



انجمن علمی علوم قضایی ایران



دانشگاه مازندران

# پژوهشنامه حقوق تطبیقی

عنوان مقاله ها:



- \* امکان استناد به تهاتر در برابر ابزارهای مبادله پذیر در حقوق انگلیس و ایران  
:: احمد اسفندیاری ::
- \* مقایسه ی قراردادی سازی در حقوق خانواده ایران و فرانسه  
:: محمدرضا خلیل زاده؛ عباس کریمی؛ علیرضا فروغی ::
- \* مطالعه تطبیقی صلاحیت هیأت مدیره بورس در رسیدگی به اختلافات بازار سرمایه در حقوق ایران، آمریکا و انگلستان  
:: نیما علیجان نژاد؛ حمید ابهری؛ سام محمدی ::
- \* مطالعه تطبیقی طرق اثبات عنن در فقه اسلامی، قانون ایران و قانون عراق  
:: مهدی رحمانی ::
- \* نقش عدالت انتقالی در بازسازی روابط طرفین در فرایند صلح سازی در جوامع جنگ زده پس از درگیری داخلی  
:: نرگس سادات حسینی؛ سیده لطیفه حسینی ::
- \* بررسی تطبیقی الگوی ایرانی "صیانت از کودکان و نوجوانان در فضای مجازی" و استانداردهای حقوق بین الملل کودک  
:: احسان شهبواری ::
- \* روشها و آثار تحصیل تابعیت در ایران با نگاهی تطبیقی به حقوق فرانسه و انگلستان  
:: سودابه طالبی قادیکلایی؛ عبدالعلی محمدی جوزانی؛ محمد باباپور ::
- \* خروج موضوعات از قصد قراردادی در حقوق انگلیس و فقه اسلامی: مطالعه تطبیقی تقریبی  
:: موسی عاکفی قاضیانی؛ سید مصطفی میلانی؛ وحید عاکفی قاضیانی ::
- \* سبز شدن حقوق بشر: تاملی بر شکل گیری و تحول «حقوق بشر زیست محیطی»  
:: علی مشهدی؛ ریحانه حامدی ::
- \* مطالعه تطبیقی به سامانی سازمان های مردم نهاد در حقوق ایران، ارمنستان و کانادا  
:: روح الله موذنی؛ ام لیلی فقیه عبدالهی ::
- \* مطالعه تطبیقی قلمروی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران؛ از سند نوشته تا نانوشته  
:: آیت مولائی؛ محمدرضا مجتهدی؛ سید حسین ملکوتی هاشجین؛ مائده سلیمانی دینانی ::
- \* مطالعه تطبیقی مسئولیت ناشی از ضرر آینده در حقوق ایران و فرانسه  
:: حسینعلی میرزاجانی رودپشتی؛ مهدی فلاح خاریکی؛ سیدحسن حسینی مقدم ::



**پژوهشنامه علمی**

**حقوق تطبیقی**

**رتبه «ب»**

**دوره 7 / شماره 2 / پایانی 12**

**پاییز و زمستان 1402**

## پژوهشنامه‌ی حقوق تطبیقی

صاحب امتیاز و ناشر: دانشگاه مازندران

انجمن علمی همکار: انجمن علوم قضایی ایران

مدیر مسئول: دکتر جواد تقی زاده

سر دبیر: دکتر حمید ابهری

مدیر اجرایی: دکتر سیدحسن حسینی مقدم

کارشناس: احسان نعمتی

### اعضای هیأت تحریریه

استاد دانشگاه مازندران	دکتر حمید ابهری
دانشیار دانشگاه تهران	دکتر محسن ایزانلو
دانشیار دانشگاه فردوسی	دکتر عبدالرضا جوان جعفری
استاد دانشگاه شهید بهشتی	دکتر مهراب داراب پور
استاد دانشگاه مازندران	دکتر ابوالحسن شاکری
استاد دانشگاه تبریز	دکتر ابراهیم شعاریان ستاری
دانشیار دانشگاه تهران	دکتر بیژن عباسی
دانشیار دانشگاه شهید بهشتی	دکتر محسن عبدالهی
استاد دانشگاه بوعلی سینا	دکتر ستار عزیزی
استاد دانشگاه مازندران	دکتر کیومرث کلاتتری
استاد دانشگاه علوم قضایی	دکتر همایون مافی
استاد دانشگاه مازندران	دکتر سام محمدی
استاد دانشگاه تربیت مدرس	دکتر پژمان محمدی
دانشیار دانشگاه قم	دکتر علی مشهدی
دانشیار دانشگاه اصفهان	دکتر علیرضا یزدانیان

ویراستار فارسی: احسان نعمتی ویراستار انگلیسی: دکتر حسین بزرگیان

حروفچینی و صفحه آرایی: فرهاد فیروزی تبار

شمارگان: 50 نسخه

چاپ و صحافی: انتشارات کتیبه

شاپا چاپی: 2423-7566

شاپا الکترونیکی: 2770-2821

نشانی: بابلسر، پردیس دانشگاه مازندران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی.

تلفکس: 01135302104    نامبر: 01135302102

پست الکترونیکی: pajohesh.l-p@umz.ac.ir    نشانی اینترنتی: www.lps.umz.ac.ir

• پژوهشنامه حقوق تطبیقی، مسئول آرا و نظریات مندرج در مقالات نیست و در ویرایش مطالب آزاد است.

اسامی داوران محترمی که در این شماره با پژوهشنامه حقوق تطبیقی همکاری داشته اند:

مسعود فریادی، مرتضی نجابت خواه، نازیلا تقوی، ام البنین رمضان زاده، محمد فرزانهگان، حسین رضازاده، سینتا مجتهدزاده، حمید ابهری، علیرضا یزدانیان، حسین خانلری بهنمیری، مصطفی السان، محمد شکری، پونه طبیب زاده، حسین شریفی طراز کوهی، رضا اسلامی، نرگس سادات حسینی، احسان شهبواری، محمد ستایش پور، امید شیرزاد، زهرا عامری، حسین کاویار، محمدحسین تقی پور درزی نقیبی، مهدی امینی، آیت مولائی، علی مشهدی، مهدی مرادی برلیان، مهدی عاشوری، محمد عالم زاده.

همچنین از زحمات خانم دکتر نازیلا تقوی در این شماره از نشریه، نهایت تشکر و قدردانی بعمل می آید.

انتشار این نشریه بر اساس موافقتنامه‌ی شماره‌ی 91/28446 مورخ 91/12/20 هیات نظارت بر مطبوعات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی است و بر اساس آیین نامه نشریات علمی مصوب 1398/02/09 موفق به کسب رتبه «ب» در فرآیند ارزیابی کمیسیون نشریات علمی وزارت علوم در سال 1400 شده است.

پژوهشنامه حقوق تطبیقی، اخلاق علمی و نشر را تحت قوانین بین‌المللی کپی رایت و کمیته بین‌المللی اخلاق در انتشارات (COPE) رعایت و از آیین نامه اجرایی قانون پیشگیری و مقابله با تقلب در تهیه آثار علمی پیروی می نماید.

در راستای حمایت از حقوق پژوهشگران و نویسندگان گرامی و همچنین جهت گسترش فرهنگ احترام به حق کپی رایت، مقالات بارگذاری شده در سامانه پیش از قرار گرفتن در روند داوری، از طریق سامانه مشابهت یابی سمیم نور همانندجویی می شوند.

دسترسی به مقالات پژوهشنامه حقوق تطبیقی و دریافت آنها، رایگان بوده و محدودیتی جهت خواندن و دریافت مقالات نشریه حاضر وجود ندارد و مخاطبان برای استفاده از آنها در راستای اهداف قانونی مجاز می باشند.



به نام خداوند جان و خرد

سخن سردبیر

خداوند بزرگ را سپاسگزاریم که با همدلی و همکاری پویندگان علم حقوق، شماره پیاپی دوازدهم پژوهشنامه حقوق تطبیقی با رتبه «ب» وزارت علوم، تحقیقات و فناوری و با نمایه ISC منتشر شده است. انتشار پژوهشنامه حقوق تطبیقی در واقع تداوم فعالیت علمی پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران است که پس از انتشار 31 شماره با مجوز وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی تغییر نام داده است. با تقدیم این شماره از مجله از همه فرهیختگان، دانشوران و اندیشمندان و فعالان عرصه‌ی علم و پژوهش حقوق انتظار می‌رود با ارسال مقالات ارزشمند خویش بر غنای علمی دو فصلنامه بیفزایند و زمینه ارتقای سطح علمی مجله را فراهم نمایند.

دکتر حمید ابهری

سردبیر پژوهشنامه حقوق تطبیقی دانشگاه مازندران

## « فهرست مقالات »

صفحه

عنوان

- 7 امکان استناد به تهاجر در برابر ابزارهای مبادله پذیر در حقوق انگلیس و ایران.....
- 27 مقایسه ی قراردادی سازی در حقوق خانواده ایران و فرانسه.....
- 47 مطالعه تطبیقی صلاحیت هیأت‌مدیره بورس در رسیدگی به اختلافات بازار سرمایه در حقوق ایران، آمریکا و انگلستان.....
- 67 مطالعه تطبیقی طرق اثبات عنن در فقه اسلامی، قانون ایران و قانون عراق.....
- 85 نقش عدالت انتقالی در بازسازی روابط طرفین در فرایند صلح سازی در جوامع جنگ زده پس از درگیری داخلی، آشوب‌ها و اعتراضات منجر به خشونت.....
- 105 بررسی تطبیقی الگوی ایرانی "صیانت از کودکان و نوجوانان در فضای مجازی" و استانداردهای حقوق بین الملل کودک.....
- 125 روش‌ها و آثار تحصیل تابعیت در ایران با نگاهی تطبیقی به حقوق فرانسه و انگلستان.....
- 145 خروج موضوعات از قصد قراردادی در حقوق انگلیس و فقه اسلامی: مطالعه تطبیقی تقریبی.....
- 150 سبز شدن حقوق بشر: تاملی بر شکل گیری و تحول «حقوق بشر زیست محیطی».....
- 177 مطالعه تطبیقی به سامانی سازمان‌های مردم نهاد در حقوق ایران، ارمنستان و کانادا.....
- 199 مطالعه تطبیقی قلمروی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران؛ از سند نوشته تا نانوشته.....
- 223 مطالعه تطبیقی مسئولیت ناشی از ضررآینده درحقوق ایران و فرانسه.....







Original Article

# The Possibility of Invoking Set-off Against the Negotiable Instruments in English and Iranian Law

Ahmad Esfandiari <sup>\*1</sup> 

<sup>1</sup> Assistant Professor of Department of Private Law, Sari Branch, Islamic Azad University, Sari, Iran.



[20.1001.1.24237566.1402.7.2.1.7](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24273.1392)



[10.22080/lps.2023.24273.1392](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24273.1392)

**Received:**

September 7, 2022

**Accepted:**

January 31, 2023

**Available online:**

September 23, 2023

**Keywords:**

Debt, Equity, Holder,  
Instrument, Negotiable,  
Set-off

## Abstract

This analytical-descriptive research aims to study the possibility of invoking set-off against the negotiable instruments in English and Iranian law. One of the issues with negotiable instruments in English law is that the right to invoke the set-off against a holder's claim for payment is available to the liable of payment, including the maker, endorsers, and so on. Although objections can be raised with set-off as a means of defense, a definite distinction can be made between them in the negotiable instruments law. In Iranian law, with ambiguity in the position of legislator and silence of the judicial procedure, legal writers have taken contradictory views on this issue. While some people consider it as one of the effects of the principle of inadmissibility of objections against the holder in good faith or the implicit agreement of the parties on the non-occurrence of set-off, along with matters such as payment of the bill of exchange and substitution of the obligation, Others stated that the debt arising from the commercial document is subject to the general rule of set-off, which can be invoked. As a result, it seems that in English law, according to the consideration of set-off as a rule of procedure and negotiable instruments as an obligation without a condition of payment, while the defendant is prohibited from performing independent clearing against the holder, he can perform an integrated set-off and cite related. On the contrary, the evidence - which is deduced from some provisions of Iran's commercial law - shows that against the holder of the commercial document, set-off can absolutely be invoked.

\*Corresponding Author: Ahmad Esfandiari

Address: Assistant Professor of Department of  
Private Law, Sari Branch, Islamic Azad University,  
Sari, Iran.

Email: [Ahmadesfandiari@iausari.ac.ir](mailto:Ahmadesfandiari@iausari.ac.ir)



## 1. Introduction

In English law, on the one hand, due to following the Roman principle of the single issue, which considered the response to the plaintiff's lawsuit only by admitting the claim or denying it, on the part of the defendant, and on the other hand, since the forms of litigation and the system of the proceedings in the common law were designed in such a way that the main lawsuit was not involved with collateral claims, the set-off was not met with much enthusiasm and it was not possible for the defendant to invoke the set-off against the plaintiff's claim (Senhour, Untitled: 342). However, since the 17th century, under the influence of Roman law, set-off has expanded in the environment of English law with its own concept and types. On the other hand, Mercantile Law, which is considered the main source of negotiable instrument law, is silent about the possibility of invoking set-off against the holder.

## 2. Research Methodology

In this analytical-descriptive research, which was conducted through the library study, the main emphasis is on identifying and introducing the historical course and views on set-off in the two legal systems of England and Iran and comparing them with each other. Previous studies in this field indicated that in English law, the regulations governing civil and commercial relations between individuals have been formed over time from four sources of Law Merchant, Common Law, Positive Law, and Equity. Law Merchant, which recognized objections against the holder of the negotiable instrument other than the holder for consideration, has excluded the set-off or counterclaims

arising from collateral transactions from the scope of objections and basically has not any provision about the possibility of invoking the set-off against the holder of the negotiable instrument (Bichler, 1963: 384). In this way, three types of set-off have been formed according to the relationship between the origins of two debts: integrated set-off, independent set-off, and related set-off. Integrated set-off deals with a counterclaim that arises from the same circumstances as the original lawsuit and directly invalidates the original lawsuit to the extent that it equates to it. In this case, the request of the claimant will be reduced accordingly. In independent set-off, mutual debts that have arisen from completely unrelated circumstances are the subjects of set-off (Pinsler, 2011: 520). This type of set-off is caused by unrelated transactions. However, if both the main claim and the counterclaim do not include a specific amount and at the same time, are independent of each other, despite the possibility of joint proceedings, they are not subject to legal set-off (Pinsler, 2011: 537). In the related set-off, the subjects of the main lawsuit and the counterclaim are not exactly from a single transaction, nor from transactions completely unrelated to each other, but from two separate transactions that are closely related and are considered to be meaningfully intertwined with each other and ignoring the counterclaim is clearly in contrast to the rules of equity and justice. The position of the Iranian legal system in this context is ambiguous; some believe that when receiving the instrument, the holder has agreed with the transferor that the amount stated in the instrument will not be set off with his debt (Katouzian, 1377:

107), while some considered set-off as an objection that can be invoked by a holder.

### 3. Research Results

Since the common law has no rules about the negotiable instrument and it cannot be expected that it has a specific rule regarding the set-off of rights arising from them, the integrated set-off arises from the relationships between the direct parties of the negotiable instruments, such as the maker and the first holder, endorser, and transferee, etc. However, since in this assumption, the defendant's (issuer's) claim against the immediate holder directly results from the transaction that led to the instrument itself, the set-off interferes with defenses and can actually be invoked against the holder. Based on the first part of Article 3 of the English Bill of Exchange act, which introduced the Bill of Exchange as an unconditional payment order, the stated amount has been declared incapable to be the subject of a set-off and the independent set-off cannot be invoked against the holder in due course. As a general principle, the maker of the negotiable instrument can raise a counterclaim against a holder based on set-off. The main basis for acceptance of set-off, in this case, is that the claimant has recourse to the court, regardless of the "clean hands" theory. Then, a person who is indebted to another cannot ask for help from the rules of equity to receive his claim. However, there is an important exception and that is, if the holder has transferred it from someone whom the defendant could not claim against him, the defendant cannot invoke the set-off against such a holder with clean hands .

### 4. Conclusion

In English law, since the defendant's (issuer's) claim against the immediate holder directly results from the transaction that led to the instrument itself, set-off interferes with defenses and can actually be invoked against the holder (integrated set-off). The maker can raise a counterclaim against the claimant on the basis that he has recourse to the court, regardless of the "clean hands" theory (related set-off). However, according to the first part of Article 3 of the English Bill of Exchange act, which introduced the Bill of Exchange as an unconditional payment order, the stated amount has been declared incapable to be subject to a set-off (in the independent set-off ). Since there is not any provision about the impossibility of invoking set-off against the holder in Iranian negotiable instrument law, according to the clause "although, for a difference of cause" in Article 296 of the Iranian Civil Code, the defendant can invoke the set-off above three possibilities against such a holder .

### Funding

There is no funding support.

### Authors' contribution

All parts of the paper at all levels are prepared by the author .

### Conflict of interest

The author declares no conflict of interest.

### Acknowledgments

The author appreciates all the scientific consultants in this study .



# امکان استناد به تهاتر در برابر ابزارهای مبادله پذیر در حقوق انگلیس و ایران

احمد اسفندیاری\*<sup>۱</sup> ID

۱ استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران.



[20.1001.1.24237566.1402.7.2.1.7](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24273.1392)



[10.22080/lps.2023.24273.1392](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24273.1392)

## چکیده

هدف از انجام این تحقیق، بررسی امکان استناد به تهاتر در برابر ابزارهای مبادله پذیر در حقوق انگلیس و ایران است و روش تحقیق در نگارش این مقاله به صورت تحلیلی-توصیفی می باشد. یکی از مسائل مربوط به ابزارهای مبادله پذیر در حقوق انگلیس این است که در برابر دعوای دارنده برای مطالبه پرداخت وجه آن، تهاتر به عنوان ابزار دفاعی در اختیار مسئولین پرداخت اعم از صادرکننده، ظهرنویس و غیره قرار دارد؟ اگرچه ایرادات به همراه تهاتر به عنوان ابزارهای دفاعی، قابل طرح می باشند، در حقوق ابزارهای مبادله پذیر می توان تفکیک مشخصی میان آنها رسم نمود. در حقوق ایران با ابهام در موضع قانونگذار و سکوت رویه قضایی، نویسندگان حقوقی، دیدگاه های مختلفی در این مورد اتخاذ نمودند: در حالی که عده ای، آن را در کنار اموری مانند پرداخت وجه برات و تبدیل تعهد به عنوان یکی از آثار اصل غیرقابل استناد بودن ایرادات در برابر دارنده با حسن نیت یا توافق ضمنی طرفین بر عدم وقوع تهاتر، غیرقابل استناد می دانند، دیگران، دین ناشی از سند تجاری را تابع قاعده کلی تهاتر اعلام نمودند که می تواند مورد استناد قرار گیرد. در نتیجه به نظر می رسد که در حقوق انگلیس با توجه به تلقی شدن تهاتر به عنوان قاعده دادرسی و ابزارهای مبادله پذیر به عنوان تعهد بدون شرط پرداخت (در حالی که خواننده از اعمال تهاتر مستقل در برابر دارنده، ممنوع می شود) خواننده می تواند به تهاتر یکپارچه و مرتبط استناد نماید. برعکس، قرائنی که از برخی مقررات قانون تجارت ایران استنباط می شود، نشان می دهد که در برابر دارنده سند تجاری، تهاتر، مطلقاً می تواند مورد استناد واقع گردد.

تاریخ دریافت:

۱۶ شهریور ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۱۱ بهمن ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱ مهر ۱۴۰۲

کلیدواژه ها:

بدهی، انصاف، دارنده، ابزار، مبادله پذیر، تهاتر

\* نویسنده مسئول: احمد اسفندیاری

آدرس: استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد ساری، دانشگاه آزاد ایمیل: [Ahmadesfandiari@iausari.ac.ir](mailto:Ahmadesfandiari@iausari.ac.ir) اسلامی، ساری، ایران.

## ۱ مقدمه

امکان تهاتر طلب شوهر از زوجه با دین او به زوجة بابت نفقه اشاره شده است (حلی، ۱۴۰۳، ۲: ۵۷۳؛ حلی، ۱۴۱۹، ۳: ۱۱۳). با این حال در فقه به نقش دادگاه در فرایند تهاتر، نفیا یا اثباتا اشاره ای نشده است. برخی فقها به حکم عقل، بقای دو دین متقابل را ممتنع شمردند (رشتی، ۱۴۰۱، ۱، ۲۰۲) در حالی که عده‌ای عقیده داشتند که وقوع تهاتر، مستلزم تراضی دو بدهکار متقابل می‌باشد و در غیر این صورت، هر یک می‌تواند طلب خود را به طور جداگانه و بدون توجه به طلب دیگری، استیفاء نماید (اردبیلی، ۱۴۲۷، ۹: ۹۹)، دو دیدگاه تهاتر عقلی که بر اساس آن، وقوع تهاتر میان دو دین متقابل از عقل استنباط می‌شود و نیازی به دخالت شارع یا اراده یکی از دو بدهکار متقابل ندارد- و تهاتر شرعی- که بر اساس آن، منبع وقوع تهاتر میان دو دین متقابل را حکم شارع می‌داند و در این فرایند برای دخالت عقل یا اراده یکی از دو بدهکار متقابل، نقشی قائل نیست- به طور کلی لزوم وجود اراده طرفین یا یکی از آندو در وقوع تهاتر را نفی نمودند (حکیم، بی تا: ۴۰۱؛ رشتی، ۱۴۰۱: ۲۰۲؛ جعبی عاملی، ۱۴۱۳، ۸: ۴۸۱) اما به نظر اکثر فقها وجود اراده یکی از دو بدهکار در وقوع آن، لازم می‌باشد (خوانساری، ۱۳۵۵، ۱: ۱۲۵؛ حلی، ۱۴۰۳، ۲: ۵۷۳). شارحان قانون مدنی، سعی نمودند تهاتر قهری مندرج در ماده ۲۹۵ قانون مدنی را با دیدگاههای تهاتر عقلی در فقه و تهاتر خودکار- که عملکردی شبیه تهاتر عقلی در فقه دارد- یا تهاتر قانونی در ماده ۱۲۹۰ قانون مدنی سابق فرانسه- که عملکرد آن، شبیه تهاتر شرعی در فقه بود- تطبیق دهند (امامی، ۱۳۷۲، ۱: ۳۴۳؛ کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۵۲). با این حال، مقررات آیین دادرسی مدنی به گونه ای تدوین شده است که ارتباط تهاتر به امر دادرسی را غیر قابل انکار می‌سازد و نشان می‌دهد که تهاتر هرچند امری ماهوی است، باید در روند دادرسی مطرح شود. چنانکه برخی، استناد خواننده را به عنوان شرط متأخر و کلید حرکت تهاتر، معرفی می‌نمایند (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۵۷). علاوه براین، علی‌رغم وجود مقررات موضوعه و آرای قضایی در مورد امکان استناد به ایرادات در برابر دارنده سند

در حقوق انگلیس که بطور بسیار محدودی، تحت تأثیر نفوذ حقوق رومی و بیشتر تحت تأثیر تاریخ این کشور، تکامل یافته است (داوید و اسپینوزی، ۱۳۸۹: ۱۵۰)- از یکسو، تهاتر با اشتیاق زیادی مواجه نشده است. زیرا مطابق اصل رومی رسیدگی واحد- از آنجایی که پاسخ به دعوای خواهان، تنها از طریق اقرار به دعوی یا انکار نسبت به آن از سوی خواننده، قابلیت طرح داشت، این امکان برای وی فراهم نبود که در برابر دعوای خواهان، به تهاتر، استناد نماید زیرا برای چنین کاری، او، نخست می‌بایست به حقانیت دعوای خواهان، اقرار کند و پس از چنین اقراری، دیگر نمی‌توانست ادعا نماید که بر ذمه او نیز طلبی دارد. در نتیجه، ابتدا دادگاه، حکم به محکومیت خواننده دعوا صادر می‌نمود و سپس خواننده می‌توانست برای طلبی که بر ذمه خواهان دارد، دعوای مستقلی، اقامه کند (سنهوری، بی تا: ۳۴۲). اشکال دعوی و اصل رسیدگی واحد تا پیش از سده هفدهم در کامن لا نیز به گونه ای بود که پاسخ به دعوی در مقام دفاع به صورت بله یا خیر از سوی خواننده انجام می‌شد. یعنی دعوی می‌بایست از سوی خواهان، مورد اصرار واقع شده و از سوی خواننده، انکار شود. به این ترتیب، طرح دعوای جنبی از جمله دعوای تهاتر در برابر دعوای اصلی که با این فلسفه مبنایی، متعارض می‌نمود، با مانع جدی مواجه بود. با این حال، تهاتر از سده هفدهم، تحت تأثیر حقوق رومی در محیط حقوق انگلیس با مفهوم، شرایط و انواع خاص خود، گسترش یافته و هویت تازه‌ای پیدا نموده است. از سوی دیگر، حقوق عرفی بازرگانی- که منبع اصلی حقوق ابزارهای مبادله پذیر محسوب می‌شود- اگرچه درباره امکان استناد به ایرادات در برابر دارنده، شرایط و موارد آن، مقرراتی دارد- در مورد امکان استناد به تهاتر در برابر وی، سکوت نموده است. برعکس در سوابق فقهی حقوق ایران، تهاتر از همان آغاز بدون توجه به ضرورت‌های دادرسی به عنوان امری ماهوی مطرح گردید. چنانکه در دیدگاه فقها در موارد متعددی به



طرف مقابل...» و آنچه در مواد ۱۴۱ تا ۱۴۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، مصوب ۱۳۷۹ منعکس شده است و به دیدگاه عده‌ای از فقها نزدیک است که عقیده داشتند که با وجود معلوم بودن اشتغال ذمه دو طرف نسبت به یکدیگر، هر طلب را اگرچه هر دو، کلی باشند به طور جداگانه و بدون توجه به طلب دیگری می‌توان استیفاء نمود و طلب بدهکار، مانع استیفاء طلب بستانکار نخواهد بود (اردبیلی، ۱۴۱۷، ۹، ۹۹). دوم به معنای حق بدهکار به کاستن از مبلغ بدهی در برابر بدهی طرف مقابل به خود مانند تهاتر نمودن مبلغی از ثمن خرید یک دستگاه خودرو از سوی خواهان با همین مبلغ، بابت خسارت ناشی از عیب در سیستم ترمز آن که به خوانده وارد شده است (Garner, 1379: 574 ; Martin, 1997 427) در این صورت، خواهان مبلغ مورد ادعای خود را با کسر مبلغ موضوع تهاتر دریافت می‌دارد.

در فقه اسلامی برای بیان این منظور علاوه بر «تهاتر» از واژه‌های مقاصه، تقاص، احتساب نیز استفاده شده است که از میان آنها دو اصطلاح مقاصه و تهاتر، کاربرد بیشتری دارد: مقاصه از نظر واژه شناسی از ریشه «قص» به قطع کردن، کوتاه کردن .... تسویه حساب، مساوات و مماثلت آمده است (ابن منظور، بی تا، ۱۱: ۱۹۰) و تهاتر نیز از ریشه «هتر» به معنای دعوی باطل کردن بر یکدیگر و ... معنی شده است (ابن مطرز، ۱۹۷۹، ۲: ۳۷۷؛ انصاری و طاهری، ۱۳۸۶، ۱: ۷۴۵). با اینکه در فقه اسلامی، گاهی از تهاتر با عنوان مقاصه یاد شده است مانند تهاتر دین شوهر بابت نفقه با طلب او از همسر خود (حلی، ۱۳۸۹، ۳: ۲۷۲؛ نجفی، ۱۳۷۹، ۳۱: ۳۶۴) که از اختیاری بودن آن حکایت دارد اما در برخی متون فقهی از تهاتر به عنوان امری قهری یاد شده است (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۴، ۲: ۶۷۰) و میان دو دینی، موضوعیت می‌یابد که به لحاظ جنس، وصف، مساوی بوده و هیچ یک را بر دیگری ترجیحی نباشد (اردبیلی، ۱۴۲۷، ۹: ۹۹؛ نجفی، ۱۳۷۹،

تجاری در حقوق ایران، از آنجایی که درباره امکان استناد به تهاتر در برابر وی، مقررات روشنی وجود ندارد، در این مورد، دیدگاه‌های متعارضی از سوی نویسندگان حقوقی مطرح شده است. پژوهش حاضر، امکان استناد به تهاتر در برابر دارنده ابزار مبادله پذیر در حقوق انگلیس و حقوق ایران را بررسی می‌نماید.

## ۲ مفهوم شناسی

دو مفهوم تهاتر و ابزار مبادله پذیر و آثار آنها در حقوق انگلیس در مقایسه با حقوق ایران، متفاوت می‌نماید:

### ۲،۱ مفهوم تهاتر

در حقوق انگلیس، تهاتر در دو معنا به کار رفته است: نخست در معنای دعوای متقابل خوانده درباره مبلغی در برابر دعوای خواهان که نوعی دفاع محسوب می‌شود. در این مورد، خواهان، مبلغ مورد ادعا در دعوای اصلی و خوانده، مبلغ مورد ادعا در دعوای متقابل را دریافت می‌نماید (Martin, 1997: 426). بنابراین، پذیرش دعوای تقابل، مخصوصاً در دعوای اعسار و ورشکستگی (موضوع قانون بدهکاران معسر مصوب ۱۷۲۹ و قانون ورشکستگی مصوب ۱۷۰۵)، موجب زوال تمام یا بخشی از دعوای خوانده را فراهم می‌آورد (Pinsler, 2011: 517) و موجب برائت ذمه دو بدهکار متقابل و سقوط دو دین موضوع تهاتر می‌گردد با این حال، دادگاه‌های انگلیس، اساساً تهاتر را به عنوان وثیقه به حساب می‌آورند نه به عنوان یک اصل جبرانی (Sepinuck, 1988: 517). به همین دلیل در صورت قبول ادعای تهاتر، دادگاه، حکم به توقف دعوی اصلی به مقدار دعوای متقابل را صادر می‌نماید (Pinsler, 2011: 517) که اثر آن بر دادرسی، معادل صدور قرار عدم استماع دعوای اصلی در حقوق ایران است. این مفهوم از تهاتر به تعریف دعوی تقابل در ماده ۶۴ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه به: «دعوی ... برای به دست آوردن منافعی غیر از رد ساده دعوای

صادرکننده، بابت خسارات ناشی از تقلب در ارزش سهام، دعوی تقابلی را علیه او مطرح کرد. با اینکه دادگاه نخستین، تقاضای بانک خواهان در دعوی اصلی را بدون توجه به دعوی تقابل از سوی خواننده رد کرده بود (و در واقع امکان استناد به تهاتر را پذیرفت، دادگاه پژوهش با نقض رای مذکور، امکان طرح ادعای تهاتر در برابر منتقل الیه در برابر عوض سفته را منتفی دانست. با این حال، از آنجایی که سفته مورد نظر بدون ظهرونیسی به بانک خواهان، انتقال داده شده بود، امکان استناد به تهاتر برای خواننده در برابر آن وجود داشت زیرا همان گونه که در انتقال سفته بدون ظهرونیسی انتقال دهنده می‌تواند در برابر منتقل الیه مستقیم و بلاواسطه (یعنی بانک) به ایرادات متوسل شود، قادر است در برابر او به تهاتر نیز استناد نماید (Bichler, 1963: 380). سیاق ماده ۱۴۲ قانون آیین دادرسی دادگاه عمومی و انقلاب در امور مدنی به گونه ای است که تلقی تهاتر به عنوان ایراد را تقویت می‌نماید. برخی نیز تهاتر را در ردیف وفای به عهد، اقاله، ابراء، تبدیل تعهد، مالکیت مافی‌الذمه، فسخ و انفساخ در زمره ایرادات معرفی نمودند که در صورت وجود شرایط اصل عدم توجه ایرادات، امکان استناد به تهاتر در برابر سند، منتفی می‌باشد (بهرامی، ۱۳۷۸: ۴)؛ ملا حسینی، رحیم و احمدی، محمود، ۱۳۸۹: ۴). با این حال، تلقی تهاتر به عنوان یکی از مصادیق ایرادات، ناشی از عدم شناخت مفهوم دقیق ایراد است.

## ۲،۲ مفهوم واگذاری

در زبان انگلیسی، واگذاری، واژه ای عمومی است که به جا به جایی چیزی از شخصی به شخصی دیگر معنی شده است (Oxford Reference Dictionary, 1990: 873) که با دو سازوکار «انتقال» و «مبادله» صورت می‌پذیرد و احکام و آثار متفاوتی ایجاد می‌نماید. در حقوق انگلیس، واگذاری حقوق و تعهدات که حقوق قابل استیفاء محسوب شده و تمام حقوق دینی از جمله حقوق ناشی از اسناد تجاری را در بر می‌گیرد (Bichler, 1963: 384) با دو

۲۴: ۵۳) با این حال، بررسی دقیق تهاتر قهری، حاکی از این است که در این مورد، اراده یکی از دو بدهکار متقابل در وقوع تهاتر بر دیگری تحمیل شده است.

در فرهنگ های فارسی، تهاتر به «مبادله کالایی با کالایی دیگر، یکدیگر را تکذیب کردن...» (دهخدا، ۱۳۷۱، ۵: ۶۲۸۰؛ معین، ۱۳۶۰، ۱: ۱۱۷۲) تعریف شده است و در حقوق ایران نیز در فقدان تعریف قانونی، تهاتر به تساقط دو دین یا دو مجموع دیون دو شخص در برابر یکدیگر تا میزان کمترین آندو (شهیدی، ۱۳۸۷: ۱۶۳) یا سقوط دو دین متقابل همجنس بین دو شخص (عدل، ۱۳۸۹: ۱۷۳)، تعریف شده است که از مفهوم لغوی چندان دور نیفتاده است.

مسئله دشوارتر در این رابطه این است که تهاتر به عنوان ابزاری در جعبه ابزارهای ایراد از قبیل بطلان یا فسخ و .... به شمار می‌رود یا ابزار مستقلی محسوب می‌شود؟ به عبارت دیگر، ابزارهای دفاعی، مقسم تهاتر به شمار می‌روند یا قسیم آن؟ منظور از «ایراد»، اشکال موجود در نفس رابطه مبنایی می‌باشد که قبل از عملیات ناشی از سند تجاری وجود داشته یا بعد از آن ایجاد شده باشد و طرح آن از سوی خواننده در برگیرنده خواسته تازه‌ای نیست. چنانکه امضاکننده سند تجاری در مقابل دارنده آن، ادعا کند که معامله مبنای سند مذکور به دلیل معیوب بودن کالا با استناد به خیار عیب، فسخ شده است و یا اینکه با قبول بدهی مورد ادعا، مدعی تبدیل تعهد شود. این در حالی است که در «تهاتر»، به عنوان یک اصل کلی، تسویه دین با دینی دیگر مطرح است که خارج از رابطه مبنایی قرار دارد. با این حال، در پرونده Peoples Trust and Savings Bank v. Standard Printing Company - که دارنده سفته قابل پرداخت به حواله کرد که آنرا در برابر فروش سهام به مبلغ ۶۲۰۰ دلار از خواننده دریافت کرده بود و برای تضمین وام ۲۵۰۰ دلاری خود بدون ظهرونیسی به بانک خواهان سپرد بود در برابر دعوی بانک به خواسته مطالبه مبلغ سفته در سررسید به استناد تهاتر مبلغ سفته با بدهی





عنوان خواهان ردیف اول معرفی نموده و در صورت امتناع از وام دادن نام، او را به عنوان خوانده ردیف دوم به دادرسی دعوت کند، تسهیلاتی که در انتقال انصافی و قانونی، پیش‌بینی گردید برای ایجاد حقوق ابزارهای مبادله پذیر، کمک چندانی نمی‌نمود و با وجود شناسایی امکان انتقال طلب، چنین انتقالی، بسیار پرزحمت بود (Rebuck, 1991: 10). سندی که محتوی تعهدات یا ویژگی های فوق باشد، انتقال پذیر است.

### ۲،۴ مفهوم مبادله پذیر

در حقوق انگلیس، اسناد تجاری از جمله برات، سفته و چک را می‌توان به دو گروه غیر مبادله پذیر و مبادله پذیر تقسیم نمود: اسناد غیر مبادله پذیر، منعکس کننده تعهداتی است که به دلیل غیر قابل انتقال بودن آن مانند چک بسته یا سفته قائم به گیرنده یا به دلیل فقدان ظهرونی صحیح یا فقدان وصف حسن نیت در مورد دارنده، ایرادات روابط قبلی در برابر آن، قابل استناد می‌باشد. برعکس، اسنادی که پس از ظهرونی صحیح و پیش از سررسید در اختیار دارنده با حسن نیت قرار گیرد (و در حقوق انگلیس در برابر ارزش تحصیل شده باشد)، «ابزارهای مبادله پذیر» نامیده می‌شوند و به لحاظ قابل مبادله بودن، از مرز دیون معمولی فراتر می‌روند و بر خلاف انتقال مدنی، واگذاری آزادتر، مالیتی ملموس تر، مالکیتی بهتر و امکان تعقیب آسانتر را برای دارنده فراهم می‌نمایند. بنابراین، صرف اینکه ظاهر سند، برات، سفته یا چک باشد، عنوان ابزار مبادله پذیر بر آنها اطلاق نمی‌شود بلکه زمانی، سند تجاری، به عنوان "ابزار مبادله پذیر" شناخته می‌شود که هیچ ایراد شخصی (و نه ایراد واقعی) در برابر آن قابل استماع نباشد. با اینکه اصطلاح دقیقی که سند تجاری با ویژگی فوق را در حقوق ایران توصیف نماید و معادل اصطلاح انگلیسی در این مورد باشد، متداول نشده است، چنین سندی، گاهی «سند براتی» نامیده می‌شود.

سازوکار «انتقال» و «مبادله» صورت می‌پذیرد که احکام و آثار متفاوتی ایجاد می‌نماید.

### ۲،۳ مفهوم انتقال پذیر

حق قابل استیفاء، حقی، استیفاء نشده محسوب می‌شود که انتقال‌گیرنده باید برای اثبات حقانیت خود، نسبت به آن به مراجع صالح قضایی مراجعه کند و پس از اثبات انتقال حق، حکم دادگاه، قابل اجرا می‌باشد. مطابق کامن‌لا حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد را نمی‌توان بدون رضایت طرف دیگر به شخص ثالثی منتقل نمود و تنها روش انتقال آن، تبدیل تعهد (توافق متعاقدین اصلی و ثالث) برای تشکیل قرارداد جدید می‌باشد. دادگاه های انصاف نیز از بستانکار اصلی (انتقال دهنده) می‌خواستند تا اجازه دهد که نام او در دعوی مطالبه طلب، توسط انتقال‌گیرنده به عنوان خواهان، مورد استفاده قرار گیرد (Rebuck, 1991: 8) و در صورت امتناع انتقال دهنده، انتقال‌گیرنده، اجازه می‌یافت بدون اینکه او را به دادرسی دعوت نماید حق خود را به طور مستقیم، علیه بدهکار اعمال کند (Martin, 1997: 33). قانون دادرسی انگلیس مصوب ۱۸۷۳ و ماده ۱۳۶ قانون اموال انگلیس، مصوب ۱۹۲۵ با اصلاح قاعده فوق، انتقال تمام دیون و حقوق قابل استیفاء را که دیون ناشی از تعهدات روی اسناد تجاری نیز در زمره آنها محسوب می‌شود، بدون نیاز به جلب رضایت انتقال‌دهنده اصلی پذیرفت. با این حال، از آنجایی که اولاً: انتقال حقوق ناشی از قرارداد بر اساس ماده ۱۳۶ مذکور باید مکتوب بوده و از طرف بستانکار باید به کسی که حق، علیه او اجرا می‌شود، اعلامیه داده شود (Bradgate, White & Fennel, 1995: 234) و ثانیاً: حتی در صورت فراهم بودن شرایط فوق، بدهکار می‌تواند هر دفاعی را که در لحظه دریافت اعلامیه انتقال در برابر انتقال دهنده دارد، در برابر انتقال‌گیرنده مطرح سازد و ثالثاً: انتقال‌گیرنده نمی‌تواند حق خود را به تنهایی از بدهکار مطالبه نماید بلکه برای اقامه دعوی علیه او، لازم است نام انتقال‌دهنده را وام بگیرد و وی را به

### ۳ خصلت تهاتر: قاعده دادرسی یا ماهوی؟

حقوق روم پس از مدت طولانی نفی امکان تهاتر در عصر ژوستینین، پذیرفت که هرگاه رسیدگی و اتخاذ تصمیم در مورد دین متقابل، مستلزم صرف زمان بسیار و اقدامات پیچیده نباشد، دادگاه در صورت صلاحدید می‌تواند حکم به تهاتر صادر نماید و به این ترتیب، تهاتر، صرفاً در فرآیند رسیدگی قضایی، قابل طرح بود (Van Deventer, 2016: 11; Jousselein, 1900: 27; Sepinuck, 1988: 51). ماده ۱۳۴۷ قانون مدنی فرانسه اصلاحی ۲۰۱۶ نیز تهاتر به مفهوم تساقط دو دین متقابل به محض تلاقی آندو با یکدیگر است و با اینکه از سیاق ماده مذکور، استنباط می‌شود که تهاتر به طور خود به خودی و بدون مداخله قانونگذار واقع می‌شود، چنین تهاتری، ابزار دفاعی محسوب می‌گردد و در صورت جمع شدن شرایط تقابل دو دین، منوط به اراده حداقل، یکی از طرفین بوده و با استناد خواننده در دادگاه از حالت سکون، خارج می‌شود (Terre, Simler, & Lequetete, 1996: 1043). کامن‌لا نیز-که بر اساس ملاحظات دادرسی در ابتدا بر نفی هر نوع دعوای متقابل با دعوای در حال رسیدگی از سوی خواننده، اصرار داشت، به تدریج در موارد نقض الزام قانونی که به موضوع دعوای خواهان، مربوط می‌شود به خواننده اجازه داد که در مقابل او، دعوای مطالبه خسارت مطرح سازد. برخی دادگاههای مهاداری نیز تحت تأثیر نظریه عدالت طبیعی، ضمن ناعادلانه دانستن انکار تهاتر در برابر اشخاص با منابع مالی اندک، در صورت پیوستگی منافع طرفین و با توجه به لزوم اجتناب از جریان و تکثر دعوای، صلاحیت انصافی در رسیدگی برای خود قایل شدند و به خواننده، خواه، دعوا ناشی از نقض قرارداد یا الزام قانونی از سوی خواهان باشد، اجازه دادند تا خسارات را کسر نماید (Sepinuck, 1988: 52; Lyod, 1916: 563). حقوق موضوعه انگلیس نیز به

موجب قانون بدهکاران معسر مصوب ۱۷۲۹ و قانون موقتی ورشکستگی ۱۷۰۵ با هدف جلوگیری از کثرت دعوای تهاتر را پذیرفت. به این ترتیب در حقوق انگلیس نیز تهاتر بر ملاحظات آیین دادرسی، استوار بوده و صرفاً به عنوان یک ابزار دادرسی عمل می‌نماید و تهاتر به عنوان برگ برنده‌ای در اختیار خواننده دعوا قرار دارد که می‌تواند در مقابل دعوای خواهان به آن، استناد نموده یا دعوای مستقلی، اقامه کند.

به عنوان یک اصل کلی در حقوق انگلیس، قبول دعوای تهاتر از سوی دادگاه به منزله پرداخت دین و سقوط آن محسوب نمی‌شود (Lyod, 1916: 548) و بسیاری از دادگاهها نیز در فقدان اوضاع و احوال اجبار کننده، اساساً تهاتر را به عنوان وثیقه در نظر می‌گیرند نه به عنوان یک اصل جبرانی (Sepinuck, 1988: 517). به همین دلیل در صورت قبول ادعای تهاتر، دادگاه اقدام به صدور دستور توقف دعوی اصلی به مقدار دعوای متقابل را صادر می‌نماید (Pinsler, 2011: 517). با این حال، مطابق قانون ورشکستگی ۱۸۸۳ انگلیس کسی که همزمان به ورشکسته بدهکار و در مقابل از او بستانکار باشد، به میزان طلب خود به پرداخت بدهی خود مجبور نمی‌شود. در این مفهوم، تهاتر به معنای برائت ذمه دو بدهکار به محض تلاقی دو دین متقابل که موجب سقوط دو دین متقابل می‌شود- در حقوق انگلیس در دعوای اعسار و ورشکستگی، پذیرفته شده است.

برعکس، فقها درباره منبع تهاتر، اختلاف نظر دارند. چنانکه عده‌ای در مورد کسی که دینی بر ذمه داشته و مثل آنرا نیز از بستانکار خود، طلب دارد، بدون به کار بردن عبارت تهاتر عقلی تساقط دو دین را پذیرفتند (حلی، ۱۴۱۰، ۱: ۱۷۷) و برخی نیز تهاتر میان دو دین متقابل را بدون دخیل نمودن اراده یکی از دو بدهکار یا حکم مستقیم شارع در این مورد، عقلی معرفی کرده و بقای آنها را ممتنع دانستند (رشتی، ۱۴۰۱: ۲۰۲؛ جعبی عاملی، ۱۴۱۳، ۸: ۴۸۱). به این معنی هرگاه شخصی به دیگری بدهکار باشد و



فقهی، آن است که تهاتر، امری، ماهوی بوده و موجب برائت ذمه دو بدهکار و همچنین سقوط دو دین متقابل می‌شود مانند تهاتر دین شوهر بابت نفقه با طلب او از همسر خود- البته هرگاه زوجه دارا باشد، به اراده شوهر، منوط شده است- (ابن قدامه، بی‌تا، ۵: ۲۴۸؛ نجفی، ۱۳۷۹، ۳۱: ۳۴۶؛ حلی، ۱۴۰۳، ۲: ۵۷۳؛ حلی، ۱۴۱۹، ۳: ۱۱۳). چنانکه در پاسخ به استفتایی در این مورد که آیا شوهر می‌تواند نفقه زن را به عوض طلب خود حساب کند، گفته شد: «بلی... پس یوما فیوما حساب می‌کند. بلکه هرگاه آنچه طلب دارد با نفقه در جنس یکی باشد، محتمل است تهاتر قهری...» (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶: ۲۸۰). بیشتر نویسندگان حقوق مدنی با استناد به ماده ۲۸۲ قانون مدنی- که بر اساس آن هرگاه شخص، دیون متعددی به دیگری داشته باشد، تشخیص اینکه تأدیه، بابت کدام دین است با بدهکار می‌باشد- بر لزوم وقوع تهاتر به اراده یکی از طرفین تأکید نمودند زیرا از یک سو، حکم به سقوط خودکار هر یک از آنها با دین طرف دیگر، ترجیح بلا مرجح خواهد بود (شهیدی، ۱۳۷۷: ۱۷۷) و از سوی دیگر، نفع بدهکاری که در مورد یکی از دو دین، سود بیشتری بپردازد، ایجاب می‌نماید، آنرا موضوع تهاتر قرار دهد (امامی، ۱۳۷۲، ۱: ۳۲۶). مورد دیگر، تعیین مصداق دین کلی است. از آنجایی که کلی فی‌الذمه، دارای افراد عدیده در خارج بوده و بدهکار، ملزم به تسلیم یکی از آنها به بستانکار خود می‌باشد، تسلیم موضوع بدهی، معامله جدیدی محسوب شده است. در این صورت، بدهکار می‌تواند هر یک از افراد کلی را به منظور ایفای دین، انتخاب نماید (امامی، ۱۳۷۲، ۱: ۳۱۸). تهاتر نیز از این قاعده کلی، مستثنی نمی‌شود و بدهکار می‌تواند میان پرداخت دین خود به وسیله تهاتر یا از طریق دیگر، انتخاب کند (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۵۵). برخی فقها برای اجتناب از چنین اشکالی، وقوع تهاتر را منوط به خودداری بدهکار از پرداخت دین نمودند (نجفی، ۱۳۷۹، ۳۹: ۲۶۴) با این حال، نویسندگان حقوقی، عموماً، قید «... بدون اینکه طرفین در این موضوع تراضی نمایند» در ماده ۲۹۵ قانون مدنی را حاکی از ردّ

در مقابل به همان مقدار از وی، طلب داشته باشد، در صورت اجتماع سایر شرایط، هردو شخص به حکم عقل، نسبت به یکدیگر، بری‌الذمه محسوب می‌شوند. زیرا با اجتماع دو عنوان بدهکار و بستانکار در شخص واحد، رکن اصلی دین که تعدد طرفین آن است، زایل شده و دین، ساقط می‌گردد و عقل نیز نمی‌پذیرد که شخص، اجرای طلب را علیه خود از مراجع رسمی، مطالبه یا آن را از عهده خود اسقاط نماید. این در حالی است که عقل سلیم، مطالبه اجرای طلبی را که متقابلاً بر ذمه دیگری قرار دارد، دور از ذهن نمی‌شناسد و باوجود معلوم بودن اشتغال ذمه دو طرف، نسبت به یکدیگر، هر طلب را اگرچه کلی باشد، به طور جداگانه و بدون توجه به طلب دیگری می‌توان استیفاء کرد (اردبیلی، ۱۴۱۷، ۹: ۹۹). البته برخی نویسندگان حقوق مدنی، اساساً منکر حکم عقل در مورد اشتغال همزمان دو ذمه به دو دین متقابل و تساقط آن دو، شدند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۲: ۴۷۲ و ۴۷۴). گروهی دیگر، اشتغال همزمان ذمه را به دینی که مثل آن را محال علیه در مقابل او بر ذمه دارد، برخلاف احکام شارع معرفی کرده و تهاتر را شرعی اعلام نمودند (حکیم، بی‌تا: ۴۰۱). این دیدگاه در میان نویسندگان حقوقی مورد توجه واقع نشده است. برعکس سعی گردید، دیدگاه تهاتر قانونی در حقوق فرانسه که تا حد زیادی با این نظر موافق می‌نماید، با تهاتر قهری تطبیق داده شود. گروه سوم به نقش اراده یکی از دو بدهکار در وقوع تهاتر، اشاره نموده و تهاتر را امری، اختیاری محسوب نمودند و حتی عبارت «تهاتر قهری» را ناظر به مواردی دانستند که به دلیل وجود تقابل میان دو دین، نیازی به تراضی طرفین برای وقوع تهاتر نیست اما لزوم اراده یکی از دو بدهکار در وقوع آن نه تنها نفی نشده بلکه مورد تأکید قرار گرفته است (خوانساری، ۱۳۵۵ ش، ۱: ۱۲۵؛ خوبی، بی‌تا، ۳۸: ۴۰۴).

بجز فقه‌های حنفی که اثر تهاتر را صرفاً محدود به سقوط حق مطالبه دین معرفی نمودند (زحیلی، ۱۹۸۵، ۵: ۳۸۴) وجه مشترک سایر دیدگاه‌های

بازرگانی، شکل گرفته است: مطابق حقوق عرفی بازرگانی، ابزار مبادله پذیر نه تنها می‌تواند طلب را آزادانه منتقل سازد و به این معنی، هرگاه در وجه حامل باشد از طریق تسلیم آن به انتقال گیرنده و هرگاه در وجه شخص معین باشد، از طریق ظهنویسی و تسلیم منتقل می‌شود بلکه در برابر انتقال گیرنده از طریق مبادله، فقط ایرادات واقعی یعنی ایرادات مرتبط با سند مانند عدم رعایت مقررات قانونی در تنظیم آن، فقدان عوض و... را می‌توان مطرح نمود ( Dawson, 1991: 11; Rebuck, 1991: 11; Mounce, 1975: 739).

حقوق عرفی بازرگانی که طرح ایرادات در برابر دارنده سند تجاری به جز دارنده در برابر عوض را که آن را در زمان سرسید در اختیار دارد و در این صورت، ابزار مبادله پذیر نامیده می‌شود، به رسمیت شناخته است، تهاتر یا دعوی تقابل ناشی از معاملات جنبی را از شمول ایرادات، خارج ساخته و اساساً متعرض امکان استناد به تهاتر در برابر دارنده ابزارهای مبادله پذیر نشده است ( Bichler, 1963: 384). به این ترتیب در نظام حقوقی انگلیس به لحاظ ارتباط میان منشأ دو دین، سه نوع تهاتر شکل گرفته است: تهاتر یکپارچه، تهاتر مستقل و تهاتر مرتبط. تحول تاریخی سه نوع تهاتر مذکور، منجر به شکل‌گیری قواعد کاملاً متمایزی شده‌است که امکان استناد به تهاتر در برابر ابزار مبادله پذیر نیز در همین راستا قابل بررسی می‌باشد:

#### ۴٫۱ تهاتر یکپارچه

کامن‌لا که مدتی طولانی در برابر تهاتر، موضع غیرقابل انعطافی اتخاذ نموده بود، سرانجام، نوع خاصی از آن را که تهاتر کاهش‌ی یا تهاتر یکپارچه نام دارد، پذیرفت ( Lyod, 1916: 563; Sepinuck, 1988: 52). این نوع، تهاتر با دعوی متقابلی سر و کار دارد که از همان اوضاع و احوال دعوی اصلی، ناشی شده و بلاواسطه، دعوی اصلی را به میزانی که با آن معادله می‌نماید، بی اثر می‌سازد.

دیدگاه فقیهانی اعلام نمودند که وقوع تهاتر را منوط به تراضی دو طرف دانستند (امامی، ۱۳۷۲، ۱: ۳۴۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۵۴) و برای اجتناب از اشکالات تهاتر عقلی و شرعی، تلاش نمودند تا با استمداد از مفهوم تهاتر قانونی، خلأهای موجود را از طریق دخالت دادن استناد خوانده به تهاتر در فرآیند دادرسی، مرتفع سازند و آنرا به عنوان شرط متأخر و کلید حرکت تهاتر، معرفی نمایند (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۵۷ و ۴۶۴). اگرچه تهاتر، امری، دفاعی محسوب شده و عملاً بدون استناد خوانده در دادگاه، قابل تصور نمی‌باشد، دارای اثری، کاملاً ماهوی بوده و قبول آن از سوی دادگاه به منزله براءت ذمه دو بدهکار به نسبت دو دین متقابل و سقوط آندو می‌باشد. علاوه براین، تهاتر، وسیله تسهیل وفای به عهد و نوعی تضمین نیز معرفی شده است. در این معنی، تهاتر وثیقه پنهانی اجرای دو تعهد بوده و مانع از آن می‌شود که بدهکار طلبی را که از دیگری دارد و در مقابل نیز به وی بدهکار است- بستاند و سپس در برابر مطالبه او مدعی به اعسار خود شود (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۲۳۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۹۱۰). در این فرض هرچند استناد بدهکار به تهاتر در برابر دارنده، لزوماً به معنی پرداخت مبلغ مندرج در سند تجاری نیست، بدهکار می‌تواند در صورت امتناع طرف مقابل از پرداخت دین خود با استناد به تهاتر از پرداخت مبلغ مندرج در سند مذکور خودداری نماید. این دیدگاه ضمانت اجرای تهاتر را به حق حبس که تهاتر از توابع و فروعات آن در موارد کلی بودن موضوع دین محسوب شده است (سنهوری، ۱۹۹۸، ۳: ۸۹۸) در حقوق ایران نزدیک می‌سازد.

#### ۴ تهاتر در برابر ابزارهای مبادله پذیر

در حقوق انگلیس، مقررات حاکم بر روابط مدنی و تجاری میان اشخاص در طول زمان از چهار منبع کامن‌لا، حقوق موضوعه، انصاف و حقوق عرفی



توأمان، مشمول تهاتر قانونی قرار نمی‌گیرند (Pinsler, 2011: 537). با اینکه قوانین برخی کشورهای تابع نظام حقوقی کامن لا از جمله ماده ۷-۳۳۱ قانون ایالت ویسکانسین- که در آن بر عدم تأثیرپذیری حقوق تجارت موجود بر مقررات تهاتر قانونی تصریح شده است و بر اساس آن هرگاه دعوی، مربوط به برات یا سفته باشد، در صورتی که قبل از سرسید، منتقل شده باشد، دعوای تهاتر در برابر آن، قابل طرح نخواهد بود، در برخی نظامهای حقوقی، امکان استناد به تهاتر در برابر ابزارهای مبادله پذیر منتفی اعلام شده است (اشمیتوف، ۱۳۷۸، ۲: ۶۱۸). در حقوق موضوعه انگلیس، تهاتر دیون مربوط به ابزارهای مبادله پذیر مسکوت مانده است. با این حال به استناد قسمت نخست ماده ۳ قانون بروات انگلیس که برات را دستور پرداخت بدون قید و شرط معرفی نموده است، مبلغ مندرج در آن، غیر قابل تهاتر اعلام شده است. به این ترتیب، مطابق چنین مبنایی، استناد به تهاتر در برابر دارنده سند تجاری ممکن نمی باشد.

برخلاف مقررات مربوط به تهاتر مستقل در نظام حقوقی انگلیس، ماده ۲۹۶ قانون مدنی ایران با آوردن قید «... ولو به سبب اختلاف»، تهاتر دو دین غیر مرتبط را با اندکی تردید، مورد پذیرش قرار داده است (امامی، ۱۳۷۲، ۱: ۳۴۵؛ کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۲۰؛ شهیدی، ۱۳۷۷: ۱۷۳). استدلال مطرح شده در این مورد، آن است که اختلاف سبب، موجب اختلاف مسبب نمی‌شود (امامی، ۱۳۷۲، ۱: ۳۴۵). با این حال، ماده ۲۹۱ قانون تجارت که در روابط خارج از سند میان ایادی آن از استرداد وجهی که برای تادیه برات به محال‌علیه رسانیده شده بود به طریق محاسبه یا عنوان دیگر سخن گفته است، در مورد امکان آن در روابط ناشی از سند، سکوت نموده است. در صورتی که منظور از عبارت «... به طریق محاسبه یا عنوان دیگر...»، تهاتر باشد، ممکن است، نفی امکان استناد به تهاتر در برابر دارنده سند تجاری از آن استنباط شود. در برخی نوشته های حقوقی، تهاتر در ردیف وفای به عهد، اقاله، ابراء،

در این صورت، خواسته خواهان به همان نسبت کاهش می‌یابد. مطابق ماده ۲۹۶ قانون مدنی ایران که به امکان اتحاد سبب دو دین منشأ تهاتر، «ولو به اختلاف سبب» اشاره کرده است، نویسندگان حقوقی، نه تنها امکان چنین امری را منتفی ندانسته اند بلکه عقیده دارند که حتی در صورتی که دو دین از یک سبب، ناشی شده باشد، می‌تواند موضوع تهاتر قرار گیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۲۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ۲۳۹). این نوع تهاتر در روابط میان ایادی بی‌واسطه سند تجاری مانند براتکش و اولین دارنده، ظهرنویس و انتقال گیرنده و ... موضوعیت پیدا می‌نماید. از آنجایی که کامن لا در مورد ابزارهای مبادله پذیر، ورود ننموده است، قطعاً نمی‌توان انتظار داشت که در خصوص تهاتر حقوق ناشی از آنها حکم خاصی داشته باشد با این حال، از آنجایی که در این فرض، طلب خوانده (صادرکننده) در برابر دارنده بلافصل، به طور مستقیم از معامله‌ای ناشی می‌شود که منجر به خود سند شده است، در نظام حقوقی ایران و کامن لا، تهاتر با ایرادات، تداخل پیدا می‌کند و عملاً می‌تواند در برابر دارنده، مورد استناد قرار گیرد.

## ۴٫۲ تهاتر مستقل

تهاتر مستقل -که به دلیل تشریح آن در حقوق انگلیس به وسیله قانون موقتی ورشکستگی ۱۷۰۵، قانون بدهکاران معسر ۱۷۲۹ و قانون دادرسی ۱۸۷۳ تهاتر قانونی نیز نامیده می‌شود- در روابط میان ایادی بی‌واسطه یا با واسطه سند تجاری، قابل تصور است که در آن، دیون متقابلی که از اوضاع و احوال کاملاً بی‌ارتباط به معامله منشأ ابزار مبادله پذیر ناشی شده‌اند، موضوع تهاتر قرار می‌گیرند (Pinsler, 2011: 520). این نوع تهاتر از معاملات غیر مرتبط به یکدیگر ناشی شده است. با این حال، هرگاه دعوای اصلی و دعوای متقابل، هر دو شامل مبلغ مشخصی نبوده و در عین حال، نسبت به یکدیگر، مستقل باشند، علی‌رغم امکان رسیدگی

حال، نویسندگان حقوقی فرانسه، پذیرش امکان توافق طرفین بر جلوگیری از تهاتر یا اعراض یک طرف از آنرا پس از اجتماع شرایط، امری، تکلف آمیز می دانستند. زیرا چنین توافقی، سقوط دینی را که قبلاً انجام شده است به صورت قهقرایی، مرتفع نمی نمود زیرا هرچند شخص می توانست از تحقق تهاتر در آینده جلوگیری نماید، به لحاظ عقلی نمی توانست حقی را که دیگر، دارای آن نیست، اسقاط کند (Belanger, 2003: 140). پس از تغییر مبنای تهاتر، طبق ماده ۱۳۴۷ قانون مدنی اصلاحی ۲۰۱۶ بقای تفسیر دیوان عالی آن کشور، محل تردید می باشد مگر اینکه از قید لزوم استناد خوانده به تهاتر، امکان اسقاط یا توافق بر اسقاط آن استنباط شود. از برخی نویسندگان حقوقی نیز در تأیید چنین دیدگاهی، عقیده دارند که توافق بر اسقاط یا اعراض از تهاتر، زمانی می تواند مانع وقوع آن شود که پیش از اجتماع شرایط، فراهم آید زیرا در اولین لحظه پس از اجتماع شرایط، دو دین، ساقط شده و پس از آن دینی وجود ندارد تا در مورد بقای آن، توافق شود (شهیدی، ۱۳۷۷، ۱۷۴). چنانکه یکی از دو بدهکار متقابل-که از امکان وقوع تهاتر، اطلاع دارد- بدهی خود را بپردازد. فرض بر این است که چنین شخصی از حق خود، نسبت به تهاتر، صرف نظر نموده است (Van Deventer, 2016: 67). عده ای از نویسندگان حقوقی ایران نیز ضمن قبول امکان اعراض از تهاتر، پیش و پس از اجتماع شرایط آن، خودداری بستانکار از درخواست و استناد به تهاتر را مانع تحقق شرط متأخر سقوط دو دین، معرفی و پرداخت دین از سوی بدهکار را با علم به اینکه معادل آن از طرف مقابل، بستانکار است، انصراف ضمنی از تهاتر تلقی نمودند (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۵۹). با این حال، برخی نیز امکان انصراف بدهکار از تهاتر را نپذیرفتند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ۲۳۹).

سومین دلیل عدم امکان استناد به تهاتر، آن است که تعهد متکی به سند تجاری، قائم به سند بوده و صرفاً با پرداخت مبلغ مندرج در سند یا تحویل اختیاری آن به بدهکار، زایل می شود نه از

تبدیل تعهد، مالکیت مافی الذمه، فسخ و انفساخ در زمره ایرادات معرفی گردید که در صورت وجود شرایط اصل عدم توجه ایرادات، امکان استناد به تهاتر در برابر آن وجود ندارد (بهرامی، ۱۳۷۸: ۵۲؛ ملا حسینی، رحیم واحمدی، محمود، ۱۳۸۹: ۴). اشکال دیدگاه مذکور آن است که از آنجایی که تهاتر به طور مستقیم با معامله مبنای سند، ارتباط ذاتی ندارد، نمی توان بر اساس اصل عدم توجه ایرادات، امکان استناد به تهاتر در برابر آن را منتفی دانست.

دلیل دیگری که در این مود مطرح شد، این است که دارنده برای آنکه با تهاتر روبرو نشود به اخذ سند، رضایت داده است. به عبارت دیگر، دارنده، هنگام دریافت سند با انتقال دهنده توافق نموده است که مبلغ مندرج در سند با بدهی وی تهاتر نشود (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۱۰۷). در میان نویسندگان حقوقی مدنی ایران در مورد امکان جلوگیری از وقوع تهاتر و چگونگی و زمان انجام آن، دیدگاه یکسانی به چشم نمی خورد؛ برخی به استناد اصل حاکمیت اراده، توافق طرفین بر جلوگیری از وقوع تهاتر را مؤثر دانستند (شهیدی، ۱۳۷۷، ۱۷۴). این در حالی است که چنین دیدگاهی از مصادیق ابراء مالیم یجب، محسوب می شود و از سوی گروهی از فقها در خصوص اسقاط ضمان، باطل، اعلام شده است (جعبی عاملی، ۱۳۰۸ ق، ۲: ۲۲۲). در حقوق فرانسه نیز-که مطابق ماده ۱۳۴۷ قانون مدنی به تهاتر خودکار، به عنوان منبع تهاتر، نزدیک شده است- علی رغم وجود تمام شرایط تقابل دو دین، تهاتر بدون استناد خوانده به آن در دادگاه محقق نمی شود. در دوران حاکمیت ماده ۱۲۹۰ قانون مدنی سابق آن کشور-که تهاتر به حکم مستقیم و بی واسطه قانونگذار، واقع می گردید- از آنجایی که این قانون، آمره و نظم عمومی، محسوب نمی گردید، بر اساس رأی مورخ ۱۱ می ۱۸۸۰ دیوان عالی این کشور پیش و حتی پس از اجتماع شرایط، امکان اسقاط آن با توافق طرفین یا توسط خوانده (در اینجا توسط امضاکننده سند)، پذیرفته شده و مانع وقوع آن، معرفی گردیده بود (Belanger, 2003: 139). با این



از سند تجاری با دین دیگر، خواه، دارنده، سند را بی واسطه یا با چند واسطه از خواننده دریافت کرده باشد، تصریح نموده است. عده‌ای از حقوقدانان تجارت نیز چنین دیدگاهی را تأیید نمودند (صقری، ۱۳۸۷: ۱۱۱). از سوی دیگر، تهاتر یکی از مصادیق وفای به عهد به حساب آمده است (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۴: ۸) که با وقوع آن، تعهد، اجرا و اسقاط می شود (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۲۳۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۹۱۰). غایت اصلی از صدور اسناد تجاری، پرداخت وجه آن می باشد. در این صورت، عدم پذیرش تهاتر در برابر سند تجاری به معنی الزام دارنده به پرداخت مبلغی است که قبلاً پرداخت شده است. عقل سلیم در ناعادلانه بودن چنین پرداختی تردید نمی نماید.

### ۴،۳ تهاتر مرتبط

هرگاه موضوع دعوای اصلی و دعوای متقابل، دقیقاً نه از معامله واحد و نه از معاملات کاملاً بی ارتباط با یکدیگر بلکه از دو معامله جداگانه‌ای ناشی شده‌اند که ارتباط تنگاتنگی با یکدیگر داشته و به صورت معناداری با یکدیگر درهم تنیده محسوب می‌شوند. نادیده گرفتن دعوای متقابل، آشکارا بر خلاف عدالت می باشد. با این حال، نه در کامن‌لا و نه در حقوق موضوعه انگلیس در مورد امکان تهاتر میان آنها اثباتاً یا نفیاً حکمی وجود ندارد. انصاف-که به عرف‌های دادگاهها خارج از دو مجموعه کامن‌لا و حقوق موضوعه، اطلاق می‌شود و به لحاظ اهمیت پس از دو مجموعه حقوقی مذکور، قرار دارد و در وضعیت‌هایی که دو نظام حقوقی مذکور، جبران‌های مناسبی، پیش بینی نکرده باشند یا در صورت پیش بینی، غیر منصفانه باشند، بدون اینکه حکمی برخلاف کامن‌لا صادر نماید، راه حلی، متفاوت از آن پیش بینی کرده و جبران‌هایی فراهم می‌آورد (Encyclopedia Britannica incorporation, 2005, 4: 534) - برخلاف دو نوع تهاتر قبلی به موقعیت خاصی، محدود نمی‌گردد و می‌تواند زمانی که دعوای اصلی و دعوای متقابل، هیچ کدام شامل مبلغ مشخصی نباشند، مورد استفاده قرار گیرد

طریق تهاتر (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۱۰۷). گروهی اعاده لاشه چک به صادرکننده را اماره پرداخت آن معرفی نمودند (اخلاقی، ۱۳۷۱: ۲۵۶). مطابق ماده ۳۵ قانون مدنی، تصرف صادرکننده، نسبت به چکی-که قبلاً صادر کرده است، حاکی از مالکیت او می باشد مگر اینکه دلیلی بر خلاف آن موجود باشد. مستفاد از ماده ۱۷ قانون صدور چک و همچنین ماده ۳۱۶ قانون تجارت، مبنی بر اینکه: «کسی که وجه چک را دریافت می کند باید ظهر آن را امضاء یا مهر نماید...» و رأی وحدت رویه ۳۸۰۱-۱۱/۱۷-۱۳۴۹ هیأت عمومی دیوان عالی کشور مبنی بر: «... با توجه به اینکه اصل، اشتغال ذمه صادرکننده چک در قبال دارنده آن است و وجود چک در دست فرجام خواه، ظهور در استفاده بلاجهت صادرکننده از وجه چک دارد...» نشان دهنده ارتباط حقوق ناشی از چک با خود سند بوده و این امر، حکایت از لزوم ارائه خود سند برای دریافت وجه آن می باشد و با توجه مواد ۲۵۰، ۲۶۰ و ۲۹۵ قانون تجارت، تسلیم لاشه سند تجاری به بدهکار برای برائت ذمه او لازم است و این امر، حکایت از موضوعیت داشتن تسلیم چک در برابر پرداخت وجه دارد. با این حال، به نظر می رسد دلالت وجود سند تجاری در دست متعهد پرداخت، بر برائت ذمه وی و اساساً انعکاس دین در سند تجاری، مانع وقوع تهاتر میان او و دارنده نخواهد بود.

برعکس در مورد اسناد تجاری، وجود لاشه سند در دست صادرکننده یا هر مسئول پرداخت دیگری برای اثبات برائت ذمه وی در تمام موارد کافی نمی‌باشد. چنانکه وجود چک در دست صادرکننده آن (یعنی متهم پرونده کیفری)، همیشه دلالت بر برائت ذمه وی ندارد بلکه چه بسا لازم باشد رضایت شاکی، جلب شود یا اینکه وجه چک در صندوق دادگستری یا بانک جهت پرداخت به شاکی تودیع گردد، بنابراین، تسلیم لاشه سند تجاری، موضوعیت نداشته و هر طریق دیگری که دلالت بر پرداخت وجه سند نماید از جمله تهاتر می تواند در برابر دارنده، قابل استناد باشد (کامیار، ۱۳۸۵: ۱۶۲). چنانکه برخی آراء قضایی به امکان تهاتر دین ناشی

سند با طلب خود از انتقال‌دهنده آن، استناد کند. دارنده لازم التأدیه، نه تنها سند تجاری را قبل از انقضای سررسید یا دستکاری آن در برابر ارزش یا عوض در اختیار گرفته است بلکه از وجود عیوب و ادعاها در برابر آن مطلع نبوده و دارای حسن نیت و حقوقی بیش از انتقال‌دهنده فرض می‌شود (Batra & Kalra, 1988: 308; Mann & Roberts, 2007: 473). بنابراین، هرگاه سند تجاری لازم التأدیه (دارای شرایط ابزار مبادله پذیر) باشد، صرفاً در این مورد در برابر آن، امکان استناد به تهاتر وجود ندارد.

با توجه به وجود قید «ولو به اختلاف سبب» در ماده ۲۹۶ قانون مدنی و قرار گرفتن موضوع تهاتر مرتبط میان تهاتر یکپارچه و تهاتر مستقل، این نوع، تهاتر اساساً در حقوق ایران قابل تحقق است. بنابراین هرگاه میان دو شخص، روابط معاملاتی نسبتاً مستمری وجود داشته باشد که در آن هر یک از دو طرف در فواصل مشخصی از زمان، مقداری، جنس برای طرف دیگر ارسال می‌نماید و برای وصول ثمن هر معامله، سند تجاری دریافت می‌دارد، مسئول پرداخت سند می‌تواند در برابر دارنده به تهاتر استناد نماید.

سؤال قابل طرح اینکه هرگاه دارنده به یکی از ظهرنویسان سند تجاری مراجعه نمود، وی می‌تواند به تهاتر میان دارنده و امضاکنندگان قبل از خود یا به تهاتر میان دارنده و امضاکنندگان بعد از خود استناد کند؟ به این معنی که مثلاً نخستین ظهرنویس ادعا کند که چون دارنده، بابت سند تجاری، حق مراجعه به صادرکننده و ظهرنویس دوم را نیز داشته است، طلب او در برابر بدهی او به آنها مورد تهاتر قرار گرفته است؟

در مورد اسناد تجاری، ولو اینکه دارای امضاهای متوالی باشد، در سفته و چک، صادرکننده و در برات، برانگیر، بدهکار اصلی و واقعی است. با این حال، با توجه به مسئولیت تضامنی امضاکنندگان، پس از انجام واخواست، دارنده، حق دارد به هر کدام از آنها که دریافت وجه از وی راحت تر باشد، یا به همه آنها رجوع کند و در صورت عدم پرداخت، علیه آنها

(Pinsler, 2011: 521). در پرونده Bim Kemi ABv. Blackburn Chemicals Ltd خوانده در سال ۱۹۸۴ قراردادی با خواهان در مورد کمک های فنی در تولید محصولات شیمیایی منعقد کرده بود. در سال ۱۹۹۴ قرارداد جدیدی میان آنها برای تولید نوع دیگری از همان محصول منعقد شد. پس از مدتی، خواهان براساس قرارداد ۱۹۹۴ دعوایی، علیه خوانده اقامه نمود و خوانده نیز بر اساس قرارداد ۱۹۸۴ به تهاتر، استناد نمود و دادگاه پژوهش علی رغم وجود فاصله زمانی ده سال، میان دو معامله مذکور بر این مبنا که هرگاه میان دعوای اصلی و دعوای متقابل- که از قراردادهای جداگانه، ناشی شده باشند- ارتباط نزدیک و غیر قابل تفکیکی وجود داشته باشد و رسیدگی و صدور حکم به اجرای یک دعوا بدون توجه به دعوای دیگر، آشکارا غیرعادلانه به نظر برسد، حق خوانده به تهاتر انصافی را تأیید کرد (Pinsler, 2011: 530; Grant, 1965: 82).

مطابق قواعد انصاف به عنوان اصل کلی، صادرکننده سند تجاری می‌تواند ایراداتی را که از همان سند ناشی شده است، در برابر هر دارنده‌ای مطرح سازد. ایرادات، شامل آن، دسته از اشکالات ذاتی یا بلاواسطه مرتبط با معامله‌ای که منجر به خود سند تجاری شده است، خواهد بود. بنابراین، صادرکننده می‌تواند در برابر دارنده به استناد تهاتر، دعوای تقابل اقامه نماید. مبنای اصلی پذیرش تهاتر در این مورد، آن است که خواهان، بدون توجه به نظریه «دست های پاک» به دادگاه مراجعه کرده است. بنابراین کسی که خود به دیگری بدهکار باشد نمی‌تواند از قواعد انصاف برای دریافت طلب خود کمک بخواهد. علی‌رغم دیدگاه فوق در قواعد انصاف در این مورد، استثنای مهمی دیده می‌شود و آن اینکه هرگاه دارنده سند تجاری، آن را از خوانده انتقال گرفته باشد که این خوانده نمی‌توانست در برابر او به تهاتر استناد نماید، در این صورت، خوانده مذکور در برابر چنین دارنده‌ای- که با دست‌های پاک به دادگاه مراجعه نموده و دارنده لازم التأدیه محسوب می‌شود- نمی‌تواند به تهاتر مبلغ مندرج در





حقوق موضوعه و انصاف، موجب ارائه سه قرائت متفاوت از تهاتر شده است: تهاتر یکپارچه که به دو دین ناشی از معامله‌ای یکپارچه مربوط می‌شوند، تهاتر مستقل که ناشی از دو دین مربوط به معامله جداگانه کاملاً مستقلی می‌باشند و تهاتر مرتبط که ناظر به موقعیت‌هایی است که دو دین، نه از معامله‌ای یکپارچه و نه از معاملات کاملاً مستقل بلکه از دو معامله جداگانه اما مرتبط و درهم تنیده ایجاد شده اند. هرگاه سند تجاری لازم التأمیه (دارای شرایط ابزار مبادله پذیر) باشد، در برابر آن، امکان استناد به تهاتر وجود ندارد. در حالی که حقوق ایران، اثر وقوع تهاتر را برائت ذمه دو بدهکار، نسبت به یکدیگر و سقوط دو دین تلقی می‌نماید، در حقوق انگلیس، پذیرش تهاتر، جز در موارد استثنایی، صرفاً موجب صدور دستور توقّف اجرای دعوای خواهان به مقدار دعوای متقابل می‌گردد و هرگز برائت دو ذمه و سقوط دو دین موضوع تهاتر، مورد توجه واقع نمی‌شود. علیرغم تفاوت‌های مذکور، در حقوق انگلیس هرگاه یکی از دو دین، ناشی از سند تجاری بوده و خواهان، دارنده لازم التأمیه (دارنده سند واجد شرایط ابزار مبادله پذیر) محسوب شود، دعوای متقابل خوانده در برابر او به عنوان تهاتر پذیرفته نمی‌شود. بر عکس در حقوق ایران هرچند سند تجاری، واجد شرایط اصل عدم پذیرش ایرادت باشد، امکان استناد خوانده به تهاتر در برابر آن وجود دارد.

اقامه دعوی نماید. بنابراین در صورت مراجعه دارنده به امضاکننده قبل از خود، او نیز از وی طلبکار باشد و در صورت اخیر در برابر دعوای او به تهاتر استناد کرده باشد، چه در مواردی که تهاتر، اثر اسقاط کننده دارد مانند دعوای ورشکستگی که نتیجه پذیرش تهاتر، برائت دو ذمه متقابل است و چه در مواردی که تهاتر، صرفاً موجب توقف دعوای اصلی است، از آنجایی که دارنده سند تجاری مبادله پذیر بر اساس سندی که در اختیار او قرار دارد، با امضاکننده قبل یا بعد از خود رابطه مبنایی ندارد و بر اساس مبنای پذیرفته شده در حقوق انگلیس، امکان استناد به تهاتر در برابر چنین دارنده‌ای از سوی آنها وجود ندارد. بدیهی است که در این وضعیت و اینکه اساساً هر خوانده صرفاً می‌تواند به تهاتر طلب خود از خواهان با بدهی او به خود استناد نماید، نخستین ظهرونیس نیز نمی‌تواند در برابر چنین دارنده‌ای به تهاتر طلب دارنده با دین او به امضاکننده قبل یا بعد از وی استناد نماید. به نظر می‌رسد در حقوق ایران نیز با توجه به فرض اخیر و اینکه استناد به تهاتر، میان دو بدهکار متقابل موضوعیت دارد، نخستین ظهرونیس نمی‌تواند در برابر دارنده به این موضوع استناد نماید.

## ۵ نتیجه‌گیری

برخلاف حقوق ایران که در آن، تهاتر، اولاً و بالذات، امری، ماهوی محسوب شده و بدون توجه به منشأ قراردادی یا غیر قراردادی، شامل دو دین کلی متقابل می‌گردد در نظام حقوقی انگلیس، تهاتر به عنوان یک قاعده آیین دادرسی، بسیار دیرنگام و به منظور جلوگیری از تکرار پرونده‌های قضایی پذیرفته شد با این حال، وجود سه منبع حقوقی کامن‌لا،

## References

- Adl, M. (2010), Civil Law, Khorsandi Publication. (In Persian) .
- Akhlaghi, B. (2012), "Business Law Textbook", Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran Publications. (In Persian).
- Ardabili, M.A. (1995), "Majmaa Al-Fayedeh va Al-Borhan Fi Sharh Ershad Al-Azhan", Vol.9, Al-nashr Al-Islami Publication. (In Arabic).
- Aryanpur, A. and Aryanpur, M., (2005), English Dictionary into Persian, Amir Kabir Publishing House. (In Persian and English).
- Ansari, M. and Taheri, M. A., (2004), Encyclopaedia of Private Law, Vol. 2, Mehrab Fekr. (In Persian).
- Batra V.K & Kalra, N. K. (1988), Mercantile Law, McGraw Publishing Company Ltd. (In English) .
- Bélangier, A. (2003). "La compensation légale, son automatisme et ses conditions. (In French).
- Bichler, Robert. H. (1963), "Bills and Notes: The Impact of the Setoff and Assignment Statute Upon Negotiable Instruments Law", Marquette Law Review, Volume 47, No 3. PP. 379-388. (In English).
- Bradgate, R. White, F. & Fennel, S., (1995), Commercial Law, Blackstone Press Ltd. (In English).
- David, R. and Giofre Spinozi, K., (1389), an introduction to Comparative Law and Two Major Contemporary Legal Systems, Translated and Summarized by Safaei, S. H., Mezan Publishing (In Persian).
- Dawson, T. L. & Mounce, E. W. (1975), Business Law, Texts and Cases, London: D.C. Health and Company. (In English).
- Dehkhoda, A. A. (1371), Dictionary, Vol. 5, Tehran University Printing and Publishing Institute. (In Persian).
- Encyclopedia Britanica inc, (2005), Encyclopedia Britanica, Encyclopedia Britanica inc. (In English).
- Eskini, R. (1373), Comparative Business Law, Vol.1, Majd Scientific and Cultural Association. (In Persian).
- Garner, B. A.(1979), Black's Law Dictionary, Dadgostar Publication. (In English).
- Grant S. B.(1965). The Doctrine of Equitable Set-off, Melbourne University Law Review, Vol.5, No. 5, pp. 76-87. (In English).
- Hakim, M. (Untitled), Mustamsk Orveh Al-Wothgha, Vol.13, Dar Ehya Al-Trath al-Arabi. (In Arabic).
- Hashemi Shahroudi, S. M., (2004), Fiqh According to the Religion of Ahl al-Bayt, Vol. 2, Institute of Islamic Jurisprudence According to the Religion of Ahl al-Bayt (In Persian).
- Heli, A. N. (1403), Sharia al-Islam fi Al-halal wal-haram, Vol. 2 and 3 Esteghlal Publication. (In Arabic).
- Heli, A. M.-A (1410), Irshad al-Azhan fi Ahkam Al-iman, Al-Nashar al-Islami Institute (In Arabic) .
- Heli, A. M. A, (1419), Qa'aw al-Ahkam fi Marifah Halal va al-Haram, Al-



- Nashar al-Islami Institute. (In Arabic).
- Jafari Langroudi, M. J. (1372), Encyclopaedia of Law, Vol.1, Amir Kabir Publishing House (In Persian).
- Jafari Langroudi, M. J.r. (1388), Encyclopaedia of Civil and Business. Law, Ganj Danesh Library. (In Persian) .
- Jafari Langroudi, M. J. (2006), Expanded on Terminology, Vol.2, Ganj Danesh Library(In Persian).Jafari Langroudi, M. J., (1391), Mahshai Qanon Civil, Ganj Danesh Library. (In Persian) .
- Jelison, Dean,(1945), "Collateral Defenses to Negotiable Instruments", Montana Law Review, Vol. 15, No.1.pp.83-93. (In English) .
- Ibne Qudama, M. A.M. (Untitled), Al-Mughani, Vol.5, Dar al-Fekr
- Ibne Motraz, A. N. (1997), Al-Maghref fi Tartibel-Moreb, Maktabah Osameh Ibne Zaid, Halab. (In Arabic).
- Ibne Manzoor, A. J.M. (1997), Arab Language , Vol. 5, Dare Sader
- Imami, S. H. (1373), Civil Law, Vol.1, Islamia bookstore (In Persian).
- Katouzian,N . (1377), Civil Law, General Theory -Nommed Iqaa , Dadgstar Publication. (In Persian).
- Katouzian, N. (1376), Civil Law, General Rules of Contracts, Vol.4, Publishing Company in Cooperation with Bahman Borna Dadgstar Publication. (In Persian).
- Katouzian, N. (1379), General Theory of Obligations, Mizan Publication. (In Persian).
- Katouzian, N. (2007), Judicial Justice Dadgstar Publication. (In Persian).
- Kamiar, Gh. R. (2006), Introduction to the Check Issuance Law, Majd Scientific and Cultural Assembly. (In Persian).
- Khansari, S. A. (1355), Jame al-Madarak fi Sharh al-Mukhastar al-Nafi, Vol. 1, Maktaba al-Sadooq (In Arabic).
- Khoui, S. A. (Untitled), Musouah al-Imam Khoui, Vol.38, Al-Khouyi Islamic Institute. (In Arabic).
- Leigh Anenson, T., (2018), Announcing the Clean Hands Doctrine, University of California, Davis Vol. 51. (In English).
- Loyd. William.H,(1916). "Development of Set-off", University of Pennsylvania Law Review and American Law Register,Vol.46, No. 6. Pp.541-569. (In English).
- Mann, R. A. & Barry S. R,(2007), Essentials of Business Law,Thomson West. (In English) .
- Martin, A. E. (1380), Oxford Dictionary of law, Oxford University Press, khorsandi Publications. (In English).
- Oxford University (1990), Oxford Reference Dictionary, Clarendon. Press (In English).
- Moin, M.(1360), Persian Dictionary, Vol.1Amir Kabir Publishing House. (In Persian) .

- Mollahosseini, R.& Ahmadi, M.(2016), "Comparative Study of the Rules Governing Commercial documents and their Substantive Conditions in Realizing the Responsibility of the Signatories from the Point of View of Iranian and French Commercial Law and the Geneva Uniform Convention", the First International Conference and the Second Conference National Third Millennium and Human Sciences, pp. 12-24. (In Persian).
- Pinsler J.,(2011), "The Court 's Response to Counterclaims in Proceedings for Summaray Judiciary Judgment", Singapore Academy OF law Journal, Vol. 23.pp.517-537. (In English).
- Rashti, M. H. (Untitled), Kitab Al-Qada, Untitled. (In Arabic).
- Rashti, M. H. (1401), Kitab Al-Qada, Dar al-Qur'an al-Karim.(In Arabic).
- Rebuck, D (1991), An Introduction to the Law of Banking Instrument in Hong Kong, Hong Kong: HKU Press Law Series. (In English).
- Sanhoury, A. R. A. (Untitled), Transfer and Collapse of Obligations, Translated by Amini A. R, & Danesh Kia, M. H , Center of Book,s Translation and Publishing (In Persian).
- Shahidi, M. (2009), Civil Law 3, Obligations, Majd Scientific and Cultural Assembly. (In Persian).
- Shahidi, M. (1377), Falling of Obligations, Hoghooghdan Publishing House. (In Persian) .
- Saqri, M. (2007), Commercial Law, Instruments, Educational, Enteshar Publication. (In Persian) .
- Schmittoff, C.M., (1378), The Law and Practiceof International Trade, Translated by, Akhlaghi, B., Asbaghi Nemini, S. M., Imam, F., Bagheri, M., Tayebi Fard, A. H.& Hemmat Doost, Vol.2, Samt Publication. (In Persian) .
- Sepinuck S. L.(1988). The Problem with Set-off: A Proposed Legislative Solution, William & Mary Law Review, Vol. 30, No.1, pp.51-130. (In English).
- Tabatabai Yazdi, M. K. (1376), Question and Answer, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center. (In Arabic).
- Terre, F., Simler, P. & Lequetete, Y. (1996), Droit civil : les obligations, Dalloz. (In French).
- Najafi, M. H. (1379), Javaher Al-Kalam fi Sharh Sharia al-Islam, Vols. 15, 24, 29, and 31, Dar Al-Kotob al-Islamiya. (In Arabic).
- Van Deventer, S.M.(2016). Set-off in South African Law:Challenges and Opportunities, Faculty of Law: Stellenbosh University. (In English).
- Zahili, Wahba, (1985), Al-Fiqh al-Islami and Adlata,Vol.5, Dar al-Fekr.(In Arabic).
- Zubair, Muhammad & Khattak Sadia, (2014), The Fundamental Principles of Natural Justice in Administrative Law, Journal of Applied Environmental and Biological Sciences. (In English).

Original Article

# A Comparative Study of the Position of the Contractualization in Iranian and French Family Law

Mohammad Reza Khalil zadeh<sup>\*1</sup> , Abbas Karimi<sup>2</sup>, Alireza Forughi<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Ph.D. in jurisprudence and private law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran.

<sup>2</sup> Professor of Private Law Department, University of Tehran, Tehran, Iran.

<sup>3</sup> Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran.



[20.1001.1.24237566.1402.7.2.2.8](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24451.1414)



[10.22080/lps.2023.24451.1414](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24451.1414)

**Received:**

October 26, 2022

**Accepted:**

April 24, 2023

**Available online:**

August 18, 2023

**Keywords:**

Contractualization,  
Contractualism,  
Fundamentalisation,  
Mandatory rules,  
Comprehensive interest.

## Abstract

Contractualization is the subject of the current reflection of French law on the rapid evolution of family law. Individualism, fundamentalism, and distancing from institutionalism and imperative rules are at the root of this trend. . It is true that many forbidden things have been broken in this way. Items only Limits such as some elements of personal status and legal parenthood are not . It is true that many forbidden things have been broken in this way. Items only Limits such as some elements of personal status and legal parenthood are not contracted.. The correct understanding of contractualization will be possible by recognizing the relationship of a legal system with contractualism. In French law, there is a serious view that contractualism, although in the service of the individual, will ultimately serve society and shape a kind of social regulation of family relations. In contrast, Iranian family law, given its Islamic origins, has a serious relationship with contracts. But this relationship is organized according to the comprehensive and definite interest of man, in which no dimension of human existence is ignored and mixed with doubt and there is confidence in it. In this case, the interests of both the individual and society will be served. Proper knowledge of the boundaries of the imperative rules and protection of its capabilities can protect Iranian law from the harms of this trend while benefiting from contractualization.

\*Corresponding Author: Mohammad Reza Khalil zadeh

Address: Ph.D. in jurisprudence and private law,  
Shahid Motahari University, Tehran, Iran.

Email: [mrkhalilzadeh@gmail.com](mailto:mrkhalilzadeh@gmail.com)



## 1. Introduction

Institutionalism and contractualism are two strong tendencies in French family law. Institutionalism is the title of a theory in Germanic Roman law, which is related to the contract. According to this law, the concept of the contract is different from the essence and the phenomenon of the contract. From an institutional point of view, the contractual image of the family is weak. On the other hand, contractualism is a tendency according to which a legal system tends to the contract and agreement of people to solve its problems. This trend starts from the foundations and resources of a legal system and shows itself in the laws and judicial procedure. Contractualization is the subject of the current reflection of French law on the rapid evolution of family law. Individualism, fundamentalism, and distancing from institutionalism and imperative rules are at the root of this trend. This is while many taboos have been broken along the way and only limited items such as some elements of personal status and legal parenthood are not contractualisable. A correct understanding of contractualization will be possible by recognizing the relationship between a legal system and contractualism. The question is, how will the contractualization of family law lead to the excellence of the family system?

## 2. Method

The current study follows the analytical-descriptive approach to answer the research question.

## 3. Findings and Conclusion

In French law, there is a serious view that contractualism, although in the service of

the individual, will ultimately serve society and shape a kind of social regulation of family relations. Pacs, Free Alliance, and more recently, same-sex marriage, divorce without a judge, alternative dispute resolution methods, parental authority, and GPA (Gestation for others) are examples in which contractualization has led to significant changes in France.

In contrast, Iranian family law, given its Islamic origins, has a serious relationship with contracts. But the path of contractualism is organized according to the comprehensive and definite interest of man, in which case the interests of both the individual and society will be served. The guarantee of the individual's benefit is an important basis in the contractualization of family law. However, in Iranian law, contractualization must provide an overall and definitive interest of the man in a global vision, in which no dimension of human existence is ignored and mixed with doubt and there is confidence in it. On the other hand, the relationship between contracting and justice is very important. Justice, in the strict sense, is putting everything in its place. Undoubtedly, contractualism has a real place in family law, and the discovery of this position and its introduction by jurists realizes human interests by considering all aspects of human existence. In French law, the most important dimension of contractualization is the service to the individual, which takes place in two forms: individual autonomy and the extension of their rights and freedoms. But with careful analysis of the nature of the contract, this study concludes that the hallmark of the contract is the autonomy of will, which can take a step towards the realization of the global interest if it moves by assured instruments. Proper knowledge of the



imperative rules' boundaries and protection of its capabilities can protect Iranian law from the harms of this trend while benefiting from contractualization. In Iranian law, one of the most important capacities of contractualism is the freedom to determine the clauses of the marriage contract and the principle of non-opposition to the mandatory rules in case of doubt in the clauses of the marriage contract. Whereas, in French law, although couples are free to choose the form of the contract (marriage, free union, Pacs), there is no contractual freedom in marriage clauses. In addition, cases such as Conditional and Absolute Divorce, Arbitration, Consensual Divorce, Qole Divorce, and Mubarat are examples of this ability in Iranian law.

### **Funding**

There is no funding support.

### **Authors' contribution**

The authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed on all aspects of the work.

### **Conflict of interest**

The authors declared no conflict of interest.

### **Acknowledgments**

The authors appreciate all the scientific consultants in this paper.

علمی پژوهشی

## مقایسه ی قراردادی سازی در حقوق خانواده ایران و فرانسه

محمد رضا خلیل زاده<sup>\*۱</sup> , عباس کریمی<sup>۲</sup>، علیرضا فروغی<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> دکتری فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران.

<sup>۲</sup> استاد گروه حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

<sup>۳</sup> استادیار گروه فقه و حقوق، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران.



[20.1001.1.24237566.1402.7.2.2.8](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24451.1414)



[10.22080/lps.2023.24451.1414](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24451.1414)

### چکیده

قراردادی سازی موضوع تامل جاری حقوق فرانسه در مسیر تحول قابل توجه حقوق خانواده است. فردگرایی، اساسی سازی و فاصله گرفتن از نهادگرایی و قواعد آمره منشاء این جریان محسوب می‌شوند. این درحالی است که بسیاری از امور ممنوعه در این مسیر شکسته شده اند. فقط موارد محدودی مثل برخی عناصر احوال شخصیه و نسب قراردادی نشده اند. شناخت صحیح قراردادی سازی، با تشخیص نسبت یک نظام حقوقی با قراردادگرایی میسر خواهد شد. در حقوق فرانسه این نگاه جدی است که قراردادی سازی گرچه در خدمت فرد است اما نهایتاً در خدمت جامعه خواهد بود و نوعی تنظیم اجتماعی روابط خانواده را رقم خواهد زد. در مقابل، حقوق خانواده ی ایران با توجه به خاستگاه اسلامی خود رابطه ای جدی با قرارداد دارد. اما این رابطه فقط با توجه به مصلحت جامع و قطعی انسان سامان می‌یابد. مصلحت جامع و قطعی انسان عبارت از منفعتی است که هیچ بعدی از ابعاد وجودی انسان را نادیده نگرفته و با تردید آمیخته نباشد و نسبت به آن اطمینان وجود داشته باشد. در این صورت است که منافع فرد و جامعه توأمان تامین خواهند شد. شناخت صحیح مرزهای قواعد آمره وصیانت از ظرفیت های آن می‌تواند حقوق ایران را ضمن بهره مندی از قراردادی سازی نسبت به آسیب های این موج حفظ نماید.

تاریخ دریافت:

۱۴۰۱ آبان ۰۴

تاریخ پذیرش:

۱۴۰۲ اردیبهشت ۰۴

تاریخ انتشار:

۱ مهر ۱۴۰۲

کلیدواژه ها:

اساسی سازی قراردادگرایی  
قراردادی سازی قواعد آمره  
مصلحت جامع

\* نویسنده مسئول: محمد رضا خلیل زاده

آدرس: دکتری فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری،

تهران، ایران.

ایمیل: [mrkhalilzadeh@gmail.com](mailto:mrkhalilzadeh@gmail.com)



## ۱ مقدمه :

نهادگرایی (Thierry Debard et (Institution) Serge Guinchard, 2017-2018) و قرارداد گرایی (Contractualism) دو گرایش مطرح در حقوق خانواده ی فرانسه هستند. نهادگرایی، عنوان نظریه ای در حقوق رومی ژرمنی و مربوط به عقد است که طبق آن مفهوم عقد و قرارداد غیر از ذات و پدیده ی عقد است (کاتبی، ۱۳۸۰: ۱۹۵). در نگاه نهادی وجهه ی قراردادی خانواده کمرنگ است. (40 : Malaurie et Fulchiron, 2020) در مقابل، قراردادگرایی، گرایشی است که طبق آن، یک نظام حقوقی برای حل مسائل خود به قرارداد و توافق افراد گرایش دارد. این گرایش از مبانی و منابع یک نظام حقوقی آغاز و در قوانین و رویه ی قضائی خود را نشان می‌دهد. در فرانسه حقوق خانواده به سرعت در حال تحول است و قراردادی سازی (Contractualisation) جریانی نوین و مهم در این دگرگونی است. قراردادی سازی جریانی است که طی آن عرصه هایی که قبل از این قابل قرارداد نبوده اند، این قابلیت را می یابند که متعلق قرارداد واقع شوند (41-40 : Malaurie et Fulchiron, 2020).<sup>۱</sup> توجه به این نکته نیز ضروری است که قراردادگرایی تفاوت ظریف و مهمی با قراردادی سازی دارد در ترکیب اول به نوعی به توصیف وضعیت حقوق خانواده می‌پردازیم ولی در دومی حکمی عملی صادر می‌کنیم. به این معنا که جریان قراردادی سازی در یک نظام حقوقی به دنبال قراردادی کردن عرصه هایی است که تا کنون در آنها توافق افراد کارگر نبوده است. ضمن اینکه استعمال این دو واژه در حقوق ایران با توجه به جستجوی انجام شده بی‌سابقه است. اگر برای اولین بار به دو ترکیب قراردادی سازی و حقوق خانواده در کنار یکدیگر توجه شود، نوعی تناقض احساس می‌شود. منشا

این تناقض این پیش فرض است که حقوق خانواده را نمی‌توان قراردادی کرد. این در حالیست که اساسا خانواده براساس یک قرارداد (عقد) شکل می‌گیرد (طوسی، ۱۴۰۷: ۴/۲۵۰؛ ابن حیون مغربی ۱۳۸۵: ۲۱۹) (Fenouillet et P. de Vareilles, 2001:59) گرچه این اعتقاد وجود دارد که نکاح قراردادی است که در آن شائبه عبادیت وجود دارد و گویا این قرارداد برزخ بین معاملات و عبادات است (ترحینی، ۱۴۲۷: ۶/۶۸۶)؛ اما هیچ کس منکر حضور جدی تراضی طرفین در حقوق خانواده نیست. در فضای نظری حقوق ایران اگر چه به جریان قراردادی سازی در حقوق خانواده به صورت مستقل توجهی نشده است اما حقوق خانواده ی ایران در این زمینه ایستا نبوده و رابطه ای جدی با قراردادگرایی دارد و این مهم با توجه به مبانی فقهی خانواده در اسلام بیش از پیش آشکار خواهد شد. در حقوق ایران قبل از هر چیز توصیف عرصه هایی از حقوق خانواده که توافق و قرارداد در آنها ممکن است، ضروری است. در این صورت است که ممکن است قراردادی سازی معنا داشته باشد. چرا که معرفی این عرصه‌ها به جامعه ی حقوقی و اصلاح قوانین در این مسیر، ممکن است، نوعی قراردادی سازی تلقی شود. گفتگوی متقابل دو نظام حقوقی فرانسه و ایران در این موضوع بی تردید مفید فائده خواهد بود. برای شکل گرفتن یک گفتگوی مفید و قابل اعتنا در این موضوع از لایه های زیرین دانش حقوق که در فلسفه ی حقوق از آن بحث می‌شود تا سطحی ترین لایه ها که عبارت از مواد قانونی و رویه ی قضایی است، باید مورد توجه واقع شوند.

قراردادی سازی در فرانسه از طرفی مورد توجه کسانی است که از کاهش کنترل اجتماعی خوشحال می‌شوند و از طرفی مایه ی تاسف کسانی است که از مرگ خانواده ی سنتی ناراحتند. در حقوق ایران،

<sup>۱</sup> برای نگاه تطبیقی به قراردادی سازی با یکی دیگر از

کشورهای اروپایی نک : Lamarche et Renchon,

2018:19



سوال این است که قراردادی‌سازی حقوق خانواده چگونه موجب تعالی نظام خانواده خواهد بود؟ در مقاله‌ی پیش رو، پاسخ این سوال، با روش تحلیلی - توصیفی واکاوی خواهد شد. در ادامه خواهیم گفت که قراردادی‌سازی اگر در خدمت مصلحت جامع و قطعی انسان باشد هم در خدمت شخص است و هم در خدمت جامعه. انتخاب این ساختار برای مقاله بی دلیل نیست و با توجه به طرح انتخابی آقای فولشیرون در یک سخنرانی برای ارائه‌ی این موضوع و نقدی که نگارنده در قالب همان ساختار به ایشان ارائه کرده است، انتخاب شده است. از نظر نگارنده، قراردادی‌سازی به معنای پیروزی قرارداد بر آمرانه نیست بلکه قراردادی‌سازی اگر در مسیر صحیح سامان یابد؛ به معنای تحقق عدالت و موفقیت آن در تنظیم و هدایت آزادی به سوی مطلوب است.

## ۲ قراردادی‌سازی در خدمت مصلحت جامع و قطعی انسان

در حقوق فرانسه تامین منفعت فرد مبنایی مهم در قراردادی‌سازی حقوق خانواده معرفی شده است (Fulchiron, 2021: 2)؛ اما در حقوق ایران در نگاهی نو و مبتنی بر مبنای حقوق اسلام، قراردادی‌سازی در یک نگاه فراگیر باید مصلحت جامع و قطعی انسان را تامین کند. در تعریف مصلحت جامع و قطعی انسان که ابداع نگارنده است باید گفت؛ عبارت از منفعتی است که هیچ بعدی از ابعاد وجودی انسان را نادیده نگرفته (جامع) و با تردید آمیخته نبوده، نسبت به آن اطمینان وجود داشته باشد (قطعی).

از طرفی رابطه‌ی قراردادی‌سازی با عدالت بسیار مهم است عدالت در معنایی دقیق عبارت است از قراردادن هر شیء در جای خودش (جوادی آملی،

اما جلب توجه محققین به این موضوع در بستر حقوق خانواده از طرفی می‌تواند موجب پیش‌گیری از آسیب‌های این پدیده باشد؛ چرا که محققین دانش‌های مختلف مرتبط با خانواده در ایران، برای حل مسائل این عرصه دیر یا زود به این جریان در قالب موافق یا مخالف توجه خواهند کرد و از طرفی می‌تواند بازخوانی نگاه حقوق خانواده‌ی اسلامی به موضوع قراردادگرایی و احتمالاً کشف ظرفیتهای آن در حل مسائل خانواده را رقم بزند.

در حقوق ایران البته رنگ و بوی بحث متفاوت است. قواعد آمره در خانواده اصولاً در مقابل قراردادی‌سازی سر فرود نمی‌آورند اما قراردادی‌سازی در گستره‌ی حقوق خانواده منحصر به عرصه‌ی قواعد آمره نیست. به نظر می‌رسد معرفی این عرصه‌ها به جامعه‌ی حقوقی ایران سازنده و راه‌حلی برای برخی مشکلات حقوق خانواده است. بنابراین یکی از گام‌های اساسی در این بحث شناخت حیطة‌هایی از حقوق خانواده است که در حوزه‌ی قراردادی‌سازی قرار نمی‌گیرند و مهمتر از آن شناخت معیارهایی است که قواعد آمره را سامان می‌دهند.

پروفسور فولشیرون حقوقدان به نام فرانسوی دوگانگی این پدیده را مورد توجه قرار گرفته است. این نگاه معتقد است که اگر چه قراردادی‌سازی اصولاً در خدمت فردگرایی تعریف می‌شود اما نوعی سیاست و تدبیر جامعه برای تنظیم روابط خانواده است. به دیگر سخن قراردادی‌سازی نوعی کنترل اجتماعی است با راهبردی (استراتژی) جدید (Malaurie et Fulchiron, 2020: 40).

طبق این نگاه اگر قراردادی‌سازی به معنای پیروزی آزادی اراده بر قاعده‌ی آمره و قرارداد بر نهاد باشد، این یک روش جدید تنظیم خانواده است و در واقع قراردادی‌سازی اگر در خدمت شخص باشد می‌تواند در خدمت جامعه هم باشد. در حقوق ایران اما می‌توان بحث را در عین توجه به مصادیق حقوقی، به گونه‌ای دیگر سامان داد.

اراده عبارت است از: «اراده و آزادی فرد در ایجاد و قبول تعهد، حاکمیت اراده و خود مختاری فرد در امور حقوقی.» (کاتبی، ۱۳۸۰: ۴۰)

این اصل این گونه نیز تعریف شده است: «خودمختاری اراده: اصل فلسفه‌ی حقوق و نظریه عمومی حقوق که طبق آن اراده‌ای که آزادانه ابراز شده قدرت ایجاد تعهدات را دارد.»<sup>۴</sup> (Thierry Debard et Serge Guinchard, 2017-2018)

گفته شده که این اصل ریشه در تلقی انسان به مثابه‌ی سوژه دارد که در فلسفه دکارت آغاز و در سوژکتیویسم کانت به اوج خود رسیده است. کانت انسان را به مثابه‌ی موجودی عاقل، مختار، دارای اراده و البته دلیر در به کارگیری عقل خود بنیاد و مستقل خویش معرفی می‌کند (بیگدلی، ۱۳۹۴: ۱۲۵).

این اعتقاد وجود دارد که در فقه امامیه شکل‌گرایی و توقیفی بودن عقود ناشی از عدم مشروعیت اصل حاکمیت اراده است و مشکل نظام حقوقی ایران تلاش برای آشتی دادن این دو مبنای متعارض است. بنابراین باید یکی از این دو رویکرد را انتخاب کرد و از تشویش یا وضع مواد متعارض در نظام حقوقی ایران جلوگیری کرد (بیگدلی، ۱۳۹۴: ۱۲۵).

به نظر می‌رسد این تحلیل از این نکته غفلت کرده است که منظور از اصل حاکمیت اراده در فضای حقوقی ایران، کناره‌گیری شارع مقدس در تعهدات نیست (علیدوست، ۱۳۹۵: ۵۱۸)؛ چرا که ممکن است که شارع به تعهدات انسان نه لزوماً در قالب عقود معین بلکه تحت عموماتی مثل عقد، تجارت یا شرط مشروعیت بخشیده باشد. با این

شخص با جنسیت مخالف یا یکسان که با هم به صورت یک زوج زندگی می‌کنند»

<sup>4</sup> Autonomie de la volonté : Principe de philosophie juridique et de théorie générale du droit en vertu duquel la volonté librement exprimée a le pouvoir de créer des obligations .

بی تردید قراردادگرایی در حقوق خانواده جایگاهی واقعی در عالم ثبوت دارد که کشف این جایگاه، عرضه‌ی آن در عالم اثبات و معرفی آن توسط دانشمندان دانش حقوق مصالح انسان را با در نظر گرفتن تمام ابعاد وجودی انسان رقم می‌زند. قراردادی سازی در حقوق فرانسه در صدد کنار زدن قواعد آمره‌ی گذشته به نفع اراده‌ی طرفین بوده است و در این مسیر امور ممنوعه‌ی زیادی را در نوردیده است. همه چیز از ازدواج، پیمان همبستگی مدنی<sup>۲</sup> (Pacs- Pacte civil de solidarité) و اتحاد آزاد<sup>۳</sup> (Concubinage) گرفته تا طلاق، ولایت ابوینی، ارث و حتی رابطه‌ی فرزندی (نسب)، کم و بیش قراردادی می‌شوند (Maurie et Fulchiron, 2020: 39). همانطور که گفته شد؛ در حقوق فرانسه مهمترین بعد قراردادی سازی خدمت به فرد معرفی شده است که در دو قالب استقلال فرد و گسترش حقوق و آزادی‌های او محقق می‌شود (Maurie et Fulchiron, 2020: 39). اما با تحلیل دقیق ماهیت قرارداد به این نتیجه می‌رسیم که وجه بارز قراردادگرایی حاکمیت اراده است حاکمیت اراده می‌تواند در مسیر تحقق مصلحت جامع انسان گام بردارد، اگر با اطمینان از صحت گزاره‌های حقوقی خروجی همراه باشد.

## ۲،۱ حاکمیت اراده در مسیر تحقق مصلحت جامع

همانطور که گفتیم وجه بارز قراردادگرایی حاکمیت اراده است. در موضوع حاکمیت اراده، چه در فضای حقوق تعهدات و چه در دانش فلسفه، آراء و تحلیلهای متعددی ارائه شده است. اصل حاکمیت

<sup>۱</sup> برای دیدن تفاوت این مفهوم کانونی در بحث حاضر با تعاریف دیگر عدالت از منظر حقوق بشر نک: قاری، ۱۳۸۰: ۲۴۳

<sup>۲</sup> ماده‌ی ۵۱۵-۱ قانون مدنی فرانسه «پیمان مدنی همبستگی، قراردادی است که میان دو شخص حقیقی بالغ، با جنسیت متفاوت یا یکسان، به منظور ساماندهی زندگی مشترکشان منعقد می‌شود»

<sup>۳</sup> ماده‌ی ۵۱۵-۸ قانون مدنی فرانسه «اتحاد آزاد، پیوندی عملی است با ویژگی یک زندگی مشترک پایدار و با دوام میان دو

سختی می‌توان سابقه ی این قول را در آراء فقهای امامیه یافت. با وجود آنچه گفته شد به اصل حاکمیت اراده به صورت خاص در حقوق خانواده به صورت خاص توجه نشده است. از این رو تحلیل اراده های حاکم بر قرارداد در حقوق خانواده ضروری است. اراده هایی که قرارداد بین دو زوج را می سازند با مولفه های زیرقابل شناسایی هستند. این اراده ها:

- مبتنی بر منافع مشترک قرارداد را منعقد می‌کنند.

- اصولاً دقت زیادی به خرج می‌دهند چرا که منشاء ساختن قرارداد را در نوع انتخاب خود می‌بینند آن هم در موضوعی دارای ابعاد گسترده به نام خانواده.

- مسئولیت ها و تکالیف ناشی از قرارداد را مورد توجه قرار می‌دهند.

- محدودیتی بزرگ به نام اراده ی همسر را در مقابل می‌بینند (در موارد تعارض منافع زوجین یا نبود اشتراک در خواسته ها)

- اراده های سازنده متعلق به انسان هستند وقتی می‌گوییم اراده زن یا اراده ی شوهر باید دقت کنیم، اراده موجودی را تحلیل می‌کنیم که دارای آزادی مطلق نیست بلکه با محدودیت های متعدد زیستی روانی، اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و .. مواجه است (جوادی آملی، ۱۳۷۷؛ ۹).

- به هر حال این اراده ها آزادند و این آزادی یک واقعیت است که می‌تواند در راستای مصلحت جامع صاحبش حرکت کند.

با مرور شناسه های ذکر شده نوعی دوگانگی تکوینی در اراده ی آزاد دیده می‌شود اراده آزاد خصوصاً در قالب قرارداد با نوعی تناقض مواجه است؛ از طرفی محدود است که به این محدودیت و محدودیت های دیگر اشاره شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰: ۱۹) و از طرفی آزاد. بی توجهی به این محدودیت در قراردادی سازی موجب خطای

بیان حاکمیت اراده در تعهدات در طول اعطای مشروعیت شارع تعریف می‌شود. ضمن اینکه این یک تلاش برای نزدیکی به حاکمیت اراده در غرب نیست بلکه ممکن است واقعیت حقوق اسلام در پذیرش اصل حاکمیت اراده اما با قرائت توحیدی مورد غفلت واقع شده باشد. در این صورت حقوق اسلام در این زمینه پیش‌گام بوده است.

در فرانسه این اصل را می‌توان از پسِ رنسانس جستجو کرد. جایی که اصل لیبرالیسم حقوقی در مبادلات به عنوان محور پذیرفته شد. بدین ترتیب آراء جان لاک و ژان ژاک روسو و سایر فیلسوفان قرن هجدهم به وسیله ی افراد چون پوتیه وارد قانون مدنی فرانسه شد (بیگدلی، ۱۳۹۴: ۱۲۸). گرچه این اصل به معنای فلسفی خود در حقوق غرب با محدودیتهای متعددی در طول زمان مواجه شده است؛ اما همچنان محور حقوق تعهدات غرب است.

بعضی از حقوقدانان حاکمیت اراده را اصلی مسلم می‌دانند: «از نظر ما به جای آنکه شك بی‌مورد کنیم و خود را اسیر امواج شك گردانیم، بهتر است به اصول مسلم و بدیهی حقوق متوسل شویم. اصل آزادی اراده از بدیهیات است. تا وقتی که مانع مسلم برای نفوذ اراده در مقررات نباشد نمی‌توان نفوذ جلوه ی اراده را به صرف شك گرفت. رشد عاقلانه‌ی اراده، سرچشمه ی فیاض زندگی است. حیف نیست که به استناد شك و اوهام این چشمه را گل آلود کنیم؟ رهاکردن يك اصل بدیهی حقوق و تسلیم شك شدن، نوعی بی‌تعدالی در اندیشیدن است.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۴۹)

در صورت تلاش برای توجیه این گفته طبق ادله فقهی دو دلیل عقل و سیره ی عقلا می‌تواند به عنوان مستمسک بدیهی دانستن اصل حاکمیت اراده مطرح شود. یعنی نزد این حقوقدان یا به حکم مستقل عقل، اصل آزادی اراده ثابت است و یا بنای عقلایی که مورد ردع شارع قرار نگرفته بر این اصل مستقر شده است. با فرض اثبات اصل حاکمیت اراده با این دو دلیل این نکته باقی است که به

## ۲،۲ اطمینان از صحت حرکت قراردادگرایی

قراردادگرایی همانطور که گفته شد در معرض دو حرکت نامتعادل است؛ بنابراین باید مسیری را طی کند که با کمترین خطا مواجه باشد. تشخیص ابزارهای مطمئن برای تعیین مسیر صحیح قراردادی سازی از سویی و تعیین موضوعات قابل قراردادی سازی و غیر قابل قراردادی سازی از سوی دیگر، در این زمینه بایسته ی توجه است. نکته ی دیگر، تمرکز و شاید بازنگری بحث از منابع حقوق در نظام های حقوقی است که در کنار توجه به متدولوژی استنباط قوانین از اهمیت بالایی برخوردار است.

اما آنچه در این مجال قابل توجه است اطمینان بخشی یا اطمینان بخش تر بودن یک ابزار یا منبع حقوقی است. تکیه بر احتمالات ضعیف و یا امور غیر قطعی یا غیراطمینان بخش خروجی های یک نظام حقوقی را متزلزل می کند.<sup>۱</sup>

در این زمینه توجه به تعریف قطع و اطمینان قابل توجه است اولی عبارت است از این که محقق صد درصد گزاره ای را مطابق واقع می بیند و در دومی محقق نسبت به مطابقت گزاره مورد استفاده در تحقیقاتش، با واقع آرامش خاطر دارد. فاصله گرفتن از قطع و اطمینان، ضریب خطای یک نظام حقوقی در شناخت مسیر صحیح قراردادگرایی را بالا می برد نیز احتمال خطا در شناخت موضوعات قابل قراردادی سازی بالا می رود.

به همین دلیل است که در حقوق اسلام یکی از اصول مهم این گونه بیان شده است که اعتبار هر استدلالی باید به علم و قطع منتهی شود (مظفر، ۱۳۸۷: ۳۷۸).<sup>۲</sup> بنابراین است که گزاره های مورد استناد و استدلال محقق در حقوق خانواده یا باید قطعی باشند و یا پشتوانه ی قطعی داشته باشند.

محاسباتی درباره ی گستره ی آزادی قراردادی است. اگر حقیقت آزادی اراده و آزادی قراردادی، محدودیت و آزادی را در کنار هم دارد و صحنه ی تکوین این چنین است تقنین نمی تواند بدون توجه به هست ها بایدها را سامان دهد این همان پیوند مستحکم تشریح و تکوین است (مکارم، ۱۴۲۴: ۱۱۱/۳).

از مجموع گزاره های ذکر شده می توان نتیجه گرفت که قراردادگرایی می تواند با دو جریان نامتعادل مواجه شود جریانی که با بزرگ نمایی فردگرایی و تبلور آزادی در قراردادگرایی به اسم منفعت فرد مصلحت جامع او را نادیده می گیرد و جریانی که بدون توجه به واقعیت قراردادی و ظرفیت های آن برای تنظیم و ارتقای روابط اعضای خانواده و معالجه ی آسیب های آن در عرصه های مختلف، از آن فاصله گرفته بلکه آن را مخالف ارزش های خانواده معرفی می کند.

آنگونه که عدالت و مصلحت جامع انسان را تعریف کردیم، عدالت می تواند مصلحت جامع انسان را محقق کند. به دیگر سخن عدالت به دنبال جایگاه واقعی اراده ی انسان و قرارداد گرایی (یکی از قالب های حاکمیت اراده ی انسان) در عرصه پیچیده ای به نام خانواده است خانواده که در ساده ترین و قطعی ترین شکل آن از دو جنس مخالف (دو موجود پیچیده و کاملاً متفاوت) تشکیل شده است.

تمام این موارد حاکی از این است که قضاوت مبتنی بر عدالت درباره مصلحت جامع انسان در این عرصه درباره هر موضوعی از جمله قرارداد گرایی به همان اندازه پیچیده است در این راستا بحث از ابزارهایی که ما را به قضاوت صحیح درباره حاکمیت اراده و قراردادگرایی و مرزهای آن رهنمون می شوند، ضروری است.

<sup>۱</sup> إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا (آیه ۳۶ سوره ی یونس)

<sup>۲</sup> فَإِنَّ الْعِلْمَ تَنْتَهِي إِلَيْهِ حُجِّيَّةُ كُلِّ حُجَّةٍ.



ودیگر حقوق و آزادی هایی است که برای شهروند اروپایی شناخته شده است (Maurie et Fulchiron, 2020 : 39) در واقع حقوق خانواده در فرانسه به دنبال عرصه هایی است که قابل قراردادی سازی نیستند عرصه هایی که ظاهراً محدودند مثل برخی عناصر احوال شخصیه و نسب گرچه قراردادی سازی و گسترش سریع آن در حقوق فرانسه به معنای حاکمیت مطلق آزادی و منافع فرد نیست چرا که همچنان قراردادهای الحاقی، محتوای از پیش تعیین شده توسط قانون<sup>۱</sup> و اصول نظم عمومی، مرزهای آزادی را پر رنگ می کنند (Fulchiron, 2021:1; Malaurie et Fulchiron, 2020 : 38)

سوال اینجاست که قراردادی سازی آیا همیشه در خدمت فرد است؟ استقلال فرد و گسترش آزادی های او آیا لزوماً به مصلحت او منجر می شوند؟ برای مثال دو جامعه را در نظر بگیرید در هر دو جامعه قراردادی سازی به یک میزان در حقوق خانواده گسترش یافته است زنان و مردان در یک جامعه، دارای تحصیلات عالی، صاحب تجربه و دارای مطالعات کافی درباره ی خانواده و در یک کلام فرهنگ عمومی در سطح بالا یا قابل قبولی است در مقابل در جامعه دیگر، فرهنگ عمومی در سطحی نازل قرار دارد اکنون استقلال فرد و آزادی او آیا منفعت فرد را رقم خواهد زد؟ مفاد قراردادهای چه گونه خواهد بود؟

قراردادی سازی اگر در خدمت مصلحت جامع و قطعی انسان باشد هم در خدمت فرد خواهد بود و هم در خدمت جامعه اصولاً مصلحت جامع و قطعی انسان نمی تواند صرفاً بعدی از ابعاد وجود انسان را پوشش دهد حقیقت انسان ابعادی دارد که یک بعد، فردیت اوست و بعد مهم دیگر، اجتماعی بودن اوست بنابراین قراردادی سازی باید در خدمت این رشد همه جانبه باشد و البته این موضوع به معنای

نکته ی قابل توجه دیگر این است که احکام حقوقی مجموعه ای از بایدها و نبایدها هستند نسبت به بایدها و نبایدها گفته شده است که قابل صدق و کذب نیستند (مظفر، ۱۴۲۱: ۱۲۹) سوالی که به ذهن می رسد این است که پس قطع و اطمینان نسبت به گزاره های حقوقی به چه معناست در حالی که صدق عبارت از مطابقت یک گزاره با واقع و کذب عبارت از عدم مطابقت یک گزاره با واقع است و قطع عبارت از علم به مطابقت یک گزاره با واقع و به دیگر سخن علم به صدق یک گزاره و قضیه است (رضایی و خسروی، ۱۳۹۲: ۱۳). در پاسخ این اشکال می گوئیم اگر گزاره های حقوقی قابل تصدیق یا تکذیب نباشند قضاوت درباره ی آنها دچار مشکل می شود در حالی که اساساً دانش حقوق پر از قضاوت هایی است که درباره ی قضایای حقوقی انجام می شود. بنابراین تصدیق و تکذیب گزاره های حقوقی امری غیر قابل اجتناب است گرچه این صدق و کذب به معنای دقیق فلسفی به ارتباط بایدها و نبایدها با هست ها بازگردد (مصباح، ۱۳۸۳: ۲۰۴).

### ۳ قراردادی سازی هم در خدمت فرد و هم در خدمت جامعه

در حقوق فرانسه یکی از مبانی قراردادی سازی، جریان اساسی سازی (Fondamentalisation) است. جریانی دیگر که در حقوق خانواده ی فرانسه پدیده ای قابل توجه است. این جریان در پی استیفاء حقوق بنیادین فرد است. اساسی سازی روابط خانوادگی را ناشی از وضعیت ها و نهادهای ساخته شده توسط جامعه نمی داند (Klein et Thérèse, 1999: 495) و به تدریج روابط خانوادگی را از حقوق و آزادی های فردی بازسازی می کند. این بخشی از چشم انداز کنوانسیون اروپایی حقوق بشر

<sup>۱</sup> در حقوق قراردادهای فرانسه برای قواعد آمره ی حاکم بر قراردادهای که به حکم قانون لازم الاتباع هستند این تعبیر به کار می رود. (contenu prédéterminé du contrat)

در حقوق خانواده ایران با الهام از منابع اسلامی به عامل توافق و تراضی افراد و خانواده ها در حل مسائشان توجه جدی شده است یکی از این موارد ارجاع به داوری است. داوری در کلیه موارد درخواست طلاق به استثناء طلاق توافقی اجباری است (ماده ۲۷ قانون حمایت از خانواده) البته داوری ذکر شده در قانون حمایت خانواده با داوری مصطلح در قانون آئین دادرسی مدنی متفاوت است. همچنین غیر از موضوعات غیر قابل داوری در حقوق خانواده مثل نسب (ماده ۴۹۶ ق.آ.د.م)، دیگر موضوعات حقوق خانواده طبق عمومات باب هفتم قانون آئین دادرسی مدنی قابل ارجاع به داوری به معنای خاص است (صفایی و امامی، ۱۳۹۲: ۲۶۳) در حالی که در فرانسه به تازگی در حقوق خانواده از داوری گفتگو می‌شود. داوری در حقوق فرانسه نهادی مشابه داوری قانون آئین دادرسی مدنی در ایران است و با روش‌هایی مثل میانجیگری و سازش متفاوت است و یکی از مهمترین مشخصه‌های آن برخورداری از اعتبار امر قضاوت شده است (Fulchiron et A. Devers, 2017:25). به هر حال موضوعات حقوق خانواده به استناد ماده ۲۰۶۰ قانون مدنی فرانسه همچنان غیر قابل داوری هستند. مورد دیگر جایگاه ویژه‌ی قراردادگرایی در تعیین مفاد ازدواج (شروط ضمن عقد) است که منحصر به امور مالی هم نیست. اما این به معنای حذف آمرانگی‌های به جا و مبتنی بر عدالت نیست.

یکی از عوامل کنار گذاشتن بعضی از الزام‌ها در جامعه فرانسه این است که برخی مدل‌های رفتاری که مبتنی بر قواعد آمره‌ی حقوق خانواده هستند، دیگر از توافق اجتماعی برخوردار نیستند و گفته می‌شود که اصرار بر آنها نتیجه‌ای جز ناکارآمدی قانون را در پی نخواهد داشت (Fulchiron, 2021:6 Malaurie et Fulchiron, 2020: 40). در این باب باید توجه کرد که اولاً ممکن است مدلی که بر جامعه تحمیل شده به غلط آمرانه تلقی می‌شده است. ثانیاً با فرض حقانیت یک آمرانه مشکل عدم توافق اجتماعی بر آن آمرانه صرفاً حقوقی نیست

اومانیسیم (Humanisme) نیست بلکه به معنای در نظر گرفتن انسان در تمام ابعاد وجودی اوست.

اومانیسیم با مفهوم فردگرایی (Individualisme)، رابطه‌ی جدی دارد. فردگرایی که جامعه را موجودی آلی (و نه غایی) برای خدمت به آحاد افراد بشر می‌شمارد، از این ایده اومانستی نشأت می‌گیرد که انسان به عنوان موجود خودمختار، غایت و مآل طبیعی زیست جهان است و مطلقاً هیچ موجودی برتر از انسان وجود ندارد که بخواهد مخدوم او قرار گیرد. در نقد فردگرایی و اومانیسیم با نحله‌های مختلف خود، گفتگوهای زیادی شده است (جوادی آملی، ۱۳۸۳: ۱۶۷-۱۷۳؛ حمیدیه، ۱۳۸۵: ۲۱۱).

به نظر می‌رسد از آنجائیکه محور عالم خداوند متعال است (هُوَ الْأَوَّلُ وَالْآخِرُ آیه ۳ سوره ی حدید)، مهمترین بعد وجودی انسان ارتباط با اوست. از این رو امیر المومنین علیه السلام می‌فرماید: مَنْ أَصْلَحَ فِيمَا بَيْنَهُ وَ بَيْنَ اللَّهِ أَصْلَحَ اللَّهُ فِيمَا بَيْنَهُ وَ بَيْنَ النَّاسِ هرکس رابطه اش با خداوند را سامان دهد، خداوند رابطه‌ی او با انسانهای دیگر را سامان می‌دهد (صدوق، ۱۴۱۳: ۳۹۶). بنابراین مصلحت جامع و قطعی انسان، انسان را آنگونه که هست ملاحظه می‌کند. در واقع هر گونه نگاه تک بعدی به انسان بین او و مصلحت فراگیرش فاصله می‌اندازد اینجاست که قراردادی سازی هم در خدمت فرد و هم در خدمت جامعه خواهد بود.

امروز در حقوق فرانسه به این موضوع تصریح می‌شود که در خانواده دیگر زمان جزم‌گرایی، تحمیل، محدودیت و اجبار گذشته است (40: Malaurie et Fulchiron, 2020 و قراردادی سازی تبلور این تغییر است. با این حال آزادی قراردادی در مفاد ازدواج (Mariage) که همچنان مهمترین یا یکی از مهمترین شکل‌های خانواده در حقوق فرانسه است جز در امور مالی آن هم به صورت محدود پذیرفته نیست (مواد ۲۲۶ و ۱۳۸۸ قانون مدنی فرانسه).



است که اگر ازدواج با محارم در جامعه رواج پیدا کند شناسایی آن در قراردادی سازی مبتنی بر همبستگی متقابل در حقوق فرانسه پذیرفته می‌شود؟ با منطقی که در زوج های هم جنس مطرح شد جواب مثبت است اما حقوقدانان فرانسوی به سختی با این جواب همراهی خواهند کرد.

ظرفیت های قراردادی سازی موضوعی است که گرچه در حقوق اسلام تعبیه شده است اما کمتر مورد توجه فقها و حقوقدانان واقع شده است در حقوق خانواده فرانسه جریان قراردادی سازی به سمتی می‌رود که همچون گذشته دیگر قاعده و استثنا مطرح نیست. به این بیان که آمره بودن قواعد حقوق خانواده، اصل اولیه و قراردادی سازی یک استثنا باشد. بلکه چشم انداز این است که در یک رابطه ی دو طرفه قانون و اراده ی فردی یکدیگر را تکمیل کنند قرارداد ابزاری اساسی خواهد بود که از طریق تعهدات اخذ شده در قرارداد، از طریق فرمالیسم (گرایش به ضوابط شکلی) که آن را احاطه کرده است، از طریق قواعد آمره ی حاکم بر شکل گیری و اثرات آن، از طریق ضمانت اجرایی که بر عدم عملکرد آن تأثیر می‌گذارد، نظارتی (تنظیمی) انعطاف پذیر برای اشکال مختلف زندگی خانوادگی را با رعایت حداقل امنیت و قابل پیش بینی بودن، برای جامعه تضمین کند (Malaurie et Fulchiron, 2020: 40-41) به نظر می‌رسد در این نگاه حقوق اسلام پیشرو بوده است. بهترین شاهد مدعا این است که در عقد نکاح ظرفیت قراردادی به نحو عمیقی تعبیه شده است و اساساً قواعد آمره و ماهیت قراردادی نکاح و شروط ضمن عقد مکمل یکدیگر قرارداده شده اند. قوانین و محاکم ایران در این زمینه از حقوق اسلام عقب مانده اند و نتوانسته اند این ظرفیت را به صورت بالفعل به زوج های ایرانی معرفی کنند حتی شروط ضمن عقد در عقد

بلکه ممکن است عوامل اجتماعی اقتصادی فرهنگی در این فقدان توافق اجتماعی موثر باشند بنابراین اولین راه حل، نقض این آمرانه نیست بلکه باید به تحلیل علت عدم توافق اجتماعی بر این آمرانه پرداخت این نکته قابل تاکید است که آمرانه های یک نظام حقوقی همانطوری که می‌توانند ناروا باشند ممکن است از ظرفیت های آن نظام حقوقی محسوب شوند.

یکی از نمونه هایی که قراردادی سازی در فرانسه آمرانه را کنار گذاشته است، زوج های همجنس گرا هستند. امروز دیگر نه تنها اتحاد آزاد و پیمان همبستگی مدنی بلکه ازدواج آنها نیز قانونی است. ماده ی ۱۴۳ قانون مدنی فرانسه: «عقد ازدواج توسط دو شخص همجنس یا غیر همجنس منعقد می‌شود»<sup>۱</sup>. در تبیین منافع این قراردادی سازی در فرانسه این گونه گفته شده است که قانون با شناسایی این زوج ها برای آنها چهارچوبی تعریف کرده و ثبات خاص، تعهدات متقابل قابل احترام و یک شکل کم و بیش توسعه یافته از همبستگی بین طرفهای ذی نفع و اشخاص ثالث را محقق کرده است در واقع جامعه نسبت به این پدیده با قراردادی سازی، عادی سازی را در پیش گرفته است چرا که انکار رشد آنها، آثار مثبتی ندارد (Fulchiron, 2021: 6). به نظر می‌رسد یکی از ساده ترین برخورد ها با این پدیده در فرانسه قراردادی سازی آن باشد. همجنسگرایی موضوعی است که یک بسته کارشناسی را تشکیل می‌دهد و باید از زوایای مختلف روانشناسی جامعه شناسی و حتی دینی بررسی شود و البته این بسته با نگاه حقوقی تکمیل خواهد شد برای مثال فرض کنیم این موضوع یک بیماری فرهنگی تلقی شود آنگاه به جای قراردادی سازی باید به درمان این بیماری و نه به رسمیت شناختن آن پرداخت حقیقتاً جای سوال

<sup>1</sup> Article 143 Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe. Modifié par LOI n°2013-404 du 17 mai 2013 - art. 1



است و قاضی فقط در صورت عدم توافق در حل اختلاف باید دخالت کند (Ph. Malaurie et H. Fulchiron, 2020 : 39). درباره ی داوری، عدم جریان آن در حقوق خانواده فرانسه و تفاوت آن با روش های جایگزین ذکر شده، سخن به میان آمد.

- در حقوق خانواده ی فرانسه همچنین روابط والدین با فرزندان به وسیله ی قراردادی سازی از حقوق خانواده ی سنتی فاصله گرفته است ماده ۳۷۶ قانون مدنی فرانسه چنین مقرر کرده است: "هر گونه انصراف یا انتقال ولایت ابوینی اگر به موجب حکم قاضی در موارد مشخص زیر نباشد، فاقد اثر است" اما اکنون مدتهاست که والدین دعوت می‌شوند تا توافقاتی منعقد کنند که به موجب آنها اعمال اختیارات خود را در طول زندگی مشترک و در صورت جدایی مدیریت کنند و از قاضی خواسته شده تا این توافقات را در نظر بگیرد (ماده ی ۱۱-۲-۳۷۳ قانون مدنی فرانسه)

- در نمونه ای دیگر قانونگذار برای اعطای قابلیت اجرا به توافقات انجام شده بین والدینی که جدا شده اند در مورد مبلغ نفقه ای که به فرزندان پرداخت می شود بدون اینکه از قاضی درخواست شود، حتی به مدیران صندوق های کمک هزینه خانواده جهت بررسی توافقات والدین صلاحیت و نیروی لازم الاجرا بخشیده است.<sup>۲</sup>

- یکی از نمونه های دیگر، رحم اجاره ایست (GPA- La gestation pour autrui) قراردادی که به موجب آن زن می‌پذیرد که فرزندی را حمل و به دنیا بیاورد که اگر چه از نظر ژنتیکی به خودش متعلق است اما او حقوق خود را به والدین یا زوجین متقاضی واگذار می‌کند، این مورد در قوانین فرانسه

نامه ها بیش از اینکه تبلور آزادی قراردادی طرفین باشد به جلوه ی نوعی قرارداد الحاقی بدل شده است که طرفین بدون اطلاع از مفاد این شروط، به آن ملحق می‌شوند.<sup>۱</sup>

## ۳/۱ بررسی نمونه هایی از قراردادی

### سازی در حقوق خانواده ی فرانسه

پس از تبیین نگاه حاکم بر قراردادی سازی در فرانسه اکنون به بررسی نمونه های اخیر این حرکت در حقوق خانواده ی فرانسه می‌پردازیم:

- طلاق بدون قاضی یکی از نمونه های مهم قراردادی سازی در حقوق خانواده ی فرانسه است. طلاق که در حقوق سنتی فرانسه حتما تحت نظارت قاضی صورت می گرفته آن هم در حالی که در فرهنگ سنتی خود ممنوع بوده است دیگر منحصر در اشکال سابق نیست قبل از این نوع طلاق نیز طلاق توافقی در حقوق خانواده ی فرانسه وجود داشت اما در طلاق بدون قاضی این توافق است که طلاق را رقم می‌زند. این به آنها بستگی دارد که آثار جدایی خود را با قرارداد حل و فصل کنند به طور خاص، دفاتر اسناد رسمی بعد از اطمینان از عدم مغایرت توافق با نظم عمومی طلاق را ثبت می‌کنند. اما این فقط یک کنترل خفیف است (Ph. Malaurie et H. Fulchiron, 2020 : 305).

- نمونه ای دیگر از قراردادی سازی در حقوق فرانسه علاقه ای است که در فرانسه به روش های جایگزین حل اختلاف نشان داده شده است میانجیگری، صلح و سازش و شیوه های مشارکتی (Thierry (procédure participative) (Debard et Serge Guinchard, 2017-2018) از این قبیل هستند. ماده ی ۲۰۶۲ قانون مدنی فرانسه به توافق و قرارداد پایه ی شیوه های مشارکتی اشاره می‌کند. با این توضیح که فرد در انتخاب خود آزاد

<sup>2</sup> Loi n°2016-1827 du financement de la sécurité sociale du 23 décembre 2016, art. L 523-1 CSS.

<sup>۱</sup> برای دیدن مفهوم و اعتبار قرارداد الحاقی نک: قافی، ۱۳۸۳، ۸۸-۶۱



شرطه‌م قرار میگیرند اگر شک کردیم که از موارد مخالف کتاب و سنت هستند (مخالف با قواعد آمره) با اصل عدم مخالفت عنوان عام را احراز می‌کنیم (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۱/۶) بنابراین این شروط جاز و لازم الوفاء هستند مرحوم آخوند خراسانی (خراسانی، ۱۴۰۶: ۲۳۹) نیز در حاشیه‌ی مکاسب با ایشان همراه است. در بین حقوقدانان نیز به صورت پراکنده اگر چه با تقریری متفاوت به این اصل توجه شده است. یکی از حقوقدانان در شرح ماده‌ی ۱۱۴۸ قانون مدنی که درباره‌ی حق رجوع زوج در مدت عده‌ی طلاق رجعی است؛ این سوال را مطرح کرده است که آیا حق رجوع در این ماده از قواعد آمره است؟ در ادامه این گونه جواب داده است که اگر از قواعد آمره باشد نمیتوان آن را صلحا اسقاط کرد. نهایتاً وی با توجه به سکوت قانون مدنی و نبود دلیل قاطع بر آمره بودن این ماده اصل آزادی اراده را با توجه به مواد ۱۰ و ۷۵۴ قانون مدنی حاکم می‌داند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ص ۲۶۶). این موضوع یک پایه‌ی مهم در قراردادگرایی محسوب می‌شود. غفلت از این اصل موجب تحیر دادرس در مقام قضاوت و محدودیت بی‌مورد زوجین در موارد مشکوک خواهد بود. از آنجائیکه مبانی این اصل با توضیحاتی که گذشت، در فقه و حقوق وجود دارد به نظر می‌رسد، تصریح به آن در قالب یک ماده قانونی بایسته است.

- یکی از نمونه‌های قابل توجه در قراردادگرایی در حقوق اسلام، توکیل در طلاق است، طلاق گرچه یک ایقاع است و مرد آن را واقع می‌نماید، اما یکی از شروط ضمن عقد که اکنون در عقد نامه‌ها وجود دارد و مورد توافق قرار میگیرد توکیل مرد به زن برای طلاق در شرایطی خاص است نیز توکیل طلاق به صورت مطلق در حقوق ایران پذیرفته شده است (صفائی و امامی، ۱۳۹۲: ۲۳۹؛ خمینی، ۱۳۸۵: ۳۸۷/۱۰) فارغ از گفتگوهایی که در این موضوع

از اساس باطل است<sup>۱</sup> و جرم انگاری<sup>۲</sup> شده است. ماده‌ی ۷-۱۶ قانون مدنی فرانسه این گونه مقرر می‌کند: «هر قراردادی به منظور تولید مثل یا بارداری به سود دیگری، باطل است». با این وجود حقوق فرانسه، با خواست دادگاه اروپایی حقوق بشر برای ترتیب آثار این قرارداد برای کودکانی که در خارج فرانسه از این طریق متولد می‌شوند، موافقت کرده است (Maurie et Fulchiron, 2020: 1112).

## ۳،۲ بررسی بعضی ظرفیت‌های قراردادگرایی در حقوق خانواده ایران

همانطوری که بیان شد قراردادگرایی در حقوق خانواده ایران می‌تواند با گذر از مجرای صحیح استنباط از منابع اسلامی ارائه‌ی طریقی برای حل بعضی مشکلات حقوق خانواده باشد اکنون به بررسی چند نمونه‌ی مهم از مصادیق قابل توجه قراردادگرایی در حقوق خانواده‌ی ایران می‌پردازیم:

- یکی از جلوه‌های مهم قراردادگرایی در حقوق ایران موارد مشکوکی است که فقیه نمی‌داند از قواعد آمره است یا خیر در واقع مواردی وجود دارد که فقیه با توجه به مجموع ادله نمیتواند قاطعانه قضاوت کند که آیا عرصه، عرصه‌ی قواعد آمره است و نمیتوان بر خلافش توافق کرد یا خیر؟ شیخ انصاری در بحث شروط ضمن عقد این بحث را مطرح کرده و اصل عدم مخالفت با قواعد آمره را پذیرفته است نکته‌ای که به عنوان پایه‌ی مهم در قراردادگرایی محسوب می‌شود این موضوع موقعی بیشتر جلب توجه می‌کند که همانطور که گذشت در حقوق فرانسه در قالب ازدواج آزادی در تعیین مفاد عقد و قراردادی ازدواج وجود ندارد. در واقع صورت مساله نزد شیخ انصاری چنین است که در شروط ضمن عقد که تحت عموم المومنون عند

<sup>2</sup> Art : 227-12 C.pen

<sup>1</sup> Art. 16-7 C.civ.: "Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle."

مرزهای آزادی قراردادی در قالب شروط ضمن عقد است برای مثال ریاست مرد بر خانواده به عنوان یکی از قواعد آمره حقوق خانواده ایران و یکی از مصادیق نظم عمومی تلقی شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۶۷۲). در این موضوع از دو جهت می‌توان بحث کرد جهت اول آمره بودن ریاست مرد بر خانواده است جهت دوم بررسی آثار این ریاست و قابل قراردادی بودن آنهاست درباره آمره بودن ریاست مرد بر خانواده برخلاف تلقی حاکم در کتب حقوقی باید گفت این موضوع در فقه امری مسلم نیست ماده ی ۱۱۰۵ قانون مدنی می‌تواند به حقی از حقوق شوهر اشاره داشته باشد اگر این ماده برگرفته از آیه ی شریفه الرجال قوامون علی النساء باشد نکته ی قابل توجه این است که مفهوم واژه ی قوام که در آیه ذکر شده با آثار خود معرفی می‌شود یعنی این واژه به آثار خاصی اشاره دارد که قابل نقض نبوده و آمره نیستند و در غیر این آثار که در ادله ی نکاح بیان شده زن آزاد است و اگر ماده ی ۱۱۰۵ قانون مدنی حق ریاست را گسترش داده است می‌توان بر خلاف آن تراضی کرد. «قیمومت مرد بر زنش به این نیست که سلب آزادی از اراده زن و تصرفاتش در آنچه مالک آن است بکند، و معنای قیمومت مرد این نیست که استقلال زن را در حفظ حقوق فردی و اجتماعی او و دفاع از منافعش را سلب کند، پس زن هم چنان استقلال و آزادی خود را دارد، هم می‌تواند حقوق فردی و اجتماعی خود را حفظ کند و هم می‌تواند از آن دفاع نماید و هم می‌تواند برای رسیدن به این هدف هایش به مقدماتی که او را به هدف هایش می‌رساند متوسل شود» (طباطبائی، ۱۳۷۴: ۵۴۴/۴) بنابراین آثاری وجود دارد که قابل توافق و در حیطه ی آزادی زن هستند. (احمدی نژاد و امین الرعایا، ۱۳۹۹: ۴۲۲) البته این منافاتی با آمره بودن بعضی آثار قیمومت مرد ندارد جهت دوم بررسی آثار ریاست مرد بر خانواده است طبق نظر غالب که ریاست مرد بر خانواده را به عنوان قاعده ی آمره می‌پذیرد نیز در بعضی آثار این قاعده قرارداد و توافق ممکن است حق مسکن یکی از این نمونه هاست (ماده ۱۱۱۴) که این آزادی

صورت گرفته و آراء مخالفی که وجود دارد اما یکی از نکات مهم و بایسته ی پاسخ این است که آیا این توکیل در طلاق نوعی حيله برای فرار از اعطای حق طلاق به مرد به عنوان یکی از قواعد آمره نیست؟ در پاسخ باید گفت واقعیت این است که اعطای حق طلاق به شوهر در حقوق اسلام به عنوان اصل اولیه تعبیه شده است در کنار آن آزادی قراردادی در شروط ضمن عقد پذیرفته شده است. در واقع قرارداد توکیل، نقض قاعده ی آمره ی حق طلاق مرد نیست چرا که مبتنی بر قرارداد و تراضی است و برای توکیل طلاق به زن همه ی شرایط انعقاد یک قرارداد الزامیست و این تفاوت ماهوی بین حق طلاقی که قانونا به مرد واگذار شده است و نیازی به تراضی ندارد و طلاقی که نیابتا با توکیل به زن واگذار می‌شود بسیار مهم است.

- نمونه ی دیگر طلاق توافقی است که در قانون جدید حمایت خانواده ی (۱۳۹۱) علاوه بر طلاق به اراده ی زوج یا به درخواست زوجه پذیرفته شده است این طلاق ظاهرا طلاقی غیر از طلاق خلع و مبارات است طبق مواد ۲۵ و ۲۶ این قانون می‌توان گفت قانون نظر به توافقی مستقل برای طلاق دارد که محمل آن آزادی قراردادی طرفین است گر چه طبق ماده ی ۲۵ این توافق قابل انصراف (فسخ) است.

-نمونه ی دیگر طلاق خلع و مبارات است در ماهیت قراردادی این دو طلاق گفتگوهای زیادی صورت گرفته است در این باره قانون ساکت است در فقه نظر مشهور همراه با ایقاع بودن آن است (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۷/۳۳). اما بی تردید تراضی طرفین در فرآیند این طلاق موثر است چه ماهیت طلاق را یک معاوضه و قرارداد بدانیم که شوهر در قبال طلاق عوضی دریافت میکند چه ماهیت طلاق را مثل سایر طلاقها ایقاع دانسته و بذل عوض توسط زن و پذیرش آن توسط مرد را قراردادی به عنوان مبنای طلاق بدانیم (صفایی و امامی، ۱۳۹۲: ۲۴۱ و ۲۹۰).

-نکته ی مهم در این باب تفسیر صحیح قواعد آمره است که در فقه موجب مشخص شدن دقیق



آزادی در قراردادگرایی به اسم منفعت فرد مصلحت جامع او را نادیده می‌گیرد و جریانی که بدون توجه به واقعیت قراردادگرایی و ظرفیت های آن برای تنظیم و ارتقای روابط اعضای خانواده و معالجه آسیب های آن در عرصه های مختلف، از آن فاصله گرفته بلکه آن را مخالف ارزش های خانواده معرفی می‌کند.

در حقوق ایران اما پس از نقد مبانی قراردادی سازی در فرانسه از نظر نگارندگان گرایش به قرارداد در صورتی مفید خواهد بود که متوجه مصلحت جامع و قطعی انسان باشد و این مشروط به حاکمیت اراده در عرصه هایی است که با ابزارهای مطمئن و با توجه به مرزبندی صحیح با قواعد آمره کشف شوند. در این صورت مصلحت فرد و جامعه توأمان تأمین خواهد شد.

در حقوق ایران یکی از مهمترین ظرفیت های قراردادگرایی، شروط ضمن عقد نکاح و اصل عدم مخالفت با قواعد آمره در موارد مشکوک در شروط ضمن عقد است این در حالی است که در حقوق فرانسه گرچه در شکل انعقاد زوج ها آزاد می باشند (ازدواج، اتحاد آزاد، پیمان همبستگی مدنی) اما در مفاد ازدواج، آزادی قراردادی وجود ندارد ضمن اینکه مواردی مثل توکیل مشروط و مطلق طلاق، داور، طلاق توافقی و طلاق خلع و مبارات نمونه هایی از این ظرفیت در حقوق ایران است.

اصل عدم مخالفت با قواعد آمره به عنوان نظریه مختار می‌تواند در موارد مشکوک در حقوق خانواده راه حلی برای برخی چالش های امروز خانواده در ایران باشد پیشنهاد می‌شود، به این اصل در قالب ماده قانونی تصریح شود.

قراردادی می‌تواند در قالب قرارداد مستقل از نکاح یا در شروط ضمن عقد تبلور یابد (صفایی و امامی، ۱۳۹۲: ۱۳۶).

## ۴ نتیجه گیری

قراردادی‌سازی امروز در فرانسه بسیاری از عرصه های حقوق خانواده ی فرانسه را در برگرفته و به تابوشکنی در قواعد آمره پرداخته است و صرفاً مواردی مثل بعضی عناصر احوال شخصیه و نسب قراردادی نشدند، گرچه قراردادهای الحاقی و اصول نظم عمومی و به طور کلی امور از پیش تعیین شده توسط قانون (قواعد آمره) همچنان مرزهای آزادی قراردادی در حقوق خانواده را پر رنگ می‌کنند.

قراردادی‌سازی تفاوت ظریف و مهمی با قراردادگرایی دارد در ترکیب دوم وضعیت حقوق خانواده توصیف می‌شود ولی در اولی حکمی عملی صادر می‌شود در حقوق ایران قبل از هر چیز توصیف عرصه هایی از حقوق خانواده که توافق و قرارداد در آنها ممکن است، ضروری است.

پیمان همبستگی مدنی، اتحاد آزاد و اخیراً ازدواج هم جنس ها، طلاق بدون قاضی، روش های حل اختلاف جایگزین، ولایت والدین و رحم اجاره ای نمونه ها و موضوعاتی هستند که قراردادی سازی در آنها تحولات مهمی را در فرانسه رقم زده است.

حقوقدانان فرانسه قراردادی سازی را از نتایج فردگرایی و اساسی سازی می‌دانند از نظر ایشان نگاه نهادی به خانواده هر روز کم‌رنگ می‌شود اما حرکت قراردادی سازی در جهت منافع فرد در نهایت منافع اجتماع را با نوعی تنظیم اجتماعی جدید نسبت به روابط خانواده تأمین می‌کند.

قرارداد گرایی می‌تواند با دو جریان نا متعادل مواجه شود جریانی که با بزرگنمایی فردگرایی و تبلور



## References

Quran

Abu Hanifeh, Nu'man ibn Mohammad al-Maghribi (1385 GH) *Daa'im al-Islam* 2nd edition, - Qom: Al-Bayt Institute, peace be upon them (In Arabic)

Ahmadinejad, Maryam; Amin al-Ruaya, Yasir (1399 SH) " Women's Right to Equal Recognition with Men from the Perspective of the International System of Human Rights and Islam", *Journal of Comparative Law Studies*, Volume 11, Issue 2, pp. 430-405 (In Persian)

Alidoost, Abulqasem; (1395 SH) *Jurisprudence and contract law: General Qur'anic arguments*, Tehran: Islamic Culture and Thought Research Institute Publications, 2nd edition (In Persian)

Ansari Dezfuli, Morteza Ibn Mohammad Amin (1415 GH), *ketab almakaseb*, Volume 6, 1st Edition, Qom: World Congress in honor of Sheikh Azam Ansari (In Arabic)

Bigdeli, Attaullah (2014); "The independence of will in Imami jurisprudence, the Roman-Germanic system and Iranian law", a basic-philosophical income, *Islamic Law Studies*, No. 41, p. 125 (In Persian)

Debard, Thierry; Guinchard, Serge (2017-2018) *Lexicon of legal terms*; 28<sup>e</sup> édition, Dalloz (In French)

Devers, Alain; Fulchiron, Hugues (2017) *Arbitration and family file*, revue droit. et patrimoine., déc. 2017, p. 25 (In French).

Fenouill, Dominique; P. de Vareilles-Sommières (2001) *Family contractualization*, Paris: Economic (In French)

Fulchiron, Hugues (2021) *The contractualization of family law: a decline in the imperative and / or a new mode of social regulation?*, Non publié (In French).

Jafari Langroudi, Mohammad Jafar; (1340) *The effect of will in civil rights*, Tehran, doctoral thesis (In Persian)

Jafari Langroudi, Mohammad Jafar; (1376) *Family Law*, Tehran: Ganj Danesh, 2nd edition (In Persian)

Jafari Langroudi, Mohammad Jafar; (1370) *Legal schools in Islamic law*, Tehran: Ganj Danesh, 2nd edition (In Persian)

Javadi Amoli, Abdollah (1998) *Philosophy of Human Rights*, Tehran: Esra Publishing, 2nd Edition (In Persian).

Hamidieh, Behzad (2006) " Recognition of individualism and its consequences ", *Yas Strategy*, No. 6 (In Persian).

Katebi, Hossein Gholi (2001) *Farhang-e Hoghoogh*, 2nd edition, Tehran:



- Ganj-e-Danesh Library Publications (In Persian).
- Katouzian, Naser (2004) *Civil Law in the Current Legal Order*, 10th Edition, Tehran: Mizan Publishin (In Persian).
- Khomeini, Ruhollah Mousavi (2006), *Sahifeh Noor*, vol. 10, 4th edition, Tehran: Imam Khomeini Publishing House (In Persian)
- Khorasani, Akhoond Mohammad Kazem Ibn Hussein (1406 AH), *Hashiah almakaseb*, 1st Edition 1, Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance (In Arabic)
- Klein, Meulders; Thérèse; Marie(1999) *The person, the family and the law*, Bruylant-LGDJ (In French)
- Lamarche, Marie; Renchon, Jean-Louis (2018) *Conventionalization of the status of couples*, Bruxelles : Larcier
- Malaurie, Philippe; Fulchiron, Hugues (2020) *Family law*, 7th edition, Paris: Lextenso (In French).
- Makarem Shirazi, Nasser (1424 AH), *Book of Marriage*, Volume 3, Number 1, Qom: Imam Ali Ibn Abi Talib School Publications (In Arabic)
- Mesbah Yazdi, Mohammad Taghi (2004) *Philosophy Education*, Tehran: Amir Kabir Publishing Company International Publishing Company (In Persian)
- Mozaffar, Mohammad Reza (1387), *Principles of Jurisprudence* (with Zari commentary); 5 th edition, - Qom: Publications of the Office of Islamic Propaganda of the Seminary of Qom (In Arabic)
- Mozaffar, Mohammad Reza (1427 AH) *Al-Manteq*, Lebanon: Dar Al-Ta'rif lelmatbuat (In Arabic)
- Qari Seyed Fatemi, Seyed Mohammad (2001) "Analysis of Contemporary Human Rights Concepts of the Right to Commitment, Freedom, Equality and Justice", *Journal of Legal Research*, Vol. 33-34, pp. 265-209 (In Persian)
- Qafi, Hossein (2004) *Adhesion Contract: The Nature and the Extent of Validity*», *Journal of Islamic Law* (Jurisprudence and Former Law), Vol. 2, pp. 88-61(In Persian)
- Rezaei, Mahdi; Khosravi, Mohammad Mahdi (2013) "Ontological Epistemology of Legal Propostions (By Focus on Islamic Legal Philosophy " *Quarterly Journal of Public Law Research*, Year 15, Issue 39, Spring and Summer 2013, pp. 34-10 (In Persian).



Safaei, Hussein; Emami, Assadollah (2013)  
*Brief Family Law*, Ch 32, Tehran:  
Mizan Publishing (In Persian).

Tabatabai, Mohammad Hossein (1374)  
*Translation of Tafsir Al-Mizan*, vol.  
4, 5th edition, Qom: Islamic  
Publications Office of the Qom  
Seminary Teachers Association (In  
Persian)

Tarhini Ameli, Seyyed Mohammad Hussein  
(1427) *azzobda tolfeghhiiah*, vol. 6,  
p. 4, Qom: Dar al-Fiqh for printing  
(In Arabic)

Tusi, Abu Ja'far Muhammad ibn Hassan  
(1407 AH) *Al-Khalaf*, vol. 4, 1st  
Edition, Qom: Islamic Publications  
Office affiliated with the Society of  
Teachers of the Seminary of Qom  
(In Arabic)

Original Article

# Comparative Study of the Jurisdiction of the Stock Exchange's Board of Directors in Dealing with Capital Market Disputes in the Laws of Iran, America, and England

Nima Alijannejad<sup>1</sup> , Hamid Abhari<sup>\*2</sup> , Sam Mohammadi<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Ph.D. in Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran

<sup>2</sup> Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran.

<sup>3</sup> Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran.



[20.1001.1.24237566.1402.7.2.3.9](https://doi.org/10.22080/lps.2022.24414.1410)



[10.22080/lps.2022.24414.1410](https://doi.org/10.22080/lps.2022.24414.1410)

Received:

October 17, 2022

Accepted:

February 24, 2023

Available online:

August 18, 2023

Keywords:

Jurisdiction, Board of Directors of the Stock Exchange, Civil Liability Litigation, Arbitration, Conciliation.

## Abstract

Note 1, Article 43 of the Securities Market Law, the board of directors of the stock exchange, along with the arbitration board, is competent to deal with damage claims in the process of the initial offering of securities; The board of directors of the stock exchange, in addition to the dignity and duties of the board of directors of public joint-stock companies, has other competences and duties regarding being a publisher and self-regulating organization. The above-mentioned regulation needs to be carefully examined in terms of the type, scope and limits of jurisdiction of the board of directors of the stock exchange. And by examining it, it is discovered that it is unclear about the procedure and organization of the hearing, as well as the issuance of the opinion and its implementation. In addition, the board of directors lacks any legal-judicial dignity, and the handling of lawsuits in it is faced with a fundamental problem, and due to the jurisdiction of two authorities with different organizations, the possibility of conflicting opinions issued in a single matter is very high. However, in the laws of other countries, including the United States and the United Kingdom, although other institutions other than the court are responsible for dealing with violations, creating compromises, arbitration between the injured party and the causer of the damage, and similar cases in the process of the initial offer, the judicial investigation of the issue is the responsibility of the judicial system. A detailed examination of the regulations on the topic of discussion and its adaptation to other countries makes clear the necessity of its narrow interpretation, modification and completion in the current situation where the capital market needs support; Therefore, this article aims to emphasize the necessity of amending the relevant regulations by carefully examining the existing internal and external sources and writings, while examining the various aspects of the board of directors' competence; Especially since the preparations for amending the law have already started.

\*Corresponding Author: Hamid Abhari

Address: Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran

Email: [Hamid.abhary@gmail.com](mailto:Hamid.abhary@gmail.com)





## 1. Introduction

Adequate handling of investors' claims is one of the important factors that play a significant role in gaining trust in the capital market and encouraging people to invest. In Note 1 of Article 43 of the Securities Market Law of the Islamic Republic of Iran, the board of directors of the stock exchange is considered to be competent to deal with Lawsuits between investors and other persons named in that Article regarding damages incurred during the initial offering process. However, the details of this ruling are not mentioned. Basically, some questions arise here: What is the characteristic of the board of directors of the stock exchange that has been granted such authority, and what are the nature, scope, and limits of this authority? If this proceeding is quasi-judicial, is it not facing problems?

In American and British law, some institutions are competent to deal with disputes in the initial supply process, but their type of deal is compromise or arbitration and is not considered quasi-judicial. It seems that in Iranian law, interpretations and legal doctrine should be in a direction that the board of directors of the stock exchange is not considered quasi-judicial or administrative until the regulation is amended; because otherwise, the realization of investors' rights will be difficult in many cases.

This study attempts to examine the above-mentioned regulation and related instructions -the status of the stock exchange's board of directors' competence in dealing with losses from the initial offering of securities- and propose solutions to improve the current situation by comparing these regulations with similar regulations in English and American law.

In the first part of this study, to find out if the said authority is assigned to this administration, the knowledge of the stock exchange's board of directors is discussed from various aspects. In order to determine the nature, scope, and limits of this jurisdiction, the second part of this research deals with civil liability lawsuits in that authority, and in the third part, the authority of the mentioned administration is criticized. Finally, in the fourth part, special attention is paid to the study of this issue in American and British law.

## 2. Methods

The present research follows a descriptive-analytical method and the data was collected through library studies.

## 3. Results

The authority of the stock exchange's board of directors, which is stated in Note 1 of Article 43, is due to the emphasis on the necessity of resolving professional disputes within self-regulating organizations. However, the experience of other advanced countries in the field of the capital market shows that the proceedings in the self-regulatory organization should not be in the form of judicial or quasi-judicial proceedings; rather, the task of these institutions is mainly to create a compromise or arbitration between the victim and the cause of the loss in the initial supply process. The aforementioned Article is written in such a way that the type of proceedings in the board of directors of the stock exchange is considered quasi-judicial and includes the wide scope and limits of losses in the initial offering process. However, there are no provisions for hearing in that organizational authority, nor are there any criteria for the implementation of its decisions. Additionally, the composition of the stock exchange's board of directors is such that not only does this authority not have the dignity of legal proceedings, but it also increases the possibility of their interests conflicting with the cause of harm and questions their independence and impartiality.

In the capital market of the United States and England, although there are different authorities for damages in the initial offering process, judicial review of the matter is solely the responsibility of the court, and the authority of other authorities is limited to compromise between the parties or arbitration between them.

## 4. Conclusion

The regulation in question in Iran's capital market is incomplete and involves corruption. Therefore,

until a reform is made, it should either be interpreted in such a way that the board of directors of the stock exchange is the place to receive petitions and documents of the petitioner to be sent to the arbitration board, or it should be said that this authority is the same as in other countries, along with the local centers for reconciliation and the compromise between the parties of the dispute or the arbitration between the parties of the dispute in the real sense is the responsibility of this institution; because the arbitration board is not considered to be arbitration in the real sense in terms of its mandatoriness and procedure. However, it is suggested that this regulation be amended as follows:

“The victims of the subject of this Article must present their claim to the board of directors of the stock exchange before filing a lawsuit, and if no compromise is made based on the certificate issued by that authority, they should submit their petition to the same authority or arbitration board. In any case, handling the issue is within the jurisdiction of the last-mentioned authority.”

### **Funding**

There is no funding support.

### **Authors' contribution**

The authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed on all aspects of the work.

### **Conflict of interest**

The authors declared no conflict of interest.

### **Acknowledgments**

The authors appreciate all the scientific consultants in this paper.

# مطالعه تطبیقی صلاحیت هیأت‌مدیره بورس در رسیدگی به اختلافات بازار سرمایه در حقوق ایران، آمریکا و انگلستان

نیما علیجان نژاد<sup>۱</sup> ID، حمید ابهری<sup>۲</sup> \* ID، سام محمدی<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.  
<sup>۲</sup> استاد گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.  
<sup>۳</sup> استاد گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.



[20.1001.1.24237566.1402.7.2.3.9](https://doi.org/10.22080/lps.2022.24414.1410)



[10.22080/lps.2022.24414.1410](https://doi.org/10.22080/lps.2022.24414.1410)

## چکیده

تبصره ۱ ماده ۴۳ قانون بازار اوراق بهادار، هیأت‌مدیره بورس را در کنار هیأت داور، صالح به رسیدگی دعاوی خسارت در فرایند عرضه اولیه اوراق بهادار دانسته است؛ هیأت‌مدیره بورس، علاوه بر شأن و وظایف هیأت‌مدیره شرکت‌های سهامی عام، صلاحیت و تکالیف دیگری نیز از باب ناشر بودن و تشکل خودانتظام دارد. مقرر فوق‌الذکر از حیث نوع، قلمرو و حدود صلاحیت رسیدگی در هیأت‌مدیره بورس نیاز به بررسی دقیق داشته و با بررسی آن، کشف می‌شود. در خصوص آیین و تشکیلات رسیدگی و همچنین صدور رأی و اجرای آن مبهم است. علاوه بر این، هیأت‌مدیره بورس فاقد هرگونه شأن حقوقی قضایی بوده و رسیدگی به دعوی در آن با ایراد اساسی مواجه و به علت صلاحیت دو مرجع با تشکیلات متفاوت، امکان تعارض آرای صادره در امری واحد بسیار بالاست؛ حال آنکه در حقوق کشورهای دیگر از جمله آمریکا و انگلیس گرچه نهادهای دیگر به غیر از دادگاه نسبت به رسیدگی امور تخلفاتی، ایجاد سازش و داوری میان زیان دیده و عامل زیان در فرایند عرضه اولیه صالح هستند؛ لکن رسیدگی قضایی به موضوع برعهده دستگاه قضایی آنهاست. بررسی دقیق مقررات راجع به موضوع بحث و تطبیق آن با سایر کشورها ضرورت تفسیر مضیق، اصلاح و تکمیل آن را در شرایط فعلی که بازار سرمایه نیازمند حمایت است روشن می‌سازد؛ لذا این مقاله بر آنست تا با بررسی دقیق منابع و نوشتارهای موجود داخلی و خارجی، ضمن بررسی ابعاد مختلف صلاحیت هیأت‌مدیره بورس، بر ضرورت اصلاح مقررات مربوط تأکید نماید؛ خصوصاً اینکه در حال حاضر مقدمات اصلاح قانون نیز آغاز شده است.

تاریخ دریافت:

۲۵ مهر ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۰۵ اسفند ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱ مهر ۱۴۰۲

کلیدواژه‌ها:

صلاحیت هیأت‌مدیره بورس  
دعوی مسئولیت‌مدنی داور  
سازش

::: مقاله حاضر برگرفته از رساله دکتری تحت عنوان «مطالعه تطبیقی صلاحیت هیأت‌مدیره بورس در رسیدگی به اختلافات بازار سرمایه» می‌باشد که در دانشکده حقوق دانشگاه مازندران دفاع شده است :::

\* نویسنده مسئول: حمید ابهری

ایمیل: [Hamid.Abhary@gmail.com](mailto:Hamid.Abhary@gmail.com)

آدرس: گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی،

دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران

## ۱ مقدمه

رسیدگی مطلوب به دعاوی سرمایه‌گذاران از جمله عواملی است که نقش به‌سزایی در جلب اعتماد به بازار سرمایه و تشویق به سرمایه‌گذاری دارد. قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران<sup>۱</sup> در تبصره ۱ ماده ۴۳، هیأت‌مدیره بورس را صالح به رسیدگی اختلافات سرمایه‌گذاران با اشخاص مصرح نسبت به خساراتی که در فرایند عرضه اولیه وارد می‌شود دانسته است؛ حال آنکه به جزئیات راجع به این حکم اشاره ننموده است. در این باره این سؤال مطرح می‌شود که هیأت‌مدیره بورس چه خصوصیتی دارد که چنین حق و تکلیفی برای او در نظر گرفته شده است؟ همچنین ماهیت، قلمرو و حدود این صلاحیت چیست؟ چنانچه این رسیدگی شبه قضایی باشد، آیا با ایراد عدم تخصص، فقدان شأن قضایی و عدم بی‌طرفی مرجع مذکور مواجه نیست؟ در حقوق آمریکا و انگلیس برخی نهادها نسبت به رسیدگی اختلافات در فرایند عرضه اولیه صلاحیت دارند لکن نوع رسیدگی آنها سازش یا داوری بوده و قضایی محسوب نمی‌شود. در حقوق ایران نیز باید تفاسیر و دکترین حقوقی را تا زمان اصلاح مقرر به سمتی هدایت نمود که صلاحیت هیأت‌مدیره بورس رسیدگی قضایی یا اداری تلقی نشود؛ چراکه در غیر این صورت احقاق حقوق سرمایه‌گذاران با مشکل مواجه خواهد شد.

در خصوص موضوع مقاله، سابقاً هیچ پژوهشی که اختصاصاً به آن پرداخته باشد یافت نشده لکن در مقاله‌ای به قلم جناب آقایان دکتر عیسایی‌تفرشی، شهبازی‌نیا و نورانی‌مقدم در مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی موضوع مورد بحث واقع شده است.

در این نوشتار سعی شده تا با روش تحقیق کتابخانه‌ای (بررسی و نقد کتب و مقالات موجود،

ماده ۴۳ قانون بازار و همچنین دستورالعمل‌های مربوط)، صلاحیت هیأت‌مدیره بورس در رسیدگی به خسارات عرضه اولیه از جوانب گوناگون مورد بررسی قرار گیرد و از طریق تطبیق آن با مقررات مشابه در حقوق انگلستان و آمریکا، راه‌کارهایی را جهت بهبود وضع موجود پیشنهاد نمود.

در این مقاله به ترتیب به شناخت هیأت‌مدیره بورس، رسیدگی دعاوی مسئولیت‌مدنی در آن مرجع، نقد صلاحیت مرجع مزبور و بررسی موضوع در حقوق آمریکا و انگلیس پرداخته می‌شود.

## ۲ شناخت هیأت‌مدیره بورس

جهت شناخت هیأت‌مدیره بورس به ماهیت، ترکیب، الزامات انتخاب و همچنین وظایف و صلاحیت آن پرداخته می‌شود:

### ۲.۱ ماهیت و ترکیب

مطابق بند ۳ ماده ۱ ق.ب.ا.ب.ج.ا.ا بورس اوراق بهادار در قالب شرکت سهامی عام تأسیس و اداره می‌شود؛ لذا، ماهیت بورس با سایر شرکت‌های سهامی عام یکسان بوده و بر همین اساس، کلیه مقررات راجع به شرکت‌های سهامی عام که به موجب لایحه قانون تجارت و در باب هیأت‌مدیره مقرر شده است، در خصوص بورس‌ها نیز لازم‌الرعایه می‌باشد. لذا، ماهیت رابطه حقوقی میان اعضای هیأت‌مدیره بورس‌ها با شرکت بورس تابع نظرات کلی موجود در این باره است که با همه اختلاف-نظرهای موجود، با لحاظ تصریح ماده ۲۷۰ لایحه، نظریه رکن بودن که توسط برخی حقوقدانان (پاسبان و نیک‌نژاد، ۱۳۹۰، ۳۶؛ اصغری آقمشهدی، ۱۳۸۵: ۴۳؛ Reynolds, 1996, P3؛ Fridman, 1990, P19-20) مطرح شده است به واقع نزدیک‌تر است. البته، رکن بودن هیأت‌مدیره بورس صرفاً نسبت به اختیارات و تکالیفی است که در لایحه قانون تجارت برای آنها پیش‌بینی شده و نسبت به سایر موارد مثلاً

<sup>۱</sup> از این پس ق.ب.ا.ب.ج.ا.ا



اجرای این تکالیف در زمره امور جاری شرکت است، مسئولیت اجرای آن با مدیران ناشر به عنوان رکن اجرایی می‌باشد؛ مثلاً تکالیف مقرر در تبصره ۲ ماده ۲۳ و همچنین ماده ۴۲ ق.ب.ا.ب.ج.ا.ا در خصوص اعلام نتایج عرضه عمومی اوراق بهادار و تهیه و افشای صورت‌های مالی؛ ثالثاً، بورس‌ها به‌عنوان یک تشکل خودانتظام نیز وظایفی را برعهده داشته و مدیران آن به‌عنوان رکن اجرایی، موظف به ایفای آن هستند. بورس‌ها به عنوان تشکل خودانتظام اعضایی دارند که شامل اشخاصی می‌شود که مجوز فعالیت خود را از آن دریافت می‌کنند؛ از جمله ناشران اوراق بهادار، کارگزاران و... وظایف و صلاحیت‌های مقرر برای بورس‌ها در مواد ۳۰، ۳۱، ۳۴ و ۳۵ ق.ب.ا.ب.ج.ا.ا که در باب عضویت در بورس‌ها و رسیدگی به تخلفات اعضا وضع شده، از جمله تکالیفی است که به جهت تشکل خودانتظام بودن بورس‌ها مقرر شده است. همچنین، صلاحیت مقرر در تبصره ۱ ماده ۴۳ ق.ب.ا.ب.ج.ا.ا در خصوص رسیدگی به دعوی خسارت واردشده به سرمایه‌گذاران در فرایند عرضه اولیه نیز از باب تنظیم‌گری بین اعضا برای هیأت‌مدیره بورس‌ها مقرر شده است.

### ۳ رسیدگی به اختلاف در هیأت-مدیره بورس

ماده ۴۳ ق.ب.ا.ب.ج.ا.ا مقرر می‌دارد: «ناشر، شرکت تأمین سرمایه، حسابرس و ارزش‌یابان و مشاوران حقوقی ناشر، مسئول جبران خسارات وارده به سرمایه‌گذارانی هستند که در اثر قصور، تقصیر، تخلف و یا به دلیل ارائه اطلاعات ناقص و خلاف واقع در عرضه اولیه که ناشی از فعل یا ترک فعل آنها

و استانداردهای حرفه‌ای و انضباطی را که لازم می‌داند، با رعایت این قانون، وضع و اجراء کند.<sup>۱</sup> درحال حاضر مطابق الزامات موجود در اساسنامه هر دو بورس فعال کشور، تعداد اعضای هیأت‌مدیره بورس اوراق بهادار تهران و فرابورس ایران هفت نفر است.

رسیدگی به تخلفات اعضای خود<sup>۱</sup> و یا رسیدگی به دعوای ضرر و زیان در فرایند عرضه اولیه<sup>۲</sup>، دیگر از آن باب نیست؛ بلکه به جهت مدیر بودن آنها در یک تشکل خودانتظام<sup>۳</sup> است. تعداد و نحوه انتخاب هیأت‌مدیره بورس‌ها نیز تابع لایحه قانون تجارت و همچنین اساسنامه‌ای که مطابق همان قانون به تصویب رسیده می‌باشد.<sup>۴</sup>

### 2.2 الزامات انتخاب

علاوه بر الزامات ماده ۱۱۱ لایحه قانون تجارت، به موجب ماده ۱۳ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید، «مدیران نهادهای مالی، ناشران اوراق بهادار و تشکل‌های خودانتظام شامل اعضای هیأت‌مدیره و مدیرعامل باید فاقد محکومیت قطعی کیفری مؤثر بوده و از صلاحیت حرفه‌ای لازم برخوردار باشند...». هیأت وزیران در تاریخ ۱۳۹۱/۰۲/۲۰ آیین‌نامه ماده ۱۳ قانون توسعه ابزارها را به تصویب رساند که به موجب آن، هیأت‌مدیره بورس‌ها باید از جنبه ناشر بودن و از باب تشکل خودانتظام دارای مدرک تحصیلی و سابقه کار تعیین‌شده باشند تا صلاحیت آنها جهت تصدی امر تأیید شود.

### 2.3 وظایف و صلاحیت

اولاً، بورس‌ها یک شرکت‌ها سهامی عام هستند؛ لذا کلیه وظایف و صلاحیت‌های مقرر برای هیأت‌مدیره شرکت‌های سهامی عام، درباره آنها نیز صادق است؛ ثانیاً، بورس‌ها خود به عنوان ناشر اوراق بهادار در بازار حضور دارند؛ ناشر شخص حقوقی است که اقدام به انتشار اوراق بهادار و عرضه آن به عموم می‌نماید و بدین ترتیب وجوه لازم برای فعالیت در عرصه اقتصادی را کسب می‌نماید (سلطانی، ۱۳۹۶، ۶۹). مقررات بازار سرمایه در موارد متعددی به وظایف ناشران پرداخته است؛ لکن از آنجایی که

<sup>۱</sup> موضوع ماده ۳۵ ق.ب.ا.ب.ج.ا.ا.

<sup>۲</sup> موضوع تبصره ۱ ماده ۴۳ ق.ب.ا.ب.ج.ا.ا.

<sup>۳</sup> به موجب بند ۶ ماده ۱ ق.ب.ا.ب.ج.ا.ا، تشکل خودانتظام تشکلی است که برای حسن انجام وظایفی که به موجب این قانون برعهده دارد و همچنین برای تنظیم فعالیت‌های حرفه‌ای خود و انتظام بخشیدن به روابط بین اعضا، مجاز است ضوابط

همکاران، 1392، 155) و در حقوق سایر کشورها از جمله آمریکا نیز تأکید اصلی بر سازش در خود تشکلهای خودانتظام بوده و در صورت عدم حصول این امر، موضوع به مرجع مقررات‌گذاری صنایع مالی<sup>۱</sup> ارجاع تا به وسیله میانجی‌گری یا داوری، اختلاف صورت‌گرفته حل‌وفصل شود (Carson, 2011, p. 24) لکن قانون‌گذار در ماده 36 ق.ب.ا.ب.ج.ا.ا صراحتاً راجع به صلاحیت کانون‌ها در ایجاد سازش در دعاوی حرفه‌ای میان فعالان بازار تصریح نموده است؛ حال اگر صلاحیت هیأت‌مدیره بورس‌ها نیز مصالحه میان اطراف دعاوی موضوع ماده 43 ق.ب.ا.ب.ج.ا.ا می‌بود قانون‌گذار می‌بایست نسبت به آن تصریح می‌نمود.

علاوه بر این، چنین تلقی که صلاحیت رسیدگی برای هیأت‌مدیره بورس‌ها با هدف تأسیس یک نهاد جهت داوری میان اشخاص موضوع ماده 43 مقرر شده است، بسیار بعید می‌باشد؛ چراکه داوری معمول مطابق توافق طرفین انجام می‌شود و در خصوص داوری اجباری نیز باتوجه به وجود نهاد هیأت‌مدیره و همچنین عدم تصریح قانونگذار به صلاحیت هیأت‌مدیره بورس نسبت به این امر، دیگر قائل بودن به شأن داوری برای هیأت‌مدیره بورس‌ها منطقی به نظر نمی‌رسد.

### 3.2 قلمرو صلاحیت

ذیلاً به بررسی مهم‌ترین عوامل تعیین قلمرو صلاحیت هیأت‌مدیره بورس در رسیدگی به اختلاف پرداخته می‌شود:

#### 3.2.1 حسب نوبت عرضه اوراق بهادار

بازار سرمایه بر حسب نوبت عرضه اوراق بهادار، به دو نوع اولیه و ثانویه تقسیم می‌شود. بند 12 ماده 1 «دستورالعمل پذیره‌نویسی و عرضه اولیه اوراق بهادار در بورس اوراق بهادار تهران و فرابورس ایران»<sup>۲</sup>، عرضه اولیه را اولین عرضه اوراق بهادار در بورس تعریف کرده است. در حقوق سایر کشورها نیز در تعریف عرضه اولیه آمده که یک پیشنهاد عمومی

باشد، متضرر گردیده‌اند.» تبصره 1 ماده نیز خسارت‌دیدگان موضوع ماده را محق دانسته که به هیأت‌مدیره بورس یا هیأت‌داوری شکایت کنند. ذیلاً به بررسی ماهیت، قلمرو و حدود صلاحیت هیأت‌مدیره بورس پرداخته می‌شود:

### 3.1 ماهیت صلاحیت

منظور از ماهیت صلاحیت هیأت‌مدیره بورس‌ها این است که صلاحیت مرجع مذکور، رسیدگی قضایی یا شبه قضایی به دعاوی سرمایه‌گذاران است یا اینکه این صلاحیت به ایجاد سازش یا داوری میان طرفین دعوا برمی‌گردد؟ برخی گفته‌اند که این صلاحیت می‌تواند نوعی داوری یا کارشناسی قلمداد شود که در ادامه هر دو فرض توسط خود نویسندگان رد شده است. (عیسای تفرشی، 1389، 107) ماده 43 در این خصوص صراحتی ندارد؛ لکن از سیاق ماده و تبصره آن این‌گونه برداشت می‌شود که منظور قانون‌گذار اعطای نوعی صلاحیت شبه قضایی به هیأت‌مدیره بورس‌ها در رسیدگی به دعاوی مزبور می‌باشد؛ چراکه در ماده 43 هیأت‌مدیره بورس‌ها در کنار هیأت‌داوری به‌عنوان دو مرجع موازی صالح به رسیدگی معرفی شده است؛ حال آنکه مطابق نظریات موجود، هیأت‌داوری نوعی دادرسی شبه - قضایی یا داوری اجباری است که قانون‌گذار بنا به جهاتی، هدف داوری و اختیارات حاکمیتی امر قضا را در یک جا برای آن در نظر گرفته است (سوادکوهی، 1388، 10). لذا هیأت‌داوری در بورس ایران دارای ماهیت قضایی است و از مراجع اختصاصی غیردادگستری به شمار می‌آید (مبین، 1385، 49).

در خصوص صلاحیت نسبت به ایجاد سازش نیز باید گفت، گرچه مطابق ماده 36 ق.ب.ا.ب.ج.ا.ا اصل اولیه حل اختلاف از طریق مصالحه، درون سازمان یا کانون‌ها یا تشکلهای خودانتظام است و در صورت عدم حصول سازش، مسئله به هیأت‌داوری سازمان بورس ارجاع خواهد شد (انصاری و

<sup>۲</sup> از این پس: دستورالعمل پذیره‌نویسی و عرضه اولیه

<sup>۱</sup> Financial Industry Regulatory Organization (FINRA)



معاملات اوراق بهادار در بستر آن، همانند بورس اوراق بهادار تهران به روش حراج انجام خواهد شد؛ لذا با حذف تفاوت اصلی میان بورس و بازار خارج از بورس، عملاً شاهد تأسیس بورس اوراق بهادار جدیدی به نام فرابورس ایران موازی بورس اوراق بهادار تهران بوده‌ایم (باقری، ۱۳۹۸، ۷۰). لذا، گرچه بورس تهران شاخص‌ترین نماد بازار سرمایه محسوب می‌شود لکن فرابورس ایران نیز در کنار آن، یک بازار متشکل و خودانتظام بوده و به لحاظ ماهیتی، کارکرد و عملیات، واجد کلیه کارکردهای بورس است (سلطانی، ۱۳۹۳، ۶۴). تبصره ۱ ماده ۴۳ ق.ب.ا.ب.ج.ا. صرفاً هیأت‌مدیره «بورس» را صالح به رسیدگی اختلاف دانسته و هیچ نامی از هیأت‌مدیره بازار خارج از بورس نبرده است؛ با وجود این، مطابق آنچه آمد، قلمرو صلاحیت رسیدگی به دعوی خسارت ناشی از عرضه اولیه، هم شامل هیأت‌مدیره بورس می‌شود و هم شامل هیأت‌مدیره فرابورس.

### 3.2.3 حسب ماهیت اوراق بهادار

بورس بستر معاملات اوراق بهادار مختلفی است که شامل بازار سهام، مشتقات و ابزارها و نهادهای نوین مالی است. مهم‌ترین و رایج‌ترین اوراق بهادار قابل معامله در بورس‌ها، سهام و حق تقدم‌های خرید سهام شرکت‌های سهامی عامی هستند که مطابق مقررات در بورس‌ها پذیرش شده یا به‌موجب الزامات قانونی درج شده‌اند. مطابق بند ۱۱ ماده ۱ ق.ب.ا.ب.ج.ا.، بازار مشتقه بازاری است که در آن قراردادهای آتی و اختیار معامله مبتنی بر اوراق بهادار یا کالا داد و ستد می‌شود. ابزارهای مالی اسلامی همانند صکوک و اسناد خزانه و همچنین ابزارها و نهادهای نوین مالی همانند اوراق مشارکت و واحدهای صندوق‌های سرمایه‌گذاری دیگر اوراق قابل معامله در بورس می‌باشد. با توجه به تعریف ناشر به شخص حقوقی که اوراق بهادار را به نام خود

است که طی آن سهام یک شرکت به سرمایه‌گذاران نهادی و یا سرمایه‌گذاران جزء فروخته می‌شود (Hirst, 2019, p. 1229). بند ۹ ماده ۱ ق.ب.ا.ب.ج.ا. در تعریف بازار اولیه آن را بازاری دانسته که نخستین عرضه و پذیره‌نویسی اوراق بهادار جدیدالانتشار در آن صورت گرفته و منابع مالی حاصل از آن به ناشر تعلق دارد. اوراق بهادار پس از عرضه اولیه در بازار ثانویه مورد داد و ستد قرار می‌گیرد و مقصود از این بازار به‌طور خاص بورس است (سلطانی، ۱۳۹۶، ۷۱). حکم ماده ۴۳ ق.ب.ا.ب.ج.ا. صراحتاً به عرضه اولیه اختصاص دارد؛ لذا صلاحیت هیأت‌مدیره بورس‌ها شامل عرضه و معاملات ثانویه نمی‌شود.

### 3.2.2 حسب محل انجام معاملات اوراق بهادار

معاملات اوراق بهادار یا در بازار بورس انجام می‌شود و یا از طریق بازارهای خارج از بورس؛ مطابق بند ۳ ماده ۱ ق.ب.ا.ب.ج.ا.، بورس اوراق بهادار بازاری متشکل و خودانتظام تعریف شده که اوراق بهادار در آن توسط کارگزاران و یا معامله‌گران طبق مقررات قانونی مورد داد و ستد قرار می‌گیرد. بازار متشکل در مقابل بازار غیرمتشکل قرار دارد؛ معاملات در بازار غیرمتشکل و خارج از بورس مطابق ضوابط و قواعد عمومی و بدون حضور و دخالت نهاد مجری صورت می‌گیرد. ق.ب.ا.ب.ج.ا. در بند ۸ ماده ۱، بازار خارج از بورس را بازاری تعریف نموده که در قالب شبکه ارتباط الکترونیک یا غیرالکترونیک بوده و معاملات اوراق بهادار در آن بر پایه مذاکره صورت می‌گیرد. تفاوت در پذیرش، واسطه‌های انجام معاملات، نحوه انجام معاملات، اطلاعات قابل‌افشا و معافیت مالیاتی مهم‌ترین وجوه تمایز بازار بورس و خارج از بورس است.<sup>۲</sup> درخصوص ماهیت فرابورس ایران، در تمامی مقررات معاملاتی این شرکت، تصریح شده که

<sup>۲</sup> برای مطالعه بیشتر در این باره رجوع شود به: باقری و احضاری، ۱۳۹۸.

<sup>۱</sup> An initial public offering (IPO) or stock launch is a public offering in which shares of a company are sold to institutional investors and usually also retail (individual) investors.

اولیه است؛ گاه مفاد اطلاعات، خلاف واقع است و گاه در بیان اطلاعات، ترتیب ساختاری در شیوه نمایش اطلاعات، موجب گمراهی استفاده‌کنندگان از اطلاعات می‌شود. عدم ذکر کامل اطلاعات و جزئیات مرتبط نیز در این راستا بی‌تأثیر نخواهد بود (ابراهیمی، ۱۳۹۰، ۱۷۹). در این فرض، اشخاص با دادن اطلاعات دروغ یا ناقص به دیگران، آن‌ها را نسبت به تحصیل یا عدم تحصیل اوراق بهادار موضوع عرضه اولیه تشویق و تحریک کرده و از این طریق زمینه‌ساز ایراد ضرر به آن‌ها می‌شوند. به عنوان مثال یکی از اسناد مهم در روند عرضه اولیه، امیدنامه<sup>۱</sup> است که متقاضی پذیرش باید آن را قبل از عرضه اولیه تهیه نماید. این سند مهم‌ترین مرجع کسب اطلاعات راجع به ناشر برای اشخاصی است که قصد مشارکت در عرضه اولیه سهام آن را دارند. اگر ناشر در سند مذکور اطلاعات ناقص و خلاف واقع به کار ببرد و موجب فریب مشارکت‌کنندگان در عرضه اولیه شود، ناشر را باید مسئول جبران خسارات وارده دانست. همچنین است، چنانچه حسابرس در اظهارنظر خود درخصوص اطلاعات مالی متقاضی پذیرش مرتکب خطا شود و یا عمداً اطلاعاتی نادرست را در گزارش حسابرسی درج نماید و از بابت آن ضرری به سرمایه‌گذاران وارد شود.

### 3.3.2 خواننده دعوای مورد رسیدگی

ذیلاً به بررسی حدود صلاحیت هیأت‌مدیره بورس به لحاظ خوانندگان احتمالی دعوی پرداخته می‌شود:

#### ناشر

ناشر در عرضه اولیه تکالیفی را برعهده دارد که عدم ایفا یا ایفای ناصحیح هر یک از آن‌ها مسئولیت آن را به دنبال دارد؛ متقاضی پذیرش یا همان ناشر بالقوه موظف است مطابق ماده ۲۵ «دستورالعمل پذیرش اوراق بهادار در بورس اوراق بهادار تهران»<sup>۲</sup> و ماده ۲۴ «دستورالعمل پذیرش، عرضه و نقل و انتقال اوراق بهادار در فرابورس ایران»<sup>۳</sup> امیدنامه خود را در قالب

منتشر می‌کند (بند ۱۲ ماده ۱ ق.ب.ا.ب.ج.ا.ا) و همچنین عدم تخصیص عرضه اولیه به نوع خاصی از اوراق بهادار در ق.ب.ا.ب.ج.ا.ا و سایر مقررات مربوط، باید گفت، حکم ماده ۴۳ درخصوص عرضه اولیه کلیه اوراق بهادار منتشرشده مجری است.

### 3.3 حدود صلاحیت

این امر از دو جنبه قابل بررسی است: به لحاظ عناوین مورد رسیدگی و به لحاظ طرفین دعوی.

#### 3.3.1 عناوین مورد رسیدگی

هیأت‌مدیره بورس به دو دسته از افعال زیان‌بار در فرایند عرضه اولیه رسیدگی می‌کند:

#### ارتکاب قصور، تقصیر و تخلف

غالب تکالیف اشخاص مذکور در ماده ۴۳ ق.ب.ا.ب.ج.ا.ا در مقررات حرفه‌ای بازار سرمایه آمده و خود ق.ب.ا.ب.ج.ا.ا در این خصوص به صورت محدود و گذرا احکامی را مقرر داشته است. چنانچه ناشر، شرکت تأمین سرمایه، حسابرس و ارزش‌یابان و مشاوران حقوقی ناشر در انجام تعهدات مقرراتی خود در انجام عرضه اولیه مرتکب قصور، تقصیر و یا تخلف شوند، آن‌ها را باید مسئول جبران خسارات وارده دانست؛ چراکه، با لحاظ تعریف ارائه‌شده از تقصیر در تبصره ماده ۱۴۵ «قانون مجازات اسلامی» که مقرر می‌دارد: «تقصیر اعم از بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی است. مسامحه، غفلت، عدم مهارت و عدم رعایت نظامات دولتی و مانند آن‌ها، حسب مورد، از مصادیق بی‌احتیاطی یا بی‌مبالاتی محسوب می‌شود» باید گفت، تعریف اخیرالذکر شامل تخلف و نقض مقررات حرفه‌ای نیز می‌شود؛ زیرا نظامات دولتی مفهوم گسترده‌ای داشته و شامل مقررات مصوب کلیه مراجع صالح قانونی است.

#### ارائه اطلاعات ناقص و خلاف واقع

ارائه نادرست اطلاعات مهم‌ترین مصداق تقصیر و نقض مقررات راجع به افشای اطلاعات در عرضه

<sup>۲</sup> از این پس: دستورالعمل پذیرش بورس  
<sup>۳</sup> از این پس: دستورالعمل پذیرش فرابورس

<sup>۱</sup> رجوع شود: بند ۱۳ ماده ۱ دستورالعمل پذیرش فرابورس و بند ۸ ماده ۱ دستورالعمل پذیرش بورس.





و ارزش‌گذاری آن را بر عهده می‌گیرد...». بنابراین مطابق مقررات، ارزشیابی یا ارزش‌گذاری در مفهوم خاص کلمه وظیفه متعهد خرید است؛ لذا، اصطلاح شرکت تأمین سرمایه در ماده 43 ق.ب.ا.ب.ج.ا.ا، گستره وسیعی از فعالان بازار در روند عرضه اولیه را دربر می‌گیرد. لذا، چنانچه شرکت تأمین سرمایه در اجرای هر یک از تکالیف خود در روند عرضه اولیه تخطی نماید، مسئول جبران خسارات وارده به سرمایه‌گذاران خواهد بود؛ مثلاً در جایی که این نهاد به‌عنوان مشاور پذیرش حضور داشته باشد، باید تکالیف مقرر در ماده 21 مکرر 1 دستورالعمل پذیرش بورس و همچنین ماده 23 مکرر 1 دستورالعمل پذیرش فرابورس را به‌درستی انجام دهد؛ در غیر این صورت مشمول حکم ماده 43 ق.ب.ا.ب.ج.ا.ا خواهد شد. مثلاً بررسی کلیه مدارک، اسناد و اطلاعات ارائه شده توسط متقاضی و حصول اطمینان از این‌که کلیه آنها کامل بوده و به امضای صاحبان امضای مجاز رسیده و ممهور به مهر متقاضی باشد برعهده مشاور پذیرش است؛ چنانچه بعد از عرضه اولیه معلوم شود که مدارک ارسال شده به بورس/فرابورس به امضای اشخاص ذی‌سمت نرسیده و از این‌بابت عرضه اولیه با اخلاف مواجهه یا گان‌لم‌یکن شود، شرکت تأمین سرمایه که به‌عنوان مشاور پذیرش نقش ایفا نموده، مسئول جبران خسارت وارده به مشارکت‌کنندگان خواهد بود.

### حسابرس

بند 8 ماده 1 دستورالعمل پذیرش بورس و بند 13 دستورالعمل پذیرش فرابورس، در مقام تعریف امیدنامه شرکت متقاضی پذیرش، وظیفه حسابرس و بازرس قانونی را اظهارنظر درباره صورت‌های مالی شرکت متقاضی پذیرش اعلام نموده است. حسابرس پس از بررسی صورت‌ها و اطلاعات مالی متقاضی پذیرش جهت عرضه عمومی اوراق بهادار آن ممکن است به چهار نحو اظهارنظر نماید: مقبول، عدم اظهارنظر، اظهارنظر مشروط و اظهارنظر مردود. نوع اظهارنظر می‌تواند اخبار خوب یا بد در

فرم‌های تعیین‌شده توسط بورس/فرابورس، برای پذیرش از طریق مشاور پذیرش به بورس/فرابورس تسلیم نماید. تهیه و تنظیم بخش عمده‌ای از امیدنامه صرفاً توسط خود شرکت ممکن است؛ زیرا غالب اطلاعات لازم جهت درج در آن فقط در اختیار شرکت قرار دارد. حال، چنانچه شرکت نسبت به اطلاعات مندرج در امیدنامه تخطی نموده و عرضه اولیه بر مبنای اطلاعات غلطی که در امیدنامه آمده صورت گیرد، به موجب ماده 43 ق.ب.ا.ب.ج.ا.ا، مسئولیت ناشر را در پی خواهد داشت. این است که ماده 21 مکرر 3 دستورالعمل پذیرش بورس و ماده 23 مکرر 3 دستورالعمل پذیرش فرابورس تأکید نموده که ارائه اطلاعات خلاف واقع درخصوص امیدنامه، توسط متقاضی مطابق ماده 47 ق.ب.ا.ب.ج.ا.ا جرم محسوب شده و در صورت قصور، تخلف یا ارائه اطلاعات ناقص و خلاف واقع درخصوص پذیرش متقاضی، موضوع مشمول ماده 43 فصل ششم ق.ب.ا.ب.ج.ا.ا اوراق بهادار خواهد شد.

### شرکت تأمین سرمایه

مطابق بند 18 ماده 1 ق.ب.ا.ب.ج.ا.ا، شرکت‌های تأمین سرمایه می‌توانند نقش‌های متفاوتی را در بازار ایفا نمایند؛ اصولاً شرکت‌های تأمین سرمایه تعهد خرید اوراق بهادار موضوع عرضه عمومی را عهده‌دار می‌شوند؛ زیرا فلسفه نام‌گذاری بانک‌های سرمایه‌گذار<sup>۱</sup> یا همان شرکت‌های تأمین سرمایه به این دلیل است که اوراق بهادار تازه منتشر شده از شرکت‌ها را برای فروش مجدد به عموم خریداری می‌کنند (Fleuriet et al, 2008, p33). همین شرکت‌ها مطابق ماده 2 «دستورالعمل صدور مجوز و فعالیت مشاور پذیرش» می‌توانند به‌عنوان مشاور پذیرش نیز در روند عرضه اولیه دخالت کرده و به ایفای تکالیف مقرراتی بپردازند. همچنین، در بند 10 ماده 1 دستورالعمل پذیره‌نویسی و عرضه اولیه که به تعریف متعهد خرید می‌پردازد آمده که: «متعهد خرید نهاد مالی است که ...، تعهد خرید اوراق بهادار

<sup>۱</sup> Investment Bank

ارزشیاب با در نظر گرفتن اطلاعات مختلفی که از جانب متقاضی پذیرش و سایر اشخاص مربوط به او داده می‌شود، قیمت اوراق بهادار موضوع عرضه اولیه را تخمین می‌زند. حال چنانچه این اطلاعات کامل باشند به نحوی که هر ارزش‌گذار دیگری با اشراف به آن اطلاعات می‌توانست به نحو صحیح تعهد خود را انجام دهد، قطعاً ارزشیاب مسئول خواهد بود لکن اگر اطلاعات در اختیار آن به نحو صحیح به او انتقال نیافته و ناقص یا غیرواقعی باشد، نباید ارزشیاب را مسئول زیان‌های وارده به سرمایه‌گذاران دانست بلکه در اینجا حسب مورد متقاضی پذیرش یا حسابرس یا اشخاص مربوط دیگر سبب ورود زیان قلمداد می‌شوند.

### مشاور حقوقی

یکی دیگر از اشخاصی که در ماده 43 ق.ب.ا.ب.ج.ا.ا. برای آن در روند عرضه اولیه مسئولیت مدنی در نظر گرفته شده، مشاور حقوقی ناشر است که وظیفه آن اظهارنظر درخصوص دعاوی حقوقی له یا علیه شرکت متقاضی و سایر اطلاعاتی می‌باشد که توسط بورس/فرا بورس تعیین می‌شود.<sup>۱</sup> چنانچه اظهارنظر مشاور حقوقی راجع به دعاوی له/علیه متقاضی پذیرش منطبق با واقع نباشد و به سرمایه‌گذاران در عرضه اولیه زیانی وارد کند، مسئول جبران آن خواهد بود. نکته حائز اهمیت اینکه، به موجب بند 7 ماده 23 مکرر 1 دستورالعمل پذیرش فرا بورس و بند 6 ماده 21 مکرر 1 دستورالعمل پذیرش بورس، مشاور پذیرش باید گزارشی کتبی درخصوص میزان انطباق وضعیت مالی، حقوقی و عملیاتی شرکت متقاضی با الزامات و مقررات بازار سرمایه به بورس/فرا بورس ارائه دهد. در این خصوص، قطعاً گزارش راجع به انطباق حقوقی وضعیت متقاضی پذیرش بر مبنای اطلاعاتی است که مشاور حقوقی به مشاور پذیرش ارائه می‌کند؛ لذا چنانچه این گزارش بر مبنای اطلاعات نادرست ارائه شده توسط مشاور حقوقی

مورد آن شرکت به استفاده‌کنندگان از گزارش‌های مالی شرکت‌ها مخابره نماید. طبیعی است اظهارنظرهای تعدیل‌شده، بیانگر اخبار بد در مورد شرکت است و شرکتی که این نوع اظهارنظرها را نسبت به صورت‌های مالی خود دریافت می‌کند، آثار منفی این اخبار بر قیمت سهام و حجم معاملات سهام آن مشهود خواهد بود (حاجی‌ها و ابراهیمی، 1395، 77). در حقوق ایران ماده 154 لایحه قانون تجارت به صراحت، بازرس یا بازرسان را در مقابل اشخاص ثالث نسبت به تخطیاتی که در انجام وظایف خود مرتکب می‌شوند دارای مسئولیت مدنی دانسته است. در حقوق انگلستان نیز مسئولیت حسابرس شرکت در مقابل اشخاص ثالث، پیش-بینی شده است؛ حسابرس شرکت، در مواردی در برابر اشخاص ثالث، وظیفه و تکلیف به احتیاط دارد؛ مثل زمانی که حسابرس، مطلع است که ثالث به اظهارنظر وی اتکا می‌نماید. (Bush et al., 2007, p. 40). لذا، اگر حسابرس در اظهارنظر خود درخصوص اطلاعات مالی متقاضی پذیرش مرتکب خطا شده و ضرری به سرمایه‌گذاران وارد شود، با اثبات شرایط و ارکان مسئولیت مدنی باید او را مسئول جبران خسارت دانست.

### ارزشیاب

قبلاً گفته شد که تکلیف راجع به ارزشیابی اوراق بهادار با متعهد خرید است. وظیفه اصلی این شخص، تهیه گزارش ارزش‌گذاری است که این سند مطابق بند 26 ماده 1 دستورالعمل پذیره‌نویسی و عرضه اولیه، سندی است که متعهد خرید در آن ارزش فعلی ورقه بهادار را با بهره‌گیری از چند روش ارزش‌گذاری که حداقل شامل روش خالص ارزش‌داریها است، جهت عرضه تعیین می‌نماید. در این راستا، چنانچه ارزشیاب، ارزش‌گذاری اوراق بهادار شرکت متقاضی پذیرش را به درستی انجام ندهد و سرمایه‌گذاران متحمل ضرر و زیان شوند، او را باید مسئول جبران خسارات وارده دانست. درواقع،

<sup>۱</sup> بنده ۱ دستورالعمل پذیرش بورس و بند ۱۳ ماده ۱ دستورالعمل پذیرش فرا بورس.



تنظیم شود، شخص اخیر مسئول تبعات آتی آن خواهد بود.

## 4 نقد رسیدگی به اختلاف در هیأت‌مدیره بورس

پیش‌بینی صلاحیت موازی برای دو مرجع با ترکیب متفاوت و عدم پیش‌بینی عضو حقوقدان در میان اعضای هیأت‌مدیره بورس، از نکات مورد انتقاد تبصره 1 ماده 43 است. (عیسای تفرشی، 1389، 108) ذیلاً به نقد صلاحیت هیأت‌مدیره بورس‌ها از جوانب اخیرالذکر و سایر جوانب پرداخته می‌شود:

### 4.1 عدم پیش‌بینی تشکیلات دادرسی و اجرای رأی

ق.ب.ا.ب.ج.ا.ا. و سایر مقررات مربوط در هیچ ماده‌ای به تشکیلات و چگونگی رسیدگی در هیأت‌مدیره بورس اشاره نکرده و معلوم نیست که خواهان دعوای خسارت جهت طرح دعوا نزد آن به چه طریق باید عمل نماید. علاوه بر این، هیچ مقرره‌ای به نحوه ابلاغ، رسیدگی و صدور رأی در هیأت‌مدیره بورس‌ها نپرداخته؛ حال آنکه برای جلوگیری از اعمال سلیق شخصی، اطاله دادرسی و تضییع حقوق افراد وجود آیین دادرسی لازم و ضروری است. با وجود این، درخصوص مرجع موازی دیگر یعنی هیأت‌دآوری، در تبصره 3 ماده 37 ق.ب.ا.ب.ج.ا.ا. آمده است: «هیأت‌دآوری دارای دبیرخانه‌ای است که در محل سازمان تشکیل می‌گردد» که این دبیرخانه در سه حوزه اداری، اجرایی و عملی به فعالیت می‌پردازد. (میرزایی منفرد، 1388، 46) همچنین «مصوبه درخصوص میزان هزینه دادرسی هیأت‌دآوری» مصوب شورای عالی بورس و اوراق بهادار و «دستورالعمل آیین رسیدگی به اختلافات در هیأت‌دآوری» به صراحت به تشکیلات و روند رسیدگی در هیأت‌دآوری پرداخته است. در این راستا، تمام مراحل رسیدگی از جمله تکمیل فرم دادخواست، ارائه دادخواست، ارائه

مدارک و اسناد طرفین، رفع نواقص و ایرادات دادخواست، ابلاغ اخطاریه‌ها، احکام و قرارها و ... در هیأت‌دآوری تابع مقررات آیین دادرسی مدنی است. (قربانی لاجوانی، 1386، 128) مثلاً، هیأت‌دآوری در پرونده شماره 9100026 که در تاریخ 1391/11/01 منتج به صدور دادنامه شماره 9111000045 شده است، به دعوای ضرر و زیان ناشی از تخلف از مقررات قانونی در عرضه اولیه میان دو شرکت کارگزاری رسیدگی نموده است که به علت عدم اقامه صحیح دعوی، مستنداً به تبصره 2 ماده 515 و 197 آ.د.م رأی به بطلان درخواست خواهان داده است.<sup>۱</sup>

علاوه بر این، ق.ب.ا.ب.ج.ا.ا. و سایر قوانین مرتبط در هیچ مقرره‌ای به نوع رأی صادره توسط هیأت‌مدیره بورس‌ها و همچنین مرجع اجرای آن نپرداخته و معلوم نیست چنانچه رسیدگی در این مرجع منتهی به صدور رأی شود آیا تصمیم اتخاذشده قابل تجدیدنظرخواهی است یا خیر و همچنین معلوم نیست که اجرای آن از چه طریقی ممکن است. حال آنکه در تبصره 5 ماده 37 ق.ب.ا.ب.ج.ا.ا. آمده، «آرایی صادرشده از سوی هیأت‌دآوری قطعی و لازم‌الاجراست و اجرای آن به عهده اداره‌ها و دوایر اجرایی ثبت اسناد و املاک می‌باشد».

### 4.2 تعارض منافع

تعارض منافع حالتی است که شخص بین منافع شخصی و عمومی حیران است و این خطر را ایجاد می‌کند که تصمیمات یا اقدامات حرفه‌ای یک شخص در ارتباط با منفعت اولیه به صورت ناروا تحت تأثیر یک منفعت ثانویه قرار گیرد. (Field & Lo، 2009، 46) درواقع، مجموعه شرایطی است که این خطر را ایجاد می‌کند که تصمیمات یا اقدامات حرفه‌ای فرد در ارتباط با شخصی که به وی اعتماد کرده تحت تأثیر منافع شخصی قرار گیرد. (بادینی و سپاه‌بیدی، 1400، 220) اغلب اعضا، سهامداران عمده یا شرکت‌های وابسته بورس جزء نهادهای مالی هستند

<sup>۱</sup> جهت مطالعه مشروح پرونده رجوع شود به جمالی و صادقی، رویه هیئت دآوری، انتشارات بورس، ۱۳۹۶، ۱۴۴-۱۴۶.

گزاره نیست که بگوییم حتی ممکن است اعضای هیأت‌مدیره بورس نسبت به این تکلیف خود مطلع نباشند؛ حال آنکه به تصریح ماده ۳۷ ق.ب.ا.ب.ج.ا.ا، هیأت داورى متشکل از سه عضو می‌باشد که یک عضو توسط رئیس قوه قضاییه از بین قضات باتجربه انتخاب خواهد شد و همین عضو نیز ریاست هیأت را بر عهده خواهد داشت. (تبصره ۱ ماده ۴۳) علاوه بر این، وجود صلاحیت رسیدگی موازی برای دو مرجع با ترکیب و شئون مختلف موجب تشتت آراء و اتخاذ رویه‌های متفاوت از جانب هریک از آنان می‌شود که امری ناپسند است. در واقع، در چنین وضعیتی به علت عدم پیش‌بینی تشکیلات دادرسی در بورس‌ها و فقدان شخصی با تخصص حقوقی-قضایی در آن، احتمال اتخاذ رویه‌هایی دور از انتظار و برخلاف روال هیأت داورى و همچنین صدور آرای اشتباه و فاقد وجهت قانونی توسط این مرجع را بالا می‌برد که متعاقباً تضییع حقوق افراد را در پی خواهد داشت.

## 5 بررسی حقوق آمریکا و انگلیس

در ادامه به رسیدگی دعوی خسارت ناشی از عرضه اولیه در حقوق آمریکا و انگلیس پرداخته می‌شود:

### 5.1 حقوق آمریکا

به موجب بخش ۱۱ قانون اوراق بهادار ۱۹۳۳ آمریکا عدم رعایت مقررات در عرضه اولیه و ارائه اطلاعات نادرست در بیانیه ثبت و عدم اعلام اطلاعات مهمی که به موجب قانون باید در بیانیه ثبت قید شود مسئولیت مدنی اشخاص مقرر در قانون را در پی دارد و هر شخصی که بر اساس بیانیه ثبت نادرست یا ناقص اوراق بهادار موضوع آن را خریده است، می‌تواند ضرر و زیان ناشی از تخلف را مطالبه کند. از جمله اشخاص مسئول مطابق بخش ۱۱a مدیر یا شرکت ناشر در تاریخ ثبت بیانیه نزد SEC یا هر شخصی می‌باشد که نام او با رضایت خود او به عنوان مدیر یا شرکت ناشر و یا ناشر آینده ثبت شده

که می‌توانند در فرایند عرضه اولیه نقش ایفا نمایند؛ بر این اساس، وجود تعارض منافع میان هیأت‌مدیره بورس به عنوان مرجع رسیدگی با اشخاص مذکور در ماده ۴۳ ق.ب.ا.ب.ج.ا.ا به‌عنوان خواندگان دعوی جبران خسارت بسیار محتمل است؛ به عنوان مثال گفته شد که شرکت تأمین سرمایه می‌تواند فعالیت‌های مختلفی انجام دهد؛ حال چنانچه این شرکت در عرضه اولیه به‌عنوان متعهدپذیره‌نویسی حضور داشته و کارگزاری زیرمجموعه آن نیز عضو هیأت‌مدیره بورس باشد، رسیدگی به دعوی خسارت علیه شرکت تأمین سرمایه توسط هیأت‌مدیره مذکور با ایراد اساسی مواجه است. از طرفی دیگر، بسیاری از نهادهای مالی از جمله کارگزاران سهامدار بورس‌ها هستند و اعضای هیأت‌مدیره بورس‌ها نیز در بسیاری از این نهادها و شرکت‌ها دارای سمت سازمانی هستند؛ لذا از این جهت نیز شرط استقلال مرجع رسیدگی‌کننده می‌تواند مخدوش شود؛ حال-آنکه دادرسی در یک دادرسی بی‌طرفانه و مستقل نباید گرایشی به اطراف دعوا داشته باشد. (غمایی و محسنی، ۱۳۹۰، ۵۴)

### 4.3 فقدان شأن حقوقی-قضایی و تعارض آرا با هیأت داورى

در مقررات مربوط هیچ‌گاه به ضرورت تحصیلات و تجارب حقوقی یا قضایی اعضای هیأت‌مدیره بورس-ها اشاره نشده است؛ حال آنکه بررسی اختلافات و دستور پرداخت خسارت نیازمند رسیدگی قضایی است و هیأت‌مدیره بورس فاقد چنین شأنی است (سلطانی، ۱۳۹۶، ۳۳۸). در واقع، ایراد اساسی این است که چگونه اشخاصی که اشراف به مباحث حقوقی و قضایی ندارند می‌خواهند ارکان مسئولیت مدنی را بررسی نموده و آن را احراز نمایند؟ این در حالی است که اصولاً در مراجع رسیدگی غیردادگستری همانند هیأت حل اختلاف موضوع قانون کار یا هیأت حل اختلاف مالیاتی، وجود مقامی با شأن قضایی لازم دانسته شده است.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> ماده ۱۶۰ قانون کار و ماده ۲۴۴ قانون مالیات‌های مستقیم



در حقوق بازار سرمایه آمریکا، کمیسیون بورس و اوراق بهادار (SEC) مطابق بخش چهارم قانون بازار اوراق بهادار مصوب 1934، یک مرجع دولتی فدرال، ناظر بر فعالیت‌های نهادها و تشکل‌های خودانتظام معرفی شده که تمامی مقررات و حتی دستورالعمل‌های پیشنهادی نهادهای خودانتظام باید به تأیید آن برسد. این نهاد به علت اعمال قوانین فدرال حاکم بر بازار سرمایه مهم‌ترین نقش را در بازار ایفا می‌کند؛ به عنوان مثال، اجرای قوانین و مقررات افشای اطلاعات و نظارت بر اجرای آن‌ها توسط ناشران بر عهده آن است (Volz, 2021, p 4)؛ همچنین جست‌وجو و کشف تخلفات اشخاص از قوانین و مقررات اوراق بهادار و طرح دعوی مناسب حقوقی یا کیفری در دادگاه‌های فدرال یا مراجع ذیصلاح اداری علیه متخلفان نیز برعهده این مرجع است. با وجود این، نهاد مزبور هیچ‌گونه صلاحیتی درخصوص رسیدگی قضایی به اختلافات فعالان بازار سرمایه ندارد. البته همان‌گونه که اشاره شد، در آمریکا نیز همانند حقوق ایران اصل اولیه بر سازش اختلافات در خود بورس‌ها یا سایر تشکل‌های خودانتظام است و در صورت عدم حصول این مهم است که مسأله به مرجعی به نام مرجع مقررات‌گذاری صنایع مالی که صلاحیتش ازجانب کمیسیون اوراق بهادار و بازار به او تفویض شده ارجاع می‌شود تا به‌وسیله میانجی‌گری یا داوری، اختلاف صورت‌گرفته حل‌وفصل شود. (Carson, 2011, p. 24) همچنین، گرچه نهاد داوری به نحو پیشرفته و ممتاز در بحث اختلافات بازار سرمایه آمریکا وجود دارد لکن ارجاع چنین موضوعاتی به داوری الزامی نیست و صرفاً بر مبنای قرارداد میان طرفین ممکن است. حتی تا مدت‌ها نسبت به امکان ارجاع اختلافات به داوری در بازار سرمایه آمریکا تردید وجود داشت که سرانجام پس از صدور حکم دیوان عالی آمریکا در دعوی شرسون علیه مک‌ماهون چنین اقدامی مجاز و رایج شد (supreme. Justice. 2011). بر این اساس، رسیدگی قضایی به اختلافات در بازار سرمایه آمریکا ازجمله دعاوی ضرر و زیان ناشی از عرضه اولیه، اساساً برعهده دادگاه می‌باشد (lan, 1992, p 61) که این نکته صراحتاً در

است (قاسمی‌حامد و براری، 1398، 200)؛ در حقوق آمریکا توجه اصلی در عرضه اولیه بر ناشر متمرکز است که در صورت عدم رعایت مقررات موجود درخصوص افشای اطلاعات در فرایند عرضه، مسئولیت خواهد داشت. در واقع، ناشر نسبت به کلیه خسارات وارده که ناشی از نادرست بودن اطلاعات افشاشده در بیانیه ثبت و اعلامیه پذیره-نویسی باشد، مسئول خواهد بود. (Black, 2003, P) (211) علاوه بر ناشر، شرکت‌های تأمین سرمایه به عنوان مهم‌ترین اشخاص مسئول در زمان عرضه اولیه هستند تا از این طریق، اشخاص اخیرالذکر به بررسی دقیق اطلاعات ارائه‌شده توسط ناشر ملزم شوند. (Fox, 2008, P 244) مطابق قسمت 3 و 4 بند A بخش 11 قانون اوراق بهادار 1933، هر شخصی علاوه بر ناشر و شرکت‌های تأمین سرمایه که بیانیه عرضه تهیه‌شده در فرایند عرضه اولیه توسط ناشر را تأیید یا امضا نماید در قبال عدم صحت مندرجات آن و ایراد ضرر مسئولیت مدنی خواهد داشت. در این راستا، نه تنها اشخاصی که بیانیه عرضه را تکمیل و ثبت می‌کنند در قبال مندرجات آن مسئولیت دارند بلکه مدیران و اشخاصی که در شرف تصدی مدیریت ناشر هستند یا تحت عناوین مشابهی از جمله شریک در شرکت حضور دارند نیز چنانچه در بیانیه عرضه نامی از آنها برده شود هم مسئولیت خواهند داشت؛ زیرا اهداف اصلی قانون مذکور عبارت است از: تضمین دریافت اطلاعات مالی و سایر اطلاعات مهم مربوط به اوراق بهادار عرضه‌شده برای خرید عمومی توسط سرمایه‌گذاران و همچنین ممنوع نمودن هرگونه تدلیس، فریب و ارائه اطلاعات خلاف واقع در عرضه اوراق بهادار. (Douglas, 1933, ) (p 171-217) بر این اساس است که مطابق بخش 18 قانون اوراق بهادار 1934، کلیه اشخاصی که در بیانیه ثبت اظهاراتی خلاف واقع یا گمراه‌کننده ارائه دهند در مقابل اشخاص ناآگاهی که با اتکا بر این اطلاعات در عرضه اولیه مشارکت نمایند مسئولیت خواهند داشت.

دسترس عموم باشد را غیرقانونی اعلام کرده و در بند 3، شخص نقض‌کننده این تکلیف را قابل مجازات دانسته است. مقرر اخیرالذکر در راستای ماده 81 همان قانون وضع شده که در آن اطلاعاتی که در آن در فهرست مشخصات اوراق بهادار الزامی است نام برده شده است. در ادامه بندهای 1 و 4 ماده 90 همان قانون، کلیه اشخاص مسئول تهیه فهرست مشخصات اوراق بهادار که با ارائه اطلاعات نادرست و همچنین هر شخصی را که به علت عدم رعایت الزامات ماده 81 موجب ورود ضرر به تحصیل‌کنندگان اوراق بهادار شوند را مسئول جبران خسارت تحصیل‌کنندگان اوراق بهادار قلمداد کرده است.

در حقوق این کشور، گرچه نهادهای مختلفی (وزارت خزانه‌داری<sup>۲</sup>، مرجع خدمات مالی<sup>۳</sup>، دیوان داور<sup>۴</sup> و دادگاه<sup>۵</sup>) می‌توانند در حوزه تخلفات انجام‌شده در عرضه عمومی ورود کرده و به نحوی نقشی را ایفا کنند؛ لکن همان گونه که معلوم خواهد شد، رسیدگی به دعوای جبران ضرر و زیان ناشی از عرضه عمومی صرفاً در صلاحیت دادگاه قرار دارد و هیچ‌گاه مراجع مذکور و یا همانند آنچه در ق.ب.ا.ب.ج.ا.ا برای هیأت‌مدیره بورس‌ها مقرر شده، به‌عنوان مرجع صالح به رسیدگی دعوای ضرر و زیان ناشی از عرضه اولیه معرفی نشده است. مطابق ماده 90b قانون خدمات و بازارهای مالی مصوب 2000<sup>۶</sup>، وزارت خزانه‌داری می‌تواند مقرراتی راجع به مسئولیت ناشران اوراق بهادار قابل‌معامله در بازار متشکل و اشخاص دیگر مرتبط در قبال اطلاعاتی که برای دارندگان اوراق بهادار، بازار یا عموم مردم منتشر می‌کند وضع نماید.<sup>۷</sup> در این باره صلاحیت مرجع خدمات مالی نیز صدور اخطاریه و تذکر راجع به نقض ضوابط مربوط توسط ناشر، عرضه‌کننده اوراق

قسمت a بخش 18 قانون اوراق بهادار 1934 نیز مقرر شده است؛ مقرر اخیرالذکر، پس از بیان نمودن اصل مسئولیت اشخاص در روند عرضه اولیه نسبت به اعمال زیان‌بار خود و بیان شرایط احراز مسئولیت، انبهایه مدعی را محق در طرح دعوای ضرر و زیان نزد دادگاه صالح دانسته است.<sup>۱</sup> با وجود این، قانون اخیرالذکر در مواد 9، 15A و 19 امکان ارجاع اختلافات و دعوای میان فعالان بازار سرمایه به داوری را صرفاً با توافق طرفین پیش‌بینی و مقرر نموده است (میرزایی منفرد، 1390، 215). بر این اساس، در حقوق بازار سرمایه ایالات متحده، نه تنها ارجاع اختلافات به داوری امری اختیاری است، بلکه هیچ‌گاه نهاد خاصی همانند هیأت‌مدیره بورس‌ها نیز صالح به رسیدگی قضایی به دعوای ضرر و زیان ناشی از عرضه اولیه دانسته نشده است.

## 5.2 حقوق انگلیس

در حقوق انگلستان، در مواد مختلفی از قانون خدمات و بازارهای مالی مصوب 2000، بر مسئولیت ناشر تأکید شده و مسئولیت اولیه برعهده ناشر فرض شده است. مطابق بند 3 ماده 79 قانون مذکور، افراد مسئول فهرست مشخصات اوراق بهادار موضوع عرضه باید مطابق مقررات وضع‌شده توسط خزانه‌داری تعیین شوند. وزارت خزانه‌داری نیز در این راستا مقرر کرده که مقام تنظیم فهرست انگلیس، اختیار قانون‌گذاری در تعیین اشخاص مسئول آگهی عرضه را داشته باشد تا اینکه این امر از طریق قانون‌گذاری انجام شود؛ به موجب بخش 6 دستورالعمل آگهی، حداقل ناشر باید برای مجموع اطلاعات آگهی عرضه مسئول تلقی شود (عیسای تفرشی، 1389، 103-104). بند 1 ماده 85 قانون خدمات و بازارهای مالی، عرضه اوراق بهادار بدون اینکه یک آگهی عرضه تأییدشده قبل از عرضه در

<sup>۴</sup> Tribunal

<sup>۵</sup> The court

<sup>۶</sup> Financial Services and Markets Act ۲۰۰۰

<sup>۷</sup> Power to make further provision about liability for published information

<sup>۱</sup> A person seeking to enforce such liability may sue at law or in equity in my court of competent jurisdiction.

<sup>۲</sup> The Treasury

<sup>۳</sup> Financial Conduct Authority (FCA)



اجباری میان اطراف دعوی نیست بلکه رفع اختلافات از طریق داوری در این کشور نیز صرفاً بر اساس توافق ممکن است. (میرزایی منفرد، ۱۳۹۰، ۲۱۵) بر این اساس، با لحاظ ماده ۹۰ و همچنین موارد مذکور در جدول شماره ۱۰ مندرج در قانون خدمات و بازارهای مالی مصوب ۲۰۰۰، باید گفت در حقوق انگلیس نیز رسیدگی قضایی به دعوای جبران ضرر و زیان ناشی از عرضه عمومی اوراق بهادار و صدور حکم در آن خصوص منحصرأ در صلاحیت دادگاه قرار دارد. لذا، درخصوص مسئولیت مدنی اشخاص به سبب منتشر کردن یا اظهار کردن موضوعی که موجب ضرر به اشخاص شود، دادگاه مطابق صلاحیت عام خود به موضوع رسیدگی و در آن خصوص حکم صادر می‌کند. (Derek, 2008, P 225)

## ۶ نتیجه گیری

صلاحیت هیأت‌مدیره بورس که در تبصره ۱ ماده ۴۳ ق.ب.ا.ب.ج.ا.آ آمده، به‌علت تأکید بر ضرورت حل و فصل اختلافات حرفه‌ای در خود تشکل‌های خودانتظام است؛ لکن تجربه سایر کشورهای پیشرفته در حوزه بازار سرمایه نشان می‌دهد، رسیدگی در تشکل خودانتظام نباید به‌صورت رسیدگی شبه قضایی باشد که بدون توافق طرفین منتهی به صدور رأی لازم‌الاجرا برای ایشان شود؛ بلکه وظیفه این نهادها عمدتاً ایجاد سازش یا انجام داوری میان طرفین اختلاف می‌باشد. مقرر فوق-الذکر به گونه‌ای است که نوع رسیدگی در هیأت-مدیره بورس شبه قضایی قلمداد شده و قلمرو و حدود گسترده‌ای از زیان‌ها در فرایند عرضه اولیه را شامل می‌شود؛ حال آنکه نه برای رسیدگی در آن مرجع، تشکیلات دادرسی پیش‌بینی شده و نه برای اجرای آرای آن ضوابطی وجود دارد. همچنین، ترکیب

و متقاضی پذیرش اوراق در بازار متشکل می‌باشد.<sup>۱</sup> (ماده ۸۷M قانون اخیرالذکر) همچنین اعمال جریمه نقدی نسبت به ناشر اوراق بهادار پذیرفته‌شده و یا متقاضی پذیرش اوراق بهادار نسبت به تخلف از ضوابط پذیرش و عرضه اوراق بهادار نیز در صلاحیت مرجع خدمات مالی است.<sup>۲</sup> (ماده ۹۱ قانون اخیرالذکر) همچنین مرجع خدمات مالی می‌تواند به استناد ماده ۸۷K و ۸۷L پذیرش یا عرضه عمومی اوراق را تعلیق، منع یا محدود نماید.<sup>۳</sup> مرجع مذکور شرکتی خصوصی است که در چهار محور دارای صلاحیت است: تأیید، نظارت، اجرا و تصمیم‌گیری. درحوزه تأیید رهنمودهایی صادر کرده که متقاضیان مجوز برای فعالیت در انگلیس باید آن را رعایت نمایند. در حوزه نظارت، قواعد و رهنمودهایی صادر کرده که این نظارت را عملی می‌کند. همچنین این مرجع در حوزه اجرا، اختیار مطالبه اطلاعات، اداره گزارش‌های اشخاص متخصص و طرح شکایت تخلفات انتظامی را دارد. در حوزه تصمیم‌گیری نیز باید کتاب راهنمای تشریفات و آیین‌نامه‌های مربوط، نقش و عملکرد کمیته تصمیمات انتظامی و همچنین صدور رأی به پرداخت جریمه نقدی را نام برد. (عیسای‌تفرشی، ۱۳۸۹، ۱۰۹) دیوان داوری نیز صلاحیت رسیدگی به دعوای ضرر و زیان ناشی از عرضه اولیه را نداشته و صرفاً مرجعی است که به اختلاف بین شخص معترض به تصمیمات مرجع خدمات مالی و مرجع خدمات مالی رسیدگی می‌کند.<sup>۴</sup> البته رسیدگی دیوان، استیناف تلقی نشده و این مرجع می‌تواند هرگونه دلیل مربوط به موضوع ارجاع‌شده را صرف نظر از اینکه در رسیدگی مرجع خدمات مالی مطرح شده یا نشده باشد، بررسی کند (Blair and Walker, 2006, p. 141). لذا برخلاف نام دیوان داوری، این مرجع یک نهاد جهت داوری

<sup>۱</sup> ۸VN: Right to refer matters to the Tribunal  
(۱) A person to whom a decision notice is given under section ۸VM may refer the matter to the Tribunal  
(۲) A person to whom a notice is given under section ۸VO may refer the matter to the Tribunal

<sup>۱</sup> Public censure of issuer  
<sup>۲</sup> Penalties for breach of Part ۶ rules  
<sup>۳</sup> Power to suspend, restrict or prohibit offer to the public or Power to suspend, restrict or prohibit admission to trading on a regulated market

می‌شود یا هیئت مدیره بورس کلاً از مقرر مذكور حذف شود و یا در جهت توسعه روش‌های جایگزین دادرسی قضایی با هدف تسریع در حصول نتیجه و حرفه‌ای شدن روند رسیدگی، این مقرر با لحاظ صدر ماده بدین‌نحو اصلاح شود:

«خسارت‌دیدگان باید قبل از طرح دعوی، موضوع را جهت سازش نزد هیئت‌مدیره بورس یا کانون مربوطه مطرح نمایند و در صورت عدم سازش به استناد گواهی صادرشده، دادخواست خود را به هیئت‌داوری تقدیم نمایند. همچنین طرفین دعوی می‌توانند با توافق، هیئت‌مدیره بورس را به عنوان داور انتخاب کنند که در این موارد، مرجع مذكور مکلف به قبول و انجام داورى مطابق قواعد آیین دادرسی مدنی است.»

هیئت‌مدیره بورس به گونه‌ای است که نه‌تنها این مرجع شأن رسیدگی حقوقی ندارد بلکه احتمال تعارض منافع آنها با عامل یا عاملان زیان را بالا برده و استقلال و بی‌طرفی مرجع رسیدگی را زیر سؤال می‌برد. این است که در رویه فعلی کلیه دعاوی از این دست، بدون هیچ‌گونه دخالت از جانب هیئت‌مدیره بورس به هیئت‌داوری ارجاع شده و در آن مرجع مطابق اصول و قواعد دادرسی مورد رسیدگی قرار می‌گیرد.

در بازار سرمایه کشورهای آمریکا و انگلیس، گرچه مراجع رسیدگی مختلفی برای خسارات وارده در فرایند عرضه اولیه وجود دارد؛ لکن رسیدگی قضایی همواره برعهده دادگاه است و صلاحیت سایر مراجع به سازش یا داورى میان غعالان بازار محدود می‌شود.

بر این اساس، مقرر موردبحث در بازار سرمایه ایران ناقص و متضمن تالی فاسد است؛ لذا پیشنهاد





## References

- Ansari, A. and Isaie T. M. and Hosseini S. M., (2013) Analysis of the legal structure of self-regulatory institutions in the Iranian capital market with a comparative study in the American legal system, *Financial Research*, 15( 2), 149-160. [In Persian]
- Asghari, A. F. and Isaie T. M., (2015). The legal nature of the relationship between managers of joint-stock companies and the company, *Journal of the Faculty of Administrative Sciences and Economics*, Isfahan University, (18)2, 35-52. [In Persian]
- Badini, H. and Siah-Bidi-Kermanshahi S., (2021). Analysis of the Concept and Examples of Conflict of Interests in Private Law, *Legal Journal of Justice*, 85( 116), 209-231. [In Persian]
- Bagheri, M. and Ehzari, A. (2018). The nature of the over-the-counter market and its distinction from the stock exchange in the Iranian and American legal systems. *Perspectives on Judicial Law*, 24(86), 65-85. [In Persian]
- Black, Bernard and Cheffins, Brian. and Klausner, Michael. (2003) Outside Director Liability, *Stanford Journal of Law, Business and Finance*, University of Texas School of Law, 9(26).
- Blair, M., and Walker G., (2006). *Financial Services Law*, London: Oxford University Press.
- Bush, T., Fearnley, S., & Sunder, S. (2007). Auditor Liability Reforms in the UK and the US: A Comparative Review. *New Haven: Yale School of Management*, 1-11, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1011235>.
- Carson, J. (2011). Self-regulation in securities markets. *Policy Research working Paper*, 5542, 1-73.
- Derek, French, *Blackstone's Statutes on Company Law*, Oxford University Press, 11th ed, 2007-2008.
- Douglas, William, Bates, George, (1993) The Federal Securities Act of 1933. *Yale Law Journal*. The Yale Law Journal Company, Inc. 43 (2).
- Ebrahimi, M. (2011). Civil liability arising from violation of information disclosure regulations in stock transactions. *Stock Exchange Quarterly*, 4(15), 161-189. [In Persian]
- E'esaii Tafreshi, M. and Shahbazi'nia M. and Norani Moghadam S. Y., (2010). Issuer's civil liability in the initial public offering of shares of a public joint stock company, *Journal of Comparative Law Research*, 14 (4), 93-114.
- Field, Marilyn J., Lo. B., (2009). Conflict of Interest in Medical Research, Education, and Practice, *National Academies Press*, . 118(2).
- Fleuriet, M. (2008). *Investment Banking Explained*, New York – USA: McGraw Hill Professional
- Fridman, G.H.L., (1990) "The Law of Agency" 6 Th Ed, London, Butterworths.
- Ghamami, M, and Mohseni H., (2018) principles of transnational civil procedure, Tehran: Mizan. [In Persian]
- Hajiha, Z. and Ebrahimi, M. (2015). Improvement in the auditor's opinion and its effects on changes in the price and volume of stock transactions. *Financial Accounting and Audit Research Quarterly*, 8(30), 61-82. [In Persian]
- Hirst, S., and Kastiel, K. (2019). Corporate Governance by Index Exclusion. *Boston University Law Review*, 19.
- Lan, R. Macneil., (1992) *America Arbitration Law*, New York Oxford University Press.
- Mirzaei Monfared, Gh. A., (2011), *Laws of Securities Market*, Tehran: Mizan. [In Persian]



- Mobin, H., (1385). The arbitration board of the stock exchange. *Govah*, 8 & 9, 45-50 [In Persian]
- Mehrabipour, L., (2010). A look at the activity of the jury (interview with Gholam-Ali Mirzaei-Monfard). *Bors Magazine*, No. 84. [In Persian]
- Pasban, M. and Nik-Nejad, J., (2019) the legal position of managers in joint-stock companies, *International Law Research*, 4(14), 9-40. [In Persian]
- Qajar, M. and etc., (2014). *Money and capital market*, Tehran:Houshman Tadbir .[In Persian]
- Reynolds, F.M.B,(1996). *Bowstead and Reynolds Agency* , 6ed, London: Sweet & Maxwell.
- Soltani, Mohammad and etc.,(2014) *Capital Market Law Requirements*. Tehra:Bourse. [In Persian]
- Soltani, Mohammad,(2017) *Capital market Law*. Tehran:Samt,. [In Persian]
- Swadkahi, S,. (2008). *Securities Market Commission*. Tehran:Adak .[In Persian]
- Volz, Dustin. Yahoo hack may become test case for SEC data breach disclosure rules". Reuters. Retrieved 13 December 2021.

Original Article

# A Comparative Study of the Ways of Proving Anan in Islamic Jurisprudence, Iranian Law, and Iraqi Law

Mahdi Rahmani\*<sup>1</sup> 

<sup>1</sup> Assistant Professor, Department of Private Law, Kharazmi University, Tehran, Iran.



[20.1001.1.24237566.1402.7.2.4.0](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24358.1474)



[10.22080/lps.2023.24358.1474](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24358.1474)

**Received:**

March 11, 2023

**Accepted:**

June 20, 2023

**Available online:**

August 18, 2023

**Keywords:**

Anan, Islamic jurisprudence, Witness testimony, Forensic medical certificate, Methods of proof.

## Abstract

Anan or sexual impotence in men is a hidden complication and disease, which cannot be proven by relying on some methods of proof of litigation that are proposed in Islamic jurisprudence and laws. Some Imamiyyah and Sunni jurists believe that since the illness of Anan can only be diagnosed by the person himself, evidence such as a forensic medical certificate that diagnoses the said disease through detailed tests; However, in contrast to these jurists, another group of Islamic jurists considers the testimony of witnesses to prove the Anan and believe that if the witnesses' testimony is through experts and evidence, which leads to definitive knowledge of a person's sexual impotence, it can be a document of the judge's decision. In Iranian Law, due to the silence of the law regarding the ways of proving the disease, the procedure of the courts is that in order to diagnose the mentioned disease, they refer the person to the forensic medicine and make the expert's opinion and the forensic medical certificate the basis of the verdict. However, it is possible to prove the objectivity of a person according to other evidence such as confession and testimony that are used to prove legal claims. In Iraqi law, the opinion of the Forensic Medicine Commission is considered the only way to prove the sexual impotence of the couple and his suffering from ennin's disease. In Iraqi law, the opinion of the Forensic Medicine Commission is considered the only way to prove the sexual impotence of the couple and his suffering from Anan's disease.

\*Corresponding Author: Mahdi Rahmani

Address: Assistant Professor, Department of Private Law, Kharazmi University, Tehran, Iran. Email: [Rahmani\\_mahdi@khu.ac.ir](mailto:Rahmani_mahdi@khu.ac.ir)



## 1. Introduction:

Men's impotence and sexual disorders due to the lack or decrease of sexual desire or the inability to have sex is one of the important problems in couples' relationships, which has received attention in the last few decades due to people's awareness of their sexuality. There have been many researches with different viewpoints in this field. Impotence or erectile dysfunction in men in Islamic jurisprudence and law is known as "Anan", which jurists have defined as a disease and defect that gives a woman the right to annul the marriage contract.

Today, due to the prevalence of this issue, challenges have been raised regarding this issue. Among these challenges are the ways to prove this disease, which, due to the silence of Iran's laws and the differences in the ways of proving it in the sources of Islamic jurisprudence and the laws of some countries, in many cases leads to the violation of the wife's and sometimes the husband's rights.

## 2. Methods:

In the current study, fundamental and descriptive-analytical research methods have been used.

## 3. Research Findings:

Since Anan is one of the hidden diseases and defects, it has special rulings, and to prove it, it is not possible to rely on the

pieces of evidence that have been put forward in Islamic jurisprudence and Iran's and Iraq's laws.

## 4. Conclusion:

Some Imamiyyah jurists believe that the reasons for proving a lawsuit are generally not applicable in Anan, and evidence cannot be established to prove it. On the other hand, another group of Imamiyyah and Sunni jurists believe that if a person finds out about the sexual impotence of a couple in a way that causes knowledge and discontinuance, it is permissible to hear her/his testimony to prove the Anan. In Iran's laws, in particular, evidence has not been stated to prove the defect of Anan, but it is possible to prove this disease based on some evidence such as testimony and confession that are used to prove claims. In addition, it seems that it is possible to add other ways, such as a forensic medical certificate. In Iraqi law, the only way to prove a couple's sexual impotence is the opinion of the Forensic Medicine Commission.

Funding: There is no funding support.

Conflict of Interest: The author declared no conflict of interest.

Acknowledgments: The author appreciates all the scientific consultants in this paper.

علمی پژوهشی

# مطالعه تطبیقی طرق اثبات عنن در فقه اسلامی، قانون ایران و قانون عراق

مهدی رحمانی\*  ID

استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران.



[20.1001.1.24237566.1402.7.2.4.0](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24358.1474)



[10.22080/lps.2023.24358.1474](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24358.1474)

## چکیده

عنن یا ناتوانی جنسی در مردان، عارضه و بیماری مخفی است که برای اثبات آن، امکان تمسک به برخی از طرق اثبات دعوا که در فقه اسلامی و قوانین موضوعه مطرح شده است، وجود ندارد. برخی از فقهای امامیه و اهل سنت، با این دلیل که بیماری عنن، تنها از سوی خود شخص، قابل تشخیص می‌باشد، قائل به مسموع نبودن دلایلی نظیر شهادت برای اثبات عنن، بوده و حتی راه‌هایی نظیر گواهی پزشکی قانونی که از طریق آزمایش‌های دقیق به تشخیص بیماری مذکور می‌پردازد، را قابل پذیرش نمی‌دانند؛ اما در مقابل گروه دیگری از فقهای اسلامی، شهادت شهود و اقامه بی‌ینه در اثبات عنن را مسموع دانسته و معتقدند که چنانچه شهادت شهود از طریق اهل خبره و قرائن و اماراتی باشد که منجر به علم قطعی به ناتوانی جنسی شخص گردد، می‌تواند مستند رأی قاضی برای اثبات عنن قرار گیرد. در حقوق ایران با توجه به مسکوت بودن قانون در خصوص راه‌های اثبات عنن، رویه دادگاه‌ها بدین نحو است که جهت تشخیص بیماری مذکور، شخص را به پزشکی قانونی ارجاع داده و نظر کارشناس و گواهی پزشکی قانونی را مبنای حکم قرار می‌دهند، هر چند می‌توان مطابق ادله دیگری نظیر اقرار و شهادت که در اثبات دعاوی حقوقی کاربرد دارند به اثبات عنین بودن شخص پرداخت. در قانون عراق نیز تنها راه اثبات ناتوانی جنسی زوج و ابتلای او به بیماری عنن، نظر کمیسیون پزشکی قانونی در نظر گرفته شده است.

تاریخ دریافت:

۲۰ اسفند ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۳۰ خرداد ۱۴۰۲

تاریخ انتشار:

۱ مهر ۱۴۰۲

کلیدواژه‌ها:

عنن فقه اسلامی شهادت شهود  
گواهی پزشکی قانونی طرق  
اثبات

\* نویسنده مسئول: مهدی رحمانی

آدرس: استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشگاه خوارزمی، تهران. ایمیل: [Rahmani\\_mahdi@khu.ac.ir](mailto:Rahmani_mahdi@khu.ac.ir) ایران.



## ۱ مقدمه

یکی از عواملی که نقش بسیار مهم و اساسی در موفقیت و پایداری کانون خانواده دارد، وجود رابطه‌ی جنسی مطلوب میان زوجین می‌باشد، به‌گونه‌ای که بتواند موجب تأمین خوشنودی و رضایت آنان گردد. به‌بیان‌دیگر روابط جنسی سالم از جمله عوامل مؤثر در کارکرد خانوادگی زوجین است و لازمه یک زندگی مشترک سالم و رضایت‌بخش محسوب می‌شود.

تحقیقاتی که با هدف بررسی نقش میل و رابطه‌ی جنسی در روابط زناشویی صورت گرفته، حاکی از آن است که رابطه‌ی جنسی مطلوب، موجب افزایش دلبستگی و پایداری زندگی زناشویی می‌شود؛ به‌طوری‌که اگر جنبه‌های غیرجنسی نتواند منجر به حفظ رابطه گردد، تأثیر فعالیت جنسی بر پایداری رابطه از طریق لذت بردن از آن و بهبود روابط زناشویی آشکار خواهد شد. (ملکاری و همکاران، ۱۳۹۷: ۷)

از سوی دیگر مشاهده می‌شود که مشکلات جنسی در روابط زناشویی، به پایین آمدن کیفیت روابط جنسی و در کل، روابط زناشویی منجر می‌گردد و وجود اختلالاتی در زمینه عملکرد جنسی نظیر ناتوانی جنسی، کمبود یا فقدان میل جنسی و غیره، در بسیاری از مواقع باعث بروز ناراحتی‌های جسمانی، افسردگی و ناخشنودی از زندگی زناشویی و عدم تعهد می‌شود و حتی زندگی زناشویی را تا مرز اختلافات شدید خانوادگی و طلاق پیش می‌برد. اختلال عملکرد جنسی می‌تواند دارای علل زیستی و روانی یا ترکیبی از آن دو باشد که از عوامل ارگانیک، بیولوژیک، روانی و اجتماعی نشأت می‌گیرد. شایان ذکر است که صرف‌نظر از علت ایجادکننده، بروز آن در هر شرایط سنی، فرهنگی و وضعیت اجتماعی- اقتصادی امکان‌پذیر است. (آرادمهر و صنوبری، ۱۳۹۸: ۸۱)

ناتوانی جنسی مردان و اختلال در برقراری رابطه به دلیل فقدان یا کاهش میل جنسی یا عجز از

برقراری رابطه جنسی، یکی از مشکلات مهم در روابط زوجین می‌باشد که در چند دهه‌ی اخیر به دلیل آگاهی افراد از حقوق جنسی خود، مورد توجه قرار گرفته و پژوهش‌های متعددی با رویکردهای متفاوت در این زمینه صورت گرفته است. ناتوانی جنسی یا اختلال در نعوظ در مردان در فقه و حقوق اسلامی، تحت عنوان «عنن» شناخته شده است که فقها و حقوقدانان به آن به عنوان یک بیماری و عیبی که به زن این حق را می‌دهد که عقد نکاح را فسخ نماید، تصریح نموده‌اند. امروزه به دلیل شیوع این مسأله، چالش‌هایی درخصوص آن مطرح شده است؛ از جمله‌ی این چالش‌ها راه‌های اثبات این بیماری می‌باشد که به دلیل مسکوت بودن قوانین ایران و نیز اختلافی بودن طرق اثبات آن در منابع فقه اسلامی و قوانین برخی کشورها در بسیاری از موارد منجر به تضییع حقوق زوج و گاهی زوج می‌گردد.

از آنجایی که بررسی تطبیقی یک موضوع می‌تواند نقاط قوت و ضعف قوانین کشورهای مورد مطالعه را روشن سازد و در نتیجه منجر به اصلاح قوانین آن کشورها گردد، انجام تحقیق و پژوهشی در راستای مسأله‌ی مذکور دارای ضرورت و اهمیت فراوان می‌باشد. در پژوهش فرارو که به‌صورت تطبیقی صورت گرفته، سعی شده است ضمن بررسی و تبیین مفهوم عنن و برخی از احکام آن، به واکاوی طرق اثبات عنن در فقه اسلامی، حقوق ایران و حقوق عراق پرداخته شود و از نتایج حاصل از آن در اصلاح قوانین، بهره برده شود.

## ۲ مفهوم‌شناسی

در لسان اهل لغت «عنن» مصدر از «عَنَّ، یَعْنُ، (یَعْنُ) عَنَّا» به معنای در برابر شخصی نمایان شدن و اعتراض کردن» و نیز در معنای «نفرین کردن»، «محبوس» و «ممنوع» آمده است. (ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۳: ۲۹۰)

علاوه بر معانی مذکور، گروهی از اهل لغت در تعریف عنن بیان داشته‌اند: عنن عارضه‌ای است که

طولانی مدت به اندازه‌ی حشفه نیست. فردی که به چنین بیماری مبتلا می‌باشد «عَنین» گفته می‌شود. محقق داماد، بی‌تا: ۳۴۴؛ طاهری، ۱۴۱۸، ج ۳: ۲۳۴) هر چند به نظر می‌رسد که تعریف ارائه‌شده برگرفته از تعاریفی است که فقهای امامیه در کتب خود ذکر کرده‌اند. (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۲۶۲ و ۲۶۳؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۵: ۱۱۶)

از دیدگاه برخی از فقهای اهل سنت، «عنن» عبارت از عدم توانایی جنسی و عنین، مردی است که توانایی وطی از قُبَل را ندارد، هر چند قادر بر آمیزش با زنان دیگر یا زن خود از دُبَر باشد. (شربینی، ۱۹۹۵، ج ۳: ۴۳۳؛ رملی، ۱۴۱۴، ج ۶: ۳۰۹)

برخی از فقهای معاصر با قرار دادن معیار عرفی برای تشخیص عنن، در تعریف آن چنین آورده‌اند: «عنن، عارضه‌ای در مرد است که به واسطه آن قادر بر مباشرت با هیچ زنی نباشد و میزان در عدم قدرت و تشخیص آن نیز موکول به عرف است، بدین معنا که معیار آن نه عدم قدرت چند ساعت و چند روز است و نه اینکه میزان در آن، عدم قدرت تا آخر عُمر است، بلکه اگر مدتی (مثلاً چهار، پنج ماه و بیشتر) را عرف بگوید این مرد قادر بر مباشرت با زن نیست، همین کافی است و «عنن» صادق است.» (شبیبری زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۲۰: ۶۴۴۴)

با بررسی مفاهیم لغوی و اصطلاحی ارائه‌شده درخصوص «عنن»، به نظر می‌رسد که از دیدگاه اهل لغت، صرف عدم امکان مباشرت در صدق «عنن» کافی نمی‌باشد بلکه، معیار اصلی دیگری که برای تحقق آن لازم می‌باشد، عدم تمایل جنسی مرد است؛ در حالی که فقها توجهی به قید عدم تمایلات جنسی نداشته و تنها معیار جهت تحقق عنن را عدم توانایی مرد از مباشرت و نزدیکی با زنان دانسته‌اند.

بر این اساس ضرورت دارد که روشن شود که آیا مفهوم عرفی عنن همان معنای مدنظر اهل لغت می‌باشد یا معنایی که فقها در کتب فقهی بدان اشاره نموده‌اند؟ و این‌که آیا قید «عدم تمایلات

به واسطه آن، مرد قدرت بر نزدیکی نداشته، دارای میل جنسی نبوده و تمایلی به زنان ندارد. به مردی که دچار چنین بیماری شده و نیز مردی که اگر بخواهد با زن همبستر شود، مخالفت و اعتراض می‌کند، «عَنین» اطلاق می‌شود. (ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۳: ۲۹۱) از سوی دیگر در کتب لغت به زنی که تمایل جنسی به مردان ندارد، «عَنینه» گفته می‌شود. (ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۳: ۲۹۱؛ طریحی، ۱۴۱۶، ج ۶: ۲۸۳؛ فیومی، بی‌تا، ج ۲: ۴۳۳) با توجه به معانی اخیر، می‌توان گفت که علمای لغت برای عنن، دو قید ذکر کرده‌اند که عبارت است از: الف) ناتوانی مرد بر نزدیکی؛ ب) نداشتن شهوت و میل جنسی به زنان. به نظر می‌رسد که «واوی» که میان این دو قید آمده است «واو» تجمیع باشد نه «واو» تقسیم؛ بدان معنا که اطلاق عَنین بر مردی صحیح می‌باشد که هم ناتوان از آمیزش باشد و هم تمایلی به زنان نداشته باشد.

در اصطلاح حقوقی، قانون مدنی بدون این‌که تعریفی از «عنن» ارائه دهد، صرفاً در ماده‌ی ۱۱۲۲ آورده است: «عیوب ذیل در مرد موجب حق فسخ برای زن خواهد بود: «... ۲- عنن به شرط این‌که ولو یکبار عمل زناشویی را انجام نداده باشد. ...»؛ اما دیوان عالی کشور در رأی قطعی دادنامه‌ی<sup>۱</sup> درخصوص تعریف و ملاک عنن ابراز داشته است: «عنن یعنی ناتوانی آمیزشی و اصطلاحاً بر مرضی که موجب ضعف در انتشار آلت به نحوی که عاجز بر ایلاج و دخول باشد اطلاق می‌گردد. لذا ملاک، عجز از ایلاج و دخول است که یکی از علت‌های آن ممکن است عدم انتشار آلت باشد و ممکن است آلت انتشار داشته باشد؛ ولی به علت مرض دیگر قادر به دخول نباشد.»

برخی از حقوقدانان در تعریف آن بیان داشته‌اند: «عَنن» نوعی ناتوانی جنسی در مردان و بیماری است که بر اثر آن آلت تناسلی مرد انتشار نمی‌یابد و قادر بر آمیزش با زنان به‌طور دائم یا

۱. به شماره‌ی ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۹۹۰۰۰۶۲ مورخ ۱۳۹۳/۰۲/۲۱.

با بررسی روایات فوق می‌توان گفت که عدم شهوت و تمایل جنسی در تعریف عنن ملحوظ نمی‌باشد و صرف عجز از نزدیکی با زنان به هر علتی که باشد، موجب ایجاد چنین حالتی می‌گردد هر چند فرد تمایل و گرایشات جنسی نیز داشته باشد.<sup>۱</sup>

### ۳ واکاوی حکم عنن

حکم عنن، جواز فسخ نکاح از جانب زوجه می‌باشد. در قانون مدنی نیز طبق بند ۲ ماده ۱۱۲۲ یکی از موجبات فسخ نکاح از جانب زن، عنن دانسته شده است.

برخی از فقها در خصوص حکمی که بر بیماری عنن مترتب می‌باشد، بیان می‌دارد: «پس در صورتی که مرد به‌طور مطلق از وطی زن عاجز باشد، زن می‌تواند نکاح را فسخ نماید؛ اما چنانچه از نزدیکی با آن زن عاجز؛ لیکن بر نزدیکی با غیر او توانایی داشته باشد، حق فسخی برای آن زن وجود نخواهد داشت. عنن چه قبل از عقد باشد یا بعد از آن پیدا شود به واسطه آن خیار فسخ ثابت می‌شود؛ اما به شرطی که نزدیکی و لو یک مرتبه، حتی در دبر از او واقع نشده باشد؛ ولی اگر با او نزدیکی کند و پس از آن عنن پیدا شود به گونه‌ای که به‌طور کلی قادر بر مقاربت نباشد، خیار فسخی برای زن وجود ندارد.» (خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۲۹۳)

وفق دیدگاه مذکور با توجه به اینکه زمان وقوع عنن، قبل از عقد یا بعد از عقد، قبل از دخول یا بعد از دخول باشد، صور گوناگونی قابل ترسیم می‌باشد که احکام آن نیز می‌تواند متفاوت باشد؛ لذا ضرورت دارد تمام آن صور مورد واکاوی قرار گیرد. نکته‌ای که در اینجا وجود دارد آن است که این صور را بدون در نظر گرفتن قید علم و آگاهی زن به عیب مذکور مطرح شده‌اند؛ اما در برخی از شقوقی که در ذیل

جنسی» که در لغت برای مفهوم عنن در نظر گرفته شده است، قید تغلیبی است؛ بدان معنا که چون عنن غالباً همراه با عدم تمایلات جنسی است، در تعریف آن آورده شده یا قید احترازی است و در مفهوم عنن دخالت داشته و محدود به قید مذکور می‌باشد؟ پاسخ به پرسش‌های فوق به این دلیل دارای اهمیت می‌باشد که از آنجایی که احکام شرعی روی موضوعات عرفی بار می‌شود در بررسی احکام مربوط به عنن باید روشن گردد که آیا چنین قیدی معتبر می‌باشد یا خیر؟ به بیان دیگر آیا مثلاً در حکم خیار فسخ تنها عجز از مباشرت ملاک است و عدم تمایل جنسی تأثیری در حکم مذکور ندارد یا این که جهت حکم به فسخ نکاح بایستی هر دو قید به نحو مجموعی وجود داشته باشد؟

پاسخ به پرسش‌های مطرح شده مستلزم بررسی روایاتی است که در خصوص عنن وارد شده‌اند. در این خصوص دو دسته روایات وجود دارد: روایت دسته اول که به‌طور عام و کلی آورده شده‌اند و سخنی از عنن در آن‌ها نیست بلکه، به‌طور کلی ابتلای مرد به عارضه‌ای که توان آمیزش نداشته باشد؛ چه به دلیل عنن و چه به خاطر علل و عوامل دیگر را موجبی برای فسخ نکاح از جانب زن دانسته‌اند. به عنوان مثال در روایتی از امام صادق (ع) نقل شده است که از حضرت درباره‌ی زنی که شوهرش به بیماری دچار شده که قادر بر جماع نیست، سؤال شد که آیا آن دو از یکدیگر جدا می‌شوند؟ حضرت فرمود: بله، اگر زن بخواهد. (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱: ۲۲۹)

دسته دوم روایاتی هستند که به‌طور خاص به بحث عنن پرداخته‌اند. روایتی از امام صادق (ع) آمده است که در مورد عتین فرمودند: اگر ثابت شد که مرد عتین است و نمی‌تواند با زن نزدیکی کند میان آن دو جدایی افکنده می‌شود. (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳: ۵۵۰)

عنن، عجز مرد از نزدیکی با زن است؛ اگرچه به آن زن میل جنسی داشته باشد. (جزیری، ۱۴۱۹، ج ۴، ص ۲۵۵)

<sup>۱</sup> شاید تمسک به روایات مذکور یا مانند آن موجب شده است که برخی از فقهای اهل سنت در تعریف آورده‌اند که: «



الف) حدوث عن بعد از عقد و بعد از یک بار نزدیکی با همسر خود

ب) حدوث عن بعد از عقد و بعد از یک بار نزدیکی با زنی غیر از همسر خود

در این دو قسم، قول اشهر آن است که خیار وجود ندارد و زن حق بر هم زدن و فسخ نکاح را ندارد. به‌واقع این دسته از فقها به نزدیکی مرد با زوجه خویش اقتصار نکرده و بیان داشته‌اند، چنانچه با زنان دیگر نیز نزدیکی کرده باشد و بعد از آن عن اتفاق بیفتد، موجب سلب حق خیار می‌شود. (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۷: ۲۰۴؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۳: ۲۳۰) این گروه به دلایلی نظیر اجماع، اطلاق روایات، اصله‌اللزوم و عدم صدق عنین بر چنین مردی، جهت اسقاط خیار زن تمسک جسته‌اند. (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۰: ۳۲۷)

در مقابل برخی از فقها بر این باورند که عن چه قبل از وطی باشد و چه بعد از وطی حادث شود، خیار وجود دارد. به‌واقع این گروه در جواز فسخ فرقی میان عن قبل و بعد از وطی با زوجه یا غیر او قائل نشده‌اند. از اطلاق کلام محقق در نافع استفاده می‌شود که قبل و بعد وطی فرقی ندارد؛ زیرا ایشان می‌گویند در عیوب حادث بعد از عقد تردید در ثبوت خیار است، جز در عن که در آن تردیدی در ثبوت خیار نیست. بعد می‌گویند: وقتی عن حاصل شد، زن نزد حاکم می‌رود و شکایت می‌کند و حاکم نیز یک سال به مرد مهلت می‌دهد. (علامه حلی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۱۸۷) قمی سبزواری هم که معاصر علامه بوده در کتاب جامع الخلاف قائل به این دیدگاه شده است. (سبزواری، ۱۴۲۱: ۴۵۵)

دسته سوم از فقها بر این باورند که نزدیکی با خود زوجه چه قبل از عن و چه بعد از عن، مسقط خیار می‌باشد؛ اما دخول به غیر زوجه قبل از عن خیار را ساقط نمی‌کند و زوجه حق فسخ دارد. به‌بیان دیگر ایشان معتقدند نزدیکی بعد از حصول عن؛ خواه با زوجه یا غیر زوجه باشد، موجب سقوط خیار

ارائه خواهد شد، به تأثیر قید علم در حکم عن نیز نظر افکنده می‌شود.

فرض نخست که قدر متیقن از مواردی است که زن حق فسخ دارد آن است که عن قبل از عقد وجود داشته؛ ولی زن نسبت به آن جاهل بوده است. در این مورد زن می‌تواند عقد نکاح را بر هم بزند و بدون این‌که نیازی به طلاق باشد، آن را فسخ نماید و این به اجماع مسلمین به استثناء ابوحنیفه می‌باشد، که ایشان قائل به طلاق می‌باشند نه فسخ. (ابن‌قدامه، ۱۳۸۸، ج ۷: ۱۸۴؛ جزیری، ۱۴۱۹، ج ۴: ۲۵۵)

فرض دوم آن است که عن قبل از عقد وجود داشته و زن نیز به آن عالم بوده و با علم به آن، عقد نکاح را منعقد کرده است. در این فرض بر اساس قاعده اقدام، مسلماً خیار فسخی برای زن قابل‌تصور نمی‌باشد.

فرض سوم عن حادث بعد از عقد و قبل از دخول می‌باشد که در این فرض، طبق دیدگاه مشهور فقهای امامیه، خیار ثابت است؛ چرا که روایاتی که در این باب وارد شده<sup>۱</sup> اطلاق دارند و قبل و بعد از عقد، هر دو را شامل می‌شوند. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج ۵: ۱۰۹)

ماده‌ی ۱۱۲۵ قانون مدنی نیز همین دیدگاه را پذیرفته و آورده است: «جنون و عن در مرد هرگاه بعد از عقد هم حادث شود، موجب حق فسخ برای زن خواهد بود.» به‌نظر می‌رسد با توجه به این‌که قانونگذار در این ماده حدوث عن بعد از عقد را به‌طور مطلق آورده و مقید به نزدیکی یا عدم نزدیکی ننموده است، ماده‌ی مذکور این قسم از مسأله و نیز فرضی را که در مبحث بعدی بیان می‌شود را در برمی‌گیرد.

فرض آخر، حدوث عن بعد از عقد و بعد از دخول می‌باشد، که در این فرض نیز دو حالت قابل‌تصور می‌باشد:

۱. نک. حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱، صص ۲۲۹-۲۳۵.



بینه وجود ندارد که در قسم اخیر چنانچه صاحب عیب، اقرار نمود، چون اقرار از امور شبیه به قطعیات و یقینیات می‌باشد که برای قاضی علم حاصل شده و بر اساس آن حکم می‌کند. شهادت بر اقرار، طریق دیگری است که می‌تواند منجر به اثبات این عیوب گردد؛ با این بیان که دو نفر شهادت دهند که صاحب عیب، خودش نزد آنان اقرار به عیب کرده است. چنانچه هیچ‌کدام از طرق ذکر شده میسر نبود، منکر قسم می‌خورد و با قسم او فصل خصومت می‌شود؛ اما اگر منکر قسم نخورد، قسم را به مدعی رد می‌نماید که در این صورت با قسم مدعی عیب ثابت می‌شود.

#### ۴/۱/۱ بینه

در فقه امامیه طرق ذکر شده برای اثبات دعوا که عبارتند از: بینه، اقرار، شهادت بر اقرار و یمین یا یمین مردوده در تمام ابواب قضا مشاهده می‌شود؛ اما پرسشی که در اینجا ضرورت دارد به آن پاسخ داده شود این است که آیا طرق مذکور در ما نحن فیه نیز حاکم می‌باشد؟ و نیز آیا عنن که از عیوب خفیه می‌باشد را می‌توان با بینه ثابت کرد یا شهادت شهود جهت اثبات آن مسموع نمی‌باشد؟

در خصوص این مسأله فقهای امامیه بر یک قول اتفاق نظر نداشته و میان آنان اختلاف دیده می‌شود. دسته‌ای قائل به ثبوت عنن با بینه هستند و گروه دیگری اثبات عنن با شهادت شهود را دارای وجه نمی‌دانند. از این رو مسأله‌ی اشاره‌شده مورد بررسی قرار می‌گیرد تا مشخص گردد که دیدگاه کدام دسته از فقها به صواب می‌باشد.

#### ۴/۱/۱/۱ دیدگاه غیرمسموع بودن شهادت بینه

از آنجایی که عنن از عیوب پنهانی می‌باشد و تنها توسط خود شخص، قابل تشخیص است، در دعوای عنن نمی‌توان مانند دیگر دعوها به تمام طرق ارائه‌شده، جهت اثبات آن تمسک جست؛ از همین رو با توجه به این‌که در دعوای عنن، زن مدعی بیماری

می‌شود؛ ولی چنانچه نزدیکی صورت گیرد و بعد، عنن واقع شود، در این صورت تنها دخول با زوجه مسقط خیار می‌باشد و نزدیکی با غیر زوجه منجر به از بین رفتن حق خیار فسخ برای زن نمی‌شود. کلام ابن‌ادریس حلی در السرائر، قابل‌حمل بر این معنا می‌باشد. (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰: ج ۲، ۶۱۲) به نظر می‌رسد که دو دیدگاه اخیر به حکم عقل نزدیک‌تر بوده و با قواعدی نظیر قاعده «لاضرر» و «لاحرج» بتوان ابقاء خیار برای زن را ثابت نمود.

## ۴ راه‌های اثبات عنن

مباحثی که تا اینجا بیان شد در مقام ثبوت و عیب واقعی بود؛ بدین معنا که چنانچه عیب در واقع باشد حکمش چیست؟ اما در این بخش، بحث در مقام اثبات می‌باشد، یعنی از چه طریقی باید ثابت شود که عیب وجود دارد و شارع و قانونگذار چه راه‌هایی جهت اثبات عیب مزبور ذکر کرده‌اند.

#### ۴/۱ راه‌های اثبات عنن در فقه امامیه

قبل از این‌که طرق اثبات عنن در فقه امامیه مورد بحث قرار گیرد، ذکر نکته‌ای در این خصوص لازم به نظر می‌آید و آن نکته این است که طرق مذکور باید به نحوی باشد که منجر به علم قاضی شود؛ چرا که قاضی باید بر اساس دلایل ارائه‌شده حکم به ثبوت یا عدم ثبوت عنن نماید؛ از این رو راجع به عیوبی که در مورد آن‌ها اقامه دعوا می‌شود، چند حالت قابل‌تصور می‌باشد. گاهی عیبی که در شخص وجود دارد، آشکار است که قاضی با دیدن آن عیب، علم حسی بدان پیدا می‌کند و مطابق آن حکم صادر می‌کند؛ اما در برخی موارد عیوب مخفی و پنهانی هستند که قسمی از عیوب مذکور قابل اقامه‌ی بینه می‌باشد؛ مانند جذام یا برص بر برخی از اعضای زن که قابل مشاهده برای قاضی نمی‌باشد که در این حالت با شهادت زنان می‌توان آن‌ها را به اثبات رساند؛ ولی بر قسم دیگر از عیوب خفیه امکان اقامه

غیر اقرار نمودن زوج، بر عنن، آگاهی یابد و بر آن شهادت دهد و شهادت او نیز مسموع می‌باشد.» (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳: ۳۵۳)

افزون بر این ایشان معتقد است که اگر ایراد گرفته شود که میان زوجه و غیر زوجه تفاوت وجود دارد؛ بدین نحو که زوجه به خاطر همراهی با زوج در ایام مختلف و تکرار احوال متفاوت و تعاضد قرائن می‌تواند بر عنن مطلع شده و بر آن قسم بخورد، پاسخ داده می‌شود که دیگران نیز با تعاضد قرائن به ویژه با آزمایش‌هایی که پزشکان انجام می‌دهند و نشانه‌هایی که برای عنن بیان می‌کنند، امکان اطلاع یافتن بر عنن دارند؛ از این رو دشوار بودن یا متعذر بودن اطلاع یافتن غیر زوجه بر عنن که اصل اشکال بر آن بنا نهاده شده است، از بین می‌رود. (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳: ۳۵۳)

برخی از فقهای معاصر نیز جهت حل مسأله‌ی اثبات مسموعیت بیّنه بر عنن، راه‌حلی ذکر کرده‌اند و بر این باورند که رجوع به اصل بحث در کتاب القضاء، جهت روشن شدن مسأله، دارای ضرورت می‌باشد؛ چرا که شاید احتمال تصحیح نمودن اعتبار بیّنه بر اصل عیب، وجود داشته باشد؛ به این نحو که شهود بعد از شنیدن اقرار زوج بر عنن، می‌تواند علاوه بر شهادت بر اقرار زوج، بر اصل عیب نیز شهادت دهد؛ زیرا اقرار از امور شبیه به یقینات و اطمینان‌آور می‌باشد؛ بر این اساس در بحث مذکور نیز با اقرار زوج که قوی‌ترین و مهم‌ترین دلیل بوده، یقین و اطمینان به وجود عنن در وی حاصل می‌شود؛ چرا که افراد به‌طور معمول، علیه خودشان و به نفع دیگری اقرار نمی‌کنند؛ بنابراین در چنین حالتی شهادت شهود بر اصل عیب، علاوه بر شهادت بر اقرار زوج نیز قابل‌پذیرش می‌باشد و دلایلی نظیر متعذر و دشوار بودن اطلاع شهود بر عنن، نمی‌تواند مانعی در جهت پذیرش بیّنه باشد؛ چرا که بیّنه، مطابق اقرار زوج شهادت داده و شهادت ایشان

قسم هم باید ضمیمه گردد و طرف مقابل قسم بخورد تا ادعای او اثبات شود.

بوده و مرد منکر تلقی می‌شود و وفق قاعده‌ی «البینه علی‌المدعی و الیمین علی من انکر» زن باید مدعی خود را با بیّنه و شهود به اثبات برساند، وگرنه مرد با قسم، دعوی مدعی را رد خواهد کرد، مشهور فقهای امامیه شهادت شهود را برای اثبات عنن قابل‌قبول ندانسته و طرق اثبات آن را محدود به موارد الف) اقرار؛ ب) شهادت بر اقرار زوج؛ ج) علم قاضی ود) قسم<sup>۱</sup> نموده‌اند و در این باره چنین می‌نویسند: «لا یثبت العنن الا بإقرار الزوج أو البیّنة باقراره أو نکوله؛ عنن ثابت نمی‌شود مگر با اقرار زوج یا اقامه بیّنه بر اقرار زوج یا نکول از قسم.» (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۲۶۵؛ علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۳: ۵۳۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸: ۱۳۱ و ۱۳۲)

### ۴،۱،۱،۲ دیدگاه مسموع بودن شهادت بیّنه

در مقابل گروه نخست، عده‌ای از فقها، اقامه‌ی بیّنه از سوی زوجه، جهت اثبات عنن را قابل‌پذیرش می‌دانند.

صاحب تفصیل‌الشرعیه درخصوص اقامه بیّنه برای اثبات عیوب از جمله عنن چنین می‌نویسد: «حق آن است که اقامه بیّنه بر عیوبی که آشکار نبوده و حاکم نمی‌تواند آن‌ها را ببیند صحیح باشد هر چند آن عیب مخفی، عنن باشد. پس چنانچه بیّنه بر ثبوت و وجود آن عیب اقامه شود، موجب اثبات آن عیب می‌گردد.» (لنکرانی، ۱۴۲۱: ۳۹۸) صاحب جواهر در اصل اینکه شهادت شهود بر وجود عنن زوج به دلیل دشوار بودن یا محال بودن اطلاع غیر بر عنن مسموع نباشد، اشکال می‌کند و چنین می‌نویسد: «اینکه گفته شده که یمین زوجه بعد از خودداری زوج از قسم خوردن، یکی از راه‌های اثبات عنن می‌باشد (و می‌دانیم که یمین زوجه، باید جنبه کاشفیت داشته باشد) ممکن دانستن اطلاع غیر بر عنن از طریق بیّنه به غیر از اقرار زوج را ثابت می‌کند. بر این اساس شهود نیز مانند زوجه می‌تواند از راهی

۱. درخصوص قسم برخی صرف نکول را کافی در اثبات عنن دانسته‌اند؛ اما گروه دیگری بر این باورند که علاوه بر نکول، رد



شهادتی می‌باشد و در این خصوص می‌فرمایند: «ضابطه در شهادت، علم قطعی و یقین می‌باشد. پس در جایی که ممکن است علم مستند به حواس ظاهری باشد؛ نظیر دیدن در دیدنی‌ها و شنیدن در شنیدنی‌ها و چشیدن در چشیدنی‌ها و مانند اینها؛ واجب است که شهادت بر اساس علم حاصل از مبادی حواس مذکور باشد یا این که اگر علم قطعی به چیزی- از غیر مبادی حسّی پیدا شود که مفید علم قطعی است مانند این که در دیدنی‌ها از طریق شنیدن- حاصل شده باشد، شهادت جایز نیست یا علم و یقین به هر سببی باشد کفایت می‌کند مانند علمی که از تواتر و شهرت، بدست می‌آید؟ در این حالت دو وجه وجود دارد که اشبه دومی است. (یعنی علم قطعی به هر سببی حاصل شود کفایت می‌کند) البته جواز شهادت در جایی که علم از امور غیر عادی مانند جفر و رمل حاصل شود، مشکل است؛ اگر چه برای خود عالم حجت است.» (خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۴۴۵) بر این اساس می‌توان گفت طبق دیدگاه اخیر هر روشی که از طریق آن برای قاضی علم قطعی پیدا شود که فرد دچار عن است، می‌توان در اثبات عن بدان تمسک جست.

#### ۴،۱،۲ گواهی پزشکی

در فقه علی‌رغم عدم پیشرفت علم پزشکی در عصر فقهای متقدم، برخی از فقها، یکی از طرق تشخیص عن را انجام آزمایش‌های پزشکی تلقی نموده‌اند؛ به عنوان نمونه در کتاب مقنع مشاهده می‌شود که شیخ صدوق روایتی از امام صادق (ع) را ذکر کرده و بر اساس آن فتوا می‌دهد که هنگامی که زن ادعا کرد همسرش عنین است و مرد منکر آن شد، حکم مسأله آن است که مرد در آب سرد بنشیند و اگر آلت او سست شد و انتشار پیدا نکرد، عنین است و اگر منقبض شد، زوج دارای بیماری عنین نمی‌باشد.» (صدوق، ۱۴۱۵: ۳۲۲؛ صدوق، ۱۴۱۳ ج ۳: ۵۵۰) صاحب جامع‌لشرایع نیز با تمسک به روایت مذکور حکم به اثبات عنین از طریق نشستن در آب داده است. (حلی، ۱۴۰۵: ۴۶۳)

پذیرفته می‌شود. (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۲۱: ۶۶۷۳ و ۶۶۷۴)

امام خمینی (ره) در خصوص طرق اثبات عیوب از جمله عن، تمام ادله‌ی اثبات ارائه شده را جاری می‌داند و در این باره چنین می‌نویسد: «یثبت بها العیب حتی العنن علی الأقوی، کما أنه یثبت کل عیب یأقرار صاحبه أو البینه علی إقراره، و کذا یثبت بالیمین المردودة علی المدعی، و لو نکل المنکر عن الیمین و لم یردها ردها الحاکم علی المدعی، فان حلف یثبت به؛ و عیب حتی عن بنابر اقوی با بیّنه ثابت می‌شود، همان‌گونه که هر عیبی با اقرار صاحب عیب یا اقامه‌ی بیّنه بر اقرار وی ثابت می‌شود. همچنین با سوگندی که بر مدعی رد شده ثابت می‌شود و اگر منکر از قسم نکول نماید و آن را رد نکند حاکم آن را بر مدعی رد می‌نماید؛ پس اگر قسم بخورد به وسیله آن ثابت می‌شود. و عیوب باطنی زن‌ها با شهادت چهار زن عادل ثابت می‌شود کما اینکه در نظایر آن‌ها چنین است.» (خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۲۹۴)

نکته‌ای که در اینجا به نظر قابل تأمل می‌باشد این است در خصوص اثبات عن با بیّنه، قید «علی‌الاقوی» آورده شده و بیان داشته شده است: «یثبت بها العیب حتی العنن علی الأقوی» که قید مذکور نشان‌دهنده‌ی اختلاف در مسأله می‌باشد. بر این اساس سؤالی که ممکن است به ذهن متبادر شود این است که با توجه به اختلاف در مورد پذیرش بیّنه و شهادت در اثبات عن مقصود از این فقره چیست؟

در پاسخ به این پرسش به نظر می‌رسد که با توجه به دیدگاهی که حضرت امام (ره) در باب قضا و شهادت دارند، سخن ایشان در اینجا مترتب بر مطلبی خاص می‌باشد؛ چرا که اصل، در شهادت و اقامه‌ی بیّنه «اخبار عن حس» است؛ حسی که مبتنی بر یکی از حواس پنجگانه باشد؛ اما اگر کسی با علائم و قرائنی به مسأله‌ای علم پیدا کرد، آیا می‌تواند بر اساس آن شهادت بدهد یا چنین امکانی برای وی وجود ندارد؟ ایشان قائل به پذیرش چنین

پوست یا بخشی از بدن، کاهش توان حرکتی، کندی سرعت حرکت و مشابه آن‌ها را در پی داشته باشد.<sup>۱</sup>

صاحب‌جواهر در توجیه دیدگاه فقهای که با استناد به این روایت فتوی داده‌اند، بیان می‌دارد: چنانچه علائمی که در دو روایت مذکور آمده است مورد استفادۀ قرار گیرد و زن نیز ادعای عنن زوج را داشته باشد و به این علائم، قرائن و امارات دیگر نیز اضافه گردد، از مجموع آن‌ها می‌توان قطع بر عنن حاصل نمود (هرچند مرد به عنن اقرار نکرده باشد). (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳: ۳۵۳ و ۳۵۴)

بنابراین مقصود از نقل این روایات و فتوا دادن بر اساس مضمون آن‌ها، ضمیمه کردن علائم ذکر شده با سایر قرائن، جهت حصول یقین می‌باشد؛ از این‌رو تمسک به این روایات و فتوی‌دادن بر اساس آن‌ها، ابداع روش جدیدی برای اثبات عنن نیست بلکه، با مجموع این قرائن یقین حاصل می‌شود و در حجیت یقین نیز اختلافی وجود ندارد.

به نظر می‌رسد توجیهی که مرحوم صاحب‌جواهر بیان نموده‌اند، توجیه صحیحی نمی‌باشد؛ چرا که فقهای که روایات را نقل کرده و بر اساس مضمون آن حکم و فتوا داده‌اند، اماریت مستقل برای آن علائم قائل بوده‌اند، همانگونه که عبارت آنان صراحت بر این موضوع دارد و نیز به دلیل فقدان قرینه بر تقیید و ضمیمه شدن قرائن دیگر برای افاده‌ی قطع، نمی‌توان کلام ایشان را بر تقیید حمل نمود. (شیرازی، ۱۴۱۹، ج ۲۱: ۶۶۷۶) به‌واقع ایشان بر این باور بودند که چنانچه به وسیله‌ی طرق اثبات عنن مانند اقرار، شهادت بر اقرار و سوگند نتوان عنن را اثبات کرد، می‌توان از طریق آزمایش‌های مذکور به عنین بودن شخص علم پیدا نمود.

طریق دیگری که شیخ صدوق بر اساس روایاتی از امام صادق (ع) برای اثبات عنن ذکر می‌کند، سه روز ماهی تازه خوردن است. در روایت چنین آمده است: « أَنَّهُ يُطَعَّمُ السَّمَكَ الطَّرِيَّ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ثُمَّ يُقَالُ لَهُ بُلْ عَلَى الرَّمَادِ فَإِنْ ثَقَبَ بَوْلُهُ الرَّمَادَ فَلَيْسَ بِعَنِينٍ وَإِنْ لَمْ يَثْقُبْ بَوْلُهُ الرَّمَادَ فَهُوَ عَنِينٌ؛ تا سه روز به او ماهی تازه بخوراند، سپس بگویند بر خاکستر بول کن چنانچه بولش خاکستر را سوراخ کند سالم است و اگر نه عنین است.» (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳: ۵۵۰)

با اشاره به برخی روایاتی که درخصوص خوردن ماهی و کراهت داشتن زیاده‌روی در خوردن ماهی بیان شده‌اند؛ نظیر روایتی از امام باقر (ع) یا امام صادق (ع) که حضرت فرمودند: « السَّمَكُ يُذِيبُ الْجَسَدَ؛ خوردن ماهی تازه، گوشت بدن را ذوب می‌کند.» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۵، ص ۷۷) یا در روایتی دیگری از امیرالمؤمنین نقل شده است که: «لَا تُدْمِنُوا أَكْلَ السَّمَكِ فَإِنَّهُ يُذِيبُ الْجَسَدَ؛ از خوردن ماهی به طور مداوم خودداری کنید، چون گوشت بدن را ذوب و بدن را سست و ضعیف می‌کند.» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۵، ص ۷۷) همچنین در برخی از احادیث، یکی از عوارض مصرف ماهی به تنهایی (بدون مُصلِح)، مستعد شدن بدن برای فلج ذکر شده است. به عنوان نمونه در روایتی از امام صادق (ع) آمده است: «هر کس شب ماهی بخورد و به دنبال آن چند دانه خرما یا مقداری عسل نخورد و بخوابد، تا صبح، رگ سست‌اندازی بر او غلبه خواهد کرد.» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۳۲۳) می‌توان چنین گفت از آنجایی که مزاج مغز و نخاع سرد و تر است، اگر فرد مداومت بر خوردن يك غذای سرد مثل ماهی کند یا آن را در شب و یا در فصول سرد، بدون مُصلِح بخورد، ممکن است میزان سردی مغز و اعصاب بیش از حد افزایش پیدا کرده، منجر به اختلال عملکرد آن‌ها مثلاً کاهش تولید و جریان عصبی شود؛ چرا که سردی همواره با سکون و توقف همراه می‌باشد و در نتیجه، اختلال حس و حرکت یا علائمی نظیر بی‌حسی

1. <https://mirghazanfari.ir/fish-health-benefits/>



## ۴٫۲ طرق اثبات عنن در فقه اهل سنت

فقه‌های عامه نیز برای اثبات عنن راه‌هایی را ذکر کرده‌اند که در ادامه به تبیین و بررسی آن‌ها پرداخته می‌شود.

از نظر فقه شافعی برای اثبات عنن وجود دو شرط لازم و ضروری می‌باشد: شرط نخست آن است که زوج کودک یا دیوانه نباشد؛ زیرا دعوای عنن نسبت به کودک و مجنون پذیرفته نیست و از آنجایی که عنن از طرقي مانند اقرار زوج یا نکول سوگند قابل اثبات می‌باشد، این امور در خصوص کودک و دیوانه متصور نمی‌باشد.

شرط دوم آن است که عنن بعد از نزدیکی عارض نشده باشد؛ چرا که به دلیل امکان از بین رفتن عیب، برای زن حق فسخ وجود ندارد. (شربینی، ۱۹۹۵، ج ۳: ۳۵)

از این‌رو بر اساس شرط اول راه‌های اثبات عنن از دیدگاه شافعی، اقرار زوج و نکول از سوگند بعد از رد یمین به او می‌باشد. (نووی، بی‌تا، ج ۱۶: ۲۸۰؛ عمرانی، ۱۴۲۱، ج ۹: ۳۰۴)

از دیدگاه فقه‌های حنفیه، ناتوانی جنسی مرد با اقرار زوج نزد قاضی یا اقرار نزد بیته‌ای که به آن عیب شهادت دهند و نیز اقامه‌ی بیته از جانب زن ثابت می‌شود و راجع به بیته، ایشان معتقدند چنانچه بیته از اهل خبره و ثقه باشد، باید بر اساس آن بیته عمل شود؛ بدین معنا که اگر پزشک ثقه و آگاه و ماهری تشخیص دهد که زوج دارای ناتوانی جنسی است، قول او به عنوان بیته مورد پذیرش قرار می‌گیرد؛ حتی اگر زن ادعا کند که مرد عنین است امکان این که در این موضوع حکم صحیحی داده شود، وجود ندارد؛ مگر این که پزشکی که به این عیب آگاه است بدان شهادت دهد. (جزیری، ۱۴۱۹، ج ۴: ۲۵۵)

برخی از حنابله، عنن را با اقرار زوج و شهادت دو شاهد عادل بر اقرار وی، قابل اثبات دانسته‌اند. (شنقیطی بی‌تا ج ۲۷۸: ۴) ایشان معتقدند چنانچه زن نزد قاضی شکایت برد که شوهر او عنین است و

مرد منکر این امر شود، زن تنها می‌تواند با تمسک به دو شاهد عادل که اقرار زوج را شنیده‌اند، عنن را ثابت کند. (شنقیطی بی‌تا ج ۲۷۸: ۴) به‌واقع این دسته از فقه‌های حنبلی برخلاف شافعیه و حنفیه طریقتی برای سوگند جهت اثبات عنن قائل نشده‌اند.

گروه دیگری از فقه‌های حنبلی معتقدند که راه‌های ثبوت عنن عبارتند از: (۱) اقرار؛ (۲) شهادت بر اقرار؛ (۳) نکول زوج از سوگند؛ (۴) شهادت اهل خبره و ثقه که زن به عنوان مدعی و طبق قاعده‌ی «البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر»، در دعوای اثبات عنن می‌تواند از شهادت این افراد استفاده نماید. (بهوتی بی‌تا ج ۵: ۱۰۶)

مالک بن انس در کتاب المدونه راجع به اثبات عنن آورده است: چنانچه زن ادعا کند که شوهرش قادر بر آمیزش نیست و مرد خلاف آن را بیان کند، مرد قسم می‌خورد و چیز دیگری بر عهده او نیست؛ اما اگر مرد از قسم خوردن خودداری کند، زن قسم می‌خورد و آن دو از یکدیگر جدا می‌شوند. (مالک بن انس، ۱۴۱۵، ج ۲: ۱۸۵ و ۱۸۶) بنابراین اکثر فقه‌های اهل سنت، یکی از طرق اثبات عنن را شهادت شهود دانسته‌اند که این شهادت از طریق اهل خبره و ثقه که می‌تواند با آزمایشاتی به عنن بودن مرد پی ببرد، حاصل می‌شود.

## ۴٫۳ طرق اثبات عنن در قانون ایران

علی‌رغم این که قانونگذار در خصوص راه‌های اثبات عنن به‌طور خاص، ساکت می‌باشد؛ اما از آنجایی که در قانون مدنی ادله‌ی اثبات دعوا، مطابق ماده‌ی ۱۲۵۸ عبارتند از: (۱) اقرار؛ (۲) اسناد کتبی؛ (۳) شهادت؛ (۴) امارات؛ (۵) سوگند، به نظر می‌رسد، می‌توان با تمسک به برخی از ادله‌ی از جمله اقرار، شهادت و امارات به اثبات عنن پرداخت.

طبق ماده‌ی ۱۲۵۹ قانون مدنی، اقرار عبارت است از اخبار به حق غیر به ضرر خود. راجع به اقرار اگر فرد، اقرار به وجود چنین عیبی در خود نماید، چنانچه

درخصوص اثبات بیماری عنن و ناتوانی جنسی مردان امروزه با پیشرفت‌های گسترده و چشمگیری که در علم پزشکی به ویژه بخش ارولوژی صورت گرفته است، بیماری مذکور با استفاده از برخی آزمایشات، به آسانی قابل تشخیص می‌باشد که برخی از این آزمایش‌ها عبارتند از: (۱) آزمایش حالت نعوظ شبانه یا (N.P.T؛ ۲) آزمایش روان‌سنجی؛ (۳) اندازه‌گیری فشار خون آلت؛ رادیوگرافی با تزریق ماده حاجب از شریان‌های آلت یا آرتیوگرافی که ناهنجاری‌های عروق شریانی آلت را نشان می‌دهد؛ سونوگرافی داپلر، (۷) تست‌های عصبی؛ (۸) رادیوگرافی با ماده حاجب از اجسام غازی آلت. (اسمیت، ۱۹۰۹: ۱۸۷ و ۱۸۸؛ نک. حاتمی و داورزنی، ۱۳۹۲: ۱۳۸) اثبات عنن از طریق آزمایش‌های اشاره‌شده، قطعی می‌باشد؛ از این‌رو می‌توان گفت که محکم‌ترین و مهم‌ترین دلیل در اثبات ناتوانی جنسی مردان، اظهارات ارائه‌شده از سوی کارشناسان پزشکی قانونی است که براساس این آزمایش‌ها به تشخیص این بیماری پرداخته‌اند.

بر همین اساس در دادنامه‌ای به شماره ۰۰۰۲۱۰۳-۹۱/۱۲/۲۶ که در پی تجدیدنظر خواهی از حکم بدوی صورت گرفته است، دادگاه تجدید نظر، نظر پزشکی قانونی مبنی بر عدم احراز عنن در زوج را، دلیلی بر عدم وجود عنن دانسته و حکم بدوی دادگاه را نقض و حکم به بی‌حقی خواهان برای فسخ نکاح صادر نموده است.

علاوه بر این در رأی دیگری که از شعبه‌ی دیوان عالی کشور صادر شده، گواهی پزشکی قانونی مبنای حکم قرار گرفته و چنین بیان شده است: «فرجام خواهی خانم س.ب. با وکالت خانم م.الف. نسبت به دادنامه شماره ۹۲-۱۵۲۲ مورخ ۹۲/۸/۸ شعبه ۶۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران که به موجب آن ضمن نقض دادنامه بدوی در مورد دعوی فرجام خواه به خواسته صدور حکم بر فسخ نکاح به علت ناتوانی جنسی زوج فرجام خوانده حکم به ردّ دعوی ایشان صادر گردیده است وارد و موجه نمی‌باشد زیرا مرکز پزشکی قانونی منطقه غرب تهران طی شماره

برای قاضی علم به خلاف آن ایجاد نشده باشد، می‌تواند براساس آن، حکم به وجود عنن نماید.

در خصوص شهادت نیز همان‌گونه که در مباحث فقهی مطرح شد، می‌توان با تمسک به آن در مواقعی که شهادت از روی حس و یقین باشد، به اثبات عنن پرداخت. اما امارات یکی از ادله‌ای هستند که به نظر می‌رسد تمسک جستن به آن در اثبات عنن، دارای وجهت بیشتری می‌باشد و یکی از اماراتی که در محاکم قضایی با استناد به آن، آرای در رد یا اثبات بیماری عنن صادر شده است، گواهی و نظریه پزشکی قانونی می‌باشد.

از سیاق برخی مواد قانونی می‌توان استنباط نمود، در مواردی که رجوع به کارشناس و کسب نظر وی در امری ضرورت داشته باشد، ارجاع به کارشناس الزامی می‌باشد؛ به عنوان نمونه در ماده‌ی ۲۵۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی چنین آمده است: «دادگاه می‌تواند رسماً یا به درخواست هریک از اصحاب دعوا قرار ارجاع امر به کارشناس را صادر نماید. در قرار دادگاه، موضوعی که نظر کارشناس نسبت به آن لازم است و نیز مدتی که کارشناس باید اظهار عقیده کند، تعیین می‌گردد.» ماده ۲۵۸ قانون مذکور نیز درخصوص وثاقت و متخصص بودن کارشناس در موضوع مورد کارشناسی مقرر می‌دارد: «دادگاه باید کارشناس مورد وثوق را از بین کسانی که دارای صلاحیت در رشته مربوط به موضوع است انتخاب نماید ....»

وفق ماده‌ی ۲۵۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی هر چند دادگاه در ارجاع امر به کارشناس دارای اختیار می‌باشد و تکلیفی در این زمینه متوجه او نیست؛ اما به نظر می‌رسد در اموری که ارجاع آن به کارشناس ضرورت دارد، اختیاری بودن آن معقول و منطقی نمی‌باشد؛ چرا که امروزه آزمایش‌های پزشکی قانونی برای اثبات بسیاری از مسائل و بیماری‌ها از قطعیت برخوردار بوده و آزمایش‌های مذکور بیش از سایر طرق اثبات دعوا می‌تواند منجر به علم قاضی گردد.



و بررسی و ارزیابی این ادله به عهده‌ی دادگاه است، به جز مواردی که قانون اسباب معینی را برای اثبات آن‌ها مشخص نموده است.»

وفق مواد فوق چند نکته قابل تأمل می‌باشد:

اول اینکه عنن و ناتوانی جنسی زوج در حقوق عراق یکی از مواردی است که برای زن حق طلاق ایجاد می‌کند و در صورت وجود چنین بیماری در مرد، زن تنها از طریق طلاق می‌تواند، اقدام به جدایی از شوهر خود نماید، نه از طریق فسخ نکاح.

نکته دوم اینکه تنها در صورت غیر قابل علاج بودن این بیماری، زن حق طلاق خواهد داشت؛ اما اگر عنن قابل درمان باشد، حق طلاق برای زن در نظر گرفته نشده است.

اما نکته سوم این است که با توجه به این فراز از ماده‌ی ۴۴ قانون احوال شخصیه عراق که بیان می‌دارد: « به جز مواردی که قانون اسباب معینی را برای اثبات آن‌ها مشخص نموده است.» و همچنین با عنایت به اینکه در ماده‌ی ۴۳ این قانون که اثبات غیرقابل علاج بودن عنن از سوی کمیسیون پزشکی، را به عنوان تنها راه اثبات این بیماری در نظر گرفته است، باید گفت که اثبات عنن در حقوق عراق تنها با نظریه کمیسیون پزشکی قابل اثبات است. به بیان دیگر با تلفیق مواد فوق می‌توان چنین گفت که: « اسباب جدایی و طلاق را می‌توان با تمام ادله‌ی اثباتی از جمله شهادت، ثابت کرد و ارزیابی آن‌ها با دادگاه است به استثنای موارد ابتلای زوج به عنن یا بیماری که او را از انجام وظایف زناشویی ناتوان می‌کند که باید با گزارش کمیسیون پزشکی ثابت شود.»

## ۵ بررسی تعارض ادله‌ی اثبات عنن

مسأله‌ی بسیار مهمی که در بحث طرق اثبات عنن، ضروری است که مورد تأمل واقع شود، بحث تعارض میان گواهی پزشکی قانونی با سایر طرق اثبات عنن می‌باشد؛ به عبارت دیگر چنانچه زوج به پزشکی قانونی مراجعه نماید و نتیجه حاصل از آزمایش‌های

۱۵۲۱۹/م/۱/۴ مورخ ۹۲/۷/۲۰ پس از معاینه زوج فرجام خوانده صریحاً اعلام نموده که نامبرده در حال حاضر عنن ندارد... بنابراین ادعای فرجام خواه در مورد عنین بودن زوج و ناتوانی جنسی وی متکی به ادله اثباتی نبوده از این رو دادنامه فرجام خواسته با توجه به استدلال منعکس در آن موجهاً و منطبق با دلایل موجود در پرونده و مآلاً منطبق بر موازین قانونی اصدار یافته... فلذا ضمن ردّ فرجام‌خواهی فرجام خواه مستنداً به ماده ۳۷۰ قانون آیین دادرسی مدنی دادنامه فرجام خواسته ابرام می‌گردد.

## ۴٫۴ طرق اثبات عنن در قانون عراق

در حقوق عراق، فصل دوم قانون احوال شخصیه این کشور به بحث جدایی زن از شوهر اختصاص داده شده است. در ماده‌ی ۴۳ قانون مذکور به‌طور خاص به دلایل و مواردی که زن می‌تواند براساس آن‌ها درخواست طلاق نماید، اشاره گردیده و در بند چهارم این قانون چنین بیان داشته شده است: «هرگاه زن، همسرش را عنین یا مبتلا به بیماری بیابد که مانع از انجام وظایف زناشویی باشد، خواه به دلیل جسمی یا روحی باشد یا هرگاه بعد از دخول، مبتلا به چنین بیماری‌هایی گردد و بنا بر گزارش کمیسیون پزشکی رسمی ویژه، غیر قابل‌علاج بودن آن اثبات گردد و هرگاه دادگاه علت را روحی تشخیص دهد برای جدایی، یک سال زمان می‌دهد مشروط بر این‌که در این مدت قادر به انجام وظایف زناشویی گردد.»

به‌طور کلی مطابق قانون اثبات در حقوق عراق، ادله‌ی اثبات دعوا به شرح ذیل می‌باشد: (۱) مدارک کتبی؛ (۲) اقرار؛ (۳) استجواب؛ (۴) شهادت؛ (۵) قرائن و احکام معتبر؛ (۶) سوگند؛ (۷) معاینه؛ (۸) خبره. در خصوص راه‌های اثبات اسباب طلاق در ماده‌ی ۴۴ قانون احوال شخصیه عراق چنین آمده است: « اثبات اسباب طلاق با کلیه‌ی ادله‌ی اثبات، از جمله شهادت‌های دریافتی در جلسه دادگاه، جایز می‌باشد



۱۳۸۵، ص ۹) به همین دلیل است که ماده‌ی ۱۲۷۶ قانون مدنی بیان می‌دارد: «اگر کذب اقرار نزد حاکم ثابت شود آن اقرار اثری نخواهد داشت.»

براین اساس می‌توان گفت که شهادت و اقرار در اغلب موارد نمی‌تواند مفید علم و قطع باشد بلکه، موجب ظن به مشهود به یا مقربه می‌شود؛ در حالی که امروزه آزمایش‌هایی که بر اساس آن به تشخیص عنن پرداخته می‌شود، از چنان قطعیتی برخوردار هستند که در اکثر موارد می‌تواند موجب علم و یقین قطعی به وجود چنین بیماری در شخص می‌باشد و شاید به همین دلیل است که رویه محاکم این‌گونه است که در پرونده‌های مربوط به اثبات عنن، فرد را جهت تشخیص بیماری به کارشناسان پزشکی قانونی ارجاع می‌دهند؛ چرا که امکان علم پیدا کردن به عنن بودن یا نبودن شخص از طریق آزمایش‌های فوق قطعی می‌باشد. در نتیجه در فرض تعارض میان گواهی پزشکی قانونی و اقرار و شهادت، از آنجایی که گواهی‌های مذکور مفید علم هستند و از طرفی اقرار و شهادت موجب ظن است و ظن تاب معارضه و مقابله با علم را ندارد، مهم‌ترین دلیل در اثبات دعوای عنن، اظهار نظر و گواهی پزشکی قانونی می‌باشد.

چنانچه گفته شود که شهادت و اقرار نیز موجب حصول قطع می‌گردد و مفید علم می‌باشد و به همین خاطر ممکن است بتواند گواهی‌های پزشکی قانونی را از درجه‌ی اعتبار ساقط نماید، باید به این نکته توجه داشت که علم حاصل از شهادت و اقرار، علم نوعی است در حالی که علم حاصل از گواهی پزشکی قانونی، علم شخصی می‌باشد؛<sup>۱</sup> چرا که علم شخصی، علم در خصوص مورد خاص بوده که قاضی، به بررسی حقیقت راجع به آن پرداخته (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۴، ص ۲۶۳۱) و مستقیماً به آن علم پیدا کرده است. طبیعی است که در تعارض میان

پزشکی با اقرار یا شهادت شهود در تعارض باشد، کدام‌یک به عنوان دلیل، می‌تواند مبنای حکم دادگاه قرار گیرد؟

در پاسخ به پرسش مطرح شده می‌توان گفت همان‌گونه که در مباحث فقهی بیان گردید چنانچه شهادت شهود از روی حس و قطع و یقین باشد و موجب علم قاضی گردد، می‌توان در اثبات عنن بدان تمسک جست؛ اما از آنجایی که در حقوق ایران، قانونگذار معتقد به طریقت داشتن شهادت شهود بوده و به موجب ماده‌ی ۲۴۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، تشخیص ارزش و تأثیر گواهی به نظر دادگاه محول شده است و همچنین در مقام تأیید این نظر، ماده‌ی ۱۷۱ از قانون آیین دادرسی در امور کیفری نیز مقرر نموده است: چنانچه دادگاه شهود معرفی شده را واجد شرایط قانونی تشخیص دهد شهادت آنان را می‌پذیرد و الا رد می‌کند، دامنه و اعتبار شهادت محدود شده است.

در خصوص اقرار با توجه به تعریفی که در ماده‌ی ۱۲۵۹ قانون مدنی، از اقرار ارائه شده است و نیز مطابق ماده‌ی ۲۰۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی که اشعار می‌دارد: «هرگاه کسی اقرار به امری نماید که دلیل ذی حق بودن طرف او باشد، دلیل دیگری برای ثبوت آن لازم نیست.» در بادی امر به نظر می‌آید که اقرار از همه دلایل محکم‌تر و مؤثرتر است که قابلیت رفع هر گونه شک و شبهه‌ای را دارا می‌باشد و قاضی محکمه در هر حال مکلف به صدور رأی طبق مفاد اقرار است؛ اما با دقت نظر در شرایط اقرار و ماهیت آن مشخص می‌گردد که اقرار نیز مانند سایر ادله دارای اعتبار مطلق نبوده و قابل خدشه می‌باشد؛ چرا که اقرار نوعی اخبار است نه انشاء و مانند هر خبری احتمال صدق و کذب در آن وجود دارد. (توکلی،

قاضی، علم شخصی است که باید به فهم حقیقت در پرونده قضایی بپردازد. در برابر این علم، علم نوعی قرار دارد، که دارای جنبه‌ی شخصی نمی‌باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۴، ص ۲۶۳۱)

۱. برخی از حقوقدانان در خصوص علم شخصی و نوعی چنین بیان داشته‌اند که علم شخصی، علم در خصوص مورد است که در بسیاری از موارد به آن، معرفت گفته می‌شود. عرفان هم از معرفت به همین معنا می‌باشد که علم به خداوند است. علم



سنت بر این باورند، چنانچه شخصی از راهی که موجب علم و قطع می‌شود به ناتوانی جنسی زوج پی ببرد، استماع شهادت او در اثبات عنن جایز می‌باشد شود؛ زیرا با توجه پیشرفت‌هایی که در علم پزشکی صورت گرفته است می‌توان از طریق برخی آزمایش‌های پزشکی- که قطع و یقین به همراه دارند - به اثبات عنن پرداخت و بدین صورت گواهی و آزمایشات مذکور را در زمره‌ی اماراتی جای داد که طبق ماده ۱۲۸۵ قانون مدنی به عنوان یکی از طرق اثبات دعوا در نظر گرفته شده‌اند و از آنجایی که امارات کاشفیت از واقع دارند و مطابق ماده‌ی ۱۳۲۳ قانون مدنی که بیان می‌دارد: «امارات قانونی در کلیه‌ی دعاوی، اگرچه دعاوی باشد که به شهادت شهود قابل اثبات نیست معتبر است مگر آنکه دلیل بر خلاف آن موجود باشد.» و نیز طبق ماده‌ی ۱۳۲۱ و ۱۳۲۴ قانون مدنی، می‌توانند منجر به علم قاضی گردند، بسیاری از مسائل و چالش‌هایی که امروزه در خصوص اثبات این بیماری وجود دارد را حل نمود. همان‌گونه که قوانین کشور عراق با پذیرش چنین گواهی‌هایی در جهت اثبات عنن گامی مثبت برداشته است.

علم شخصی و نوعی، به این دلیل که علم شخصی قوی‌تر است، تقدم و رجحان با علم شخصی می‌باشد.

## ۶ نتیجه‌گیری

بیماری عنن به دلیل اینکه از بیماری‌ها و عیوب مخفی می‌باشد، دارای احکام ویژه‌ای بوده و جهت اثبات آن نمی‌توان به ادله‌ای که در اثبات دعوا در فقه اسلامی، قوانین موضوعه ایران و عراق، مطرح شده‌اند، تمسک جست. در فقه اسلامی برخی از فقها معتقدند که دلایل اثبات دعوا به‌طور کلی در عنن کاربرد ندارد و در اثبات آن نمی‌توان بینه اقامه نمود؛ چرا که عنن، عیبی است که تنها از سوی خود شخص و زوجه‌ی او قابل تشخیص می‌باشد؛ اما. در حقوق ایران، به‌طور خاص، ادله‌ای جهت اثبات عیب عنن بیان نشده است؛ اما می‌توان براساس برخی از ادله‌ای نظیر شهادت و اقرار که در اثبات دعوا به‌کار می‌روند، به اثبات این بیماری پرداخت؛ علاوه‌بر این به نظر می‌رسد که بتوان راه‌های دیگری مانند گواهی پزشکی قانونی را به طرق اثبات عنن اضافه نمود که از طریق آنان علم قطعی برای قاضی حاصل در مقابل گروهی دیگری از فقهای امامیه و اهل

## References

- Allamah Helli, H, (1992), Mokhtalef al-Shia fi Ahkam al-Shariah, Qom, corrected and conducted by the research department of Islamic Publications. (in Arabic )
- Allamah Helli, H, (1999), Tahrir al-Ahkam, Qom, Institute of Imam Sadeq. (in Arabic)
- Aradmehr, M, senobari, M, (2020) "Effect of Medicinal plant of roses on sexual dysfunction of female and male subjects: A systematic review of clinical trials". jms; 7 (4) :80-92. (In Persian)
- Bohuti al-Hanbali, Mansur bin Yunus, Kashaf al-Qanaa, Beirut, Dar al-Kutub Al-Elmiyah. (In Arabic)
- Fayyumi, A, Al-Misbah Al-Munir Fi Gharib Al-Sharh Al-Kabir Lil-Imam Al-Rifa'i. Qom, Manshorat dar al razi. (In Arabic)
- Hatami. S, Davarzani. H, (2014), " Ways of men's Sexual impotency proof and it Jurisprudence and legal study", Medical Fiqh, Vol. 5 No. 17, Page 133-161. (In Persian)
- Helli, Y,(1984), Al-Jami Lal-Shar'aea, Qom, Seyed Al-Shohada Institute, (In Arabic)
- Hurr al-'Amili, M. (1989). Wasa'il al-Shi'a, Qom, aalulbayt Institute Publishing. (In Arabic)
- Ibn manzoor, M, ( 1993), Lisan al Arab, Beirut, Dar Al-Fikr. (In Arabic)
- Ibn Qudamah, A. (1968). Al-Mughni li Ibnu Qudamah, Cairo, Maktabt Al-Kaherah Publishing. (In Arabic)
- Imam Khomeini, R. Tahrir ol vasile, Qom, Daarolelm Institute Publishing. (In Arabic)
- Imrani, Y. (2000).al-Bayan fi Madhab al-Imam al-Shafi'i, Beirut, Dar Al-Minhaj Publishing. (In Arabic)
- Jafari Langroudi, M, (1999), Mabsoot: dictionary terms of law, Tehran, Ganj Danesh Library. (In Persian)
- Jaziri, M, (1998),Al-Fiqh 'Ala al-Madhahib al-Arba'ah va mazhab ahlolbayt, Beirut, Dar al-saghalein. (In Arabic)
- Koleini ,M. (2008), Al-Kafi, Darol-hadis Publishing, (In Arabic).
- Lankarani, M, (2000), Tafsil al-Shariah fi Sharh Tahrir al-Wasilah, Qom: Jurisprudential Center of the pure Imams. (in Arabic)
- Madani, Mālik bin Anas,( 1994), Al-Mudawwana, Beirut, Dar Al-Kutub Al-Elmiya. (In Arabic)
- Melkari, B, Farahbakhsh, K.,Farrokhi, N &Motamedi, A (2019), "Qualitative investigateon for the diagnosis of sexual dysfunction disorders and its effect on family function in Sardasht chemical bombardment injured", Family Counseling and Psychotherapy, 2, 1- 24. (In Persian)
- Mohaghegh Damad, M. Jurisprudential study of family law: marriage and its dissolution, Qom. (In Arabic)
- Mohaghegh Helli, J, (1998). Al-Mokhtasar al-Nafee fi Fiqh al-Emamieh. 6th Qom: Mosasat al-Matbouat al-Dini, (In Arabic)
- Mohaghegh Helli, J.(1988). Shara'e al-Islam, Qom, Esmaeilian institute Publishing. (In Arabic)



- Mohaghegh Karki,(1994). Jame Al-maghased fi sharh Al-ghavaed, Qom, Aal Al- beyt institute, Publishing. (In Arabic)
- Najafi, M.(1983). Jawahar Al-Kalam, Beirut, Dar Ihyaa Al-Tarath Al-Arabi Publishing. (In Arabic)
- Nawawi, M. Al- Majmoo' Sharh Al-Muhadhab, Dar al-Fikr Publishing. (In Arabic)
- Ramli, M. (1984). Nahayat ol-Mohtaj ela Sharh al Menhaj , Beirut, Darolfekr Publishing. (In Arabic)
- Sabzewari, A,(1992), Muhazab al-Ahkam,Qom, Al-Manar Institute. (In Arabic)
- Sabzewari, A,(2000), Jami' al-Khilāf wa al-Wafaq, Qom, zamynehsazan zohoore Imam asr.(In Arabic)
- Saduq, M, (1994), Al-Muqni', Qom, Imam Hadi institution Publishing. (In Arabic)
- Saduq, M. (1993). Man la yahduruh al-faqih, Qom, Society of Seminary Teachers of Qom is an independent seminary institution Publishing. (In Arabic)
- Shahid Thani, Z. (1993). Masalak al-Afham fi Sharh (Ili Tanqih) Sharia al-Islam, Al-Maaref Ol-Islamiyah Institute Publishing. (In Arabic)
- Shanqeeti, M, Sharhe Zad Al-Mustaqni, audio lessons transcribed by the Islamic Web site <http://www.islamweb.net>. (In Arabic)
- Sharbini, M, (1995), Mughni al-Muhtaaj ila Ma'rifati Ma'ani Alfaadh al-quran, Beirut, Darolfekr Publishing. (In Arabic)
- Shobiri Zanjani, M. (1998).Ketab e-Nikah, Qom, Raaypardaz Institute Publishing. (In Persian)
- Taheri, H. Civil Law, Qom, Islamic Publishing Corporation affiliated with the Teachers' Group in Qom Publishing. (In Persian)
- Tarihi F. (1995), Majma AL-bahrain. Tehran: Ketabforooshi mortazavi; Vol. 6, p.275. (in Arabic)
- The law of the Civil Procedure for Public and Revolutionary Courts in Civil Affairs
- Iranian civil code
- Iraq Law of Evidence
- Iraqi Personal Status Law

Original Article

# The Role of Transitional Justice in Reconstruction of Relations between Parties in the Peacebuilding Process in War-Torn Societies after Civil Conflict, Riots, and Protests Leading to Violence

Narges Sadat Hosseini<sup>\*1</sup> , Seyyedeh Latifeh Hosseini<sup>2</sup>

<sup>1</sup> PhD in International Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran.

<sup>2</sup> Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Social and Economic Sciences, Al-Zahra University, Tehran, Iran.



[20.1001.1.24237566.1402.7.2.5.1](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24572.1434)



[10.22080/lps.2023.24572.1434](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24572.1434)

**Received:**

November 20, 2022

**Accepted:**

March 5, 2023

**Available online:**

August 18, 2023

**Keywords:**

Reconstruction of relations, War-torn societies, Peacebuilding, Transitional justice, Internal conflict.

## Abstract

Reconstruction of post-conflict relations in a post-conflict country is at the core of addressing the issue of peacebuilding and transitional justice as a means of establishing peace and preventing the recurrence of conflict in such societies. The main questions of the discussion are whether it is possible to create trust in fragmented and war-torn societies and how the reconstruction of relations between the involved parties achieved in the post-conflict period is. The current research is based on the opinion that the reconstruction of relations between the parties in the post-conflict period in war-torn societies through transitional justice tools can help consolidate peace and prevent the return of conflict. Transitional justice processes are among the influential factors that play a role in the peacebuilding process, especially in its communication dimension. The present research seeks to explain an integrated approach to the transitional justice process; an approach that involves rebuilding relationships through the elements and mechanisms of transitional justice, such as justice, truth-telling, acknowledgment, apology, forgiveness, and the like. Utilization of library data and international documents and procedures in the form of descriptive-analytical research has helped this study to prove this approach.

\*Corresponding Author: Narges Sadat Hosseini

Address: PhD in International Law, Faculty of Law,  
University of Qom, Qom, Iran.

Email: [nargueshosseini@gmail.com](mailto:nargueshosseini@gmail.com)



## Extended Abstract

### 1. Introduction

Rebuilding the relations between the parties in the post-conflict era in a war-torn country is the main core in addressing the issue of peacemaking and transitional justice as a tool to establish peace and prevent the return of conflict in such societies. Regarding the role of transitional justice in rebuilding relationships, different approaches have been proposed. This study sought a more integrated approach to the transitional justice process; an approach that involves rebuilding relationships and is achieved through transitional justice mechanisms such as seeking justice, telling the truth, acknowledging, apologizing, and forgiving. The following lines are intended to comment on the role of transitional justice in the reconstruction of relations in the peacebuilding process in the post-conflict period.

### 2. Methods

According to the discussed topic, the current research is descriptive-analytical and was conducted through the library method.

### 3. Results

The findings of the current study show that the reconstruction of relations between the parties in the post-conflict era in war-torn societies through the tools of transitional justice can help consolidate peace and prevent the return of conflict, and these tools should be used together to be considered in post-conflict situations in war-torn societies. In this regard, what was paid attention to was the effective communication between the conflicting

parties and former enemies, which is one of the basic elements of peacebuilding in its communication dimension. Therefore, effective communication requires the creation of a safe environment that can change perceptions and attitudes, help establish trust and ultimately honest and non-defensive communication, and increase empathy.

### 4. Conclusion

Investigating the role of transitional justice in the reconstruction of relations between the parties in the process of peacebuilding in war-torn societies after the conflict indicates that the reconstruction of relations between people through the processes of transitional justice in the post-conflict era in order to prevent the return of violence is not a guarantee of conflict resolution; because in certain cases, it can lead to worse consequences with the explanation that poor communication can cause conflicts to escalate. Therefore, rebuilding relationships between people is only one of the tools that can be considered in some societies according to the conditions, characteristics, and roots of conflict.

### 5. Funding

There is no funding support.

### 6. Author's Contribution

All parts of the paper have been prepared by the author.

### 7. Conflict of Interest

The author declared no conflict of interest.

### 8. Acknowledgments

The author appreciates all the scientific consultants in this article.

علمی پژوهشی

# نقش عدالت انتقالی در بازسازی روابط طرفین در فرایند صلح‌سازی در جوامع جنگ‌زده پس از درگیری داخلی، آشوب‌ها و اعتراضات منجر به خشونت

نرگس سادات حسینی<sup>\*۱</sup> ID، سیده لطیفه حسینی<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> دکتری حقوق بین الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران.  
<sup>۲</sup> استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم اجتماعی و اقتصادی، دانشگاه الزهرا، تهران، ایران.



[20.1001.1.24237566.1402.7.2.5.1](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24572.1434)



[10.22080/lps.2023.24572.1434](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24572.1434)

## چکیده

بازسازی روابط میان طرفین در دوران پس از درگیری در یک کشور جنگ‌زده، هسته اصلی در پرداختن به موضوع صلح‌سازی و عدالت انتقالی بعنوان ابزاری برای برقراری صلح و جلوگیری از بازگشت مجدد درگیری در اینگونه جوامع است. پرسش اصلی موضوع بحث این است که آیا می‌توان در جوامع چندپاره و جنگ‌زده اعتماد ایجاد کرد؟ بازسازی روابط میان طرفین درگیر در دوران پس از درگیری چگونه حاصل می‌شود؟ پژوهش حاضر به این رویکر گراییده است که بازسازی روابط میان طرفین در دوران پس از درگیری در جوامع جنگ‌زده از طریق ابزارهای عدالت انتقالی می‌تواند به تحکیم صلح و جلوگیری از بازگشت مجدد درگیری کمک کند. بعبارت دیگر، فرایندهای عدالت انتقالی از جمله عوامل تاثیرگذاری است که در فرایند صلح‌سازی به ویژه در بعد ارتباطی آن ایفای نقش می‌کند. مقاله پیش رو به دنبال تبیین رویکردی یکپارچه نسبت به فرایند عدالت انتقالی است. رویکردی که متضمن بازسازی روابط است که از طریق عناصر و سازوکارهای عدالت انتقالی نظیر عدالت‌جویی، حقیقت‌جویی، تصدیق، عذرخواهی، بخشش و مانند آن صورت می‌گیرد. بهره‌گیری از داده‌های کتابخانه‌ای و اسناد و رویه‌های بین‌المللی در قالب پژوهشی توصیفی-تحلیلی نگارنده را در اثبات رویکرد یادشده یاری رسانده است.

تاریخ دریافت:

۲۹ آبان ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۱۴ اسفند ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱ مهر ۱۴۰۲

کلیدواژه‌ها:

بازسازی روابط، جوامع جنگ‌زده، صلح‌سازی، عدالت انتقالی

\* نویسنده مسئول: نرگس سادات حسینی

آدرس: دکتری حقوق بین الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران.  
ایمیل: [nargueshosseini@gmail.com](mailto:nargueshosseini@gmail.com)



## ۱ مقدمه

اولین ظهور عینی و بین‌المللی مفهوم صلح‌سازی را می‌توان در طرح «دستورکار برای صلح» در سال ۱۹۹۲ یافت که توسط بطروس‌غالی دبیر کل وقت سازمان ملل متحد پیشنهاد شد.<sup>۱</sup> صلح‌سازی در دو مفهوم موسع و مضیق قابل تعریف است. تعریف مضیق صلح‌سازی به دوره پس از درگیری یا خشونت مربوط می‌شود که اصطلاحاً «صلح‌سازی پس از درگیری»<sup>۲</sup> نامیده می‌شود و طیف وسیعی از اقدامات مرتبط با ظرفیت‌سازی، آشتی، بازسازی روابط انسانی و اجتماعی را دربرمی‌گیرد و در مفهوم موسع آن متضمن اقدامات بلندمدت برای ایجاد تحول اجتماعی و ساختاری از یک طرف و اقدامات کوتاه‌مدت فرایندهای برقراری صلح و حفظ صلح (یعنی اقدامات درخصوص هشدار اولیه و واکنش به موقع،

پیشگیری از خشونت، ماموریت‌های حفاظت‌نظامی و غیرنظامی، مداخله نظامی، کمک‌های بشردوستانه، موافقت‌نامه‌های آتش بس، هنجارسازی و آشتی) از طرف دیگر است. در این مقاله مفهوم مضیق صلح‌سازی مورد توجه است که به فرایند بلندمدت پس از یک درگیری خشونت‌آمیز اشاره دارد. در این مفهوم، صلح‌سازی پس از درگیری، یک فرایند چندوجهی است که به علل و ریشه‌های درگیری و آثار و پیامدهای آن در حوزه‌های امنیتی، سیاسی، اقتصادی و آشتی می‌پردازد و مستلزم اقدام در ابعاد مختلف فردی،<sup>۳</sup> ساختاری،<sup>۴</sup> فرهنگی<sup>۵</sup> و ارتباطی است. (Dietrich, 2014: 48-57) هرچند این ابعاد به هم مرتبط هستند و از اهمیت یکسانی برخوردار بوده، اما این مقاله بر جنبه‌های میان‌فردی روابط (یعنی صلح‌سازی در بُعد ارتباطی آن) به منظور برقراری آشتی و جلوگیری از

۱- بطروس غالی ضمن تفکیک میان مفاهیم دیپلماسی پیشگیرانه (پیشگیری از درگیری)، برقراری صلح (پایان درگیری) و حفظ صلح (مدیریت درگیری) و صلح‌سازی، بر اهمیت صلح‌سازی ساختاری در دوران پس از درگیری با هدف بازسازی نهادها و زیرساخت‌های کشورهای جنگ‌زده و برقراری روابط متقابل مسالمت‌آمیز میان طرفین درگیر تأکید کرد. به مرور، این گرایش ساختاری نسبت به صلح‌سازی به حوزه‌های گسترده‌تری نظیر عدالت، بهبود روابط و تامین نیازهای اساسی تسری یافت.

### 2- Post Conflict Peacebuilding

۳- بُعد فردی درگیری اشاره می‌کند به بررسی اینکه درگیری، افراد را از نظر شخصیتی، احساسی، روحی و روانی تغییر می‌دهد و بر تغییرات مطلوب در سطح فردی یا شخصیتی تأکید دارد. اثرات مخرب درگیری اجتماعی باید به حداقل برسد و عوامل بالقوه آن برای رشد فردی باید به حداکثر برسد و برای درمان مسائل مربوط به سلامت روانی تلاش شود. چراکه پس از خشونت و درگیری، فرد احساس آسیب‌پذیری و فروماندگی می‌کند و افسردگی و آسیب‌های روانی از جمله اثرات مخرب این احساس است که فرد اغلب در این شرایط روحی نامساعد رها می‌شود و این امر بر سلامت روانی فرد اثر منفی دارد.

۴- بعد ساختاری بر شرایط اجتماعی-اقتصادی و سیاسی تمرکز می‌کند که بالقوه باعث بروز خشونت می‌شود. در واقع شرایط اجتماعی، اقتصادی و سیاسی که زمینه‌های بروز درگیری و خشونت را فراهم می‌کند و به ریشه‌ها و علل درگیری تأکید دارد و درصدد ایجاد تحولاتی در ساختارهای اجتماعی است. دلایل درگیری عمدتاً پیچیده است که شامل توزیع ناعادلانه، مسائل مربوط به توسعه (مانند فقر)، تخریب زیست محیطی، دموکراسی و نمایندگی سیاسی نابرابر است. به منظور برقراری صلح پایدار، لازم است دلایل ساختاری درگیری تحلیل و سپس تغییر ساختار اجتماعی آغاز شود. (زمانی و چورکه یکشوه، ۱۳۹۵: ۳)

۵- بُعد فرهنگی اشاره به درگیری خشونت‌آمیزی دارد که باعث تغییرات فرهنگی عمیق (به عنوان مثال هنجارهایی که الگوهای رفتاری بین بزرگسالان و جوانان، یا زنان و مردان را شکل می‌دهد) می‌شود. این امر به ریشه‌های فرهنگی درگیری مربوط است؛ تعارض در الگوهای فرهنگی یک گروه و به‌گونه‌ای که فرهنگ بر توسعه و کنترل درگیری تأثیر می‌گذارد. این بُعد (یعنی فرهنگی) سه بعد دیگر فوق (یعنی فردی، ارتباطی و ساختاری) را نیز دربرمی‌گیرد. درواقع، وجود خشونت‌های ذهنی در یک جامعه موجب به هم خوردگی تعادل اجتماعی آن جامعه خواهد شد. (زمانی و چورکه یکشوه، ۱۳۹۵: ۴)



و زمینه‌ساز تفاهم و همدلی برای برقراری صلح و ثبات است.

بدیهی است «ارتباط» دو جنبه فردی و جمعی یا اجتماعی دارد. وقتی عضوی از یک گروه شروع به تعامل با یکی از اعضای گروه دیگری می‌کند، ارتباط میان این دو فرد و گروه‌هایی که بدان تعلق دارند، بیشتر می‌شود؛ اما ممکن است آثار و نتایج این ارتباط به طور کلی برای افراد موردنظر، متفاوت از گروه‌ها باشد (Forbes, 1997: 166-167). همچنین، افرادی که از گروه‌های مختلف با یکدیگر ارتباط دارند، می‌توانند نماینده گروه خود باشند. در بادی امر این طور به نظر می‌آید که تعامل دو نفر که بر مبنای تعامل یک‌به‌یک است، به‌عنوان رابطه میان-فردی توصیف می‌شود، اما تفکیک بین اینکه آیا فرایند میان‌گروهی یا میان‌فردی اتفاق افتاده است یا خیر، نباید صرفاً بر اساس تعداد افرادی باشد که با هم تعامل دارند. بنابراین برای تشخیص این مسئله باید کیفیت و محتوای ارتباط میان افراد موردتوجه قرار گیرد. به‌نظرمی‌رسد تفکیک نوع و ماهیت تعامل در بسیاری از وضعیت‌های اجتماعی غیرممکن باشد، هرچند تلاش می‌شود که میان آن‌ها چنین تفکیک‌هایی صورت گیرد، اما در نهایت پیامدهای میان‌فردی یا میان‌گروهی یک تعامل، از نظر شناختی و روانشناختی توسط فرد تعیین می‌شود. با این توضیح که، تشخیص اینکه یک تعامل و ارتباطی میان فردی است یا میان‌گروهی است، توسط فرد و تجربه او تعیین می‌شود. درواقع، درک و تجربه فرد از ارتباط است که تعامل میان‌فردی را تعیین می‌کند (Kimberly, 2003: 43). از این‌رو، اگرچه ابعاد میان-فردی و میان‌گروهی با هم ارتباط تنگاتنگی دارند، اما در اینجا صرفاً جنبه میان‌فردی یعنی تعامل میان افراد بعنوان طرفین درگیر موردتوجه است، به جای اینکه تعاملات آن‌ها به گروه‌های مربوطه تسری یابد.

پرسش اصلی موضوع بحث این است که آیا می‌توان در جوامع چندپاره و جنگ‌زده اعتماد ایجاد کرد؟ بازسازی روابط میان طرفین درگیر در دوران پس از

بازگشت مجدد درگیری در جوامع جنگ‌زده تمرکز دارد. این بُعد بر ریشه‌ها و دلایل درگیری و آثار و پیامدهای آن، جبران خسارت و یا بازسازی روابط آسیب دیده درخصوص افرادی که ارتباط مستقیم و رودررویی باهم دارند، تاکید می‌کند؛ چراکه با تشدید درگیری، الگوهای ارتباطی تغییر می‌کند، کلیشه‌ها و نگرش‌های منفی ایجاد می‌شود، تضادها افزایش و اعتماد کاهش می‌یابد. درواقع، آنچه که در روابط میان‌فردی مدنظر است رابطه میان بازماندگان و مرتکبان در دوران پس از درگیری یعنی بازسازی روابط میان مرتکبان و بازماندگان برای نیل به صلح و جلوگیری از بازگشت مجدد خشونت و درگیری می‌باشد. با این حال، این ارتباط فی‌نفسه تضمین کننده حل درگیری نیست، زیرا در موارد خاص می‌تواند پیامدهای بدتری را بدنبال داشته باشد با این توضیح که ارتباطات ضعیف می‌تواند باعث تشدید درگیری‌ها شود. دراین‌راستا، آنچه مهم است، ارتباط مؤثر (یعنی ارتباط صادقانه و همدلانه) میان طرفین درگیر و دشمنان سابق است که یکی از عناصر اساسی صلح‌سازی در بُعد ارتباطی آن است. لذا، ارتباط مؤثر مستلزم ایجاد فضای امن (شامل گفتگو و مذاکره برای شناسایی مسئله، ارایه راه‌حل‌ها برای درک متقابل و ارایه طرح‌های مشترک مبتنی بر منافع مشترک، در قالب کارگروه‌های سنتی حل درگیری) است که می‌تواند تصورات و نگرش‌ها را تغییر دهند و به برقراری اعتماد و نهایتاً ارتباط صادقانه و غیرتدافعی و افزایش همدلی کمک کند. چراکه، برقراری ارتباط میان فردی ممکن است به دلیل سوءتفاهمات، احساسات آسیب‌دیده و پیش-داوری دشوار باشد؛ لذا مادامی که چنین فضای امنی فراهم نشده، ارتباط میان طرفین درگیر می‌تواند آثار منفی داشته و حتی منجر به نتایج مخرب شود. درواقع، برقراری ارتباط اگر که همراه با قصد و تمایل واقعی برای حل مسائل مشترک باشد، بیشتر و بهتر به اعاده و بازسازی روابط کمک خواهد کرد. درواقع، ارتباطات باز و صادقانه و در قالب نشست‌ها، به نوعی رویارویی واقعی بین افراد برابر را فرام می‌کند



این هدف زمانی تحقق می‌یابد که علل و اسباب تعارض از میان برود و هر اختلاف با اتخاذ رویکردهای دموکراتیک و مسالمت‌آمیز فیصله یابد (فلسفی، ۱۳۸۱: ۱۲۷). صلح‌سازی در بُعد ارتباطی آن بر ریشه‌ها و دلایل درگیری و آثار و پیامدهای آن، جبران خسارت و یا بازسازی روابط آسیب دیده درخصوص افرادی که ارتباط مستقیم و رودررویی باهم دارند، تاکید می‌کند (Minkler, 2007: 195-197)؛ از این رو یکی از موضوعات مهم که در فرایندهای صلح‌سازی پس از درگیری باید مورد توجه قرار گیرد تا این اقدامات را در جوامع جنگ‌زده با موفقیت بیشتری همراه کند، توجه به بازسازی روابط از هم‌گسیخته‌ی ناشی از درگیری و خشونت میان افراد و ایجاد تغییر مثبت در این روابط می‌باشد.

از آنجایی که اصولاً منازعه يك سوء برداشت و سوء محاسبه‌ی ناشی از ارتباطات ضعیف بین طرفین يك کشمکش می‌باشد (جوادی‌ارجمند و جاوید، ۱۳۸۷: ۱۷) و به تبع آن هزینه‌های سنگینی از جمله آسیب به روابط انسانی دارد، طرفین به سختی می‌توانند نیازها و اهداف مشترک خود را (بدلیل وجود هنجارهای منفی نظیر ترس، بدگمانی، بی‌اعتمادی، عصبانیت، عداوت، نفی انسانیت)، تشخیص دهند (زمانی و چورکه یکشوه، ۱۳۹۵: ۵-۴) از این روی، روابط خود را بر اساس کلیشه‌های منفی (یعنی تصورات غلط نسبت به فرد یا گروهی) شکل خواهند داد. بر این اساس، صلح‌سازی در این سطح، ضمن توجه به نگرش‌های منفی، باید بتواند حداقلی از اعتماد و میزانی از مشارکت میان طرفین را بوجود آورد (Hairston, 2008: 65-85; Johnie and Craig, 2017: 1-14).

Craig, 2017: 1-14) این امر (یعنی برقراری اعتماد) مستلزم ایجاد شرایطی است تا ضمن اینکه احساس یا تلقی منازعه را از بین می‌برد، وضعیت را برای طرفین دعوا قابل قبول و عادلانه نماید. در عدالت انتقالی بر سه ارزش عدالت، آشتی و صلح پایدار از طریق سازوکارهای قضایی و غیرقضایی تاکید می‌شود (ذاکریان و عمادی، ۱۳۹۲: ۲۲۶) و صلح‌سازی تاویل یکی از سه ارزش عدالت انتقالی به نام صلح

درگیری چگونه حاصل می‌شود؟ پژوهش حاضر به این رویکر گراییده است که بازسازی روابط میان طرفین در دوران پس از درگیری در جوامع جنگ‌زده از طریق ابزارهای عدالت انتقالی می‌تواند به تحکیم صلح و جلوگیری از بازگشت مجدد درگیری کمک کند. این ابزارها باید با هم و توأمان در وضعیت‌های پس از درگیری در جوامع جنگ‌زده در نظر گرفته شوند. در این مقاله دنبال یک رویکرد یکپارچه‌تر برای فرایند عدالت انتقالی خواهیم بود؛ رویکردی که متضمن بازسازی روابط است که از طریق سازوکارهای عدالت انتقالی نظیر عدالت جویی، حقیقت‌جویی، تصدیق، عذرخواهی و بخشش حاصل می‌شود. از آنجایی که نتایج حاصل از بررسی رابطه عدالت انتقالی و صلح‌سازی که حاکی از آن است که این دو فرایند بدلیل پرداختن صرف به خشونت‌های گذشته موجب شده رفتارهای روزمره عادی و اجتماعی (یعنی بازسازی روابط) به حاشیه رانده شود، به مسئله بازسازی روابط میان افراد از طریق فرایندهای عدالت انتقالی در دوران پس از درگیری به منظور جلوگیری از بازگشت مجدد خشونت مورد بررسی قرار خواهد گرفت. بهره‌گیری از داده‌های کتابخانه‌ای و اسناد و رویه‌های بین‌المللی در قالب پژوهشی، توصیفی تحلیلی نویسنده‌ی این نوشتار را در اثبات رویکر یادشده یاری رسانده است. در ادامه ابعاد مختلف موضوع به بحث گذاشته شده و چگونگی نقش عدالت انتقالی در بازسازی روابط در فرایندهای صلح‌سازی و بلکه ضرورت پیشبرد توأمان این دو فرایند مورد بررسی قرار می‌گیرد.

## ۲ صلح‌سازی و بازسازی روابط

صلح فرایندی است که بدون توسل به زور جریان می‌یابد و هدف آن نه تنها جلوگیری از خشونت و اعمال زور است بلکه ایجاد شرایط واقعی همزیستی افراد و گروه‌های مختلف در محیطی آرام و فارغ از تنش است و استقرار آن نباید به گونه‌ای باشد که بر موجودیت فردی و جمعی و همچنین شانیت و مرتبت انسان‌ها لطمه‌ای وارد آورد یا منافع حیاتی جامعه و عدالت را به مخاطره بیندازد. مسلم است

طرفین یکی از موضوعات مهمی است که باید مورد توجه قرار گیرد.

صلح‌سازی بر ترمیم یا تغییر مثبت روابط آسیب دیده تمرکز دارد و بنابراین بطور خاص تغییرات در نگرش (بعنوان یکی از ریشه‌های تعارض) را به نمایش می‌گذارد که منجر به برقراری روابط مطلوب می‌شود. بنابراین ضرورت ایجاد یک تغییر بنیادین مثبت احساس می‌شود که این امر مستلزم مشارکت و مداخله‌ای است که بتواند ارتباطات ضعیف را به حداقل و درک متقابل را به حداکثر برساند و ترس‌هایی که در برقراری رابطه میان طرفین وجود دارد را کاهش دهد (Lederach, 1997: 82-3) و همچنین امیدها و اهداف طرفین را آشکار کند و به طور کلی فرایندی که از نفی انسانیت (به ویژه در مورد نسل-کشی که هدف اصلی آن نفی ذات انسانی است) به سمت دوباره انسانی شدن و تعالی بخشیدن به انسانیت پیش برود. درواقع، نفی انسانیت به عنوان یک فرایند روانشناختی تعریف می‌شود که به موجب آن مخالفان یکدیگر را کمتر از انسان در نظر می‌گیرند فلذا یکدیگر را شایسته برخورد اخلاقی و انسانی نمی‌دانند (Opotow, 2000: 417). این نوع نگاه به یکدیگر باعث می‌شود هر کدام از طرفین، طرف مقابل را دشمن، فاقد فضایل اخلاقی و یک ستیزگر خطرناک تصور کند و هر یک خود را خوب و طرف مقابل را شرور ببینند. در طول دوره درگیری که احساسات خشم، ترس، بی‌اعتمادی و سوءظن میان طرفین حاکم است، این گرایش‌ها و ادراکات خصمانه افزایش می‌یابد. لذا مادامی که این تصورات منفی نسبت به طرفین وجود دارد، ایجاد همدلی و برقراری یک ارتباط معنادار و درک موقعیت مشترک دشوار می‌شود.

بنابراین، تلاش برای برقراری مجدد روابط انسانی با رعایت اصول اخلاقی و شناسایی انسانیت و کرامت مخالفان خود، باعث گسترش همدلی، برقراری روابط شخصی میان طرفین درگیر، دستیابی به اهداف مشترک و از بین بردن تصورات خصمانه نسبت به یکدیگر می‌شود. هنگامی که طرف مقابل

پایدار است که این ارزش به مثابه فرایند احیای روابط اجتماعی در جامعه، در صدد بازسازی روابط میان طرفین درگیر و برقراری نوع جدیدی از روابط است. (محمدعلی‌پور و دیگران، ۱۳۹۸: ۱۷۲-۱۷۱) لذا برقراری فضایی برای انجام فرایندهای حقیقت‌جویی، ندامت مرتکبان به معنای اعتراف بر خطا و پشیمانی، عذرخواهی و درخواست بخشش بعنوان فرایندهای عدالت انتقالی، می‌تواند منجر به کم‌رنگ شدن یا از بین بردن شکاف‌ها، نگرش‌ها و رفتارهای ارتباطی منفی و جایگزین شدن نگرش‌های ارتباطی مثبت و در نتیجه احیای روابط مثبت شود (جوادی-ارجمند و جاوید، ۱۳۸۷: ۲۰-۱۹). ندامت یا اقرار بدین معنا است که فرد نسبت به خطا و اشتباه خود آگاه است و یقین حاصل می‌کند که باید تغییر کند. (Lederach, 1997: 34). لذا، آنچه در بازسازی و اعاده روابط از هم‌گسیخته مهم است، برقراری روابط جدید است (محمدعلی‌پور و دیگران، ۱۳۹۸: ۱۷۲). همانطور که بیان شد، در درگیری، طرفین نسبت به یکدیگر نگرش‌ها و احساسات منفی مانند ترس، عصبانیت، و دشمنی دارند و در این فضا بدلیل وجود تهدید، اجبار و رفتارهای مخرب، این تعارضات مانع مشارکت میان طرفین می‌شود (فهمیدشتی، ۱۳۹۸: ۶-۷). چراکه، درگیری یک وضعیت اجتماعی است (جوادی‌ارجمند و جاوید، ۱۳۸۷: ۱۷) که در این وضعیت طرفین اهداف و منافع و ارزش‌های متعارضی دارند و همواره در صدد کنترل یکدیگر هستند و اساساً این احساسات خصومت‌آمیز میان طرفین، برای کنترل همدیگر است (Fisher, 1990: 6). طبق این تعریف، درگیری متضمن سه بعد است؛ اولاً نگرش‌ها نسبت به همدیگر (احساسات خصومت‌آمیز)، ثانیاً رفتارها نسبت به همدیگر (تلاش طرفین برای کنترل همدیگر) و ثالثاً تعارض دلایل درگیری (تعارض اهداف و ارزش‌ها) است (Ross, 2000: 85-87). نتیجه اینکه بعد از بروز درگیری، یکی از اقدامات مهم توجه به دلایل و ریشه‌های درگیری و آثار و نتایج درگیری است. در این سطح است که اعاده و بازسازی روابط میان



عدالت انتقالی بر سه ارزش عدالت، آشتی و صلح پایدار از طریق مکانیسم‌های قضایی (پاسخگویی) و غیرقضایی (حقیقت‌یابی، جبران خسارت، اصلاحات نهادی، عذرخواهی) تاکید می‌شود (محمدعلی‌پور و دیگران، ۱۳۹۸: ۱۷۱-۱۷۲). بعبارت دیگر، عدالت انتقالی متضمن سه جزء است؛ اولاً، کشف حقایق مربوط به گذشته (حقیقت‌یابی)، ثانیاً، پاسخگویی برای جرائم ارتکاب یافته و جبران خسارت برای قربانیان (عدالت)، ثالثاً، برقراری سازش و آشتی در جامعه (مصالحه). این سه جزء کاملاً به یکدیگر وابسته هستند به گونه‌ای که بدون کشف حقیقت رسیدن به عدالت ممکن نیست و بدون وجود عدالت هیچ صلح و سازشی تحقق نخواهد یافت. با توجه به مشکلات ناشی از اجرای عدالت کیفری در اینگونه جوامع، استفاده از الگوی عدالت ترمیمی در فرایندهای عدالت انتقالی مطرح شد با این هدف که افراد آسیب‌دیده و مرتکبان را به منظور توافق در مورد چگونگی ترمیم و جبران آسیب وارده گردهم آورد.

بنابراین، آنچه که در اینجا مهم است، بازسازی و ترمیم روابط میان قربانیان و مرتکبان از طریق فرایندهایی نظیر حقیقت‌گویی، اعتراف به جنایات، بخشش، جبران خسارت و نهایتاً برقراری آشتی و سازش در شرایط پس از درگیری و خشونت در جامعه است (Hazan, 2006: 24) عدالت ترمیمی با استفاده از روش‌های نوآورانه امکان رسیدگی به مشکلات ناشی از خشونت و درگیری در جامعه را فراهم می‌کند و همه طرفین درگیر را در فرایند عدالت انتقالی فعالانه مشارکت می‌دهد. در اینجا ابزارهای تحقق بازسازی روابط میان طرفین در دوران پس از درگیری از طریق مکانیسم‌های عدالت انتقالی (شامل عدالت، حقیقت‌گویی، عذرخواهی و بخشش) مورد بررسی قرار می‌گیرد. بعنوان مثال روش سنتی اجرای عدالت با توجه به اعتقادات و باورهای محلی مردم هر منطقه با هدایت رهبران مذهبی و بومی صورت می‌پذیرد (طیب‌زاده و اسلامی: ۲۲۲). این فرایند در چندین کشور به عنوان جایگزین یا همراه

نه به عنوان یک هیولای شیطانی، بلکه به عنوان یک انسان و هم‌نوع در نظر گرفته شود، این درگیری می‌تواند به روش‌های سازنده‌تری تغییر یابد. از این رو، انتظار می‌رود که احیاء و بازسازی روابط بتواند حدی از اعتماد متقابل میان طرفین درگیر را بعنوان بخش مهمی از فرایند صلح‌سازی که در روند برقراری روابط میان طرفین درگیر نقش اساسی دارد، بوجود آورد. از آنجا که مقام حل و فصل درگیری درصدد ترمیم روابط میان طرفین درگیر است، بدون شک با موضوعات مربوط به اعتماد در سطوح گوناگون روبرو خواهد شد (Notter, 1995: 3-5). اساس و مبنای اعتماد متقابل در فرایند اعتمادسازی، باور و تصدیق این امر است که هر انسانی از کرامت ذاتی و انسانیت برخوردار می‌باشد. این امر، به تدریج درهای ورود به فرهنگ پایدار عدم خشونت را باز می‌کند. از طرفی بدلیل وابستگی متقابل افراد به یکدیگر، ایجاد چنین اعتمادی ضروری است. درواقع علاوه بر اینکه اعتماد عنصر اصلی در حل و فصل اختلافات است، باعث افزایش همکاری برای حل مسئله نیز می‌شود. با این حال، آنچه که در این بُعد از فرایند صلح‌سازی (یعنی بُعد ارتباطی) حائز اهمیت است این که، برقراری اعتماد مجدد، به شناسایی جرم و پذیرش مسئولیت برای صدمات جسمی و روانی بستگی دارد. چراکه حقیقت‌درمورد گذشته و حال هرگز بدون شناسایی دردهایی که قربانیان متحمل شده‌اند و خسارات وارده بر قربانیان آشکار نخواهد شد در اینجاست که فرایندهای عدالت انتقالی موضوعیت پیدا می‌کند.

### ۳ عدالت انتقالی و بازسازی روابط

عدالت انتقالی شامل طیف وسیع و کاملی از فرایندها و مکانیسم‌های مرتبط با تلاش‌های یک جامعه برای کنار آمدن با نقض‌های گسترده در گذشته، به منظور اطمینان از پاسخگویی، تحقق عدالت و دستیابی به صلح در دوران پس از درگیری در یک کشور جنگ‌زده است (UNSC, 2004: 4).

تلاش برای اعاده حقوق فردی و گروهی، بازسازی اجتماعی و جبران خسارت است و متفاوت از عفو (به معنای پذیرش، رها شدن و شروع جدید) می‌باشد (Lederach, 1997: 29). باین‌حال، «عدالت مفهوم پیچیده‌ای است که واجد معانی اساسی و نمادین، اقتصادی و اجتماعی، حقوقی و روانشناختی بوده و متضمن عدالت کیفری، جبرانی، ترمیمی، یا توزیعی است» (Lambourne, 2004: 7). همواره این باور در بین افراد در جوامع جنگ‌زده وجود داشته که در کوتاه مدت می‌توان عدالت را قربانی تامین صلح کرد اما در بلندمدت هیچ صلحی بدون عدالت نمی‌تواند دوام آورد (فهمیدشتی، ۱۳۹۸: ۶). باین‌حال، عدالت کیفری و مجازات از طریق دادگاه‌ها بعنوان یک رویه رایج و به منظور برقراری صلح در قرن بیستم بود (رنجریان و ملک‌الکتاب خیابانی، ۱۳۸۹: ۱۲۴) و سپس عدالت جبرانی یا غرامت، به معنای جبران ضرر و زیان و یا جبران خسارت برای برطرف کردن آسیب‌های وارده، به طور کلی شکل پرداخت مالی به خود گرفته که به شخص آسیب دیده توسط متخلف یا دولت متخلف انجام می‌شود. از این رو این ادعا که عفو سبب برقراری صلح، اعم از مثبت یا منفی می‌شود، با چالش جدی روبه‌رو می‌گردد؛ با این توضیح که در بهترین حالت،

در مناطقی که قتل و کشتارهای گسترده‌ای صورت گرفته بود، ایفا نمودند. این مراسم در بین شهروندان بومی بسیار مورد احترام بوده و در نتیجه موجب گردید که افراد متعلق به گروه‌های درگیر بعد از خاتمه درگیری در یک منطقه در کنار بازماندگان و قربانیان نقض‌های شدید همزیستی مسالمت‌آمیزی داشته باشند. باین توضیح که از نظر بازماندگان اعم از خانواده قربانیان و مرتکبان این مراسم این چنین توجیه می‌شد که نقض‌های ارتكابی يك مسئله شخصي بين خانواده‌های قربانیان و مرتکبان نیست، بلکه يك امر جمعي است که در جامعه اتفاق افتاده و باید از طریق جمعي حل و فصل گردد. متعاقباً مراسم جدیدی دیگری نیز به نام گامبا به‌وسیله رهبران بومی برگزار گردید (طیب‌زاده و اسلامی، ۱۳۹۷، صص ۲۲۴-۲۲۳)

با عدالت رسمی از جمله جوامع رواندا، سیرالئون، تیمورشرقی، موزامبیک و اوگاندا استفاده شده است.<sup>۱</sup> محتوای فرایندهای سنتی یا غیررسمی ممکن است متفاوت باشد و آن‌هایی که در آفریقا مورد استفاده واقع شده، شاید مواردی هستند که بیشتر در ادبیات انتقالی و صلح‌سازی مورد بحث قرار می‌گیرند و تقریباً در هر گوشه جهان وجود دارد.<sup>۲</sup>

## ۳٫۱ عدالت

بخش عمده‌ای از رابطه بین عدالت و صلح‌سازی برای بازسازی روابط انسانی در دوران پس از خشونت، در چارچوب حل و فصل مخاصمات از طریق میانجیگری و تلاش برای اعطای عفو از سوی قربانی به منظور برقراری سازش بین مرتکب و قربانی بوده است (حسینی، ۱۳۷۸: ۶). با مقایسه میان عفو یا فراموشی (رها کردن گذشته، رویکرد بخشش و فراموشی) و عمل تلافی‌جویانه (تهیه فهرست اسامی برای انتقام از گذشته) با سایر روش‌های صلح‌سازی در بُعد ارتباطی آن، یک بحث گسترده‌ای وجود دارد مبنی بر اینکه، عدالت به عنوان یکی دیگر از جنبه‌های مهم صلح‌سازی در شرایط پس از درگیری است که برطبق آن، باید با مرتکبان جنایات و ناقضان حقوق بشر برخورد شود (Lambourne, 2004: 4-5). عدالت به معنای

۱- بعنوان مثال ماتو اوپات (Mato oput) سازوکار سنتی اجرای عدالت در شمال اوگاندا است که فرایندی می‌باشد که هدف اصلی آن، اعاده روابط بین دو قوم یا قبیله‌ای است که به دلیل کشته شدن شخصی از یک قبیله توسط فردی از قبیله دیگر از هم گسسته شده است. مراسم ماتو اوپات مبتنی بر مشارکت داوطلبانه قاتل در پذیرش نقشش در بزه ارتكابی است. البته در صورت عدم اقرار داوطلبانه بنا به اعتقاد مردم منطقه بر سر وی و قومش بلا نازل خواهد شد. در واقع چنین اعتقاداتی باعث اقرار داوطلبانه شخص خواهد شد (سبحانی، ۱۳۹۶، ص. ۹۴)

۲- بعنوان مثال در موزامبیک به دنبال توافق صلح و قانون عفوعمومي، قربانیان و مرتکبان چاره‌ای جز بازگشت به خانه‌های خود و زندگی در کنار یکدیگر و فراموش کردن نقض‌های ارتكابی نداشتند. در این شرایط رهبران مذهبی جامعه موزامبیک نقش کلیدی جهت ادغام مجدد طرفین درگیر در جامعه از طریق برگزاری مراسم سنتی و مذهبی



محسوب خواهند شد؛ رابعاً، فرصتی را برای طرفین فراهم می‌کند تا بتوانند با یکدیگر در پرداختن به جنایات و جرایم خاص مشارکت نمایند. (Frederiksen, 2006: 1-15)

عدالت توزیعی (یا عدالت اقتصادی و اجتماعی) که با عدالت ترمیمی مرتبط است به معنی دادن سهم مناسب هر فرد و دستیابی به یک نتیجه منصفانه و عادلانه می‌باشد. «عدالت اجتماعی از مفهوم متعالی خیر مشترک و تکلیف هر یک از اعضای جامعه در قبال آن حکایت دارد و عدالت توزیعی فطری بودن مفهوم خیر مشترک و بازگشت آن به سوی افراد را ظاهر می‌سازد. هر جامعه‌ای که در جهت تحقق این دو نوع عدالت سیر کند، حرکت آن نیز با این دو نوع مفهوم معنا پیدا می‌کند، چه این حرکت همیشه از افراد شروع می‌شود تا به خیر مشترک وصل گردد و سپس از خیر مشترک آغاز می‌شود تا به مقصد نهایی خود یعنی افراد برسد» (فلسفی، ۱۳۸۱: ۱۱۲) در مواردی که یک گروه طی سالیان متمادی از تبعیض اقتصادی رنج می‌برند، عدالت اقتصادی ممکن است به شکل برنامه‌هایی برای رفع فقر از گروه‌های محروم باشد. عدالت اجتماعی به شدت با عدالت اقتصادی در ارتباط است و هنگامی حاصل می‌شود که برای گروه‌های محروم و آسیب‌دیده‌ی اجتماعی ابزارهایی از جمله ابزارهای ساختاری فراهم شود تا به برابری اجتماعی با گروه غالب دست یابند. (کدخدایی و عباسیان، ۱۳۹۹: ۷؛ رستمی و قبادی ۱۳۹۷: ۶۷) در واقع، افرادی که مورد ظلم قرار می‌گیرند، تمایل به برقراری عدالت دارند و این خواسته بعنوان یکی از نیازهای انسان، همواره مورد مطالبه در جوامع انسانی بوده است (Lambourne, 2004: 1-24)؛ به‌طور کلی، پیگیری اقدامات عدالت انتقالی کیفری و ترمیمی بسیاری از عناصر حیاتی مورد نیاز را از طریق جبران خسارت، پاسخگویی، بازدارندگی، روایت تاریخی صادقانه و در نهایت سازش در کل جامعه، برای برقراری صلح جامع و پایدار برای جوامع پس از جنگ فراهم می‌کند. با این حال، اینکه چه نوع عدالتی مورد نیاز است و باید برقرار شود بسته به شرایط

مصونیت از مجازات و بی‌توجهی به عدالت ممکن است به تحقق صلح منفی کمک کند، اما در ایجاد آشتی واقعی ناکام است. از طرفی، محدود کردن صلح به صلح منفی، مانع ایجاد رویکردی جامع در خصوص صلح‌سازی به‌عنوان اقدامی برای برقراری صلح پایدار است.

لذا، در عدالت ترمیمی، ترمیم و جبران عنصری اساسی است. این ترمیم شامل بازسازی و احیای روابط انسانی مختل شده به واسطه نقض‌ها، ترمیم گسست‌های ایجاد شده در بافت‌های اجتماعی، احیای موقعیت اجتماعی و حقوقی قربانی در جامعه، درمان آسیب‌های روانی وارد شده بر قربانی و نیز مشارکت فعال و سازنده طرفین درگیر است. بنابراین، این نوع عدالت فرایندی است که بوسیله آن تمام اشخاصی که در یک درگیری مداخله دارند و یا در مقابله با آن ذینفع هستند، گرد هم می‌آیند تا با مشارکت یکدیگر در مورد آثار و نتایج نقض‌ها و آینده قربانی و مرتکب و جامعه بعد از ارتکاب نقض-ها، چاره‌اندیشی کنند (عباس‌زادگان، ۱۳۸۲: ۹۸-۹۷). بنابراین، عدالت ترمیمی به جای اعمال مجازات، بر برقراری روابط میان طرفین درگیری تاکید دارد و مبتنی بر شناسایی انسانیت هر دو طرف درگیری (مرتکب و قربانی) و با هدف ترمیم و التیام جراحات-های وارده بر شخص متأثر از خشونت می‌باشد. اما، مفهوم اعاده بعنوان یکی از راه‌های ترمیم آسیب‌های وارده، در اجرای عدالت ترمیمی نقش دارد. به-نظرمی‌رسد بتوان ویژگی‌هایی نظیر رویارویی، جبران، ادغام و مشارکت را برای عدالت ترمیمی برشمرد با این توضیح که اولاً، فرصتی را برای رویارویی قربانیان و مرتکبان و سایر اعضای جامعه فراهم می‌آورد تا با یکدیگر ملاقات کنند و در مورد جنایات و پیامدهای پس از آن با یکدیگر به بحث و تبادل نظر بپردازند؛ ثانیاً، این فضا را برای مرتکبان فراهم می‌آورد تا درصدد جبران و ترمیم آسیب‌های وارده بر قربانیان برآیند؛ ثالثاً، امکان بازگشت بازماندگان و مرتکبان به جامعه را فراهم می‌کند و از این رهگذر آن‌ها بعنوان یک کل و مجموعه در جامعه

از درگیری آسیب می‌بیند؛ حتی وقتی که آشکارا معلوم است که مرتکب اصلی چه کسی است و یک طرف درگیری آشکارا مرتکب شدیدترین جنایات می‌شود نظیر نسل‌کشی ۱۹۹۴ در رواندا، اما به نظر می‌رسد برخی از اقدامات انتقام جویانه به دنبال خشونت رخ داده و از این رهگذر قربانیانی از هر دو گروه وجود داشته است. هرچند، حقیقت‌جویی مستقیماً به اعتماد، همدلی و حتی بخشش منجر می‌شود، اما باید توجه داشت که حقیقت‌جویی فقط یک جزء تشکیل دهنده و به‌خودی‌خود یک گام مهم است که به تنهایی الزاما منجر به آشتی میان طرفین نخواهد شد (Brahm, 2005: 17-20) این مسئله‌ای است که همواره متوجه کمیسیون حقیقت‌یاب بوده است.

حقیقت‌جویی یا حقیقت‌یابی غالباً از سوی کمیسیون‌های حقیقت‌یاب و آشتی، کارگروه‌ها و دادگاه‌های بین‌المللی صورت می‌گیرد (رنجبریان و ملک‌الکتاب خیابانی، ۱۳۸۹: ۱۳۱-۱۲۹) در این رابطه، کمیسیون حقیقت‌یاب یکی از مرسوم‌ترین سازوکارهای انتقالی در سال‌های اخیر بوده است. با این حال، یکی از انتقادات وارده بر این کمیسیون‌ها این است که آن‌ها توانایی لازم برای برقراری ارتباط و همکاری موثر میان طرفین درگیر را نداشته‌اند (Freeman and Hayner, 2003: 137). همچنین، یافته‌ها حاکی از آن است که حقیقت‌جویی از طریق کمیسیون حقیقت‌یاب و آشتی نه تنها باعث بهبود روابط نشده، بلکه بعضاً آسیب‌های جدی را دنبال داشته است (Brounéus, 2008: 1-35). شاید به این دلیل که کمیسیون بر اساس الگوهای تعیین شده بین‌المللی اقدام می‌کند و توجهی به راه‌حل‌های بومی و داخلی ندارد. با این حال، نمی‌توان نقش این کمیسیون‌ها را (بعنوان یکی از ابزارها و مکانیسم‌های عدالت انتقالی) در شرایط پس از درگیری در جوامع جنگ‌زده نادیده گرفت.<sup>۱</sup>

که شامل تلاش‌ها برای ادغام مجدد و حرکت به سمت ایجاد میثاق اجتماعی جدید بین افراد بود. کمیسیون با رویکرد قربانی‌محور، امکان مشارکت قربانیان (از طریق

فردی، میزان آمادگی و تمایل برای برقراری عدالت، نوع بی‌عدالتی حاکم و شرایط محلی متفاوت خواهد بود. چراکه، بدیهی است اولویت‌ها و نیازهای افراد در ارتباط با عدالت متفاوت باشد.

## ۳،۲ حقیقت‌جویی

حقیقت‌جویی، حقیقت‌یابی و افشای حقایق در مورد نقض‌ها و خشونت‌های زمان درگیری، یکی از مولفه‌های ضروری فرآیند صلح‌سازی در بُعد ارتباطی آن است. بزعم بسیاری، در دوران پس از درگیری، فرآیند حقیقت‌جویی و صلح‌سازی باهم پیش می‌روند. فعالان صلح‌سازی و همچنین افراد در جوامع جنگ‌زده، بر این باورند که پرداختن به گذشته و بازگویی آن (فهم دشتی، ۱۳۹۸: ۱)، برای نیل به صلح پایدار ضروری است؛ به این دلیل که حقیقت‌جویی به صورت عینی این امکان و فرصت را برای افراد فراهم می‌کند تا گذشته و رنج‌ها، را یک نوع رنج مشترک ببینند و احساس مسئولیت جمعی در برابر گذشته و آلام آن پیدا کنند (Mendeloff, 2004: 355-356). در واقع، بیان حقیقت، به نوعی به قربانیان این پیام را می‌دهد که رفتارهای خشونت‌آمیز و نقض‌های ارتكابی از سوی همه جهان محکوم است و این امر به آن‌ها احساس امنیت می‌دهد و راهی را برای ارتباط قربانیان و مرتکبان باز می‌کند. همچنین با افشای حقایق مربوط به جنایات گذشته، قربانیان یا بازماندگان می‌توانند به نوعی با وضعیت ایجاد شده ناشی از درگیری کنار آیند و به تدریج سعی کنند تا از آسیب‌های جنگ التیام یابند. وقتی که آن‌ها به تدریج التیام یافتند، می‌توانند این آمادگی را پیدا کنند که برای آشتی با مخالفان سابق خود تلاش کنند. این یک روش درمانی فردی است که با صلح‌سازی در بُعد ارتباطی آن مرتبط است. اغلب تصور می‌شود که آسیب‌های ناشی از درگیری متقابل است و هر دو طرف درگیری از خشونت‌های ناشی

۱- بعنوان مثال بدنبال درگیری‌ها در پرو کمیسیون حقیقت‌یاب و آشتی از طریق بیان حقایق گذشته و تجارب فردی، بر ترویج الگویی از آشتی سیاسی تمرکز کرد



قربانیان به عمل آید، نه دولت. در واقع، این قربانیان هستند که در مقام اعطای بخشش به مرتکبان قرار دارند. نکته قابل توجه اینکه تصدیق صریح و پذیرش مسئولیت برای وقایع گذشته که باعث قربانی شدن گروه دیگر شده‌اند، و تضمین اینکه اتفاقات مشابه در آینده رخ نخواهد داد، می‌تواند زمینه را برای بخشش مرتکبان از سوی قربانیان فراهم آورد و این امر شرایط را برای حرکت به سمت حل مسئله برای ساختن آینده بهتر فراهم خواهد کرد. (Millar, 2015: p. 245)

در واقع، وقتی مرتکبان نسبت به اقدامات و اعمال ارتكابی خود تصدیق و اعتراف می‌نمایند، در واقع این آگاهی به يك معنا، نوعی حقیقت‌گویی و حقیقت‌یابی است و حداقل تاحدی باعث می‌شود بازماندگان اطمینان یابند که گذشته تکرار نخواهد شد. این مسئله به خودی خود به التیام بازماندگان کمک و گفتگو میان مرتکبان و قربانیان را تسهیل می‌کند.

از طرفی، اعتراف یکی از روش‌های مرسوم در فرایندهای عدالت انتقالی است. در واقع این شیوه مجازات، همان شرمی است که از طریق افشای نقض‌ها، گریبان مرتکبان را می‌گیرد. افشای مشارکت آنان در اعمال ارتكابی، به متلاشی شدن خانواده‌ها، نابودی عزت نفس و تحقیر مرتکبان می‌انجامد. در واقع کمیسیون حقیقت‌یاب نظیر آنچه در بافت آفریقای جنوبی اتفاق افتاد، برای اصلاح افراد، بطن جامعه را به گوشه زندان ترجیح داده است.<sup>۱</sup>

۱- بعنوان مثال در آفریقای جنوبی بسیاری از نیروهای امنیتی که درخواست عفو کرده بودند، پیش از آن در میان اطرافیان خود افراد قابل احترامی بودند و با افشای حقایق و اعتراف به جنایات ارتكابی خود برای اولین بار بود که همسایگان، دوستان و خانواده‌هایشان می‌شنیدند که آن‌ها عضو جوخه‌های مرگ بوده‌اند و زندانیان را به گونه‌ای نظامند شکنجه کرده‌اند. این بهایی بود که درخواست کنندگان عفو باید می‌پرداختند و بدون پرداخت هزینه از

چراکه، حق بر کشف حقیقت، ضمن اینکه عنصری پیچیده در فرایندهای عدالت انتقالی است، عامل مهمی، هم برای کسانی است که خواهان صلح فوری بدون در نظر گرفتن عدالت هستند و هم برای کسانی که برای رسیدن به صلح خواهان عدالت هستند. لذا، احراز حقیقت، بخشی جدایی‌ناپذیر در فرایند ایجاد صلح پس از جنگ است. در این زمینه توجه به این استدلال ضروری است که حقیقت‌گویی لازمه برقراری و تحقق آشتی است که به موجب آن هر طرف قادر به ارائه روایت خود از حقیقت، شنیده شدن و تأیید آن است؛ به خصوص اینکه به ندرت بین گروه‌های قربانی و مرتکب مرزبندی سیاه و سفید وجود دارد. برای جلوگیری از روایت‌های رقیب که سبب ایجاد اختلاف در آینده می‌شود، ضروری است مردم یاد بگیرند که به صحت حقایق دیگران اعتماد کنند. بنابراین ایجاد آرشو سوابق دقیق تاریخی حاوی بیان حقایق انکارناپذیر برای هر دو گروه قربانی و مرتکب، به آشتی و صلح پایدار کمک می‌کند.

### ۳٫۳ تصدیق، عذرخواهی، بخشش

یکی دیگر از اقدامات در چاقوب مکانیسم‌های عدالت انتقالی در دوران پس از درگیری، فرایند تصدیق، عذرخواهی و بخشش است. یک عنصر اساسی برای اعاده و احیای روابط میان فردی در دوران پس از درگیری و خشونت این است که گروه‌های مرتکب به جنایات گذشته اعتراف نموده و خودشان را عزادار دانسته و بخاطر رفتارهای گذشته عذرخواهی و طلب بخشش نمایند. بی‌تردید عفو و بخشش در صورتی مؤثر خواهد بود که از طرف

شهادت قربانیان) را در فرایند صلح فراهم کرد و با به چالش کشیدن خشونت ساختاری و نژادپرستی بر اعاده حقوق فردی تمرکز نمود. همچنین، کمیسیون حقیقت‌یاب نیز در گواتمالا ضمن تمرکز بر علل درگیری که شامل خشونت و بی‌عدالتی‌های ساختاری، با تصدیق حق مردم برای دانستن حقیقت در مورد وقایع گذشته، نقش مهمی در بازسازی روابط و جلوگیری از بازگشت مجدد خشونت و درگیری داشت. (Eleftheria Papi, 2015: 1-12)



طرف دیگر، کمک کند (Barkan and Karn, 2006; ۳۳۳-). در خصوص بخشش هم همین‌گونه است که نه تنها به‌نوعی یک شکلی از تصدیق است، بلکه تعهدی در برابر فرد متخلف نادم نیز است. لذا، به نظر می‌رسد که عذرخواهی و بخشش موجب بازسازی و احیای روابط میان مرتکبان و بازماندگان می‌شود (Schimmel, 2002: 46) چراکه از طریق این سازوکار، گذشته براساس توافق متقابل میان طرفین (یعنی مرتکبان و قربانیان) تعریف می‌شود و در واقع تعریفی که از گذشته ارایه می‌شود حاصل توافق متقابل طرفین است و از این رهگذر هویت هر دو طرف بدلیل گفتگو و مذاکره‌ای که بین آنها شکل می‌گیرد، تصدیق و تایید می‌شود.

بدیهی است، مرتکبان نقض‌های حقوق بشر و سایر خشونت‌ها، باید مسئولیت اعمال خود را به عهده گیرند و عذرخواهی کنند. در همین راستا، قربانیان باید فضایی را در قلوب خود پیدا کنند تا کسانی که باعث ایراد آسیب و آلام‌شان شده، را ببخشند، حتی اگر این درد و رنج هرگز از بین نرود. اما، در هر جامعه‌ای برای برقراری روابط صلح‌آمیز مبتنی بر مشارکت و همکاری و نهایتاً برقراری صلح، بخشش نیز به همان اندازه‌ی عذرخواهی مهم است. زیرا اگر مسائل و تعارض‌ها حل نشود و لاینحل باقی بماند، باعث می‌شود که احساسات عمیق و پنهانی در قلوب طرفین ایجاد گردد که یک روزی باعث فوران آتش‌های زیرخاکستر و بازگشت مجدد درگیری و خشونت‌های شاید به مراتب شدیدتر از قبل خواهد شد. درواقع، حتی پس از اینکه درگیری‌ها متوقف شدند، افراد همچنان درد، آسیب، خشم، ترس و نفرتی را که موجب درگیری و وحشت آن‌ها شده، احساس می‌کنند. بدون عذرخواهی و بخشش، افراد در همان نظام‌های ارزشی که باعث بروز درگیری شده، باقی خواهند ماند و همین امر زمینه بروز مجدد درگیری و بازگشت مجدد خشونت خواهد بود. بنابراین آنچه مهم است اینکه ریشه‌ها

(محمدعلی‌پور و دیگران، ۱۳۹۸: ۱۸۲-۱۸۳) با این-حال، برای اینکه این تصدیق و اعتراف نسبت به اقدامات گذشته، مؤثر باشد باید هم کامل و هم مفصل و با جزئیات باشد. لذا، گام بعدی ندامت است که شامل به عهده گرفتن مسئولیت اقدامات گذشته، ابراز پشیمانی، عذرخواهی و درخواست مستقیم و صریح برای بخشش است. همچنین، صداقت، لازمه موفقیت در این مرحله است به‌گونه-ای که قربانی این صداقت را احساس کند و بتواند باور کند که فریبکاری درکار نیست. درواقع، وقتی مرتکبان اولین گام را برمی‌دارند و برای جنایات گذشته اظهار ندامت و طلب بخشش می‌نمایند، زمینه را برای مرحله بعدی، یعنی بخشش داوطلبانه بازماندگان به خاطر آسیب‌های گذشته فراهم می‌کند؛ هرچند ممکن است زمان طولانی سپری شود تا بازماندگان بخشش خود را ابراز نمایند، اما تصدیق واقعی و ندامت طرف مقابل به‌خودی‌خود تأثیر مثبتی در روابط میان طرفین خواهد داشت. بااین-حال، بخشش واقعی و اصیل زمانی اتفاق می‌افتد که به قربانی و بازمانده حق داده شود که بخاطر آسیب-های وارده عصبانی و آزرده‌خاطر باشد و نباید این رنجش و عصبانیت مورد انکار قرار گیرد یا نادیده گرفته شود، که اگر چنین باشد بخشش واقعی صورت نمی‌گیرد؛ گرچه بخشش لزوماً به معنای برحق بودن فرض نمی‌شود، اما این سه مؤلفه (تصدیق و ندامت، عذرخواهی، بخشش) ضروری است تا گروه‌های قربانی اطمینان یابند که در آینده از همان نقض‌ها یا نقض‌های مشابه رنج نخواهند برد (Beesley, 2010: 7-15)

به طور کلی، عذرخواهی و بخشش دو روی یک سکه عاطفی هستند که در سطح شخصی و خصوصی اتفاق می‌افتد و ممکن است بر روابط میان فردی نیز تأثیر بگذارند. درواقع، عذرخواهی می‌تواند به نیاز قربانی برای تایید و تصدیق از یک طرف، و تمایل مرتکب برای اعاده انسانیت و احترام به آن از

این مرحله عبور نکرده‌اند. (محمدعلی‌پور و دیگران، ۱۳۹۸: ۱۸۲)



بازماندگان با آن مواجه بودند. بنابراین گفته می‌شود، قبل از اعاده و بازسازی روابط دوستانه متقابل، کسی که باعث آسیب به دیگری شده، باید اعمال ناشایست خود را بپذیرد و پشیمان شود، از قربانیان عذرخواهی و در صورت لزوم، جبران خسارت کند (Shyaka, 2004: 39). با این حال، بدیهی است با توجه به شرایط و وضعیت هر جامعه‌ای نتایج حاصل از ارتباط بین تصدیق، ندامت، عذر خواهی، بخشش و بهبود روابط از هم گسیخته، متفاوت خواهد بود. به نظر می‌رسد این درک مشترک نسبت به این مسئله وجود دارد که درگیری خشونت آمیز میان فردی غالباً باعث ایجاد گسست در ارتباط می‌شود و وقتی طرفین قادر به گفتگو با یکدیگر نباشند، بعید است که بتوانند اختلافات خود را حل و فصل کنند. همچنین، وقتی که ارتباط بین افراد صورت نگیرد همواره نوعی بی‌اعتمادی، تحقیر و ترس حاکم می‌شود. در دوران پس از درگیری همواره باید تلاش شود راه‌هایی برای برقراری ارتباط و ترویج گفتگو در تمامی سطوح از توده مردم گرفته تا سران کشورها صورت گیرد تا زمینه برای پذیرش متقابل اعتراف به جنایات، عذرخواهی، بخشش و تضمین به عدم ارتکاب این جنایات در آینده فراهم شود. در این راستا، بازکردن راه‌های ارتباطی و تعامل بسیار مهم است، زیرا همانطور که بر انسانیت مشترک تاکید می‌کند، پیش‌دآوری‌ها و نگرش‌ها را به چالش می‌کشد و به مخالفان نشان می‌دهد که تفرقه وسیله‌ای برای حل اختلافات و درگیری نیست، فلذا ارتباط و تعامل می‌تواند فضایی را برای حل مسائل مربوط ایجاد کند. در واقع، وقتی راه‌های ارتباطی باز می‌شود، قربانیان متوجه می‌شوند که مرتکبان گذشته، قصد ندارند به آن‌ها آسیب برسانند و متوجه می‌شود که حس پرخاشگری، تجاوزکاری و انتقام جویی صرفاً در وجود و رفتار خودشان است، در نتیجه کمتر حالت دفاعی و خصمانه به خود می‌گیرند.

#### ۴ نتیجه گیری

علیرغم اینکه چالش‌های بسیاری درخصوص ارتباط میان گروه‌های درگیر وجود دارد، اما این مسئله دارای

و علل درگیری باید مورد توجه قرارگیرد و درجهت از بین بردن آن ریشه‌ها اقدامات جدی صورت پذیرد تا جامعه شاهد بازگشت مجدد خشونت نباشد. درواقع، با عذرخواهی، مرتکب به طرف دیگر نشان می‌دهد که به خاطر کاری که انجام داده، متأسف است، و اذعان دارد که نباید آن اعمال را مرتکب می‌شد و متعهد می‌شود که مجدداً دست به چنین ارتكابی نخواهند زد. از طرفی، مرتکب با تصدیق رفتارهای ناشایست و پذیرش مسئولیت‌پذیری، ابتکار عمل برای احیا و بازسازی رابطه را در دست می‌گیرد و سعی می‌کند با شریک یا دوستی که به او آسیب رسانده، گفتگو کند؛ به تبع آن، قربانی وقتی که عذر خواهی مرتکب را صادقانه بداند و به او اعتماد کند، این عذرخواهی را قبول خواهد کرد (Govier and Werwoerd, 2002: 193). هرچند، طرفین (مرتکبان و قربانیان) اذعان دارند که عذرخواهی جنبه‌ی نمادین دارد، اما این استدلال وجود دارد که وقتی مرتکب مبادرت به عذرخواهی می‌کند یعنی یک پیش‌شرط و یک شرط اساسی برای بازماندگان است که بخشش کنند و به امید آینده صلح‌آمیزتر پیش روند. علاوه‌براین، مرتکبان از طریق فرایند عذرخواهی و با پذیرش اعمال جنایتکارانه گذشته خود، به نوعی می‌توانند انسانیت خود را احیا کنند. بنابراین، به نظر می‌رسد رهایی واقعی از بازگشت مجدد خشونت، از طریق فرایند بخشش پس از عذرخواهی حاصل می‌شود.

در مورد نسل کشی سال ۱۹۹۴ در رواندا، بخشش، هرچند ضروری بود اما کار بسیار دشواری بود؛ زیرا این نظریه وجود داشت که با توجه به سطح شدید و گسترده خشونت‌های ارتكابی، صحبت از بخشش می‌توانست نوعی توهین‌آمیز باشد. از طرفی، نبخشیدن آن دسته از افرادی که شخصاً و مستقیماً در خشونت شرکت نکرده‌اند (یعنی کسانی که یا متعلق به گروه مرتکب بودند و یا کسانی که صرفاً ناظر بوده‌اند و فعالانه در خشونت شرکت نداشتند)، مسئله دشواری بود که

وضعیت‌های پس از درگیری در جوامع جنگ‌زده در نظر گرفته شوند. اختلاف نظرها در خصوص عدالت در دوران پس از درگیری در جوامع جنگ‌زده (از جمله یوگسلاوی سابق) به نوعی حاکی از آن است که نزاع و اختلاف بر سر معانی، مراتب و منابع عدالت انتقالی و صلح‌سازی وجود دارد. مطالعات نشان می‌دهد که عدالتی باید مورد توجه قرار گیرد که مدنظر مردم و جوامع محلی باشد نه عدالتی که مدنظر حکومت پس از درگیری یا عدالت مدنظر مداخله‌کنندگان، حامیان خارجی یا ملل متحد است.<sup>۱</sup> فرایندهای حقیقت‌جویی محلی نظیر آنچه در ایرلند شمالی (موسوم به پروژه یادبود Ardoyne) تجربه شد، موثرترین و کارآمدترین فرایندها در جوامع پس از درگیری برای انجام ابتکارات عدالت انتقالی و صلح‌سازی در این جوامع بوده است. چراکه در فرایندهای پایین به بالا، مشارکت افراد محلی در تمام مراحل اقدامات مربوط به صلح‌سازی و عدالت انتقالی باعث می‌شود که آن‌ها در ارتباط و تماس مستقیم با سایر اعضای جامعه باشند و در این شرایط است که بازسازی روابط صورت می‌گیرد.

هدف از پرداختن به مقوله بازسازی روابط میان طرفین درگیر بعنوان یکی از ابزارهای صلح‌سازی این است که یک راهنمایی باشد برای بررسی، بحث و تفسیر یافته‌های تحقیقی در مورد روش‌ها و راه‌هایی

و نخبگان به دلیل موقعیت طبقاتی خود، قادر به درک عمق درد و رنج قربانیان جنگ‌ها و خشونت‌ها، نمی‌باشند. (Kersten, 2015, p.14) بعلاوه، در مصر پس از مبارک بدلیل برتری منافع سیاسی بر رویکردهای حقوقی، عدالت انتقالی در مصر به شکل ناقص و معیوبی اجرا و به «عدالت هدایت شده» تبدیل شد که منجر به تقویت نقش مردم و بازسازی روابط میان طرفین درگیر در جامعه مصر نشد؛ هرچند غرامت به قربانیان نیز مطرح شد اما هیچگاه قربانیان بعنوان قربانی به رسمیت شناخته نشدند تا غرامتی شامل حال آن‌ها یا خانواده‌هایشان شود (ذاکریان و عمادی، ۱۳۹۷: ۱۸۶).

آثار و پیامدهایی در روابط میان‌فردی است. به نظر می‌رسد، روابط میان افراد در دوران پس از درگیری می‌تواند مانع بازگشت مجدد درگیری و خشونت شود. هرچند ارتباط فی‌نفسه نمی‌تواند یک ابزار و یک نسخه عمومی برای تغییر پیش‌داوری یا ترویج روابط بهتر میان طرفین درگیر باشد، اما در وضعیت‌های خاص یا تحت شرایط ویژه می‌تواند منجر به تحقق اهداف مدنظر (یعنی صلح و ثبات) گردد. در واقع، برای اینکه ارتباط آثار مثبت خود را بدنبال داشته باشد، به عوامل متعددی از جمله شرایطی که روابط در آن شکل می‌گیرد و همچنین سایر عوامل موجود در موقعیت‌های مورد نظر بستگی دارد. بنابراین، باتوجه به تحقیقات و مطالعات صورت گرفته می‌توان به‌طور خلاصه بیان داشت که ارتباط میان افراد متعلق به گروه‌های اجتماعی مخالف، در شرایط مطلوب، منجر به کاهش نگرش‌ها و رفتارهای منفی و خصمانه میان‌فردی (میان افراد) نسبت به یکدیگر از یک طرف و تقویت نگرش‌ها و رفتارهای مثبت و دوستانه از طرف دیگر می‌شود. پیش‌شرط‌هایی نظیر حقیقت‌جویی، تصدیق، عذرخواهی، بخشش و عدالت که در فوق مورد بررسی قرار گرفت (فارغ از اینکه پیش‌شرط‌های اساسی برای برقراری یک رابطه تلقی شوند و یا بعنوان تسهیل‌کننده ارتباط باشند)، یک دسته از ویژگی‌های به‌هم‌پیوسته‌ای هستند که باید با هم و توأمان در

۱- یکی از مهمترین دلایل ناکامی در اجرای سازوکارهای صلح‌سازی و عدالت انتقالی در لیبی عدم توجه به بازسازی روابط بود. سازوکارهای عدالت انتقالی در لیبی به خصوص کمیسیون حقیقت‌یاب و تطهیر، در جهت منافع سیاسی انقلابیون بود و عدالت بعنوان جوهره اصلی این مکانیسم‌ها، قربانی تمایلات سیاسی گروه‌های پیروز شد. همچنین، برنامه عدالت انتقالی در افغانستان هیچ جایگاهی برای قربانیان در نظر نگرفته بود. در این برنامه، همواره نگاه دولت‌محور حاکم بوده و مسئولیت تطبیق و اجرای عدالت انتقالی، وظیفه نخبگان و مقامات حاکم بر جامعه بوده است. این درحالی است که مقامات



فرایندهای صلح‌سازی به منظور جلوگیری از بازگشت مجدد درگیری تجویز نمی‌کند و بازسازی روابط میان افراد صرفاً بعنوان یکی از ابزارهایی تلقی می‌کند که می‌تواند در برخی از جوامع با توجه به شرایط و ویژگی‌ها و ریشه‌های درگیری مورد توجه قرار گیرد.

که در آن با بازسازی روابط میان طرفین درگیر می‌تواند بر انجام موفقیت‌آمیز صلح‌سازی و عدالت انتقالی در دوران پس از درگیری به منظور برقراری صلح و تحکیم آن و جلوگیری از بازگشت مجدد خشونت در اینگونه جوامع موثر باشد.

شایان ذکر است که این مطالعه صرفاً تحقیقی است و هیچ راه‌حل و نسخه واحدی را برای



## References

- Falsafi, Hedayatullah, (2008), "Right, peace and human dignity, reflections on the concepts of legal rule, moral value and humanity", legal magazine of the International Legal Services Office of the Islamic Republic of Iran, issue 26 and 20 and the seventh, pp. 130-5. (In Persian)
- Hosseini, Seyyed Mohammad, (1378), "The role of mediation in lawsuits and responding to the role of norms", Law and Political Science Faculty Journal, No. 45, pp. 5-41. (In Persian)
- Kodkhodaei, Abbas Ali and Mehbobeh Abbasian, (2019), "Theoretical foundations of economic justice in the light of efficiency in the Constitution of the Islamic Republic of Iran", Public Law Studies Quarterly, Volume 50, Number 1, pp. 21-1. (In Persian)
- Nue Prest, Zahra, (2008), "Democracy, Justice and Peace", Political Science Quarterly, No. 9, pp. 5-26. (In Persian)
- Ranjbarian, Amir Hossein and Mahdia Malek-El-Katab Khabani, (2009), "Sierra Leone Special Court: Formation Process, Jurisdiction and Dealing with Impunity", International Legal Journal, Presidential Center for International Legal Affairs, year 27, No. 43, pp. 123-167. (In Persian)
- Abbas-Zadegan, Mustafa, (2012), "Restorative Justice, New Perspective of Criminal Justice", Law and Policy Research, No. 9, pp. 128-85. (In Persian)
- Barkan, Elazar and Alexander Karn, (2006), "Taking Wrongs Seriously: Apologies and Reconciliation", Stanford, CA: Stanford University Press.
- Beesley, Sophie, (2010), "Effect of Apology Focus on Perceptions of Sincerity Apology, Acceptance and Forgiveness", Edith Cowan University.
- Brahm, Eric, "Getting to the Bottom of Truth: Examining Truth Commission Success and Impact", *International Studies Association Annual Meeting, Honolulu, Hawaii*, (2005), pp. 1-38.
- Brounéus, Karen, (2008), "Rethinking Reconciliation: Concepts, Methods, and an Empirical Study of Truth Telling and Psychological Health in Rwanda", Uppsala Universitet: Department of Peace and Conflict Research.
- Burgess, Heidi, (2003), "Stereotypes Characterization Frames", *Beyond Intractability*, Eds. Guy Burgess and Heidi Burgess, Conflict Information Consortium, University of Colorado, Boulder.
- Dietrich, Wolfgang "A Brief Introduction to Transrational Peace Research and Elicitive Conflict Transformation", *Journal of Conflict ology*, Vol. 5, Iss. 2, (2014), pp. 48-57.
- Eleftheria Papi, Kristiana, "The Role of Transitional Justice Processes in Building Peace in Latin America", *E-International Relations*, (2015), pp. 1-12.
- Fahim Dashti, Mohammad, (2018), "People's song in the peace



- process", Friedrich Ebert Foundation and Afghanistan Policy Group, pp. 1-20. (in Persian)
- Fisher, R. J, (1990), "The social Psychology of Intergroup and International Conflict Resolution", Springer-Verlag.
- Forbes, H.D, (1997), "Ethnic Conflict: Commerce, Culture and Contact Hypothesis", New Haven and London: Yale University Press.
- Frederiksen, Erica, "Healing Fractured Communities: Restorative Justice as a Strategy for Inclusion", (2006), *Prepared for presentation at meetings of the Canadian Political Science Association, Toronto, Ontario*, pp. 1-15.
- Freeman, Mark, and Priscilla B. Hayner, (2003), "Truth-Telling", In *Reconciliation after violent conflict: a handbook*, Ed. by D. Bloomfield, Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance.
- Gearoid Millar, "Performative memory and re-victimization: Truth-telling and provocation in Sierra Leone", *Memory Studies*, Vol. 8, No. 2, (2015), pp. 242-254.
- Govier, Trudy and Wilhelm Verwoerd, "Trust and the Problem of National Reconciliation", *Philosophy of the Social Sciences*, Vol. 32 No. 2, (2002), pp. 178-205.
- Hairston, Kimetta R, Dehumanization of the Black American Female: An American/Hawaiian Experience", *paces for Difference: An Interdisciplinary Journal*, Vol. 1, No. 1, (2008), pp. 65-85.
- Hazan, Pierre, "Measuring the Impact of Punishment and Forgiveness: A Framework for Evaluating Transitional Justice", *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, No. 861, (2006), pp. 19-47.
- Javadi Arjamand, Mohammad Jaafar and Mehdi Mateen Javid, (2007), "Study on the role of conflict resolution in international relations", *Politics Quarterly, Journal of School of Law and Political Science*, Volume 38, Number 1, pp. 15-38. (In Persian)
- Kimberly, M. William, (2003), "The peace Approach to Violence prevention: A guide for Administrators and Teachers", Maryland: Scarecrow Press.
- Lambourne, Wendy, "Post-Conflict Peacebuilding: Meeting Human Needs for Justice and Reconciliation", *Peace, Conflict and Development*, Issue Four, (2004), pp. 1-24.
- Lederach, John Paul, (1997), "Building Peace: Sustainable Reconciliation in Divided Societies", Washington, D.C: United States Institute of Peace Press.
- Long, William and Peter Brecke, (2003), "War and Reconciliation: Reason and Emotion in Conflict Resolution", Cambridge, Massachusetts press.
- Mendeloff, David, "Truth-Seeking, Truth-Telling, and Post conflict Peacebuilding: Curb the Enthusiasm? Reflection, Evaluation, Integration", *International Studies Review*, Vol. 6, No. 3, (2004), pp. 355-380.



- Minkler, Janine, "Book Review: Lisa Schirch. *Ritual and Symbol in Peacebuilding*", *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, Vol. 2, Iss. 2, Art. 9, (2007), pp. 195-197.
- Mohammad Alipour, Farideh, Mohammadwali Modares and Seyed Samad Hosseini Vasoukalai, (2018), "Transformation in the apartheid political system in South Africa and peace building; Forgiveness or Revenge (1989-1999)? (Teachings for Iranian society)", *Political Science Journal*, 14th year, No. 2, pp. 165-196. (In Persian)
- Parastesh, Reza and Seyed Shahabuddin Mousavizadeh Merkieh, (2017), "Criminal Justice Policy Evolution in the Light of Cultural Approach", *Criminal Law Research Journal*, Year 9, Number 1, pp. 31-7. (In Persian)
- Report of the Secretary-General, "The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies", *United Nations Security Council (S/2004/616)*, (2004), pp. 1-24.
- Ross, Marc Howard, "Theory and Practice of Conflict Resolution", *Peace and Conflict: Journal of Peace Psychology*, Vol. 6, Iss. 1, (2000), pp. 85-87.
- Rostami, Wali and Hossein Qobadi, (2017), "Distributive Justice, Efficiency and Termination of Labor Contract", *Public Law Studies Quarterly*, Volume 48, Number 1, pp. 83-65. (In Persian)
- Schimmel, Solomon, (2002), "Wounds Not Healed by Time", Oxford University Press.
- Schirch, Lisa, (2005), "Ritual and Symbol in Peacebuilding", Bloomfield: Kumarian Press, Inc.
- Shyaka, Anastase, "The Rwandan Conflict Origin, Development, Exit Strategies", The National Unity and Reconciliation Commission, (2004), pp. 1-45.
- Sobhani, Mohin, (2016), "Efficient and Legitimate Mechanisms of Transitional Justice", *Research Journal of Criminal Law*, Year 8, Number 1, pp. 85-109. (In Persian)
- Tabibzadeh, Pune and Reza Eslami, (2017), "The effect of restorative justice on the realization of the goals of transitional justice", *Criminal Law Research Quarterly*, 6th year, 23rd issue, pp. 247-213. (In Persian)
- Zakarian, Mahdi and Seyed Rezi Emadi, (2017), "Challenges of Transitional Justice with Authoritarianism in Post-Mubarak Egypt", *World Politics Quarterly*, Volume 7, Number 4, pp. 206-173. (In Persian)
- Zakarian, Mahdi and Seyedrezi Emadi, (2012), "Mechanisms and functions of transitional justice; An important development in international law", *Quarterly of International Organizations*, first year, number 1, pp. 256-222. (In Persian)
- Zamani, Jafar and Ahmad Chorke Yekshweh, (2015), "The necessity of designing a space for peace with the approach of creating a sense of friendship (with the approach of conceptual and semantic art)", the third international research



conference in science and  
technology, pp. 1-13. (In Persian)



Original Article

# A Comparative Study of the Iranian Model of "Protecting Children and Adolescents in Cyberspace": Evaluation from the Perspective of International Child Rights Standards

Ehsan Shahsavari <sup>\*1</sup>

<sup>1</sup> Assistant Professor, Department of International Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran.



[20.1001.1.24237566.1402.7.2.6.2](https://doi.org/10.1001.1.24237566.1402.7.2.6.2)



[10.22080/lps.2023.25007.1471](https://doi.org/10.22080/lps.2023.25007.1471)

**Received:**

February 7, 2023

**Accepted:**

May 15, 2023

**Available online:**

August 18, 2023

**Keywords:**

Protection document, Cyberspace, Supreme Council of Cyberspace, Committee on Rights of the Child, Best interests of the child.

## Abstract

The "Document for the Protection of Children and Adolescents in Cyberspace" creates a national model for legal regulation and management of cyberspace regarding Iranian children and adolescents. The spirit of this document, which is protectionism, is realized through "creating a protected virtual environment for children and teenagers". The realization of this importance is through the development of content that meets the special needs of children and teenagers, classifying cyber services, the establishment of a support and monitoring system, and cultivating and promoting cyber knowledge and international interactions. In General Comment No. 25, by introducing a guiding framework for the protection of children in cyberspace, the Committee on Rights of the Child (CRC) has given authenticity to the "protection of the best interests of the child" in cyberspace. The content of this model includes the obligation to eliminate all forms of discrimination against children, protection of the child's best interests and attention to his views, and national policy making, national and international cooperation, allocation of resources, evaluation of virtual effects, virtual knowledge enhancement, monitoring, preparation for litigation. And compensation is the solution to realize this important. This research using the descriptive-analytical method and in a comparative way shows that the model of "protection document" with priority given to national considerations including cultural-Islamic values and efforts to develop a protected virtual environment on the basis of the national information network and (not International Information

\*Corresponding Author: Ehsan Shahsavari  
Address: Assistant Professor, Department of International Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran.

Email: [e.shahsavari@umz.ac.ir](mailto:e.shahsavari@umz.ac.ir)



Network) aims to draw an independent legal framework but related to the international obligations of the Islamic Republic of Iran.

## 1. Introduction

The "Document for the Protection of Children and Adolescents in Cyberspace" creates a national model for legal regulation and management of cyberspace regarding Iranian children and adolescents. The spirit of this national document is "creating a protected cyberspace for children and adolescents", which is achieved by developing content that meets the special needs of children and adolescents, classifying cyber services, establishing the support and monitoring system across the country, data cultivation, promoting cyber knowledge for all special children and their parents, and maybe by international interactions and cooperation. In General Comment No. 25, by interpreting and introducing a guiding framework for the protection of children in cyberspace, the Committee on the Rights of the Child (CRC) has given authenticity to the "protection of the best interests of the child" in cyberspace. The principle of non-discrimination, the best interests of the child, and respect for the views of the child are the essence of this framework. Meanwhile, national policy-making, national and international cooperation, allocation and distribution of resources, evaluation of cyber effects on children's society, cyber knowledge enhancement for all, monitoring of national and international practices, litigation, and compensation are the solutions to realize that protective framework. The current research seeks to evaluate the conformity of the Supreme Council of Cyberspace (SCC) (National Virtual Space Center) framework with international standards

for child rights. Using the descriptive-analytical method, this research shows that the model of "protection document", with priority given to national and cultural considerations and efforts to develop protected environments based on the national information network, aims to draw an independent legal framework related to the international obligations of the Islamic Republic of Iran.

## 2. Method

This research aims to describe and analyze the documents obtained through the library method. In this regard, most of the relevant documents such as the Committee on the Rights of the Child (CRC) general comments, Human Rights Committee (CCPR) general comments, the relevant practice of the international court of Justice, and all other relevant national and international bodies have been studied and analyzed in this research.

## 3. Results

The findings of the research revealed that every state has the right to manage cyberspace according to what it deems correct and legal based on the special needs of children but in the light of international standards on children's rights concerning the digital environment such as the principles of non-discrimination and distinction, full attention should be drawn to the protection of the best interests of the child and respect for the views of the child. Some of these standards are explicitly reflected in the Convention on the Rights of the Child and Committee on the Rights

of the Child (CRC) in General Comment No. 25.

The Supreme Council of Cyberspace (SCC) (National Virtual Space Center) framework reflected in the Document for the protection of children and adolescents in cyberspace creates a national framework for legal regulation and management of cyberspace in relation to Iranian children and adolescents. Compared with the Committee on the Rights of the Child (CRC) in General Comment No. 25, finding all the protective elements and standards about the matter in SCC (National Virtual Space Center) document is difficult due to the spirit of this national document, which consists of "creating a protected cyberspace for children and adolescents based on national, moral, and cultural values".

#### **4. Conclusion**

The codified framework of the SCC Document for the protection of children and adolescents in cyberspace cannot be analyzed individually and separately from Iran's national legal system in relation to children. This document, in connection with other national regulations and including the treaty obligations of the Islamic Republic of Iran, has defined a legal and defensible order in the protection of

children's rights in cyberspace. The legislative reorganization of the aforementioned document and the initiative of the parliament in the appropriate legislation depends on the commitment to the purpose and subject of the Convention on the Rights of the Child and considering its spirit and the best interests of children as a priority can solve the defects of this document to a large extent.

#### **Funding**

There is no financial support for this research.

#### **Authors' contribution**

The authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. The authors approved the content of the manuscript and agreed on all legal aspects of the research.

#### **Conflict of interest**

The authors declared no conflict of interest.

#### **Acknowledgments**

The authors appreciate all the scientific consultants in this paper.

# بررسی تطبیقی الگوی ایرانی "صیانت از کودکان و نوجوانان در فضای مجازی" و استانداردهای حقوق بین الملل کودک

احسان شهبسوازی<sup>\*۱</sup><sup>۱</sup> استادیار گروه حقوق بین الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.[20.1001.1.24237566.1402.7.2.6.2](https://doi.org/10.22080/lps.2023.25007.1471)[10.22080/lps.2023.25007.1471](https://doi.org/10.22080/lps.2023.25007.1471)

## چکیده

"سند صیانت از کودکان و نوجوانان در فضای مجازی" مصوب شورای عالی فضای مجازی خالق الگوی ملی نظم بخشی حقوقی و مدیریت فضای مجازی در ارتباط با کودکان و نوجوانان ایرانی است. جوهر این سند که صیانت گری است از طریق "ایجاد محیط مجازی صیانت شده برای کودکان و نوجوانان" محقق میشود. تحقق این مهم از طریق توسعه محتوای منطبق با نیازهای ویژه کودکان و نوجوانان، خدمات مجازی رده بندی شده، استقرار نظام حمایت و پایش، فرهنگ سازی، ارتقای دانش مجازی و تعاملات بین المللی است. در مقابل، کمیته حقوق کودک در تفسیر کلی شماره ۲۵ ضمن ارائه چارچوبی راهنما برای صیانت از کودکان در فضای مجازی، به "صیانت از مصالح عالیله کودک" در فضای مجازی اصالت بخشیده است. محتوای این الگو از جمله شامل الزام به امحای کلیه اشکال تبعیض علیه کودکان، صیانت از مصالح عالیله کودک و توجه به دیدگاههای اوست و سیاستگذاری ملی، همکاریهای ملی و بین المللی، تخصیص منابع، ارزیابی اثرات مجازی، دانش افزایی مجازی، پایش، تمهید دادخواهی و جبران خسارت راهکار تحقق این مهم است. پژوهش حاضر که منصرف از بررسی ماهوی نظام حقوق کودک است، بدنبال ارزیابی و تطبیق الگوی ترسیم شده در سند صیانت با استانداردهای بین المللی حقوق کودک است. این پژوهش با استفاده از روش توصیفی- تحلیلی و به شیوه ای تطبیقی نشان می‌دهد که الگوی "سند صیانت" با اولویت بخشی به ملاحظات ملی از جمله ارزش های فرهنگی-اسلامی و تلاش برای توسعه محیط مجازی صیانت شده بر بستر شبکه ملی اطلاعات (و نه شبکه بین المللی اطلاعات) در صدد ترسیم چارچوب حقوقی مستقل اما مرتبط با تعهدات بین المللی جمهوری اسلامی ایران است. این الگو علیرغم همپوشانی هنجاری و محتوایی در برخی مواضع، به تمامه قابل انطباق با استانداردهای بین المللی حقوق کودک بنظر نمی رسد و لازم است در نظم بخشی های آتی و از جمله تقنین عادی، التزام به هنجارهای بین المللی حقوق کودک و حمایت از حقوق ماهوی کودک به روشنی منعکس شود.

تاریخ دریافت:

۱۸ بهمن ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۲۵ اردیبهشت ۱۴۰۲

تاریخ انتشار:

۱ مهر ۱۴۰۲

کلیدواژه ها:

سند صیانت، فضای مجازی، شورای عالی فضای مجازی، کمیته حقوق کودک، مصالح عالیله کودک

<sup>\*</sup> نویسنده مسئول: احسان شهبسوازی

آدرس: استادیار گروه حقوق بین الملل، دانشکده حقوق و علوم

سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.

ایمیل: [e.shahsavari@umz.ac.ir](mailto:e.shahsavari@umz.ac.ir)

## ۱ مقدمه

آن محیط و تنظیم کننده نوع بهره مندی ذینفعان از آن فضا است. روشن است که انسداد این فضا و محروم سازی کودکان به عنوان یکی از ذی نفعان اصلی فضای مجازی نمی تواند به مثابه مدیریت و پایش مطلوب فضای مجازی تلقی شود. از سوی دیگر، رهاسازی و آزادی بی رویه دسترسی به هر گونه محتوا در این فضا می تواند تخریب کننده تلاشها در صیانت از مصالح عالییه کودکان باشد. پس، رویکردی متوازن و سازشی لازم است که ناظر ملی بتواند در عین زدودن عوارض سوء این فضا و پالایش محتوای مخاطره آمیز موجود در آن، دسترسی کودکان به فضای سالم و امن رسانه ای را تضمین کند تا بدین طریق مسیری روشن برای تعالی فکری و رفتاری کودکان فراهم آورد.

کمیته حقوق کودک به عنوان نهاد ناظر معاهده ای ذیل کنوانسیون حقوق کودک (CRC, 1989: Art.45)، در تفسیر کلی خود از مفاد کنوانسیون حقوق کودک با تعریف یک چارچوب حقوقی راهنما در صدد معرفی الگویی کارآمد برای صیانت از حقوق کودکان در فضای مجازی برآمده است. به باور این کمیته، رعایت اصل عدم تبعیض در دسترسی و بهره مندی کودکان از فضای مجازی، ملحوظ داشتن مصالح عالییه کودکان (Best interests of the child)، احترام به حق حیات، بقا و تعالی کودک و توجه به دیدگاه های وی از عناصر لازم برای هر گونه تقنین ملی در نظم بخشی، مدیریت و پایش فضای مجازی در ارتباط با کودکان است. به باور کمیته، جامعیت، ملموس بودن، عینیت، غیر مبهم بودن، کارآمدی، تحول پذیری، انطباق پذیری با نیازهای متحول زمانه و از همه مهم تر انطباق با سایر تعهدات بین المللی باید از اجزای الگوی ملی فضای مجازی در ارتباط با کودکان باشد. هماهنگی میان بخشی و ملی و اخذ مشورت از سایر کنشگران حقوق کودک از جمله سازمان های مردم نهاد ملی و بین المللی، رعایت اصل محرمانگی داده و احترام به حریم خصوصی کودکان، ارزیابی پیوسته اثرات فضای مجازی بر کودکان با مطالعات علمی و روزآمد

فضای مجازی یکی از مهم ترین عرصه ها برای بازنمایی و انعکاس نقشهای کودکانه است. این فضا متشکل از فناوری اطلاعات و ارتباطات، شبکه های مجازی، محتوا، خدمات و نرم افزارها، دستگاه ها و محیط های برخط، تکنولوژی دنیای مجازی، هوش مصنوعی، رباتیک، سیستم های خودکار، الگوریتم و محیط های تجزیه و تحلیل داده ها و فناوری بیومتریک و سایبری است (CRC, General Comment No.25, 2021: 2). فضای پیش گفته با جمیع محتوای موجود در آن می تواند نقشی مهم در هدایت و جهت دهی به آمل، اندیشه ها، توانایی ها و ظرفیت های بالقوه کودکان و در یک کلام تحقق کودکانگی آنان داشته باشد. بهره مندی از محتوای علمی و آموزشی، رشد و تعالی فکری و فرهنگی، آشنایی و آگاهی به اندیشه های نوین، تکامل استعداد های کودکان، تمرین رواداری و مهربانی و در نهایت تحقق مصالح عالییه کودک می تواند از طریق فضای مجازی نیز هموار ناشی شود.

با وجود این، فضای مجازی همانند فضای حقیقی، آکنده از مخاطرات متنوع است و نمی توان محتوای عرضه شده در آن را به تمامه در خدمت مصالح کودکان دانست. چون فعالیت در فضای مجازی بسیار سهل تر و امن تر از فضای واقعی است؛ از چشمان والدین و ناظران بیرونی به دور می ماند. مسئولیت پذیری اخلاقی و سرزنش پذیری در این فضا کمرنگ تر از فضای واقعی است. این فضا علیرغم نقش روشن در تعالی، توسعه، جامعه پذیری و تحول مناسبات اجتماعی کودکان، با تسهیل هرزه نگاری (pornography)، قلدری مجازی (Cyberbullying) و اغوای جنسی (Sexual grooming) بستری برای تهدید کودکانگی نیز فراهم می کند و خالق وضعیت های مخاطره آمیز باشد.

طبعا بهره مندی از فضای مجازی نیازمند تعریف برخی ضوابط، مقررات و استانداردهای مدیریت کننده



مفروض این پژوهش که با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی و با مذاقه در "تفسیر کلی شماره ۲۵ کمیته حقوق کودک" و "سند صیانت" و تطبیق آندو به دست آمده این است که الگوی ملی "سند صیانت" در سایه اصالت حقوق داخلی نسبت به تعهدات بین المللی حقوق بشر و اولویت دادن به ملاحظات ملی و فرهنگی که حاصل از الگوی ایرانی-اسلامی مدیریت و پالایش فضای مجازی است با تلاش برای توسعه محیط های صیانت شده بر بستر شبکه ملی اطلاعات در صدد ترسیم چارچوبی ویژه و مستقل است که در عین تنظیم و تجویز دسترسیهای کنترل شده به فضای مجازی توسط کودکان، تقابل و یا ناهمسازی حداقلی با تعهدات بین المللی جمهوری اسلامی ایران و به ویژه کنوانسیون حقوق کودک را داشته باشد.

در پژوهش پیش رو، پس از تشریح نقش کمیته حقوق کودک در تفسیر کنوانسیون حقوق کودک و ارزش حقوقی تفاسیر کلی آن، جایگاه، کارکرد و ارزش حقوقی مصوبات شورای عالی فضای مجازی به اجمال مورد مذاقه قرار می گیرد تا بدنبال آن چارچوب کلی ترسیمی توسط کمیته حقوق کودک و شورای عالی فضای مجازی راجع به حقوق کودکان در زیست بوم مجازی توامان مورد بررسی قرار گیرد. پس از آن به چارچوب اقدامات عملی مورد نیاز توصیه شده توسط کمیته حقوق کودک و شورای عالی فضای مجازی در باب صیانت از کودکان در فضای مجازی پرداخته و در پایان پس از جمع بندی و تطبیق نهایی محتوای این دو، پیشنهادها و رهنمودهایی ارائه خواهد شد. بدوا باید یادآور شد موضوع این پژوهش منصرف از بررسی محتوایی نظام حقوق کودک و بررسی مصادیق خاص حقوق بشری کودکان است. ازین رو جز در مواضعی که نیاز مبرم احساس شود، استنادی به اسناد بین المللی و ملی حقوق کودک از جمله کنوانسیون حقوق کودک و قانون حمایت از اطفال و نوجوانان صورت نخواهد گرفت.

و عنداللزوم بازبینی یا بازتعریف اولویت های دولتی در کنترل این فضا بخشی دیگر از تعهدات دولت در طراحی نظام صیانت از کودکان در فضای مجازی است ( CRC, General comment No.25, 2021: 8).

در مقابل، شورای عالی فضای مجازی در سال ۱۴۰۰ با تصویب سند "صیانت از کودکان و نوجوانان در فضای مجازی" (ازین به بعد سند صیانت) در پی طراحی الگویی ملی برای مدیریت فضای مجازی در ارتباط با کودکان و نوجوانان برآمده است. هدف از تصویب سند صیانت "فراهم سازی فضای مجازی ویژه خردسالان، کودکان و نوجوانان در چارچوب فرهنگ اسلامی-ایرانی برای استفاده مناسب از فضای مجازی و پیشگیری از آسیبهای احتمالی آن" بوده است (سند صیانت، ۱۴۰۰: ۲). تحقق این رسالت مهم با مدیریت و راهبری مرکز ملی فضای مجازی و از طریق ایجاد محیط صیانت شده با جوهره دسترسی های طبقه بندی شده، توسعه محتوا و ارائه خدمات رده بندی شده و متناسب با وضعیت دریافت کنندگان خدمات، برقراری نظام حمایت و مراقبت از کودکان و نوجوانان از طریق خانواده و دیگر کنشگران دولتی و غیر دولتی و فرهنگ سازی و ارتقای دانش مجازی خواهد بود.

با توجه به نو صدور بودن اسناد پیش گفته، تاکنون فرصتی برای مذاقه و تحلیلشان فراهم نیامده است و پژوهشی با محتوای مشابه و به سبک تطبیق این دو سند در ادبیات حقوقی داخلی و خارجی وجود ندارد. به واسطه همین امر و فقدان ادبیات ملی ناظر به مانحن فیه و ضرورت تفقه و ارزیابی نظم کلی ترسیم شده توسط شورای عالی فضای مجازی پژوهش حاضر در مقام پاسخ به این پرسش است که الگوی طراحی شده در سند صیانت در قالب رهیافت ملی به مدیریت این فضا بر اساس ارزشهای فرهنگی ملی و اسلامی تا چه میزان منطبق بر الگوی معرفی شده توسط کمیته حقوق کودک است؟

## ۲ کمیته حقوق کودک به مثابه مفسر اصیل کنوانسیون حقوق کودک

دولتها، خود واضعان اصلی بسیاری از تعهدات بین المللی می باشند و پس از تشکیل تعهد، ذی نفعی بسیار شدیدی در نحوه خوانش، تفسیر و اجرای تعهدات خواهند داشت. نقصان نظام تفکیک اقتدارات در مناسبات بین المللی و وحدت قاعده گذار و مجری قاعده در حقوق بین الملل زمینه آزادی عمل بیشتر دولتها را در تفسیر تعهدات بین المللی فراهم می آورد. در فقدان پایشگران بیرونی و مفسران بی طرف این آزادی عمل می تواند منجر به رویه سازی مخرب ملی یا بین المللی شده و گریز از موضوع و هدف معاهده را تسریع کند. پس سپردن فرآیند خوانش، تفسیر و اجرای قاعده حقوقی نمی تواند در انحصار دولت ها باشد؛ به ویژه آنکه هر دولتی از منظر صلاحدید و مصالح خود فرآیند اجرای قاعده را تعریف و مقدمات آن را تمهید می کند. برای کنترل صلاحیت تفسیری دولت ها و غلبه بر چالش های حاصل از آن، کنوانسیون حقوق کودک افزون بر صلاحیت پایش و ارزیابی اجرای تعهدات بین المللی، صلاحیت تفسیر عمومی کنوانسیون را نیز به کمیته حقوق کودک سپرده است.

در مانحن فیه، بخشی از این مهم به موجب بند چهارم ماده ۴۵ کنوانسیون حقوق کودک و در قالب ارائه برخی پیشنهادات و صدور توصیه های کلی (General Recommendations) محقق می شود. صلاحیت کمیته در صدور تفاسیر کلی بواسطه تراضی اطراف کنوانسیون حقوق کودک بوده است؛ اطراف کنوانسیون حقوق کودک بی آنکه خود را از تفسیر اصیل این سند مستغنی بدانند صلاحیتی اضافه برای کمیته حقوق کودک دایر بر تفسیر کنوانسیون از طریق صدور تفاسیر کلی ایجاد کرده اند تا کمیته بتواند از طریق تجمیع و تدوین رویه های ملی و بین المللی و عنداللزوم حداقلی از عنصر

ابتکار و توسعه تدریجی حقوق بین الملل کودک، مفاد کنوانسیون را مورد تفسیر قرار دهد.

در اصول ۷۱ و ۷۲ از آیین موقت کاری کمیته حقوق در تشریح ماده ۴۵ کنوانسیون، به عبارت پیشنهادات و توصیه های کلی اشاره شده است (Provisional Rules of Procedure, 2005: 71-72). اما در اصل ۷۳ از همان سند، به صلاحیت کمیته در صدور تفاسیر کلی (نه توصیه) مبتنی بر مواد و مقررات کنوانسیون و به قصد بهبود اجرای تعهدات اطراف کنوانسیون و کمک به آنها در نظام گزارش دهی اشاره شده است (Provisional Rules of Procedure, 2005: 73). نیز کمیته می تواند بر اساس داده های دریافتی از دولت های عضو که عموماً منعکس کننده رویه ملی آنان است، اسناد، اقدامات و رویه های کارگزاری های تخصصی ملل متحد و سایر ذی نفعان در امر حقوق کودک از جمله سازمان های بین المللی غیر دولتی، محافل آکادمیک و حتی دیگر نهادهای ناظر معاهده ای، پیشنهادها و یا توصیه هایی کلی راجع به تفسیر مواد کنوانسیون ارائه کند. این پیشنهادها و نظرات به کشور عضو مربوطه منتقل خواهد شد و به همراه نظرات کشور عضو به مجمع عمومی ملل متحد گزارش خواهد شد (CRC: 1989: Art. 45).

حاصل از تفکیک پیش گفته آنکه کمیته حقوق کودک صلاحیت صدور رهنمودهای عام (General Directives) دارد و این مهم از دو طریق عملی خواهد شد. نخست به عنوان عملی واکنشی و در پاسخ به کنشگران ذیربط در فرآیند اخذ داده ها و گزارشهای دولتی یا سازمانی و دوم به صورتی ابتکاری و مستقیم در راستای خوانش و تفسیر مقررات خاصی از کنوانسیون. نوع نخست در قالب کارویژه نظارتی کمیته در قبال دولت یا سازمانی مشخص معنا می یابد و نوع دوم شمول و تخاطبی عام دارد و تفسیری قاعده مند از مفاد کنوانسیون است. تمام ۲۵ رهنمود عام کمیته حقوق کودک نیز در قالب عنوان تفسیر کلی (نه توصیه های کلی) صادر شده است و شأنی فراتر از توصیه صرف دارند.



نه تنها فرآیند تقنین در معنای خاص خود بلکه هر گونه سیاست گذاری کلان فراقوه ای را نیز که در سطح ملی برای ایفای تعهدات مندرج در کنوانسیون حقوق کودک و برقراری نظام صیانت از کودکان تصویب و اجرا می شود در بر میگیرد.

در هر صورت، اطراف کنوانسیون حقوق کودک مکلفند فارغ از هر ساختار تقنینی و اجرایی در سطح ملی به سیاست گذاری و قاعده سازی به منظور صیانت از کودکان در فضای مجازی اقدام کنند. اصولاً متولی این امور در هر کشوری پارلمان خواهد بود. با وجود این در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران روندی متفاوت مشاهده می شود که محتوای آن سیاست گذاری کلان توسط مقام رهبری در قالب سیاست های کلی نظام (در مانحن فیه سیاست های کلی نظام در امور «امنیت فضای تولید و تبادل اطلاعات و ارتباطات ابلاغی ۱۳۸۹)، تعیین چارچوب ها، سیاست ها و خط مشی های کلی توسط شورای عالی فضای مجازی و النهایه شکل دهی به سیاست های اخیر از طریق ابتکارات تقنینی مجلس شورای اسلامی میباشد.

### ۳ صلاحیت سیاست گذاری توسط شورای عالی فضای مجازی

تمهید راهبردی روشن، ترسیم چارچوب و تقنین ملی مطلوب برای تحقق موضوع و هدف معاهده، اولین گام در راستای اجرای یک تعهد بین المللی در نظم حقوقی ملی است. البته اجرای ملی تعهدات بین المللی ناظر بر حمایت از کودکان فی نفسه و به صرف قانونگذاری تحقق نخواهد یافت (General comment No.3, 1981, 1). بلکه این رویه دولت در تمام سطوح و از جمله نهادهای فراقوه ای است که تعیین کننده سطح پایبندی اش به تعهدات بین المللی خواهد بود. نتیجه هر گونه سیاست گذاری و تقنین باید آگاهی ذی نفعان به حقوق خود، تمهید شرایط برای استناد و بهره گیری

به نظر می رسد، تفاسیر کمیته حقوق کودک انعکاس همان تفسیری است که مستقیماً و توسط خود اعضای کنوانسیون خلق شده است. در غیر اینصورت و به عنوان رهیافتی حداقلی میتواند به منزله رویه بعدی در اجرای کنوانسیون (VCLT, Art. 31: 1969) و عنصری معتبر در تفسیر آن تلقی شود (شهبوساری، ۱۳۹۷: ۲۰۶). کمیته حقوق کودک از طریق کاربست این رسالت به بهترین شکلی توانسته است مفاد کنوانسیون را مورد تفسیر روزآمد قرار داده و افزون بر تدوین رویه های ملی و بین المللی نقشی عمده در توسعه حقوق بین الملل کودک، وحدت رویه های حمایتگرانه ملی و ارائه رهنمودهای مفید برای شکل دهی به نظامهای مترقی حامی حقوق کودک داشته باشد.

تفاسیر کلی کمیته حقوق کودک طبعی اعلامی دارند، یادآوری کننده ی تعهدات بین المللی دولتهاست، الزام حقوقی می آفرینند و نمیتوان این تفاسیر را به منزله توصیه ای صرف به اطراف کنوانسیون حقوق کودک دایر بر اخذ خط مشی حقوقی مشخص تنزل داد. درجه بسیار بالای اعتبار اخلاقی (ILC, Fourth report on subsequent agreements and subsequent practice, 2016: para. 15 ICJ Rep, Ahmadou Sadio Diallo, 2010: ) کلی (66) ناشی از رویکرد فرجام گرایانه در تفاسیر کلی نهادهای ناظر و اصالت بخشی به هدف معاهده در فرآیند تفسیر (صیرفی و صیاد عبدی، ۱۴۰۲: ۹۱)، تخصصی بودن کمیته حقوق کودک، تبحر حقوقی و جایگاه والای اخلاقی اعضای کمیته، کاربست برخی از اصول کنشگری قضایی از جمله بری بودن از جانبداری و جهت گیری سیاسی در اعمال وظایف رسمی و نیز متخذ بودن عموم این تفاسیر کلی از رویه های خود دولت هاست. امری که موجب میشود دولت ها در پناه اصولی همچون حسن نیت و وفای به عهد، تعهدی کلی به همسازی و انطباق رویه های ملی خود از جمله تقنین و دادرسی بر اساس تفاسیر کلی نهادهای ناظر معاهده ای و از جمله کمیته حقوق کودک داشته باشند. این تعهد



"قانون جرائم رایانه ای" و قانون حمایت از اطفال و نوجوانان از مظاهر کاربست این توان تقنینی بوده است.

با وجود این در عمل نمی توان مجلس شورای اسلامی را یگانه متولی نظم بخشی به فضای مجازی دانست. بلکه نهادهای دیگری همچون شورای عالی فضای مجازی و مرکز ملی فضای مجازی با تعیین چارچوبها، سیاستها و خط مشی های کلی فضای مجازی و اجرای آن ها نقش آفرینی می کنند. بر اساس سند شرح وظایف شورای عالی فضای مجازی ابلاغی مقام رهبری وظیفه اصلی این تشکیلات "سیاستگذاری، مدیریت کلان و برنامه ریزی و تصمیم گیری های لازم و به هنگام و همچنین نظارت و رصد کارآمد و روزآمد در این عرصه" است هدف از تشکیل این شورای فراقوه ای به تصریح حکم مقام رهبری "ایجاد کانونی متمرکز برای سیاستگذاری" است. این شورا در چارچوب قانون اساسی و صلاحیت های تفویضی از جانب مقام رهبری و در حدود اهداف خود به عنوان مرجع عالی سیاستگذاری، تعیین خط مشی، تصمیم گیری و هماهنگی و هدایت امور مربوط به فضای مجازی در چارچوب سیاستهای کلی نظام تلقی می شود. متعاقباً بازآرایی تقنینی این سیاست های کلان ممکن است توسط مجلس شورای اسلامی محقق شود. حاصل آنکه ابتکار عمل مجلس شورای اسلامی امری پسینی است و در شکل دهی به اجزای نظام حقوقی حاکم بر فضای مجازی و ترسیم جزئیات آن نمود می یابد.

مصوبات این شورا صرفاً توسط خود شورا قابل تفسیر است و پس از ملاحظه رییس شورا، بلافاصله و بدون وجود نهادی فیما بین شورا و مقام رهبری (مرادخانی و تکلو، ۱۴۰۰: ۴۵) توسط دبیر به استحضار مقام معظم رهبری میرسد (آیین نامه داخلی شورای عالی فضای مجازی کشور، ۱۳۹۱: ۱۱). در مقایسه با مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی که بی نیاز از تایید و تصویب مقام رهبری است و شرط "تأیید مقام رهبری" برای قابل اجرا بودن

ذی نفعان از حقوق معاهده ای و پیش بینی الزامات قاطع برای بازداشتن اطراف تعهد از هر گونه صور نقض معاهده است. امر موصوف افزون بر مطابقت کامل با معاهده باید عینی، جزئی، روشن، غیر مبهم، مستقیماً نزد مراجع ملی قابل استناد و اجرا، و همزمان قابلیت تحول و روزآمدی را داشته باشد (CRC, General comment No.5, 2003, 18). آیا این مهم در پی ریزی نظم صیانتگرانه از کودکان در سند صیانت بازتاب داشته است؟

به تصریح قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران "مجلس شورای اسلامی در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی می تواند قانون وضع کند". مقصود از رعایت "حدود مقرر در قانون اساسی" صرفاً مرعی داشتن حدود و آثار ناشی از تفکیک قوا نیست. با توجه به نقش آفرینی قوای سه گانه زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت (موضوع اصل ۵۷ قانون اساسی) و پیش بینی وظایف و اختیارات رهبری در قانون اساسی (موضوع اصل ۱۱۰ قانون اساسی) بویژه تعیین سیاست های کلی نظام جمهوری اسلامی ایران و نظر به قید "در حدود مقرر در قانون اساسی" در اصل ۷۱ قانون اساسی میتوان یکی از محدودیت های اساسی مجلس را در قانون گذاری، لزوم پرهیز از ورود به عرصه صلاحیت های مسلم مقام رهبری دانست.

جز حوزه های یقینی ممنوعیت ورود مجلس از جمله اصل ۱۰۸ قانون اساسی (تقی زاده و سمیعیان، ۱۳۹۴: ۴۶) مجلس میتواند در تمام حوزه ها و مشروط به مرعی داشتن محدودیت های پیش گفته، بدون محدودیت در گزینش موضوع و در تمامی امور از جمله نظم بخشی به فضای مجازی، توسعه ماهوی حقوق کودکان و یا ترسیم نظام صیانت گری از کودکان در فضای مجازی، توان تقنینی خود را به کار گیرد و در کاربست این رسالت، مانعی جز حدود شرع و قانون اساسی نخواهد داشت. تصویب "قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به پروتکل اختیاری کنوانسیون حقوق کودک در خصوص فروش، فحشاء و هرزه نگاری کودکان"،



فضای مجازی و تطبیق آن با سیاست های مندرج در سند صیانت باید اهداف این دو سند را به تفکیک ترسیم کرد.

از نظر کمیته حقوق کودک، برقراری نظام صیانت از کودکان در فضای مجازی متضمن التزام واقعی اطراف کنوانسیون حقوق کودک به اصول و هنجارهای حقوقی، حمایت گرانه و مورد پذیرش بین المللی است و تمامی آنچه در قالب سیاست گذاری و تقنین برای صیانت از کودکان طراحی میشود باید در خدمت مصالح عالیه کودک باشد (CRC, General comment No.25, 2021: 41). اما سند صیانت، برقراری نظام صیانت از کودکان و نوجوانان را "فراهم سازی فضای مجازی ویژه خردسالان، کودکان و نوجوانان در چارچوب فرهنگ اسلامی - ایرانی برای استفاده مناسب از فضای مجازی و پیشگیری از آسیب های احتمالی آن" بیان کرده است (سند صیانت، ۱۴۰۰: ماده ۲). این نگاه از جمله در سند راهبردی جمهوری اسلامی ایران در فضای مجازی مورد نظر بوده است.

تحقق نظام صیانت از کودکان از طریق استقرار زیست بومی بر بستر شبکه ملی اطلاعات است که سطح مشخص و تعریف شده از دسترسی به اطلاعات، ارتباطات و خدمات را برحسب سن، جنس و دیگر ویژگی های فرهنگی و اجتماعی خردسال، کودک و نوجوان تامین کند. این زیست بوم "محیط صیانت شده" نام گرفته است.

#### ۴/۱ عدم تبعیض

ماده ۲ کنوانسیون حقوق کودک به صورت ویژه اطراف کنوانسیون را ماخوذ به "تضمین حمایت از کودک در مقابل تمام اشکال تبعیض" دانسته است و این تعهد حامی کودکان در فضای مجازی نیز خواهد بود. جز برای برقراری قوانین ارفاقی و حمایت گرانه و رویه های مثبت به نفع کودکان نمی توان سن را به عنوان مؤلفه ای در برقراری هیچ گونه ای از تبعیض مورد پذیرش قرار داد (CFR, 2000: Art. 21). از نظر کمیته حقوق مدنی و سیاسی نیز این

مصوبات شورای عالی امنیت ملی موضوع اصل ۱۷۶ قانون اساسی یا حداقل عدم مخالفت وی (روحانی، ۱۳۹۰: ۷۹)، "استحضار مقام رهبری" درجه ای کمتر از نقش آفرینی مقام رهبری در تایید مصوبات شورای عالی فضای مجازی است. حاصل آنکه صرفاً مخالفت صریح مقام رهبری میتواند مصوبه شورای عالی فضای مجازی را بلااثر کند.

بخشی عمده از سیاستهای و اقدامات کلان و تقسیم کار ملی پیش بینی شده در سند صیانت انعکاس تطبیق یافته همان اصول کلی ناظر بر نحوه مدیریت فضای مجازی در ارتباط با کودکان است که توسط کمیته حقوق کودک تدوین شده است. اما، سند صیانت با اولویت دادن به ملاحظات ملی، در پی غالب نمودن روح اسلامی و فرهنگ ایرانی در نظام صیانت از کودکان و نوجوانان است؛ سیاستهایی که سنگ بنای هر نوع تقنین بعدی توسط مجلس شورای اسلامی نیز بوده و باید "کلیه دستگاه های کشور موظف به همکاری همه جانبه" در اجرای آن باشند. با توجه به عضویت جمهوری اسلامی ایران در کنوانسیون حقوق کودک و التزام به اجرای توأم با حسن نیت آن، محتوای هرگونه سیاست گذاری و تقنین ملی در این عرصه باید منطبق با قواعد و مقررات حقوق بین الملل کودک و از جمله تفاسیر کلی کمیته حقوق کودک باشد. ارزیابی تحقق این مهم، نیازمند ارزیابی و تطبیق محتوای سند صیانت با تفسیر کلی کمیته حقوق کودک است.

#### ۴ چارچوب هنجاری حمایت از کودک در فضای مجازی

نظم بخشیدن به نظام حمایت از کودک در فضای مجازی متضمن پایبندی به برخی الزامات هنجاری عام از جمله امحای کلیه اشکال تبعیض و برخی الزامات هنجاری ویژه نظام حقوق کودک از جمله رعایت مصالح عالیه کودک و توجه به دیدگاههای اوست. پیش از تشریح چارچوب هنجاری مطلوب کمیته حقوق کودک ناظر بر صیانت از کودکان در

حکم قانون داخلی است و از اجزای نظام ملی  
صیانت از کودکان در فضای مجازی خواهد بود.

بدیهی است با توجه به عضویت جمهوری  
اسلامی ایران در کنوانسیون حقوق کودک، تعهد به  
امحای کلیه اشکال تبعیض علیه کودکان در برقراری  
هر گونه نظام صیانت از کودکان و نوجوانان در  
فضای مجازی باید ملحوظ باشد. با وجود این در بند  
سوم از ماده ۳ سند صیانت از "رده بندی کلیه محتوا  
و خدمات متناسب با سن، جنسیت و ویژگی های  
جسمی و فرهنگی" به عنوان یکی از سیاست های  
کلان صیانتی یاد می شود که می تواند متضمن  
برقراری تمایز در رده بندی محتوای مجازی و ارائه آن  
به ذینفعان باشد. در نگاهی اولیه این امر فی نفسه  
نمی تواند تبعیض در بهره مندی را به دنبال داشته  
باشد و به معنای محروم سازی کودکان از فضای  
مجازی باشد. بلکه روح آن ایجاد محیط سالم با  
محتوای منطبق با نیازهای کودکان است.

## ۴٫۲ حمایت از مصالح عالیله کودک

مصالح عالیله کودک، مفهومی پویا و سه سطحی  
است. این مفهوم در سطح نخست به عنوان حقی  
ماهوی تلقی میشود. در سطح دوم، اصلی بنیادین  
در تفسیر تمامی مقررات مربوط به حوزه حقوق  
کودک است و در سطح نهایی به عنوان تعهدی رویه  
ای و شکلی شناخته میشود. در پرتو مفهوم اخیر  
دولت ملزم است تمام اقدامات تحدیدی و حمایتی  
برقرار شده را در پرتو حمایت از مصالح عالیله کودک  
مورد ارزیابی ماهوی قرار دهد (CRC, General  
comment No.14, 2013, 6).

توجه به مصالح عالیله کودکان مهم ترین معیار  
برای هر گونه مدیریت حقوقی مسائل حوزه کودکان  
و نیز سیاست گذاری و قاعده مندی امور راجع به  
آنان است (General comment No.25, 2021: 12). از نظر کمیته حقوق کودک این تعهد نه صرفا  
تصمیمات رسمی دولتی، بلکه اقدامات، پیشنهادها،  
خدمات و رویه های ملی را خواه سلبی یا ایجابی در  
تمام سطوح تقنینی، اجرایی و قضایی و حتی دستگاه

اصل ماهیتی عام و بنیادین دارد (CCPR, General  
comment No.18, 1989, 11) و افزون بر کنوانسیون  
حقوق کودک در دیگر معاهدات بین المللی حقوق  
بشر نیز مبنایی مستحکم برای بهره مندی از حق  
قلمداد شده است.

بخش عمده ای از تبعیض های قابل تصور در حق  
کودکان در فضای خانوادگی، عمومی و کاری صورت  
می گیرد (CESCR, General comment No.20, 2009, 11). در صورت بازنمایی عمومی، فضای مجازی  
عموما از مصادیق فضای عمومی تلقی میشود و رفع  
تبعیض در این حوزه متضمن اقدامات فعالانه دولت  
خواهد بود. افزون بر تضمین محرمانگی، دسترسی  
موثر و برابر، ممنوعیت استثنای مجازی (CRC,  
General comment No.25, 2021, 9) و زدودن  
رویه های مضر و از جمله تبعیض آمیز در بهره مندی  
و دسترسی کودکان به محیط های مکمل حیات  
اجتماعی آنان از جمله فضای مجازی بخشی از  
تکلیف دولت به رفع زمینه های تبعیض آور علیه  
کودکان است (Joint general  
recommendation No 31 of CEDAW and  
general comment No.18 of CRC).

در سند صیانت تصریحی به بهره مندی بدون  
تبعیض کودکان از فضای مجازی سالم و صیانت  
شده وجود ندارد. البته از نظر کنوانسیون حقوق  
کودک که بر اساس ماده ۹ قانون مدنی در حکم  
قانون داخلی است "حقوقی پیش بینی شده در  
کنوانسیون بدون توجه به هر گونه تبعیض و بدون  
ملاحظه نژاد، رنگ، مذهب، زبان، عقاید سیاسی و یا  
دیگر مولفه های تمایزبخش باید محترم شمرده و  
تضمین شود (CRC, 1989: Art. 2). تعهدی مشابه  
نیز در مقدمه پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیون  
حقوق کودک و ماده ۹ این پروتکل به چشم می  
خورد. این الزام بر اساس قانون الحاق دولت  
جمهوری اسلامی ایران به پروتکل اختیاری  
کنوانسیون حقوق کودک درخصوص فروش، فحشاء  
و هرزه نگاری کودکان وفق ماده ۹ قانون مدنی در



پذیری او و نیاز ویژه اش به تضمینات خاص مراقبتی تعریف شده است (CCPR, General comment No.36, 2021, 23). با توجه به سطوح مختلف ارتباط و تعامل کودک، مسوولیت حمایت و احترام به حیات کودک و تضمین تعالی و رشد او میان خانواده، جامعه و دولت تقسیم میشود (ICCPR, Art. 24: 1966). البته تدابیر ویژه پیشین در چارچوب نظام حقوق بین الملل کودک، نافی تدابیر عامی نیست که دولت ها وفق ماده ۶ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی باید در حق عموم ذینفعان حق حیات به عمل آورند (CCPR, General comment No.17, 1989, 1).

از نظر کمیته حقوق کودک، ترویج محتوای خشونت آمیز، محتوای جنسی، محتوای مولد آزار و اذیت سایبری، قمار، بهره کشی و سوء استفاده و آزار جنسی، ترویج یا تحریک به خودکشی و دیگر کنش های تهدیدکننده حیات از جمله تهدیدات فراگیر علیه حق حیات، بقا و تعالی کودکان دانست (CRC, General comment No.25, 2021, 14). نگاهی مشابه اما بدون تصریح به مصادیق رویه های مضر به حیات، بقا و تعالی کودک در سند صیانت یافت میشود. از آن جمله است الزام به رده بندی محتوای ارائه شده به کودکان و تفکیک آن از محتوای ویژه بزرگسالان (اصل تفکیک محتوا)، شناخت و مقابله با وضعیت های مخاطره آمیز و جرایم علیه کودکان (اصل مراقبت)، منع ارائه خدمات مضر و محتوای نابهنجار (اصل محرومیت)، مقابله قضایی و انتظامی با هرگونه تهدید مجازی علیه کودکان و مراقبت روانی-اجتماعی از آنان در صورت آسیب پذیرفتن از مخاطرات فضای مجازی. از آنجا که فعلیت یافتن این مصادیق میتواند تهدیدی جدی برای حیات و تعالی کودکان باشد، متضمن مقابله فعالانه است؛ امری که در قالب سیاست های کلان و نیز نظام حمایت و مراقبت در سند صیانت گنجانده شده و از تعهدات متولیان حوزه صیانت از حقوق کودک است.

های فراقوه ای در بر می گیرد. افزون بر دستگاه های عمومی، نهادهای خصوصی نیز باید رعایت مصالح عالییه کودک را در هر اقدام مربوط به کودکان ملحوظ داشته باشند (CFR, 2000: Art. 24).

بخش عمده ای از محتوای سند صیانت در قالب معرفی اقدامات، پیشنهادهای، خدمات و رویه های ملی متضمن اثراتی قابل توجه در دفاع از مصالح عالییه کودک است (سند صیانت، ۱۴۰۰: ۴/۸-۴/۱۰). از آن جمله است برقراری نظام خدمات مشاوره و مددکاری، راه اندازی خط تماس مشاوره برخط برای کودکان، راه اندازی خط تماس اضطراری ویژه جرائم علیه کودکان، تقویت دفتر حمایت از اطفال و نوجوانان مستقر در قوه قضائیه، پیشگیری و مقابله با وضعیت های مخاطره آمیز، منع سوءاستفاده از کودکان در تبلیغات و حذف تبلیغات یا محتوا و خدمات مضر به حال کودکان. به نظر می رسد الزامات کلی یاد شده در کنار تعهدات مندرج در کنوانسیون حقوق کودک (به عنوان تعهداتی در حکم قانون داخلی) مبنایی استوار برای تحقق مصالح عالییه کودک فراهم آورده است. در سند صیانت، بیش از مصادیق پیش گفته تلاشی در پیکربندی و عینیت بخشی به مفهوم صیانت از مصالح عالییه کودک دیده نمیشود. این واقعیت ناشی از پیوند سند صیانت با تمامی قوانین، مقررات و الزامات پایین دستی از جمله قانون حمایت از اطفال و نوجوانان، قانون حمایت از خانواده و قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بدسرپرست و نظام احاله محور موجود در آن است. افزون بر این باید به یاد داشت سند صیانت به عنوان سندی متضمن سیاست های کلی حاکم بر صیانتگری از کودکان، الزاما مترصد ترسیم اجزا و جزئیات کامل نظام حمایت از حقوق کودکان در فضای مجازی نیست.

### ۴،۳ حق حیات، بقا و تعالی کودک

تضمین حیات کودک، محترم شمردن آن و تضمین تعالی و رشد او یکی از تعهدات بین المللی دولت هاست. این تعهد به واسطه رشد نایافتگی جسمی و روانی کودک (CRC, 1989: Preamble)، آسیب

می یابد ( CRC, General comment No.16, 21 (2013).

در سند صیانت نه به تصریح بلکه تلویحاً و در دو بند مجزا به برخی از اجزای تعهد دولت مبنی بر احترام به دیدگاه های کودک اشاره شده است. بر اساس ماده ۳ این سند یکی از سیاستهای کلان در برقراری نظام صیانت "توسعه محیط صیانت شده با محتوای متنوع و جذاب" است. در احراز عنصر تنوع و جذابیت برای محتوای تولیدی در فضای مجازی حداقلی از توجه به دیدگاه ها و مطالبات کودکان نیاز است. به تصریح سند صیانت محتوای پیش گفته باید قابلیت پاسخگویی به نیازهای ضروری ارتباطی کودکان را داشته باشد. طبعاً یکی از مجاری شناخت نیازهای کودکان، آزمودن و استمراج از خود آنان است.

با پذیرش حق کودکان بر انعکاس دیدگاه هایشان میتوان مفروض داشت که بند اول از ماده ۳ سند صیانت توجه به دیدگاه های کودکان را نیز در نظر گرفته است. هرچند باید گفت الزاما کودکان یگانه مرجع تعیین نیازهای مجازی خود نخواهند بود. نیز در بند هشتم از همین ماده، استفاده از ظرفیت نوجوانان (و نه کودکان) در تولید و توزیع خدمات و محتوای سالم به عنوان یک سیاست کلان معرفی شده است. اگر مشارکت نوجوانان در این زمینه فعالانه و با حداقلی از عنصر ابتکار و فعالانه باشد می تواند انعکاس دهنده دیدگاه های نوجوانان تلقی شود.

## ۵ چارچوب همکاری و تبادل برای حمایت از کودک در فضای مجازی

استواری نظام حمایت از کودک در فضای مجازی افزون بر ملحوظ داشتن الزامات محتوایی نیازمند ایجاد ساختارها، پذیرفتن برخی فرآیندها و تعبیه برخی الزامات شکلی، ماهوی و رویه ای است. بدون وجود و کاربست عینی این تعهدات و تمهید مقدمات

## ۴٫۴ احترام به دیدگاه های کودک

انعکاس آزادانه دیدگاه های کودک در امور مرتبط با خود یکی از حقوق ویژه بشری کودکان است. این حق، متناسب با سن و درجه بلوغ کودک حتی در امور قضایی و اجرایی اثرگذار بر وی، خواه مستقیماً و یا به واسطه نمایندگی غیر، قابل استیفاء خواهد بود. (CRC: 1989: Art. 12). دیدگاه های کودک باید در امور مرتبط با وی البته متناسب با سن و درجه بلوغش مورد توجه قرار گیرد ( CFR, 2000: Art. 24).

تکلیف به استماع دیدگاه های کودک افزون بر دیدگاه های او در سطح فردی، شامل دیدگاه های جمعی کودکان نیز می باشد. به عبارتی کودک باید در اداره مدرسه، برنامه های تفریحی کودکانه و دسترسی به فضای مجازی مورد مشورت قرار گیرد؛ بی آنکه انتظار باشد دیدگاه هایش همچون بزرگسالان واجد جامعیت و درجات بالایی از معقولیت باشد. همین که کودک بتواند سطحی مشخص از دیدگاهش راجع به امور مرتبط به خود را منعکس کند مفید به مقصود خواهد بود ( Tobin, 2019: 402). به باور کمیته حقوق کودک، با انعکاس دیدگاه های کودکان، دولت با چشم اندازها، تجارب و اقتضائاتی مواجه خواهد شد که عندالزوم در فرآیند تصمیم سازی، سیاست گذاری و تدوین قوانین و تدابیر اجرایی آن موثر خواهد افتاد ( CRC, General comment No.12, 2009, 12).

حق کودکان به شنیده شدن دیدگاه هایشان در چارچوب حق آنان بر آزادی بیان ( CRC, 1989: Art. 13) و مشارکتشان در مدیریت و تمشیت امور راجع به خود نیز قابل تحلیل است. در هر صورت دولت مکلف است که کودکان را در امور مربوط به آنان دخالت و مشارکت دهند (Detrick, 1999: 219). به ویژه در مورد کودک-معلولان، کودکان متعلق به اقلیت ها و گروه های بومی و سایر کودکان آسیب پذیر که در انعکاس دیدگاه های خود در فضای حقیقی و مجازی با مشکل مواجهند اهمیت مضاعف



در این زمینه منتفی است اما باید گفت این موضوع تابع قواعد عام پیش بینی شده در نظام ملی حقوق کودک از جمله فصل سوم قانون حمایت از اطفال و نوجوانان خواهد بود.

## ۵/۱ هماهنگی و اشتراک مساعی در سطح ملی و بین المللی برای صیانت از کودک

هماهنگی و هم افزایی اجزای دولت در سطح ملی و یا دولتها در کلیت خود در عرصه بین المللی فی نفسه منجر به ایفای تعهدات بین المللی دولت بویژه در زمینه حقوق بشر نمی شود (CESCR, General comment No. 2, 1990: 7) اما این امر به عنوان قاعده عمومی اجرای تعهد و یا حداقل مقدمه تحقق آن تلقی میشود. هرگونه کنشگری موثر و طراحی نظام مطلوب صیانت از کودکان در فضای مجازی متضمن همکاری و هماهنگی در سطح ملی میان قوا، موسسات و دستگاه های مختلف و ایضا ارتباط میان بخشی، منطقه ای و محلی با مدارس و بخش فناوری اطلاعات و ارتباطات، مشاغل، جامعه مدنی، دانشگاه ها و سازمان ها است (CRC, General comment No.25, 2021: 31).<sup>(27)</sup>

در سطح بین المللی نیز همکاری و هماهنگی پیش گفته ناظر به روابط میان دولت ها، سازمان های بین المللی و دیگر کنشگران نظام بین المللی حقوق کودک از جمله نهادهای ناظر معاهده ای و سازمان های بین المللی غیر دولتی خواهد بود. کنوانسیون حقوق کودک در موضوعاتی خاص همچون حمایت از کودک-معلولان (CRC: 1989: Art. 23) و حق کودکان بر آموزش (CRC: 1989: Art. 28) به هماهنگی از نوع اخیر تصریح کرده است.

سوی دیگر این تعهد، تعریف و اختصاص منابع مالی، بودجه ریزی بهینه و حمایتی در امور راجع به کودکان و از جمله اختصاص منابع مالی پایدار برای تحقق تعهدات دولت در زمینه حمایت از حقوق

تحقق آن، امکان ایفای تعهدات ماهوی ناظر بر صیانتگری از کودکان ممکن نیست.

تشکیل مرجع ملی حمایت از کودک به بهترین وجهی میتواند در راستای تحقق مصالح عالییه کودکان ارزیابی شود؛ مرجعی که به صورت خاص صالح به سیاست گذاری، قاعده سازی، تدوین استانداردها، نظارت، حمایت، ارتقاء حقوق و تمهید جبران خسارت باشند (The Paris Principles, 1993) و در پناه عملکرد مستقلانه و موثر و دسترسی پذیری پیوسته از عموم کنشگران دولتی و غیر دولتی ذینفع در حقوق کودکان تشکیل شوند و صلاحیت و توان دریافت، تحقیق و رسیدگی به شکایات کودکان یا اولیای آنان را داشته باشند (CRC, General comment No.25, 2021: 31). نقش آفرینی کنشگران ملی می تواند نظم حقوقی ملی را تا حدی والا از کنشگران بیرونی بی نیاز سازد. با اوصاف پیش گفته، مراجع ملی حقوق کودک نمی توانند نمادین و تشریفاتی تلقی شده یا تشکیلشان به صلاحدید دولت سپرده شود. بلکه وجود و نقش آفرینی این مراجع در چارچوب تعهدات بین المللی اطراف کنوانسیون حقوق کودک تعریف می شود (CRC, General comment No.2, 2002: 1).

کمیت حقوق کودک ضمن پیش بینی لزوم طرح ریزی تشکیلات پیش گفته با محوریت نظام ملی کشورها، تعریف فرآیندها و الزامات حمایت از کودکان در فضای مجازی را منوط به انطباق با کنوانسیون حقوق کودک و دیگر هنجارهای حقوق بین الملل کودک دانسته است. سند صیانت با پیش بینی عناوینی چون "اقدامات کلان و تقسیم کار ملی"، "فرهنگ سازی و ارتقای سواد فضای مجازی" و "تعاملات بین المللی" در صدد تعیبه تشکیلات، تعریف فرآیندها و الزاماتی مطلوب نظام بین المللی حقوق کودک است. با آنکه برخی الزامات مورد اقبال کمیت از جمله برقراری سازکار حمایت کیفری، دادخواهی و جبران خسارت در حق کودکان قربانی فضای مجازی و نظارت مستقل در سند صیانت انعکاس نیافته است و از این جهت تطبیق دو سند

مشارکت محوری بخش غیردولتی فعال در ارائه محتوای سالم و پیشگیری از ارائه محتوا و خدمات مضر، ساماندهی و مشارکت محوری بخش غیردولتی در ارائه محتوای سالم و توسعه همکاری های بین المللی در حوزه فضای مجازی سالم از دیگر محورهای است که تحت عنوان "سیاست های کلان" به منظور تحقق همکاری و هماهنگی ملی و بین المللی پیش بینی شده است. تعامل مؤثر و هم افزایی با کنشگران بین المللی، الگودهی و الگوگیری از تجارب بین المللی در خصوص صیانت از کودکان نیز به عنوان یکی از اقسام "اقدامات کلان و تقسیم کار ملی" از دیگر مسیرهای مورد نظر سند صیانت برای تحقق اصل همکاری و هماهنگی در سطح بین المللی بوده است. اما باید توجه داشت که از نظر سند صیانت، هدف از تعامل و هم افزایی با کنشگران بین المللی مجاب کردن آنها به "رعایت استانداردها و معیارهای جمهوری اسلامی ایران" در حوزه صیانت از حقوق کودکان و بهره گیری از توان دولت های خاص در طراحی نظام صیانتی بر پایه ارزش های ملی-اسلامی است و الزاماً انطباق با استانداردها، دستاوردها و هنجارهای بین المللی حقوق کودک را افاده نمیکند. همکاری های جمهوری اسلامی ایران و برخی دولت های هم اندیش در مانحن فیه از جمله دولت چین در همین راستا ارزیابی می شود.

## ۵٫۲ تجمیع داده، تحقیقات و ارزیابی اثرات بهره مندی از فضای مجازی بر کودکان

قوانین و مقررات ملی راجع به صیانت از کودکان افزون بر روزآمدی و انعطاف، در مرحله اجرا نیازمند ارزیابی مستمر و سنجش اثرات خواهد بود. پژوهش روزآمد و پیوسته برای درک پیامدهای محیط مجازی بر زندگی کودکان، سنجش آثار آن بر حقوق کودکان و ارزیابی میزان اثربخشی مداخلات حمایت گرایانه دولت، بسیار حائز اهمیتند و درجه کارآمدی نظم ترسیم شده ملی را روشن خواهد ساخت؛ به ویژه و در فضایی که پیشگر بیرونی و بین المللی نمی تواند

کودکان در فضای مجازی است؛ امری که باید در پناه اصولی همچون موثر بودن، کفایت، انصاف، شفافیت و پایداری تعریف شود (CRC, General Comment No.19, 2016: 57-63). ارتقای دسترسی برابر به این محیط و مقرون به صرفه شدن خدمات و اتصالات، تعریف منابع مالی برای اجرای قوانین، سیاستها و برنامهها جهت صیانت کامل از حقوق کودکان در محیط مجازی، بهبود فراگیری مجازی، برقراری سیستم عادلانه و شفاف مالیاتی، اطمینان از عدم مداخله ثالث در تعهدات مالی و بودجه تعیین شده از طریق بخش تجاری یا همکاری بین المللی در همین قالب قابل توصیف است (CRC, General comment No.25, 2021: 28-29).

در سند صیانت، همکاری و هماهنگی ملی و میان بخشی برای نظم بخشی به نظام صیانت از کودکان اهمیتی ویژه یافته است. از جمله آنکه "مدیریت کلان، راهبری و تدوین الگوی عملیاتی و مقررات عمومی صیانت از خردسالان، کودکان و نوجوانان در فضای مجازی" به کمیته ای زیرمجموعه مرکز ملی فضای مجازی سپرده است (سند صیانت، ۱۴۰۰: ماده ۴). این کمیته نهادی فرابخشی تلقی شده و افزون بر نمایندگانی از اجزای مختلف نظام حکمرانی، دارای نمایندگانی از بخش غیردولتی است.

با وجود حضور دو نماینده از بخش خصوصی و از اساتید دانشگاه ها، با توجه به نقش آفرینی پررنگ دستگاه های دولتی از جمله نمایندگان شش وزارتخانه و سازمان های امنیتی و فرهنگی (فراجا، سازمان صداوسیما، سازمان بسیج مستضعفین، سازمان تبلیغات اسلامی و مرکز مدیریت حوزه های علمیه) می توان این کمیته را هماهنگ کننده ای حاکمیتی و فرابخشی و دور از نظارت پذیری مجلس و قوه مجریه تلقی کرد. با توجه به ترکیب پیش گفته، هرگونه سیاست گذاری در این زمینه را می توان حاصل از همکاری و هماهنگی میان بخشی در سطح حاکمیتی دانست و سیاست های وضع شده را به عنوان یک سیاست ملی تعریف کرد.



دهی به عنوان یک خدمت پایه در نظر گرفته شده است؛ بی آنکه مخاطب این گزارش دهی و اثرات حاصل از آن مورد تصریح قرار گیرد؛ امری که به نظر می رسد با توجه به سیاق مقرر ذریبظ ناظر بر گزارش دهی نوع و مقیاس دسترسی های کودکان و نوجوانان در محیط صیانت شده باشد. نیز در بند نهم از همین ماده از سازکار دریافت گزارش یاد میشود و این مصداق هم با توجه به سیاق متن ناظر به جرایم رخ داده علیه کودکان و نوجوانان و یا ارائه محتوای مجرمانه و نامناسب به آنان بوده و تا حد زیادی منصرف از مانحن فیه است.

نیز در بند دهم از همین ماده ذیل عنوان حمایت و مراقبت "تلاش برای شناسایی، پیشگیری و مقابله با وضعیت های مخاطره آمیز" راجع به کودکان به عنوان یکی از رسالت های دفتر حمایت از اطفال و نوجوانان قوه قضاییه معرفی شده است. بدیهی است که "شناسایی و پیشگیری" محتاج تجمیع داده، تحقیقات و ارزیابی اثرات مجازی است. با آنکه در سند صیانت، مکانیزم حصول داده و ارزیابی اثرات مجازی برای دفتر حمایت از اطفال و نوجوانان قوه قضاییه روشن نیست اما در قانون حمایت از اطفال و نوجوانان ضمن تصریح به این مهم به عنوان یکی از رسالت های دفتر حمایت از اطفال و نوجوانان قوه قضاییه تحت عنوان تهیه گزارش های موردی یا ادواری، انجام مطالعات و تحقیقات آماری و اطلاعاتی و تهیه گزارش های موردی یا ادواری و انجام مطالعات و تحقیقات آماری و اطلاعاتی مرتبط با طفل و نوجوان بر عهده این دفتر نهاده شده است.

### ۵٫۳ آگاهی بخشی و دانش افزایی کودکان و سایر ذینفعان در مدیریت و مواجهه با ظرفیتها و مخاطرات مجازی

هدف از آموزش کودکان پیشرفت کامل شخصیت کودک و شکوفایی استعداد های ذهنی و جسمی آنان است (CRC, 1989: Art. 29). افزون بر نظام رسمی آموزش دولتی، دریافت هرگونه آموزش از طریق

به شکلی کامل عملکرد و درجه اثرگذاری نظام صیانت از کودک را بسنجد. ازین رو اطراف کنوانسیون حقوق کودک مکلفند هر گونه نظم صیانتی ترسیمی نسبت به کودکان را در پرتو تحولات نوین فناورانه و نیازهای متحول و تغییر یافته کودکان در گذر زمان مورد ارزیابی و اصلاح قرار دهند.

پس از ترسیم و اجرای نظم ملی صیانتگرانه از کودکان آنچه مهم می نماید جمع آوری داده های جامع، کامل، متکی به منابع کافی و طبقه بندی شده بر اساس سن، جنسیت، عنصر معلولیت، موقعیت جغرافیایی، خاستگاه قومی و ملی و وضعیت اقتصادی و اجتماعی کودکان است (CRC, General Comment No.25, 2021: 30). اثر داده های حاصله و برآیند تحلیل آنها باید آگاهی بخشی به سیاستگذار و مقنن ملی و روزآمدی قوانین، سیاستها و رویه های حوزه حمایت از کودکان باشد. پس میتوان از تعهد مستمر دولت ها به جمع آوری داده ها، ارزیابی آن، دریافت گزارش خلاءها و نقائص محیط صیانت شده مجازی، پایش فضا و ارزیابی اثرات فضای مجازی بر کودکان و عنداللزوم اصلاح رویه ها و فرآیندها یاد کرد.

اثر نهایی ایفای تعهد پیشین می تواند در قالب بازبینی نظم تقنینی و حتی سیاستهای تعریف شده صیانتگرانه باشد. ایفای این تعهد باید ضمن احترام به حریم خصوصی و منع مداخله خودسرانه در ارتباطات کودکان (CRC, 1989: Art. 16) و ملحوظ داشتن استانداردهای والای اخلاقی باشد. در غیر اینصورت می توان تعدی به حریم خصوصی کودکان را ولو از جانب دولت صورت گرفته باشد در ردیف خشونت علیه کودکان قرار نیز قرار داد. (CRC, General comment No.13, 2011: 3-4).

با وجود اهمیت بنیادین تجمیع داده، تحقیقات و ارزیابی اثرات مجازی از نظر کمیته حقوق کودک، سند صیانت فاقد الزاماتی روشن در مانحن فیه است. با وجود این بند دوم از ماده ۴ یکی از اوصاف محیط صیانت شده ویژه کودکان "امکان گزارش دهی" دانسته است. در این مقرر، سازکار گزارش



اجرای سیاست کلان پیشین در سطوح مختلف از فضای حقیقی و مجازی بر اساس فرآیندی است که محتوای آن دربردارنده فرهنگ سازی و ارتقای سواد مجازی است. ایفای این تعهد متضمن تولید، ترویج و عرضه راهنمای اجرایی-عملیاتی مراقبت از فرزندان در فضای مجازی ویژه خانواده ها است. هسته تمام فرآیندهای پیش گفته "اطلاع رسانی، آموزش سواد فضای مجازی و نحوه استفاده از امکانات تعبیه شده در این محیط" است. تعهد پیش گفته مشابه تعهدی است که در "سند سیاست ها و اقدامات ساماندهی پیام رسان های اجتماعی" در قالب "ارتقاء آگاهی و مهارت مردم در بهره‌برداری از ظرفیت آن‌ها و مقابله با مخاطرات آن‌ها در زندگی فردی و اجتماعی کاربران" بر دوش سازمان صدا و سیما نهاده شده است. البته با این قید که اجرای تعهد نخست افزون بر سازمان صدا و سیما ج.ا.ا.، متوجه وزارت آموزش و پرورش نیز خواهد بود.

## ۶ نتیجه گیری

علیرغم ایجاد برخی شبکه های ملی فضای مجازی، فی الحال فضای مجازی به عنوان فضایی واحد و فراگیر شناخته می شود. اما سیاست گذاری و وضع مقررات راجع به این فضا واجد خصیصه کثرت است. هر دولت در چارچوب حقوق بین الملل محق است مدیریت و نظم بخشی حقوقی به این فضا را از زاویه درک مصالح ملی، ارزش های متنوع فرهنگی و نیازهای ویژه اجتماعی به ویژه راجع به نوع ذی نفعان تعریف کند. لزوم انطباق با الزامات حقوق بین الملل کودک سبب می شود کثرت سیاست گذاری و تقنین در نهایت به وحدت حقوقی از منظر حقوق بین الملل نزدیک شود. سیاست گذاری خلاقانه و رفع مبتکرانه خلأهای تقنینی، آموزشی، فرهنگی و فنی، آموزش و پرورش کودکان طبق ارزش های تثبیت شده ملی و بین المللی، وضع استانداردهای مطلوب، اثرگذار و عینی دسترسی، کنترل، پایش و پالایش پیوسته فضای مجازی در پرتو استانداردهای بین المللی حقوق کودک، ممنوعیت انسدادهای

فضای مجازی نیز باید در مسیر تحقق هدف پیش گفته باشد. آموزش در این قالب طبعاً از سطح آموزش رسمی در نظام مدارس فراتر می رود. به باور کمیته حقوق کودک، آموزش طیف وسیعی از تجارب حیات و فرآیندهای یادگیری را ولو به صورت غیر رسمی در بر می گیرد؛ امری که کودکان را قادر می سازد تا به صورت فردی یا جمعی شخصیت، توانایی و استعدادهای خود را تا سرحد کمال شکوفا کنند (CRC, General comment No.1, 2001: 2).

آموزش کودکان، والدین و سرپرستان قانونی آنان در نحوه بهره مندی از فضای مجازی و نحوه مدیریت و مواجهه با تهدیدات موجود در این فضا از اجزای آموزش پیش گفته است. انتشار اطلاعات، راه اندازی جنبش های آگاه سازی کودکان در فضای مجازی، پدید آوری برنامه آموزشی برای کودکان، والدین، مراقبان، عموم مردم و سیاست گذاران، آموزش نحوه استفاده کودکان از محصولات و خدمات مجازی و توسعه دانش و مهارت‌های بهره گیری از فضای مجازی، نحوه حفاظت از حریم خصوصی کودکان و جلوگیری از قربانی شدنشان و نحوه شناسایی کودک قربانی آسیب و واکنش مناسب در قبال آن، اجزای دیگر از تعهد اطراف کنوانسیون حقوق کودک در مانحن فیه است (CRC, General comment No.25, 2021: 32).

"فرهنگ سازی استفاده صحیح (شامل آموزش عمومی، دانش افزایی، سواد رسانه ای و دیجیتال) قبل یا هم زمان با توسعه شبکه در مناطق مختلف کشور" یکی از الزامات فرهنگی شبکه ملی اطلاعات است (سند تبیین الزامات شبکه ملی اطلاعات، ۱۳۹۵: ۵). این الزام عمومی از جمله ناظر بر صیانت از کودکان نیز خواهد بود. به تصریح سند صیانت "آگاه سازی و توانمندسازی اولیا و مربیان و ایفای نقش محوری خانواده در صیانت از کودکان" یکی از سیاست های کلان ناظر به صیانت گری از کودکان و نوجوانان در فضای مجازی است (سند صیانت، ۱۴۰۰: ۳).



اصل تفکیک محتوای کودکانه از محتوای بزرگسالان، شناخت و مقابله با وضعیت های مخاطره آمیز و جرایم علیه کودکان، منع ارائه خدمات مضر و محتوای نابهنجار نیز از دیگر ابتکاراتی است که سند صیانت در تضمین حق حیات، بقا و تعالی کودک اتخاذ کرده است. نگاهی مشابه و البته مصداق محور در لزوم توجه به دیدگاه های کودکان در قالب "توسعه محیط صیانت شده با محتوای متنوع و جذاب" و "استفاده از ظرفیت نوجوانان در تولید و توزیع خدمات و محتوای سالم" قابل یافت است.

نیز کمیته حقوق کودک و شورای عالی فضای مجازی قالبی روشن و متوازن از التزام به همکاری داخلی و بین المللی برای صیانت از کودکان تعریف کرده اند. در هر دو الگوی معرفی شده محوریت حقوق داخلی و سیاست گذاری ملی مورد پذیرش بوده است. با این تفاوت که از نظر کمیته حقوق کودک هر گونه سیاست گذاری در امر همکاری، هماهنگی و تخصیص منابع، جمعیت داده، تحقیقات و ارزیابی اثرات بهره مندی از فضای مجازی بر کودکان، آگاهی بخشی و دانش افزایی کودکان و سایر ذی نفعان در مدیریت و مواجهه با ظرفیت ها و مخاطرات مجازی باید در انطباق با استانداردهای بین المللی حقوق کودک باشد. اما از نظر سند صیانت، آنچه اصالت دارد محوریت یافتن حقوق داخلی و تلاش در استقرار الگوی ایرانی-اسلامی از نظام صیانتگری کودکان و نوجوانان است و نه الزام تام به انطباق با مقررات و استانداردهای بین المللی حقوق کودک. امر اخیر به ویژه از منظر تحفظ و تحدید تعهد جمهوری اسلامی ایران در زمان الحاق به کنوانسیون حقوق کودک و اصالت دادن به قوانین ملی و شریعت اسلامی قابل درک است.

در هر صورت نمی توان چارچوب ترسیمی در سند صیانت را به صورتی منفرد و جدا از نظم حقوقی ملی در ارتباط با کودکان مورد تحلیل قرار داد. این سند در پیوند با قوانین ملی دیگر و از جمله تعهدات معاهده ای جمهوری اسلامی ایران، نظمی حقوقی و قابل دفاع در صیانت از حقوق کودکان در فضای

بلاوجه و خودسرانه در این فضا بخشی از مهم ترین اهداف دولت ها از تحقق سیاست گذاری پیش گفته است.

کمیته حقوق کودک در تفسیر کنوانسیون حقوق کودک بر اساس تفسیر کلی شماره ۲۵ در صدد برآمده است الگوی مدیریت بهینه و پیکربندی چارچوب حقوقی استوار برای صیانت از کودکان در فضای مجازی و استانداردهای حقوقی حاکم بر آن را برای اطراف کنوانسیون حقوق کودک ارائه کند. این چارچوب به عنوان الگویی مناسب به اطراف کنوانسیون حقوق کودک عرضه شده تا حسب ظرفیتهای و نیازهای ملی، ترسیم الگوی ملی خود را بر آن استوار سازند. از نظر کمیته حقوق کودک، چارچوب مطلوب صیانتی، متضمن امحای کلیه اشکال تبعیض علیه کودکان از هر نوع، رعایت مصالح عالییه کودک در تمامی سطوح حکمرانی، تضمین حق حیات، بقا و تعالی کودک و در این راستا اتخاذ اقدامات ایجابی و سلبی برای زدودن رویه های نامطلوب در مدیریت فضای مجازی و در نهایت توجه به دیدگاه های کودک در ترسیم هر نوع سیاست یا قاعده گذاری راجع به کودکان فضای مجازی است.

در سند صیانت به عنوان الگوی ملی تنظیم و برقراری نظام صیانت از کودک در فضای مجازی تصریحی به بهره مندی بدون تبعیض کودکان از فضای مجازی قابل یافت نیست. اما نظر به پیوند سند صیانت و کنوانسیون حقوق کودک از رهگذر ماده ۹ قانون مدنی می توان حکومت اصل عدم تبعیض نسبت به طیف های مختلف کودکان را در طراحی نظام صیانت از آنان در فضای مجازی احراز کرد. نیز سند صیانت با معرفی اقدامات، پیشنهادها، خدمات و رویه های ملی از جمله برقراری نظام خدمات مشاوره و مددکاری، راه اندازی خط تماس مشاوره برخط برای کودکان، راه اندازی خط تماس اضطراری ویژه جرائم علیه کودکان متضمن ابتکاراتی قابل توجه در دفاع از مصالح عالییه کودک است. تعهد به رده بندی محتوای خاص کودکان و رعایت



ادراک موجود و عنداللزوم متفاوت از این مفهوم در  
نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران دانست.

مجازی تعریف کرده است. در مجموع می توان با  
غلبه بر برخی تردیدها، رویکرد موجود در سند  
صیانت را در خدمت مصالح عالیه کودک البته با



## References

- Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 25, 2021
- Committee on the Rights of the Child, Provisional rules of procedure, 2005
- Convention on the Rights of the Child, 1989
- Child and adolescents Protection Act, 2019
- Detrick, Sharon (1999), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, martinus nijhoff publishers
- Document for the protection of children and adolescents in cyberspace
- Explanatory document of the requirements of the national information network (2015), National Virtual Space Center
- Human Rights Committee (CCPR), General comment No.3, 1981
- Human Rights Committee (CCPR), General comment No.17, 1989
- Human Rights Committee (CCPR), General comment No.36, 2021
- International Covenant on Civil and Political Rights, 1966
- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966
- International Court of Justice, Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Judgment of 30 November 2010
- International Law Commission, Fourth report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, 2016
- Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2000
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General comment No. 2, 1990
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General comment No.20, 2009
- Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 1, 2001
- Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 2, 2002
- Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 5, 2003
- Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 12, 2009
- Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 13, 2011
- Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 14, 2013
- Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 17, 2013
- Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 18, jointly with general recommendation No. 31 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), 2014
- Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 19, 2016



- Taghizadeh, javad and samieean, Fatemeh (2014), " Allocation of legislative jurisdiction of Parliament in the constitutional order of Iran ", Journal of legal research, No. 27 [In Persian]
- The strategic document of the Islamic Republic of Iran in the virtual space - goals and macro measures (2021), National Virtual Space Center [In Persian]
- Optional Protocol on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography, 2000
- Tobin, john (2019), The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary, Oxford University Press
- Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT.I), 1969
- Moradkhani, fardin and Somayeh, Takaloo (2020), " The Multiplicity of Legislative Bodies Emphasizing the Position of Supreme Council of Cyberspace Approvals in Iranian Legal System ", *jurisprudence and Islamic Law*, No. 12(22) [In Persian]
- Rouhani, Hasan (2010), national security and nuclear diplomacy, Expediency Discernment Council, Center for Strategic Research [In Persian]
- Seyrafi, S., & Sayyad Abdi, H. (2023), The Teleological Approach in the General Comments of the Human Rights Committee, *Public Law Studies Quarterly*, 53(1), 67-96 [In Persian]
- Shahsavari, Ehsan (2017), The Role of Subsequent Practice in the Interpretation of Treaties, PHD Thesis, faculty of law and political sciences, Tehran University [In Persian]

Original Article

# Methods and Effects of Acquiring Citizenship in Iran with a Comparative View of French and English Law

Soudabeh Talebi Qadikolaei<sup>1</sup>, Abdolali Mohammadi Jozani<sup>\*2</sup> , Mohammad Babapour<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Ph.D. student in private law, Varamin Pishva branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

<sup>2</sup> Assistant Professor, Department of Law, Varamin Pishva Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

<sup>3</sup> Assistant Professor, Department of Law, Varamin Pishva Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran



[20.1001.1.24237566.1402.7.2.7.3](https://doi.org/10.1001.1.24237566.1402.7.2.7.3)



[10.22080/lps.2023.24509.1430](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24509.1430)

**Received:**

November 17, 2022

**Accepted:**

June 10, 2023

**Available online:**

August 18, 2023

**Keywords:**

Acquired citizenship, Effects of acquiring citizenship, Iranian legal system, English legal system, French legal system.

## Abstract

The issue of citizenship and acquired citizenship is one of the serious and challenging issues in research and legal processes. Acquired citizenship is the acquisition of new citizenship for a person after a period of time after birth; if a person acquires new citizenship shortly after birth, it is called acquired citizenship. The purpose of this research, which was carried out in a descriptive-analytical way, is to identify the effects of acquired citizenship in the legal systems of Iran and the countries of England and France. The reason for choosing these two legal systems is the laws in the field of citizenship and the progressiveness of the laws of these countries. The researcher seeks to answer the main question of the research that the effects of acquired citizenship in each of these What are legal systems like? Another question is, what are the similarities and differences between these works? The results of the research show that the effects of acquired citizenship in the legal system of Iran, France, and England include rights and duties; Persons who acquire the citizenship of these countries enjoy all the rights that are prescribed for ordinary citizens, but some Jobs are denied. The duties of a person who has acquired Iranian citizenship include things such as taxes, performing military service, obeying and recognizing the rights of the Iranian government, and respecting national dignity and affairs. Obtaining acquired citizenship in Iran, France, and England laws has effects on the wife (permanent and temporary marriage) and child (relative child, whether legitimate or illegitimate or child born from a surrogate mother and adopted child). The laws of England and France can attract talented people, but Iran's laws need to be revised. This revision may include new terms and works.

\*Corresponding Author: Abdolali Mohammadi Jozani

Address: Assistant Professor, Department of Law,  
Varamin Pishva Branch, Islamic Azad University,  
Tehran, Iran.

Email: [abdolalimohammadi134@gmail.com](mailto:abdolalimohammadi134@gmail.com)



## 1. Introduction

Having the right to citizenship is certain for every person and no one can be arbitrarily deprived of their citizenship or the right to change their citizenship. Most people acquire their citizenship through the blood or soil system, but with the expansion of immigration in the 20th and especially the 21st century, the further development of the legal processes of acquiring citizenship from other governments can be seen. These processes include practices such as demand, marriage, adoption, or transfer of land. On the other hand, since citizenship is a process related to the sovereignty of states, each state independently establishes different laws and frameworks to determine its citizens. In such a situation, if someone is not considered a citizen in the territory of a country according to the laws and regulations of that country, he will be a foreigner; even if he has the citizenship of another country or is considered stateless. This is also mentioned in Article 1 of the "Convention on Certain Issues Related to the Conflict of Nationality Laws (The Hague)": "Each government has the right to determine its citizens based on its own laws and regulations". Although governments are free to establish citizenship rules and determine the citizenship of individuals, some objective phenomena and political, social, and economic expedients, as well as the international principles governing citizenship that are stated in various international documents, have limited governments' authority and freedom to some extent. Since the granting of citizenship is one of the methods of attracting talented and competent human resources to be used in the path of economic and social development, the conditions and effects of granting

citizenship should be such that talented, useful, and interested people are attracted to the country. If these people enjoy fair rights and benefits in the new country, the process of elites' and capable peoples' presence in the country will speed up. Since England and France have some laws in this field that pay attention to these conditions, it is important and necessary to study and examine the effects of acquiring citizenship in the legal system of these countries and compare them with Iran. The current research hypothesizes that the provisions of Iran's civil law in the field of acquiring citizenship, do not have favorable conditions in attracting people and cannot play a role in realizing the aforementioned goal. Until now, no research has independently examined the effects of acquiring citizenship in these legal systems and the present research is innovative in this aspect.

## 2. Methodology

This qualitative research was conducted through the descriptive-analytical approach and the library method was used to collect the needed information.

## 3. Findings

The effects of acquired citizenship in the legal system of Iran, France, and England include rights and duties. People who obtain citizenship in these countries will benefit from all the rights that are prescribed for ordinary citizens, but they are deprived of some jobs. The duties of a person who has acquired Iranian citizenship include things such as taxes, performing military service, obeying and recognizing the rights of the Iranian government, and respecting national

dignity and affairs. Obtaining acquired citizenship in Iran, France, and England laws has effects on the wife (permanent and temporary marriage) and child (relative child, whether legitimate or illegitimate or child born from a surrogate mother and adopted child). The laws of England and France can attract talented people, but Iran's laws need to be revised.

#### **4. Conclusion**

The legal systems of Iran, France, and England have a history in the formulation of citizenship. Each of these legal systems has determined ways to acquire citizenship. Marriage and the application of citizenship by foreigners are among the ways of acquiring citizenship in Iran. In France and England, these ways include marriage, application, and child. The effects of acquired citizenship in Iran's legal system include rights and duties. People who have acquired or will acquire Iranian citizenship enjoy all the rights prescribed for Iranians but are excluded from certain jobs. The duties of a person who has acquired Iranian citizenship include things such as taxes, performing military service, obeying and recognizing the rights of the Iranian government, and respecting national dignity and affairs. Obtaining acquired citizenship in Iranian law has effects on the wife (permanent and temporary marriage) and child (relative child and adopted child). There is a difference between France's and Iran's law in imposing or acquiring citizenship; Iranian law considers the imposition of Iranian citizenship on the wife when the husband applies for Iranian citizenship, and in French law, due to the independence of the spouses' citizenship, the husband's request to acquire French

citizenship does not affect the wife's citizenship.

In Iran's legal system, even though there is a rule on the effect of the acquisition of Iranian citizenship by the father on the citizenship of other family members, there has been silence on the effect of the acquisition of Iranian citizenship by the mother on other family members' citizenship. Of course, in the single article that was approved in 1385 and amended in 1398, this right has been given to the children born from the marriage of an Iranian mother with a foreign father to acquire Iranian citizenship with some conditions. Unlike the legal system of France and England, this type of citizenship is acquired. It should be noted that the children of foster and surrogate mothers cannot transfer this right to their children in obtaining citizenship. Regarding the acquisition of French and British citizenship through women, it can be said that considering the independence of citizenship of couples, women can acquire the citizenship of these two countries separately from their husbands. This issue of acquiring citizenship by them has no effect on the citizenship of their spouses and the spouses' citizenship will not change unless they also request to acquire citizenship of these two countries, in which case the new citizenship will be applied to them as well.

#### **Funding**

There is no financial support for this research.

#### **Authors' contribution**

The authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. The authors approved the content of the manuscript and agreed on all legal aspects of the research.





### **Conflict of interest**

The authors declared no conflict of interest.

### **Acknowledgments**

The authors appreciate all the scientific consultants in this paper.

# روش‌ها و آثار تحصیل تابعیت در ایران با نگاهی تطبیقی به حقوق فرانسه و انگلستان

سودابه طالبی قادیکلایی<sup>۱</sup>، عبدالعلی محمدی جوزانی<sup>۲\*</sup> ID، محمد باباپور<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد ورامین پیشوا، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

<sup>۲</sup> استادیار گروه حقوق، واحد ورامین پیشوا، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

<sup>۳</sup> استادیار گروه حقوق، واحد ورامین پیشوا، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران



[20.1001.1.24237566.1402.7.2.7.3](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24509.1430)



[10.22080/lps.2023.24509.1430](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24509.1430)

## چکیده

بحث تابعیت و تابعیت اکتسابی، یکی از مباحث جدی و پرچالش در پژوهش‌ها و فرآیندهای حقوقی است. منظور از تابعیت اکتسابی، اخذ تابعیت جدید با فاصله مدتی پس از تولد، برای یک شخص است. چنانچه شخصی به فاصله مدتی بعد از تولد، دارای تابعیت جدیدی گردد، این تابعیت را تابعیت اکتسابی می‌نامند. هدف این پژوهش که به روش توصیفی - تحلیلی صورت گرفته است، شناسایی آثار تابعیت اکتسابی در نظام حقوقی ایران و کشورهای انگلستان و فرانسه است. علت انتخاب این دو نظام حقوقی، قدمت قوانین در حوزه تابعیت و مترقی بودن قوانین این کشورهاست. پژوهش‌گر به دنبال پاسخ به پرسش اصلی پژوهش است که آثار تابعیت اکتسابی در هریک از این نظام‌های حقوقی به چه شکل است؟ سؤال دیگر این است که این آثار دارای چه شباهت‌ها و تفاوت‌هایی هستند؟ نتایج پژوهش نشان می‌دهد آثار تابعیت اکتسابی در نظام حقوقی ایران، فرانسه و انگلستان شامل حقوق و تکالیف است. اشخاصی که تابعیت این کشورها را به دست بیاورند، از کلیه حقوقی که برای شهروندان عادی مقرر است، بهره‌مند می‌شوند ولیکن از برخی مشاغل محرومند. تکالیف فردی که تابعیت ایران را کسب کرده، شامل مواردی همچون مالیات، انجام خدمت نظام وظیفه، اطاعت و حق شناسی نسبت به دولت ایران و احترام نسبت به حیثیت و شئون ملی است. تحصیل تابعیت اکتسابی در حقوق ایران، فرانسه و انگلستان دارای آثاری بر زوجه (ازدواج دائم و موقت) و فرزند (فرزند نسبی اعم از مشروع یا نامشروع یا فرزند متولد از مادر جانشین و فرزندخوانده) نیز هست. قوانین دو کشور انگلستان و فرانسه قابلیت جذب افراد مستعد را دارد، لیکن قوانین ایران نیازمند بازنگری است. این بازنگری می‌تواند شامل شرایط و آثار جدید باشد.

تاریخ دریافت:

۲۶ آبان ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۲۰ خرداد ۱۴۰۲

تاریخ انتشار:

۱ مهر ۱۴۰۲

کلیدواژه‌ها:

تابعیت اکتسابی، آثار تحصیل تابعیت، نظام حقوقی ایران، نظام حقوقی انگلستان، نظام حقوقی فرانسه.

\* نویسنده مسئول: عبدالعلی محمدی جوزانی

آدرس: استادیار گروه حقوق، واحد ورامین پیشوا، دانشگاه آزاد ایمیل: [abdolalimohammadi134@gmail.com](mailto:abdolalimohammadi134@gmail.com)

اسلامی، تهران، ایران.



## ۱ مقدمه

مستعد، سودمند و علاقه‌مند به کشور جذب شوند. در صورتی که این افراد در کشور جدید از حقوق و مزایای منصفانه بهره‌مند شوند، روند حضور افراد نخبه و توانمند در کشور سرعت می‌گیرد. از آنجا که دو کشور انگلستان و فرانسه در این زمینه دارای قوانینی هستند که به این شرایط توجه کرده است، مطالعه و بررسی آثار تحصیل تابعیت در نظام حقوقی این کشورها و مقایسه با کشور ایران دارای اهمیت و ضرورت است. فرضیه مقاله این است که مقررات قانون مدنی ایران در زمینه تحصیل تابعیت، از حیث جذب افراد، شرایط مطلوبی ندارد و نمی‌تواند در تحقق هدف یادشده، نقش‌آفرینی کند. تاکنون پژوهشی که مستقلاً آثار تحصیل تابعیت را در این نظام‌های حقوقی بررسی کند، صورت نگرفته است و پژوهش حاضر از این جنبه دارای نوآوریست.

## ۲ روش‌های تحصیل تابعیت

### ۲٫۱ مفهوم‌شناسی تابعیت

«تابعیت در اصل، واژه‌ای عربی است که از ریشه «تبع» ساخته شده است. تبع به معنی «پیروی کردن و اطاعت کردن» است (دهخدا، ۱۳۸۵: ۲۶۱) «از نظر لغوی تابعیت به معنای پیرو و فرمانبردار بودن و تابع کسی است که عضو جمعیت اصلی یک دولت باشد و به کسی که عضو این جمعیت نباشد، اگرچه مقیم سرزمین آن دولت باشد، بیگانه یا غیرخودی می‌گویند» (سلجوقی، ۱۳۹۵: ۱۴۸). تعریف تابعیت، در نظام‌های حقوقی سایر کشورها نیز به همین نحو صورت گرفته است. معادل این واژه در انگلیسی «Nationality» و در فرانسه «Nationalite» می‌باشد. از منظر حقوقی، تابعیت عبارت است از عضویت فرد - حقیقی یا حقوقی - در جمعیت تشکیل‌دهنده دولت، که بیان‌گر رابطه حقوقی، سیاسی و معنوی فرد تابع با دولتی معین می‌باشد و

داشتن حق تابعیت برای هر شخص، مسلم است و نمی‌توان هیچ‌کس را به صورت خودسرانه از تابعیتش یا حق تغییر تابعیت محروم نمود.<sup>۱</sup> غالب اشخاص، تابعیتشان را از طریق سیستم خون یا خاک تحصیل می‌کنند (فرح‌دوست، ۱۳۹۸: ۶۰). ولی با گسترش مهاجرت در قرن‌های بیستم و به ویژه در قرن بیست و یکم، شاهد توسعه‌ی بیشتر روندهای حقوقی تحصیل تابعیت از دیگر دولت‌ها هستیم. این فرآیندها شامل شیوه‌هایی چون تقاضا، ازدواج، فرزندخواندگی و یا انتقال سرزمین هستند (ابراهیم‌گل و حکمتی مقدم، ۱۳۹۴: ۷۶). از دیگر سو، از آنجا که تابعیت، فرآیندی است که به حاکمیت دولت‌ها مرتبط می‌گردد، بنابراین هر دولت قوانین و چارچوب‌های متفاوتی را به شکل مستقل برای تعیین اتباع خود وضع می‌کند. در چنین شرایطی اگر کسی در سرزمین کشوری بر طبق قوانین و مقررات آن کشور جزء اتباع به حساب نیاید، بیگانه خواهد بود. هر چند اگر تابعیت کشور دیگری را دارا باشد و یا بی‌تابعیت به حساب بیاید. این امر نیز در ماده ۱ «کنوانسیون در مورد برخی مسائل مربوط به تعارض قوانین تابعیت (لاسه)»<sup>۲</sup>: «هر دولتی این صلاحیت را دارد که بر اساس قوانین و مقررات خود تعیین کند چه کسانی از اتباع او به حساب می‌آیند» مورد اشاره واقع شده است. اگرچه که دولت‌ها در وضع قواعد تابعیت و تعیین تابعیت افراد آزاد هستند و لیکن برخی پدیده‌های عینی و مصلحت‌های سیاسی و اجتماعی و اقتصادی و نیز اصول بین‌المللی حاکم بر تابعیت که در اسناد مختلف بین‌المللی آمده است، این اختیار و آزادی دولت‌ها را تا حدودی محدود ساخته است. از آنجا که اعطای تابعیت یکی از روش‌های جذب نیروی انسانی مستعد و شایسته برای به‌کارگیری در مسیر توسعه اقتصادی و اجتماعی به حساب می‌آید، شرایط و آثار اعطای تابعیت باید به گونه‌ای باشد که بر اساس آن، افراد

<sup>2</sup> The Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws (1930).

<sup>۱</sup> اصل ۴۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

ثمره آن بهره‌مندی وی از حقوقی است که به موجب قوانین کشور متبوع برای شهروندان آن وجود دارد.

## ۲،۲ روش‌های تحصیل تابعیت اکتسابی

تابعیت اکتسابی<sup>۱</sup> که به تابعیت غیرتولدی، تبعی و اشتقاقی نیز معروف است، این‌گونه تعریف شده است: «چنانچه شخصی به فاصله مدتی بعد از تولد، دارای تابعیت جدیدی گردد، این تابعیت را تابعیت اکتسابی می‌نامند» (ناصری، ۱۳۸۲: ۶۳). «تابعیت اکتسابی یا اشتقاقی تابعیتی است که بعد از تاریخ تولد تا وقتی که شخص زنده است در اثر اعمال حقوقی شخص یا نماینده قانونی او ممکن است تحصیل شود؛ مانند تحصیل تابعیت در اثر سکونت مدت معینی در کشور خارجی یا کسب تابعیت در اثر ازدواج» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷: ۱۸۱). در تعریف تابعیت اکتسابی همچنین گفته شده است: «تابعیتی است که شخص در حیات خود و در فاصله‌ای بعد از تولد و در اثر عواملی همچون ازدواج، اقامت یا درخواست فرد به دست می‌آورد» (آل کجفاف، ۱۴۰۰: ۷۲).

در ادامه، طرق تحصیل تابعیت در سه نظام حقوقی ایران، فرانسه و انگلیس بررسی و تحلیل می‌گردد. مهاجرپذیر بودن و یا مهاجرفرست بودن کشورها عامل اصلی برای تعیین معیار تابعیت افراد آن کشور می‌باشد. کشورهای جهان سوم به دلیل مهاجرفرست بودن آن‌ها بیشتر سیستم خون و کشورهای توسعه‌یافته به دلیل مهاجرپذیر بودن آنها بیشتر سیستم خاک را اعمال می‌کنند و گاه تلفیقی از این دو سیستم بنابر دلایلی اعمال می‌شود.<sup>۲</sup>

تابعیت اصلی در نظام حقوقی ایران بر دو مبنای خون و خاک می‌باشد (خامی‌زاده، ۱۳۸۵: ۲۰۴) و به صورت تلفیقی از این دو سیستم استفاده می‌شود. تابعیت ممکن است به صورت اکتسابی به شخص تعلق گیرد، این تابعیت از چند راه تحصیل می‌شود.

- ازدواج: ازدواج زن خارجی با مرد ایرانی.
- تقاضای تحصیل تابعیت توسط بیگانگان: ممکن است شخص فقط برای خود تقاضای تابعیت داشته باشد و یا تابعیت جدید را برای همسر و فرزندان خود نیز درخواست داشته باشد، تقاضای وی شامل تحصیل این تابعیت برای همسر و فرزندان نیز می‌شود. گرچه در نوشته‌های برخی از حقوقدانان در ردیف آثار تابعیت‌های اکتسابی قرار گرفته است؛ لکن چون نوعی تحصیل تابعیت هر چند به صورت غیر ارادی و تحمیلی می‌باشد، می‌توان آن را «تابعیت تحمیلی» یا «تحمیل تابعیت» نام‌گذاری نمود. (ایران‌منش، ۱۴۰۰: ۶۹).

تابعیت اکتسابی ارادی تابعیتی است که شخص بر اساس خواست خود آن را کسب می‌نماید (ابراهیم‌گل و حکمتی مقدم، ۱۳۹۴: ۷۹). طبق ماده ۹۷۹ قانون مدنی<sup>۳</sup> هر یک از اتباع خارجی، در صورتی که ۱۸ سال تمام را گذرانده باشند، در هیچ کشوری دارای جرم مهم و غیرسیاسی نباشند و ۵ سال از سکونت آنها در کشور ایران بگذرد می‌توانند تقاضای تحصیل تابعیت ایران را داشته باشند (حسن‌زاده، ۱۳۹۹: ۱۰۸).

<sup>۱</sup> در زبان فرانسه اصطلاح nationalité acquise برای تابعیت اکتسابی استعمال می‌شود.

<sup>۲</sup> این دلایل می‌تواند شامل کاهش هزینه‌های اقتصادی و همچنین اتلاف زمان کمتر برای متقاضی تحصیل تابعیت باشد.

<sup>۳</sup> ماده ۹۷۹: اشخاصی که دارای شرایط ذیل باشند می‌توانند

تابعیت ایران را تحصیل کنند:

۱- به سن هجده سال تمام رسیده باشند؛

۲- پنج سال اعم از متوالی یا متناوب در ایران ساکن بوده باشند؛

۳- فراری از خدمت نظامی نباشند؛

۴- در هیچ مملکتی به جنحه‌ی مهم یا جنایت غیرسیاسی محکوم نشده باشند.

در مورد فقره‌ی دوم این ماده مدت اقامت در خارجه برای خدمت دولت ایران در حکم اقامت در خاک ایران است.

داشتن درآمد اولیه در این کشور پیش‌بینی شده است<sup>۱</sup> (Weil, 2018: 25). اشخاص بالای هجده سال چنانچه متأهل و دارای فرزند باشد حتماً می‌بایستی با خانواده‌شان در آنجا اقامت داشته باشند. لازم است متقاضی درآمد اولیه‌ای در فرانسه طی پنج سال اقامتش داشته باشد (Weil, 2018: 33-35). این شرایط به صورت مطلق نبوده و تحت شرایط دیگری ممکن است محدود یا مستثنی شوند.

۲- تحصیل تابعیت از طریق ازدواج: به مانند نظام حقوقی ایران، یکی دیگر از روش‌های کسب تابعیت فرانسه، ازدواج است. مطابق با اصلاحات ۲۶ نوامبر سال ۲۰۰۳ هر گاه شخصی با یکی از اتباع فرانسه ازدواج و این ازدواج دو سال دوام داشته باشد، می‌تواند تابعیت فرانسه را کسب نماید<sup>۲</sup> (Mantu, 2018: 61). این قانون در تاریخ ۲۰۰۶ نیز با تغییراتی همراه شد و در حال حاضر در ماده ۳۴ قانون تابعیت فرانسه، به جای دو سال، چهار سال دوام زندگی مشترک برای اخذ تابعیت این کشور مقرر گردیده است<sup>۳</sup> (خمامی‌زاده، ۱۳۸۵: ۲۱۱). البته در صورتی که هنوز همسر یکدیگر باشند و مهارت بالایی در زبان فرانسه داشته باشند و یک سال در فرانسه اقامت داشته باشند. نکته دیگر این است که اگر ازدواج در خارج از فرانسه صورت گیرد، باید قبل از اخذ تابعیت فرانسه، ازدواج آنها در دفاتر داخلی فرانسه ثبت گردد.

۳- تحصیل تابعیت از طریق تولد فرزند: مطابق با قانون تابعیت فرانسه از اول سپتامبر ۱۹۹۸ فرزندی که از والدین خارجی باشد ولی متولد فرانسه باشد، تحت شرایط

در خصوص افرادی که به امور عام‌المنفعه ایران خدمتی کرده باشند، می‌توان کسانی را که در این زمینه در ایران سرمایه‌گذاری اقتصادی می‌کنند را نیز نام برد که در این صورت نیز می‌توانند از امتیازاتی بهره بگیرند. نکته آخر اینکه، برای کسب تابعیت ایران، در صورت دارا بودن شرایط یاد شده، مراحل باید طی شود تا شخص به تابعیت رسمی ایران در بیاید. بدین صورت که، افرادی که متقاضی تحصیل تابعیت دولت جمهوری اسلامی ایران باشند می‌توانند در صورت شرایط مندرج در ماده ۹۷۹ قانون مدنی، درخواست تابعیت خود را به اداره تابعیت وزارت امور خارجه در مرکز و یا دفاتر امور اتباع و مهاجرین خارجی استانداری‌های سراسر کشور تسلیم نمایند (رستمی نژاد، ۱۳۹۵: ۸۴). بر اساس قانون ایران اگر درخواست تحصیل تابعیت ایران شود، ممکن است مورد مخالفت دولت ایران واقع شود و در صورت رد درخواست، دولت ایران موظف به ذکر دلیل رد نمی‌باشد. البته بعد از رد درخواست می‌توان درخواست تحصیل تابعیت را مجدداً مطرح نمود (حسن‌زاده، ۱۳۹۹: ۷۷)؛ ولی درخواست مجدد، اجباری مبنی بر پذیرش درخواست نمی‌باشد.

در کشور فرانسه تلفیقی از سیستم خون و سیستم خاک پذیرفته شده (Weil, 2018: 17) و با شرایط خاص خود تحمیل تابعیت براساس دو سیستم مذکور را پذیرفته است. در حقوق فرانسه کسب تابعیت اکتسابی به صورت زیر می‌باشد:

۱- اعطای تابعیت از طریق تقاضا: از آنجایی که تابعیت مربوط به حاکمیت دولت‌ها است و هر دولت برای اعطای تابعیت خود شرایطی را پیش‌بینی کرده است، بر اساس بند یک ماده ۱۸ قانون مدنی فرانسه، در فرانسه نیز برای اعطای تابعیت شرایطی مانند، بالای ۱۸ سال داشتن، ۵ سال اقامت مستمر و

<sup>3</sup> Loi sur la nationalité française, article 34

<sup>1</sup> Napoleonic Code, Clause 1 of Article 18.

<sup>2</sup> Act No. 2003 - 1119 Of 26 November 2003 On The Control Of Immigration, Residence Of Foreigners In France And Nationality

برای تحصیل تابعیت می‌شوند اگر دارای تمامی شرایط باشند معمولاً پذیرفته خواهند شد. هم اکنون در قانون انگلیس تابعیت از طرق زیر کسب می‌شود:

۱- تحصیل تابعیت از طریق تقاضا: بر اساس بخش اول، ماده ۴ قانون تابعیت بریتانیا کسانی که از وزیر کشور تقاضای انگلستان را نموده و مورد موافقت نیز واقع شده باشد می‌توانند تابعیت انگلستان را تحصیل نمایند (حسن‌زاده، ۱۳۹۹: ۱۳۱):

- به مدت ۵ سال اقامت قانونی در انگلستان داشته باشند.
- بیش از ۱۸ سال سن داشته باشد.
- متقاضی باید قصد زندگی یا کار به صورت دائمی در انگلستان داشته باشد.
- دارای حسن شهرت و سابقه باشد.
- در زمان اقامت در انگلستان، تمامی قوانین مهاجرتی را رعایت نماید.
- قبولی در آزمون زندگی در انگلستان.
- به زبان انگلیسی تسلط داشته باشد (قانون تابعیت بریتانیا، ۱۹۸۱، بخش اول، ماده ۴).

۲- تحصیل تابعیت از طریق فرزندخواندگی: بر اساس بخش پنجم قانون تابعیت بریتانیا فرزندخواندگی نیز تحت شرایط پیش‌بینی شده در این بخش می‌تواند منجر به تحصیل تابعیت انگلستان گردد (Christophe, 2010: 391). برابر مواد این بخش؛ در صورتی فرزندخواندگی باعث تحصیل تابعیت انگلستان می‌شود که پدر و مادر تقاضای فرزند خواندگی را از دادگاه نموده باشند. در صورتی فرزندخوانده تبعه انگلستان محسوب خواهد شد که یکی از

زیر می‌تواند در سن ۱۸ سالگی تابعیت فرانسه را بدست آورد<sup>۱</sup> (Weil, 2018: 46):

در صورتی که شخص بدون تابعیت باشد.

اقامت و تحصیلات کودک در فرانسه باشد.

محل اقامت کودک از سن ۱۱ سالگی برای مدت ۵ سال (مداوم و ناپیوسته) در فرانسه باشد.

در سن ۱۳ سالگی توسط پدر و مادر و در سن ۱۶ سالگی شخصاً درخواست تابعیت را دهد.

۴- تحصیل تابعیت از طریق فرزندخواندگی:

فرزندخواندگی در فرانسه به دو صورت ساده و کامل می‌باشد. در فرزندخواندگی به صورت کامل تمام روابط از اولیای اصلی به فرزند خوانده منتقل می‌شود به جز روابط بیولوژیکی؛ بنابراین وقتی فرزندی که دارای تابعیت فرانسه نباشد، توسط والدین فرانسوی به فرزندخواندگی پذیرفته شود می‌تواند در فرزندخواندگی کامل تابعیت فرانسوی والدین را کسب نماید. مقدار پذیرش به فرزندخواندگی کودکان خارجی بیشتر از کودکان فرانسوی می‌باشد (Bqll, Boyron & whittaker, 1998: 47).

انگلستان نیز مانند ایران و فرانسه از رویه اعطای تابعیت پیروی می‌کند. در این کشور اعطای تابعیت به اشخاص بیگانه در صلاحیت وزارت کشور<sup>۲</sup> است که ممکن است تابعیت انگلستان را به هر کسی که مناسب تشخیص دهد اعطا کند و همچنین با وجود اینکه وزارت کشور شرایط رسمی برای اعطای تابعیت قرار داده است، ولی ممکن است از هر یک از آنها چشم‌پوشی کند و به متقاضی که فاقد یکی از این شرایط است تابعیت بریتانیا را اعطا کند<sup>۳</sup> (مرتضوی و محقق‌نیا، ۱۳۹۶: ۲۵۴). یا از طرف دیگر ممکن است به کسی که دارای همه این شرایط است تابعیت را اعطا نکند. با این حال درخواست‌هایی که

<sup>3</sup> British Nationality Act 1981". UK Government. 40(4A)(c)

<sup>1</sup> Article 87 de l'ordonnance n° 45-2441

<sup>2</sup> Home Office



پناهندگان<sup>۱</sup> می‌باشد، موظف است به افرادی که به دلیل در خطر بودن جانشان در کشور خود، به انگلستان پناه آورده‌اند، پناه دهد و در نهایت با اثبات دلیل پناهندگی توسط متقاضی، اقامت و تابعیت این کشور را به آنها اعطا نمایند. جهت کسب تابعیت از طریق پناهندگی احتیاجی به شرط اقامت نمی‌باشد.

### ۳ آثار تحصیل تابعیت اکتسابی

در این مبحث آثار تحصیل تابعیت در سه نظام حقوقی ایران، فرانسه و انگلیس مورد بررسی قرار می‌گیرد.

#### ۳/۱ در نظام حقوقی ایران

اشخاصی که به تابعیت ایران پذیرفته می‌شوند، از کلیه حقوقی که برای ایرانیان مقرر است، برخوردار خواهند بود و می‌توانند در محدوده قوانین و مقررات (مانند قانون اساسی، قوانین مالیاتی و ...) این کشور به میل و سلیقه شخصی خود، از حقوق خود بهره‌مند شوند و حقوق آن‌ها به عنوان ایرانی محترم است و کسی نمی‌تواند مخل کسب و کار آن‌ها شود؛ بنابراین «اشخاصی که تحصیل تابعیت ایران کرده یا کنند، از کلیه حقوقی که برای ایرانیان مقرر است بهره‌مند می‌شوند، اما نمی‌توانند به مقامات ذیل نائل شوند: ریاست جمهوری و معاونین او؛ عضویت در شورای نگهبان و ریاست قوه قضاییه؛ وزارت و کفالت وزارت، استانداری و فرمانداری؛ عضویت در مجلس شورای اسلامی؛ عضویت شوراهای استان، شهرستان و شهر؛ استخدام در وزارت امور خارجه و نیز احراز هرگونه پست یا مأموریت سیاسی؛ قضاوت؛ عالی‌ترین رده فرماندهی در ارتش و نیروی انتظامی و نیز تصدی پست‌های مهم اطلاعاتی و امنیتی<sup>۲</sup>». از آنجایی که مشاغل فوق دارای اهمیت خاصی است و اشتغال به آن‌ها در صورتی که همراه

پدر یا مادر خوانده در زمان فرزندخواندگی تبعه انگلیس باشد. همچنین سن فرزندخوانده باید زیر ۱۸ سال باشد (Christophe, 2010: 395-397). لازم به توضیح است چنانچه شخصی از طریق فرزندخواندگی تابعیت انگلستان را به دست آورده چنانچه از طرف والدینی که وی را به‌عنوان فرزندخوانده پذیرفته‌اند، قرارداد لغو گردد وی همچنان تابعیت انگلستان را خواهد داشت و تابعیت وی سلب نمی‌گردد.

۳- تحصیل تابعیت از طریق ازدواج با تبعه انگلیس: روش دیگر کسب تابعیت کشور انگلیس، تابعیت از طریق ازدواج می‌باشد. اگر شخصی نسبت به ازدواج با یکی از اتباع کشور مذکور مبادرت کند، می‌تواند به‌عنوان تبعه‌ی آن کشور در آید. در این روش تفاوتی مابین زن یا مرد برای کسب تابعیت وجود ندارد. به بیانی دیگر، جنسیت ملاک برای تحصیل تابعیت نیست (سلجوقی، ۱۴۰۰: ۲۴۱). اگر فردی با اتباع انگلیس ازدواج نماید و ۲ سال از این ازدواج بگذرد و فرد متقاضی ۳ سال اقامت قانونی در این کشور داشته باشد، می‌تواند درخواست تابعیت انگلستان را بنماید، البته باید مدارک عدم سوء پیشینه و تسلط بر زبان انگلیسی را ارائه دهد. متقاضیانی که سن آنها بالای ۶۵ سال باشد نیازی به ارائه مدرک زبان ندارند. ارائه مدارکی دال بر تمکن مالی، سندیتی بر ازدواج و ارتباط زناشویی و داشتن شخصیت خوب نیز برای کسب تابعیت باید پیوست تقاضا باشد.

۴- تحصیل تابعیت انگلیس از طریق پناهندگی: از آنجایی که انگلستان عضو رسمی «کنوانسیون ژنو در مورد امور

<sup>۲</sup> ماده ۹۸۲ قانون مدنی، اصلاحی ۱۳۷۰/۰۸/۱۴.

<sup>۱</sup> The 1951 Refugee Convention - UNHCR

به عبارت دیگر، همانگونه که شخص پذیرفته شده به تابعیت ایران، دارای حقوقی است، در مقابل نیز تکالیفی بر عهده دارد.

طرفداران تحمیل تابعیت مرد بر زن بر این عقیده هستند که از یک طرف قانون قابل اعمال در رابطه با احوال شخصیه، قانون دولت متبوع شخص است و از طرف دیگر وحدت تابعیت خانواده باعث رابطه و پیوند معنوی بین زوجین می شود و با توجه به سنت اجتماعی حاکم، مناسبتر است که تابعیت شوهر بر زن تحمیل شود. (توسلی نائینی و افضلی، ۱۳۹۴: ۴۲۰) «البته در مورد منشأ حقوقی تغییر تابعیت زن بر اثر ازدواج اختلاف نظر وجود دارد. بعضی این نوع تغییر تابعیت را ناشی از اراده زن می دانند به این صورت که زن با قبول ازدواج، تابعیت شوهر را به طور ضمنی می پذیرد زیرا قبل از ازدواج آگاه به این تحمیل تابعیت بوده و با علم و اراده با شوهر خود ازدواج کرده است. برخی دیگر آن را غیر ارادی می دانند و بر این باورند که تابعیت دولت متبوع شوهر، خارج از اراده و اختیار زن بر او تحمیل می شود. عده ای دیگر آن را ناشی از وصف نهاد ازدواج می دانند بدین معنی که زن فقط قصد ازدواج کرده و تغییر تابعیت زن، اثر قهری زناشویی و ازدواج است که قانون بر وی تحمیل کرده است» (نصیری، ۱۴۰۰: ۵۲۰).

از این رو در قانون تابعیت ایران در تحصیل تابعیت ایران، احکامی کم و بیش متفاوت از یکدیگر پیش بینی شده است. زوجه شخصی که تابعیت ایران را تحصیل کرده است طبق ماده ۹۸۴ قانون مدنی، ایرانی شناخته می شود که این تابعیت تحمیلی است. «چنین حکمی به این دلیل وضع شده است که قانون ایران، نخواستار است زن خارجی را بدون اختیار و تنها به جهت تبعیت از شوهر خود محدود کند بلکه به وی اجازه داده است تا طی ظرف زمانی معینی به تابعیت قبلی خود برگردد» (سلجوقی، ۱۳۹۵: ۸۵). بر اساس این ماده، زن فقط می تواند به تابعیت سابق زوج خود بازگشت کند. در

با مقاصد متقابلانه باشد، صدمه بزرگی به مملکت وارد می آورد، بنابراین اشخاصی که تابعیت ایران را تحصیل می کنند، از این مشاغل محرومند.

با توجه به ماده مذکور معلوم می شود که در حقوق ایران تمایزاتی بین دارندگان تابعیت اصلی و اکتسابی در کسب شغل های خاصی وجود دارد که به نظر می رسد نظر قانون گذار در مورد بعضی از این شغل ها به علت حساسیتی که دارند و همچنین جنبه سیاسی آن، قابل توجیه باشد. البته از آنجایی که پست هایی که در این ماده حصری است و دارنده تابعیت اکتسابی فقط از داشتن این مشاغل محروم است، نقدی بر این ماده وارد است زیرا که شغل های دیگری وجود دارد که اهمیت آن از بعضی مواردی که در این ماده ذکر شده بیشتر است که از جمله می توان رهبری، ریاست یا عضویت در مجلس خبرگان، مجمع تشخیص مصلحت نظام و غیره نام برد. ولی در مقابل بعضی از مشاغلی که در این ماده ذکر شده از جمله عضویت در شوراهای شهرستان و شهر کم اهمیت تر از آن هستند که دارندگان تابعیت اکتسابی مادام العمر از آن محروم باشند. و همچنین از آنجایی که قانون گذار در ماده ۹۸۰ قانون مدنی اشخاص دارای مقامات عالی علمی و تخصص در امور عام المنفعه را از شرط اقامت معاف کرده است. به نظر می رسد که هدف قانون گذار از معافیت این گروه، خدمت به کشور و پیشرفت آن است پس تا حدودی می توان گفت که با محرومیت هایی که در ماده ۹۸۲ اعمال کرده نقض غرض کرده است.

از دیگر آثار کسب تابعیت ایران برقراری تکالیفی است که برعهده سایر اتباع نیز می باشد، «از جهت تکالیف تفاوتی بین دارندگان تابعیت اصلی و اکتسابی وجود ندارد، از جمله این تکالیف می توان انجام خدمت نظام وظیفه، اطاعت و حق شناسی نسبت به دولت و به عبارتی اطاعت نسبت به قوانین و رعایت مقررات کشور، احترام نسبت به حیثیت و شئون ملی ایران و پرداخت مالیات را نام برد» (نصیری، ۱۴۰۰: ۱۵۵).





مصلحتی که باید در امر پذیرش به تابعیت رعایت گردد این است که اشخاصی پذیرفته شوند که واقعاً علاقه مند به کشورند و نمی‌خواهند تابعیت ایران را وسیله‌ای برای اغراض خاص خود قرار دهند. به علاوه این تحمیل تابعیت تا حدی با اصل ۴۲ قانون اساسی در مورد اختیاری بودن کسب تابعیت ایران مغایر است (توسلی نائینی، ۱۳۸۳: ۵۳). همچنین تحمیل تابعیت شوهر بر زن با تحولات جدید در زمینه حقوق زن مغایرت دارد زیرا امروزه با تصویب کنوانسیون منع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان از سوی ۱۸۹ دولت به نظر می‌رسد که دیدگاه سنتی مبتنی بر وحدت تابعیت در خانواده، جای خود را به نظریه مستقل دانستن تابعیت زنان داده است.

۳- مهاجرت مردان ایرانی به خارج از کشور: از دیگر آثار سوء تحمیل تابعیت زنان خارجی به دلیل ازدواج با مردان ایرانی، مهاجرت زیاد مردان ایرانی به خارج از کشور می‌باشد زیرا زنی که به واسطه ازدواج با مرد ایرانی، ناچار به قبول تابعیت ایرانی می‌شود، شاید تنها به دلیل علاقه ای که به مرد ایرانی داشته است با او ازدواج کرده باشد و علاقه ای به آب و خاک ایران نداشته باشد.

۴- گسترش روابط نامشروع: همچنین از آثار سوء دیگر این نوع تحمیل تابعیت می‌تواند گسترش روابط نامشروع باشد. زیرا ممکن است زن خارجی برای اینکه تحمیل تابعیت ایران بر او نشود، از ازدواج امتناع نماید و به رابطه بدون ازدواج تن دهد، که این امر می‌تواند برای کشور و همچنین برای فرزندان نامشروعی که توسط این زن و مرد به وجود می‌آید خطرناک باشد.

نسب رابطه‌ای است که بر اساس آن قرابت بین افراد مشخص می‌شود. در قانون مدنی تعریف صریحی از نسب ارائه نشده است. رابطه موجود بین پدر و فرزند و مادر و فرزند را نسب می‌گویند (آل کجفاف، ۱۴۰۰: ۸۲ و ۱۰۷ و ۱۱۵). آثار تحصیل تابعیت پدر نسبت به تمام فرزندان او ممکن است آثار یکسان نداشته باشد (ابراهیم گل و حکمتی مقدم، ۱۳۹۴: ۸۴). بنابراین در ادامه تاثیر آثار

ماده ۹۸۴ قانون مدنی، ارائه تصدیق دولت متبوع پیشین شوهر برای زن، ضروری دانسته نشده است.

تابعیتی که زن خارجی در اثر ازدواج با مرد ایرانی اکتساب می‌کند قطعی است. همچنین با پایان یافتن ازدواج (فوت شوهر، طلاق) خود به خود از بین نمی‌رود (فرح‌دوست، ۱۳۹۸: ۸۲). درخواست صدور شناسنامه برای بانوان خارجی دارای همسر ایرانی پس از انجام تشریفات ثبت ازدواج آنان با زوج ایرانی در نمایندگی‌های جمهوری اسلامی ایران امکان پذیر است و صدور شناسنامه برای مشمولین بند ۶ ماده ۹۷۶ بدون ثبت ازدواج رسمی ممنوع می‌باشد.

در مجموع به نظر می‌رسد که «اصل وحدت تابعیت زوجین، در خصوص مردان ایرانی که با زنان خارجی ازدواج می‌کنند، به صراحت در قانون مدنی ایران مورد قبول قرار گرفته است لیکن بعضی مواقع در عمل، آثار منفی انکارناپذیری را نیز به دنبال داشته است.

۱- ایجاد تابعیت مضاعف: هرگاه قوانین مملکت زوجه هم اجازه ترک تابعیت را به او ندهد و تابعیت اصلی را همچنان برای او حفظ کند، در این صورت زن، دارای تابعیت مضاعف می‌شود. تابعیت کشور شوهر و تابعیت کشور خودش. وجود چنین تابعیت دوگانه‌ای ممکن است اصل وحدت تابعیت در خانواده را با مشکلاتی روبه رو سازد.

۲- حمایت سیاسی از زنان خارجی: از دیگر مشکلات عملی تحمیل تابعیت شوهر بر زن، حمایت سیاسی از زنان خارجی است که در اثر ازدواج با مردان ایرانی، تبعه ایران محسوب می‌شوند، زیرا رابطه تابعیت در حقوق بین‌الملل عمومی برای تبعه آثار و نتایجی دارد که از جمله آنها استفاده از حمایت سیاسی دولت متبوع است. بنابراین دولت ایران وظیفه حمایت سیاسی از این زنان را به عهده دارد؛ در حالی که علاقه مندی چنین افرادی به ایران و شرط لیاقت آنان محرز نیست. زیرا تابعیت یک عمل حاکمیت دولت است و مخصوصاً در پذیرش به تابعیت باید مصالح کشور رعایت گردد. اولین

قابل اعمال تصور نمی‌کنند. برخی دیگر بین طفل نامشروع متولد در ایران و طفل نامشروع متولد در خارج از پدر ایرانی تفاوت قائل شده‌اند. در حالت اول تابعیت ایرانی طفل به موجب بند ۱ یا بند ۳ ماده ۹۷۶ خواهد بود و نه بند ۲ که به تولد از پدر قانونی اختصاص دارد (عزیزی و حاجی عزیزی، ۱۳۹۰: ۱۱۴). به نظر دکتر جعفر لنگرودی اطفال نامشروع محروم از تابعیت نیستند. در مباحث تابعیت که ماخوذ از حقوق خارجی است هر جا که موضوع به نسب مربوط می‌شود مقصود نسب لغوی است.<sup>۱</sup> پس مقصود از والد در بند دوم ماده ۹۷۶ ولد لغوی است نه ولد شرعی. ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی راجع به نسب شرعی است و ابداً ربطی به تابعیت به مفهوم عصر حاضر ندارد. کسی که برخلاف این نظر می‌دهد ولد زنا را نه تنها از حمایت ابوی، بلکه از حمایت دولت هم محروم کرده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷: ۵۰۰). رأی وحدت رویه ۶۱۷ هیأت عمومی دیوان عالی کشور در این زمینه وضعیت را روشن می‌نماید. مطابق این رأی، بموجب بند الف ماده یک قانون ثبت احوال مصوب سال ۱۳۵۵ یکی از وظایف سازمان ثبت احوال ثبت ولادت و صدور شناسنامه است و مقنن در این مورد بین اطفال متولد از رابطه مشروع و نامشروع تفاوتی قائل نشده است و تبصره ماده ۱۶ و ماده ۱۷ قانون مذکور نسبت به مواردی که ازدواج پدر و مادر به ثبت نرسیده باشد و اتفاق در اعلام ولادت و صدور شناسنامه نباشد یا اینکه ابوین طفل نامعلوم باشد تعیین تکلیف کرده است لیکن در مواردی که طفل ناشی از زنا باشد و زانی اقدام به اخذ شناسنامه ننماید با استفاده از عمو مات و اطلاق مواد یاد شده و مسأله ۳ و مسأله ۴۷ از موازین قضائی از دیدگاه حضرت امام خمینی رضوان الله تعالی علیه، زانی پدر عرفی طفل تلقی و نتیجه کلیه تکالیف مربوط به پدر از جمله اخذ شناسنامه برعهده وی می‌باشد و حسب ماده ۸۸۴

از روی شبهه نباشد، طفل حاصل از این عمل که منسوب به آنهاست، دارای نسب نامشروع (زنا) است».

تحصیل تابعیت پدر بر روی فرزندان کبیر، صغیر، نامشروع، فرزندان متولد از مادر جانشین و فرزندخوانده، به طور جداگانه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

فرزند نسبی می‌تواند چهار حالت داشته باشد. اولاد کبیر، اولاد صغیر، فرزند نامشروع و یا فرزند متولد از مادر جانشین. در ادامه به هریک از موارد پرداخته خواهد شد.

براساس ماده ۹۸۵ قانون مدنی تحصیل تابعیت ایرانی پدر به هیچ‌وجه درباره اولاد او که در تاریخ تقاضانامه به سن ۱۸ سال تمام رسیده‌اند، مؤثر نمی‌باشد. چرا که افراد مزبور به حد رشد عقلی و فکری رسیده‌اند و تحت ولایت پدر خود قرار ندارند و دارای استقلال هستند (مرتضوی و محقق نیا، ۱۳۹۶: ۲۵۷)، به همین دلیل لزومی ندارد که دارای تابعیتی هماهنگ با سایر اعضای خانواده باشند. البته قابل ذکر است که در صورت فراهم بودن شرایط مقرر در ماده ۹۷۹ قانون مدنی اولاد کبیر نیز می‌توانند تابعیت ایران را درخواست نمایند و یا به تابعیت خود باقی بمانند.

برطبق قانون ایران، هرگاه شخصی تغییر تابعیت دهد و به تابعیت ایران درآید و صاحب فرزندان صغیری باشد، این فرزندان نیز به تبع پدر، تغییر تابعیت می‌یابند و به تابعیت جدید پدر (ایران) پذیرفته می‌شود. «قانون‌گذار ایرانی، اولاد صغیر شخص بیگانه را که به تابعیت ایران پذیرفته شده، ایرانی محسوب می‌کند. چرا که طفل صغیر هنوز به رشد عقلی کامل نرسیده و می‌بایست تحت مراقبت و تربیت والدین خود باشد، به همین دلیل می‌بایست با سایر افراد خانواده دارای یک تابعیت باشد» (ارفع نیا، ۱۳۹۶: ۸۹).

برخی چون فرزند نامشروع را ملحق به زانی نمی‌دانند؛ بنابراین تابعیت ایرانی را برای این فرزندان

<sup>۱</sup> مراد از «نسب لغوی» که آن را «نسب نامشروع» نیز نامیده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، ج ۵: ۳۶۳۳)، چنین است: «هرگاه بین زن و مرد معینی رابطه‌ی ازدواج برقرار نشده باشد و مقاربت آنها



می‌نمایند مانند دیگر کشورهای اتحادیه اروپایی از کلیه حقوق و وظایف بهره‌مند خواهند شد (Weil, 2018: 91). مطابق ماده ۵ قانون انتخابات فرانسه تا سال ۱۹۷۱ خارجیانی که تابعیت و اقامت در فرانسه را تحصیل می‌نمودند تا پنج سال پس از کسب تابعیت، حق رأی نداشتند (Weil, 2018: 84). اما پس از نهم ژانویه ۱۹۷۳ قانون به خارجیان اجازه داد تا بتوانند رأی بدهند و نیازی به گذشت پنج سال نیست (Weil, 2018: 84). همچنین کسانی که تابعیت و اقامت در فرانسه را تحصیل می‌نمایند، حق فعالیت‌های سیاسی و اجتماعی را دارا می‌باشند نهایت باید اضافه نمود که همه‌ی کسانی که تابعیت و اقامت در فرانسه را تحصیل می‌نمایند مانند اتباع اصلی از کلیه حقوق سیاسی و اجتماعی و غیره برخوردار خواهند شد (Harald, 2021: 228). در مورد مسائل شغلی و استخدامی نیز، به جز فعالیت در مشاغل حساس (امنیتی یا سیاسی مطابق برخی از قوانین)، محدودیت قانونی وجود ندارد.

امروزه با توجه به تساوی حقوق زن و مرد، اکثر کشورها مانند انگلیس و فرانسه زن را در انتخاب تابعیت همسر مختار گذاشته‌اند و یا اینکه شرایط ورود به تابعیت را برای آنها تسهیل کرده‌اند. در ماده ۳۷ قانون تابعیت فرانسه ۱۹۷۳، مقرر شده است: «ازدواج نمی‌تواند بر اثر قانون در تابعیت موثر باشد». مزیت این نظریه عدم تحمیل تابعیت شوهر به همسر بر اثر ازدواج می‌باشد. البته این نظریه به غیر از مزایا، معایبی هم دارد، از جمله؛ عدم تامین وحدت خانواده، عدم وجود نظام حقوقی واحد که حاکم بر خانواده باشد و احتمال تشدید تابعیت مضاعف اطفال در صورت تبعیت تابعیت طفل از نسب مادری و پدری یا هر دو. با توجه به معایب نظریه وحدت تام و استقلال تام تابعیت، استقلال نسبی تابعیت مطرح گردید (Samy, 2021: 44)، بر اساس این نظریه، پذیرش تابعیت بر اثر ازدواج به اراده زوجین واگذار گردیده شده است. با شکل‌گیری این نظریه، خطر تابعیت مضاعف در نظریه

قانون مدنی صرفاً موضوع توارث بین آنها منتفی است.

ممکن است این سوال ایجاد شود که نسب فرزند جانشین به چه کسی یا کسانی تعلق دارد. در قرآن در آیه ۵۸ سوره فرقان بیان شده است: «اوست کسی که از آب، بشری آفرید و او را نسبی قرار داد». بنابراین در تعلق نسب به پدر شکی نمی‌باشد. قرابت نسبی به نوعی رابطه خونی گفته می‌شود که بین پدر و مادر و اولاد وجود دارد. در ماده ۱۰۳۲ قانون مدنی نیز بر آن تأیید شده است.

در خصوص پدر طفل نیز که بحثی در میان نمی‌ماند و پدر صاحب اسپرم پدر طفل می‌باشد بنابراین؛ در خصوص تابعیت این فرزندان، تغییر تابعیت پدر می‌تواند بر تابعیت این فرزندان نیز تاثیر بگذارد و این اطفال به تبع پدر تابعیت ایران را کسب می‌نمایند. لازم به تذکر است که این استدلال در مورد اطفال حاصل از رابطه نامشروع نیز قابل ارائه است.

اگر کسی که متقاضی تابعیت ایران است دارای فرزندخوانده زیر ۱۸ سال باشد آیا تابعیت ایران همانند اولاد طبیعی خود شخص بر فرزندخوانده نیز تحمیل می‌شود؟ اگر هدف قانون‌گذار از وضع مقرراتی به نفع اطفال صغیر در ایران این باشد که از آنها حمایت نماید، زمانی که در این مورد در قانون خلاء دیده می‌شود، هدف قانون‌گذار که حفظ وحدت خانواده بوده است زیر سوال می‌رود، وقتی پدری درخواست تابعیت ایران را داشته باشد ولی فرزند صغیر او، فرزندخوانده او باشد، چون در قانون ایران برای کسب تابعیت فرزندخوانده به تبع پدر، قانونی وضع نشده است، هدف قانون‌گذار نیز از وضع ماده ۹۸۴ کامل شکل نمی‌گیرد.

## ۳،۲ نظام حقوقی فرانسه

در ادامه، آثار در سه بخش آثار بر خود شخص، آثار بر زوجه و آثار بر فرزند بررسی خواهد شد.

بر اساس قوانین جدید فرانسه، حقوق و تکالیف کسانی که تابعیت و اقامت در فرانسه را کسب

داشتن سکونت در فرانسه در حالی که طفل توسط یک تبعه فرانسوی که ساکن فرانسه نمی‌باشد به فرزندی قبول شده باشد، در قوانین فرانسه وجود داشت و پس از مدتی لغو گردید (Loi du & mars, 1927: 13). با توجه به اینکه فرزندخواندگی بین‌المللی در حقوق فرانسه پذیرفته شده است، لذا آثار آن نیز در حقوق این کشور تاثیر گذاشته است. این کشور کنوانسیون حقوق کودک سازمان ملل متحد ۱۹۸۹ را تصویب و طبق ماده (۲۱) کنوانسیون در مورد فرزندخواندگی متعهد شده که منافع عالیه کودک را تامین کند. فرانسه کنوانسیون ۲۹ مه ۱۹۹۳ لاهه «در زمینه‌ی حمایت از کودکان و همکاری در خصوص احترام به فرزندخواندگی میان کشوری» را بعد از تجدید نظر در قوانین فرزند خواندگی خویشاوندی در ۱۹۹۸/۶/۳۰ به تصویب رسانده و از تاریخ ۱۹۹۸/۱۰/۱ اجرا نموده است.

### ۳،۳ نظام حقوقی انگلستان

در ادامه، آثار در سه بخش آثار بر خود شخص، آثار بر زوجه و آثار بر فرزند بررسی خواهد شد.

فردی که تبعیت انگلیس را دارد از تمام حقوق شهروندی این کشور برخوردار است و می‌تواند از آن بهره‌مند شود. باید علاوه بر حقوقی که یک شهروند انگلیسی به واسطه اخذ اقامت از طریق تولد در انگلستان به دست می‌آورد، وظایف شهروندی که بر عهده وی می‌باشد، انجام دهد. پرداخت مالیات، تمکین به قوانین امنیتی و ... از جمله این وظایف است. فرد متقاضی می‌تواند اجازه و حق رای در انتخابات، اجازه ملحق شدن به نیروهای امنیتی یا نیروی مسلح، اعطای پاسپورت به فرزند متقاضی، امکان استفاده از تمامی خدمات شهروندی از جمله: خدمات درمانی، خدمات اجتماعی و...، امکان دریافت حقوق بازنشستگی و یا حقوق بیکاری را داشته باشد (Anderson, 2016: 68).

در قانون بریتانیا تا قبل از لازم الاجرا شدن قانون ۱۹۸۱ که امروزه اساس قانون تابعیت بریتانیا را تشکیل می‌دهد، از اصل «وحدت تابعیت زن و

استقلال تام و همچنین بی‌تابعیتی در نظریه وحدت تام کاهش می‌یابد.

در قانون ۲۶ نوامبر سال ۲۰۰۳ میلادی بیان شده بود، اتباع بیگانه‌ای که در فرانسه زندگی کنند و با یک تبعه فرانسه ازدواج نمایند و این ازدواج دو سال ادامه داشته باشد می‌توانند با تقاضای تحصیل تابعیت و اعلان کتبی آن به مقامات مربوط در فرانسه تابعیت فرانسه را تحصیل نمایند (خرمی، ۱۳۹۰: ۳۵). اگر زوجین در فرانسه به مدت یک سال متوالی اقامت داشته باشند بعد از یک سال می‌توانند درخواست دهند. اگر زوجین در خارج از فرانسه زندگی کنند شرط دو سال مورد نظر به سه سال افزایش پیدا می‌کند. علاوه بر این به موجب این قانون یک امتحان زبان فرانسوی نیز برای همسر خارجی در نظر گرفته شده است و همچنین بررسی می‌شود که آیا زوجین واقعاً به‌عنوان زوج متأهل با هم زندگی می‌کنند (Faria, Stefanelli & Justine, 2020: 148). لازم به توضیح است که در سال ۲۰۰۶ قانون تغییر یافته و زمان لازم برای تقاضا به چهار سال ارتقاء یافت.

فرزند یا نسبی است و یا فرزندخوانده. در ادامه به هریک از این دو پرداخته خواهد شد.

فرزند نسبی: در حقوق فرانسه در ابتدا غلبه تابعیت پدر نسبت به مادر در رابطه با تحمیل سیستم خون پذیرفته شده بود و به موجب آن طفل ناشی از پدر فرانسوی، فرانسوی محسوب می‌شد. در قانون مربوط به تابعیت کشور فرانسه مصوب سال ۱۹۴۵، تابعیت مادر و همچنین مکان به دنیا آمدن فرزند، در نوع تابعیت فرزند اثرگذار نبوده و برتری برای پدر شناسایی شده است. با گذشت زمان و نیاز شدید کشور فرانسه به جمعیت بیشتر، تفاوت مذکور از بین رفت.

فرزندخوانده: تا پیش از سال ۱۹۷۳، بین فرزندان طبیعی و قانونی، تفاوت وجود داشت. ولی در قوانین جدید، تفاوتی بین فرزند طبیعی و قانونی وجود ندارد (خمامی‌زاده، ۱۳۸۵: ۲۰۹). الزام به



در خصوص فرزندان بالای ۱۸ سال و زیر ۱۸ سال او چه تاثیری دارد؟ در این خصوص باید بیان داشت که برای پاسخ به این سوال باید به آثار تابعیت اکتسابی بپردازیم. تابعیت اکتسابی علاوه بر اینکه در مورد کسی که تابعیت جدید تحصیل کرده در مورد فرزندان وی تحت شرایطی تاثیر دارد. قاعده عمومی این گونه است که کسب تابعیت تنها مورد فرزندان زیر ۱۸ سال تاثیر داشته و این تاثیر نیز قطعی نبوده و بعد از رسیدن این فرزندان به ۱۸ سال می‌توانند به تابعیت اصلی خود رجوع نمایند. این قاعده یک قاعده عمومی بوده در قوانین کشورهای ایران، انگلستان و فرانسه نیز همین قاعده جاری بوده و تاثیر تابعیت اکتسابی در مورد فرزندان زیر ۱۸ تاثیرگذار می‌باشد و به تبع کسب تابعیت جدید، تابعیت فرزندان نیز تغییر می‌کند. اما در مورد فرزندان بالای ۱۸ سال کسب تابعیت در مورد تابعیت آنها تاثیرگذار نبوده و شرایط آنها باید به صورت خاص و جداگانه بررسی شود.

**فرزندخوانده:** از دیگر روش‌هایی که در قانون تابعیت انگلستان، پیرامون تابعیت اکتسابی بیان گردیده، کسب تابعیت از طریق فرزندخواندگی است.

در نظام‌های قانون‌گذاری انگلیس شخصی که نسبت به فرزندخواندگی اقدام کند، همانند پدر واقعی قلمداد شده و دارای تمام حقوق و تکالیف فی مابین پدر و فرزند می‌شود. بنابراین زمانی که پدری درخواست تابعیت انگلیس را داشته باشد، در صورتی که رابطه وی و فرزندخوانده اش به صورت قانونی کسب شده باشد، می‌توان گفت که تحصیل تابعیت انگلیس بر تابعیت فرزند زیر ۱۸ سال نیز تاثیر می‌گذارد و او نیز می‌تواند به تبع پدر تابعیت انگلیس را کسب نماید (توسلی نائینی، ۱۳۸۸: ۵۷).

در صورتی فرزندخواندگی باعث تحصیل تابعیت انگلستان می‌شود که پدر و مادر تقاضای فرزند خواندگی را از دادگاه نموده باشند. در صورتی فرزندخوانده تبعه انگلستان محسوب خواهد شد که یکی از پدر یا مادر خوانده در زمان فرزند

شوهر» پیروی می‌شد که در نتیجه آن، در اثر ازدواج زن خارجی با مرد تبعه بریتانیا، زن تابعیت بریتانیا را به دست می‌آورد. اما پس از اول ژانویه ۱۹۸۳ قانون‌گذار بریتانیا با عدول از عقیده پیشین خود و با مبنا قرار دادن فکر نوین تساوی حقوق زن و مرد و مبارزه برای رفع حجر زن به این نتیجه رسید که ازدواج در تابعیت تأثیر ندارد و در نتیجه اگر زن خارجی با مرد بریتانیایی ازدواج نماید، تابعیت بریتانیا به زن تحمیل نمی‌شود بلکه زن بر تابعیت قبلی خود باقی خواهد ماند. بنابراین قانون‌گذار بریتانیا در مورد ازدواج زن خارجی با مرد تبعه بریتانیا سیستم استقلال کامل تابعیت زن و شوهر را مورد پذیرش قرار داده است.

تابعیت بریتانیا به واسطه ازدواج از همان ابتدا و خود به خود منتقل نمی‌گردد، بلکه زن از این حق برخوردار است که یا تابعیت اصلی خود را حفظ کند و یا در صورت تمایل، به طور داوطلبانه تابعیت بریتانیا را بپذیرد. بنابراین زمانی که مردی درخواست تابعیت انگلیس را داده باشد، این درخواست تابعیت بر زوجه وی موثر نمی‌باشد مگر اینکه زن نیز به همراه مرد تابعیت انگلیس را درخواست کرده باشد.

**فرزند نسبی:** تا قبل از ۱۹۸۳، تابعیت بریتانیایی به‌عنوان یک قانون کلی، تنها از طریق پدر به فرزند منتقل می‌شد و والدین نیز حتماً باید ازدواج کرده باشند.

اگر پدر درخواست تابعیت انگلیس را بنماید، به تبع آن در تابعیت فرزند نیز موثر می‌باشد زیرا قبل از قانون سال ۱۹۸۳ تابعیت پدر بر تابعیت فرزندان موثر بوده است و فلسفه وضع این قانون‌ها حمایت از فرزند بوده است بنابراین فرزند نیز تابعیت انگلیس را کسب می‌نماید و در خصوص فرزندان بالای ۱۸ سال چون بالغ می‌باشند این کسب تابعیت اثری نمی‌تواند داشته باشد مگر اینکه آنها نیز درخواست تابعیت انگلیس را داشته باشند. سوالی که در این خصوص مطرح است اینکه، اگر مردی تابعیت انگلستان را به صورت اکتسابی اخذ نماید

در انگلستان، طفلی که از طریق تبعه بریتانیایی به فرزندخواندگی پذیرفته می‌شود تابعیت بریتانیا را به صورت اتوماتیک به دست می‌آورد اگر:

- حکم فرزندخواندگی توسط دادگاهی در انگلستان صادر شده باشد.

- حداقل یکی از والدین (پدرخوانده یا مادرخوانده) در تاریخ فرزندخواندگی تابعیت انگلستان را داشته باشد (Carlose, 2002: 12).

در مواردی دیگر که یکی از والدین انگلیسی نیستند لازم است که والدین قبل از اینکه طفل به سن ۱۸ سال برسد درخواست ثبت او را به‌عنوان تبعه انگلستان کنند. معمولاً فرزندخواندگی باید به موجب قانون یک کشور مشخصی ایجاد شده باشد و مورد تایید انگلستان نیز قرار گیرد.

## ۴ نتیجه‌گیری

نظام‌های حقوقی ایران، فرانسه و انگلستان دارای تاریخچه‌ای در تدوین تابعیت می‌باشند. هریک از این نظام‌های حقوقی شیوه‌هایی را برای تحصیل تابعیت، تعیین نموده‌اند. ازدواج، تقاضای تحصیل تابعیت توسط بیگانگان، از جمله شیوه‌های تحصیل تابعیت در ایران است. در کشور فرانسه و انگلستان این شیوه‌ها شامل ازدواج، تقاضا و فرزند است. تاکنون پژوهشی که مستقلاً آثار تحصیل تابعیت را در این نظام‌های حقوقی بررسی کند، صورت نگرفته است و پژوهش حاضر از این جنبه دارای نوآوریست. آثار تابعیت اکتسابی در نظام حقوقی ایران، شامل حقوق و تکالیف است. اشخاصی که تحصیل تابعیت ایران کرده یا کنند، از کلیه حقوقی که برای ایرانیان مقرر است بهره‌مند می‌شوند ولی از برخی مشاغل محرومند. وظایف فردی که تابعیت را کسب کرده شامل مواردی همچون مالیات، انجام خدمت نظام وظیفه، اطاعت و حق‌شناسی نسبت به دولت ایران و احترام نسبت به حیثیت و شئون ملی است. تحصیل تابعیت اکتسابی در حقوق ایران

خواندگی تبعه انگلیس باشد. همچنین سن فرزندخوانده باید زیر ۱۸ سال باشد.

لازم به توضیح است چنانچه شخصی از طریق فرزندخواندگی تابعیت انگلستان را به دست آورده چنانچه از طرف والدینی که وی را به‌عنوان فرزندخوانده پذیرفته اند لغو گردد وی همچنان تابعیت انگلستان را خواهد داشت و تابعیت وی سلب نمی‌گردد. هر گاه اتباع (اطفال) انگلیسی به‌عنوان فرزندخوانده خارجی پذیرفته شوند و تابعیت کشور خارجی را نیز تحصیل نمایند همچنان تبعه انگلستان محسوب خواهند شد (Carlose, 2002: 32-35)

در نظام های قانون‌گذاری انگلیس شخصی که نسبت به فرزندخواندگی اقدام کند، همانند پدر واقعی قلمداد شده و دارای تمام حقوق و تکالیف مابین پدر و فرزند می‌شود.

سوالی که در مورد این موضوع مطرح می‌شود این است که چرا فرزند خواندگی به‌عنوان یکی از راه های کسب تابعیت کشور انگلیس در نظر گرفته شده است، در حالی که در ایران برخلاف این امر مشاهده می‌شود پاسخ به این سوال باید خاطر نشان کرد که برحسب اوضاع جوامع غربی و نابسامانی که در خصوص ارکان خانواده مشاهده می‌شود قانون‌گذاران این کشور بر آن شده‌اند، تا نسبت به کاستن از این وضع نابسامان موجود تلاشی را انجام دهند. یکی از این تلاش‌ها، اهتمام ویژه به مقوله‌ی فرزند خواندگی در جوامع این چینی می‌باشد. علاوه بر این تعداد اطفالی که سرپرست واقعی آنان مشخص نبود، قانون‌گذاران این جوامع را به فکر بسط و گسترش مقوله‌ی فرزند خواندگی انداخته است. البته نباید وضع فرهنگی موجود در جوامع این چینی و نگاه خانواده را به‌عنوان تنها دلیل بسط مقوله‌ی فرزند خواندگی قلمداد کرد بلکه با الحاق کشورهای مذکور به کنوانسیون های حقوق کودک، این موضوع بیشتر مورد توجه آنها قرار گرفته است (Carlose, 2002: 32-35)



کشور را داشته باشند که در این صورت تابعیت جدید برای آنها نیز اعمال خواهد شد.

با توجه به تحولات و تغییراتی که در قوانین کشورها راجع به مسئله تابعیت رخ داده و تغییر رویه آنها در بعضی مسائل، در اینجا پیشنهادهای برای اصلاح و تطبیق قانون تابعیت ایران با مسائل روز می‌توان ارائه نمود از قبیل:

لازم است که قوانین ایران در حوزه تابعیت بررسی شده و تفاوت‌های این قوانین برای مرد و زن مطالعه شود، پس از آن لازم است که بررسی شود که این تفاوت‌ها ناشی از تفاوت نقش‌های زن و مرد است یا خیر؟ در این صورت می‌توان مواردی را که تفاوت‌ها ارتباطی با نقش‌ها نداشته و به نوعی تبعیض محسوب می‌شود، از بین برد.

قائل شدن به تسهیلاتی برای تحصیل تابعیت فرزندان کبیر اشخاصی که تابعیت ایران را تحصیل می‌کنند. در این صورت، افراد توانمند و مستعدی که قصد تحصیل تابعیت ایران را دارند، در صورت داشتن فرزند، مانعی برای زندگی در ایران نداشته و فرآیند جذب افراد با موفقیت بیشتری همراه خواهد بود.

تعیین مدت روند اعطای تابعیت و همچنین قابل اعتراض بودن تصمیم دولت در این رابطه. البته باید توجه داشت که این تصمیم، دارای جنبه‌های حاکمیتی نیز هست. بنابراین لازم است که در صورت رد درخواست از سوی دولت، قابلیت اعتراض در صورت رفع موانع جزئی وجود داشته باشد.

دارای آثاری بر زوجه (ازدواج دائم و موقت) و فرزند (فرزند نسبی و فرزندخوانده) نیز هست. بین قانون فرانسه و ایران در تحمیل و یا تحصیل تابعیت تفاوت وجود دارد. قانون ایران زمانی که زوج درخواست تابعیت ایران را داشته باشد برای زوجه تحمیل تابعیت ایران را در نظر می‌گیرد و در قانون فرانسه با توجه به استقلال تابعیت زوجین با درخواست زوج برای تحصیل تابعیت فرانسه، روی تابعیت زوجه تاثیری ندارد.

در نظام حقوقی ایران، با آنکه درباره تأثیر تحصیل تابعیت ایران از سوی پدر در تابعیت دیگر اعضای خانواده، وضع حکم شده‌است، اما درباره تأثیر تحصیل تابعیت ایران از سوی مادر در تابعیت آنها، سکوت اختیار شده است. البته در ماده واحده‌ای که در سال ۱۳۸۵ تصویب و در سال ۱۳۹۸ اصلاح گردید، این حق به فرزندان متولد ناشی از ازدواج مادر ایرانی با پدر خارجی داده شده است که با وجود شرایطی تابعیت ایران را تحصیل نمایند. این نوع تحصیل تابعیت بر خلاف نظام حقوقی فرانسه و انگلیس اکتسابی می‌باشد. لازم به ذکر می‌باشد که فرزندان مادر رضاعی و مادر صاحب رحم، این حق را در کسب تابعیت نمی‌توانند به فرزندانشان منتقل کنند. در خصوص کسب تابعیت فرانسه و انگلیس از طریق زن می‌توان گفت با در نظر گرفتن استقلال تابعیت زوجین، زن‌ها، جدا از همسرانشان هم می‌توانند تابعیت این دو کشور را کسب کنند. این مسئله کسب تابعیت توسط آنها در تابعیت همسرانشان اثری ندارد و تابعیت آنها تغییر نمی‌کند مگر اینکه آنها نیز درخواست کسب تابعیت این دو

## References

- Al Kajbaf H. Principles of Private International Law (1) (Generalities, Citizenship, Residence, Status of Aliens and Refugees. Jangal, Javadane 2020; 19<sup>th</sup> ed, Tehran. [In Persian]
- Al Kajbaf H. Citizenship in Iran and other countries. Jangal, Javadane 2013 ;2<sup>nd</sup> ed, Tehran. [In Persian]
- Arfania B. An introduction to the exceptions of refugee rights. 2016; Tehran, Sokhnoran. [In Persian]
- Baubořck R, Bernhard P, Wiebke S. Citizenship Policies in the New Europe, Amsterdam University Press; 2007.
- bertossi Ch. EUDO Citizenship Observatory, Institute, Florence, Robert Schuman Centre for Advanced Studies; 2010.
- Dehkhoda A. Dictionary.2006; University of Tehran. [In Persian].
- Ebrahimgol A, Hekmati Moghadam M. Comparative Study of Acquired Citizenship: Lessons for the Iranian Legislator, Private Law.2014; (26 ). [In Persian]
- Farahdoost M. Citizenship and dual citizenship from the perspective of international law and Iranian judicial procedure. Ghove ghazaiyeh, Tehran. [In Persian]
- Hassanzadeh S. Citizenship in the legal systems of Iran and England. Tehrank Farzangan Danesh. 2019; 1<sup>st</sup> ed. [In Persian]
- Iran Manesh H. Citizenship and residence in Iranian law and private international law. 2021; 1<sup>st</sup> ed, Tehran: Andisheh. [In Persian]
- Jafari Langroudi M. Expanded on legal terminology. Ganj Danesh 2017;7<sup>th</sup> ed, Tehran. [In Persian]
- John B, Sophie B, Simon w. Principals of French law Oxford; 1998.
- Khomamizadeh F. Comparative study of original citizenship in Iranian and French laws. legal research. 2016; (44). [In Persian]
- Khorrami S .A comparative study of acquired citizenship in the laws of Iran, England and France, Master's thesis, Bu Ali Sina University 2018. [In Persian].
- Medjoubaf, N, Stefanelli, J. The Rights and Responsibilities of Citizenship, London, British Institute of international and Completive Law; 2020.
- Mortazavi Gh, Mohagheghnia H. Citizenship and citizenship rights in British and Iranian laws, Studies in Political Science, Law and Jurisprudence. 2016; 3<sup>rd</sup> p: ( 2).[In Persian].
- Mousavi Seyyed F, Muslimi Bidhandi F. Illegal migration by sea in the light of international law, private law studies. 2012; year 43:( 4).[In Persian]
- Muhammed Samy A. Adjudicating Patriarchy in the Nationality Law. the American University in Cairo. AUC Knowledge Fount; 2021.





- Nashi A. Citizenship and the principles and rules governing it. No; 2006 (3). [In Persian]
- Nasiri M. Private international law: generalities, citizenship, residence (status of foreign nationals and conflicts between laws and courts. 2020 first and second volume, 36<sup>th</sup> ed, Tehran: Aghaz. [In Persian].
- Rahmani Nejad, M. Review of citizenship, double citizenship and abandonment of citizenship in Iranian law. 2018; 1<sup>st</sup> ed, Tehran: Amjad. [In Persian].
- Rostaminejad O. Dual citizenship in private international law. Jangal, Javadane. 2015; 1<sup>st</sup> ed, Tehran. [In Persian].
- Sandra M. Terrorist' citizens and the human right to nationality. Journal of Contemporary European Studies. 2018; Vol 26.
- Seljuqi M. Private International Law: Generalities, Citizenship, Residence, Status of Aliens. 2016: (Vol 1), 9<sup>th</sup> ed, Tehran: Mizan. [In Persian].
- Shevel O. Citizenship Policies in the Post-Soviet States: Towards a Dynamic Model. University of Ottawa (Canada); 2021.
- Tausli Naini M. The principle of unity of citizenship of spouses in Iranian law, legal thoughts. 2013, (7). [In Persian]
- Tusli Naini M. Adoption in the 1989 Convention on the Rights of the Child and its comparison with Iran's Laws. Haqq Journal. 2008; 39th Vol - (4). [In Persian]
- Tavasli Naini, M, Afzali A. Legal developments resulting from multi-national marriages in the light of dual citizenship developments, with an approach to Iran's citizenship laws, private law studies. 2014 ;45(3). [In Persian]
- Tawakli Moghadam M, H, Maboudi Neishabouri R. Revocation of the registry document due to rejection of citizenship and objection to it, Advocate. 2015; ( 15). [In Persian]
- Valdbeighi N, Mohammadi, Seyed A. Explanation of the Citizenship Element in the Islamic International Law System, New Researches in Human Sciences. 2016 Vol 3, (23). [In Persian]
- Waldrauch H. Acquisition and Loss of Nationality Volume 2: Country Analyses: Policies and Trends in 15 European Countries, Amsterdam University Press; 2021.
- Weil p. How to be French: Nationality in the Making since 1789, duke university press; 2008.

Original Article

# Non-incorporation of Terms to the Parties' Contractual Intention in English Law and Islamic Jurisprudence: A Comparative Matching Study

Moosa Akefi Ghaziani <sup>1</sup> , Seyyed Mustafa Milani <sup>2</sup>, Vahid Akefi Ghaziani <sup>\*3</sup> 

<sup>1</sup> Assistant Professor, Department of Law, Payam Noor University, Tehran, Iran.

<sup>2</sup> MA. in Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

<sup>3</sup> MA. In Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran



[20.1001.1.24237566.1402.7.2.8.4](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24637.1440)



[10.22080/lps.2023.24637.1440](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24637.1440)

**Received:**

December 3, 2022

**Accepted:**

February 5, 2023

**Available online:**

August 18, 2023

**Keywords:**

English law, Islamic jurisprudence, Onerous term, Term, Volenti non fit injuria principle.

## Abstract

The matter of entering the condition into the contract has received less attention from jurists. Maybe this is because just signing means accepting all the provisions to make a contract. While the signature is a type of way that includes conditions. There are other ways, such as notification and history or trading period. The main question of this essay is that, first, How many ways to enter a condition in the contract can be imagined? Secondly, if there is a heavy condition in the contract, what is the approach of English law and Islamic jurisprudence? Onerous terms may be entered into the contract in one of the three ways mentioned. What English law has established as a rule with a correct understanding of business custom is the principle called the red hand, the absence of which is quite noticeable in Islamic jurisprudence. However, the mechanism of jurisprudence is similar for simple and heavy conditions, and it is the rule of action that is adhered to by signing the contract by the contractor, and the contractor is bound by the condition It gets heavy. This thesis proved with a comparative-approximate study that if the heavy conditions in the contract are not brought to the attention of the contracting party in a reasonable and unambiguous manner, the signature of the contracting party cannot be relied upon, and according to the principle of innocence in jurisprudence and the rule of interpretation against the drafter, ambiguity is in favor of the contracting party. It is interpreted. In Iranian jurisprudence and law, according to the existing implicit condition, the burden of proving the knowledge of the party to the provisions of the heavy conditions can be considered to be on the party. Therefore, the abuse of the contractor in the

\*Corresponding Author: Vahid Akefi Ghaziani

Address: MA. In Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran Email: [vahid\\_ghazi@yahoo.com](mailto:vahid_ghazi@yahoo.com)



drafting of the contract will be closed to some extent and good faith will be observed in the preparation of the contract.

## Extended Abstract

### 1. Introduction

During contract negotiations, parties face many scenarios. Even once parties are intending to sign a contract, they must put all their effort to read and figure out the meanings of each word incorporated in the agreement. This may cause an abuse of rights somehow, and a party may be the victim of the other's ability to use sophisticated language. In English law, however, there is a principle established by LJ Denning that bans this usage of vague wordings. In other words, this principle prohibited the incorporation of a contract's aforementioned terms and interpreted such terms in favor of the victim. Vice versa, there is no principle likewise the "Red Hand Rule" in Iran and Islamic Jurisprudence. The present paper aims to clarify the ability of Iran and Islamic Jurisprudence to accept and follow the *Red Hand Rule* and soften its main and old principle of *Volenti non fit injuria*. Nevertheless, there is an undeniable contradiction between the two mentioned principles that the current study aims to solve. The suggested approach to make this happen is to examine the methods that a term can incorporate into the contract. The article following English law counted three ways of incorporation, i.e., by signature, by course of dealings, and by notice. Though Islamic law researchers have paid attention to the first two, the last has not been focused on and there is still a gap in their works regarding this issue; therefore, there is no comprehensive look

in this regard. Nonetheless, modern research to resolve the contradiction of the two above principles must not ignore any type of incorporation of terms into the contract.

### 2. Methods

The current study followed the analytical-descriptive approach and comparative measurement of data. Nonetheless, the results were obtained by counting on many factors such as legislative and judicial sources such as Acts and Case Laws.

### 3. Research Findings

The research outcomes can be summarized as:

1. The principle of *Volenti non fit injuria* must be softly interpreted and jurists should avoid strict interpretation.
2. Islamic jurisprudence has the ability to accept the Red Hand Rule as a permanent rule of its own.
3. Onerous terms must be bolded in the boiler print contracts.

### 4. Conclusion

According to the findings of this study, it can be concluded that onerous terms must be bolded; otherwise, they will be interpreted in favor of the victim. The



aforementioned rule of LJ Denning is acceptable since it is important for the parties to gain knowledge regarding the contractual terms; indeed the rule *non est factum* has been accepted in Islamic jurisprudence by the principle of Ma vagha lam yoghsad. This comparative study suggested that onerous terms could be unleashed from the strict maxim of *volenti non fit injuria* accepted by Islamic law.

### **Funding**

There is no funding support.

### **Authors' contribution**

The authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed upon all aspects of the work.

### **Conflict of interest**

The authors declared no conflict of interest.

### **Acknowledgments**

The authors appreciate all the scientific consultants in this study.

# خروج موضوعات از قصد قراردادی در حقوق انگلیس و فقه اسلامی: مطالعه تطبیقی تقریبی

موسی عاکفی قاضیانی<sup>۱</sup> ID، سید مصطفی میلانی<sup>۲</sup>، وحید عاکفی قاضیانی<sup>۳</sup> \* ID

<sup>۱</sup> استادیار گروه حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.

<sup>۲</sup> کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

<sup>۳</sup> کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران



[20.1001.1.24237566.1402.7.2.8.4](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24637.1440)



[10.22080/lps.2023.24637.1440](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24637.1440)

## چکیده

چگونگی ورود شرط به قرارداد کم‌تر مورد توجه حقوقدانان قرار گرفته است. شاید این موضوع بدان خاطر است که صرف امضاء دلالت بر قبول تمام مفاد قرارداد می‌کند. حالی که امضاء یک نوع از انواع در برگرفته‌های شرط است. راه‌های دیگری نیز در میان است، مانند اطلاع رسانی و سابقه یا دوره معاملاتی. پرسش اصلی این جستار آن است که اولاً، چند نحوه برای ورود یک شرط در قرارداد قابل تصور است؟ ثانیاً، اگر شرط سنگینی در قرارداد باشد، رویکرد حقوق انگلیس و فقه اسلامی چیست؟ شروط سنگین ممکن است به یکی از سه شیوه گفته شده وارد قرارداد شوند. آنچه حقوق انگلیس با فهمی صحیح از عرف معاملاتی به عنوان یک قاعده تاسیس نموده است، اصلی به نام دست قرمز می‌باشد که فقدان آن در فقه اسلامی کاملاً محسوس است. به هر حال مکانیزم فقه برای شروط ساده و سنگین مشابه است و آن قاعده اقدام است که به وسیله امضاء قرارداد توسط متعهد، بدان تمسک جسته می‌شود و فرد متعهد به شرط سنگین می‌شود. این جستار با مطالعه تطبیقی-تقریبی ثابت کرد که اگر شروط سنگین در قرارداد به نحو معقول و دور از ابهام به توجه طرف معامله نرسد امضاء طرف متعهد قابلیت استناد ندارد و مطابق اصل برائت در فقه و قاعده تفسیر علیه انشاء کننده، ابهام به نفع متعهد تفسیر می‌شود. در فقه و حقوق ایران نیز می‌توان با توجه به شرط ضمنی موجود، بار اثبات علم متعهد به مفاد شروط سنگین را بر عهده متعهد له دانست. از این رو باب سوء استفاده متعهد له در انشاء قرارداد تا حدی بسته و حسن نیت در تنظیم قرارداد رعایت خواهد شد.

## تاریخ دریافت:

۱۲ آذر ۱۴۰۱

## تاریخ پذیرش:

۱۶ بهمن ۱۴۰۱

## تاریخ انتشار:

۱ مهر ۱۴۰۲

## کلیدواژه‌ها:

حقوق انگلیس، شرط، شرط سنگین، فقه اسلامی، قاعده اقدام

\* نویسنده مسئول: وحید عاکفی قاضیانی

آدرس: کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق،

دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

ایمیل: [vahid\\_ghazi@yahoo.com](mailto:vahid_ghazi@yahoo.com)

## ۱ مقدمه

معنای وجه التزام را نمی‌داند) ۲- حاصل کم رنگی یا ریز نوشته شدن عبارات باشد به نحوی که عرفاً دیده نشود<sup>۳</sup> ۳- و یا حاصل یک تعارض در نحوه منشا ورود شرط به قرارداد باشد (سر در مغازه درج شده مسئولیت عیب کالا را ندارد - در قرارداد مکتوب نوشته شده مغازه مسئولیت دارد).

ابهام از آن جهت که نقطه مقابل اطلاع و علم است، می‌تواند مجری قاعده اقدام را محدود نموده و در این موضوع که یکی از ارکان اقدام عمل همراه علم است نقدی به نظر نمی‌رسد.<sup>۴</sup>

بنابراین بخش اول مقاله به بررسی نحوه ورود شروط به قرارداد می‌پردازد. قاعده اقدام و قابلیت اعمال آن بر شروط سنگین قراردادی در بخش دوم مورد واکاوی قرار می‌گیرد. در نهایت نتیجه جستار به نظر خواننده خواهد رسید.

## ۲ نحوه ورود شروط به قرارداد

ورود شرط به قرارداد طبق برداشت عرفی با یکی از حالت‌های زیر رو به رو است:

۱- به سبب امضاء طرفین ۲- به سبب دوره معاملاتی ۳- به سبب اطلاع . همچنین شرط می‌تواند به صورت صریح و یا ضمنی باشد. (Charman, 2007, p 95-122) در این بخش به آثار هریک از انواع ورود شروط اشاره می‌شود. شایان ذکر است که بخش حاضر در خصوص شروط سنگین نمی‌باشد و مطلق شروط به ویژه شروط استثنا کننده مسئولیت را در بر می‌گیرد.

### ۲٫۱ به سبب امضاء<sup>۵</sup>

معمولاً در عرف کنونی شروط به سبب امضاء وارد قرارداد می‌شوند ( Radan, Gooley, Vickovich, )

هرحال رای به نفع تنظیم کننده قرارداد (شخصی که می‌خواهد به مفاد قرارداد تکیه کند) داده شد.  
<sup>۴</sup> محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه ۱ (بخش مدنی)، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ چهل و پنجم، ۱۳۹۴، ص: ۲۲۱.

<sup>۵</sup> Incorporation by signature

امروزه عرف قراردادی حاکی از آن است که اعتماد در معاملات نقش عمده ای را ایفاء می‌کند. از این رو امضاء و یا جایگزین‌های آن مانند تیک قبول امری کاملاً مصنوعی و بی اثر شده اند. بی دلیل نیست که در پی مقررات عمومی حفاظت از داده ها در سال ۲۰۱۸ شرکت‌ها برای جلوگیری از جریمه شدن اقدام به بروزرسانی لحظه‌ای قراردادهای خود با کاربران (مانند کوکی‌ها) کردند. زیرا وفق این مقررات،<sup>۲</sup> دریافت‌کننده اطلاعات باید در تصاویر خوانا، واضح و مناسب این مطلب را که اطلاعات کاربر را در دست دارد، به اطلاع وی برساند.

موضوع مقاله حاضر در خصوص قراردادهای با متن بلند نمی‌باشد، چرا که نمی‌توان از این حیث برای طرفین ممنوعیتی ایجاد کرد. طرفین حق دارند قرارداد خود را در هر مقدار محتوا و صفحه، تنظیم کنند و چندین مشاور نیز بر سر میز مذاکره حاضر نمایند. اما شرط سنگین که تعهدی سخت بر عهده‌ی یک طرف قرار می‌دهد (اعم از متعهد یا متعهدله) محور اصلی بحث است و همین شرط است که عامل اصلی ورود ضرر و باز شدن باب سوء استفاده در معاملات می‌باشد. بنابراین سخن از شرط سنگین و طرفی است که بدان استناد می‌کند و نه متعهد له یا متعهد.

در خصوص شروط سنگین، ممکن است نسخه قرارداد دارای نوعی ابهام باشد که در نتیجه آن یک طرف متوجه شرط سنگین نگردد و قرارداد را قبول کند، این ابهام ممکن است ناشی از: ۱- یک ابهام مفهومی باشد. مثلاً در قرارداد نوشته شده است: وجه التزام ۲۰۰ میلیون تومان (حال طرف قرارداد

<sup>۱</sup> General Data Protection Regulation (2018)  
<sup>۲</sup> برای مثال Recital 60 GDPR تکلیف اطلاع رسانی را بیان کرده است. ر.ک:

[/https://gdpr-info.eu/recitals/no-60](https://gdpr-info.eu/recitals/no-60)

<sup>۳</sup> L'Estrange v F Graucob Ltd [1934] 2 KB 394

در این پرونده قاضی Maugham بیان می‌کند عبارات قرارداد حاضر گرچه ریز نوشته شده‌اند اما قابل خواندن می‌باشند. به



حلی، ۱۴۰۸: ۷). برخی حتی استعمال لفظ را از ضروریات مذهب می‌دانستند (نجفی، ۱۳۶۲: ۲۰۹ و ۲۱۰) با این حال با گذشت زمان تردید های در خصوص قول مشهور<sup>۶</sup> صورت گرفت تا حدی که غالب فقهای معاصر معتقدند که مبرز از لفظ و فعل است (خویی، ۱۴۰۳: ۲۰۶؛ اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۸۳؛ خمینی، ۱۴۲۱: ۱۰۸). بر این مبنا هر فعلی مانند امضاء کاشف از قبول تعهدات اصلی و فرعی مندرج در معامله بوده و ظهور در التزام به آن ها دارد.

## ۲،۲ به سبب دوره معاملاتی<sup>۷</sup>

متفاهم عرف چنین است که اگر میان متعاملین، قراردادهایی به صورت مرتب و منسجم صورت گیرد، طرفین را دارای دوره معاملاتی می‌دانند (Oranburg, 2022, N. 12). به سبب دوره معاملاتی بسیاری از شروط ممکن است موجود در قرارداد تلقی شود، مانند شروط عدم مسئولیت<sup>۸</sup> (Graw, 2021, P:311). اما در رویه قضایی انگلستان تعداد مشخصی برای سابقه معاملاتی معین نگردیده و ملاک آن مبتنی بر متفاهم عرفی است. بنابر این اگر ۱۰۰ معامله در سه سال واقع شود، طرفین دوره معاملاتی دارند<sup>۹</sup>. اما اگر این میزان به ۳ یا چهار معامله در طول ۵ سال تغییر کند، عرف آن را معاملات منسجم و منظم تلقی نمی‌کند.<sup>۱۰</sup>

در فقه اسلامی، شرط ضمنی به سبب فوق اشاره دارد. البته شرط ضمنی ناشی از عرف معاملاتی متعاقدين؛ یعنی اراده ضمنی دلالت داشته که چنین شرطی در قرارداد آنها مفروض باشد. در واقع این

قاعده آن است که هرگاه یکی از طرفین معامله، قرارداد مکتوبی را امضا کند، متعهد شروط قراردادی خواهد شد هر چند قرارداد را نخوانده باشد. (Beatson, 2010, p:173) برای مثال در پرونده "Saunders v Anglia Building Society [1971]"<sup>۱</sup> خانمی به دلیل جا گذاشتن عینک خود، با اتکاء به سخنان دیگری قرارداد را امضاء کرد. اما دادگاه رای به متعهد بودن ایشان وفق قرارداد اعلام داشت.

استثناء این مطلب در خصوص افراد بی سواد است که می‌توانند به استناد قاعده (من آن را انجام نداده‌ام)<sup>۲</sup> از خود دفاع نموده و امضاء خود را انکار نمایند. این قاعده ریشه تاریخی در حقوق انگلیس دارد و در پرونده پیش تر ذکر شده به اشخاصی که کم سواد هستند یا دارای بیماری می‌باشند تسری داده شده است. همچنین در خصوص موردی که انگیزه امضا کننده به سبب ارائه اطلاعات نادرست<sup>۳</sup> انگیزه شده باشد<sup>۴</sup> و یا سند امضاء شده داخل تراضی طرفین نباشد مانند (رسید یا ...) استثناء ورود شرط به قرارداد به شمار می‌روند.

در فقه اسلامی التزام به تعهدات قراردادی تابع قصد طرفین است. منتها این قصد بایستی مبرز داشته و تا وقتی که جنبه خارجی پیدا نکند نافذ تلقی نمی‌گردد. در ارتباط با اعتبار امضاء به عنوان مبرز اراده، بایستی میان دو دوره فقهی تفکیک نمود. غالب فقهای متقدم امامیه، برای الفاظ، در انشاء اعمال حقوقی اهمیت خاصی قائل بودند و استفاده از دیگر مبرزات را متوط به عدم امکان استعمال لفظ کرده بودند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۴۷، ۱۵۲؛ محقق

<sup>1</sup> Saunders v Anglia Building Society [1971] AC 1004

<sup>2</sup> "Non est factum" من آن را انجام ندادم، انکار امضا

(آقایی، ۱۳۷۸، ص: ۸۵۱)

<sup>3</sup> Misrepresentation

<sup>4</sup> Curtis v Chemical Cleaning and Dyeing Co Ltd [1951] 1 KB

<sup>5</sup> برای مطالعه بیشتر، ر.ک همان، :

Grogan v Robin Meredith Plant Hire [1996] CLC 1127

<sup>6</sup> فیض کاشانی و محقق اردبیلی از زمره فقهای هستند که جرات مقابله با دیدگاه مشهور را پیدا کردند. به عقیده فیض لفظ

به خودی خود سبب برای نقل و انتقال نیست. بلکه دلالت بر آن دارد. همانطور که فعل نیز در نزد عرف پیوسته به این معنا دلالت دارد (فیض کاشانی، بی تا، ۴۸). محقق اردبیلی نیز معتقد است که هر آنچه بر قصد بیع دلالت کند و با اقباض همراه شود کفایت می‌کند (اردبیلی، بی تا: ۱۳۹)

<sup>7</sup> Incorporation by previous course of dealing

<sup>8</sup> Exemption clause

<sup>9</sup> Henry Kendall v William Lillico Ltd [1969] 2 AC 31

<sup>10</sup> Hollier v Rambler Motors (AMC) Ltd [1972] 2 QB 71

آن، تابلو (مسئولیت عیوب کلیه اجناس با مشتری می‌باشد) درج شده است. آیا ورود شرط تبری از مسئولیت در قرارداد ذکر شده است؟ و یا به عبارت حقوق انگلیس به سبب امضاء این شرط درج شد؟ پاسخ منفی است. در مقابل اطلاع رسانی که از نظر نویسندگان در تقسیم بندی های فقهی به دور از ذهن مانده است در حقوق انگلیس ویژگی هایی دارد که از جمله عبارتند از: ۱- شرط باید همراه اسناد قراردادی باشد تا اطلاع به شمار رود. ۲- شرط باید همزمان یا قبل از انعقاد قرارداد به اطلاع طرف مقابل برسد. ۳- گام های معقول در اطلاع رسانی و جلب توجه طرف قراردادی به شرط برداشته شود.

از لحاظ فقهی و بر پایه مبانی حقوق ایران، اطلاع رسانی می تواند منشاء شرطی موسوم به «شرط تبانی یا شرط بنایی»<sup>۵</sup> باشد. البته در خصوص اعتبار شرط بنایی اختلاف نظر وجود دارد. بسیاری از فقها اعتقاد به بطلان آن دارند (انصاری، بی تا: ۵۴) بر این مبنا چنین شرطی به عنوان مفاد قرارداد لحاظ نمی شود. به عقیده برخی شرط تبانی ناظر به اغراض شخصیه بی اعتبار و در اغراض نوعیه معتبر است<sup>۶</sup> (نائینی، بی تا، ج: ۱، ۴۰۷). گروه دیگر-برخلاف دو دیدگاه قبل- شرط بنایی را در حکم ذکر در قرارداد دانسته چه قبل از قرارداد موضوع التزام قرارگیرد یا هرکدام از ضمیر دیگری آگاه باشد و بر مبنای این آگاهی تراضی انجام شود (نجفی، ۱۳۶۲، ج: ۲۳، ۱۹۸؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰: ۱۱۸؛ خویی، ۱۳۷۸: ۱۳۴) بر

شرط مدلول التزامی<sup>۱</sup> قرارداد است که با انشاء قرارداد، انشاء می گردد. از آنجا که با ایجاد ملزوم، لازم نیز بوجود می آید، شرط ضمنی نیز به عنوان لازمه عرفی معامله وجود می یابد (سیمایی صراف، ۱۳۷۷: ۸۵) به بیان برخی از محققین، این شروط از مدلولات عرفی لفظ اند، خواه متعاقبین چنین قصدی داشته یا نداشته باشند (نائینی، بی تا، ج: ۲: ۱۲۴) مثلاً اگر عرف معاملاتی دو تاجر بر پرداخت قسطی بوده، حال قراردادی به صورت مطلق تشکیل گردد و طرفین راجع به نقدی و قسطی بودن آن صحبتی نکنند اجرای تعهد قسطی است؛ چون طرفین به اعتماد سابقه معاملاتی که دلالت بر اراده ضمنی آن‌ها داشته، نسبت به نقدی یا قسطی بودن سکوت کرده اند. برخی از شرط یادشده به «شرط ارتكازی» تعبیر کرده اند به معنای شرطی که در اذهان طرفین قرارداد رسوخ و نفوذ کرده به نحوی که هرچند طرفین فراراد نسبت به آن توجه فعلی ندارند ولی لازمه‌ی قرارداد بوده و بدون تصریح نیز قرارداد دربردارنده آن می‌باشد (اسماعیلی و توکلی کیا، ۱۳۹۰: ۱۶۳). خلاصه آن که ورود شروط به قرارداد ممکن است به واسطه سابقه معاملاتی باشد چون اصولاً کاشف از اراده ضمنی و ارتكاز عقلی طرفین است مگر اینکه آنها صراحتاً به خلاف آن تصریح کنند.

## ۲،۳ به سبب اطلاع رسانی<sup>۲</sup>

عرف، امضاء<sup>۳</sup> را ذیل و همراه قرارداد می‌داند اما اطلاع<sup>۴</sup> را ممکن است همراه با مفاد قرارداد نداند. برای مثال شخصی وارد مغازه‌ای می‌شود که بر سردر

<sup>۶</sup> بدین معنا که، هرگاه شرط تبانی از اموری باشد که به حکم عرف عقد برآن دلالت کند (مانند تعادل عرفی میان دو عوض و سلامت مبیع و نقد بودن ثمن) و در زمره «شروط ضمنی» درآید، یا از اموری باشد که صحت عقد منوط بر آن است (مانند معلوم بودن وصف دو عوض) و از این لحاظ در شمار «بناء نوعی» محسوب شود، الزام آور است و تخلف از آن سبب خیار فسخ می‌گردد. ولی در موردی که شرط ناظر به وصفی است که توجه به آن در اعتبار معامله اثر ندارد یا از انگیزه های شخصی انعقاد قرارداد است، تبانی طرفین بدون ذکر صریح یا ضمنی آن در عقد فاقد اثر است (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۲۶)

<sup>۱</sup> دلالت التزامی فرع بر دلالت مطابقی است چون دلالت لفظ بر خارج لازم پس از دلالت لفظ بر معنای موضوع له است و تا چنین معنایی نباشد، خارج لازمی نیست. (محقق سبزواری، ۱۳۶۹: ۱۰۵؛ اسماعیلی و توکلی کیا، ۱۳۹۰: ۱۷۰)

<sup>۲</sup> Incorporation by notice

<sup>۳</sup> Signature

<sup>۴</sup> Notice

<sup>۵</sup> هرگاه عقد بر مبنای التزام یا گفتگوهای مقدماتی واقع شود، شرط را در اصطلاح «شرط بنایی یا تبانی» نامیده اند (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۲۶)





می‌باشم و نه آنکه سندی که اول بر آن توافق بکنیم مجراست. ۲- کشف اینکه رسیدی که قبض و اقباض می‌شود عقد مستقل است یا نه وفق مبانی فقهی با دشواری همراه است به دلیل آن که نحوه ورود شرط به قرارداد به نحو عرفی تبیین نشده است.

## ۲،۳،۲ شرط باید همزمان یا قبل از انعقاد قرارداد به اطلاع و توجه طرف مقابل

### برسد

هنگامی می‌توان گفت که شرط وارد قلمرو تراضی طرفین شده است که همزمان یا پیش از انعقاد قرارداد، شرط به اطلاع و توجه طرفین برسد، در غیر این صورت متعهد شرط عالم به شرط نبوده است و آن را قبول نموده است. برای مثال اگر بعد از انعقاد قرارداد مسافرخانه، در پشت یکی از اتاق‌ها درج شده باشد که این مسافرخانه نسبت به گم شدن اشیاء مسئولیت ندارد این شرط از ابتدا<sup>۳</sup> وارد قلمرو تراضی نشده است. در پرونده‌ای مهم<sup>۴</sup> که منجر به تاسیس این قاعده شد، خواهان خانم اولی مهمان خوانده (هتل مارلبوروگ) بود. در ابتدا، خانم اولی به مدت یک هفته قرارداد هتل منعقد کرده بود و بعد وارد اتاق خود شد. در اتاق اطلاعیه‌ای دید که نوشته شده بود هتل نسبت به مسروقه شدن و گم شدن اشیایی که به صندوق امانات سپرده نمی‌شود، مسئولیتی ندارد. اتفاقاً خانم اولی اتاق خود را ترک کرد و برخی از اشیاء گران قیمت ایشان به سرقت شد. تبعاً خانم اولی به سبب قصور هتل اقامه دعوی مطالبه خسارات کرد.

قضات دادگاه تجدید نظر<sup>۵</sup>، با رد تجدید نظر خواهی هتل و با بیان این که: ...مهمان تا لحظه‌ای که مهمان نشده است (یعنی بعد از قرارداد) این

مبنای اخیر<sup>۱</sup> هر نوع اطلاع رسانی پیش از عقد در صورتی که قرارداد به اعتماد آن منعقد شود، داخل در مندرجات قرارداد فرض می‌شود هرچند که طرفین در متن عقد آن را عنوان نکنند.

## ۲،۳،۱ شرط همراه اسناد قراردادی

شرط باید همراه اسناد قراردادی باشد تا اطلاع به شمار رود. ( Richards, 2009, P:160. Andrews, ) (2011, p420) برای مثال اگر رسید، بلیط هواپیما یا قطاری دریافت کنید که در آن شرط شده باشد: شرکت در قبال خسارات وارده مسئولیتی ندارد (با اغماض از سنگین بودن یا نبودن شرط)، شخص مسافر چه عکس العملی باید انجام دهد؟ لازم به ذکر است که مسافر همزمان با دریافت رسید قرارداد را که فاقد چنین شرطی بوده امضاء کرده است و از حیث عرفی ترتب زمانی بر این دو بار نیست. در حقوق انگلیس به درستی و با درک صحیح از عرف معاملاتی این برداشت حاصل شده است که رسید جز سند قراردادی ندارد و دریافت آن به منزله قبول مفاد آن ندارد.<sup>۲</sup> شاید اشکال شود در فقه اسلامی نیز این مساله را می‌توان حل نمود چرا که قرارداد رتبه‌ای قبل از مرتبه‌ای اقباض رسید منعقد می‌شود و بنابر این قرارداد تقدم رتبه‌ای دارد و به حالت بحث (۲-۳-۱) که در پایین خواهد آمد بر می‌گردد، بنابراین ذکر دوباره آن توسط حقوق انگلیس امری زائد و لغو است. این ایراد دو اشکال دارد: ۱- تقدم رتبه‌ای قرارداد بر رسید به هر عبارتی که بیان شود باید به ماهیت سند بر گردد و به تقدم و تاخر باز نمی‌گردد. نقش فعال را در این جا عرف ایفاء می‌کند و عرف سند‌ها را می‌شناسد و امضاءها را. عرف می‌گوید من پایبند هر آنچه امضاء می‌کنم

۱۳۷۰: ۱۱۸) حالت اول که از فرض اطلاع رسانی خارج است ولی در دو فرض اخیر اطلاع رسانی می‌تواند مبنای ورود شرط در قرارداد باشد

<sup>2</sup> Chapelton v Barry UDC [1940] 1 KB 532

<sup>3</sup> ab-initio

<sup>4</sup> Olley v Marlborough Court Ltd [1949] 1 KB 532

<sup>5</sup> Singleton LJ, Denning LJ, Bucknill LJ

<sup>۱</sup> محقق یزدی، سه حالت را برای آن تصویر می‌کند: ۱. گاهی قبل از عقد اصلی انشاء می‌شود و سپس بر مبنای آن عقد اصلی منعقد می‌شود؛ ۲. گاهی صرفاً مقاولات و مذاکرات پیش از عقد است که طرفین در قرارداد اصلی آن‌ها را ذکر نکرده ولی عقد را بر مبنای آن‌ها انشاء می‌کنند.<sup>۳</sup> هرکدام از ضمیر دیگری آگاه باشد و بر مبنای این آگاهی تراضی انجام شود. (طباطبایی یزدی،

## ۲،۴ استثناء: شروط سنگین<sup>۴</sup>

تا به این‌جا نحوه داخل شدن شرط به قرارداد توضیح داده شد و آن چه مورد مذاقه قرار گرفت منشاء شرط بود و نه خود شرط. به عبارت دیگر منشاء یک شرط می‌تواند امضاء قرارداد، اطلاع رسانی، یا دوره معاملاتی باشد. این موارد با اغماض از مباحث فلسفی، در دید عرف منشاء اعتباری و واقعی به شمار می‌روند. اما بسیار اتفاق می‌افتد که طرف قرارداد به دلیل طولانی بودن محتویات قرارداد و حسن نیت به مفاد تنظیمی، از خواندن دقیق و وقت گیر آن دست می‌کشد و قرارداد را قبول می‌کند. مثال بارز این موضوع قراردادهای کلیک‌کن<sup>۵</sup> ایمیل یا هو یا گوگل است. کاربران برای ایجاد حساب غالباً به قسمت شروط قراردادی مراجعه نمی‌کنند.<sup>۶</sup> در یک نظر سنجی که از ۲۰۰۰ مصرف کننده در آمریکا به عمل آمد، ۹۱ درصد نظر بر آن داشتند که قراردادهای را بدون خواندن شرائط قرارداد امضاء می‌کنند. این آمار در میان مصرف کنندگان ۱۸-۳۴ ساله به ۹۷ درصد افزایش پیدا می‌کند.<sup>۷</sup>

آن چه سبب شده است حقوق انگلیس شروط سخت را استثنایی بر نحوه ورود شروط در قراردادها بدانند، همین علم و اطلاع طرفی است که شرط علیه او تنظیم می‌شود. این قاعده در حقوق انگلیس تحت عنوان دست قرمز<sup>۸</sup> شناخته شده است. به طور خلاصه قاعده دست قرمز بیان می‌کند که هر

شروط را نمی‌بینند ... این ویژگی (اطلاع شرط قبل یا همزمان با انعقاد قرارداد) را به ورود شرط به قرارداد به وسیله اطلاعیه، اضافه نمودند.

## ۲،۳،۳ گام های معقول<sup>۱</sup>

وفق قواعد حقوق کامن لا، شرط وقتی به سبب اطلاعیه وارد قرارداد می‌شود که گام های معقولی برای جلب توجه طرف مقابل (متعهد شرط) برداشته شود (Steve; Bruce 2006, p95). هرچند وی در واقع شرط را نخواند به ظاهر عمل می‌شود. برای مثال متعهد له شرط می‌کند که نسبت به خرابی کالا مسئولیتی ندارد و این مساله را در سر در مغازه بر روی شیشه ورودی درج می‌کند که هر انسان متعارفی بتواند آن را بخواند. از قضا یکی از مشتریان کور است و کالایی را خرید می‌کند. آیا شرط نسبت به قابل استناد است؟ به نظر می‌رسد با توجه به قواعد حقوق کامن لا<sup>۲</sup> و عدم ضرورت اثبات اطلاع طرف مقابل از مفاد قرارداد در پرونده پارکر علیه راه آهن سوت ایسترن (۱۸۷۷)<sup>۳</sup> در مثال مذکور نیز شرط قابل استناد است. با این حال وفق مبانی فقهی، این شرط نسبت به کور قابل استناد نیست چون این شرط مبنای طرفین قرار نگرفته و بدین منظور فروشنده بایستی قبل از انعقاد قرارداد، مفاد تابلو را برای او بخواند.

<https://www.lawteacher.net/cases/parker-v-south-eastern-railway.php>

<sup>4</sup> Onerous terms

<sup>5</sup> Click-on

<sup>6</sup> چند دلیل برای این موضوع می‌توان احصاء کرد: باز شدن پنجره جدید در صفحه اینترنت و زمان بر بودن آن، آشنا نبودن به زبان خارجی، طولانی بودن مفاد، اعتماد به شرکت‌های توسعه دهنده حساب، سرعت پایین اینترنت و ...

<sup>7</sup> <https://www.businessinsider.com/deloitte-study-91-percent-agree-terms-of-service-without-reading-2017-11>

<sup>8</sup> Red hand rule

<sup>1</sup> Reasonable steps

<sup>2</sup> Thompson v London, Midland and Scottish Railway [1930] 1 KB 41

<sup>3</sup> Parker v South Eastern Railway [1877] 2 CPD 416

موضوع این پرونده از این قرار بود که خواهان (پارکر) برای گذاشتن کیف خود در رختکن راه آهن مبلغی را پرداخت کرد. اطلاعیه ای در رختکن وجود داشت که بیان می‌کرد راه آهن مسئولیتی در قبال سپرده های بیش از ۱۰ پوند نخواهد داشت. روی بلیط هایی که هنگام واریز وجه به مشتریان داده می‌شد نیز همان اطلاعیه با خط خوانا نوشته شده بود. محتوی کیف پارکر از ۱۰ پوند بیشتر بود و از قضا کیف مفقود یا مسروق شد. پارکر با موفقیت علیه شرکت راه آهن اقامه دعوی کرد و تبعاً شرکت راه آهن تجدید نظر خواهی نمود. خلاصه پرونده را در آدرس روبه رو ببینید:



## ۳ قاعده اقدام و قابلیت اعمال آن بر شروط سنگین قراردادی

قاعده اقدام<sup>۴</sup> می‌تواند مبنایی برای توجیه قراردادهای با شروط سنگین باشد. بدین توضیح که متعهد با امضاء خود، علیه خویش اقدام نموده است. اما علی‌رغم ظاهر توجیه‌کننده این قاعده، استدلال بدان صحیح نمی‌باشد.

فقه‌ها قاعده اقدام را یکی از موارد سقوط ضمان نامیده‌اند (مراغه ای، ۱۴۱۷: ۴۸۸). معنای قاعده<sup>۵</sup> آن است که کسی با علم و قصد، عملی را انجام دهد که موجب ورود زیان توسط دیگران به او گردد، واردکننده زیان، که شخص دیگری است، مسئول خسارت نخواهد بود (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲۲۱). در اینجا خودش ضامن خسارت هایش است.<sup>۶</sup> این قاعده، قاعده‌ی عقلی است و تمامی عقلای عالم می‌پذیرند که هرگاه کسی به زیان خود اقدام کند کسی جزء خود را نمی‌تواند سرزنش کند (محمدی، ۱۳۸۷: ۲۰۵). از مصادیق قاعده، اقدام به تعهداتی است که شخص از روی علم به خسارات احتمالی حاضر به امضای آن می‌شود. مثلاً فردی با آگاهی به غبن فاحش، اقدام به فروش یا خرید مالی نماید، نه خیار فسخ دارد و نه امکان مطالبه خسارت؛ چون خودش به زیان خویش اقدام کرده است. بنابراین چنانچه شخصی از روی آگاهی شروط قراردادی را امضاء نماید هرچند آن شروط موجب سقوط حق یا ثبوت مسئولیتی برای او باشد، اصولاً بایستی او را پایبند به آن دانست. با این حال گاهی در قراردادهای شروط سنگین وجود دارد ولی این شروط به هر دلیل (مثلاً ریز نوشته شدن مفاد قرارداد، سریع خواندن، عدم

مقدار شرط قراردادی سخت تر باشد، گام‌های بیشتری باید برداشت تا آن را به اطلاع طرف مقابل (متعهد) رساند. شایان ذکر است که قاعده مذکور اولین بار توسط قاضی دینینگ<sup>۱</sup> مطرح شد.<sup>۲</sup> (Monaghan, 2013, P57) ایشان در پرونده ای<sup>۳</sup> که در سال ۱۹۵۶ مورد قضاوت قرار گرفت چنین بیان داشت: برخی از شروط قراردادی لازم است به رنگ قرمز چاپ شوند و دست قرمزی هم بدان‌ها اشاره کند تا بتوانیم بگوییم اطلاع رسانی مکفی بوده است.

ضرورت وجود این قاعده در حقوق ایران به شدت حس می‌شود. به ویژه در قرارداد های با مفاد طولانی. به فرض طرفین قرارداد، تمایل به امضا توافقی بیست صفحه ای دارند، در این جا این قاعده می‌گوید شروط سنگین مانند وجه التزام سنگین حتماً باید به رنگ دیگر، یا به صورت بُلد شده، یا خط کشیده شده یا... مشخص شده باشند. نمونه بارز این موضوع در شروط ضمن عقد نکاح رویت می‌شود. مهریه‌های سنگین، شروط تنصیف خوانده نشده و عبارات عربی به کار برده شده در قرارداد نکاح که با یک بار خوانده شدن به آن علم حاصل نمی‌شود. همچنین واژه پر استعمال "عند المطالبه" که امروزه طرفین بدون اطلاع از بار حقوقی آن، اقدام به امضاء سند می‌نمایند بایستی توضیح داده شود والا مبهم به شمار می‌رود.

زیان، ب) اقدام به ضمان (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲۲۱) معنای مورد نظر در مقاله معنای نخست یعنی اقدام به ضرر است.  
<sup>۶</sup> سبب ضمان احترام مال است. چون پیامبر اسلام فرمودند: همچنان که جان مسلمان محترم است مال او هم محترم است. حال هرگاه کسی به ضرر اموال خود تعهدی نماید یا عملی را انجام دهد، خود احترام مال خود را از بین برده و نمی‌توان دیگری را مسئول و ضامن آن دانست (مراغه ای، ۱۴۱۷: ۴۸۸؛ محمدی، ۱۳۸۷: ۲۰۴)

<sup>۱</sup> Lord Denning

<sup>۲</sup> Monaghan, 2013, P: 57

<sup>۳</sup> J Spurling Ltd v Bradshaw [1956] 1 WLR 461

<sup>۴</sup> Volenti non fit injuria

<sup>۵</sup> البته شایان ذکر است که آنچه در اصطلاح فقهی تحت عنوان «قاعده اقدام» بحث می‌شود به دو معنا است و بسیار دشوار می‌نماید که بتوان با اتخاذ وجه مشترك، آن دو را به جامع واحد بازگشت داد. دو معنای مذکور عبارت است، از: الف) اقدام به

می‌توانند از هر تعداد مشاور و وکیل در حین تنظیم قرارداد و مذاکرات بهره‌مند گردند. اما مسأله اصلی آن است که بسیاری اوقات باب سوء استفاده باز می‌شود و شرط سنگین در لا به لای شروط ساده و حتی شروطی که بیان‌گر حسن نیت و انصاف در تفسیر هستند قرار می‌گیرد و متعهد آن را امضاء می‌کند. یا شرط سنگین با عبارات تخصصی بیان شده است که نوعی ابهام را برای متعهد به بار می‌آورد (به صورت شخصی). در این صورت حقوق انگلیس می‌گوید شروط سنگین به هر نحوی که وارد قرارداد بشوند، چه به سبب اطلاع رسانی (Notice) چه به سبب (Signature) باید گام‌های معقول را در جلب توجه طرف مقابل بر دارند و در این مسیر به قاعده دست قرمز تمسک می‌جوید. اگر جلب توجه و اطلاع رسانی کافی نباشد وفق قاعده (تفسیر علیه انشاء کننده) ابهام علیه متعهد له تفسیر می‌شود. اما در فقه اسلامی قاعده مثبتی مانند دست قرمز وجود ندارد، لیکن می‌توان امضاء را در قراردادها چنین تفسیر نمود:

شرط سنگین ماهیتاً شرطی است که فردی که بدان تکیه می‌کند باید اثبات کند که طرف مقابل علم از مفاد آن داشته است. بدین توضیح که این شروط بنا بر ماهیت عرفی سختشان، وظیفه اثبات اطلاع رسانی و علم طرف مقابل (متعهد-غالباً) برعهده متعهد له (غالباً) می‌باشد. دلیل پذیرش این مبنا بر اساس تئوری شرط ضمنی است. اساساً هر فردی که معامله را امضاء می‌کند و بعد متوجه وجود شرط سنگینی در قرارداد می‌شود دو امر در خصوص عمل وی متصور است:

۱- یا می‌گوید این معامله از اول هم ناجوانمردانه بوده است زیرا من شرط سنگین را ندیدم (یا از عبارات تخصصی استفاده شد و من نفهمیدم و...) یا ۲- برای سوء استفاده می‌خواهد قرارداد را برهم بزند: که به نظر حالت دوم نوعی مغاطله برای عدم پذیرش قاعده دست قرمز باشد. زیرا از زمان ابلاغ قانون وفق قاعده جهل به قانون عذر نیست فرض بر آن است که متعهد له باید علم متعهد به شروط سنگین را

دقت و... از چشم خواننده آن جای می‌افتد و شخص قرارداد را با همان وضعیت امضاء می‌کند. در اینجا نیز آیا می‌توان همچنان به قاعده اقدام تمسک کرد و او را پایبند به شروط سنگین دانست؟ چه بسا اگر او ملتفت به شرط یاد شده می‌گردید، هرگز آن قرارداد را امضاء نمی‌کرد. مانند شروط ضمن عقد ازدواج و یا عندالمطالبه بودن مهریه. و یا لاقلاً آن را خط می‌زد. شکی نیست که اقدام به امضای قرارداد اماره بر آگاهی و قبول تمامی مفاد قرارداد است ولی با توجه به اینکه در نظام فقهی، بایستی اقدام به تعهد از رضای باطنی ناشی شود لذا خلاف این اماره در صورت اثبات، قابل استناد است. پس اگر شخص اثبات نماید که نسبت به برخی از مفاد قرارداد آگاهی و رضای باطنی نداشته قاعده اقدام نیز جریان نداشته و شخص از تعهدات یادشده معاف خواهد شد. لکن اثبات امر باطنی به شدت دشوار بوده و معمولاً اشخاص در اثبات آن ناکام خواهند ماند. به این منظور بهتر است معیار عینی پذیرفته شده در حقوق انگلیس را جایگزین نماییم بدین صورت که شروط سنگین در قراردادها به نحوی مندرج شوند که چشم خواننده از آن غافل نماند. در این راستا شخصاً وقتی واقعا اقدام به تعهدات سنگین نموده که آن‌ها با فونتی بزرگ و متمایز درج شده باشند. ولی اگر این شروط وجه ممیزی نسبت به سایر مفاد قرارداد نداشته باشند، در این صورت صرف امضا دلالت بر التزام به آن تعهدات نداشته و قاعده اقدام نیز جاری نمی‌شود.

## ۴ نتیجه گیری

به نظر می‌رسد ابهام در قرارداد ناشی از عدم توجه به ماهیت مفاد آن باشد. به همین خاطر این مبحث در حقوق انگلیس ذیل عنوان شروط سنگین مورد بررسی قرار می‌گیرد. زیرا این شروط عامل اصلی ضرر رسیدن به متعهد قرارداد می‌باشد. اما عوامل دیگر مانند طولانی بودن مفاد، ریز نوشته شدن شدن و... نقش فعال در ضرر رساندن ندارند. چرا که حقوق نمی‌تواند حق طرفین به نگارش قرارداد طولانی مثلاً بیست صفحه‌ای را منع کند. در مقابل طرفین



حتی الامکان کوتاه وبه زبان عرف تنظیم و دفتر خانه‌ها ملزم به استفاده از این گونه قراردادهای چاپی شوند.

در ثانی و فارغ از مباحث شکلی شایسته بود که در مقررات ماهوی، قانونگذار این موضوع را به نحوی مندرج می‌ساخت. هیچ شکی در موضوعیت علم و طریقت امضاء وجود ندارد و امروزه عینی سازی از طریق روش‌هایی همچون بلد کردن و درج عباراتی چون هشدار یا علامت تعجب و... به عمل می‌آید. با وجود این ترتیبات دیگر انشاء کننده با فرض «تفسیر علیه تنظیم کننده» روبه رو نمی‌شود و به عکس قاعده هشدار یا قد عذر من حذر در رابطه با او نیز جاری است.

ثابت کند و همچنین با دقت در مبانی بیان شده می‌توان چنین برداشت کرد که سوء استفاده در فرض عدم پذیرش قاعده دست قرمز بسیار بیش‌تر از پذیرفتن آن است.

پیشنهاد می‌شود قانونگذار ایرانی با توجه به افزایش روزافزون دعاوی و با پردازش آمار از انواع آن‌ها، قراردادهای استاندارد در هر زمینه‌ای را که وفق پردازش مذکور بیش‌ترین آمار دعوی را به خود اختصاص می‌دهند را اصلاح سازد. برای مثال ممکن است دعاوی مهریه بیش‌ترین اختلافات قراردادی ناشی از عندالمطالبه بودن، یا عدم توجه و فهم عبارات عربی سند را در برگیرد؛ از این رو در راستای هدایت و تسهیل روند دادرسی منصفانه بایستی قراردادهای استاندارد به شکل فارسی، خوانا، صریح،



## References

- Aghaei, Bahman (1999), Bahman Legal Dictionary, first edition, Tehran: Ganj Danesh(in Persian)
- Ardabili, Ahmad bin Muhammad, Majma al-Fedat al-Burahan fi Sharh Irshad al-Azhan, vol.8, Qom: Jamaat al-Madrasin Houza Ulmia.(in Arabic)
- Ansari, Morteza, Makasab, Volume 6, Qom: Islamic Thought Publications. (in Arabic)
- Beatson, J., Burrows, A. S., & Cartwright, J. (2010). Anson's law of contract (29st ed.)
- Charman, Mary, Contract Law,( 2007), 4<sup>th</sup> ed, Willian publishing(UK)
- Chapelton v Barry UDC [1940] 1 KB 532
- Curtis v Chemical Cleaning and Dyeing Co Ltd [1951] 1 KB
- Esfahani, Mohammad Hossein (1997), Marginal on Makasab, vol. 1, first edition, Qom: Al-Mattabah Al-Elamiya (in Arabic)
- Feyz Kashani, Mafatih al-Sharai, vol. 3 (in Arabic)
- Graw, Stephen, An Introduction to the Law of Contract, (2021) Australia:Thomson Reuters,10th ed
- Grogan v Robin Meredith Plant Hire [1996] CLC 1127
- Henry Kendall v William Lillico Ltd [1969] 2 AC 31
- Hollier v Rambler Motors (AMC) Ltd [1972] 2 QB 71
- Ismaili, Mohsen and Tavakoli Kia (2013), the condition of concentration in Iranian jurisprudence and law, Islamic Law Research Journal, year 12, number 2, pp. 151-190. (in Persian)
- J Spurling Ltd v Bradshaw [1956] 1 WLR 461
- Katouzian, Nasser (1376), General Rules of Contracts, Volume 3, Tehran: Publishing Company. (in Persian)
- Khoei, Seyyed Abulqasem (1983), Misbah al-Faqaha, vol. 4, Qom: Maktaba Davari (in Arabic)
- Khoei, Seyyed Abulqasem (1999), Misbah al-Faqaha, vol. 6, Najaf: Haidariyya Publishing (in Arabic)
- Khomeini, Seyyed Ruhollah (2001), Al-Bay, Vol. 1, first edition, Tehran: Institute for Organizing and Publishing the Works of Imam Khomeini (in Arabic)
- Kapnoullas, Steve; Clarke, Bruce --- "Incorporation of Unusual or Unreasonable Terms into Contracts: The Red Hand Rule and Signed Documents" [2006] DeakinLawRw 12; 11(2)
- L'Estrange v F Graucob Ltd [1934] 2 KB 394
- Maraghei, Seyyed Mir Abdul Fattah (1997), Titles of Jurisprudence, second



- edition, Qom: Al-Nashar Islamic Publishing House (in Arabic)
- Mohagheg Damad, Seyyed Mustafa (1986), Rules of Jurisprudence, Volume 1, 12th edition, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center. (in Persian)
- Mohammadi, Abolhasan (2007), Jurisprudence Rules, 10th edition, Tehran: Mizan Legal Foundation. (in Persian)
- Mohagheq Hali (1988), Sharia' al-Islam, vol. 2, second edition, Qom: Ismailian Institute (in Arabic)
- Mohagheg Sabzevari (1990), Sharh Manzomeh, Volume 1, Tehran: Nab Publishing (in Arabic)
- Monaghan, Chris, Nicola, Monaghan (2013), Beginning Contract Law, UK: Routledge,
- Naini, Mohammad Hossein, Maniya al-Talib in Hashiya al-Makasab, vol. 1, Qom: Muhammadiyah School (in Arabic)
- Naini, Mohammad Hossein, Maniya al-Talib in Hashiyyah al-Makasab, vol. 2, Qom: Muhammadiyah School (in Arabic)
- Neil, Andrews (2011). Contract Law, Cambridge University Press, 1<sup>st</sup> ed,
- Najafi, Mohammad Hassan (1983), Jawaharlal Kalam, vol. 22, 7th edition, Beirut: Dar Ihiya al-Tarath al-Arabi (in Arabic)
- Najafi, Mohammad Hassan (1983), Jawaharlal Kalam, vol. 23, 7th edition, Beirut: Dar Ihiya al-Tarath al-Arabi. (in Arabic)
- Olley v Marlborough Court Ltd [1949] 1 KB 532
- Oranburg, Seth C Contract Law Rules. (2022), Cases, and Problems, E-Book Edition, , ISBN 978-1-387-76166-1, N: 12.A (Accessed on 12/1/2022)
- Paul, Richards, Law of Contract, (2009), Pearson, 9<sup>th</sup> ed, (UK)
- Parker v South Eastern Railway [1877] 2 CPD 416
- Peter Radan, John Gooley, Ilija Vickovich, (2018), Principles of Australian Contract Law Cases and Materials, Australia: LexiNexis Butterworths, 1<sup>st</sup> ed,
- Saunders v Anglia Building Society [1971] AC 1004
- Shahid Thani (1993), Masalak al-Afham, vol. 3, Al-Maarif al-Islamiya Institute (in Arabic)
- Simaei Saraf, Hossein (1998), Implicit Condition in Iranian Laws with a Comparative Study, Waqf of Eternal Heritage, No. 22, 80-89. (in Persian)
- Tabatabaei Yazdi, Seyyed Kazem (1991), Hashiyatol Makasab, vol. 2, fourth edition, Qom: Ismailian (in Arabic)
- Thompson v London, Midland and Scottish Railway [1930] 1.

Original Article

# Human Rights and the Environment: a Reflection on the Formation and Evolution of "Environmental Human Rights" in International Law

Ali Mashhadi<sup>1</sup> , Reyhaneh Hamedei<sup>2</sup> 

<sup>1</sup> Associate Professor, Department of International Law, Faculty of Law, Qom University, Qom, Iran.

<sup>2</sup> MA. Student in public law, Qom University, Qom, Iran.

 [20.1001.1.24237566.1402.7.2.9.5](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24652.1443)

 [10.22080/lps.2023.24652.1443](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24652.1443)

**Received:**

December 6, 2022

**Accepted:**

January 7, 2023

**Available online:**

August 18, 2023

**Keywords:**

Greeting of human rights, Rights to the environment, Environmental human rights, Right to clean water, Right to clean air, Stockholm Declaration.

## Abstract

For many years, human rights discourse did not pay attention to issues related to the environment. After the formation of the environmental crisis, the topic has been raised whether environmental issues can have human rights dimensions (first layer) or whether human rights issues can also take on environmental dimensions (second layer). The present study follows an analytical-descriptive approach to describe some aspects of human rights and environmental issues, as well as some environmental aspects of human rights issues, and investigate how they are formed. The process of the formation of environmental human rights, especially after the Stockholm and Rio Declarations, shows that human rights (despite older documents) and the environment have developed in parallel until today. The right to clean water, the right to clean air, the right to a peaceful environment, the right to access environmental information, the right to participate in environmental decision-making, and the right to access justice in environmental issues are among the most important and famous components of the development of human rights. The authors' basic assumption in response to the main question (Do environmental issues have human rights dimensions and can it be said that human rights issues take on environmental dimensions?) is that today, people are faced with a special perception of human rights that should be called the greening of human rights or "environmental human rights". The need to pay attention to the close relationship between human rights and the environment, including the fact that the realization of many human rights depends on the realization of a healthy environment and also environmental rights also require human rights for better implementation, can be the most important finding of this research.

\*Corresponding Author: Ali Mashhadi

Address: Associate Professor, Department of International Law, Faculty of Law, Qom University, Qom, Iran.

Email: [droitenviro@gmail.com](mailto:droitenviro@gmail.com)





## Extended Abstract

### 1. Introduction

For many years, human rights discourse has not focused on environmental issues. Since the emergence of the environmental crisis, the question has arisen whether environmental issues can have human rights dimensions (first side) or human rights issues can take on environmental dimensions (second side). This study follows an analytical-descriptive process to describe some of the environmental aspects of human rights, as well as some aspects of environmental issues, and investigate how they are formed. The process of the formation of environmental human rights, especially after the Stockholm and Rio Declaration, shows that human rights and the environment have developed nowadays. The right to clean water, the right to a clean environment, the right to a peaceful environment, the right to access environmental information, the right to participate in environmental decision-making, and the right to access to justice in environmental matters are among the most important and prominent components of the emergence green environmental human rights.

In the field of theory, there is no specific research with this title. But the studies that have been conducted in the field of human rights and environment have addressed some aspects of this issue in a scattered manner.

In the nature-oriented view, it is said that "if a human has a right, this right is in the sense that a human is a member of this ecosystem". In this view, although the right is a human being, it is in balance with nature and supports it. According to Professor Pryor, the human right to the environment has a small but important difference from other human rights, and

that is that this right is not "human-centered"; this right should be defined as a right that preserves not only humans but also the balance of nature and other living beings. In fact, this right is "an inalienable and absolute human right by which all human beings have the right to share and enjoy a healthy environment together with the collective responsibility of maintaining environmental health in order to preserve human health (both the current and future generation) and all-round development (economic, social and cultural)". The right to the environment is a set of rights that humans should benefit from because they live in the environment for their proper growth and health. This definition is indicative of the idea that the environment and natural resources rely only on human interests and lack intrinsic value by themselves. In other words, the right to the environment is the right that humans have to benefit from a healthy environment. According to Anuka, "the right to the environment is a privilege recognized for a person, group, or government to benefit from natural or man-made elements, as well as social, economic, and cultural factors". The rival doctrine, based on the concept of the originality of nature, considers the right to the environment as a right that has been identified to protect nature and natural elements of which humans are also a part. On the other hand, these definitions want to reduce the intensity of human interests in exploiting the environment. In this view, although the right is a human being, it is in balance with nature and supports it.

### 2. Methods

This study tried to analyze and evaluate some aspects of the development and evolution of environmental human rights with a descriptive-analytical approach and library resources.

### 3. Conclusion

In this study, the concept of "greening human rights" was explained in the context of environmental human rights developments along with some of its components. As an important conclusion, it should be said that today environmental human rights have many dimensions and components. These rights can be discussed in relation to water, air, soil, waste, hunting and fishing, forest, and pasture. The right to clean water, the right to clean air, the right to access environmental information, the right to participate in environmental decision-making, and the like are among the most important examples of these rights. As an important point, it should be said that today, it is difficult to imagine an environmental issue that does not have human rights dimensions. It is also difficult to find a human rights issue that cannot be considered from the perspective of environmental issues; not paying attention to them often leads to painful situations. According to the literature in this field, the development of human rights started from global and regional international documents and then entered national rights and the discourse of citizenship rights. From an international point of view, most of the environmental issues were closely related to human rights issues. It seems that in today's world, people are facing a situation where human rights

cannot be implemented without observing the principles of environmental protection (the dependence of the implementation of human rights on biological factors), and environmental rights also need human rights for better implementation (dependence of environmental rights on human rights). Therefore, in recent centuries, the increasing spread of environmental destruction in the national, regional, and global scope, followed by dangers that threaten the entire ecosystem and human life in various physical, health, and spiritual dimensions, has revealed more and more attention to environmental human rights for political societies and governments.

#### Funding

There is no funding support.

#### Authors' contribution

The authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed upon all aspects of the work.

#### Conflict of Interest

The authors declared no conflict of interest.

#### Acknowledgments

The authors appreciate all the scientific consultants in this paper.

علمی پژوهشی

# سبز شدن حقوق بشر: تاملی بر شکل گیری و تحول «حقوق بشر زیست محیطی»

علی مشهدی<sup>\*۱</sup> ID، ریحانه حامدی<sup>۲</sup> ID

<sup>۱</sup> دانشیار گروه حقوق بین الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران.  
<sup>۲</sup> دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه قم، قم، ایران.



[20.1001.1.24237566.1402.7.2.9.5](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24652.1443)



[10.22080/lps.2023.24652.1443](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24652.1443)

## چکیده

گفتمان حقوق بشر تا سالیان مدیدی به موضوعات مرتبط با محیط زیست توجهی نداشت. پس از شکل گیری بحران محیط زیست، این مسئله مطرح شده که آیا موضوعات زیست محیطی می‌توانند ابعاد حقوق بشری داشته باشند (سویه نخست) یا مسائل حقوق بشری نیز می‌توانند ابعاد زیست محیطی به خود بگیرند؟ (سویه دوم) در این مقاله سعی شده است تا با روش تحلیلی-توصیفی فرآیند و چگونگی شکل گیری برخی ابعاد حقوق بشری مسائل زیست محیطی و نیز برخی ابعاد زیست محیطی مسائل حقوق بشری تحلیل و بررسی گردند. فرآیند شکل گیری حقوق بشر زیست محیطی نیز بویژه پس از صدور اعلامیه‌های استکهلم و ريو نشان می‌دهد که حقوق بشر (با وجود اسنادی که قدمت بیشتری دارد) و محیط زیست تا به امروز به موازات هم توسعه یافته‌اند. حق بر آب سالم، حق بر هوای پاک، حق بر محیط آرام، حق دسترسی به اطلاعات زیست محیطی، حق مشارکت در تصمیم گیری‌های زیست محیطی و حق دسترسی به عدالت در موضوعات زیست محیطی از مهمترین معروفترین مولفه‌های سبز شدن حقوق بشر به شمار می‌روند. فرض اساسی نویسنده در پاسخ به سؤال اصلی که (آیا مسائل زیست محیطی ابعاد حقوق بشری دارند و می‌توان گفت موضوعات حقوق بشری ابعاد زیست محیطی به خود بگیرند؟) این است که امروزه مواجهه با تلقی خاصی از حقوق بشر هستیم که باید آنرا سبز شدن حقوق بشر یا همان «حقوق بشر زیست محیطی» نام نهاد. لزوم توجه به مناسبات نزدیک میان حقوق بشر و محیط زیست، از جمله اینکه، از سویی تحقق بسیاری از حق‌های بشری به تحقق محیط زیست سالم وابسته است. از سویی دیگر حقوق محیط زیست نیز برای اجرای مطلوبتر نیازمند به حقوق بشر است، مهمترین یافته این مقاله می‌تواند باشد.

تاریخ دریافت:

۱۵ آذر ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۱۷ دی ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱ مهر ۱۴۰۲

کلیدواژه‌ها:

سبز شدن حقوق بشر " حق بر محیط زیست " حقوق بشر زیست محیطی " حق بر آب سالم " حق بر هوای پاک " اعلامیه استکهلم "

\* نویسنده مسئول: علی مشهدی

آدرس: دانشیار گروه حقوق بین الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه ایمیل: [droitenviro@gmail.com](mailto:droitenviro@gmail.com) قم، قم، ایران.

## ۱ مقدمه

می‌شود. در این مقاله سعی شده است برخی ابعاد مربوط به شکل‌گیری و تحول این حوزه تحلیل و ارزیابی شود.

اهمیت مسائل زیست محیطی در ارتباط با حقوق بشر، امروزه به اندازه‌ای است که می‌توان گفت حقوق بشر اساساً بدون رعایت اصول حفاظت از محیط زیست به اجراء در نمی‌آید و حقوق محیط زیست نیز برای اجرای مطلوبتر نیازمند حقوق بشر است. لذا در قرون اخیر گسترش روزافزون تباهی‌های زیست محیطی در گستره ملی، منطقه‌ای و جهانی و به دنبال آن مخاطراتی که کل اکوسیستم و حیات انسانی را در ابعاد مختلف جسمی، بهداشتی و روحی تهدید می‌نمود، مسائل اساسی فراوانی را در دوحوزه محیط زیست و حقوق بشر به چالش کشانده است.

**ضرورت:** باتوجه به کمبود مطالعات در زمینه حقوق بشر زیست محیطی و تحلیل فرآیند سبز شدن حقوق بشر از سویی و از اهمیت یافتن مسائل زیست محیطی در حیات بشری از سویی دیگر، نشان از ضرورت پرداختن و تحلیل این موضوع دارد.

**اهداف:** این مقاله به طور مشخص به دنبال سه هدف اساسی است. ۱- هدف پژوهشی: پرنموده خلاء پژوهشی در زمینه گفتمان حقوق بشر زیست محیطی و طرح موضوع سبز نمودن حقوق بشر. ۲- هدف آموزشی: در صورت انتشار نتایج می‌تواند به عنوان یک متن آموزشی مورد استفاده گروه‌های هدف از جمله دانشجویان و دانش پژوهان حوزه حقوق بشر و نیز محیط زیست قرار گیرد. ۳- هدف اجرایی: مطالعه این اثر و توجه به نتایج آن می‌تواند مورد استفاده مجریان اعم از مقامات عمومی و سازمان‌های دولتی و همچنین سازمان‌های مردم نهاد برای توجه و اجرایی نمودن حقوق بشر زیست محیطی قرار گیرد.

**سؤال‌ها:** مسئله اصلی این است که (آیا مسائل زیست محیطی ابعاد حقوق بشری دارند و می‌توان

دردنیای کنونی مناسبات میان حقوق بشر و محیط زیست به اندازه‌ای اهمیت یافته است که حکایت از وجود روابط نزدیکی میان این دوحوزه دارد. به مناسبات میان این دو حوزه می‌توان از دو سویه متفاوت نگریست. از یک سوی مسائل زیست محیطی می‌توانند ابعاد حقوق بشری داشته باشند<sup>۱</sup>. (سویه نخست) از سویی دیگر مسائل حقوق بشری نیز می‌توانند ابعاد زیست محیطی به خود گیرند<sup>۲</sup>. (سویه دوم) از «ابعاد زیست محیطی مسائل حقوق بشری» می‌توان به ارتباط حق حیات و محیط زیست، حق مالکیت و محیط زیست، حق کار و محیط زیست، حق بر آموزش و محیط زیست، آزادی تشکیلات و اجتماعات و پیوند آن با مسائل محیط زیست، حق دسترسی به اطلاعات و محیط زیست، برابری و منع تبعیض و محیط زیست، آزادی مسکن و محیط زیست، حق بر توسعه و محیط زیست، حق بر بهداشت و محیط زیست، حق بر صلح و محیط زیست و نظایر آن اشاره نمود. (مشهدی، ۱۳۹۶: ۱۲)

در سویه دوم می‌توان از «ابعاد حقوق بشری مسائل زیست محیطی» صحبت نمود. در این سویه و برخلاف سویه نخست مسائل مختلف زیست محیطی از منظر حقوق بشر تحلیل می‌گردند. برای مثال می‌توان به موضوعاتی نظیر ارتباط آلودگی هوا و حقوق بشر (حق بر هوای پاک)، آلودگی آب و حقوق بشر (حق بر آب سالم)، آلودگی صوتی و حقوق بشر (حق بر محیط آرام)، پسماندها و حقوق بشر، فضای سبز و حقوق بشر، حق بر منظر، حق بر جبران خسارات زیست محیطی و نظایر آن اشاره نمود. این دوسویه نشان دهنده اهمیت مسائل زیست محیطی در ارتباط با حقوق بشر است که به اختصار آنرا حقوق بشر زیست محیطی می‌نامیم. بعد از صدور اعلامیه‌های استکهلم و ریو در ادبیات حقوق بشر حق‌های فوق شکل گرفته و تحول یافتند که به اختصار به این فرآیند سبز شدن حقوق بشر گفته

<sup>2</sup> Environmental Aspects of Human Rights Issues

<sup>1</sup> Human Rights Aspects of Environmental Matters



حقوق بشر، ۱۳۸۹)، حقوق بشر و محیط زیست (مشهدی، ۱۳۹۶)

## ۲-۲. آثاری که در چارچوب حقوق عمومی داخلی

**هستند:** این قبیل آثار و مقالات، موضوع حقوق بشر و محیط زیست را در چارچوب «حقوق اساسی» (به ویژه حقوق ملت) و نیز اصل پنجاهم قانون اساسی مطرح نموده‌اند. همچنین برخی مولفه‌های این حق مرتبط با حقوق اداری محیط زیست، حقوق مالی محیط زیست و نیز حقوق شهروندی است. حق برخورداری از محیط زیست سالم به عنوان حق بشریت (حبیبی، ۱۳۸۲)، حفاظت از محیط زیست در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (رمضانی قوام آبادی، ۱۳۹۲)، حق بر محیط زیست سالم (مشهدی، ۱۳۹۲)، اساسی سازی ماهوی حق بر محیط زیست در حقوق ایران و فرانسه (مشهدی، ۱۳۹۳)، حقوق بشر و محیط زیست (حجار لیب، ۱۳۹۶)، حقوق اساسی محیط زیست (مشهدی، ۱۳۹۸) از مهمترین این آثار هستند.

## ۳ مبانی نظری و روش شناختی

از لحاظ نظری دو نگاه رقیب در مورد سبز نمودن حقوق بشر وجود دارد. در یک نگاه حقوق بشر معطوف به محیط زیست از آن جهت شکل گرفته و توسعه یافته است، چون حیات بشری و منافع انسانی آسیب دیده‌اند. (رویکرد انسان محور یا آنتروپوسن) در نگاه رقیب، شکل گیری حقوق بشر زیست محیطی فارغ از منافع انسانی ناظر به کل اکوسیستم است و تنها منافع بشری مطرح نیست. (رویکرد طبیعت محور یا اکوسن).

در برداشت طبیعت محور گفته شده است که «اگر انسان دارای حقی است این حق به لحاظی است که انسان عضوی از این اکوسیستم و زیست بوم است.» (ساعد، ۱۳۸۳، ۷۶) در این برداشت هرچند ذی‌حق موجود انسانی است ولی این حق در تعادل با طبیعت و حمایت از آن قرار دارد. از نظر پرفسور پریور، حق انسان بر محیط زیست با سایر حقوق بشر تمایز اندک ولی مهمی دارد و آن اینکه این حق

گفت موضوعات حقوق بشری ابعاد زیست محیطی به خود بگیرند؟) اینکه حقوق بشر و محیط زیست چه ارتباطی باهم دارند؟ آیا اسناد حقوق بشری و زیست محیطی محیطی مسائل مربوط به حقوق بنیادین بشر را مدنظر قرار داده‌اند؟ چگونه می‌توان در جریان وضع و اجرای حقوق بشر مسائل زیست محیطی را مدنظر قرار داد؟ آیا گسترش آلودگی‌های زیست محیطی می‌تواند منجر به نقض حقوق مختلف بشری از جمله حق بر حیات گردد؟ مهمترین ابعاد حقوق بشری مسائل زیست محیطی و مهمترین مسائل زیست محیطی معطوف به حقوق بشر چیست؟ مهمترین سئوالات این نوشتار محسوب می‌شود.

## ۲ پیشینه تحقیق

در زمینه نظریه «سبز نمودن حقوق بشر»، اثر یا مقاله مشخصی با این عنوان وجود ندارد. لیکن آثاری که در زمینه حقوق بشر و محیط زیست تاکنون نگاشته شده‌اند، به برخی ابعاد این مسأله به صورت پراکنده پرداخته‌اند. این آثار را می‌توان در دو دسته جای داد. آثاری که در گفتمان حقوق بین الملل عمومی به این موضوع پرداخته‌اند و آثاری که در چارچوب حقوق عمومی داخلی مناسبات حقوق بشر و محیط زیست را بررسی نموده‌اند.

### ۲-۱. آثاری که در چارچوب گفتمان حقوق بین

**الملل عمومی هستند:** این آثار عموماً از دو منظر «حقوق بین الملل بشر» و «حقوق بین الملل محیط زیست» به مناسبات میان حقوق محیط زیست و حقوق بشر پرداخته‌اند. از مهمترین این آثار می‌توان به موارد ذیل اشاره نمود: به حقوق بشر، محیط زیست و توسعه پایدار (افتخار جهرمی، ۱۳۸۸)، آیین مند نمودن حقوق محیط زیست؛ بررسی کنوانسیون آرهوس (پالمرتز، ۱۳۸۸)، حقوق بشر و محیط زیست (ترینداد، ۱۳۸۲)، رویکرد حقوق بشری به محیط زیست؛ بررسی رویه دیوان اروپایی حقوق بشر (مهربان، ۱۳۹۱)، حقوق زیست محیطی بشر (کرسی

تبادل با طبیعت و حمایت از آن قرار دارد. (Gourde, 2010:59& Borràs, 2020, pp38-65)

در نهایت از لحاظ روش شناختی سعی شده است با رویکرد توصیفی-تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای برخی از ابعاد نحوه شکل‌گیری و تحول حقوق بشر زیست محیطی مورد تحلیل و ارزیابی قرار گیرد.

## ۴ تحلیل

### ۴.۱ مفهوم سبز شدن حقوق بشر

منظور از سبز شدن حقوق بشر، در واقع ناظر به آندسته از حقوق بشری است که به مسئله حمایت از محیط زیست پیوند خورده‌اند (Shelton, & Kiss, 1997, p35) و مجموعه‌ای از حقوقی را در بر می‌گیرد که انسان‌ها از آن جهت که در محیط زیست زندگی می‌نمایند، برای رشد مناسب و سلامتی خویش باید از آن بهره‌مند باشند. (مشهدی، ۱۳۹۲، ۵۲) به عبارت دیگر حقوق بشر زیست محیطی نگاهی حقوق بشری به مسائل زیست محیطی یا نگاهی زیست محیطی به مسائل حقوق بشری دارد. همچنین مجموعه حقوق بشر زیست محیطی ضمن داشتن حلقه‌های ارتباط با حقوق نسل اول، دوم و سوم به نوبه خود ماهیتی متکثر و چند وجهی دارد. با این نگاه، این دسته از حقوق را می‌توان در چندین حق بشری شناخته شده دیگر نیز می‌توان پیدانمود. برای نمونه، حق سلامتی و تندرستی که در معاهدات و رویه‌های بین‌المللی به رسمیت شناخته شده است، محافظت در مقابل خطرات زیست محیطی که می‌تواند در درازمدت سلامتی انسان‌ها را تهدید کند، در برمی‌گیرد. حق برخورداری از یک معیار مناسب سلامتی جسمی و روحی، حق آزادی و امنیت، حق برخورداری از سطح زندگی مناسب، حق برخورداری از شرایط کاری مناسب، حق داشتن خانه و حق داشتن غذا، همگی وابسته به محیط زیستی

«انسان محور»<sup>۱</sup> نیست. یعنی این حق را باید به حقی تعریف نمود که نه تنها انسان بلکه تعادل و توازن طبیعت و سایر موجودات زنده را نیز حفظ نماید. (Prieur, 2001, p61) در واقع این حق «حق مسلم بشری و غیر قابل اعراض که به موجب آن هر فرد انسانی و کلیه انسان‌ها به نحو جمعی استحقاق سهیم شدن و برخورداری از محیط زیست سالم را توأم با مسئولیت جمعی حفظ سلامتی محیط زیست به منظور حفظ سلامت انسان (اعم از نسل حاضر و آینده) و توسعه همه جانبه (اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی) را دارا می‌باشند.» (کشاورز، ۱۳۸۷، ۲۴)

حق برمحیط زیست مجموعه‌ای از حقوقی است که انسان‌ها از آن جهت که در محیط زیست زندگی می‌نمایند برای رشد مناسب و سلامتی خویش باید از آن بهره‌مند باشند. این تعریف گویای این ایده است که محیط زیست و منابع طبیعی فقط بر منافع بشر متکی است و به خودی خود فاقد ارزش ذاتی است. (حبیبی، ۱۳۸۹، ۱۳۹) تلقی امروزی از متون بنیادین بین‌المللی نیز مبتنی بر تعریف انسان محور (آنتروپوسنتریک) است. به عبارت دیگر حق بر محیط زیست حقی است که انسان‌ها بر بهره‌مندی از محیط زیست سالم دارند. از نظر آنوکا «حق بر محیط زیست امتیازی است که برای یک شخص یا جمع یا دولت برای بهره‌مندی از عناصر طبیعی، انسانساخت و همچنین عوامل اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی مورد شناسایی قرار گرفته است.» (Anoukaha, 2002, p15) دکتترین رقیب، در برداشت مبتنی بر اصالت طبیعت، حق برمحیط زیست را حقی می‌داند که برای حفاظت از طبیعت و عناصر طبیعی که انسان نیز جزئی از آن است، مورد شناسایی قرار گرفته است. از طرف دیگر این تعاریف می‌خواهند از شدت منافع انسانی در بهره‌برداری از محیط زیست بکاهند. در این برداشت هرچند ذی‌حق موجود انسانی است ولی این حق در

<sup>۱</sup>Anthropocentrique



عطف مسئله حفاظت از محیط زیست را در اعلامیه استکهلم ۱۹۷۲ یافت. (ترینداد، ۱۳۸۲، ۱۸۹-۱۵۶) در حقوق بین الملل پیدایش این حق همچون حقوق بشر، از اسناد بین المللی غیر الزام آور آغاز گشت و تا به امروز به موازات هم توسعه یافته‌اند. برخی از اسنادی که در نظام منابع حقوق بین الملل در خصوص حمایت از منابع صید، ماهیگیری و کنترل آلودگی منابع رودخانه‌ای و دریایی در ابتدای قرن بیستم شکل گرفتند در این چارچوب قابل تحلیل هستند. (ر.ک: موسوی، ۱۳۸۵، ۱۹۹-۱۹۲)

در اعلامیه جهانی حقوق بشر اشاره صریحی به محیط زیست نشد. تنها برخی از مواد آن بعداً در خلال رویه‌ها به صورت غیر مستقیم به موضوع حق بر محیط زیست پیوند خورده است. از جمله می‌توان به موضوع حق حیات مورد اشاره در ماده ۲۳، حق استراحت<sup>۳</sup> ماده ۲۴ و همچنین به حقوق مورد اشاره در ماده ۲۵<sup>۴</sup> اشاره نمود. در مورد میثاق حقوق مدنی و سیاسی و نیز حقوق اقتصادی و اجتماعی، اساساً از آنجا که در این دوره هنوز مسئله حقوق محیط زیست مطرح نیست، وضعیت میثاقین درباره محیط زیست نیز شبیه اعلامیه جهانی حقوق بشر است.

برخی از حقوق مورد اشاره در میثاقین نظیر حق حیات، حق بهداشت، حق بر سطح مناسب زندگی، حق مالکیت، حق کار و حق بر سلامتی به وجوهی از حق‌های زیست محیطی در رویه نهادهای سازمان ملل متحد فرو کاسته شده‌اند. همچنین کمیته میثاق حقوق اقتصادی و اجتماعی در تفسیری از حق بهداشت مورد اشاره در میثاق حقوق اقتصادی اجتماعی، محیط زیست سالم را جزئی از حق بهداشت دانسته است.

<sup>۴</sup> هرکس حق دارد از سطح يك زندگانی برخوردار باشد که سلامت و رفاه او و خانواده اش، منجمله خوراک و لباس و مسکن و رسیدگی های پزشکی آنان را تامین کند. (بخشی از بند الف ماده ۲۵)

است که بتواند حیات بشر را تضمین کند. (پارسا، ۱۳۷۷، ۱۳۷)

در ادبیات حقوق بشر بین الملل، این بحث عموماً ذیل عنوان «حق بر محیط زیست» سالم نیز بحث شده است که مهمترین مصادیق این حق شامل حق بر جبران خسارات زیست محیطی، حق بر آب سالم، حق بر هوای پاک، حق بهره مندی از محیط آرام، حق منظر، مشارکت در تصمیم گیری‌های زیست محیطی، دسترسی به عدالت در محیط زیست، دسترسی به اطلاعات زیست محیطی می شود. (مشهدی، ۱۳۹۲، ۲۶۷)

حقوق بشر زیست محیط در واقع مجموعه‌ای از حقوقی است که انسان‌ها از آن جهت که در محیط زیست زندگی می نمایند برای رشد مناسب و سلامتی خویش باید از آن بهره مند باشند. به همین سبب در ادبیات حقوق بشر در قالب مجموعه «حقوق بشر زیست محیطی»<sup>۱</sup> قرار می گیرد. (Popovic, 1995, p487 & Hiskes, 2016, pp29-23) و مجموعه‌ای از حقوق نسل‌های اول و دوم را در کنار برخی از فاکتورهای سایر حقوق بشری با خود دارد.

## ۴٫۲ تحول حقوق بشر در ارتباط با محیط زیست

حفاظت از محیط زیست و حمایت از حقوق بشر به عنوان دو چالش اساسی جهان ما به موازات یکدیگر با تقریباً دو دهه تفاوت تاریخی، تحولات موازی و مشابهی را پشت سر نهاده‌اند. منابع متعدد نظام بین المللی حقوق بشر در این دو زمینه گویای تحولات شگرفی است که تا به امروز حاصل شده است. نقطه عطف حقوق بشر در نظام بین المللی را باید به اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ و نقطه

<sup>۱</sup> Environmental Human Rights (EHR).

<sup>۲</sup> هر کس حق دارد از زندگی و آزادی و امنیت شخص خویش برخوردار باشد. (ماده ۳)

<sup>۳</sup> هر کس حق استراحت و استفاده از ایام فراغت دارد،

منجمله حق دارد ساعات کارش بطور معقول محدود باشد و از مرخصی نوبتی با دریافت حقوق استفاده کند. (ماده ۲۴)

و همچنین ماده ۱۷ اعلامیه بارسلون حقوق بشر بر محیط زیست سالم را به عنوان حق جمعی مردم شناسایی نموده است. (Plaidoyer: 2001, p277) اعلامیه اخیر بیان می‌دارد که بهره‌مندی از محیط زیست سالم و به لحاظ اکولوژیکی متعادل جزء حقوق جمعی مردم است.<sup>۳</sup> جمعی بودن حق بر محیط زیست در مقابل حقوق نسل اول که بر منافع فرد یا «حقوق فردی» تأکید می‌نماید، قرار می‌گیرد.

اعلامیه کنفرانس سازمان ملل متحد دربارهٔ انسان و محیط‌زیست<sup>۴</sup> (مشهور به اعلامیه استکهلم) نقطه عطف تمام مطالعات زیست محیطی در حوزه علوم انسانی است و معمولاً هر جا سخن از پیدایش و تحول حق بر محیط زیست می‌گردد، موضوع به مقدمه و اصل نخست این اعلامیه پیوند می‌خورد. آنچه در این اعلامیه مشهود است اینکه در این اعلامیه برای نخستین بار ارتباط میان حمایت از محیط زیست و حقوق بشر اعلام گردید.

ماده نخست این اعلامیه بیان می‌دارد که «انسان از حقوقی بنیادین<sup>۵</sup> نسبت به آزادی<sup>۶</sup>، مساوات<sup>۷</sup> و شرایط مناسب زندگی<sup>۸</sup> در محیطی که به او اجازه زندگی همراه با کرامت<sup>۹</sup> و رفاه<sup>۱۰</sup> را می‌دهد، داشته و مسئولیت حفظ و بهبود محیط‌زیست برای نسل حاضر و نسل‌های آینده را به عهده دارد.» علاوه بر این در مقدمه به نسبت میان حفظ محیط زیست و حق حیات توجه می‌نماید و سعی در ایجاد آشتی میان رویکردهای انسان محور و طبیعت محور دارد. این اعلامیه در اصل شانزدهم صحبت از نسبت میان حقوق اساسی بشر، جمعیت و تخریب محیط زیست نمود. (مشهدی، ۱۳۹۲، 68)

مطابق بخشی از مقدمه این سند «هر دو جنبه محیط‌زیست انسانی، طبیعی و مصنوعی، برای رفاه بشر و بهره‌وری کامل او از حقوق بنیادین بشری<sup>۱۱</sup>،

در اسناد منطقه‌ای حقوق بشر، علیرغم اینکه در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر اشاره صریحی به مسئله محیط زیست نگردید، ولی برخی از مواد این کنوانسیون به لحاظ رویه‌ای در زمینه پیوند دو حوزه حقوق بشر و محیط زیست حائز اهمیت هستند. (Winisdoerffer, 2013, pp 213-228) در ماده ۸ این کنوانسیون مسئله احترام به زندگی خصوصی مورد تأکید قرار گرفته است. در این راستا و به استناد همین ماده، دادگاه اروپایی حقوق بشر<sup>۱</sup> در قضیه «لوپز استرا»<sup>۲</sup> و در حکم مورخ نهم دسامبر ۱۹۹۴ به ارتباط بین آلودگی صوتی (ناشی از هواپیماها) و حقوق بشر در این راستا صحنه می‌گذارد. در این رأی بسیار مهم و جنجالی که تحوли مهم در این زمینه به شمار می‌رود، دادگاه ضمن تأکید بر حق احترام به زندگی خصوصی بر حق بر محیط زیست سالم نیز تأکید نموده است. (Sudre, 2005, 202, Gorman, 2103, p 583).

پس از پایان جنگ جهانی دوم، شاهد آن هستیم که حق‌های بشری در مجموعه «نظام حقوق بشر» در قالب نسل‌های مختلف حقوق بشر مطرح می‌گردند. حق بر محیط زیست نیز در زمره نسل سوم حقوق بشر جای گرفت، بدون اینکه فارغ از دغدغه‌های دو نسل پیشین باشد. هر چند در این میان بسیاری از حقوق‌دانان وفادار به قرائت حداقلی و فرد گرا با نسل‌بندی حقوق بشر همدلی نداشته‌اند و حتی آن‌را خطرناک نیز دانسته‌اند (ر.ک: راسخ، ۱۳۸۱، پی‌مارتین، ۱۳۸۷، والدرون، ۱۳۷۹، قاری سید فاطمی، ۱۳۸۸، ۲۳ و ۵۱).

در کلیه متون، حق انسان بر زندگی محیط زیست سالم در قالب نسل سوم حقوق معرفی گردید. (Priour: 2003, p334) برخی از اسناد بین‌المللی از جمله ماده ۲۴ منشور آفریقایی حقوق بشر

<sup>5</sup> Droit fondamental

<sup>6</sup> Liberté

<sup>7</sup> Égalité

<sup>8</sup> Conditions de vie satisfaisantes

<sup>9</sup> Bien-être

<sup>10</sup> Dignité

<sup>11</sup> Pleine jouissance des droits fondamentaux

<sup>1</sup> Cour européenne des droits de l'Homme

<sup>2</sup> Arrêt du Lopez Ostra (9décembre 1994).

<sup>3</sup> Art.17. de la Déclaration universelle des droits collectifs des peuples adoptée, à Barcelone, le 27 mai 1990.

<sup>4</sup> Déclaration de Stockholm sur l'environnement humain adoptée par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain ( Stockholm, Suède-16 juin 1997).





در سطح اسناد منطقه‌ای بعد از استکهلم، منشور آفریقایی حقوق بشر و مردم مصوب ۲۶ ژوئن ۱۹۸۱ در الجزیره<sup>۲</sup> در ماده ۲۴ خود مقرر داشت که «همه مردم حق برخورداری از محیط زیست رضایت-بخش و متناسب با توسعه شان<sup>۳</sup> را دارند». مقررات مشابهی در پروتکل الحاقی به کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر در حوزه حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در ۱۷ نوامبر ۱۹۸۸ در سان سالوادور به تصویب رسید.<sup>۴</sup> (نگاه کنید به ماده ۱۱ این پروتکل)

مفاهیمی چون «آزادی»<sup>۵</sup>، «برابری»<sup>۶</sup> «شرایط مناسب زندگی»<sup>۷</sup> «کرامت»<sup>۸</sup> و «رفاه انسانی»<sup>۹</sup> در مقدمه و اصل نخست اعلامیه، شاهدهی بر این مدعا است. اعلامیه استکهلم در ۱۹۷۲ نقطه عطفی در پیدایش و تحکیم این حق در نظام بین المللی حقوق بشر به شمار می‌رود.

منشور جهانی طبیعت<sup>۱۰</sup> به موجب قطعنامه ۳۷/۷ در ۲۸ کتبر ۱۹۸۲ مورد تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد قرار گرفت.<sup>۱۱</sup> این منشور تأکید دارد که اعمال انسان‌ها که بر طبیعت تأثیر می‌گذارد، باید بر اساس اصول این منشور اعمال گردد. (Morand-Deville, 2105, 34-68) هر چند در منشور جهانی طبیعت اشاره‌ای به حق بر محیط زیست نشده است، ولی تصویب این منشور در توجه دولت‌ها به جنبه‌های غیر انسان محور حفاظت از محیط زیست اهمیتی اساسی دارد.

منشور آفریقایی حقوق بشر مصوب ۲۶ ژوئن ۱۹۸۱ در الجزیره مقرر می‌دارد: «همه مردم حق برخورداری از محیط زیست رضایت‌بخش و متناسب با توسعه شان را دارند.» (ماده ۲۴) این ماده در واقع حق بر محیط زیست را به مثابه يك حقوق بشر

حتی حق حیات<sup>۱</sup> ضروری است.» الکساندر کیس در تحلیل مواد اعلامیه استکهلم می‌گوید که اصل نخست اعلامیه استکهلم صرفاً به بیان «حق بنیادین بشر به آزادی، برابری و شرایط مناسب زندگی در محیط زیست» پرداخته است و این طریق بیان در حقیقت نخستین گام به سمت تعریف مفهومی شد که بعداً از آن تحت عنوان «حق بر محیط زیست» یاد گردید. (Kiss: 2004, p32) کسانی مانند مارک پالمرتز محقق حوزه حقوق بشر و محیط زیست بر این نکته پای فشرده‌اند که اعلامیه استکهلم صراحتاً حق بر محیط زیست سالم را مورد شناسایی قرار نداده، بلکه آنچه که در این اعلامیه بیشتر نمود یافت، شناسایی ارتباط میان بهره‌مندی از محیط زیست سالم با آزادی و حق حیات بود. (Pallemaerts et al, 2002, p9)

تأثیر مستقیم اعلامیه استکهلم را باید در آندسته از قوانین اساسی یافت که بعد از اعلامیه تصویب گردیده یا دستخوش اصلاح شدند. تقریباً همه قوانین اساسی بعد از اعلامیه استکهلم حق بر محیط زیست را به عنوان یک حق اساسی در قوانین اساسی خود اعلام نمودند. در این میان اصل مشهور نخست اعلامیه استکهلم منبع الهام بسیاری از قوانین اساسی ملی گردید که در آن حق بر محیط زیست به عنوان حقی بنیادین در حقوق داخلی شناخته شد. (Commission des droits de l'homme: 1994, E/CN.4/Sub.2/1994/9, annexe III)

اثر دیگر اعلامیه در حقوق ملی شکل‌گیری ارگان‌های اداری خاص در این زمینه و توجه دولت‌ها به تصویب قوانین و مقررات حفاظت از محیط زیست بود.

<sup>5</sup> Liberté

<sup>6</sup> Égalité

<sup>7</sup> Conditions de vie satisfaisantes

<sup>8</sup> Bien-être

<sup>9</sup> Dignité

<sup>10</sup> Charte mondiale de la nature

<sup>11</sup> Assemblée générale des Nations Unies le 28 octobre 1982 (Résolution 37/7)

<sup>1</sup> Droit à la vie

<sup>2</sup> Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée à Alger le 26 juin 1981

<sup>3</sup> Droit à un environnement satisfaisant qui favorise leur développement

<sup>4</sup> Protocole additionnel à la Convention américaine des droits de l'homme, adopté à San Salvador le 17 novembre 1988.

با طبیعت اشاره و به جنبه‌های حقوق بشری حمایت از محیط زیست پرداخته است. در سطح اروپا حق بر محیط زیست سالم هرچند در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به علت تقدم تاریخی مورد اشاره قرار نگرفته بود ولی به‌طور ضمنی در مقررات اجرایی اسناد حقوقی بین‌المللی و توسط کنوانسیون آرهوس که در سال ۱۹۹۸ امضاء گردید به مثابه یک تعهد بین‌المللی برای دول عضو نمایان گردید. (Pallemarts, 2002, p3) همچنین رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر با الهام از برخی از مواد اعلامیه حقوق بشر بویژه حق بر زندگی خصوصی بعد از دهه هفتاد حکایت از شناسایی و تحکیم حق بر محیط زیست نیز می‌نمود. (ر.ک: مهربان، ۱۳۹۱).

کنوانسیون آرهوس<sup>۲</sup> معروفترین سند بین‌المللی الزام آور است که گام مهمی در شناسایی حق‌های رویه‌ای زیست محیطی برداشته و تعهداتی را نیز برای دولت‌ها شمرده است. (پالمرتز، ۱۳۸۸، ۳۳۲) مقدمه کنوانسیون آرهوس صراحتاً اصل نخست اعلامیه استکهلم و قطعنامه ۴۵/۹۴ مجمع عمومی سازمان ملل متحد را یادآوری می‌کند. این کنوانسیون با تعبیر دیگری از مقدمه کنفرانس استکهلم «...باشناسایی اینکه حمایت از محیط زیست برای رفاه و برخورداری از حقوق اساسی بنیادین از جمله حق بر حیات ضروری می‌باشد...» پیوندی مفهومی میان حقوق محیط زیست ماهوی و رویه‌ای برقرار می‌نماید. (Peters, 2105, SSRN 2661973)

گفتمان حقوق بشر و محیط زیست کم‌کم در سطح ملی و در قوانین اساسی و داخلی نمود یافت. (مشهدی، ۱۳۹۲، ۵۵۹) به همین سبب می‌توان گفت سبز نمودن حقوق بشر پیش از آنکه ناشی از حقوق ملی و تحول هنجارهای داخلی باشد، تحول و تحکیم آن، متأثر از منابع فراملی آن است. (Das, 2016, 227)

فردی مورد شناسایی قرار نمی‌دهد، بلکه آنرا به‌عنوان حقی جمعی که به مردم اعطاء گردیده است می‌شناسد. (Kihangi Bindu, 2103, p1) برخلاف منشور آفریقایی حقوق بشر، در حوزه آمریکای لاتین پروتکل سان سالوادور (مصوب ۱۷ نوامبر ۱۹۸۸) الحاقی به کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر صراحتاً حقوق فردی را مورد شناسایی قرار داده و در ماده ۱۱ مقرر نموده است: «هرکس حق زندگی در یک محیط زیست سالم و حق دسترسی به خدمات عمومی اساسی را دارد.»

از لحاظ مفهومی این مواد به‌طور ضمنی رابطه‌ای میان «حق بر حداقلی از کیفیت محیط زیست» و دسترسی به خدمات عمومی پایه را برقرار نموده است. (پالمرتز، ۱۳۸۸، ۳۴۰) در سطح ملی نیز بسیاری از کشورهای قاره آمریکا حق دسترسی به محیط زیست سالم را مورد شناسایی قرار داده‌اند. (Aguilar, 1994, pp 215-222)، (مشهدی، ۱۳۹۸، ۲۲۲-۲۱۴)

در اعلامیه ریو ۱۹۹۲ تحت عنوان کنفرانس سازمان ملل متحد در خصوص محیط زیست و توسعه<sup>۱</sup> بر «پیوستگی و تجزیه ناپذیری توسعه اقتصادی و حفاظت محیط زیست در چارچوب اصل توسعه پایدار و غیر قابل قبول بودن انفکاک این دو به رسمیت شناخته شد». (حبیبی، ۱۳۸۳، ۱۳۳) موضوع ارتباط میان محیط زیست و حقوق بشر در خلال بحث‌های مقدماتی این کنفرانس مطرح گردید. در کمیسیون برون‌تلند نیز پیشنهاد گردید تا ضمن یک اصل به صراحت حق انسان بر بهره‌مندی از محیط زیست سالم مورد شناسایی قرار گیرد. (Vinales, 2014 & Nanda, 2014, pp 30-31)

اصل اول با این بیان که انسان‌ها حق بهره‌مندی از سلامتی و زندگی مناسب و در انطباق با طبیعت را دارند و در مقایسه با ماده ۱ اعلامیه استکهلم به صورت مبهمی به حق بهره‌مندی از زندگی در انطباق

<sup>2</sup> Convention 1998 d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement

<sup>1</sup> United Nations Conference on Environment and Development (UNCED).



از محیط زیست مطلوب» جزء ویژگی‌های جامعه ایرانی در افق این چشم انداز بیان گردیده است.

### ۴٫۳ ابعاد و مولفه‌های حقوق بشر

#### زیست محیطی

نگاه حقوق بشری به محیط زیست یا نگاه زیست محیطی به حقوق بشر زمینه شکل‌گیری برخی حق‌های جدید بشری را مطرح نمود که ما آنها را حقوق بشر زیست محیطی در جریان سبز شدن حقوق بشر نام نهاده‌ایم. برخی برآند «که شماری از حق‌ها در محیط زیست پذیرفته شده‌اند که به طور غیر مستقل وجود دارند و همراه با سایر حقوق مقرر در معاهدات موجود نظیر حق حیات، بهداشت یا مالکیت می‌باشند.» (حیبی، ۱۳۸۲، ۱۳۳) برخی نیز گفته‌اند که مفهوم «حقوق بشر زیست محیطی»، ناظر به آن‌دسته از حقوق بشری است که به مسئله حمایت از محیط زیست پیوند می‌خورد. (Kiss, 1997, 85) بر این اساس «حق برخورداری از محیط زیست سالم را در چندین حق بشری شناخته شده دیگر نیز می‌توان پیدا کرد. برای نمونه، حق سلامتی که در دراز مدت سلامتی انسان را به محیط زیست پیوند می‌زند را در برمی‌گیرد. در حقیقت در این برداشت حق‌هایی نظیر حق بر حیات، حق بر آب سالم، حق برمسکن مناسب، حق بر بهداشت، حق بر اطلاعات، حق بر سلامتی و نظایر آن می‌توانند از مولفه‌های این حق باشند که همگی آنجا که به یک مسئله‌ی زیست محیطی پیوند می‌خورند. این دسته از تعاریف به دنبال باز تعریف مجموعه حقوق بشر و حقوق شهروندی در پرتو ملاحظات زیست محیطی هستند. این امر ویژگی «وابستگی متقابل»<sup>۱</sup> به این حق‌ها با سایر حقوق بشر را اعطاء می‌نماید. این حقوق امروزه طیف وسیعی از حق‌های مرتبط با محیط زیست را شامل می‌شود که در ادامه به برخی از مهمترین مولفه‌های آن اشاره می‌نماییم.

الف- حق دسترسی به آب سالم: حق دسترسی به آب سالم امروزه در اسناد بین المللی، برخی

کشورهای مختلف در سطح ملی با اصلاح، یا تصویب قوانین اساسی جدید حقوق بشر زیست محیطی را به گونه‌ای صریح یا ضمنی مورد شناسایی قرار دادند. (مشهدی، ۱۳۹۸، ۸۵-۲۲۴) در سطح داخلی تقریباً تعداد بالغ بر ۱۱۰ کشور، برخی از موازینی را در قوانین اساسی خود گنجانده‌اند که دولت‌ها را متعهد به تضمین محیط زیست سالم برای شهروندان می‌نماید.

در حقوق ایران، مشخصاً با تصویب اصل ۵۰ قانون اساسی بود که موضوع برخورداری از محیط زیست سالم با اجماع اعضای خبرگان قانون اساسی و بدون مخالفت تصویب گردید. به موجب اصل پنجاهم قانون اساسی: «در جمهوری اسلامی، حفاظت محیط زیست که نسل امروز و نسل‌های بعد باید در آن حیات رو به رشدی داشته باشند، وظیفه عمومی تلقی می‌گردد. از این رو فعالیت‌های اقتصادی و غیر آن که با آلودگی محیط زیست یا تخریب غیر قابل جبران آن ملازمه پیدا کند ممنوع است.» با توجه به ضرورت حفظ محیط زیست و الزامات ناشی از اجرای آن اصل می‌توان نقش تضمینی در اجرای سیاست‌های کلی محیط زیست باشد. نهادهای اداری، قضایی و سیاسی می‌توانند با تمسک به این اصل و تفسیر آن به تضمین بهره‌مندی شهروندان از محیط زیست سالم مبادرت ورزند. (رضائی قوام آبادی، ۱۳۹۲، ۹۳-۱۴۰)

باید اشاره نمود که در حقوق ایران حجم قوانین و مقررات مربوط به تضمین و اجرای حقوق بشر زیست محیطی، نیز افزایش قابل توجهی یافته و ابعاد گوناگونی را در حوزه‌های محیط زیست طبیعی و انسانی به خود گرفته است. البته بدون آنکه مستقیماً به حقوق محیط زیستی شهروندان اشاره کنند؛ تصویب سیاست‌های کلی محیط زیست مصوب ۱۳۹۴ و قانون هوای پاک مصوب ۱۳۹۶ از مهمترین این متون قانونی هستند. در سند چشم انداز جمهوری اسلامی ایران در افق ۱۴۰۴ هجری شمسی، مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام «بهره‌مندی

<sup>1</sup> Interdépendance

است. امروزه با ازدیاد انواع مختلف منابع صوتی آسیب زا در شهرها صحبت از آلودگی بسیار خطرناک و پنهانی می شود که آسیب جدی را بر سلامتی انسان‌ها در محیط شهری نهاده است. به-خصوص این حق نسبت به اشخاص آسیب پذیر نظیر کودکان و سالمندان و فضاهایی نظیر بیمارستان‌ها، کتابخانه‌ها و اماکن مسکونی اهمیت دارد. نقطه مقابل «آلودگی صوتی» نیاز به زندگی در يك محیط «آرام» و «ساکت» است که این مفهوم در ارتباط با یکسری مفاهیم دیگر نظیر «حق آسایش»<sup>۳</sup>، «احترام به زندگی خصوصی»<sup>۴</sup> «حق بر سلامتی»<sup>۵</sup> و تمتع از بهترین حالت سلامتی جسمی<sup>۶</sup> و روحی است که در اسناد حقوق بشری بین المللی و قوانین اساسی بر آنها تأکید شده است. (مشهدی، ۱۳۸۶، ۵۱).

د-حق دسترسی به اطلاعات زیست محیطی:  
افزایش حوادث زیست محیطی در کشورها و آثار زیانبار برخی تغییرات طبیعی و انسان ساخت در محیط زیست، باعث گردید تا مردم حق داشته باشند از تغییرات زیست محیطی اطراف خود اطلاع پیدا نمایند. معمولاً دولت‌ها نیز با توجه به ماهیت اطلاعات به موجب مقررات مکلف به ارائه اطلاعات هستند. این امر در واقع در راستای تصمیم و اقدام به موقع مردم در مشکلات زیست محیطی است. این حق ناشی از این امر است که «در واقع هر فردی باید جدا از دولت مراقب حفاظت از محیط زیست باشد.» (ویژه، ۱۳۸۵، ۷۹) مبنای توجیهی شناسایی این حق برای شهروندان این امر مهم است که قرار دادن یا دست یابی شهروندان به اطلاعات در خصوص وضعیت محیط زیست، عوامل تخریب و خطرات احتمالی می‌تواند منجر به پیشگیری از مخاطرات و کاستن از عواقب حوادث آلودگی باشد.

ه-حق مشارکت در تصمیم گیری‌های زیست محیطی: در برخی از اسناد بین المللی از جمله ماده

معاهدات حقوق بشر منطقه‌ای و نیز قوانین داخلی به عنوان یکی از مولفه‌های مهم حقوق بشر زیست محیطی مورد شناسایی قرار گرفته است. (رشیدی، ۱۳۹۸، ۱۴۷-۱۵۵) در حقوق ایران قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب ۱۳۴۷ در ماده یک آب را به عنوان «ثروت ملی» و متعلق به عموم تلقی نموده است که به نوبه خود زمینه حقوقی حمایت و حفاظت حقوقی از آن را فراهم می نماید. در این قانون در عین حال که حقابه و حقوق مکتسبه اشخاص محترم شمرده شده «دولت» به عنوان نماینده منفعت عمومی مسئولیت حفظ و بهره برداری و اداره تأسیسات آبی را به عهده دارد. در اصل ۴۵ قانون اساسی نیز آبهای عمومی جزء انفال و ثروت‌های عمومی تلقی گردیده است که در اختیار حکومت اسلامی بوده و طبق مصالح عامه باید از آن بهره برداری گردد.

ب-حق بر هوای پاک: حق بهره مندی از هوای پاک<sup>۱</sup> نیز در برخی اسناد بین المللی و داخلی مورد شناسایی قرار گرفته است. در حقوق ایران نیز با تصویب قانون هوای پاک مصوب ۱۳۹۶ گامی در جهت حق بر هوای پاک برداشته شده است که براساس این حق، هر شهروندی حق دارد در هوایی پاک و سالم تنفس نماید. دولت‌ها نیز مکلف به اتخاذ تدابیری برای تضمین آن می‌باشند. در سطح اتحادیه اروپا، در نوامبر ۱۹۸۸ نیز نخستین کنفرانس اروپایی در مورد دودگرایی در مادرید تشکیل شد که طی آن سند پایه‌ای «اروپایی بدون توتون»<sup>۲</sup> به تصویب رسید. این سند بر این اصل استوار است که «هوای پاک و خالص و عاری از دود دخانیات یکی از عناصر اصلی حقوق اساسی هر فرد برای زندگی در محیط زیست سالم و عاری از آلودگی است.» (مشهدی، ۱۳۹۸، ۹۵)

ج-حق بر فضای آرام: این مولفه از حقوق بشر زیست محیطی بیشتر مرتبط با آلودگی صوتی

<sup>۵</sup> . Droit à la santé.

<sup>۶</sup> . Bien être physique.

<sup>۱</sup> Droit à l'air pur

<sup>۲</sup> Une Europe sans tabac.

<sup>۳</sup> Droit au repos

<sup>۴</sup> Le respect de la vie privée.



ابعاد و مولفه‌های متعددی است. این حقوق را می‌توان در ارتباط با آب، هوا، خاک، پسماندها و شکار و صید، جنگل و مرتع بحث نمود. حق بر آب سالم، حق بر هوای پاک، حق دسترسی به اطلاعات زیست محیطی، حق مشارکت در تصمیم‌گیری‌های زیست محیطی و نظایر آن از مهمترین مصادیق این حقوق هستند. به عنوان یک هوده مهم، باید گفت که امروزه ما به سختی می‌توانیم موضوعی زیست محیطی را تصور کنیم که ابعاد حقوق بشری نداشته باشد، همین‌طور است به سختی می‌توان موضوع حقوق بشری را یافت که نتوان از منظر مسائل محیط زیست به آن نگریست. امری که عدم توجه به آنها، اغلب منجر به وقوع وضعیت‌های دردناکی می‌شود. همانگونه که دیدیم سبز شدن حقوق بشر از اسناد بین‌المللی جهانی و منطقه‌ای آغاز و سپس وارد حقوق ملی و گفتمان حقوق شهروندی نیز شد. از منظر بین‌المللی نیز غالب موضوعات زیست محیطی پیوندی نزدیک با مسائل حقوق بشری داشتند.

به نظر می‌رسد در دنیای کنونی ما با وضعیتی مواجهیم که حقوق بشر اساساً بدون رعایت اصول حفاظت از محیط زیست به اجراء در نمی‌آید) وابستگی اجرای حقوق بشر به عوامل زیستی) و حقوق محیط زیست نیز برای اجرای مطلوب‌تر نیازمند رعایت و تحقق حقوق بشر است. (وابستگی حقوق محیط زیست به حقوق بشر) لذا در قرون اخیر گسترش روزافزون تباهی‌های زیست محیطی در گستره ملی، منطقه‌ای و جهانی و به دنبال آن مخاطراتی که کل اکوسیستم و حیات انسانی را در ابعاد مختلف جسمی، بهداشتی و روحی تهدید می‌نماید، بیش از پیش توجه به حقوق بشر زیست محیطی را برای جوامع سیاسی و دولت‌ها آشکار نموده است.

۱۰ اعلامیه ریو، بند ۱ ماده ۲۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر، ماده ۲۵ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، ماده ۱۳ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بر حق بر مشارکت اشاره شده است. مشارکت در تصمیم‌گیری‌های زیست محیطی می‌تواند به معنای مشارکت با دولت یا مشارکت شهروندان با خود و عناصر غیر دولتی باشد. (پیری و قاسمی، ۱۳۸۸، ۴) در برخی کشورها به دلیل آثاری که ممکن بود تصمیمات زیست محیطی بر سلامتی، ایمنی و منافع شهروندان و گروه‌های مختلف بگذارد نظام حقوقی به این سمت رفته است تا امکان مشارکت عموم و گروه‌های ذینفع را در اتخاذ تصمیمات زیست محیطی فراهم نماید. در نظام حقوقی ایران نیز برخی قوانین و مقررات به صورت غیر مستقیم تأمین‌کننده چنین امری هستند. از جمله اصل ۱۱۸ و بند ۸ اصل سوم قانون اساسی، مواد ۵۱ و تبصره ۴ ماده ۵۰ و ماده ۴۵ قانون تشکیلات و وظایف انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران مصوب ۱۳۷۵ و اصلاحات بعدی، مواد ۳۰ و ۶۵ قانون انتخابات ریاست جمهوری مصوب ۱۳۷۲. به نظر می‌رسد، پیش‌بینی و رعایت لوازم مشارکت عموم و ذینفعان در اتخاذ تصمیم‌های زیست محیطی و عمومی می‌تواند آثار مهمی در پیشگیری از برخی از دعاوی زیست محیطی و بالا بردن استانداردها و اطمینان اجرای پروژه‌های زیست محیطی داشته باشد.

## ۵ نتیجه‌گیری

در این مقاله کوشش شد، مفهوم «سبز نمودن حقوق بشر» در چارچوب تحولات حقوق بشر زیست محیطی همراه با برخی مولفه‌های آن توضیح و تبیین شود. به‌عنوان یک نتیجه‌گیری مهم باید گفت که امروزه حقوق بشر زیست محیطی دارای

## References

- Aguilar, Adrians Fabra.(1994),"Enforcing the Right to a Healthy Environment in Latin America." *Review of European Community & international environmental law* 3.4, 215-222.
- Borràs, Susana.(2020), "Rights of Nature to Protect Human Rights in Times of Environmental Crisis." In *Environmental and Agricultural Informatics: Concepts, Methodologies, Tools, and Applications*, pp. 38-65. IGI Global.
- Chair of Human Rights, Shahid Beheshti University, (2009), *Human Environmental Rights*, Vol. 1, Justice Publications. (In Persian).
- Commissiondes droits de l'homme des Nations Unies, (1994), *Droits de l'homme et environnement*, document E/CN.4/Sub.2/1994/9, annexe III.
- Das, Bikram Kumar. (2016), "Right To Environment–A Critical Appraisal." *Asian Journal of Multidisciplinary Studies* 4, no. 1.
- Gorman, Roderic. (2013), "The Case for Enshrining a Right to Environment within EU Law." *European Public Law* 19, no. 3, 2013: 583-604.
- Habii Mohammad Hassan, (2004), "The right to enjoy a healthy environment as a right of humanity", *Journal of the Faculty of Law and Political Sciences of Tehran University*, No. 60. (In Persian).
- Hajar Lieb, Linda, (2012), *Human Rights and Environment*, translated by Reza Amini, Tehran, Samt Publications. (In Persian).
- Hiskes, Richard P.(2016), "Introduction: The intergenerational promise of environmental human rights." *Journal of Human Rights* 15, no. 2.
- Iftikhar Jahormi, Godrez, (2008), "Human rights, environment and sustainable development", *Shahid Beheshti University Faculty of Law Legal Research Journal*, No. 50. (In Persian).
- Keshavarz, Ismail, (1387), *Philosophical foundations of the right to a healthy environment*, master's thesis in environmental law, Shahid Beheshti University. (In Persian).
- Kihangi Bindu, Kennedy. (2013) "La justiciabilité du droit à l'environnement consacré par la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples de 1981 en République Démocratique du Congo." *Revista Catalana de Dret Ambiental* 4.1.
- Kiss, Alexandre, Dinah Shelton, (1997), *Manual of European environmental law*, Cambridge University Press.
- Kiss, Alexandre, et Jean-Pierre Beurier,(2004), *Droit International de l'environnement*, Pedone, Paris.
- Martin P., Golding, (1378), "The Concept of Right (1): A Historical Income", Translator: Mohammad Rasakh, *Journal of Legal Research*, No. 25-26. (In Persian).
- Mashhadi, Ali, (2006), "Investigation and identification of legal aspects of noise pollution; From domestic rules to international efforts", *Environmental Sciences*, No. 1. (In Persian).



- Mashhadi, Ali, (2012), *The Right to a Healthy Environment*, Mizan Publications, Vol. (In Persian).
- Mashhadi, Ali, (2014), "Essential establishment of the right to the environment in Iranian and French laws", *Journal of Comparative Law*, No. 2, Autumn and Winter. (In Persian).
- Mashhadi, Ali, (2016), *Human Rights and Environment*, Tehran, Khorsandi Publications. (In Persian).
- Mashhadi, Ali, (2018), *Fundamental Rights of the Environment*, Tehran, Shahradsanesh Legal Research Publications. (In Persian).
- Mehraban, Solmaz, (2013), *human rights approach to the environment; examination of the procedure of the European Court of Human Rights*, master's thesis in international law, under the guidance of Dr. Seyed Mohammad Qari Seyed Fatemi, Faculty of Law, Qom University. (In Persian).
- Morand-Deviller, J. (2015). *Le droit de la protection de la nature. Que sais-je?*, 11, 34-68.
- Mousavi, Seyyed Fazlullah, (2006), *the course of evolution of the sources of international environmental law*, Mizan Publications, Vol. (In Persian).
- Nanda, V., & Pring, G. R. (2012). *International environmental law and policy for the 21st century*. Martinus Nijhoff Publishers.
- Pallemaerts, Marc et Maguelonne Déjeant-Pons, (2002), *Droits de l'homme et environnement : Recueil d'instruments et autres textes internationaux concernant les droits individuels et collectifs en matière d'environnement dans le cadre international et européen*, Conseil de l'Europe.
- Palmertz, Mark, (2008), "Regulating environmental rights; Review of the Aarhus Convention, translated by Ali Mashhadi, Davar Legal Journal, Faculty of Law, Shahid Beheshti University. (In Persian).
- Parsa, Ali Reza, (1377), "Environment and Human Rights", *Journal of Political-Economic Information*, December and December 1377, No. 135-136. (In Persian).
- Peters, B. (2015). *Discovering the Diversity of Procedural Environmental Human Rights: The European Convention on Human Rights and the Aarhus Convention*. Available at SSRN 2661973.
- Piri, Maryam and Ghasemi, Nasser, (2008), "Judicial-Judicial Review of How and the Role of Citizenship Rights in the Environment", *Environmental Science and Technology*, 11th Volume, Volume 3. (In Persian).
- Plaidoyer, Y. Hamuli Kabumba, (2001), «Pour l'effectivité du droit à un environnement sain en Afrique», *Revue de droit africain*, vol. 5.
- Popovic, Neil AF. (1995), "In Pursuit of Environmental Human Rights: Commentary on the Draft Declaration of Principles on Human Rights and the Environment." *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 27.
- Prieur, Michel, (2001), *Droit de l'environnement*, 4<sup>e</sup> edition, Paris, Dalloz.



- Qari Seyed Fatemi, Seyed Mohammad, (2008), Human Rights in the Contemporary World, Book 1, Chapter 2, Shahr Danesh Publications. (In Persian).
- Ramezani Qawamabadi, Mohammad Hossein, "Protection of the environment in the fundamental rights of the Islamic Republic of Iran", Judicial Law Perspectives Quarterly. No. 18 (63), 1392. (In Persian).
- Rasakh, Mohammad, (1381), Haq and Expediency, Essays in the Philosophy of Law, Philosophy of Right and Philosophy of Value, New Design, Ch 1, Tehran. (In Persian).
- Rashidi, Mahnaz, (2018), Water Security in International Law, Thesis of Doctoral Course in Public International Law, Faculty of Law, Qom University. (In Persian).
- Saed, Nader, (1383), "An attitude towards the environment with moral and legal rights", in the collection of articles of the first conference on environmental rights in Iran, Barg Zeitoun Publications, Vol. (In Persian).
- Special, Mohammad Reza, (2006), "The right to access to environmental information: a review of European human rights", Environmental Journal, Vol. 40. (In Persian).
- Sudre, Frédéric, et al (2005), *Les grandes arrêts de la cour européenne des droits de l'Homme*, Paris, PUF.
- Trinidad, Antonio Augusto Cachado, (2012), "Human Rights and the Environment", in Janos Simondis, Human Rights: New Dimensions and Challenges, translated by Dr. Mohammad Ali Shirkhani, Plan to Strengthen Human Rights Education and Research Capacities, published Tendency, Ch first. (In Persian).
- Vinuales, J. E. (2014). *The Rio declaration on environment and development: a commentary*. Oxford University Press, USA.
- Waldron, Jeremy, (1379) "Philosophy of Right", translated by Dr. Mohammad Rasakh, Nameh Mofid, No. 21. (In Persian).
- Winisdoerffer, Yves. (2013), "La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et l'environnement." *Revue juridique de l'environnement* 28.2.; 213-228.



Original Article

# A Comparative Study of Proper Administration of the Non-governmental Organization in the Laws of Iran, Armenia, and Canada

Ruhollah Moazeni<sup>\*1</sup>, Omleila Faghieh Abdollahi<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, Mohaghegh Ardabili University, Ardabil, Iran

<sup>2</sup> Ph.D. student in public law, Qom University, Qom, Iran.



[20.1001.1.24237566.1402.7.2.10.6](https://doi.org/10.22080/lps.2022.24352.1406)



[10.22080/lps.2022.24352.1406](https://doi.org/10.22080/lps.2022.24352.1406)

**Received:**

October 13, 2022

**Accepted:**

January 30, 2023

**Available online:**

August 18, 2023

**Keywords:**

Non-governmental Organization, Proper Administration, Responsibility, Standardization, Comparative Law.

## Abstract

Non-governmental organizations (NGOs), with their professional and non-political nature, play a fundamental role in promoting sustainable development and supporting the legal demands of citizens. These organizations have been praised for supplying innovative and people-oriented approaches to providing services, support, and empowerment; but in Iranian society, these organizations are in a state of disarray in such a way that they face many challenges in the way of establishment, supervision, financing, and liquidation, which will lead to the weakening of the public sphere. Getting rid of the existing reality and moving towards the desired situation requires the application of standards that can bring positive consequences for non-governmental organizations. The current research aims to investigate the components of enhancement concerning non-governmental organizations in the laws and regulations of three countries of Iran, Armenia, and Canada. In terms of its descriptive purpose and research method, the current research will be in the form of collecting information through library study and collecting awards and valid legal documents, as well as reviewing and analyzing the content of these documents. The findings of the research show that Armenia has adopted comprehensive laws and regulations to support the activities of non-governmental organizations and has prepared official structures and committees to attend and consult with civil organizations. In addition, by using physical and virtual tools and official processes, it has provided capacities for the participation of NGOs. In Canada, there is no independent law regarding non-profit organizations and these organizations operate according to the "Non-profit Organizations and Corporations Act". Iran continues to suffer from the lack of a comprehensive law for the activities of non-governmental organizations and there are no strong specific structures to attract the participation of these organizations.

\*Corresponding Author: Ruhollah Moazeni

Address: Assistant Professor, Department of Law,  
Faculty of Humanities, Mohaghegh Ardabili  
University, Ardabil, Iran

Email: [moazeni@uma.ac.ir](mailto:moazeni@uma.ac.ir)



## Extended abstract

### 1. Introduction

The term NGO stands for "Non-Governmental Organization", which is considered one of the effective strategies for using people's capacity and capabilities in all dimensions. Supporting the presence of these organizations in the domestic and international systems indicates the transition from mere governance to good governance. One of the important components of good governance is participation, which can be achieved by establishing non-governmental organizations. Due to the independent, non-profit, voluntary, and non-political nature of the activities, non-governmental organizations have a wide ability to attract citizens' participation.

The formation of non-governmental organizations in Iran aims to realize sustainable development and support citizens' legal demands. Achieving these goals requires prerequisites, the most important of which is organizing and maintaining the independence of these institutions. The way of establishment, supervision, and liquidation of these organizations and the level of government involvement in each of these stages can affect the state of enhancement of these organizations. Therefore, this research is conducted to identify and compare the effective factors on the organization of non-governmental organizations in the laws and regulations of the three countries of Iran, Armenia, and Canada.

### 2. Research method

This research follows a descriptive-analytical approach. The data collection was done through library tools.

### 3. Findings

The comparative study of non-governmental organizations in the three countries of Iran, Armenia, and Canada shows that despite being small and new, Armenia has performed well in the field of non-governmental organizations and has fully supported these organizations regarding the laws and regulations. However, the most important legal challenge of non-governmental organizations in Iran is the lack of formulation and approval of relevant protective law.

Although the role of non-governmental organizations in relation to development, security, and democracy is highlighted in a two-way interaction, these organizations face challenges in their structure as well as public acceptance by the government. It seems that the situation of non-governmental organizations in Iran is not suitable due to the non-recognition of these institutions by the government and the lack of use of experts and experienced people.

In other words, there are strict regulations in the legal system of Iran in comparison to the legal systems of Armenia and Canada in the field of establishing and operating these organizations. In particular, prior supervision at the time of establishment and subsequent supervision after establishment and during operation are prominent issues. Therefore, Iran's legal system needs a comprehensive law regarding the formation of these organizations.

### 4. Conclusion

Non-governmental organizations are one of the most important institutions of civil

society that are born in response to social needs. They are not directly considered a part of the government structure but play a crucial role as the missing link between people and the ruling powers. These associations, with their professional and non-political coordinates and proper organization, can become flexible and lasting institutions.

By examining the multiple components related to the enhancement of non-governmental organizations in the laws and regulations of the three countries of Iran, Armenia, and Canada, it was concluded that the two countries of Iran and Armenia have established regulations for these organizations, but Canada does not have an independent law regarding these organizations and uses the "law of companies and non-profit organizations" to organize these institutions. The Armenian legislature has adopted comprehensive laws and regulations to support the activities of non-governmental organizations and provided structures and embedded mechanisms to use their capacity. At the same time, much attention has been paid to the enhancement components of non-governmental organizations and steps

have been taken to facilitate their establishment and activities. However, Iran still suffers from the lack of a comprehensive law on the activities of non-governmental organizations and weaknesses can also be seen in the regulations of non-governmental organizations (2015). Nevertheless, there are a few steps left until the final approval of this law, which can help facilitate the establishment and operation of these organizations by adapting the reinforcement of the specified framework and experiences of other legal systems and localizing them.

### **Funding**

There is no funding support.

### **Conflict of Interest**

The authors declared no conflict of interest.

### **Acknowledgments**

The authors appreciate all the scientific consultants in this paper.

علمی پژوهشی

# مطالعه تطبیقی به سامانی سازمان‌های مردم نهاد در حقوق ایران، ارمنستان و کانادا

روح الله موذنی<sup>\*۱</sup>، ام لیلی فقیه عبدالهی<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه محقق اردبیلی، اردبیل، ایران.  
<sup>۲</sup> دانشجوی دکتری، حقوق عمومی، دانشگاه قم، قم، ایران.



[20.1001.1.24237566.1402.7.2.10.6](https://doi.org/10.22080/lps.2022.24352.1406)



[10.22080/lps.2022.24352.1406](https://doi.org/10.22080/lps.2022.24352.1406)

## چکیده

سازمان‌های مردم‌نهاد با ماهیت حرفه‌ای و غیرسیاسی خود، نقشی اساسی در ترویج توسعه پایدار و حمایت از مطالبات قانونی شهروندان دارند و با ارائه رویکردهای نوآورانه و مردم‌محور برای ارائه خدمات، حمایت و توانمندسازی مورد تحسین قرار گرفتند اما این سازمان‌ها در جامعه ایران در وضعیت نابه‌سامانی قرار دارند به گونه‌ای که در شیوه‌تأسیس، نظارت، تأمین مالی و انحلال خود با چالش‌های بسیاری مواجه هستند که این خود، تضعیف حوزه عمومی را به دنبال خواهد داشت. رهایی از واقعیت موجود و حرکت به سمت وضع مطلوب مستلزم به کارگیری استانداردهایی است که می‌تواند پیامدهای مثبتی را برای سازمان‌های مردم‌نهاد به همراه داشته باشد. هدف از پژوهش حاضر بررسی مؤلفه‌های به سامانی در ارتباط با سازمان‌های مردم‌نهاد در قوانین و مقررات سه کشور ایران، ارمنستان و کانادا است. پژوهش حاضر به لحاظ هدف توصیفی و روش تحقیق آن، به صورت جمع‌آوری اطلاعات از طریق مطالعه کتابخانه‌ای و جمع‌آوری آراء و اسناد معتبر حقوقی و نیز بررسی و تحلیل محتوای این اسناد خواهد بود. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد ارمنستان قوانین و مقررات جامعی را برای حمایت از فعالیت سازمان‌های مردم‌نهاد تصویب کرده و ساختارها و کمیته‌های رسمی را برای حضور و مشورت با نهادهای مدنی تدارک دیده است. ضمن اینکه با بهره‌گیری از ابزارهای فیزیکی، مجازی و فرایندهای رسمی ظرفیت‌هایی برای مشارکت سازمان‌های مردم‌نهاد فراهم کرده است. در کشور کانادا قانون مستقلی در رابطه با سازمان‌های مردم‌نهاد وجود ندارد و این سازمان‌ها مطابق با "قانون سازمان‌ها و شرکت‌های غیرانتفاعی" فعالیت می‌کنند. ایران هم کماکان از عدم وجود یک قانون جامع برای فعالیت سازمان‌های مردم‌نهاد رنج برده و ساختارهای خاص مستحکمی برای جلب مشارکت این سازمان‌ها وجود ندارد.

تاریخ دریافت:

۲۱ مهر ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۱۰ بهمن ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱ مهر ۱۴۰۲

کلیدواژه‌ها:

سازمان مردم‌نهاد، به سامانی،  
استانداردسازی، مسوولیت،  
حقوق تطبیقی.

\* نویسنده مسئول: روح الله موذنی

آدرس: استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه  
ایمیل: [moazeni@uma.ac.ir](mailto:moazeni@uma.ac.ir)

محقق اردبیلی، اردبیل، ایران.

## ۱ مقدمه

در دهه‌های اخیر سازمان‌های غیردولتی<sup>۱</sup> (مردم‌نهاد، سمن) به عنوان رکن سوم دموکراسی و نماینده جامعه مدنی از اهمیت ویژه‌ای برخوردار شده‌اند. عبارت "سازمان غیردولتی" با تأسیس سازمان ملل متحد در سال ۱۹۴۵ کاربرد پیدا کرد و برای اولین بار در ماده ۷۱ فصل ۱۰ منشور ملل متحد مطرح شد.<sup>۲</sup> بنا بر تعریف سازمان ملل متحد؛ هر نوع سازمانی که مستقل از کنترل دولت باشد، می‌تواند سازمان غیردولتی (NGO) نامیده شود، با این شرط که اهداف انتفاعی و فعالیت‌های سیاسی مخالف نداشته باشد.

بشر از دوران باستان همواره به دنبال ضوابط و معیارهایی بوده تا ملاکی برای سنجش کیفیت اقدامات و دستاوردهایش باشد و بدین طریق به طور صحیح، طی مسیر کند. سازمان‌های مردم‌نهاد نیز از این قاعده مستثنی نیستند؛ لذا توجه به شاخص‌های بین‌المللی و ملی حاکم بر این سازمان‌ها می‌تواند افزایش کارایی و اثربخشی آنها را در ارائه خدمات به گروه‌های هدف در پی داشته باشد. این موضوع فصل مشترک ارتباط سازمان‌های مردم‌نهاد با مقوله استانداردسازی است که ماحصل آن می‌تواند به سامانی<sup>۳</sup> وضعیت سازمان‌های مردم‌نهاد باشد.

امروزه، امکان بررسی آگهی تأسیس، تغییرات و یا آگهی عدم فعالیت یک سازمان مردم‌نهاد از طریق سایت روزنامه رسمی؛ امکان بازدید از سازمان؛ ارائه صورت‌های مالی حسابرسی و بازرسی شده به تأمین‌کنندگان مالی و همچنین معرفی روش‌های فعالیت توسط سازمان از جمله معیارهایی است که بر مبنای آن می‌توان به یک سازمان مردم‌نهاد اعتماد کرد و به حمایت از آن پرداخت. در این میان آنچه در جامعه بین‌المللی در شرایط حاضر در فعالیت سازمان‌های مردم‌نهاد مدنظر است، توجه به

استانداردهایی است که عملکرد یک سازمان را با سازمان‌های کلاس جهانی منطبق می‌سازد و تأثیر فعالیت آن را بر جهانی که در آن زندگی می‌کند، می‌سنجد که می‌توان ارزیابی بین‌المللی NGO Benchmarking را نمونه‌ای از این استانداردها دانست.

لذا به منظور بررسی عینی این شاخصه‌ها، پژوهش حاضر در صدد است به مقایسه‌ای تطبیقی بین قوانین حاکم بر سازمان‌های مردم‌نهاد سه کشور جمهوری اسلامی ایران، جمهوری ارمنستان و کانادا بپردازد. کشور ارمنستان بدین لحاظ انتخاب شد که با وجود قانون اساسی جدیدالتاسیس (۱۹۹۵)، نوع نظام سیاسی (جمهوری دموکراتیک) و مساحت و جمعیت اندک آن (حدود سه میلیون نفر) اما در بین کشورهای منطقه از اسناد و قوانین معتبر حقوقی در خصوص سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی برخوردار است که این حکایت از توجه این کشور به مقوله توسعه اجتماعی دارد. کانادا هم به عنوان نمونه ای از کشورهای توسعه یافته که عملکرد مطلوبی داشته و الگوی کشورهای دیگر قلمداد می‌شد، انتخاب گردید.

با تأکید به اینکه اخیراً در ایران پیش‌نویس "قانون تشکیل‌های اجتماعی" رونمایی شده است، لذا سعی می‌شود محتوای این پیش‌نویس با توجه به استانداردها در بوته نقد قرار گرفته و نقاط قوت و ضعف آن سنجیده شود. در بند ۱ این پژوهش نیز، به تحلیل استانداردهای مربوطه پرداخته و در ادامه بر مبنای مطالعه تطبیقی، عناصر مذکور در قوانین و مقررات سه کشور ارزیابی خواهد شد. این مقاله به طور خاص در پی پاسخگویی به چگونگی تأسیس، قلمرو فعالیت، تأمین مالی، نظارت و انحلال سازمان‌های مردم‌نهاد در سه نظام حقوقی فوق است.

در سال‌های اخیر پژوهش‌های زیادی در رابطه با سمن‌ها، نقش و کارکردهای آن‌ها در داخل و خارج

3. Proper administration

1. NGO (Non-Governmental Organization)

2. United Nations, 1945



نظام صحیح نمایندگی (عملکرد مناسب و همکاری مبتنی بر منافع)، نظام انتخاباتی صحیح، نظام صحیح نظارت و کنترل (مبتنی بر توزیع قدرت)، جامعه مدنی زنده و پویا (که کنترل‌کننده دولت و تجارت بخش خصوصی باشد)، رسانه‌های مستقل و آزاد و کنترل مؤثر شهروندی بر ارتش و سایر نیروهای نظامی معرفی می‌کند (قلی پور، ۱۳۸۴، ۱۱۲). به نظر می‌رسد شالوده و بنیان نظام نمایندگی، نظام انتخاباتی، جامعه مدنی پویا و هم‌صدایی را مشارکت مردم بر مبنای توسعه اجتماعی-سیاسی جامعه تشکیل می‌دهد. لذا می‌طلبد معیارهایی برای تقویت و تسهیل امر مشارکت مدنظر قرار گیرد.

## ۲٫۲ مؤلفه‌های به سامانی

ضوابط و معیارهایی در قالب استانداردها و الگوهای ملی، منطقه‌ای و بین‌المللی بایستی وجود داشته باشد تا سازمان‌های مردم‌نهاد بتوانند کیفیت خدمات خود را ارزیابی و تضمین کنند. به عنوان نمونه استانداردهایی در این خصوص، زیر نظر انجمن جهانی سازمان‌های غیردولتی (WANGO) توسعه یافت، توسط یک کمیته بین‌المللی که طیف وسیعی از جامعه غیردولتی را نمایندگی می‌کرد، تدوین شد و شامل نظرات رؤسای سازمان‌های غیردولتی از تمام مناطق جهان است. استانداردها و کدهای رفتاری و اخلاقی متعددی از سازمان‌ها و انجمن‌های غیردولتی در سراسر جهان در تدوین این آیین‌نامه مورد استفاده قرار گرفت که در واقع، حصری نیستند و موارد مندرج در متن پیش رو، با توجه به ارتباط بیشتری که با موضوع داشتند، انتخاب شدند یا توصیه نامه شورای اروپا منبع دیگری از این استانداردها است که بر چارچوب قانونی و مالی سازمان‌های غیردولتی تأکید دارد و به طور خاص به اهداف و فعالیت‌های سازمان‌های غیردولتی، شخصیت حقوقی، تعهدات و مسئولیت‌های آنها و همچنین موارد حمایت عمومی می‌پردازد.

### ۲٫۲٫۱ پاسخگویی و مسئولیت‌پذیری

یک سازمان مردم‌نهاد باید در قبال اقدامات و تصمیمات خود، نه تنها در برابر نهادهای تأمین مالی

کشور صورت گرفته است. رضانی قوام آبادی (۱۳۹۴) در مقاله‌ای تحت عنوان "مطالعه تطبیقی وضعیت حقوقی سازمان‌های مردم‌نهاد در ایران و فرانسه" به تبیین موضوع تأسیس و فعالیت سمن‌ها در دو نظام حقوقی ایران و فرانسه پرداخته و این‌گونه نتیجه می‌گیرد که در نظام حقوقی ایران در مقایسه با نظام حقوقی فرانسه، مقررات سخت‌گیرانه‌ای در زمینه تأسیس و فعالیت سمن‌ها وجود دارد و نظام حقوقی ایران نیازمند قانونی جامع درباره تأسیس این سازمان‌ها است.

لانگ (۲۰۱۲) در تحقیقی تحت عنوان "پاسخگویی سازمان‌های مردم‌نهاد، در جامعه مدنی و حوزه عمومی‌شان" به بررسی این موضوع می‌پردازد که سمن‌ها در کشورهای جهان سوم به طور فزاینده‌ای تبدیل به وسایل بالقوه‌ای در خدمت ایدئولوژی شده‌اند و نتیجه می‌گیرد که دیدگاه‌های مدرن رادیکال برای اصلاح پاسخگویی در توضیح مشکلات تجاری مفید هستند، اما برای بررسی نقاط قوت و محدودیت سمن‌ها و اصلاح در حوزه مدنی می‌توانند توسعه یابند. پژوهش حاضر به ارزیابی تطبیقی وضعیت حقوقی سازمان‌های مردم‌نهاد در سه نظام حقوقی ایران، ارمنستان و کانادا با نگاهی به پیش‌نویس قانون تشکلهای اجتماعی در ایران می‌پردازد که برای نخستین بار است که پیش‌نویس قانون تشکلهای اجتماعی در بوته نقد حقوق تطبیقی قرار گرفته است.

## ۲ مفهوم به سامانی و مؤلفه‌های آن

### ۲٫۱ بازخوانی مفهوم به سامانی

با وجود اینکه کمتر از سه دهه از شکل‌گیری مفهوم به سامانی می‌گذرد، اما در همین دوره زمانی کوتاه تعبیر متعددی در خصوص این مفهوم ارائه شده است؛

سازمان ملل متحد به سامانی را بر بنیادهای ذیل:

مشارکت‌پذیر بودن، تمرکز واحد، توانایی برگزاری کمپین، توانایی تأمین مالی و جذب سرمایه، دامنه جهانی و افراد توانمند (Mitchell, 2015, 52). گاهی اوقات سنجش اثربخشی مداخلات توسعه سازمان‌های مردم‌نهاد دشوار است، زیرا آنها معمولاً قادر به کنترل همه عوامل مؤثر بر نتیجه کار خود نیستند. درست است که سازمان‌های مردم‌نهاد نقش مهمی در جامعه دارند اما با چالش‌هایی روبرو هستند که بر عملکرد آنها تأثیر می‌گذارد؛ بنابراین، تعدادی از عوامل، پیامدهایی بر اثربخشی و کارایی این سازمان‌ها دارند. این عوامل عبارت‌اند از: پایداری بلندمدت؛ برنامه‌ریزی استراتژیک؛ حکمرانی؛ منابع مالی؛ مدیریت اجرایی؛ منابع انسانی؛ و مشارکت‌ها (Amagoh, 2015, 226).

#### ۲،۲،۴ ارزیابی مالی

سازمان‌های غیردولتی باید در تقاضا و دریافت کمک‌های مالی - کمک‌های نقدی یا غیرنقدی - نه تنها از سوی نهادهای دولتی در مناطق خود، بلکه از سوی اهداکنندگان نهادی یا فردی، ایالتی دیگر یا آژانس‌های چندجانبه، آزاد باشند و فقط مشمول قوانینی باشند که عموماً در مورد گمرکات، ارزهای خارجی و پولشویی و قوانین مربوط به تأمین مالی انتخابات و احزاب سیاسی اعمال می‌شود (Council of Europe, 2008, 13). یک سازمان غیردولتی باید در تمام معاملات خود با دولت، مردم، کمک‌کنندگان، شرکا، ذینفعان و سایر اشخاص ذینفع شفاف باشد، به جز در مورد مسائل پرسنلی و اطلاعات اختصاصی. اطلاعات اولیه مالی یک سازمان غیردولتی، ساختار مدیریتی، فعالیت‌ها و فهرست کارکنان و مشارکت‌ها باید باز و قابل دسترس برای نظارت عمومی باشد و سازمان مردم‌نهاد باید تلاش کند تا مردم را در مورد کار خود و منشأ و استفاده از منابع خود آگاه کند (Wango, 2002, 5).

#### ۲،۲،۵ نظارت

بهترین ابزار برای اطمینان از رفتار اخلاقی و مسئولانه توسط سازمان‌های مردم‌نهاد، ترویج خودتنظیمی در این بخش در سطح ملی و بین‌المللی

خود و دولت، بلکه در برابر افرادی که به آنها خدمت می‌کند، کارکنان و اعضای آن، سازمان‌های شریک و عموم مردم پاسخگو باشد (Wango, 2002, 8). علاوه بر آن، باید یک سیستم سازمان‌دهی شده برای پیگیری کمک‌های اعطایی ایجاد و گزارش‌هایی در مورد استفاده و مدیریت وجوه تهیه کند (Wango, 2002, 48). مدیران و کارکنان یک سازمان مردم‌نهاد دارای شخصیت حقوقی نباید شخصاً در قبال بدهی‌ها و تعهدات آن مسئول باشند. با این حال، آنها را می‌توان در برابر سازمان، اشخاص ثالث یا همه آنها به دلیل سوء رفتار حرفه‌ای یا بی‌توجهی به وظایف مسئول دانست (Council of Europe, 2008, 50).

#### ۲،۲،۲ شفافیت

یک سازمان غیردولتی باید نسبت به مأموریت، ساختارها، حکمرانی، سیاست‌گذاری‌ها، امور مالی، استراتژی‌ها و فعالیت‌های خود متعهد به صراحت، شفافیت و صداقت باشد. به طور فعال با ذینفعان - از جمله کسانی که قرار است از کار خود بهره‌مند شوند، اهداکنندگان، مردم و سایر اعضای جامعه غیردولتی - ارتباط برقرار کند و به طور فعال اطلاعات را در دسترس عموم قرار دهد، در حالی که به پیامدهای امنیتی و حریم خصوصی انجام این کار توجه دارد. اطلاعات باید دقیق، جامع و به روز باشد و در قالب‌های مناسب برای گروه‌های مختلف ذینفعان ارائه شود (Mcbride, 2021, 5).

#### ۲،۲،۳ اثربخشی عملکردی

وظایف سازمان‌های غیردولتی که فرآیندها و خروجی‌های سازمان‌های غیردولتی را تحت فشار قرار می‌دهند، این سازمان‌ها را مجبور می‌کند تا روش‌های بسیاری را که توسط بخش خصوصی برای افزایش کارایی و اثربخشی و با دستیابی به بیشترین خروجی از کمترین ورودی‌ها، در میان معیارهای هدفمند دیگر انتخاب شده است، اتخاذ کنند (Aboramadan, 2018, 383). ویژگی‌های سازمان‌های مردم‌نهاد مؤثر عبارت‌اند از: نمونه‌برداری از اصول یا استراتژی صحیح، رویکرد مردمی داشتن،



### ۳ چارچوب حقوقی سازمان مردم‌نهاد

با مطالعه قوانین سه نظام حقوقی ایران، ارمنستان و کانادا مشخص خواهد شد که هر یک از این کشورها چه جایگاهی را برای سازمان‌های مردم‌نهاد در نظر گرفته‌اند. این مطالعه در سه سطح مقررات فراتقنینی (قوانین اساسی)، تقنینی (مقررات عادی) و مقررات گذاری انجام می‌شود.

#### ۳،۱ حقوق ایران

برابر اصل ۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، "در جمهوری اسلامی ایران دعوت به خیر، امر به معروف و نهی از منکر وظیفه‌ای است همگانی و متقابل بر عهده مردم نسبت به یکدیگر، دولت نسبت به مردم و مردم نسبت به دولت. شرایط و حدود و کیفیت آن را قانون معین می‌کند." از نظر قانون اساسی، دعوت به خیر و امر به معروف و نهی از منکر، تکلیف است نه حق؛ بنابراین نمی‌توان از آن چشم‌پوشی کرد یا در اجرای آن تساهل و تسامح نشان داد. از این اصل می‌توان نظارت مردم نسبت به دولت و مقامات دولتی و نیز نسبت به قوانین و مقررات را برداشت کرد، بدین ترتیب اموری مانند مفاسد اقتصادی و مالی، مفاسد سیاسی، حیف و میل بیت‌المال، تجمل‌گرایی و غیره مشمول امر و نهی مردم خواهد بود که می‌تواند در قالب مشارکت مردم در سازمان‌های مردم‌نهاد و انجمن‌ها تجلی یابد.

برابر اصل ۲۶ قانون اساسی، قانون‌گذار به دو نکته‌ای اشاره دارد که می‌تواند به‌طور مستقیم با شکل‌گیری سازمان‌های مردم‌نهاد مرتبط باشد: نخست، اصل آزادی اجتماعات؛ دوم، اصل مشارکت آزادانه افراد در این اجتماعات. همچنین در اصل ۳ قانون اساسی، در بند ۸ آن مقرر می‌دارد دولت جمهوری اسلامی ایران موظف است همه امکانات خود را برای "مشارکت عامه مردم در تعیین سرنوشت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خویش" به کار برد. سازوکارهای این مشارکت با توجه به شرایط می‌تواند شکل‌های مختلفی به خود

است. سازمان‌های مردم‌نهاد مسئول، مطمئناً از این واقعیت آگاه هستند که موفقیت آنها تا حد زیادی به افکار عمومی با توجه به کارایی و اخلاق آنها بستگی دارد. با این وجود، دولت‌ها منافع مشروعی در تنظیم این سازمان‌ها دارند تا احترام به حقوق اشخاص ثالث (اعم از اهداکنندگان، کارمندان یا اعضا یا عموم مردم) تضمین و استفاده مناسب از منابع عمومی و احترام به قانون تضمین شود. در بیشتر موارد می‌توان از منافع اشخاص ثالث به اندازه کافی محافظت کرد و آنها را قادر ساخت که موضوع مربوطه را در دادگاه مطرح کنند. به هر شکلی که نظارت به کار گرفته شود، ضروری است که بر اساس معیارهای عینی اداره شود و تابع اصل تناسب باشد تا اعمال آن قابل کنترل توسط دادگاه‌ها باشد (Council of Europe, 2008, 47).

#### ۲،۲،۶ کدهای اخلاقی و رفتاری

منشور اخلاقی و رفتاری سازمان‌های مردم‌نهاد مجموعه‌ای از اصول اساسی، اصول عملیاتی و استانداردها برای هدایت اقدامات و مدیریت این سازمان‌ها است. این کد زیر نظر انجمن جهانی سازمان‌های غیردولتی (WANGO) توسعه یافت و شامل نظرات رهبران سازمان‌های غیردولتی از تمام مناطق جهان است (Wango, 2002, 2). اعضای تشکل‌ها در انجام وظایف خود بایستی از بالاترین استانداردهای اخلاقی پیروی کنند. انطباق با این استانداردها باعث افزایش و تقویت اثربخشی اعضا و ظرفیت‌های حرفه‌ای آنها می‌شود. یک سازمان مردم‌نهاد نباید حقوق اساسی بشری هیچ فردی را نقض کند و باید سرلوحه خود بداند که همه مردم آزاد به دنیا می‌آیند و از نظر کرامت برابر هستند. این سازمان باید نسبت به ارزش‌های اخلاقی، مذهب، آداب و رسوم، سنت‌ها و فرهنگ جوامعی که به آنها خدمت می‌کند، حساس باشد.



طولانی ندارد و این سازمان‌ها از سال ۱۳۸۴ در قالب آیین‌نامه شروع به فعالیت کردند.

## ۳،۲ حقوق ارمنستان

در ارمنستان، مطابق با اصل ۷ قانون اساسی نظام چند حزبی در جمهوری ارمنستان به رسمیت شناخته شده است. احزاب آزادانه تشکیل می‌شوند و به شکل‌گیری و بیان اراده سیاسی مردم کمک می‌کنند. فعالیت‌های آن‌ها نباید با قانون اساسی و قوانین مغایرت داشته باشد و ساختار و عملکرد آن‌ها نباید با اصول دموکراسی مغایر باشد. احزاب باید از باز بودن فعالیت‌های مالی خود اطمینان حاصل کنند. همچنین در اصل ۲۵ قانون اساسی مقرر شده است: هر کس حق دارد با افراد دیگر انجمن تشکیل دهد، از جمله حق تشکیل یا پیوستن به اتحادیه‌های تجاری. هر شهروند حق دارد با سایر شهروندان احزاب سیاسی تشکیل دهد و به این احزاب بپیوندد. این حقوق ممکن است برای افراد متعلق به نیروهای مسلح و سازمان‌های مجری قانون محدود شود. هیچ کس را نمی‌توان مجبور کرد که به یک حزب یا انجمن سیاسی بپیوندد. همچنین عضویت مردم در اجتماعات به صورت آزادانه در قانون اساسی این کشور به رسمیت شناخته شده است.

در ارمنستان، مهم‌ترین و آخرین سندی که به‌طور مستقیم به موضوع فعالیت سازمان‌های مردم‌نهاد اشاره دارد، قانون سازمان‌های غیردولتی جمهوری ارمنستان به شماره HO-22-N<sup>3</sup> مصوب دسامبر سال ۲۰۱۶ است که به فاصله کمتر از دو ماه بعد از تصویب به اجرا درآمد و پس از لازم‌الاجرا شدن این قانون، قانون سازمان‌های غیردولتی

تجارت کلیه تشکیلات و مؤسساتی است که برای مقاصد غیرتجاری از قبیل امور علمی یا ادبی یا امور خیریه و امثال آن تشکیل می‌شود اعم از آن‌که مؤسسين و تشکیل‌دهندگان قصد انتفاع داشته یا نداشته باشند.

<sup>3</sup>. Armenia\_Law on NGOs, 2016

بگیرد که از مصادیق آن می‌تواند تشکیل گروه‌ها و اجتماعات مختلف با اهداف مشخص در قالب سازمان‌های مردم‌نهاد باشد که به نوعی بدنه جامعه متصل به هرم مدیریتی کشور خواهد شد و ماحصل آن وجود جامعه‌ای پویا، منسجم و برخوردار از روحیه همبستگی و اتحاد خواهد بود.

در خصوص قوانین عادی می‌توان به قانون تجارت<sup>۱</sup> مصوب سال ۱۳۳۱ و آیین‌نامه ثبت تشکیلات و مؤسسات غیرتجاری<sup>۲</sup> مصوب سال ۱۳۳۷ اشاره کرد که در واقع ابتدایی‌ترین قوانین و مقررات در به رسمیت شناختن سازمان‌های مردم‌نهاد محسوب می‌شوند. همچنین قوانین متعدد دیگری که به‌طور مستقیم و غیرمستقیم به مشارکت مردمی و فعالیت سازمان‌های مردم‌نهاد اشاره دارند عبارت‌اند از: قانون فعالیت احزاب، جمعیت‌ها و ... مصوب سال ۱۳۶۰ و آیین‌نامه اجرایی آن مصوب سال ۱۳۶۱ و آیین‌نامه اجرایی تأسیس و فعالیت سازمان‌های مردم‌نهاد مصوب سال ۱۳۸۴. آخرین سند در این خصوص، آیین‌نامه تشکل‌های مردم‌نهاد مصوب سال ۱۳۹۵ هیأت وزیران است که در حال حاضر نیز بر تأسیس این سازمان‌ها حاکم می‌باشد؛ اما متنی هم با عنوان پیش‌نویس "قانون تشکل‌های اجتماعی" در ۵ فصل و ۷۲ ماده توسط دفتر مطالعات اجتماعی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی در راستای نهادمند شدن بخش مردمی تدوین شده است که تا کنون کلیات آن به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است؛ بنابراین شکل‌گیری سازمان‌های مردم‌نهاد به صورت رسمی و طبق تعاریف بین‌المللی در ایران سابقه‌ای

۱. ماده ۵۸۴ قانون تجارت مقرر می‌دارد: "تشکیلات و مؤسساتی که برای مقاصد غیرتجاری تأسیس شده یا بشوند از تاریخ ثبت در دفتر مخصوصی که وزارت عدلیه معین خواهد کرد شخصیت حقوقی پیدا می‌کنند."

۲. برابر ماده ۱ این آیین‌نامه "مقصود از تشکیلات و مؤسسات غیرتجاری مذکور در ماده ۵۸۴ قانون



پیش‌نویس قانون تشکل‌های اجتماعی نیز، همین تعریف مبنا قرار گرفته است و تنها موضوع فعالیت تشکل‌ها به دو گروه حمایتی خدماتی و توسعه اجتماعی تقسیم شده است؛ اما آنچه در ابتدا جلب توجه می‌کند، تغییر عنوانی است که از تشکل‌های مردم‌نهاد (۱۳۹۵) به "تشکل‌های اجتماعی" داده شده است، در این عنوان حذف واژه "مردم" و رویکرد صرفاً "اجتماعی" فعالیت این نهادها قابل تأمل است؛ با توجه به اینکه فعالیت تشکل‌های مردم‌نهاد می‌تواند طیف وسیعی از فعالیت‌های فرهنگی، اجتماعی، هنری، ورزشی، زیست محیطی و... را در بر بگیرد، چه بسا در عمل این تغییر واژگان، تقلیل ماهوی و عملکردی تشکل‌ها را نیز در پی داشته باشد. به نظر می‌رسد سازمان مردم‌نهاد یا آنچه در آیین‌نامه مصوب ۱۳۹۵ نام‌گذاری شده بود؛ یعنی تشکل مردم‌نهاد، عنوان دقیق‌تر و صحیح‌تری باشد.

برابر با ماده ۲ قانون سازمان‌های غیردولتی در ارمنستان، این سازمان یک اتحادیه غیردولتی از شهروندان جمهوری ارمنستان، اتباع کشورهای خارجی، افراد بدون تابعیت (اشخاص حقیقی) و (یا) اشخاص حقوقی است و دارای شخصیت حقوقی یک سازمان غیرتجاری است. در کانادا بر اساس قانون سازمان‌ها و شرکت‌های غیرانتفاعی، یک شرکت غیرانتفاعی شرکتی است که "هدفش نفع خصوصی نیست و در پی سود رساندن به کل جامعه است". به طور کلی می‌توان در هر سه نظام حقوقی شاخصه‌های غیرسیاسی و غیرانتفاعی بودن، نداشتن وابستگی سازمانی به دولت، داوطلبانه بودن، برخورداری از شخصیت حقوقی و مدیریت دموکراتیک و مشارکتی را برای سازمان‌های مردم‌نهاد فرض دانست.

جمهوری ارمنستان به شماره LA-268 مورخ ۴ دسامبر ۲۰۰۱ منسوخ شد. قانون جدید شامل ۸ فصل در مورد مقررات عمومی سازمان غیردولتی، حقوق و وظایف سازمان و اعضای آن، هیأت مدیره سازمان، نظارت بر فعالیت سازمان، فعالیت بین‌المللی سازمان و تعلیق و انحلال آن است. نکته جدید این قانون نسبت به قانون قبلی این است که هم شهروندان و هم اشخاص حقوقی می‌توانند عضو سازمان مردم‌نهاد باشند و به سازمان‌های غیردولتی فرصتی داده شده است تا فعالیت‌های تجاری خود را راه‌اندازی کنند و می‌توانند یک سازمان تجاری تأسیس کنند یا در آن سهیم شوند.

### ۳٫۳ حقوق کانادا

در بخش اول قانون اساسی کانادا مصوب ۱۹۸۲، منشور حقوق و آزادی‌های کانادا در اصل دوم به احصاء آزادی‌های بنیادین می‌پردازد که از جمله آن آزادی فکر، عقیده، بیان، برگزاری گردهمایی‌های آرام و آزادی انجمن‌ها است. در کانادا قانون مستقلی در رابطه با سازمان‌های غیردولتی وجود ندارد و این سازمان‌ها مطابق با "قانون سازمان‌ها و شرکت‌های غیرانتفاعی"<sup>۱</sup> مصوب سال ۲۰۰۹ فعالیت می‌کنند. این قانون حاوی ۲۰ بخش است که بیشتر در بخش ۱۰ این قانون به مسائل مرتبط با سازمان‌های غیردولتی پرداخته شده است.

### ۴ تعریف حقوقی سازمان مردم‌نهاد

در ایران، ماده ۲ آیین‌نامه تشکل‌های مردم‌نهاد (مصوب ۱۳۹۵)، این سازمان‌ها را چنین تعریف می‌کند: "تشکل مردم‌نهاد، نهاد غیرسیاسی و غیرانتفاعی بوده و با رویکردی اجتماعی توسط جمعی از اشخاص حقیقی به شکل داوطلبانه و با رعایت مفاد این آیین‌نامه در موضوع مشخص پروانه دریافت کرده و به ثبت می‌رسد". بر اساس

<sup>1</sup> Canada Not-for-profit Corporations Act, 2009 (Last amended on May 1, 2018)

## ۵ اهداف سازمان مردم‌نهاد و مقررات مربوط به تأسیس و عضویت

بر اساس آئین‌نامه تشکلهای مردم‌نهاد در ایران، یک سازمان غیردولتی نباید اهدافی سودجویانه داشته باشد؛ به عبارت دیگر اعضای یک سازمان غیردولتی نباید در پی کسب سود و منفعت شخصی باشند؛ بنابراین "منظور از غیرانتفاعی، عدم برداشت مستقیم یا غیرمستقیم سود یا سایر منافع اقتصادی حاصل از انجام فعالیت‌ها به نفع اعضاء، مؤسسان، مدیران و کارکنان یا افراد وابسته آنان است"<sup>۱</sup>. در ارمنستان، سازمان مردم‌نهاد به فعالیت‌های ناشی از اهداف قانونی خود می‌پردازد. اساسنامه، اهداف قانونی فعالیت‌های سازمان را تعیین می‌کند<sup>۲</sup>. اصول حاکم بر عملکرد سازمان عبارت است از: قانونی بودن؛ عدم تبعیض؛ حسن نیت؛ منافع مشترک اعضاء آن؛ عضویت داوطلبانه؛ خودمختاری؛ پاسخگویی<sup>۳</sup>. اعضای سازمان مردم‌نهاد افرادی هستند که پس از ثبت دولتی در سازمان عضویت یافته‌اند. شخص می‌تواند بنا به درخواست خود در موارد و به ترتیب مقرر در قانون سازمان غیردولتی و اساسنامه سازمان به عضویت سازمان درآید. مؤسسان سازمان به موجب قانون پس از ثبت دولتی سازمان، اعضای سازمان تلقی می‌شوند<sup>۴</sup>. مطابق با ماده ۲ آئین‌نامه تشکلهای مردم‌نهاد در ایران، تشکل توسط جمعی از اشخاص حقیقی به شکل داوطلبانه و با رعایت مفاد این آیین‌نامه در موضوع مشخص پروانه فعالیت دریافت کرده و به ثبت می‌رسد. از سوی دیگر، نهادهای مدنی خارجی که در یکی از کشورهای جهان رسماً به ثبت رسیده و ماهیت اجتماعی دارند می‌توانند در صورت داشتن شرایط مربوط و اخذ پروانه فعالیت با رعایت این آیین‌نامه و به خصوص مواد (۲۳ و ۲۴) در ایران

فعالیت کنند (ماده ۵)؛ بنابراین، اتباع کشورهای خارجی در ایران در قالب اشخاص حقیقی نمی‌توانند به عضویت تشکلهای درآیند و دایره عضویت در تشکل، محدود به اشخاص حقیقی تبعه ایران است. در خصوص عضویت در ارکان تشکل، در ماده ۶۵ پیش‌نویس مقرر شده است: مدیران دولتی نمی‌توانند مؤسس و مدیرعامل تشکل و یا از ارکانش باشند (البته یک مدیر دولتی می‌تواند به عنوان عضو عادی در امور اجتماعی تشکلهای حضور داشته باشد) که این موضوع هم به مفسد بالقوه این عرصه بازمی‌گردد. چرا که حضور یک مدیر دولتی در ارکان یک تشکل می‌تواند به گسیل منابع مالی به سمت تشکل خود منجر شود.

در تبصره ۲ ماده ۱۴ آئین‌نامه تشکلهای مردم‌نهاد مقرر شده است؛ جوانان متقاضی تأسیس تشکل می‌توانند درخواست خود را برای بررسی و صدور اجازه تأسیس تشکل با رعایت ترتیبات مقرر در این ماده به وزارت ورزش و جوانان ارائه کنند که داشتن حداقل ۱۸ سال سن ملاک است اما در خصوص عضویت نوجوانان در سازمان مردم‌نهاد ارمنستان مقرر شده است: هر شخص زیر چهارده سال در صورت تمایل و بر اساس درخواست نماینده قانونی خود می‌تواند به عضویت سازمان درآید. هر شخص بین چهارده تا هجده سال که از صلاحیت کامل برخوردار نیست، می‌تواند بنا به درخواست خود با موافقت کتبی نماینده ی قانونی خود به عضویت سازمان درآید. هر یک از اعضای سازمان می‌توانند در هر زمان به عضویت خود در سازمان خاتمه دهند و در موارد و به ترتیبی که اساسنامه سازمان مقرر می‌کند از سازمان عزل شوند. اعضای سازمان هیچ‌گونه مسئولیتی در قبال تعهدات سازمان ندارند. اعضای سازمان غیردولتی حق درخواست تشکیل جلسه و حضور در جلسات سازمان را دارند. همچنین حق انتخاب اعضای هیأت

۳. ماده ۴

۴. ماده ۵

۱. (تبصره ۱ ماده ۲).

۲. ماده ۳



همکاری (برکناری) یک عضو سازمان، شرط تأیید سه‌چهارم اعضای سازمان در اجلاس عمومی سازمان گنجانده شده باشد.

بر اساس ماده ۱۶ قانون سازمان‌های غیرانتفاعی کانادا، هر شرکت غیرانتفاعی یا سازمان غیردولتی حق داشتن چندین شعبه در داخل و خارج کانادا را دارد. سازمان‌های غیردولتی خارجی و بین‌المللی هم مادامی که اقدام به فعالیت‌های تروریستی و مجرمانه نکرده باشند، می‌توانند همچون سازمان‌های غیرانتفاعی داخلی در کانادا فعالیت کنند؛ اما در ایران، ماده ۳ آئین‌نامه تشکلهای مردم‌نهاد تنها محدوده فعالیت هر تشکل را یکی از سطوح ملی، منطقه‌ای، استانی، شهرستانی یا بین‌المللی تعیین کرده است و در ماده ۲۳ نیز کارگروهی<sup>۱</sup> را به منظور تصمیم‌گیری و نظارت بر فعالیت تشکلهای بین‌المللی موضوع ماده ۳ و نهادهای مدنی خارجی (موضوع ماده ۵) تشکیل داده است. هر سه نظام حقوقی در خصوص شخصیت حقوقی سازمان‌های مردم‌نهاد رویه نسبتاً واحدی را در پیش گرفتند و برخورداری از چنین حقی را منوط به طی تشریفات مربوط به ثبت آن‌ها دانسته‌اند؛ که البته کانادا با مسامحه بیشتری با این موضوع برخورد کرده است. به نظر می‌رسد در خصوص عضویت اعضا، عزل و برکناری آن‌ها قانون سازمان غیردولتی ارمنستان و کانادا از دقت و جامعیت بیشتری برخوردار است.

## ۶ ثبت رسمی

در ایران، چنانچه مؤسسان یک سازمان مردم‌نهاد بخواهند سازمان مذکور به‌طور رسمی به ثبت برسد و شخصیت حقوقی پیدا کند، باید درخواست تأسیس تشکل را متناسب با محدوده مورد نظر برای فعالیت به دبیرخانه شورای ملی توسعه ارائه دهند.<sup>۲</sup>

<sup>۲</sup> مطابق با تبصره ۳ ماده ۲ آئین‌نامه تشکلهای مردم‌نهاد؛ نهادهای عمومی غیردولتی، اتاق‌ها و تشکلهای اقتصادی، تعاونی‌ها، سازمان‌های صنفی و حرفه‌ای، احزاب و تشکلهای سیاسی، کانون‌ها و

مدیره سازمان و نیز حق کاندیدا شدن و انتخاب به عنوان عضو هیأت مدیره را دارند، اعضا حق دسترسی به تمامی اطلاعاتی را که دسترسی اعضای عادی به آن‌ها مجاز است، دارند (بند ۳ و ۴ ماده ۵) که در ایران فقدان دسترسی به اسناد و مدارک مورد نیاز در بخش‌های تخصصی و برخورد سلیقه‌ای با تشکلهای را می‌توان از آسیب‌های مطرح دانست.

در کانادا هم یک سازمان غیردولتی نباید اهدافی سودجویانه داشته باشد. یک سازمان غیردولتی می‌تواند اهداف ملی، وطن پرستانه، انسان دوستانه، خیریه، علمی، هنری، اجتماعی، حرفه‌ای و ورزشی که جنبه غیرانتفاعی داشته باشد برای خود انتخاب کند (ماده ۱۵۴). برای تأسیس یک سازمان غیردولتی مطابق با بند ۲ ماده ۶، حضور حداقل سه نفر که به سن قانونی (۱۸ سال) رسیده، مهجور نباشند و از لحاظ قانونی مشکلی برای تشکیل سازمان نداشته باشند لازم است. مؤسسان یک سازمان غیرانتفاعی باید در گام نخست اساسنامه برای سازمان خود تدوین کنند و همراه با درخواست تشکیل سازمان به وزارت صنایع کانادا ارائه کنند. بر اساس قانون هر سازمان غیرانتفاعی از دو بخش تشکیل شده است؛ اعضای عادی سازمان و هیئت‌مدیره. هیئت‌مدیره مسئول اداره سازمان است. عضویت در سازمان محدود به آن افرادی است که علاقه‌مند به پیشبرد اهداف سازمان باشند و درخواست عضویت آن‌ها به تأیید هیئت‌مدیره سازمان رسیده باشد. در شرایط عادی سازمان غیردولتی نباید هیچ پولی به عنوان حق عضویت از اعضا دریافت کند مگر آن که شرایطی پیش آید که هیئت‌مدیره سازمان مجبور به چنین کاری شود. هر یک از اعضا می‌تواند با ارائه درخواست کتبی به هیئت‌مدیره، عضویت خود در سازمان را لغو کند. همچنین ممکن است در اساسنامه برای قطع

<sup>۱</sup> مرکب از معاون وزارت کشور (رئیس) و نمایندگان وزارت امور خارجه، وزارت اطلاعات و حسب مورد دستگاه تخصصی مربوط.

صلاحیت عضویت در آن برخوردار نیستند و از اعضای سازمان محسوب نمی‌شوند، وجود ندارد. سازمان از بدو ثبت دولتی آن به شیوه‌ای که در قانون مقرر شده است، تأسیس شده تلقی می‌شود. یک سازمان برای مدت نامحدود تأسیس می‌شود مگر اینکه در اساسنامه آن محدودیتی برای مدت فعالیت آن پیش‌بینی شده باشد (بند ۴، ۵ و ۶ ماده ۱۰).

در ارمنستان، تأسیس یک سازمان مردم‌نهاد بنا بر تصمیم اعضای مؤسس آن انجام می‌شود. به منظور ثبت دولتی سازمان مردم‌نهاد؛ درخواست ثبت دولتی، صورتجلسه مجمع مؤسس سازمان به همراه اساسنامه سازمان، رسید پرداخت هزینه دولتی جهت ثبت نام، اطلاعات مربوط به اشخاص حقوقی مؤسس (داخلی یا خارجی) یا نمایندگان موقت آن‌ها و اطلاعات پیش‌بینی شده در قانون در خصوص پولشویی و تأمین مالی تروریسم باید به سازمان ثبت اسناد ارائه شود، این سازمان موظف است حداکثر ظرف ۱۰ روز کاری پس از تسلیم کلیه مدارک لازم، ثبت دولتی سازمان مردم‌نهاد را انجام داده یا آن را رد کند (ماده ۱۰).

در کانادا، سازمان غیردولتی مجاز است بدون اینکه تبدیل به شخصیت حقوقی شود یا به شکل رسمی ثبت شود، فعالیت کند. با این حال چنانچه مؤسسان یک سازمان بخواهند سازمان‌شان به طور رسمی به ثبت برسد و شخصیت حقوقی پیدا کند باید اساسنامه سازمان خود را همراه با مدارک لازم برای ثبت سازمان به وزارت صنایع ارسال کنند؛ درخواست کتبی تشکیل سازمان، برگه سوگندنامه یکی از مؤسسان مبنی بر صحت اساسنامه که به

ماده (۲۶) قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت - مصوب ۱۳۸۰ - مصداق شکل نبوده و از شمول این آیین‌نامه خارج هستند.  
۱. مواد ۱۴، ۱۵ و ۲۰ آئین‌نامه تشکیل‌های مردم‌نهاد مصوب ۱۳۹۵.

شورای ملی توسعه و حمایت از تشکلهای در سه سطح ملی، استانی و شهرستانی تشکیل و دبیرخانه آن به ترتیب در وزارت کشور، استانداری‌ها و فرمانداری‌ها دایر می‌شود. دبیرخانه موظف است ظرف یک ماه از تاریخ دریافت درخواست تأسیس تشکل، به بررسی درخواست پرداخته و در صورت عدم مغایرت با شرایط تأسیس تشکل، مجوز تأسیس تشکل را صادر نماید. سپس هیأت مؤسس باید ظرف یک ماه اساسنامه و صورتجلسه مربوط به استقرار ارکان تشکل را تنظیم و به دبیرخانه شورای ذی‌ربط ارائه نماید. پروانه فعالیت تشکل در دبیرخانه شورای ذی‌ربط صادر و عیناً جهت ثبت رسمی به سازمان ثبت اسناد و املاک کشور ارسال می‌گردد.<sup>۱</sup> در پیش‌نویس قانون تشکلهای اجتماعی یک سامانه برخط برای ثبت و گزارش فعالیت تشکلهای تعبیه شده است که این خود گام مهمی در کاهش بوروکراسی این حوزه خواهد بود اما این تشکلهای با تعدد و تنوع نهادهای صدور مجوز و مراجع استعلام برای صدور و تمدید مجوز تأسیس و فعالیت مواجه هستند، به ویژه استعلام از نهادهای متعدد نظامی و امنیتی. علاوه بر این، الزام به ثبت در اداره ثبت شرکت‌ها در کنار صدور مجوز از مراکز محلی، استانی یا ملی در پیش‌نویس طرح می‌تواند منجر به ایجاد تشریفات غیر ضرور در مسیر تشکیل و فعالیت چنین تشکلهایی گردد.

سازمان مردم‌نهاد در ارمنستان، ممکن است توسط حداقل دو نفر - اشخاص حقیقی و (یا) اشخاص حقوقی تأسیس شود. امکان تشکیل سازمان توسط احزاب سیاسی، سازمان‌های مذهبی، اتحادیه‌های بازرگانی و همچنین اشخاص حقوقی که از صلاحیت تأسیس سازمان و یا طبق قانون از

سازمان‌های دانشجویی و دانش‌آموزی، سازمان‌های کارگری و کارفرمایی فعال در دانشگاه‌ها، مدارس و کارخانجات، انجمن‌های علمی، مؤسسات فرهنگی، هنری و ادبی، هیئت‌های مذهبی، باشگاه‌های ورزشی، مراکز ترک اعتیاد، مؤسسات تجاری و انتفاعی و مؤسسات موضوع بندهای (۱) تا (۱۲)



## ۷ تأمین مالی

بسیاری از سازمان‌های غیردولتی حتی بین‌المللی حقوق بشر برای ادامه فعالیت‌های خود تا حدی به جمع‌آوری کمک مالی متکی هستند. درصد زیادی از این سازمان‌های غیردولتی نیز برای حمایت از کار خود کمک‌های مالی دریافت می‌کنند. علاوه بر این، بسیاری از سازمان‌های غیردولتی از دولت‌ها یا سازمان‌های بین‌المللی کمک‌های مالی دریافت می‌کنند (Wouters and Rossi, 2018, 11). در خصوص منابع مالی سازمان مردم‌نهاد در ایران، آئین نامه تشکیل‌های مردم‌نهاد سکوت اختیار کرده و فقط در ماده ۳۰ مقرر کرده است؛ تشکل موظف است منابع تأمین هزینه‌های خود را با رعایت ضوابط این آئین‌نامه در اساسنامه تعیین کند. در پیش‌نویس بر اساس ماده ۵۸، این تشکل‌ها می‌توانند صرفاً از منابعی نظیر سرمایه اولیه مؤسسان، حق عضویت اعضا، وقف، نذر، وصیت و هبه، کمک‌های نقدی و غیر نقدی اشخاص حقیقی داخلی و خارجی، کمک‌های نقدی و غیر نقدی اشخاص حقوقی، بخش خصوصی و تعاونی داخلی و خارجی، استفاده از ظرفیت‌های ناشی از مسئولیت‌های اجتماعی شرکت‌ها، انجام پروژه‌ها و برنامه‌های عمرانی و توسعه دولتی و عمومی، استفاده از ظرفیت‌ها و امکانات تجهیزات و اماکن در اختیار دستگاه‌ها و مستحذات رفاهی و آموزشی آنها، دریافت وام و تسهیلات بانک دولتی و قرض‌الحسنه یا با نرخ کم و فروش کتاب و نشریات علمی و تخصصی مرتبط با حوزه فعالیت خود کسب درآمد و تأمین منابع کنند. عموماً در عمل، اغلب تشکل‌ها برای یافتن حامی مالی تلاش می‌کنند و برای پروژه‌های خاص از حمایت برخی نهادهای عمومی برخوردار می‌شوند. علاوه بر فعالیت‌های درآمدزا مانند برگزاری کلاس، کارگاه و تور، بخش قابل توجهی از منابع مالی تشکل‌ها از طریق تفاهم‌نامه‌ها و قراردادهای بخش‌های عمومی به منظور انجام فعالیت‌های مشخصی تأمین می‌شود.

تأیید دفترخانه اسناد رسمی رسیده باشد، یک فقره چک به مبلغ ۲۰۰ دلار، برگه تأیید نام رسمی سازمان توسط مؤسسان ذیصلاح، شرح حال مختصری از مؤسسان و گزارش کوتاهی در مورد اهداف و تشکیلات سازمان. چنانچه درخواست ثبت یک سازمان به تأیید برسد فرم تأیید ثبت به همراه یک نسخه از درخواست ثبت سازمان به آدرس مؤسسان ارسال می‌شود و در صورت عدم تأیید ثبت، فرم درخواست بدون تأیید به آدرس مؤسسان ارسال می‌گردد. همراه این فرم دلایل عدم پذیرش درخواست ثبت سازمان به اطلاع مؤسسان می‌رسد. ثبت سازمان‌های غیردولتی بر عهده وزارت صنایع است. در این وزارتخانه اداره "شرکت‌های کانادا" مسئول رسیدگی به امور شرکت‌های غیرانتفاعی است (مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰، ۵).

در ایران، چنانچه دبیرخانه درخواست تأسیس تشکل را مطابق با شرایط تأسیس تشکل و در چارچوب مفاد آئین نامه تشکیل‌های مردم‌نهاد بداند، اجازه تأسیس تشکل را صادر می‌کند؛ اما اجازه تأسیس تشکل در حکم موافقت اولیه و موقت است و پروانه فعالیت محسوب نمی‌شود. هیات مؤسس باید ظرف یک ماه ارکان تشکل را مطابق با اساسنامه خود مستقر کرده و اساسنامه و صورتجلسه را برای تأیید به دبیرخانه شورای ذی ربط ارائه کند. در این مرحله چنانچه توانایی تشکل برای فعالیت در سطح مورد درخواست برای شورا محرز شود، پروانه فعالیت موقت صادر می‌شود؛ بنابراین، در ایران پروسه ثبت رسمی تشکل‌ها فرایند پیچیده‌ای را طی می‌کند و دبیرخانه از نظارت صلاحیت‌دهی در این زمینه برخوردار است و بر خلاف تسهیل روند تأسیس تشکل‌ها که در ارمنستان و کانادا مدنظر است، در ایران مقررات سخت‌گیرانه‌ای در موضوع تأسیس و فعالیت تشکل‌ها اعمال می‌شود.

حضور دارد دریافت کرده است؛ اقلام حاصل از بودجه دولت، اهدایی‌ها شامل کمک‌هزینه‌ها، اعانه‌ها و سایر مواردی که در قانون منع نشده‌اند. سودی که به‌تبع فعالیت‌های کارآفرینی عاید سازمان می‌شود، منحصرأً برای تحقق اهداف قانونی سازمان مورد استفاده قرار می‌گیرد.

در کانادا، نهادهای مختلف دولتی به سازمان‌های غیردولتی که مربوط به حوزه آن‌ها می‌شود، کمک‌های مالی اعطاء می‌کنند. به عنوان مثال نهادهای فرهنگی به سازمان‌های غیردولتی فرهنگی، درعین‌حال معافیت‌های مالیاتی هم برای سازمان‌های غیردولتی وجود دارد؛ سازمان غیردولتی می‌تواند به عنوان یک سازمان غیرانتفاعی یا خیریه درخواست تخفیف مالیات بدهد. بر اساس قانون مالیات بر درآمد کانادا یک سازمان غیردولتی چنانچه درآمدش مورد استفاده شخصی اعضا قرار نگیرد از پرداخت مالیات بر درآمد معاف می‌شود (مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰، ۸)؛ بنابراین، آئین‌نامه تشکلهای مردم‌نهاد ایران در خصوص تأمین مالی سازمان‌های مردم‌نهاد به منبع مشخصی ارجاع نداده است اما در قوانین و مقررات ارمنستان و کانادا منابع تأمین مالی این سازمان‌ها با ذکر جزئیات آن مشخص شده است.

## ۸ حق رجوع به دادگاه

چنانچه یک سازمان مردم‌نهاد نسبت به تصمیمات نهادها و سازمان‌های دولتی شکایتی داشته باشد می‌تواند به دادگاه رجوع کند. طبق ماده ۶۶ آیین دادرسی کیفری ایران، نهادهای مردمی می‌توانند نسبت به جرائمی که واقع می‌شود، اعلام جرم کنند. البته سالانه اسامی این‌گونه سازمان‌ها با چنین اختیاری مورد تأیید رئیس قوه قضاییه قرار می‌گیرد.

در ارمنستان، برابر ماده ۱۶ قانون سازمان‌های مردم‌نهاد، سازمان حق دارد مطابق با اهداف اساسنامه خود، به عنوان شاکی یا مدعی در دادگاه حاضر شود. حقوق و منافع قانونی خود، اعضا، ذینفعان و داوطلبان خود را به‌نحوی که قانون معین

از موضوعاتی که می‌تواند بر تأمین مالی تشکلهای تأثیرگذار باشد، نظام رتبه‌بندی مندرج در ماده ۵ پیش‌نویس است که هدف از رتبه‌بندی را شفاف‌سازی و هدفمندسازی امتیازات و ظرفیت‌های دولتی برای تشکلهای می‌داند. از این قبیل امتیازات می‌توان به اعطای مقام مشورتی، حضور در ساختارها و فرایندهای تصمیم‌گیری دستگاه‌های اجرایی و اعطای طرح‌های تملک دارایی‌سرمایه‌ای اشاره کرد؛ اما نکته‌ای که در بحث نظام رتبه‌بندی تشکلهای حائز اهمیت است، کیفیت تعیین شاخص‌های کمی و کیفی مندرج در پیش‌نویس است؛ به عبارتی در فرایند ارزیابی شاخص‌های کیفی، تمامی ذینفعان اعم از مردم، سایر تشکلهای دستگاه‌های تخصصی و نهادهای نظارتی می‌توانند مشارکت داشته باشند که مصادیق خاصی ندارد و قابلیت اعمال سلیقه در آن مطرح می‌شود اما شاخص‌های کمی از آنجا که با نسبت و درصد محاسبه می‌شود می‌تواند دقیق‌تر احصاء شود و میزان مداخله اشخاص در ارزیابی تشکلهای را بسیار کاهش دهد. البته به این موضوع نیز باید توجه داشت که برای این شاخص‌ها از کل امتیازات نظام رتبه‌بندی درصد تعیین‌شده است (شاخص‌های کیفی ۳۰ درصد و شاخص‌های کمی ۷۰ درصد)؛ اما مطابق با تبصره ۲ ماده ۵ این پیش‌نویس اوزان شاخص‌های کمی و کیفی متناسب با انواع تشکلهای در نهایت به تصویب شورای ملی و تأیید وزیر کشور می‌رسد.

در ارمنستان مطابق با ماده ۷ قانون سازمان غیردولتی، سازمان مالکیت اموال خود را مجزا ساخته و در رابطه با تعهدات مرتبط با این اموال مسئول و متعهد شناخته می‌شود. اموال سازمان، شامل سود حاصل از کارآفرینی بین اعضای آن تقسیم نمی‌شود. موارد زیر ممکن است منابع تولید درآمد یک سازمان باشد؛

سرمایه‌گذاری‌های اعضای سازمان، حق عضویت، مواردی که در خلال کارآفرینی ایجاد شده‌اند، اموال شخصی یا اموالی که از سازمان دیگری که در آن



می‌کند، در حال حاضر بر اساس ماده ۷ آئین‌نامه اجرایی تشکلهای مردم‌نهاد (اصلاحیه ۱۳۹۸) در ترکیب شورای توسعه به‌عنوان متولی تشکلهای، ۸ دستگاه دولتی با تصریح نام و حق رأی در جلسات حضور دارند، همچنین عبارت "... و حسب مورد دستگاه یا دستگاه‌های اجرایی ذی‌ربط" مندرج در این ماده نیز تعداد دستگاه‌های دولتی حاضر در ترکیب شورا را نامحدود می‌سازد. در کنار این تعداد از دستگاه‌های دولتی، ۴ نماینده از تشکلهای حضور دارند. در واقع، این ترکیب به شدت دولتی و امنیتی است و عملاً تشکلهای در تصمیم‌گیری در این شورا از قبل بازنده محسوب می‌شوند. در نسخه نهایی پیش‌نویس، ۴ نماینده از تشکلهای، ۲ نماینده از دولت و ۱ قاضی از قوه قضاییه با حق رأی حضور دارند بعلاوه ناظران دستگاه‌های نظارتی. شاید این‌گونه به نظر برسد که در ترکیب جدید، غلبه کامل با تشکلهای است اما حضور فقط ۴ نماینده از تشکلهای مردم‌نهاد ناکافی و نمادین است و در رأی‌گیری‌ها نظرات تشکلهای را بلااثر می‌سازد و همواره در تصمیم‌گیری‌ها کفه به سمت دولت سنگین‌تر خواهد بود.

برابر با ماده ۲۴ قانون سازمان مردم‌نهاد در ارمنستان، سازمان در موارد و به ترتیبی که قانون تعیین می‌کند گزارش ارائه می‌کند؛ در صورتی که سازمان از وجوه عمومی (وجوه ادارات دولتی یا خودگردان محلی و سایر دستگاه‌های متصرف وجوه عمومی یا شخص حقوقی) اموالی دریافت کرده باشد، باید سالانه قبل از ۳۰ می سال جاری، گزارش پیش‌بینی شده در این ماده را در وب‌سایت پیش‌بینی شده برای گزارش‌های منتشر شده توسط سازمان‌ها منتشر کند. همچنین سازمان حق دارد در تارنمای پیش‌گفته، گزارش پیش‌بینی شده در این ماده و نیز هر گونه اطلاعات یا مطالب دیگر را در مورد نتایج فعالیت‌های خود منتشر کند. مطابق با ماده ۲۵ قانون سازمان مردم‌نهاد، در صورتی که اساسنامه سازمان، نهاد نظارتی خاصی را پیش‌بینی کرده باشد، گزارش فعالیت‌ها و استفاده از اموال

می‌کند در سایر سازمان‌ها، دادگاه، ادارات دولتی و خودگردان محلی نمایندگی و حفظ کند. سازمان در زمینه حفاظت از محیط‌زیست منافع قانونی ذی‌نفعان خود را در دادگاه نمایندگی می‌کند. در چارچوب قانون «ارزیابی اثرات زیست‌محیطی و بررسی کارشناسی» در مشاوره‌های عمومی مرتبط با اسناد اساسی یا فعالیت‌های پیش‌بینی‌شده شرکت کرده و در زمان شکایت بایستی حداقل ۲ سال در حوزه حفاظت از محیط‌زیست فعال بوده باشد. در کانادا چنانچه یک سازمان غیردولتی نسبت به تصمیمات نهادها و سازمان‌های دولتی شکایتی داشته باشد می‌تواند به دادگاه رجوع کند.

مشارکت و کارکرد سازمان‌های مردم‌نهاد در مرحله دادرسی در سه نظام حقوقی ایران، ارمنستان و کانادا گویای این واقعیت است که در همه این نظام‌های حقوقی، این سازمان‌ها می‌توانند در صورتی که متضرر شوند، اقامه دعوا نمایند.

## ۹ گزارش دهی سازمان مردم‌نهاد و نظارت بر آن

پاسخگویی سازمان‌های غیردولتی ضعیف و مشکل‌ساز است. هیچ مرجع واحدی وجود ندارد که سازمان‌های غیردولتی فعالیت‌های خود را به آن گزارش دهند. پاسخگویی سازمان‌های غیردولتی به‌طور کامل به افکار عمومی و خودتنظیمی بستگی دارد یا از طریق ساختار خود سازمان غیردولتی یا از طریق شبکه‌ای از سازمان‌های غیردولتی که سازمان غیردولتی خاص به آن وابسته است (Wouters and Rossi, 2018, 12).

در ایران، شورای ملی توسعه و حمایت از تشکلهای، وظیفه نظارت بر فعالیت‌ها و عملکرد تشکلهای ملی و منطقه‌ای را دارد و از طریق دریافت و بررسی گزارش سالانه، عملکرد اجرایی و مالی تشکل مربوطه و رفتار آن را کنترل می‌کند. از نکاتی که در پیش‌نویس قابل ذکر است؛ ساختار شورای ملی توسعه است که به‌عنوان متولی اصلی سیاست‌گذاری، نظارت و حمایت از تشکلهای عمل



هدف آن آسیب نینند که این موضوع در آیین‌نامه تشکل دیده نشده بود.

در ارمنستان، فعالیت سازمان بنا به درخواست مرجع ذیصلاح با حکم دادگاه برای مدت معینی قابل تعلیق است. درخواست ارگان ذیصلاح باید مستدل باشد. دادگاه حق تعلیق فعالیت سازمان را دارد در صورتی که: (۱) سازمان به صورت جدی اقدام به نقض قانون نموده باشد. (۲) مؤسس سازمان یا شخص ذیصلاح مرتکب نقض اساسی قانون یا کلاهبرداری شده باشد (تخلف اساسی در مفهوم بند ۲ این ماده عبارت است از: در صورت نقض قانون در زمان تأسیس سازمان که اگر در زمان تأسیس یا ثبت دولتی مشخص بود، اجازه تأسیس یا ثبت سازمان صادر نمی‌شد). تعلیق فعالیت سازمان بعد از رفع شرایطی که موجب تعلیق شده است، خاتمه می‌یابد.

## ۱۰٫۲ انحلال

ماده ۳۶ آیین‌نامه تشکل‌های مردم‌نهاد که به موضوع انحلال این سازمان‌ها اختصاص یافته است، انحلال سازمان‌های مردم‌نهاد را در دو حالت اختیاری و قهری برمی‌شمرد؛ در بند الف- انحلال اختیاری طبق شرایط مقرر در اساسنامه و در بند ب- انحلال اجباری در صورت رأی دادگاه صالح یا عدم امکان تطبیق وضعیت تشکل موضوع ماده (۳۹).

در ارمنستان برابر ماده ۳۲، مرجع ذیصلاح در شرایط زیر قادر به مراجعه به دادگاه برای انحلال اجباری سازمان خواهد بود: (۱) سازمان در زمان فعالیت خود مرتکب عمل بر هم زدن نظم قانونی و یا اقدام به ایجاد عداوت و دشمنی یا گسترش خشونت یا جنگ شده باشد؛ (۲) فعالیت سازمان به ترتیب مقرر در ماده (۳۱) این قانون متوقف شده و زمینه تعلیق در مدت تعلیق یا ظرف یک سال برطرف نشده باشد. در صورت انحلال سازمان بعد

سازمان به همراه جمع‌بندی نظارت به مجمع یا سایر هیأت‌های حاکمه پیش‌بینی شده در اساسنامه سازمان ارائه می‌شود.

در کانادا سازمان‌های غیردولتی ملزم به ارائه گزارش در مورد عملکرد خود به نهادهای دولتی نیستند. با این حال، مؤسسات خیریه به ثبت رسیده موظف‌اند گزارشی در مورد فعالیت‌های مالی خود به اداره درآمدهای کانادا ارائه کنند (مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰، ۹).

## ۱۰ تعلیق و انحلال فعالیت‌های سازمان مردم‌نهاد

### ۱۰٫۱ تعلیق

مطابق با آیین‌نامه تشکل‌های مردم‌نهاد، در صورتی که دبیرخانه شوراهای ملی، استانی و یا شهرستانی رأساً یا از طریق دستگاه‌های اجرایی، تخلفات و یا خروج از شرایط تأسیس تشکل را احراز کند، گزارش مستند مربوطه را به شورای ذی‌ربط ارائه می‌نماید. این شورا پس از بررسی مدارک و مستندات ارائه شده و پس از استماع دفاعیه تشکل، حسب اقتضاء و متناسب با تخلف به شرح زیر صدور رأی می‌کند:

تذکر کتبی و درج در پرونده، تعلیق موقت پروانه فعالیت تشکل حداکثر به مدت سه ماه، درخواست انحلال تشکل متخلف توسط شورای ملی از دادگاه صالح<sup>۱</sup>. از نکات مثبتی که در پیش نویس می‌توان به آن توجه داشت، جرم‌انگاری در ماده ۶۳ پیش‌نویس برای بازرس و مدیرعامل و سایر اعضای هیئت‌مدیره است. به عبارت دیگر با هر خطایی از سمت بازرس، مدیرعامل یا سایر اعضای هیئت‌مدیره، تشکل متوقف یا منحل نمی‌شود بلکه با فرد متخلف برخورد می‌شود؛ یعنی صرفاً با تنبیه فرد متخلف، از ادامه فعالیت تشکل حمایت شده تا تشکل و جامعه

۱. ماده ۳۴ آیین‌نامه تشکل‌های مردم‌نهاد (۱۳۹۵).

۲. ماده ۳۱ مربوط به تعلیق فعالیت‌های سازمان مردم‌نهاد است.



پیش‌گفته از مختصات تشکل‌های مردم‌نهاد است و به نظر می‌رسد تالی فاسد را به دنبال دارد. مطلوب است که این اموال در جهت اهداف تشکل مردم نهاد با نظارت حاکم توزیع گردد.

## ۱۱ نتیجه‌گیری

به نظر می‌رسد برای رشد و بالندگی سازمان‌های مردم‌نهاد داشتن چشم‌انداز، استراتژی، سبک مدیریتی و رفتار سازمانی از حداقل عوامل تعیین‌کننده باشد اما سازمان‌های مردم‌نهاد در ایران تا به امروز با چالش‌هایی دست‌به‌گریبان بوده‌اند که از جمله آن می‌توان به عدم استقلال، سیطره شدید دولت بر بسیاری از فضاها، مدنی، قوانین محدود‌کننده، کمبود بودجه و منابع مالی و نبود نیروی انسانی کافی و متخصص اشاره کرد، لذا ضروری است برای رفع این مسائل به سوی به سامانی سازمان‌های مردم‌نهاد گام برداشت.

با نگاهی به قوانین و مقررات مرتبط با سمن‌های تخصصی در سه کشور مورد پژوهش می‌توان به یک داوری اولیه در این زمینه رسید که اهداف و فعالیت‌های سازمان مردم‌نهاد در هر سه نظام حقوقی تا حدود زیادی مشابه هم است، اما شرایط موجود در هر کشور نقش تعیین‌کننده‌ای در میزان موفقیت این سازمان‌ها و به سامانی وضعیت حقوقی آنها دارد. هر سه کشور مقرراتی برای فعالیت این نهادها وضع کرده‌اند. تسهیل روند تأسیس و تأمین استقلال این نهادها معیاری برای ارزیابی عملکرد دولت‌ها نسبت به یکی از مصادیق مهم جامعه مدنی محسوب می‌شود؛ اما به نظر می‌رسد نظام حقوقی ارمنستان با تدوین قوانین و مقررات جامع و دقیق در خصوص تأسیس و فعالیت سازمان‌های مردم‌نهاد از عملکرد مطلوب‌تری برخوردار است. در حالی که آئین‌نامه تشکل‌های مردم‌نهاد در ایران از جامعیت و آفری برخوردار نیست، البته رویکرد جدید قانون‌گذار ایران گویای این واقعیت است که در صدد توجه بیشتر به مشارکت سازمان‌های مردم‌نهاد می‌باشد، به‌ویژه

از تأدیه مطالبات بستانکاران، مابقی اموال سازمان در راستای اهداف سازمان که در اساسنامه مقرر شده است مصرف می‌شود؛ اگر این امر غیرممکن باشد، این اموال به بودجه دولت منتقل می‌شود.

بر اساس قوانین کانادا چنانچه یک سازمان غیردولتی اقدام به فعالیت‌های تروریستی نماید یا در فعالیت‌های مجرمانه شرکت کند، نهادهای دولتی می‌توانند از ادامه فعالیت آن سازمان غیردولتی ممانعت به عمل‌آورند. همچنین بر اساس قانون تمامی سازمان‌های غیردولتی باید خود را با "قانون سازمان‌های غیرانتفاعی" انطباق دهند. چنانچه سازمانی نتواند این کار را انجام دهد از فعالیت آن سازمان جلوگیری خواهد شد. همچنین سازمان‌های غیردولتی موظف‌اند سالیانه خلاصه‌ای از فعالیت‌های خود را به "اداره شرکت‌های کانادا" ارائه کنند چنانچه سازمانی دو سال متوالی از ارائه این گزارش امتناع کند، این امر می‌تواند باعث لغو مجوز فعالیت آن سازمان شود. از سوی دیگر، چنانچه اعضای یک سازمان غیردولتی قصد انحلال سازمان خود را داشته باشند باید درخواستی برای انحلال سازمان به اداره سازمان‌های غیرانتفاعی کانادا ارسال نمایند (مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰، ۱۰).

گفتنی است انحلال اختیاری به این معنا است که خود سازمان تصمیم به منحل شدن می‌گیرد که اصولاً مرجع تصویب این‌گونه تصمیمات، مجمع عمومی خواهد بود. انحلال قهری اغلب به انحلال صورت پذیرفته به حکم دادگاه اطلاق می‌شود که آئین‌نامه تشکل‌های مردم‌نهاد در ایران و قوانین کانادا به انحلال اختیاری و قهری پرداخته‌اند اما در ارمنستان سخنی از انحلال قهری سازمان مردم‌نهاد به میان نیامده است. از سوی دیگر، در ماده ۳۲ آئین‌نامه تشکل‌های مردم‌نهاد در ایران که تقسیم اموال و مازاد درآمد تشکل در میان مؤسسان، اعضاء و مدیران قبل از انحلال ممنوع است، مفهوم مخالف این مقرر است که تقسیم اموال و مازاد درآمد تشکل بعد از انحلال مجاز است که این خلاف وصف

دیدگاه عدم محوریت تشکلهای به مثابه بخشی از چالش نظام در کشور و مداخله حداکثری دولت (در حوزه فعالیت تشکلهای) به عنوان سکان‌دار امر حکمرانی به نگارش درآمده است و تنها با الگوبرداری گزینشی از شاخص‌های چند نظام حقوقی نمی‌توان انتظار به سامانی را در نظام حقوقی تشکلهای مردم‌نهاد داشت. لذا تصویب قانونی مستقل در باب تأسیس و فعالیت این نهادها (که توانمندی و اعتبار آنها را لحاظ کند) و سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی در این بخش موجب می‌گردد که مطالبات اجتماعی به شکل فنی و حرفه‌ای به زبان حکمرانی ترجمه شود که این خود، کمک شایانی به حضور این تشکلهای استفاده از ظرفیت‌های بالقوه آنها در جامعه خواهد کرد.

حضور و مشارکت این نهادها در فرایند دادرسی کیفری در قالب ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری را باید از نوآوری‌های مهم دانست.

از سوی دیگر، پیش‌نویسی که بنا است تبدیل به قانون شود، در کنار نکات مثبت و ارزشمندی که داشت، واجد برخی نکات تأمل برانگیز و منفی بود. اگرچه در قانون اساسی کشور و مقدمه و متن پیش‌نویس بر مشارکت مردم در چهار سطح تصمیم‌گیری، نظارت، مطالبه‌گری و اجرا تأکید فراوانی شده است اما به نظر می‌رسد برخلاف محتوا، رویکرد مدیریتی، ساماندهی، نظارتی و امنیتی بر فعالیت تشکلهای غلبه دارد و این موضوع، مغایر با اصل ۶ قانون اساسی ج.ا.ا و میثاق جهانی حقوق بشر است. به نظر می‌رسد هر چند این پیش‌نویس به دنبال رفع خلأ قانونی است اما با



## References

- Aboramadan, M. (2018). NGOs management: a roadmap to effective practices. *Journal of Global Responsibility*, 9(4), 372-387. <https://doi.org/10.1108/JGR-08-2018-0033>
- Amagoh, F. (2015). Improving the credibility and effectiveness of non-governmental organizations. *Progress in Development Studies*, 3, 221-239.
- Canada Not-for-profit Corporations (NFP) Act, 2009 information-law.
- Council of Europe. (2008). *Legal status of non-governmental organisations in Europe- Recommendation CM/Rec (2007) 14* (Vol. 14, Issue 10). Council of Europe Publishing. <https://rm.coe.int/16807096b7>
- Draft Law on Social Organizations, 2022. (In Persian)
- Law Of the Republic of Armenia on Non-Governmental Organizations, HO-22-N - Date of Adoption: 16.12.2016
- Lang, S. (2012). *NGOs, civil society, and the public sphere*. Cambridge: Cambridge University Press. DOI:10.1017/CBO9781139177146.
- The bylaws of non-governmental organizations of the Council of Ministers approved in 2015. (In Persian)
- The Constitution of the Islamic Republic of Iran. (In Persian)
- The Executive Regulations of People's Organizations, Amendment 2019. (In Persian)
- Trade Law approved in 1952. (In Persian)
- Mcbride, J. (2021). *The Legal Space for Non-Governmental Organisations in Europe* (p. 69). <https://rm.coe.int/the-legal-space-ngo-text-a4-web-final/1680a4cd01>
- Mitchell, G. E. (2015). The Attributes of Effective NGOs and the Leadership Values Associated with a Reputation for Organizational Effectiveness. *Case Western Reserve University*, 26(1), 39-57. <https://doi.org/10.1002/nml>
- Qolipour, Rahmatullah (2004), Analysis of the relationship between good governance and administrative corruption, *Management Culture Quarterly*, 3rd year, 10th issue. (In Persian)
- Ramezani Qavamabadi, Mohammad Hossein (2014), a comparative study of the legal status of non-governmental organizations in Iran and France; From establishment to activity, *comparative law studies*, 6th volume, 2nd issue. (In Persian)
- Regulations for the registration of non-commercial organizations and institutions approved in 1958. (In Persian)
- Research Center of the Islamic Council (2013), review of laws and regulations of non-governmental organizations in different countries, political studies office, serial number: 11052. (In Persian)
- Wouters, J. & Rossi, I. (2018). Human Rights NGOs: Role, Structure and Legal Status. *SSRN Electronic Journal*, <https://doi.org/10.2139/ssrn.2873440>



Wango (2002), Code of Ethics & Conduct  
for NGOs: Compliance Manual,

<http://www.wango.org/codeofethics/compliancemanual.Pdf>

Original Article

# Comparative Study of the Scope of the Islamic Republic of Iran's Constitution: From Written to Unwritten Document

Ayat Mulaee<sup>\*1</sup>, Mohammadreza Mojtehed<sup>2</sup>, Seyed Hossein Malakooti Hashjin<sup>3</sup>, Maedeh Soleymani Dinani<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Associate Professor, Department of Law, Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran.

<sup>2</sup> Professor, Department of Law, Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran.

<sup>3</sup> Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran.

<sup>4</sup> PhD Student of Public Law, Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran.



[20.1001.1.24237566.1402.7.2.11.7](https://doi.org/10.1001.1.24237566.1402.7.2.11.7)



[10.22080/lps.2023.24490.1423](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24490.1423)

**Received:**

November 8, 2022

**Accepted:**

January 7, 2023

**Available online:**

August 18, 2023

**Keywords:**

Written Constitution,  
Unwritten Constitution,  
Guardian Council, Basic  
Judge, Interpretation of  
the Constitution.

## Abstract

Although it seems that the written document of the constitution regulates and controls the existing constitutional order in the written constitution countries, the reality is that "politics in progress" and existing political transactions are not only not fully under the control of the written document of the constitution, but even in some cases, politics has prevailed over rights and determines the way and direction of the implementation of legal norms. As a result, focusing on the form and format of the Constitution should not prevent the examination of the content and political realities in society. The present article, with a descriptive-analytical method and by studying the opinions of the Guardian Council and other available sources, seeks to answer the question that, does Iran's constitutional law function fully according to the written constitution? This study also tries to discover more about the legal or political nature of the basic order in Iran. The result of the research indicates that in Iran's system of constitutional rights, unwritten and interpretable components link the written text of the constitution with some unwritten areas. On credit, Iran's constitution is neither completely legal nor completely political, and has both written and unwritten aspects, and the opinions of the Guardian Council are a window to understand them.

\*Corresponding Author: Ayat Mulaee

Address: Associate Professor, Department of Law,  
Faculty of Law and Social Sciences, University of  
Tabriz, Tabriz, Iran.

Email: [amulaee@tabrizu.ac.ir](mailto:amulaee@tabrizu.ac.ir)



## 1. Introduction

Although it seems that the written document of the constitution regulates and controls the existing constitutional order in the written constitution countries, the reality is that "politics in progress" and the existing political transactions are not only not fully under the control of the written document of the constitution, but even in some cases, politics prevails over rights and determines the manner and direction of the implementation of legal norms. Therefore, focusing on the form and format of the Constitution should not prevent the examination of the content and political realities in society. In other words, a political understanding of the Constitution is not always responsible for controlling political power. In addition to this, the silence of the constitution and its general language can become the basis for various and even conflicting interpretations, which makes it inevitable to go through the appearances of the law.

Considering the fact that the "written constitution" cannot deal with all issues, the ground for the interpreter of the constitution to enter the field of recognition of the constitution is provided. In written legal systems, to clarify the ambiguity through interpretation, the interpreter of the constitution links the written constitution to the "unwritten constitution". As a result, every written legal system is inevitably dependent on unwritten policies that implement the legal norms in practice. From this point of view, no constitutional law system can be completely legal or political. Therefore, the concept of "political constitution" appears when the written law does not fully control the political system of a country, and at this time, this question arises: What is the real

constitution according to which the country's policies operate? In response to this question, instead of a formalist approach (constitution based on the text of the Constitution), which limits one's view to the written constitution and its appearance, the need to adopt a functionalist approach to examine the "real constitution" is felt.

Although Iran's constitution is clearly a codified and written law and has maintained its written form since the approval of the Constitution of the Republic in 1358 and then its revision in 1368, its reliance on Sharia and the existence of some general terms and unwritten content in the constitutional document, has been the basis for the development of the procedure and performance of the Guardian Council in the matter of interpretation or supervision of the Parliament's resolutions. Whether the basic order and politics of Iran fully work according to this written constitution or not, is a question the present study seeks to answer.

## 2. Research Methodology

The data collection in the current study was done through the library method, in which the researchers studied Persian and English sources, examined interpretative and consultative theories, and also investigated the positions and procedures of the Guardian Council. This research follows a descriptive-analytical method and explains and analyzes the unwritten elements, values, and policies beyond the written text and examines their position in comparison with the written document of the Constitution. It also tries to clarify the answer to the research question by presenting concrete examples.

### 3. Findings

This study revealed that Iran's constitutional law system does not fully function according to the written constitution, but Sharia and the concepts derived from it, ethics, as well as general and interpretable principles narrow or expand the scope of the written text of the constitution and determine the flow of the text's implementation.

### 4. Conclusion

In general, the constitutional law system of the Islamic Republic of Iran is special and unique and originates from two main sources of constitutional law and Sharia. On the one hand, the "constitutional document", which has been officially approved and ratified, and its maintenance and guarantee are repeatedly examined in the institution of the Guardian Council, is the source and basis of political action, and on the other hand, "Sharia", which keeps up with the written document, is the criterion of legitimacy and acceptability of the laws and legal regulations of the country as an integral part of the constitution.

In Iran's constitutional rights system, some political facts and continuous interactions of politicians are revealed in the form of dynamics and the scope of Sharia law, and the Guardian Council's opinions are a window to understanding them. In this way, Iran's constitutional system has a written and an unwritten aspect and is neither completely legal nor completely political; sometimes, Sharia controls and guides political processes in a specific normative form and sometimes, it is in the stage of real political action that the scope and examples of Sharia are determined. It is clear that in the second part, the institution of the Guardian Council must use the utmost care and

diligence to avoid authoritarianism and prevent the excessive strengthening of the ruling power.

In addition, by gaining credibility from the behavior and procedure of political activists, some procedures and sometimes metatextual interpretations fill the empty spaces of the text, determine the way of implementing the qualifications of the written text, harmonize the text with the developments of the day, or even in some cases, replace the text and as a result, are an integral part of the general order of Iran's constitutional rights; however, considering that such procedures have not gone through the process of constitutionalism completely and are only valid until the ruling power considers them valid, it is better to make a special distinction between "procedures for the implementation of the constitution" and "the unwritten constitution" to avoid possible misunderstandings in the field of politics and take a step in the original path of constitutionalism. This is despite the fact that the unwritten constitution or the unwritten principles of the constitution come from the spirit of libertarianism and popular acceptance; such values are independent of the text, binding, and valid, and fully comply with the principles of the unwritten constitution.

### Funding

There is no funding support.

### Contribution of the Authors

This article is an extract from a doctoral thesis. Maedeh Soleimani Dinani has collected the materials and organized them with the guidance of the corresponding author, Ayat Moulai. After completing the preliminary work, the text





has been finalized using the comments and suggestions of Mohammad Reza Mojtahdi and Hossein Malkuti Hashjin.

### **Conflict of interest**

The authors declared no conflict of interest.

## علمی پژوهشی

# مطالعه تطبیقی قلمروی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران؛ از سند نوشته تا نانوشته

آیت مولائی<sup>۱\*</sup>، محمدرضا مجتهدی<sup>۲</sup>، سید حسین ملکوتی هاشجین<sup>۳</sup>، مائده سلیمانی دینانی<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> دانشیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران.

<sup>۲</sup> استاد گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران.

<sup>۳</sup> استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران

<sup>۴</sup> دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران



[20.1001.1.24237566.1402.7.2.11.7](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24490.1423)



[10.22080/lps.2023.24490.1423](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24490.1423)

## چکیده

هر چند به نظر می‌رسد سند مکتوب قانون اساسی در کشورهای مبتنی بر قانون اساسی نوشته، نظم اساسی موجود را تنظیم و کنترل می‌کند اما واقعیت این است که «سیاست در جریان» و داد و ستدهای سیاسی موجود نه تنها به طور کامل تحت کنترل سند نوشته قانون اساسی قرار ندارند بلکه حتی در مواردی سیاست بر حقوق چیره شده و نحوه و مسیر اجرای هنجارهای حقوقی را نیز تعیین می‌نماید. در نتیجه، تمرکز بر شکل و قالب قانون اساسی نباید ما را از بررسی محتوا و واقعیت‌های سیاسی در جریان جامعه بازدارد. نوشتار حاضر با روش توصیفی-تحلیلی و با مطالعه نظرات شورای نگهبان و سایر منابع در دسترس، در پی پاسخ به این سؤال که، آیا نظم حقوق اساسی ایران به طور کامل بر طبق قانون اساسی نوشته عمل می‌کند؟ در راستای کشف بیشتر ماهیت حقوقی یا سیاسی نظم اساسی در ایران می‌کوشد. آورده‌ی تحقیق حاکی از این است که در نظم حقوق اساسی ما مؤلفه‌های نانوشته و تفسیرپذیر موجب پیوند متن نوشته قانون اساسی با برخی از حوزه‌های نانوشته می‌شود. به اعتباری، مشروطه ما نه کاملاً حقوقی و نه کاملاً سیاسی است و از هر دو وجه نوشته و نانوشته برخوردار است و نظرات شورای نگهبان دریچه‌ای برای شناخت آن‌هاست.

### تاریخ دریافت:

۱۷ آبان ۱۴۰۱

### تاریخ پذیرش:

۲۸ دی ۱۴۰۱

### تاریخ انتشار:

۱ مهر ۱۴۰۲

### کلیدواژه‌ها:

قانون اساسی نوشته، قانون اساسی نانوشته، شورای نگهبان، دادرسی اساسی، تفسیر قانون اساسی.

\* نویسنده مسئول: آیت مولائی

آدرس: دانشیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، ایمیل: [amulaee@tabrizu.ac.ir](mailto:amulaee@tabrizu.ac.ir)

دانشگاه تبریز، تبریز، ایران.



## ۱ مقدمه

در حالی که مشروطه‌گرایان حقوقی بیشتر تمایل دارند تا ایده‌ی قانون اساسی را معادل با یک سند رسمی مشخص و مدون در نظر بگیرند (Law, 2010, 378) و بنابراین قائل به ایجاد هنجارهای اساسی از مسیر رسمی و در قالب سند برتر و عالی هستند که اجرای آن به وسیله مرجع مستقل قضایی تضمین می‌شود، مشروطه‌گرایان سیاسی بر شکل-گیری و تضمین هنجارهای قانون اساسی واقعی در عملکرد و رویه‌های سیاسی روزمره تاکید می‌کنند (Kálmán, 2019, 1). بنابراین، به اعتبار برداشتی سیاسی از قانون اساسی، تکیه بر قانون اساسی نوشته و توسل به نهاد دادرسی اساسی برای کنترل قدرت سیاسی همیشه پاسخگو نیست. چنانچه در بریتانیا رویه‌ها و اصول نانوشته هر چند بخشی از قانون اساسی به حساب می‌آیند اما به‌طور رسمی و از طریق مراجع قضایی لازم‌الاجرا نیستند. علاوه بر این سکوت قانون اساسی و زبان کلی آن می‌تواند زمینه‌ساز تفاسیر گوناگون و حتی متضاد شود که این خود عبور از ظواهر قانون را ناگزیر می‌سازد. لذا، تمرکز بر شکل و قالب قانون اساسی نباید ما را از بررسی محتوا و واقعیت‌های سیاسی در جریان جامعه بازدارد (مرادخانی، ۱۴۰۱، ۱-۴).

با توجه به این مهم که «قانون اساسی نوشته»<sup>۱</sup> ظرفیت پرداختن به همه‌ی موضوعات را ندارد؛ زمینه‌ی ورود مفسر قانون اساسی به عرصه‌ی بازشناسی قانون اساسی فراهم می‌شود. مقام مفسر قانون اساسی؛ در نظام‌های حقوقی نوشته و در مسیر روشنگری و رفع ابهام از طریق تفسیر، قانون

اساسی نوشته را به «قانون اساسی نانوشته»<sup>۲</sup> پیوند می‌دهد. در نتیجه، ناگزیر هر نظم حقوقی نوشته به سیاست‌های نانوشته‌ای وابسته است که مسیر اجرای هنجارهای حقوقی را در عمل اجرا می‌کنند. از این منظر، هیچ نظام حقوقی اساسی نمی‌تواند به طور کامل حقوقی یا سیاسی باشد.

مفهوم «قانون اساسی سیاسی»<sup>۳</sup> زمانی نمود پیدا می‌کند که قانون نوشته به طور کامل سیستم سیاسی یک کشور را تحت کنترل نداشته باشد و در این هنگام این سوال پیش می‌آید که قانون اساسی واقعی که سیاست‌های کشور طبق آن عمل می‌کنند، چه هستند؟ در پاسخ به جای یک رویکرد فرمالیستی (مشروطه مبتنی بر متن قانون اساسی) که دیدگاه ما را به قانون اساسی نوشته و شکل ظاهری آن محدود می‌کند، نیاز به اتخاذ یک رویکرد کارکردگرایانه برای بررسی «قانون اساسی واقعی»<sup>۴</sup> احساس می‌شود (Shigong, 2010, 13).

هر چند قانون اساسی ایران به وضوح یک قانون مدون و نوشته شده است و از زمان تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی در سال ۱۳۵۸، و پس از آن بازنگری سال ۱۳۶۸ قانون اساسی شکل مکتوب خود را حفظ کرده است اما اینکه آیا نظم اساسی و سیاست ایران به‌طور کامل بر طبق این قانون اساسی نوشته عمل می‌کند یا خیر؟ سؤالی است که پاسخ به آن هدف پژوهش حاضر خواهد بود.

با وجود تحقیقات مختلفی از سوی پژوهشگران حوزه حقوق عمومی در موضوع قانون اساسی نانوشته و یا مفهوم قانون اساسی سیاسی در مقایسه با قانون اساسی حقوقی،<sup>۵</sup> تاکنون پژوهشی

انتشار و مرادخانی، فردین (۱۴۰۱)، دو برداشت از قانون اساسی (حقوقی و سیاسی)، مجموعه مقالات دومین همایش اصول نانوشته قانون اساسی، قم، دانشکدگان فارابی.

<sup>1</sup> - Written Constitution.

<sup>2</sup> - Unwritten Constitution.

<sup>3</sup> - Political constitution.

<sup>4</sup> - The real constitution.

<sup>5</sup> - برای نمونه ن ک به: سلطانی، سید ناصر (۱۳۹۹)، **حقوق اساسی نانوشته**، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی

قابل توجهی از اصول و رویه‌های تشکیل‌دهنده‌ی نظم اساسی را نادیده بگیرد.

مفهوم قانون اساسی نانوشته با شناسایی قواعد حقوقی تقریباً در قامت قانون اساسی؛ که در متن قانون اساسی یافت نمی‌شوند، گره خورده است. لذا مجموعه هنجارهایی که در عمل و به لحاظ کارکرد، معادل با هنجارهای موجود در متن قانون اساسی هستند، معیاری از شناسایی هنجارهای اساسی در خارج از متن است (Griffin, 1996, 55). این جاست که تفاوت واقعی میان قواعد و اصول نوشته شده از نانوشته، مشخص می‌شود. آنچه که قانون اساسی نوشته را از قانون اساسی نانوشته تمیز می‌دهد، نوشتن نیست. زیرا چه بسا قواعد و اصولی به هر ترتیبی به صورت نوشته درآیند، لیکن ماهیتاً نانوشته باشند. به این ترتیب، قانون اساسی نانوشته در مفهوم کامن‌لایی، نه به این مفهوم که هیچ سند اساسی نوشته‌ای وجود ندارد بلکه به این مفهوم است که یک سند واحد مدون، مشخص و مرجع به‌عنوان قانون اساسی؛ چنانچه در کشورهای با قانون اساسی مکتوب رایج است، وجود ندارد. برای مثال، در کشوری مانند بلژیک حقوق فردی از اصول قانون اساسی نوشته شده استنباط می‌شود در حالی که در انگلستان اصطلاح اصول قانون اساسی به تصمیمات خاصی که توسط دادگاه‌ها در مورد حقوق افراد صادر می‌شود نیز تعمیم می‌یابد. یعنی یک متن واحدی به نام قانون اساسی وجود ندارد تا اصول و قواعد اساسی از آن قابل برداشت باشد (Walters, 2009, 255).

با توجه به آنچه مطرح شد، قواعد و اصول نوشته و همچنین قواعد و رویه‌های نانوشته با هم نظام کلی حقوق اساسی را تشکیل می‌دهند. به عبارت دیگر، اگر موضوع حقوق اساسی را به هر دو قواعد نوشته و نانوشته تسری بدهیم، قواعد نانوشته؛ اگر با وجود ماهیت سیاسی، بخشی از نظم وسیع حقوق اساسی خواهند بود. (سلطانی، ۱۳۹۶: ۱۰۳).

به‌طور ویژه با تمرکز بر عناصر نانوشته و یا ارزش‌ها و سیاست‌های ورای متن نوشته و بررسی جایگاه آن-ها در مقایسه با سند مکتوب قانون اساسی، به بررسی نظم حقوق اساسی ایران پرداخته است. لذا نوشتار حاضر با روش توصیفی-تحلیلی و گردآوری داده‌ها به صورت کتابخانه‌ای ضمن شرح توضیحاتی کلی پیرامون موضوع، با ارائه‌ی نمونه‌های عینی، در راستای روشن شدن پاسخ سؤال تحقیق تلاش می‌کند. در این راستا، ابتدا برای درک بهتر موضوع، مفهوم و ماهیت نظم اساسی نانوشته به صورت مختصر به بحث گذاشته می‌شود. سپس در قالب نمودارهایی، «شرع» به‌عنوان مهم‌ترین منبع نانوشته در نظم حقوق اساسی ایران معرفی شده و مصادیق برگرفته از آن همچون نظرات و فتاوی ولی فقیه، حقوق و آزادی‌های افراد و موازین و مبانی اسلام که تاکنون برای اعلام مغایرت مصوبات مجلس، مبنای عمل شورای نگهبان قرار گرفته است، مورد بررسی قرار می‌گیرد. پس از آن به برخی دیگر از مفاهیم کلی مانند؛ اخلاق و فضایل اخلاقی و همچنین اصول تفسیرپذیر و جایگاه آن‌ها در رویه شورای نگهبان، اشاره می‌گردد.

## ۲ مفهوم قانون اساسی نانوشته

اگر قانون اساسی محدود به سند شکلی باشد، تمایز آن از سایر قواعد هنجاری کار ساده‌ای است. زیرا صورت و فرم قانون اساسی نوشته و نحوه‌ی تدوین و تصویب آن به روشنی قانون اساسی را از غیر آن تفکیک می‌سازد. اما اگر قانون اساسی به مفهوم اعم مدنظر قرار گیرد باید به تحلیل ماهیت قواعد اساسی و تمیز آن از قواعد غیراساسی پرداخت. در نتیجه برای تمایز قانون اساسی از غیر آن، به جای توجه به شکل و صورت باید بر محتوا و کارکرد آن تمرکز کرد. یکی از انتقادات اساسی بر فرمالیسم حقوقی و دفاع از قانون اساسی نانوشته نیز توجه به این مهم است که، صرف تمرکز بر بعد شکلی یعنی متن مدون قانون اساسی ممکن است ما را از توجه به بعد مادی قانون اساسی بازدارد و بخش



### ۳ مفاهیم نانوشته در نظام حقوق اساسی ایران

در سیستم حقوقی ایران در پی تضمین برتری قانون اساسی به‌عنوان سند سیاسی و میثاق اجتماعی، شورای نگهبان از یک سو پاسداری از اصول قانون اساسی از طریق نظارت بر قوانین و مقررات و احراز عدم مغایرت آن‌ها با قانون اساسی را عهده‌دار شده است<sup>۱</sup> و از سوی دیگر برای مراقبت از اصول و ارزش‌هایی که پایه و روح قانون اساسی را شکل داده‌اند پاسدار شرع و مسئول احراز عدم مغایرت قوانین و مقررات کشور با احکام و موازین شرعی می‌باشد. بنابراین از یک طرف پاسدار قانون اساسی بوده و اراده‌ی خود را محاط در اراده‌ی مقنن اساسی می‌داند و از طرف دیگر به استناد قانون اساسی پاسدار شرع است<sup>۲</sup> و لذا در عملکرد خود محدود به سند نوشته‌شده و در راستای پاسداری و نگهبانی از شرع و تحقق ابتدای تمام قوانین و مقررات بر آن<sup>۳</sup> لایه‌هایی از قانون اساسی را ارائه می‌دهد که به صراحت در متن قانون نوشته یافت نمی‌شود.

علاوه بر این، وجود برخی عبارات کلی و دارای محتوای نانوشته همچون اخلاق و فضایل اخلاقی در اصولی مانند اصول ۳، ۱۰ و ۱۴ قانون اساسی زمینه‌ساز توسعه رویه و عملکرد شورای نگهبان در نظارت بر مصوبات مجلس بوده است تا جایی که شورا در کنترل مصوبات مجلس علاوه بر انطباق با شرع و قانون اساسی در مواردی مطابقت مصوبه با اخلاق را نیز مورد بررسی قرار داده است.

### ۳،۱ شرع؛ منبع اصلی قانون اساسی

قانون اساسی ایران همانند بسیاری از قوانین اساسی اسلامی، هنجارهای شرعی را «منبع اصلی قانونگذاری»<sup>۴</sup> قرار داده و همواره تطبیق قوانین با موازین شرع را ایجاب می‌کند (Lombardi, 2013, 734).

اندیشه مشروطه‌خواهی در ایران آشکارا با شریعت اسلام گره خورده و هرگز از آن جدا نبوده است. بررسی مذاکرات مجلس خبرگان جایگاه شریعت اسلام را در ذهن طراحان قانون اساسی روشن‌تر می‌کند. چنانچه موسوی تبریزی می‌گوید: «بحث مطابقت با شرع یا قانون اساسی اساساً ایراد دارد چراکه قانون اساسی ما یعنی مجموعه ضوابطی که از قرآن و احادیث مستفاد می‌شود» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴، ۸۵) و یا در جایی دیگر حسینعلی منتظری می‌گوید: «ما تنها قانون اساسی تصویب خواهیم کرد که زیربنای تمام قوانینش قرآن و سنت پیغمبر باشد. اگر پایه طرح قانون اساسی براساس این مسائل نباشد از نظر ما ساقط و بی اعتبار است» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴: ۱۰۷). همچنین در راستای تاکید بر الزام‌آوری شرع؛ مستقل از متن قانون اساسی، مقدم مراغه‌ای بیان می‌کند: «مردم ایران با اتکا به ایمان و معتقدات اسلامی خود یکپارچه رهبری امام خمینی را پذیرفته‌اند. امام خمینی برای احراز رهبری به قانون اساسی استناد نکرده است و نفوذ و قدرتی که امام دارد منبعث از قانون اساسی مدون نیست بلکه سرچشمه نیروی

اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است. به این ترتیب در این اصل حکومت موازین شرع بر قانون اساسی مورد تصریح قرار گرفته است.

4 - The Chief Source of Legislation.

۱ - اصول نود و یکم، نود و چهارم و نود و هشتم قانون اساسی.

۲ - موضوع اصل نود و یکم قانون اساسی.

۳ - موضوع اصل چهارم قانون اساسی؛ از یک سو گستره اصل چهارم نسبت به همه اصول قانون اساسی به نوعی این اصل را به یکی از اصول فرا قانون اساسی تبدیل نموده است و از سوی دیگر آنچنان عام الشمول نگارش شده است که هر گونه مقرر-ای در جمهوری اسلامی ایران، مشمول آن خواهد شد. طبق اصل چهارم: کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی،

التزام به روح حاکم بر قانون اساسی است. در یک نظام اسلامی، به جای مجموعه‌ای از قوانین دقیق و مدون که امروزه به‌طور گسترده‌ای به‌عنوان ویژگی اصلی قانون نوشته مورد توجه قرار می‌گیرد، «شریعت» در اصل بیشتر شبیه یک بحث زنده در مورد کشف ایده‌های به صلاح جامعه از راه عقل و اجتهاد نقش‌آفرین می‌شود (Lloyd, 2008, 37). در نتیجه، شرع در مقایسه با سند مکتوب قانون اساسی، ماهیتی نانوشته دارد.

شرع در جایگاه منبع اصلی و البته نانوشته قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بارها و بارها از سوی نهاد شورای نگهبان مبنای رد مصوبات مجلس شورای اسلامی قرار گرفته است. فراوانی استناد به شرع در نظرات شورای نگهبان حاکی از منبع و مبنای بودن این مهم در نظام حقوق اساسی ایران است. برای درک بهتر جایگاه شرع در نظام حقوق اساسی ایران و اثبات هم‌ترازی آن با سند مکتوب قانون اساسی، علی‌رغم ماهیت نانوشته‌ی آن، پس از بررسی موارد اعلام مغایرت مصوبات مجلس با شرع و قانون اساسی، طی ده دوره چهار ساله، نتایج حاصل از بررسی به شرح ذیل گزارش می‌شود:<sup>۲</sup>

**شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی،** (۱۳۸۵)، دوره پنجم، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، تهران: نشر دادگستر؛ **مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی،** (۱۳۹۱)، دوره ششم، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، تهران: اداره چاپ و انتشار معاونت حقوقی ریاست جمهوری؛ **مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی،** (۱۳۸۹)، دوره هفتم، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات؛ **مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی،** (۱۳۹۲)، دوره هشتم، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان؛ **مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی،** (۱۳۹۶)، دوره نهم، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.

رهبری امام اسلام است که به ذات دارای نیرو است» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴، ۳۷۴).

به‌طور کلی، شریعت در نظام‌های حقوقی اسلامی منبع اصلی قانون اساسی نوشته تلقی شده و با وجود سند نوشته همواره به‌عنوان یک منبع نانوشته و بخش جدایی‌ناپذیر قانون اساسی اثرگذار بوده است.<sup>۱</sup> در یک نظام حقوقی اسلامی، «شرع» در جایگاه منبع اصلی حقوق اساسی، فراتر از سند مکتوب قرار گرفته و به هنجارهای قانون اساسی محتوا می‌بخشد. تفکر و اجتهاد به‌عنوان عنصری پویا و زاینده شرایط متحول و متغیر اجتماعی، مدنظر قرار گرفته است (میرموسوی، ۱۳۸۴: ۱۰۷). علاوه بر این، اداره زندگی دنیوی و برقراری نظم و جلوگیری از هرج و مرج به عنوان غایت و کارکرد اصلی شریعت زمینه‌ساز ورود مصلحت در شریعت و سیالیت مفهوم آن در پرتو تحولات اجتماعی گشته است (میرموسوی، ۱۳۸۴: ۳۷۰). بنابراین، با توجه به کارکرد «اجتهاد» و «مصلحت» به‌عنوان دو عنصر پویای شرع برای استنباط احکام شرعی؛ متناسب با ضروریات هر عصر، ایده مشروطه اسلامی نه یک تبعیت صرف از اصول قانون اساسی و نه پایبندی فرمالیستی به نوشته‌های آن بلکه در حقیقت همان

۱ - چنین استدلالی از منظر مکتب کارکردگرایی (Functionalism)؛ یعنی نقش، عمل، اثر و کارکردی که یک پدیده در جامعه از خود به جای می‌گذارد، قابل طرح و دفاع است.

۲ - ن ک به: **مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی،** (۱۳۹۰)، دوره اول، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات؛ **مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی،** (۱۳۸۹)، دوره دوم، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، تهران: اداره چاپ و انتشار معاونت حقوقی ریاست جمهوری؛ **مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی،** (۱۳۸۵)، دوره سوم، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، تهران: نشر دادگستر؛ **مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی،** (۱۳۸۵)، دوره چهارم، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، تهران: نشر دادگستر؛ **مجموعه نظرات**



جدول ۱: داده های مورد بررسی در اعلام مغایرت با شرع

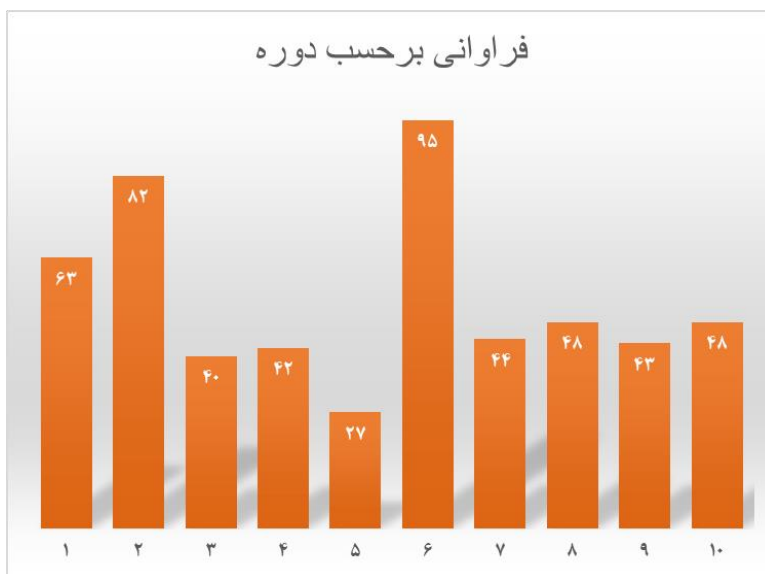
سال	دوره	فراوانی
۱۳۵۹-۱۳۶۳	۱	۶۳
۱۳۶۳-۱۳۶۷	۲	۸۲
۱۳۶۷-۱۳۷۱	۳	۴۰
۱۳۷۱-۱۳۷۵	۴	۴۲
۱۳۷۵-۱۳۷۹	۵	۲۷
۱۳۷۹-۱۳۸۳	۶	۹۵
۱۳۸۳-۱۳۸۷	۷	۴۴
۱۳۸۷-۱۳۹۱	۸	۴۸
۱۳۹۱-۱۳۹۵	۹	۴۳
۱۳۹۵-۱۳۹۹	۱۰	۴۸

جدول ۲: داده های مورد بررسی در اعلام مغایرت با قانون اساسی

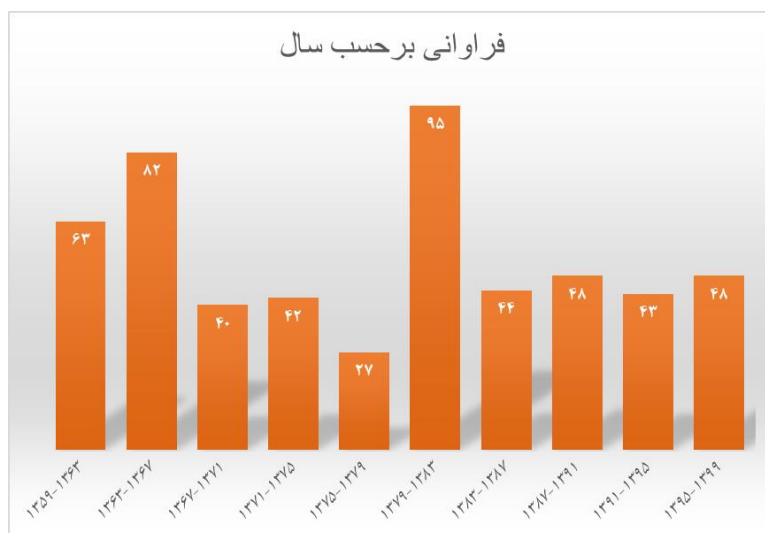
سال	دوره	فراوانی
۱۳۵۹-۱۳۶۳	۱	۷۸
۱۳۶۳-۱۳۶۷	۲	۸۰
۱۳۶۷-۱۳۷۱	۳	۶۱
۱۳۷۱-۱۳۷۵	۴	۹۷
۱۳۷۵-۱۳۷۹	۵	۷۷
۱۳۷۹-۱۳۸۳	۶	۱۱۴
۱۳۸۳-۱۳۸۷	۷	۹۰
۱۳۸۷-۱۳۹۱	۸	۱۳۵
۱۳۹۱-۱۳۹۵	۹	۹۲
۱۳۹۵-۱۳۹۹	۱۰	۷۲

اساسی ایران، داده‌های مورد بررسی در قالب نمودارهای میله‌ای به شرح ذیل ترسیم شده است.

در راستای فراهم ساختن امکان مقایسه داده‌ها و درک رابطه شرع و قانون اساسی در نظم حقوق

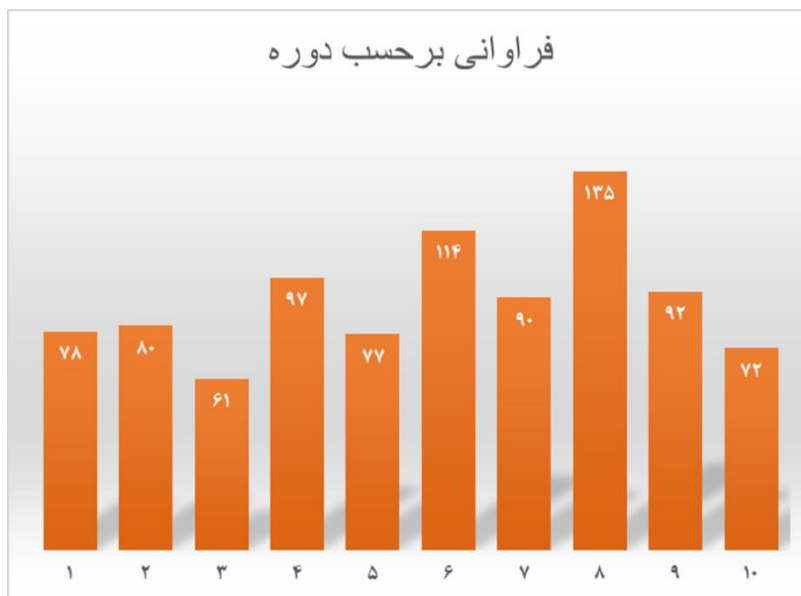


نمودار میله‌ای ۱: مغایرت با شرع بر حسب دوره

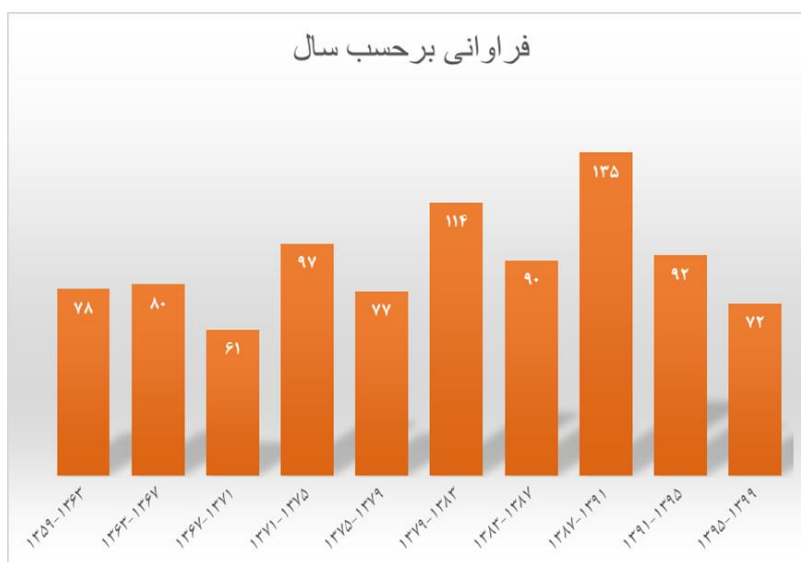


نمودار میله‌ای ۲: مغایرت با شرع بر حسب سال





نمودار میله‌ای ۳: مغایرت با قانون اساسی بر حسب دوره



نمودار میله‌ای ۴: مغایرت با قانون اساسی بر حسب سال

نظریات پیرامون حقوق طبیعی و نانوشته مانند؛ بی-  
اعتباری قوانین سازگار با قانون اساسی مکتوب، اما  
مغایر با سایر منابع حقوق اساسی (Sherry, 1378):  
1143) هم راستا است. به بیان دیگر، اگرچه در موارد  
بسیاری مصوبه مورد بررسی از سوی نهاد شورای  
نگهبان مغایرتی با سند قانون اساسی نداشته است  
ولی همان مصوبه به دلیل رعایت نمودن موازین  
شرعی با عدم پذیرش این نهاد رو به رو شده است.

همانگونه که از نمودارهای فوق قابل برداشت است؛  
بررسی مطابقت کلیه مصوبات با شرع در نظارت  
شورای نگهبان در همه ادوار از اهمیت ویژه‌ای  
برخوردار بوده است و همگام با بررسی مطابقت  
مصوبات با قانون اساسی نقش موثری در تصویب  
یا رد این مصوبات ایفا نموده است. جایگاه شرع در  
رویه و عمل شورای نگهبان به‌عنوان «مکمل و  
زیربنای سند قانون اساسی»، به روشنی با برخی از

۱۳۹۰: ۱۳۶۱/۰۷/۲ (مجموعه نظرات شورای نگهبان، ۱۰۲ و ۱۰۸).

در مواردی حتی شورای نگهبان مجلس را مکلف نموده تا قوانین را طبق نظر ولی فقیه تنظیم یا اصلاح نماید. برای نمونه؛ در لایحه تشکیل پست جمهوری اسلامی ایران مورخ ۱۳۰ / ۰۷ / ۱۳۶۵ (مجموعه نظرات شورای نگهبان، ۱۳۸۹: ۸۴۹) و همچنین لایحه مجازات اسلامی مصوب،<sup>۲</sup> بر اصلاح مصوبه طبق فتوای رهبری تأکید شد و در لایحه اهداف، وظایف و تشکیلات وزارت علوم، تحقیقات و فناوری مصوب ۱۳۸۱ شورا با این استدلال که، نظر مقام معظم رهبری به نحو مشخص منظور نشده است مصوبه را خلاف موازین شرع تشخیص داد.<sup>۳</sup>

همچنین، در قانون الحاق يك تبصره به ماده ۲۹۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ در موضوع ديه اقلیتهای دینی که معادل ديه مسلمان قرار داده شده بود، اگر چه خلاف بودن حکم با موازین شرعی تصریح می‌شود، اما نظر حکومتی ولی فقیه ارجح دانسته می‌شود. (مجموعه نظرات شورای نگهبان، ۱۳۹۸: ۸۳۴) علاوه بر این، اعلام مغایرت شرعی بسیاری از مواد قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ به دلیل مخالفت با فتاوی امام خمینی (ره) در تحریرالوسیله و یا فتاوی رهبری و حتی رد صلاحیت یکی از پیروان اقلیت‌های مذهبی از سوی شورای نگهبان در پنجمین دوره شورای شهر یزد در سال ۱۳۹۶، به دلیل مغایرت با نص فرمایشات بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران در صحیفه نور و در نتیجه مغایرت با موازین شرعی درخور توجه است.<sup>۴</sup>

مزید بر موارد فوق، طبق نظر شورا، ماده ۱۲ لایحه قانون مجازات ۱۳۹۱ مبنی بر اینکه «هرگاه رجوع به اصل ۱۶۷ لازم شود مقام قضایی از رهبری استفتاء می‌نماید.» با این توضیح که «در مواردی که رهبری فتوایی ندارد و قاضی می‌تواند از منابع معتبر

مغایرت با شرع از سوی شورای نگهبان از ابتدای کار تاکنون با اشاره به عناوین خاصی مطرح شده است و این شورا در قالب مصادیق مختلفی از قطعی شدن مصوبات مجلس جلوگیری نموده است. در ذیل برخی از مهم‌ترین مصادیق مغایرت با شرع از منظر شورای نگهبان آمده است.

### ۳/۱/۱ احکام و نظرات ولی فقیه

یکی از موارد مهم در رویه و نظرات شورای نگهبان، معیار قرار دادن احکام و فتاوی ولی فقیه به‌عنوان حکم شرعی و میزان سنجش اسلامی بودن قوانین و مقررات مجلس است. در این راستا، علی‌رغم نظر تفسیری شورا<sup>۱</sup> و با وجود اینکه اصل نود و ششم قانون اساسی تشخیص را به اکثریت فقهای شورای نگهبان نسبت می‌دهد، ملاحظه‌ی عملکرد این نهاد در سال‌های اخیر حاکی از این است که، رویه‌ی نانوشته‌ای مبنی بر اعتقاد به فتاوی معیار بودن نظرات ولی فقیه ایجاد شده است و موارد ارجاع به آن مصادیق گسترده‌تری پیدا کرده است. در این حالت، علاوه بر اینکه در صورت اختلاف نظر فقهای شورای نگهبان با رهبری، نظر ایشان مقدم می‌گردد، در مواردی حتی فقها رأساً در پی نظر مقام رهبری بر می‌آیند و با کشف نظر ایشان، ابتدای قوانین و مقررات با آن را مورد بررسی قرار می‌دهند. به این ترتیب، اخیراً سخنان و فتاوی وی در جایگاه مبنایی برای قضاوت در دادرسی‌های اساسی به شمار می‌رود (ابراهیم‌پور و یوسف‌زاده، ۱۳۹۸: ۳۷).

برخی از مواردی که شورای نگهبان نظرات فقهای ولی فقیه را معیار انطباق مصوبات با شرع قرار داده عبارت است از؛ نظر شورا در خصوص طرح اراضی شهری مصوب ۱۳۶۰/۱۲/۲۹، همین‌طور نظر شورا در خصوص لایحه تکمیل و نحوه استفاده از شهرک‌ها و مجتمع‌های ساختمانی نیمه تمام متوقف مورخ

۲ - نظریه شماره ۹۱/۳۰/۴۸۱۱۵ مورخ ۱۳۹۱/۰۷/۱.

۳ - نظریه شماره ۸۱/۳۰/۱۹۴۳ مورخ ۱۳۸۱/۰۹/۵.

۴ - نظریه شماره ۹۶/۱۰۲/۳۶۱۹ مورخ ۱۳۹۶/۰۹/۲۷.

۱ - «تشخیص مغایرت یا انطباق قوانین با موازین اسلامی به طور نظر فتوایی با فقهای شورای نگهبان است.» نظریه تفسیری شورای نگهبان شماره ۲۴۳۷ مورخ ۱۳۶۳/۱۰/۱۱.



جزو منابع حقوق اساسی کشور و در زمره‌ی معیار و میزان شرع در بررسی مصوبات مجلس از سوی شورای نگهبان قرار می‌گیرد.<sup>۳</sup> بر مبنای چنین استدلالی، احکام و موازین شرع و به تبع آن احکام حکومتی به‌عنوان بخشی از نسخه‌ی غیرمدون قانون اساسی (شرع) می‌تواند حوزه گسترده و نانوشته‌ای از عمل در اختیار فقهای شورای نگهبان برای تایید یا رد مصوبات مجلس در راستای انطباق مصوبات با شرع و یا در امر تفسیر قانون اساسی قرار دهد. واضح است که چنین نتیجه‌ای صرفاً در گرو شناسایی احکام حکومتی (و نه فتاوی یا نظرات ولی‌فقیه) به-مثابه احکام شرع است.

### ۳،۱،۲ حقوق و آزادی‌های افراد

فرض بر این است حقوق و آزادی‌های بنیادین فردی و اجتماعی در متن قانون اساسی، از شرع به‌عنوان منبع اصلی قانون اساسی سرچشمه می‌گیرد. از این نظرگاه، مشروطیت و حقوق بشر اگرچه نه به‌عنوان ملزومات اسلام اما حداقل امور سازگار با اسلام است. (AnNaim, 2008: 20)

بنابراین، یکی از مصادیق مغایرت با شرع در نظرات شورای نگهبان، مواردی بوده است که به علت نادیده گرفتن حقوق فردی مصداق مغایر شرع بودن شناخته شده است. برای نمونه؛ در لایحه انتخابات و اصلاحیه بعضی از مواد قانون تشکیلات شوراهای اسلامی و ... مصوب ۱۳۶۵، شورا، ضرورت «احترام به شرافت و آبروی افراد در اسلام و بررسی صلاحیت اشخاص به‌گونه‌ای که موجبات هتک حیثیت و آبرو را فراهم نسازد» را معیار مطابقت با

اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را استنباط کند، الزام قاضی به استفتاء از رهبری مغایر با اصل ۱۶۷ شناخته شد» برخلاف قانون اساسی اعلام شد. (مجموعه نظرات شورای نگهبان، ۱۳۹۶: ۱۹۷) مفهوم مخالف نظریه، این مهم را گوشزد می‌نماید که در مواردی که رهبری فتوا دارد قاضی موظف است به فتاوی ایشان رجوع کند. این در حالی است که منطوق اصل ۱۶۷ چنین تأکیدی را دربرنمی‌گیرد.

در بررسی طرح استفساریه تبصره ۷ ماده ۹ قانون اصلاح قانون مطبوعات مصوب ۱۳۷۹ و همین‌طور طرح یک فوریتی اصلاح ماده ۶ قانون مطبوعات<sup>۲</sup>، مغایرت با مرقومه مقام رهبری؛ مبنی بر مشروع نبودن و به مصلحت نظام و کشور نبودن تغییر قانون مطبوعات، معیار خلاف موازین شرع قرار گرفتن طرح مذکور از سوی شورا قرار گرفت.

در مورد ماهیت احکام حکومتی توافق کلی وجود ندارد. به طوری که برخی با استناد به نظر علامه طباطبایی مبنی بر اینکه «مقررات متغییری که از جانب والی وضع می‌شود، اگرچه لازم‌الاجرا و لازم‌الاطاعه است؛ ولی در عین حال، شریعت و حکم خدایی شمرده نمی‌شود»، احکام متغییری که حاکم بنا به مصلحت و بر اساس مقتضیات زمان و مکان وضع می‌کند را از دایره احکام شرعی خارج نموده و استدلال می‌کنند که نظارت شورای نگهبان در این قسم از احکام منتفی است و لذا رد مصوبات مجلس به دلیل مخالفت با حکم حکومتی را از مقوله اختیارات شورای نگهبان خارج می‌دانند. (کدیور، ۱۳۸۲) در حالی که دیدگاه مقابل، احکام، اوامر و نواهی فقیه و اجد الشرایط را از مصادیق احکام شرعی تلقی نموده‌اند. به این اعتبار احکام حکومتی

۱- نظریه شماره ۵۳۸۸/۸۲/۳۰ مورخ ۱۳۸۲/۰۸/۱۷.

۲- نظریه شماره ۲۲۸۵/۸۱/۳۰ مورخ ۱۳۸۱/۱۰/۲۹.

۳- ن. ک. به: الهام، غلامحسین (۱۳۸۹)، «جایگاه حکم حکومتی در قانون اساسی»، خسروپناه، عبدالحسین، (۱۳۷۸)، «جایگاه مصلحت در حکومت ولایی»، مجموعه مقالات، امام خمینی و حکومت اسلامی، احکام حکومتی و مصلحت، تهران، موسسه تنظیم و نشر

آثار امام خمینی، ۲۵۰؛ محسن ملک افزلی اردکانی، «حکم حکومتی در قانون اساسی و جایگاه آن در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران»، حکومت اسلامی، سال شانزدهم، ش ۴، ۱۳۹۰، ۶۰؛ شریفی، عنایت (۱۳۹۴)، «منشأ الزام در احکام فقهی و شرعی»، نشریه حقوق اسلامی، ش ۴۴، صص ۷۹-۸۰.

داشته باشد. در حقیقت، این نظریه‌ی برآمده از اجتهاد فقهای شورای نگهبان، اطلاق موجود در اصل ۱۳ را مقید نموده است. (نیکونهاد و زندیه، ۱۳۹۸: ۱۱۳)

به غیر از حوزه حقوق فردی، اطلاق موازین و یا مبانی اسلام در اصول مختلف قانون اساسی موجب برداشت‌های مختلف نهاد دادرسی اساسی از این مفهوم در کنترل مصوبات مجلس شده است. برای مثال؛ در بررسی لایحه متمم قانون بودجه سال ۱۳۶۹ یکی از مصادیق مغایرت با موازین اسلام، «تضعیف نظام جمهوری اسلامی» اعلام شده است.<sup>۵</sup> همچنین، در جریان بررسی طرح ایجاد سازمان نظام پرستاری جمهوری اسلامی ایران اطلاق ماده ۲۲ طرح مذکور خلاف «موازین مستنبط از مبانی اسلامی» شناخته شد.<sup>۶</sup> به این ترتیب تحت یک تفسیر موسع، نه تنها مغایرت با مبانی اسلامی بلکه مغایرت با موازین مستنبط از این مبانی نیز می‌تواند موجبات رد مصوبه مجلس را فراهم نماید. چنین نظری از دریچه‌ی سند نوشته قانون اساسی محلی برای توضیح ندارند.

### ۳،۲ اخلاق و فضایل اخلاقی

اصول و ارزش‌های اخلاقی؛ صرف‌نظر از این‌که در متن قانون نوشته شده باشند یا خیر، هنجارهای مستحکمی هستند که بر تمام هنجارهای قانون اساسی برتری دارند و نه تنها در برابر لغو اکثریت، بلکه از هر گونه لغو انسانی در امانند. در حالی که هنجارهای اخلاقی؛ چه آن‌ها را پذیرفته باشیم یا خیر، به نیروی خود و به‌صورت خود اجرا عمل می‌کنند اما هنجارهای حقوقی وجود خود را به مؤلفه‌های خاص، چه از طریق تصویب عمدی و چه از طریق تکامل عرف، مدیون هستند. (Huscroft, 2008: 277)

بنابراین موضوع اصلی این نیست که آیا باید اصول اخلاقی را قانون اساسی کرد یا خیر، بلکه آیا هنجارهای اخلاقی باید در کنترل مصوبات مجلس

شرع بودن مصوبه تلقی نموده است.<sup>۱</sup> احتی در نظر دیگری شورای نگهبان سلب حق «آزادی انتخاب» را به دلیل اینکه یکی از حقوق اساسی بشر به حساب می‌آید، مغایر با موازین شرع می‌شناسد.<sup>۲</sup> چنین رویکردی به وضوح نمایانگر هم‌سویی موازین شرع در دیدگاه شورای نگهبان با حقوق و آزادی‌های بشر به‌عنوان یکی از منابع و مبانی قانون اساسی نانوشته می‌باشد. در این راستا، نظریه شورا در بررسی لایحه آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۰ مبنی بر «نادرستی قرار دادن حقوق جامعه در مقابل حدود و مقررات الهی (شرع)»<sup>۳</sup> بر ادعای هم‌سویی شرع و حقوق عمومی صحه می‌گذارد. اشاره به چنین مصادیقی نشان می‌دهد، شورای نگهبان می‌تواند از ماهیت پویای شرع به نفع حقوق و آزادی‌های نانوشته و غیر مصرح در متن بهره بگیرد.

### ۳،۱،۳ موازین و مبانی اسلام و مفاهیم مشترک با آن

حقوق و آزادی‌های فردی هر چند صراحتاً در سند قانون اساسی به رسمیت شناخته شده‌اند، ممکن است در حوزه اجرا و در تطابق با اصول شریعت قلمرو محدودتری پیدا کرده و وسعت معنایی خود را از دست بدهند. برای نمونه می‌توان به نظر شورای نگهبان در پاسخ به استفساریه ریاست قوه قضاییه در خصوص اصل سیزدهم قانون اساسی اشاره نمود که به موجب آن «دادگاه‌های اسلامی باید بر اساس موازین اسلامی حکم کنند مگر در مواردی که شارع مقدس احکام مربوط به احوال شخصیه اهل کتاب را امضا فرموده است.»<sup>۴</sup> طبق این نظر، اقلیت‌های دینی در خصوص احوال شخصیه‌شان مادامی که اختلافی پیش نیامده آزادند اما در صورت حدوث اختلاف و مراجعه به دادگاه، مرجع قضایی مکلف است براساس موازین شریعت اسلامی به صدور رأی مبادرت کند، مگر اینکه براساس موازین اسلام، تنفیذی در خصوص احوال شخصیه اهل کتاب وجود

۴ - نظریه تفسیری شماره ۱۷۹۴ مورخ ۱۳۶۸/۱۲/۱۵.

۵ - نظریه شماره ۱۱۶۲ مورخ ۱۳۶۹/۰۹/۱۸.

۶ - نظریه شماره ۸۰/۲۱/۲۱۰۳ مورخ ۱۳۸۰/۰۶/۱۱.

۱ - نظریه شماره ۶۱۹۷ مورخ ۱۳۶۵/۰۳/۲۸.

۲ - نظریه شماره ۶۸۳۶ مورخ ۱۳۶۵/۰۷/۸.

۳ - نظریه شماره ۹۰/۳۰/۴۶۱۴۱ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۲۳.



قوانین با شرع و قانون اساسی محدود شده است. (حبیب‌نژاد و منصوری، ۱۳۹۸: ۲۱۶-۲۲۶) اما با وجود این، شورای نگهبان نسبت به تصریحات اخلاقی قانون اساسی مسئول است و حتی در امر تفسیر قانون اساسی نیز نسبت به مسائل اخلاقی بی‌توجه نخواهد بود. از یک سو، طبق یک باور کلی، اعتبار قانون در انطباق با ارزش‌ها و اصول اخلاقی سنجیده می‌شود و از سوی دیگر، کلی‌گویی و ابهامات قانون اساسی فضای قابل‌توجهی را برای استدلال مستقل دادرس تحت‌تأثیر مفهوم نانوشته اخلاق و عدالت باقی می‌گذارد. در نتیجه دادرس اساسی به‌عنوان ضامن برترین قانون در جامعه، نمی‌تواند از مواجهه با این بعد اخلاقی قانون جلوگیری کند. (Stumpf, 41-44: 1952) بنابراین، پیوند اصول مختلف سند قانون اساسی با ارزش‌های اخلاقی و گسست-ناپذیری شرع از اخلاقیات، موجب می‌شود، نهاد شورای نگهبان هم در کنترل مصوبات مجلس با قانون اساسی و هم در بررسی مطابقت قوانین با شرع، ناگزیر به صیانت از اخلاق و فضایل اخلاقی بپردازد (مظهری و جنگجوی، ۱۴۰۰: ۷۰-۷۹).

ارزش‌های اخلاقی به دلیل پیوند عمیق با حقوق طبیعی<sup>۱</sup> و برخورداری از نیروی الزام‌آوری مستقل از متن؛ از سوی طرفداران قانون اساسی نانوشته، به‌عنوان یکی از «منابع فرامتنی قانون اساسی»<sup>۲</sup> در نظر گرفته می‌شوند. به عقیده‌ی آن‌ها «ارزش‌های اخلاقی حتی اگر مستقیماً مخالف متن قانون اساسی باشند، نیروی الزام‌آوری خواهند داشت.» (Solum, 1966: 2013) بنابراین به نظر می‌رسد، رویکرد و رویه شورای نگهبان در بررسی مطابقت قوانین با اخلاقیات، با نظر حقوقدانان حقوق اساسی نانوشته هم راستا است.

قابل ذکر است، استدلال‌های اخلاقی براساس اصولی هستند که به‌طور عینی قابل‌اثبات نیستند.

مدنظر شورای نگهبان قرار گیرد و مغایرت با آن‌ها موجبات رد مصوبه را فراهم سازد؟

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ارجاعات بسیاری به اخلاق دارد. برای نمونه؛ در بند ۱ اصل سوم ایجاد محیط مساعد برای رشد فضایل اخلاقی یکی از تکالیف دولت شمرده شده است. طبق اصل دهم، هرگونه برنامه‌ریزی در حوزه خانواده باید بر پایه حقوق و اخلاق بنا شود. در اصل چهاردهم، بر وظیفه مسلمانان به رعایت اخلاق حسنه در برابر غیر مسلمانان تأکید شده است. در اصل صد و بیست و یکم، رییس جمهور موظف و متعهد به ترویج اخلاق در کنار ترویج دین شده است. اصل هشتم به صراحت دعوت به خیر را که امری اخلاقی است در زمره وظایف دولت و مردم آورده است. همچنین در فصل سوم قانون اساسی، بسیاری از حقوق شناخته شده برای افراد ملت احکام اخلاقی ارزشمند و قابل احترامی هستند که صورت حقوقی پیدا کرده‌اند. بنابراین، رعایت هنجارهای اخلاقی یکی از حدود مقرر قانونگذاری و روح همه قوانین تلقی می‌شود. به عبارت دیگر، هیچ قانونی نمی‌تواند در تضاد با الزامات اخلاقی باشد.

در همین راستا، شورای نگهبان برخی از مصوبات مجلس را به استناد احکام اخلاقی مندرج در قانون اساسی مورد مخالفت قرار داده است. برای مثال؛ در قانون انتخابات عدم ذکر وابستگی به رژیم سابق یا هواداران احزاب منحل به‌عنوان افراد فاقد صلاحیت کاندیداتوری به استناد بند ۱ اصل ۳ مورد مخالفت شورا قرار گرفت. همچنین اطلاق ماده ۱۹ طرح نظام پزشکی که مستلزم تجویز عضویت افراد ناصالح بود، مغایر با قانون اساسی اعلام شد. پر واضح است، بررسی مطابقت قانون با اخلاق در زمره وظایف مستقل شورای نگهبان به حساب نمی‌آید و این شورا به تصریح قانون اساسی به بررسی عدم مغایرت

Roznai Y (2017), Unconstitutional Constitutional Amendments, The Limits of Amendment Powers, Oxford University Press, 80.

<sup>2</sup>- Extra textual sources.

<sup>۱</sup> - حقوق طبیعی «نظام هنجارهای حقوقی نیست، بلکه نظام والاترین اصول اخلاقی است و با ماهیت قانون به‌عنوان یک نهاد اجتماعی که معیار خاصی از قابل‌پیش‌بینی بودن را فراهم می‌کند، ناسازگار خواهد بود» ن ک به:

جهت بی عیب و نقص است. امیدواریم با این اصولی که تصویب می‌شود راه نظام اسلامی سازنده-مان باز شود و تکامل آن هم بر عهده آیندگان باشد» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴: ۱۲۰۶)، به لحاظ شرعی قلمرو اختیارات این نهاد مشمول توسعه گشت و تکامل این اصل به دست آیندگان سپرده شد. لذا تمام اختیارات رهبری در قانون اساسی ذکر نشده و در بن‌بست‌های قانونی و اجرایی اختیارات ویژه‌ای برای این نهاد قابل برداشت است که بنا به تعبیر برخی چنین برداشتی، پویایی قوانین از طریق تطبیق آن‌ها با شرایط متغیّر زندگی اجتماعی را فراهم می‌آورد. (ارسطا و برومند، ۱۳۹۸: ۱۴)

در این راستا، دامنه و مصادیق بند اول اصل ۱۱۰ و همچنین توابع اصل ۵۷ قانون اساسی آنچنان نامحدود و غیر قابل شمارش است که بسیاری از نظرات شورای نگهبان در راستای رد مصوبات مجلس به دلیل مغایرت مصوبه با این دو اصل مهم و تفسیرپذیر قانون اساسی بوده است. این تفسیرپذیری وسیع می‌تواند بخش نوشته‌ی قانون اساسی را به لایه‌های نانوشته‌ی آن پیوند بزند.

برای نمونه؛ شورای نگهبان طبق نظریه‌ی<sup>۲</sup>، طرح حمایت از مدیریت، احداث، تجهیز و نوسازی مساجد و نمازخانه‌های کشور را به دلیل اینکه مقام رهبری در خصوص اداره امور مساجد اقداماتی را توصیه نموده‌اند و مصوبه مجلس امور مساجد را به سازمان اوقاف واگذار نموده است، مغایر اصل ۵۷ تلقی نمود. لذا از منظر شورا، صلاحیت قانونگذاری مجلس منوط به این است که به صلاحیت‌های انحصاری رهبری؛ قابل برداشت از اصل ۱۱۰ قانون اساسی، ورود نکرده نباشد و به عبارت دیگر رهبری در مورد آن صراحتاً اظهار نظر ننموده باشد.

وسعت بند ۱ اصل ۱۱۰ قانون اساسی تا جایی است که در برخی از نظرات اخیر شورا، عدم مطابقت با سیاست‌های کلی و یا عدم اعمال نظرات

یعنی بین اصل اخلاقی انتزاعی و زمینه‌ی عینی که باید در آن عمل کند، شکاف زیادی وجود دارد. لذا ممکن است تفسیر قانون اساسی و یا بررسی قوانین در پرتو معیارهای اخلاقی، بر دیدگاه‌های اخلاقی شخصی استوار گردد مگر اینکه دادرسی اساسی از اصول و ارزش‌هایی دفاع کند که به نوعی «اخلاق ملی» تلقی می‌شوند و مقبولیت عام دارند. همان ارزش‌های اساسی نانوشته است که زیربنای متن نوشته قانون اساسی را تشکیل می‌دهد. شورای نگهبان باید در بررسی و تطبیق مصوبات مجلس با اخلاقیات همواره این مهم را مد نظر قرار دهد.

### ۳/۳ اصول تفسیرپذیر و مفاهیم کلی

علاوه بر شرع و اخلاقیات که منبع و مبنایی در ورای متن نوشته قانون اساسی برای رویه و نظرات نهاد شورای نگهبان فراهم ساخته‌اند، در مواردی حوزه نامحدود برخی از اصول قانون اساسی مانند اصل ۱۱۰ و اصل ۵۷؛ که با توسیع قدرت تفسیر شورای نگهبان همراه است، زمینه‌ساز آشکارسازی عرصه‌ی نانوشته‌ای در پس آن اصول گشته است.

در حالی که شورای نگهبان وظایف رهبری را از نظر قانونی منحصر در امور مذکور در اصل ۱۱۰ قانون اساسی شناخته بود<sup>۱</sup> و آن‌گونه که مباحثات مجلس خبرگان قانون اساسی برمی‌آید، تلاش شد تا با بیان تمام وظایف و اختیارات رهبری در اصل مذکور این اصل مفید حصر باشد. (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴: ۱۱۶۲) ولی چنانچه در پایان مباحثات مجلس خبرگان اساسی پیرامون وظایف و اختیارات رهبری نیز آمده است؛ «برای اطلاع ملت ایران عرض می‌کنم. ما یک هفته برای تکمیل شدن و پخته شدن این اصل به بحث و گفتگو پرداختیم. خواستیم تا آن‌جا که در توان نمایندگان است بتوانند با اظهارنظر خودشان این اصل را ساخته‌تر و کامل‌تر کنند. در عین حال مدعی نیستیم که هیچ اصلی از این اصول از هر

<sup>۲</sup> - نظریه شماره ۹۴/۱۰۲/۴۱۸ مورخ ۱۳۹۴/۰۲/۱۵.

<sup>۱</sup> - نظریه شماره ۱۰۲۲۴ مورخ ۱۳۶۶/۱۱/۱۴.



نوشته در تفسیر است. برای مثال؛ نظریه شورای نگهبان<sup>۶</sup> مبنی بر مغایرت لایحه انتخابات مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۶۲ با «حق طبیعی انتخاب شدن و انتخاب کردن» و محرومیت افراد از این حق، بسیار درخور توجه است. در این نظریه بدون اشاره به اصل خاصی از قانون اساسی، حق انتخاب شدن و انتخاب کردن در زمره حقوق طبیعی و ذاتی افراد بشر شناخته شده است. چنین مواردی که شورای نگهبان با اتخاذ رویکرد اخلاقی وظیفه‌گرایانه<sup>۷</sup> و بدون جانبداری‌های شخصی و یا سازمانی و در راستای حفظ و تضمین حقوق و آزادی‌های مردم دست به تفسیر زده است، حائز اهمیت است. از منظر چنین رویکردی مقام مفسر در هر شرایطی خود را موظف به رعایت اصول و ارزش‌های اخلاقی در امر تفسیر می‌داند حتی اگر این اصول در متن قانون اساسی تصریح نشده باشند.

علاوه بر این، در نظریه تکمیلی شورا<sup>۸</sup> راجع به اصلاح پاره‌ای از مواد قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵، اطلاق عبارت «منافات با فرهنگ اسلامی» مطروحه در تبصره یک ماده ۹ قانون مذکور؛ بدون اشاره به اصلی از اصول نوشته در قانون اساسی، خلاف اصل آزادی و در نتیجه خلاف قانون اساسی در نظر گرفته شده است.

همچنین شورا، اطلاق «ممنوعیت تبلیغ علیه داوطلب» مطروحه در ماده ۷۱ لایحه انتخابات ریاست جمهوری را به این علت که «بحث و انتقاد-های متعارف از آراء و برنامه‌ها و عملکرد سیاسی، اقتصادی و اجتماعی» را نیز شامل می‌شود، بدون ارجاع به اصل خاصی از قانون اساسی مغایر با قانون اساسی شناخت.<sup>۹</sup> به عبارتی در این نظریه حق بر

مجمع تشخیص مصلحت نظام مغایر با بند ۱ اصل ۱۱۰ و در نتیجه مغایر با موازین شرع شناخته شده است. یعنی چنین مواردی با مفهوم «مغایرت با شرع» مترادف در نظر گرفته شده و با عرصه‌ی نوشته‌ی مفهوم شرع پیوند داده شده است.<sup>۱</sup> همچنین، نظریه شورا در خصوص بررسی «طرح اختصاص درصدی از درآمد حاصله از پخش مسابقات ورزشی ... به فدراسیون ورزش»، مبنی بر رد مصوبه به دلیل ایجاد مانع در اجرای سیاست‌های مقام رهبری درخور توجه است.<sup>۲</sup>

در جریان بررسی طرح «سنجش و پذیرش دانشجو در دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی کشور»، شورا، عدم رعایت سیاست‌های کلی نظام و مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی را مصداق مغایرت با اصل ۵۷ قانون اساسی تلقی کرده است.<sup>۳</sup> اخیراً نیز عدم رعایت مصوبات شورای عالی فضای مجازی، ذیل مغایرت با اصل ۵۷ قانون اساسی مورد ایراد شورا قرار می‌گیرد.<sup>۴</sup> همچنین، می‌توان به نظریه شورا در بررسی لایحه بودجه سال ۷۹ اشاره نمود. در این نظر، دادن مجوز ورود خودرو به گونه‌ای که در تبصره ۱۴ آمده بود، از سوی شورای نگهبان «مغایر با روح و جهت‌گیری کلی اقتصادی مورد نظر قانون اساسی» شناخته شد.<sup>۵</sup> رد مصوبه مجلس به دلیل مغایرت با روح کلی اقتصادی قانون اساسی بدون اشاره به اصل مشخصی از متن قانون، حاکی از شناسایی ماهیت قانون اساسی و رای متن نوشته شده است.

در این بین، برخی از تفاسیر شورای نگهبان که حقوق و آزادی‌های مردم را نه در چارچوب متن بلکه در پس‌زمینه‌ی اهداف کلی و ارزش‌های مشروطه بیان می‌کند مصداقی از ظهور قانون اساسی

۱ - نظریه شماره ۹۰/۳۰/۴۴۵۱۴ مورخ ۹۰/۰۸/۲۶، نظریه شماره ۹۳/۱۰۲/۱۸۲۲ مورخ ۹۳/۰۶/۱۳۹۳؛ نظریه شماره ۹۵/۱۰۰/۵۰۳۲ مورخ ۹۵/۱۱/۱۹.

۲ - نظریه شماره ۸۰/۲۱/۲۴۲۵ مورخ ۸۰/۰۷/۲۸.

۳ - نظریه شماره ۹۲/۳۰/۵۱۵۶۴ مورخ ۹۲/۰۵/۳۰.

۴ - نظریه شماره ۹۵/۱۰۰/۱۰۳۲ مورخ ۹۵/۱۱/۱۹.

۵ - نظریه شماره ۷۸/۲۱/۶۳۵۷ مورخ ۷۸/۱۲/۲۳.

۶ - نظریه شماره ۱۰۶۴۱ مورخ ۱۳۶۲/۱۱/۲۷.

۷ - برای مطالعه بیشتر در مورد رویکرد اخلاقی وظیفه‌گرایانه ن ک به: محمد مظهری و فرزاد جنگجوی، «رویکردهای اخلاقی شورای نگهبان در تفسیر قانون اساسی با توجه به حقوق و آزادی‌های شهروندان»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، ش ۴، ۱۴۰۰، ۱۵۶۲-۱۵۶۴.

۸ - نظریه شماره ۲۳۷۰ مورخ ۱۳۶۳/۰۹/۲۹.

۹ - نظریه شماره ۳۶۸۱ مورخ ۱۳۶۴/۰۳/۲۵.

نوشته و یا به تعبیر برخی از طرفداران قانون اساسی زنده «شبه قانون اساسی»<sup>۱</sup> تلقی گردد. (MacDonnell, 2016: 515) ضمن اینکه، این‌گونه نظرات شورا به روشنی با حق حاکمیت مردم به- عنوان یکی از مبانی مهم قانون اساسی نوشته و همانگونه که مک کلین می‌گوید؛ به‌عنوان «تصورى نیرومند در ذهن پایه گذاران اولین قوانین اساسی» (McClain, 1902: 536)، مطابقت دارد.

بنابر آنچه تا کنون مطرح شد، به نظر می‌رسد آن دسته از نظرات و تفاسیر شورای نگهبان که سیاست‌های واقعی حاکم را نمایان می‌کند، بیانگر داد و ستدهای حقیقی عرصه سیاست است و یا می‌تواند مسیر اجرای اصول قانون اساسی را بدون تغییر متن نوشته با تغییر و تحول مواجه سازد، به تعبیر برخی از صاحب نظران حقوق، رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی<sup>۲</sup> و بخشی از نظم کلی حقوق اساسی (فرا تر از متن نوشته) هستند. اما با توجه ویژه به هدف مشروطه‌گرایی یعنی محدود ساختن قدرت دولت و تحقق حاکمیت قانون از یک سو و صیانت از حقوق فردی و آزادی‌های عمومی از سوی دیگر، تنها رویه و قواعدی می‌توانند به سطح قانون اساسی به مفهوم خاص دست یابند که شرط «سازگاری و انطباق با ارزش‌های مشروطیت» را دارا باشند در غیر این صورت با دوام نخواهند بود.

در این راستا، در مواردی که امکان افتادن در دام اقتدار گرایی و اعطای قدرت به نهادهای حقوق اساسی؛ بیش از آنچه در متن قانون آمده است، وجود دارد، نهاد مفسر و دادرس اساسی بیش از هر نهاد دیگری باید در ارائه نظر و تفسیر با احتیاط عمل کند.

با یک رویکرد کارکردگرا، در وهله اول هر آنچه که علی‌رغم کارکرد اساسی موثر، به‌طور رسمی در سند قانون اساسی نمود نیافته است، می‌تواند قانون

«آزادی بیان» و مصادیق آن یعنی «حق بر اظهارنظر و انتقاد» به‌عنوان حقوق ذاتی بشر از سوی شورای نگهبان مورد تأکید قرار گرفته است. تأکید بر حقوق فی‌الذات و اساسی که نیاز به تصریح در متن ندارند، نشان می‌دهد نظر این نهاد با نظر حقوقدانان طبیعی و نوشته همسو است. زیرا همانطور که عمار یکی از طرفداران نظریه قانون اساسی نوشته معتقد است، برخی از حقوق و آزادی‌ها به‌عنوان عناصر ذاتی و ضروری؛ هرچند نوشته، از قانون اساسی وجود دارد که شاید بدون این حقوق خود قانون اساسی اصلاً به وجود نمی‌آمد. مثلاً حق آزادی بیان به‌عنوان یک جز اصلی از قانون اساسی آمریکا حتی قبل از تصویب لایحه حقوق؛ که به‌صورت متنی حق آمریکایی‌ها را برای بیان از طریق سخنرانی، مطبوعات، دادخواست و گردهمایی تدوین کرده بود، وجود داشت. (Amar, 2012: 55) و یا همانطور که در انکار ضرورت گنجاندن بند حمایت از آزادی تجمع در متن قانون اساسی آمریکا بیان شده است؛ «حق تجمع، حق بدیهی و غیرقابل انصرافی است که مردم از آن برخوردارند. این قطعاً چیزی است که هرگز زیر سوال نخواهد رفت. مجلس به سادگی نیاز چندانی به برشمردن بی‌چون و چراترین حقوق نمی‌بیند، زیرا چنین حقوقی چه برشمرده شده باشند و چه نشده باشند، به وضوح وجود داشته اند.» (Rotunda, 1989: 16) به اعتقاد برخی از حقوقدانان، «این‌ها حقوقی هستند که از منظر قانون اساسی نوشته، برای شیوه زندگی دموکراتیک ما اساسی هستند.» (Sherry, 1978: 1165) لذا همواره باید در تفسیر قانون اساسی مد نظر قرار گیرند.

بنابراین، چنین موضعی از سوی شورای نگهبان، از این جهت که الزامات و تعهدات قانون اساسی مانند؛ ارتقای برابری و حفاظت از منافع اساسی افراد را برآورده می‌کنند، می‌تواند بخشی از قانون اساسی

<sup>۱</sup> - Quasi-Constitutional.

<sup>۲</sup> - قواعد نوشته‌ای که روش تفصیلی اجرای صلاحیت‌های مندرج در قانون اساسی را تعیین می‌کنند. ن ک به سلطانی،

سید ناصر، «اعتبارسنجی عرف و رویه‌های قانون اساسی»، دانش حقوق عمومی، ش ۱۸، ۱۳۹۶، ۹۷.





از یک وجه نوشته و یک وجه نانوشته برخوردار است و به اعتباری مشروطه ما نه کاملاً حقوقی و نه کاملاً سیاسی است. گاهی شرع به صورت هنجاری مشخص، کنترل‌کننده و هدایتگر جریان‌های سیاسی است و گاهی نیز در مرحله اجرا و عمل سیاسی واقعی است که دامنه و مصادیق شرع مشخص می‌شود. واضح است که در قسم دوم، نهاد شورای نگهبان باید نهایت دقت و اهتمام را برای پرهیز از اقتدارگرایی و جلوگیری از تقویت بیش از حد قدرت حاکمه به کار گیرد.

علاوه بر این، اگرچه برخی از رویه‌ها و بعضاً تفاسیر فرامتنی؛ با کسب اعتبار خود از طرز عمل و رویه‌ی کنشگران سیاسی، فضاهای خالی متن را پر می‌کنند، نحوه‌ی اجرای صلاحیت‌های متن نوشته را تعیین می‌کنند، متن را با تحولات روز هماهنگ می‌سازند و یا حتی در مواردی جایگزین متن می‌شوند و در نتیجه بخش جدایی‌ناپذیر نظم کلی حقوق اساسی ما هستند اما بهتر است برای پرهیز از سوء برداشت‌های احتمالی در عرصه سیاست و قدم برداشتن در مسیر اصیل مشروطه‌خواهی، بین «رویه‌های اجرای قانون اساسی» و «قانون اساسی نانوشته» به مفهوم اخص تمایز قائل شویم. با این توضیح که، چنین رویه‌هایی روند مشروطه‌خواهی را به‌طور کامل طی ننموده‌اند و تنها تا زمانی اعتبار دارند که قدرت حاکم آن‌ها را معتبر بداند. این در حالی است که قانون اساسی نانوشته یا اصول نانوشته قانون اساسی، بر آمده از روح آزادی‌خواهی و مزین به اخذ پذیرش مردمی هستند. چنین ارزش‌هایی مستقل از متن، الزام‌آور و دارای اعتبار هستند و با مبانی قانون اساسی نانوشته به‌طور کامل مطابقت دارند.

اساسی نانوشته تلقی گردد اما برای عبور از روی ریل‌های اصیل مشروطیت و پرهیز از خروج ناآگاهانه از آن، ما تنها اصول، قواعد یا رویه‌هایی را قانون اساسی نانوشته می‌شناسیم که برآمده از روح آزادی‌خواهانه‌ی مشروطه‌گرایی و در راستای اهداف واقعی قانون اساسی باشد. دیگر رویه‌ها یا قواعد شکل‌گرفته در طول زمان هر چند بخشی از سیاست در جریان و عمل واقعی قانون اساسی را شکل می‌دهند و لذا بخشی از نظام کلی حقوق اساسی هستند اما هرگز نمی‌توانند به سطح قانون اساسی به مفهوم اخص دست یابند.

## ۴ نتیجه‌گیری

همانطور که ملاحظه شد، نظم حقوق اساسی ایران به‌طور کامل بر طبق قانون اساسی نوشته عمل نمی‌کند. شرع و مفاهیم برگرفته از آن، اخلاق و همچنین اصول کلی و تفسیرپذیر، محدوده‌ی متن نوشته قانون اساسی را تضییق یا توسعه می‌بخشند و جریان اجرای متن را مشخص می‌سازند.

به‌طور کلی، نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران نظامی ویژه و منحصر به فرد است که از دو منبع اصلی سرچشمه می‌گیرد: قانون اساسی و شرع. از یک سو «سند قانون اساسی» که به‌طور رسمی مورد تایید و تصویب رسیده است و به‌طور مکرر حفظ و تضمین آن در نهاد شورای نگهبان مورد بررسی قرار می‌گیرد، منبع و مبنای عمل سیاسی است و از سوی دیگر «شرع» که پا به پای سند نوشته و به‌عنوان بخش جدایی‌ناپذیر مشروطه، معیار مشروعیت و مقبولیت قوانین و مقررات حقوقی کشور قرار می‌گیرد.

در نظام حقوق اساسی ما، برخی از حقایق سیاسی و تعاملات مستمر بازیگران عرصه سیاست در قالب پویایی و گستردگی دامنه شرع نمایان می‌شوند و نظرات شورای نگهبان دریچه‌ای برای شناخت آن‌هاست. بدین ترتیب نظام مشروطه ما

## References

- Amar, A. R. (2012), *America's Unwritten Constitution*, Basic Books, New York.
- AnNaim, A. (2008), *Islam and the Secular State Negotiating the Future of Sharia*, Harvard University Press.
- Annotated report of the deliberations of the Parliament of the Final Review of the Constitution of the Islamic Republic of Iran, (1985), the first to the thirty-first session, the General Department of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Council, First Edition. (in persian)
- Annotated report of the deliberations of the Parliament of the Final Review of the Constitution of the Islamic Republic of Iran, (1985), 32nd to 50th session, General Department of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Council, First Edition. (in persian)
- Arasta, M. J, & Broumand, M. (2019). Original structural requirements in the Islamic Republic of Iran's constitutional rights, *Knowledge Quarterly of Public Law*, Vol 25. (in persian)
- Ebrahimpour, A. & Yousefzadeh. M. (2019). Analysis of the reference to the Fatwas of the Velayat Faqih authority in the views of the Guardian Council, *Proceedings of the First National Conference on the Unwritten Principles of the Constitution*, Qom: Darul Alam Publishing House. (in persian)
- Griffin, S. M. (1996), *American Constitutionalism*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey.
- Habibnejad, S. A. & Mansouri Borojni, M. (2019), *Areas of ethics in the constitution of the Islamic Republic of Iran with an emphasis on the approach of religious government*, *Philosophy of Religion*, Vol 16. (in persian)
- Huscroft, G. (2008), *Expounding the Constitution; Essays in Constitutional Theory*, University of Western Ontario, Cambridge University Press.
- Kadivar, Mohsen, (2003), *The Sharia of the Guardian Council against the Law of the Majlis, reflection of thought*. (in persian)
- Kálmán, P. (2019), *Patterns of constitutionalism: who has the final word?, Judicial-legislative relations in Europe*, *Constitutionalism in the European Union and the constitutional interaction between the West and East of Europe Public Hearing/ Committee on Constitutional Affairs/ European Parliament*, Brussels.
- Khosropanah, A. H. (1999). *The position of expediency in provincial government*, A collection of essays on Imam Khomeini and Islamic government, governmental rulings and expediency, Tehran: Imam Khomeini's Writing and Publishing Institute. (in persian)
- Law, D. S. (2010), *Constitutions, The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*.
- Lloyd, C. (2008), *English Common Law and Islamic Sharia: Principled Agreement in the Path Towards Democracy*.



- Lombardi, C. B. (2013), Constitutional Provisions Making Sharia "A" Or "THE" Chief Source of Legislation: Where Did They Come From? What Do They Mean? Do They Matter?, AM. U. INT'L L. REV.
- MacDonnell, V. (2016), A Theory of Quasi-Constitutional Legislation, Osgoode Hall Law Journal, Vol 53.
- McClain, E. (1902), Unwritten Constitutions in the United States, Harvard Law Review, Vol 15, No. 7.
- Malek Afzali Ardakani, M. (2011), Government ruling in the Constitution and its position in the fundamental rights of the Islamic Republic of Iran, Islamic Government, vol. 4. (in persian)
- Mazhari, M. & Jangjoy, F. (2021), Ethical Approaches of the Guardian Council in the Interpretation of the Constitution with Respect to Citizens' Rights and Freedoms, Public Law Studies Quarterly, Vol. 4. (in persian)
- Mazhari, M. & Jangjoy, F. (2021), an analysis of the place of ethics in the views and opinions of the Guardian Council, Ta'ala Law Quarterly, vol. 3. (in persian)
- Mir Mousavi, S. A. (2005), Islam, tradition, modern government, Tehran: Nashrani, first edition (in persian)
- Moradkhani, F. (2022), two interpretations of the constitution (legal and political), collection of articles of the second conference on the unwritten principles of the constitution, Qom, Farabi School. (in persian)
- Murrill, B. J. (2018), Modes of Constitutional Interpretation, Congressional Research Service.
- Nikonhad, H. & Zandieh, Z. (2019), Islamic standards of government on the application and generality of the principles of the constitution in the procedure of the jurists of the Guardian Council; A procedural look at the effects of Shariah supervision on the principles of the Constitution, Knowledge of Public Law, Vol 24. (in persian)
- Rotunda, R. D. (1989), Interpreting an Unwritten Constitution, Harvard journal of Law & Public Policy, Vol 12.
- Sharifi, Enayat, (2015), The Origin of Obligation in Jurisprudence and Sharia Laws, Islamic Law Journal, Vol. 44. (in persian)
- Sherry, S. (1978), The Founders' Unwritten Constitution, The University of Chicago, Vol 54.
- Shigong, J. (2010), Written and Unwritten Constitutions: A New Approach to the Study of Constitutional Government in China, Modern China, 36(1).
- Solum, L. B. (2013), Originalism and the Unwritten Constitution, Georgetown University Law Center.
- Soltani, S. N. (2020), Unwritten Basic Rights, First Edition, Tehran: Publishing Company. (in persian)
- Stumpf, S. E. (1952), The Moral Element in Supreme Court Decisions, Vanderbilt Law Review, Vol 6.
- The collection of opinions of the Guardian Council on the approvals of the Islamic Council. (2011), The first

- period, Tehran, Research Center of the Guardian Council, Vice President for drafting, revising and publishing laws and regulations of the Presidential Legal Office. (in persian)
- The collection of opinions of the Guardian Council on the approvals of the Islamic Council. (2010), The second period, Research Center of the Guardian Council, Printing and Publishing Office of the Legal Vice President. (in persian)
- The collection of opinions of the Guardian Council on the resolutions of the Islamic Council. (2006), The third period, the Research Center of the Guardian Council, Tehran: Dadgstar Publishing. (in persian)
- The collection of opinions of the Guardian Council on the approvals of the Islamic Council. (2006), The 4th period, Research Center of the Guardian Council, Tehran: Dadgstar Publishing. (in persian)
- The collection of opinions of the Guardian Council on the approvals of the Islamic Council. (2006), The 5th period, Research Center of the Guardian Council, Tehran: Dadgstar Publishing House. (in persian)
- The collection of opinions of the Guardian Council on the resolutions of the Islamic Council. (2012), The 6th period, Research Center of the Guardian Council, Tehran: Printing and Publishing Department of the Presidential Legal Office. (in persian)
- The collection of opinions of the Guardian Council on the resolutions of the Islamic Council. (2010), The 7th period, Research Center of the Guardian Council, Tehran: Vice-President of Compilation, Revision and Publication of Laws and Regulations. (in persian)
- The collection of opinions of the Guardian Council on the resolutions of the Islamic Council. (2013), The 8th period, Tehran: Research Institute of the Guardian Council. (in persian)
- The collection of opinions of the Guardian Council on the resolutions of the Islamic Council, (2017), The 9th period, Tehran: Research Institute of the Guardian Council. (in persian)
- Walters, M. D. (2009), *Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism*, Cambridge University Press.
- Yaniv, R. (2017), *Unconstitutional Constitutional Amendments, The Limits of Amendment Powers*, Oxford University Press.

Original Article

# A Comparative Study of Liability Resulting from Future Loss in Jurisprudence and Law of Iran with France

Hossein Ali Mirzajani RoodPoshti<sup>1</sup>, Mehdi Fallah Kharyeki<sup>\*2</sup> , Seyyed Hasan Hosseini Moghadam<sup>3</sup> 

<sup>1</sup> PhD student in private law, Ayatollah Amoli Branch, Islamic Azad University, Amol, Iran

<sup>2</sup> Assistant Professor, Department of Private Law, Ayatollah Amoli Branch, Islamic Azad University, Amol, Iran

<sup>3</sup> Assistant Professor, Faculty of Law and Political Science at University of Mazandaran, Babolsar, Iran.



[20.1001.1.24237566.1402.7.2.12.8](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24475.1416)



[10.22080/lps.2023.24475.1416](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24475.1416)

**Received:**

October 28, 2022

**Accepted:**

April 24, 2023

**Available online:**

August 18, 2023

**Keywords:**

Future loss, Civil liability, Jurisprudence rule, Judicial procedure, Non-profit

## Abstract

Undoubtedly, the purpose of establishing the rules of civil liability is to compensate for the loss. In other words and from a technical point of view, a loss must be caused to compensate for it, responsibility should be created, and religion should be responsible. In fact, the occurrence and survival of civil liability depend on the current existence of damage, and quantity and quality are not involved in the principle of liability. In other words, the rule governing civil liability is the rule of all or nothing. That is, the responsibility is considered to exist when the loss is realized, and to be extinguished when it is not. Meanwhile, taking into account one of the conditions of claimable loss, which must be certain in the past and that one cannot be sentenced to compensation based on the mere possibility of loss, this research seeks to find an answer to this question: Considering Iran's and France's laws and regulations and through the prevention of civil liability, it is possible to imagine a place for future loss and the possibility of compensation? The findings of this research indicate that a possible loss is a loss that has the possibility of its realization in the future, but a future loss is a loss whose existence and realization in the future are certain and the necessity of its existence has been achieved in such a way that a country's custom and law consider such losses to be definitely claimable.

\*Corresponding Author: Mehdi Fallah Kharyeki

Address: Assistant Professor, Department of Private Law, Ayatollah Amoli Branch, Islamic Azad University, Amol, Iran      Email: [mehdifallahh@gmail.com](mailto:mehdifallahh@gmail.com)

University, Amol, Iran



## 1. Introduction

Undoubtedly, the purpose of establishing the rules of civil liability is to compensate for the loss. In fact, the occurrence and survival of civil liability depend on the current existence of damage, and the quantity and quality are not involved in the principle of liability; that is, the responsibility is considered to exist when the loss is realized and is extinguished when it is not. This means that the primary and particular purpose of civil liability, which is to compensate for loss, can only be relied upon if a certain and definite loss has occurred and this will be in some cases in which due to the existence of an almost certain possibility, the occurrence of loss is predictable and common sense dictates to be cautious and prevent possible loss, to the extent that tolerance and neglect of this issue will bring irreparable consequences. Meanwhile, considering one of the conditions of claimable loss, which must be certain in the past and that one cannot be sentenced to compensation based on the possibility of loss, this research seeks to find an answer to the question of whether with the relevant laws and regulations of Iran and France and through the prevention of civil liability, it is possible to envisage a place for future loss and the possibility of compensation or not. The findings of this research indicate that a possible loss is a loss that has the possibility of realization and non-realization in the future to the same extent, but a future loss is a loss whose existence and realization in the future are certain and the necessity of its existence has been achieved in such a way that a country's custom and law consider such losses to be definitely claimable.

## 2. Research Methodology

This study follows the descriptive-analytical approach in presenting the research contents. Since the study sources in this research were law books and also some jurisprudence books, the library method was used to analyze, describe, and explain legal reasons and arguments.

## 3. Findings

In the realm of civil liability, what the jurists agree on is that the order to compensate for damages caused by a breach of contract is subject to conditions, one of which is "certainty of loss". Another category of damage is future loss. "Future loss" is the kind of damage that has not actually occurred, but will definitely happen in the future due to an event that has happened before. What is doubtful is compensation for future losses. Doubt arises from the fact that although the source of such damage has already occurred, the loss, which is the main pillar of civil responsibility, has not occurred yet. By referring to reliable sources of jurisprudence such as "Lazarar", "Sad Zaraye", and "Precautionary Principle", it is possible to refer to the reasons that, in total, indicate that compensation for future damages and losses (that is, even before the actualization of those losses) is reasonable and possible. Additionally, considering legal articles such as Clause 14, Article 55 of the Municipal Law (amended on 11/27/1345), Article 15 of the Insurance Law, Articles 5 and 6 of the Iranian Civil Liability Law, and Articles 1222 and 1242 of the French Civil Code (amended in 2016) and also the French judicial procedure (such as the judgment of the Third Civil Branch, December 17, 2002, and the judgment of the Second Civil

Branch of the Supreme Court, June 10, 2004), it has been accepted that the mere risk of damage is sufficient to justify a civil liability lawsuit with the approach of imminent damage

#### **4. Conclusion**

In conclusion, the findings revealed that: A) From the perspective of Imamiyyah jurisprudence and with a brief look at the jurisprudence rules related to the subject, it is necessary to deal with the grounds, causes, and means of future harmful behaviors in the form of preventive measures. B) From the point of view of Iranian law and with regard to the rules of civil liability, the focus of modern civil liability is on the prevention of future damage, and from this point of view, the thought of prevention has prevailed over the idea of compensation and depends on the future. C) Based on French law and taking into consideration the amended Civil Code of 2016, and also from the analysis of some opinions and French jurisprudence, it appears that if there is a

risk of damage that has not yet occurred, some courts issue an order to carry out compensatory measures, and in this regard, the loss is the legitimate measures or costs that the risk made necessary.

#### **Funding**

There is no funding support.

#### **Authors' contribution**

The authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed upon all aspects of the work.

#### **Conflict of interest**

The authors declared no conflict of interest.

#### **Acknowledgments**

We are grateful to all the people who directly or indirectly helped to come up with the idea and write the manuscript.

# مطالعه تطبیقی مسئولیت ناشی از ضرر آینده در حقوق ایران و فرانسه

حسینعلی میرزاجانی رودپشتی<sup>۱</sup>، مهدی فلاح خاریکی<sup>۲\*</sup> ID، سیدحسن حسینی مقدم<sup>۳</sup> ID

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد آیت الله آملی، دانشگاه آزاد اسلامی، آمل، ایران  
<sup>۲</sup> استادیار، گروه حقوق خصوصی، واحد آیت الله آملی، دانشگاه آزاد اسلامی، آمل، ایران  
<sup>۳</sup> استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.

[20.1001.1.24237566.1402.7.2.12.8](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24475.1416)

[10.22080/lps.2023.24475.1416](https://doi.org/10.22080/lps.2023.24475.1416)

## چکیده

بی تردید هدف از وضع قواعد مسئولیت مدنی، جبران ضرر است. به تعبیر دیگر و از منظر فنی، باید زمانی به بار آید تا برای جبران آن، مسئولیتی ایجاد شده و دینی بر عهده مسئول قرار گیرد. فی الواقع حدوث و بقای مسئولیت مدنی منوط به وجود فعلی ضرر است و کمیت و کیفیت در اصل مسئولیت دخالتی ندارد. به تعبیری، قاعده حاکم بر مسئولیت مدنی، قاعده همه یا هیچ است. یعنی مسئولیت با تحقق ضرر، موجود و با عدم آن، معدوم تلقی می گردد. حالیه با ملحوظ نظر قرار دادن یکی از شرایط ضرر قابل مطالبه، که باید در گذشته مسلم باشد و اینکه به صرف احتمال ورود زیان، نمی توان کسی را به جبران خسارت محکوم کرد، این پژوهش در صدد یافتن پاسخی به این پرسش است که آیا با قوانین و مقررات موضوعه ایران و حقوق فرانسه و از طریق کارکرد بازدارندگی مسئولیت مدنی می توان جایگاهی برای ضرر آینده و مآلاً جبران آن متصور بود. یافته های این پژوهش حکایت از آن دارد که ضرر احتمالی، ضرری است که احتمال و امکان تحقق و به همین میزان عدم تحقق آن در آینده وجود دارد اما ضرر آینده ضرری است که عرفاً وجود و تحقق آن در آینده حتمی و مسلم بوده و مقتضی وجود آنها حاصل شده باشد به نحوی که این گونه منافع را عرف و قانون در حکم موجود دانند که چنین خسارتی، یقیناً قابل مطالبه است.

## تاریخ دریافت:

۱۴۰۱ آبان ۰۶

## تاریخ پذیرش:

۱۴۰۲ اردیبهشت ۰۴

## تاریخ انتشار:

۱ مهر ۱۴۰۲

## کلیدواژه ها:

ضرر آینده مسئولیت مدنی  
قواعد فقهی رویه قضایی عدم  
النفع

\* نویسنده مسئول: مهدی فلاح خاریکی

ایمیل: [mehdifallahh@gmail.com](mailto:mehdifallahh@gmail.com)

آدرس: استادیار، گروه حقوق خصوصی، واحد آیت الله آملی،  
دانشگاه آزاد اسلامی، آمل، ایران



## ۱ مقدمه

در ماده ۵۱۵ قانون آئین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی، ضرر به معنی از بین رفتن مال یا به واسطه فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد حاصل می‌شود، آمده است. در قانون مجازات عمومی سابق و همینطور در قانون مجازات اسلامی، لفظ ضرر به ندرت به کار گرفته شده و غالباً قانونگذار به جای ضرر و زیان لفظ خسارت را به کار برده است (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷: ۲۱۴). در عرف قضایی نیز مفهوم ضرر از معنی لغوی آن مایه گرفته و حقوقدانان نیز به هنگام بحث از مسئولیت (اعم از جزایی و مدنی) اصطلاح ضرر و زیان را مترادف خسارت دانسته و آن را شامل زیان های مادی و معنوی می‌شناسند. در حقوق فرانسه نیز خسارت به معنی ضرر وارده با الفاظ و جبران خسارت با کلمات تعبیر و بیان شده است. همچنین در اصطلاح حقوقی، ضرر به هر نوع ایجاد نقص در اموال و یا از بین بردن منفعت مسلم و هرنوع لطمه ای که به سلامت، حیثیت و عواطف شخص وارد آید، اطلاق می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۴۴).

## ۳ شرایط ضرر قابل مطالبه

در قلمرو مسئولیت مدنی، آنچه که قاطبه حقوقدانان بر آن اتفاق دارند این است که حکم به جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد مسبوق به شرایطی است که از جمله این شرایط «مسلم بودن ضرر» می‌باشد. به عبارت دیگر، مراد از ضرری که موجب مسئولیت مدنی بوده و قابلیت جبران را داراست، ضرری است که مسلم باشد. در اینجا مسلم بودن در قبال ظنی و یا احتمالی بودن ضرر است یعنی ضرر باید قطعی و محرز باشد. به تعبیر دیگر، منظور از ضرر مسلم بر طبق نظر دیوان تمیز فرانسه آن است که احتمال ورود آن زیاد باشد. بنابراین می‌توان گفت: ضرر مسلم آن است که فعلیت داشته باشد و یا بر حسب جریان عادی امور قابل تحقق باشد. بعضی از حقوقدانان فرانسه گفته‌اند: ضرر آینده در صورتی مسلم است که ارزیابی و تعیین میزان خسارت به وسیله قاضی ممکن باشد. براین اساس، فعلیت ضرر شرط نیست

از منظر علم حقوق، بدیهی است تا وقتی رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل در عالم خارج از ذهن ظهور و نمود نداشته باشد به ندرت انعکاسی داشته و از این حیث نمی‌توان مسئولیتی بر آن حمل نمود. یعنی هدف اولیه و بالذات مسئولیت مدنی که جبران ضرر می‌باشد، تنها در صورتی قابلیت استناد را دارد که ضرری مسلم و قطعی اتفاق افتاده باشد. به تعبیر دیگر، به صرف احتمال ورود ضرر، نمی‌توان کسی را به جبران آن، محکوم کرد. و این امر در حالی است که در مواردی چند و به جهت وجود احتمال قریب به یقین، بروز ضرر، قابلیت پیش بینی را داشته و عقل سلیم هم، حکم به رعایت احتیاط و دفع ضرر احتمالی می‌دهد تا جایی که تساهل و بی‌توجهی به این موضوع تبعات جبران ناپذیری را به همراه خواهد داشت. مع الوصف، کاوش های معموله در حقوق ایران و فرانسه حاکی از آن است که آنچه در بستر قواعد مسئولیت مدنی، معیار عملی و محسوس خسارت و ضرر محسوب می‌شود، ضرری است بالفعل که در طبیعت ظهور و بروز داشته باشد. بنابراین هرگونه مسئولیتی در این خصوص، مسبوق و منوط به ورود قطعی ضرر می‌باشد. از این حیث پرسشی که در این مقام قابلیت بررسی و پژوهش را دارد این است که آیا با قوانین و مقررات موضوعه در حقوق ایران و از طریق کارکرد بازدارندگی مسئولیت مدنی و همچنین با ملحوظ نظر قرار دادن قواعد فقهی و رویه قضایی فرانسه، می‌توان جایگاهی برای ضرر آینده و جبران آن، در مقوله مسئولیت مدنی، قایل بود؟

## ۲ مفهوم ضرر و خسارت

اهل لغت، لفظ ضرر را به معنی نقصان، زیان و خسارت آورده اند. بنابراین ضرر، زیان و خسارت از منظر لغوئین، مترادف یکدیگر استعمال می‌شوند (جوهری، ۱۴۱۳ق: ۷۱۹). در مواد ۱۴۵ و ۱۴۶ قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ اصطلاح ضرر و زیان توامان و در معنای لغوی آن استعمال شده ولی



حوزه مسئولیت قراردادی نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۲۰).

به عقیده‌ی یکی از اساتید حقوق: «گاهی پس از تحقق فعل زیان بار یا تقصیر، هیچ ضرری پدید نمی‌آید، اما احتمال ورود خسارت وجود دارد. حالیه، در این مقام این سوال قابل طرح است که آیا چنین ضرری، مسئولیت زاست؟ ممکن است استدلال شود که قرارگرفتن در معرض ورود ضرر و خسارت حتی به صورت احتمالی، نوعی ضرر است. بنابراین جبران ضرر محتمل نیز امکان دارد. اما حقیقت این است که آسودگی خاطر و داشتن امنیت از عدم ورود خسارت با وضعیت داشتن بیم و اضطراب از ورود ضرر، دو حالت کاملاً متفاوت می‌باشند. آنکه با ارتکاب عملی حالت امنیت را از افراد سلب نماید و آنها را به حالت اضطراب و تشویش خاطر اندازد، مسئول جبران چنین ضرری است» (یزدانیان، ۱۳۹۵: ۳۱۳).

#### ۴ ضرر آینده

از دیگر شقوق خسارت و ضرر، ضررهای آینده است. «ضرر آینده» ضرری است که بالفعل، رخ نداده، بلکه به واسطه واقعه‌ای که اتفاق افتاده است و سیر طبیعی امور هم بر آن صحنه می‌گذارد، قطعاً در آینده ایجاد خواهد شد (امامی، ۱۳۹۱: ۷۳۰). آنچه که محل تردید می‌باشد، جبران ضرر آینده است. تردید از آنجایی ناشی می‌شود که اگرچه منبع چنین خسارتی فی الحال اتفاق افتاده است اما ضرر که همانا رکن اصلی مسئولیت مدنی می‌باشد، هنوز به وجود نیامده است. بنابراین، صرفنظر از اینکه حکم به چنین خسارتی معقول و منطقی به نظر نمی‌رسد بلکه ارزیابی چنین خسارتی عملاً میسر نبوده و حتی با نگاه خوشبینانه، بسیار متعسر می‌نمایند. با این همه و با توجه به محقق الوقوع بودن خسارت در آینده، جبران چنین ضرری، نامعقول نیست کما اینکه رویه قضایی فرانسه در برخی آرا (نظیر رای شعبه دوم مدنی دیوان عالی کشور، ۱۰ ژوئن ۲۰۰۴) جبران ضرر آینده را جایز

و قاضی می‌تواند حکم به جبران ضرری کند که وقوع آن در آینده مسلم باشد (صفایی، رحیمی، ۱۳۹۵: ۹۹). ماده ۵۲۰ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ مقرر می‌دارد: «در خصوص مطالبه خسارت وارده خواهان باید این جهت را ثابت نماید که زیان وارده بلاواسطه ناشی از عدم انجام تعهد یا تاخیر آن و یا عدم تسلیم خواسته بوده است در غیر این صورت دادگاه دعوی مطالبه خسارت را رد خواهد کرد». به عبارت دیگر: «ضرری موجب مسئولیت مدنی و قابل جبران است که مسلم باشد، نه احتمالی» (صفایی، رحیمی، ۱۳۹۵: ۹۹). در پیوند موضوع، شرائط دیگری نیز برای تحقق مسئولیت مدنی ضرورت دارد که از جمله مستقیم بودن ضرر می‌باشد. مقصود از بی‌واسطه بودن ضرر این است که بین فعل زیانبار و ضرر حادثه دیگری وجود نداشته باشد تا جایی که بتوان گفت ضرر در نظر عرف از همان فعل ناشی شده است گرچه این شرط اصولاً مربوط به احراز رابطه علیت بین فعل شخص و ضرر است تا به شرائط زیان قابل مطالبه (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۱۲).

همچنین ضرری مورد توجه قرار می‌گیرد که قبلاً جبران نشده باشد. مراد از ضرر جبران نشده این است که هیچ خسارتی را نمی‌توان دوباره مطالبه کرد. یعنی در هر حالتی که به طریقی برای شخص زیان دیده خسارت وارد شده جبران می‌شود، ضرر از بین می‌رود و دیگر نمی‌توان آن را دوباره مطالبه کرد. همچنین در تایید این اصل گفته شده است که شخص زیان دیده نمی‌تواند دو یا چند وسیله جبران ضرر را با هم جمع کند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۱۵).

نهایت اینکه در مانحن فیه، قابل پیش بینی بودن ضررنیز شرط است. در مسئولیت‌های قراردادی و قهری به ویژه در زیان‌های آینده، آنچه که مورد پذیرش قرار گرفته این است که ناقض عهد، صرفاً مسئول خسارتی است که برای او قابل پیش بینی یا حداقل عرفاً مورد انتظار باشد. به عبارت دیگر زیان‌های غیر منتظره و پیش بینی دو طرف که به اسباب غیر متعارف و ویژه دعوی بستگی دارد، در

برخلاف رویه قضایی حاکم، غالب حقوقدانان کشورمان با استدلال‌هایی، خسارت عدم النفع را قابل مطالبه دانسته‌اند و برخی نیز میان عدم النفع و خسارت ناشی از عدم النفع قائل به تمییز شده‌اند به نحوی که تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی را از مصادیق خسارت عدم نفع شمرده‌اند (شهیدی، ۱۳۹۱: ۲۵۸). در پیوند موضوع، ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ در مقام بیان خسارت‌هایی که شاکی در اثر ارتکاب جرم متحمل آن شده است و می‌تواند آنها را مطالبه کند بیان داشته است: «شاکی می‌تواند جبران تمام ضرر و زیان‌های مادی و معنوی و منافع ممکن الحصول ناشی از جرم را مطالبه کند». بنابراین، با تلفیق ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و ماده ۴۹۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ معیاری به دست می‌آید که بیانگر جبران کامل خسارت و مبنایی جهت استناد به عدم النفع خواهد بود. شایان ذکر است که با ملحوظ نظر قراردادن دیدگاه شورای نگهبان در باب مخالفت با قابل جبران بودن خسارت عدم نفع، تبصره ۲ ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مشعر بر اینکه: «منافع ممکن الحصول تنها به مواردی اختصاص دارد که صدق اتلاف نماید. همچنین مقررات مرتبط به منافع ممکن الحصول ... شامل جرائم موجب تعزیرات منصوص شرعی و دیه نمی‌شود» مواجه با استثنائات وسیعی شده است (محمدی و همکاران، ۱۳۹۲: ۷۲).

## ۶ جایگاه ضرر در قواعد فقهی

با مراجعه به منابع معتبر فقهی می‌توان به دلایلی استناد جست که در مجموع بیانگر این مطلب می‌باشند که جبران خسارت و ضرر آینده (یعنی حتی قبل از فعلیت یافتن آن ضرر) معقول و ممکن می‌باشد. حالیه در این مقام و پس از شناخت ضرر آینده و لزوم جبران خسارت آینده و به منظور تثبیت این نظریه، به تبیین مهم‌ترین مبانی آن پرداخته می‌شود:

می‌داند زیرا چنین ضرری مسلم بوده و جبران آن معقول. با این فرض، جبران خسارات آینده‌ای که قطعی و مسلم باشد، به عنوان یک اصل پذیرفته شده است (Jourdain, Vineyt, 1988:298). بعلاوه، یکی از حقوقدانان، ضرر آینده را در مسئولیت مدنی قراردادی، قابل تصور دانسته و طی مثال قرارداد صنعتگر با کارخانه دار در خصوص تهیه مواد خام بیان می‌دارد: عدم انجام تعهد توسط متعهد گرچه فی‌الحال صنعتگر را متحمل ضرر نمی‌نماید اما ادامه این روند، ضرر آینده را مسلم و قطعی خواهد نمود (یزدانیان، ۱۳۹۵: ۳۰۳).

## ۵ خسارت عدم النفع

یکی از تعاریفی که می‌توان از عدم نفع یا به بیان قانون آیین دادرسی کیفری جدید، منافع ممکن الحصول عبارت است از: «منافعی که بر اساس سیر طبیعی و روال متعارف برای خواهان ایجاد می‌شده ولی به دلیل رفتار فاعل زیان، آن نفع به خواهان نرسیده است» (ره پیک، ۱۳۸۸: ۵۲). در این خصوص، مصادیقی هم در فقه بیان شده (نظیر زندانی نمودن فرد آزاد و ممانعت از فروش کالا) که مشهور فقهای امامیه، قائل به عدم ضمان هستند (محقق حلی، ۱۴۰۹: ۲: ۳۸۲ و شهید ثانی، ۱۴۱۷: ۵: ۱۲: ۴۰). برخلاف اعتقاد بعضی از علمای حقوق دائر بر اینکه عدم النفع همان خسارتی است که آینده وارد خواهد شد، به نظر می‌رسد عدم النفع مندرج در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نمی‌تواند و نباید همان خسارتی باشد که در آینده وارد خواهد شد چرا که خسارتی که در آینده وارد خواهد شد زمانی قابل مطالبه است که مقتضی در آن ثابت باشد. به تعبیر دیگر منافع ممکن الحصول و عدم النفع با یکدیگر متفاوتند. منافع ممکن الحصول منافعی هستند که مقتضی وجود آن‌ها، حاصل شده باشد. این گونه منافع را عرف و قانون در حکم موجود می‌داند و چنانچه کسی آن را تلف کند یا باعث تفویض آن شود باید خسارت ناشی از اقدام خود را جبران کند (محمدی و همکاران، ۱۳۹۷: ۶۵).



عدم آن احکام، ضرری پدید می‌آید نیز واجب است زیرا حکم عدمی مستلزم احکام وجودی است (حسن زاد، ۱۳۹۸: ۱۴۴).

«قاعده لاضرر» علاوه بر آنکه در موارد ضرر شخصی به عنوان دلیل ثانوی می‌تواند دایره ادله اولیه را محدود سازد، همچنین حاکی از یک خط مشی کلی در تشریح احکام اولیه می‌باشد. به عبارت دیگر، قاعده لاضرر بیان‌کننده این است که اولاً احکام الهی اعم از وضعی و تکلیفی مبتنی بر نفی ضرر بر مردم وضع گردید و ثانیاً چنانچه شمول قوانین و مقررات اجتماعی در موارد خاصی موجب زیان بعضی بر بعض دیگر گردد، آن قوانین مرتفع است (محقق داماد، ۱۳۶۶: ۱۵۷). به تعبیر یکی از حقوقدانان «چنانچه حکم شرعی مستلزم ضرر باشد اعم از اینکه ضرر به خود مکلف باشد یا به دیگری، آن حکم برداشته می‌شود مانند رفع حکم لزوم از معامله ای که یکی از متعاملین در آن مغبون شده باشد و کاستن از اطلاق اختیارات مالک از تصرف در ملک خویش، چنانچه تصرفات مزبور برای دیگران موجبات ضرر را فراهم نماید. بر این مبنا، چنانچه اختیارات مالک برای دیگران ضرر آفرین باشد، قاعده «لاضرر» آن اختیار را محدود می‌نماید» (یزدانیان، ۱۳۹۵: ۱۷۴).

سوالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا قاعده لاضرر شامل امور عدمی هم می‌شود؟ در پاسخ باید گفت: تردیدی نیست که قاعده لاضرر شامل احکام وجودی است. حال اگر از فقدان یک امر وجودی، ضرر و خسران پدید آید، آیا قاعده لاضرر حاکم بر این فقدان است؟ مثلاً اگر عدم حکمی متضمن ضرر باشد، آیا می‌توان به قاعده لاضرر تمسک نمود و گفت، آن ضرر منتفی است و به موجب آن حکمی وضع نمود؟

مرحوم نائینی چنین اعتقاد دارد: «قاعده لاضرر همیشه به صورت معارض و مخالف عمومات دیگر وارد صحنه می‌شود و بر آن‌ها غلبه می‌کند. پس باید همواره حکم ثابتی به نحو عموم وجود داشته باشد و بعضی مصادیق آن ضروری بوده تا به موجب

## ۶/۱ قاعده فقهی «لاضرر»

مدلول قاعده «لاضرر» جزء مستقلات عقلیه بوده و مهمترین دلیل بر حجیت آن، عقل می‌باشد (محقق داماد، ۱۳۶۶: ۱۳۴). به بیان دیگر، علاوه بر منابع کتاب و سنت در خصوص اثبات قاعده فوق، عقل نیز به عنوان یک حجت خدادادی، ضرورت این قاعده را توجیه می‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۲۳۸۷). به نظر امام خمینی «ره» ضرر به معنای ضد نفع و مقابل نفع است (موسوی الخمینی، ۱۳۸۵: ق: ۳۰). با توجه به نظریات مختلفی که در باب ضرر بین فقهای عظام وجود دارد، «لاضرر» به این معناست که ضرر چه در مقام قانونگذاری و چه در مقام اجرای قانون، در اسلام مشروعیت ندارد (محقق داماد، ۱۳۶۶: ۱۵۶). رسول گرامی اسلام «ص» با جمله «لاضرر و لا ضرار فی الاسلام» وجود ضرر را در محیط تشریح، معدوم اعلام نموده است و همینطور در موارد خاص روابط اجتماعی مردم با یکدیگر، آنجا که عملی منجر به اضرار به دیگری گردد، مورد امضای شارع قرارخواهد گرفت. این حدیث ناظر به مطلق موارد شرعی است که مسبب ضرر هستند و از طرفی دلیلی بر ادعای انصراف این قاعده به احکام شرعی وجودی، موجود نیست. لذا می‌توان گفت در صورتی که عدم وضع حکمی، موجبات ضرر را برای شخصی فراهم کند، با استناد به قاعده «لاضرر» بتوان مبادرت به وضع حکم نمود (صدر، ۱۴۲۰: ۳۴۹). مستفاد از قاعده لاضرر این است که این قاعده اثبات حکم می‌کند. به عبارت دیگر اگر از وجود حکمی خواه تکلیفی و خواه وضعی، ضرری برای کسی پیش آید به استناد این قاعده، آن حکم نفی می‌شود. بر این اساس، ضرر در اسلام مشروعیت ندارد. با پذیرش امور عدمی در قاعده لاضرر، این قاعده نقش بازدارندگی خواهد داشت و قانونگذار را مکلف به تدوین قوانین حمایتی می‌کند یعنی همان طور که در حکمت شارع مقدس نفی احکام ضرری واجب است، به همین ترتیب جعل احکامی که از

مطرح شده است، این اصل در اموری جریان پیدا می کند که اگر اصل تکلیف به اجمال معلوم بوده ولی در نحوه انجام آن تردید وجود داشته باشد، بر اساس این اصل باید به گونه ای به تکلیف عمل کرد که یقین بر امثال امر شارع وجود داشته باشد. اگرچه فقهای نظیر شیخ مرتضی انصاری در فرائد الاصول (انصاری، ۱۳۷۸: ۳۹۸) و همچنین مرحوم آخوند خراسانی در کفایه الاصول (آخوند خراسانی، ۱۴۱۲: ۳۴۹ و ۳۵۰) و استاد محمد رضا مظفر در اصول فقه (مظفر، ۱۴۰۵: ۲۸) متذکر شده اند که در امور عبادی «یعنی جایی که شک در حکم تکلیفی باشد» به این اصل می توان استناد جست، اما علی الظاهر این قاعده در امور غیر عبادی نیز قابلیت استناد را دارد. بنابراین، قلمرو موضوعی این قاعده، ضرر های احتمالی است اعم از اینکه ضرر به خاطر عقاب ناشی از تخلف از حکم تکلیفی بوده یا اینکه ضرر مادی و دنیایی باشد. با وجود این میزان ضرر اهمیت چندانی در استناد به این قاعده ندارد یعنی حتی دفع ضرر کم احتمالی نیز عقلاً واجب است مگر ضررهایی که عرفاً قابل تسامح باشد. مدرک این قاعده هم، حکم عقل است (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۳۳۹). منظور از احتمال در این قاعده همان ظن است که گرایش ذهن انسان به سمت آن است. سوالی که در این مقام قابلیت طرح دارد این است که آیا می توان این وجوب را وجوب شرعی دانست و در این راستا به قاعده «کل ما حکم به العقل، حکم به الشرع» استناد نمود؟ علامه نائینی در این خصوص معتقدند: «هنگامی که حسن و قبح عقلی به شیء فارغ از حکم شرعی آن تعلق بگیرد، برای احکام دیگر، در مرتبه علل می باشد» (موسوی خویی، ۱۴۱۹ ق: ۳۵۴). بنابراین به نظر می رسد در مانحن فیه، ضرر نرساندن و ضرر ندیدن می تواند علت این حکم باشد. لذا قاعده احتیاط، مبنایی کاملاً عقلی داشته و خود از مستقلات عقلیه و احکام ارشادی محسوب می شود. نتیجه اینکه، عمل به این قاعده، پیشگیری از بروز خسارت در آینده می باشد. شایان ذکر است که برخلاف زمان های گذشته که مسئولیت، حالت قهقرایی داشت، دیگر امروزه

قاعده لاضرر، شمول عام مزبور نسبت به آن مورد مرتفع گردد» (نائینی، ۱۳۵۷: ۲۲۱). با این فرض و به نظر ایشان، نقش قاعده لاضرر، بازدارندگی است دارد نه سازندگی. بنابراین و با توجه به نظریه مورد اختیار در تفسیر لاضرر و لاضرار مبنی بر اینکه به موجب قاعده مزبور، هرگونه ضرر در دائره تشریح، نفی گردیده است، اینک این پرسش مطرح می شود که آیا از عدم جعل ضمان توسط شرع مقدس و مبری دانستن عهده زیان زننده، ضرر متوجه زیان دیده نمی گردد؟ پاسخ مثبت است و بر این اساس بایستی با قبول ضمان بر عهده زیان زننده، ورود خسارت را بر زیان دیده، مرتفع ساخت. با این وصف، نمی توان باور کرد که دائره قاعده لاضرر محدود به رفع احکام و افعال خاص وجودی باشد. با این توجیه که چنانچه جعل حکم از ناحیه شارع موجب ضرر بر بندگان شود، ورود ضرر و زیان منتسب به شارع نخواهد بود تا لاضرر آن را مرتفع سازد. چرا که محیط تشریح و قانونگذاری به جمع شئون، محیط حکومت شرع مقدس است و همانطور که جعل قانون ممکن است برای فرد یا جامعه، زیان بار باشد، سکوت و عدم جعل نیز چه بسیار زیان و خسران وارد می سازد. در نهایت اینکه اینکه هرگونه سوء جریان در روابط حقوقی و اجتماعی یک جامعه، منبعت از عدم تدبیر حاکمان آنان است، خواه ناشی از وضع مقررات نامطلوب باشد یا ناشی از عدم وضع مقررات و انجام ندادن پیش بینی های لازم (محقق داماد، ۱۳۶۶: ۱۶۵).

## ۶،۲ اصل «احتیاط»

اصل احتیاط یکی از اصول عملی محسوب می شود که در مورد شک در مکلف به، مورد استفاده قرار می گیرد. اصل احتیاط برای فقهای متقدم، به عنوان یک اصل عملی مستقل و جدا از اصاله الحظر شناخته شده نبود. اصل احتیاط را اصل اشتغال نیز می نامند چرا که ذمه یا عهده ی فرد، یقیناً مشغول است، بنابراین باید فراغ ذمه یقینی نیز حاصل کند (نائینی، ۱۴۰۹ ق: ۳۰۴-۳۰۶). صرف نظر از فروض و شقوق بسیاری که در باب «اصل احتیاط» در بین فقهاء



پیشگیری از منکر و بازداشتن عملی از منشاء فساد و بزهکاری، واجب است (خمینی، ۱۴۱۸، ج ۲: ۲۷) حضرت علی علیه السلام در کلام خویش، مشاغلی که منشاء جرم و فسادند را ممنوع دانسته، می‌فرماید: «خداوند هر گونه شغلی را که فساد و تباهی از آن ناشی می‌شود، حرام دانسته است» (خوانساری، ۱۴۰۵، ق، ۲۱). در منابع اسلامی، پیشگیری وضعی با تعبیر دفع المنکر بیان شده است که اینک محقق کرکی در این باره می‌فرماید: «دفع منکر بر همه مکلفین واجب است و شرط آن قصد قربت نیست، اگرچه برای کسب ثواب قصد قربت شرط است» (محقق ثانی، ۱۴۱۴، ق: ۲۵۱). معنای دفع منکر در اینجا ناتوان کردن مرتکب از انجام عمل مجرمانه و ایجاد آن در خارج است. خواه به اختیار خود دست از عمل مجرمانه بکشد یا از انجام عمل منصرف نشود در حالی که نهی از منکر، چیزی جز منع کردن و باز داشتن طبق مراتب مقرر در شرع نیست (خویی، ۱۴۱۰، ق: ۱۸۱).

در کتاب تحریر الوسیله حضرت امام خمینی «ره»، ضمن بحث از ضرورت پیشگیری از انحرافات و امور منکر و حرام آمده است: «اگر پیشگیری از جرم متوقف به ورود به منزل یا ملک مجرم و یا تصرف در اموال وی، مانند محل سکونت و زندگی او باشد، جایز است در صورتی که جرم در حال وقوع از امور مهمی باشد که خداوند به هیچ وجه راضی به تحقق آن نیست مانند قتل. در غیر اینصورت، بدون رعایت اهمیت و سلسله مراتب، محل اشکال است» (الخمینی، ۱۴۰۹، ق: ۲۸۶). بنابر این مبنای پیشگیری وضعی در سیاست جنایی اسلام این است که دفع المنکر و جلوگیری از وقوع جرم، به هر طریق مشروعی لازم بوده و یکی از روش‌های موثر در رسیدن به این هدف، اخذ تدابیر پیشگیرانه وضعی است. یعنی شارع مقدس به جهت سد باب مفساد در جامعه در صدد از بین بردن زمینه و راه‌های منتهی به فساد بوده به نحوی که یا هیچ فسادی رخ ندهد و یا اینکه به حد اقل برسد. معهذاً با ملحوظ نظر قراردادن تحلیل مذکور در بیان فقها مشعر بر

مسئولیت فقط نسبت به اعمال گذشته نیست، بلکه طبق " اصل احتیاط" باید راهی را در پیش گرفت که عمل کنونی، مسئولیت آینده را در پی نداشته باشد. این اصل، آمیزه‌ای از اخلاق و سیاست بوده و اقتضاء دارد که از اعمال زیان بار پیشگیری نماید زیرا عمل کنونی می‌تواند مسئولیت آینده را به دنبال داشته باشد. بی‌جهت نیست که در حقوق مسئولیت مدنی امروزی باید با " اصل احتیاط " در صورت وجود " خطرات مشکوک و نامعین و محتمل الوقوع" از وقوع برخی از " خطرات یقینی و مسلم و محقق الوقوع" جلوگیری نمود (Martin, 2005: 223).

### ۶،۳ قاعده فقهی سد ذرایع

«سد» در لغت یعنی جلوگیری کردن و «ذرایع» به معنی وسیله است. سد ذرایع در اصطلاح به معنی جلوگیری کردن از هر کاری است که عادتاً، منجر به مفسده ای می‌گردد (مکارم شیرازی، ۱۳۷۳: ۵۴۱) در بین فقهای اسلامی و صرف نظر از دیدگاه‌ها و مبانی گوناگون در خصوص حجیت یا عدم حجیت سد ذرایع، بر ضرورت مقابله با زمینه‌ها و اسباب جرم تاکید شده است تا جایی که مرحوم حکیم در کتاب الاصول العامه للفقهاء المقارن می‌فرماید: «عمده اصولینی که ما می‌شناسیم چه از شیعه و چه از اهل سنت، جملگی از معتقدان به سد ذرایع هستند اگرچه در حد و مرز ذریعه‌هایی که به آنها استناد می‌کنند و ذریعه‌هایی که رها می‌کنند، با هم اختلاف نمایند» (حکیم، ۱۴۱۸، ق: ۳۹۳). کما اینکه در مسایل اجتماعی و از منظر علمای جامعه شناسی، یکی از مهم‌ترین روش‌های مقابله با بزهکاری، کنترل اسباب و مقدمات جرم است و جرم انگاشتن مقدمات رفتار مجرمانه و تحریم مقدمه حرام که از آن به سد ذرایع نیز تعبیر می‌شود می‌تواند جهت کاهش فرصت‌ها و زمینه‌های ارتکاب جرم ارزیابی شود. هدف از سد ذرایع، حفظ مصالح و دفع هرگونه مفسده است. بر اساس این قاعده، هر چه حرام است، راه و وسایل رسیدن به آن نیز حرام است. چه بسا آنچه به قواعد منطبق‌تر است آن است که

## ۷ ضرر آینده در آینه حقوق ایران و فرانسه

### ۷/۱ حقوق ایران

#### ۷/۱/۱ بند ۱۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری (اصلاحی ۱۳۴۵/۱۱/۲۷) در مقام احصاء وظایف شهرداری

«اتخاذ تدابیر موثر و اقدام لازم برای حفظ شهر از خطر سیل و حریق و همچنین رفع خطر از بناها و دیوارهای شکسته و خطرناک واقع در معابر عمومی، کوچه ها و اماکن عمومی و دالان های عمومی و خصوصی و پرکردن و پوشاندن چاه ها و چاله های واقع در معابر و جلوگیری از گذاشتن هر نوع اشیاء در بالکن ها و ایوان های مشرف و مجاور به معابر عمومی که افتادن آنها موجب خطر برای عابرین است و جلوگیری از ناودان ها و دودکش های ساختمان‌ها که باعث زحمت و خسارت ساکنین شهرها باشد». با عنایت به اینکه مسئولیت مدنی، منحصر و محدود به پرداخت خسارت و پول نبوده و جبران‌های مختلفی بر حسب ماهیت خود نظیر کارکرد پیشگیرانه نیز دارد، در ما نحن فیه، الزام به دفع خطر از موارد آن محسوب می‌شود. بنابراین در صورتی که دیوار یا ساختمان مخروبه و خطرناک وجود داشته باشد که جان عابرین و همسایگان را تهدید کند به مالک اخطار خواهد شد فوراً نسبت به رفع خطر اقدام نماید. چنانچه مالک اقدامی در جهت رفع خطر ننموده، شهرداری آن منطقه با توجه به مقررات، راساً نسبت به رفع خطر اقدام و هزینه آن را با جرایم متعلقه از مالک دریافت خواهد شد. با عنایت به اینکه مسئولیت مدنی، منحصر و محدود به پرداخت خسارت و پول نبوده و جبران‌های مختلفی بر حسب ماهیت خود نظیر کارکرد پیشگیرانه نیز دارد، در ما نحن فیه، الزام به دفع خطر از موارد آن محسوب می‌شود.

تبصره این بند نیز رفع اثر از خطرات مذکور را پس از اخطار به مالکین اعلام می‌دارد. بدیهی است

اهتمام شارع به از بین بردن زمینه های فساد و بستن باب مفاسد (چه در موضوعات حقوقی مانند اجاره منزل به کسی که در آن مرتکب حرام شود و چه در مسائل کیفری مانند تهیه ابزار و آلات جرم) قاعده سد ذرایع بیانگر این است که همان گونه که اصل وارد نمودن خسارت به دیگران امری منهی عنه بوده و فاعل آن مسئول رفتار خود می‌باشد و باید از عهده خسارات وارده بر آید، به علاوه، می‌بایست از وقوع هرگونه اعمال مفسده خیز که تحت عنوان رفتارهای زمینه ای شناخته شده اند، جلوگیری نمود. مضافاً انجام هرگونه عملی که در راستای ایصال خسارت به دیگری به عنوان رفتارهای معده تلقی می‌گردند، امری ایذایی و می‌بایست از وقوع آن جلوگیری نمود. لزوم سد ذرایع، وجوب مقدمه واجب یا تحریم و جرم انگاری مقدمه حرام، بخشی از سیاست جنایی اسلام در قالب تدابیر پیشگیری وضعی است. قاعده سد ذرایع، در میان کسانی که آن را پذیرفته اند با این ایده مطرح شده که باید با زمینه ها، اسباب و ابزار گناه و بزه، مقابله کرد و از این راه از وقوع آنها جلوگیری شود. هرچند فقهای امامیه سد ذرایع را به عنوان قاعده‌ای کلی مورد استناد در ابواب فقهی نپذیرفتند، ولی از مجموع دیدگاه‌های وارده، این نتیجه به دست می‌آید که فقهای امامیه و سایر مذاهب مخالف با قاعده سد ذرایع بر مقابله با زمینه ها و ابزار جرم تاکید ویژه دارند و عقیده دارند، در مقابله با بزهکاری باید از همه امکانات و همه روش های مجاز موثر استفاده کرد. یکی از مهم‌ترین روش های مقابله با جرم و کج روی، از بین بردن زمینه ها، فرصت ها، موقعیت ها، ابزارها، مقدمات و وضعیت های وسوسه کننده و تحریک کننده است (میرخلیلی، ۱۳۹۰: ۱۱۹).



امکان و معقول از بروز حادثه یا توسعه آن جلوگیری نکند، حقی در مورد جبران خسارت و طلب مسئولیت نخواهد داشت. بنابراین، از آنجا که مقابله با خسارت ممکن است هزینه‌ای در بر داشته باشد و با توجه به آنکه مقابله در جهت حفظ منافع بیمه‌گر در عدم تحقق حادثه یا جلوگیری از توسعه آن است و می‌تواند موجب کاهش غراماتی که پرداخت آن بر عهده بیمه‌گر است، شود، قانون مطابق اصول کلی حاکم بر قاعده مقابله خسارت مقرر نموده که پرداخت هزینه‌های انجام شده به شرط آنکه در حد معقول و متعارف صورت گرفته باشد، بر عهده بیمه‌گر قرار دارد (بابایی، ۱۳۸۴: ۹۹ (۱۰۰۰).

### ۷/۱/۳ مواد ۵ و ۶ قانون مسئولیت مدنی

در ماده ۵ ق.م.م.م مقرر شده است: «اگر در موقع صدور حکم، تعیین عواقب صدمات بدنی به طور تحقیق ممکن نباشد، دادگاه از تاریخ صدور حکم تا دو سال حق تجدید نظر نسبت به حکم خواهد داشت».

مستفاد از ماده مرقوم حکایت از این دارد که ممکن است دادگاه حکم به جبران خسارتی کند که فعلیت ندارد ولی وقوع آن در آینده مسلم است. با این وصف و از آنجا که مسلم بودن در اینجا به معنی قطعیت یقینی و صد در صد نیست، به دادگاه اجازه داده شده است که در صورت کم یا زیاد شدن میزان خسارت تا دو سال در حکم خود تجدید نظر کند.

همچنین از ماده ۶ قانون مسئولیت مدنی نیز که هزینه معالجه و زیان ناشی از سلب قدرت کارکردن در مدت ناخوشی را جزء خسارات قابل جبران محسوب داشته یا حتی طفلی را که در زمان وقوع آسیب نطفه او منعقد شده ولی هنوز به دنیا نیامده، مستحق مستمری دانسته و به علت محرومیت از حمایت مالی، زیان دیده شناخته است، می‌توان حکم به جبران ضرر آینده مسلم را استنباط کرد.

دعوی شخص علیه چنین مالکی می‌تواند مبتنی بر شروع به خسارت باشد تا بدینوسیله خطر بالقوه مسئولیت ساز را منتفی نماید.

### ۷/۱/۲ ماده ۱۵ قانون بیمه ایران

ماده ۱۵ قانون بیمه، بیمه‌گذار را موظف نموده که مساعی خود را برای عدم تحقق حادثه مبذول دارد و در صورت وقوع حادثه اقدامات شایسته و متعارف را برای جلوگیری از گسترش خسارت انجام دهد. مطابق این ماده: «بیمه‌گذار باید برای جلوگیری از خسارت، مراقبتی را که عادتاً هرکس از مال خود می‌نماید نسبت به موضوع بیمه بنماید و در صورت نزدیک شدن حادثه یا وقوع آن اقداماتی را برای جلوگیری از سرایت و توسعه خسارت لازم است به عمل آورد». ماده ۱۵ ناظر به اصل کلی در حقوق تعهدات است که حقوقدانان ایرانی نظیر دکتر محقق داماد از آن به قاعده مقابله با خسارت تعبیر نموده‌اند. مبنا و آثار قاعده مقابله با خسارت را باید در رابطه با استناد بین فعل زیانبار و خسارت وارده و نقش زیان دیده در تحقق خسارت یا توسعه آن جستجو نمود. در واقع، چنانچه حادثه‌ای در شرف وقوع باشد، افراد باید به نحو معقول با آن مقابله نموده و حتی المقدور جلوی وقوع آن را بگیرند و چنانچه حادثه واقع شد، رفتار معقول و مورد انتظار آن است که زیان دیده سعی خود را برای جلوگیری از توسعه خسارت مبذول دارد. در این موارد چنانچه زیان دیده به علت آنکه خسارت را دیگری ایجاد نموده و مطابق اصول مسئولیت مدنی، دیگری مسئول پرداخت خواهد بود، از اقدامات منطقی و معمولی که هرکس برای جلوگیری از ایجاد حادثه یا توسعه خسارت انجام می‌دهد امتناع نماید، بخشی از خسارات مذکور به خود زیان دیده مستند خواهد شد. لذا به رغم آنکه منشاء ایجاد حادثه و خسارت دیگری بوده و مطابق اصول کلی مسئولیت قهری یا قراردادی، دیگری مسئول جبران خسارات خواهد بود، این امر سبب بی‌مسئولیتی زیان دیده نمی‌شود و او نیز باید برای جلوگیری از بروز و توسعه خسارت کوشش نماید و اگر تا میزانی که می‌تواند و در حد



## ۷،۲ حقوق فرانسه

### ۷،۲،۱ ماده ۱۲۲۲ قانون مدنی فرانسه (اصلاحی ۲۰۱۶)

در خصوص تعهد به ترک فعل مقرر داشته است: «متعهد له حق دارد پس از مطالبه‌ی رسمی اجرای عین تعهد، شخصاً تعهد را اجرا کند. وی می‌تواند بازپرداخت هزینه‌هایی را که بدین منظور متحمل شده است را از متعهد، مطالبه نماید». این اختیار برای متعهد له که از آن به جایگزینی تعبیر می‌شود، پیش‌تر در حقوق فرانسه و حقوق قراردادهای اروپا شناخته شده بود اما شرایط کنونی اعمال آن منقطع‌تر گردیده و دیگر اجازه‌ی قاضی به عنوان پیش‌شرط آن ضروری دانسته نشده است (نوری یوشانلویی و شاهین، ۱۳۹۷: ۲۲۳).

### ۷،۲،۲ ماده ۱۲۴۲ قانون مدنی فرانسه (اصلاحی ۲۰۱۶)

در این ماده، از جمله به مسئولیت مدنی ناشی از اشیاء اشاره شده است. بر این اساس، اگر مالک در استفاده از ملک خود مرتکب تقصیر شود (در حقوق فرانسه به استناد ماده فوق و در حقوق ایران به استناد مقررات اتلاف، تسبیب و نیز ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی) مسئول جبران خسارت خواهد بود. به بیان دیگر، چنانچه اختیارات مالک، مضر غیر باشد، قاعده لاضرر قادر خواهد بود تا آن را محدود نموده و از ایجاد آن ممانعت نماید. پر واضح است که دفع منشاء ضرر، ناظر بر خسارات آینده داشته و رادعی است بر بروز خسارات آینده، که این موضوع غایت وظیفه پیشگیرانه مسئولیت مدنی است (یزدانیان، ۱۳۹۵، ج ۱: ۱۷۸).

### ۷،۳ رویه‌ی قضایی فرانسه

رویه‌ی قضایی در کشور فرانسه و برخی کشورهای دیگر اروپایی در باب اقامه دعوی تقسیم مال مشاع در فرضی که حالت اشاعه، اموال آتی را در معرض اتلاف قرار دهد، با تکیه بر مقررات قانون مدنی و به صورت محدود، وجود دعوی پیشگیرانه را پذیرفته به

نحوی که دیگر برای مطالبه خسارت، ضرورتی به شروع به خسارت نیست بلکه آنها دعوی مربوط به خطر قریب الوقوع را نیز می‌پذیرند. گاهی دادگاه‌های فرانسه، از این هم فراتر رفته و در آرای ( نظیر رای شعبه سوم مدنی، ۱۷ دسامبر ۲۰۰۲ و رای شعبه دوم مدنی دیوان عالی کشور، ۱۰ ژوئن ۲۰۰۴) پذیرفته‌اند که صرف خطر وقوع خسارت نیز با رویکرد خسارت قریب الوقوع برای توجیه دعوی مسئولیت مدنی کافی است (ژوردن، ۱۳۹۱: ۳۶۱ و ۳۶۶). نکته حائز اهمیت اینکه، پذیرش دعوی پیشگیرانه منوط به اثبات تقصیر خوانده نگردیده است. بر این اساس، مسئولیت خوانده دعوی پیشگیرانه بر نظریه خطر مبتنی است. در حقوق فرانسه تا به حال امکان طرح دعوی پیشگیرانه به عنوان قاعده‌ای کلی و عمومی مورد پذیرش قرارنگرفته است. با این حال، رویه قضایی آن کشور به شیوه‌ای عمل کرده که گویا چنین تدبیری را برای احتراز از خسارات آتی معقول و منطقی می‌داند. همچنین در مواردی که وضعیت غیرقانونی، تداوم زیان‌هایی در آینده را در پی داشته باشد، دادگاه بدون هرگونه تردیدی، اقدام مقتضی برای پایان دادن به آن وضعیت غیرقانونی جهت جلوگیری از تحقق زیان در آینده را معمول داشته است. حتی فراتر از موارد مذکور، دادگاه‌ها صرف وجود وضعیتی که خبر از زیانی قریب الوقوع را می‌دهد، برای پذیرش دعوی مسئولیت مدنی کافی دانسته‌اند (انصاری، ۱۳۸۸: ۱۷۸). زیان آینده را در صورتی که امتداد حتمی و مستقیم وضعیت کنونی باشد، قابل جبران می‌داند و وقایع احتمالی را برای کاهش یا رد جبران خسارت، لحاظ نمی‌کند. اگر زیان در آینده، بسیار احتمالی باشد قابل جبران نخواهد بود ولی اگر در حال حاضر، حتمی باشد باید بدون توجه به وقایع نامطمئن آینده که ممکن است بر آن تاثیر بگذارد، جبران شود (ژوردن، ۱۳۹۱: ۴۳۷). بنابراین چنانچه فردی در معرض خسارتی این چنینی قرار گیرد، مکلف است در حدود عرف سعی نموده تا از وارد شدن خسارت یا توسعه آن جلوگیری نماید. در غیر این صورت



ب- ضرر و خسارت (محقق الوقوع) باید مستقیم باشد. لذا باید بین ضرر و " فعل یا ترک فعل " شخص خوانده، رابطه سببیت عرفی وجود داشته باشد. یعنی بین فعل زیان بار و ضررآینده، حادثه دیگری وجود نداشته باشد تا جایی که بتوان گفت ضرر در نظر عرف از همان فعل ناشی شده است.

ج- ضرر و خسارت (محقق الوقوع) باید در نتیجه لطمه‌ای که به حق شخص یا نفع مشروع او وارد شده پدید آمده باشد.

د- ضرر و خسارت باید قابل پیش بینی باشد.

ه- ضرر نباید ناشی از اقدام و کاهلی زیان دیده باشد.

و- ضرر و خسارت باید ناروا باشد. یعنی در اعمال حق، رعایت حد متعارف نشده و همچنین برای رفع حاجت یا ضرر از خود مالک نباشد.

## ۸ نتیجه گیری

به عنوان نتیجه‌گیری و در مقام ارزیابی "جایگاه ضرر آینده و جبران آن" در حقوق ایران که برگرفته از فقه امامیه است و همچنین در پیوند موضوع و با مطالعه رویه قضایی فرانسه اینگونه به نظر می‌رسد که:

از منظر فقه امامیه و با نگاه اجمالی به قواعد فقهی مرتبط با موضوع، مشخص می‌گردد که باید در قالب تدابیر پیشگیرانه با زمینه‌ها، اسباب و ابزار رفتارهای خسارت بار آتی مقابله گردد. به دیگر بیان، جلوگیری از اعمال غیر قانونی به منظور خشکاندن منبأ و مصدر خسارت و ایضاً ممانعت از تداوم یا تحقق ضرر در آینده از اهداف مسئولیت مدنی مدرن به شمار می‌رود. بنابراین انسان‌ها در این نوع تفکر مکلف شده‌اند تا مراقبت‌های لازم را در رفتارهای خود داشته باشند بنحوی که عدم توجه و اهتمام متعارف به این تکلیف، آنان را مواجه با مسئولیت‌هایی می‌نماید.

از دیدگاه حقوق ایران و با عنایت به قواعد مسئولیت مدنی، تمرکز مسئولیت مدنی مدرن، بر پیشگیری از خسارت محقق الوقوع آتی بوده و از این منظر، تفکر

نسبت به خسارت‌هایی که قابل پیشگیری بوده‌اند، مستحق دریافت خسارت وارده نمی‌باشد.

## ۷،۳،۱ ماده ۱۲۲۰ قانون مدنی فرانسه (اصلاحی ۲۰۱۶)

ماده مذکور، این قابلیت را برای متعهد له فراهم نموده که در راستای الزام متعهد به اجرای قرارداد بتواند به محض اینکه آشکار شود طرف مقابل وی در زمان سررسید به تعهدش عمل نخواهد کرد و یا عدم اجرای قرارداد نیز برای او به اندازه کافی مهم باشد، اجرای تعهد خود را معلق نموده و این تعلیق را نیز در سریعترین زمان ممکن ابلاغ کند. با تدقیق در مفاد ماده فوق کاملاً مبرهن است که در صورت بروز واقعه‌ای که شخص را مستقیماً در معرض ورود خسارت قرار داده یا در آینده خطری برای فرد تلقی گردد، زیان‌دیده فعلی یا بالقوه این وظیفه را دارد که با آن خسارت و منشاء و مصدر آن مقابله نماید و خطر مورد نظر را دفع نموده و یا از وسعت آن بکاهد. لازم به ذکر است که اعمال قاعده مقابله با خسارت و تحقق و استقرار این تکلیف منوط به این است که نخست تعهدی اعم از قانونی یا قراردادی نقض گردد.

## ۷،۴ ارکان و شرایط ضرر مسئولیت آفرین

بدیهی است که هر ضرر و خسارتی نمی‌تواند محمل و مجوزی برای توجه مسئولیت باشد. بنابراین، ارکان، اوصاف و شرایط ضررآینده به شرح ذیل بیان می‌گردد:

الف - ضرر و خسارت باید محقق الوقوع باشد (هرچند این ضرر بالفعل نبوده و مربوط به آینده باشد) یعنی بر حسب جریان عادی امور و قریب یقین، حصول آن مورد انتظار و توقع می‌باشد. لازم به یاد آوری است که ذینفع در راستای اثبات مدعی "یعنی وجود ضرر محقق الوقوع" می‌بایست به منظور حفظ دلایل مورد نظر و پیش از اقامه دعوا، اقدام به تامین دلیل و ملاً حفظ دلایل و امارات موجود نماید.

آینده، نوعی آینده نگری در پیشگیری از تحمیل هزینه های گزاف در بازسازی خسارات وارده بوده و بر این اساس، افرادی که در معرض تهدید قرار دارند می بایست کلیه اقدامات لازمه به منظور جلوگیری از وارد شدن ضرر را به عمل آورند. مضافاً، نظام حقوقی ایران نیز نسبت به موضوع پژوهش حاضر بی توجه نبوده و اگرچه مستقیماً و بطور عام، قانونی در این خصوص وضع نشده اما در موضوعاتی خاص، قوانینی وضع شده که ماهیتاً به مساله مزبور اشاراتی دارد و از این حیث می توان ادعا نمود که توجه به جایگاه "ضرر آینده و مسئولیت ناشی از آن" امری ضروری بوده و اجرایی شدن آن مستقیماً تضمین کننده منافع مادی و معنوی افراد در معرض خطر و همچنین تقلیل دهنده مسئولیت ایجادکنندگان خطر خواهد بود.

پیشگیری براندیشه جبران، غلبه داشته و ناظر بر آینده می باشد.

از نقطه نظر حقوق فرانسه و با ملحوظ نظر قراردادان قانون مدنی اصلاحی ۲۰۱۶ و همچنین از مطالعه و تجزیه و تحلیل برخی آراء و رویه قضایی فرانسه این گونه بر می آید که برخی از محاکم در صورت وجود خطر وقوع زیانی که هنوز ایجاد نشده، حکم به انجام تدابیر جبرانی، صادر می کنند که در این خصوص، زیان، عبارت است از اقدامات یا هزینه های مشروعی که خطر، انجام آن را لازم گردانده بود. یعنی هر عقل سلیمی حکم می کند که فرد در معرض خطر (با ملحوظ نظر قرار دادن اهمیت و ریسک خطر) تلاش های لازم جهت احتراز از ایجاد خسارت را به عمل آورد که مفهوم مستنبطه از موضوع معنونه، بیانگر شناسایی نهادی حقوقی موسوم به ضرر آینده می باشد. بنابراین، اصل مقابله با ضرر



## References

- Akhund Khorasani, & Mohammad Kazem. (1991). Kefayeh al-Asul, Qom, Al-Al-Bayt Lahiya al-Trath Institute, third edition. [In Arabic]
- Ansari, Mehdi. (2008). review of the innovation of the French civil liability bill (2005), legal information magazine, new period, presidential legal assistant, 2019 and 2020, 6th year. [In Persian]
- Ansari, Sheikh Morteza. (1999). Faraid al-Asul Rasail, Qom, Institute of Religious Press. [In Persian]
- Babaei, Iraj. (2005). insurance rights, Tehran, Somit Publications. [In Persian]
- Bahrami Ahmadi, Hamid. (1390). Jurisprudence Rules, Volume 1, Tehran, Imam Sadegh University Publishing House. [In Persian]
- Ehsani Far, Ahmed. (2019). jurisprudential and legal dimensions of dangerous and fast-spreading infectious diseases from the point of view of the rule of obligation to prevent possible harm, Islamic Law Journal, 17th year, number 64. [In Persian]
- Emami, Seyyed Hassan. (2011). Civil Rights, Volume 1, Tehran, Islamia Publishing House. [In Persian]
- Franc (Michel). (2003). Traitement Jaridique du risqué et principe de precaution. AJaa.P360
- Frank, W.F. (1976). The Genral Principles of english law. 6th.ed.Harrap. London.P-186
- Gharavi Naini, Muhammad Hossein. (1988). Faraed al-Asul - translated by Muhammad Ali Kazemi Khorasani, Qom, Al-Nashar al-Islami Institute. [In Arabic]
- Hakim, Seyyed Mohammad Taqi. (1997). Al-Usul al-Amee al-Fiqh al-Maqarn, Qom, Publications of Al-Al-Bait "An" Institute. [In Arabic]
- Hayati, Ali Abbas. (2014). the concept of the precautionary principle and its place in civil responsibility, Islamic Law Research Journal 40, pp. 185-206. [In Persian]
- Iraqi, Agha Ziauddin. (2009). Al-Ijtihad WA Taqlid, Qom, Navid Islam Publishing. [In Arabic]
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar. (2002). expanded on legal terminology, Tehran, Ganj Danesh Publications. [In Persian]
- Johari, Ismail bin Hamad. (1992). Sahah al-Lagheh, research: Ahmad Abdul Ghafoor Attar, Beirut, Dar al-Kitab Al-Arabi Press. [In Arabic]
- Jourdan, Patrice. (2006). analysis of judicial procedure in the field of civil liability, translated by Majid Adib, Tehran, Mizan Publications.
- Khoei, Seyyed Abulqasem. (1991). Imam al-Khoei's encyclopedia "The Basics of Takmulah al-Manhaj", Qom, Institute for Revival of Imam al-Khoei's Works. [In Arabic]
- Khoei, Seyyed Abulqasem. (1996). Misbah al-Asul - translated by Seyyed Mohammad Sarwar Vaez Hosseini, Qom, Davari Publications. [In Arabic]
- Khoei, Seyyed Abulqasem, Fayaz, Muhammad Ishaq. (2011). Lectures on the Principles of Fiqh, Qom, Qom Seminary Society of Teachers,

- Islamic Publications Office. [In Persian]
- Lambert- Faivre. (1998). (Yvonne) Lethique de la Responsabilite. RTD Civ.P.1
- Makarem Shirazi, Nasser. (1994). Anwar al-Asul, Volume 2, Qom, Nesl Javan Publishing. [In Persian]
- Martin, G. J. (2005). Principe de précaution, prévention des risques et responsabilité: quelle novation, quel avenir. L'Actualité juridique. Droit administratif, (11-05), 2222-2226.
- Mir Khalili, Seyyed Mahmoud. (2013). Barriers and prevention of delinquency in Islamic teachings, Journal of Islamic Law, Year 8, Number 31. [In Persian]
- Mohaghegh Hali. (1988). Islamic Laws on Halal and Haram Issues, Volume 2, Tehran, Esteghlal Publications. [In Arabic]
- Mohaghig Damad, Mustafa. (1987). Rules of Civil Jurisprudence, Tehran, Publications of the Printing and Publication Organization of the Ministry of Culture and Islamic Guidance. [In Persian]
- Mohaghig Damad, Mustafa, Jafari Khosrovabadi, Nasraleh. (2010). Examining the rule of dealing with damage based on Islamic jurisprudence and the subject laws of Iran, Islamic jurisprudence and fundamentals magazine, number two, year 43. [In Persian]
- Mohammadi, Pejman, Muradpour Shad, Amir, Mobin, Hojjat. (2018). The effect of the Criminal Procedure Law approved in 1392 on the possibility of claiming moral damages and loss of profit in Iran's legal system, Private Law Research Quarterly, 7th year, 24th issue. [In Persian]
- Mousavi Al-Khomeini, Seyyed Ruhollah. (1988). Tahrir al-Wasila, Qom, Dar al-Kitab al-Alamiya Publishing House. [In Arabic]
- Mousavi Al-Khomeini, Seyyed Ruhollah. (2006). Al-Rashee, Qom, Ismailian Publications. [In Persian]
- Mousavi Bojanvardi, Seyyed Mohammad Hassan. (1998). Al-Qasas al-Fiqhiyyah, Volume 1, Qom, Al-Hadi Publications. [In Persian]
- Muzaffar, Mohammad Reza. (1984). Principles of Jurisprudence, Volume 2, Qom, Islamic Knowledge Publishing. [In Arabic]
- Nouri Yushanloui, Jafar, & Shahin, Abolfazl. (2017). Innovation of the new French contract law and its adaptation to Iran's legal system, Private Law Research Quarterly, 6th year, 24th issue. [In Persian]
- Pakbaz, Siamak. (2022). Description of French Civil Law, Tehran, Mizan Legal Foundation Publication. [In Persian]
- Piquéras, A. (2005). Risques et responsabilités en action sociale. ESF Ed.
- Rahepik, Hassan. (2008). Civil Liability Laws and Reparations, Tehran, Khorsandi Publications. [In Persian]
- Rahmani Manshadi, Mehdi. (2014). the rule of obligation to avoid possible harm, the first international congress of Iranian law, Tehran, Iran Development Conference Center. [In Persian]



- Sadr, Seyyed Mohammad Baqir. (1999). Researches in Islamic Law, Qom, Islamic Jurisprudence Encyclopaedia Institute Publications. [In Arabic]
- Safaei, Hossein & Rahimi, Habib Elah. (2015). civil liability of non-contractual requirements, Tehran, Samit Publications. [In Arabic]
- Shahid Thani. (1996). Masalak al-Afham fi Sharh Sha'ree al-Islam, Volume 12, Qom, Institute of Al-Maarif al-Islamiya. [In Arabic]
- Sobhani, Jafar. (1998). Al-Mashul Fi Usul al-Fiqh, edited by Seyyed Mohammad Jalal Mazandarani, Qom, Al-Imam Al-Sadiq Institute. [In Arabic]
- Tabatabai Qomi, Seyyed Taqi (1992), Arauna Fi Usul Fiqh, Qom, Mahalati Publishing Mahalati. [In Persian]
- Vineygenevieve.Jourdain. (1998). Patrice.Traite De Droit Civil Les Conditions De La Responablite Civile. 2e. Ed.Librairie Generale De Droit Et De Jurisprudence.P68.N.277
- Walidi, Mohammad Saleh. (2015). General Criminal Law, Volume 1, Tehran, Publishing Organization for the Study and Compilation of Islamic Science Books. [In Persian]
- Yazdanian, Alireza. (2015). General Rules of Civil Liability, Volume 1, Tehran, Mizan Legal Foundation Publications. [In Persian]

# *Journal of Comparative Law*

**Publisher:** *University of Mazandaran*

**Director-in-Charge:** *Dr. Javad Taghizadeh*

**Editor-in-Chief :** *Dr. Hamid Abhari*

**Internal Manager:** *Dr. Seyyed Hasan Hosseini Moghaddam*

**Executive Director:** *Ehsan Nemati*

## **Editorial Board:**

Dr. Hamid Abhari, Professor University of Mazandaran  
Dr. Mohsen Izanlou, Associate Professor, University of Tehran  
Dr. Abdul Reza Javan Jafari, Associate Professor of Ferdowsi University of Mashhad  
Dr. Mehrab Darabpour, Professor of Shahid Beheshti University  
Dr. Abolhasan Shakri, professor University of Mazandaran  
Dr. Ebrahim Shaareyan Sattari, Professor University of Tabriz  
Dr. Bijan Abbasi, Associate Professor, University of Tehran  
Dr. Mohsen Abdulahi, Associate Professor of Shahid Beheshti University  
Dr. Sattar Azizi, professor of Bo ali Sina University  
Dr. Kyomarth Kalantari, professor at University of Mazandaran  
Dr. Homayoun Mafi, Professor of University of Judicial Sciences and Administrative Services  
Dr. Sam Mohammadi, Professor University of Mazandaran  
Dr. Pejman Mohammadi, Professor of Tarbiat Modares University  
Dr. Ali Mashhadi, Associate Professor of Qom University  
Dr. Alireza Yazdani, Associate Professor University of Isfahan

## **Editors:**

- *Dr. Hossein Bozorgian* (English) ..... *Mr. Ehsan Nemati* (Persian)

**Frequency:** *Semiannual*

**Print ISSN:** 2423-7566

**Online ISSN:** 2770-282

**Printing and Binding:** *Katibeh Printing Co*

**Address:** *Office of Scientific Journal, Faculty of Law and Political Sciences, Pardis of University of Mazandaran, Shahid Beheshti St. Babolsar, Iran.*

**Email:** [pajohesh.l-p@umz.ac.ir](mailto:pajohesh.l-p@umz.ac.ir)

**TeleFax:** +981135302104

**Web page:** [www.lps.umz.ac.ir](http://www.lps.umz.ac.ir)

**This journal is following of Committee on Publication Ethics (COPE) and complies with the highest ethical standards in accordance with ethical laws.**



*Journal of Comparative Law*

**Vol. 7 .... No. 2 .... 2023**

**University Of Mazandaran**





Scientific Association of  
Iranian Judicial Sciences



University of Mazandaran

# COMPARATIVE LAW SEMI ANNUAL

## Articles



**The Possibility of Invoking Set-off Against the Negotiable Instruments in English and Iranian Law**

Ahmad Esfandiari

**A Comparative Study of the Position of the Contractualization in Iranian and French Family Law**

Mohammad Reza Khalil zadeh; Abbas Karimi; Alireza Forughi

**Comparative Study of the Jurisdiction of the Stock Exchange's Board of Directors in Dealing with Capital Market Disputes in the Laws of Iran, America, and England**

Nima Alijannejad; Hamid Abhari; Sam Mohammadi

**A Comparative Study of the Ways of Proving Anan in Islamic Jurisprudence, Iranian Law, and Iraqi Law**

Mahdi Rahmani

**The Role of Transitional Justice in Reconstruction of Relations between Parties in the Peacebuilding Process in War-Torn Societies after Civil Conflict, Riots, and Protests Leading to Violence**

Narges Sadat Hosseini; Seyyedeh Latifeh Hosseini

**A Comparative Study of the Iranian Model of "Protecting Children and Adolescents in Cyberspace": Evaluation from the Perspective of International Child Rights Standards**

Ehsan Shahsavari

**Methods and Effects of Acquiring Citizenship in Iran with a Comparative View of French and English Law**

Soudabeh Talebi Qadikolaei; Abdolali Mohammadi Jozani; Mohammad Babapour

**Non-incorporation of Terms to the Parties' Contractual Intention in English Law and Islamic Jurisprudence: A Comparative Study**

Moosa Akefi Ghaziani; Seyyed Mustafa Milani; Vahid Akefi Ghaziani

**Human Rights and the Environment: a Reflection on the Formation and Evolution of "Environmental Human Rights" International Law**

Ali Mashhadi; Reyhaneh Hamedi

**A Comparative Study of Proper Administration of the Non-governmental Organization in the Laws of Iran, Armenia, and Canada**

Ruhollah Moazeni; Omleila Faghih Abdollahi

**Comparative Study of the Scope of the Islamic Republic of Iran's Constitution: From Written to Unwritten Document**

Ayat Mulaee; Mohammadreza Mojtehed; Seyed Hossein Malakooti Hashjin; Maedeh Soleymani Dinani

**A Comparative Study of Liability Resulting from Future Loss in Jurisprudence and Law of Iran with France**

Hossein Ali Mirzajani RoodPoshti; Mehdi Fallah Kharyeki; seyed Hasan Hosseini Moghadam



Journal of Comparative Law



Volume 7, Issue 2 - Serial Number 11, October 2023

