷۹ قانون اساسی ایران صرفاً توقف انتخابات را در زمان جنگ و اشغال نظامی بیان نموده است.

^۸. Sudden

^۹. Urgent

^{۱۰}. Unforeseen

^{۱۱}. Aoláin, 2021, P 7.

اضطراری مشخص شود و سپس با استناد آن به ایجاد و اثبات اتخاذ تدابیر فوق‌العاده تمسک جست. در یک تعریف کلی، احتمال وقوع پیشامدهای اضطراری که هر جامعه‌ای را در معرض مخاطره قرار دهد و موجودیت و بقای آن را با خطر نابودی یا خسارت غیرقابل جبران مواجه سازد و دولت‌ها را در معرض بحرانی قرار دهد.^۱ در طول حیات هر کشور احتمال بروز جنگ، اشغال نظامی، آشوب‌های داخلی، بحران‌های سیاسی، اقتصادی، قحطی، حوادث اجتماعی و حتی طبیعی از جمله پیشامدهایی‌اند که الزامات و شرایط خاصی را در برخورد و گذار از این شرایط طلب می‌کند.^۲ برخلاف میثاقین، کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، هر خطر طبیعی و عرفی را که به پدیداری شرایط اضطراری عمومی منجر شود که جان ملت را تهدید کند نیز جزو مصادیق شرایط اضطراری ذکر نموده است.^۳ اصول سیراکوزا^۴ «وضعیت‌های اضطراری» را تهدید علیه حیات کل ملت تعریف نموده است که تهدیدی علیه تمام یا بخشی از قلمروی تحت حاکمیت دولت بوده را به مخاطره بیندازد.^۵ اعلامیه فنلاند^۶ نیز شناسایی شرایط اضطراری را به دلیل آنکه در این شرایط حقوق بشر در معرض تضییع فزون‌تری است، ضروری اعلام می‌نماید.^۷ به هر روی، واضح است که تراحم اصلی میان حفظ و نگهداشت نظم عمومی و حقوق جمعی و ملی و اعمال اقتدار و درعین حال پاسداشت و حمایت از حقوق فردی و آزادی‌های اساسی است.^۸ در برخی کشورهای اروپایی اعمال شرایط اضطراری در سال‌های اخیر، با نگرش در مواردی چون مبارزه با تروریسم و حفظ امنیت و اخیراً مبارزه با کرونا نمونه‌های قابل توجه‌تری از این تقابل یادشده را پدیدار ساخته است. در برخی از کشورها، دست‌یازی به اهرمی چون بازداشت‌های پیشگیرانه^۹ (مانند موارد متخذه توسط دولت‌ها در مبارزه با تروریسم)، عملاً حمایت از حقوق فردی و آزادی‌های مدنی و حتی «حقوق غیرقابل تعلیق»^{۱۰} را محدود کرده است.^{۱۱} حال آنکه حقوق وضعیت اضطراری، متکفل مقررات، ساختار مدیریتی و رویه‌ها و نحوه اجرای قانون در شرایط اضطراری است.^{۱۲} براین اساس، حق انحراف از تعهدات حقوق بشر از یک‌سو ضامن منافع و مصالح ملی دولت‌هاست و ازسوی دیگر مقید شدن آن به قیود مختلف، نگرانی مخدوش‌سازی حقوق بشر یا امکان سوءاستفاده احتمالی را تا حدودی کاهش

^۱ Taylor, Paul M. "Article 4: Derogation in Times of Officially Proclaimed Public Emergency Threatening the Life of the Nation", *Cambridge University Press*, 2020, P 119.

^۲ Helfer-Burton, Emilie M., Laurence R. Helfer and Christopher J. Fariss. "Emergency and Escape: Explaining Derogations from Human Rights Treaties", *International Organization*, Volume 65, Issue 4, 2011, P 677.

^۳ Nugraha, Ignatius Yordan, "Human rights derogation during coup situations", *International Journal of Human Rights*, Volume 22, Issue 2, 2018, P 199.

^۴ The Siracusa Principles on The Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights.

^۵ زمانی و اسفندیاری، پیشین، ص ۱۲.

^۶ Declaration of Minimum Humanitarian Standards, Åbo Akademi University, in Turku/Åbo, Finland, 30 November – 2 December 1990.

^۷ شرایط ناشی از اضطرار مبتنی بر مؤلفه‌های چهارگانه‌ای چون ۱- وجود خطر بزرگ (تهدید علیه امنیت، بهداشت عمومی، آرامش عمومی)، ۲- عدم امکان دفع خطر به طرق عادی، ۳- به‌کارگیری با هدف تأمین مصلحت عمومی و ۴- اقدام در حدی که ضرورت اقتضا دارد، است (فلاحزاده، علی محمد، *حقوق اداری تطبیقی؛ عدالت رویه‌ای*، تهران: شهردانش، چاپ نخست، ۱۳۹۴، ص ۱۳۲).

^۸ Article 4 (1) of the International Covenant on Civil and Political Rights.

^۹ Preventive detention measures

^{۱۰} Non derogable rights

^{۱۱} Won, Yoomin. "Emergency powers and COVID-19 derogations", *International Journal of Constitutional Law*, Volume 23, Issue 1, 2025, P 114.

^{۱۲} آقابابایی، حسین، «مطالعه تطبیقی حقوق وضعیت اضطراری با نگاهی به مدیریت بیماری کووید-۱۹: از مبانی قانونی تا تجویز مداخله کیفی»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۵، شماره ۱۱۶، ۱۴۰۰، ص ۱.

می‌دهد. امری که دیوان اروپایی نیز وضعیت اضطراری را ناشی از تداوم شرایطی دانسته است که موجودیت و زندگی مردم در خطر جدی قرار دارد.^۱ دیوان اعلام داشت که در شرایط اضطراری، اقدام دولت رومانی در ایجاد «قرنطینه» افراد و تحدید برخی آزادی‌های افراد، از آن‌رو که در جهت پاسداشت از حق حیات جمعیت قابل توجهی از مردم روی داده، امری مطابق کنوانسیون و در جهت تعلیقات مجاز ماده ۱۵ بوده است.^۲ در اصول راهنمای ماده ۱۵، عبارت «جنگ» یا هر نوع وضعیت اضطراری دیگر به هر گونه بحران،^۳ خشونت قابل توجه^۴ یا ناآرامی کوتاه‌مدت^۵ یا بلندمدت را که مردم و جمعیت یک سرزمین را که هویتی مستقلی دارند تهدید می‌کند، داخل در مصادیق «وضعیت اضطراری» است.^۶ بنابراین در صورتی که برگزاری انتخابات به حیات و زندگی افراد جامعه صدمه وارد می‌آورد، امکان تعویق یا تعلیق موقت آن ممکن است.

در تفسیر کلی شماره ۲۹ کمیته حقوق بشر، ذکر شده است که پس از اعلام وضعیت فوق‌العاده، از اعلان وضعیت اضطراری تا اتخاذ تدابیر دیگر، همگی باید مطابق قانون و به طور رسمی بوده و گزارش‌دهی به‌منظور شفافیت نیز توسط کمیته ارزیابی می‌شود.^۷

ماده ۱۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر درخصوص تعلیق در شرایط اضطراری مقرر داشته است: «در زمان جنگ یا سایر شرایط اضطراری عمومی که موجودیت و حیات یک ملت مورد تهدید واقع می‌شود، هریک از دولت‌های متعهد می‌تواند اقداماتی را انجام دهد که از تعهدات خود تا حدی که به جهت اقتضائات ایجاد شده، لازم است، تخطی کند؛ مشروط بر اینکه این اقدامات مغایر با این کنوانسیون نباشد. سایر تعهدات آن تحت قوانین بین‌المللی است. هیچ‌گونه انحرافی از ماده ۲، ۳، ۴ (بند ۱) و ۷ تحت این ماده اعمال نخواهد شد». متن این ماده برگرفته از ماده ۴ میثاق بوده و تأکید بر این وضعیت نشانگر اهمیت آن است.

تا تاریخ ۱۱ ژوئن ۲۰۲۰، حداقل ۶۶ کشور در سراسر جهان تصمیم به تعویق انتخابات ملی یا محلی به‌دلیل بیماری کرونا گرفته بودند، درحالی‌که حداقل ۳۳ کشور تصمیم به تعویق را اجرایی کردند.^۸ بحث این است که قوانین داخلی و خارجی پیش‌بینی لازم برای چنین شرایطی را داشته است؟ انتخابات به‌مثابه فرایند مسالمت‌آمیز و قانونی انتقال قدرت، سازوکاری برای اعمال حق تعیین سرنوشت به‌منظور نیل به نظامی کارآمد و شایسته‌سالار است.^۹ توقف انتخابات در شرایط اضطراری نیز با هدف همین استحکام بهتر و تقویت دموکراسی ارزیابی می‌گردد.^{۱۰} گو اینکه، به دلایلی چون ملاحظات امنیتی، موانع اجرایی، مشکلات اقتصادی و جو روانی و اجتماعی و... برگزاری انتخابات چندان معقول به‌نظر نمی‌رسد. بدین منظور، برای توقف در فرایند انتخابات نیز مانند تعلیق سایر حق‌های بشری، شرایط و اصول کلی تبیین شده است.

^۱. Del Río Prada v. Spain, Oct 2013.

^۲. Terheş v. Romania, no. 49933/20, 2021.

^۳. Crisis

^۴. Substantial violence

^۵. Unrest short of war

^۶. Guide on Article 15 of the European Convention on Human Rights

^۷. Human Rights Committee, general comment No. 29, 2001.

^۸. Rambaud, Romain. "Holding or Postponing Elections During a COVID-19 (France) Case study", *International Institute for Democracy and Electoral Assistance*, 2020, P 9.

^۹. نیکونهاد، حامد و زینب عساکره، «گستره و اقتضائات نظارت استصوابی بر انتخابات»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، دوره ۸، شماره ۲۶، ۱۳۹۸،

ص ۲.

^{۱۰}. ملکوئی هاشجین، سید حسین و فرزاد جنگجوی، «تحلیلی بر توقف انتخابات مجلس شورای اسلامی (موضوع اصل ۶۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران)»، فصلنامه حقوق اسلامی، دوره ۱۱، شماره ۴۱، ۱۳۹۳، ص ۱۳۵.

به منظور بررسی بهتر در خصوص الزامات ناظر بر شرایط اضطراری می توان آنها را بر دو دسته شرایط ماهوی و شرایط شکلی (یا مقید به تشریفات خاص) تقسیم بندی کرد. اصولی چون اصل تهدید استثنایی، اصل تناسب، اصل رعایت سایر تعهدات بین المللی، اصل عدم تبعیض و اصل حقوق غیر قابل تعلیق (ماهیتی) و همچنین شرط زمانی، قانونی بودن، اصل اعلان رسمی و اصل گزارش دهی^۱ در زمره این موارد است.

۲. الزامات و پیش نیازهای شکلی و تشریفاتی امکان اعمال تعلیق برگزاری انتخابات در شرایط اضطراری

شرط لزوم رعایت قواعد آیینی، امر مهمی است.^۲ به عنوان نمونه در قضیه مؤسسه د/رزکیزب علیه ارمنستان، دیوان اروپایی اشاره کرد که مطابق قانون اساسی ارمنستان، رئیس جمهور باید پس از مشورت با رئیس مجلس ملی و نخست وزیر، وضعیت فوق العاده اعلام کند.^۳ در فرانسه، برگزاری انتخابات شوراها به تعویق^۴ می افتد و ظاهری قانونی می یابد؛ چراکه شورای دولتی^۵ به دلیل وضعیت اضطراری ناشی از کرونا آن را مخالف قانون اساسی نمی داند.^۶

۲.۱. رعایت اصل حاکمیت قانون در تعلیق برگزاری انتخابات

یکی از شروط مهم تعلیق، امکان تعلیق به موجب قانون است.^۷ یکی از کارکردهای قانون، محدودسازی قدرت بی حصر و ضابطه است. برخی نویسندگان به همین دلیل اقدام دولت مجارستان در وضع قانونی در دوره کرونا که به دولت و شخص نخست وزیر اختیار وضع هر قانونی را به اراده خود اعطا نموده بود، مطابق مقررات و قواعد ناظر بر شرایط اضطراری نمی دانستند^۸ و افزون بر شرط صوری (حاکمیت قانون)، از زاویه ماهوی، قانون وضع شده در این شرایط نیز نباید خود نافی قواعد و اصول کلی قانونگذاری باشد که به نقض جدی حقوق بشر بینجامد.^۹ در مقابل وضع قانونی در ایالت باواریای آلمان^{۱۰} به هنگام بیماری کرونا در آن امکان رأی پستی وجود داشت، مناسب ارزیابی شده است و حتی میزان مشارکت

^۱. محبی، داود، سید علی اصغر رحیمی و پروین زارعی، «تعلیق حقوق بشر در وضعیت های اضطراری؛ هم سنجی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی»، فصلنامه پژوهش حقوق تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۱۰، شماره ۳۵، ۱۴۰۲، ص ۲۴۱.
^۲. اصل ۶۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اشاره نموده که امکان توقف انتخابات منوط به پیشنهاد رئیس جمهور و تصویب سه چهارم مجموع نمایندگان و تأیید شورای نگهبان است.

^۳. Dareskizb v. Armenia, no. 61737/08, 21 September 2021.

^۴. Postponement

^۵. The Conseil d'Etat (Council of State)

^۶. Rambaud, Op. Cit., P 8.

^۷. شرط قانونی بودن صرفاً یک شرط شکلی نیست و برخی از آرا دیوان نشان می دهد که هر قانونی نیز مورد پذیرش نیست.

^۸. پارلمان مجارستان مجموعه جدیدی از اقدامات کرونا را تصویب کرد که شامل مجازات های زندان برای انتشار اطلاعات نادرست است و هیچ محدودیت زمانی مشخصی برای وضعیت اضطراری که به نخست وزیر ملی گرا، ویکتور اوربان، اجازه می دهد با فرمان حکومت کند، قائل نیست. Hungary passes law that will let Orbán rule by decree, <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/30/hungary-jail-for-coronavirus-misinformation-viktor-orban>

^۹. Stefanovska, Vesna. "Derogation of Human Rights Rules in Times of Emergency", *Cambridge International Law Journal*, 2020, P 2.

^{۱۰}. در آلمان، تصویب قواعد خاص شرایط اضطراری با بوندستاگ است. همچنین، مطابق مواد ۸۱ و ۱۰۴ قانون اساسی، رئیس جمهور فدرال به همراه شورای فدرال در صورت وجود وضعیت اضطراری می توانند قوانینی را به تصویب برسانند. ن.ک.

Greer, Steven C. "The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion Under the European Convention", *Journal of Human Rights*, Volume 88, 2000, P 40.

را نیز ارتقا بخشید.^۱ (در حالی که برخی دیگر از ایالات مانند «هسن»^۲ و «ساکسنی»^۳ برگزاری انتخابات را با درنگ بیشتری به تعویق انداختند).^۴ به هر روی، برگزاری انتخابات در بسیاری از زمان‌ها در حین یا پس از یک وضعیت اضطراری عمومی لازم می‌آید و بیش از همه پیش‌بینی قانونی برای رعایت آن در شرایط ضروری است. چراکه وقوع برخی کودتاها یا انقلاب‌ها به شرایط اضطراری انجامیده و انتخابات و رأی مردم، محملی برای تغییر وضع پیشین به وضعیت سیاسی دیگری است و در این حالت است که اتفاقاً برگزاری انتخابات در وضعیت‌های اضطراری سازوکار خاصی را طلب می‌کند.

۲.۲. حاشیه ارزیابی و لزوم رعایت سلسله‌مراتب شکایت در دادگاه‌های داخلی و دیوان اروپایی

حقوق بشر

نکته‌ای که در بررسی رویه دیوان اروپایی قابل توجه است این امر است که مطابق آرای متعدد صادره از دیوان اروپایی حقوق بشر، شرط لازم و مهم برای استماع دعاوی، طی نمودن مراحل شکایت بدو در دادگاه‌های داخلی^۵ کشورها و نهایتاً امکان طرح در دیوان اروپایی است. مطابق ماده ۳۵ کنوانسیون، دیوان فقط می‌تواند درخواست‌هایی را بررسی کند که شکایات ارائه شده به آن ابتدا در دادگاه داخلی مطرح شده است و دیوان در این موارد قائل به این است که باید هر مورد را به‌طور خاص بررسی کند. به‌عنوان نمونه در حالی که دادگاه قانون اساسی فرانسه^۶ طی یک رأی اعلام داشت که در شرایط اضطراری، اعمال «حبس خانگی» تعیین شده در لایحه جدید ضد تروریسم، مطابق با قانون اساسی این کشور است،^۷ دیوان اروپایی حقوق بشر در رأی صادره سال ۲۰۲۱، که نخستین رأی در خصوص «ویروس کرونا» بود، زندانی کردن محکوم‌علیه در کنار افراد «قرنطینه کرونایی» را نقض ماده ۳ کنوانسیون تلقی کرده است.^۸ دیوان، همچنین، ادعاهای کلی بدون ذکر موارد نقض حقوق بشر را مردود اعلام داشته و به‌عنوان نمونه در دعاوی «لومیلوکس» علیه دولت فرانسه، اقدامات دولت را در تدوین اصول و برخی محدودیت‌های کلی موقتی مورد تأیید قرار داده است.^۹ در پرونده «زامبرانو» علیه فرانسه نیز که دیوان بیان داشت که درخواست وی به جهت عدم ذکر دقیق چگونگی تضییع حقوق فردی و نادیده انگاشتن صلاحیت‌های دولتی قابل پذیرش نیست.^{۱۰} بنابراین دعاوی انتخاباتی نیز باید ابتدا مراحل داخلی را طی کند.

در رأی دیگری از دیوان اروپایی که پس از اعلام وضعیت اضطراری در کشور ارمنستان (به دنبال اعتراض برخی مخالفان به نتایج انتخابات ریاست‌جمهوری سال ۲۰۰۸ که به کشته شدن عده‌ای از شهروندان) و انحراف از برخی حقوق بشر بود، مطرح شد. نهایتاً پس از کش و قوس‌های متعدد، به دلیل برخی نقض حقوق‌های ناشی از برگزاری انتخابات غیرآزاد، شکایاتی

^۱ Radjenovic, Anja. "Coronavirus and elections in selected Member States", *EPRS* 2020, Available at: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/651969/EPRS_BRI\(2020\)651969_EN.pdf5](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/651969/EPRS_BRI(2020)651969_EN.pdf5)

^۲ Hessen

^۳ Saxony

^۴ Ibid.

^۵ Domestic Remedies

^۶ فرانسه، در تاریخ ۱۸ مارس ۲۰۲۰ قوانینی اضطراری برای مقابله با اپیدمی کووید ۱۹ را به تصویب رسانید. این قوانین محدودیت‌های خاصی بر آمد و شد، آموزش و تحصیل، برگزاری تجمعات و حتی مواردی چون نحوه‌ی اخذ آرا و... پدیدار ساخت.

^۷ Constitutional Court] decision No. 2017-691QPC, Feb. 16, 2018.

^۸ Feilazoo v. Malta

^۹ Le Mailloux v. France

^{۱۰} Zambrano v. France, October 2021.

در دادگاه‌های داخلی این کشور و همچنین دادگاه قانون اساسی^۱ این کشور مطرح شد که به دلیل شرایط متقاضی (که فقط مقامات حق شکایت از تصمیمات رئیس‌جمهور را در دادگاه قانون اساسی دارند) دعوا رد شد. دیوان اروپایی در این پرونده بررسی کرد که آیا تصمیم اعلام شرایط اضطراری توسط رئیس‌جمهور مخالف قانون اساسی این کشور بوده است یا خیر؟ و استدلال کرد که اعلام شرایط اضطراری و محدودیت‌های اعمال‌شده نه به تثبیت و کاهش تنش‌ها در جامعه پس از انتخابات و رویداد اول مارس کمک کرده و نه باعث تقویت نهادهای دموکراتیک شده است.^۲

براساس قاعده «حاشیه صلاحدید» و همچنین اصل احترام به استقلال و حاکمیت دولت‌ها، امکان طرح شکایت مستلزم رسیدگی بدوی در مراجع قضایی یا اداری داخلی کشورها و سپس دیوان اروپایی است. سازوکار امکان طرح شکایت نیز باید مشخص، قانون‌مند و مطابق قواعد و اصول کلی حقوق باشد. در دعوای «ماگمانگانگو» علیه دولت بلژیک، دیوان اروپایی اعلام داشت که رسیدگی به منازعات و اعتراضات انتخاباتی، باید توسط یک نهاد مستقل و بی‌طرف صورت پذیرد و ارجاع چنین دعوای به خود مجلس به‌عنوان قاضی رسیدگی‌کننده، با استانداردهای تعریف شده دادرسی منصفانه، همخوانی و انطباق کامل ندارد.^۳ درحالی‌که دیوان اروپایی در آرای دیگری صلاحیت نهادهای اداری در رسیدگی به اعتراضات انتخاباتی را مورد تأیید قرار داده و این امر را به صلاحدید دولت‌ها واگذار کرده است. از نظر دیوان اروپایی، دادگاه‌های قانونی اساسی که در بسیاری از کشورها متکفل رسیدگی به دعوای انتخاباتی هستند، چه از حیث دادرسی کلان و انطباق با خود قانون اساسی (گرجستان) و چه به‌صورت جزئی‌تر (آذربایجان) با اصول و استانداردهای کنوانسیون اروپایی مغایرتی ندارند. در پرونده مطروحه علیه دولت رومانی، این دولت در پاسخ به اعتراض شاکی به‌جانبدارانه بودن نهاد رسیدگی‌کننده، اعلام داشت که نهاد مزبور دارای قضات مستقل و بی‌طرفی دیوان عالی این کشور است که به‌صورت تصادفی و اتفاقی برگزیده می‌شوند و دیوان اروپایی نیز این حاشیه ارزیابی را برای دولت به رسمیت شناخت.^۴ در پرونده «دارشکیزب» علیه ارمنستان، دیوان اروپایی بیان داشته دولت‌ها دارای حاشیه «ارزیابی گسترده»^۵ برای بررسی و اعلام شرایط اضطراری هستند و این امر را به خود دولت‌ها واگذار کرده‌اند ولیکن آنها در اعلام این شرایط نامحدود^۶ نیستند.^۷ وجود خطر عمومی فوق‌العاده به دولت صلاحدید نامحدودی اعطا نمی‌کند که از تعهدات حقوق بشری خود به کلی رها گردد.^۸

۲.۳. محدودیت زمانی

چه در حقوق داخلی کشورها و چه در اسناد بین‌المللی، وجود برخی محدودیت‌های ضروری عموماً مقید به «زمان» شده است. یکی از مقاصد این است که نهاد ناظر بتواند در بازه زمانی تعیین شده برای برگزاری انتخابات، نظارت خود را بر تمام فرایندهای انتخابات اعمال کند. این تعلیق‌ها، صرفاً تحت شرایطی «موقت» ممکن است و به هیچ عنوان وضعیتی دائمی نخواهد بود. اسپانیا، در ۱۸ مه ۲۰۲۰، پس از وضعیت اضطراری بهداشتی ناشی از همه‌گیری ویروس کرونا به‌طور رسمی اعلام داشت که ایالت «باسک» انتخابات پارلمانی خود را به تعویق انداخته و آن را در ۱۲ ژوئیه ۲۰۲۰ برگزار

1. Constitutional Court

2. Dareskizb Ltd v. Armenia, Op. Cit.

3. Mugemangango v. Belgium, 10 July 2020.

4. Grosaru v. Romania, 2 March 2010.

5. A wide margin of appreciation

6. Unlimited discretion

7. Dareskizb Ltd v. Armenia, Op. Cit.

۸. زمانی و اسفندیاری، پیشین، ص ۹.

می‌کند.^۱ همچنین در دعوای دیگری که علیه دولت اوکراین در دیوان اروپایی به هنگام شرایط اضطراری ناشی از درگیری‌های مسلحانه در ایالات «دونتسک»^۲ و «یوهانسک»^۳ ایجاد شد، به انجام اقدامات به صورت فوری و شتابان و زمان مشخص در جهت کنترل وضعیت‌های اضطراری اشاره شده است.^۴ در ۱۹ مارس ۲۰۲۰، شورای اروپا یک اطلاعیه از کشور مولداوی دریافت کرد که از اعلام وضعیت اضطراری (ناشی از بیماری کرونا) به مدت ۶۰ روز، آگاهی یافت.^۵ در پرونده دیگری در دیوان اروپایی، شرکتی علیه دولت سوئیس طرح دعوا کرد که در آن دارایی‌های شرکت از جمله وجوه سپرده شده در بانک‌های سوئیس، توسط دولت سوئیس مصادره شد. شکایات داخلی آنها در دادگاه‌های این کشور نیز به نتیجه نرسید و پرونده نهایتاً در دادگاه اروپایی مطرح شد. دولت سوئیس در دادگاه افزون بر قطعنامه‌های صادره از شورای امنیت، به شرایط اضطراری و وضعیت غیرقابل تمایز دارایی‌های وی و سایر مقامات مسئول استناد کرده بود. در استدلالات موجود در رأی صادره از دیوان، شرط محدود بودن زمان بهره‌گیری از شرایط تعلیقی متذکر شده است و بخشی از این رأی دیوان صراحتاً ابراز داشت که محدود نمودن حقوق افراد به استناد شرایط اضطراری محدود به زمان مشخص و تعریف شده است.^۶

۲.۴. اعلان پیشینی

هم مطابق متن کنوانسیون و هم در رویه، کشوری که از این حق انحراف استفاده می‌کند، باید دبیرکل شورای اروپا را کاملاً در جریان قرار دهد. دو مؤلفه پاسداشت «حقوق غیرقابل تعلیق» و ایفا و انجام تعهدات ایجابی نظیر «اعلان رسمی»^۷ مورد تأکید قرار گرفته است. مطابق بند سوم ماده ۱۵، هر دولت متعهد که از این حق انحراف استفاده کند، دبیرکل شورای اروپا را به‌طور کامل از اقدامات و دلایل آن مطلع خواهد کرد. فرانسه نخستین بار در سال ۲۰۱۵ (پس از وقوع حملات تروریستی) از آن استفاده کرد^۸ و به دبیرکل گزارش اعمال شرایط تعلیقی و اعمال شرایط اضطراری را اطلاع‌رسانی کرد. دولت ایتالیا به دلیل شرایط اضطراری ناشی از بیماری کرونا، ناچار شد که مدت برگزاری انتخابات برای کرسی‌های مجلس سنا را که باید در ۹۰ روز برگزار گردد، به ۲۴۰ روز افزایش دهد و آن را رسماً اعلان کرد.^۹ در این کشور سه بار انتخابات به تعویق افتاد.^{۱۰}

در سال ۲۰۲۰، دولت فرانسه به دلیل شرایط ناشی از بیماری همه‌گیر کرونا، اعلام داشت که دور دوم انتخابات شهرداری را به ۲۱ ژوئن به تعویق می‌اندازد.^{۱۱} دولت به دلیل برگزیدن شیوه‌های خاص در برگزاری دور نخست انتخابات، مورد انتقاد قرار گرفته است، حتی در شرایطی که محدودیت‌های سخت‌گیرانه‌ای را بر زندگی عمومی در تلاشی سخت‌گیرانه برای

^۱. Radjenovic, Op. Cit., P 7.

^۲. Donetsk

^۳. Luhansk

^۴. Khlebik v. Ukraine, 2017.

^۵. Withdrawal of derogation No. FRA-CoE/352/175, Moldova, 29 April 2021.

^۶. Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland, 2016.

^۷. Officially proclaimed

^۸. Reporting France's reservations from the Convention

^۹. Radjenovic, Op. Cit.

^{۱۰}. Ibid, P 10.

^{۱۱}. France set to postpone second round of local elections over coronavirus fears, Issued on: 16/03/2020, Available at: <https://www.france24.com/en/20200316-france-set-to-postpone-second-round-of-local-elections-over-coronavirus-fears>

کاهش سرعت انتشار ویروس‌ها اعمال کرده بود.^۱ بحران شیوع کرونا در مقدونیه شمالی منجر به این امر شد که دولت طی یک بیانیه، اعلام شرایط اضطراری کرد و برگزاری انتخابات نیز تا پایان رفع شرایط ویژه، به تعویق افتاد.^۲ در پرونده «ارسلان آلتان» علیه دولت ترکیه، دیوان اروپایی این امر را مورد تأیید قرار داد که «اعلان رسمی همگانی» از سوی ترکیه، نشانگر آن است که وضعیت اضطراری به منظور مقابله با خطرات شدید ناشی از تلاش برای کودتای نظامی برای پاسداشت از زندگی ملت اعلام شده، ضروری و لازم بوده است.^۳

در رأی دیگری که در سال ۲۰۲۱ از دیوان اروپایی حقوق بشر صادر شد، یک روزنامه‌نگار به دلیل اعلان شرایط اضطراری و فوق‌العاده توسط دولت ارمنستان به این دادگاه شکایت نمود. قضیه این گونه بود که پس از انتخابات، گروهی از معترضین به نتایج انتخابات در میدان مرکزی شهر ایروان تظاهراتی برگزاری کردند که به زدوخورد جدی منجر شد و مسئولین حکومت را مجبور کردند که بیست روز «وضعیت فوق‌العاده» اعلام و تظاهرات و تجمعات و آمدوشد گروهی را کنترل و در مواردی ممنوع کنند و حتی برگزاری جلسات نیز ممنوع اعلام شد. با این همه، متهم (روزنامه‌نگار) بدون توجه به اعلان یاد شده وارد میدان مرکزی شده و با گروهی از معترضین ممنوعیت‌های اعلامی را نقض می‌کند و بلافاصله توسط پلیس بازداشت می‌شود. نهایتاً طی فرایندی در دادگاه‌های داخلی محکوم شده و از این آرا به دیوان شکایت می‌کند. دیوان ابتدا بررسی کرد که آیا اعلان شرایط اضطراری توسط ریاست‌جمهوری مطابق واقع و منطبق با کنوانسیون بوده یا خیر؟ از آن رو که دولت ارمنستان پیش‌تر اعلان شرایط اضطراری را به دبیرکل اعلام داشته و شرایط اضطراری را محدود به نقاط محدودی از شهر ایروان نموده و مقررات ماده ۱۵ به درستی اجرا شده، قضات دیوان اروپایی اقدام دولت ارمنستان را از این حیث قابل قبول می‌داند. هرچند مقامات دولتی به جهت نقض حق برگزاری مسالمت‌آمیز تظاهرات، نهایتاً محکوم به پرداخت غرامت به روزنامه‌نگار یاد شده می‌شود.^۴

۲.۵. اصل گزارش‌دهی

مطابق بند سوم ماده ۱۵ کنوانسیون اروپایی، کشوری که حقوق بشر را به حالت تعلیق در آورده، باید درخصوص شرایط و دلایل وضعیت اضطراری و اقدامات صورت گرفته در بازه زمانی که وضعیت اضطراری آغاز شده است تا پایان این روند، اطلاع‌رسانی کند. همچنین، مطابق تفسیر کلی شماره ۲۹ کمیته حقوق بشر افزون بر گزارش‌دهی، شرط فوری بودن گزارش نیز بیان شده است.^۵ ده کشور اروپایی (لتونی، رومانی، ارمنستان، جمهوری مولداوی، استونی، گرجستان، آلبانی، مقدونیه شمالی، صربستان و سن‌مارینو) پس از اعلان رسمی «وضعیت اضطراری» گزارش‌هایی را نیز به دبیرکل ارسال داشتند.^۶ صربستان در ژانویه ۲۰۱۹ به دلیل شیوع بیماری کرونا وضعیت آشفته‌ای را در برگزاری انتخابات پارلمانی فراروی خویش نظاره نمود؛ به گونه‌ای که تعویق انتخابات با تحریم اپوزیسیون همراه بود و نهایتاً انتخابات با نظارت کارشناسان اتحادیه اروپا برگزار شد. با این همه، گزارش‌های ارسالی دولت صربستان نشان داد که ترس از شیوع بیماری، مشارکت در انتخابات را به کمتر از ۵۰ درصد کاهش داد و نهایتاً حزب حاکم پیروز اصلی انتخابات شد.^۷ مشابه این وضعیت در مقدونیه

^۱ Rambaud, Op. Cit.

^۲ Zamfir, Ionel. "Impact of the pandemic on elections around the world", *EPRS*, 2020, P 8.

^۳ Alparslan Altan v. Turkey, no. 12778/17, 16 April 2019.

^۴ Barseghyan v. Armenia, no. 17804/09, 21 September 2021.

^۵ Human Rights Committee, General Comment, No. 29.

^۶ Azizi, Abdollah. "Derogation of Human Rights and Freedoms in RNM during the State of Emergency Caused by COVID-19", *SEEU Review*, Volume 15, Issue 1, 2020, P 25.

^۷ Zamfir, Op. Cit., P 7.

شمالی بود که نابسامانی در برگزاری انتخابات و عدم اقبال اتحادیه اروپا از نحوه برگزاری انتخابات مطابق گزارش‌های ارسالی، به استعفای نخست‌وزیر این کشور در سوم ژانویه ۲۰۲۰ انجامید.^۱

۳. شرایط ماهوی: لزوم احراز شرایط اضطراری و نیاز به انجام اقدامات تعلیقی

برخلاف شرایط شکلی و آیینی که پیش‌تر بیان شد، برخی شروط به‌صورت ماهوی و ماهیتی قابل بحث بوده و رویه‌های دیوان نشان می‌دهد عدم رعایت شرایطی چون منع تبعیض در برگزاری انتخابات، اصل تناسب و بررسی موازنه اقدامات اتخاذی تعلیقی با حق تعیین سرنوشت و اصل رعایت سایر تعهدات و حقوق بشر در برگزاری انتخابات از جمله مهم‌ترین مواردی است که در پرونده‌های مطروحه در دادگاه استراسبورگ بررسی شده است.

۳.۱. منع تبعیض

براساس ماده ۴ میثاقین، شرط مهم و قانونی دیگر امکان تعلیق، منع تبعیض است. تبعیضی که بر اساس نژاد، رنگ، جنسیت، زبان، منشأ مذهبی یا اجتماعی و غیره باشد، مخالف ماده مزبور است. همچنین در نظریه تفسیری کمیته حقوق بشر باید علاوه بر وجود وضعیت‌های فوق‌العاده، تدابیر اتخاذی نیز متناسب و درعین حال بدون هرگونه تبعیض و نابرابری روا داشته شود^۲ و در رویه دیوان، اتخاذ تدابیر تعلیقی به هیچ عنوان مشمول قاعده منع تبعیض و اصل برابری نمی‌شود^۳ و برگزاری انتخابات برای همه گروه‌ها و افراد در یک بازه زمانی به‌صورت یکسان باید رعایت شود. برخی اقدام دولت فرانسه در تعویق برگزاری انتخابات را دارای این انتقاد می‌دانند که این کشور انتخابات برخی شهرها را به تعویق انداخته است و بحران کرونا کاملاً سراسری بوده است و همچنین این امر حتی درخصوص برگزاری دور دوم انتخابات صورت پذیرفته است.^۴ در مقابل، مقامات فرانسه استناد به این امر می‌کنند که شیوع کرونا در بازه‌های زمانی مختلف متفاوت بوده و البته در برخی شهرها نیز گستردگی بیشتر داشته است و بر روند رأی‌گیری مؤثر بوده است.^۵ در آلمان، انتخابات شهرداری باواریا در ۱۵ مارس ۲۰۲۰، با بیش از ۱۰ میلیون رأی‌دهنده، به‌رغم اینکه شهر «بایرن» یکی از بالاترین میزان آلودگی ناشی از کرونا را داشت، دور اول انتخابات شهرداری را طبق برنامه با رعایت قوانین بهداشتی دقیق (اقداماتی نظیر بهره‌گیری از وسایل ضد عفونی، ماسک و حتی خودکار شخصی)، برگزار شد.^۶ دور دوم انتخابات نیز با افزودن امکان رأی پستی^۷ متعاقباً برگزار و قانونی نیز در این ارتباط تصویب شد تا صورت قانونی نیز یافته باشد و نمونه شایسته برگزاری انتخابات در شرایط اضطراری بود.^۸

۳.۲. اصل تناسب اتخاذ تدابیر خاص در شرایط اضطراری

بحث بر سر این امر است که در تزامن میان برگزاری انتخابات یا تعلیق آن کدام برای جامعه مفیدتر و مهم‌تر است (اهم و مهم). امری که در یکی از آرای دیوان نیز ذکر شده است که علت «انحراف از حقوق بشر» باید متناسب و موجه بوده و

^۱ Ibid.

^۲ General Comment, No. 29.

^۳ A. and Others v. the United Kingdom [GC], no. 3455/05, ECHR 2009.

^۴ انتخابات در دور اول بدون اعلام شرایط اضطراری برگزار و دور دوم با اعلان رسمی مقامات، به تعویق افتاده است.

^۵ Rambaud, Op. Cit.

^۶ Radjenovic, Op. Cit., P 5.

^۷ Postal vote

^۸ Ibid.

وضعیت اضطراری باید متناسب با هدف و غایت تعلیق و همچنین واقعی یا قریب‌الوقوع^۱ باشد، تا جایی که تداوم حیات سازمان‌یافته جامعه در معرض خطر قرار گیرد و به‌طور گسترده‌ای بر کل ملت تأثیر بگذارد.^۲ منظور از تناسب، هماهنگی اقدامات صورت‌پذیرفته با اهداف و غایات مدنظر است. انواع غایات نهفته در پس تصمیمات اداری را می‌توان بر سه معیار دسته‌بندی کرد: ۱. تحقق نفع عمومی، ۲. احترام به قاعده تعیین اهداف و ۳. احترام به تدابیر اجرایی تعیین شده.^۳ بنابراین متناسب بودن اقدامات دولت در تعلیق حق بر انتخابات را باید با معیارهایی ارزیابی کرد. اقدام دولت نباید بیش از آن حدی باشد که برای تحقق یک هدف عمومی مهم، لازم است. همان‌گونه که لرد دیپلاک در پرونده «آر. علیه گلداسمیت» توضیح داده است، اصل تناسب اجازه نمی‌دهد برای شکستن فندق از پتک استفاده شود.^۴ در دعوای مطروحه در دیوان اروپایی علیه دولت فنلاند، شکایت شاکی درخصوص بازداشت پیشگیرانه توسط دولت و عدم تناسب در اقدامات اتخاذی، متناسب تلقی و شکایت فرد مردود اعلام شد.^۵

نکته دیگر اینکه اصل تناسب با ضرورت اقدامات تعلیقی متفاوت است. در رویه دیوان اروپایی حقوق بشر این امر بررسی می‌شود که تا «چه میزان و درجه‌ای» مقررات راجع به شرایط اضطراری را اجرایی کرده است. بدین‌سان، اگر دولت‌ها اختیاری برای تعیین وضعیت اضطراری داشته باشند، دادگاه‌های بین‌المللی با اعمال اصل تناسب، ضرورت اقدامات اتخاذ شده برای مواجهه با آن را بررسی خواهند کرد.^۶ در پرونده دیگری علیه ترکیه، شاکی مدعی بود که هیچ‌گونه شرایط ویژه و خاصی بر کشور حکمفرما نبوده است و نسبت به غیرموجه بودن بازداشت در جریان پس از انتخابات معترض بود. دولت به احتمال وقوع کودتا اشاره کرد. دادگاه اروپایی حکم داد که هیچ‌کدام از شرایط اضطراری نظیر جنگ و محاصره اقتصادی و... وجود نداشته و حیات افراد نیز در معرض خطر نبوده و بنابراین مسئولین قضایی حق بازداشت وی را نداشته‌اند.^۷ در دوران کرونا فرانسه دو بار انتخابات محلی را در سال ۲۰۲۰ به دلیل ترس از شیوع کرونا متوقف کرد. این تصمیم با حمایت رئیس‌جمهور و کمیته‌ای موسوم به «شورای علمی کووید-۱۹» بود که بررسی کرد که آیا امکان برگزاری انتخابات وجود دارد یا خیر و پاسخ آن حتی برای آسیب‌پذیرترین افراد (در شرایط خاص و با تطبیق با روش‌های رأی‌گیری) مثبت بود.^۸

۳.۳. اصل رعایت سایر تعهدات بین‌المللی

حقوق بشر مقوله‌ای جهان‌شمول و همه حق‌های بشری دارای اهمیت هستند. مطابق تفسیر کلی شماره ۲۹ کمیته حقوق بشر اقدامات دولت‌ها در تعلیق حقوق بشر نباید در تناقض با تعهدات دیگر دولت‌های عضو، باشد.^۹ دیوان اروپایی در یک رأی^{۱۰} درخصوص شرایط کرونا بیان داشت که تعلیق حقوق بشر نباید حقوق افراد به‌ویژه حریم خصوصی آنان را نقض

^۱. Actual or imminent

^۲. Dareskizb Ltd v. Armenia, Op. Cit.

^۳. فلاحزاده، پیشین، ص ۱۰۴.

^۴. هداوند، مهدی، *حقوق اداری تطبیقی*، جلد ۲، تهران: سمت، چاپ نهم، ۱۴۰۳، ص ۵۷۰.

^۵. Lawless v. Ireland

^۶. Lebre, Audrey. "COVID-19 pandemic and derogation to human rights", *Journal of Law and the Biosciences*, Volume 7, Issue 1, 2020, P 14.

^۷. Ahmet Hüsrev Altan v. Turkey, no. 13252/17, 13 April 2021.

^۸. Rambaud, Op. Cit.

^۹. Committee, general comment No. 29.

^{۱۰}. Glukhin v. Russia, Application no. 11519/20.

کند.^۱ بدین سان، حق در شرکت در انتخابات نباید به بهانه شرایط اضطراری به کلی تعلیق یا خدشه دار شود. البته همواره دیوان اروپایی بیان داشته است، دولت‌ها در این زمینه تا حدودی حاشیه ارزیابی دارند و در بررسی موارد مطروحه، هر مورد باید باتوجه به شرایط، جداگانه ارزیابی و رسیدگی شود. از این منظر، به نظر می‌رسد که اقدام دولت فرانسه در تعویق برگزاری انتخابات شهرداری‌ها در سال ۲۰۲۰ که در راستای اصل ثبات برگزاری مستمر انتخابات بوده و امکان شرکت گسترده‌تر و همگانی مردم را فراهم آورده است، نباید منفی نگریسته شود. گو اینکه در برخی شهرها، تعویق انتخابات، میزان مشارکت را افزایش داد و به نظر می‌رسد که گامی در جهت تقویت و احترام به حق تعیین سرنوشت بوده است.^۲ در نمونه دیگر، در کشور لهستان و به دلیل شیوع کرونا، انتخابات به صورت الکترونیک و غیرحضور (پستی) برگزار شد که به نظر برخی حق شرکت در فرایند رأی‌گیری و برگزیده شدن را نقض کرده و اقدامات دولت در احترام به این حق، غیرموفقیت‌آمیز تلقی شده است و شرایط نابرابر و مساعدتری را برای حزب حاکم فراهم ساخت.^۳ از نظر سازوکارهای حقوق بشری دیوان اروپایی صرفاً رعایت حقوق بشر در زمینه اعمال محدودیت‌ها و تعلیق حقوق، الزامی نیست، بلکه وقوع بیماری همه‌گیر در این کشورها نشان می‌دهد آنان باید جنبه‌های حمایتی و مراقبت‌های بهداشتی بیشتری را اتخاذ کنند و این همان برداشتن گام‌هایی^۴ در رعایت حقوق بشر پس از مهار بیماری کروناست.^۵ همه حق‌های بشری به یکدیگر مرتبط‌اند و باید توأمان مراعات شوند و این ورای هرگونه تعلق قومیتی و جمعیت جغرافیایی و مبنای ماهوی وضعیت اضطراری مربوط می‌شود.^۶

دیوان اروپایی در برخی آرا اشاره داشته است که دولت‌ها باید افزون بر اقدامات سلبی نظیر منع دخالت در حق تعیین سرنوشت، اقدامات ایجابی در خصوص انجام انتخابات را صورت دهند. این امر به عنوان نمونه در دعوای ایرلند علیه بریتانیای کبیر و برخی دیگر از پرونده‌های دادگاه استراسبورگ مورد اشاره قرار گرفته است.^۷

۴. رفع تعلیق و لزوم برگزاری انتخابات

در نهایت جملگی تدابیر اتخاذی و رعایت جوانب امر، باید شرایطی را برای احترام و پاسداشت از حق مشارکت سیاسی مردم پدیدار سازد. بدین سان، هدف غایی برگزاری انتخابات در نهایت سلامت و امکان رقابت است. در خصوص اقدامات پس از رفع شرایط اضطراری، رفع تعلیق و برگزاری انتخابات درباره اختتام وضعیت‌های اضطراری باید گفت انقضای مدت تعیین شده به منزله خاتمه یافتن حیات قانون محدودیت‌های ضروری و غیرقابل استناد بودن آن است. ولی به هر حال نمی‌توان از اثر مفید اعلام رسمی خاتمه وضعیت‌های اضطراری چشم پوشید؛ به این معنا که اعلام رسمی اختتام وضعیت‌های اضطراری، مهر تأییدی بر بازگشت جامعه به حالت عادی و بهره‌مندی افراد از حقوق معلق شده است.^۸ مطابق فراز پایانی بند سوم ماده ۴ میثاقین، و در تاریخی که به این انحراف‌ها خاتمه می‌دهند، مراتب را به وسیله اعلامیه جدیدی

^۱ Cocito, Cristina, Glukhin v. Russia: facial recognition considered highly intrusive, 2024, Available at: <https://strasbourgobservers.com/2024/01/09/glukhin-v-russia-facial-recognition/>

^۲ Rambaud, Op. Cit., P 9.

^۳ Vashchanka, Vasil, Political manoeuvres and legal conundrums amid the COVID-19 pandemic: the 2020 presidential election in Poland, Case study, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2020,

^۴ Take steps

^۵ Lebret, Op. Cit.

^۶ Human Rights Committee, general comment No. 29, 2001, para. 7.

^۷ Ireland v. the United Kingdom, 1978 & Jeronovičs v. Latvia [GC], 2016.

^۸ محبی، رحیمی و زارعی، پیشین، ص ۲۵۷.

از همان مجری اطلاع دهند. بدین سان پایان بخش این شرایط اضطراری نیز به موجب این بند، در زمره تعهدات دولت‌ها بوده است و بنابراین درخصوص برگزاری شرایط عادی به منظور برگزاری انتخابات قابل توجه است. مهم‌ترین سازوکارهای توصیه‌ای در مدیریت شرایط اضطراری ناشی از همه‌گیری بیماری واگیردار، شامل سه مرحله است: همه‌گیری بیماری، مرحله درحال مبارزه با همه‌گیری و شرایط پس از همه‌گیری که مشتمل بر ایجاد یک نظام پیشگیرانه، اقدامات کنترل‌کننده، تضمین جریان مستمر و مطلوب خدمات عمومی و تأمین هزینه‌ها و جبران خسارت‌ها^۱ است.^۲ رویه قضایی فرانسه نشان‌دهنده پذیرش مسئولیت دولت در بسیاری از مواردی است که از رهگذر ایجاد شرایط اضطراری خاص و خارج از چارچوب و صلاحیت به افراد خسارت وارد آمده است.^۳ به موجب قانون شرایط اضطراری ۱۹۵۵ (۵۵-۳۸۵)، دولت مجاز است به اجرای حبس خانگی و بازرسی اموال، بدون حکم قضایی مبادرت کند.^۴ این کشور قانونی علیه تروریسم تصویب کرده^۵ که براساس این قانون اختیار دارد که با ممانعت از جابه‌جایی افراد در خارج از محدوده جغرافیایی خاص و تعیین محل سکونت، آزادی تردد هر فرد را محدود کند.^۶

نتیجه‌گیری

حق مشارکت در اداره امور عمومی، ازجمله حق رأی دادن و نامزد شدن در انتخابات، هسته اصلی حکومت‌های دموکراتیک را تشکیل می‌دهد. هرگونه تعلیق، توقف یا برگزاری غیرعادی انتخابات و مخدوش‌سازی حق بر شرکت در امور سیاسی کشور، باید موجه و مستند به حفظ ارزش والاتر مانند حق حیات باشد. اصولاً و منطقاً در شرایط اضطراری برگزاری انتخابات شرایط یکسان و برابری را نداشته است؛ بنابراین چه‌بسا برگزاری انتخابات از قضا گامی معکوس در جهت استقرار دموکراسی باشد. دیوان اروپایی در آرای مختلف لزوم اتخاذ شرایط اضطراری را منوط به رعایت ماده ۱۵ کنوانسیون اروپایی و اصول دیگر حقوق بشر دانسته است. برگرفته از این آراء، تعلیق برگزاری انتخابات می‌تواند دارای محدودیت‌های آیینی، اعلان رسمی، شرایط زمانی، لزوم احراز اصل تناسب با اقدامات اتخاذ شده، منع تبعیض، توجیه مکانی و زمانی، امکان جبران و... باشد. همچنین دولت‌ها به رعایت سیستم گزارش‌دهی در جریان اقدامات اضطراری خود مکلفاند و تمام امور خود را مستند و بر مبنای قانون اتخاذ می‌کنند. وضعیت‌های اضطراری و برقراری شرایط آن باید به موجب قوانین داخلی مقرر شده است تا صلاحیت مقام عمومی در این راستا قانونمند و پیش‌بینی‌پذیر باشد و عموم مردم از آن آگاه باشند. تعلیق‌ها باید هم از حیث زمانی و هم گستره مکانی محدود باشند. در بیماری کرونا این امر مورد چالش قرار گرفت که چه شهرهایی باید مقررات محدودکننده بیشتری داشته باشند و همچنین پایان مدت شرایط اضطراری در این شهرها یا مناطق چه زمانی است. به‌هرروی، تعلیق برگزاری انتخابات به‌دلیل وجود وضعیت‌های اضطراری یا ایجاد محدودیت برای انتخاب‌کنندگان یا انتخاب‌شوندگان نباید اصل اساسی حق تعیین سرنوشت و حق شرکت در امور سیاسی کشور را از افراد زائل یا محدود کند و وجود مقررات قانونی و وضع تدابیر ویژه و پیش‌بینی آن دقیقاً در همین راستا ارزیابی می‌شود.

^۱. Effective domestic remedies

^۲. فریادی، مسعود و مرتضی نجابت‌خواه، «چالش‌های حقوق اداری در مدیریت شرایط اضطراری بهداشتی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۵، شماره ۲، ۱۴۰۱، ص ۲۴۰.

^۳. یزدانیان، علیرضا، «تأملی در طرح مسئولیت مدنی دولت در خسارات ناشی از ویروس کرونا در حقوق ایران و فرانسه»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۵، شماره ۲، ۱۴۰۱، ص ۱۳۸.

^۴. Law No. 55-385 of 3 April 1955 on the State of Emergency.

^۵. Law 2017-1510 of October 30, 2017 Strengthening Domestic Security and the Fight Against Terrorism.

^۶. Ibid.

تجربه برخی کشورها در بهره‌گیری از نظارت اتحادیه اروپا مانند صربستان و مقدونیه تا بهره‌گیری از رأی پستی در انتخابات لهستان یا نقد اعطای اختیارات بی‌حصر به رئیس کشور در مجارستان، نشانگر وجود و ضرورت اقدامات ایجابی بسته به شرایط آن کشور دارد و به همین دلیل امکان بهره‌مندی از «حاشیه ارزیابی» برای دولت‌ها مورد اشاره واقع شده است. تجربه برخی کشورهای موفق‌تر نظیر آلمان که بنابر شرایط هر ایالت از شیوه‌های مختلفی چون رأی پستی تا برگزاری انتخابات با رعایت شرایط بهداشتی بهره جست، تجربه‌های ارزنده‌ای را فراروی جامعه جهانی پدیدار ساخت که البته برخی از آنها به دلیل امکانات قابل توجه این کشور بود. بدین‌سان، رویه‌ها نشانگر آن است که افزون‌بر لزوم رعایت رویکردهای سلبی در رعایت حق بر شرکت در فرایند رأی‌گیری، اقدامات ایجابی نیز در رعایت حقوق بشر لازم است. رویه دیوان اروپایی حقوق بشر همچنین نشانگر آن است که رعایت اصول ناظر بر تعلیق صرفاً محدود به برگزاری انتخابات نمی‌شود و جملگی مراحل از آغاز تا پایان و همچنین امکان اعتراض به نتایج انتخابات و اقدامات پس از آن را که در برخی پرونده‌های مطروحه ناشی از این امر بود، نیز دربرمی‌گیرد.

منابع

کتاب

۱. فلاح‌زاده، علی محمد، *حقوق اداری تطبیقی؛ عدالت رویه‌ای*، تهران: شهردانش، چاپ نخست، ۱۳۹۴.
۲. هداوند، مهدی، *حقوق اداری تطبیقی*، جلد ۲، تهران: سمت، چاپ نهم، ۱۴۰۳.

مقاله

۳. آقابابی، حسین، «مطالعه تطبیقی حقوق وضعیت اضطراری با نگاهی به مدیریت بیماری کووید ۱۹؛ از مبانی قانونی تا تجویز مداخله کیفی»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۵، شماره ۱۱۶، ۱۴۰۰، صص ۳۱-۱. Doi: 10.22106/ijl.2021.524858.3984
۴. خسروی، حسن، «ابعاد حقوق بشری مداخلات درمانی و نجات‌بخش اختیاری یا اجباری بیماران کووید ۱۹»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۳، ۱۳۹۹، صص ۴۱۳-۴۲۸. Doi: 10.22034/jlr.2020.184994.1621
۵. زمانی، سید قاسم و مرضیه اسفندیاری، «تعلیق اجرای قواعد بین‌المللی حقوق بشر در وضعیت‌های عمومی فوق‌العاده»، *فصلنامه پژوهش‌های حقوقی*، دوره ۱۶، شماره ۳۱، ۱۳۹۶، صص ۴۶-۷. Doi: 10.22106/lj.2021.524858.3984
۶. فریادی، مسعود و مرتضی نجابت‌خواه، «چالش‌های حقوق اداری در مدیریت شرایط اضطراری بهداشتی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۵، شماره ۲، ۱۴۰۱، صص ۲۶۰-۲۳۷. Doi: 10.29252/jlr.2022.226922.2191
۷. محبی، داود، سید علی‌اصغر رحیمی و پروین زارعی، «تعلیق حقوق بشر در وضعیت‌های اضطراری؛ هم‌سنجی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی»، *فصلنامه پژوهش حقوق تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، دوره ۱۰، شماره ۳۵، ۱۴۰۲، صص ۲۶۴-۲۳۷. Doi: 10.22091/csiw.2022.6987.2093
۸. ملکوتی هنجین، سید حسین و فرزاد جنگجوی، «تحلیلی بر توقف انتخابات مجلس شورای اسلامی (موضوع اصل ۶۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران)»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، دوره ۱۱، شماره ۴۱، ۱۳۹۳، صص ۱۵۶-۱۳۱.
۹. نیکونهاد، حامد و زینب عساکره، «گستره و اقتضائات نظارت استصوابی بر انتخابات»، *فصلنامه دانش حقوق عمومی*، دوره ۸، شماره ۲۶، ۱۳۹۸، صص ۲۴-۱. Doi: 10.22034/qjplk.2020.182
۱۰. یزدانیان، علیرضا، «تأملی در طرح مسئولیت مدنی دولت در خسارات ناشی از ویروس کرونا در حقوق ایران و فرانسه»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۵، شماره ۲، ۱۴۰۱، صص ۱۶۲-۱۳۷. Doi: 10.29252/jlr.2022.226929.2196

References

Books

1. Fallahzadeh, Ali Mohammad, *Comparative Administrative Law; Procedural Justice*, Tehran: Shahr-e-Danesh, First Edition, 2015. (In Persian)
2. Hadavand, Mehdi, *Comparative Administrative Law*, Volume 2, Tehran: Samt, Ninth Edition, 2024. (In Persian)

Articles

3. Aghababaei, Hossein, "A Comparative Study of Emergency Law with a Look at the Management of COVID-19 Disease; from Legal Foundations to Imposing Criminal Intervention", *The Judiciary Law Journal*, Volume 85, Issue 116, 2021, PP 33-1. (In Persian) Doi: 10.22106/jlj.2021.524858.3984.
4. Azizi, Abdollah. "Derogation of Human Rights and Freedoms in RNM during the State of Emergency Caused by COVID-19", *SEEU Review*, Volume 15, Issue 1, 2020. PP 24-42. Doi:10.2478/seeur-2020-0002/
5. Faryadi, Mas'oud and Morteza Nejabet-Khah, "Challenges of Administrative Law in Managing Health Emergencies", *Legal Research Quarterly*, Volume 25, Issue 2, 2022, PP 237-260. (In Persian) Doi: 10.29252/jlr.2022.226922.2191.
6. Greer, Steven C. "The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion Under the European Convention", *Journal of Human Rights*, Volume 88, 2000. Available at: [https://www.echr.coe.int/librarydocs/dg2/hrfiles/dg2-en-hrfiles-17\(2000\).pdf](https://www.echr.coe.int/librarydocs/dg2/hrfiles/dg2-en-hrfiles-17(2000).pdf)
7. Helfer-Burton, Emilie M., Laurence R. Helfer and Christopher J. Fariss. "Emergency and Escape: Explaining Derogations from Human Rights Treaties", *International Organization*, Volume 65, Issue 4, 2011, PP 673-707. Doi: <https://doi.org/10.1017/S002081831100021X> /
8. Khosravi, Hassan, "Human Rights Dimensions of Voluntary or Compulsory Lifesaving Interventions for Covid-19 Patients", *Legal Research Quarterly*, Volume 23, 2019, PP 413-428. (In Persian) Doi: 10.22034/jlr.2020.184994.1621
9. Lebre, Audrey. "COVID-19 Pandemic and Derogation to Human Rights", *Journal of Law and the Biosciences*, Volume 7, Issue 1, 2020, PP 1-15. <https://doi.org/10.1093/jlb/ljaa015/>
10. Malkouti Hashjin, Sayyed Hossein and Farzad Jangjoui, "An Analysis of Delay in Election of Islamic Consultative Assembly (The Article 68 of Constitution of Islamic Republic of Iran)", *Islamic Law Quarterly*, Volume 11, Issue 41, 2014, PP 131-156. (In Persian)
11. Mariniello, Triestino. "Prolonged Emergency and Derogation of Human Rights: Why the European Court Should Raise Its Immunity System", *German Law Journal*, Volume 20, Issue 1, 2019, PP 46-71. Doi: <https://doi.org/10.1017/glj.2019.3/>
12. Mohebbi, Davoud, Sayyed Ali Asghar Rahimi and Parvin Zare'ei, "Derogation of Human Rights in Emergency Situations; A Comparative Study of the Constitution of the Islamic Republic of Iran and the International Covenant on Civil and Political Rights", *Quarterly Journal of Comparative Studies on Islam and Western Law*, Volume 10, Issue 35, 2023, PP 237-264. (In Persian) Doi: 10.22091/csiw.2022.6987.2093
13. Nikou-Nahad, Hamed and Zeinab Asakareh, "Scope and Requirements of Appropriative Monitoring of Elections", *Quarterly Journal of Public Law Knowledge*, Volume 8, Issue 26, 2019, PP 1-24. (In Persian) Doi: 10.22034/qjplk.2020.182
14. Nugraha, Ignatius Yordan, "Human Rights Derogation during Coup Situations", *International Journal of Human Rights*, Volume 22, Issue 2, 2018, PP 194-206. <https://doi.org/10.1080/13642987.2017.1359551/>
15. Qiu, Diana. "Human Rights Protection under the ICCPR: When Can and Should States Derogate? A Critical Analysis in the Context of New Zealand's COVID-19 Response", *International Journal*

- of Human Rights*, Volume 27, Issue 5, 2023, PP 844-871. <https://doi.org/10.1080/13642987.2022.2066080>
16. Rambaud, Romain. "Holding or Postponing Elections During a COVID-19 (France) Case study", *International Institute for Democracy and Electoral Assistance*, 2020, PP 1-12.
 17. Stefanovska, Vesna. "Derogation of Human Rights Rules in Times of Emergency", *Cambridge International Law Journal*, 2020, PP 2-19. <https://cilj.co.uk/derogation-of-human-rights-rules-in-times-of-emergency/>
 18. Taylor, Paul M. "Article 4: Derogation in Times of Officially Proclaimed Public Emergency Threatening the Life of the Nation", *Cambridge University Press*, 2020, PP 106-128. Doi: <https://doi.org/10.1017/9781108689458.007/>
 19. Won, Yoomin. "Emergency Powers and COVID-19 Derogations", *International Journal of Constitutional Law*, Volume 23, Issue 1, 2025, PP 113-147. <https://doi.org/10.1093/icon/moaf010>
 20. Yazdani, Alireza, "Reflection on the Government's Civil Liability for Damages Caused by the Corona Virus In Iranian and French Law", *Legal Research Quarterly*, Volume 25, Issue 2, 2022, PP 137-162. Doi: 10.29252/jlr.2022.226929.2196. (In Persian)
 21. Zamani, Sayyed Ghasem and Marzieh Esfandiari, "Suspension of the Implementation of International Human Rights Rules in Public Emergency Situations", *Quarterly Journal of Legal Research*, Volume 16, Issue 31, 2017, PP 7-46. (In Persian) Doi: 10.22106/lj.2021.524858.3984.
 22. Zamfir, Ionel. "Impact of the pandemic on elections around the world", *EPRS*, 2020, Available at: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/652017/EPRS_BRI\(2020\)652017_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/652017/EPRS_BRI(2020)652017_EN.pdf)

Cases

23. Ahmet Hüsrev Altan v. Turkey, no.13252/17, 2021, Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-209444>
24. Al-Dulimi v. Switzerland [GC], no. 5809/08, 2016, Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-138948>
25. Alparslan, Altan v. Turkey, No. 12778/17, 2019, Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-192804>
26. Barseghyan v. Armenia, no. 17804/09, 21 September 2021, Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-211814>
27. Dareskizb v. Armenia, no. 61737/08, 21 September 2021, Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-211813>
28. Glukhin v. Russia, Application No. 11519/20, 4 July 2023, Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-225655>
29. Grosaru v. Romania, Application, No. 78039/01, 2010, Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97617>
30. Jeronovičs v. Latvia, Application No. 44898/10, 2016, Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165032>
31. Khlebič v. Ukraine, no. 2945/16), Judgment, 2017, Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-175656>
32. Mugemangango v. Belgium, Application No. 310/15, 2020, Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-203885>
33. Terheş v. Romania, no. 49933/20, Decision 13.4.2021, Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-13269>

Instruments

34. AAICJ, Siracusa Principles, Available at: <https://www.refworld.org/legal/resolution/unchr/1984/en/57200>

35. European Convention on Human Rights, Available at:
https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf

Websites

36. Radjenovic, Anja. "Coronavirus and Elections in Selected Member States", EPRS 2020, Available at:
[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/651969/EPRS_BRI\(2020\)651969_EN.pdf5](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/651969/EPRS_BRI(2020)651969_EN.pdf5)



Original Article

A Comparative Analysis of the Concept of Bio-Citizenship with Emphasis on the Law on Family Protection and Youthful Population

Mahdi Moradi Berelian¹ , Mohammad Ghsem Tangestani²

Highlights

- The Law on Family Protection and Youthful Population, by linking benefits, restrictions and oversight mechanisms to the fertile body, represents a population-oriented form of bio-citizenship in Iranian public law.
- The comparative analysis shows that the legitimacy of biological policies in advanced legal systems depends on the simultaneous protection of human dignity, informed consent, proportionality of state intervention, non-discrimination and institutional accountability.
- The realization of bio-citizenship in Iran requires revising this law around bodily rights, reproductive freedom, biological justice and civil participation, so that the individual is treated as a dignified subject of public law rather than an instrument of demographic policy.

ABSTRACT

Introduction

Recent developments in biotechnology, demographic policy and reproductive medicine have changed the classical relationship between citizenship, the body and public law. The human body is no longer only a private or medical matter; it has become a legal site through which the state grants benefits, imposes duties, narrows choices and defines public interest. Bio-citizenship names this shift. It describes a form of citizenship in which legal recognition and social responsibility are shaped by biological features such as health, fertility, sex, genetic information and bodily vulnerability. This article examines the Iranian Law on Family Protection and Youthful Population, adopted in 2021, as an important legal expression of this transformation. Its central question is how this law constructs a biological model of citizenship and what consequences it has for human dignity, bodily autonomy, reproductive freedom, biological justice and fundamental rights. The aim is to clarify the legal limits of state intervention in the body, reproduction and social continuity.

Methods

The study uses a descriptive-analytical and comparative method. Its analytical part examines the main provisions of the Law on Family Protection and Youthful Population, including the National Population Headquarters, birth-related incentives, maternity benefits, restrictions on contraception, rules on sterilization and the legal-medical mechanism for abortion. These provisions are read through the lens of

How to Cite: Moradi Berelian, Mahdi, Tangestani, Mohammad Ghasem, "A Comparative Analysis of the Concept of Bio-Citizenship with Emphasis on the Law on Family Protection and Youthful Population", Legal Research, Vol. 29, No. 114, 2026, pp: 201-220.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.240575.2922>

Received: 06/07/2025-Accepted: 27/08/2025

1. Assistant Professor, Faculty of Law & Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran

Corresponding Author Email: m.moradib@umz.ac.ir

2. Associate Professor, Faculty of Law & Political Science, Kharazmi University, Tehran, Iran



Copyright: © 2026 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/>).

public law, human dignity, and rights theory. The theoretical part draws on biopolitics, bare life, dignity, autonomy, biological justice and communicative participation to explain how the body becomes a subject of public power. The comparative part considers Germany, France, Canada and the United Kingdom, not as models to be copied, but as legal experiences that show different ways of regulating biological life. The comparison is organized around four criteria: the constitutional place of human dignity, the permissible scope of state intervention, the role of informed consent and the existence of social and institutional oversight. The research materials include legislation, institutional practice and interdisciplinary studies on biomedicine and citizenship.

Results and Discussions

Bio-citizenship is not only a sociological description. It points to a bigger change in public law: the citizen is increasingly viewed not merely as a voter, legal subject or member of a political community, but as a body that can be measured, protected, directed, optimized and, at times, controlled. Biological life becomes a language through which the state allocates benefits, defines duties, produces risks and frames public interest. This transformation can be emancipatory when it strengthens the right to health, supports access to infertility treatment, and prevents biological discrimination. It becomes problematic, however, when legal status and social entitlements are tied to biological performance, especially fertility, maternity or conformity with demographic objectives. The central normative issue is therefore not whether the state may adopt population and health policies, but whether such policies remain bounded by dignity, autonomy, equality and proportionality. Comparative experiences reveal different ways of drawing these boundaries. Germany offers a dignity-based model of biological regulation. Its legal order places human dignity at the center of health, family, reproductive and parental policies, while state support remains framed by proportionality, equality and bodily self-determination. France reflects a republican-institutional model. Through bioethics legislation and specialized agencies, French law seeks to reconcile reproductive freedom with the prohibition of commodification and the constitutional value of dignity. Canada connects bio-citizenship with the right to health, informed consent, the prohibition on the commercial exploitation of the body, and voluntary participation in biobanking and biomedical research. The United Kingdom relies on the National Health Service, soft regulation and medical ethics to shape the responsible health citizen. These experiences suggest that biological regulation gains legitimacy when collective interests are joined with freedom, transparency, participation and anti-discrimination guarantees. The Iranian law presents a more ambivalent picture. On its surface, the Law on Family Protection and Youthful Population appears supportive and family-oriented. However, its internal logic places the fertile body, especially the female body, at the center of public policy. The creation of the National Population Headquarters, the distribution of benefits based on childbirth, the legal emphasis on maternal roles, restrictions on contraceptive services, the prohibition of sterilization except in narrow cases, and the transfer of abortion-related decisions to judicial-medical mechanisms all point to a specific form of biological citizenship. In this model, the ideal citizen is implicitly the reproductive citizen whose body aligns with the state's demographic aims. The difficulty lies in the law's weak distinction between support, encouragement, regulation and coercion. Once this distinction fades, demographic policy may shift from public welfare to the governance of bodies. The law also reveals deficiencies in dignity-based reasoning, informed consent, biological justice and social oversight. Some provisions link social benefits to reproductive performance, potentially classifying citizens by fertility. Others place bodily autonomy and reproductive health under the pressure of a collective population objective. Institutionally, the concentration of authority in the National Population Headquarters, limited reporting duties, weak participation by women and affected groups, and the absence of impact assessments increase the risk of politicization of the body. The article therefore proposes a framework for citizens' biological rights; legislative revision of contraception, sterilization and abortion rules according to necessity and proportionality; separation between macro-level planning and micro-level bodily intervention; and an independent body to monitor biological rights, receive complaints and publish reports.

Conclusion

The article concludes that the Law on Family Protection and Youthful Population marks an important entry of Iranian public law into bio-citizenship, but this entry has not yet been adequately shaped by dignity, bodily freedom and civic participation. Demographic policy is defensible only when it does not reduce individuals to instruments of statistical goals and when it balances collective interests with personal rights. A rights-based model of bio-citizenship in Iran requires moving beyond a merely population-oriented approach toward a framework in which the human body is treated as a bearer of dignity and rights, not as an object of political possession.

Keywords: Bio-citizenship, Human Dignity, Law on Family Protection and Youthful Population, Biopolitics.



تحلیل تطبیقی مفهوم شهروندی زیستی با تأکید بر قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت

مهدی مرادی برلیان^۱، محمدقاسم تنگستانی^۲

نکات برجسته

- قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت، با پیوند دادن امتیازها، محدودیت‌ها و سازوکارهای نظارتی به بدن بارور، نوعی شهروندی زیستی جمعیت‌محور را در حقوق عمومی ایران بازنمایی می‌کند.
- تحلیل تطبیقی نشان می‌دهد که مشروعیت سیاست‌های زیستی در نظام‌های پیشرو، به رعایت هم‌زمان کرامت انسانی، رضایت آگاهانه، تناسب مداخله دولت، منع تبعیض و نظارت‌پذیری نهادی وابسته است.
- تحقق شهروندی زیستی در ایران مستلزم بازنگری قانون مزبور بر محور حقوق بدن، آزادی باروری، عدالت زیستی و مشارکت مدنی است تا فرد از ابزار سیاست جمعیتی به سوژه کرامت‌بنیاد حقوق عمومی تبدیل شود.

چکیده

تحولات ژرف در فناوری‌های زیستی، سیاست‌گذاری‌های جمعیتی و نظارت دولت‌ها بر امر تولیدمثل، پدیدارشدن نوعی از شهروندی را در پی داشته که در آن بدن زیستی فرد، کانون اصلی مداخله حقوقی و حکمرانی قرار می‌گیرد؛ مفهومی که در ادبیات معاصر از آن با عنوان «شهروندی زیستی» یاد می‌شود. این مقاله با هدف واکاوی تحلیلی و تطبیقی این مفهوم، تلاش دارد جایگاه آن را در بستر نظام حقوقی ایران، به‌ویژه در پرتو قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت مصوب ۱۴۰۰ بررسی کند. پرسش محوری پژوهش آن است که چگونه قانون مزبور با سازوکارهای حقوقی و نهادهای اجرایی خود، نوع خاصی از شهروندی را بر مبنای ویژگی‌های زیستی فرد نهادینه می‌سازد و این نوع از شهروندی چه نسبت‌هایی با کرامت انسانی و حقوق بنیادین دارد. روش تحقیق مقاله، تحلیلی-توصیفی و تطبیقی است و از منابع میان‌رشته‌ای حقوق عمومی و نظریه‌های انتقادی بهره می‌گیرد. یافته‌ها حاکی از آن است که قانون یادشده، با تمرکز بر بدن انسان، سیاست‌های بارداری و فرزندآوری، نظارت بر درمان ناباروری و کنترل سقط، نوعی زیست‌سیاست حقوقی را نهادینه می‌کند که در غیاب اصول کرامت‌محور و محدودیت‌های حقوقی مؤثر، خطر عبور از مرزهای مشروعیت عمومی را به‌همراه دارد. مقاله در پایان، ضرورت بازتعادل میان منافع جمعیتی و حقوق بنیادین فردی را در قالب اصلاحات تقنینی و نهادی پیشنهاد می‌کند.

کلید واژگان: شهروندی زیستی، کرامت انسانی، قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت، سیاست زیستی.

استناد به این مقاله: مرادی برلیان، مهدی، تنگستانی، محمدقاسم، «تحلیل تطبیقی مفهوم شهروندی زیستی با تأکید بر قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۴، تیر ۱۴۰۵، صص: ۲۲۰-۲۰۱.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.240575.2922>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۴/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۰۵

۱. استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: m.moradib@umz.ac.ir

۲. دانشیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران

Copyright: © 2026 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

در عصر حاضر، بدن انسان دیگر صرفاً یک موضوع پزشکی یا شخصی نیست، بلکه به صحنه‌ای برای اعمال قدرت سیاسی، مداخلات حقوقی و سیاست‌گذاری‌های عمومی تبدیل شده است. دولت‌ها، به‌ویژه در مواجهه با چالش‌های نوظهور جمعیتی، با توسل به ابزارهای قانونی و نهادهای تخصصی، بیش‌ازپیش به تنظیم‌گری زندگی زیستی شهروندان روی آورده‌اند. این مداخله که در قالب حمایت از خانواده، کنترل سقط، درمان ناباروری، تسهیلات بارداری و تنظیم فرزندآوری نمود می‌یابد، مفهومی نوین از شهروندی را برجسته ساخته است: «شهروندی زیستی». حتی در ادبیات معاصر نیز تجربه‌های زیسته بحران‌هایی همچون همه‌گیری کووید-۱۹ نشان داده است که چگونه شهروندی زیستی در قالب تعهدات فردی به پایش سلامت و اشتراک داده‌های زیستی بازتعریف می‌شود.^۱ در مطالعه‌ای کیفی بر مهاجران کانادا، روشن شد که شهروندان به دنبال تأمین امنیت زیستی خود، نوعی «کار اضافی»^۲ زیست‌سیاستی را پذیرفته‌اند.^۳ در هر حال، این اصطلاح نخستین بار در ادبیات علوم اجتماعی و انسان‌شناسی پزشکی به کار رفت؛ آدریانا پترینا در پژوهش کلاسیک خود درباره پیامدهای چرنوبیل، آن را برای توصیف وضعیت بازماندگانی به کار برد که با اتکا به بدن‌های آسیب‌دیده زیستی خود، خواهان حقوق و مزایای شهروندی شدند.^۴ در ادامه، نیکولاس رز و کارلوس نوواس با تحلیل تحولات ژنوم و فناوری‌های زیستی، این مفهوم را بسط نظری دادند و نشان دادند که شهروندان معاصر بر پایه داده‌های زیستی و ژنتیکی، باروری و قابلیت‌های جسمانی تعریف و مسئولیت‌پذیر می‌شوند.^۵ در این راستا، مفهوم «شهروندی سلامت» نیز به‌روز شده است؛ جاوهو و هلن مفهوم «شهروندی بر مبنای سرزندگی» را مطرح کرده و آن را در زمینه‌های تاریخی و اجتماعی به‌صورت منعطف و تحلیلی واکاوی کرده‌اند.^۶ برخی نظریه‌پردازان معاصر پا را فراتر نهاده و با طرح مفهوم شهروندی پس‌انسان، امکان بازاندیشی در مرزهای میان انسان و غیرانسان و پیامدهای آن برای کرامت و حقوق عمومی را بررسی کرده‌اند.^۷

در ایران، قانون «حمایت از خانواده و جوانی جمعیت» مصوب ۱۴۰۰ را می‌توان مهم‌ترین نماد ظهور چنین سیاست زیستی دانست؛ قانونی که با هدف مقابله با بحران کاهش نرخ باروری، سیاست‌های گسترده‌ای در حوزه بارداری، فرزندآوری، تشویق مادری، تنظیم جنسیتی منابع و نظارت‌های درمانی-بهداشتی وضع کرده است. این قانون درعین‌حال، سؤالات جدی در زمینه حدود مداخله دولت در حیات زیستی شهروندان را برمی‌انگیزد. پرسش محوری نوشتار پیش‌رو این است که چگونه قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت، نوع خاصی از شهروندی

¹ Molina, Santiago J. "Biological Citizenship and Surveillance in the COVID-19 Pandemic", *Berkeley Journal of Sociology*, June 24, 2022, Available at: <https://berkeleyjournal.org/2022/06/24/biological-citizenship-and-surveillance-in-the-covid-19-pandemic>, Last Visited on 10/06/2026.

² Extra Work

³ Leung, Doris. Y. L., Sepali Guruge, Angel H. Wang and Charlotte Lee. "Health Citizenship Reveals 'Extra' Work Managing Biopolitical Risk for Immigrants in Canada During COVID-19: A Qualitative Study", *Journal of Community & Applied Social Psychology*, Volume 34, Issue 4, 2024.

⁴ Petryna, Adriana. *Life Exposed: Biological Citizens after Chernobyl*, Princeton University, 2002, PP 14–16.

⁵ Rose, Nikolas and Carlos Novas. "Biological Citizenship", In: Ong, Aihwa and Stephen J. Collier (eds.), *Global Assemblages: Technology, Politics, and Ethics as Anthropological Problems*, Blackwell, 2005, P 439.

⁶ Jauho, Mikko and Ilpo Helén. "Citizenship by Vitality: Rethinking the Concept of Health Citizenship", *Distinktion*, Volume 24, Issue 3, 2023, PP 467–487.

⁷ Dedeoğlu, Çağdaş. "Posthuman Citizenship", *Citizenship Studies*, Volume 27, Issue 8, 2023, PP 983–1002.

زیستی را بازنمایی و نهادینه می‌سازد و این بازنمایی چه پیامدهایی برای حقوق عمومی و کرامت انسانی در ایران دارد؟ فرضیه نوشتار حاضر نیز به این شرح صورت‌بندی می‌شود؛ قانون مزبور، با تمرکز بر کنترل بدن زن، تشویق فرزندآوری و اعمال نظارت بر فرایندهای زیستی، بازنمایی‌ای جمعیت‌محور از شهروندی ارائه می‌دهد که در غیاب ضمانت‌های کافی کرامت‌محور، می‌تواند به تقویت زیست‌سیاست بدون مرز بینجامد.

مفهوم شهروندی زیستی از اواخر دهه ۱۹۹۰، در آثار علوم اجتماعی و سپس در تحلیل‌های حقوق عمومی و فلسفه سیاست پدیدار شد. نیکولاس رُز^۱ با بهره‌گیری از چارچوب فوکویی «زیست‌سیاست»، کوشید نشان دهد که در جهان معاصر، شهروند نه فقط به عنوان سوژه‌ای سیاسی، بلکه همچون «سرمایه‌ای زیستی» برای دولت بازتعریف می‌شود. در ادبیات جدید حقوق زیستی به‌ویژه «حقوق‌های زیستی»^۲ تأکید شده است که شهروندی زیستی اگر در چارچوب کرامت و حقوق بشر بازتعریف نشود، به ابزار مداخله اقتدارگرایانه دولت بدل می‌شود.^۳ گوستین در بحث خود پیرامون حقوق عمومی سلامت،^۴ تصریح می‌کند که هرگونه استفاده از اطلاعات زیستی و ژنومی باید با اصول بنیادین خودمختاری، کرامت و عدم تبعیض سازگار باشد.^۵ ازسوی دیگر، برخی آثار فلسفی مانند تحلیل‌های آگامبن^۶ و رابرت اسپار،^۷ به‌ویژه در باب «حق بر بدن» و «سیاست تولید مثل»، به ابعاد حذفی و خشونت‌بار شهروندی زیستی پرداخته‌اند.

در ادبیات فارسی، مفهوم «شهروندی زیستی» چندان مورد توجه قرار نگرفته است. بااین حال، برخی پژوهش‌های ارزشمند در حوزه حقوق سلامت، زیست‌فناوری و سیاست‌های جمعیتی به‌ویژه آثاری که در سال‌های اخیر به موضوع «حق بر سلامت»^۸، «تعارض میان تجارت و سلامت عمومی»^۹ و «حق بر دانستن در حوزه زیست‌فناوری»^{۱۰} پرداخته‌اند زمینه‌ای مهم برای ورود به این بحث فراهم ساخته‌اند. این آثار، اما مباحثی را پیش نهاده‌اند که می‌توان آنها را بنیان‌های مقدماتی برای بومی‌سازی این مفهوم در چارچوب حقوق عمومی ایران دانست. روش تحقیق در این مقاله، تحلیلی-توصیفی و تطبیقی است و از داده‌های قانونی، نظریه‌های فلسفه حقوق و مطالعات میان‌رشته‌ای بهره می‌گیرد.

۱. Rose, Nikolas. *The Politics of Life Itself: Biomedicine, Power, and Subjectivity in the Twenty-First Century*, Princeton University, 2007.

۲. Bio-Rights

۳. Seoane, José-Antonio and Oscar Vergara. *The Discourse of Biorights: European Perspectives*, Cham: Springer, 2024.

۴. Public Health Law

۵. Gostin, Lawrence O. and Lindsay F. Wiley. *Public Health Law: Power, Duty, Restraint*, Third Edition, Oakland: University of California, 2016.

۶. Agamben, Giorgio. *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, Translated By: Daniel Heller-Roazen, Stanford University, 1998.

۷. Spar, Debora L. *The Baby Business: How Money, Science, And Politics Drive The Commerce Of Conception*, Boston: Harvard Business School, 2006.

۸. زمانه‌قدیم، نوید و حسن خسروی، «زیست‌فناوری از منظر حق بر سلامت در پرتو اسناد بین‌المللی و قوانین داخلی کشورها: چالش‌ها و راهکارها»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۵، شماره ۹۷، ۱۴۰۱، صص ۲۶۴-۲۴۱.

۹. زمانه‌قدیم، نوید و یوسف باقری حامد، «تجارت محصولات تراریخته در چارچوب موافقت‌نامه‌های سازمان تجارت جهانی: چالش‌ها و راهکارها»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۵۴، شماره ۱، ۱۴۰۳، صص ۵۲۱-۵۴۱.

۱۰. زمانه‌قدیم، نوید، حسن خسروی و مریم افشاری، «چالش‌های زیست‌فناوری از منظر حق بر دانستن»، مجله حقوق پزشکی، دوره ۱۵، شماره ۵۶، ۱۴۰۰، صص ۱۴۰-۱۲۳.

۱. مفهوم‌شناسی و تمهید نظری شهروندی زیستی^۱

تا پیش از تحولات گفتمانی اواخر قرن بیستم، بدن در حقوق عمومی نه سوژه‌ای کنش‌مند، بلکه ابژه‌ای منفعل و خنثی تلقی می‌شد. در این نظام فکری، بدن عاری از سوژگی، بیرون از مدار کرامت و در حاشیه مفهوم حق قرار داشت. با ورود جریان‌های پس‌اساختارگرا، فلسفه قدرت و وقوع تحولاتی در اخلاق زیستی و مطالعات زیست‌فناوری، تلقی از بدن دگرگون شد. فوکو، با تحلیل تبارشناسانه‌اش از قدرت، نشان داد که بدن، درون مناسبات دانش/ قدرت، به ابژه‌ای برای مشاهده، سنجش، رتبه‌بندی و مداخله بدل می‌شود.^۲ شهروندی زیستی مفهومی میان‌رشته‌ای در پیوند میان فلسفه حقوق، زیست‌فناوری، سیاست عمومی و جامعه‌شناسی پزشکی است که نوعی «نظم‌بخشی به بدن از رهگذر حقوق» را بازنمایی می‌کند. در این چارچوب، رابطه فرد و دولت نه از طریق قرارداد اجتماعی یا ساختارهای نمایندگی، بلکه از رهگذر بدن زیستی تعریف می‌شود. نیکولاس رز، در تحلیل بنیادین خود، شهروندی زیستی را سوژگی نوینی می‌داند که در آن، «افراد با تکیه بر دانش زیستی از خویش، به‌مثابه سوژه‌هایی مسئول، قابل انقیاد، و متمایز شناخته می‌شوند».^۳ در این معنا، فرد نه صرفاً شهروند، بلکه کنشگر زیستی است. تمایز میان تابع و بیگانه، یا برخوردار و محروم، نه از طریق ملیت، دین یا رأی، بلکه بر اساس وضعیت سلامت، باروری، ژنوم و قابلیت زیستی مشخص می‌شود.^۴

برای درک بنیان نظری شهروندی زیستی، نمی‌توان از مفهوم «زیست‌سیاست»^۵ در اندیشه فوکو چشم‌پوشی کرد. فوکو نشان می‌دهد که دولت مدرن، از سلطه بر مرگ، به مدیریت زندگی گذر می‌کند. در این تحول، قدرت نه بر اساس تهدید، بلکه از طریق تولید و سامان‌بخشی به حیات عمل می‌کند؛ «قدرتی که می‌کوشد زندگی را بسازد، پرورش دهد، مراقبت کند و زایش را کنترل کند»^۶

شهروندی زیستی در عمل، در قالب سیاست‌های به‌ظاهر نامرتبط، اما زیست‌محور خود را نشان می‌دهد. از مشوق‌های فرزندآوری در فرانسه تا ممنوعیت سقط در لهستان؛ از رتبه‌بندی ژنتیکی برای بیمه در آمریکا تا تشویق باروری در کره جنوبی. در فرانسه، سیاست‌های خانواده‌محور از دهه ۱۹۹۰ به‌گونه‌ای طراحی شده‌اند که بدن بارور، به سرمایه اجتماعی تبدیل شده است؛ مادران دارای فرزندان متعدد از تخفیف‌های مالیاتی، حق اشتغال ترجیحی و خدمات حمایتی ویژه برخوردارند.^۷ در ایالات متحده، داده‌های ژنتیکی در بیمه و استخدام در حال بدل شدن به معیار انتخاب یا حذف هستند. در برخی ایالت‌های هند، قانونگذاران داشتن بیش از دو فرزند را مانع از تصدی مناصب عمومی کرده‌اند و بدن بارور همچون مانعی سیاسی شده است.

در ایران، اگرچه معادل فارسی اصطلاح «شهروندی زیستی» به‌صراحت در قوانین یا اسناد سیاستی ذکر نشده است، اما بسیاری از مظاهر آن در قالب «قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت» (مصوب ۱۴۰۰) و سیاست‌های کلی جمعیت

^۱ Bio-citizenship

^۲ Foucault, Michel. *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*, Translated By: Alan Sheridan, Vintage Books, 1977, PP 136–138.

^۳ Rose, Op. Cit, P 132.

^۴ Petryna, Op. Cit.

^۵ Biopolitics

^۶ Foucault, Michel. *The Birth of Biopolitics: Lectures at the Collège de France, 1978–1979*, Translated By: Graham Burchell, Palgrave Macmillan, 2008, PP 1–40.

^۷ Heinemann, T., and T. Lemke, “Biological Citizenship Reconsidered: The Use of DNA Analysis by Immigration Authorities in Germany”, *Science, Technology & Human Values*, Volume 39, Issue 4, 2014, PP 495–496.

و خانواده حضور دارد. این قانون، بدن زنان و وضعیت باروری آنان را در مرکز نظام تقنینی قرار داده و امتیازات یا محدودیت‌ها را مستقیماً به وضعیت زیستی آنان پیوند زده است.

در سنت کانتی، کرامت انسان مبتنی بر توانایی عقلانی او برای قانونگذاری اخلاقی است؛ امری که از هرگونه ابزارانگاری بدن متمایز است.^۱ اما شهروندی زیستی، با فروکاستن حقوق به ویژگی‌های زیستی مخاطره تبدیل بدن به معیار مشروعیت را در خود دارد. آگامبن با مفهوم «زندگی برهنه»،^۲ خطری جدی‌تر را گوشزد می‌کند: ظهور سوژه‌ای که در عین بودن، فاقد ارزش حقوقی است؛ کسی که صرفاً زنده است، اما نه شهروند است و نه دارنده حق. او نشان می‌دهد که وقتی بدن زیستی جای بدن سیاسی را می‌گیرد، فرد می‌تواند در معرض حذف آرام از ساختارهای دولت قرار گیرد.^۳

هانا آرنست نیز با تمایز سه‌گانه میان «حیات زیستی»، «زندگی اجتماعی» و «زندگی سیاسی»، هشدار می‌دهد که فروکاستن انسان به حیات زیستی، مساوی با انکار حق ظهور در سپهر عمومی است.^۴ شهروندی زیستی، اگر در نظامی فاقد سازوکارهای کرامت‌مدار و مشارکت‌پذیر نهادینه شود، می‌تواند به سلب تدریجی حق گفتار، رأی و حضور تبدیل گردد. از منظر اسکینر و لاگلین، این فرایند با «ناهمخوانی میان شخصیت حقوقی و بدن طبیعی» پیوند دارد.^۵ در افق هگلی، سوژه حقوقی، جز در روند آشتی با امر کلی (دولت عقلانی)، تحقق نمی‌یابد. اما شهروندی زیستی، به دلیل تأکید افراطی بر تمایزات فردی زیستی، ممکن است به نوعی اتمیسم زیستی منجر شود.^۶

۲. مبانی نظری شهروندی زیستی

یکی از خاستگاه‌های نظری اصلی در تحلیل مفهوم شهروندی زیستی، اندیشه‌های میشل فوکو درباره «زیست‌سیاست» است. فوکو در درس‌گفتارهای خود در کلژ دو فرانس، به‌ویژه در تولد زیست‌سیاست، از گذار دولت‌ها از اعمال قدرت مبتنی بر مرگ به حکمرانی از طریق حیات سخن می‌گوید: قدرتی که نه تنها تن شهروندان، بلکه گونه زیستی آنان را موضوع مداخله قرار می‌دهد. دولت مدرن از طریق ابزارهایی چون آمار، پزشکی، نظام سلامت، و برنامه‌ریزی جمعیتی، به مدیریت حیات و مرگ می‌پردازد. در این چارچوب، شهروندی دیگر صرفاً معطوف به مشارکت سیاسی نیست، بلکه واجد ابعاد زیستی است که در قالب مداخلاتی چون واکسیناسیون، تنظیم خانواده، و مهندسی باروری جلوه‌گر می‌شود. همین امر زمینه‌ساز ظهور مفهوم شهروندی زیستی می‌شود.

نیکولاس رز، از مهم‌ترین متفکران معاصر در پیگیری میراث فوکو، مفهوم شهروندی زیستی را در بستر تحولات ژنتیک، علوم اعصاب و سیاست‌های مراقبتی بازخوانی می‌کند. او در آثارش از جمله «سیاست خود زندگی»^۷، بر آن است که شهروند معاصر در جوامع نولیبرال، به «کارآفرین ژنوم خود» تبدیل شده است. رز بر این باور است که این صورت‌بندی

^۱ Kant, Immanuel. *The Metaphysics of Morals*, Translated By: Mary Gregor, Cambridge University, 1996, P 43.

^۲ Bare Life

^۳ Agamben, Op. Cit., P 8.

^۴ Arendt, Hannah. *The Human Condition*, University of Chicago, 1958, P 7.

^۵ Loughlin, Martin. *Foundations of Public Law*, Oxford University, 2010, P 89.

^۶ Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Elements of the Philosophy of Right*, Edited By: Allen Wood, Translated By: H. B. Nisbet, Cambridge University, 1991, P 258.

^۷ The Politics of Life Itself

^۸ Rose, Op. Cit.

نوین از شهروندی، شکلی از «آزادی مقید» را تولید می‌کند. «زیست‌شهروندی» از این منظر، نه صرفاً یک وضعیت، بلکه یک عملکرد فعال و داوطلبانه است؛ شهروندی که از طریق پایش ژنتیکی، کنترل بارداری، یا شرکت در طرح‌های باروری مصنوعی هویت خود را بازتعریف می‌کند.^۱

در تحلیل رادیکال‌تری از پیوند میان حاکمیت و حیات، جورجو آگامبن مفهوم Homo Sacer را وارد میدان می‌کند؛ موجودی که زندگی‌اش در عین تعلق به نظم حقوقی، از شمول حمایت آن خارج شده و به عریان‌ترین شکل زیستی تقلیل یافته است.^۲ آگامبن برخلاف فوکو که زیست‌سیاست را بیشتر در قالب نظم‌های مراقبتی تحلیل می‌کند، بر «استثنا» به‌عنوان سازوکار بنیادین قدرت حاکمه تأکید می‌گذارد. تحلیل آگامبن نشان می‌دهد که پروژه‌های زیستی دولت، حتی در پوشش مداخلات بهداشتی یا رفاهی، می‌توانند به‌صورتی از سلب حق زیستن تبدیل شوند.

در پیوند با نظریه‌های عدالت، نانسی فریزر خوانش بدیلی از نسبت بدن، سیاست و شهروندی عرضه می‌کند که از رهگذر مفاهیم سه‌گانه عدالت توزیعی، بازشناسی فرهنگی و مشارکت دموکراتیک قابل تحلیل است.^۳ او بر آن است که رژیم‌های زیست‌سیاستی، به‌ویژه در بسترهای جنسیتی، نه فقط منابع و دسترسی‌ها، بلکه معنای بدن و موقعیت اجتماعی آن را نیز نابرابر توزیع می‌کنند. از منظر فریزر، مفهوم شهروندی زیستی تنها هنگامی مشروعیت می‌یابد که مبتنی بر مشارکت برابری طلبانه در تصمیم‌سازی درباره بدن، تولیدمثل، سیاست‌های سلامت و مالکیت داده‌های زیستی باشد.

یورگن هابرماس، با نظریه کنش ارتباطی و اخلاق گفت‌وگویی، افقی دیگر برای تحلیل انتقادی شهروندی زیستی می‌گشاید. در نظر او، هرگونه تصمیم‌گیری درباره بدن و حیات انسانی، ازجمله در حوزه‌هایی چون زیست‌فناوری و تولیدمثل، نیازمند نوعی روند ارتباطی هماهنگ با شأن فاعل اخلاقی است.^۴ در کتاب آینده طبیعت/انسان، او نسبت به تغییرات ژنتیکی پیش از تولد هشدار می‌دهد، چراکه این امر می‌تواند توانایی فرد برای خودآیینی اخلاقی را از اساس خدشه‌دار کند. بر این مبنا، شهروندی زیستی از منظر هابرماس، باید مبتنی بر رضایت آگاهانه فرد باشد.^۵

نظریه‌های مورد بررسی، هریک از منظر خاصی، به ابعاد مختلف شهروندی زیستی پرداخته‌اند: از قدرت و مراقبت (فوکو)، خودمدیریتی نولیبرالی بدن (رز)، سلب حق زیستن در وضعیت استثنای (آگامبن)، مطالبه عدالت فرهنگی و جنسیتی (فریزر)، تا خاستگاه اخلاقی حق بر بدن (هابرماس). این چارچوب‌بندی نظری نشان می‌دهد که مفهوم شهروندی زیستی در وضعیت معاصر، محل تلاقی چندگانه‌ای از دغدغه‌های حقوقی، سیاسی، اخلاقی و فلسفی است.

۳. تحلیل تطبیقی مفهوم شهروندی زیستی در نظام‌های حقوقی منتخب

دولت‌ها در مواجهه با بدن شهروندان، از دوگانه مراقبت و سلطه عبور کرده‌اند و اکنون با مسئله‌ای پیچیده‌تر مواجه‌اند: چگونه می‌توان میان حاکمیت جمعیتی، تکنولوژی زیستی و کرامت فردی توازن برقرار کرد؟ در این میان، سعی شده است الگوهای تنظیم‌گری مختلف مورد بررسی قرار گیرد. هر یک از الگوهای مذکور به‌دلیل جایگاه متمایزشان در توسعه حقوق زیستی، اتخاذ سیاست‌های زیست‌فناوری و تفسیرهای نوین از کرامت و حاکمیت بدن، دارای ارزش تطبیقی درخور هستند.

^۱ Rose and Novas. Op. Cit., PP 439–440.

^۲ Agamben, Op. Cit., PP 8-11.

^۳ Fraser, Nancy. *Scales of Justice: Reimagining Political Space in a Globalizing World*, Columbia University, 2009.

^۴ Habermas, Jürgen. *The Future of Human Nature*, Translated By: Hella Beister, Polity Press, 2003.

^۵ Ibid, PP 54-57.

الف) سیاست‌های زیستی حقوقی و بازاندیشی شهروندی زیستی در پرتو کرامت انسانی

در میان کشورهای غربی، تجربه آلمان یکی از غنی‌ترین و پیچیده‌ترین نمونه‌ها برای واکاوی نسبت میان دولت، بدن و سیاست زیستی است. اندیشه «بیوپولیتیک» نزد میشل فوکو، هرچند با مطالعه دولت‌های اروپای غربی و به‌ویژه فرانسه آغاز شد، اما به‌نحوی خاص در بستر آلمان معاصر تجسم عینی یافت؛ جایی که تاریخ دولت‌سازی، از امپراتوری پروس و نظام رفاه اولیه، تا دولت نازی و سپس جمهوری فدرال پساجنگ، صحنه‌ی بروز تناقضات و دگردیسی‌های دولت زیستی بوده است.^۱

پس از جنگ جهانی دوم، قانون اساسی جمهوری فدرال آلمان^۲ در ماده اول خود با لحنی قاطع اعلام می‌دارد که «کرامت انسان خدشه‌ناپذیر است» و این کرامت مبنای تمام قانونگذاری‌ها قرار می‌گیرد. همین اصل، به‌ویژه در تعامل با مواد مربوط به خانواده، باروری، مراقبت، بیمه و سلامت، بستری را برای شکل‌گیری نظم موسوم به «حقوق عمومی زیستی»^۳ فراهم کرده است. از مهم‌ترین قوانین در این زمینه می‌توان به «قانون حمایت از والدین و والدگری»^۴ اشاره کرد که به والدین امکان بهره‌مندی از مرخصی، حمایت مالی در دوره بارداری و پس از تولد کودک، و بازگشت امن به محل کار را می‌دهد. همچنین، قوانین ناظر بر بیمه‌های سلامت^۵ و مراقبت بلندمدت^۶ سازوکاری برای تضمین دسترسی برابر به خدمات باروری، مراقبت از نوزادان و سلامت بارداری فراهم کرده‌اند. بسیاری از این اقدامات در قالب «مداخله‌های حمایتی کرامت‌محور» تعریف می‌شوند؛ مداخلاتی که نه بر کنترل بدن، بلکه بر تسهیل کنش زیستی در چارچوب حق تعیین سرنوشت بدنی^۷ استوارند.

در رویه دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان، مداخله دولت در حوزه خانواده و بدن در پرتو کرامت انسانی، حمایت از خانواده، حق والدین، مصلحت کودک و اصل برابری سنجیده می‌شود. ماده ۶ قانون اساسی آلمان، ازدواج و خانواده را تحت حمایت خاص دولت قرار می‌دهد و مراقبت و تربیت فرزندان را حق طبیعی و تکلیف مقدم والدین می‌شناسد. دادگاه در رأی ۲۸ فوریه ۲۰۰۷ در پرونده BvL 5/03، محدود کردن حمایت بیمه‌ای از باروری مصنوعی به زوج‌های متأهل را در حاشیه تشخیص قانونگذار دانست؛ اما در رأی ۱۹ فوریه ۲۰۱۳ در پرونده BvL 1/11،^۸ منع فرزندخواندگی پیاپی توسط شریک ثبت‌شده همجنس را مغایر اصل برابری اعلام کرد. بنابراین، الگوی آلمانی مداخله زیستی و خانوادگی دولت را نه مطلقاً نفی می‌کند و نه بدون محدودیت می‌پذیرد، بلکه آن را به کرامت، تناسب، مصلحت کودک و برابری مقید می‌سازد.

الگوی آلمانی، در تعامل سنجیده میان آزادی زیستی فرد، مسئولیت اجتماعی دولت و اصل کرامت انسانی، الگوی منحصربه‌فردی از دولت زیستی را ارائه می‌دهد که می‌تواند به‌عنوان مبنای مقایسه‌ای مهم برای کشورهایی چون ایران عمل کند. در این چارچوب، شهروندی زیستی نه ابزاری برای سرکوب یا ابژه‌سازی بدن، بلکه تجسمی از پیوند حقوق

^۱ Lemke, Thomas. *Biopolitics: An Advanced Introduction*, Translated By: Eric Frederick Bailey, NYU Press, 2011, P 45.

^۲ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 23 May 1949, as amended, Arts. 1 and 6.

^۳ Öffentliches Bio-Recht

^۴ Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz – BEEG), 5 December 2006, as amended.

^۵ Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V) – Gesetzliche Krankenversicherung, 20 December 1988, as amended.

^۶ Sozialgesetzbuch Elftes Buch (SGB XI) – Soziale Pflegeversicherung, 26 May 1994, as amended.

^۷ körperliche Selbstbestimmung

^۸ Bundesverfassungsgericht, Urteil des Ersten Senats vom 28. Februar 2007 – 1 BvL 5/03, BVerfGE 117, 316.

^۹ Bundesverfassungsgericht, Urteil des Ersten Senats vom 19. Februar 2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09.

فردی با خیر جمعی است.

ب) تنظیم‌گری زیستی بدن در پرتو عقلانیت جمعیتی

در سپهر اندیشه سیاسی فرانسه، شهروند از ابتدای انقلاب ۱۷۸۹ حامل مفاهیمی همچون حاکمیت عمومی، برابری مدنی و تعهد به نظم جمهورگرایانه بود؛ اما با گسترش نهادهای دولت رفاه، مداخله دولت در ابعاد زیستی شهروند نیز به تدریج مشروعیت یافت. به‌ویژه در دهه‌های اخیر، با ظهور سیاست‌های نئوبیولوژیک مرتبط با سلامت باروری، کنترل جمعیت و مدیریت بدن در بستر زیست‌فناوری‌های نوین، دولت فرانسه به بازیگری فعال در تنظیم بدن شهروند تبدیل شده است.^۱ مفهوم شهروندی زیستی،^۲ نخستین بار به‌شکلی صریح در ادبیات جامعه‌شناسی فرانسوی در دهه ۱۹۹۰ ظاهر شد و متأثر از نقدهای میشل فوکو، به‌ویژه نظریه دولت زیستی، جایگاه خود را در تحلیل‌های حقوق عمومی و سیاست‌گذاری‌های اجتماعی تثبیت کرد. فوکو با تحلیل «قدرت زیستی» به‌عنوان شکلی از عقلانیت حکمرانی که در آن، بدن‌های فردی و جمعی، نه صرفاً به‌مثابه سوژه‌های اخلاقی یا حقوقی بلکه به‌مثابه موضوع تنظیم‌پذیر زیستی تلقی می‌شوند، نقطه عزیمت نظری مهمی در فهم دگردیسی مفهوم شهروندی به‌سوی شهروندی زیستی فراهم ساخت.^۳

در همین راستا، تصویب قانون شماره ۲۰۲۱-۱۰۱۷ مورخ ۲ اوت ۲۰۲۱ درباره «اخلاق زیستی و بازتولید»^۴ نقطه عطفی در تنظیم‌گری زیستی در فرانسه به‌شمار می‌آید. این قانون که اصلاحات گسترده‌ای بر قوانین پیشین اخلاق زیستی (به‌ویژه قوانین ۱۹۹۴، ۲۰۰۴ و ۲۰۱۱) وارد کرد، بازتابی از تعمیق و تعادل‌بخشی میان دو منطق متفاوت است: از یک‌سو احترام به کرامت انسانی و از سوی دیگر، گشودگی به فناوری‌های بازتولید پزشکی. برای مثال، قانون جدید امکان لقاح مصنوعی برای زنان مجرد و زوج‌های همجنس را فراهم می‌آورد، اما هم‌زمان، بر ممنوعیت «رحم اجاره‌ای»^۵ و دست‌کاری ژنتیکی جنین تأکید می‌ورزد، آن‌هم با ارجاع مستقیم به اصل کرامت انسانی^۶ که ریشه در مقدمه قانون اساسی فرانسه دارد. (Conseil Constitutionnel, Décision n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994)

از یک‌سو، قانونگذار فرانسوی سعی دارد آزادی فردی در تصمیم‌گیری‌های زیستی را به رسمیت بشناسد؛ از سوی دیگر، مجموعه‌ای از نهادهای تنظیم‌گر مانند آژانس زیست‌پزشکی^۷ وظایف دقیقی در نظارت، صدور مجوز، و ارزیابی اخلاقی پژوهش‌ها و مداخلات زیستی بر بدن شهروندان دارند.^۸ مخالفت‌های گسترده جامعه مدنی با برخی مفاد قانون ۲۰۲۱ نشان می‌دهد که نسبت میان شهروندی زیستی و نظم جمهوری هنوز محل مناقشه است. این الگو با تأسیس نهادهای تخصصی، تأکید بر اصل کرامت، و تنظیم‌گری پیشینی و پسینی مداخلات زیستی، مدلی پیچیده و متوازن را ترسیم کرده است که می‌تواند برای نظام حقوقی ایران، از حیث طراحی سازوکارهای نظارت‌پذیر و کرامت‌محور، الهام‌بخش باشد.

^۱ Rose, Op. Cit., P 25.

^۲ Bio-Citoyenneté

^۳ Foucault, Op. Cit., P 243.

^۴ Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, Journal officiel de la République française, 3 August 2021.

^۵ Conseil constitutionnel, Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

^۶ Dignité de La Personne Humaine

^۷ Agence de La Biomédecine

^۸ Rouvroy, Antoinette and Thomas Berns, "Algorithmic Governmentality and Prospects of Emancipation: Disparateness as a Precondition for Individuation Through Relationships?", *Réseaux*, Volume 177, Issue 1, 2013, P 166.

ج) شهروندی زیستی داوطلبانه

در کانادا، قانون تولیدمثل کمکی انسان^۱ مصوب ۲۰۰۴ اصلی ترین سند قانونی در حوزه مداخلات زیستی دولت در حیطه تولیدمثل است. این قانون نه فقط کاربرد روش هایی مانند لقاح آزمایشگاهی، اهدا یا نگهداری گامت ها و رویان ها را تنظیم می کند، بلکه به صراحت بر کرامت و حرمت انسانی در فرایندهای زیستی تأکید دارد. بندهایی از این قانون هرگونه تجاری سازی بدن یا اجزای آن، از جمله خرید و فروش اسپرم و تخمک یا اجاره رحم را ممنوع می سازد. چنین ممنوعیتی مستقیماً به کرامت انسانی و پرهیز از کالایی سازی انسان مرتبط دانسته شده است.^۲ افزون بر این، قانون سلامت کانادا^۳ مصوب ۱۹۸۴، سلامت را یک حق عمومی می داند و دولت های استانی و فدرال را مکلف می سازد که خدمات بهداشتی اساسی را به صورت برابر و بدون تبعیض برای همه شهروندان فراهم کنند. این چارچوب، مفهوم شهروندی زیستی را از مسیر «حق بر سلامت»^۴ و نیز الزامات نظارتی بر مداخلات پزشکی - زیستی تثبیت می کند.

نمونه های متعدد از مشارکت فعال شهروندان در پروژه های بانک زیستی^۵ در کانادا نشان دهنده نهادینه شدن نوعی شهروندی زیستی داوطلبانه^۶ است. برای نمونه، پروژه مشارکت کانادایی برای فردا^۷ که یکی از بزرگ ترین بانک های زیستی در سطح کشور است، بر پایه رضایت آگاهانه شهروندان برای مشارکت در اهدای نمونه های زیستی طراحی شده است. این پروژه که با هدف مطالعات سرطان، بیماری های مزمن و ژنتیک صورت می گیرد، مشارکت داوطلبانه را به مثابه یک رفتار «مسئولانه» در قبال سلامت جمعی ترسیم می کند.^۸

در سیاست گذاری زیستی کانادا توجه به کرامت انسانی یک اصل پذیرفته شده و نهادینه است. تأکید قانون تولیدمثل کمکی انسان بر کرامت ذاتی زندگی انسان^۹ و منع بهره برداری تجاری از بدن انسان، نمونه هایی از تمسک به اصل کرامت اند. تجربه کانادا را می توان الگویی از شهروندی زیستی مبتنی بر مراقبت و کرامت دانست که در آن، حق و مسئولیت زیستی به گونه ای متعادل طراحی شده اند. از یک سو، دولت متعهد به تضمین عدالت زیستی و حق بر سلامت همگان است و از سوی دیگر، مشارکت فعال شهروندان در پروژه های زیستی به مثابه مسئولیت مدنی ترویج می شود. این تجربه می تواند درسی مهم برای نظام حقوقی ایران باشد که هنوز در مرحله ابتدایی مواجهه با مفهوم شهروندی زیستی قرار دارد.

د) بدن زیستی و حقوق نانوشته شهروندی

برخلاف الگوهای جمهوری گرایانه نظیر فرانسه، نظام حقوقی بریتانیا فاقد قانون اساسی مدون است؛ اما دقیقاً در همین

^۱. Assisted Human Reproduction Act

^۲. Knoppers, Bartha Maria and Rosario M. Isasi. "Regulatory Approaches to Reproductive Genetic Testing", *Human Reproduction*, Volume 19, Issue 12, 2005, P 2698.

^۳. Canada Health Act

^۴. Right to Health

^۵. Biobank Projects

^۶. Voluntary Bio-Citizenship

^۷. Canadian Partnership for Tomorrow Project (CPTP)

^۸. Dummer, Trevor J. B. et al. "The Canadian Partnership for Tomorrow Project: A Pan-Canadian Platform For Research On Chronic Disease Prevention", *Canadian Medical Association Journal*, Volume 190, Issue 23, 2018, E710-E717.

^۹. Inherent Dignity of Human Life

فضای قانون نانوشته است که اشکال زیست‌قدرت^۱ و تنظیم‌گری بدن‌محور گسترش یافته‌اند. از نظام سلامت ملی^۲ تا سیاست‌های تولیدمثل و نهادهای پژوهشی، بدن شهروند نه صرفاً موضوع مراقبت، بلکه ابژه‌ای برای حکمرانی و مسئولیت‌پذیری زیستی تلقی می‌شود.^۳ مفهوم شهروندی مسئول در بریتانیا با شهروندی سالم پیوند یافته است. بدن فردی نه فقط محل مراقبت، بلکه عرصه‌ای برای ایفای نقش اجتماعی قلمداد می‌شود. در این معنا، شهروند مطلوب کسی است که با رعایت سبک زندگی سلامت‌محور، بار مالی و نهادی از دوش دولت رفاه بردارد.^۴

نظام سلامت ملی بریتانیا از ۱۹۴۸ تاکنون، یکی از ستون‌های شهروندی مدرن در این کشور بوده و با گفتمان شهروندی زیستی گره خورده است. دسترسی همگانی به خدمات درمانی، اگرچه نشانی از عدالت اجتماعی است، در دهه‌های اخیر با تغییر مسیر از حقوق درمانی به مسئولیت‌های سلامت‌مدار همراه بوده است. بررسی رویه‌ها و مقررات نشان می‌دهد که شهروند بریتانیایی موظف است خود را به‌عنوان سوژه‌ای آگاه، مراقب و مشارکت‌جو در حکمرانی سلامت تعریف کند.^۵ نمونه برجسته در این زمینه، سیاست‌های مرتبط با بانک زیستی بریتانیا^۶ است که مشارکت داوطلبانه افراد را نه فقط به‌مثابه اهدای داده، بلکه به‌منزله کنش شهروندی بازتعریف می‌کند. شرکت در چنین پروژه‌هایی، بیانگر تعهد شهروند به آینده سلامت جامعه است و دولت از طریق گفتمان سلامت، اخلاق و نفع عمومی، افراد را به مشارکت تشویق می‌کند.^۷ قدرت تنظیم‌گر دولت الزاماً از طریق قوانین رسمی اعمال نمی‌شود، بلکه عمدتاً در چارچوب‌های غیررسمی، مقررات نرم، دستورالعمل‌ها و توصیه‌های پزشکی و اخلاقی عمل می‌کند. برای مثال، در مقررات باروری کمکی^۸ و فعالیت‌های «سازمان باروری انسانی و جنین‌شناسی»^۹ نسبت میان آزادی فردی و مصلحت عمومی بدنام شده است. در این فضا، سوژه لیبرال دیگر فردی مستقل از دولت نیست، بلکه سوژه‌ای زیستی، مخاطب تنظیم‌گری‌های پنهان، و مشارکت‌گر در بازتولید سلامت است. نظام حقوقی بریتانیا به‌جای تکیه بر اجبار، با ایجاد حس وظیفه، هشدارهای پزشکی و ترویج سبک زندگی سالم، شهروندی زیستی را ترویج می‌دهد. اگرچه بریتانیا فاقد مفهوم صریحی از کرامت انسانی در نظام حقوقی خود است، رویه‌های قضایی و اصول اخلاق پزشکی، آن را به‌صورت ضمنی پاس داشته‌اند.

تجربه بریتانیا، الگویی از شهروندی زیستی بر پایه تنظیم‌گری نرم و اخلاقی است؛ الگویی که در آن، قدرت دولت نه در اجبار، بلکه در مدیریت هوشمند بدن‌ها و تعهدات سلامت‌محور متجلی می‌شود. این تجربه، با همه تفاوت‌های حقوقی با ایران، درس‌هایی درمورد خطرات نادیده‌انگاری جنبه‌های کرامت‌محور شهروندی در سیاست‌گذاری زیستی دارد.

۴. آسیب‌شناسی نظام حقوقی ایران در نسبت با شهروندی زیستی

در نخستین مواجهه با قانون «حمایت از خانواده و جوانی جمعیت» مصوب ۱۴۰۰، آنچه نظر هر پژوهشگر حقوق عمومی

1. Biopower

2. National Health Service Act 2006, c. 41, United Kingdom.

3. Rose, Op. Cit., PP 132-135.

4. Petersen, Alan and Deborah Lupton, *The New Public Health: Health and Self in the Age of Risk*, SAGE Publications, 1996, P 66.

5. Novas, Carlos and Nikolas Rose. "Genetic Risk and the Birth of the Somatic Individual", *Economy and Society*, Volume 29, Issue 4, 2000, PP 489-490.

6. UK Biobank

7. Tutton, R., "Constructing Participation in Genetic Databases: Citizenship, Governance, and Ambivalence", *Science, Technology & Human Values*, Volume 32, Issue 2, 2007, P 175.

8. Human Fertilisation and Embryology Act 1990, c. 37, United Kingdom

9. Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA), Official Website, United Kingdom, Available at: <https://www.hfea.gov.uk>, Last Visited on: 22/03/2026.

را جلب می‌کند، نه صرفاً حجم انبوه مقررات و مشوق‌ها، بلکه نوع خاصی از سامان‌دهی بدن است که در نسبت با امر زیستی، به‌ویژه در قالب «سیاست‌های باروری»، شکل گرفته است. این قانون، از مرزهای متعارف تنظیم‌گری جمعیتی فراتر رفته و به نوعی مهندسی زیستی- فرهنگی دست می‌زند که بیش از آنکه ناظر بر حفاظت از کرامت انسانی باشد، در مواردی با خصلت تملکی، اقتداری و جهت‌مند در نسبت با بدن‌های زنانه، مادرانه و جنینی ظاهر می‌شود.

۴.۱. دولت زیستی، بدن تولیدی و نظم‌مندی نهادی

با مروری بر ماده ۱ قانون، مشخص می‌شود که تنظیم‌گری جمعیتی از سطح سیاست‌گذاری عمومی فراتر رفته و به سطح راهبری کلان نهادهای فرهنگی، اقتصادی و قضایی تعمیم یافته است. ستاد ملی جمعیت، با ریاست رئیس‌جمهور و ترکیب گسترده‌ای از نهادهای حکومتی (بند «الف» ماده فوق)، نمایانگر نوعی «مقر فرماندهی زیستی» است که می‌کوشد بدن‌های شهروندان را در جهت سیاست افزایش جمعیت بسیج و هدایت کند. این چنین تمرکزی بر «فرماندهی زیستی»^۱ با تلقی دولت به‌مثابه کنشگر تولیدگر بدن، همسویی خطرناکی با صورت‌بندی‌های انتقادی فوکویی از «دولت زیستی» دارد که در آن، حاکمیت دیگر صرفاً ناظر یا تنظیم‌گر نیست، بلکه به‌صورت فعال در تولید «زیست مطلوب»، «ترخ باروری بهینه» و «الگوی جمعیتی هدفمند» مداخله می‌کند.^۲ در این الگو، خانواده نه به‌مثابه نهاد طبیعی زیست‌اجتماعی، بلکه محل اعمال برنامه‌ریزی دولت برای انباشت بدن‌های تولیدکننده تلقی می‌شود. بدین ترتیب، بدن، به موضوع تنظیم، تشویق، کنترل و جهت‌دهی بدل شده و خطر «بژه‌شدن بدن مادر برای هدف‌های حاکمیتی» آشکار می‌گردد.^۳

۴.۲. عقلانیت مداخله‌گرانه قانون و دگرگونی معنای شهروندی

یکی از مهم‌ترین سویه‌های قانون حمایت از خانواده، تکوین نوعی «عقلانیت سیاست‌گذاری جمعیت‌محور» است که تمامیت زیست انسان را در پیوستاری از تولد تا تولید مثل هدف قرار می‌دهد و شهروندی را در نسبت با «فراهم‌آوری فرزند» تعریف می‌کند. ماده ۱۱، که به‌ازای تولد هر فرزند، اختصاص سرمایه مالی در بورس را الزام می‌کند و ماده ۱۲ که برای مادر صاحب فرزند دوم یا بیشتر خودرو در نظر می‌گیرد، مصادیقی از این نگاه تملکی و ابزارگرایانه به شهروندی هستند. در این الگو، مشارکت در تولید مثل برابر است با کسب امتیازاتی که واجد بار ارزشی هستند، و از این‌رو، شهروندی به امری مشروط تبدیل می‌شود؛ نه بر اساس اراده آزاد، بلکه در پیوند با «زیست‌انگیزی»^۴ حقوق. چنین عقلانیتی به تعبیر آگامبن، ممکن است مسیر خطرناکی از «مردم زیست‌پذیرفته‌شده» تا «زندگی واجد ارزش تنظیم‌گری» را طی کند؛ جایی که هویت سیاسی، نه از حقوق بنیادین، بلکه از قابلیت بدن برای تولید جمعیت ناشی می‌شود.^۵ این دگرگونی در معنای شهروندی، از منظر حقوق عمومی، مداخله‌ای در خودبنیادی مفهوم کرامت انسانی است.

۴.۳. وضعیت استثنایی زیستی و تعلیق قواعد حقوقی

در مقررات مربوط به سقط جنین و تشخیص ناهنجاری در قانون فوق، قانونگذار از مرزهای سنتی «حق سلامت» عبور می‌کند و وارد محدوده‌ای می‌شود که می‌توان آن را «وضعیت استثنایی زیستی» نامید؛ وضعیتی که در آن، تصمیم‌گیری

^۱. Biopolitical Command

^۲. Foucault, Op. Cit., P 4.

^۳. Fraser, Op. Cit., P 211.

^۴. Biologization

^۵. Agamben, Op. Cit., P 10.

درباره ادامه حیات جنین، نه بر اساس مصلحت فردی یا نظر پزشک متخصص، بلکه تحت کنترل کامل کمیسیون قضایی-پزشکی خاصی قرار گرفته و فرایند سقط فقط در صورت تأیید مجموعه‌ای از شرایط سخت‌گیرانه، مجاز دانسته می‌شود. این سازوکار، به‌ویژه در بندهای ذیل ماده ۵۶ قانون فوق با لحاظ «ولوچ روح»، «حرج مادر» و تأیید قاضی نشان از آن دارد که قانون، بدن زن را از قلمرو تصمیم‌گیری مستقل فردی خارج کرده و در معرض «تصمیم حکومتی» قرار می‌دهد. اینجا بدن زنانه نه فقط موضوع تنظیم، بلکه موضوع «تعلیق اراده» نیز می‌شود. این امر، اگرچه در پوشش حمایت از جنین و حفظ جمعیت انجام می‌شود، در عمل به معنای اولویت‌بخشی به مصلحت‌های کلان حاکمیتی بر آزادی جسمی و اخلاقی افراد است؛ وضعیتی که با اصول بنیادین حقوق عمومی مدرن، به‌ویژه اصل آزادی تن، استقلال بدن، و کرامت شخص، در تعارض است. تجربه‌های اروپایی نیز نشان داده‌اند که در بحران‌های زیستی، دولت‌ها با استفاده از ابزارهای سلامت و فناوری‌های دیجیتال، الگوهای تازه‌ای از شهروندی زیستی را تحمیل کرده‌اند؛ الگویی که به‌روشنی خطرات تعلیق حقوق بنیادین را برجسته می‌کند.^۱

۴.۴. باز تولید نابرابری‌های جنسیتی در نظام امتیازدهی

در سطح اجرایی، قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت با ارائه امتیازات گسترده برای مادران، از مسکن تا مرخصی و اولویت در خدمات، به‌ظاهر رویکردی حمایتی نسبت به زنان اتخاذ کرده است. برای نمونه، ماده ۱۷ مرخصی زایمان و ماده ۲۶ درباره مهلت‌های تحصیلی مادران، ساختار سیاست‌گذاری آموزشی و اداری را حول محور «زنان فرزندآور» تنظیم کرده‌اند. این امر، به تعبیر نانسی فریزر، بازگشت به سیاست‌های «مراقبت‌محور پدرسالارانه» است که در آن، به جای حمایت از تنوع سبک‌های زندگی زنان، نقش مادرانه به مثابه هویت اصلی و وظیفه طبیعی آنها تثبیت می‌شود.^۲ از منظر شهروندی زیستی، این سیاست‌ها نشانه‌هایی از «نابرابری‌های درون‌نهادی» را آشکار می‌کنند؛ جایی که امتیازها و حقوق اجتماعی نه بر اساس نیازها و انتخاب‌های آزادانه، بلکه بر مبنای میزان مشارکت در بازتولید جمعیت اعطا می‌شوند. با تجمیع تمام بندهای مذکور، می‌توان دریافت که قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت، به‌رغم ظاهر جمعیت‌محور و خانواده‌دوست خود، در ساحت زیرین خویش، حامل نوعی دگرگونی مفهومی در درک حقوق عمومی از بدن، شهروندی و کرامت است. این صورت‌بندی، نوعی فروکاهش شأن انسانی به ظرفیت بیولوژیک است که در آن شهروندی دیگر نه یک حق، بلکه عملکرد است. نتیجه آنکه، در نسبت با مفهوم «شهروندی زیستی»، قانون مورد بررسی به‌نوعی تنظیم‌گری اقتدارگرا و هدف‌محور بر بدن‌های شهروندان متوسل شده است.

۵. راهکارها و پیشنهادهای اصلاحی برای تقویت شهروندی زیستی در نظام حقوقی ایران

تقویت نهادینه شدن مفهوم «شهروندی زیستی» در نظام حقوقی ایران مستلزم اتخاذ راهکارهایی چندوجهی، ناظر به بازاندیشی هنجاری، اصلاحات نهادی، و بازتنظیم تقنینی است؛ به‌ویژه آنکه قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت علی‌رغم گستردگی و کمیت احکام خود، در غیاب چارچوب‌های نظری روشن نسبت به مفاهیمی همچون کرامت انسانی، حق بر بدن، آزادی زیستی و نقش دولت در تنظیم زیست جمعی، دچار پراکندگی و ناسازواری‌های متعددی شده است.

^۱. Radhuber, Isabella M. et al. "Citizenship In Times Of Crisis: Biosocial State–Citizen Relations During COVID-19 In Austria", *BioSocieties*, Volume 19, Issue 2, 2024, P 328.

^۲. Fraser, Op. Cit., P 197.

۵.۱. تدوین نظام‌نامه جامع «حقوق زیستی شهروندان» به‌مثابه منشور هنجاری تنظیم‌گری

نخستین گام اصلاحی، تدوین یک «نظام‌نامه حقوق زیستی» است که به‌مثابه سند بالادستی تنظیم‌گری، ضمن برشمردن حقوق بنیادین شهروندان در قلمرو زیستی، جایگاه، حدود، و تعهدات دولت را مشخص سازد. این سند باید با مشارکت نهادهای دانشگاهی، فقهی، قضایی و جامعه مدنی تهیه شود و مواردی چون حق بر تصمیم‌گیری آگاهانه درباره بدن، آزادی باروری، حمایت از مادران در شرایط حرج زیستی، منع تبعیض زیستی (بر پایه باروری، سن، ناتوانی یا جنسیت) و کرامت‌محور بودن مداخلات جمعیتی دولت را دربرگیرد. بدون چنین چارچوبی، احکام قانون فعلی که عمدتاً کارکردی و ابزارگرایانه‌اند، فاقد جهت‌گیری ارزشی روشن خواهند بود و امکان سوءتفسیر یا تبعیض زیستی افزایش می‌یابد.

۵.۲. اصلاح تقنینی با تمرکز بر تناسب، عقلانیت ابزارها و عدالت زیستی

قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت نیازمند بازبینی جدی از منظر تناسب ابزارها و عدالت است. در بسیاری از مواد این قانون، میان هدف اعلامی (تقویت جمعیت و خانواده) و ابزارهای به‌کاررفته (محرورسازی، اجبار، یا مشوق‌های گزینشی) ناسازگاری وجود دارد. برای مثال، ماده ۵۲ درباره ممنوعیت عقیم‌سازی دائمی زنان و مردان، ماده ۵۱ درباره ممنوعیت توزیع رایگان یا با یارانه درمورد اقلام مرتبط با پیشگیری از بارداری و ماده ۵۳ در محدودسازی سقط درمانی، بدون ملاحظه کامل شرایط خاص زیستی و حق بر سلامت تدوین شده‌اند و با اصول کرامت انسانی و حق بر بدن در تضادند. پیشنهاد می‌شود بازنگری در این مواد با تکیه بر معیارهایی همچون حق دسترسی برابر به خدمات باروری، احترام به تصمیم فردی، نظام ارجاع شفاف و رعایت اصول تناسب و ضرورت انجام گیرد.

۵.۳. تفکیک سطح تنظیم‌گری کلان و خرد در سیاست‌های جمعیتی

از آسیب‌های مهم در اجرای قانون مذکور، اختلاط سطوح تنظیم‌گری است؛ یعنی مداخله مستقیم دولت در ساحت خصوصی افراد بدون تفکیک میان سیاست‌گذاری کلان (نظیر آمایش سرزمینی جمعیت) و تنظیم‌گری خرد (نظیر تعداد فرزندان یا روش بارداری). این اختلاط می‌تواند به نقض حریم خصوصی، بازتولید پدرسالاری دولتی، و مقاومت اجتماعی بینجامد. توصیه می‌شود چارچوب حقوقی‌ای تنظیم شود که در آن، سیاست‌گذاری‌های کلان جمعیتی مبتنی بر داده‌های آماری و رضایت عمومی، و تنظیم‌گری‌های خرد تابع رضایت آگاهانه، آزادی فردی، و مراقبت از اقشار آسیب‌پذیر باشند.

۵.۴. بازتعریف نقش نهادهای دینی و مدنی در حکمرانی زیستی

تقویت شهروندی زیستی در ایران بدون بازتعریف جایگاه نهادهای اجتماعی، مذهبی و مدنی امکان‌پذیر نیست. نهادهایی همچون حوزه‌های علمیه، سازمان تبلیغات اسلامی، و بنیادهای مردمی می‌توانند با رویکردی جدید، از فرهنگ‌سازی تک‌سویه و سیاست‌زدگی فاصله گرفته و در فرایند آموزش، مشاوره و حمایت از خانواده‌ها مشارکت کنند. این نهادها باید به‌عنوان بخشی از «تنظیم‌گری مشارکتی» عمل کنند؛ یعنی به‌جای فرماندهی بر بدن شهروند، در قالب نهادهای مشورتی و شبکه‌های حمایتگر، به تحقق کرامت زیستی کمک کنند.

۵.۵. بازطراحی سازوکارهای اجرایی، ضمانت‌های حقوقی و ارزیابی‌های اثربخش

ازجمله نواقص قانون، ضعف در پیش‌بینی ضمانت‌اجراهای متناسب، نبود ارزیابی منظم اثربخشی، و تداخل وظایف نهادی

است. برای نمونه، ماده ۷۱ قانون فوق در تعیین ضمانت اجرای عدم اجرای قانون، به مجازات اداری و کیفری بسنده کرده است، بدون آنکه سازوکارهای بازخورد اجتماعی، پاسخ‌گویی نهادی یا امکان اقامه دعوای عمومی پیش‌بینی شود. ضروری است در راستای اصول حکمرانی خوب، ابزارهایی همچون حق شکایت عمومی، نظارت پارلمان بر ستاد ملی جمعیت و انتشار گزارش‌های منظم عملکرد پیش‌بینی شود. همچنین شفاف‌سازی شرح وظایف نهادها و اجتناب از تمرکزگرایی افراطی در ستاد ملی جمعیت اهمیت دارد. شهروندی زیستی، متأثر از تفاوت‌های جنسیتی، طبقاتی و جغرافیایی است و اجرای یکسان قانون در موقعیت‌های نابرابر، عدالت زیستی را مخدوش می‌کند. از این‌رو، اجرای قانون باید با ارزیابی‌های اجتماعی و زیستی، توجه به شرایط محلی، پرهیز از تمرکز مسئولیت بر بدن زنان و مشارکت واقعی شهروندان در تصمیم‌سازی همراه شود.

نتیجه‌گیری

تحلیل تطبیقی مفهوم «شهروندی زیستی» در بستر قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت، در پرتو مفاهیم حقوق عمومی و تجربه‌های تطبیقی، نشان می‌دهد که این مفهوم در نظام‌های حقوقی پیشرو به مثابه تلاقی‌گاه حقوق فردی و مسئولیت‌های زیستی در قبال جامعه بازتعریف شده است. در نظام‌هایی چون فرانسه، آلمان و کانادا، دولت در کنار تنظیم خدمات زیستی، با قواعد شفاف و کرامت‌محور می‌کوشد میان سلامت تولیدمثل، حمایت اجتماعی، مشارکت شهروندان و بهره‌مندی برابر از ظرفیت‌های زیستی توازن برقرار کند.

در نظام حقوقی ایران، قانون «حمایت از خانواده و جوانی جمعیت» در عین آنکه گامی بلند در جهت بازتعریف نقش دولت در حوزه جمعیت و بازتولید اجتماعی محسوب می‌شود، هنوز با الزامات مفهومی و حقوقی شهروندی زیستی فاصله دارد. نخست آنکه این قانون، نگاه تک‌ساحتی به نهاد خانواده و تکالیف دولت دارد و کمتر به پیوستار حقوق فردی، کرامت بدن، حق انتخاب آگاهانه، و بُعد مشارکتی زیست‌شهروندی توجه کرده است. دوم، در غیاب سازوکارهای شفاف نظارت اجتماعی، نهادینه‌سازی زیست‌شهروندی در ایران با خطر تقلیل به سیاست‌زدگی، پدرسالاری دولتی و ابزارسازی زنان و بدنشان مواجه است.

از منظر فلسفی نیز مفهوم شهروندی زیستی در نسبت با اندیشه‌های همچون فوکو، آگامبن یا فریزر، واجد بار نظری سنگینی است. شهروند زیستی نه فقط موضوع قواعد حقوقی، بلکه سوژه بازتولیدشونده در رژیم‌های قدرت-دانش است؛ بنابراین هر سیاستی که بخواهد مدعی حمایت از شهروندی زیستی باشد، باید امکان ایجاد گفتمان مشارکتی، نقد ساختاری و کرامت‌محوری را درون خود تعبیه کند. قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت، به رغم برخی سازوکارهای حمایتی پراکنده، از این نظر دچار ضعف و نیازمند تقویت است.

بر پایه تحلیل تطبیقی انجام‌شده، بازنگری در بنیادهای نظری، ساختارهای نهادی و روش‌های تقنینی به کار گرفته‌شده در نظام حقوقی ایران در حوزه جمعیت و خانواده، ضروری است. تجربه‌های تطبیقی نشان می‌دهد که سیاست جمعیتی زمانی مشروع می‌ماند که از مشوق‌های صرف فراتر رود و بر کرامت بدن، آزادی باروری، عدالت اجتماعی و مشارکت واقعی گروه‌های متأثر استوار شود.

در مقابل، تمرکز صرف بر سیاست‌های تشویقی بدون لحاظ کرامت، آزادی انتخاب و مشارکت واقعی، خطر بازتولید انقیاد و کاهش مشروعیت را در پی خواهد داشت. در این جدول، نسبت میان مواد کلیدی قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت با ابعاد مختلف شهروندی زیستی در ایران نشان داده شده است.

مؤلفه‌های شهروندی زیستی	مواد مرتبط قانون	میزان تحقق	چالش‌ها
کرامت بدن و سلامت باروری	مواد ۴۰ تا ۵۰	متوسط	نگاه تک‌ساختی، تقلیل‌گرایانه به بارداری
حق مشارکت آگاهانه و رضایت آزاد	مواد ۵۳ و ۵۴	پایین	فقدان سازوکار تصمیم‌گیری آگاهانه زنان
برابری در دسترسی به منابع زیستی	مواد ۳ تا ۹ و ۶۸	نسبتاً بالا	شرط‌گذاری منطقه‌ای و طبقاتی بر تسهیلات
حفاظت از بدن در برابر اجبار زیستی	ماده ۵۲	ضعیف	تداخل با اصول آزادی بدن و اختیار شخصی
نظارت اجتماعی و شفافیت نهادی	مواد ۱ و ۱۹	پایین	تمرکزگرایی و عدم امکان پاسخ‌گویی اجتماعی

در یک جمع‌بندی نهایی، تحقق شهروندی زیستی در نظام حقوقی ایران مستلزم عبور از نگاه جمعیت‌محور صرف و حرکت به سوی الگویی مبتنی بر حقوق بدن، کرامت فردی، عدالت زیستی و مشارکت مدنی است. قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت، اگر با اصلاحاتی در حوزه کرامت‌محوری، تفکیک وظایف نهادها و تضمین حق انتخاب در امور باروری همراه شود، می‌تواند بستر مناسبی برای تحقق تدریجی نوعی از شهروندی زیستی ایرانی فراهم آورد که در آن، فرد نه ابزار سیاست، بلکه سوژه کرامت‌مند حقوق عمومی باشد.

منابع

مقاله

۱. زمانه‌قدیم، نوید و یوسف باقری حامد، «تجارت محصولات تراریخته در چارچوب موافقت‌نامه‌های سازمان تجارت جهانی: چالش‌ها و راهکارها»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۵۴، شماره ۱، ۱۴۰۳، صص ۵۲۱-۵۴۱. Doi: 10.22059/jpls.2022.328475.2854.
۲. زمانه‌قدیم، نوید و حسن خسروی، «زیست‌فناوری از منظر حق بر سلامت در پرتو اسناد بین‌المللی و قوانین داخلی کشورها: چالش‌ها و راهکارها»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۵، شماره ۹۷، ۱۴۰۱، صص ۲۶۴-۲۴۱. Doi: 10.29252/jlr.2021.185188.1682.
۳. زمانه‌قدیم، نوید، حسن خسروی و مریم افشاری، «چالش‌های زیست‌فناوری از منظر حق بر دانستن»، مجله حقوق پزشکی، دوره ۱۵، شماره ۵۶، ۱۴۰۰، صص ۱۴۰-۱۲۳.

قانون

۴. قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت، مصوب ۱۴۰۰، روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران.

References

Books

1. Agamben, Giorgio. *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, Translated By: Daniel Heller-Roazen, Stanford University, 1998.
2. Arendt, Hannah. *The Human Condition*, University of Chicago, 1958.
3. Foucault, Michel. *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*, Translated By: Alan Sheridan, Vintage Books, 1977.
4. Foucault, Michel. *The Birth of Biopolitics: Lectures at the Collège de France, 1978-1979*, Translated By: Graham Burchell, Palgrave Macmillan, 2008.
5. Fraser, Nancy. *Scales of Justice: Reimagining Political Space in a Globalizing World*, Columbia University, 2009.

6. Gostin, Lawrence O. and Lindsay F. Wiley, *Public Health Law: Power, Duty, Restraint*, Third Edition, Oakland: University of California, 2016.
7. Habermas, Jürgen. *The Future of Human Nature*, Translated By: Hella Beister, Polity Press, 2003.
8. Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Elements of the Philosophy of Right*, Edited By: Allen Wood, Translated By: H. B. Nisbet, Cambridge University, 1991.
9. Kant, Immanuel. *The Metaphysics of Morals*, Translated By: Mary Gregor, Cambridge University, 1996.
10. Lemke, Thomas. *Biopolitics: An Advanced Introduction*, Translated By: Eric Frederick Bailey, NYU Press, 2011.
11. Loughlin, Martin. *Foundations of Public Law*, Oxford University, 2010.
12. Petersen, Alan and Deborah Lupton, *The New Public Health: Health and Self in the Age of Risk*, SAGE Publications, 1996.
13. Petryna, Adriana. *Life Exposed: Biological Citizens after Chernobyl*, Princeton University, 2002.
14. Rose, Nikolas. *The Politics of Life Itself: Biomedicine, Power, and Subjectivity in the Twenty-First Century*, Princeton University, 2007.
15. Seoane, José-Antonio and Oscar Vergara. *The Discourse of Biorights: European Perspectives*, Cham: Springer, 2024.
16. Spar, Debora L. *The Baby Business: How Money, Science, And Politics Drive The Commerce Of Conception*, Boston: Harvard Business School, 2006.

Articles

17. Dedeoğlu, Çağdaş. "Posthuman Citizenship", *Citizenship Studies*, Volume 27, Issue 8, 2023, PP 983–1002. Doi: 10.1080/13621025.2023.2271867.
18. Dummer, Trevor J. B. et al. "The Canadian Partnership for Tomorrow Project: A Pan-Canadian Platform For Research On Chronic Disease Prevention", *Canadian Medical Association Journal*, Volume 190, Issue 23, 2018, E710–E717, Doi: 10.1503/cmaj.170292.
19. Heinemann, T., and T. Lemke, "Biological Citizenship Reconsidered: The Use of DNA Analysis by Immigration Authorities in Germany", *Science, Technology & Human Values*, Volume 39, Issue 4, 2014, PP 488–510. Doi: 10.1177/0162243913509414.
20. Jauho, Mikko and Ilpo Helén. "Citizenship by Vitality: Rethinking the Concept of Health Citizenship", *Distinktion*, Volume 24, Issue 3, 2023, PP 467–487, Doi: 10.1080/1600910X.2022.2057561.
21. Knoppers, Bartha Maria and Rosario M. Isasi. "Regulatory Approaches to Reproductive Genetic Testing", *Human Reproduction*, Volume 19, Issue 12, 2005, PP 2695–2701. Doi: 10.1093/humrep/deh505.
22. Leung, Doris. Y. L., Sepali Guruge, Angel H. Wang and Charlotte Lee. "Health Citizenship Reveals 'Extra' Work Managing Biopolitical Risk for Immigrants in Canada During COVID-19: A Qualitative Study", *Journal of Community & Applied Social Psychology*, Volume 34, Issue 4, 2024, E2840, Doi: 10.1002/casp.2840.
23. Novas, Carlos and Nikolas Rose. "Genetic Risk and the Birth of the Somatic Individual", *Economy and Society*, Volume 29, Issue 4, 2000, PP 485–513. Doi: 10.1080/03085140050174750.
24. Radhuber, Isabella M. et al. "Citizenship In Times Of Crisis: Biosocial State–Citizen Relations During COVID-19 In Austria", *BioSocieties*, Volume 19, Issue 2, 2024, PP 326–351, Doi: 10.1057/s41292-023-00304-z.
25. Rose, Nikolas and Carlos Novas. "Biological Citizenship", In: Ong, Aihwa and Stephen J. Collier (eds.), *Global Assemblages: Technology, Politics, and Ethics as Anthropological Problems*, Blackwell, 2005, PP 439–463.
26. Rouvroy, Antoinette and Thomas Berns, "Algorithmic Governmentality and Prospects of Emancipation: Disparateness as a Precondition for Individuation Through Relationships?", *Réseaux*, Volume 177, Issue 1, 2013, PP 163–196, Doi: 10.3917/res.177.0163.

27. Tutton, R., "Constructing Participation in Genetic Databases: Citizenship, Governance, and Ambivalence", *Science, Technology & Human Values*, Volume 32, Issue 2, 2007, PP 172–195, Doi: 10.1177/0162243906296853.
28. Zamaneh-Ghadim, Navid and Hassan Khosravi, "Biotechnology from the Perspective of the Right to Health in Light of International Instruments and Domestic Laws: Challenges and Solutions", *Legal Research Quarterly*, Volume 25, Issue 97, 2022, PP 241–264. (In Persian) Doi: 10.29252/jlr.2021.185188.1682.
29. Zamaneh-Ghadim, Navid and Yousef Bagheri Hamed. "The Trade in Genetically Modified Products within the Framework of World Trade Organization Agreements: Challenges and Solutions", *Public Law Studies Quarterly*, Volume 54, Issue 1, 2024, PP 521–541. (In Persian) Doi: 10.22059/jpls.2022.328475.2854.
30. Zamaneh-Ghadim, Navid, Hassan Khosravi and Maryam Afshari, "The Challenges of Biotechnology from the Perspective of the Right to Know", *Medical Law Journal*, Volume 15, Issue 56, 2021, PP 123–140. (In Persian)

Laws And Official Documents

31. Assisted Human Reproduction Act, S.C. 2004, c. 2, Canada.
32. Basic Law for the Federal Republic of Germany. 23 May 1949, as amended. (In German)
33. Canada Health Act, R.S.C. 1985, c. C-6, Canada.
34. Federal Parental Allowance and Parental Leave Act. 5 December 2006, as amended. (In German)
35. Human Fertilisation and Embryology Act 1990, c. 37, United Kingdom.
36. Law No. 2021-1017 of 2 August 2021 on Bioethics. Official Journal of the French Republic, 3 August 2021. (In French)
37. Law on Family Protection and Youthful Population, Approved in 2021 Official Gazette of the Islamic Republic of Iran. (In Persian)
38. National Health Service Act 2006, c. 41, United Kingdom.
39. Social Code Book V – Statutory Health Insurance. 20 December 1988, as amended. (In German)
40. Social Code Book XI – Long-Term Care Insurance. 26 May 1994, as amended. (In German)

Judicial And Constitutional Decisions

41. Constitutional Council. Decision No. 94-343/344 DC of 27 July 1994, Law on Respect for the Human Body and Law on the Donation and Use of Elements and Products of the Human Body, Medically Assisted Reproduction and Prenatal Diagnosis. (In French)
42. Federal Constitutional Court of Germany. Judgment of the First Senate of 19 February 2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09. (In German)
43. Federal Constitutional Court of Germany. Judgment of the First Senate of 28 February 2007 – 1 BvL 5/03, BVerfGE 117, 316. (In German)

Electronic Sources And Institutional Documents

44. Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA), Official Website, United Kingdom, Available at: <https://www.hfea.gov.uk>, Last Visited on: 22/03/2026.
45. Molina, Santiago J. "Biological Citizenship and Surveillance in the COVID-19 Pandemic", *Berkeley Journal of Sociology*, June 24, 2022, Available at: <https://berkeleyjournal.org/2022/06/24/biological-citizenship-and-surveillance-in-the-covid-19-pandemic>, Last Visited on 10/06/2026.
46. UK Biobank, Ethics and Governance Framework, UK Biobank Official Website, Available at: <https://www.ukbiobank.ac.uk>, Last Visited on 11/04/2026.

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

The Relational Approach to Contract, the Vested (Formal) Relational Contract, and Their Implications for Contractual Relationships

Mohammad Ali Bahmaei¹, Mahoor Nasiri Mahini² 

Highlights

- An examination of the relational approach to contracts and its effects reveals the importance of this perspective across various legal systems.
- Classical contract law demonstrates limitations and inadequacy in achieving and realizing the parties' intent in entering into a contract, as well as in addressing the socio-economic dimensions of long-term relationships.
- The vested (formal) relational contract provides a flexible mechanism for ensuring mutual benefit, predictability, continuity, and stability in various contractual relationships.

ABSTRACT

Introduction

This article examines the relational approach to contracts, an approach that, despite theoretical acceptance and practical application in many countries and its recognized positive effects, has not yet found a place in Iranian legal literature. Classical contract law emphasizes the necessity of the parties' explicit intent, precise expression of will, and fulfillment of written terms, stating that its aim is to ensure predictability and certainty. However, it often fails to achieve its stated objectives and is unable to reflect and realize the parties' actual intent, which is inherently shaped by the economic, social, and human dimensions of the relationship. The relational theory of contracts emphasizes ongoing cooperation, mutual trust, and the parties' actual objectives, particularly in long-term contractual relationships. Despite the theoretical acceptance of relational contracts, their practical application has been limited. A review of laws and judicial decisions from different countries indicates that legal uncertainties and the need for court intervention are the main reasons for this limited use. Therefore this article aims to examine the effectiveness of written relational contracts, thereby contributing to the improvement of contractual practice.

Methods

The research method employed in this article is descriptive-analytical, and the data collection approach is library-based. In the descriptive section, the fundamental concepts and legal foundations of relational approach to contracts are elucidated, while the analytical section throughout the article examines the

How to Cite: Bahmaei, Mohammad Ali, Mahini Nasiri, Mahoor, "The Relational Approach to Contract, the Vested (Formal) Relational Contract, and Their Implications for Contractual Relationships", Legal Research, Vol. 29, No. 114, 2026, pp: 221-246.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2026.241695.2964>

Received: 28/09/2025-Accepted: 19/01/2026

1. Assistant Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

2. PhD Candidate, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: mahoornasirii@gmail.com



Copyright: © 2026 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/>).

practical impacts of the aforementioned approach. Then the analysis has led to vested (written) relational contract and the concept, foundation and impacts of it have been analytically studied.

Results and Discussions

The relational approach to contracts seeks discovering instead of emphasizing on what it shows. This approach proves that ignoring the relationality of the contracts, may lead to overlooking the economic and social dimensions of contracts and failing to achieve the parties' true objectives, leading to inefficiency in contract formation, negative performance by one or both parties, and consequent losses. Therefore, a novel written contract, informed by the relational approach, has emerged. The question is whether a structured relational contract can integrate classical legal principles with the relational approach, providing an enforceable legal framework that maximizes mutual benefits, reduces opportunistic behavior, and preserves long-term relationships? By enabling the introduction of the relational approach-particularly its structured form-into the Iranian legal system, significant transformation in both contract formation and enforcement, including judicial practice, becomes plausible. This study employs legal analysis with comparative and interdisciplinary approaches. The theoretical foundations of relational contracts and their development in jurisdictions recognizing relational principles are examined. Iranian legal principles are analyzed to determine the scope and limitations of classical contracts. Selected foreign laws and judicial decisions are also reviewed to assess the judicial application of the relational approach and its practical implications. Findings from economics, organizational behavior, and strategic management are integrated to analyze the economic and behavioral effects of relational contracts, providing a comprehensive understanding of the advantages and challenges of this approach. The analysis indicates that classical contract law, with its formalistic and abstract approach, is often unable to reflect the parties' actual intentions and the complexity of their relationships, and cannot resolve the issue of incomplete expression, where predicting all future contingent events at the time of contracting is impossible. Courts are consequently forced to interpret or apply rules, leading to unpredictable or undesired outcomes. In contrast, the relational approach emphasizes that all contracts are to some extent relational, and cooperation, trust, and mutual adjustment of the relationship are essential for long-term success. A structured and written relational contract, explicitly incorporating relational principles while maintaining flexibility, provides deeper access to articulating and realizing the parties' intentions, better protecting mutual interests than classical contracts, implicit contracts, or unwritten ones, reducing opportunistic behavior, increasing enforceable predictability, and ensuring the continuity of long-term relationships even under unstable economic, social, or political conditions. As the first comprehensive legal study in Iran focusing on relational contracts, this article introduces the concept of the "vested (structured) relational contract" and bridges the gap between relational theory and practical application. The research demonstrates that relational contracts can enhance efficiency and fairness in contract execution and reflect the parties' true objectives. The proposed model has significant implications for courts, offering a framework for interpreting and enforcing contracts based on relational principles, while equipping parties with tools to organize long-term relationships and effective cooperation, reduce disputes and costs, and increase trust and stability. It also emphasizes the importance of interdisciplinary training for lawyers and judges to understand relational dynamics and apply this framework effectively.

Conclusion

The vested (structured) relational contract provides a practical and legal mechanism for certainty of the benefits of contractual relations, containing implicit contracts, away from a dispute. Hence providing the parties with the merits of relational contracts. This type of contract overcomes the limitations of classical law, increases predictability, reduces opportunistic behavior, and strengthens the continuity of long-term relationships. Combining a written expression of the parties' intentions with relational principles, establishes the psychological contract between the parties and ensures that their true objectives are achieved and mutual benefits preserved. Given that this study represents the first comprehensive legal analysis of relational contracts in Iran, understanding this approach for the first time in the country could lay the groundwork for a major transformation in the fate of contracts, including international contracts. It also paves the way for future research, practical implementation, and adaptation of relational contract principles to the Iranian legal and economic context, providing a tool to strengthen, preserve, and optimize contractual relationships both in performance and dispute resolution.

Keywords: Flexibility, Contract Law, Relational Approach, Written Contract, Mutual Benefit.



رویکرد رابطه‌ای به قرارداد، قرارداد رابطه‌ای قاعده‌مند (نوشته) و آثار آنها در روابط طرفین قرارداد

محمدعلی بهمنی^۱، ماهر نصیری ماهینی^۲

نکات برجسته

- بررسی چستی رویکرد رابطه‌ای به قراردادها و آثار آن، اهمیت این دیدگاه را در نظام‌های حقوقی مختلف آشکار می‌سازد.
- حقوق کلاسیک قراردادهای در دستیابی به مقصود طرفین از انعقاد قرارداد، تحقق آن و همچنین تأمین ابعاد اقتصادی-اجتماعی روابط بلندمدت، محدودیت داشته و ناکافی بوده است.
- قرارداد رابطه‌ای قاعده‌مند مکتوب، راهکاری منعطف برای تضمین نفع متقابل، پیش‌بینی‌پذیری و تداوم و ثبات در انواع روابط قراردادی ارائه می‌دهد.

چکیده

با آنکه بسیاری از پژوهشگران قرارداد، رویکرد رابطه‌ای را پذیرفته‌اند و آن را به‌منزله چارچوبی نظری و ابزاری عملی برای جبران کاستی‌های حقوق قراردادهای در تأمین منافع متقابل طرفین به کار می‌گیرند، ادعای سرنوشت مبهم چنین قراردادی در برخی موارد به فراگیر نشدن استفاده از آن منجر شده است. نیاز به دخالت دادگاه‌ها و تبعات آن، نشان‌دهنده این سرنوشت مبهم است. در مقابل، تحقیقات نظری و عملی نشان می‌دهند این عدم استفاده، صورت‌مسئله را حذف کرده و به نادیده انگاشتن تأثیر ابعاد اقتصادی و اجتماعی قراردادهای، خواسته‌ها و درحقیقت هدف اشخاص از انعقاد قرارداد منجر شده است. این درحالی است که رابطه‌گرایی برای طرفین قرارداد واجد اثر عملی بوده و به‌خصوص در روابط بلندمدت نجات‌بخش است. مقاله حاضر درصدد است ضمن بررسی چستی و ویژگی‌های رویکرد رابطه‌ای به قرارداد، با عبور از صرف تفسیر رابطه‌ای، به معرفی قرارداد نوین قاعده‌مند رابطه‌ای بپردازد. قراردادی که ضمن مبتنی بودن بر نفع متقابل، کتبی و مصرح، لکن منعطف است. بدین ترتیب این قرارداد همراه با بهره‌مندی از مزایای رویکرد رابطه‌ای، از ایرادات منتسب به آن فارغ است و امکان استفاده از رویکرد رابطه‌ای را به شکل نوشته و مبتنی بر اهداف حقوق قراردادهای فراهم می‌آورد.

کلید واژگان: انعطاف‌پذیری، حقوق قراردادهای، رویکرد رابطه‌ای، قرارداد نوشته، نفع متقابل.

استناد به این مقاله: بهمنی، محمدعلی، نصیری ماهینی، ماهر، «رویکرد رابطه‌ای به قرارداد، قرارداد رابطه‌ای قاعده‌مند (نوشته) و آثار آنها در روابط طرفین قرارداد»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۴، تیر ۱۴۰۵، صص: ۲۴۶-۲۲۱.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2026.241695.2964>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۷/۰۶ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۱۰/۲۹

۱. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

۲. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: mahoornasirii@gmail.com



Copyright: © 2026 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

حقوق کلاسیک قراردادهای، پرچم‌دار تلاش جهت تحقق قصد طرفین است. برای ایجاد اثر حقوقی، طرفین باید اراده خود را با آگاهی و اختیار به یکدیگر اعلام کنند و دو اراده موافق هم باشند.^۱ به عبارت دیگر، هدف حقوق قراردادهای تحقق خواسته طرفین است. ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «برای صحت معامله شرایط ذیل اساسی است: ۱- قصد طرفین و رضای آنها...». بنابراین قبل از اینکه قراردادی منعقد شود، طرفین باید قصد ایجاد همان قرارداد را با جزئیات داشته باشند. برابر ماده ۱۸۳، «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر درمقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد». ماده ۱۹۱ بیان می‌نماید: «عقد محقق می‌شود به قصد انشا به شرط مقرون بودن بر چیزی که دلالت بر قصد کند». برابر ماده ۱۹۴، «الفاظ و اشارات و اعمال دیگر که متعاملین به وسیله آن انشای معامله می‌نمایند باید موافق باشد، به نحوی که احد طرفین همان عقدی را قبول کند که طرف دیگر قصد انشای آن را داشته است و آلا معامله باطل خواهد بود». لکن، رویکرد رابطه‌ای^۲ با توجه خود به قراردادی که در طول زمان و ضمناً میان طرفین منعقد می‌شود یا امکان انعقاد آن سلب می‌شود، نشان می‌دهد حقوق کلاسیک به تحقق قصد طرفین دسترسی ندارد. شکل انعقاد قرارداد و حفظ آن، چنان‌که در توافق ظاهری طرفین ثبت شده، واقعیت را لحاظ نمی‌کند.^۳ همچنین، نمی‌تواند مشکل «بیان ناقص»^۴ یعنی واقعیت غیرممکن بودن پیش‌بینی و برخورد با آینده، به عنوان زمان را حل کند. به عبارت دیگر توافق ظاهری، ممکن است در آینده هدف یک طرف یا طرفین از انعقاد قرارداد و در نتیجه رضایت طرفین را اجرایی نساخته و در نتیجه قرارداد اجرا نشود یا اجرای آن بر روابط بعدی طرفین تأثیرگذار باشد و مانع تحقق منافع حداکثری از رابطه مشترک شود. حقوق کلاسیک، سپس می‌کوشد با حدس و تفسیر این مشکل را برطرف نماید. بنابراین در قضاوت به تفسیر سخت‌کوشانه‌ای متوسل می‌شود. به نظر دلیل این است که حقوق کلاسیک قراردادهای، قرارداد را به شکل انتزاعی، بدون دسترسی به زمینه‌ای که در آن منعقد شده است و با تناقض بررسی می‌کند.^۵ اکثر پژوهشگران، بینش اصلی نظریه قرارداد رابطه‌ای را می‌پذیرند. بدین معنا که در بیشتر قراردادهای طرفین می‌خواهند هم‌زمان با همکاری، ثروت خود را حداکثر نمایند. همچنین پژوهشگران به اهمیت تحقق خواسته طرفین و از بین رفتن انگیزه‌های فرصت‌طلبی^۶ یا نقض قرارداد به وسیله نگرش رابطه‌ای تأکید دارند؛^۷ لکن، بسیاری از همین پژوهشگران معتقدند حقوق قراردادهای نمی‌توانند یا نباید در این رابطه کاری انجام دهند.^۸ این وضعیت ناشی از قطع ارتباط بین اهداف حقوق قراردادهای و آثار واقعی قراردادهای به نظر می‌رسد.

پژوهشگران حقوقی، اقتصادی و اجتماعی رویکرد رابطه‌ای، به دنبال ارائه گزارش دقیقی از دنیای قراردادهای هستند که

۱. کاتوزیان، امیرناصر، *حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد-ایقاع*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ یازدهم، ۱۳۸۵، ص ۴۳.

۲. Relational

۳. Macneil, Ian R. "Relational Contract: What We Do and Do Not Know", *Wisconsin Law Review*, 1985, P 496.

۴. Incomplete presentation

۵. Macneil, Ian R. "Values in Contract: Internal and External", *Northwestern University Law Review*, 1982, P 349.

۶. Opportunism

۷. See: Kvaloy Ola. and Trond E. Olsen. "Balanced Scorecards: A Relational Contract Approach", *Journal of accounting Research*, Volume 61, Issue 2, 2023, PP 619-652.

۸. Cimino, Chapin F. "The Relational Economics of Commercial Contract", *Texas A&M Law Review*, Volume 3, Issue 1, 2015, P 92.

توسط طرفین واقعی انجام می‌شود و «غریبه»^۱ بودن قراردادهای را رد می‌کند.^۲ در نیم قرن گذشته، در همکاری حقوق و اقتصاد، پژوهشگران پیش‌بینی رفتار را با توصیف دنیایی که رفتار در آن رخ می‌دهد، صورت می‌دهند. پژوهشگران اقتصادی بینش‌های پژوهشگران حقوقی را آزموده و نه فقط حضور رفتارهای رابطه‌ای را در قراردادهای تأیید کرده‌اند، بلکه امکان توضیح بهتر اثرات اقتصادی رفتار رابطه‌ای را در قراردادهای فراهم آورده‌اند.^۳ سؤال این است که آیا خلق قرارداد با رویکرد رابطه‌ای می‌تواند بر کارایی قرارداد تأثیرگذار باشد؟ در صورتی که چنین تحولی امکان‌پذیر است، عملیاتی کردن رویکرد رابطه‌ای به شیوه‌ای میان رشته‌ای و با در نظر گرفتن ماهیت پیچیده رفتار اقتصادی ممکن و مورد نیاز خواهد بود.

در ایران، معدودی نگاشته‌های روان‌شناختی، به بخشی از رویکرد رابطه‌ای توجه کرده‌اند؛ لکن این رویکرد به ادبیات حقوقی، جایگاه اصلی تأثیرگذاری آن، راه نیافته و نوشتار حاضر برای نخستین بار به آن می‌پردازد. در آرای دادگاه‌های کشورهای پیشرو در رویکرد رابطه‌ای، در موارد متعدد امکان صدور رأی بدون بررسی رابطه‌گراییانه غیرممکن اعلام شده است. در جست‌وجوی آرای صادره، آرای شاخصی از چند کشور ملاحظه شد. از این میان می‌توان به آرای از کشور ژاپن اشاره کرد که به دلیل نوع نظام اجتماعی آن، در توجه و به کارگیری رویکرد رابطه‌ای پیشگام بوده است. همچنین آرای صادره از دادگاه‌های ایتالیا و انگلستان مشخصاً در سیر تحول و تأثیرگذاری رویکرد رابطه‌ای از جمله نشان دادن کاستی‌ها، نقش داشته‌اند. دادگاه‌های این کشورها با تصریح به لزوم توجه رابطه‌ای به حقیقت قراردادهای، صدور رأی را با توجه و اشاره صریح به رویکرد رابطه‌ای مدنظر قرار داده‌اند. این رأی‌ها به دلیل بررسی رابطه‌ای قضات و سیر پرونده، دیدگاه روشنی از حقیقت قراردادهای، کارکرد رویکرد رابطه‌ای و نیز خلأهای احتمالی و کمبودهای تفسیر به دست می‌دهند و مورد توجه پژوهشگران اعم از حقوقدانان، اقتصاددانان و جامعه‌شناسان قرار گرفته‌اند و به همین دلیل، بیش از سایر آرای پراکنده اهمیت داشته و سبب توجه به رویکرد رابطه‌ای در سایر کشورها شده‌اند. همچنین آرای صادره سبب طرح این سؤال شده است که آیا تفسیر رابطه‌ای توسط دادگاه‌ها کافی است؟^۴ تهافت آرا نشان می‌دهد احتمالاً خلأیی برای جمع دو رویکرد رابطه‌ای و نوشته نمایان شده است.^۵ در این صورت، باید دید مدل قاعده‌مند(نوشته) رابطه‌ای^۶ چه روش و تأثیری دارد؟ این مدل، از رویکرد رابطه‌ای اعمال شده کشورهای پیشرو و خلأ مشخص شده در نتیجه آرای صادره، نهایتاً در کشور آمریکا تولد یافته است و در صورت تأثیر مثبت بر خلق و تداوم رابطه، تحولی در حقوق قراردادهای مورد انتظار خواهد بود. این مقاله امید دارد برای استحکام و کارایی رابطه طرفین و قضاوت مؤثر، راهکارهایی با رویکرد رابطه‌ای ارائه نماید و حقیقت قرارداد (خواسته طرفین) از این مجرا امکان تحقق یابد.

^۱. Strangership Model of Contracts

قراردادهای واقعی بین غریبه‌هایی که در مدت‌زمان ثابتی درگیر قرارداد می‌شوند منعقد نمی‌شود، ممکن است یکبار منعقد شوند، اما در طول زمان، بین طرفینی با روابط طولانی مدت ادامه می‌یابد.

^۲. Ibid.

^۳. Ibid.

^۴. در توجه قضایی به رویکرد رابطه‌ای، صرفاً آرای از دادگاه‌های کشورهای انگلیس، ایتالیا و ژاپن به دست آمد که به منظور بررسی‌های متعدد نویسندگان برای توجه به آثار توجه قضایی به رویکرد رابطه‌ای و کافی بودن یا نبودن آن مفید نمود.

^۵. گفتنی است این کارکرد حداقلی رویکرد نانوخته رابطه‌ای نیز، در نظام‌های قضایی کاملاً قابل اجراست و در مقابل در نظام‌های حقوق نوشته مثل حقوق ایران، تفسیر قاضی از منابع اولیه حقوق نبوده و این امر احتمال لزوم قاعده‌مند شدن قرارداد را نمایان تر می‌سازد. علاقه‌مندان جهت مطالعه بیشتر در این خصوص می‌توانند ر.ک. انصاری، باقر، **نقش قاضی در تحول نظام حقوقی**، تهران: میزان، ۱۳۹۲.

^۶. Vested (formal) Relational Contract

ذیلاً ضمن بررسی مبانی، عوامل و عناصر رویکرد رابطه‌ای و چگونگی عملیاتی نمودن آن، تأثیرات آن بر حفظ و کارایی روابط طرفینی بررسی و پاسخ به سؤالات مطروح تحلیل می‌شود.

۱. رویکرد رابطه‌ای به قرارداد، عوامل و عناصر تأثیرگذار

قرارداد رابطه‌ای، قراردادی روان‌شناختی و شفاهی است که بر مبنای کشف و پذیرش حقیقت ارتباط انسان‌ها با یکدیگر شکل می‌گیرد. به این معنا که این قرارداد باتوجه به دلایل انعقاد و نیز نقض قراردادهای کتبی، از این حقیقت که هر اقدام انسان بر کسب منافع مادی یا معنوی مبتنی است، در جهت دوام رابطه و تحقق حداکثری منافع استفاده می‌کند. قرارداد رابطه‌ای، طی زمان و باتوجه به عوامل و عناصری که توضیح داده می‌شود، می‌تواند میان طرفین منعقد یا امکان انعقاد آن سلب شود. نظریه قرارداد رابطه‌ای با تحقیقات حقوق و جامعه‌شناسی جدید واقع‌گرا با پیشگامی استورات مکوآلی^۱ و ایان مکنیل^۲ آغاز شد. پژوهشگران حقوقی که از ابزار تحقیق جامعه‌شناختی یعنی جمع‌آوری داده‌ها و مشاهده استفاده کردند. تحقیقات اولیه در دهه شصت میلادی نشان داد جهان واقعی قراردادهای با تصویر انتزاعی و ایدئال ارائه‌شده در متون سنتی حقوق قراردادهای متفاوت است. ممکن است قراردادهای یکباره منعقد شوند، اما در طول زمان، بین طرفینی با روابط بیشتر و طولانی‌مدت ادامه یابند.^۳ به بیان دیگر، قرارداد صرفاً مجموعه‌ای از کلمات مکتوب نیست، بلکه بازتاب رابطه‌ای انسانی است که میان دو طرف شکل می‌گیرد. رابطه‌ای که ممکن است شکل گیرد، تداوم یابد، تضعیف شود یا از میان برود. سپس آثار وضعیت انسانی رابطه از حیث تحقق منافع مادی و معنوی، در نوع اقدام درخصوص قرارداد کاغذی نمایانگر می‌شود.

دو سؤال طرح شد: آیا حقوق واقعاً برای طرفین اهمیت دارد؟ و طرفین در دنیای واقعی چگونه حل اختلافات می‌کنند؟^۴ از نظر مکنیل، تمام قراردادهای در داشتن چهار ریشه اولیه^۵ مشترک‌اند و رفتارهای قراردادی لاجرم از آنها سرچشمه می‌گیرند.^۶ این چهار ریشه عبارت‌اند از: زمینه اجتماعی قرارداد؛ تخصص و مبادله کار؛ حس اختیار یا انتخاب و آگاهی از بُعد زمانی رفتار انسانی (در نظر گرفتن گذشته، حال و آینده رابطه).^۷ هر قراردادی در بستر خاص خود شکل می‌گیرد که در آن طرفین با نیازها و موقعیت خود و دیگری آشنا هستند، از هنجارها و انتظارات جامعه آگاهی دارند و تصمیم‌های خود را نه به صورت آنی، بلکه با در نظر گرفتن تجربه‌های گذشته، وضعیت فعلی و پیامدهای آینده و با اهمیت آزادی عمل خود اتخاذ می‌کنند. به بیان دیگر، قرارداد پدیده‌ای صرفاً حقوقی نیست، بلکه از پیوند با واقعیت‌های اجتماعی و تاریخی انسان‌ها نیرو می‌گیرد.

¹. Macaulay

². Macneil

³. Scott Robert E. "Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts", *California Law Review*, Volume 75, Issue 6, 1987.

⁴. Macaulay, Stewart. "Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study", *American Sociological Review*, Volume 28, Issue 1, 1963, P 57.

⁵. Four primal roots

⁶. Cimino, Op. Cit., P 97; Macneil, "Relational Contract: What We Do and Do Not Know", Op. Cit., P 512.

⁷. A social matrix; specialization of labor and exchange; A sense of choice; and conscious awareness of the past, present, and future.

۱.۱. عوامل تأثیرگذار در رویکرد رابطه‌ای

نظریه قرارداد رابطه‌ای مجموعه‌ای از قوانین سازمان‌دهی شده مبتنی بر ارزش‌های لازم‌الاجرا بر قرارداد نیست، بلکه نسبت به ارزش‌ها موضعی خنثی دارد. این نظریه رویکردی توصیفی دارد و هدف آن مشاهده و تبیین واقعیت‌های قراردادی است، نه تجویز یا تحمیل آنها.^۱ دو جنبه کلیدی انعقاد قرارداد در نظریه رابطه‌ای که در علوم اجتماعی تجارت اثبات و عملیاتی شده است، عبارت‌اند از:

۱.۱.۱. امکان توصیف همه رفتارهای قراردادی با ترکیبی از ده «هنجار مشترک قراردادی»^۲

اشخاصی که قراردادی برای اجرا منعقد می‌نمایند، با درجات مختلف به طور مشابه رفتار می‌کنند.^۳ این هنجارها عبارت‌اند از:

۱. تمامیت یا پایداری و ثبات در عملکرد،^۴ رفتار متقابل (به‌دست آوردن چیزی در مقابل اعطای چیزی)،^۵ ۳. اجرای برنامه‌ریزی از پیش تعیین شده،^۶ ۴. تحقق رضایت،^۷ ۵. انعطاف‌پذیری،^۸ ۶. همبستگی و مسئولیت مشترک قراردادی،^۹ ۷. جبران خسارت، اعاده وضع سابق، و تقویت اعتماد و امید به منافع آینده^{۱۰} (وابستگی)،^{۱۱} ۸. ایجاد و حفظ قدرت،^{۱۲} ۹. مناسب بودن روش، اقدامات و لوازم و وسیله‌ها،^{۱۳} ۱۰. هماهنگی با بستر اجتماعی خاص.^{۱۴}
- هنجارهای همبستگی و عمل متقابل در هر قراردادی وجود دارند. لکن باتوجه به ماهیت و تجربه یک رابطه خاص قراردادی، سایر هنجارها ممکن است با درجات متفاوتی وجود داشته باشند.^{۱۵} در معاملات گسسته^{۱۶} معمولاً هنجارهای سوم و چهارم پررنگ‌ترند. درحالی که در روابط بلندمدت، افزایش هنجارهای رابطه‌ای مشهود است.^{۱۷}

۱.۱.۲. قرار گرفتن همه قراردادها در امتداد طیف رابطه‌ای قرارداد

همه قراردادها جایی در امتداد طیف رابطه‌ای قرارداد قرار می‌گیرند. این طیف، از قراردادهای گسسته‌تر (به یک‌بارمصرف نزدیک‌تر)، هرچند هنوز رابطه‌ای در یک طرف تا قراردادهای رابطه‌ای‌تر ادامه می‌یابد. سایر قراردادها نیز جایی در میانه

¹. Cimino, Op. Cit., P 99.

². Common contract norms

³. Campbell, David. "Ian Macneil and the Relational Theory of Contract", *CDAMS, Center for Legal Dynamics of Advanced Market Societies Kobe University*, Discussion Paper, 2001, PP 11–12.

⁴. Role Integrity

⁵. Reciprocity (the principle of getting something back for something given)

⁶. Implementation of Planning

⁷. Effectuation of Consent

⁸. Flexibility

⁹. Contractual solidarity

¹⁰. The restitution, reliance, and expectation interests

¹¹. linking norms

¹². Creation and restraint of power (the power norm)

¹³. Propriety of Means

¹⁴. Supracontract Norms

¹⁵. Macneil, "Values in Contract: Internal and External", Op. Cit., P 348.

¹⁶. Discrete

¹⁷. Cimino, Op. Cit., P 100.

قرار می‌گیرند. هیچ قراردادی خارج از این طیف قرار نمی‌گیرد.^۱

۱.۲. عناصر مؤثر در رویکرد رابطه‌ای

باتوجه به توضیحات فوق، مشاهده شده است که عناصر مهم در قرارداد رابطه‌ای، اعتماد، تعهد، ارتباط مؤثر و وجود قرارداد روان‌شناختی هستند.

۱.۲.۱. اعتماد

می‌توان گفت اعتماد و امید به دست یافتن به منافع (وابستگی)، جنبه‌ای در قرارداد رابطه‌ای است که بیش از همه مورد بررسی قرار گرفته است. به عبارت دیگر، قرارداد بر پایه اعتماد بر تعهدات طرفین به وجود می‌آید. اعتماد را می‌توان پذیرش برای آسیب احتمالی ناشی از اقدام طرف مقابل، بدون اتکا به توانایی کنترل تعریف کرد. در نتیجه، اعتماد می‌تواند جایگزین سازوکارهای نظارت و کنترل شود.^۲

سه نوع اعتماد قابل تفکیک است: اعتماد به توانایی که به مهارت‌ها و خصوصیات کسی که به او اعتماد می‌شود اشاره دارد.^۳ اعتماد به خیرخواهی که این اعتقاد است فرد مورد اعتماد می‌خواهد قطع نظر از منفعت شخصی، به کسی که اعتماد می‌کند، نیکی کند؛ همچنین اعتماد به درست‌کاری، که به این فرض متکی است شخصی که به وی اعتماد می‌شود، به اصولی پایبند است که مورد قبول فردی است که اعتماد می‌کند.^۴ نقش اعتماد به‌ویژه در همکاری‌ها آشکار می‌شود؛ زیرا پیش‌شرط تمایل به هرگونه همکاری است.^۵

۱.۲.۲. تعهد

تعهد را می‌توان تمایل طرفین به تلاش برای حفظ و تقویت رابطه، فراتر از تعهدات مندرج در قرارداد دانست. این مفهوم در زمره مسئولیت‌های مشترک قراردادی قرار می‌گیرد^۶ و به عبارتی نشان‌دهنده عمق رابطه است.

۱.۲.۳. ارتباط مؤثر

ارتباط مؤثر، دوسویه است^۷ و در آن هر دو طرف چنین درک می‌کنند که رابطه میانشان منفعی بیش از آنچه هریک از

^۱. Ibid, P 98.

^۲. Lioliou, Eleni, Angelika Zimmermann, Leslie Willcocks and Lan Gao. "Formal and Relational Governance in IT Outsourcing: Substitution, Complementarity and the Role of the Psychological Contract", *Information Systems Journal*, Volume 24, Issue 6, 2014, P 514.

^۳. Mayer, Roger C., James H. Davis and F. David Schoorman. "An Integrative Model of Organizational Trust: Past, Present and Future", *The Academy of Management Review*, Volume 20, Issue 3, 1995, P 716.

^۴. Ibid, P 719.

^۵. جوانمرد، لایلا و شادی شاه‌نوند، «اصل اعتماد و آثار آن در قرارداد»، *فصلنامه بین‌المللی قانون‌یار*، دوره ۵، شماره ۱۸، تابستان ۱۴۰۰، صص ۸۰-۸۱.

^۶. Mohr Jakki and Robert Spekman. "Characteristics of Partnership Success: Partnership Attributes, Communication Behavior, and Conflict Resolution Techniques", *Strategic Management Journal*, Volume 15, Issue 2, 1994, P 137

^۷. Lioliou, Op. Cit., P 520

به تنهایی یا در همکاری با شخص ثالث می‌توانند به دست آورند، ایجاد می‌کند.^۱ کیفیت تعامل و میزان تبادل اطلاعات شاخص‌های اصلی ارتباط مؤثرند.^۲

۱.۲.۴. قرارداد روان‌شناختی^۳

یکی از مفاهیم کلیدی در رویکرد رابطه‌ای، قرارداد روان‌شناختی است. قراردادی غیرمکتوب که ستون انعقاد و اجرای قرارداد رابطه‌ای است. قرارداد روان‌شناختی بر پایه انتظارات متقابل و تبادل میان طرفین استوار است.^۴ آرگریس آن را توافقی مبتنی بر درک مشترک از آنچه انتظار می‌رود طرفین به یکدیگر ببخشند معرفی کرد و لوینسون آن را مجموعه‌ای از انتظارات متقابل، گاه ناآگاهانه دانست که روابط را هدایت می‌کند^۵ و شامل تعهدات و حقوق طرفین است. رابینسون و روسو با تعریف این قرارداد به عنوان ادراکات و تعهداتی که به طور متقابل تعهد شده است، بر ماهیت ذهنی قرارداد روان‌شناختی تأکید می‌کنند^۶ که موجب مسئولیت‌پذیری روان‌شناختی، خودکنترلی و تقویت اعتماد می‌شود. همچنین نقض این قرارداد، اعتماد، وفاداری و حس هویت مشترک را تضعیف می‌کند و با قصد قطع رابطه در ارتباط است.^۷ بنابراین، قرارداد روان‌شناختی به عنوان سازوکاری خودگردان، کارکردی مشابه قرارداد مکتوب دارد^۸ و تبیین آن می‌تواند به فهم عمیق‌تر رضایت و قصد انشا در حقوق کلاسیک کمک کند.

در بررسی‌های حقوق و روان‌شناسی، از قرارداد نوشته، به عنوان سندی که هیچ‌کس آنها را نمی‌خواند، یاد شده است. خواندن برخی از شرایط قرارداد خصوصاً شرایط عمومی، انتظاری غیرواقعی است و شک وجود دارد که رضایت بتواند معنادار باشد؛ درحالی‌که قرارداد روان‌شناختی همچنان بر روابط تأثیرگذار خواهد بود.^۹

حقوق در شرح تفاوت مقاصد در زمان انعقاد قرارداد و بروز اختلاف به این مفهوم پرداخته و از قاضی به عنوان جاهل یاد شده است.^{۱۰} در ایجاب و قبول نیز حاکمیت اراده باطنی فراموش نشده است. مثلاً فوت و حجر در خلال آنها موجب از بین رفتن ایجاب است. توجیه این نظر متفق، جز با قبول حاکمیت اراده باطنی امکان ندارد. زیرا فوت و حجر گوینده ایجاب تنها اراده باطنی را از بین می‌برد. گرچه در مبحث اشتباه، منطبق نبودن عقد با اراده واقعی، تأثیری در نفوذ عقد نداشته و فقط گاه آن را قابل فسخ می‌کند. در این صورت نیز در تشخیص اشتباه بیشتر از ضوابط نوعی استفاده می‌شود.^{۱۱}

^۱ Goo, Jahyun, Rajiv Kishore, Raghav Rao and Kichan Nam. "The Role of Service Level Agreements in Relational Management of Information Technology Outsourcing: An Empirical Study", *MIS Quarterly*, Volume 33, Issue 1, 2009, P 125.

^۲ Mohr and Speckman, Op. Cit.

^۳ Psychological Contract

^۴ مفهوم انتظارات تجاری و انتظارات معقول در حقوق قراردادهای به خصوص حقوق بیمه مفهومی مرتبط است که بررسی آن به فرصتی دیگر موکول گردید.

^۵ Argyris, Chris. *Understanding Organizational Behaviour*, London: Tavistock, 1960, P 18.

^۶ Robinson, Sandra L. and Denise M. Rousseau. "Violating the Psychological Contract: Not the Exception But the Norm", *Journal of Organizational Behavior*, Volume 15, Issue 3, 1994, P 246.

^۷ Lioliou, Op. Cit., P 529.

^۸ Rousseau, Denise M. "Schema, Promise and Mutuality: The Building Blocks of the Psychological Contract", *Journal of Occupational and Organizational Psychology*, Volume 74, Issue 4, 2001, P 528.

^۹ Wilkinson-Ryan, Tess. "A Psychological Account of Consent to Fine Print", *Iowa Law Review*, Volume 99, Issues 14-22, 2014, P 1759.

^{۱۰} کاتوزیان، امیرناصر، «تفسیر قرارداد»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۷۰، شماره ۴۰، ۱۳۸۴، ص ۲۷۹.

^{۱۱} کاتوزیان، امیرناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱: مفهوم عقد-انحلال و اعتبار قرارداد، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم، ۱۳۸۴، صص ۲۳۳ و ۲۴۷.

در فقه امامیه، روایات «انما الاعمال بالنیات» و «انما لكل امرء ما نوى» و قاعده مشهور «العقود تابعه للقصود» دلالت دارد که عقد تابع اراده باطنی است.^۱ از نظر فلسفی نیز باید چنین باشد، زیرا در حقوق مذهبی که احکام با اخلاق آمیخته بوده و به روان نظر دارد، قناعت به ظاهر دشوار به نظر می‌رسد.^۲

۱.۳. آثار عملی رویکرد رابطه‌ای

رویکرد رابطه‌ای فرض می‌کند که انسان در عین اولویت دادن به منافع خود، منافع هم‌نوعان را تأمین می‌نماید.^۳ عمل متقابل، تعارض خواسته‌ها را کاهش داده و باور به مسئولیت مشترک (همبستگی) زمینه‌ساز ارتباط پایدار می‌شود.^۴ ذیلاً آثار مشاهده شده بررسی می‌گردد.

۱.۳.۱. آثار اقتصادی رویکرد رابطه‌ای

پژوهشگران بازاریابی و مدیریت، با استفاده از ابزارهای هزینه اقتصادی معامله،^۵ قرارداد هم‌زمان رقابتی و مشارکتی را پذیرفته‌اند^۶ و هنجارهای رابطه‌ای را در جمع آوری و تحلیل داده‌ها به کار گرفته‌اند. هزینه اقتصادی معامله، به ابتکار ویلیامسون، اقتصاددان برنده جایزه نوبل، در چارچوب جنبش اقتصادی بزرگ‌تری به نام اقتصاد نهادی جدید^۷ به پیش‌بینی کارآمدترین ساختار معاملاتی با توجه به هزینه‌های مبادله می‌پردازد.^۸ این رویکرد با توضیح پیچیدگی انگیزشی انسان و در نتیجه امکان فرصت‌طلبی، با تکیه بر مطالعات میدانی، کنترل فرصت‌طلبی را منشأ اصلی هزینه‌ها می‌داند و نشان می‌دهد هنجارهای رابطه‌ای می‌توانند مبنای استانداردهایی چون حسن‌نیت و تکمیل قراردادهای ناقص باشند.^۹

مطالعات میدانی نشان می‌دهد فروشنده زمانی کنترل تصمیمات تولید مانند انتخاب سازندگان و زمان تولید و تحویل را به خریدار واگذار می‌کند که به رعایت هنجارهای رابطه‌ای انعطاف‌پذیری (امکان تعدیل و اصلاحات باهدف سازگاری با شرایط در تغییر)، تبادل اطلاعات (انتظار ارائه اطلاعات اختصاصی در صورت کمک به طرف مقابل یا اطلاع دادن در مورد تغییرات با احتمال تأثیر بر طرف دیگر) و همبستگی (تلقی مشکلات در جریان رابطه به‌عنوان مسئولیت مشترک، تعهد به بهبودهای به نفع رابطه مشترک و تمایل طرفین به لطف در حق یکدیگر) از سوی او اطمینان داشته باشد.^{۱۰} همچنین

۱. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، جلد ۲۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۹۵، ص ۲۲۶.

۲. پیشین، ص ۲۴۶.

۳. Cimino, Op. Cit., P 98.

۴. Macneil, "Values in Contract: Internal and External", Op. Cit., P 349.

۵. Transaction cost economics, TCE

۶. See: Campbell, David. "Good Faith and the Ubiquity of the Relational Contract", *The Modern Law Review*, Volume 77, Issue 3, 2014, PP 475-492.

۷. New Institutional Economics (NIE)

۸. Williamson, Oliver E. "The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach", *American Journal of Sociology*, Volume 87, Issue 3, 1981, P 550.

۹. Hermalin, Benjamin E., Avery W. Katz and Richard Craswell. "The Law and Economics of Contracts", *Columbia Law and Economics Working Paper*, Issue 296, 2007, P 68.

۱۰. Heide Jan B. and George John. "Do Norms Matter in Marketing Relationships?" *Journal of Marketing*, Volume 56, Issue 2, 1992, P 33.

متعهد بودن به این هنجارها احتمالاً اساساً معامله را ممکن و آن را کارآمدتر می‌نماید.^۱ همچنین این مطالعات عملی نشان می‌دهند هرچه سابقه قبلی شرکا رابطه‌ای‌تر باشد، معاملات بعدی با ساختاری ساده‌تر و ظاهراً گسسته‌تر انجام می‌گیرد و اعتماد موجود، در کاهش هزینه معاملات بعدی مؤثر بوده است.^۲ مطالعه متغیرهای اعتماد از پیش موجود بین طرفین در این مطالعه میدانی (با سه ارزیابی که برای سنجش نظر خریدار در مورد تأمین‌کننده در مقایسه با بهترین تأمین‌کننده جایگزین برای آن کالا استفاده شد، از جمله اینکه آیا تأمین‌کننده همیشه در مذاکره با شرکت شما بی‌غرض بوده است، تأمین‌کننده ممکن است از فرصت‌هایی استفاده کند که به هزینه شما منتفع شود، و به این تأمین‌کننده اعتماد دارید که با شما منصفانه رفتار کند)، حالت کنترل ترجیحی طرفین (خرید، شراکت یا ساخت) و ارزیابی طرفین از عملکرد و کارایی رابطه و تجربه طرفین از تعارض در طول رابطه (با اندازه‌گیری دفعات اختلاف‌های مهم با تأمین‌کننده، سهولت مذاکره در خصوص تغییرات هزینه‌ها) نشان داد اعتماد بالاتر موجب ترجیح کنترل ساده‌تر و ظاهر گسسته معامله، کاهش هزینه‌های هر سه حالت کنترل، و در نهایت به بهبود کارکرد معامله منجر می‌شود.^۳

۱.۳.۲. آثار حقوقی رویکرد رابطه‌ای

بررسی می‌شود که به رسمیت شناختن رویکرد رابطه‌ای، در قوانین، اجرای قرارداد و آرای کشورهایی که به این رویکرد توجه داشته‌اند چه آثاری ایجاد کرده است.

۱.۳.۲.۱. ابعاد ضمنی قراردادها

چنان‌که ملاحظه شد، قرارداد وسیله‌ای برای رفع نیاز طرفین است. بنابراین رویکرد رابطه‌ای با انتظارات ضمنی طرفین از معامله ارتباط می‌یابد.

قرارداد افزون‌بر تعهدات صریح، واجد ابعاد ضمنی ناشی از عرف، رویه و نیات مشترک طرفین است که در قوانین، از جمله ماده ۲۲۰ قانون مدنی ایران به رسمیت شناخته شده‌اند و گاه در مقدمه قراردادها به آنها اشاره می‌شود. این ابعاد، به منافع بلندمدت در کنار منافع آنی مذکور در قرارداد توجه دارند^۴ و بر رهایی از نگرانی از عملکرد صحیح طرف مقابل^۵ و طراحی قراردادی منطبق با اهداف طرفین تأکید دارند.^۶ از منظر تحلیل اقتصادی حقوق، قراردادهای کوتاه‌مدت با تعهد ضمنی به تکرار، امکان انعطاف‌پذیری در انطباق سریع قرارداد با شرایط پیش‌بینی نشده و کاهش هزینه‌های خطای تعیین تعهدات ثابت را فراهم می‌کنند.^۷ لکن علاوه بر مشکلات حقوقی ناشی از نبود قرارداد کتبی بلندمدت، ضمنی بودن ایرادی دارد و آن اینکه که اشخاص، به ندرت حاضر به انجام سرمایه‌گذاری بدون قراردادی بلندمدت و بنابراین مطمئن برای

^۱ Ibid, P 41; Cimino, Op. Cit., PP 111-112.

^۲ Gulati, R. and Nickerson J. A. "Interorganizational Trust, Governance Choice, and Exchange Performance", *Organizational Science*, Volume 19, Issue 5, 2008, PP 691-692.

^۳ Ibid.

^۴ Campbell, David. and H. Collins. "Discovering the implicit dimensions of contracts", In: Campbell, D., H. Collins, and J. Wightman (eds.). *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational, and Network Contracts*, (*International Studies in the Theory of Private law*), Bristol: Hart, 2003, P 2.

^۵ Gulati and Nickerson, Op. Cit, P 689.

^۶ قراردادهای تحمیلی و قراردادهایی که به جهت موضع ضعیف یک طرف نیاز به حمایت قانونی دارند، بحث‌های دیگری را می‌طلبند.

^۷ Fondrieschi, A. F. "Discrete' and 'Relational' Approaches in Implicit Contracts, A Look at English, Japanese and Italian Law", *De Gruyter, Ercl*, Volume 15, Issue 4, 2019, P 428.

استهلاک هزینه‌ها هستند.^۱ به عبارت دیگر، پیش‌بینی ابعاد ضمنی قراردادها حتی در قوانین، نشان‌دهنده حقیقت رابطه‌ای قراردادهاست، لکن آثار ابعاد ضمنی، کمبودی را نیز نمایان می‌سازد که در بررسی آرای اصداری روشن‌تر خواهد شد.

۱.۳.۲.۲. اجرای قراردادها و آرای مراجع رسیدگی

ژاپن به‌عنوان نظامی مبتنی بر قوانین اجتماعی همکاری‌محور و حل اختلافات غیرترافعی، از رویکرد رابطه‌ای با تکیه بر ابعاد ضمنی قرارداد حمایت می‌کند. قراردادهای کوتاه‌مدت یک‌ساله که به‌طور مکرر بازنگری و تمدید می‌شوند، نمونه‌ای از این انعطاف‌پذیری در کنار بهره‌مندی از مزایای رابطه تجاری پایدار است.^۲ در صورت قطع رابطه، قضاات با استناد به حسن‌نیت و منع سوءاستفاده از حق، تعهد ضمنی مذاکره مجدد و تمدید را شناسایی می‌کنند.^۳

هرچند به این رویکرد انتقاد شده که مستلزم مداخله قضایی است،^۴ پاسخ داده شده است که جامعه، خود قوانین غیررسمی را تعیین می‌کند و دولت صرفاً از طریق قضاات آنها را اعمال می‌کند. در رویه قضایی ژاپن حتی حق فسخ مندرج در قرارداد، به نفع قاعده اجتماعی حسن‌نیت که معتقد است این بند باید به‌عنوان حق طرف برای انصراف از قرارداد تنها در شرایطی تفسیر شود که فسخ را اجتناب‌ناپذیر کند، نادیده گرفته می‌شود.^۵ همچنین انتقاد شده است که این رویکرد مستلزم زنده نگاه داشتن اجباری رابطه است. لکن در مقابل پاسخ داده شده است که در غالب پرونده‌ها، تشخیص یک رابطه قراردادی ضمنی، به شناسایی حق جبران خسارت در صورت نبود تلاش مذاکره مجدد محدود می‌شود. همچنین، تشخیص اهمیت رابطه، سطح اعتماد و انتظارات طرفین، دل‌خواه نبوده و مبتنی بر حقایق عینی شامل ملاحظات اقتصادی وابستگی و نیاز به تعیین تکلیف موجودی کالا یا سرمایه است.^۶

در ایتالیا، شرط حسن‌نیت در قانون مدنی (مواد ۱۱۷۵ و ۱۳۷۵) تصریح شده است و در آرا به آن اشاره می‌شود، لکن بر آزادی قراردادی اثر محدودی دارد. قانون ۴/۱۲۹ در زمینه حق امتیاز تجاری^۷ نیز، با تعیین حداقل مدت قرارداد و سایر تدابیر، به حمایت از سرمایه‌گذاری و تعدیل عدم توازن قدرت می‌پردازد.^۸ همچنین ماده ۹ قانون ۹۸/۱۹۲ با شناسایی مفهوم «وابستگی اقتصادی» و منع سوءاستفاده از آن، ابعاد ضمنی را تصدیق و امکان مداخله قاضی در رابطه را فراهم می‌کند. سوءاستفاده می‌تواند شامل امتناع از معامله، تحمیل شروط غیرقابل توجیه یا تبعیض‌آمیز یا خاتمه به دلخواه رابطه تجاری^۹ باشد و ضمانت اجراهایی همچون بطلان شرط سبب سوءاستفاده، جبران خسارت و دستور موقت پیش‌بینی

^۱ Ibid, PP 423, 428.

^۲ Haley John O. "The Role of Courts in "Making" Law in Japan: The Communitarian Conservatism of Japanese Judges", *Pacific Rim Law & Policy Journal*, Volume 22, Issue 3, 2013, PP 501-502.

^۳ Matsumoto T. "Anglo-American Law Research in the Study of Civil Law in Japan", In: Z. Kitagawa and K. Riesenhuber (eds), *The Identity of German and Japanese Civil Law in Comparative Perspectives*, Berlin: De Gruyter, 2007; Milhaupt, Curtis J. "A Relational Theory of Japanese Corporate Governance: Contract, Culture and the Rule of Law", *Harvard International Law Journal*, Volume 37, Issue 1, 1996, P 8.

^۴ Barnett, Randy E. "Conflicting Visions. A Critique of Ian Macneil's Relational Theory of Contract", *Virginia Law Review*, Volume 78, Issue 5, 1992, P 1183.

^۵ Fondrieschi, Op. Cit.

^۶ Ford Tractor Kabushiki Kaisha v. Tokyo Sanyo Trading Co., Tokyo High Court, Hanrei Jiho No. 958, P 99, 1980, Tokyo, Japan; Fondrieschi, Op. Cit.

^۷ Franchising

^۸ Fondrieschi, Op. Cit., P 436.

^۹ در حقوق ایران بنا به ماده ۳۹۹ قانون مدنی می‌توان حق فسخ بدون دلیل - البته با قید مدت - در قرارداد درج نمود که عموماً در قراردادها طرف قوی‌تر به نفع خود آن را پیش‌بینی می‌نماید و خيار شرط نامیده می‌شود.

شده است. با این حال، این حمایت محدود به موارد ضرورت حمایت از طرف در خطر در وضعیت وابستگی اقتصادی است.^۱ در آمریکا، ماده ۲ قانون تجاری یکنواخت^۲ روش تفسیر قرارداد براساس قراین و اوضاع و احوال معامله را اتخاذ کرد. به بیان تهیه‌کنندگان قانون، اوضاع و احوال تجاری خاص، قواعد خود را دارند و راه‌حل هر مشکل در محیط تجاری که مشکل در آن ایجاد شده نهفته است.^۳ بنابراین، تدوین‌کنندگان دو انتخاب داشتند: انجام تحقیقات تجربی وسیع قبل از تهیه پیش‌نویس، برای کشف آن قواعد، یا پیش‌بینی استانداردهای گسترده‌ای که بسته به موردی که طرفین برای دادگاه تشریح می‌کنند معنا یابند با انتخاب استراتژی دوم، دادگاه‌ها برای تعیین معیارهای اوضاع و احوال در پرونده، به شواهد تجربی نیاز دارند. بدین ترتیب، دادگاه‌ها موظف‌اند با رجوع به روابط گذشته طرفین، رویه‌های صنف آنها، مقصود واقعی طرفین و مناسب‌ترین ضوابط را در بستر محیط تجاری خاص شناسایی کنند.^۴

در سال‌های اخیر، در حقوق انگلستان پرونده‌های متوالی نشان می‌دهند قضات کوشیده‌اند با به رسمیت شناختن رویکرد رابطه‌ای از طریق توجه به ابعاد ضمنی، به حقیقت ارتباط طرفین دست یابند و بر این اساس رأی انشا نمایند.^۵ سرمایه‌گذاری مشترک بین سرمایه‌گذار و هتلداری به منظور توسعه تعدادی هتل، نمونه‌ای از قرارداد رابطه‌ای معرفی شد؛ زیرا اگرچه نانوشته بود، مستلزم همکاری زیادی بین طرفین بود و انتظارات متقابل، اطمینان و اعتماد را برای دستیابی به هدف مشترک ایجاب می‌کرد. همین امر توجیه‌کننده استنباط تعهد ضمنی به حسن نیت در اجرای تعهدات شناخته شد.^۶

در پرونده مربوط به قطع همکاری طولانی میان خریدار و فروشنده منسوجات،^۷ دستیابی به حقیقت با ارجاع به واقعیات زمینه رابطه مدنظر قرار گرفت. با عدم سفارش‌گذاری خریدار، فروشنده مدعی وجود قرارداد ضمنی شد که خریدار را ملزم به اخطار پیش از پایان رابطه می‌کرد. ادعای وی بر تأثیر خریدار در تصمیمات مهم تجاری فروشنده استوار بود، لذا فروشنده باید فرصت می‌داشت امور خود را از خریدار جدا کند. خریدار با استناد به فقدان قرارداد بلندمدت صریح، هر سفارش را مستقل و خاتمه‌پذیر پس از تکمیل آن دانست. دادگاه اعلام کرد که علیرغم شواهد بسیار مبنی بر وابستگی به هم، مانند یک شرط ضمنی، به دلیل عدم اطمینان، تلقی قرارداد به عنوان بلندمدت ممکن نیست.^۸ همچنین تبلیغات گسترده خریدار در خصوص روابط با تأمین‌کنندگانش، کار با خریدار را برای فروشنده پرمفعت کرده و وی خطرات نوع قرارداد را پذیرفته بود.^۹ در مقابل، اگر فروشنده یا دادگاه می‌توانست خریدار را به امضای قرارداد بلندمدت مجبور کند، احتمالاً وی به دنبال طرف قرارداد دیگری می‌شد.^{۱۰} همچنین، خریدار در رابطه سرمایه‌گذاری کرده و در صورت قطع ناگهانی همکاری، با کمبود یکی از تأمین‌کنندگان اصلی خود مواجه می‌شد. ولی فروشنده از این واقعیت برای توافق مناسب از جمله پیش‌بینی زمان اطلاع‌رسانی، استفاده نکرده بود. به عبارت دیگر، خریدار از نظر زمینه رابطه، ادعایی به

^۱. Ibid, P 437.

^۲. The Uniform Commercial Code, 1953.

^۳. Meiklejohn, Alexander M. "Castles in the Air: Blanket Assent and the Revision of Article 2", *Washington and Lee Law Review*, Volume 51, Issue 2, 1994, P 599.

^۴. Fondrieschi, Op. Cit., P 428.

^۵. Gounari, Zoe. "Developing a Relational Law of Contracts: Striking a Balance Between Abstraction and Contextualism", *The Society of Legal Scholars, Legal Studies*, Volume 41, Issue 2, 2021, P 179.

^۶. Ibid.

^۷. Baird Textile Holdings Ltd v Marks & Spencer plc, Court of Appeal, England, [2001], EWCA Civ 274.

^۸. Campbell, David., Linda Mulcary and Sally Wheeler (eds.). *Changing Concepts Of Contract, Essays In Honour of Lan Macneil (Palgrave Socio-Legal Studies)*, London: Palgrave Macmillan, 2013, P 140.

^۹. Baird Textile Holdings Ltd v Marks & Spencer plc, Op. Cit., Civ 291.

^{۱۰}. Ibid, Civ 301.

همان اندازه معتبر داشت.^۱

در پرونده‌ای دیگر، دستیابی به حقیقت براساس «عقل مشترک تجاری»^۲ مدنظر قرار گرفت. بدین معنا که آنچه یک فرد معقول با توجه به عبارات قرارداد می‌فهمد، ملاک است، و نه لزوماً آنچه طرف قرارداد آن را ادراک و توافق می‌کرد. خواهان صندوقی قانونی بود که خسارات سرمایه‌گذاران ناشی از کاهش ارزش سهام را پرداخت کرده بود و برای جبران از شرکت ساختمانی اقامه دعوا کرد. باتوجه به بند واگذاری تمام حقوق ناشی از معامله به صندوق، به جز حق ادعا علیه شرکت ساختمانی مبنی بر کاهش مبالغ بازپرداخت، این موضوع مطرح شد که آیا استثنای مذکور محدود به دعای فسخ است یا هرگونه ادعایی را که خواستار کاهش مبالغ قابل بازپرداخت هستند، دربرمی‌گیرد؟ دادگاه اعلام کرد که با در نظر گرفتن آنچه یک فرد معقول با آگاهی از عبارات می‌فهمد، این استثنا باید محدود به ادعاهای مرتبط با فسخ تفسیر شود. انتظار می‌رفت سرمایه‌گذاران به ضمیمه‌ای که تصریح داشت سرمایه‌گذار تمام حقوق خود در برابر هر شخص دیگری را به صندوق منتقل می‌کند توجه می‌نمودند.^۳ بدین ترتیب، گرچه تفسیری موسع‌تر ممکن بود امکان جبران کامل خسارات سرمایه‌گذاران را که از صندوق دریافت نمی‌کردند، فراهم کند، دادگاه بر محدودیت استثنا تأکید نمود.

در پرونده‌ای دیگر، تفسیر قرارداد براساس عرف صنف انجام شد. موضوع اختلاف مربوط به خطاریه فسخ اجاره بود که تاریخ آن یک روز زودتر از موعد مقرر در قرارداد (سومین سالگرد تاریخ شروع قرارداد) درج شده بود. دادگاه اعلام کرد که یک موجر معقول، اشتباه جزئی مستأجر را درک می‌کرد و این رویکرد به قصد طرفین جامه عمل می‌پوشاند.^۴ باین حال، اقلیت استدلال کردند که پیچیدگی شروط فسخ در قراردادهای اجاره تجاری نیز باید بخشی از رویه فرض شود.^۵ یک شخص تجاری با آگاهی از رویه مربوطه، از تله احتراز می‌نمود. بنابراین، خطاریه‌ها باید بی‌اثر تلقی می‌شدند.^۶ در تمام این پرونده‌ها، تصمیم‌گیری، به برگزیدن مجموعه‌ای از حقایق بر مجموعه دیگری از حقایق که می‌توانست به همان اندازه با اختلاف مرتبط باشد خلاصه می‌شود. پرونده‌های دیگری و سایر مطالعات بر روی ترجیحات طرفین نیز با این نتایج سازگارند. مثلاً در قراردادهای حوزه نوآوری، قصد طرفین این است که کنترل‌های غیررسمی و روابط ضمنی نباید توسط دادگاه اجرا شود. زیرا دادگاه‌ها فاقد ابزار لازم برای مدیریت روابط قراردادی پیچیده بوده و برای ایجاد محیطی که رابطه را از مرحله نوآوری به مرحله تولید می‌برد، نبود تهدید الزام به اجرا با تفسیر ضمنی در مراحل اولیه رابطه حیاتی است.^۷

از بررسی موارد مذکور می‌توان گفت گرچه نظام‌های حقوقی که رویکرد رابطه‌ای در آنها رشد کرده است، به شرایط و آثار روابط توجه دارند و اذعان دارند بدون این توجه قرارداد تجاری اساساً منعقد نمی‌شود،^۸ تفسیر ضمنی قراردادها جهت اجرایی ساختن رویکرد رابطه‌ای، نتوانسته است به تحقق اهداف حقوق قراردادهای یاری رساند، بلکه دادگاه‌ها را به سمت

¹. Gounari, Op. Cit., P 185.

². Business Common Sense

³. Investors Compensation Scheme, v West Bromwich Building Society, Court of Common Pleas, London, England, [1998], at 916A-F.

⁴. Mannai Investments Co v Eagle Star Life Assurance Co, Court of Common Pleas, London, England, [1997], AC 749, 771A-B.

⁵. Ibid, at 759E-G.

⁶. Brownsword, R. "After Investors: Interpretation, Expectation and the Implicit Dimension of the 'New Contextualism'", In: Campbell, David., H. Collins, and J. Wightman (eds.). *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational, and Network Contracts*, (International Studies in the Theory of Private law), Bristol: Hart, 2003, P 118.

⁷. Ibid.

⁸. Cimino, Op. Cit., P 102.

گمانه‌زنی سوق داده است. به عبارت دیگر، هنگامی که حقوق از طریق افزودن یا اصلاح ابعاد ضمنی در قرارداد مداخله می‌کند، اهداف اعلام شده خود را نقض می‌نماید. زیرا هر معامله، صرف‌نظر از ماهیت آن، مستلزم قصد مشترک طرفین است.

همچنین، گاه به دلیل تغییر شرایط، تفسیر عقد با اشکال روبه‌رو است. قاضی منطق را به پای آرمان‌های خویش می‌ریزد،^۱ درحالی‌که قضات باید لحظه تظاهر به امکان تشخیصی بیشتر از آنچه در واقع دارند را تشخیص دهند.^۲ نوع و میزان حمایت و خطرات قدرت دادن به دادگاه‌ها برای بازنویسی قرارداد، درمقایسه با آنچه طرفین پیش‌بینی می‌کردند، و مشکلات شناسایی توازن مؤثر بین نیاز به حمایت از طرف ضعیف‌تر و احترام به آزادی را نیز باید در نظر گرفت. شاید تصادفی نباشد که آرای مبتکرانه اصداری دستور موقت در ایتالیا، پس از اعتراض لغو شده است.^۳ در نهایت، تفسیر رابطه‌ای از قرارداد با تکیه بر ابعاد ضمنی و اصلاح قرارداد از سوی حقوق، با هدف اعلام شده آن مغایر خواهد بود، زیرا معامله هرچه باشد، طرفین باید قصد انجام آن را داشته باشند.^۴ به‌ویژه در نظام‌هایی مانند حقوق ایران مبتنی بر فقه امامیه، تعیین عوض قراردادی حتی در تمديد قرارداد یک چالش جدی است و به ضابطه‌ای با توافق نیاز دارد.^۵ قصد مکنیل از قراردادهای رابطه‌ای نیز هرگز تحمیل تعهدات بر طرفین نبوده است.^۶

۲. قرارداد رابطه‌ای قاعده‌مند

۲.۱. استفاده از مزایای قرارداد نوشته و قرارداد رابطه‌ای

قرارداد قاعده‌مند رابطه‌ای را می‌توان محصول پرسشی دانست که برخی پژوهشگران مورد توجه قرار دادند: آیا هنجارهای رابطه‌ای (نانونشته) و شروط قراردادی (نوشته) می‌توانند هم‌زمان وجود داشته باشند، مکمل یکدیگر باشند؟^۷ آیا آنها کارایی یکدیگر را تقویت می‌کنند؟^۸ یا آنکه یکی دیگری را خنثی یا نفی کرده و یکی به‌تنهایی کافی است؟^۹ پژوهش‌ها نشان می‌دهد که به‌کارگیری قرارداد رابطه‌ای و نوشته به روشی مکمل نتایج مطلوب‌تری به همراه دارد. قرارداد رابطه‌ای می‌تواند طراحی، اصلاح و اثربخشی قرارداد نوشته را تسهیل کند و متقابلاً، وجود قرارداد نوشته، موجب استفاده از سازوکارهای اختصاصی‌تری می‌شود که سطوح بالاتری از مدیریت رابطه‌ای را توسعه می‌دهد.^{۱۰} در مطالعه‌ای مربوط به قرارداد پشتیبانی برنامه‌های بانکی میان یک بانک انگلیسی و تأمین‌کننده هندی که روابطی

۱. کاتوزیان، «تفسیر قرارداد»، پیشین، ۲۹۶.

۲. Andrews, N. "Interpretation of Contracts and Commercial Common Sense: Do Not Overplay This Useful Criterion", *Cambridge Law Journal and Contributors*, Volume 76, Issue 1, 2017, P 38.

۳. Ibid.

۴. امامی، حسن، **حقوق مدنی**، جلد ۱، تهران: کتابفروشی امامیه، چاپ سیزدهم، ۱۳۷۳، ص ۶۸؛ کاتوزیان، **قواعد عمومی قراردادها**، پیشین، ص ۱۰۱.

۵. دارویی، عباسعلی، «ماهیت و اعتبار تعهد تمديد قرارداد»، *مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، دوره ۱۲، شماره ۲۲، ۱۳۹۹، ص ۲۶۸.

۶. Campbell, David. "The Limits of Concept Formation in Legal Science", *Social and Legal Studies*, Volume 9, Issue 3, 2000, P 440.

۷. Poppo, Laura and Todd Zenger. "Do Formal Contracts and Relational Governance Function as Substitutes or Complements", *Strategic Management Journal*, Volume 23, Issue 8, 2002, P 716.

۸. Goo, Kishore, Rao and Nam. Op. Cit., P 129.

۹. Badawi, Adam B. "Relational Governance and Contract Damages: Evidence from Franchising", *Journal of Empirical Legal Studies*, Volume 7, 2010, P 752.

۱۰. Goo, Kishore, Rao and Nam. Op. Cit., P 120; Lioliou, Op. Cit.; Poppo and Zenger, Op. Cit., P 720.

طولانی مدت داشتند، مشاهده شد که علاوه بر قرارداد کتبی، عواملی چون فهم مشترک از نظام کاری، اعتماد، ارتباط شفاف، تعهد و وابستگی متقابل نقش تعیین‌کننده‌ای داشتند.^۱ باین حال، مدیریت رابطه‌ای، در شرایطی نظیر تغییر نیروی کار یا بروز مشکلات همکاری تضعیف می‌شد. اثربخشی قرارداد نوشته نیز در شرایط رکود اقتصادی، تغییر وضعیت پروژه یا وابستگی به عملکرد دیگری محدود بود. گاه داده‌های ورودی از سوی مشتری به موقع ارائه نمی‌شد و این امر در ارائه خدمات اختلال ایجاد می‌کرد یا مفاد قرارداد با انتظارات کاربران نهایی نرم‌افزار بانک انطباق کامل نداشت. از این رو انعطاف‌پذیری، اهمیت اساسی دارد.^۲

بررسی صنایع مختلف نشان می‌دهد ترکیب هنجارهای رابطه‌ای و قرارداد کتبی، هزینه‌های مبادله را کاهش می‌دهد.^۳ به علاوه، در حالی که در سطوح پایین اطمینان، شروط نوشته به تنهایی نیز هزینه‌ها را کاهش دادند، هنجارهای رابطه‌ای چه در محیط‌های معاملاتی با عدم قطعیت بالا و چه پایین، موجب کاهش هزینه‌ها می‌شوند.^۴ وجود انتظارات و تصورات مشترک از تعهدات متقابل، همراه با مسئولیت‌پذیری روان‌شناختی، سبب می‌شود هنگام بروز خطا، به جای استناد به تعهدات طرف مقابل مندرج در قرارداد رسمی، اعتماد به وی و تکیه بر سازوکارهای رابطه‌ای، مبنای واکنش قرار گیرد و امکان پاسخ داوطلبانه فراهم شود.^۵

اکنون با توجه به اینکه استفاده از هردو قرارداد مورد نیاز است، به چگونگی استفاده از رویکرد رابطه‌ای به صورت نوشته، با قرارداد رابطه‌ای قاعده‌مند، می‌پردازیم.

۲.۲. چستی

قرارداد قاعده‌مند رابطه‌ای، فرایندی مکتوب مبتنی بر درک عوامل و عناصر قرارداد روان‌شناختی رابطه‌ای و خالق این قرارداد، لکن به صورت نوشته است. قراردادی که از صرف درک یا تفسیر رابطه‌ای عبور می‌کند و با حفظ رویکرد مشارکتی مبتنی بر اصل «آنچه باهم به دست می‌آوریم»^۶ رابطه منعطف و بادوام لکن با مندرجات و نتایج حقوقی مشخص خلق می‌کند.^۷ این قرارداد حقوقی لازم‌الاجرا،^۸ شامل بسیاری از اجزای یک قرارداد کلاسیک است؛ اما چه انعقاد چه اجرا و چه تأثیر آن، به دلیل مراحل و شاکله انعقاد و اجرا، مبتنی بر رویکرد رابطه‌ای، خالق قرارداد روان‌شناختی رابطه‌ای میان طرفین است. سازوکارهایی که برای کشف خواسته‌ها، دستیابی عینی به آنها، همسو نگاه داشتن انتظارات و منافع طرفین، پیشگیری و حل تعارض و نیز حفظ قرارداد و رابطه طرفین طراحی شده و همگی مبتنی بر اعتماد، تعهد، ارتباط مؤثر رابطه‌ای و درک هنجارهای قراردادی هستند.

در این رویکرد، قراردادهای به گونه‌ای تدوین می‌شوند که منافع طرفین در موفقیت یکدیگر گره خورده باشد. به عبارت دیگر، طرفین در موفقیت یکدیگر منفعت دارند. قراردادهای نوشته‌ای که به رغم آنکه از نظر حقوقی الزام‌آور بوده و بسیاری از عناصر رایج در قراردادهای کلاسیک را دربرمی‌گیرند، با مؤلفه‌هایی تکمیلی همراه‌اند که رابطه طرفین را مستحکم نگاه

^۱ Lioliou, Op. Cit., P 518.

^۲ Ibid, P 520.

^۳ Cannon Joseph P., Ravi Achrol and Gregory T. Gundlach. "Contracts, Norms, and Plural Form Governance", *Journal of the Academy of Marketing Science*, Volume 28, Issue 2, 2000, P 191.

^۴ Ibid, PP 189-191.

^۵ Lioliou, Op. Cit., P 525.

^۶ What's in it for we

^۷ به این دلیل که طرفین در موفقیت یکدیگر منفعت مشخص دارند vested نامیده می‌شود.

^۸ به همین دلیل است که آنها را اصطلاحاً رسمی (formal) می‌نامیم تا از قراردادهای معمول رابطه‌ای جدا شوند.

می‌دارد.

زمانی که یک طرف به نتیجه مورد انتظار خود از قرارداد نوشته نرسد، سایه‌زنی^۱ اتفاق می‌افتد. بدین معنا که به‌گونه‌ای ولو با کیفیت بد، درصدد جبران ضرر خود برمی‌آید. تجربه شرکت‌هایی مانند دل و فدکس^۲ نشان می‌دهد که پس از مواجهه با شکست به دلیل سایه‌زنی مبتنی بر قرارداد کلاسیک، استفاده از قرارداد رابطه‌ای هزینه‌ها، خطاها و ضایعات را کاهش و بهره‌وری و کیفیت خدمات را افزایش داده است. این درحالی است که در زمان انعقاد قرارداد، مشاوران حقوقی و مالی طرفین آن را تأیید نموده بودند.

اکنون هر دو شرکت این رویکرد قراردادی را بهترین رویه می‌دانند. بررسی ۶۰ شرکت دیگر نیز نتایج مشابهی نشان می‌دهد. این شرکت‌ها و طرف قرارداد آنها به صرفه‌جویی در هزینه‌ها، افزایش سودآوری، سطوح بالاتر خدمات و رابطه بهتر اشاره می‌کنند.^۳ نمونه‌ای شاخص، مشارکت متشکل از مدیران و پزشکان بیمارستانی با همکاری دانشگاه برای ارائه مراقبت‌های پیچیده به بیماران است.^۴

۲.۳. اجزای تشکیل‌دهنده

قراردادهای رابطه‌ای قاعده‌مند با هدف ایجاد اعتماد به عنوان عنصر کلیدی در قراردادهای شفاهی رابطه‌ای، و دستیابی به دیدگاه مشترک و اصول راهنما شکل می‌گیرند. فرایند ایجاد چنین قراردادی، شامل پنج مرحله است که هر یک بخشی از یک کل پویا و به‌هم‌پیوسته محسوب می‌شوند.^۵

۲.۳.۱. مرحله اول، ایجاد زیرساخت

هدف این مرحله ایجاد ذهنیت مشارکتی از طریق ایجاد محیط اعتماد است. محیطی که در آن طرفین بتوانند مقاصد، دغدغه‌ها و نگرانی‌های خود را به‌طور شفاف بیان کنند و در صورت وجود سابقه بی‌اعتمادی، این مرحله فرصتی برای واکاوی و بازسازی آن فراهم می‌سازد.^۶

۲.۳.۲. مرحله دوم، ایجاد چشم‌انداز و اهداف مشترک

در این مرحله، هدف هماهنگ نگه داشتن انتظارات در محیط‌های پیچیده و متغیر است. هر دو طرف - و نه فقط طرف قدرتمند - باید دیدگاه و اهداف خود از قرارداد را از جمله در خصوص کالا یا خدمات، ارزیابی، نظارت، گزارش‌دهی، تعهدات عملیاتی، زیرساختی و جبران خسارات، رویه‌های تغییر، حمایت، شرایط، زمان‌بندی و دلایل فسخ، به‌روشنی بیان کنند تا فهم مشترک از انتظارات تسهیل شود.^۷

¹ shadowy self-help remedies

² Dell and FedEx

³ Frydlinger, David, Oliver Hart and Kate Vitasek. "A New Approach to Contracts, How to Build Better Long-Term Strategic Partnerships", *Harvard Business Review*, 2019, P 3.

⁴ Ibid, P 4.

⁵ McClendon, Bill, Debra D. Burke and Lorrie Willey. "The Art of Negotiation: What the Twenty-First Century Business Student Should Know", *Journal of Legal Studies Education*, Volume 27, Issue 2, 2010, P 279.

⁶ Frydlinger, Hart and Vitasek, Op. Cit., P 4.

⁷ Lioliou, Op. Cit., P 516.

۲.۳.۳. مرحله سوم، اتخاذ اصول راهنما

طرفین در این مرحله متعهد می‌شوند به مجموعه‌ای از اصول شامل هنجارهای رفتاری، اخلاقیات، بندهای خروج زود هنگام،^۱ تأییدات، محصولات، استفاده از نام و شباهت، کیفیت خدمات، برگزاری جلسات، تعیین عوض، محرمانگی و صیانت از حسن شهرت پای‌بند باشند. این اصول، از بروز رفتارهای فرصت‌طلبانه و سایه‌زنی جلوگیری می‌کنند و چارچوبی برای رفع ناهماهنگی‌ها در شرایط پیش‌بینی نشده فراهم می‌آورند.^۲

۲.۳.۳.۱. مفاد قراردادی متمرکز بر هنجارهای رفتاری

این دسته از مفاد را می‌توان ترجمان عملی حسن‌نیت دانست. تمرکز آنها بر درک متقابل نیازهای طرفین است. هنجارها می‌توانند عمومی، مختص یک فعالیت تجاری خاص یا ویژه رابطه طرفین باشند. درحالی‌که بسیاری از این هنجارها هنگام انعقاد قراردادهای کلاسیک بدیهی فرض می‌شوند و به‌صورت نانوشته باقی می‌مانند، عدم ذکر آنها در قرارداد رابطه‌ای قاعده‌مند، ضمن وجود ایرادات توافقی‌های ضمنی و عدم پیش‌بینی مصادیق نقض و راه‌های برون‌رفت از آنها، ممکن است سبب شود موارد ذکر نشده، خارج از توافقات فرض شوند؛^۳ زیرا ویژگی اصلی قراردادهای قاعده‌مند رابطه‌ای کشف و درج جزئیات خواسته‌هاست، نمونه‌ای از هنجارهای عمومی زیربنای تمام روابط قراردادی، انتظار «صداقت» است. علاوه بر این، هر قرارداد رابطه‌ای، فقط در چارچوب وظایف «همکاری داوطلبانه» و «آزادی عمل» قابل انعقاد است. تنها انگیزه مشروع برای انعقاد قرارداد آن است که هر طرف، طرف مقابل را قانع سازد که قرارداد و مفاد آن به نفع اوست. چنین توافقی نمی‌تواند با فریب و تقلب یا در شرایطی که انتظارات عملکرد برآورده نمی‌شوند، حاصل گردد.^۴ بدین ترتیب تعهدات رابطه‌ای نوشته مرزهای رفتاری ناشی از حسن‌نیت و به‌عبارتی بایدها و نبایدها را مشخص و از بروز عدم قطعیت و ابهام در تفسیر جلوگیری می‌کنند. بنابراین، درحالی‌که گفته می‌شد نقص قوانین و قراردادهای اجتناب‌ناپذیر است و این امر توسل به اصول کلی همچون حسن‌نیت را به‌وسیله مرجع رسیدگی توجیه می‌کند تا حقوق به انصاف مجرای ورود دهد،^۵ اما تعیین خط‌مشی صحیح نسبت به این اصل فقط در نگاه نخست یک مسئله دکترین یا قوانین است، لکن دراصل مسئله‌ای در باب ارزش‌های طرفین قرارداد است. در نتیجه، برخورد با مفهوم حسن‌نیت در قراردادهای رابطه‌ای نیازمند تقدس‌زدایی و شفاف‌سازی موردی است.^۶

۲.۳.۳.۲. اخلاقیات و بندهای خروج زود هنگام

این بندها شروطی‌اند که در صورت تخلف یک طرف، دیگری می‌تواند براساس آنها عمل کند. بند اخلاقی سخت‌گیرانه، بر طیف وسیعی از رفتارهایی که تخطی از هنجارهای جامعه یا اخلاق حسنه بوده و احتمالاً باعث کاهش ارزش رابطه تجاری

^۱ Early Exit

^۲ Frydinger, Hart and Vitasek, Op. Cit., PP 6-7.

^۳ Campbell, "Good Faith and the Ubiquity of the Relational Contract", Op. Cit., P 482.

^۴ Campbell, D. and J. Loughrey. "The Regulation of Self-interest in Financial Markets", In: O'Brien, J. and G. Gilligan (eds.). *Integrity, Risk and Accountability in Capital Markets: Regulating Culture*, Oxford: Hart, 2013, P 485.

^۵ حاجی‌پور، مرتضی، «نقش حسن نیت در قرارداد»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۱، شماره ۴، ۱۳۹۰، ص ۹۱؛ برای مطالعه بیشتر ر.ک. حسین‌آبادی، امیر، «تعادل اقتصادی در قرارداد(۲)»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱، شماره ۲۱-۲۲، ۱۳۷۷، صص ۱۵۳-۱۲۱.

^۶ Baker J. H. "From Sanctity of Contract to Reasonable Expectations", *Current Legal Problems*, Volume 32, Issue 1, 1979, PP 21-24.

می‌شود، قابل اعمال خواهد بود.^۱ لکن به دلیل دشواری در اجرای ابعاد ضمنی، ترجیح آن است که مصادیق با دسترسی به نیازهای طرفین مشخص شوند. سرفصل‌های زیر راهنمای تعیین این مصادیق محسوب می‌شوند.

صداقت: شامل صادق و قابل اعتماد بودن درمورد حقایق، احساسات، نیت، ادراکات و نتایج موردنظر حتی در صورت آسیب‌پذیر شدن است.^۲ از بدیهی‌ترین عناصر صداقت، ندادن اطلاعات غلط است^۳ و البته می‌توان این الزام را به شکل وسیع‌تری پیش‌بینی کرد: تمام اطلاعاتی که در تصمیم‌گیری طرف مقابل یا اخذ نتیجه بهتر برای او مؤثرند، ارائه شود.^۴

وفاداری: طرفین متعهد می‌شوند منافع یکدیگر را مانند منافع خود با ارزش بدانند و با ایستادن در کنار هم در سختی‌ها، به چشم‌انداز مشترک دست خواهند یافت.^۵

انصاف: طرفین اذعان می‌کنند متعهد به انصاف‌اند که همیشه به معنای برابری نیست، بلکه به معنای تصمیم‌گیری براساس ارزیابی متعادل نیازها، خطرات و منابع است.^۶

تمامیت: طرفین اذعان می‌کنند اقدامات آنها با توافق‌ها سازگار بوده، تصمیمات خودسرانه اتخاذ نمی‌شود و تصمیمات با چشم‌انداز مشترک و اصول راهنما مطابقت دارد، بیانات و اقدامات مشترک آنها به نفع مصلحت بزرگ‌تر رابطه مشترک خواهد بود.^۷

بند خروج زود هنگام، شرایطی را در نظر می‌گیرد که با مدنظر قرار دادن شرایط روز اجرای قرارداد، فسخ قرارداد توسط یک طرف را برای طرف دیگر قابل قبول می‌گرداند.^۸ غرامت خروج زود هنگام مبلغی کاهش یافته از عوض قرارداد است و بنابراین، به طور کلی برای طرفین به صرفه است.^۹ به نحوی که آنها حس خواهند کرد، رابطه دوجانبه منفعت‌بخش، همچنان برقرار است.

۲.۳.۳.۳. بند تأیید دوطرف و معیارهای عینی

در بند تأیید هر دو طرف، طرفین توافق می‌کنند که هریک حق دارد تمامی اقدامات و موارد انجام شده توسط طرف دیگر را مورد تأیید قرار دهد. در صورت عدم تأیید و به نتیجه نرسیدن فرایند مشترک تصمیم‌گیری پیش‌بینی شده، راه برون‌رفت، استفاده از معیارهای مشخص (عینی) یا تعیین طریقی در قرارداد، برای تعیین بعدی معیار عینی، خواهد بود.^{۱۰}

۲.۳.۳.۴. بند جزئیات مورد توافق، نام و تشابه‌ها، خدمات، امکانات و جلسات

طرفین درمورد جزئیات آنچه مورد تأیید خواهد بود یا نخواهد بود، معیارهای مشخص (عینی) در صورت تغییر اوضاع و احوال، جزئیات استفاده از نام یا علامت تجاری دیگری، تعداد و ماهیت تبلیغات و سایر امکاناتی که سبب ارتقای طرفین

^۱. McClendon, Burke and Willey, Op. Cit., P 315.

^۲. Skorbitsky, Sharon Raszap. "Investing in Communication: An Experimental Study of Communication in a Relational Contract Setting", *Journal of Behavioral and Experimental Economics*, Volume 74, 2018, P 89.

^۳. Birks, Peter. *An Introduction to the Law of Restitution*, Oxford: Clarendon Press, 1989, P 17.

^۴. Lord Leggatt J, *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corporation Ltd (Yam Seng)* 1 February 2013, EWHC 141(QB)

^۵. Frydinger, Hart and Vitasek, Op. Cit., P 8.

^۶. Campbell, Mulcary and Wheeler, Op. Cit.

^۷. Frydinger, Hart and Vitasek, Op. Cit., P 10.

^۸. McClendon, Burke and Willey, Op. Cit., P 313.

^۹. Skorbitsky, Op. Cit., P 16.

^{۱۰}. Campbell, Mulcary and Wheeler, Op. Cit., P 140.

می‌شود توافق می‌کنند. همچنین ترجیحات خود در خصوص محل برگزاری جلسات، زمان‌بندی آنها، نوع پذیرایی، چیدمان فضا، وجود یا عدم وجود لباس فرم برای جلسات و مواردی از این دست مورد توافق قرار می‌گیرد.^۱

۲.۳.۳.۵. بند عوض قراردادی

عوض قراردادی ممکن است از جنس بهای کالا یا خدمات، سهم سود یا موارد مشابه باشد و باتوجه‌به اهداف مشخص، به‌صورت انعطاف‌پذیر تعیین شود.^۲ در قراردادهای بلندمدت ممکن است عوض افزایش یابد، زیرا برای آن، برنامه‌ریزی و هزینه فرصت بیشتری اختصاص داده می‌شود. همچنین ممکن است پاداش‌هایی برای تحقق شرایط خاص توسط یک طرف ازجمله با جلب مشتریانی که منافع آن به دیگری نیز سرایت می‌کند، پیش‌بینی شود.^۳ در قراردادهایی که با اشخاص ثالث ارتباط می‌یابند، از آنجاکه شخص ثالث در توافق قیمت حال حاضر مشارکت ندارد و احتمال بروز سایه‌زنی وجود دارد، تدابیری چون اخذ نظر ثالث یا استفاده از سازوکارهای مبتنی بر معیارهای عینی به قرارداد افزوده می‌شود.^۴ قراردادهایی که به پیمانکاران فرعی سپرده می‌شوند از این جمله‌اند.

۲.۳.۳.۶. محرمانگی و حسن شهرت طرفین

طرفین افزون‌بر حفظ محرمانگی، متعهد به حفظ و ارتقای حسن شهرت یکدیگر در طول اجرای قرارداد و پس از آن می‌گردند. اشتباهات به‌عنوان تجربه تلقی شده و سوابق گذشته، تهدیدی برای قراردادهای آتی محسوب نمی‌شوند.^۵ انتخاب آگاهانه برای بیان نقاط قوت عملکرد طرف مقابل نیز، میزان تعهد به قرارداد و موفقیت دوجانبه را افزایش می‌دهد.^۶

۲.۳.۴. مرحله چهارم، همسو و هماهنگ کردن انتظارات و منافع

در این مرحله، قرارداد به مشارکتی فعال برای حل مسائل تبدیل می‌شود. برای نمونه، در فرایند قیمت‌گذاری ساعات کار پزشکان در بیمارستان جزیره جنوبی، طرفین دریافتند که خود پزشکان می‌توانند با تنظیم مرخصی در زمان‌هایی که تعداد بیماران بستری کمتر است و افزایش ساعات کار خود در زمان‌های پرازدحام، ضمن بهینه‌سازی مراقبت از بیماران، به صرفه‌جویی در هزینه‌های بیمارستان کمک کنند. درمقابل، بیمارستان نیز می‌تواند در صورت بهبود کارایی، پاداش‌هایی دریافت نماید تا آنها را در تحقیقات و ابتکارات مراقبتی سرمایه‌گذاری کند.^۷

۲.۳.۵. مرحله پنجم، همسو و هماهنگ ماندن

در این مرحله، طرفین فراتر از تدوین مفاد قرارداد عمل می‌کنند و بر تقویت رابطه، ارتقای همکاری و نوآوری تمرکز دارند. در نمونه همکاری بانک انگلیسی و تأمین‌کننده هندی، جلسات و فرایندهای منظم، نه‌فقط برای چاره‌جویی در

^۱ McClendon, Burke and Willey, Op. Cit., P 314.

^۲ Campbell, "Good Faith and the Ubiquity of the Relational Contract", Op. Cit., P 495.

^۳ McClendon, Burke and Willey, Op. Cit.

^۴ Macneil, "Relational Contract: What We Do and Do Not Know", Op. Cit.; Campbell, "Good Faith and the Ubiquity of the Relational Contract", Op. Cit., P 497.

^۵ McClendon, Burke and Willey, Op. Cit., P 315.

^۶ Skorbiansky, Op. Cit., P 26.

^۷ Frydinger, Hart and Vitasek, Op. Cit.

زمان‌های بروز مشکلات، بلکه برای تقویت رابطه و هدایت آن به سمت نوآوری مورد استفاده قرار گرفتند.^۱ در بیمارستان جزیره جنوبی نیز، چهار تیم مدیریت مشترک تشکیل شد: تیم ارتباط، متمرکز بر نظارت بر سلامت رابطه و کیفیت ارتباطات؛ تیم تعالی، مسئول اولویت‌بندی ابتکارات و پیگیری پیشرفت مستمر؛ تیم پایداری متمرکز بر حجم کار، برنامه‌ریزی، تأمین و نگاهداشت نیروی انسانی و تیم بهترین ارزش، متمرکز بر مدیریت مالی، بهینه‌سازی حجم کار و کارایی‌های عملیاتی. جلسات منظم این تیم‌ها با هدف بررسی پیشرفت و رفع موانع تشکیل می‌شد.^۲ همچنین سازوکاری به نام «دو در یک جعبه» برقرار شد که براساس آن، هر تیم متشکل از یک مدیر و یک کارشناس بود و این دو نفر با گفت‌وگوی مستمر نگرانی‌ها را شناسایی و برطرف می‌کردند. این تعاملات مداوم موجب افزایش اعتماد متقابل و تقویت وابستگی بین دو طرف شد. به‌گونه‌ای که عملکرد هر عضو این تیم بر منافع طرف مقابل اثر داشت. بنابراین نفرت دو تیم به همکاری تشویق می‌شدند و این وابستگی متقابل، قرارداد روان‌شناختی میان طرفین را نیز تحکیم می‌کرد.^۳

افزون بر این، به‌منظور تحقق عملی مراحل انعقاد و اجرای قرارداد قاعده‌مند رابطه‌ای، می‌توان از اصول مذاکره برد-برد بهره برد؛ اصولی که مهارت‌های ارتباطی و تصمیم‌گیری را در جهت حل مسئله و تأمین منافع مشترک ارتقا بخشیده، انعقاد و اجرای قرارداد را ممکن می‌سازند.^۴

نتیجه‌گیری

رویکرد رابطه‌ای به قراردادهای میان‌رشته‌ای است که بر همسویی حقوق قراردادهای با اهداف آن تأکید دارد. قرارداد رابطه‌ای، قراردادی شفاهی، با درک روان‌شناختی انسان بوده و بر کشف و پذیرش حقیقت ارتباط میان افراد استوار است. به این معنا که این نوع قرارداد، نه‌فقط به دلایل انعقاد و نیز نقض قراردادهای توجه دارد، بلکه بر مبنای این واقعیت شکل می‌گیرد که هر اقدام انسانی به‌نوعی در پی کسب منافع مادی یا معنوی است. ازاین‌رو، هدف قرارداد رابطه‌ای، ساختن و حفظ رابطه‌ای کارآمد در جهت تداوم همکاری‌ها و تحقق حداکثری منافع طرفین است.

قراردادهای رابطه‌ای، در گذر زمان و باتوجه‌به عوامل و عناصر مؤثر بر آن، می‌تواند میان طرفین منعقد شود. در واقع، تمام قراردادهای تا حدی رابطه‌ای‌اند و موفقیت در اجرای آنها، مستلزم پایبندی به ارزش‌هایی چون صداقت، اعتماد و عمل متقابل است؛ ارزش‌هایی که در حقوق کلاسیک قراردادهای نیز مورد توجه قرار گرفته‌اند، لکن در فقدان مشارکت واقعی، یا در مواجهه با شرایط و اتفاقات غیرمنتظره، ترتیبات کلاسیک کارآمد نیستند.

قرارداد شفاهی یا ضمنی رابطه‌ای به‌رغم کارکردهای مثبت خود، در عمل با چالش‌هایی چون ابهام در سرنوشت تعهدات، لزوم و دشواری اثبات، اختلاف در برداشت قضات و مانند آنها مواجه بوده‌اند. این مشکلات سبب شده‌اند که استفاده از چنین قراردادهایی در برخی کشورها رواج نیابد. ازاین‌رو، پژوهشگران با هدف بهره‌مندی از مزایای این رویکرد، درصدد نوشتاری‌سازی و ضابطه‌مند کردن قراردادهای رابطه‌ای برآمده‌اند؛ اقدامی که در عمل، آثار قابل توجهی در بهبود پایداری روابط و تحقق منافع دوطرفه به همراه داشته است.

این نوشتار به‌عنوان نخستین بررسی حقوقی دربارهٔ رویکرد رابطه‌ای در ایران، ضابطه‌مندی و مکتوب‌سازی قرارداد رابطه‌ای

^۱ Lioliou, Op. Cit., P 525.

^۲ Frydinger, Hart and Vitasek, Op. Cit., P 11.

^۳ Lioliou, Op. Cit., P 527.

^۴ See: Robinson R. "Client Counseling, Mediation, and Alternative Narratives of Dispute Resolution", *Clinical Law Review*, Volume 10, Issue 2, 2004, PP 833-869.

را به‌منزلهٔ ابزاری برای خلق، تضمین و حمایت حقوقی از هنجارهای رابطه‌ای استفاده و تحلیل می‌کند. بدین‌ترتیب، قرارداد رابطه‌ای قاعده‌مند می‌تواند حتی در شرایط بی‌ثبات نیز روابط میان طرفین را به‌خوبی حفظ و منافع دوجانبهٔ آنان را تأمین کند.

بدین‌ترتیب، استفاده از قرارداد نوشته رابطه‌ای سودمند است. در مقابل، اتکای صرف به قرارداد شفاهی رابطه‌ای ممکن است به عملکردی ناپایدار، عدم بررسی اصلاحات متناسب با شرایط جدید به‌منظور حفظ منافع و نیز مشکلات اجرایی منجر شود. عواملی که ضمن دشواری‌های انجام و افزایش هزینه‌ها، آثار نامطلوبی بر رابطهٔ طرفین برجای می‌گذارد. در شرایط به‌کارگیری قراردادهای کلاسیک در ایران، که از حیث اقتصادی و سیاسی با شرایط در تغییر روبه‌رویم، دادگاه‌ها با چالش درک و اعمال خواسته حقیقی طرفین مواجه‌اند. در مقابل، با استفاده از قرارداد قاعده‌مند رابطه‌ای اشخاص کمتر نیازمند ترافع قضایی بوده، در صورت لزوم نیز، نتایج قابل پیش‌بینی‌تری کسب کنند و امکان حفظ رابطه و اصلاحات وجود داشته باشد.

در بستر کنونی ایران که اقتصاد و سیاست در وضعیت متغیر و ناپایدار قرار دارند، به‌کارگیری قراردادهای کلاسیک دادگاه‌ها را با چالش‌هایی در درک و اعمال خواستهٔ واقعی طرفین مواجه ساخته است. در مقابل، استفاده از قرارداد قاعده‌مند رابطه‌ای می‌تواند این مشکل را نیز برطرف سازد؛ زیرا در این نوع قرارداد، خواسته‌ها و انتظارات طرفین از طریق مراحل کشف و تدوین دقیق مشخص می‌شوند. افزون‌بر آن، به‌واسطهٔ سازوکارهای حفظ و اجرای رابطه، طرفین کمتر ناگزیر از طرح دعوا می‌شوند و در صورت بروز اختلاف نیز نتایج قابل پیش‌بینی‌تر و سازگارتر با تداوم رابطه به‌دست می‌آید.

منابع

کتاب

۱. انصاری، باقر، *نقش قاضی در تحول نظام حقوقی*، تهران: میزان، ۱۳۹۲.
۲. امامی، حسن، *حقوق مدنی*، جلد ۱، تهران: کتابفروشی امامیه، چاپ سیزدهم، ۱۳۷۳.
۳. کاتوزیان، امیرناصر، *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۱: مفهوم عقد-انحلال و اعتبار قرارداد، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم، ۱۳۸۴.
۴. کاتوزیان، امیرناصر، *حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد-ایقاع*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ یازدهم، ۱۳۸۵.
۵. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، جلد ۲۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۹۵.

مقاله

۶. جوانمرد، لیلا و شادی شاهوند، «اصل اعتماد و آثار آن در قرارداد»، *فصلنامه بین‌المللی قانون‌یار*، دوره ۵، شماره ۱۸، تابستان ۱۴۰۰، صص ۷۳-۹۸.
۷. حاجی‌پور، مرتضی، «نقش حسن نیت در قرارداد»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۱، شماره ۴، ۱۳۹۰، صص ۸۳-۱۰۰.
Doi: 20.1001.1.25885618.1390.41.4.5.9
۸. حسین‌آبادی، امیر، «تعادل اقتصادی در قرارداد(۲)»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۱، شماره ۲۱-۲۲، ۱۳۷۷، صص ۱۵۳-۱۲۱.
۹. دارویی، عباسعلی، «ماهیت و اعتبار تعهد تمدید قرارداد»، *مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، دوره ۱۲، شماره ۲۲، ۱۳۹۹، صص ۲۶۳-۲۸۶.
Doi: 10.22075/feqh.2019.14583.1570
۱۰. کاتوزیان، امیرناصر، «تفسیر قرارداد»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دوره ۷۰، شماره ۰، ۱۳۸۴، صص ۳۱۰-۳۷۷.

References

Books

1. Ansari, Bagher, *The Role of the Judge in the Evolution of the Legal System*, Tehran: Mizan, 2013. (In Persian)
2. Argyris, Chris. *Understanding Organizational Behaviour*, London: Tavistock, 1960.
3. Birks, Peter. *An Introduction to the Law of Restitution*, Oxford: Clarendon Press, 1989.
4. Brownsword, R. "After Investors: Interpretation, Expectation and the Implicit Dimension of the 'New Contextualism'", In: Campbell, D., H. Collins, and J. Wightman (eds.). *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational, and Network Contracts*, (International Studies in the Theory of Private law), Bristol: Hart, 2003.
5. Campbell, David. and H. Collins. "Discovering the Implicit Dimensions of Contracts", In: Campbell, D., H. Collins, and J. Wightman (eds.). *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational, and Network Contracts*, (International Studies in the Theory of Private law), Bristol: Hart, 2003.
6. Campbell, David. and J. Loughrey. "The Regulation of Self-interest in Financial Markets", In: O'Brien, J. and G. Gilligan (eds.). *Integrity, Risk and Accountability in Capital Markets: Regulating Culture*, Oxford: Hart, 2013.
7. Campbell, David., Linda Mulcary and Sally Wheeler (eds.). *Changing Concepts Of Contract, Essays In Honour of Ian Macneil (Palgrave Socio-Legal Studies)*, London: Palgrave Macmillan, 2013.
8. Emami, Hassan, *Civil Law*, Volume 1, Tehran: Imamieh Bookstore, 13th Edition, 1994. (In Persian)
9. Katouzian, Amir Nasser, *Civil Law, General Rules of Contracts*, Volume 1: Concept of Contract – Termination and Validity of Contracts, Tehran: Sahami Enteshar Company, 10th Edition, 2005. (In Persian)
10. Katouzian, Amir Nasser, *Civil Law, Legal Acts, Contract – Unilateral Acts*, Tehran: Sahami Enteshar Company, 11th Edition, 2006. (In Persian)
11. Matsumoto T. "Anglo-American Law Research in the Study of Civil Law in Japan", In: Z. Kitagawa and K. Riesenhuber (eds), *The Identity of German and Japanese Civil Law in Comparative Perspectives*, Berlin: De Gruyter, 2007.
12. Najafi, Mohamad Hasan, *Jewels of Speech in Explaining the Laws of Islam*, Volume 22, Qom: Islamic Publishing Office, affiliated with the Seminary, 2016. (In Persian)

Articles

13. Andrews, N. "Interpretation of Contracts and Commercial Common Sense: Do Not Overplay This Useful Criterion", *Cambridge Law Journal and Contributors*, Volume 76, Issue 1, 2017, PP 36-62. <https://doi.org/10.1017/S0008197316000805/>
14. Badawi, Adam B. "Relational Governance and Contract Damages: Evidence from Franchising", *Journal of Empirical Legal Studies*, Volume 7, 2010, PP 743-792. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1443515/>
15. Baker J. H. "From Sanctity of Contract to Reasonable Expectations", *Current Legal Problems*, Volume 32, Issue 1, 1979, PP 17-39. <https://doi.org/10.1093/clp/32.1.17/>
16. Barnett, Randy E. "Conflicting Visions. A Critique of Ian Macneil's Relational Theory of Contract", *Virginia Law Review*, Volume 78, Issue 5, 1992, PP 1175-1206. <https://doi.org/10.2307/1073395/>
17. Campbell, David. "Good Faith and the Ubiquity of the Relational Contract", *The Modern Law Review*, Volume 77, Issue 3, 2014, PP 475-492. [Doi:10.1111/1468-2230.12075/](https://doi.org/10.1111/1468-2230.12075/)
18. Campbell, David. "Ian Macneil and the Relational Theory of Contract", *CDAMS, Center for Legal Dynamics of Advanced Market Societies Kobe University*, Discussion Paper, 2001, PP 1-83.

19. Campbell, David. "The Limits of Concept Formation in Legal Science", *Social and Legal Studies*, Volume 9, Issue 3, 2000, PP 439-447. Doi:10.1177/096466390000900308
20. Cannon Joseph P., Ravi Achrol and Gregory T. Gundlach. "Contracts, Norms, and Plural Form Governance", *Journal of the Academy of Marketing Science*, Volume 28, Issue 2, 2000, PP 180-194. Doi:10.1177/0092070300282001
21. Cimino, Chapin F. "The Relational Economics of Commercial Contract", *Texas A&M Law Review*, Volume 3, Issue 1, 2015, PP 91-130. <https://doi.org/10.37419/LR.V3.I1.4>
22. Darou'ei, Abbas-Ali. "Nature and Validity of Contract Renewal Obligations", *Journal of Studies in Islamic Law and Jurisprudence*, Volume 12, Issue 22, 2020, PP 263-286. Doi: 10.22075/feqh.2019.14583.1570 (In Persian)
23. Fondrieschi, A. F. "Discrete' and 'Relational' Approaches in Implicit Contracts, A Look at English, Japanese and Italian Law", *De Gruyter, Ercl*, Volume 15, Issue 4, 2019, PP 421-445. <https://doi.org/10.1515/ercl-2019-0023/>
24. Frydinger, David, Oliver Hart and Kate Vitasek. "A New Approach to Contracts, How to Build Better Long-Term Strategic Partnerships", *Harvard Business Review*, 2019.
25. Goo, Jahyun, Rajiv Kishore, Raghav Rao and Kichan Nam. "The Role of Service Level Agreements in Relational Management of Information Technology Outsourcing: An Empirical Study", *MIS Quarterly*, Volume 33, Issue 1, 2009, PP 119-145. <https://doi.org/10.2307/20650281/>
26. Gounari, Zoe. "Developing a Relational Law of Contracts: Striking a Balance Between Abstraction and Contextualism", *The Society of Legal Scholars, Legal Studies*, Volume 41, Issue 2, 2021, PP 177-193. <https://doi.org/10.1017/lst.2020.23/>
27. Gulati, R. and Nickerson J. A. "Interorganizational Trust, Governance Choice, and Exchange Performance", *Organizational Science*, Volume 19, Issue 5, 2008, PP 688-708. <https://doi.org/10.1287/orsc.1070.0345/>
28. Hajipour, Morteza, "The Role of Good Faith in Contracts", *Quarterly Journal of Private Law Studies*, Volume 41, Issue 4, 2011, PP 83-100. Doi: 20.1001.1.25885618.1390.41.4.5.9 (In Persian)
29. Haley John O. "The Role of Courts in "Making" Law in Japan: The Communitarian Conservatism of Japanese Judges", *Pacific Rim Law & Policy Journal*, Volume 22, Issue 3, 2013, PP 491-503.
30. Heide Jan B. and George John. "Do Norms Matter in Marketing Relationships?" *Journal of Marketing*, Volume 56, Issue 2, 1992, PP 32-44. <https://doi.org/10.2307/1252040>.
31. Hermalin, Benjamin E., Avery W. Katz and Richard Craswell. "The Law and Economics of Contracts", *Columbia Law and Economics Working Paper*, Issue 296, 2007. [https://doi.org/10.1016/S1574-0730\(07\)01001-8/](https://doi.org/10.1016/S1574-0730(07)01001-8/)
32. Hossein-Abadi, Amir, "Economic Equilibrium in Contract (2)", *Legal Research Quarterly*, Volume 1, Issues 21-22, 1998, PP 121-153. (In Persian)
33. Javanmard, Leila and Shadi Shahoonyvand, "Principle of Trust and Its Effects in Contracts", *International Quarterly Journal of Ghanoonyar*, Volume 5, Issue 18, 2021, PP 73-98. (In Persian)
34. Katouzian, Amir-Nasser, "Contract Interpretation", *Faculty of Law and Political Science Journal*, Volume 70, Issue 0, 2005, PP 277-310. (In Persian)
35. Kvaloy Ola. and Trond E. Olsen. "Balanced Scorecards: A Relational Contract Approach", *Journal of accounting Research*, Volume 61, Issue 2, 2023, PP 619-652. <https://doi.org/10.1111/1475-679X.12465/>
36. Lioliou, Eleni, Angelika Zimmermann, Leslie Willcocks and Lan Gao. "Formal and Relational Governance in IT Outsourcing: Substitution, Complementarity and the Role of the Psychological Contract", *Information Systems Journal*, Volume 24, Issue 6, 2014, PP 503-535. <https://doi.org/10.1111/isj.12038/>
37. Macaulay, Stewart. "Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study", *American Sociological Review*, Volume 28, Issue 1, 1963, PP 55-67. <https://doi.org/10.2307/2090458/>
38. Macneil, Ian R. "Relational Contract: What We Do and Do Not Know", *Wisconsin Law Review*, 1985, PP 483-525.

39. Macneil, Ian R. "Values in Contract: Internal and External", *Northwestern University Law Review*, 1982, PP 340-351.
40. Mayer, Roger C., James H. Davis and F. David Schoorman. "An Integrative Model of Organizational Trust: Past, Present and Future", *The Academy of Management Review*, Volume 20, Issue 3, 1995, PP 709-734. <https://psycnet.apa.org/doi/10.2307/258792/>
41. McClendon, Bill, Debra D. Burke and Lorrie Willey. "The Art of Negotiation: What the Twenty-First Century Business Student Should Know", *Journal of Legal Studies Education*, Volume 27, Issue 2, 2010, PP 277-319. <https://doi.org/10.1111/j.1744-1722.2010.01078.x/>
42. Meiklejohn, Alexander M. "Castles in the Air: Blanket Assent and the Revision of Article 2", *Washington and Lee Law Review*, Volume 51, Issue 2, 1994, PP 599- 668.
43. Milhaupt, Curtis J. "A Relational Theory of Japanese Corporate Governance: Contract, Culture and the Rule of Law", *Harvard International Law Journal*, Volume 37, Issue 1, 1996, PP 3-64.
44. Mohr Jakki and Robert Spekman. "Characteristics of Partnership Success: Partnership Attributes, Communication Behavior, and Conflict Resolution Techniques", *Strategic Management Journal*, Volume 15, Issue 2, 1994, PP 135-152. <http://dx.doi.org/10.1002/smj.4250150205/>
45. Poppo, Laura and Todd Zenger. "Do Formal Contracts and Relational Governance Function as Substitutes or Complements", *Strategic Management Journal*, Volume 23, Issue 8, 2002, PP 707-725. <https://doi.org/10.1002/smj.249/>
46. Robinson, Sandra L. and Denise M. Rousseau. "Violating the Psychological Contract: Not the Exception But the Norm", *Journal of Organizational Behavior*, Volume 15, Issue 3, 1994, PP 245-260. <https://psycnet.apa.org/doi/10.1002/job.4030150306>
47. Rousseau, Denise M. "Schema, Promise and Mutuality: The Building Blocks of the Psychological Contract", *Journal of Occupational and Organizational Psychology*, Volume 74, Issue 4, 2001, PP 511-541. <https://psycnet.apa.org/doi/10.1348/096317901167505/>
48. Rubinson R. "Client Counseling, Mediation, and Alternative Narratives of Dispute Resolution", *Clinical Law Review*, Volume 10, Issue 2, 2004, PP 833-876.
49. Scott Robert E. "Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts", *California Law Review*, Volume 75, Issue 6, 1987. <https://doi.org/10.2307/3480547/>
50. Skorbiansky, Sharon Raszap. "Investing in Communication: An Experimental Study of Communication in a Relational Contract Setting", *Journal of Behavioral and Experimental Economics*, Volume 74, 2018, PP 85-96. <https://doi.org/10.1016/j.socec.2018.03.008/>
51. Wilkinson-Ryan, Tess. "A Psychological Account of Consent to Fine Print", *Iowa Law Review*, Volume 99, Issues 14-22, 2014, PP 1745-1786.
52. Williamson, Oliver E. "The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach", *American Journal of Sociology*, Volume 87, Issue 3, 1981, PP 548-577.

Cases and Awards

53. Baird Textile Holdings Ltd v Marks & Spencer Plc, Court of Appeal, England, [2001].
54. Ford Tractor Kabushiki Kaisha v. Tokyo Sanyo Trading Co., Tokyo High Court, Hanrei Jiho Issue 958, P 99, 1980, Tokyo, Japan.
55. Investors Compensation Scheme, v West Bromwich Building Society, Court of Common Pleas, London, England, [1998].
56. Mannai Investments Co v Eagle Star Life Assurance Co, Court of Common Pleas, London, England, [1997].

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Feasibility of Civil Liability for Uncertain Causation in Light of the Loss of a Chance Theory with Emphasis on Medical Cases

Sajjad Shahbaz Qahfarrokhi¹ 

Highlights

- In circumstances where, notwithstanding the establishment of the defendant's fault, the causal link between such fault and the damage sustained cannot be proven, absolving the defendant of liability appears inequitable.
- From a deterministic perspective, causation is conceived as a definite and objective phenomenon; however, by embracing a normative or common-sense conception of causation, this philosophical objection may be overcome.
- A number of challenges—including the inherently indeterminate nature of chances, the potential proliferation of litigation, the subjective character of damage-assessment criteria, and the tension between this doctrine and the deterministic foundations of tort liability—have called into question the effectiveness and coherence of the theory.

ABSTRACT

Introduction

Establishing causation is a fundamental pillar of civil liability claims, with the burden of proof resting on the claimant. However, in medical malpractice cases, determining the precise role of medical error in causing the final injury (such as death, permanent disability, or failure to recover) is often difficult or impossible due to scientific and clinical complexities. In such scenarios, where causation remains uncertain, the traditional civil liability system based on the "all-or-nothing" rule applies. This means that if the claimant cannot prove the causal link to the degree of certainty required by the legal system, they will receive no compensation, even if the physician's fault is established. This approach can lead to unjust outcomes, particularly when marginal differences in the probability of causation result in fundamentally different results (full compensation versus complete deprivation). The difficulties associated with proving causation in medical disputes have prompted scholars and courts in several jurisdictions to reconsider the traditional understanding of causation and damage. Modern tort law increasingly recognizes that scientific uncertainty should not necessarily deprive an injured patient of all compensation when negligent conduct has demonstrably reduced the prospect of a favorable outcome. Consequently, the loss of a chance theory has emerged as an intermediate solution between complete liability and complete exoneration, seeking to reconcile corrective justice with evidentiary limitations. The primary objective of this article is to examine the theoretical and practical challenges of the "loss of a chance" (*perte d'une chance*) theory as a mechanism

How to Cite: Sajjad, Shahbaz Qahfarrokhi, "Feasibility of Civil Liability for Uncertain Causation in Light of the Loss of a Chance Theory with Emphasis on Medical Cases", *Legal Research*, Vol. 29, No. 114, 2026, pp: 247-262.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2026.240066.2902>

Received: 24/05/2025-Accepted: 18/03/2026

1. Assistant Professor, Faculty of Humanities, University of Shahrekord, Shahrekord, Iran
Corresponding Author Email: sajjadshahbaz@sku.ac.ir



Copyright: © 2026 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/>).

to mitigate these injustices in cases of uncertain causation, through a comparative study of the legal systems of selected European countries. By recognizing the "reduction of the chance of recovery or survival" as an independent and compensable damage, this theory seeks to ensure that injured patients receive at least partial compensation. Focusing on medical cases, this article addresses the question of whether this theory can establish a fair balance between the rights of patients and physicians, or whether its challenges outweigh its benefits.

Methods

This research employs a descriptive-analytical method with a focus on comparative study. The scope encompasses European legal systems (including France, Germany, Austria, Spain, Belgium, and England) which have adopted different approaches to this issue. Research data was gathered through the examination of legal texts such as the civil codes of relevant European countries and the Principles of European Tort Law, key judicial precedents (e.g., rulings from the French Cour de Cassation and German case law), and doctrinal views in these jurisdictions. The collected data was then subjected to critical analysis. The aim is to dissect the foundations, implementation, and challenges facing this theory within the context of comparative law.

Results and Discussions

The findings indicate that the loss of a chance theory attempts to circumvent the impasse of proving definitive causal links by redefining the concept of damage from the "final injury" to the "reduction of the chance of recovery or survival." In this model, the lost chance itself becomes an independent and compensable head of damage. The comparative study reveals a dichotomy in approaches across Europe. Countries such as France, Spain, and Belgium have accepted this theory, thereby opening a path to partial compensation. For instance, in French law, compensation is often awarded as a percentage of the final damage, proportionate to the lost chance. In contrast, German and Austrian legal systems, citing the non-recognition of "chance" as an independent, tangible legal right within their civil codes (e.g., §823 of the German Civil Code - BGB), maintain a more cautious stance, largely rejecting the theory and emphasizing the preservation of the traditional rule. The comparative analysis further demonstrates that acceptance of the doctrine reflects a broader evolution in tort law from a strictly factual conception of causation toward a more normative and policy-oriented approach. Rather than focusing exclusively on whether the defendant's conduct can be identified as the definitive cause of the final injury, courts in several jurisdictions have increasingly concentrated on whether the defendant's negligence deprived the claimant of a valuable opportunity for recovery or survival. This shift is particularly significant in medical malpractice litigation, where the progression of disease, pre-existing conditions, and the limits of medical science frequently render causal certainty unattainable. Accordingly, the doctrine seeks to preserve the compensatory function of tort law by recognizing the destruction or reduction of a chance as a legally cognizable injury. Despite its justice-oriented advantage, fundamental challenges limit the theory's efficacy. First, the philosophical challenge of causal determinism targets its core premise. Second, the inherently vague and subjective nature of "chance" creates significant practical problems: a) Ambiguity regarding the objective existence of the initial chance (e.g., in cases of congenital disabilities). b) Lack of objective criteria for calculating the chance percentage and converting it into compensation, leading to arbitrariness in judicial decision-making. c) The problematic distinction between a "reduced" and a "lost" chance. Third, there is a risk of increased frivolous litigation due to the lowered motivational burden of proof and the potential for double recovery. Furthermore, the theory may conflict with the principle of full compensation (*restitutio in integrum*), as it only covers a portion of the loss. Another significant concern relates to the quantification of damages. The legitimacy of the doctrine largely depends upon the availability of reliable statistical and medical evidence capable of demonstrating the extent to which the defendant's conduct reduced the claimant's prospects. In the absence of transparent and objective criteria, judicial assessments may become excessively discretionary, thereby undermining legal certainty and predictability. Consequently, critics argue that while the doctrine may enhance substantive fairness in individual cases, it risks generating inconsistency and uncertainty at the systemic level. From a policy perspective, concerns are raised about its potential negative impact on professional medical conduct and rising healthcare system costs. Compared to the alternative of "proportional liability based on probabilistic causation," where compensation is directly proportional to the probability that the error caused the harm, the loss of a chance theory suffers from discontinuity and may result in practical injustice in determining compensation amounts.

Conclusion

The loss of a chance theory emerged as a response to the inefficacy of the "all-or-nothing" rule in addressing uncertain causation in medicine and has achieved some success in mitigating unfair outcomes in certain legal systems. However, its theoretical (e.g., the determinism debate) and practical (e.g., subjectivity in

assessment) challenges are significant and cannot be overlooked. This theory alone cannot serve as a comprehensive solution. The article's ultimate conclusion is that to achieve sustainable and equitable justice, an intelligent combination of this theory with other mechanisms, such as proportional liability, appears essential. Furthermore, developing transparent legal frameworks that provide more objective criteria for establishing and valuing a "chance," coupled with establishing specialized tribunals for medical disputes, could mitigate its shortcomings. Ultimately, any solution must strike a precise balance between protecting the rights of injured patients and avoiding overburdening the medical profession with liability in a manner that impedes the provision of healthcare services.

Keywords: Medical Malpractice, Causation, Uncertain Causation, Loss of a Chance Theory, Tort Law.



مقاله علمی-پژوهشی

امکان سنجی مسئولیت مدنی سببیت نامشخص در پرتو نظریه فرصت ازدست‌رفته با تأکید بر پرونده‌های پزشکی

سجاد شهبازقهفرخی^۱

نکات برجسته

- در فرضی که علیرغم احراز تقصیر خوانده، اثبات رابطه سببیت بین تقصیر و زیان وارده ممکن نباشد، عدم مسئولیت خوانده ناعادلانه به نظر می‌رسد.
- در نگاه جبری، سببیت و علیت امری قطعی است اما با پذیرش مفهوم عرفی برای سببیت می‌توان از این ایراد فلسفی عبور نمود.
- چالش‌های متعددی ازجمله ذات نامشخص شانس‌ها، افزایش دعاوی قضایی، ذهنی بودن معیارهای ارزیابی خسارت و تعارض با مبانی جبرگرایانه مسئولیت مدنی، کارایی این نظریه را زیر سؤال برده است.

چکیده

اثبات رابطه سببیت در دعاوی مسئولیت مدنی همواره با چالش‌های عمیقی مواجه بوده است؛ این مسئله به‌ویژه در مواردی که تعیین نقش دقیق خطای پزشکی در وقوع آسیب دشوار یا ناممکن باشد، نمود بیشتری دارد. مقاله حاضر با روش توصیفی-تحلیلی و با مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی برخی کشورهای اروپایی، به بررسی قابلیت «نظریه فرصت ازدست‌رفته» به‌عنوان راهکاری برای جبران این خلأ می‌پردازد. یافته‌ها نشان می‌دهد که این نظریه با شناسایی «کاهش شانس بهبود یا بقا» به‌عنوان «ضرر» به بهره بردن از این مفهوم پرداخته است و تجربه برخی نظام‌هایی حقوقی نیز نشان می‌دهد ایشان از مفهوم سنتی رابطه سببیت در حال گذارند. بااین‌حال، چالش‌های نظری و عملی متعددی ازجمله ابهام در وجود شانس، ذهنی بودن معیار محاسبه غرامت و خطر افزایش دعاوی کم‌اساس، کارایی آن را محدود ساخته است. مطالعه تطبیقی نشان می‌دهد که برخی نظام‌های حقوقی نظیر آلمان و اتریش با استناد به عدم شناسایی «فرصت» به‌عنوان حق مستقل، رویکرد محتاطانه‌تری اتخاذ کرده‌اند. در نتیجه، به‌رغم مزایای نظریه فرصت ازدست‌رفته در کاهش ناعدالتی‌های ناشی از اعمال قاعده سنتی مسئولیت مدنی-قاعده همه یا هیچ- برای تحقق هرچه بیشتر عدالت نیاز است تا این نظریه با نظریات دیگر نیز ترکیب شود.

کلیدواژگان: خطای پزشکی، رابطه سببیت، سببیت نامشخص، فرصت ازدست‌رفته، مسئولیت مدنی.

استناد به این مقاله: سجاد، شهبازقهفرخی، «امکان سنجی مسئولیت مدنی سببیت نامشخص در پرتو نظریه فرصت ازدست‌رفته با تأکید بر پرونده‌های پزشکی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۴، تیر ۱۴۰۵، صص: ۲۴۷-۲۶۲.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2026.240066.2902>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۳/۰۳ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۱۲/۲۷

۱. استادیار، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شهرکرد، شهرکرد، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: sajjadshahbaz@sku.ac.ir



Copyright: © 2026 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

اثبات رابطه سببیت به عنوان یکی از ارکان دعاوی مسئولیت مدنی برعهده خواهان است؛ اما در برخی موارد اثبات چنین امری دشوار یا محال است. فرض کنید شخص «الف» دارای بیماری‌ای است که به طور طبیعی در حال پیشرفت است و تحت یک فرایند تشخیص و درمان قرار می‌گیرد. در فرایند درمان، یک خطای پزشکی رخ می‌دهد و در نهایت، وضعیت بیمار بدتر می‌شود؛ درحالی که مشخص نیست آیا بدتر شدن وضعیت بیمار یا عدم بهبودی وی، در صورت عدم وقوع خطای پزشکی رخ می‌داد یا خیر. حسب فرض، اثبات رابطه سببیت به صورت قطعی برای هیچ کارشناسی ممکن نیست. در این صورت چه باید کرد؟ به طور سنتی در حقوق مسئولیت مدنی، برای دریافت غرامت در پرونده قصور پزشکی، بیمار آسیب دیده باید اولاً تقصیر پزشک یا سایر پزشکان (اعضای کادر پزشکی) و ثانیاً رابطه سببیت بین رفتار قابل سرزنش آن شخص با آسیب وارده را اثبات کند.^۱ در این مقاله، فرض بر این است که رکن اول و سوم مسئولیت مدنی موجود است و اگر خواهان در اثبات رابطه سببیت نیز موفق باشد، غرامت کامل دریافت خواهد کرد، وگرنه دست خالی خواهد ماند. اثبات رابطه سببیت و استاندارد مورد نیاز برای اثبات آن (میزان دقت و قطعیت لازم برای اثبات یک ادعا)، موضوعی است که در نظام‌های حقوقی مختلف، رویکردهای متفاوتی را ایجاد کرده است. در حقوق انگلیس، معیار اثبات به این صورت است که باید ثابت شود احتمال اینکه متهم باعث آسیب یا ضرر شده بیشتر از احتمال‌های دیگر است. این اصل تحت عنوان «براساس تعادل احتمالات»^۲ شناخته می‌شود؛ به عبارت دیگر، اگر احتمال وارد شدن آسیب توسط خواننده بیشتر از نفع طرف مقابل باشد، می‌توان گفت که وی مسئول است.^۳ حقوق سوئیس هم مشابه با حقوق انگلیس است. در سوئیس باید اثبات شود که «احتمال وقوع حادثه به نفع یکی از طرفین»^۴ بیشتر است؛ یعنی باید نشان داده شود که احتمال وقوع آسیب به طور عمده از طرف خواننده بوده است.^۵ در حقوق اتریش، فرانسه و لهستان، نیاز است که اثبات شود رابطه علت و معلولی بین عمل متهم و آسیب وارد شده «به شدت محتمل» است. در اینجا، اثبات باید به گونه‌ای باشد که هیچ شبهه‌ای از نظر منطقی باقی نماند و باید «احتمال وقوع آن در حد بالایی»^۶ باشد.^۷ در آلمان، باید درجه‌ای از قطعیت در نظر گرفته شود که برای مقاصد عملی مفید باشد. این سخن بدین معناست که برای اثبات یک ادعا، باید درجه‌ای از اطمینان و قطعیت به دست آید که برای تصمیم‌گیری عملی کافی باشد، اما نیازی به اثبات صددرصدی نیست.^۸ بلژیک و اسپانیا نیز معیاری مشابه حقوق آلمان مطرح کرده‌اند. در این کشورها، سطح اثبات مورد نیاز نزدیک به

^۱ این مشکل در تمام پرونده‌های دعاوی مسئولیت مدنی قابل طرح است، اما باتوجه به اهمیت موضوع سلامت اشخاص و همچنین روشن‌تر بودن مثال‌های مرتبط با دعاوی قصور پزشکی، این مقاله با تمرکز بر دعاوی قصور پزشکی به طرح بحث خواهد پرداخت.

^۲ Balance of Probabilities

^۳ Rogers, W. V. Horton, (ed.). *Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*, Springer, 2005, P 174.

^۴ Predominant Probabilit

^۵ Kadner Graziano, T. "Loss of a chance in European private law: 'All or nothing' or partial liability in cases of uncertain causation", *European Review of Private Law*, Volume 16, Issue 6, 2008, P 1018.

^۶ Highly Probable

^۷ Ludwichowska-Redo, K. "Uncertain causation, loss of a chance and proportional liability in medical malpractice cases: A few reflections with a special focus on Polish law", *Journal of European Tort Law*, Volume 15, Issue 3, 2024, P 329; Koch, Bernhard. A. "Medical liability in Austria", In: Koch, Bernhard. A. (ed.). *Medical liability in Europe: A comparison of selected jurisdictions*, Walter de Gruyter, First Edition, 2011, P 211.

^۸ Martín-Casals, Miquel. "Más allá del mal llamado 'baremo sanitario'", XVIII Congreso Nacional Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 2018. P 1091.

قطعیت است؛ به عبارت دیگر، باید ثابت شود که احتمال وقوع آسیب به‌طور «تقریباً قطعی»^۱ است. این حد از احتمال، نیاز به وجود ادله و قرائن اثباتی بسیار قوی دارد و باید شبهات بسیار کمی در آن باقی بماند.^۲ در حقوق ایران نیز اثبات قطعی رابطه سببیت امری ضروری است.

جمع‌آوری شواهدی که ادعاهای بیماران را در پرونده‌های قصور پزشکی تأیید می‌کند، کار آسانی نیست و در بسیاری موارد نیز اثبات وجود رابطه سببیت غیرممکن است، زیرا در بسیاری از موارد به‌سادگی نمی‌توان مشخص کرد که وضعیت بیمار در صورت عدم وقوع خطای پزشکی چگونه بوده است؛ بنابراین، اعمال راهکارهایی که وضعیت طرف آسیب‌دیده را بهبود بخشد، مانند کاهش درجه احتمال مورد نیاز برای اثبات یا حتی برعکس کردن بار اثبات، غیرمعمول نیست.^۳

این نظریات چیزی را در مورد اصل موضوع تغییر نمی‌دهد؛ اگر خواهان بتواند رابطه سببیت را به آن میزانی که مورد نظر قانون‌گذار بوده است – که در بسیاری موارد دشوار است – اثبات کند، غرامت کامل دریافت خواهد کرد و گر نه هیچ غرامتی دریافت نخواهد کرد. این رویکرد «همه یا هیچ» به این معناست که تفاوت‌های جزئی در درجه احتمال به تفاوت‌های اساسی در خسارت‌های قابل پرداخت منجر می‌شود. هنگامی که قانون‌گذار آستانه‌ایی برای کفایت وجود رابطه سببیت معین کند، اگر احتمال کمی بیشتر از آستانه مورد نظر قانون‌گذار باشد، به خواهان، خسارت تعلق خواهد گرفت و اگر فقط این احتمال، کمی کمتر از آستانه مزبور باشد، هیچ خسارتی به وی تعلق نخواهد گرفت و همین امر باعث ایجاد ناعدالتی یا ایجاد احساس ناعدالتی خواهد شد.

برای جلوگیری از این نتیجه ناعادلانه و ارائه حداقل غرامت جزئی^۴ به آن دسته از مدعیانی که قادر به اثبات رابطه سببیت بین خطای پزشکی و آسیب وارده نیستند، دو راه‌حل پیشنهاد شده است: راه‌حل نخست که توسط تعدادی از نظام‌های حقوقی اروپایی، از جمله فرانسه، ایتالیا، بلژیک، هلند، اسپانیا و پرتغال پذیرفته شده است و به نظر می‌رسد پیش‌نویس چارچوب مشترک مرجع^۵ نیز به آن گرایش دارد، نظریه از دست دادن فرصت^۶ است. راه‌حل دوم که در اتریش ابداع شده، توسط اصول حقوق مسئولیت مدنی اروپا تأیید شده و اخیراً در قانون بلژیک معرفی و جایگزین نظریه از دست دادن فرصت شده است، مسئولیت متناسب براساس سببیت بالقوه است.^۷ در ادامه این مقاله صرفاً راهکار نخست مورد مطالعه

^۱ Near Certainty

^۲ Martín-Casals, M. "Some introductory and comparative remarks to the decision of the Swiss Federal Court BGE/ATF 133 III 462 and to the 'loss of chance' doctrine", *European Review of Private Law*, Volume 16, Issue 6, 2008, P 1067; Nys, H. "Medical liability in Belgium", In: Koch, Bernhard. A. (ed.). *Medical liability in Europe: A comparison of selected jurisdictions*, Walter de Gruyter, First Edition, 2011, P 73.

^۳ Ludwichowska-Redo, Op. Cit., P 330.

در حقوق داخلی نیز برخی پژوهشگران با استناد به نظریات مختلف مطروحه در حقوق فرانسه نظیر «فرض انتساب خسارت یا سببیت مفروض»، «برهان نفی سایر اسباب»، «نظریه برابری اسباب و شرایط» و «نظریه از دست دادن فرصت» تلاش نموده است راه‌هایی برای تسهیل در احراز رابطه سببیت بیابند. رجوع کنید به: کریمی، عباس و محمدهادی جواهرکلام، «تسهیل در احراز رابطه سببیت در حوادث پزشکی؛ نقش سازنده رویه قضایی ایران و فرانسه»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۶، شماره ۱۱۹، ۱۴۰۱، صص ۱۲۱-۱۴۱. Doi: 10.22106/rlj.2022.544020.4552

^۴ مفهوم غرامت جزئی در برابر مفهوم خسارت کامل است که همان خسارت ناشی از عدم بهبود یا از بین رفتن است.

^۵ Draft Common Frame of Reference (DCFR)

^۶ Perte d'une Chance/ Loss of Chance (PETL)

^۷ مؤلف در مقاله مستقلی تحت عنوان «مسئولیت مدنی در پرتو نظریه مسئولیت متناسب براساس سببیت بالقوه با تمرکز بر پرونده‌های قصور پزشکی» به بررسی این نظریه پرداخته است که در مجله حقوق پزشکی در نوبت انتشار است.

قرار خواهد گرفت.^۱

۱. ماهیت مفهوم «از دست دادن فرصت»

در مواردی که خواننده واقعاً مرتکب تقصیر شده است، ولی به دلیل عدم امکان اثبات رابطه سببیت، محکومیت وی نیز ممکن نیست؛ می‌توان برای خواهان حقی دیگر تصور کرد. حق ناشی از «از دست دادن فرصت» یا «حق ناشی از کاهش شانس» حقی متفاوت از حق بر مطالبه خسارت ناشی از آسیب وارده است. در این حق، ما به دنبال اثبات رابطه سببیت - یا درجه‌ایی از سببیت - نیستیم، بلکه این حق به تبع «از دست رفتن فرصت و شانس موفقیت» ایجاد شده است. در اینجا فعل ضرری همان از بین بردن شانس و احتمال موفقیت است؛ ضرر، همان «فرصت ازدست‌رفته» است نه منفعت یا نتیجه‌ای که از فرصت ممکن بود به دست آید و حسب فرض رابطه سببیت نیز بین این دو برقرار است.^۲ البته مقام قضایی باید «وجود احتمال در تحقق نتیجه» را به عنوان عنصر اساسی در شناسایی این مفهوم^۳ احراز کند تا امکان استناد به این مفهوم فراهم آید. از این روست که در چارچوب نظریه از دست دادن فرصت پیشنهاد می‌شود که ضرر موضوع جبران به عنوان «شانس ازدست‌رفته» یا «شانس کاهش یافته» برای جلوگیری از آسیب، بازتعریف شود.^۴

پذیرش این مفهوم، اولاً به این معناست که هرگونه ابهام در مورد احراز رابطه سببیت از بین می‌رود، زیرا هیچ شکی وجود ندارد که برای تحقق ضرر مزبور، احراز فعل ضرری شرط لازم^۵ است و ثانیاً غرامت قابل پرداخت به زیان‌دیده نباید با میزان تمام زیان وارده و نهایی مطابقت داشته باشد؛ زیرا با استناد به نظریه مزبور، بنابراین است که حکم به جبران خسارت برای نفس محرومیت از فرصت یا کاهش شانس جلوگیری از زیان نهایی، صادر شود، ولاً حسب فرض، اساساً مشخص نیست که آیا آسیب نهایی وارده، به دلیل فعل ضرری ادعایی ایجاد شده است یا نه؛ بنابراین، منطقی است که خسارات کمتری لحاظ شود.

بر این مبنا، روش محاسبه غرامتی که موضوع حکم قرار می‌گیرد، باید متناسب با آسیب نهایی باشد. بدین صورت که به زیان‌دیده درصدی از ارزش «ضرر نهایی» که با میزان فرصت ازدست‌رفته (که به صورت درصدی تعریف می‌شود) مطابقت دارد، تعلق می‌گیرد.^۶ برخی دیگر نیز به موضوع از دیدگاهی متفاوت نگاه کرده و پیشنهاد داده‌اند غرامت موضوع حکم، متناسب با میزانی که خطای پزشکی، احتمال «ضرر نهایی» را افزایش داده است، محاسبه شود.^۷

۱. در این مقاله صرفاً به موضوع از منظر حقوق تطبیقی نگریسته و بررسی موضوع در حقوق ایران و فقه پویای امامیه به جستاری دیگر واگذار شده است.

۲. در حقوق داخلی، دکتر محمود کاظمی در پژوهشی مفصل به بررسی ضرری بودن فرصت ازدست‌رفته و مقایسه آن با مفاهیم مشابه پرداخته است. به منظور رعایت اختصار از بیان مجدد اجتناب می‌گردد. نک: کاظمی، محمود، «نظریه از دست دادن فرصت در مسئولیت مدنی»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دوره ۵۳، شماره ۸۱۳، ۱۳۸۰، صص ۲۲۵-۱۸۵.

۳. همان، ص ۱۹۱.

۴. در صورتی رابطه علی مستقیم میان خطا و زیان احراز شود، نظریه فرصت ازدست‌رفته اعمال نخواهد شد. دیوان عالی فرانسه نیز در رأی شماره (شعبه اول مدنی، ۱ ژوئن ۲۰۲۲، شماره ۱۶۹۰۹-۲۰) تصریح می‌کند که وقتی احراز می‌شود خطای پزشک علت مستقیم زیان بوده است، نمی‌توان آن را «فقدان شانس» دانست؛ بلکه باید جبران کامل زیان صورت گیرد. نظریه *perte de chance* فقط در صورت نبود قطعیت علیت به کار می‌رود.

Cour de cassation, Première chambre civile, 1er juin 2022, n°20-16.909.

۵. *Conditio Sine Qua Non*

۶. Kadner, Op. Cit., P 287.

۷. Bieri, Laurent and Pierre Marty. "The discontinuous nature of the loss of chance system", *Journal of European Tort Law*, Volume 2, Issue 1, 2011, P 24.

مقاله حاضر صرفاً به از دست دادن فرصت بهبود یا بقا می‌پردازد و نه به از دست رفتن برخی فرصت‌ها یا امکانات دیگر که ممکن است ناشی از قصور پزشکی باشد. در مواردی که خطای پزشکی باعث از دست رفتن فرصت‌هایی مانند فرصت برای درآمد آینده، شانس تکمیل تحصیلات عالی یا داشتن فرزند باشد، باید با احراز ارکان سه‌گانه دعوای مسئولیت مدنی به دنبال جبران خسارت برآمد و این‌گونه مسائل از موضوع مقاله حاضر خارج‌اند. زیان‌های دسته اول، خسارات مستقیمی^۱ اند که از خطای پزشکی ناشی می‌شوند؛ اما زیان‌های دسته دوم خسارات تبعی یا غیرمستقیم^۲ تلقی می‌شوند که به‌طور غیرمستقیم و با واسطه ناشی از عمل زیان‌بار - در فرض ما، خطای پزشکی - هستند.^۳

۲. از دست دادن فرصت به‌عنوان یک دسته جداگانه از خسارت غیرمالی

برخی نظام‌های حقوقی فقدان یا کاهش شانس بهبود یا بقا را به‌عنوان یک دسته جداگانه و قابل جبران از خسارت غیرمالی در نظر گرفته‌اند؛ به‌طوری‌که خسارات به‌طور مستقل از میزان زیان نهایی محاسبه می‌شوند.^۴ دادگاه‌های اسپانیا در ابتدا خسارات قابل پرداخت را براساس اصول انصاف و عدالت جبرانی تعیین می‌کردند؛^۵ زیرا رابطه سببیت بین خطا و آسیب نهایی را قابلیت احراز نداشت. در این رویکرد، دادگاه‌ها خسارت نهایی (مثلاً مرگ یا ناتوانی) را مبنای محاسبه قرار نمی‌دادند، بلکه تنها فقدان شانس بهبود یا بقا را به‌عنوان زیان غیرمالی می‌شناختند و برای آن مبلغی براساس ملاحظات اخلاقی و انسانی تعیین می‌کردند.

چه‌بسا گفته شود اگر فرصت از دست‌رفته امکان دستیابی به مال یا منفعت اقتصادی است، چگونه می‌توان آن را غیرمالی دانست؟ در پاسخ به این ابهام و سؤال گفته شده است در دعوای پزشکی، زیان معمولاً جسمی یا روانی است، نه اقتصادی؛ یعنی شانس از دست‌رفته برای «بهبود سلامتی» یا «بقا» به‌خودی‌خود ارزش مالی ندارد، بلکه به تمامیت جسمی یا معنوی شخص مربوط است.^۶ در نتیجه، زیان وارده نوعی خسارت غیرمالی^۷ محسوب می‌شود. البته در دعوای دارای جنبه اقتصادی یا قراردادی، همین مفهوم ممکن است مالی باشد. مثلاً اگر کسی شانس موفقیت در مناقصه یا سود تجاری را از دست بدهد، در آنجا «فرصت» به‌وضوح ارزش مالی دارد. بنابراین، ماهیت مالی یا غیرمالی فرصت، تابع ماهیت خود منفعت ازدست‌رفته^۸ و به عبارت دقیق‌تر تابع «متعلق فرصت» است.

این راه‌حل از مشکلاتی که توسط دو مفهوم ارائه شده در بالا ایجاد می‌شود، جلوگیری می‌کند، اما پذیرش آن به‌دلیل محدودیت جبران خسارت غیرمالی در بسیاری از نظام‌های حقوقی، بدون مشکل نیست. اجرای این نظریه فقط به اعطای خسارت غیرمالی منجر می‌شود؛ درحالی‌که اصل جبران کامل خسارت، زیان‌دیده را مستحق دریافت همه‌گونه خسارات

^۱. Primary Damages

^۲. Consequential Damages

^۳. مفهوم کلی خسارات مستقیم و تبعی در اروپا و آمریکا مشابه است، اما در برخی جزئیات نظیر قابلیت پیش‌بینی، نوع خسارات قابل مطالبه و میزان خسارت با یکدیگر متفاوت‌اند. برای مطالعه بیشتر در این خصوص رجوع کنید به:

American Law Institute. (2010). Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm & European Group on Tort Law. (2006). Principles of European tort law: Text and commentary.

^۴. Koch, Op. Cit., P 637.

^۵. Rogers, Op. Cit., P 246.

^۶. Sugarman, S. D. "Tort damages for non-economic losses: Personal injury (in cases of bodily injury)", In: Bussani M. and A. J. Sebok (eds.), *Comparative tort law*, Edward Elgar, 2015.

^۷. Daño Moral / No Patrimonial

^۸. Viney, Geneviève et Partice Jourdain. *Les effets de la responsabilité*, Paris: LGDJ, Troisième Édition, 2013, PP 372-376.

(هم مالی و هم غیرمالی) می‌کند. به همین دلیل، به‌سختی می‌توان آن را به‌عنوان جایگزینی برای مسئولیت متناسب براساس سببیت بالقوه در نظر گرفت.

دیگر انتقادی که اجرای این نظریه پیش خواهد آورد این است که وقتی آنچه باید جبران شود، از دست دادن شانس معینی برای جلوگیری از زیان نهایی است، گام منطقی بعدی، اعطای بخشی از خساراتی است که متناسب با آن زیان نهایی باشد نه اینکه صرفاً غرامتی برای خسارت غیرمالی در نظر گرفته شود.^۱

۳. بررسی انتقادی مفهوم از دست دادن فرصت

در این قسمت، هدف مطرح کردن تمام انتقادات وارده به نظریه «از دست دادن فرصت» نیست؛ بلکه صرفاً به‌صورت خاص برخی ایراداتی که در مقام شناسایی مسئولیت مدنی سببیت نامشخص، از طریق استناد به این نظریه، ممکن است ایجاد شود، مطرح خواهد شد.

۳.۱. جبری بودن علّیت

یکی از استدلال‌هایی که در پرونده گرگ علیه اسکات^۲ مطرح شده بود این بود که جهان از نظر علّی جبری است، یعنی برای هر رویدادی یک وضعیت از پیش موجود (علت) وجود دارد که با آن رویداد به‌گونه‌ای مرتبط است که اگر آن وضعیت وجود داشته باشد، اما رویداد رخ ندهد، قانون طبیعت نقض می‌شود؛ پس امری به نام «شانس» به‌معنای واقعی وجود ندارد. این امر بدین معناست که نمی‌توان تصور کرد شانس‌ها از دست بروند یا کاهش یابند. با پذیرش این مبنای فلسفی، هیچ غرامتی تحت عنوان شانس از دست‌رفته نمی‌توان اعطا نمود. از آنجاکه هیچ احتمال عینی وجود ندارد، اعمال مفهوم مسئولیت متناسب براساس سببیت بالقوه نیز غیرممکن است.^۳ با این استدلال، «موضوع» هر دو راه‌حل از دست دادن فرصت و نظریه مسئولیت متناسب از ابتدا نابود می‌شوند و جایی برای بحث باقی نخواهد ماند. تحت رویکرد قاعده «همه یا هیچ»، تکیه بر احتمالات به این معناست که وقتی با درجات مختلف خاکستری مواجه می‌شویم، قضاات باید آنها را به رنگ سیاه یا سفید پنهان کنند و در نتیجه یا غرامتی پرداخت نشود و یا اینکه تمام زیان جبران شود.

مطابق با «جبرگرایی علّی»،^۴ بیماری که به‌عنوان بیمار دارای ۴۰ درصد شانس زنده ماندن، در صورت درمان صحیح و به‌موقع توصیف می‌شود، در واقع بیماری است که یا به گروه ۴۰ درصد از بیمارانی تعلق دارد که تحت چنین شرایطی زنده خواهند ماند، یا به گروه ۶۰ درصد از بیمارانی که زنده نخواهند ماند. اگر خطای پزشکی رخ نمی‌داد، بیمار یا زنده می‌ماند یا نه و مشخص می‌شد که به کدام گروه تعلق دارد.

اگرچه نمی‌توان تعیین کرد که آیا خطای پزشکی باعث مرگ شده است یا خیر، دقیقاً همین خطاست که باعث ناتوانی ما در روشن کردن رابطه سببیت شده است و باتوجه‌به این موضوع، فقط منصفانه به‌نظر می‌رسد که حداقل مسئولیت جزئی شخصی که مسئول خطاست، پذیرفته شود. جالب اینجاست که این ایده نیز زیربنای پیشنهادی برای «مسئولیت

^۱. Tribunal Supremo. *STS, 30 de mayo de 2006* (RJ 2006/3558). Spain, 30May 2006.

^۲. Gregg va Scott

^۳. Beever, Allan. "Gregg v Scott and loss of a chance", *University of Queensland Law Journal*, Volume 24, 2005, P 209.

^۴. Determinism

برای عدم قطعیت^۱ یا «دکترین آسیب شهودی»^۲ است که در اوایل سده جدید توسط پورات و اشتاین مطرح شد. ایشان تأکید می‌کنند که «حتی اگر رفتار نادرست خوانده، واقعاً باعث آسیبی که خواهان متحمل شده است، نشده باشد، اما باین حال مانع از آن شده که خواهان علت واقعی آن آسیب را شناسایی کند». نویسندگان این محرومیت را «آسیب شهودی» می‌نامند و ادعا می‌کنند که غرامت آن باید با ضرب اندازه «آسیب نهایی» در «احتمال ادعای اینکه ... مرتکب ... واقعاً آن آسیب را وارد کرده است» محاسبه شود.^۳ توجه داشته باشید که این نتیجه با نتیجه برآمده از مفهوم مسئولیت متناسب بر اساس سببیت بالقوه مطابقت دارد.

در صورت پذیرش جبرگرایی علی، تحمیل مسئولیت جزئی امکان ندارد، زیرا فرض این است که هیچ احتمال عینی وجود ندارد و با پذیرش این پیش‌فرض، هیچ‌یک از نظریات از دست دادن فرصت و مسئولیت متناسب بر اساس سببیت بالقوه را محملی برای طرح ندارند.^۴ توجه به محدودیت‌های شناختی انسان پاسخی است که به جبرگرایان داده می‌شود. اتخاذ رویکردی جبرگرایانه در عالم حقوق باعث خواهد شد در بسیاری موارد نتیجه حاصله برخلاف وجدان انسانی باشد. قانون نباید و نمی‌تواند محدودیت‌های شناختی انسان را نادیده بگیرد. بسیاری از اموری که اشخاص انجام می‌دهند، براساس احتمالات، و این امر کاملاً طبیعی و عقلایی است.^۵ هنگام اثبات سببیت تحت قاعده همه یا هیچ، دادگاه‌ها ناگزیر با محدودیت‌های شناختی انسانی مواجه می‌شوند و با اتخاذ آستانه‌های احتمال (معرفتی) فراتر از آن، شرط سببیت را محرز شده تلقی کرده و با استدلال‌های مبتنی بر جبرگرایی مقابله می‌کنند. ایرادات فلسفی متعددی که به جبرگرایی علی وارد شده است،^۶ نشان می‌دهد این تئوری نمی‌تواند مانعی برای تصمیم‌گیری دادگاه‌ها ایجاد کند. برخی استدلال کرده‌اند که جبرگرایی علی به‌عنوان یک استدلال معتبر، قابلیت طرح در برابر نظریه‌هایی که با عدم قطعیت علی مواجه‌اند ندارد و از این رو، ارزش پاسخ‌دهی ندارد.^۷ درعین حال باید افزود که نظریه فرصت ازدست‌رفته می‌تواند به‌عنوان سازوکاری برای غلبه بر محدودیت ناشی از جبرگرایی علی عمل کند: یعنی اگر نتوان رابطه لازم و کافی را اثبات کرد، ممکن است رابطه «احتمالی» یا «کاهش در شانس» را به‌عنوان مبنای مسئولیت قرار داد و از این طریق نظام مسئولیت باید بین «تمام زیان» و «هیچ غرامتی» میانجی‌گری کند. همچنین تمایل نظام‌های حقوقی به حفظ عدالت ترمیمی را در چنین شرایطی، باعث شده است غالباً به‌سمت مسئولیت متناسب یا پذیرش «شانس از دست‌رفته» به‌عنوان زیان مستقل حرکت کرده‌اند. بنابراین، جبرگرایی علی دیگر نمی‌تواند به‌عنوان مانعی مطلق برای این نظریه تلقی شود، بلکه باید با انعطاف و سازگاری با واقعیت‌های پزشکی و علمی علیت مواجه شود.^۸

تأملات فقهای امامیه در خصوص تفاوت سببیت و علیت نیز بسیار دقیق است. برخی گفته‌اند مراد از سبب، علت یا معنی فلسفی آن نیست، بلکه آن چیزی است که عرف، مسبب را به آن منسوب می‌کند و این شناسایی نیز مسئله‌ای عرفی، و

^۱ Liability for Uncertainty

^۲ Evidential Damage Doctrine

^۳ Porat, Ariel and Alex Stein. *Tort liability under uncertainty*, Oxford University Press, 2001, PP 160-179.

^۴ Ludwickska-Redo, Op. Cit., P 339.

^۵ Beever, Op. Cit., P 211.

^۶ برای مطالعه ایرادات جبرگرایی علی به زبان فارسی رجوع کنید به: باربور، ایان، *علم و دین*، ترجمه بهاء‌الدین خرمشاهی، تهران: مرکز دانشگاهی، ۱۳۶۲؛ قدردان قراملکی، محمدحسن، «اختیار، قانون علیت و دترمینیسم»، *مجله انسان‌پژوهی دینی*، دوره ۷، شماره ۲۳، ۱۳۸۹، صص ۷۰-۴۷.

^۷ Ludwickska-Redo, Op. Cit.

^۸ Stern, Rafael B. and Joseph B. Kadane. "Indemnity for a lost chance. Law", *Probability and Risk*, Volume 18, Issue 2-3, 2019, P 143.

انتساب عقلایی خسارت به مسبب معیار است.^۱ عموماً فقهای امامیه به مسئله سببیت نگاهی عرفی و عقلایی داشته و تلاش کرده‌اند از نگاه فلسفی و علمی، برای احراز این رابطه اجتناب کنند.^۲

۳.۲. فرض عدم تحقق آسیب نهایی

در حوزه‌های قضایی ژرمنی، تمرکز اصلی بر حمایت از حقوق ملموس مانند زندگی، سلامت و تمامیت جسمانی افراد است. این دیدگاه بر این اساس است که فرصت‌ها مانند شانس بهبودی ذاتاً غیرقطعی و نامشخص‌اند و نمی‌توانند به‌عنوان یک «حق قانونی مستقل»^۳ در نظر گرفته شوند؛ بنابراین، در موارد خطای پزشکی، اگر پزشکی مرتکب خطا شود و این خطا به از دست رفتن شانس بهبودی بیمار منجر شود، این از دست دادن فرصت به‌خودی‌خود قابل جبران نیست، مگر اینکه مستقیماً به آسیب به زندگی، سلامت یا تمامیت جسمانی بیمار مرتبط باشد.^۴ این دیدگاه به‌ویژه در قانون مسئولیت مدنی آلمان (BGB) مشهود است. در ماده ۸۲۳ این قانون، منافع قانونی مورد حمایت، از جمله زندگی، سلامت و تمامیت جسمانی، به‌صراحت ذکر شده‌اند.^۵ در اتریش نیز، ماده ۱۲۹۵ قانون مدنی اتریش (ABGB) یک قاعده کلی مسئولیت مدنی را تعیین می‌کند^۶ که مشابه قواعد مسئولیت در قانون مدنی فرانسه است. در هر دو سیستم حقوقی، مسئولیت مدنی فقط در صورتی ایجاد می‌شود که پیش‌شرط غیرقانونی بودن^۷ محقق شده باشد. از دست دادن فرصت بهبودی به‌خودی‌خود به‌عنوان یک حق قانونی محسوب نمی‌شود، زیرا توسط قانون به‌عنوان یک «حق مورد حمایت» شناخته نشده است. شعبه اول مدنی دیوان عالی فرانسه در رأی مورخ ۲۱ نوامبر ۲۰۰۶، شماره ۱۵۶۷۴-۰۵، تصریح می‌کند «تنها فقدان فعلی و مسلم یک احتمال مساعد، می‌تواند از دست رفتن شانس قابل جبران تلقی شود».^۸ اما در مقابل، نظریه دیگری نیز وجود دارد. در این رویکرد، نظریه از دست دادن فرصت بر این اصل استوار است که فرد زیان‌دیده می‌تواند برای از دست دادن یا کاهش شانس بهبود یا زنده ماندن که در زمان وقوع خطای پزشکی وجود داشته

۱. هاشمی شاهرودی، سید محمود (ویراستار)، *موسوعه فقه الاسلامی*، قم: مرکز تحقیقات علوم اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۲۵۳.

۲. نظر به اینکه در این خصوص حقوق‌دانان و محققان آثار علمی مختلفی منتشر نموده‌اند، از تکرار پرهیز می‌گردد. برای نمونه نک: صفایی، سیدحسین و حبیب‌الله رحیمی، *مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)*، تهران: سمت، چاپ نوزدهم، ۱۴۰۳؛ عمید زنجانی، عباسعلی، *موجبات ضمان*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ سوم، ۱۳۹۴.

۳. Legally Protected Good

۴. Ludwichowska-Redo, Op. Cit., P 341.

۵. 823 BGB (Liability for Damages)

(1) A person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property, or another right of another person is obliged to compensate the other party for the damage arising therefrom.

(2) The same obligation applies to a person who violates a law intended for the protection of others. If, according to the content of the law, it may also be violated without fault, the duty to compensate only arises in the case of fault.

۶. 1295 ABGB:

(1) Every person who unlawfully causes damage to another is obligated to compensate for such damage. This damage may arise from a breach of contract or an act outside of a contract.

(2) If the damage is caused by the fault of a person, the person who committed the fault is liable to compensate for the damage. If the damage is caused by joint fault, each party is liable to compensate for the damage in proportion to their fault.

(3) In cases where the damage is caused by intentional unlawful acts or negligence, the person who committed such acts is liable to compensate for the damage.

۷. Unlawfulness

۸. متن رأی در وب‌سایت رسمی:

Légifrance: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007055490/>

است، غرامت دریافت کند. این نظریه حتی در مواردی که بیمار در نهایت، آسیبی ندیده است نیز قابل اعمال است. با این حال، انتقاد اصلی به این نظریه این است که غرامت فقط زمانی قابل پرداخت است که شانس به‌طور کامل از بین رفته باشد، نه اینکه صرفاً کاهش یافته باشد؛ زیرا یک شانس کاهش‌یافته که هنوز می‌تواند محقق شود، فقط یک پدیده موقتی است و به همین دلیل به تنهایی نمی‌توان آن را به‌عنوان زیان قابل جبران در نظر گرفت. این تمایز در نظریه‌های حقوقی، به‌ویژه در بحث از دست دادن فرصت و مسئولیت مدنی، مطرح می‌شود. در این زمینه، هلموت کوزیول،^۱ یکی از برجسته‌ترین حقوق‌دانان اتریشی، معتقد است که تفاوت قائل شدن بین «شانس کاهش یافته» و «شانس نابود شده»^۲ از نظر منطقی و حقوقی توجیه‌پذیر نیست. این موضوع به‌ویژه در مواردی که سببیت نامشخص است، اهمیت پیدا می‌کند. محور انتقادات کوزیول بر این است که اولاً نقض حقوق جزئی نیز مسئولیت‌آور است و ثانیاً امکان تشخیص دقیق بین شانس کاهش یافته و نابود شده وجود ندارد. از نظر وی، کاهش شانس بهبودی نیز به‌عنوان یک آسیب قابل جبران در نظر گرفته می‌شود، زیرا هر دو حالت به‌نوعی باعث محرومیت فرد از یک فرصت ارزشمند شده‌اند.^۳ این رویکرد نه تنها از نظر اخلاقی و حقوقی منصفانه‌تر است، بلکه با اصول کلی مسئولیت مدنی نیز سازگار است.

در عمل، خطاهای پزشکی به‌ندرت به نابودی کامل شانس بهبودی منجر می‌شوند، بلکه معمولاً تنها آن را کاهش می‌دهند؛ بنابراین محدود کردن نظریه از دست دادن فرصت به مواردی که شانس به‌طور کامل از بین رفته است، دامنه کاربرد آن را به شدت محدود می‌کند. از منظر کاشه،^۴ اگر شانس کاهش‌یافته در نهایت محقق شده و بیمار بهبود یابد، خسارت قابل جبرانی وجود ندارد. این نظر نیز با انتقاد مواجه است، زیرا «کاهش شانس» به‌خودی‌خود می‌تواند یک آسیب محسوب شود، حتی اگر در عمل، بیمار بهبود کامل یافته باشد.^۵

پرسشی که باید در همین جا پاسخ داده شود این است که آیا طرف آسیب‌دیده می‌تواند هم برای از دست دادن فرصت بهبود و هم به‌صورت جداگانه، برای آسیب شخصی وارده (ادعای مضاعف برای غرامت) غرامت مطالبه کند یا خیر؟ اگرچه شانس مذکور و سلامتی را می‌توان به‌عنوان دو حق قانونی جداگانه در نظر گرفت، اما پاسخ مثبت نیست.

۳.۳. افزایش دعاوی

در هر موردی که شخص به نتیجه مطلوب خود نرسد، می‌تواند با استناد به نظریه فرصت ازدست‌رفته، ادعا کند که خواننده فرصت بهبود یا بقا را از او سلب کرده است. خواهان که بی‌نیاز از اثبات رابطه قطعی سببیت است، با طرح دعوا، دریافت خسارت جزئی را مطالبه خواهد کرد. بدین‌سان همان‌گونه که گفته‌اند دریافت خسارت کامل استثنای شده و حکم به پرداخت خسارت جزئی بر مبنای از دست رفتن شانس، قاعده خواهد شد.^۶ وقتی مدعی خود را بی‌نیاز از اثبات یک رابطه

^۱. Helmut Koziol

^۲. منظور از «شانس کاهش یافته» شرایطی است که در آن شانس بهبود یا موفقیت فرد به‌دلیل یک عمل خطا (مانند خطای پزشکی) کاهش یافته، اما به‌طور کامل از بین نرفته است. برای مثال، اگر به‌دلیل خطای پزشکی، شانس بهبودی بیمار از ۷۰ درصد به ۳۰ درصد کاهش یابد، شانس کاهش یافته است. از دیگر سو «شانس نابود شده» به شرایطی اشاره دارد که در آن شانس بهبود یا موفقیت به‌طور کامل از بین رفته است. برای مثال، اگر به‌دلیل خطای پزشکی، شانس بهبودی بیمار از هفتاد درصد به صفر درصد کاهش یابد.

^۳. Koziol, Helmut (ed.). *Basic questions of tort law from a Germanic perspective*, Jan Sramek Verlag, 2012, P 101.

^۴. Caché

^۵. Nolan, Donal and Ken Oliphant. *Tort law: Text and materials*, Oxford University Press, 2023, PP 230-236.

^۶. Kadner, Op. Cit, P 139.

سببیت تمام‌عیار می‌بیند، خطر افزایش پرونده‌هایی که خواهان مدعی شانس ازدست‌رفته است، وجود دارد.^۱ پرونده‌هایی که قبلاً به دلیل عدم اثبات رابطه سببیت مختومه شده بودند، حال با استناد به جهت دیگری - فرصت ازدست‌رفته - مجدداً مطرح می‌شوند. البته این ایراد را نمی‌توان موجه دانست؛ چه اینکه حق بر دادخواهی از اصول بنیادین محسوب می‌شود و نباید به بهانه افزایش بار کاری قضات، اشخاص از طرح ادعای خود محروم بمانند. می‌توان با استفاده از راهکارهای دیگر نظیر افزایش هزینه دادرسی این‌گونه دعاوی یا تعیین صلاحیت برای هیئت‌های تخصصی از ورود این‌گونه دعاوی به محاکم جلوگیری کرد.

البته دیوان عالی کشور فرانسه در رأیی تصریح کرده است حتی اگر خواهان در دادخواست خود فقط جبران کامل زیان را درخواست کند و نه جبران ازدست‌رفتن شانس را، دادگاه باید در صورت احراز شرایط لازم برای صدور حکم مستند به فرصت ازدست‌رفته، نسبت به آن رأی صادر کند.^۲ در صورت پذیرش چنین رویکردی از منظر آیینی، اگرچه می‌توان در پرونده‌های آینده از چنین تالی فاسدی پرهیز کرد، همچنان طرح دعوا به سبب فرصت‌های ازدست‌رفته قبلی وجود خواهد داشت.

۳.۴. انقلاب غیرعادلانه بار اثبات دعوا

اینکه فقدان یا کاهش شانس بهبود یا بقا، به صورت مستقل به عنوان یک زیان در نظر گرفته شود، مشکل دیگری را ایجاد می‌کند. ممکن است با اصرار بر این نظریه، اتفاقات و رویدادهایی که بعد از «از بین رفتن شانس» رخ داده است، نادیده گرفته شوند. خواهان صرفاً شانس ازدست‌رفته را اثبات می‌کند و این خوانده است که بار اثبات رویدادهای مؤثر بعدی را بر دوش می‌کشد تا یا بدون تأثیر بودن شانس از بین‌رفته را اثبات کند یا اینکه با اثبات رویدادهای بعدی، میزان تأثیر شانس از بین‌رفته را کاهش دهد و در نتیجه غرامت کمتری بپردازد.

۳.۵. ذهنی بودن معیارهای ارزیابی میزان ضرر وارده ناشی از دست رفتن فرصت

نظریه فقدان فرصت، علی‌رغم مزیت کاهش حساسیت نظام حقوقی - قضایی به اختلافات جزئی در محاسبه میزان احتمال سببیت، به دلیل ذهنی بودن معیارهای ارزیابی و ماهیت گسسته خود، ممکن است در عمل به بی‌عدالتی در تعیین غرامت‌ها منجر شود. برخی محققان از «ماهیت ناپیوسته» این نظریه سخن می‌گویند. ناپیوستگی ناشی از این واقعیت است که این مفهوم فقط زمانی قابل اجراست که عدم قطعیت در مورد سببیت وجود داشته باشد و این عدم قطعیت با آستانه قطعیتی که اثبات‌کننده نهایی رابطه سببیت است، همچنان فاصله داشته باشد. اگر احتمال اینکه رفتار خاصی باعث آسیب شده است از این آستانه فراتر رود، مرتکب باید کل خسارت را جبران کند و اگر چنین نباشد، خسارات براساس نظریه از دست دادن فرصت تعیین می‌شود. این تفاوت در معیارهای تعیین غرامت، می‌تواند به تفاوت‌های چشمگیری در میزان غرامت پرداختی منجر شود؛ حتی اگر تفاوت احتمال سببیت بسیار اندک باشد. در مقابل، نظریه مسئولیت متناسب براساس سببیت بالقوه که مطابق آن خوانده موظف به پرداخت بخشی از غرامت بر مبنای میزان احتمال سببیت رفتار وی است، نه براساس کاهش شانس زیان‌دیده، از این مشکل رنج نمی‌برد و به همین دلیل مزیت دارد.^۳

^۱. Ibid, P 140.

^۲. Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 1 juin 2022, 20-16.909 20-18.595, Inédit.

^۳. Bieri and Marty, Op. Cit., PP 24-25.

۳.۶. ابهام در «وجود فرصت»

منتقدان نظریه «فرصت ازدست‌رفته» معتقدند این نظریه در مواردی که تعیین علت دقیق آسیب، ناممکن است، کاربرد ندارد. در چنین مواردی، اساساً امکان از بین رفتن یا کاهش «شانس بهبود» وجود ندارد؛ زیرا ممکن است در زمان وقوع رویداد آسیب‌زا، چنین فرصتی اصلاً وجود خارجی نداشته است. مثال زیر که توسط کوزیول ارائه شده است، می‌تواند برای نشان دادن این موضوع استفاده شود: کودکی ناقص متولد می‌شود و نمی‌توان مشخص کرد که آیا نقص ناشی از یک خطای پزشکی قابل سرزنش در هنگام زایمان بوده یا قبلاً به‌طور غیرقابل درمان، توسط یک بیماری پزشکی برای مادر ایجاد شده است. اگر مورد دوم درست باشد (کودک قبل از تولد ناقص بوده است)، هیچ شانس برای بهبود وجود نداشته است و بنابراین خطای پزشک نمی‌توانسته هیچ شانس را نابود کند. از سوی دیگر، اگر کودک تا لحظه تولد سالم بوده باشد، پزشک به‌سادگی باعث نقص شده است.^۱

نتیجه‌گیری

نظریه «فرصت ازدست‌رفته» به‌عنوان راهکاری برای جبران خسارت بیمارانی که به‌دلیل ابهام در رابطه سببیت، از دریافت غرامت محروم می‌مانند، در برخی نظام‌های حقوقی مورد پذیرش قرار گرفته است. این نظریه با تبدیل «کاهش یا فقدان شانس بهبود» به‌عنوان زیان مستقل، از پیچیدگی‌های سنتی اثبات رابطه سببیت می‌کاهد و راهی برای اعطای غرامت جزئی فراهم می‌کند. با این حال، چالش‌های متعددی از جمله ذات نامشخص شانس‌ها، افزایش دعاوی قضایی، ذهنی بودن معیارهای ارزیابی خسارت و تعارض با مبانی جبرگرایانه مسئولیت مدنی، کارایی این نظریه را زیر سؤال برده است. نظریه فرصت ازدست‌رفته اگرچه در کوتاه‌مدت به نفع زیان‌دیدگان عمل می‌کند، ممکن است در بلندمدت به افزایش پرونده‌های قضایی و کاهش انگیزه پزشکان برای رعایت استانداردهای دقیق منجر شود. همچنین، ابهام در تعیین وجود اولیه شانس بهبود - مانند پرونده‌های نقص مادرزادی - نشان می‌دهد که این نظریه در تمام موارد قابلیت اجرایی ندارد. به نظر می‌رسد نظام‌های حقوقی باید با در نظر گرفتن توازن بین منافع بیماران و پزشکان، به سمت مدل‌های ترکیبی حرکت کنند که هم از انعطاف‌پذیری نظریه فرصت ازدست‌رفته و هم از دقت مسئولیت متناسب بهره ببرند. در نهایت، اصلاح قوانین به‌سمتی که بار اثبات را به شیوه‌ای منصفانه توزیع کند و از استانداردهای احتمالی واقع‌بینانه استفاده کند، می‌تواند راهکار بهتری برای تحقق عدالت در مسئولیت مدنی پزشکی باشد.

منابع

فارسی

کتاب

۱. باربور، ایان، **علم و دین**، ترجمه بهاء‌الدین خرمشاهی، تهران: مرکز دانشگاهی، ۱۳۶۲.
۲. صفایی، سید حسین و حبیب‌الله رحیمی، **مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)**، تهران: سمت، چاپ نوزدهم، ۱۴۰۳.
۳. عمید زنجانی، عباسعلی، **موجبات ضمان**، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ سوم، ۱۳۹۴.

^۱. Kozioł, Op. Cit, P 154.

مقاله

۴. قدردان قراملکی، محمد حسن، «اختیار، قانون علیت و دترمینسیم»، *مجله انسان‌پژوهی دینی*، دوره ۷، شماره ۲۳، ۱۳۸۹، صص ۷۰-۴۷.
۵. کاظمی، محمود، «نظریه از دست دادن فرصت در مسئولیت مدنی»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دوره ۵۳، شماره ۸۱۳، ۱۳۸۰، صص ۲۲۵-۱۸۵.
۶. کریمی، عباس و محمدهادی جواهرکلام، «تسهیل در احراز رابطه سببیت در حوادث پزشکی؛ نقش سازنده رویه قضایی ایران و فرانسه»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۶، شماره ۱۱۹، ۱۴۰۱، صص ۱۴۱-۱۲۱.
<https://doi.org/10.22106/jlj.2022.544020.4552>

عربی

کتاب

۷. هاشمی شاهرودی، سید محمود (ویراستار)، *موسوعة فقه الاسلامی*، قم: مرکز تحقیقات علوم اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۹.

References

Books

1. American Law Institute, *Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm*, 2010.
2. Amid Zanjani, Abbasali, *The Foundations of Liability in Islamic Jurisprudence (Mawjibāt al-Damān)*, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center, Third Edition, 2015. (In Persian)
3. Barbour, Ian Graeme (1966), *Science and Religion*, Translated By: Baha-Aldin Khorramshahi, Tehran: Academic Center, 1983. (In Persian)
4. European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, Springer, 2006.
5. Hashemi Shahroudi, Sayyed Mahmoud (ed.), *The Encyclopedia of Islamic Jurisprudence (Mawsū'at al-Fiqh al-Islāmī)*, Qom: Islamic Sciences Research Center, First edition, 2010. (In Arabic)
6. Koch, Bernhard. A. "Medical Liability in Austria", In: Koch, Bernhard. A. (ed.). *Medical Liability in Europe: A Comparison of Selected Jurisdictions*, Walter de Gruyter, First Edition, 2011.
7. Koziol, Helmut (ed.). *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Jan Sramek Verlag, 2012.
8. Martín-Casals, Miquel. "Beyond the So-Called 'Health Scale'", *XVIII National Congress of the Spanish Association of Lawyers Specialized in Civil Liability and Insurance*, 2018. (In Spanish)
9. Nolan, Donal and Ken Oliphant. *Tort Law: Text and Materials*, Oxford University Press, 2023.
10. Nys, H. "Medical Liability in Belgium", In: Koch, Bernhard. A. (ed.). *Medical Liability in Europe: A Comparison of Selected Jurisdictions*, Walter de Gruyter, First Edition, 2011.
11. Porat, Ariel and Alex Stein. *Tort Liability under Uncertainty*, Oxford University Press, 2001.
12. Rogers, W. V. Horton, (ed.). *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Springer, 2005.
13. Safa'ei, Sayyed Hossein and Habibollah Rahimi, *Civil Liability, Non-Contractual Obligations*, Tehran: Samt, 19th Edition, 2024. (In Persian)
14. Sugarman, S. D. "Tort Damages for Non-Economic Losses: Personal Injury", In: Bussani M. and A. J. Sebok (eds.), *Comparative Tort Law*, Edward Elgar, 2015.
15. Viney, Geneviève and Patrice Jourdain. *The Effects of Responsibility*, Paris: LGDJ, Third edition, 2013. (In French)

Articles

16. Beever, Allan. "Gregg v Scott and Loss of a Chance", *University of Queensland Law Journal*, Volume 24, 2005, PP 201–212.
17. Bieri, Laurent and Pierre Marty. "The Discontinuous Nature of the Loss of Chance System", *Journal of European Tort Law*, Volume 2, Issue 1, 2011, PP 23-30.
18. Ghodrdan Gharamaleki, Mohammad Hassan, "Free Will, Causality, and Determinism", *Religious Anthropology Journal*, Volume 7, Issue 23, 2001, PP 47-70. (In Persian)
19. Kadner Graziano, T. "Loss of a Chance in European Private Law: 'All or Nothing' or Partial Liability in Cases of Uncertain Causation", *European Review of Private Law*, Volume 16, Issue 6, 2008, PP 1009–1022.
20. Karimi, Abbas and Mohammad Hadi Javaherkalam, "Facilitate Causation in Medical Accidents; The Constructive Role of Iranian and French Judicial Proceedings", *The Judiciarys Law Journal*, Volume 86, Issue 119, 2022, PP 121-141. (In Persian) <https://doi.org/10.22106/jlj.2022.544020.4552>
21. Kazemi, Mahmoud, "The Theory of Lost Chance in Civil Liability", *Faculty of Law and Political Science Journal*, Volume 53, Issue 813, 2001, PP 185–225. (In Persian)
22. Ludwichowska-Redo, K. "Uncertain Causation, Loss of a Chance and Proportional Liability in Medical Malpractice Cases: A Few Reflections with a Special Focus on Polish Law", *Journal of European Tort Law*, Volume 15, Issue 3, 2024, PP 329–341. Doi: 10.1515/jetl-2024-0016
23. Martin-Casals, M. "Some Introductory and Comparative Remarks to the Decision of the Swiss Federal Court BGE/ATF 133 III 462 and to the 'Loss of Chance' Doctrine", *European Review of Private Law*, Volume 16, Issue 6, 2008, PP 1043–1117. <https://doi.org/10.54648/erpl2008075>
24. Stern, Rafael B. and Joseph B. Kadane. "Indemnity for a Lost Chance", *Law, Probability and Risk*, Volume 18, Issue 2–3, 2019, PP 115–148. <https://doi.org/10.1093/lpr/mgz010/>

Laws

25. Austrian Civil Code, General Liability for Damages.
26. German Civil Code, Liability for Damages.

Electronic Resources

27. Court of Cassation, First Civil Chamber. (June 1, 2022). Judgment No. 2016.909. JURITEXT:JURITEXT000045904788. Retrieved, From: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000045904788/> (In French)



Original Article

Analysis of the Right to Physical Protection of the Child within the Triad of Rights: Provision, Protection, and Participation in the Convention on the Rights of the Child and the Iranian Legal System

Saeid Mahjoub¹

Highlights

- The tripartite framework of children's rights—namely the rights to provision, protection, and participation—constitutes one of the most significant classifications in the field of children's rights.
- The child's right to physical protection can be analyzed within the integrated framework of both the rights to provision and protection.
- Despite the considerable similarity in the protection of children's physical rights across legal systems, the protection of their non-physical rights may be conceptualized differently depending on the values and normative foundations of each legal system.

ABSTRACT

Introduction

Child rights constitute one of the most dynamic and evolving areas in contemporary international and domestic legal discourse. In recent decades, scholarly efforts have increasingly moved toward a more structured classification of these rights, dividing them into three major categories: the right to provision (right to support), the right to protection, and the right to participation. Among these, the right to protection represents the negative or restrictive dimension of child rights, aimed at preventing interference, harm, or abuse by third parties. Within this framework, protection can itself be further divided into physical and non-physical protection, depending on whether the child's bodily integrity or psychological and emotional well-being is concerned. The present study focuses primarily on the concept of physical protection rights of children and their specific manifestations in international instruments—particularly the Convention on the Rights of the Child—and in Iranian legal doctrine. The central objective is to provide a systematic conceptualization of the right to protection, distinguish it from the right to provision, and clarify its legal consequences. The study further aims to identify and analyze key manifestations of physical protection rights, including the right to live with parents except in exceptional circumstances, protection against all forms of violence, protection against child trafficking, protection against drug abuse, and protection against torture or inhuman treatment. Another objective is to examine the theoretical and normative implications of distinguishing between rights of provision and rights of protection. While provision rights require

How to Cite: Mahjoub, Saeid, "Analysis of the Right to Physical Protection of the Child within the Triad of Rights: Provision, Protection, and Participation in the Convention on the Rights of the Child and the Iranian Legal System", *Legal Research*, Vol. 29, No. 114, 2026, pp: 263-282.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2026.237467.2804>

Received: 05/11/2024-Accepted: 17/06/2026

1. Assistant Professor, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran
Corresponding Author Email: s.mahjoub@qom.ac.ir



Copyright: © 2026 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/>).

positive state action and resource allocation, protection rights are primarily negative in nature and can be ensured through effective legislation and criminalization of harmful conduct. Finally, the study seeks to compare the approaches of international instruments—especially the Convention on the Rights of the Child—with Iranian legal frameworks, identifying both strengths and deficiencies in their treatment of child protection rights.

Methods

This research adopts a descriptive–analytical methodology, grounded in doctrinal legal analysis of both international and domestic legal texts. The primary sources include the Convention on the Rights of the Child and relevant Iranian legal provisions. The study systematically extracts and categorizes legal norms related to child protection by analyzing their textual content and normative structure. Given the textual nature of the sources, the research relies on classification as a foundational methodological tool, whereby child rights are first conceptually divided into distinct categories—provision, protection, and participation—and then further refined into subcategories, particularly physical protection rights. The analytical approach focuses on normative legal propositions, especially those that impose obligations on states or individuals. These duty-imposing provisions are examined to determine the extent and nature of legal protection afforded to children. Unlike purely theoretical or policy-oriented approaches, this study does not attempt to generate new normative rules outside the existing legal texts but rather aims to interpret and systematize existing norms. Comparative legal analysis is also employed to evaluate similarities and differences between the Convention on the Rights of the Child and the Iranian legal system. This enables the identification of conceptual gaps, structural inconsistencies, and areas of convergence or divergence.

Results and Discussions

The findings of the study demonstrate that contemporary child rights discourse increasingly recognizes a tripartite structure consisting of provision, protection, and participation rights. Within this structure, protection rights function as a negative safeguard mechanism designed to prevent harm rather than to create material benefits. This distinction is crucial, as it directly influences the nature of state obligations: provision rights require active intervention and resource allocation, whereas protection rights primarily require legislative prohibition and enforcement mechanisms. The study further reveals that physical protection rights of children can be systematically categorized into several core components. These include the right to live with parents except in exceptional circumstances, protection against all forms of violence, protection against trafficking, protection against illegal drug use, and protection against torture or inhuman punishment. These rights collectively aim to safeguard the child's bodily integrity and ensure survival, dignity, and security during the formative stages of life. A key finding is that the Convention on the Rights of the Child, while comprehensive in scope, does not explicitly adopt a fully structured theoretical framework of child rights based on the provision–protection–participation model. Instead, it articulates rights in a dispersed and article-based manner. Nevertheless, through interpretive analysis, it is possible to reconstruct such a framework and identify implicit categories of protection rights within the Convention. The comparative analysis shows that Iranian law, although substantively aligned with many principles of the Convention, lacks a systematic and holistic conceptual framework for child rights. Instead, it addresses child-related issues in a fragmented manner across various legal instruments. This absence of macro-level conceptualization results in inconsistencies and interpretive ambiguities in practice. Moreover, the study highlights that some western legal scholarship has increasingly criticized the insufficient implementation of child protection rights, describing children as a marginalized and structurally disadvantaged group. Such critiques emphasize systemic inequalities and call for stronger legal and institutional reforms to address power imbalances between adults and children. Another important finding is the theoretical significance of distinguishing physical from non-physical protection rights. While physical protection rights are relatively universal and consistent across legal systems, non-physical protection rights—related to psychological, emotional, and cognitive well-being—are more context-dependent and influenced by cultural and normative values. This distinction provides a more nuanced understanding of child rights and enhances the analytical precision of legal interpretation. Finally, the study underscores that the absence of a coherent legal framework in Iran for categorizing child rights has led to both progressive developments in certain areas and persistent gaps in others. This fragmented approach limits the effectiveness of legal protection and complicates judicial and legislative interpretation.

Conclusion

In conclusion, the study demonstrates that child rights in contemporary legal systems are best understood through a structured tripartite model consisting of provision, protection, and participation rights. Among these, protection rights—particularly physical protection rights—play a crucial role in safeguarding children from harm and ensuring their fundamental security and dignity. The findings indicate that while

international instruments such as the Convention on the Rights of the Child provide a broad normative foundation, they lack a fully systematic classification framework. Iranian law, although substantively engaged with child protection issues, similarly suffers from conceptual fragmentation and the absence of a comprehensive theoretical structure. The study ultimately concludes that a clearer distinction between provision and protection rights, along with a further subdivision of protection into physical and non-physical dimensions, can significantly enhance the coherence and effectiveness of child rights systems. Such a framework not only facilitates better legal interpretation but also supports more consistent legislative and policy development.

Keywords: Right to Protection, Physical Rights, Right to Live With Parents, Right to Protection Against Torture, Right to Protection Against Trafficking



تحلیل حق حمایت جسمانی از کودک در سه گانه حق تأمین، حمایت و مشارکت در کنوانسیون حقوق کودک و نظام حقوقی ایران

سعید محبوب^۱

نکات برجسته

- سه گانه حق تأمین، حمایت و مشارکت در حقوق کودک، از مهم ترین تقسیم بندی های حوزه حقوق کودک است.
- تحلیل حق حمایت جسمانی از کودک در ساختار حق تأمین و حمایت به صورت توأمان ممکن است.
- علی رغم شباهت فراوان حق حمایت حقوق جسمانی از کودک در همه نظام های حقوقی، حق حمایت حقوق غیر جسمانی، با توجه به ارزش های هر نظام حقوقی می تواند متفاوت تلقی شود.

چکیده

از جدیدترین دسته بندی های حوزه حقوق کودک، تحلیل این حقوق به حق تأمین، حق حمایت و حق مشارکت است. حق حمایت در مقابل حق تأمین، وجهه سلبی و منفی از حقوق کودکان است که مانع از دست اندازی دیگران به این حقوق می شود. در حوزه حق حمایت، می توان این حق را به حق حمایت جسمانی و غیر جسمانی تقسیم کرد. براساس روش توصیفی - تحلیلی و ناظر بر متون راجع به کنوانسیون حقوق کودک می توان حق زندگی با والدین مگر در موارد استثنایی، حق حمایت در برابر تمام اشکال خشونت ها، حق حمایت کودک در مقابل قاچاق، حق حمایت در برابر استفاده از مواد مخدر و حق حمایت در مقابل شکنجه را از موارد حق حمایت جسمانی از کودک دانست. از ثمرات تفکیک حق تأمین از حق حمایت، لزوم فراهم سازی و ایجایی حق و ملزومات آن در حق تأمین است، در حالی که در حق حمایت، به جهت ماهیت سلبی آن، وضع قوانین ثانوی جهت حفاظت از این حقوق، وافی به مقصود به نظر می رسد. در خصوص مصادیق مذکور، نظام حقوقی ایران در هریک از موارد و به فراخور موضوع، رویکردی خاص اتخاذ کرده که به صورت تفصیلی در متن بدان پرداخته شده است.

کلید واژگان: حق حمایت، حقوق جسمانی، حق زندگی با والدین، حق حمایت در مقابل شکنجه، حق حمایت در مقابل قاچاق.

استناد به این مقاله: محبوب، سعید، «تحلیل حق حمایت جسمانی از کودک در سه گانه حق تأمین، حمایت و مشارکت در کنوانسیون حقوق کودک و نظام حقوقی ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۴، تیر ۱۴۰۵، صص: ۲۶۳-۲۸۲.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2026.237467.2804>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۸/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۵/۰۳/۲۷

۱. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران
 ایمیل نویسنده مسئول: s.mahjoub@qom.ac.ir



Copyright: © 2026 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

توجه به کودک از سه منظر حائز اهمیت است: اول آنکه کودک، انسان است و تمام حقوق انسانی به او تعلق می‌گیرد. دوم آنکه به دلیل وضعیت خاص جسمی و روحی، نیازمند مراقبت خاص است؛ زیرا وضعیت منحصر به فرد کودکان، آسیب‌پذیری این قشر در سال‌های آغازین زندگی، توانایی بالفعل نشده آنان و در نتیجه وابستگی شدید به بزرگسالان برای رشد و نمو، دلایلی خدشه‌ناپذیر برای توجه به حقوق آنان است؛ سوم آنکه فقدان کودک، به معنای فقدان جامعه و نقص مستمر در تربیت او منتهی به اضمحلال انسانیت می‌شود.

هرچند به موازات تصویب کنوانسیون حقوق کودک در نوامبر ۱۹۸۹، بیش از ۷۰ تن از سران کشورهای جهان در نشست جهانی برای کودکان در نیویورک شرکت کردند و سال پس از آن، یعنی ۱۹۹۰، اعلامیه جهانی و برنامه اقدام با تمرکز بر سلامت کودک تصویب شد؛ با این حال، هدف عینی توافق شده در این نشست، اولاً بر مواردی چون کاهش نرخ مرگ و میر نوزادان تا یک سوم، یا تا ۵۰ نوزاد در ازای هزار نوزاد زنده متولد شده (هرکدام که کمتر است) بود. در ثانیاً هدف دیگر، دستیابی جهانی به تحصیلات ابتدایی و تکمیل تحصیلات مقدماتی حداقل برای ۸۰ درصد کودکان در سن ابتدایی بود.^۱ بدیهی است کنوانسیون حقوق کودک در طی آن سال‌ها، دربردارنده موادی بسیار فراگیر از برنامه اقدام با تمرکز بر سلامت کودک بود؛ به این جهت، کمیته حقوق کودک به مواردی دیگر نیز ورود نمود، ولی برخلاف کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد حذف همه اشکال تبعیض علیه زنان و کنوانسیون سازمان ملل متحد درباره رفع تبعیض نژادی، هدف کمیته حقوق کودک (حداقل نه به صراحت) حذف همه اشکال تبعیض علیه کودکان نیست.^۲ به همین دلیل و علی‌رغم اینکه از زمان تصویب کنوانسیون حقوق کودک در سال ۱۹۸۹ تا سال ۲۰۲۳، ۱۹۷ سند تصویب شده و هرچند نظام حقوقی غربی توجه ویژه‌ای به حقوق کودکان داشته است؛ با این حال، آنچه امروز در ادبیات حقوقی برخی نویسندگان غربی در خصوص حقوق کودکان مشاهده می‌شود، رویکردی بسیار انتقادی نسبت به عدم رعایت سیستماتیک حقوق کودکان است. استعمال واژگانی همچون «اشکال ظالمانه قدرت بزرگسالان بر کودکان»، «گروه ناهمگن و به حاشیه رانده شده»، «نابرابری سیستمی و قانونگذاری علیه تبعیض»^۳ دقیقاً در همین راستاست. به همین دلیل کمیته حقوق کودک، حقوق کودکان را چالشی بزرگ برای همه دولت‌ها و بازیگران مربوطه می‌داند؛^۴ تا حدی که برخی به دلیل شدت این نارسایی‌ها، از واژه «انقلاب» در تغییر نگرش بزرگسالان نسبت به حقوق کودکان یاد کرده‌اند.^۵

حقوق کودک را براساس برخی ادبیات موجود، می‌توان تحت حق تأمین^۶، حق حمایت^۷ و حق مشارکت^۸ تقسیم کرد. در حقوق ایران تاکنون به جهت فقدان کلان‌نگری در مسائل حقوق کودک و عدم نظام‌مند بودن آن، تصویری کلان از حقوق

۱. ایده، آسیبورن، آلن ورساس و کاتارینا کراوزه، *حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی*، ترجمه اردشیر امیرارجمند و همکاران، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۳۴۶.

۲. See: Daly, Aoife, and Pernilla Leviner. "UN Convention on the Rights of the Child, Article 2 and Discrimination on the Basis of Childhood: The CRC Paradox?", *Faculty of Law, Stockholm University Research Paper*, Issue 114, Volume 91, 2022.

۳. Freeman, Michael D. *Children's Rights (The International Library of Essays on Rights)*, Wiltshire: Ashgate Dartmouth, 2004, P 133.

۴. Paulo, David. "Implementing the Rights of the Child: Six Reasons Why the Human Rights of Children Remain a Constant Challenge", *International Review of Education*, Volume 48, Issues 3–4, 2002, PP 259–263.

۵. Freeman, Op. Cit.

۶. Provision

۷. Protection

۸. Participation

کودک عرضه نشده است؛ به همین دلیل در خصوص حقوق کودک، نقض و ابرام‌هایی صورت گرفته است که نمی‌تواند آئینه تمام نمای این جایگاه باشد. برخی تألیفات که اندک تشابهی می‌توانند با موضوع مقاله حاضر داشته باشند، عبارت از موارد ذیل است:

کتاب «حقوق کودک»^۱ که به مباحثی پیرامون حقوق کودک در کنوانسیون حقوق کودک و نظام حقوقی ایران و اسلام پرداخته است. کتاب «بررسی خلأهای قانونی حقوق کودک: بررسی حقوق کودک ناشی از تلقیح مصنوعی، بررسی فقهی - حقوقی حیات جنین»^۲ که به برخی مسائل حقوق کودک نظیر بررسی حقوق کودک ناشی از تلقیح مصنوعی و بررسی فقهی - حقوقی حیات جنین پرداخته است.

کتاب «تحلیل کنوانسیون حقوق کودک (مقایسه دو نظام اسلام و غرب)»^۳ نیز در خصوص کنوانسیون و نظام حقوقی ایران نگاشته شده است. باین حال در این کتاب نیز حق حمایت جسمانی با مصادیق آن از منظر حق تأمین، حمایت و مشارکت به هیچ وجه محل بحث قرار نگرفته است. کتاب «بررسی موارد مغایرت احتمالی کنوانسیون حمایت از حقوق کودکان با فقه و حقوق اسلامی»^۴ به مغایرت‌های میان کنوانسیون با فقه و حقوق اسلامی اشاره کرده است. در این راستا کتاب «کنوانسیون حقوق کودک و بهره‌وری از آن در حقوق داخلی ایران»^۵ نیز با رویکردهای فوق نگاشته شده است. علی‌رغم این دست مطالعات در هیچ یک از منابع مذکور، تقسیم‌بندی حقوق کودک به حق تأمین، حق حمایت و حق مشارکت مورد توجه قرار نگرفته و مفهوم یا مصادیق آن و نگاه کلان آینده‌نگر ارائه و عرضه نشده است. به همین جهت این نوشتار به صورت کلی متفاوت از سایر آثار در این زمینه است. پرسش اساسی این نوشتار به حق حمایت جسمانی و ابعاد آن در حمایت از کودک متمرکز است. به این منظور در پی پاسخ به این پرسش‌هاست که جایگاه حق حمایت و مفهوم آن در حوزه حقوق کودک به چه ترتیب است؟ آیا حق حمایت، منحصر در مصادیق جسمانی و مادی است و در صورت عدم انحصار آن، آیا مصادیق مذکور، حصری است؟ در این حوزه، چه تفاوت‌ها و شباهت‌هایی میان کنوانسیون و حقوق ایران وجود دارد و نقاط قوت و ضعف کنوانسیون و حقوق ایران در این حوزه‌ها به چه ترتیب است؟

روش مطالعه، توصیفی - تحلیلی و با تمرکز بر بیان و تجزیه و تحلیل نقاط قوت و ضعف کنوانسیون و حقوق ایران است. توضیح آنکه باتوجه به ابتدای بحث حاضر بر دو سند نوشته، مسلماً هنجار حقوقی شکل گرفته در قالب قانون، نیازمند توصیفی است که این توصیف در بهترین شکل خود، نخست نیازمند نوعی انقسام است. این انقسام در این مقاله با فهم مفهوم حمایت و احصای حقوق کودک و حق حمایت از میان کثیری از مواد صورت پذیرفته است. از سوی دیگر، در حقوق و قانون تمامی گزاره‌ها به چهار قسم نام‌گذار، نشان‌گذار، وصف‌گذار و تکلیف‌گذار تقسیم می‌شوند.^۶ روش بحث در این مقاله نیز تمرکز بر گزاره‌های تکلیف‌گذار بوده، که تکلیفی را مستقیماً بر اشخاص یا دولت‌ها بار کرده است. بنابراین، در پژوهش حاضر بحث از روش‌شناسی سنتی به معنای شناخته شده آن و همچنین اسلوب روش‌شناسی مدرن نخواهد

۱. پیوندی، غلامرضا، حقوق کودک، قم: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول، ۱۳۹۰.

۲. محلاتی، شهربانو، بررسی خلأهای قانونی حقوق کودک: بررسی حقوق کودک ناشی از تلقیح مصنوعی، تهران: شورای فرهنگی - اجتماعی زنان، چاپ اول، ۱۳۸۵.

۳. حسینی اکبرنژاد، حوریه و هاله حسینی اکبرنژاد، تحلیل کنوانسیون حقوق کودک (مقایسه دو نظام اسلام و غرب)، تهران: شورای فرهنگی - اجتماعی زنان، چاپ اول، ۱۳۹۲.

۴. حبیبی، زهره و حسن خسروی‌نیا، بررسی موارد مغایرت احتمالی کنوانسیون حمایت از حقوق کودکان با فقه و حقوق اسلامی، تهران: آیین محمود، چاپ اول، ۱۳۹۳.

۵. مصفا، نسreen، کنوانسیون حقوق کودک و بهره‌وری از آن در حقوق داخلی ایران، تهران: دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۸۴.

۶. جعفری تبار، حسن، مبانی فلسفی تفسیر حقوقی، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۸۳، صص ۱۳۶ - ۱۳۴.

بود؛ چراکه کنوانسیون حقوق کودک از یک سو به بیان مسلسل وار حقوق کودک پرداخته و نظام حقوقی ایران نیز در متون مختلف، به ذکر حق هایی اقدام کرده است. همچنین این نوشتار به دنبال هنجارمند کردن مصادیق خارج از متون نیز نیست؛ بنابراین، روش کاربستی، روش توصیفی است.

سامان دهی مقاله مشتمل بر چهار بخش است و نخست، مفهوم حق حیات محل توجه قرار گرفته است. سپس حقوق مادی و معنوی و در بخش سوم مفهوم حق حمایت جسمانی و مصادیق آن به تفصیل مطرح شده است. با احصای کنوانسیون و کلیه حقوق کودک مذکور در آن مصادیقی همچون حق زندگی با والدین، حق حمایت در برابر تمام اشکال سوءاستفاده، حق حمایت در مقابل قاچاق، حق حمایت در برابر استفاده غیرقانونی از مواد مخدر و حق حمایت در مقابل شکنجه و اعدام و حبس ابد بدون آزادی استخراج شد تا در نهایت امکان نتیجه گیری امکان پذیر شود.

۱. مفاهیم

۱.۱. حق تأمین

تأمین در لغت فارسی به معنای امین کردن، حفظ کردن و امن نمودن، امین پنداشتن، اعتماد و راستی کردن^۱ آمده است. اگر این واژه به صورت «تأمین دادن» استعمال شود، به معنای «امان دادن» و اگر به صورت «تأمین کردن» به کار رود، به معنای «فراهم کردن» است.^۲ باتوجه به اینکه این واژه ترجمه کلمه انگلیسی «Provision» است، بنابراین، معنای صحیح آن فراهم سازی و آماده نمودن می شود که این معنا با واژه تأمین کردن، حاصل می گردد. از این سو، در لغت، حق تأمین در معنای مصدری به معنای «حق فراهم کردن» و در معنای اسم مصدری به معنای «حق فراهم سازی» است.

در اصطلاح حقوقی، بعضی حق تأمین را معادل برابری دسترسی به خدمات باکیفیت برای کودکان دانسته اند.^۳ در این تعریف قید «باکیفیت» که ناظر به قیود کیفی موضوع است، خارج از اوصاف اساسی تعریف است. همچنین این حق صرفاً شامل دسترسی به خدمات محدود نمی شود، بلکه حق داشتن نسب و نام نیک نیز از جمله حقوق تأمین کودک است. به همین جهات می توان حق تأمین را به حق کودک در دسترسی به حقوقی، که داشتن جسمی و روانی آنها برای تضمین بقا و رشد کودکان تا حد توانشان ضروری است، تعریف کرد.^۴ برای نمونه مراقبت های بهداشتی موضوع ماده ۲۴ و حق بازی موضوع ماده ۳۱ کنوانسیون حقوق کودک از این قبیل است.

قابل توجه آنکه همه حقوق تأمین در یک راستا و به یک اندازه اهمیت ندارند. برای مثال، حقوق «برخوردار از بالاترین استانداردهای سلامت و امکاناتی برای درمان بیماری و توان بخشی سلامت»، «استاندارد زندگی مناسب جسمی، روانی کودک، رشد معنوی، اخلاقی و اجتماعی» و «اجرای کامل حقوق اساسی و رویه ای» اهمیتی فراوان دارند.^۵

۱. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، جلد ۱، تهران: دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۹۰، ص ۶۸۵.

۲. همان، ص ۶۸۶.

۳. Campbell-Barr, Verity. "The Provision, Protection and Participation of Children's Rights in Professional Practice", In: Daly, Anne, R. Thorburn Stern and Pernilla Leviner (eds.). *Young Children in the World and Their Rights: International Perspectives on Early Childhood Education and Development*, Volume 35, Cham: Springer, 2021, P 221.

۴. محجوب، سعید، «حق تأمین کودک و روش شناسی آن در کنوانسیون حقوق کودک و نظام حقوقی ایران»، *دوفصلنامه فلسفه حقوق*، دوره ۱، شماره ۲، ۱۴۰۲، ص ۱۴۹.

۵. Hallett, Christine. "Children's Rights", *Child Abuse Review*, Volume 9, 2000, P 392.

۱.۲. حق حمایت

حق حمایت به عنوان دومین حق از مجموعه حقوق انسجامی کودک شناخته می‌شود. در مرحله تحقق مسلماً این حق پس از حق تأمین و پیش از حق مشارکت قابل شناسایی است. حق تأمین به برابری دسترسی به خدمات باکیفیت برای کودکان تعریف شده است.^۱ با این حال این تعریف نمی‌تواند جامع و مانع قلمداد گردد، زیرا اولاً قید «باکیفیت» ناظر به قیود کیفی و خارج از اوصاف اساسی تعریف است. ثانیاً این حق صرفاً شامل دسترسی به خدمات محدود نمی‌شود، بلکه حق داشتن نسب و نام نیک نیز از جمله حقوق تأمین کودک است. بنابراین می‌توان حق تأمین را به حق کودک در دسترسی به حقوقی که داشتن جسمی و روانی آنها برای تضمین بقا و رشد کودکان تا حد توانشان ضروری است، تعریف کرد.^۲ از سوی دیگر حق حمایت به حقوقی از کودک اطلاق می‌شود که نیازمند حفظ مصونیت آنها در مقابل تعدی دیگران است. به عبارت دیگر حق حمایت از حقوق منفی حمایت از کودکان است.^۳ توضیح آنکه در حق حمایت که از اقسام حقوق منفی است، هیچ شخصی اعم از حقیقی و حقوقی، حق دست‌اندازی و تعرض به مصادیق آن را ندارد، در حالی که در حقوق مثبت همانند حق تأمین و مشارکت، ضروری است اقداماتی به منظور حفظ آن حق صورت پذیرد. در این معنا حمایت از حق حیات کودک به معنای ممانعت دیگران از قتل کودک و تأمین حق حیات کودک به معنای الزام عملی دیگران برای حفظ زندگی کودک است. در همین قیاس زمانی که سخن از حمایت مادی و غیرمادی از کودک می‌شود، به معنای جلوگیری و ممانعت از نقض این حقوق توسط دیگران و به معنای تکلیف حاکمیت به تقنین در این حوزه است.

۱.۳. حقوق مادی و حقوق معنوی

حقوق مادی، حقوقی است که به منظور حفظ منافع مادی کودک در نظر گرفته می‌شود. این حقوق شامل نیازهای اولیه مثل پوشاک، بهداشت و مسکن می‌شود. از نیازهای مادی اولیه کودک در حقوق اسلامی با عنوان نفقه یاد شده است. از مصادیق مورد وفاق فقها در فقه اسلامی، هزینه‌های ضروری درمانی، غذا، لباس و مسکن است. حقوق معنوی نیز حقوق مرتبط با شخصیت است که به هر انسان، قطع نظر از وابستگی او به گروه اجتماعی خاص تعلق دارد و بیشتر از شخص انسان، تا منافع مادی او حمایت می‌کند.^۴ به بیان دیگر، حقوق معنوی ناظر بر جنبه‌هایی از انسان همانند تربیت و آموزش و رعایت غبطه و منافع معنوی اوست که اولاً و بالذات مرتبط با حقوق مادی نیست.

حق حمایت را می‌توان از منظری به حق حمایت مادی و حق حمایت معنوی تقسیم کرد. بر این اساس، آن دسته از حقوقی که ناظر بر جنبه‌های مادی از حیث حمایتی است، ضمن حق حمایت مادی قابل تبیین است. زندگی با والدین مگر در موارد استثنا، دسترسی کودک به اطلاعات و مطالب از منابع گوناگون، حمایت در برابر تمام اشکال خشونت‌های جسمی و روحی و تمام اشکال استثمار و حمایت از قاچاق کودکان برخی از مهم‌ترین مصادیق این قسم‌اند. به عنوان مکمل، حمایت‌هایی چون حفظ ملیت، نام و روابط خانوادگی، ابراز آزادانه عقاید، در خانواده بودن و منافع عالی‌ه کودک، تشویق به حضور دانش‌آموزان در مدارس و حمایت در قبال نقض قوانین کیفری از مصادیق حق حمایت‌های معنوی کودک است که به تفصیل محل بحث قرار می‌گیرند.

^۱. Campbell-Barr, Op. Cit.

^۲. Ibid.

^۳. Livingstone, S., and A. Third. "Children and Young People's Rights in the Digital Age: An Emerging Agenda", *Sage Journal*, Volume 19, Issue 5, 2017, P 6.

^۴. صفایی، سید حسین و سید مرتضی قاسم‌زاده، *اشخاص و محجورین*، تهران: سمت، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۶، ص ۱۷.

۱.۴. حق حمایت جسمانی

هرچند در حقوق جزا، مفهوم جرایم علیه تمامیت جسمانی، همانند اعدام و حبس، امری کاملاً مشهود و مورد اتفاق است، اما در حقوق خصوصی و به صورت خاص در حوزه حقوق خانواده، هرچند ادبیات قانونی در قوانینی همچون قانون حمایت از اطفال و نوجوانان وجود دارد، باین حال ادبیات حقوقی در این موضوع، قابل ردیابی نیست. به نظر نگارنده حمایت جسمانی در این مفهوم، تمام حمایت‌هایی است که خارج از قلمرو حمایت معنوی و اخلاقی همچون حق بر هویت و حق بر نام و نام خانوادگی و تابعیت است. بر همین اساس حق زندگی با والدین از آنجا که تعلق به زندگی جسمانی کودک با والدین دارد، در این زمره است. باید توجه کرد حقوقی همچون حق نفقه به کلی خارج از این مفهوم است، زیرا حق نفقه در زمره حق تأمین و مثبت است، درحالی که حق حمایت در زمره حقوق منفی دسته‌بندی می‌شود. نکته قابل توجه دیگر اینکه نباید حق حمایت جسمانی را با حق مادی درآمیخت. حق حمایت مادی ناظر به جنبه‌های مادی حمایت از کودک است. به منظور فقدان ادبیات انقسامی مزبور، تاکنون تقسیم‌بندی خاصی از آن صورت نگرفته است، باین حال می‌توان حق حمایت مادی را به حق حمایت مادی غیرمستقیم و حق حمایت مستقیم تقسیم کرد. حق حمایت غیرمستقیم، حقی است که کودک با واسطه از آن بهره‌مند می‌شود. حمایت از مادران در دوران بارداری و پس از آن، نمونه بارز چنین امری است. باید توجه نمود هرچند بند ۲ قسمت ۲ ماده ۲۴ کنوانسیون به تضمین مراقبت‌های بهداشتی پیش و پس از زایمان برای مادران تصریح کرده است، باین حال، چنین تصریحی را نمی‌توان حق حمایت دانست، بلکه در زمره حق تأمین قابل درج است. به نظر می‌رسد در نظام حقوق ایران مواردی چون جرم‌انگاری سقط جنین را می‌توان از مصادیق حق حمایت مادی غیرمستقیم دانست، توضیح آنکه این حمایت، مسلماً اولاً و بالذات تعلق به جنین نگرفته است و به همین جهت غیرمستقیم است. ثانیاً این حمایت در زمره حمایت‌های ملموس و غیرمعنوی است و به این سبب می‌توان آن را در زمره حمایت‌های مادی غیرمستقیم محسوب نمود، زیرا با حمایت از مادر باردار، با واسطه حق حیات جنین را تضمین می‌کند.

حق حمایت مادی بدون واسطه یا مستقیم نیز دربرگیرنده مواردی چون حق حمایت در برابر تمام اشکال خشونت‌های جسمی و روحی است که در جای خود به تفصیل محل بحث قرار می‌گیرد. بنابراین رابطه حق حمایت جسمانی و مادی، رابطه عام و خاص مطلق است، به نحوی که برخی از حقوق جسمانی، نظیر حق حمایت در مقابل شکنجه، غیرمادی است. براساس این تقسیم‌بندی، در ادامه به مصادیق حق حمایت جسمانی در کنوانسیون حقوق کودک و نظام حقوق ایران پرداخته می‌شود.

۲. حق زندگی با والدین مگر در موارد استثنایی

به گفته جورج رابینسون، دعوای حضانت کودک از آن نوع دعوای مهم است که قضات به بهترین وجه قادرند نظریه خود مبنی بر بی‌طرفی بین اصحاب پرونده را کنار گذاشته و مستقیماً دعوی را کنترل کنند. موضوع این دعوا مال یا احساسات طرفین دعوا نیست که به خودشان مربوط باشد، بلکه تأثیرپذیرترین افراد در این نوع دعوای بچه‌ها هستند که درمورد سرپرستی آنها اختلاف است. معمولاً در این مواقع کودکان به عنوان ابزار دشمنی و انتقام جویی در دست والدین خود قرار می‌گیرند. باتوجه به این موضوع دادگاه در دعوای مربوط به سرپرستی باید به مصلحت کودکان توجه کند.^۱ کنوانسیون حقوق کودک با آگاهی از اهمیت حضانت کودک و حق زندگی با والدین در بند ۱ ماده ۹ اشعار می‌دارد:

۱. رابینسون، جورج، *دادرسی در آمریکا*، ترجمه مرتضی درودیان، تهران: فکرسازان، چاپ اول، ۱۳۸۳، ص ۷۵.

«کشورهای طرف کنوانسیون تضمین می‌نمایند که کودکان علی‌رغم خواسته‌شان از والدین خود جدا نشوند، مگر در مواردی که مقامات ذی‌صلاح مطابق قوانین و مقررات و منوط به بررسی‌های قضایی مصمم شوند که این جدایی به نفع کودک است. این‌گونه تصمیمات ممکن است در موارد خاصی از قبیل سوءاستفاده یا بی‌توجهی والدین از کودک و یا هنگام جدا شدن والدین ضرورت یابد و در این صورت باید درمورد محل اقامت کودک تصمیمی اتخاذ شود». پیش از این الزام کنوانسیون، مقنن ایرانی در ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی مقرر کرده بود «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوین است» و در ضمانت اجرای آن را در ماده ۱۱۷۲ پیش‌بینی کرده بود که «هیچ‌یک از ابوین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به عهده آنهاست از نگاهداری او امتناع کنند...» و براساس نظریه شماره ۷/۶۶۶۴ مورخ ۱۸/۷/۱۳۸۱ اداره حقوقی قوه قضائیه چنانچه یکی از والدین از آن عدول کند، باید به دادگاه مراجعه شود و مرجع قضایی مزبور، با عنایت به اینکه در زمان رسیدگی، تکلیف حضانت به عهده کیست و مصلحت طفل چگونه اقتضا می‌کند نسبت به حضانت وی تصمیم مقتضی اتخاذ خواهد کرد.

تفاوتی که میان حقوق ایران و کنوانسیون در این زمینه مشاهده می‌شود، این است که کنوانسیون به خواست هر دو توجه کرده است. حال اگر کودکی به هر دلیلی، حتی غیرعقلایی، بخواهد از والدین خود جدا شود، ممکن است از اطلاق کنوانسیون چنین برداشت می‌شود که مانعی در این خصوص وجود ندارد. با این حال به نظر می‌رسد، نمی‌توان چنین برداشتی از کنوانسیون را صحیح دانست. نخست به این دلیل که فلسفه وضع کنوانسیون حمایت از حقوق کودک است، درحالی‌که این امر به‌هیچ‌وجه با حمایت از کودک سازگار نیست. دوم آنکه تناسب حکم و موضوع ایجاب می‌کند که چنین امری تجویز نشود، زیرا ماده در مقام بیان وضعیتی است که در خانواده کودک محل سوءاستفاده یا بی‌توجهی یا به هر دلیلی ضرورت جداسازی است، سوم آنکه تصمیم نهایی بر اساس مصالح عالیه کودک است.

نکته مهم دیگر، مصادیق جدایی به نفع کودک است. کنوانسیون موارد خاصی از قبیل سوءاستفاده یا بی‌توجهی والدین از کودک را بیان نموده که اولاً این مصادیق کلی و دارای شمولیت‌اند، به این بیان که سوءاستفاده از کودک شامل بسیاری از مصادیق دیگر می‌شود و همچنین بی‌توجهی والدین. ثانیاً عبارت از قبیل در این بند نیز نشان می‌دهد که کنوانسیون به دنبال فراگیری این مفهوم به هر وسیله بوده است.

قانون مدنی در ماده ۱۱۷۳ موارد ذیل را از مصادیق عدم مواظبت و یا انحطاط اخلاقی هریک از والدین برشمرده است: «۱- اعتیاد زیان‌آور به الکل، مواد مخدر و قمار. ۲- اشتهار به فساد اخلاق و فحشا. ۳- ابتلا به بیماری‌های روانی با تشخیص پزشکی قانونی. ۴- سوءاستفاده از طفل یا اجبار او به ورود در مشاغل ضد اخلاقی مانند فساد و فحشای تکدی‌گری و قاچاق. ۵- تکرار ضرب و جرح خارج از حد متعارف».

پس از قانون مدنی، مقنن به‌صورت خاص در سال ۱۳۶۵ قانون مربوط به حق حضانت را جهت تضمین اجرای حق پیش‌بینی کرد. در این ماده واحده مقرر شد: «چنانچه به حکم دادگاه مدنی خاص یا قائم مقام آن دادگاه، حضانت طفل به عهده کسی قرار گیرد و پدر و یا مادر و یا شخص دیگری مانع اجرای حکم شود و یا از استرداد طفل امتناع ورزد، دادگاه صادرکننده حکم وی را الزام به عدم ممانعت یا استرداد طفل می‌نماید و در صورت مخالفت به حبس تا اجرای حکم محکوم خواهد شد». پس از نسخ این قانون، قانون حمایت خانواده سال ۱۳۹۱ در سال ۱۳۹۱ در مواد ۴۰ و ۴۱ به این موضوع پرداخت. براساس ماده ۴۰: «هرکس از اجرای حکم دادگاه در مورد حضانت طفل استنکاف کند یا مانع اجرای آن شود یا از استرداد طفل امتناع ورزد، حسب تقاضای ذی‌نفع و به دستور دادگاه صادرکننده رأی نخستین تا زمان اجرای حکم بازداشت می‌شود». موضوع حکم این ماده، استنکاف از اجرای حکم دادگاه درخصوص حضانت، یا مانعیت

اجرا یا عدم استرداد طفل است که با توجه به ذیل ماده که مغیا به غایت زمان اجرای حکم است، این ماده اختصاص به اجرای اولیه حکم دارد. اما اگر پس از اجرای اولیه حکم حاضن از انجام تکالیف خودداری کند، دادگاه می‌تواند نخست مبادرت به تعیین شخص ناظر و سپس سلب حضانت از وی نماید که نکته مهم در تمامی این موارد، رعایت مصلحت طفل است. ماده ۴۱ در این خصوص اشعار می‌دارد: «هرگاه دادگاه تشخیص دهد توافقات راجع به ملاقات، حضانت، نگهداری و سایر امور مربوط به طفل برخلاف مصلحت او است یا در صورتی که مسئول حضانت از انجام تکالیف مقرر خودداری کند و یا مانع ملاقات طفل تحت حضانت با اشخاص ذی‌حق شود، می‌تواند در خصوص اموری از قبیل واگذاری امر حضانت به دیگری یا تعیین شخص ناظر با پیش‌بینی حدود نظارت وی با رعایت مصلحت طفل تصمیم مقتضی اتخاذ کند».

در ادامه این تحولات قانونی مقنن در ماده ۳ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان در سال ۱۳۹۹ به تصریح به لزوم انجام وظایف قانونی و شرعی سرپرستان در خصوص شخص حضانت‌شونده اقدام کرد. براین‌اساس بی‌توجهی و سهل‌انگاری در انجام وظایف قانونی و شرعی نسبت به اطفال و نوجوانان از سوی هر شخصی که مکلف به آن است، در صورتی که طفل یا نوجوان را در معرض بزه‌دیدگی یا ورود آسیب به سلامت جسمی، روانی، اجتماعی، اخلاقی، امنیت و یا وضعیت آموزشی وی قرار دهد، وضعیت مخاطره‌آمیز محسوب و موجب مداخله و حمایت قانونی از طفل و نوجوان می‌شود. وجه تشابه هر دو مقرر کنوانسیون و نظام حقوقی ایران در ارائه تمثیلی مصادیق است که امری کاملاً قابل دفاع است. باین‌حال تفاوت این دو مقرر به جهت سوژکتیو است که موجب تفاوت در تقنین شده است. در کنوانسیون دو قید سوءاستفاده یا بی‌توجهی والدین نسبت به کودک مطرح شده است. این دو قید به‌صراحت موضوع بودن کودک و حمایت از او را نشان می‌دهد، باین‌حال در ماده ۱۱۷۳ ابتلا به بیماری‌های روانی ذکر شده که ممکن است این ابتلا ضرری برای کودک در پی نداشته باشد. در چرایی این وضع این ماده، به‌نظر می‌رسد به‌خوبی مقنن آگاه به تأثیرپذیری کودک از محیط خانواده و مخصوصاً والدین بوده است و باتوجه به اینکه اقتدار بزرگسالان بر کودکان می‌تواند عواقب نقض‌کننده‌ای داشته باشد که منافع و عقاید کودکان را تأمین کند.^۱ اقدام به تصریح به چنین بندهایی نموده است. براین‌اساس می‌توان نگاه حمایتی نظام حقوقی ایران را نسبت به کودک جزئی‌تر و تفصیلی‌تر از کنوانسیون قلمداد کرد.

۳. حق حمایت در برابر تمام اشکال خشونت‌های جسمی و روحی، بی‌توجهی، بدرفتاری، استثمار

بند ۱ ماده ۱۹ اشعار می‌دارد: «کشورهای طرف کنوانسیون تمام اقدامات قانونی، اجرایی، اجتماعی و آموزشی را در جهت حمایت از کودک در برابر تمام اشکال خشونت‌های جسمی و روحی، آسیب‌رسانی یا سوءاستفاده، بی‌توجهی یا رفتار سهل‌انگارانه، بدرفتاری یا استثمار از جمله سوءاستفاده‌های جنسی در حینی که کودک تحت مراقبت والدین یا قیم‌های قانونی یا هر شخص دیگری قرار دارد، به عمل خواهند آورد.

در حقیقت این ماده حق حمایت از کودک را در برابر تمام اشکال خشونت‌های جسمی و روحی، بی‌توجهی، بدرفتاری و استثمار به رسمیت شناخته است. این حق به شکلی دیگر در ماده ۳۲ این‌گونه مورد حمایت قرار گرفته است: «کشورهای عضو حق کودک را برای برخورداری از حمایت در برابر بهره‌کشی اقتصادی و انجام هرگونه کاری که ممکن است زیان‌بار باشد یا خللی در تحصیل و آموزش کودک وارد آورد و یا به سلامتی کودک یا رشد جسمانی، ذهنی، اخلاقی یا اجتماعی

¹. See: Kaldal, Anna and Pernilla Leviner. "Silencing the Conflict of Interests Between Parental Rights and the Rights of the Child – Legal Requirements for the Social Services to Interview Children", *Scandinavian Studies in Law*, Volume 50, 2007, PP 381-391.

او آسیب رساند، به رسمیت می‌شناسند». ماده ۳۶ نیز چنین مقرر داشته است: «کشورهای طرف کنوانسیون از کودکان در برابر تمام اشکال استثمار که هریک از جنبه‌های رفاه کودک را به مخاطره اندازد، حمایت خواهند کرد». ماده ۳۴ نیز به صراحت حق حمایت در قبال سوءاستفاده‌ها و استثمارهای جنسی را به این نحو مقرر نموده است: «کشورهای طرف کنوانسیون متقبل می‌شوند که از کودکان در برابر تمام اشکال سوءاستفاده‌ها و استثمارهای جنسی حمایت کنند. به این منظور، کشورهای فوق خصوصاً اقدامات ملی، دو و چند جانبه را در جهت جلوگیری از موارد زیر به عمل می‌آورند:

(الف) تشویق یا وارد نمودن کودکان برای درگیری در هرگونه فعالیت‌های غیرقانونی جنسی.

(ب) استفاده استثماری از کودکان در فاحشه‌گری و سایر اعمال غیر قانونی جنسی.

(ج) استفاده استثماری از کودکان در اعمال و مطالب پرنوگرافیک».

از جمع این مواد به سهولت روشن می‌شود که جلوگیری از هر نوع سوءاستفاده از کودک، به‌عنوان چتری حمایتی از کودک تلقی می‌گردد که فهم آن جز در سایه حق حمایت امکان‌پذیر نیست. به بیان دیگر، کودک چه متمکن از امکاناتی باشد و چه این امکانات کافی و معقولانه باشد یا نباشد، هیچ‌کس نمی‌تواند هیچ گونه سوءاستفاده‌ای از وی نماید. مصادیق سوءاستفاده نیز در کنوانسیون شامل تمام اشکال خشونت‌های جسمی و روحی، بی‌توجهی، بدرفتاری و استثمار است. ممکن است ماده ۳۴ در خصوص سوءاستفاده‌ها و استثمارهای جنسی تکرار و مصادیقی از بند ۱ ماده ۱۹ دانسته شود، هرچند این استنباط صحیح است، باین‌حال کنوانسیون به جهت اهمیت موضوع اقدام به وضع بند ۱ ماده ۱۹ به‌صورت ذکر خاص پس از عام نموده است.

در حقوق ایران ماده ۷۹ قانون کار به‌صورت بسیار محدود مرتبط به ممانعت از کار کودکان است که نوعی بهره‌کشی است؛ باین‌حال به جهت دایره شمول بسیار محدود آن نسبت به این حق کودکان، مقنن ایرانی در سال ۱۳۹۹ به وضع قانون حمایت از اطفال و نوجوانان اقدام کرد. این قانون در ماده ۲ تمام افرادی را که به سن هجده سال تمام شمسی نرسیده‌اند، مشمول این قانون دانست و در ماده ۳ به شکلی بسیار موسع، تمام اشکال خشونت علیه کودکان را حتی مواردی که بالقوه تلقی می‌گردد، تحت شمول ماده ذکر کرد.^۱ در راستای ضمانت اجرای کیفری نیز در همین قانون و ذیل فصل سوم از ماده ۷ به بعد به بیان ضمانت اجرایی مفصل پرداخته شده است.

در خصوص این حق، نکته قابل تأمل حق تأدیب کودک است که دو اشکال اساسی به آن وارد شده است: نخست اینکه

۱. ماده ۳ اشعار می‌دارد: «موارد زیر در صورتی که طفل یا نوجوان را در معرض بزه‌دیدگی یا ورود آسیب به سلامت جسمی، روانی، اجتماعی، اخلاقی، امنیت و یا وضعیت آموزشی وی قرار دهد، وضعیت مخاطره‌آمیز محسوب شده و موجب مداخله و حمایت قانونی از طفل و نوجوان می‌شود: (الف) بی‌سرپرستی طفل و نوجوان و یا بی‌توجهی و سهل‌انگاری در انجام وظایف قانونی و شرعی نسبت به آنان از سوی هر شخصی که مکلف به آن است؛ (ب) ابتلای هریک از والدین، اولیا یا سرپرستان قانونی به بیماری یا اختلال‌های رفتاری، روانی یا شخصیتی و یا بیماری‌های جسمی واگیر صعب‌العلاج به تشخیص پزشکی قانونی؛ (پ) زندانی شدن هریک از والدین، اولیا یا سرپرستان قانونی؛ (ت) ابتلای هریک از والدین، اولیا یا سرپرستان قانونی به اعتیادهای زیان‌آور نظیر مواد مخدر و روان‌گردان یا قمار؛ (ث) قوادی و یا دایر یا اداره کردن مراکز فساد و فحشا توسط هر یک از والدین، اولیا یا سرپرستان قانونی و یا اشتها آنها به فساد اخلاق و فحشا؛ (ج) خشونت مستمر والدین، اولیا، سرپرستان قانونی و یا سایر اعضای خانواده نسبت به یکدیگر؛ (چ) عدم اقدام برای ثبت واقعه ولادت یا عدم أخذ اسناد سجلی یا هویتی برای طفل یا نوجوان بدون عذر موجه؛ (ح) بازماندن طفل و نوجوان از تحصیل؛ (خ) طرد شدن طفل و نوجوان از سوی خانواده؛ (د) کم‌توانی جسمی یا ذهنی طفل و نوجوان، ابتلای وی به بیماری‌های خاص یا اختلال هویت جنسی؛ (ذ) نقض قوانین جزایی توسط طفل یا ارتکاب جرم توسط نوجوان و یا استفاده از آنها در فعالیت‌های مجرمانه، وارد شدن یا وارد کردن طفل و نوجوان در فعالیت‌هایی نظیر تکدی‌گری و قاچاق و همچنین اعتیاد آنان به مواد مخدر، روان‌گردان یا مشروبات الکلی؛ (ر) هرگونه وضعیت زیان‌بار ناشی از فقر شدید، آوارگی، پناهندگی، مهاجرت یا بی‌تابیتی؛ (ز) فرار مکرر از خانه یا مدرسه و ترک تحصیل از سوی طفل یا نوجوان؛ (ژ) سوءرفتار نسبت به طفل و نوجوان و یا بهره‌کشی از او.

آیا حق تأدیب کودک توسط والدین با حق حمایت از کودک در برابر تمام اشکال خشونت‌های جسمی، تعارض دارد و دوم آنکه در صورت ترجیح هریک از این حقوق، محدوده آن به چه ترتیب است؟ از مواد کنوانسیون حقوق کودک ممنوعیت تنبیه کودک قابل برداشت است. در نظام حقوقی ایران ماده ۱۱۷۹ به صراحت مقرر داشته است: «ابوین حق تنبیه طفل خود را دارند، ولی به استناد این حق نمی‌توانند طفل خود را خارج از حدود تأدیب تنبیه نمایند». به همین دلیل بند ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ نیز اقدامات والدین و اولیای قانونی و سرپرستان صغار و مجانین را مشروط بر این که اقدامات مذکور در حد متعارف و حدود شرعی تأدیب و محافظت باشد و به منظور تأدیب یا حفاظت آنها انجام شود، از محدوده جرم‌انگاری استثنا نموده است.^۱ باید توجه داشت که در هر حال کودک با توجه به اقتضائات کودکی نیازمند راهنمایی است و ممنوعیت مطلق تنبیه در موارد خطای فاحش وی، نمی‌تواند امری پسندیده تلقی شود؛ به همین دلیل نظام حقوقی ایران با ذکر قیودی همچون حدود تأدیب، حدود شرعی، به منظور تأدیب، سعی در ضابطه‌مند نمودن این امر داشته است. در رویه قضایی نیز کتک زدن کودک توسط والدین به جهت مسائل آموزشی و تربیتی، متعارف بوده و مصداق بزه عدم رعایت سلامت و بهداشت روحی و روانی کودک محسوب نشده است. شعبه ۲۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در خصوص تجدیدنظرخواهی نسبت به پرونده صادره از شعبه ۱۱۸۸ دادگاه عمومی ویژه رسیدگی به جرائم اطفال تهران به صراحت مقرر داشته است: «اقدامات والدین در زمانی جرم و قابل مجازات است که از مصادیق کودک‌آزاری و شکنجه جسمی و روحی کودک باشد و اما اقدامات متعارف والدین نسبت به کودکان خود به منظور تأدیب یا حفاظت از آنها شرعاً و قانوناً جرم و قابل مجازات نیست.» (شماره دادنامه قطعی: 9309970222301006، تاریخ دادنامه قطعی: 1393/07/15) بنابراین در نظام حقوق ایران حق تنبیه کودک با قیود آن، خشونت جسمی قلمداد نشده و حدود آن مقید به قیود تأدیب و حدود شرعی شده است.

۴. حق حمایت کودک در مقابل قاچاق کودکان به هر شکل

سومین تجارت بزرگ جهان پس از قاچاق اسلحه و مواد مخدر، قاچاق انسان است. باید توجه کرد قاچاق انسان بسیار سودآورتر از قاچاق مواد مخدر است، زیرا چرخه سوددهی مواد مخدر یک بار اما در انسان به دفعات متعدد است.^۱ کنوانسیون در راستای حمایت از کودکان در ماده ۳۵ مقرر نمود: «کشورهای طرف کنوانسیون تمام اقدامات ضروری ملی، دو و چندجانبه را برای جلوگیری از ربوده شدن، فروش و یا قاچاق کودکان به هر شکل و به هر منظور به عمل خواهند آورد». باین حال براساس گزارش سالانه صندوق حمایت از کودکان سازمان ملل متحد، یونیسف، سالیانه حداقل یک میلیون و دویست هزار نفر قاچاق کودک گزارش شده است.^۲

در نظام حقوقی ایران مقنن، در سال ۱۳۸۳ قانون هشت ماده‌ای «مبارزه با قاچاق انسان» را تصویب کرد. اگرچه ایران تا اوت سال ۲۰۱۲ میلادی پروتکل پیش‌گیری، سرکوب و مجازات قاچاق اشخاص و به‌ویژه زنان و کودکان سال ۲۰۰۰ م. سازمان ملل متحد را امضا و تصویب نکرد، اما با الهام از پروتکل نام‌برده و تحت تأثیر آن قاچاق انسان را خارج یا وارد ساختن و یا ترانزیت مجاز یا غیرمجاز فرد یا افراد از مرزهای کشور به اجبار و اکراه یا تهدید یا خدعه و نیرنگ یا با

۱. علی‌پور، عباس، «بررسی وضعیت قاچاق انسان در ایران (معضلات و پیامدها) و ارائه راهکارهای مناسب برای کنترل این پدیده اجتماعی»، *رنامه سیاستگذاری سیاسی، دفاعی و امنیتی*، شماره ۲، ۱۳۸۹، ص ۱۸۹.

۲. اسکرلج، تانجا و بونجانا ویرجنت، «قاچاق کودکان معضلی برای همه مرزها»، ترجمه مهدی مقیمی، *دوفصلنامه مطالعات پلیس زن*، شماره ۱۱، ۱۳۸۸، ص ۸۸.

سوءاستفاده از قدرت یا موقعیت خود یا سوءاستفاده از وضعیت فرد یا افراد یاد شده با هدف فحشا یا برداشت اعضا و جوارح، بردگی و ازدواج تعریف کرد.^۱

در قانون قاچاق انسان مصوب ۱۳۸۳، مقنن به صورت کلی انسان را موضوع توجه قرار داده که مواد آن قابل استدلال در حقوق کودک نیز است. با این حال با توجه به هشت ماده‌ای بودن این قانون و به دلیل خلأهای موجود از جمله عدم توجه به ابعاد بین‌المللی موضوع و سازمان یافته بودن اکثر این جرائم، مقنن در سال ۱۳۸۶، قانون الحاق دولت ایران به پروتکل اختیاری کنوانسیون حقوق کودک در خصوص فروش، فحشا و هرزه‌نگاری را به تصویب رسانید و به ممنوعیت موارد گوناگونی از جمله استثمار جنسی و فروش کودک برای بهره‌برداری جنسی، کار اجباری و برداشتن اندام‌ها اقدام کرد. از سوی دیگر، لایحه الحاق ایران به کنوانسیون پالرمو در خصوص جرائم سازمان یافته فراملی را نیز در دستور کار قرار داد. در آخرین تحولات تقنینی نیز در سال ۱۳۹۹ در قانون اطفال و نوجوانان به صورت صریح به این موضوع پرداخته شده است. ماده ۱۲ اشعار داشته است: «هرکس مرتکب قاچاق اطفال و نوجوانان شود به مجازات حبس درجه سه قانون مجازات اسلامی محکوم می‌شود». در ماده ۱۳ مقنن به صورت جزئی‌تر نسبت به خرید و فروش یا قاچاق اعضا و جوارح اطفال و نوجوانان شده و مقرر داشته است: «هرکس مرتکب انتقال، خرید، فروش یا قاچاق اعضا و جوارح طفل یا نوجوان شود، به مجازات حبس درجه سه قانون مجازات اسلامی محکوم می‌شود».

به لحاظ تحلیلی آنچه در خصوص حق حمایت در مقابل قاچاق کودکان نیازمند تأکید است، وجهه سلبی و منفی این موضوع است. در حقیقت حقوق منفی نه به دنبال وضع حق ایجاد سرزمینی خاص برای کودکان است که مدلول حق تأمین کودکان است، بلکه به دنبال ممانعت از دست‌اندازی قاچاق چیان کودک به حق زندگی وی در هر مکانی است که کودک سزاوار زندگی است. بر این اساس است که نگارنده به ذکر این حق در حق حمایت و ذیل این بحث اقدام کرده است.

۵. حق حمایت کودک در برابر استفاده غیرقانونی از مواد مخدر یا محرک و تولید آن

ماده ۳۳ کنوانسیون حقوق کودک در خصوص این حق مقرر داشته است: «کشورهای طرف کنوانسیون، تمام اقدامات لازم از جمله اقدامات قانونی، اجرایی، اجتماعی، آموزشی را جهت حمایت از کودکان در برابر استفاده غیرقانونی از مواد مخدر و یا مواد محرک همان‌گونه که در معاهدات بین‌المللی مربوطه تعریف شده و جلوگیری از استفاده از کودکان در تولید غیرقانونی و قاچاق این‌گونه مواد به عمل خواهند آورد». ماده ۳۳ حاوی دو تعهد است: نخست حفاظت از کودک در برابر استفاده غیرقانونی از مواد مخدر یا روانگردان و جلوگیری از استفاده از کودک در تولید غیرقانونی و قاچاق مواد مخدر.

دولت‌ها نخست باید اطمینان حاصل کنند که مسئولان دولتی استفاده غیرقانونی از مواد کنترل شده توسط کودکان را تشویق یا تسهیل نمی‌کنند و برای انجام تعهد به محافظت نیز باید اطمینان حاصل کنند که بازیگران غیردولتی استفاده غیرقانونی از مواد کنترل شده توسط کودکان را تشویق یا تسهیل نمی‌کنند و مانع از پیشگیری کاهش آسیب و مداخلات

۱. هاشمی، نگین، «قوانین ناظر بر جرم قاچاق کودکان در ایران با توجه به اسناد بین‌المللی»، فصلنامه مطالعات حقوقی، دوره ۱، شماره ۱۳، ۱۳۹۶، ص ۶۷

درمانی برای کودکان مصرف‌کننده نمی‌شوند.^۱

سازمان بهداشت جهانی، معاهدات مهم زمان انعقاد کنوانسیون کودک را دو معاهده مواد مخدر ۱۹۶۱ و مواد روانگردان ۱۹۷۱ دانسته است.^۲ حال آیا موادی همچون الکل و مواد استنشاقی مشمول ممنوعیت این دو کنوانسیون و ماده ۳۳ می‌شود؟ به نظر می‌رسد نمی‌توان صرفاً براساس ماده ۳۳ حکم به ممنوعیت صادر کرد و به همین جهت کنوانسیون با خلل روبه‌روست. هرچند در برخی نظریات تفسیری، کمیته حقوق کودک، به دولت‌ها منع فروش الکل و تنباکو به کودکان را توصیه کرده است، با این حال این موارد به هیچ وجه الزام‌آور تلقی نمی‌گردد.^۳ از سوی دیگر ممکن است در قالب ماده ۲۴ کنوانسیون که حق بر سلامت و بهداشت را تأکید می‌کند، ادعای ممنوعیت فروش مطرح گردد. با این حال این استدلال نمی‌تواند صحیح باشد؛ زیرا ماده ۲۴ سخن از حق تأمین کودک در قالب سلامت و بهداشت را مطرح می‌کند، اما ماده ۳۳ بحث حمایت از کودک را مورد توجه قرار داده است.

این وجهه حمایتی که در قالب حق حمایت کودک قابل بحث است، به صراحت توسط برخی نویسندگان با قید رویکرد حمایت‌گرانه و نه حق تأمین در خصوص این ماده مورد تصریح قرار گرفته است.^۴

۶. حق حمایت در مقابل شکنجه و اعدام و حبس ابد بدون آزادی

بند الف ماده ۳۷ کنوانسیون مقرر می‌دارد: «هیچ کودکی نباید تحت شکنجه یا سایر رفتارهای بی‌رحمانه و غیرانسانی یا مغایر شئون انسان قرار گیرد. مجازات اعدام یا حبس ابد را بدون امکان آزادی نمی‌توان در مورد کودکان زیر ۱۸ سال اعمال کرد».

در نظام حقوقی ایران، مقنن علاوه بر تحولاتی که کم‌وبیش ایجاد کرده بود، در خصوص این فقره، با وضع قانون مجازات اسلامی و آیین دادرسی کیفری ۹۲، تحولاتی بسیار شگرف ایجاد کرد. از آنجاکه نیل به هنجاری حقوقی و عمل بر مواد آن، امری دفعی نیست، نظام حقوقی ایران اقدامات ذیل را مقرر کرد: ۱- برقراری رژیم مسئولیت کیفری تدریجی برای اطفال و نوجوانان مرتکب رفتارهای خلاف قانون، به این معنا که به سنین زیر ۹ سال، ۹ تا ۱۲ سال، ۱۲ تا ۱۵ سال و ۱۵ تا ۱۸ سال دسته‌بندی شده و برای هر کدام از اینها مقررات ویژه‌ای پیش‌بینی شده است. ۲- اصلاح سن مسئولیت کیفری متکی بر بنیاد ضابطه رشد عقلی. ۳- اصلاح تدابیر تنبیهی و جایگزین نمودن آن با پاسخ‌های اصلاحی و تربیتی. ۴- نصیحت و تذکر به وسیله دادگاه و نهایتاً نگهداری در کانون‌های اصلاح و تربیت برای تربیت و آموزش اطفال. ۵- محدودیت مجازات‌های سالب حیات، مجازات‌های مشمول حد و قصاص که در ماده ۹۱ برای اولین بار در قانون پیش‌بینی شد که اگر افراد بالغ کمتر از ۱۸ سال مرتکب جرم حدی یا قصاص بشوند، چنانچه ماهیت آن بزه را تشخیص ندهند و یا حرمت آن را ندانند و یا در رشد عقلی این اطفال شک شود، پس از کسب نظریه متخصص و پزشکی قانونی، حتی‌الامکان حکم به قصاص یا اعدام صادر نمی‌شود که این قاعده برای اولین بار در قانون پیش‌بینی شده است. ۶-

^۱. Tobin, John William and Damon Barrett, "Article 33: Protection from Narcotic Drugs and Psychotropic Substances", In: Tobin, John and Philip Alston (eds.), *A Commentary to the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Oxford University, 2019, P 15.

^۲. سالاری، اسماء، «کودک و مواد مخدر؛ ماده ۳۳ کنوانسیون حقوق کودک و نظام حقوقی ایران»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۵۱، شماره ۴، ۱۴۰۰، ص ۱۳۸۷.

^۳. Veerman, Philip E. and Damon Barrett. *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 33: Protection from Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2012, P 33.

^۴. سالاری، پیشین، ص ۱۳۸۹.

استفاده از پاسخ‌های کیفری فرصت بخش و تمهید نهادهایی مثل تعلیق یا تعویق صدور حکم یا تعلیق اجرای مجازات در مراحل مختلف دادرسی. در قوانین آیین دادرسی کیفری و مجازات اسلامی نسبت به بزرگسالان، امکان تعلیق تمامی جرایم تعزیری یا تعویق آنها وجود ندارد، اما در ماده ۹۴ این اجازه داده شده است که در مورد تمام جرایم تعزیری اطفال و نوجوانان دادگاه حکم به تعلیق مجازات بدهد و یا دستور تعویق حکم را صادر نماید. ۷- از جمله مساعدت‌هایی که در حقوق کودکان و نوجوانان صورت گرفته عدم اعمال مقررات تکرار جرم در مورد اطفال و نوجوان است.

از منظر شکلی نیز: ۱- به جرائم اطفال و نوجوان در دادگاه‌های ویژه اطفال و نوجوان رسیدگی شد. ۲- دادرسی ویژه اطفال و نوجوان تشکیل گردید. ۳- در ماده ۴۴۴ آیین دادرسی کیفری پیش‌بینی شده دادگاه تجدیدنظر ویژه اطفال و نوجوان با ابلاغ ویژه رئیس قوه قضائیه تشکیل یا تخصیص داده شود. ۴- ایجاد پلیس ویژه اطفال و نوجوانان. علاوه بر این موارد، می‌توان به مواردی دیگر اشاره کرد که مقنن ایرانی به جهت حق حمایت در مقابل شکنجه یا اعدام و یا حبس ابد بدون آزادی مقرر نموده است. این موارد به‌وضوح مبین گام بسیار بلند مقنن در این حوزه است. نکته قابل توجه دیگر اینکه حتی در غیر از موارد حبس ابد نیز رعایت غبطه و مصلحت کودک به‌نحوی که امکان ملاقات برای کودک به‌دفعات و به شکل معقولانه وجود داشته باشد، قابل توجه است.

نتیجه‌گیری

توجه به حقوق کودک در تمام نظام‌های حقوقی از اهمیت بالایی برخوردار است. کنوانسیون حقوق کودک که در زمره مورد توافق‌ترین کنوانسیون‌های بین‌المللی است، در موارد متعدد اقدام به ذکر حقوقی برای کودک کرده است. هرچند در آن زمانه، این امر، گامی به جلو محسوب می‌شد، با این حال و علی‌رغم تحقیقات ارزنده‌ای که صورت پذیرفته است، فقدان نگاه کلان‌نگر به کنوانسیون از زمان وضع تا کنون موجب شده است در بعضی مصادیق، گام‌هایی مثبت و ارزشمند برداشته شود و در برخی موارد خلأها و نارسایی‌ها ادراک نگردد. در نتیجه نظام حقوقی کشور نیز در خصوص کودک با سردرگمی و عدم نگاه کلان دست‌وپنجه نرم کند.

در جدیدترین ادبیات موجود جهانی، حق کودک به سه حوزه حق تأمین، حق حمایت و حق مشارکت قابل تقسیم است. این مقاله با تمرکز بر حق حمایت به‌عنوان حق سلبی بر این مطلب تمرکز می‌کند که بسیاری از حقوق کودک، نیازمند تأمین و ایجاد نیست، بلکه متضمن حفاظت در برابر دیگران است. ثمره چنین تفکیکی به لزوم ایجاد ملزومات آن حق در نظام حقوقی و چاره‌اندیشی تدارک آن بازمی‌گردد. برای نمونه، حق حیات، بقا و پیشرفت، حق کودک در تفریح و بازی در زمره حقوق تأمین هستند که دولت‌ها به تأمین و فراهم کردن آن موظفاند و به همین جهت بسیاری از ملزومات ضروری در این حوزه باید ایجاد شوند؛ درحالی‌که حقوقی همچون حق زندگی با والدین مگر در موارد استثنایی، حق حمایت در برابر تمام اشکال خشونت در زمره حقوق سلبی و حمایت‌اند که صرف تقنین مناسب و جرم‌انگاری دقیق آن، می‌تواند موجب تضمین حقوق کودک در آنها گردد.

نگارنده معتقد است حق حمایت قابلیت تقسیم به دو دسته مهم حق حمایت جسمانی و حق حمایت غیرجسمانی را دارد. براین‌اساس متعلق حق در حمایت جسمانی، جسم کودک است، درحالی‌که متعلق حق در حمایت غیرجسمانی، روح، روان و احساسات کودک است. ثمره این تفکیک در ارزش‌های نظام‌های حقوقی ظاهر می‌گردد. حق حمایت حقوق جسمانی در همه نظام‌های حقوقی را می‌توان یکسان قلمداد کرد؛ درحالی‌که حق حمایت حقوق غیرجسمانی، باتوجه‌به

ارزش‌های هر نظام حقوقی می‌تواند متفاوت تلقی شود. بر همین اساس و با احصای حقوق موجود در کنوانسیون، می‌توان به حق زندگی با والدین مگر در شرایط استثنایی، حق حمایت در برابر تمام اشکال خشونت، حق حمایت کودک در مقابل قاچاق، حق حمایت کودک در برابر استفاده از مواد مخدر و حق حمایت در مقابل شکنجه و اعدام را از مصادیق حقوق حمایت جسمانی کودک مطرح کرد.

منابع کتاب

۱. ایده، آسیبورن، آلن ورساس و کاتارینا کراوزه، *حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی*، ترجمه اردشیر امیرارجمند و همکاران، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۲. پیوندی، غلامرضا، *حقوق کودک*، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول، ۱۳۹۰.
۳. جعفری تبار، حسن، *مبانی فلسفی تفسیر حقوقی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۸۳.
۴. حبیبی، زهره و حسن خسروی‌نیا، *بررسی موارد مغایرت احتمالی کنوانسیون حمایت از حقوق کودکان با فقه و حقوق اسلامی*، تهران: آیین محمود، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۵. حسینی اکبرنژاد، حوریه و هاله حسینی اکبرنژاد، *تحلیل کنوانسیون حقوق کودک (مقایسه دو نظام اسلام و غرب)*، تهران: شورای فرهنگی - اجتماعی زنان، چاپ اول، ۱۳۹۲.
۶. دهخدا، علی‌اکبر، *لغت‌نامه*، تهران: دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۹۰.
۷. رایبسون، جورج، *دادرسی در آمریکا*، ترجمه مرتضی درودیان، تهران: فکرسازان، چاپ اول، ۱۳۸۳.
۸. صفایی، سید حسین و سید مرتضی قاسم‌زاده، *اشخاص و محجورین*، تهران: سمت، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۶.
۹. محلاتی، شهربانو، *بررسی خالهای قانونی حقوق کودک: بررسی حقوق کودک ناشی از تلقیح مصنوعی، بررسی فقهی - حقوقی حیات جنین*، تهران: شورای فرهنگی - اجتماعی زنان، چاپ اول، ۱۳۸۵.
۱۰. مصفا، نسربین، *کنوانسیون حقوق کودک و بهره‌وری از آن در حقوق داخلی ایران*، تهران: دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۸۴.

مقاله

۱۱. اسکرلج، تانجا و بونجانا ویرجنت، «قاچاق کودکان معضلی برای همه مرزها»، ترجمه مهدی مقیمی، *دوفصلنامه مطالعات پلیس زن*، شماره ۱۱، ۱۳۸۸، صص ۱۲۲-۱۰۵.
۱۲. سالاری، اسماء، «کودک و مواد مخدر؛ ماده ۳۳ کنوانسیون حقوق کودک و نظام حقوقی ایران»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۵۱، شماره ۴، ۱۴۰۰، صص ۱۳۶۹-۱۳۹۳.
۱۳. علی‌پور، عباس، «بررسی وضعیت قاچاق انسان در ایران (معضلات و پیامدها) و ارائه راهکارهای مناسب برای کنترل این پدیده اجتماعی»، *رهنامه سیاستگذاری سیاسی، دفاعی و امنیتی*، شماره ۲، ۱۳۸۹، صص ۱۸۷-۲۱۶.
۱۴. محبوب، سعید، «حق تأمین کودک و روش‌شناسی آن در کنوانسیون حقوق کودک و نظام حقوقی ایران»، *دوفصلنامه فلسفه حقوق*، دوره ۱، شماره ۲، ۱۴۰۲، صص ۱۶۶-۱۴۱.
۱۵. هاشمی، نگین، «قوانین ناظر بر جرم قاچاق کودکان در ایران با توجه به اسناد بین‌الملل»، *فصلنامه مطالعات حقوق*، دوره ۱، شماره ۱۳، ۱۳۹۶، صص ۷۶-۶۱.

References

Books

1. Dehkhoda, Ali Akbar, *Dictionary (Loghatnameh)*, Tehran: University of Tehran, 2011. (In Persian)
2. Freeman, Michael D. *Children's Rights (The International Library of Essays on Rights)*, Wiltshire: Ashgate Dartmouth, 2004.
3. Habibi, Zohreh and Hassan Khosravi-Nia, *Examining Potential Conflicts between the Convention on the Rights of the Child and Islamic Jurisprudence and Law*, Tehran: A'ain-e-Mahmoud, First Edition, 2014. (In Persian)
4. Hosseini Akbar-Nejad, Hourieh and Haleh Hosseini Akbar-Nejad, *An Analysis of the Convention on the Rights of the Child (A Comparison between the Islamic and Western Systems)*, Tehran: Women's Socio-Cultural Council, First Edition, 2013. (In Persian)
5. Eide, Asbjorn, Allan Rosas and Catarina Krause, *Economic, Social and Cultural Rights*, Translated By: Ardeshtir Amir-Arjomand, et al, Tehran: Majd, First Edition, 2010. (In Persian)
6. Ja'fari-Tabar, Hassan, *Philosophical Foundations of Legal Interpretation*, Tehran: Sahami Enteshar Compny, First Edition, 2004. (In Persian)
7. Mahallati, Shahrbano, *Examining Legal Gaps in Children's Rights: A Study of the Rights of Children Born through Artificial Insemination and a Jurisprudential-Legal Analysis of Fetal Life*, Tehran: Women's Socio-Cultural Council, First Edition, 2006. (In Persian)
8. Mosaffa, Nasrin, *The Convention on the Rights of the Child and Its Implementation in Iran's Domestic Legal System*, Tehran: University of Tehran, First Edition, 2005. (In Persian)
9. Payvandi, Gholamreza, *Children's Rights*, Qom: Research Institute for Islamic Culture and Thought, First Edition, 2011. (In Persian)
10. Robinson, George, *Litigation in America*, Translated By: Morteza Doroudian, Tehran: Fekr-Sazan, First Edition, 2004. (In Persian)
11. Safaei, Sayyed Hossein and Sayyed Morteza Ghasem-Zadeh, *Persons and Legal Incapacities*, Tehran: Samt, 13th Edition, 2007. (In Persian)
12. Tobin, John William and Damon Barrett, "Article 33: Protection from Narcotic Drugs and Psychotropic Substances", In: Tobin, John and Philip Alston (eds.), *A Commentary to the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Oxford University, 2019.
13. Veerman, Philip E. and Damon Barrett. *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 33: Protection from Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2012.

Articles

14. Alipour, Abbas, "Examining the Situation of Human Trafficking in Iran (Challenges and Consequences) and Proposing Appropriate Solutions for Controlling this Social Phenomenon", *Political, Defense, and Security Policymaking Quarterly*, Issue 2, 2010, PP 187-216. (In Persian)
15. Campbell-Barr, Verity. "The Provision, Protection and Participation of Children's Rights in Professional Practice", In: Višnjić-Jevtić, Adrijana., Alicja R. Sadownik and Ingrid Engdahl. (eds.). *Young Children in the World and Their Rights: International Perspectives on Early Childhood Education and Development*, Volume 35, Cham: Springer, 2021, PP 221-233. https://doi.org/10.1007/978-3-030-68241-5_16
16. Daly, Aoife, and Pernilla Leviner. "UN Convention on the Rights of the Child, Article 2 and Discrimination on the Basis of Childhood: The CRC Paradox?", *Faculty of Law, Stockholm University Research Paper*, Issue 114, Volume 91, 2022.
17. Hallett, Christine. "Children's Rights", *Child Abuse Review*, Volume 9, 2000, PP 389-393. <https://doi.org/10.1002/1099-0852>

18. Hashemi, Negin, "Laws Governing the Crime of Child Trafficking in Iran, in Light of International Instruments", *Legal Studies Quarterly*, Volume 1, Issue 13, 2017, PP 61–76. (In Persian)
19. Kaldal, Anna and Pernilla Leviner. "Silencing the Conflict of Interests Between Parental Rights and the Rights of the Child – Legal Requirements for the Social Services to Interview Children", *Scandinavian Studies in Law*, Volume 50, 2007, PP 381-391.
20. Livingstone, S., and A. Third. "Children and Young People's Rights in the Digital Age: An Emerging Agenda", *Sage Journal*, Volume 19, Issue 5, 2017. <https://doi.org/10.1177/1461444816686318>
21. Mahjoub, Saeid, "The Child's Right to Maintenance and Its Methodology in the Convention on the Rights of the Child and the Legal System of Iran", *Bi-Quarterly Journal of Legal Philosophy*, Volume 1, Issue 2, 2023, PP 141–166. (In Persian)
22. Paulo, David. "Implementing the Rights of the Child: Six Reasons Why the Human Rights of Children Remain a Constant Challenge", *International Review of Education*, Volume 48, Issues 3–4, 2002, PP 259–263.
23. Salari, Asma, "Children and Narcotic Drugs: Article 33 of the Convention on the Rights of the Child and the Legal System of Iran", *Public Law Studies Quarterly*, Volume 51, Issue 4, 2021, PP 1369–1393. (In Persian)
24. Skrlj, Tanja and Bojana Virjent, "Child Trafficking: A Problem Beyond All Borders", Translated BY: Mehdi Moghimi, *Bi-Quarterly of Women Police Studies*, Issue 11, 2009, PP 105–122. (In Persian)

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

A Reflection on the Difficulty of Constitutional Amendment In Iran

Saber Almasi Khani¹ , Ali Sohrablou²

Highlights

- The difficulty of constitutional amendment in Iran is not merely the product of the formal procedures under Article 177; it results from the interaction of formal barriers, limited historical experience of amendment, and the prevailing political culture of constitutional change.
- Excessive amendment difficulty has reduced the effectiveness of formal amendment rules, exposed certain constitutional rules to obsolescence, and redirected constitutional change toward informal mechanisms, particularly interpretation.
- Improving the constitution itself requires redesigning Article 177 through a multi-track, subject-oriented model in which fundamental amendments remain subject to stronger safeguards while minor amendments follow a simpler and more proportionate procedure.

ABSTRACT

Introduction

Constitutional amendment is a mechanism for repairing imperfections in a foundational text, adapting it to social and political change, and enabling pacifying change without revolution or adoption of an entirely new constitution. Yet a constitution must also resist transient political pressures if it is to preserve supremacy, stability, and authority. The central problem is therefore not a binary choice between flexibility and rigidity, but the design of a balanced degree of amendment difficulty that protects constitutional continuity while preventing amendment stasis and obsolescence. This question is especially significant in Iran, where the Constitution of the Islamic Republic has been formally amended only once, in 1989, and where “constitutional amendment difficulty” has received little independent treatment in Persian legal scholarship. This study aims to clarify the concept, identify its codified and nontextual factors, and evaluate the Iranian constitutional order accordingly. It asks what amendment difficulty means, which factors shape it, and how Iran’s rules and practices should be assessed. The study hypothesizes that amendment difficulty in Iran is high because the formal amendment rules of Article 177 interact with a limited amendment history and a political culture that treats constitutional revision as exceptional.

Methods

The study employs a descriptive-analytical method and an observation-oriented approach. It first reconstructs amendment difficulty and its relationship with constitutional flexibility and rigidity through constitutional-law scholarship and theories of the design of amendment rules. It then classifies the determinants of difficulty into written and non-contextual sources. The written dimension includes

How to Cite: Almasi Khani, Saber, Sohrablou, Ali, "A Reflection on the Difficulty of Constitutional Amendment In Iran", Legal Research, Vol. 29, No. 114, 2026, pp: 283-302.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.230235.2428>

Received: 13/01/2023-Accepted: 22/01/2024

1. L.L.M, Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: saber.almasi@ut.ac.ir

2. Ph.D., Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran



Copyright: © 2026 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/>).

procedural stages, institutional competences, amendment thresholds, referendums, and temporal limitations and unamendability, with particular attention to Article 177 of the Iranian Constitution. The unwritten dimension covers temporal variability, amendment experience, political structure, party competition, norms of constitutional change, constitutional veneration, amendment cultures, and informal change. Comparative examples from the United States, India, Germany, New Zealand, Japan, Canada, Colombia, and selected African and Caribbean jurisdictions demonstrate that difficulty is relative and context-dependent. Finally, the four stages established by Article 177—initiation, deliberation and approval, confirmation, and referendum—are evaluated quantitatively and qualitatively. The inquiry combines doctrinal reading of constitutional provisions with critical comparison and distinguishes normative amendment design from its design and operation. The consequences of high difficulty are also examined through the interpretive practice of the Guardian Council, the General Policies concerning Article 44, and constitutional provisions identified as requiring formal reform.

Results and Discussions

Amendment difficulty denotes the degree of procedural and practical hardship faced by reformers seeking formal constitutional change; it cannot be inferred solely from codified amendment rules. Flexibility and rigidity lie on a continuum, and measuring difficulty merely by counting amendments or scoring formal thresholds is inadequate. The scope of each change, nature of party competition, historical circumstances, political conventions, and the amendment culture of the constitution affect how identical rules operate. Amendment difficulty is therefore contextual, temporally variable, and produced by interacting causes. Written causes include multiple procedural stages, concentration of the initiation power, supermajority requirements, compulsory referendums, and temporal or substantive restrictions. Unwritten causes include the demands of a historical period, institutional composition, pluralism, previous success or failure in reform, and public attitudes toward constitutional change. The article distinguishes an “amendment culture as acceleration,” which turns amendment into a rapid instrument of political objectives; an “amendment culture as redirection,” which transfers change from the formal route to interpretation, convention, or substitute practices; and an “amendment culture as incapacitation,” which deprives formal amendment rules of practical authority. High difficulty has ambivalent consequences. It may preserve institutional stability, protect fundamental rights, and prevent opportunistic manipulation. Beyond a reasonable level, however, it makes amendment rules ineffective, leaves provisions obsolete, reduces responsiveness to social transformation, restricts political dialogue, and encourages opaque informal amendment. Excessive flexibility creates the opposite risk by reducing the constitution to a statute and enabling partisan revision. No universally optimal degree of rigidity therefore exists; amendment design must reflect constitutional purposes and the importance of the provision concerned. Article 177 establishes four cumulative stages in Iran: initiation by the Leader after consultation with the Expediency Council; deliberation and approval by the Constitutional Revision Council; confirmation by the Leader; and final approval by an absolute majority of referendum participants. Their multiplicity creates substantial structural difficulty. Expediency controls initiation and confirmation, making difficulty contingent on political judgment, while the Constitution specifies no voting threshold for the Revision Council. Compulsory referendum for every amendment, without distinguishing transformative changes from minor changes, imposes the same demanding route on unequal subjects. The formal arrangement thus combines severe rigidity with ambiguity or unjustified flexibility. Unwritten factors intensify this burden. The sole amendment experience of 1989 covered numerous structural matters and entrenched an understanding of amendment as an exceptional, comprehensive event rather than a mechanism for a needed fix. The result is an environment approaching constructive unamendability. The Guardian Council’s interpretation of Article 113, its 2021 resolution prescribing qualifications for presidential candidates, and the practical transformation of Article 44 through general policies are presented as instances approaching informal constitutional alteration. These developments resemble a redirection culture, as change occurs outside the procedure designed for it. Interpretation may resolve ambiguity, but it cannot provide the procedural legitimacy, public participation, and clarity of formal amendment and may create rules beyond the text. It also identifies matters requiring formal reform, including local councils, legislative delegation, the Guardian Council’s rule-making position, and state broadcasting. Written obstacles, historical experience, and interpretive substitution therefore combine to produce an unreasonable degree of constructive unamendability.

Conclusion

The study concludes that amendment difficulty in Iran has moved beyond a defensible equilibrium. Formal obstacles and historical-cultural factors reinforce one another, obstruct necessary reform, and redirect constitutional change toward less transparent practices. The appropriate response is not to abolish rigidity or simplify all amendments uniformly, but to redesign Article 177 as a multi-track, subject-sensitive

procedure. Fundamental provisions concerning constitutional identity and basic rights should retain demanding protections, while minor and non-fundamental changes should follow a clearer, less burdensome route. Precisely defined initiators, amendment thresholds, and procedures for each category would preserve stability while restoring necessary change to a lawful, transparent, and participatory process.

Keywords: Flexibility, Article 177, Amendment, Difficulty.



تأملی در مسئله دشواری بازنگری قانون اساسی در ایران

صابر الماسی خانی^۱، علی سهرابلو^۲

نکات برجسته

- دشواری بازنگری قانون اساسی در ایران صرفاً محصول آیین‌های مدون در اصل ۱۷۷ نیست، بلکه از هم‌افزایی موانع رسمی، تجربه تاریخی محدود بازنگری و فرهنگ سیاسی حاکم بر تغییر قانون اساسی پدید آمده است.
- فراتر رفتن دشواری بازنگری از حد متناسب، کارایی قواعد رسمی بازنگری را کاهش داده، برخی قواعد قانون اساسی را در معرض متروک شدن قرار داده و تغییر قانون اساسی را به مسیرهای غیررسمی، به‌ویژه تفسیر، سوق داده است.
- بهبود قانون اساسی مستلزم بازطراحی اصل ۱۷۷ بر پایه الگویی چندمسیره و موضوع‌محور است تا اصلاحات بنیادی تابع تضمین‌های سخت‌گیرانه باشد و تغییرات جزئی از مسیری ساده‌تر و متناسب‌تر انجام شوند.

چکیده

دشواری بازنگری، بایسته استواری قانون اساسی است و از این‌رو، اصل بر دشواری امکان بازنگری است. اما هیچ متنی بی‌عیب‌ونقص نیست و گذشت زمان مثبت این امر است؛ بنابراین، میزان دشواری بازنگری قانون اساسی باید حد مشخصی داشته باشد و اگر چنین نباشد، آثار سوء آن در سلامت قانون اساسی رخ می‌نماید. از این‌رو لازم آمد طی پژوهشی مجزا، مسئله دشواری بازنگری قانون اساسی و ابعاد مختلف آن بررسی و نظری به وضعیت نظام حقوقی ایران شود. نگارندگان با روش تحلیلی - توصیفی و برپایه رویکرد مشاهده‌محور، ابتدا مسئله دشواری بازنگری را تشریح کردند و سپس وضعیت دشواری قواعد بازنگری در ایران را سنجیدند. نتیجه آن شد که میزان دشواری قواعد بازنگری در ایران بالاست و همین، موجب ناکارآمدی قواعد بازنگری، پیدایش گونه‌ای نامناسب از «فرهنگ جهت‌دهی مجدد» و متروک شدن برخی از قواعد قانون اساسی شده است. از این‌رو، پیشنهاد شد که شاکله قواعد بازنگری دگرگون شود؛ این‌گونه که بازنگری از حالت تک‌مسیره به درآمد و وضعیت چندمسیره و چندموضوعه به خود گیرد.

کلید واژگان: انعطاف‌پذیری، اصل یک‌صد و هفتاد و هفتم، بازنگری، دشواری.

استناد به این مقاله: الماسی خانی، صابر، سهرابلو، علی، «تأملی در مسئله دشواری بازنگری قانون اساسی در ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۹، شماره ۱۱۴، تیر ۱۴۰۵، صص: ۲۸۳-۳۰۲.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.230235.2428>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۲۳ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۱/۰۲

۱. کارشناس ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: saber.almasi@ut.ac.ir

۲. دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

Copyright: © 2026 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

«بازنگری»^۱ از واژه لاتین emendare گرفته شده و به معنای «پیراستن از نقص و کاستی» است.^۲ درواقع، اصول بازنگری راهی در برابر قانونگذاران و مردم قرار می‌گشایند تا بدان طریق، قانون اساسی را از کاستی‌ها و نواقص برهانند و بدون نوشتن متن جدیدی، روزآمدش سازند. به بیان روشن‌تر، باوجود بازنگری بدون اینکه هزینه داشتن قانون اساسی ناقص، امکان رخداد انقلاب خشونت‌آمیز یا نوشتن قانون اساسی جدید را متحمل شویم، امکان تغییر صلح‌آمیز قانون اساسی فراهم می‌شود.

مطالعات درباره بازنگری قانون اساسی نوظهورند و در بسیاری از نظام‌های حقوقی، اهمیت آن مغفول مانده و علل مختلفی به چنین غلغله‌ای منجر شده است. درخصوص ایران، مضاف بر عوامل حقوقی می‌توان غلبه فضای بازنگری‌ناپذیری یا تجربه حداقلی بازنگری را از عوامل مهم غیرحقوقی برشمرد. این درحالی است که موضوعات مختلفی همچون بازنگری نوشته و نانوشته، بازنگری‌ناپذیری، انعطاف و عدم انعطاف قانون اساسی، دشواری بازنگری قانون اساسی، نظارت قضایی^۳ بر بازنگری و مراحل آن، ازجمله موارد مورد بحث در حوزه بازنگری قانون اساسی به شمار می‌آیند. از این دریچه، نگارندگان به فراخور ضرورت و بدیع بودن یکی از موضوعات مهم درخصوص بازنگری، یعنی «دشواری بازنگری قانون اساسی»^۴ را جهت تحلیل و بررسی انتخاب کرده‌اند. در واقع، از چند جهت موضوع فوق حائز اهمیت است: اول اینکه فهم و آشنایی با مفهوم فوق در ادبیات حقوق ایران اهمیت بسیاری دارد؛ زیرا که نوشته یا منبعی دیده نمی‌شود که موضوع مزبور را طرح و بررسی کرده باشد. دوم آنکه، آنچه هویداست این است که علی‌رغم گذشت قریب به نیم‌قرن از تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، فقط یک بار قانون اساسی تغییر پیدا کرده و دشواری چالش‌برانگیزی بر امکان تغییر قانون اساسی سایه افکنده است که چنین امری، مانع جدی بر راه بازنگری قانون اساسی است. سوم اینکه، شناخت دقیق اینکه چه عواملی ممکن است بازنگری قانون اساسی را دشوار سازند، محل اهمیت است؛ زیرا دشواری نهفته در متن قانون اساسی فقط یکی از عوامل میزان دشواری بازنگری قانون اساسی است. نهایتاً اینکه، باتوجه به این اوصاف، لزوم ارائه تحلیلی جامع درخصوص دشواری بازنگری قانون اساسی در نظام حقوقی ایران مشهود است.

درباره دشواری بازنگری، پیشینه فارسی موجود نیست و عمدتاً در انتقال و شرح مفاهیم و مبانی بر منابع لاتین تکیه شده است. در مقاله حاضر نگارندگان تلاش کرده‌اند باتکیه بر روش تحلیل و توصیفی و بر رویکرد مشاهده‌ای، به سؤال «مفهوم دشواری بازنگری قانون اساسی چیست و با تکیه بدان، وضعیت ایران چگونه قابل تحلیل است؟» پاسخ دهند. فرض هم بر این است که درجه دشواری بازنگری قانون اساسی در ایران بالاست و علل مختلفی به چنین وضعیتی منجر شده است. اهمیت این نوشته در این است که اول، مفهوم دشواری بازنگری قانون اساسی را که در نظام حقوقی ایران، مفهومی غریب و مغفول است، می‌نمایاند. دوم، با نظر به مبانی و مفاهیم ناظر بر دشواری بازنگری، توضیحی در خصوص وضعیت حقوق ایران، هم از نظر دشواری رسمی بازنگری و هم از نظر فرهنگ حاکم بازنگری، معرفی می‌کند.

1. Amendment

2. Skeat, Walter A. *A Concise Etymological Dictionary of the English Language*, Oxford: Clarendon Press, 1885, P 140.

3. Judicial Review

4. Constitutional Amendment Difficulty

البته این نکته قابل ذکر است که منظور از «دشواری» در این متن، میزان و درجه دشواری بازنگری قانون اساسی است نه وضعیت دشوار بازنگری. یعنی فرض این است که برای بازنگری، وضعیت دشواری طراحی شده است، اما اینکه میزان دشواری چه قدر باشد، محل بحث و فحص است.

۱. مفهوم دشواری بازنگری

وقتی صحبت درباره دشواری چیزی است، منظور از آن، میزان سختی و صعوبتی است که در نیل به آن چیز مصروف می‌داریم؛ بنابراین، منظور از دشواری بازنگری قانون اساسی، میزان دشواری و صعوبتی است که اصلاحگران قانون اساسی در محقق ساختن آن مواجه‌اند. حال، این صعوبت علل بسیاری دارد که در قسمت‌های بعد بررسی می‌شود. برای درک بهتر مفهوم دشواری بازنگری به مثالی اشاره می‌شود. در قرن هجدهم در ایالات متحده آمریکا، قانون اساسی که اصول کنفدراسیون خوانده می‌شد، شرط تحقق بازنگری را رضایت همه ۱۳ ایالات موجود دانسته بود. باوجود چنین مقررهای، فرایند بازنگری قانون اساسی بارها به در بسته خورده بود و اصلاحگران نمی‌توانستند قانون اساسی را با مسائل و مشکلات مستحده، موافقت دهند. از این رو، مجمعی در فیلادلفیا، با نقض قواعد بازنگری، قانون اساسی تماماً جدیدی تصویب کرد که ضمن انجام بازنگری‌های مختلف، از میزان دشواری بازنگری قانون اساسی کاسته شد.^۱ آنچه واضح است، این است که قواعد بازنگری مانع از انجام بازنگری و تحقق مقاصد اصلاحگران و نمایندگان مردم می‌شد و عملاً درجه بالای دشواری بازنگری قانون اساسی، آسیب‌ها و آثار مخرب برداشت که مجمع فیلادلفیا چنین اقدامی دست زد.^۲ شاید عمل مجمع فیلادلفیا، امروزه مشروع و حقانی تصور شود، اما ماهیتاً به انجام عملی خلاف قانون منتهی شده است.

۲. انعطاف و عدم انعطاف در بازنگری قانون اساسی

«انعطاف‌پذیری»^۳ و نقطه مقابل آن یعنی «سختی»^۴، دو سوی مختلف دشواری بازنگری قانون اساسی است. یعنی هرچقدر دشواری بازنگری قانون اساسی کمتر باشد، انعطاف‌پذیری قانون اساسی بالاست و برعکس، هرچقدر دشواری بالا باشد، انعطاف‌پذیری کمتر است.

یکی از مسائلی که درخصوص مفاهیم فوق مطرح می‌شود، این است که علل انعطاف‌پذیری قانون اساسی چیست و چه چیزهایی موجب انعطاف‌پذیری یا عدم آن است. ساده‌ترین و شاید عمده‌ترین علت، همانا قواعد بازنگری است؛ این‌گونه که قواعد مدون بازنگری فرایندی را تعیین کرده‌اند که طی آن بازنگری با دشواری و صعوبت بسیاری همراه است. اما چنین فرضی با ایراد مواجه است. یکی از محققان سنجش دشواری بازنگری قانون اساسی، به نام دونالد لوتز،^۵ بر مبنای قواعد مدون بازنگری، دست به سنجش دشواری بازنگری قانون اساسی کشورهای مختلف زد که در نتیجه آن قانون اساسی نیوزلند را منعطف‌ترین قانون اساسی دانست؛ چراکه بازنگری فقط با رأی اکثریت پارلمان محقق می‌شود.^۶ اما حقوق‌دان دیگری، به نام ریچارد آلبرت، در نتیجه‌گیری لوتز تردید کرده و می‌گوید، استنباط لوتز، زمانی صحیح است که یک حزب سیاسی در پارلمان غالب باشد و در غیر این صورت، بازنگری قانون اساسی دشواری زیادی می‌یابد.^۷

^۱. Wright, Benjamin Fletcher. *Consensus and Continuity, 1776-1787*, Boston: Boston University Press, 1958, PP 1, 19.

^۲. نمونه مشابه دیگری در کشور لهستان وجود داشت. یعنی برای تصویب بازنگری اتفاق آرای لازم بود که همین بازنگری را ناممکن می‌ساخت. (Lukowski, Jerzy. "Machines of Government": Replacing the Liberum Veto in the Eighteenth-Century Polish-Lithuanian Commonwealth", *The Slavonic and East European Review*, Volume 90, Issue 1, 2012, PP 65, 69).

^۳. Flexibility

^۴. Rigidity

^۵. Donald Lutz

^۶. Lutz, Donald S. *Principles of Constitutional Design*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, P 125.

^۷. Albert, Richard. *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*, Oxford: Oxford University Press, 2019, PP 103-104.

بنابراین، قواعد مدون بازنگری نمی‌تواند کاملاً گویای درجه انعطاف قانون اساسی باشد و وجود احزاب سیاسی و نقش آنها در بازی‌های سیاسی و امثالهم، تأثیر عمده‌ای بر دشواری بازنگری قانون اساسی می‌گذارد.^۱ از همین رو است که علاوه بر علل نوشته، علل نانوشته دیگری نیز به دشواری بازنگری قانون اساسی منجر می‌شود. برای مثال، هنجارهای حاکم بر قانون اساسی، ماهیت رقابت حزبی، ثبات تکثر سیاسی، میزان تکریم قانون اساسی، تأثیری مهم در درجه انعطاف قانون اساسی به همراه دارند.^۲ علاوه بر این، می‌توان به تاریخ بازنگری نیز اشاره کرد که چقدر بر انعطاف قانون اساسی می‌تواند مؤثر باشد. در برخی کشورها بازنگری قانون اساسی به ندرت اتفاق افتاده است که همین، ذهنیتی سیاسی پدید می‌آورد که بدان موجب تغییر قانون اساسی امری نامطلوب تلقی می‌شود. برای مثال، در کشوری مثل هند از سال ۱۹۵۰ قانون اساسی بیش از ۱۰۰ بار بازنگری پیدا کرده یا در آلمان، قانون اساسی از سال ۱۹۴۹، ۶۰ بار بازنگری شده است. در حالی که در ایالات متحده آمریکا در طول دو قرن، فقط بیست و هفت بار بازنگری رقم خورده؛ علی‌رغم اینکه بیش از ۱۱۰۰ مرتبه طرح بازنگری پیشنهاد شده است.^۳ اگرچه دلایل دیگری در تعداد بازنگری‌های مزبور مؤثر بوده‌اند، تردیدی نیست که سابقه و تاریخ این امر، تأثیری مهم بر دشواری بازنگری قانون اساسی می‌نهد.

از دیگر مسائل مهم درخصوص انعطاف یا انعطاف‌ناپذیری قانون اساسی، نحوه سنجش آن است. به این معنا که چگونه می‌توان گفت انعطاف‌پذیری قانون اساسی به چه میزان است. شاید بتوان گفت تعداد بازنگری‌های انجام شده، صراحتاً گویای شدت دشواری بازنگری است؛ اما این فرض با ایراد مواجه است؛ زیرا اولاً مفهوم بازنگری و آنچه به آن بازنگری گفته می‌شود، با نسبیّت مواجه است. در واقع، گاه بازنگری تغییر مهم و بنیادی در ساختار قانون اساسی به وجود می‌آورد و گاه تغییر جزئی. گاه بازنگری به صورت نوشته است و گاه نانوشته. همه اینها بر قضاوت دشواری بازنگری قانون اساسی مؤثرند. ثانیاً، معیارهای مختلفی بر میزان بازنگری تأثیر می‌گذارد و آن گونه که گفته شد عوامل نانوشته‌ای نظیر تاریخ، وضعیت خاصی را برای سنجش میزان دشواری بازنگری رقم می‌زند؛ بنابراین، سنجش دقیق دشواری بازنگری قانون اساسی باید با در نظر گرفتن عوامل مختلفی باشد. در قسمت بعد، عوامل مربوط، ذیل عنوان چرایی دشواری بازنگری بررسی می‌شود.

۳. چرایی دشواری بازنگری قانون اساسی

اینکه چرا بازنگری قانون اساسی دشوار است، متأثر از رابطه علت و معلولی^۴ نسبتاً پیچیده‌ای است. در نگاه اول شاید گفته شود که آنچه در متن قانون اساسی درخصوص بازنگری آمده، تعیین‌کننده میزان دشواری بازنگری است. باین حال، موارد بسیاری حاکی از این است که دشواری بازنگری صرفاً متأثر از قواعد مدون بازنگری نیست و گاه علل تاریخی و سیاسی بر میزان دشواری، تأثیر بسیاری نهاده‌اند؛ طوری که مفهوم دشواری را در هر کشوری و در هر نظامی، به خصوص می‌سازد. برای مثال، حقوق‌دانی به نام لوتز با سنجش شدت سختی مراحل موجود در مسیر تحقق بازنگری، دشواری

^۱ گفتنی است که برخی پدیده مزبور را به تغییر زمانی در دشواری قانون اساسی تعبیر کرده‌اند. به این معنا که بازنگری قانون اساسی با قواعد و مقررات مشابه در دوره زمانی مختلف با درجه دشواری متفاوتی روبه‌رو است.

^۲ Ibid, P 96.

^۳ "The U.S. National Archives and Records Administration", *Amending America: Proposed Amendments to the United States Constitution, 1787 to 2014*, Dataset first published March 7, 2016, Available at: <https://www.archives.gov/open/dataset-amendments.html>

^۴ Cause-effect structure

بازنگری را در بسیاری از کشورهای دنیا شناسایی کرد.^۱ با این حال، لوتز در این مسیر، وضعیت دشواری بازنگری در برخی کشورها مثل انگلستان و کانادا را نسنجید؛ چراکه به نظر او، فهم مفهوم بازنگری در چنین نظام‌هایی و تمایز آن از مفهوم بازنگری در سایر نظام، کار بسیار سختی است.^۲ در واقع، به دلیل اینکه در این کشورها، قواعد اساسی در یک سند واحد مدون نشده و در اسناد مختلف آمده و همچنین با وجود عرف‌ها و سنن اساسی، شناخت میزان دشواری بازنگری را دشوار است. برای مثال، نمی‌توان علل میزان دشواری بازنگری را در قانون اساسی در نظام‌های حقوقی ایران و کانادا یکسان دانست یا همان‌طور که در قسمت قبل سخن از آن رفت، اگرچه قانون اساسی نیوزلند، شرایط بسیار راحتی برای دشواری بازنگری پدید آورده، اما سهولت در صورتی است که یک حزب واحد در پارلمان این کشور غالب باشد؛ بنابراین، ساخت سیاسی و وضعیت احزاب در این کشور به‌گونه‌ای سامان یافته است که گاه با عدم اکثریت در پارلمان، دشواری بازنگری قانون اساسی دوچندان می‌شود.

همچنین ممکن است فرهنگ خاصی در خصوص ثبات و عدم بازنگری قانون اساسی چیره باشد، و پدیده «تکریم قانون اساسی»^۳ را پدید آورد. مفهوم تکریم قانون اساسی اولین بار از سوی جیمز مادیسون ارائه شد و هدف این بود که قواعد قانون اساسی در بین عموم مردم جایگاه والا و باثباتی پیدا کند و از بازنگری مکرر قانون اساسی اجتناب شود.^۴ برای مثال، در ایالات متحده آمریکا در طول دو قرن فقط ۲۷ بار قانون اساسی تغییر پیدا کرده است؛ در حالی که در کشوری مثل مالزی، از سال ۱۹۵۷ بیش از ۴۰ بار قانون اساسی بازنگری شده و جمعاً بیش از ۶۰۰ مرتبه تغییر در قانون اساسی صورت گرفته است.^۵

بنابراین، دشواری بازنگری قانون اساسی ناشی از علل مختلفی است و نه تنها قواعد مدون و غیرمدون، بلکه فرهنگ حاکم بر بازنگری نیز میزان دشواری بازنگری قانون اساسی تأثیر نهاده‌اند. سعی می‌شود در موارد ذیل عوامل موجب دشواری بازنگری قانون اساسی تحلیل شود.

۳.۱. علل نوشته

منظور از علل مدون، عللی است که در متن قانون اساسی یا در هر متن مدون دیگری^۶ در خصوص نحوه بازنگری قرار دارد. اکثر تحلیل‌هایی که در خصوص دشواری بازنگری قانون اساسی ارائه شده، براساس علل مدون بوده است. برای مثال،

^۱ گفتنی است که لوتز یکی از اولین کسانی بود که قدم در راه شناسایی دشواری بازنگری قانون اساسی در کشورهای مختلف نهاد. اگرچه او آغازگر چنین پژوهشی بود، با این حال حقوق‌دانان دیگر یافته‌های او را به‌شدت مورد نقد و بررسی قرار دادند و ایرادهای متعددی به نتایج لوتز وارد کردند. البته، لوتز تصریح داشت که نتایج شناسایی دشواری بازنگری با توجه به معیارهای تعریف شده، نسبی و غیرقطعی است. (Op. Cit., [Lutz, P 151].

^۲ Ibid, PP 179-180.

^۳ Constitutional Veneration

^۴ Madison, James. "The Federalist No. 42," In: Cooke, Jacob E. (ed.). *The Federalist*, Middletown, Connecticut: Wesleyan University Press, 1961, P 340.

^۵ البته، توماس جفرسون در نقطه مقابل مادیسون قرار داشت و معتقد بود تکریم قانون اساسی به تثبیت و متروک شدن قواعد قانون اساسی منجر شود و عملاً با عدم توفیق در بازنگری، بسیاری از قواعد کارایی خود را از دست دهد.

(Jefferson, Thomas. "Letter to Samuel Kercheval, Monticello, July 12, 1816", In: Ford, Paul Leicester (ed.). *The Writings of Thomas Jefferson*, Volume 12, New York: G. P. Putnam's Sons, 1899, P 34).

^۶ Harding, Andrew. *The Constitution of Malaysia: A Contextual Analysis*, Oxford: Bloomsbury Publishing, 2012, P 103.

^۷ منظور از «یا در هر متن مدون دیگری»، کشورهایی همچون انگلیس و کانادا است که قواعد اساسی من جمله قواعد بازنگری قانون اساسی در یک سند واحد مدون نشده است.

متفکری به نام آرند لیجفارت، طی پژوهشی میزان دشواری بازنگری قانون اساسی در ۳۶ کشور دموکراتیک مختلف را براساس حدنصاب‌های لازم در تحقق بازنگری سنجیده است.^۱ و یا دونالد لوتز، با تمایز دو مرحله ارائه طرح بازنگری و تصویب آن و درجه‌بندی دشواری این دو مرحله از حداقل سختی با نمره ۰.۲۵ تا بیشترین دشواری با نمره ۵، اندازه‌گیری کرده است. برای مثال، دشواری بازنگری قانون اساسی در استرالیا ۴.۶۵ و در ونزوئلا ۴.۷۵ و از طرفی، در کشوری مثل ونزوئلا، ۰.۵۰ است.^۲

آنچه پیداست اینکه پژوهش‌های فوق در سنجش دشواری بازنگری قانون اساسی، براساس آنچه در متن مدون درخصوص بازنگری قانون اساسی طرح شده، سنجیده شده است. از این رو گفتنی است، تحلیل‌هایی که صرفاً علل مدون را در نظر می‌گیرند، بسیاری از اوقات به نتایج صحیحی منجر نمی‌شود؛ چراکه میزان دشواری بازنگری قانون اساسی، می‌تواند ناشی از علل و عوامل بیرونی بسیاری باشد که به نوبه خود، گاه تأثیر بیشتری از علل مدون بر بازنگری قانون اساسی می‌گذارند.

۳.۲. علل نانوشته

همان‌گونه که گفته شد علل نامدون بسیاری بر میزان دشواری قانون اساسی تأثیر می‌نهد که در مباحث ذیل خلاصه می‌شود:

۳.۲.۱. رابطه زمان و بازنگری

تغییر شأن و جایگاه داخلی یا بین‌المللی دولت و تغییر سیاست‌ها و اهداف یک نظام سیاسی، تأثیری ملموس و به‌خصوص در میزان بازنگری‌ناپذیری قانون اساسی می‌نهند. گاه آن را دشوارتر می‌سازند و گاه از دشواری آن می‌کاهند. آخرین بازنگری در قانون اساسی آمریکا، یعنی اصلاحیه بیست و هفتم، مربوط به ۲۰ سال قبل یعنی سال ۱۹۹۲ است و بعد از آن، علی‌رغم ارائه طرح‌های مختلف، بازنگری قانون اساسی منجر به نتیجه نشده است و قبل از آن، اصلاحیه بیست و ششم در سال ۱۹۷۲ انجام شد. این یعنی قانون اساسی از سال ۱۹۷۲ تا به امروز فقط دو مرتبه بازنگری شده است. درحالی‌که از سال ۱۹۳۴ تا ۱۹۷۰، قانون اساسی چهار مرتبه تغییر کرد و یا در دوره‌ای موسوم به دوره پیشرفت از سال ۱۹۱۳ تا ۱۹۱۹، قانون اساسی چهار مرتبه بازنگری شد. جالب اینکه چهار بازنگری اخیرالذکر، مربوط به زمانی بود که بازنگری‌ناپذیری متداومی بر قانون اساسی حاکم شده بود؛ به‌طوری‌که طرح‌های مختلفی درخصوص تغییر قواعد بازنگری و سهل کردن آن ارائه می‌شد. در همین خصوص، روزنامه نیویورک‌تایمز در سال ۱۹۱۲ گزارشی تحت عنوان «تغییر بنیادی در شیوه بازنگری قانون اساسی آمریکا» از دشواری شیوه بازنگری انتقاد کرده بود.^۳ در همین سال، سناتور لافولت طرحی درخصوص بازنگری اصل پنجم و تسهیل شیوه بازنگری قانون اساسی به کنگره ارائه کرد.^۴ در تعاقب چنین فضایی که علی‌رغم لزوم بازنگری، بازنگری دشوار شده بود، قانون اساسی طی ده سال چهار مرتبه بازنگری شد. اما امروزه دیده می‌شود در طول قریب به نیم‌قرن، قانون اساسی فقط دو مرتبه تغییر کرده است.

بنابراین، یکی از علل سهولت یا دشواری بازنگری قانون اساسی زمان و اقتضائات زمانی است. در واقع، جو حاکم بر جامعه، ترکیب نمایندگان مجلس، اهداف و سیاست‌های رهبران جامعه و اتفاقات سیاسی، می‌تواند موقتاً تأثیر مهمی بر میزان دشواری بازنگری قانون اساسی بگذارد.

^۱ Lijphart, Arend. *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, New Haven: Yale University Press, Second Edition, 2012, P 208.

^۲ Lutz, Op. Cit., P 170.

^۳ Way to Amend Constitution, *The New York Times*, August 6, 1912.

^۴ S.J. Resolution 131, 62nd Congress, August 5, 1912, introducing amendment proposal.

۳.۲.۲. فرهنگ‌های حاکم بر بازنگری

از دیگر علل نانوشته‌ای که موجب بازنگری قانون اساسی می‌شود، فرهنگ‌های حاکم بر بازنگری است که تا حدی با علت «زمان» که در بالا مطرح شد، مرتبط است. فرهنگ بازنگری^۱ توسط ریچارد آلبرت به کار برده شد و منظور، فضا و پارادایم حاکم بر بازنگری قانون اساسی است. تأثیر فرهنگ حاکم سه‌گونه است: شتاب‌بخش کارایی قواعد بازنگری هستند، قواعد را از نو نظام‌بندی می‌کنند یا از کار می‌اندازند. هریک به تفصیل بیان می‌شود.

۳.۲.۲.۱. فرهنگ شتاب‌بخشی^۲

در این فرهنگ، ساختار سیاسی و جو موجود در جامعه به‌گونه‌ای است که به‌منظور تحقق اهداف سیاسی از قواعد بازنگری مدد گرفته می‌شود و قانون اساسی به‌سهولت تغییر می‌یابد.^۳ برای مثال، در برخی کشورهای آفریقایی فرهنگ سیاسی حاکم به‌گونه‌ای است که با تسریع فرایند بازنگری، موجب رقم‌خوردن بازنگری‌های متعدد قانون اساسی می‌شوند. قانون گینه استوایی مصوب ۱۹۹۶، ۲۳ مرتبه بازنگری شده یا قانون اساسی تانزانیا، از سال ۱۹۷۷، ۱۰۰ مرتبه تغییر کرده است.^۴ در واقع، هر شخصی که قدرت را در این کشورها به دست می‌گیرد، برای تحقق مقاصد سیاسی خود، به بازنگری قانون روی می‌آورد. بدون تردید، فرهنگ حاکم بر بازنگری، فسادافزا و موجب فروکاسته شدن قانون اساسی به جایگاه قوانین عادی است. البته، فرهنگ شتاب‌بخشی، همیشه پیامدهای بدی ندارد. در ایالات متحده آمریکا، قوانین ایالتی برخلاف قانون اساسی فدرال، به طور میانگین ۷۵۰۰ مرتبه تغییر پیدا کرده‌اند که بسیار بیشتر از میزان بازنگری قانون اساسی ایالات متحده آمریکا بوده است.^۵ با این حال، بازنگری‌ها دو نتیجه مثبت داشته‌اند: اول اینکه به نیازهای زمان پاسخ‌گو بوده‌اند و دوم، موجب آگاهی و مشارکت هرچه بیشتر شهروندان شده‌اند.

۳.۲.۲.۲. فرهنگ تغییر مسیر بازنگری^۶

در این فرهنگ، بازنگری قانون اساسی نه در شکلی که قانونگذار پیش‌بینی کرده، بلکه در شکل متفاوت و نانوشته‌ای تغییر می‌یابد. در همین خصوص، فرهنگ حاکم بر بازنگری قانون اساسی در ژاپن قابل اشاره است که اگرچه از سال ۱۹۴۶ قانون اساسی فقط یک مرتبه به شکل رسمی تغییر پیدا کرده است، به شیوه‌ای نانوشته بارها از مسیر تفسیر قضایی، قواعد اساسی مفهومی جدید خود دیده‌اند؛ بنابراین، مسیر تغییر قانون اساسی نه قواعد بازنگری، بلکه تفسیر است که ممکن است گاه توسط مرجع قضایی صورت گیرد و گاهی هم توسط دیوان قانونگذاری کابینه.^۷ بنابراین، فرهنگ حاکم به‌گونه‌ای عمل کرده که بازنگری به‌اندازه کافی محقق شده، اما نه در مسیر قانونی، بلکه در مسیری

^۱ The culture of amendment

^۲ Amendment Culture as a Accelerate

^۳ Albert, Op. Cit., P 112.

^۴ Fombad, Charles Manga. "Some Perspectives on Durability and Change under Modern African Constitutions", *International Journal of Constitutional Law*, Volume 11, Issue 2, 2013, PP 391-401.

^۵ Dinan, John. *State Constitutional Politics: Governing by Amendment in the American States*, Chicago: University of Chicago Press, 2018, P 23.

^۶ Amendment Culture as a redirection: مفهوم عبارت حاضر به تغییر مسیر بازنگری ترجمه شده است. معنای تحت‌اللفظی آن «جهت‌دهی مجدد» می‌شود.

^۷ Ginsburg, Tom and James Melton. "Does the Constitutional Amendment Rule Matter at All? Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty", *International Journal of Constitutional Law*, Volume 13, Issue 3, 2015, P 697.

که عرف سیاسی به وجود آورده است. اینکه چنین وضعیتی مشروع است یا خیر، و مشروعیت به چه معنایی است، خود بحث دیگری است. آنچه اینجا مهم است تحقق بازنگری به شیوه منحصر به فرد است که فرهنگ حاکم خوانده می‌شود.

۳.۲.۲.۳. فرهنگ انهدام اعتبار قاعده بازنگری^۱

منظور از بی‌اعتبارسازی، فرهنگی است که موجب عدم اعتبار قواعد رسمی بازنگری قانون اساسی می‌شود. یعنی، عرف سیاسی - تاریخی موجب شده‌اند بازنگری قانون اساسی از مسیر متفاوت‌تری صورت پذیرد یا قواعد بازنگری به کار گرفته نشوند و بی‌اعتبار شوند. در کشورهای مشترک‌المنافع کارائیبی، علی‌رغم اینکه قواعد بازنگری نسبتاً منعطف‌اند، بازنگری قانون اساسی برخلاف قانون اساسی صورت می‌گیرد. مثلاً بازنگری با اکثریت ساده یا رفراندوم ممکن است، اما باین حال برخلاف قواعد مصرح، بازنگری انجام پذیرفته است.^۲ چنین وضعیتی محصول وجود فرهنگ سیاسی محافظه کار، فرقه‌گرایی سیاسی و ضرورت‌های عرفی حاکم است که تحقق بازنگری از ساده‌ترین مسیر را ناممکن می‌کند.

همچنین وضعیت بازنگری در کشور کانادا محل مناقشه و چالش بسیار بوده است. قبل از تصویب قانون اساسی کانادا در سال ۱۹۸۲، قواعد اساسی این کشور باتوجه به مصوبه قانون اساسی کانادا (یا قانون بریتانیای آمریکای شمالی) مصوب ۱۸۶۷، بازنگری می‌شد که بدان موجب پارلمان انگلیس قانون اساسی اخیر را ۲۲ مرتبه تغییر داد. باین حال از زمان تصویب قانون اساسی در سال ۱۹۸۲، بازنگری قانون اساسی توسط ساختارهای این کشور و در درون مرزهای این کشور روی نداده است. در همین خصوص، یکی از حقوق دانان، به نام جمی کامرون، گفته است که عدم تحقق بازنگری بعد از سال ۱۹۸۲ در کانادا، ناشی از فقدان قواعد بازنگری از بدو تشکیل این کشور و عدم شکل‌گیری فرهنگ بازنگری است.^۳ لذا موارد بازنگری در قانون اساسی کانادا از ابتدا تا سال ۱۹۸۲ در خارج از کشور صورت پذیرفته و همین موجب انهدام اعتبار قواعد بازنگری مصرح در قانون اساسی ۱۹۸۲ کانادا شده است؛ چنانچه در داخل باتوجه به ساخت سیاسی این کشور، قواعد بازنگری عملاً اعتبار و کارایی خود را از دست داده است.

۳.۲.۳. تغییرات نانوشته در قواعد رسمی بازنگری

منظور از تغییرات نانوشته قواعد رسمی بازنگری، تغییراتی است که تدوین نمی‌شوند، اما عملاً اصلاحی بر قواعد نوشته بازنگری قانون اساسی هستند. در واقع، تغییرات نانوشته در قواعد رسمی بازنگری، تغییر قواعد بازنگری موجود در متن قانون اساسی، به شیوه‌ای غیر از آن مسیری است که قواعد مزبور تعیین کرده‌اند.^۴ برای مثال، در کشور کلمبیا، قانون اساسی امتیازات و حقوق مختلفی را برای بومیان که در اقلیت‌اند، پیش‌بینی کرده است. باین حال، در بازنگری امتیاز و حقی برای بومیان تعریف نشده بود که همین، حقوق بومیان را به خطر می‌انداخت. به همین جهت، دادگاه قانون اساسی در سال ۲۰۱۲ با افزودن این بند، که بازنگری قانون اساسی چنانچه «راجع به بومیان باشد، نیازمند جلب نظر آنان است»،

^۱ Amendment culture as a incapacitation: این عبارت نیز به انهدام اعتبار بازنگری ترجمه شده و مفهوم آن مدنظر بوده است.

معنای تحت‌اللفظی آن «بی‌اعتبارسازی» می‌شود.

^۲ O'Brien, Derek. "Formal Amendment Rules and Constitutional Endurance: The Strange Case of the Commonwealth Caribbean", In: Albert, Richard, Xenophon Contiades and Alkmene Fotiadou (eds.). *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*, Oxford: Hart Publishing, 2017, PP 293-294.

^۳ Cameron, Jamie. "Legality, Legitimacy and Constitutional Amendment in Canada", In: Albert, Richard and David R. Cameron (eds.). *Canada in the World: Comparative Perspectives on the Canadian Constitution*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017, PP 98, 121.

^۴ Albert, Op. Cit, P 127.

قواعد بازنگری را به شیوه نانوخته تغییر داد.^۱ چنین پدیده‌ای گویای این است که بازنگری در موارد خاصی ممکن است با سهولت مواجه شده، از میزان دشواری آن کاسته شود. در نمونه کلمبیا دادگاه قانون اساسی به‌صورت نانوخته، شرطی بر قواعد بازنگری می‌افزاید و عملاً دشواری آن را افزون می‌کند.

اینکه چگونه بازنگری غیرمدون رقم می‌خورد، معمولاً چند عامل مختلف دارد: دادگاه‌ها، مجالس قانونگذاری، قوای اجرایی و خود مردم. برای مثال، رئیس‌جمهور شی جینگ پینگ، در سال ۲۰۱۸ محدودیت زمانی حاکم بر دوران ریاست‌جمهوری را لغو کرد که به‌طور کلی محدودیت دو دوره‌ای انتخاب رئیس‌جمهور حذف شد.^۲ همچنین پیدایش دکترین ساختار اصلی^۳ در قانون اساسی هند، نمونه واضحی از تغییر قواعد بازنگری بود. دکترین مزبور، برای اولین بار از پسوی دیوان عالی هند ارائه شد که محدودیت‌های ضمنی بر صلاحیت بازنگری قانون اساسی هند ایجاد کرد. قضیه این‌گونه بود که مطابق قانون اساسی هند، همه قواعد قابل بازنگری بودند. باین‌حال، پارلمان هند تلاش می‌کند ضمیمه‌ای با این شرح که «همه قواعد این قانون به‌شرط تبعیت از آیینی که در قانون آمده، قابل بازنگری هستند»، به قانون اساسی الحاق کند و بازنگری‌پذیری هم قواعد را رسماً مدون سازند. اما دیوان عالی هند حقوق اولیه افراد را در خطر می‌بیند و تفسیری از قانون اساسی ارائه می‌دهد تا از این طریق، قدرت نامحدود پارلمان را در بازنگری را مهار کند.^۴ همچنین مشابه تفسیری که قانون اساسی هند ارائه داده، در کشور کلمبیا قابل رؤیت است. دادگاه قانون اساسی در این کشور بیان می‌دارد: «بر صلاحیت بازنگری محدودیت‌های عمده‌ای بار می‌شود؛ زیرا صلاحیت بازنگری نباید منجر به تهدید کلیت و شاکله قانون اساسی شود و به‌نوعی موجودیت قانون اساسی را تهدید کند؛ بنابراین، صلاحیت بازنگری، محدود و از نوع اعطائی است و مؤسس نیست. صلاحیت اعطائی بر خلاف صلاحیت مؤسس، نمی‌تواند موجب جایگزینی متنی دیگر باشد یا شاکله قانون اساسی را تهدید کند».^۵

۴. آثار دشواری بازنگری و اهمیت تعیین میزان دشواری

در قسمت‌های قبل درباره مفهوم دشواری بازنگری، مفهوم انعطاف و عدم انعطاف و چرایی دشواری بازنگری صحبت شد. اینک به آثار میزان دشواری بازنگری پرداخته می‌شود و سپس با رویکردی هنجاری، از اهمیت طراحی قواعد بازنگری باتوجه به مسئله دشواری بازنگری، سخن خواهیم گفت.

۴.۱. آثار دشواری بازنگری

دشواری بالای بازنگری قانون اساسی، باتوجه به اوضاع و احوال حاکم بر آن، مثبت تلقی می‌شود یا منفی. در واقع، میزان دشواری بازنگری قانون اساسی آثار متفاوتی بر جای می‌گذارد که باتوجه به ساخت سیاسی یک کشور و فضای حاکم، گاه می‌تواند مثبت و مفید باشد و گاه منفی و نامطلوب. برخی آثار مهم دشواری بازنگری قانون اساسی و ابعاد منفی و مثبت

^۱ Colombia Const., arts. 7, 8, 70, 72, 171, 246, 330–31.

^۲ Buckley, Chris. "How Xi Jinping Made His Power Grab: With Stealth, Speed and Guile", *The New York Times*, March 7, 2018, Available at: <https://www.nytimes.com/2018/03/07/world/asia/china-xi-jinping-party-term-limit.html/>

^۳ The Basic Structure Doctrine

^۴ Thiruvengadam, Arun K. et al. *The Constitution of India: A Contextual Analysis*, Oxford: Hart Publishing, 2017, P 216.

^۵ Cepeda Espinosa, Manuel José and David Landau (eds.). *Colombian Constitutional Law: Leading Cases*, Oxford: Oxford University Press, 2017, P 341.

آن، به شرح ذیل تحلیل می‌شود.

اولین اثر، در کارایی قواعد قانون اساسی است. در دو کشور ایالات متحده آمریکا و لهستان در قرن ۱۸ بند اتفاق آرا برای بازنگری قانون اساسی پیش‌بینی شده بود که بدان موجب، برای تحقق بازنگری باید مجمع مورد نظر به توافق مطلق آرا و حتی عدم وجود یک رأی مخالف، طرح بازنگری را تصویب کند.^۱ در حقیقت، فرایند در نظر گرفته شده موجب دشواری بازنگری، ناکارایی و متروک شدن برخی از قواعد بازنگری شده است.

دومین اثر، در امکان تحقق سیاست‌های اجتماعی و حمایت از حقوق بنیادین افراد است. همان‌طور که می‌دانیم، قبل از ۱۹۱۳ باوجود ارائه طرح‌های مختلف قانون اساسی ایالات متحده آمریکا در مقابل تغییر مقاومت می‌کرد. باوجود این، در کمتر از یک دهه قانون اساسی چهار مرتبه اصلاحیه خورد. موضوع چهار اصلاحیه به‌ترتیب، قانونی کردن اخذ مالیات مستقیم بر درآمد، کیفیت انتخابات مجلس سنا، ممنوعیت مصرف نوشیدنی‌های الکلی و به رسمیت شناختن حق رأی برای زنان، بود.^۲ آنچه مشخص است، اینکه عمده موارد فوق در طول زمان ثبات یافته‌اند و به‌عنوان یک دستاورد تلقی می‌شوند.

سومین اثر دشواری فراوان قانون اساسی، در ایجاد «فرهنگ جهت‌دهی مجدد» است که در بالا سخن از آن رفت. اینکه می‌بینم در ژاپن از دریچه تفسیر تغییرات بسیاری در قانون اساسی رخ داده و بازنگری رسمی فقط یک‌بار به وقوع پیوسته، دو جنبه متفاوت دارد: اول اینکه ممکن است چنین چیزی مثبت تلقی شود؛ زیرا از ظرفیت تفسیر برای عبور از موانع و مشکلات، بهره جسته‌ایم. اما جنبه دوم که مؤید منفی بودن چنین وضعیتی است، صحیح‌تر می‌نماید؛ زیرا با پیدایش چنین وضعیتی چند اثر نامطلوب رقم می‌خورد که می‌تواند به عدم مشروعیت منجر شود: ۱. حاکمیت قانون متزلزل می‌شود؛ زیرا در خارج از حدود، بازنگری رخ می‌دهد؛ ۲. شیوه مشخص، شفاف و دقیقی برای بازنگری نخواهیم داشت و همین، موجب سوءاستفاده از قدرت می‌شود؛ ۳. از میزان اعتماد عمومی و اعتماد به دولت کاسته نمی‌شود؛ زیرا هر چقدر از بازنگری خارج از حدود باشد، به همان میزان از میزان اعتماد عمومی کاسته می‌شود.

چهارمین اثر دشواری بازنگری، حفظ و ایجاد ثبات در ساختار سیاسی یک کشور است. در واقع، با دشوار ساختن فرایند بازنگری و حتی بازنگری ناپذیر کردن برخی قواعد، ثبات و استحکام ساختاری یک دولت حاکم حفظ می‌شود. این اثر هم همچون آثار دیگر می‌تواند دو جنبه مختلف داشته باشد: از طرفی، ممکن است قانون اساسی حاوی قواعدی باشد که در راستای ایدئولوژی و تفکر به‌خصوصی باشد و موجب حفظ آن ایدئولوژی و تفکر شود. اما از طرف دیگر، ممکن است در متن قانون اساسی از حقوق و آزادی‌های افراد حمایت‌های ویژه‌ای به‌عمل آمده باشد و بر مبنای دموکراتیک تأکید شده باشد که در چنین حالتی دشوار شدن بازنگری قانون اساسی، مؤثر و مفید است.

پنجمین اثر میزان دشواری بازنگری، در ایجاد گفت‌وگوی سیاسی میان مردم و سیاستمداران است. به این معنا که هرچقدر میزان دشواری بازنگری بالا باشد، گفت‌وگوی سیاسی میان سیاستمداران و مردم به سطح حداقلی و صرف شرکت در انتخابات می‌رسد. چنین گفت‌وگویی معمولاً با رفراendum یا امکان حمایت از گروه‌های مختلف جامعه در قالب بازنگری محقق می‌شود. دشواری پایین بازنگری و امکان بازنگری، در جهت ایجاد گفت‌وگو بین سیاستمدار و مردم عمده‌تأثیر مثبتی است؛ چراکه در قالب بازنگری، شهروندان نقش خود را در رقم خوردن سیاست‌ها و حقوق خود مهم می‌بینند و می‌توانند خواسته‌های خود را جهت احقاق حقوق خود دنبال کنند؛ همان‌گونه که در ایالات متحده آمریکا، خواسته

^۱. Albert, Op. Cit, PP 95-96.

^۲. اصلاحیه‌های ۱۶ و ۱۷ و ۱۸ و ۱۹ قانون اساسی آمریکا.

ممنوعیت برده‌داری، در قانون اساسی رسمیت یافت. اما استفاده از رفراندوم و ایجاد گفت‌وگو بین سیاست‌مداران و مردم، همیشه به نتایج مثبت منجر نشده و برعکس، در مواقعی امکان سوءاستفاده از باور عمومی و مردم‌فریبی را ممکن‌تر ساخته است.

۴.۲. اهمیت تعیین میزان دشواری

آنچه درخصوص آثار ذکر شد، برای پاسخ به این پرسش نبود که آیا قانون اساسی باید قواعد سختی برای تغییر ایجاد کند یا خیر، بلکه هدف از طرح آثار دشواری و آنچه در مطالب قبل آمد، این بود که تعیین چه میزان از دشواری، قانون اساسی را به هدفش رهنمون می‌سازد. یکی از مسائل مهمی که درخصوص دشواری بازنگری قابل طرح است، بحث ارزش‌دهی است. به این معنا که انعطاف ارزشمند است یا عدم انعطاف، یا راه میانه‌ای که در آن کوشش بر ایجاد تعادل باشد. شاید در نگاه اول، مفروض این باشد که انعطاف ارزشمند است؛ زیرا امکان تغییر و تکامل قانون اساسی را هموار می‌سازد. اما طراحی درجه انعطاف باتوجه به اوضاع و احوالی که قانون اساسی در آن خلق شده و اهدافی که قانون اساسی دارد، باید به نحو متفاوتی صورت پذیرد. اگر هدف از نگارش قانون اساسی انعکاس اولویت‌های موجود باشد، انعطاف‌ناپذیر ساختن قانون اساسی، قطعاً قانون اساسی را ناکارآمد خواهد ساخت؛ اما اگر هدف اصلی در قانون اساسی حمایت از حقوق مدنی و آزادی‌های افراد باشد، باید در اندیشه ثبات قانون اساسی بود و دشوار شدن بازنگری آن مورد تأکید باشد.^۱

۵. تأملی در دشواری بازنگری قانون اساسی در نظام حقوقی ایران

در این قسمت بدو اصل یک‌صد و هفتاد و هفتم به‌عنوان علت نوشته تشریح و تحلیل می‌شود و سپس، به علل نانوشته پرداخته می‌شود. نهایتاً هم باتوجه به آنچه استنباط شد، نقدی به وضعیت دشواری بازنگری در نظام حقوقی ایران می‌شود.

۵.۱. تشریح و تحلیل اصل یکصد و هفتاد و هفتم

در بسیاری از قوانین اساسی، قواعد بازنگری در انتها می‌آید. اما این به این معنا نیست که اهمیت کمتری از سایر قواعد داشته باشند. در واقع، بنیادی بودن قواعد بازنگری به قدری است که می‌توان قانون اساسی را به فرایند تغییر و بازنگری آن تعبیر کرد. از این منظر اصل یکصد و هفتاد و هفتم اگرچه آخرین قاعده در قانون اساسی است، اهمیت بسیاری در تداوم و استحکام قانون اساسی دارد. اما آنچه اینجا اهمیت دارد، سنجش میزان دشواری اصل مزبور است. پیش از آغاز بحث، این نکته قابل ذکر است که یکی از مصداق‌های پیش‌بینی دشواری در قانون محدودیتی است که در اصل یکصد و سی دوم آمده است که بدان موجب، در موقعی که اختیارات و مسئولیت‌های رئیس‌جمهوری بر عهده معاون اول یا فرد دیگری است، بازنگری ناممکن است. چنین محدودیتی را «محدودیت زمانی» نام نهاده‌اند.^۲ محدودیت مزبور نمی‌تواند عنصر مهمی در سنجش میزان دشواری بازنگری قانون اساسی باشد؛ زیرا فرضی است که عملاً هیچ‌گاه در فضای سیاسی بروز نیافته است و فعلاً نمی‌تواند بر میزان دشواری مؤثر باشد.

مطابق اصل یکصد و هفتاد و هفتم، چهار مرحله متفاوت برای تحقق بازنگری در نظر گرفته شده است: ابتکار، تصویب،

^۱. Albert, Richard, Ryan C. Williams and Yaniv Roznai (eds.). *Amending America's Unwritten Constitution*, Cambridge: Cambridge University Press, 2022, P 55.

^۲. علم‌الهدی، سید حجت‌الله و مصطفی منصوریان، «مبنا، ماهیت و تضمین محدودیت‌های بازنگری در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، *فصلنامه دانش حقوق عمومی*، دوره ۷، شماره ۱۹، ۱۳۹۷، ص ۱۹.

تأیید و همه‌پرسی. در مرحله اول رهبری خطاب به رئیس‌جمهوری موارد اصلاح یا متمیم را جهت طرح در شورای قانون اساسی پیشنهاد می‌دهد. در مرحله دوم شورای بازنگری قانون اساسی موارد پیشنهادی را مورد شور و کنکاش قرار می‌دهد و ممکن است مصوباتی داشته باشد. در مرحله سوم، رهبری مصوبات را تا و امضا می‌کند و نهایتاً در مرحله چهارم، به آرای عمومی و مراجعه می‌شود تا به تصویب اکثریت مطلق شرکت‌کنندگان در همه‌پرسی برسد.

سنجش میزان دشواری بازنگری باتوجه‌به روند در نظر گرفته شده در اصل یک‌صد و هفتاد و هفتم، از دو منظر انجام‌پذیر است: یکی از منظر کمیت مراحل و دیگری از منظر کیفیت مراحل. اینکه چهار مرحله مختلف به‌منظور به سرانجام رسیدن بازنگری تعیین شده است، تحقق بازنگری را با دشواری خاصی مواجه می‌کند؛ چراکه هریک از مراحل دارای استقلال وجودی هستند و عدم تحقق هریک به‌منزله عدم توفیق در تحقق بازنگری است. اما کیفیت مراحل به گونه دیگری است. مرحله ابتکار بیش از اینکه بر حدنصاب و اکثریت خاصی از یک مجمع یا گروه تأکید کند، اصل را بر مصلحت‌اندیشی گذارده است و همین سنجش میزان دشواری نهفته در این مرحله را قدری مشکل می‌کند؛ زیرا ازسویی ممکن است مصلحت مقتضی بازنگری باشد و ازسویی دیگر هم امکان دارد مصلحت اقتضا نکند. ازاین‌رو، میزان دشواری این مرحله نسبی است و مصلحت مبنای عمل است. مرحله دوم، منزلگاه تصویب موارد پیشنهادی است. در این مرحله نحوه کار و میزان حدنصاب لازم برای تصویب نیامده و چندوچون آن به سطح قوانین عادی فروکاسته شده است؛ درحالی‌که در بسیاری از نظام‌های حقوقی دنیا به‌طور دقیق میزان حدنصاب لازم برای تصویب در قانون اساسی مقرر شده است.^۱ بنابراین، اینکه حدنصاب خاصی برای مصوبات بازنگری در قانون اساسی مقرر نشده است، حمل بر دشواری پایین بازنگری می‌شود؛ زیرا ممکن است در قوانین عادی، کمترین میزان دشواری یعنی آرای اکثریت نسبی اعضای حاضر در نظر گرفته شود و حتی اگر هم این‌طور نباشد، امکان تغییر قوانین عادی سهولت بیشتری دارد. مرحله سوم، تأیید و امضای مقام رهبری (رهبر شهید (ره)) است که به‌صورت مطلق به کار برده شده است.^۲ این مرحله نیز برحسب مصلحت تعیین شده است و نمی‌توان ازنقطه‌نظر دشواری بازنگری سنجش شود؛ چراکه مصلحت امری است که باتوجه‌به اوضاع‌واحوال سنجش می‌شود و گاه ممکن است علی‌رغم طی مرحله قبل، تأیید و امضا ازسوی شخص اول مملکت به‌صلاح نباشد. در مرحله چهارم، اراده واقعی مردم نمایان می‌شود. این مرحله ازنقطه‌نظر دشواری بازنگری، در درجه بالایی قرار دارد؛ چراکه فرض بر آن است که هرگونه بازنگری باید با آرای اکثریت مطلق رأی‌دهندگان باشد. اینکه هرگونه بازنگری و تغییر در قانون اساسی در هر سطحی که باشد، نهایتاً باید به فراندوم گذاشته شود، مناسب و معقول نیست؛ زیرا گاه سطح بازنگری عمیق است و باید فراندوم را جزو لاینفک مراحل بازنگری قرار داد. اما گاه هم تغییر در درجه‌ای است که مستقیماً حقوق بنیادی ملت را تهدید نمی‌کند و سهولت در مراحل تغییر می‌تواند بسیار معقول و مؤثر باشد.

مطابق مفاد قواعد رسمی بازنگری در قانون اساسی ایران، وضعیت بازنگری از منظر میزان دشواری، به‌خصوص است و سخت می‌توان با نظر به این قواعد، میزان دشواری را سنجید؛ زیرا عنصر مصلحت در دو مرحله ایفای نقش می‌کند و همچنین، حدنصابی برای تصویب موارد بازنگری در شورا پیش‌بینی نشده است که انعطافی غیرمعقول است. فقط آنچه معیار مشخص و قطعی درخصوص میزان دشواری بازنگری می‌نمایاند، مرحله چهارم است که بایستگی رضایت اکثریت مطلق در فراندوم را نمایانده است که همین مؤید دشواری بالای بازنگری است. باوجود این، مشخص است که قانونگذار

^۱. Albert, Op. Cit, P 121.

^۲. تقی‌زاده، جواد و معصومه فدایی جویباری، «بررسی اصل ۱۷۷ قانون اساسی با تأکید بر مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱۶، شماره ۶۳، ۱۳۹۲، ص ۱۹۵.

سعی کرده است امکان بازنگری قانون اساسی را بنا به اقتضائاتی که هنگام طراحی این اصل وجود داشته، دشوار سازد. اینکه تحقق بازنگری در چهار مرحله باید باشد و فراندوم جزء لاینفک بازنگری است، مؤید دشواری بالای بازنگری قانون اساسی است؛ بنابراین، مطابق آنچه از منطوق و مفهوم اصل یکصد و هفتاد و هفتم استنباط می‌شود، دشواری بالایی برای بازنگری قانون اساسی حاکم شده است.

۵.۲. تأملی در علل نانوشتنه

همان‌گونه که پیش‌تر آمد، نیت قانونگذار این بوده که دشواری بازنگری قانون اساسی را افزون کند و درعین‌حال با تأکید بر بینش و مصلحت رهبری، حالت منعطف و نسبی به آن ببخشد. همین خصوصیت، میزان دشواری قواعد بازنگری را زمانمند می‌کند؛ یعنی ممکن است در دوره‌ای امکان بازنگری قانون اساسی، سهل باشد و در دوره‌ای دیگر، دشوار؛ به‌گونه‌ای که بازنگری هیچ‌گاه رخ ندهد؛ زیرا بنیان بازنگری مبتنی بر مصلحت است که رهبری در مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام درمی‌یابد. از این‌رو، ماهیت قواعد بازنگری در ایران به‌گونه‌ای است که مسئله دشواری بازنگری را تا حدی زمانمند می‌کند و ممکن است در زمانی بازنگری، به‌دفعات رخ دهد. اینک عوامل دیگری تحت عنوان عوامل نانوشتنه برشمرده می‌شوند که بر میزان دشواری بازنگری قانون اساسی مؤثر بوده‌اند.

یکی از عواملی مؤثر بر درجه بالای دشواری بازنگری در جمهوری اسلامی ایران، تاریخ بازنگری است. درواقع، تاریخ بازنگری تأثیری مهم در میزان دشواری بازنگری و تکرار آن در آینده می‌نهد. درخصوص اهمیت تاریخ، یکی از حقوق‌دانان، به نام جیم کامرون، درخصوص قانون اساسی کانادا می‌گوید: «عدم توفیق در تحقق بازنگری، عدم وجود تجربه تاریخی بازنگری در درون این کشور است».^۱ رخداد یکباره بازنگری در تاریخ ۴۴ ساله جمهوری اسلامی، عامل مهمی در انعطاف‌ناپذیری و دشواری بالای بازنگری قانون اساسی است. در حقیقت، بازنگری یک‌باره قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ بنابر اقتضائاتی روی داد و پس از آن هیچ‌گاه بازنگری صورت نگرفت. بدون تردید چنین وضعیتی، بازنگری را امری دست‌نیافتنی و افسانه‌گون می‌کند و باید در شرایط و حالات خاص بروز رخ دهد. این امر صرفاً موجب دشواری بالای بازنگری نمی‌شود؛ بلکه مضاف بر آن، قواعد را در قانون اساسی متروک می‌سازد و عناصر دیگری همچون تفسیر را تقویت می‌کند. اساساً نهاد تفسیر در کنار بازنگری ایفای نقش می‌کند نه اینکه جای آن را بگیرد.

از دیگر عوامل مهم در دشواری بازنگری، گستردگی موضوعی بازنگری پیشین و تأثیر آن در دشواری است. این‌گونه که بازنگری سال ۱۳۶۸، موجب تغییر قواعد در مسائل مختلفی همچون تمرکز در قوه مجریه، شرایط رهبری، تمرکز در قوه قضائیه، تمرکز در مدیریت صدا و سیما، تعداد نمایندگان مجلس شورای اسلامی، بازنگری قانون اساسی و تغییر نام مجلس شد^۲ و از این‌رو، مفهومی که از بازنگری بر اذهان مردم و سیاست‌مداران نهاده شد، بر گستردگی و خاص بودن بازنگری دلالت دارد. درحالی که بازنگری می‌تواند درخصوص موضوعات موردی باشد که مقتضای تغییر است. برای مثال، بیست و ششمین بازنگری در قانون ایالات متحده آمریکا، درخصوص حق رأی افراد ۱۸ ساله به بالاست. منشأ چنین حکمی در بحث و جدلی بود که درباره اعزام افراد ۱۸ ساله به جبهه جنگ مقابل ویتنام پیش آمده بود. موافقان اعطای حق رأی به افراد ۱۸ ساله استدلال می‌کردند که چگونه شخص ۱۸ ساله به جنگ اعزام می‌شود، اما حق رأی ندارد. همین مبنا موجب

^۱. Cameron, Op. Cit., P 125.

^۲. باباپور گل‌افشانی، محمد مهدی و محمد مهدی سلطانی، «بررسی بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: فرایند و دلایل تأخیر آن»، فصلنامه علوم سیاسی، دوره ۱۲، شماره ۳۵، ۱۳۹۵، ص ۱۶۱.

شد بازنگری بیست و ششم در سال ۱۹۷۱ صورت پذیرد؛ بنابراین، عدم وجود تجارب مختلف در بازنگری و وجود قواعد نوشته غیرمنطقی، سبب جایگزینی نهاد مفسر و انجماد قانون اساسی می‌شود. برابر عوامل نانوشته فوق، باید گفت نه فقط قواعد نوشته قانون اساسی شرایط پیچیده و دشواری را برای بازنگری قانون اساسی پیش‌بینی کرده‌اند، بلکه مضاف بر آن قواعد و علل نانوشته‌ای مثل زمان‌مند شدن دشواری بازنگری قانون اساسی، شرایط تاریخی و تجربه ملی، دشواری بازنگری را دوچندان کرده‌اند.

۵.۳. نقد دشواری بازنگری در قانون اساسی ایران

همان‌گونه که از سطور پیشین برآمد، بازنگری در قانون اساسی ایران سطح دشواری بالایی دارد؛ تا به حدی که نوعی «بازنگری‌ناپذیری»^۱ بر فضای سیاسی ایران حاکم شده است. در واقع، به‌مرور زمان و با پیدایش فرم‌های اجتماعی و سیاسی جدید، قواعد میزان ثبات سابق خود را از دست می‌دهند و برخی قواعد بیشتر در معرض انجماد غیرمعقول قرار می‌گیرند. باوجود چنین وضعی، بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران فقط یک‌مرتب صورت گرفته و بازنگری‌ناپذیری محسوس سایه افکننده است. نتیجه آن شده است که تفاسیر شورای نگهبان وارد میدان شده‌اند که محل نقد جدی‌اند. برای مثال، تفسیری که این شورا از اصل ۱۱۳ قانون اساسی در نظریه تفسیری شماره ۴۷۱۴۲/۳۰/۹۱ مورخ ۱۳۹۱/۴/۱۲، ارائه داده، اگرچه ممکن است مطلوب به نظر برسد، با مرّ اصل فوق در تعارض است. طبق نظر شورای نگهبان، اجرای قانون اساسی از سوی رئیس‌جمهور امری غیر از نظارت بر آن است و موارد متعددی هم باتوجه به نهاد اجرایی، از حوزه اجرایی مستثنا شده‌اند. این درحالی است که یکی از مهم‌ترین ابعاد اجرا، بعد نظارتی است و رئیس‌جمهور به‌عنوان شخص مسئول، باید بتواند وظیفه نظارت و پیگیری اجرا را اعمال کند. می‌توان چنین امری را به گفته‌ای بازنگری نامحسوس و غیررسمی قانون اساسی دانست؛^۲ زیرا شورای نگهبان با نظریه تفسیری خود قواعد و شرایط مختلفی را بر اصل ۱۱۳ بار می‌کند. چنین وضعیتی دو جنبه مختلف دارد: یکی اینکه باتوجه به ابهام قانونگذار و با نظر به اقتضائات موجود، تفسیر چاره‌گشا شده است و دوم اینکه، علی‌رغم حساسیت قانونگذار در اصل یک‌صد و هفتاد و هفتم و وجود دشواری بسیار در قانون اساسی، نهاد شورای نگهبان بازنگری نامحسوس و نانوشته قانون اساسی را رقم زده است. مضاف بر این، گاه تفسیر به شکل مصوبه درآمده است. در سال ۱۴۰۰ این شورا مصوبه‌ای درخصوص معیارهای کاندیداهای انتخابات ریاست‌جمهوری تصویب و منتشر کرد که در نوع خود چالش‌برانگیز است؛ زیرا معیارهای رئیس‌جمهور واجد شرایط در اصل ۱۱۵ قانون اساسی ذکر شده است و اقدام شورا، ورای مرّ قانون اساسی و نوعی تغییر و بازنگری محسوب می‌شود؛ بنابراین، دشواری بالای بازنگری قانون اساسی موجب جایگزینی تفسیر شده است که می‌توان آن را به فرهنگ «جهت‌دهی مجدد» شبیه دانست. در چنین وضعیتی ماهیت تفسیر و ماهیت نهاد شورای نگهبان محل سؤال است. البته اینکه می‌گوییم نهاد تفسیر جایگزین نهاد بازنگری شده، به این معنا نیست که تفسیر همان چیزی را به ارمغان می‌آورد که بازنگری می‌توانست رقم بزند. بلکه در بسیاری از مواقع، تفسیر به تغییرات غیرلازم منجر می‌شود. مصوبه شورای نگهبان درخصوص معیارهای کاندیداهای ریاست‌جمهوری، نوعی بازنگری در قانون اساسی است. می‌توان جایگاه نهاد تفسیر و ایجاد قواعد ازسوی این نهاد را به «فرهنگ جهت‌دهی مجدد» تشبیه کرد که در سطح ضعیفی رخ کرده است. اما گونه‌ای نامطلوب بوده است؛ زیرا با جهت‌دهی مجدد و عدم به‌کارگیری قواعد بازنگری، آنچه از بازنگری انتظار می‌رود در نهاد

^۱. Unamendability

^۲. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر، *بازنگری در قانون اساسی*، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۹، ص ۶۶.

تفسیر نمایان نشده است.^۱

مضاف بر موارد فوق، اصل ۴۴ قانون اساسی که باوجود سیاست‌های کلی اصل ۴۴ که مطابق بند ۱ اصل ۱۱۰ از سوی رهبری صادر شده، به کلی تغییر یافته است؛ چراکه با بروز برخی معضلات در اجرای خصوصی‌سازی، اصل ۴۴ قانون اساسی پاسخ‌گو نبود. ازاین‌رو، اصل مزبور بازنگری شده است بدون آنکه قانون اساسی تغییر یابد.^۲ علاوه بر این، بسیاری از قواعد قانون اساسی نیازمند تغییرند و نمی‌توان انتظار داشت که تفسیر، چاره کار باشد؛ چراکه اعتبار جایگاه قواعد قانون اساسی و فروکاسته نشدن آن به تفسیر، مقتضی است تغییر از راه بازنگری باشد. برای مثال، شوراها نه یک نهاد مشورتی، بلکه باید یک نهاد حکمرانی محلی در نظر گرفته شوند. همچنین این امکان باید برای مجلس پیش‌بینی شود که مجلس به اختیار خود تصویب پاره‌ای از قوانین را به قوه مجریه واگذار کند. همچنین، علی‌رغم پیشرفت‌ها و تحولات گسترده در جهان، دولتی بودن صداوسیما چندان مفید و مطلوب نیست.^۳

نتیجه‌گیری

تحقیق حاضر مفهومی جدیدی در خصوص بازنگری قانون اساسی نمایاند. مسئله دشواری بازنگری قانون اساسی، از جمله مسائلی است که محل اهمیت بسیاری بوده است. هرگاه بازنگری دشوارتر شده و از حالت میانه و معقول فاصله گرفته، عدم کارایی و اعتقاد به قدیمی بودن آن افزون شده است و هرگاه هم از میزان دشواری بازنگری کاسته می‌شود و بازنگری به تعدد صورت می‌پذیرد، جایگاه مستحکم و استوار قانون اساسی متزلزل و ابزار دست سیاست‌مداران برای نیل به منافع شخصی می‌شود. دشواری بازنگری قانون اساسی فقط مطابق قواعد نوشته بازنگری تعیین نمی‌شود، بلکه عوامل متعددی در این زمینه مؤثرند و فرهنگ‌های بازنگری و تغییرات نانوشته هم از این جهت بیان شد. در نظام حقوقی ایران، سنجش بازنگری باتوجه به اوصاف و مراحل که در اصل یک‌صد و هفتاد و هفتم ذکر شده است، قدری مشکل بود؛ اما نهایت این شد که متن مدون درجه بالایی از دشواری را برای بازنگری قانون اساسی در نظر گرفته است. این انتقاد جدی به قواعد بازنگری وارد است که برای هر تغییری، یک مسیر مشخص و دشوار پدید آورده‌اند؛ درحالی‌که شایسته و بایسته است با تفکیک بین موضوعات مختلف، میزان دشواری بازنگری هر موضوع را حد مشخصی قرار دهند. مضاف بر موانع و دشواری‌های شکلی، عوامل نانوشته متعددی نظیر زمانمندی دشواری بازنگری، تاریخ بازنگری در ایران و قدرت گرفتن نهاد مفسر، سخت‌تر شدن بازنگری را رقم زده‌اند. مجموع عوامل نوشته و نانوشته، نوعی بازنگری‌ناپذیری نامعقول و نامناسبی به وجود آورده است. ازجمله آنکه قانون اساسی نتوانسته نقایص خود را بپوشاند و مواردی نظیر ابهام در حدود دخالت مجلس، عدم امکان واگذاری تصویب برخی قوانین به قوه مجریه، اصلاح جایگاه شورای نگهبان و ممانعت از ایجاد قاعده توسط این نهاد، نیازمند تغییر و اصلاح بوده‌اند. پیشنهاد می‌شود با بازنگری قانون اساسی، تمایزی بین موضوعات مختلف قانون اساسی در بازنگری برقرار شود و موضوعات مهم و بنیادی، فرایند دشوارتر و موضوعات دیگر، فرایند سهل‌تری داشته باشند. یعنی بازنگری چندمسیره و موضوع‌محور باشد و برای دسته‌ای مشخص از موضوعات، مسیر مشخصی فراهم آید.

۱. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر، *مبانی حقوق عمومی*، تهران: جنگل، چاپ هفتم، ۱۴۰۰، ص ۲۰۷.

۲. گفتنی است که هماهنگی رئیس‌جمهور با رهبری در انتخاب برخی از وزرا در هیچ اصلی از قانون اساسی نیامده و در اصل ۱۳۳ که درخصوص معرفی وزرای پیشنهادی است، صلاحیت انتخاب تماماً در دست رئیس‌جمهور است. بالاین‌حال، عرف سیاسی به‌صورت نانوشته، قید «لزوم مشورت با رهبری» را به اصل ۱۳۳ افزوده است.

۳. گرجی ازندریانی، *بازنگری در قانون اساسی*، پیشین، ص ۴۷.

منابع

کتاب

۱. گرجی ازندریانی، علی اکبر، *بازنگری در قانون اساسی*، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۹.
۲. گرجی ازندریانی، علی اکبر، *مبانی حقوق عمومی*، تهران: جنگل، چاپ هفتم، ۱۴۰۰.

مقاله

۳. باباپور گل افشانی، محمد مهدی و محمد مهدی سلطانی، «بررسی بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: فرایند و دلایل تأخیر آن»، فصلنامه علوم سیاسی، دوره ۱۲، شماره ۳۵، ۱۳۹۵، صص ۱۵۷-۱۷۶.
۴. تقی زاده، جواد و معصومه فدایی جویباری، «بررسی اصل ۱۷۷ قانون اساسی با تأکید بر مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱۶، شماره ۶۳، ۱۳۹۲، صص ۱۸۷-۲۱۲.
۵. علم الهدی، سید حجت الله و مصطفی منصوریان، «مبنا، ماهیت و تضمین محدودیت‌های بازنگری در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، دوره ۷، شماره ۱۹، ۱۳۹۷، صص ۱-۲۳.

References

Books

1. Albert, Richard, Ryan C. Williams and Yaniv Roznai (eds.). *Amending America's Unwritten Constitution*, Cambridge: Cambridge University Press, 2022.
2. Albert, Richard. *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*, Oxford: Oxford University Press, 2019.
3. Cameron, Jamie. "Legality, Legitimacy and Constitutional Amendment in Canada", In: Albert, Richard and David R. Cameron (eds.). *Canada in the World: Comparative Perspectives on the Canadian Constitution*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017, PP 98-122. Doi: 10.1017/9781108333436.006.
4. Cepeda Espinosa, Manuel José and David Landau (eds.). *Colombian Constitutional Law: Leading Cases*, Oxford: Oxford University Press, 2017.
5. Dinan, John. *State Constitutional Politics: Governing by Amendment in the American States*, Chicago: University of Chicago Press, 2018.
6. Gorji Azandaryani, Ali Akbar, *Constitutional Amendment*, Tehran: Contemporary View, 2020. (In Persian)
7. Gorji Azandaryani, Ali Akbar, *Foundations of Public Law*, Tehran: Jungle, Seventh Edition, 2021. (In Persian)
8. Harding, Andrew. *The Constitution of Malaysia: A Contextual Analysis*, Oxford: Bloomsbury Publishing, 2012.
9. Lijphart, Arend. *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, New Haven: Yale University Press, Second Edition, 2012.
10. Lutz, Donald S. *Principles of Constitutional Design*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
11. O'Brien, Derek. "Formal Amendment Rules and Constitutional Endurance: The Strange Case of the Commonwealth Caribbean", In: Albert, Richard, Xenophon Contiades and Alkmene Fotiadou (eds.). *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*, Oxford: Hart Publishing, 2017, PP 293-314. Doi: 10.5040/9781509908288.ch-015.
12. Skeat, Walter A. *A Concise Etymological Dictionary of the English Language*, Oxford: Clarendon Press, 1885.

13. Thiruvengadam, Arun K. et al. *The Constitution of India: A Contextual Analysis*, Oxford: Hart Publishing, 2017.
14. Wright, Benjamin Fletcher. *Consensus and Continuity, 1776–1787*, Boston: Boston University Press, 1958.

Articles

15. alamolhoda, Sayyed Hojjatollah and Mostafa Mansourian, “The Basis, Nature and Guarantee of Revision Limits in the Constitution of the Islamic Republic of Iran”, *Quarterly Journal of Public Law Knowledge*, Volume 7, Issue 19, 2018, PP 1-23. (In Persian)
16. Babapour Gol-Afshani, Mohammad Mahdi And Mohammad Mahdi Soltani, “A Study of the Amendment of the Constitution of the Islamic Republic of Iran: The Process and Reasons for Its Delay”, *Political Science Quarterly*, Volume 12, Issue 35, 2016, PP 157–176. (In Persian)
17. Fombad, Charles Manga. “Some Perspectives on Durability and Change under Modern African Constitutions”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 11, Issue 2, 2013, PP 382–413. Doi: 10.1093/icon/mot001.
18. Ginsburg, Tom and James Melton. “Does the Constitutional Amendment Rule Matter at All? Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 13, Issue 3, 2015, PP 686–713. Doi: 10.1093/icon/mov041.
19. Jefferson, Thomas. “Letter to Samuel Kercheval, Monticello, July 12, 1816”, In: Ford, Paul Leicester (ed.). *The Writings of Thomas Jefferson*, Volume 12, New York: G. P. Putnam’s Sons, 1899.
20. Lukowski, Jerzy. “Machines of Government’: Replacing the Librium Veto in the Eighteenth-Century Polish-Lithuanian Commonwealth”, *The Slavonic and East European Review*, Volume 90, Issue 1, 2012, PP 65–97. Doi: 10.5699/slaveasteurorev2.90.1.0065.
21. Madison, James. “The Federalist No. 42,” In: Cooke, Jacob E. (ed.). *The Federalist*, Middletown, Connecticut: Wesleyan University Press, 1961.
22. Taghi-Zadeh, Javad And Ma’soumeh Fada’ei Jouybari, “Review of Article 177 of The Constitution With an Emphasis on The Negotiations of The Constitutional Review Council”, *Legal Research Quarterly*, Volume 16, Issue 63, 2013, PP 187–212. (In Persian).

Legal Documents

23. Colombia, *Political Constitution of Colombia*, arts. 7, 8, 70, 72, 171, 246, and 330–331.
24. United States Congress, *S.J. Resolution 131*, 62nd Congress, August 5, 1912.

Internet Resources

25. Buckley, Chris. “How Xi Jinping Made His Power Grab: With Stealth, Speed and Guile”, *The New York Times*, March 7, 2018, Available at: <https://www.nytimes.com/2018/03/07/world/asia/china-xi-jinping-party-term-limit.html/>
26. “The U.S. National Archives and Records Administration”, *Amending America: Proposed Amendments to the United States Constitution, 1787 to 2014*, Dataset first published March 7, 2016, Available at: <https://www.archives.gov/open/dataset-amendments.html>
27. Way to Amend Constitution, *The New York Times*, August 6, 1912.



Legal Research
Volume 29, Issue 114, 2026

Table of Contents

A Reflection on the Institutions, Stakeholders, and Modes of Water Governance in the Legal Systems of Iran and Afghanistan	1
<i>Ali Akbar Gorji Azandaryani, Kobra Hussaini</i>	
Limitations of the Right to Disclose the Work by the Author on Copyright Exploitation Contracts; Comparative Study of Iranian and French Law	29
<i>Pejman Mohammadi, Saeideh Hosseini</i>	
Biological Dimensions of Male Sexual Victimization	45
<i>Aref Esmailzadeh, Ali Saffary, Razieh Saberi</i>	
Feasibility of Adjusting the Expert Opinion at the Judgment Issuance Stage in Claims for Damages Arising from Breach of Financial Obligations	67
<i>Hassan Badini, Azade Shams</i>	
Feasibility of Participatory Budgeting in Iran according to Comparative Studies (Spain, France, Germany)	85
<i>Saeed Reza Abadi, Ferdos Sabermahani</i>	
A Comparative Study on the Essence of the “Right” in the Islamic Jurisprudence, Private Law and Public Law	105
<i>Mohammadreza Vjeh</i>	
Male Domestic Violence against Female: An Evolutionary Approach	127
<i>Mehdi Sabooripour</i>	
Rereading Kant’s Just War Theory within the Framework of Contemporary International Law (With Emphasis on the Russia–Ukraine War).....	145
<i>Meisam Norouzi, Shahram Zarneshan, Shabnam sadat Shahtaheri</i>	
An Examination of The Legal Status of Avatars in the Metaverse	163
<i>Maryam Bahrekazemi, Parviz Bagheri</i>	
Derogation from Human Rights in States of Emergency: With Particular Emphasis on the Suspension of Elections During the COVID-19 Pandemic in Light of the Case Law of the European Court of Human Rights.....	181
<i>Ali Mohamad Fallahzade, Ali Reza’ei</i>	
A Comparative Analysis of the Concept of Bio-Citizenship with Emphasis on the Law on Family Protection and Youthful Population	201
<i>Mahdi Moradi Berelian, Mohammad Ghsem Tangestani</i>	
The Relational Approach to Contract, the Vested (Formal) Relational Contract, and Their Implications for Contractual Relationships	221
<i>Mohammad Ali Bahmaei, Mahoor Nasiri Mahini</i>	
Feasibility of Civil Liability for Uncertain Causation in Light of the Loss of a Chance Theory with Emphasis on Medical Cases.....	247
<i>Sajjad Shahbaz Qahfarrokhi</i>	
Analysis of the Right to Physical Protection of the Child within the Triad of Rights: Provision, Protection, and Participation in the Convention on the Rights of the Child and the Iranian Legal System	263
<i>Saeid Mahjoub</i>	
A Reflection on the Difficulty of Constitutional Amendment In Iran	283
<i>Saber Almasi Khani, Ali Sohrablou</i>	



Legal Research

Editorial

In the summer of 2026, coinciding with the conclusion of another academic term and the administration of students examinations, Issue 114 of the Legal Research was published. In this issue the selected articles have 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.

The first article of this issue No. 114 is dedicated to "A Reflection on the Institutions, Stakeholders, and Modes of Water Governance in the Legal Systems of Iran and Afghanistan". This article studies water governance through analyzing legal and institutional structures and considering Iran's and Afghanistan's legal systems. Moreover, this issue of Legal Research encompasses topics in various areas including International Law, Intellectual Property Law, Civil Procedure Law, Criminal Law & Criminology, Human Rights, Civil Liability Law, Child Law, Contract 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 including failure to adhere to word count limits or journal's citation method and etc. hinder the achievement of this goal.

We also recommend that respected authors, if they use artificial intelligence to find sources relevant to their field of study, personally examine and analyze the sources suggested by the AI. Sometimes, the sources introduced by AI do not actually exist, or their information is incomplete or incorrect, which calls the authenticity of the article into question. We strive at various stages, including the technical editing stage, to minimize such cases; however, on this path, we need the cooperation of respected authors, their adherence to the prevailing rules and regulations, and their commitment to the principles of research ethics.

We strive to publish the journal's issues on time and consistently 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 the journal's email address: law.res.mag@sbu.ac.ir.

Mansour Amini
Editor in Chief of Legal Research

Legal Research

Volume 29, Issue 114, 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 Administrative 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, Faculty 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



No 114/ 2026

Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Legal Research

- ▶ **A Reflection on the Institutions, Stakeholders, and Modes of Water Governance in the Legal Systems of Iran and Afghanistan**
Ali Akbar Gorji Azandaryani, Kobra Hussaini
- ▶ **Limitations of the Right to Disclose the Work by the Author on Copyright Exploitation Contracts; Comparative Study of Iranian and French Law**
Pejman Mohammadi, Saeideh Hosseini
- ▶ **Biological Dimensions of Male Sexual Victimization**
Aref Esmailzadeh, Ali Saffary, Razieh Saberi
- ▶ **Feasibility of Adjusting the Expert Opinion at the Judgment Issuance Stage in Claims for Damages Arising from Breach of Financial Obligations**
Hassan Badini, Azade Shams
- ▶ **Feasibility of Participatory Budgeting in Iran according to Comparative Studies (Spain, France, Germany)**
Saeed Reza Abadi, Ferdos Sabermahani
- ▶ **A Comparative Study on the Essence of the "Right" in the Islamic Jurisprudence, Private Law and Public Law**
Mohammadreza Vijeh
- ▶ **Male Domestic Violence against Female: An Evolutionary Approach**
Mehdi Sabooripour
- ▶ **Rereading Kant's Just War Theory within the Framework of Contemporary International Law (With Emphasis on the Russia-Ukraine War)**
Meisam Norouzi, Shahram Zarneshan, Shabnam sadat Shahtaheri
- ▶ **An Examination of The Legal Status of Avatars in the Metaverse**
Maryam Bahrekazemi, Parviz Bagheri
- ▶ **Derogation from Human Rights in States of Emergency: With Particular Emphasis on the Suspension of Elections During the COVID-19 Pandemic in Light of the Case Law of the European Court of Human Rights**
Ali Mohamad Fallahzade, Ali Reza'ei
- ▶ **A Comparative Analysis of the Concept of Bio-Citizenship with Emphasis on the Law on Family Protection and Youthful Population**
Mahdi Moradi Berelian, Mohammad Ghsem Tangestani
- ▶ **The Relational Approach to Contract, the Vested (Formal) Relational Contract, and Their Implications for Contractual Relationships**
Mohammad Ali Bahmaei, Mahoor Nasiri Mahini
- ▶ **Feasibility of Civil Liability for Uncertain Causation in Light of the Loss of a Chance Theory with Emphasis on Medical Cases**
Sajjad Shahbaz Qahfarrokhi
- ▶ **Analysis of the Right to Physical Protection of the Child within the Triad of Rights: Provision, Protection, and Participation in the Convention on the Rights of the Child and the Iranian Legal System**
Saeid Mahjoub
- ▶ **A Reflection on the Difficulty of Constitutional Amendment In Iran**
Saber Almasi Khani, Ali Sohrablou