



انجمن علمی علوم قضایی ایران



دانشگاه مازندران

# پژوهشنامه حقوق تطبیقی

عنوان مقاله ها:



- \* وعده یکجانبه در فقه و حقوق ایران و اصول حقوق قراردادهای اروپا  
:: سیده مریم اسدی نژاد؛ جواد واحدی زاده؛ علیرضا صالحی فر ::
- \* جایگاه حقوقی عقد صلح در مقام معاملات با واکاوی از منظر فقه فریقین و حقوق ایران با نگاهی به حقوق مصر و عراق  
:: مهرداد پاکزاد؛ سام محمدی؛ حمید ابهری ::
- \* آیین دادرسی مراجع شبه قضایی به مثابه حق بنیادین با تأملی در حقوق انگلیس  
:: صابر جعفرنیا اسبویی؛ ابوالفضل دنکوب؛ حسین رحیمی واسکسی ::
- \* وضعیت نظام حقوقی ایران در استفاده از فناوری سلول‌های بنیادین با مطالعه تطبیقی در حقوق کشور فرانسه  
:: حسین خانلری بهنمیری؛ محمدحسین تقی پور درزی نقیعی؛ مریم محمدپور ::
- \* بررسی تطبیقی رویکرد سیستم حقوقی ایران در مواجهه با اصول راهنمای تجارت و حقوق بشر (اصول جان راگی)  
:: عیسی رجبی؛ شهریار کاظمی آذر؛ محمد فرزندگان ::
- \* شناسایی نهاد «تعقیب و محاکمه» در مقایسه با نهاد «استیضاح» در دیگر نظام‌های سیاسی  
:: سیده زهرا سعید؛ سید احمد حبیب نژاد ::
- \* جبران نقض حق بردریافت حمایت کنسولی از طریق اعاده به وضعیت سابق  
:: احسان شهبواری؛ امیر حسین رنجبریان ::
- \* ترمیمی‌سازی سیاست کیفری ضدقاچاق انسان: امتناع یا امکان (با نگاهی به حقوق فرانسه و آمریکا)  
:: افشین عبداللهی؛ عرفان باباخانی ::
- \* از تمایز میان دوست و دشمن تا تجلی اراده انضمامی: حاکمیت اشمیتی در دیالکتیک امر سیاسی و امر حقوقی  
:: مهدی مرادی برلیان؛ محمدقاسم تنگستانی ::
- \* آثار اعتراض به رأی داوری داخلی در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق استرالیا  
:: لیلا نجفی زاده؛ یوسف مولایی؛ مصطفی السان ::



فصلنامه علمی پژوهشنامه حقوق تطبیقی

Journal of Comparative Law



فصلنامه علمی پژوهشنامه حقوق تطبیقی

دوره هشتم، شماره دوم، تیر ۱۴۰۳

**پژوهشنامه علمی**  
**حقوق تطبیقی**

رتبه «ب»

دوره ۸ / شماره ۲ / پیاپی ۱۴  
تیر ۱۴۰۳

## پژوهشنامه 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
استاد 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
استاد دانشگاه تهران	دکتر بیژن عباسی
دانشیار دانشگاه شهید بهشتی	دکتر محسن عبدالهی
استاد دانشگاه بوعلی سینا	دکتر ستار عزیزی
استاد دانشگاه مازندران	دکتر کیومرث کلاتنری
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 یزدانبان

ویراستار فارسی: احسان نعمتی ویراستار انگلیسی: دکتر احسان شهبازی

حروفچینی و صفحه آرایی: فرهاد فیروزی تبار

شمارگان: ۵۰ نسخه

چاپ و صحافی: انتشارات کتیبه

شاپا چاپی: ۷۵۶۶-۲۴۲۳

شاپا الکترونیکی: ۲۸۲۱-۲۷۷۰

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

تلفکس: ۰۱۱۳۵۳۰۲۱۰۴      نمابر: ۰۱۱۳۵۳۰۲۱۰۲

پست الکترونیکی: pajohesh.l-p@umz.ac.ir      نشانی اینترنتی: www.lps.journals.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 پژوهشنامه‌ی حقوق تطبیقی همکاری داشته‌اند:

حمید ابهری / احمد اسفندیاری / مرتضی نجابت خواه / آزاده صادقی / امیرحسین نیازپور / عباس میرشکاری / میثم نوروزی / علی مشهدی / آیت مولایی / حسن محسنی / سینتا مجتهدزاده / مصطفی‌السان / بهنام قنبرپور / فرهنگ فقیه لاریجانی / حمیدرضا علومی یزدی / محمدباقر عامری نیا / سمیه ظهوری / ام‌البنین رمضان زاده / مهدی خاقانی اصفهانی / نازیلا تقوی / سیدهادی پژومان / محمدرضا پروین / احمد بستانی / میثم اکبری / سید محمد اسدی نژاد.

انتشار این نشریه بر اساس موافقتنامه‌ی شماره‌ی ۹۱/۲۸۴۴۶ مورخ ۹۱/۱۲/۲۰ هیات نظارت بر مطبوعات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی است و بر اساس آیین نامه نشریات علمی مصوب ۱۳۹۸/۰۲/۰۹ موفق به کسب رتبه «ب» در فرآیند ارزیابی کمیسیون نشریات علمی وزارت علوم در سال ۱۴۰۱ 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 می‌نماید.

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 می‌شوند.

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 می‌باشند.



## به نام خداوند جان و خرد

سخن سردبیر

خداوند بزرگ را سپاسگزاریم که با همدلی و همکاری پویندگان علم حقوق، شماره پیاپی چهاردهم 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 ۳۱ 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



Original Article

# Unilateral promise in the realm of Iranian jurisprudence and law and the principles of European contract law

Seyede Maryam Asadi Nejad<sup>1</sup>, Javad Vahedi Zadeh<sup>\*2</sup>, Alireza Salehi Far<sup>3</sup>

<sup>1</sup> PhD student in private law, Department of Law, Ardabil Branch, Islamic Azad University, Ardabil, Iran

<sup>2</sup> Assistant Professor of Jurisprudence and Islamic Law, Faculty of Humanities, Ardabil Branch, Islamic Azad University, Ardabil, Iran

<sup>3</sup> Assistant Professor of Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, Kharazmi University, Tehran, Iran



20.1001.1.24237566.1403.8.2.9.2



10.22080/lps.2022.24573.1435

**Received:**

April 4, 2023

**Accepted:**

August 20, 2023

**Available online:**

July 27, 2024

**Keywords:**

Unilateral promise,  
Obligation, Transfer,  
Iqa' (Unilateral act), Will

## Abstract

A unilateral promise in this article is a statement made by a person with the intention to be legally bound to do or refuse to do something or transfer property to another. Is such a promise binding without acceptance or not? There is still disagreement between jurists in European countries as well as Iranian jurists. Obviously, the concept of a unilateral promise communicated to the addressee is different from the contract and pre-contract negotiations. Because the promisor performs this act with the intention of fulfilling a legal obligation and creating trust and confidence, it will have legal effect. This legal act can only be justified in the form of an Iqa' (Unilateral act). Iqa' as a general theory and in the light of the rule of will, and according to narrations and verses, has an unlimited scope and includes a unilateral promise. Therefore, the will itself is the criterion as a source of commitment, whether it comes from a promise or not. So that the source and requirement of duty arise from the promise in the voluntary act, and the law also protects. The law protects any legal act by specifying it and even by not obstructing or by remaining silent if it is not contrary to public order and good morals. It seems that Article 10 of the Iran Civil Code, which is enacted in the case of contracts, is not specific but rather overriding and can include any legal action, including a unilateral promise as an Iqa'.

**\*Corresponding Author:** Javad Vahedi Zadeh

**Address:** Faculty of Humanities, Ardabil Branch,  
Islamic Azad University, Ardabil, Iran

**Email:** ja.vahedizadeh@iauardabil.ac.ir



## Extended abstract

### 1. Introduction

Any action that occurs with a unilateral will in the immaterial world is called a unilateral act. Based on the principle of will, a person can choose and intend any type of legal act. Also, he has independence in choosing the type of contract and can establish a new contract at any time based on social needs. In Article 10 of the Civil Code, the legislator has confirmed the legitimacy of such contracts that a person creates based on his needs. However, it has not established any regulations regarding the Unilateral Act as acquisition or unilateral obligation. Also, it has not established a regulation regarding contracts without acceptance. Apparently, the legislator has sporadically mentioned a number of Unilateral Acts. But the question is whether the Unilateral Act is only limited to the cases mentioned by the legislator, or is it possible to unilaterally acquire or create an obligation in other ways? Is it absolutely impossible for a person to create legally binding obligations or transfer property for himself and for the benefit of another? Should such an obligation or transfer be done only in the form of a contract? If such a thing is permissible, what is the basis of its validity in jurisprudence, law, and the principles of European contract law? The reason for raising this category of questions is that most of the jurists have not considered it correct to transfer property to another, even in the form of an institution such as a will, without declaring acceptance. However, in jurisprudence and law, there are institutions that are created Without the acceptance of the audience, property or obligations are created. In comparison with the provisions

of the principles of European contract law, they are examined.

### 2. Methods

This research is done by using available and accessible books and articles, as well as taking notes, writing and analyzing them. And after collecting the required information with a descriptive-analytical method, the obtained information is processed. And then the assumptions mentioned in the research are evaluated. In this research, we use the descriptive-analytical method.

### 3. Findings

Every person has a creative will, and based on the principle of will, he has the right to do any legal act independently and without cooperation or cooperation with others. On the other hand, most legal institutions have customary principles. Therefore, if a unilateral obligation has legal effects in custom And if the legislator did not prohibit it, it is not a reason to consider it invalid and ineffective. In jurisprudence, an initial condition that is not covered by the contract is considered without obtaining acceptance from the person making the condition. According to the requirements of the rule of Duty of loyalty, which is based on the principle of the will, it has a known status effect and is known as a binding condition. The history of the principle of the will in Islamic jurisprudence and law, which has a special place based on Anecdote and verses, has an unlimited scope, which includes all contracts and unilateral acts. According to the principles of European contract law (PECL), whether there is a contract or a unilateral promise, there must be intent and will. The intention to form a contract is interpreted as "intention to legally commit to the contract" in a special sense. In the regulations and legal texts of



European countries, especially the Common Law, this sentence is mentioned in the topic of intention. The element of intention to legally commit to the contract is important in that it actually refers to the commitment to the contract and agreement. Intent is defined as the intention to create a legal relationship in the English and American legal systems. For example, in English law, intention is a part of the validity of the contract, which is used and appears through the doctrine of Consideration or inclusion in the document. The intention to create a legal relationship as a principle is the same as the principle of consent, or the principle of consent in the laws of written countries. The principle of consent in written contract law, especially in relation to the formation of a contract, is an absolute condition of any contract that creates contractual and legal certainty and security for the parties. In any case, commitment and transfer arise if the parties to the contract intend to be legally bound by the contract. In this case, the contract will be the source of commitment and transfer. Now, regarding the creation of an obligation through a unilateral promise, it is also emphasized that the promisor must intend to be legally bound to fulfill the promise. In this case, a unilateral promise will create an obligation or transfer as performance. Therefore, in creating any legal act, there must be the intention of a legal obligation to create an obligation. Otherwise, the act of cancellation will be futile and without legal effects. It is clear that, without the serious intention of the promisor, no binding promise is created. Therefore, the promisor must be aware of the legal consequences at the time he makes the promise.

#### 4. Conclusion

Unilateral promise, which is more famously called unilateral commitment, is a statement in which a person commits and transfers property for the benefit of another with the intention of doing work or refraining from it. The concept of a promise is different from a contract. To conclude a contract, consensus and agreement between two wills are needed. So that the contract binds both parties. The principles of European contract law created a revolution in the laws governing Europe with the establishment of Article 107-2. After that, the French legislator also widely accepted it in 2016 in Article 1100 of the French Civil Code. In Islamic law, despite the existence of institutions similar to one-promises, such as a covenanted will, a kind and general possession will, a vow, etc., which are in the form of a unilateral legal act, based on the principle of the will, every person has the right to take any legal action independently and without cooperation or cooperation with others. Most legal institutions have customary roots. Therefore, if a one-sided promise has legal effects in custom and the legislator has not prohibited it, there is no reason to consider it invalid and ineffective. The principle of the will in Islamic jurisprudence and law, which has a special place based on traditions and verses, has an unlimited scope that includes all contracts and agreements. If "Al-Aqud" (contracts) in the prophetic narration "Al-Aqud is subordinate to the intention" is interpreted as Al-Ahud, (covenant) in this case, based on the principle of correctness and validity, such unilateral acts, whether they are a commitment or unilateral transfer, are correct. It seems that Article 10 of the Civil Law, which was established regarding contracts, was not specific.



Rather, it is about predominance and can include any legal act, including a unilateral promise as a performance. In addition, just as the parties conclude a contract, they rely on and trust the other party. Such an event occurs in the unilateral act of promising mysticism to the audience, which cannot be ignored.

### **Funding**

There is no funding support.

### **Authors' Contribution**

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**

Authors declared no conflict of interest

### **Acknowledgments**

We are grateful to all the persons for scientific consulting in this paper.

علمی پژوهشی

## وعده یکجانبه در فقه و حقوق ایران و اصول حقوق قراردادهای اروپا

سیده مریم اسدی نژاد<sup>۱</sup>، جواد واحدی زاده<sup>۲\*</sup>، علیرضا صالحی فر<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد اردبیل، دانشگاه آزاد اسلامی، اردبیل، ایران

<sup>۲</sup> استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی، واحد اردبیل، دانشگاه آزاد اسلامی، اردبیل، ایران

<sup>۳</sup> استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران



20.1001.1.24237566.1403.8.2.9.2



10.22080/lps.2022.24573.1435

### چکیده

وعده یکجانبه در این مقاله عبارت از اظهاری که به وسیله آن شخص به قصد ملتزم شدن به انجام کاری و یا خودداری از آن و یا انتقال مال به دیگری مطرح می‌کند. اینکه آیا چنین وعده ای بدون قبولی الزام آوراست یا خیر؟ هنوز بین حقوقدانان کشورهای اروپایی و همچنین حقوقدانان ایرانی اختلاف است. اصول حقوق قراردادهای اروپا به این اختلاف پایان داده است. بدیهی است مفهوم وعده یکجانبه ای که به مخاطب ابلاغ شده متفاوت از قرارداد و مذاکرات قبل از قرارداد است. چون وعده دهنده به قصد التزام قانونی و با قصد ایجاد اتکاء و اعتماد این عمل را انجام می‌دهد دارای اثر حقوقی خواهد داشت. این عمل فقط در قالب ایقاع قابل توجیه است. ایقاع به عنوان یک نظریه عمومی در پرتو اصل حاکمیت اراده براساس روایات و آیات دارای گستره نامحدودی است و شامل وعده یکجانبه نیز می‌باشد. بنابراین نفس اراده و قصد انشاء، به عنوان منبع تعهد ایجاد شده اعم از اینکه ناشی از وعده و یا غیر آن باشد ملاک هست. به طوری که منبع و الزام وظیفه ناشی از وعده در فعل ارادی بوده و قانون نیز حمایت می‌کند. قانون هر عمل حقوقی را از طریق منصوص کردن و حتی با عدم ایجاد مانع و یا باسکوت خوددر صورتی که مخالف با نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد مورد حمایت قرار می‌دهد. بنظر می‌رسد که ماده ۱۰ قانون مدنی که در مورد قراردادهای وضع شده خصوصیتی نداشته بلکه از باب تغلیب است و می‌تواند شامل هر عمل حقوقی از جمله وعده یک جانبه به عنوان ایقاع را در برگیرد.

### تاریخ دریافت:

۱۵ فروردین ۱۴۰۲

### تاریخ پذیرش:

۲۹ مرداد ۱۴۰۲

### تاریخ انتشار:

۰۶ مرداد ۱۴۰۳

### کلیدواژه‌ها:

وعده یکجانبه، تعهد، انتقال، ایقاع، اراده

\* نویسنده مسئول: جواد واحدی زاده

آدرس: دانشکده علوم انسانی، واحد اردبیل، دانشگاه آزاد اسلامی، ایمیل: [ja.vahedizadeh@iauardabil.ac.ir](mailto:ja.vahedizadeh@iauardabil.ac.ir) اردبیل، ایران



## ۱ مقدمه

فقه و حقوق نهادهایی وجود دارند که بدون قبولی مخاطب ملکیت و یا تعهد ایجاد می شود که در مقایسه با مقررات اصول حقوقی قراردادهای اروپا مورد بررسی قرار می گیرد.

در این رابطه مقالات ارزشمندی با رویکرد یکسان نوشته شده است. از جمله مقاله الزام آور بودن تعهدیکطرفه نسبت به خود توسط آقای مجتبی طاهری در مجله ماهنامه کانون سردفتران شماره ۷۴ سال ۱۳۸۶ همچنین مقاله بررسی حقوقی وضعیت تملیک از طریق تعهد یکجانبه توسط آقای دکتر علیرضا یزدانیان و سایر همکاران در مجله فقه و حقوق اسلامی شماره ۵ سال ۹۱ و همچنین مقاله طرح نظریه تعهدات ایقاعی در حقوق ایران و فرانسه توسط آقای دکتر علیرضا یزدانیان در مجله حقوق خصوصی شماره ۳ سال ۱۳۹۹. همچنین مقاله مطالعه تطبیقی مبانی نظری ایجاد دین یکطرفه با تاکید بر حقوق ایران و انگلستان توسط آقای علی بختیاری و آقای دکتر نجادعلی الماسی در مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی شماره دوم سال ۱۳۹۹. با این حال مقاله حاضر ضمن بازپژوهی این موضوع نگاهی متفاوت از آنچه که تاکنون مطرح شده دارد. مقاله حاضر با رویکرد جدید و بر مبنای اصول حقوق قراردادهای اروپا و همچنین با تاکید بر مبانی اصلی در فقه بوده که کاملاً با استدلال های موجود در سایر مقالات و نتایج حاصل از آن متفاوت می باشد.

## ۲ مفهوم واژه تعهد

هرچند برخی از علما و حقوقدانان معتقدند که واژه تعهد در فقه جایگاهی ندارد (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۶۱). با این حال قانون گذار ما در مقررات مختلف از جمله در مواد ۱۴۰ و ۲۲۱ قانون مدنی و سایر مقررات به این اصطلاح اشاره کرده است. تعهد دارای معنای مصدری است. یعنی به عهده گرفتن انجام و یا ترک انجام عملی در برابر دیگری خواه در برابر عوض باشد و یا نباشد (شهیدی ج ۱ ص ۴۲). همچنین تعهد در معنای اسم مفعولی عبارت است از وظیفه حقوقی که قانوناً بر عهده شخص متعهد ثابت می شود که

ویژگی و خلاقیت انسان این است که با اراده و اختیاری که دارد خالق امور ذهنی و امور اعتباری است که قانوناً موثر بوده به طوری که نه تنها با توافق یکدیگر بلکه به تنهایی و با اراده واحد می تواند عمل حقوقی خاصی انجام داده و از این طریق حق و تکلیف خاصی به وجود آورد و حتی با اراده واحد خود را مکلف به انجام کار و یا ترک انجام کار و یا انتقال مال به دیگری کند. به چنین اعمالی که فقط با اراده یکجانبه در عالم اعتبار به وجود می آید ایقاعات گفته می شود. براساس اصل حاکمیت اراده، شخص می تواند هر نوع عمل حقوقی را انتخاب و قصد نماید. همچنین در انتخاب نوع قرارداد نیز استقلال داشته و هر زمان قرارداد جدیدی بر اساس نیاز اجتماعی احداث کند. قانون گذار در ماده ۱۰ قانون مدنی مشروعیت چنین قراردادهایی را که شخص براساس نیاز خود انشاء می کند تایید کرده است. اما در مورد ایقاعات با عنوان تملیک و یا تعهدات یک طرفه و همچنین در مورد قراردادهای بدون قبولی مقرر ای وضع نکرده است. ظاهراً قانون گذار به صورت پراکنده از تعدادی از ایقاعات نام برده ولی سوال این است که آیا ایقاعات فقط محدود به مواردی است که قانون گذار نام برده و یا به اشکال دیگر به طور یک سویه امکان تملیک و یا ایجاد تعهد هست یا خیر؟ آیا به طور مطلق شخص نمی تواند برای خود و به نفع دیگری به صورت قانونی تعهدات الزام آوری ایجاد کرده و یا مالی را منتقل نماید؟ آیا چنین تعهد و یا انتقالی فقط باید در قالب قرارداد انجام شود؟ در صورتی که چنین امری جایز باشد مبنای صحت آن در فقه و حقوق و اصول حقوق قراردادهای اروپا چیست؟ علت طرح این دسته از سوالات این است که اغلب فقها تملیک مال را به دیگری حتی در قالب نهادی چون وصیت بدون اعلام قبولی منتقل الیه صحیح ندانسته و یا انتقال قهری ملک را فقط در بحث ارث پذیرفته و اصل بر عدم انتقال قهری ملک و اصل بر عدم ولایت بر شخص و سایر موارد دانسته اند. با این حال در

شد که بدهکار موظف به انجام تعهد است و طرف دیگر حق اجرای تعهد را دارد. تکلیف و تعهد در حقوق کلاسیک متضمن Duty (تکلیف) و liability (مسئولیت) است. (Zimmermann, 1992: 5) البته خود واژه obligation همیشه این واقعیت را یادآوری می‌کرد که در زمان‌های گذشته شخص طلبکار بر تمامیت جسمی بدهکار به مانند وثیقه حاکم می‌شد و یا قدرت صادره داشته است. سپس این نماد تغییر کرده و اکنون ایده غالب جای آن را گرفت. در این صورت به جای اینکه شخص بدهکار را به طور فیزیکی به زنجیر بکشد و او را از نظر قانونی مقید کند. مفهوم تعهد در اذهان افراد عادی و حقوقدانان بدین شکل بود که نوعی طناب نامرئی در گردن بدهکار بسته شده و مقید شده است. از این حیث معلوم می‌شود که حقوق نه به جنبه تکلیفی تعهد بلکه به جنبه مسئولیت شخصی از نوع شدید آن مربوط می‌شود. Zimmermann, (1992: 72) با این حال در حقوق اسلامی بین تکلیف و حق نوعی تلازم وجود دارد. (اسدی نژاد، ۱۳۹۱: ۱۶۷) به این معنا که به همراه جعل و اثبات حقی برای یک نفر تکلیفی نیز برای فرد دیگری اثبات می‌شود. به عبارت دیگر در مقابل من له الحق شخص دیگری است که به آن من علیه الحق گفته می‌شود.

### ۳ مفهوم وعده یک جانبه و پیشینه آن

وعده دادن معادل promise جلوه‌ای از اراده انسان برای ایجاد تعهد است. وعده یعنی نوید و مزده. وعده دادن یعنی قول دادن به کسی برای انجام کاری. (دهخدا، ۱۳۸۸: ۳۰۸۸) بنظر می‌رسد با توجه حقیقت لغوی، واژه وعده در تعهدات یکجانبه بیشتر از هر چیز دیگری قابل فهم است. به همین دلیل در

در صورت خودداری از انجام آن به تقاضای متعهد له و به وسیله مرجع قضایی ملزم به انجام آن خواهد شد. این معنی در مواد ۲۲۲ و ۲۲۶ قانون مدنی نیز به کار رفته است.

تعهد معادل obligation است.<sup>۱</sup> چون خاستگاه آن حقوق رومی ژرمنی و کامن لاهست بنابراین باید به تعریفی که در این نظام‌ها شهرت یافته توجه شود. تعهد به معنی هر وظیفه‌ای است که به موجب قانون ایجاد شده یا به موجب وعده و یا به موجب قرارداد و یا در روابط اجتماعی و یا به موجب اخلاق ایجاد شده است. (Blacks law, p1179). ریشه کلمه obligation از Lig است (ZIMMERMANN, 1992: 7). یعنی کسی ملزم شده است. تا آنجا که به اصطلاح حقوق رومی مربوط می‌شود این اصطلاح نشان دهنده الزام قانونی نسبت به هردو طرف یعنی هم به حق طلبکار و هم به تکلیف مدیون اشاره دارد. این معنی با obligation انگلیسی که صرفاً معطوف به شخصی است که ملزم شده است نه به شخصی که حق دارد اشاره دارد. منظور از تعهداتم (obligation my) در حقوق انگلیس فقط اشاره به وظایف و تکالیف دارد نه حقوق.<sup>۲</sup>

در زمانی که هنوز اقتدار دولتی شکل نگرفته بود اجرای قانون و حقوق براساس انتقام جویی و به صورت فردی بود. اگر به مال کسی خسارت وارد می‌شد و یا به تمامیت جسمی کسی صدمه وارد می‌شد در این صورت متضرر بر شخص خطاکار مسلط شده و حق تصرف کامل پیدا می‌کرد به طوری که حتی منجر به اعدام او می‌شد. با مداخله دولت توقیف بدهکار و یا اجرای قانون قصاص جایگزین انتقام شده که مبتنی بر مسئولیت (Liability) بود. (61: Jolowicz & Nicholas, 2009) خیلی زود این مرحله پشت سر گذاشته شد و به تدریج مشخص

<sup>2</sup> With the words "my obligation" I can refer only to my duties not to my rights. (peter Birks, obligation: one Tier or two (Zimmermann, 1992: 72).

<sup>۱</sup> - واژه obligation یعنی تعهد به معنای اسم مصدری و واژه promise به معنای مصدری است (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۶۸). در این صورت تعهد به معنای اسم مصدری در واقع محصول عمل حقوقی اعم از قرارداد و یا ایقاع است.



خودداری از انجام کاری در آینده به نفع دیگری متعهد می شود. (Hogg, 2011: p.6). همین تعریف در دیکشنری آکسفورد نیز ذکر شده است: وعده عبارت است از اعلام و یا اطمینان دادن بر شخص دیگری (معمولا در رابطه با آینده) مبنی بر تعهد به انجام یا خودداری از انجام یک کار معین و یا تضمین مبنی بر اینکه امر مشخصی اتفاق خواهد افتاد و یا اتفاق نمی افتد (Oed. Com/152432). براساس این تعاریف می توان گفت که مفهوم وعده متفاوت از قرارداد است. چون که وعده دهنده براساس وعده ای که داده موظف به وفای به آن است و نیازی به قبولی طرف مقابل نیست. وعده فقط وعده دهنده را ملزم می کند در حالی که توافق و قرارداد هر دو طرف را ملزم می کند (Stephen, 2021: 123). به همین دلیل این واژه هم در مفهوم حقیقت لغوی و هم در مفهوم حقیقت عرفیه در تعهدات یکجانبه بیشتر متناسب بوده و قابل درک است.

برخی معتقدند که نزدیکترین واژه به وعده واژه *Pollicitio* هست. در حقوق روم این واژه برای تعهدی استفاده می شد که صرفا توسط یک طرف مورد تایید بوده و این اصطلاح در دو زمینه کاربرد داشت. یکی در مورد وعده یکجانبه مطلق که مستلزم قبولی نبوده. دیگر به عنوان ایجاب غیر قابل فسخ قبل از قبولی. در حالی که اصطلاح *pactum* برای پیمان دو نفره استفاده می شد (Voet, 1957: 708). منبع اصلی تعهد وابسته به وعده در قرون وسطی در دیدگاه حقوق کانونی ها<sup>۱</sup> و حقوق روم بود. بر طبق نظر توماس آکویناس، صداقت ایجاب می کند که انسان به هر قولی که می دهد عمل کند و این الزام مبتنی بر حقوق طبیعی است. (Jansen). Zimmermann, 2018: 816 & کانونی ها به طور کلی نقض عهد را گناه دانسته و بر اصل وفای به وعده تاکید می کردند. آنها به این نتیجه رسیدند که از نظر خداوند هیچگونه تفاوتی بین وعده های توام با سوگند و سایر گفتار انسان نیست. مفهوم وعده های یکجانبه قابل اجرا از نظر کانونی ها از این اصل

این مقاله به جای تعهدات یکجانبه از وعده یکجانبه استفاده شده است.

این کلمه در قران کریم در مقابل وعید است که در مورد شر به کار می رود. ولی وعده هم در مورد خیر و هم در مورد شر به کار می رود. (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۸۷۵) و (قرشی، ۱۴۱۲، ج ۷، ۲۲۶) عملا وعید اختصاص به شر و وعده اختصاص به خیر شده است. (طریحی، ۱۳۷۵: ج ۳ ص ۱۶۱) به همین دلیل در تعریف وعده گفته شده: اخبار الغیر بایصال نفع محض او دفع ضرر عنه من جهة المخبر. (المرتضی الشریف، ۱۴۰۵: ج ۲، ۴۸۷) وعده در این تعاریف به عنوان خبر و خبر دادن از فعل شخص در آینده توصیف شده است. ولی وعده یک نهاد اجتماعی است که ماهیت آن توسط انسان ها و جامعه و هنجارهای جامعه تعیین می شود. اگر وعده در جامعه و عرف به عنوان عهد شناخته شود در این صورت شکی نیست که چنین وعده ای به عنوان نوعی از تعهد و ایجاد دین محسوب می گردد. در این صورت وعده فقط خبر از اجرای آن در آینده نیست بلکه انشای یک عمل حقوقی است. بنابراین وعده ای که مانند مذاکرات قبل از عقد صرفا جنبه خبری داشته باشد تعهد یکطرفه محسوب نگردیده و موضوع بحث ما نیست. وعده به عنوان تعهد یکطرفه و یا تملیک و انتقال مال به غیرتوأم با اراده و قصد مبتنی بر التزام به تعهد و التزام به انتقال مال است. البته وعده تا زمانی که ابراز و آشکار نشده و بیانگر قصد و اراده جدی نباشد اثری بر آن بار نخواهد بود. نهاد وعده یک طرفه با نهاد نذر از نظر ساختاری در فقه تفاوتی ندارد. تنها تفاوت این است که وعده دهنده در نذر به خدا وعده می دهد اما در وعده مورد بحث، وعده دهنده به شخص و یا اشخاص معین و یا نامعین وعده قطعی و غیر قابل رجوع از طرف وعده دهنده است.

اکنون می توان گفت وعده عبارت است از اظهاری که به وسیله آن شخص به انجام کاری و یا

<sup>1</sup>- Canon law.

گفته می شود (Kimel, 2013: 72). براساس قرابت این دو نهاد سه تعریف از وعده ارایه شده است. اول اینکه وعده به یک ایجاب از قرارداد اشاره دارد. در واقع پیشنهادی است برای انجام کاری به نفع دیگری به قصد ایجاد تعهد حتی قبل از اعلام قبولی طرف مقابل. در این صورت وعده جزئی از قرارداد محسوب می گردد. دوم اینکه وعده به ترکیب ایجاب و قبول اشاره دارد که ستون فقرات قرارداد را تشکیل می دهد. سوم اینکه وعده نوع خاصی از قرارداد است. هر چند شبیه قرارداد نیست ولی به معنایی که براساس شرایط خاص دریافت می شود تفسیر می شود (Decock, 2013: 177). علمایی چون گروتیوس<sup>۴</sup> راه را برای درک قراردادی از وعده های مورد قبول که با قوت توسط سایر علما از جمله پوفندرف<sup>۵</sup> ترویج می شد هموار کرد. از نظر ایشان شاید وعده ها در قلب تعهدات و حقوق قرارداد ننگد ولی در تحلیل نهایی از مباحث حقوق قرارداد بهره برداری می شود. به همین علت استدلال شده که وعده ها غیر قابل انکار بوده اما در لباس حقوق قراردادها باید تحلیل شوند. تلاش نهایی برای احیای ایده اصلی وعده الزام آور یکطرفه (بدون قبولی) توسط فرانتس فیلیپ ون کوبل<sup>۶</sup> نویسنده و دبیر پیش نویس حقوق قراردادها ی BGB آلمان صورت گرفت (Jansen & Zimmermann 2018: 818).<sup>۷</sup>

او به نوبه خود از هانریش سیگل در این مورد پیروی کرد. البته پیشنهاد ون کوبل مورد حمایت واقع نشد. بدین ترتیب اغلب نظام های حقوقی تعهدات یکطرفه را الزام آور ندانسته مگر در مواردی که به طور خاص توسط قانون پیش بینی شده باشد.

با بررسی این نظریه ها معلوم می گردد که از نظر بسیاری از حقوق دانان وعده نوعی از قرارداد است و باید در قالب حقوق قراردادها تفسیر شود.

اخلاقی نشات گرفته است: در گفتار ما نباید دروغی باشد. اصل مذکور این ایده را توسعه داد که همه وعده ها بدون توجه به تشریفاتشان قابل اجراء هستند. پذیرش این اصل منجر به این امر شد که وعده های یکجانبه قابل اجراء هستند. علاوه بر این اصل قراردادی *pacta sunt servanda* به معنی اصل حفظ وفای به توافقات از همین اصل عرفی نشات گرفته و توسعه یافته است (Helmholz, 1990: 50). بنابراین معلوم است که این اصل در مورد همه انواع تعهدات از جمله تعهدات و وعده های یکطرفه قابل اعمال است.

رویکرد رومی ها در مورد وعده های یک جانبه فقط در موارد معینی توأم با سوگند قابل اعمال بوده مثل ضمانت پرداخت بدهی، مهریه. در حالی که از نظر کانونی ها وعده یک جانبه در شرایط محدودی الزام آور نبوده بلکه بسیار گسترده تر از آن مواردی بوده که در میان رومیان بوده است (Helmholz, 1990: 164). در قرن ۱۶ علمایی مثل سوتو<sup>۱</sup> و مولینا<sup>۲</sup> و لسیوس<sup>۳</sup> در اسپانیا که حقوق روم را بر مبنای فلسفه ارسطویی تحلیل می کردند برای نظریه وعده و تعهد نقش محوری قائل شده و مسئولیت قراردادی را براساس آن تبیین کردند. این علمای شرعی وعده را براساس حقوق طبیعی، اخلاقا الزام آور می دانستند. به طور مثال مولینا نظریه خود را بدین شرح تاکید کرد که وعده ساده به طور طبیعی حتی بدون قبولی الزام آور است (Decock, 2013: 150). از این به بعد است که نظریه قراردادی بودن وعده مطرح می شود. بسیاری از محققان استدلال می کنند که هر چند عقد متفاوت از وعده است و وعده در عمل دارای ارزش یکسانی با قرارداد ندارد با این حال قرارداد نوعا به تعهدات متقابل گفته می شود در حالی که به وعده، تعهد یکجانبه

7- For details of von Kübel's argument in favour of unilateral promises, see R Zimmermann, 'Vertrag und Versprechen: Deutsches Recht und Principles of European Contract im Vergleich', in Festschrift für Andreas, Heldrich (2005) 467-84, 470-1.

1- soto.

2- molina.

3- essius.

4- Grotius.

5- Pufendorf.

6- Franz Philipp von Kübel.



حیث باید به آن عمل شود. ولی چون قالب قرارداد را ندارد تعهدی را ایجاد نمی کند. در مقابل باید گفته که هر چند مبنای هر قراردادی در وهله اول وعده است ولی بنظر می رسد که در هر صورت قرارداد عبارت است از ربط و وصل دو طرف که نوعاً منجر به تعهدات متقابل می گردد. در حالی که وعده ذاتاً قرارداد نیست تا در قالب قرارداد تفسیر شود. بنابراین وعده و تعهدات یکطرفه نباید در قالب قرارداد تفسیر شود.

## ۴ رویکرد اصول حقوق قراردادهای اروپا و برخی از کشورهای اروپایی

با توجه به اختلافی که بین حقوقدانان پیشین غرب در خصوص جایگاه و نقش وعده و تحلیل آن بر اساس تئوری حقوق قراردادهای اروپا و یا ایقاع و تعهد یکجانبه دانستن وعده الزام آور بوده؛ اکنون ماده ۱۰۷-۲ اصول حقوق قراردادهای اروپا قابل فهم خواهد بود. چونکه مقرر مذکور ضمن به کار گیری اصطلاح وعده (Promise) تاکید بر عدم نیاز به قبولی هم کرده است (acceptance Without). این ماده با عنوان «تعهدات الزام آور بدون قبولی» مقرر می دارد: تعهدی که قصد الزام آور قانونی شده، بدون قبولی الزام آور است.

همان طور که گفته شد اغلب نظام های حقوقی، وعده های یکجانبه را الزام آور ندانسته مگر در مواردی که به طور خاص در قانون تصریح شده باشد. به طور مثال مقررات آلمان در برخی موارد محدود و خاص پذیرفته مثل قراردادهایی که تعهد به نفع شخص ثالث باشد، (328-35 BGB) و یا در مورد ایجاب های الزام آور بوده باشد (145 BGB) و یا در مورد ایجاب های عام پاداش در مقابل عمل خاصی باشد (657 BGB). در مورد اخیر یعنی تعهد

برخی از حقوقدانان نیز از لحاظ نظری چنین استدلال می کنند که مطابق اصل حاکمیت اراده شخص می تواند بدون توافق خود را ملزم سازد. زیرا اگر قدرت اجبار کنندگی عقد به خوبی تحلیل شود معلوم خواهد شد که سبب واقعی آن قدرت خلاقه اراده هر یک از دوطرف در باره خود اوست. لزوم قبول در انعقاد قرارداد از این جهت نیست که اراده ایجاب کننده به تنهایی نمی تواند برای او ایجاد دین کند، به خاطر این است که ایجاب به گونه ای انشاء می شود که بر حسب اراده اعلام کننده اثر آن موکول به قبول طرف دیگر است. پس اگر اراده به طور مستقل تعهد انشاء کند این کار نیازی به قبول طلبکار ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۲۱) چونکه وجه مشترک وعده یک طرفه و عقد را اصل حاکمیت اراده دانسته اند. اینگونه استدلال گرایش به رویکرد هم ریشه و یا مترادف بودن وعده و قرارداد داشته به طوری که در متون اصلی کامن لا شده که قرارداد وعده یا مبادله وعده هاست و یا قرارداد هنر و یا فنی برای اجرای وعده ها هستند تا جایی که حقوق دانان آمریکا معتقدند که اغلب، حقوق قراردادهای معطوف به وعدهایی است که قانوناً به اجرا در می آیند (Pratt, 2007: 531) و (Chitty, 2015: 198). به نظر می رسد که در حقوق ایران، عدم پذیرش تئوری قراردادی وعده یکطرفه صرفاً برای جلوگیری از تعمیم ایجاد دین به وسیله ایقاع به عنوان یک قاعده کلی است. با این استدلال که اگر ایجاد دین به وسیله ایقاع به عنوان یک قاعده کلی پذیرفته شود دیگر برای عقد از حیث منبع تعهد ارزشی باقی نمی ماند. زیرا هر کس می تواند به تنهایی خود را متعهد سازد و عقد نیز به صورت ترکیب بیهوده ای از دو ایقاع مستقل در می آید، در حالی که حذف مفهوم عقد از شمار منابع تعهد مورد قبول کمتر حقوقدانان است (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۲۲). از برآیند رویکرد این دسته از حقوقدانان معلوم می گردد که هرچند قرارداد قبل از هرچیز وعده (promise) است و از این

۱- این نظریه توسط مرحوم دکتر کاتوزیان منتسب به آلفردریک در کتاب نقش اراده در اعمال حقوقی در حقوق فرانسه و آلمان ارایه شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۴۲۹).



که در حقوق کنونی نمی توان ایقاع را از منابع ایجاد تعهد به شمار آورد. چون در قانون مدنی ما هیچ ماده ای وجود ندارد که به طور صریح و یاضمنی ایجاد تعهد را به وسیله اراده یک تن به طور عام تجویز کند و در منابع ایجاد حق دینی هم نامی از ایقاع برده نشده است (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۲۲). همچنین برخی دیگر از علمای حقوق مبنایی برای تعهد یکطرفه در حقوق قائل نشده با این استدلال که دین و تعهد ماهیتی است مرتبط و وابسته به دو طرف که تحقق آن در عالم حقوق جز با اتکای آن حداقل به دو طرف قابل قبول نمی باشد و اصولاً ذهن در پیدایش تعهد از نوع ارادی، اراده دو طرف را لازم می بیند و تحقق تعهد را به اراده فقط یکی از دو طرف تعهد و بدون دخالت اراده طرف دیگر با حقیقت تعهد، مناسب تشخیص نمی دهد (شهیدی، ۱۳۹۶، ۲۰۰/۱). اما این استدلال ها قانع کننده نیست. چونکه علاوه بر موارد فوق نهادهای مشابه ای در حقوق اسلامی وجود دارند که فقط با اراده یک شخص به وجود می آید که همگی در قالب ایقاع بوده و در تعریف ایقاع می گنجند. به طور مثال در وصیت عهدی نه تنها قبولی شرط نیست بلکه با عدم رد، وصیت تنفیذ و تثبیت می شود. این امر به معنی قبولی نیست بلکه برای تثبیت آن است. همچنین در وصیت تملیکی اگر تملیک برای نوع افراد باشد و یا اگر وصیت برای اقارب، علما، طلاب و سادات و فقراء باشد؛ مثل وصیت عهدی نیاز به قبولی نیست.

به طور کلی انسان دارای اراده خلاق است و براساس اصل حاکمیت اراده این حق را دارد که به طور مستقل و بدون همفکری و مشارکت با دیگران هر نوع عمل حقوقی انجام دهد. از طرفی دیگر اغلب نهادهای حقوقی دارای حقیقت عرفیه هستند. بنابراین اگر تعهد یکطرفه در عرف دارای آثار حقوقی باشد و قانون گذار هم منع نکرده باشد دلیلی بر بطلان و بی اثر دانستن آن نیست. در فقه نیز شرط ابتدایی که تحت پوشش عقد نبوده و بدون اخذ

به پاداش از ماده ۶۵۷ قانون آلمان برداشت می شود که پاداش باید مستقلاً پرداخت شود اعم از اینکه شخص اجرا کننده از وعده پاداش مطلع بوده یا نبوده باشد (Zimmermann, 2018: 578). در واقع مقررات آلمان تعهد به پاداش را قرارداد ندانسته بلکه در موارد استثنایی وعده یکجانبه را مورد شناسایی قرارداده است. در حقوق فرانسه نیز بین حقوقدانان فرانسه راجع به وعده یکطرفه به عنوان ایقاع موثر اختلاف بوده به طوری که اغلب معتقد بودند که ایقاع بدون پشتوانه قانون نمی تواند موثر حق باشد و با مداخله قانون گذار باید ایقاع را موثر شناخت (Cedric, 2011: 389). بالاخره قانون گذار فرانسوی در سال ۲۰۱۶ در قانون مدنی جدید قانع شد و در ماده ۱۱۰۰ وعده های یکجانبه را به عنوان ایقاع در کنار سایر منابع تعهدات پذیرفت<sup>۱</sup>. با این اوصاف باید گفت مقررات اصول حقوق قراردادهای اروپا (PECL) که به نوعی ایجاد کننده پل ارتباطی بین دو نظام حقوقی رومی-ژرمنی و کامن لا است (شعاریان و ترابی، ۱۶: ۱۳۸۹) و (Lando & Beal, 2000) (p. xxii): پیشتاز بوده و موجب تحول در مقررات کشورهای اروپایی گردیده و از این حیث این مقررات الگو برای همه کشورهای اروپایی است تا به همه اختلافات و تردیدها در زمینه های مختلف از جمله پذیرش ایقاعات و وعده های یکجانبه به عنوان منبع تعهد پایان دهد. بنابراین معلوم می گردد که تعهد یکطرفه که بدون قصد متعهدله به وجود می آید از نظر ماهوی با ایقاع فرقی ندارد. بلکه تعهد و انتقال مال به طور یکطرفه از مصادیق ایقاع است. با این حال برخی از علما معتقدند که از نظر ماهوی ایقاع با وعده یکجانبه متفاوت است. با این استدلال که ایقاع یک اصطلاح ویژه حقوق اسلامی است و یک نظریه عمومی نیست بلکه فقط شامل آن دسته از نهادهای حقوقی که مورد تصریح شارع قرار گرفته اند همچون طلاق، شفعه، ابراء، و فسخ است (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۷۲). در همین راستا نیز تاکید شده

lation. They can arise from the voluntary performance or from the promise of performance of a moral duty towards another person.

<sup>1</sup> Obligations arise from juridical acts, juridically significant facts or from the sole authority of legis-



است. ۳- وعده باید تعهدی به نفع طرف دیگر باشد) بدون اینکه نفعی برای وعده دهنده باشد. بنابراین اگر کسی بگوید قول می‌دهم با احتیاط رانندگی کنم چنین قولی به نفع دیگری محسوب نمی‌گردد. به اصطلاح وعده به خود غیر ممکن و غیرقابل اجراست و بی‌معناست. چون که چنین اظهاراتی نمی‌تواند اثر حقوقی و وضعی داشته باشد. ۴- وعده باید در مواردی باشد که مرتبط با رفتار متعهد باشد نه وقایع و حوادثی که ارتباطی با متعهد ندارد. مثل اینکه شخصی قول دهد که فردا تعدادی کشتی در بندر پهلو خواهند گرفت ۵- وعده بلاعوض است (Hogg, 2011: 26). بنابراین وعده انتقال مالکیت و یا تعهد نسبت به انجام کار و یا خودداری از انجام کاری در آینده به نفع دیگری به صورت رایگان و بدون عوض و قبولی است. بنابراین ساختار وعده با ساختار یک قرارداد کاملاً متفاوت است. تئوری قرارداد بدون قبولی برای ایجاد مقبولیت آن نه تنها با منطق حقوقی سازگاری نداشته بلکه با وجود نهادی به نام ایقاع نیازی به آن نیست. در اینجا لازم است متذکر گردد که وعده یکجانبه با مذاکرات و حتی توافقات قبل از قرارداد تفاوت دارد. چونکه مذاکرات قبل از قرارداد و توافق طرفین در مورد چگونگی انعقاد قرارداد و یا محتوای آن دارای آثار وضعی نیست.

### ۵٫۱ قصد وعده دهنده و اعلام آن

قراردادها و ایقاعات ذاتاً به جهت اینکه بیانگر اراده و یا قصد انسان هستند قابل احترام هستند. بنابراین ملاک و معیار وجود قرارداد و ایقاعات، قصد طرفین است. در واقع گفته می‌شود قرارداد با قصد ایجاد روابط حقوقی بوجود می‌آید. به همین دلیل یک قرارداد و یا هر عمل حقوقی دیگر با قصد مشترک طرفین تفسیر می‌شود حتی اگر قصد مشترک با معنای واقعی کلمات متفاوت باشد.

قصد التزام قراردادی از ارکان و اسباب اصلی تشکیل قرارداد می‌باشد. در اصول حقوق قراردادهای اروپا (PECL) از قصد و اراده برای تشکیل

قبولی از طرف شرط کننده در نظر گرفته شده براساس مقتضای قاعده وجوب الوفاء که مبتنی بر اصل حاکمیت اراده است دارای اثر وضعی شناخته شده و شرط کننده ملتزم شناخته شده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ۱۱۷/۲) سابقه اصل حاکمیت اراده در فقه و حقوق اسلامی که داری جایگاه خاص براساس روایات و آیات بوده دارای گستره نامحدود بوده که شامل همه عقود و ایقاعات است. اگر «العقود» در روایت نبوی «العقود تابعه للعقود» و در آیه اوفوا بالعقود به العهود (میرفتاح مراغه ای، ۱۴۱۴، ۱۸۳/۲) تفسیر شود در این صورت براساس اصل صحت و اباحه چنین ایقاعاتی اعم از تعهد و یا انتقال یکجانبه صحیح می‌باشد و فقط شامل عقود نبوده بلکه شامل ایقاعات معین و سایر اعمال حقوقی نامعین می‌باشد. علاوه براین براساس حدیث الناس مسلطون علی اموالهم (مجلسی، ۱۴۱۲، ۲: ۲۷۲/۲) و (نجفی، بی تا: ۱۳۸/۲۷) و همچنین براساس عموماً و اطلاق آیه «لاتاکلوا اموالکم بینکم بالباطل» می‌توان تعهد و انتقال مال به طور یکجانبه را به عنوان ایقاعی که منبع تعهد و وسیله نقل و انتقال است صحیح شناخت.

### ۵ ویژگی متمایز وعده

همان طور که ملاحظه می‌شود وعده فقط تعهد و یا انتقال مال به عنوان یک عمل حقوقی، یک طرفه است و نمی‌تواند قرارداد باشد. وعده دارای ویژگی‌های است. این ویژگی‌ها موجب می‌گردد تا وعده که از قرارداد متمایز گردد. این ویژگی‌های به طور خلاصه عبارت است از اینکه ۱- وعده یک تعهد مربوط به آینده است. در حالی که قرارداد ضرورتاً مربوط به آینده نیست. مثل مبادله کالا با کالا به صورت همزمان و یا قرارداد ممکن است به طور کلی مربوط به زمان گذشته باشد (Atiyah, 1979: 410-418). تعهد به اجرا و عمل در آینده در مفهوم وعده نهفته است. چونکه وعده نمی‌تواند شامل اظهار نسبت به وضعیت موجود بوده و یا آن را تایید کند. ۲- وعده در واقع یکطرفه و بدون نیاز به قبولی است. در حالی قرارداد همیشه تعهد دوطرفه

این صورت آن عمل لغو بیهوده و بدون آثار حقوقی خواهد بود.

خلاصه اینکه قصد وعده دهنده برای تحقق وعده یکطرفه اعم از ایجاد تعهد و یا انتقال ملکیت، مهمترین شرط صحت آن بوده که مبنای ایجاد التزام است. معلوم است که بدون قصد جدی وعده دهنده هیچ قول الزام آوری به وجود نمی آید. جدیت قصد در اغلب نظام های حقوقی مدرن با اشاره به قصد التزام قانونی و یا قصد ایجاد رابطه روابط حقوقی تاکید شده و به رسمیت شناخته شده است. بنابراین وعده دهنده باید در زمانی که وعده می دهد متوجه نتایج حقوقی آن باشد.

اینکه آیا قصد وعده دهنده باید اعلام و ابراز شود یا خیر؟ مورد اختلاف است. برخی از حقوقدانان معتقدند قصد وعده دهنده به تنهایی برای ایجاد تعهد یکطرفه کافی است. استدلال می شود که تعهد وعده ای (Promissory obligation) از قبل در نتیجه و یا به موجب اراده به وجود آمده است و تصریح به قصد و یا ابراز و بیان آن، چیزی را اضافه نمی کند (Decock, 2013: 183). چونکه یک فرآیند ذهنی درونی صرف از وعده دهنده کافی است تا یک تعهد وعده ای را به طور موثر ایجاد کند. هر چند چنین استدلالی خالی از وجه نیست ولی حداقل از حیث اثباتی کافی نخواهد بود. به همین دلیل اشخاصی مثل لسیوس تاکید می کنند که قصد وعده کننده باید تصریح شود. به جهت اینکه تصریح، موجب موثر واقع شدن اراده درونی و واقعی هستند و زبان منفعلانه عمل اراده چیزی را منتقل نمی کند (Decock, 2013: 183). اغلب نظام های حقوقی جدید و مدرن و همچنین قواعد نمونه از نظریه لسیوس پیروی می کنند. از جمله در ماده - II. DCFR: 4:301<sup>3</sup> به این موضوع تصریح شده است: الزامات یک عمل حقوقی یک جانبه عبارتند از: (الف) طرفی که این عمل را انجام می دهد قصد دارد از نظر قانونی متعهد شود یا به اثر حقوقی مربوط به

قرارداد به معنای خاص به «قصد التزام قانونی<sup>۱</sup> به قرارداد» تعبیر می شود. در مقررات و متون حقوقی کشورهای اروپایی به ویژه در کامن لا این جمله در مبحث قصد ذکر می شود. قصد عبارت است از وضعیت و یا حالت ذهنی یک طرف با هدف داشتن یک نتیجه خاص است که به موجب آن قصد قراردادی نیز به معنی حالتی از وضعیت ذهنی طرفین قرارداد است که با هدف ایجاد رابطه و ملتزم شدن به قرارداد است. (Martin, 2003: 256) عنصر قصد التزام قانونی به قرارداد از این حیث مهم است که در واقع اشاره به التزام به قرارداد و توافق دارد. به این معنی که قصد قراردادی در تعیین اینکه آیا طرفین ملتزم به توافق هستند یا خیر نقش اساسی در اعتبار قرارداد دارد. قصد به مفهوم قصد ایجاد رابطه قانونی بیشتر در نظام های حقوقی انگلیس و آمریکا مقرر شده است. به طور مثال در حقوق انگلیس قصد جزیی از شرایط صحت قرارداد بوده که به وسیله دکترین عوض و یا درج در سند به کار رفته و ظاهر می گردد (Cartwright, 2016: 155). قصد ایجاد رابطه قانونی به عنوان یک اصل همان اصل تراضی یا اصل رضایت<sup>۲</sup> در حقوق کشورهای نوشته است. اصل رضایت در حقوق قراردادهای نوشته به ویژه در رابطه با تشکیل قرارداد به عنوان شرط مطلق هر قرارداد است که اطمینان و امنیت قراردادی و حقوقی را برای طرفین ایجاد می کند. در هر صورت تعهد و انتقال در صورتی به وجود می آید طرفین قرارداد، قصد التزام قانونی به قرارداد داشته باشند. در این صورت قرارداد به عنوان منبع تعهد و انتقال خواهد بود. اکنون در مورد ایجاد تعهد از طریق وعده یکطرفه نیز تاکید می گردد که وعده دهنده باید قصد التزام قانونی به اجرای وعده داشته باشد. در این صورت است که وعده یکطرفه به عنوان ایقاع، ایجاد تعهد و یا انتقال خواهد کرد. بنابراین در ایجاد هر عمل حقوقی حتما قصد التزام قانونی به ایجاد تعهد باید وجود داشته باشد. در غیر

<sup>3</sup>- Draft Common Frame of Reference (DCFR).

<sup>1</sup>- The parties intend to be Legally bound.

<sup>2</sup>- The Principles of Consent.

این رابطه خواهان برعلیه دستگاه وابسته مبنی بر افزایش حقوق طرح دعوا می کند *Burr v Bo'nness Commissioners*. (Police). اما دادگاه با این استدلال که چون تصمیم به افزایش حقوق به اندازه کافی و به طور رسمی ابلاغ نشده بود چنین وعده ای را غیر قابل اجرا شناخت (Valente, 2010:34). به ترتیب رویه قضایی نیز برای وعده ابراز نشده اثری قائل نشده و تنها وعده ای را که به اندازه کافی ابلاغ شده باشد الزام آور شناخته است.

## ۶ نقش اصل حاکمیت اراده

یکی از مضامین بزرگ تعهدات در حقوق اسلامی و در رویه و سنت حقوق غرب هم از منظر اخلاقی و هم از منظر حقوقی در مورد وعده ها و همچنین قراردادهایی که از مبادله وعده ها شکل می گیرند اعمال ارادی انسان است. منظور از اصل حاکمیت اراده در اعمال حقوقی، آزادی شخص در انشای وعده به عنوان یک عمل حقوقی است. از این حیث که شخص، آزاد است تا مبادرت به تشکیل ایقاع بکند یا نکند و نیز در تعیین حدود و آثار آن نیز اختیار خواهد داشت. برجستگی تئوری اراده و حاکمیت اراده در اروپا برای تبیین الزام وعده ها اغلب به اندیشه حقوقی و اخلاقی اندیشه رایج در قرن ۱۹ برمی گردد. این تحول ایده، حاکمیت اراده را که پیش از این از ویژگی های قرارداد بود اخذ کرده و به وعده ها تسری داده است. طبق دیدگاه کلاسیک، قانون قرارداد بیانگر اراده طرفین بوده و از آن حمایت می کند از این حیث که اراده ذاتا شایسته احترام است (Cohen, M, R, 1933:575). همین حکم در مورد ایقاعات و وعده یکطرفه جاری است.

در مورد حاکمیت اراده دو نظریه مقابل هم مطرح است. یکی اینکه نفس اراده، منبع تعهد ایجاد شده اعم از اینکه ناشی از وعده و یا غیر آن باشد هست. به طوری که منبع و الزام وظیفه ناشی از وعده در فعل ارادی بوده و قانون نیز حمایت می کند. این قانون است که عمل حقوقی را که توام با قصد التزام است از طریق منصوص کردن و حتی با

آن دست یابد. (ب) اینکه عمل به اندازه کافی قطعی باشد. (وج) آن اخطار (اعلام) عمل، به شخصی که خطاب به او است برسد یا اگر این عمل خطاب به عموم است، این عمل از طریق آگهی، اطلاعیه عمومی یا موارد دیگر عمومی شود.

همان طور که ملاحظه می شود وعده به عنوان ایجاد تعهد و یا انتقال ملکیت به طور یکجانبه، مبتنی بر وجود اراده و قصد جدی بر التزام به تعهد است. لیکن تا زمانی که ابراز و اعلام نشود اثری بر آن بار نمی شود. این امر برخلاف نهاد نذر است. تفاوت آن با نذر در این است که وعده دهنده در نذر به خدا وعده می دهد به همین دلیل نیازی به اعلام و ابراز آن نیست اما چون در تعهد یکطرفه ذینفع شخص است بنابراین برای موثر واقع شدن قصد، نیاز به اعلام آن است.

هرچند مقررات اصول حقوقی قراردادهای اروپا در مورد ابلاغ و اعلام تعهدات یکجانبه به طور صریح مطلبی را ذکر نکرده است. با این حال از ماده (۲۰۱-۲) که راجع به اعلام و ابلاغ ایجاب مقرر داشته است و تاکید کرده است اهمیت اصل ابلاغ و اعلام را برای مخاطب در هر مورد اعم از عقد و ایقاع می رساند. در واقع از وحدت ملاک این مقرر که راجع به ابلاغ ایجاب است می توان در مورد ضرورت اعلام و ابلاغ تعهدات یکطرفه استفاده کرد. چونکه ابلاغ و اعلام ایجاب خصوصیتی نداشته بلکه تعهدات یکطرفه از حیث دارا بودن آثار حقوقی و پایداری آن برتر از ایجاب است.

هنگامی که جنگ خلیج فارس در سال ۱۹۹۰ شروع شد شرکت X در کشور Y از طریق چند روزنامه به طور صریح اعلام کرد که صندوقی در مبلغ یک میلیون یورو برای حمایت از بیوه ها و فرزندان تحت تکفل سربازان کشور که در جنگ کشته شوند خواهد داد. بعد از جنگ شرکت مذکور از پرداخت وجه خودداری کرد اما ملزم به پرداخت گردید (Lando & Beale, 2000:156). این مثالی برای اعلام و ابلاغ عمومی بوده که بیانگر قصد التزام قانونی آگهی کنندگان بوده است. در پرونده دیگر در

تعهدی ملزم کنند. نهایت اینکه قانون گذار ممکن است در برخی موارد حمایت نکند. در واقع اصل حاکمیت اراده ممکن است در برخی از موارد با مانع قانونی برخورد بکند و مانع، موجب بی اثر شدن عمل حقوقی فرد شود. براساس این دیدگاه دیگر نمی توان گفت که وعده ها نمی توانند مبنای حاکمیت ارادی داشته باشند<sup>۲</sup> بلکه بر عکس به علت سکوت قانون گذار و عدم مانعیت صریح در مورد وعده ها براساس اصل حاکمیت اراده و اصل اباحه و صحت با وجود متعارف بودن، قابلیت اجرا خواهند داشت.

با همه این اوصاف مخالفان اصل حاکمیت اراده معتقدند که اگر براساس اصل حاکمیت اراده به افراد اجازه داده شود که به هر شکلی تعهد ایجاد کنند در این صورت مختار بودن فرد در انجام و عدم انجام تعهد با ذات تعهد منافات خواهد داشت. چونکه همان اراده باید بتواند تعهد به وجود آمده را از بین ببرد. (Mazaud, chabas, 1991, n360). در پاسخ به این ایراد برخی از نویسندگان ضمن تفکیک بین تعهد و لزوم نگه داری آن به عقود جایز استناد کرده به طوری که استدلال شده که امکان از بین بردن تعهد با ایجاد تعهد تعارضی ندارد (بیگدلی، ۱۳۹۱: ۵). درحالی که مبنای استدلال ایراد کنندگان در رابطه با اقتدار اراده واحد در از بین بردن تعهد موجود در واقع ناشی از عدم تفکیک مراحل تشکیل اراده است. بدیهی است تصورات ذهنی ممکن است هر لحظه تغییر کند. چونکه پایداری تصورات ذهنی وابسته به خود فرد است در حالی که ایجاد ماهیت حقوقی اعتباری با تصورات ذهنی به وجود نمی آیند. امور اعتباری بعد از طی مراحل روانی و با تصمیم گیری و عزم راسخ به وجود می آید و به سادگی از بین نمی رود. اما امور ذهنی بلافاصله از بین خواهد رفت و یا ایجاد

تصور هیوم به طور طبیعی خودخواه هستند نه اینکه به عنوان موجودی که به طور طبیعی همکاری در جامعه کنند.  
<sup>۲</sup> برخی از علما معتقدند که پای بندی های شخصی روانی عاطفی نسبت به وعده ها که صرفا دارای جنبه اخلاقی نمی تواند مبنای حاکمیت اراده باشد و به آنچه مورد اراده قرار گرفته است نفوذ و اعتبار بخشد. (شهیدی، ۵۸/۱)

عدم ایجاد مانع و یا باسکوت مورد حمایت قرار می دهد.

دوم اینکه نفس اراده فقط به وضع قانونی یک تکلیف و تعهد رضایت می دهد. در واقع اراده فرد در هر موردی نمی تواند تعهد ایجاد کند. به طور مثال گفته می شود که اراده اقتداری در شکستن نظم عمومی و انشای اعمال حقوقی که برای جامعه زیان آور است ندارد و آنجا که پای تجاوز به حریم نظم جامعه به میان می آید اراده فرد، فلج و ناتوان است. یعنی قانون در این موارد حاکمیت را به اراده نمی دهد و به تعبیر دیگر آنچه اراده، انشاء کرده است در عالم اعتبار و حقوق به وجود نمی آید (شهیدی، ۱۳۹۶، ۵۸). واقعیت این است که اراده انسان اقتدار و حاکمیتی بلامنازع دارد. و این امر غیر قابل انکار است. البته ممکن است چنین نظری براساس تئوری هیوم<sup>۱</sup> این نگرانی را به وجود می آورد که اگر اراده انسان باعث ایجاد تعهدات الزام آور می شود در این صورت انسان صرفا با وعده دادن عملی، آنچه را که غیر اخلاقی است به یک عمل اخلاقی تبدیل کند و یا بالعکس. ولی از نظر ذهنی نیز در عمل چنین اتفاقی نمی افتد. چونکه وعده دهنده ممکن است با وعده خود عملی را که هدف و موضوع یک وظیفه اخلاقی نبوده انجام دهد. بنابراین ایراد هیوم در واقع مبتنی بر فرض نادرست است. وعده ها ماهیت عینی اخلاقی یا غیر اخلاقی اعمال را تضعیف نمی کند. به طور مثال اگر پدری بدون در نظر گرفتن مراقبت از فرزندش، خود را ملزم کند و تمام پول خود را به دیگری بدهد صرفا برای او تعهد جدیدی به وجود می آید بدون اینکه بر ماهیت رفتار او نسبت به فرزندش تاثیر بگذارد. (Gordley, philosophical, ch9) بنابراین بر خلاف نظر هیوم انسان ها می توانند خود را با یک فعل ارادی به

<sup>1</sup> - Hume, Treatise of Human Nature, III.ii.5. and Hogg, p.91.

در مورد دیدگاه هیوم لازم است گفته شود که او معتقد بود که وعده دادن یکی از ویژگی های اساسی طبیعت انسان نبوده و ماهیت اجتماعی انسان ها را تا حدودی رد می کند و آنها را اساسا منزوی و نگران به خود نشان می دهد. انسان ها در



## ۷ نقش اراده مخاطب در وعده های یک طرفه

در حقوق همه کشورها براساس اصل حاکمیت اراده هر شخصی می تواند خود را متعهد سازد. براساس اصل تسلیط یعنی الناس مسلطون علی اموالهم هر شخصی به موجب اراده خود می تواند خود را مدیون کرده و مالی را به ملکیت دیگری درآورد. در حالی که شخص نمی تواند بدون اراده مالک، خود را دائن و یا طلبکار و متعهدله نماید. بنابراین اصل سلطه بر خود<sup>۲</sup> اقتضا دارد که ایجاد دین برعلیه خود مانعی نداشته باشد. هرچند تعهدات یکطرفه نیازی به قبولی ندارد با این حال طبق اصول کلی، مخاطب حق رد خواهد داشت. عدم رد موجب تثبیت این عمل حقوقی می گردد. در نهادهای مشابه مثل وصیت عهدی که ایقاع محسوب می گردد قبولی شرط نیست بدون قبولی وصیت محقق می شود اما موصی له می تواند با رد صریح وصیت تایید ضمنی آن را کان لم یکن نماید. با این حال برخی از حقوقدانان معتقدند که حتی زحمت رد چنین تملیکاتی نیز بر خلاف استقلال و آزادی اراده افراد است و نمایان گر چهره ای از اعمال ولایت بر غیر است (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ۶۲). همین استدلال و ایراد در مورد وصیت نیز مطرح می شود. در حالی که مورد وصیت به ملکیت موصی له در می آید لیکن باید در پاسخ گفت که این امر زمانی است که موصی له حق رد نداشته باشد. رد موصی له به معنی کاشف از عدم مالکیت وی از ابتدا می باشد. مقتضای آیات و روایات نیز حاکی از مالکیت موصی له بدون احتیاج به قبولی است. به همین دلیل گفته می شود که هیچ مانعی وجود ندارد که شخص بتواند به اراده خود چیزی را به تملیک یا تعهدی را ایجاد نماید (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۷، ۵۸۳). ممکن است گفته شود که تعهد موجود در وصیت به موجب قانون است. البته قانون گذار در سایر موارد ساکت است و منعی در رابطه با وعده های یک جانبه ایجاد

کننده، آن را به سادگی از بین می برد. علاوه بر این وعده اعلام شده به عنوان یک ایقاع تثبیت شده مانند عقد جایز نیست. عقد جایز عقدی است که حدوثا و بقائا به اراده طرفین بستگی دارد در حالی که وعده تبیت شده براساس اصله الاباحه و اصله اللزوم غیر قابل رجوع است مگر در مواردی که قانون گذار چنین مجوزی صادر کند.

### ۶۱ اتکاء و اعتماد و امنیت

همان طور در این مقاله روشن شد وعده یکطرفه با همه شرایطی که بیان شد فقط جنبه اخلاقی نداشته بلکه دارای آثار وضعی است. برفرض اینکه جنبه اخلاقی صرف داشته باشد موجب به وجود آمدن نوعی اتکاء<sup>۱</sup> و اعتماد و اطمینان و امنیت اقتصادی و شادی برای مخاطب است. اگر وعده دهنده به تعهد خود عمل نکند ممکن است موجب بروز خسارت جبران ناپذیر به شخصی گردد که به وعده اتکاء و اعتماد کرده است. در این صورت وضعیت متفاوت خواهد بود بر اساس قاعده لاضررچنین ضرری نباید بلاجبران باقی بماند. از طرفی دیگر عدم پای بندی به وعده توسط وعده دهنده غیر اخلاقی است.

برخی از نظریه پردازان، منبع تعهد را دقیقا در صورت وجود چنین اتکایی قرار می دهند (Mac Cormick, 1972: p.66) و (Hogg, 2011: p.91). بدیهی است که قصد وعده دهنده که موجب اتکاء شده و با قصد ایجاد اتکاء و اعتماد، وعده یکطرفه را ایجاد کرده کفایت می کند تا از نظر حقوقی موثر واقع شود. هرچند متعهدله تکیه واقعی نکرده باشد. ایجاد اتکاء توسط وعده دهنده در واقع مبتنی بر نظریه اراده است. یعنی آنچه که ملاک و معیار است قصد وعده دهنده است. در هر صورت چنین استدلالی در واقع امر براساس اصل حاکمیت اراده است و مهر تاییدی بر ایقاع شناختن وعده یکجانبه است.

1- Des droits souverains sur moi-meme.

3- Reliance theory.

از آن و یا مالی را به نفع دیگری تعهد کرده و انتقال دهد. مفهوم وعده متفاوت از قرارداد است. چونکه برای انعقاد قرارداد به همفکری و توافق دو اراده نیاز است. به طوری که قرارداد هر دو طرف را ملزم می کند. بنابراین وعده یکجانبه از نظر ساختار با ارکان قرارداد از جمله ایجاب و قبول متفاوت بوده و با تئوری حقوق قراردادها قابل تحلیل نهایی نیست. با این حال بسیاری از حقوقدانان رومی ژرمنی و کامن لا سعی کردند تا تئوری قراردادی آن را مورد بررسی قرار دهند. در نتیجه فقط در موارد محدودی آن را پذیرفته و در قوانین کشورهای اروپایی ذکر کردند. اما اصول حقوق قراردادهای اروپا با وضع ماده ۲-۱۰۷ تحولی در قوانین حاکم بر اروپا ایجاد کرد. به دنبال آن قانون گذار فرانسوی نیز در سال ۲۰۱۶ در ماده ۱۱۰۰ قانون مدنی فرانسه به طور گسترده آن را پذیرفت. در حقوق اسلامی با وجود نهادهای مشابه وعده یک جانبه مثل وصیت عهدی و وصیت تملیک نوعی و عام و نذر و غیره که در قالب عمل حقوقی ایقاع هستند قرن ها قبل جایگاه وعده یکجانبه را مشخص کرده است. براساس اصل حاکمیت اراده هر شخصی این حق را دارد که به طور مستقل و بدون همفکری و مشارکت با دیگران هر نوع عمل حقوقی انجام دهد. از طرفی دیگر اغلب نهادهای حقوقی دارای حقیقت عرفیه هستند. بنابراین اگر وعده یکطرفه در عرف دارای آثار حقوقی باشد و قانون گذار هم منع نکرده باشد دلیلی بر بطلان و بی اثر دانستن آن نیست. اصل حاکمیت اراده در فقه و حقوق اسلامی که داری جایگاه خاص براساس روایات و آیات بوده دارای گستره نامحدود بوده که شامل همه عقود و ایقاعات است. اگر «العقود» در روایت نبوی «العقود تابعه للقصود» به العهود تفسیر شود در این صورت براساس اصل صحت و اباحه چنین ایقاعاتی اعم از تعهد و یا انتقال یکجانبه صحیح می باشد و فقط شامل عقود نبوده بلکه شامل ایقاعات معین و سایر اعمال حقوقی نامعین می باشد. علاوه بر این براساس حدیث الناس مسلطون علی اموالهم و همچنین عمومات و اطلاق ادله آیه «یاایهاالذین آمنوا» و همچنین براساس

نکرده است. این گونه نهادهای حقوقی که براساس نیازهای روزمره بوجود می آید در واقع حقیقت عرفیه داشته و تا زمانی که برخلاف قواعد آمره نبوده و یا بر خلاف نظم عمومی و یا اخلاق حسنه نبوده باشد اشکالی از نظر قانون گذار نخواهد داشت. نهادهای مشابه مانند تعهد به نفع شخص ثالث وفق ماده ۱۹۶ق.م. نیز موید این استدلال است. نهایت اینکه متعهدله می تواند با اعلام عدم رضایت خود مانع از تثبیت مالکیت خود شود. بنابراین با وجود نهاد های مشابه در قانون و در عرف و روابط متداول و همچنین داشته حق رد موضوع مشمول ولایت اشخاص بر دیگری نبوده و به طور کلی داشتن حق رد نیز در راستای اعمال اصل حاکمیت اراده است. عدم اعمال حق رد و سکوت متعهدله در قبال اجرای وعده یک جانبه به نوعی بیانگر حاکمیت اراده ضمنی متعهدله است. مبنای حق رد و کان لم یکن کردن ایقاع توسط ذینفع بازهم اصل حاکمیت اراده است. با این حال ممکن است انگیزه رد کردن متفاوت باشد. گاهی انگیزه رد یک ایقاع از طرف ذینفع، عدم امتنان بوده تا کسی بر او منتهی نگذارد و یا ممکن است به دلیل مسائل خانوادگی و یا اجتماعی بوده باشد.

تعهدات یکطرفه الزاماتی را فقط برای متعهد و وعده دهنده ایجاد می کند و برای مخاطب و یا متعهدله هیچگونه تعهد و یا الزامی ایجاد نمی کند. باز از وحدت ملاک ایجاب (ملزم) لازم الاتباع در این رابطه می توان استفاده کرد. چون که ایجابی که به وجه ملزمی مطرح شده و غیر قابل رجوع و فسخ است فقط برای ایجاب دهنده تعهد ایجاد می کند نه طرف ایجاب. بنابراین تعهدات یکطرفه و حتی انتقال مالکیت به طور یک جانبه فقط برای متعهد الزام ایجاد می کند.

## ۸ نتیجه گیری

وعده یکجانبه که بیشتر با عنوان تعهد یکطرفه شهرت پیدا کرده عبارت است از اظهاری که به وسیله آن شخص به قصد انجام کار و یا خودداری



عمومات و اطلاق آیه «لاتاکلوا اموالکم بینکم بالباطل» می توان تعهد و انتقال مال به طور یکجانبه را به عنوان ایقاعی که منبع تعهد و وسیله نقل و انتقال است صحیح شناخت. بنابراین نفس اراده، منبع تعهد ایجاد شده اعم از اینکه ناشی از وعده و یا غیر آن باشد هست. به طوری که منبع و الزام وظیفه ناشی از وعده در فعل ارادی بوده و قانون نیز حمایت می کند. این قانون است که عمل حقوقی را که توأم با قصد التزام است از طریق منصوص کردن و حتی با عدم ایجاد مانع و یا

باسکوت خود در صورتی که مخالف با نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد مورد حمایت قرار می دهد. بنظر می رسد که ماده ۱۰ قانون مدنی که در مورد قراردادها وضع شده خصوصیتی نداشته بلکه از باب تغلیب است و می تواند شامل هر عمل حقوقی از جمله وعده یک جانبه به عنوان ایقاع را در برگیرد. علاوه بر این همان طور که طرفین با انعقاد قرارداد موجب اتکاء و اعتماد به طرف مقابل می گردند چنین رخدادی در وعده یکجانبه عرفاً برای مخاطب ایجاد می گردد که قابل اغماض نیست.



## منابع

- Asadinejad, Seyyed Mohammad (2013) A new look at rights and duties through the lens of Nahj al-Balagheh, Quarterly Journal of Islamic Human Rights Studies, first year, number two. [In Persian]
- Bigdali, Saeed (2012) Unilateral Theory of Committed Will, Public Law Research, Allameh University, No. 37. [In Persian]
- Dehkhoda, Ali Akbar (2009), Dehkhoda dictionary, Tehran University Press.  
<https://dehkhoda.ut.ac.ir/fa>.  
[In Persian]
- Ragheb Esfahani, Hossein (1991) Vocabulary of Quranic Words, Revised, Safwan Adnan Davoudi, Darul Alam - Darul Shamiya, Lebanon - Syria.
- Sharif Mortaza, Ali bin Hossein Mousavi (1984), Rasail al-Sharif al-Mortaza, corrected by Seyyed Mahdi Rajaei, Dar al-Qur'an al-Karim, Qom.
- Shahidi, Mehdi (2016) Formation of contracts and obligations, first volume, Majd Publications, Tehran. [In Persian]
- Shaareyan, Ebrahim and Torabi, Ebrahim (2009) Principles of European and Iranian contract law, Forozesh, Tehran. [In Persian]
- Qureshi, Seyyed Ali Akbar (1985) Qur'an Dictionary, Volume 7, Qom, Darul-e-Kitab al-Islami. Qom. [In Persian]
- Tabatabaei Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem (2000), the margin of Makasab, Ismailian Institute, Qom.
- Tabatabaei Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem (1986) Urwa al-Waghti, Islamic Publishing Institute, Qom.
- Tarihi, Fakhreddin (1996), Majma Al-Baharin, Mortazavi, Qom.
- Katouzian, Nasser (2015) Legal Actions, Athakh Publishing Company, Tehran. [In Persian]
- Majlesi, Muhammad Baqir (1989) Bihar al-Anwar al-Jamae'eh Ledererakhbar al-Imae al-Athar, second volume, Al-Tabar and Al-Nashr Institute, Beirut.
- Mohagheq Damad, Seyyed Mustafa (2009) General Theory of Terms and Obligations in Islamic Law, Center for Publishing Islamic Sciences, Qom. [In Persian]
- Mirfatah (Maragheh), Mir Abd al-Fattah (1996) Al-Anaween, Volume 2, Qom, Qom Teachers Society Publications.
- Najafi, Mohammad Hasan, (1824), Javaher al-Kalam fi Sharh Shariah al-Islam, Volume 27, Darahiya al-Trath al-Arabi, Beirut.
- Beale Hugh (2017) Chitty on Contracts, sweet & maxwell, London.
- Buckland, WW (1990), A Text-book of Roman Law From Augustus to Justinian, Cambridge University Press.



- Cohen.M,R(1933), 'The Basis of Contract, no, 46 Harvard Law Review.
- Decock,wim(2013) theologians and Contract Law: the Moral Transformation of the Ius Commune (ca 1500-1650),Boston.
- Elizabeth A. Martin, (2003), Oxford Dictionary of Law, Fifth Edition, Oxford
- Gordley, J (1991) The philosophical Origins of Modern Contract Doctrine Clarendon Press,England.
- Gulati Bhawna (2011), Intention to Create Legal Relations': A Contractual Necessity or an Illusory Concept. Chaina, Beijing Law Review, 133 d.
- Hogg,Martin (2011)Promises and contact law,Cambridge university
- Hume,David(1740) A Treatise of Human Nature: Being An Attempt to Introduce the Experiment Method of Reasoning Into Moral Subject, available at <http://davidhume.org/texts/thn.htm> .
- Lando Ole & Beale Huge (2000), The principles of European contract law, Kluwer law International,London.
- MacCormick, D. N, (1972) 'Voluntary Obligations and Normative Powers 46, (Supp. vol.) Proceedings of the Aristotelian Society.
- Jansen,Nils & Zimmermann,Reinhard (2018) Commentaries European Contract Laws, Oxford University Press.
- Jolowicz H.F & Nicholas B (2009) Historical Introduction to the Study of Roman Law. Third edition. Cambridge University Press.
- [Stein](#), Peter, [A. D. E. Lewis](#), [J. A. C. Thomas](#) (1983) Studies in Justinian's Institutes in Memory of J.A.C. Thomas, Sweet and Maxwell, London.
- Pratt,Michael (2007) "Promises,Contract and Voluntary Obligation,Law and Philosophy,26(6)531-574,press,newyork.
- Valente Dena (2010) ENFORCING PROMISES Consideration and Intention in the Law of Contract, University of Otago. (Burr v Bo'ness Police Commissioners (1896) 4 SLT 149 (IH (2 Div))).
- Zimmermann Reinhard, (1992) The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, Juta & Co, Ltd, CAPE TOWN

## Original Article


# Settlement contract (solh) in term of transactions with an analysis from the perspective of Farīqayn (Shia and Sunni) jurisprudence and Iranian Law Looking at the law of Egypt and Iraq

Mehrdad Pakzad<sup>1</sup>, Sam Mohammadi<sup>\*2</sup>, Hamid Abhari<sup>3</sup>

<sup>1</sup> PhD Student 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

 20.1001.1.24237566.1403.8.2.2.5

 10.22080/lps.2023.25989.1556

### Received:

May 28, 2023

### Accepted:

December 26, 2023

### Available online:

July 27, 2024

### Keywords:

Settlement in the position of transactions, Shia jurisprudence, Sunni jurisprudence, Iranian law, Iraqi law, Egyptian law

## Abstract

settlement contract in the capacity of transactions is one of the accepted types of settlement contract in Iran's civil law. The ease of using this contract in the society is one of the advantages of this contract, but there are disadvantages that can be pointed out as fraud and harming the third party, and the acceptance of this type of settlement contract is somewhat inconsistent with the philosophy of legalizing certain other contracts. The method of study and research is library. The jurisprudential sources and evidences of the legitimacy of the settlement contract in terms of transactions have been examined in the jurisprudence of the Farīqayn by looking at the law of Egypt and Iraq. It seems that the settlement agreement in terms of transactions does not have the truth of Sharia and removing this type of settlement agreement will not be against Sharia law and will block the way of abusing the law in this way.

\*Corresponding Author: Sam Mohammadi

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

Email: [s.mohammadi@umz.ac.ir](mailto:s.mohammadi@umz.ac.ir)



## Extended Abstract

### 1. Introduction

The wide range of Settlement in terms of transactions is such that in jurisprudence, it is known as "lord of contracts," and the wide scope of this contract makes it difficult to provide a definition for this contract. The unpopular opinion in jurisprudence is that a Settlement contract does not have an independent nature, but rather a dependent and subordinate nature, and a contract is not in the same category as other contracts, rather, in any contract, it will have the same rules and conditions as that contract, and its effects and rules. The contract is based on the Settlement contract.

Settlement in the position of transactions paves the way for abuse to escape from conditions, rulings and works, and this issue will cause a deviation from the correct path of the law. In jurisprudence, this issue has been discussed under the title of Chapter Hail, and there are supporters and opponents in this regard.

The issue can be looked at from different viewpoints of legislative philosophy. If it is viewed from the perspective of those who consider laws to smooth the path of life and legislators to remove any cumbersome rules; We will be supporters of Article 758 of the Civil Code; But if you look at this issue from the perspective of the other group, that legal rules are inherently approved to create order and not to create fraud in relation to the law, We will be among the critics of the article.

Settlement is important in terms of transactions, in society and in the lives of individuals, and theoretically, it also has

legal effects. The importance of the issue does not only include the parties to the legal action, but it may also harm the rights of third parties or open the door for the misuse of the law for profit-seeking people, and it can be said that it diverts the law from its path, which is to reach the truth. And make the society tired of the law. In some cases, it may disturb the rules, conditions and effects of a legal act, or it may disturb the general order and the purpose of the legislator regarding the characteristics of certain contracts.

Iraq's civil law has benefited from two models, one is Al-Ahkam al-Adliyyah magazine, and the other is the new Egyptian civil law. The concern of some Iraqi legal authors, comparing the laws of these two countries (Egypt and Iraq), caused changes to be made later in Iraqi civil law.

An original French lawyer named "Manouri" compiled the civil law of Egypt in French in 1875 by adapting the civil laws of France and Italy and observing the Islamic Sharia in some articles. This law was translated into Arabic in 1883, and some amendments were made later.

The new civil law of Egypt was adopted in 1949 by adapting some Islamic rulings and the laws of Western countries, and Article 1 of this law states: In the absence of legal articles, the judge should refer to the principles and sources of Islamic law as a legal source.

### 2. Conflict of interest

The authors declared no conflict of interest.

### 3. Results

A Settlement agreement as a transaction does not have the truth of Sharia, and removing this type from a Settlement agreement will not be against Sharia and

will block the way of abusing the law in this way.

#### **4. Conclusion**

The initial Settlement agreement facilitates the conclusion of transactions, but this ease may have negative effects, including actions to harm a third party, fraud against the law, and disturbing public order. If we put the sale contract, which is the acquisition of the same goal by the transaction parties, in the form of a Settlement contract.

The jurists of the two sects have cited verses and hadith to prove the legitimacy of the initial Settlement, and from these evidences, only the permissible use is taken, not the ruling of Sharia obligation. The opinions of Imamiyya jurists during the absence of Article 10 of the Civil Law, despite the stated objections, were very clear and a solution for the ease of performing legal actions for the people of an open society.

The proposal to remove Article 758 of the Civil Code and amend the articles related to Settlement in the position of transactions can be a way to prevent abuse of the law, and despite Article 10 of the

Civil Code, the need to facilitate the conclusion of contracts has been compensated.

A Settlement contract is not a sharia truth in terms of transactions, and only during the rule of jurisprudence in today's lawless society, despite its flaws, has it been a path-breaker; But now, it seems that these problems will be solved by removing the legal articles of acceptance of the Settlement contract as a transaction.

#### **Funding**

There is no funding support

#### **Authors' contribution**

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**

Authors declared no conflict of interest.

#### **Acknowledgments**

We are grateful to all the people who provided scientific consulting for this paper.

## علمی پژوهشی

# جایگاه حقوقی عقد صلح در مقام معاملات با واکاوی از منظر فقه فریقین و حقوق ایران با نگاهی به حقوق مصر و عراق

مهرداد پاکزاد، سام محمدی<sup>۲\*</sup>، حمید ابهری<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> دانشجوی 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



20.1001.1.24237566.1403.8.2.2.5



10.22080/lps.2023.25989.1556

## چکیده

عقد صلح در مقام معاملات، یکی از اقسام پذیرفته شده عقد صلح در قانون مدنی ایران است. سهولت استفاده از این عقد در جامعه از مزایای این عقد است، ولی معایبی وجود دارد که می‌توان به تقلب به قانون و ضرر به شخص ثالث اشاره کرد و این که پذیرش این نوع از عقد صلح، با فلسفه تشریح عقود معین دیگر تا حدودی همخوانی ندارد. روش مطالعه و تحقیق به صورت کتابخانه‌ای است. منابع فقهی و ادله مشروعیت عقد صلح در مقام معاملات، در فقه فریقین با نگاهی به حقوق مصر و عراق، مورد بررسی قرار گرفته است. به نظر می‌رسد، عقد صلح در مقام معاملات، دارای حقیقت شرعی نبوده و حذف این قسم از عقد صلح، مخالف شرع نخواهد بود و راه سوء استفاده از قانون از این طریق را مسدود خواهد کرد.

تاریخ دریافت:

۰۷ خرداد ۱۴۰۲

تاریخ پذیرش:

۰۵ دی ۱۴۰۲

تاریخ انتشار:

۰۶ مرداد ۱۴۰۳

کلیدواژه‌ها:

صلح در مقام معاملات، فقه امامیه، فقه اهل سنت، حقوق ایران، حقوق عراق، حقوق مصر

\* نویسنده مسئول: سام محمدی

آدرس: دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران

ایمیل: [s.mohammadi@umz.ac.ir](mailto:s.mohammadi@umz.ac.ir)

## ۱ مقدمه

صلح در مقام معاملات (اعم از عقد و ایقاع)، در جامعه و زندگی اشخاص، دارای اهمیت است و از نظر تئوری هم آثار حقوقی دارد. اهمیت موضوع فقط شامل طرفین عمل حقوقی نمی شود، بلکه ممکن است به حقوق اشخاص ثالث هم خدشه وارد کند و یا باب سوء استفاده از قانون را برای افراد سودجو باز نماید و جامعه را نسبت به قانون دچار دلزدگی کند و قانون را از مسیر خود که نیل به حقیقت است دور می سازد. در مواردی، باعث به هم زدن احکام، شرایط و آثار عمل حقوقی شود و یا این که نظم عمومی و هدف قانونگذار درباره خصوصیات عقود معین بر هم زند. با توجه به قدمت بیش از نود ساله قانون مدنی، در خصوص عقد صلح در مقام معاملات، پژوهش هایی صورت گرفته است با این حال، این سؤال مطرح می شود: آیا عقد صلح در مقام معاملات در فقه اسلامی (به صورت عقد اصلی یا فرعی)، به خصوص فقه امامیه (که آن را به طور مستقل پذیرفته است) حقیقت شرعیه دارد یا با توجه ماده ۱۰ قانون مدنی، امکان حذف این نوع عقد صلح وجود دارد؟

قانون مدنی عراق از دو الگو، نخست مجله الاحکام العدلیه و دیگری، قانون مدنی جدید مصر بهره برده است. دغدغه برخی از مولفان حقوقی عراق، در مقایسه قوانین این دو کشور (مصر و عراق)، موجب گردید بعدها در قانون مدنی عراق، تغییراتی شکل گیرد (وسواسی، علام، ۱۹۵۳: ج ۱، ۴-۳).

قانون مدنی مصر مصوب ۱۹۴۹، با اقتباس از برخی احکام اسلامی و حقوق کشورهای غربی به تصویب رسید که در ماده ۱ این قانون آمده است: قاضی در صورت نبود مواد قانونی به اصول و منابع حقوق اسلامی به عنوان منبع حقوقی مراجعه نماید (سنهوری، ۱۹۸۶: ج ۱، ۲۳-۱۶). از این رو، این مقاله بر آن است که به بررسی ریشه فقهی این مسئله پرداخته و پس از بررسی و نقد دیدگاههای گوناگون مطرح شده در این مورد، پیشنهاد لازم را ارائه نماید.

دامنه ی گسترده ی صلح در مقام معاملات، تا حدی است که در فقه، به آقای عقود معروف است و وسعت زیاد محدوده این عقد، ارائه تعریف برای آن را دچار مشکل می کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸: ۱۳۵). نظر غیر مشهور در فقه این است که عقد صلح، ماهیتی مستقل ندارد، بلکه ماهیتی وابسته و فرعی است و عقدی در ردیف دیگر عقود نیست، بلکه در مورد هر عقدی واقع شود، دارای همان احکام و شرایط آن عقد خواهد بود و آثار و احکام آن عقد بر عقد صلح بار می شود (حائری شاهباغ، ۱۳۹۸: ۶۶۴). صلح در مقام معاملات، زمینه را جهت سوء استفاده برای فرار از شرایط، احکام و آثار عقود معین را هموار می سازد و این موضوع، باعث انحراف از مسیر صحیح قانون خواهد شد. در فقه با عنوان باب حیل به این موضوع پرداخته شده است و طرفداران و مخالفانی در این خصوص وجود دارد. بررسی و واکاوی صلح در مقام معاملات به طور دقیق در حقوق ما مغفول مانده و نیاز به موشکافی، بررسی و نقد جدی دارد. کتب و تالیفاتی که در این خصوص انجام شده است، صرفاً به کلیات پرداخته و یا تنها به تقسیم بندی هایی که ریشه فقهی داشته اشاره شده است. از دیدگاه مختلف فلسفه قانونگذاری می توان به موضوع نگاه کرد. در میان فقها امامیه، از اوایل تا کنون دو نظر مخالف وجود داشته است؛ برخی فقهای متقدم مانند شیخ طوسی، با وجود عقود معین مانند بیع و اجاره، وجود عقد صلح به عنوان یک عقد مستقل را زائد می داند و تنها به عنوان یک عقد فرعی، پذیرفته اند (طوسی، ۱۳۸۳: ج ۲، ۹-۲۸۸). منظور از فرعی بودن، این است که به طور مثال اگر صلح در مقام تملیک عین به عوض معلوم انجام شود، از فروع بیع و تابع احکام آن است ولی به تدریج فقها، مانعی برای مستقل بودن این عقد ندیدند و با استناد به حدیث معصوم (ع): «الصلح جایز بین المسلمین الا احل حراماً او حرم حلالاً» (حرعاملی، ۱۴۱۶: ج ۱۸، ۴۴۳) صلح را عقدی مستقل و بی نیاز از وجود اختلاف قبلی دانستند.



## ۲ مفهوم صلح در فقه و حقوق

صلح در لغت، به تراضی میان متنازعين تعريف شده است (دهخدا، ۱۳۹۰: ج ۲، ۱۹۰۱)؛ حقوقدان عراقی، صلح را مخالف مخاصمه و به معنای سلم و سازش تعريف کرده اند (حدیثی، ۲۰۱۵: ۴۴) در اصطلاح حقوقی، صلح، عقدی است که طرفین بر امری توافق می کنند، بدون این که عنوانی از عناوین عقود معین را دارا شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۴۰۸). قانون مدنی ایران، عقد صلح را تعريف نکرده و تنها در ماده ۷۵۲، اقسام صلح را برشمرده است. در حقوق عراق، عقد صلح، عقدی که به اختلافات با رضایت طرفین پایان می دهد، تعريف کرده اند (نداوی، ۲۰۱۳: ۲۹۳) حقوقدانان مصری، در تعريف عقد صلح آورده اند: صلح بعد از اختلاف با رضایت طرفین واقع می گردد (محمد یحیی، ۱۹۷۸: ۵۶). حقوقدان دیگر، در تعريف ارائه شده خود از عقد صلح که به سه مذهب حنبلی، حنفی و مالکی استناد جسته است، عقد صلح را برای پایان دادن به اختلاف میان طرفین تعريف کرده است (قشاش، ۲۰۰۹: ۵۸). در فقه، به عنوان پیشینه حقوقی قانون مدنی، برخی عقد صلح را عقدی فرعی دانسته اند. برخی از فقهای امامیه قائل به فرعی بودن عقد صلح بودند (طوسی، ۱۳۸۷: ج ۲، ۲۸۸) و بعضی دیگر با این نظر مخالفت کرده و بر این نظرند که صلح در مقام معاملات، عقدی مستقل است (محقق حلی، ۱۴۰۸: ج ۲، ۹۹؛ نجفی، بی تا: ج ۲۶، ۲۱۱). از نظر فقهای امامیه، عقد صلح را می توان وسیله انجام معامله قرار داد و منحصر به رفع تنازع نیست (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ج ۴، ۲۵۹) و قانونگذار ما این مفهوم صلح را در ماده ۷۵۸ قانون مدنی، را پذیرفته است. در تعريف عقد صلح، در میان فقهای امامیه، تفاوت وجود دارد؛ برخی فقها، صلح را عقدی جهت خاتمه دادن به نزاع تعريف کرده اند (نجفی، بی تا: ج ۲۶، ۲۱۰؛ کرکی، ۱۴۱۱: ج ۵، ۴۰۷) و در این تعريف، به صلح ابتدایی نپرداخته اند

ولی فقهای دیگر، در تعريف آن، صلح در مقام معاملات را، مد نظر قرار داده اند (خوانساری، ۱۳۶۴: ج ۳، ۳۹۲؛ موسوی اصفهانی، ۱۳۹۴: ج ۲، ۸۲). برخی، در مقام توجیه این اختلاف نظر در تعريف عقد صلح، میان فقها، بر این نظرند که موضوع صلح در دعوا، اسقاط حق دعوا می باشد و اسقاط حق دعوا نیز در صلح ابتدایی نیز وجود دارد (نعمت الهی، ۱۳۹۳: ۱۲۲). اما این توجیه با ظاهر تعريف فقهای موخر و معاصر همخوانی ندارد. تقسیم بندی های متعددی از عقد صلح در فقه اسلامی شده است که می توان به عنوان نمونه به چند مورد اشاره کرد: صلح در مقام انکار، صلح در مقام اقرار و صلح در مقام سکوت؛ صلح معاوضه، صلح حیطه، صلح محاباتی، صلح مهایات و... . قانون مدنی ایران، تعريفی از عقد صلح ارائه نکرده و تنها به بعضی از اقسام عقد صلح پذیرفته شده در قانون مدنی، بسنده کرده است. براساس این ماده قانون مدنی، در مبحث صلح، عقد صلح بر سه قسم است:

صلح بر دعوی، موضوع ماده ۷۶۱ قانون مدنی؛ صلح در مورد معامله یا صلح بدوی، موضوع ماده ۷۵۸ قانون مدنی؛ صلح تامینی، موضوع ماده ۷۶۸ قانون مدنی.

اکثر فقهای اهل سنت، در تعريف صلح اختلافی ندارد زیرا، صلح ابتدایی را نپذیرفته اند و صلح را پایان دهنده رفع خصومت می دانند (زحیلی، ۱۴۰۷: ج ۵، ۲۹۸-۲۹۹). حقوقدانان مصری، در عقد صلح، اصل را بر سازش در خصوص اختلاف حقوقی که قبلاً مشخص شده دانسته و عقد صلح را ناقل و یا مسبب انتقال نمی دانند و بر این نظرند که شاید اثر انتقالی در زمان رفع اختلاف به عنوان شرط قید گردد ولی موضوع اصلی عقد صلح نمی باشد و عقد صلح برای رفع خصومت است (مرسی باشا، ۲۰۰۴: ۱۸۲).

۱. صلحی است که «مدعی علیه، اقرار به طلب مدعی کند و با هم صلح کنند به کمتر از خواسته ی مورد اعتراف» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۴۰۹).



### ۳ صلح در مقام معاملات

در این قسمت صلح در مقام معاملات را از منظر فقه فریقین و حقوق ایران مورد بررسی قرار می‌دهیم و در سه بند جداگانه مورد واکاوی قرار خواهد گرفت و در پایان نظر نویسندگان ارائه خواهد شد.

#### ۳،۱ صلح در مقام معاملات در فقه

##### امامیه

در فقه، دامنه صلح، فراتر از موضوع صلح مالی در قانون مدنی است و حتی شامل صلح میان دو ملت، دو گروه در جامعه مسلمانان نیز می‌شود، مانند صلح میان مسلمانان و اهل حرب (عاملی، بی تا: ج ۵، ۴۵۴) که این نوع صلح خارج از بحث موضوع مقاله می‌باشد و منظور از صلح در اینجا، صلحی است که در خصوص اموال بوده و در مقام معاملات منعقد گردد.

فقهها برای اثبات مشروعیت صلح در شرع، به منابع فقهی کتاب، سنت و اجماع استناد جسته‌اند؛ آیات ۳۵، ۱۱۴، ۱۲۸ سوره مبارکه نساء، آیه اول سوره مبارکه انفال و آیات ۹ و ۱۰ سوره مبارکه حجرات، را دال بر مشروعیت صلح دانسته‌اند؛ ولی در خصوص دلالت همگی آیات بر عقد صلح اختلاف نظر است. برخی استناد به آیات مزبور را برای اثبات عقد صلح را مورد اشکال دانسته‌اند (نجفی، بی تا: ج ۲۶، ۲۶۴). برخی از فقها به دلیل دلالت عقد صلح به امور مالی، استناد به آیه ۳۵ سوره نساء (آیه شقاق) و امثال آن برای مشروعیت صلح صحیح نمی‌دانند. (عاملی، بی تا: ج ۵، ۴۵۵) در فقه برای اثبات مشروعیت صلح، به روایاتی از جمله روایات ذیل استناد شده است:

- پیامبر(ص): صلح میان مسلمانان جایز است، مگر صلحی که حرامی را حلال یا حلالی را حرام کند (حرعاملی؛ ۱۴۱۶: ج ۱۸، ۴۴۳).

- از امام صادق (ع) در مورد شخصی سوال کردند که نزد او مال و ثروتی از یتیمان است و به آنان نمی‌دهد؛ تا اینکه آنها می‌میرند و وارث و وکیل آنها می‌آید و با او مصالحه می‌کنند که مقداری از آن مال را بگیرند و مقداری را نگیرند و او را از آنچه بوده مبرا کنند [در خصوص آنچه گذشته و نیز در مورد بقیه مال، وی را حلال کنند]. آیا بدین وسیله او مبرا می‌شود؟ فرمودند: بله<sup>۲</sup> (حرعاملی؛ ۱۴۱۶: ج ۱۸، ۴۴۷).

روایت « اَلصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا وَحَرَّمَ حَلَالًا »؛ حدیث نبوی (ص) است که شیعه و اهل سنت به آن استناد نموده‌اند (زحیلی، ۱۴۰۷: ج ۵، ۲۹۴).

در خصوص روایات باید گفت که روایات مورد استنادی که مختص امامیه است، نیز جواز صلح علی‌الخصوص، صلح ابتدایی برداشت نمی‌شود. زیرا، این احادیث منقول از امامان معصوم (ع)، همگی مسبوق به دعوایی بوده است که جهت رفع تنازع صلح می‌کنند. حدیث نبوی که روایان دو فرقه آن را نقل کرده‌اند، اطلاق دارد و می‌شود به جواز عقد صلح به آن استناد و ظاهر آن نیز مقید به دعوای سابق نمی‌باشد. یکی دیگر از ادله‌ای که فقها برای اثبات صلح در مقام معاملات استناد می‌جویند، اجماع است. فقهای امامیه، با استناد به آیات و روایات، ادعای اجماع نموده‌اند و منظور اجماع مدرکی است، یعنی «اجماعی است که مستند فتوای همه یا بعضی از اجماع‌کنندگان در آن معلوم است» (امامی، ۱۳۸۸: ج ۲، ۱۱۱).

در خصوص اعتبار اجماع مدرکی سه نظر وجود دارد:

- این گروه قائل به حجیت اجماع مدرکی هستند، حتی اگر مستندشان ضعیف باشد. (نراقی، ۱۴۱۷: ۷۱۴) در میان فقهای معاصر نیز برخی این اجماع را

۲. « سَأَلْنَا عَنْ الرَّجُلِ يَكُونُ عِنْدَهُ الْمَالُ لِأَيَّتَامٍ، فَلَا يُعْطِيهِمْ حَتَّى يَهْلِكُوا. فَيَأْتِيهِمْ وَارْتُهُمْ وَوَكِيلُهُمْ فَيُصَالِحُهُ عَلَى أَنْ يَأْخُذَ بَعْضًا وَيَدَعَ بَعْضًا، وَ يُبْرِئُهُ مِمَّا كَانَ؛ أَيْبُرُّ مِنْهُ؟ قَالَ نَعَمْ »؛

۱. « اَلصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا وَحَرَّمَ حَلَالًا »؛



اجاره، عاریه، هبه و ابرا می داند و در ادامه بعد از آوردن مثالی برای صلحی که فرع بیع است؛ اعلام داشته اند، این صلح به نظر، عقدی مستقل است و نیازی به رعایت قواعد بیع ندارد (طوسی، ۱۳۸۳: ج ۲، ۲۸۹-۲۸۸). در پرسش و پاسخی که در کتاب خلاف، با این مضمون که اگر کسی لباس یک دیناری دیگری را تلف نماید و بعد از اقرار به این امر؛ با طرف مقابل صلح به دو دینار کند، این صلح صحیح نیست و صلح بیش از یک دینار است و بیع بیشتر از یک دینار، ربا می باشد (طوسی، بی تا: ج ۳، ۳۰۰-۲۹۹). همین مسئله را مجدد مطرح می نمایند ولی در پاسخ آن، نظری متفاوت داده اند: صلح بیع نیست و عقدی مستقل است. برخی فقها، در مقام توجیه برآمده اند که عقیده وی بر فرعی بودن صلح در آن کتاب نقل قول فقهای اهل سنت است و نظر ایشان نیست (عاملی، بی تا: ج ۵، ۴۵۷). برخی دیگر، نظر فقیه مذکور را موافق نظر فقهای شافعی مبنی بر فرع به پنج عمل حقوقی می دانند (نجفی، بی تا: ج ۲۶، ۲۱۲). دیگر فقهای امامیه نیز قول فرعی بودن عقد صلح را در مقام معاملات پذیرفته اند. (راوندی، ۱۴۰۵: ج ۱، ۳۸۶؛ خمینی، ۱۴۱۸: ج ۹). مستقل دانستن عقد صلح در مقام معاملات بدون نیاز به سبق خصومت، قبل از تصویب قوانین امروزی (ماده ۱۰ قانون مدنی)؛ افراد جامعه را بی نیاز از علم پیدا کردن به تشریفات و آثار مختص هر عقد معین می کرد. بعضی از مسائل فقهی در شرایط و آثار عقود مختلف، اختلافی بوده و دستیابی به آن نیازمند داشتن تخصص در فقه می بود و این موضوع، افراد عادی جامعه را دچار مشکل می کرد. عقود در فقه، هر یک دارای صیغه های متفاوتی می باشند که نیاز بود، طرفین معامله این صیغه ها را اعلام کنند اما با پذیرش عقد صلح در مقام معاملات، تنها یک صیغه بود که یادگیری آن سهل تر بود. هرچند این نظر فقهای شیعه بسیار راهگشا در آزادی قراردادها بوده ولی ممکن است مشکلاتی مانند دور زدن شرایط، احکام و آثار عقود معین و یا به ضرر اشخاص ثالث ایجاد کند. انتقاداتی بر این موضوع در حال حاضر با

در صورتی که کاشف از تقریر معصوم (ع) باشد، حجت می داند. (شیرازی، ۱۴۱۹: ۵/ ۳۹۹)

- برخی مانند شهید ثانی، صرفاً اجماع مدرکی را حجت می دانند. (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۳/ ۱۳۲)

- گروه سوم، قول مشهور متاخران و معاصران است که اجماع مدرکی و اجماع محتمل المدرک را حجت نمی دانند. (شیخ انصاری، ۱۴۱۹: ۱/ ۹۲؛ آخوند خراسانی، بی تا: ۳۴۲ و ۴۲۶)

با توجه به قول مشهور متاخران و معاصران امامیه اجماع مدرکی فاقد اعتبار است و با این حال، روایات نبوی در خصوص صلح را حتی مدرک بدانیم، باید اجماع را جز ادله شرعی عقد صلح ندانیم. با بررسی آیات، روایات و اجماع به عنوان ادله مشروعیت عقد صلح، باید گفت، تنها مستند برای اثبات ادله به آن می توان تمسک کرد، روایات است

فقهای امامیه، انواع عقد صلح را اعم از صلح در مقام معاملات و صلح دعوا (صلح مبنی بر رفع تنازع موجود و صلح مبنی بر جلوگیری از تنازع احتمالی) را پذیرفته اند (عاملی؛ بی تا: ج ۵، ۴۵۴-۴۵۵ - نجفی، بی تا: ج ۲۶، ۲۱۱).

اکثر فقهای امامیه، برای اثبات مستقل بودن عقد صلح و اثبات آن، دلایلی نیز بیان کرده اند: مانند آیات شریفه «لا تاكلوا اموالکم بینکم بالباطل» (نساء/ ۲۹) و «او فوا بالعقود» (مائده/ ۱) و روایات «المومنون عند شروطهم» و «الصلح جائز بین المسلمین» (حرعاملی، ۱۴۱۶: ج ۱۸، ۴۴۳) و اجماع فقهای شیعه (نجفی، بی تا: ج ۲۶، ۲۱۱) و این که دو عقد که از نظر اثر برابر باشند، به معنای یکسان بودن آن دو عقد، به نحوی که احکام هر یک بر دیگری صادق باشد، نیست و وحدت مسبب، مستلزم وحدت سبب نیست (آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: ج ۲، ۳۷).

از مخالفین استقلال عقد صلح در مقام معاملات، میان فقهای امامیه، شیخ طوسی معرفی گردیده است (نجفی، بی تا: ج ۲۶، ۲۱۲). وی عقد صلح را مستقل نمی داند و فرع بر پنج عمل حقوقی بیع،

طرفین به تراضی منعقد می‌گردد (نووی، ۱۹۹۱، ج ۴: ۱۹۳). حنا بله صلح را این گونه تعریف کرده اند: عقدی که بین کسانی که اختلاف دارند را اصلاح می‌کند (بهوتی، ۱۴۰۲: ج ۳، ۲۱۸). مذاهب حنفیه و حنبله، بیشتر در خصوص احکام، شرایط و فروعات عقد صلح بحث کرده اند و به طور مختصر به ماهیت پرداخته شده است (حنفی، ۱۴۰۳: ج ۷، ۲۵۵). برخی فقهای حنفی مانند محمد بن ابی سهل سرخسی، صلح را عقد جایز دانسته اند (سرخسی، ۱۴۱۴: ج ۲۰، ۱۳۴). فقهای مالکی، صلح را مانند بیع دانسته و جایز و ممتنع در بیع را جایز و ممتنع در صلح می‌دانند (قرطبی، ۱۴۰۰: ج ۲، ۸۷۸). برخی فقهای شافعی، صلح را عقد مخالف بیع و هبه نمی‌دانند و بر این نظرند که، اگر صلح با معاوضه باشد، بیع است؛ اگر با لفظ بیع صحیح است و بیع هم با لفظ صلح، صحیح می‌باشد (غزالی، ۱۴۱۷: ج ۴، ۴۹). اکثر فقهای اهل سنت، صلح فرعی در مقام معاملات را صرفاً در پنج عمل حقوقی بیع، اجاره، هبه، عاریه و ابرا معتبر می‌دانند و برخی بر این پنج عمل حقوقی، سلم نیز افزوده اند (زحیلی، ۱۴۰۷: ج ۵، ۲۹۹-۲۹۸). برخی دیگر نیز، شش عمل حقوقی دیگر را نیز بر این پنج مورد اضافه کرده و از اقسام عقد صلح دانسته اند: فسخ، جعاله، خلع، معاوضه بر قصاص عمد و فداء (آزادی اسیر) (سیوطی، ۱۴۱۵: ۱-۲۶۰؛ شربینی خطیب، ۱۳۷۷: ج ۲، ۱۷۹). فقهای اهل سنت، وجود دعوای سابق و منازعه را شرط صلح فرعی می‌دانند و این نظر، مخالف نظر شیخ طوسی در فرعی بودن عقد صلح بر پنج عمل حقوقی است؛ از نظر ایشان، صلح فرعی بدون سبق دعوا، قابلیت انعقاد را دارد ولی صلح همان احکام و شرایط عقدی را دارد که فرع آن است مانند شرط قبض در هبه (عاملی، بی تا: ج ۵، ۴۵۷). این عدم پذیرش عقد صلح مستقل در مقام معاملات، در طول تاریخ قبل از تصویب قوانین امروزی مانند اصل آزادی قراردادی، افراد را در جامعه اهل سنت، با مشکلاتی روبرو می

توجه ماده ۱۰ قانون مدنی ایران، وجود دارد که در جای خود به آن خواهیم پرداخت.

## ۳،۲ صلح در مقام معاملات در فقه

### اهل سنت و حقوق مصر و عراق

انواع صلح در فقه اهل سنت، به پنج دسته تقسیم می‌گردد: صلح میان مسلمانان و کفار؛ صلح میان اهل عدل و اهل بغی؛ صلح میان زوجین؛ صلح غیر مالی مانند: جنایات عمدی؛ صلح در معاملات در امور مالی (بعد از ایجاد اختلاف یا به منظور جلوگیری از اختلاف) (حدیثی، ۲۰۱۵: ۳-۶۲). فقهای اهل سنت نیز جهت اثبات مشروعیت صلح در شرع، به منابع فقهی کتاب، سنت و اجماع استناد کرده اند. صاحب نظران این مذهب، برای اثبات مشروعیت عقد صلح، به آیه شریفه ۱۱۴ سوره مبارکه نساء استناد نموده اند، که این آیه در خون، مال، آبرو و در هر چیزی که میان مسلمانان اختلاف شود، عمومیت دارد (قرطبی، ۱۹۹۸، ج ۲: ۵۱۵). روایت ابو هریره از پیامبر (ص): «الصلح جائز بین المسلمین الا صلحاً احل حراماً او حرم حلالاً»؛ که این حدیث نبوی (ص) مورد پذیرش اهل سنت نیز می‌باشد (ابن قدامه، ۱۴۱۶: ج ۶، ۲۶۴-ابو داود؛ بی تا: ج ۳، ۳۰۴). فقهای اهل سنت بر مشروعیت عقد صلح اتفاق نظر دارند (زحیلی، ۱۴۰۷: ج ۵، ۲۹۴). هر چند اهل سنت برخی از اقسام را نپذیرفته اند. برخی از فقهای مصری شافعی مذهب، عقد صلح، را عقدی که نتیجه آن، شرعاً پایان دهنده به دعوا می‌باشد، تعریف کرده اند (شربینی خطیب، ۱۴۱۵: ج ۱، ۳۰۴) و یا بعضی از فقهای حنبلی، صلح را وسیله ای برای اصلاح طرفین دعوا می‌دانند (ابن قدامه، ۱۴۱۶: ج ۶، ۱۷۷). در مذهب حنفی، عقد صلح، بعد از ایجاد اختلاف جهت رفع خصومت و قطع اختلاف با تراضی منعقد می‌گردد (ابن عابدین، ۱۹۹۲، ج ۴: ۴۹۳). مذهب مالکی، عقد صلح برای انتقال حق یا ادعای غرامت بعد از ایجاد اختلاف یا ترس از وقوع آن تعریف کرده است (دردیر، ۱۹۷۴، ج ۳: ۵۴۰).

شافعی ها در تعریف عقد صلح بیان داشته اند: عقدی است برای رفع نزاع و قطع خصومت بین



کرد و برای فرار از مضیقه عقود معین به نذر تبرر<sup>۱</sup> متوسل شده اند؛ که این پیشنهاد فقهای اهل سنت، نتوانست ایراد اصل آزادی قراردادی را جبران کند.

### ۳،۳ صلح در مقام معاملات در حقوق ایران

ماده ۷۵۸ قانون مدنی، اعلام می دارد: «صلح در مقام معاملات هرچند نتیجه معامله ای را که بجای آن واقع شده است، می دهد، لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد. بنابراین اگر مورد صلح، عین باشد در مقابل عوض، نتیجه آن همان نتیجه بیع خواهد بود بدون این که شرایط و احکام خاصه بیع در آن مجری شود.»

با وجود عمومیت ماده فوق، قانونگذار با تصویب موادی مانند ماده ۱ قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۵۶ و ماده ۳۳ قانون ثبت اسناد و املاک، راه سوء استفاده از قانون را در خصوص آثار و قواعد اجاره و معامله با حق استرداد را مسدود نموده و دایره شمول این عقد را در این موارد، محدود کرده است. صلح، عقدی است مستقل، نه آن که تابع سایر عقود باشد و در عین حال فوایدی که بر سایر عقود و معاملات مترتب است بر آن نیز مترتب خواهد بود به این معنی وقتی که موضوع آن عینی در مقابل عوض باشد، مفید فایده بیع است و اگر موضوع آن عین بوده اما در مقابل آن عوضی نباشد، مفید فایده هبه خواهد بود و همچنین به جای سایر معاملات نیز واقع می شود و ترتب فوائد معاملات دیگر بر آن مستلزم این نیست که احکام و شرایط خاصه معاملات دیگر بر آن مترتب گردد (بروجردی عبده، ۱۳۹۷: ۳۱۹). صلح بدوی، معامله ی مستقلی است که مبتنی بر تسالم می باشد و در ردیف بیع، هبه و اجاره یکی از عقود معینه است. براساس ماده ۷۵۸ قانون مدنی، اختیارات مختصه (خيار مجلس،

خيار حیوان، خيار تاخیر ثمن) و انفساخ در مورد تلف مبیع قبل از قبض، در آن جاری نمی گردد، زیرا آنها از احکام خاصه بیع می باشند و همچنین طبق ماده ۷۵۹ قانون مدنی: «حق شفعه در صلح نیست هر چند در مقام بیع باشد» (امامی، ۱۳۸۶: ج ۲، ۴۰۱). به عقیده آن دسته از فقها که قانون مدنی نظریه آنان را اختیار کرده است صلح، عقدی مستقل و جدا از سایر عقود است. مثلاً اگر به جای آن که مصالح به صیغه بیع، خانه خود را در مقابل عوض بفروشد و به جای فروختن مصالحه کردم بگوید با قصد صلح نه بیع، این صلح احکام بیع و شرایط آن را ندارد و در عین حال، این مصالحه هم عقدی است لازم و هکذا (حائری شهاباغ، ۱۳۹۸: ۶۶۴).

بعضی در تفسیر ماده ۷۵۸ قانون مدنی، بیان داشته اند که راهی برای تسهیل در قراردادها می باشد و می توان قید و بندهای عقود معین رهایی یافت و مسئله حیل هر چند در عقد صلح ممکن است در برخی موارد ایجاد گردد ولی این امر نباید باعث مسدود شدن عقد صلح گردد. هر عقدی، خارج از عقود معین منعقد گردد، آن عقد، صلح بوده و فاقد احکام مختص به آن عقد معین است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹: ۳۹۳). استفاده از صلح به عنوان حيله شرعی برای مثال در عقد شرکت و تقسیم سود و ضرر میان شرکاء، در صورتی پذیرفته شده است که طرفین با رضایت خاطر از مال خود واگذار کنند یا جبران ضرر از شریک نمایند (ایزدی فرد، ۱۳۸۰: ۳۳۸)؛ هرچند به کار بردن عقد صلح به عنوان حیل شرعی در مثال فوق، جهت تقسیم اموال مشترک پذیرفته شده است ولی، این عقد صلح نیز بعد از ایجاد اختلاف و یا جهت جلوگیری از نزاع است و در مقام تشکیل عقد شرکت نیست.

ویژگی این عقد براساس تعریف ماده ۷۵۸، این چنین است که اعمال حقوقی دیگر را می توان در زیر عنوان صلح برد و از آثار و ویژگی های خاص آن

پیدا می کند. البته موضوع نذر باید مزیتی را دارا باشد نه منقصتی» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸: ۱۴۵).

۱. نذر تبرر، به دو صورت معلق و غیر معلق است؛ «هر موضوعی را که طرف علاقه و رغبت باشد می توان موضوع تعهد قرارداد و نذر کننده از راه نذر نسبت به آن موضوع تعهد

قاضی می بایست با تمسک به اصله الظهور که از اصول بسیار راهگشا در توصیف عقد است، عقد را با عنوان صلح توصیف کند (محمد منصوری و همکاران، ۱۳۹۷: ۱۸۸-۱۵۹). حقوقدانان، در مقام توجیه عقد صلح در مقام معاملات در قانون مدنی با وجود پذیرش اصل آزادی قراردادی در ماده ۱۰ قانون مدنی، مطالبی را بیان داشته اند. برخی، وجود ماده ۱۰ قانون مدنی، در کنار صلح را بی فایده نمی دانند و این دو نهاد حقوقی تکرار یک قاعده ندانسته اند. زیرا، عقد صلح، عنوانی است که باید به طور صریح یا ضمنی از سوی طرفین قرارداد انتخاب شود. به بیانی دیگر، صلح نیز خود، قالبی است که از سوی قانونگذار برای تجلی حاکمیت اراده تاسیس شده است، در حالی که مفاد ماده ۱۰ حکایت از لزوم قرارداد خصوصی، قطع نظر از هر گونه لباس و قالب ویژه بوده و دامنه ای گسترده تر دارد. قلمرو ماده ۱۰ تنها درباره کسانی موثر است که در تراضی شرکت داشته اند، در حالی که انتخاب عنوان صلح گاه درباره دیگران نیز موثر است (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ج ۲، ۳۰۵-۳۰۴). برای تسهیل در قراردادهای می توان قیدها و شرایط دست پاگیر را از عقود معین حذف کرد و از عقد صلح در مقام معاملات استفاده کرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹: ۳۹۳). ضابطه ای که برای قلمرو صحت عقد صلح ارائه شده، با ضابطه ی حیل مشروع، واحد و مشترک است. در هر دو، صحت عمل، منوط به عدم نقض اوامر و نواهی شارع و عدم تحلیل حرام یا تحریم احکام قانونگذار است. در واقع استفاده از قالب عقد صلح، «مهارت مشروعی» است که قانون تجویز کرده است (دادمرزی، ۱۳۹۸: ۲۴۵-۲۶۲).

اما این دفاعیات برای ادامه حیات صلح ابتدایی در قانون مدنی، با واقعیت امر مخالف است. زیرا، همانطور که برخی از حقوقدانان بیان داشته اند، پذیرش صلح ابتدایی در قانون، امکان تقلب نسبت به قانون را ایجاد می کند و تا حدودی، نظم حقوقی پیش بینی شده در قانون در خصوص عقود معین را چه در مرحله تشکیل و چه در آثار بهم می ریزد و

اعمال تبعیت نکرد، به عنوان مثال، ممکن است، آثار تملیک منفعت به عوض معلوم را در زیر عنوان صلح داشت ولی متعاملین خیارات مختص بیع را نداشته باشند و یا این که شریک با داشتن شرایط اخذ به شفعه، حق شفعه را نتواند اعمال کند. قانونگذار به تبعیت از نظر اکثریت فقها امامیه، بر این عقیده اند که در مثال فوق، هرچند آثار صلح و بیع یکی است ولی وحدت نتیجه و مقتضای کاشف از وحدت سبب و نوع عقد نیست، به عبارت دیگر، نتیجه هر دو عقد یکی است ولی ماهیتی کاملاً متفاوت از یکدیگر دارند (امامی، ۱۳۸۶: ج ۲، ۴۰۱). به نظر برخی از حقوقدانان، از ظاهر ماده فوق، چنین بر می آید که صرف نهادن نام صلح برای فرار از قواعد آمره کافی است ولی این نتیجه در مورد قوانین آمره پذیرفتنی نیست (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ج ۲، ۳۰۳) و بر این اعتقادند که عقد صلح تنها جایگزین تعداد محدودی از اعمال حقوقی می گردد، موضوع صلح باید حین عقد موجود باشد به عنوان مثال، صلح جعل، قبل از انجام عمل باطل است زیرا، استحقاق عامل به جعل، در عقد جعله، مشروط به انجام عمل است. بر خلاف ظاهر ماده مزبور، عقد صلح، تمام عقود را در بر نمی گیرد، عقود مانند رهن، کفالت و ضمان، امکان جا گرفتن در قالب صلح را ندارند و به طور معمول، اعمال حقوقی بیع، معاوضه، اجاره، عاریه و ابراء را در بر می گیرد، با این حال، تمیز صلح با این اعمال راحت نیست (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ج ۲، ۳۰۰). گاهی صلح ابتدایی، به صلحی گفته می شود که دارای هر دو صفت ذیل باشد. در این صورت، آن را صلح ابتدایی به معنی اخص نامیده اند: برای رفع نزاع محقق یا محتمل نباشد و مسبوق به وجود حقی در رابطه ی طرفین نبوده باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸: ۲۳۷).

برای تمییز عقد صلح از سایر عقود معین و تبیین اصول و قواعدی برای توصیف آن باید میان صورتی که طرفین از عنوان صلح استفاده کرده اند با موردی که عنوان صلح، مورد استفاده قرار نگرفته تفکیک قائل شد. اگر طرفین از الفاظ مربوط به صلح استفاده کنند و آن را با عنوان صلح توصیف کنند



(ناصیف، ۲۰۲۲: ۴۱-۴۰). اگر عقد صلح در مقام تبرع باشد، مراد از آن پایان دادن به اختلاف به قصد تبرع است (صبیح محمد، بی تا: ۲۸). از منظر یکی از حقوقدانان عراقی، در عقد صلح، دو طرف باید قصد حل اختلاف بین خود را داشته باشند و یا در صورت وجود اختلاف، آن نزاع را خاتمه دهند و یا در صورت احتمال از آن جلوگیری کنند و طرفین در مقابل این گذشت ها چیزی دریافت می کنند که لازم نیست، این دو امتیاز برابر باشند (عرفه؛ بی تا: ۱۵). ماده ۶۹۸ قانون مدنی عراق، در تعریف عقد صلح وجود اختلاف را یک ارکان دانسته و رکن بعدی را تراضی برای حل آن معرفی کرده است ولی رکن سوم، جلوگیری از اختلافات احتمالی را در متن ماده نیاورده است؛ که مورد انتقاد است (ذنون، ۱۹۶۲: ۲۳۹). به نظر می رسد عقد صلح در ماده ۶۹۸ قانون مدنی عراق، برگرفته از ماده ۱۵۳۱ قانون مجله الاحکام العدلیه است، که عقد صلح را بر طرف کننده اختلاف با تراضی معرفی کرده است (رستم باز، ۲۰۱۰: ۸۲۷). یکی از فقهای معاصر امامیه در کشور عراق، در تعریف عقد صلح به پیروی از اکثر فقهای امامیه، آورده است: با تراضی طرفین عقد صلح، تملیک عین یا منفعت یا اسقاط دین یا حق با شرط عوض مادی یا مجانی، بدون شرط اختلاف قبلی، منعقد می گردد (سیستانی، ۱۴۱۵: ج ۲، ۳۲۶). نظر فقهای اهل سنت در همه مذاهب، همان طور که پیش تر بیان گردید، وجود اختلاف را شرط دانسته و صلح را عقدی مستقل ندانسته اند؛ اما قانونگذار عراق، در ماده ۶۹۸ قانون مدنی عراق، وجود اختلاف را مشروط انعقاد عقد صلح دانسته و صلح در مقام معاملات به صورت مستقل را به رسمیت نشناخته است؛ ولی در ماده ۷۱۰ آن قانون، بیان داشته است: در کلیه موارد، اگر عقد صلح، متضمن هبه، بیع یا هر قرارداد دیگری باشد، مفاد این قرارداد، از نظر اعتبار و آثار آن، بر عقد صلح اعمال می شود. به عبارت دیگر، عقد صلح را به صورت تبعی به شرط اختلاف پذیرفته ولی محدود به چند عقد خاص نکرده است.

گاهی موجب تضییع حقوق ثالث خواهد شد و گاهی در کنار ماده ۱۰ قانون مدنی، به صورت موازی وجود دارد؛ که این موضوع در زمان حکومت قانون، شایسته نیست. صلح ابتدایی و اصل آزادی قراردادی (ماده ۱۰ قانون مدنی)، هر دو سبب تسهیل انعقاد قرارداد می گردند و صحت آن ها منوط به عدم مخالفت با قوانین آمره و شرع است و در حال حاضر، قوانین ما براساس اصل چهارم قانون اساسی، می بایست ناقض شرع مقدس نباشد. قانونگذار در قسمت عمده ایی از مواد قانون مدنی، مقررات مربوط به عقود معین را با تفصیل بیان داشته است، با وجود ماده ۷۵۸ قانون مدنی، راه گریزی برای رهایی از این شرایط و آثار، گشوده است؛ که این امر مخالف با فلسفه قانونگذاری است. زیرا، اگر مقنن، این شرایط و آثار را ضروری نمی دانست، پیش بینی ضمانت اجرا برای آن، امری منطقی به ذهن نمی رسد؛ مگر این که با این توجیه که در مقام دفاع بیان داشت: که ماده مزبور یادگار راهگشا زمان حاکمیت فقه امامیه بوده که در مبحث صلح مجدد در قانون مدنی، آورده شده است.

### ۳،۴ عقد صلح در حقوق عراق

در حقوق عراق، صلح را از عقود معاوضی می دانند و طرفین تبرعی چیزی به طرف دیگر نمی دهند، هر یک در مقابل بخشی از ادعای خود صرف نظر می کند و این عقد به استناد ماده ۷۰۶ قانون مدنی آن کشور، یا براساس اقرار است یا انکار و یا سکوت در مقابل مدعی (حدیثی، ۲۰۱۵: ۶۴؛ بشیر، حسون طه، بی تا، ۱۸۵). از مواد قانون مدنی عراق بر می آید که عقد صلح در ازاء اعراض طرفین از برخی حقوق شکل می گیرد و این امر بر خلاف فقه اهل سنت است که در تعریف عقد صلح، رفع اختلاف و حل آن تعریف شده است (محمد حسن، ۲۰۱۷: ۳۵) عقد صلح در حقوق این کشور اعلام کننده حق است نه ایجاد کننده حق، آنچه که در صلح به دست می آورند به منبع اول آن حق وابسته است به عبارت دیگر، اگر در عقد صلح عوضی دریافت کنند این عوض، در مقابل رفع اختلافی است که اعلام کننده حقی است

## ۳/۵ عقد صلح در حقوق مصر

حقوقدانان در برداشت از ماده ۵۴۹ قانون مدنی مصر، ارکان عقد صلح را سه قسم دانسته اند: الف) ایجاب و قبول؛ ب) محل که حق مورد اختلاف است و در قانون آن کشور بدل که همان عوض حقی که به وسیله آن اختلاف حل می شود، آورده شده است (سنهوری، ۱۹۸۶: ج ۵، ۵۴۴)؛ ج) سبب (سنهوری، ۱۹۸۶: ج ۵، ۵۲۱). در میان حقوقدانان مصری در مورد تعریف سبب اختلاف وجود دارد، اما دکتر سنهوری مراد از سبب در عقد صلح را انگیزه ایی که طرفین اختلاف را به انعقاد عقد صلح بر می انگیزد، می داند. انگیزه مانند صلح رحم و ... باشد، مشروع است و ایرادی ندارد ولی اگر انگیزه امری نامشروع مانند ادامه ارتباط نامشروع با زنی باشد، باطل است (سنهوری، ۱۹۸۶: ج ۵، ۵۶۱). در فقه اهل سنت وجود اختلاف موجود یا محتمل جز ارکان اساسی عقد صلح است (عوجی؛ بی تا: ج ۱، ۴-۴۰۱)؛ قانون مدنی مصر به تبعیت از فقه اهل سنت، در ماده ۵۴۹، رفع اختلاف موجود یا مانع تنازع احتمالی را در تعریف عقد صلح آورده است.

عقد صلح در این کشور، به استناد ماده ۵۵۴ قانون مدنی، اثر کشفی دارد و اثر آن، تنها محدود به حقوق مورد تنازع است (سنهوری، ۱۹۸۶: ج ۵، ۵۱۸-۵۱۷). در عقد صلح نمی توان یک قسمت را اجرا کرد و قسمت دیگر را نپذیرفت و عقدی، غیرقابل تجزیه است (سلطان؛ ۱۹۸۳: ۲۶۰). برخی حقوقدانان آن کشور، بر این نظرند: عقدی که با تراضی با ارکان صلح منعقد گردید، هرچند نام صلح برای آن انتخاب نشده باشد و عنوان دیگری برگزیده باشند، قاضی موظف است وجود ارکان صلح را مورد بررسی قرار دهد و این که طرف های دعوا، در آن عقد، قصد حل اختلاف را داشته اند یا خیر؟ در صورت اثبات وجود ارکان عقد صلح و قصد حل اختلاف، آن عقد را صلح بداند (شربینی و شریف؛ ۱۹۸۶: ۱۰). حقوق مصر همسو با فقه اهل سنت، وجود اختلاف و یا احتمال اختلاف را شرط انعقاد عقد صلح دانسته است و در تعریف قانونی ارائه شده و دیگر مواد قانون مدنی

آن کشور، صلح در مقام معاملات را نپذیرفته اند. درباره نحوه اثبات عقد صلح سختگیری قانونی نیز دیده می شود؛ قانونگذار آن کشور، در ماده ۵۵۲ قانون مدنی «صلح را با سند کتبی یا صورتجلسه رسمی صرفاً قابل اثبات [دانسته] است».

## ۴ نتیجه

عقد صلح، در زندگی روزانه اشخاص جامعه در ایران، بسیار پرکاربرد است. عقد صلح ابتدایی، انعقاد معاملات را تسهیل می کند ولی این سهولت، ممکن است آثار سوئی به همراه داشته باشد؛ از جمله اقدام به ضرر ثالث، تقلب نسبت به قانون و بر هم زدن نظم عمومی. اگر عقد بیعی که تملیک عین، هدف طرفین معامله می باشد در قالب عقد صلح قرار گیرد، طرف یا طرفین نسبت به این موضوع که با قراردادن در قالب صلح از خیار مجلس محروم می گردند، جاهل باشند؛ (هرچند جهل به قانون، رافع مسئولیت نیست) به نوعی موجب تضییع حق دارندگان این خیار می گردد و این که اگر عقود معین به شرط داشتن شرایط، احکام و آثار خاص دارای اهمیت نبوده؛ چرا قانونگذار این همه شرایط، آثار و احکام برای آن پیش بینی نموده است؟ فقهای اهل سنت، عقد صلح را پذیرفته اند و در میان مذاهب آن فرقه، تنها فقهای شافعی به طور صریح، عقد صلح در مقام برخی معاملات، آن هم به صورت فرعی، مورد پذیرش قرار داده اند؛ با این شرط که اختلاف قبل از عقد صلح وجود داشته باشد. حقوق مصر به عنوان یکی از حقوق پیشرو در جهان اسلام، در قانون مدنی خود، صلح در مقام معاملات را نپذیرفته است. اما قانون مدنی عراق، صلح در مقام معاملات را به تبعیت از فقه شافعی، به شرط وجود اختلاف، آن هم به صورت تبعی پذیرفته است. فقهای امامیه، در خصوص پذیرش عقد صلح در مقام معاملات، اتفاق نظر دارند. برخی از فقها به طور استثنای، این نوع عقد صلح را فرعی دانسته اند، ولی اکثراً عقد مزبور را به طور مستقل پذیرفته اند.



حقوقی خود را به شرط عدم مخالفت با قانون منعقد کنند.

در مقام پیشنهاد به قانونگذار، پیشنهاد حذف ماده ۷۵۸ قانون مدنی داده می شود و اصلاح مواد مرتبط با صلح در مقام معاملات، می تواند به عنوان یک راهکار جهت جلوگیری از سوء استفاده های احتمالی از قانون راهگشا باشد و با وجود ماده ۱۰ قانون مدنی، نیاز به تسهیل انعقاد قراردادها جبران شده است.

فقههای دو فرقه در اثبات مشروعیت صلح ابتدایی، به آیات و احادیثی استناد جسته اند، که از این ادله تنها جواز استفاده برداشت می شود، نه حکم وجوب شرعی. نظر فقهای امامیه در زمان عدم وجود ماده ۱۰ قانون مدنی، با وجود ایرادات بیان شده، بسیار گرهگشا بوده و راهکاری جهت سهولت انجام اعمال حقوقی برای افراد جامعه گشوده بوده است. اما، در حال حاضر، با وجود ماده ۱۰ قانون مدنی، اشخاص جامعه می توانند آزادانه، اعمال





## منابع

- Quran.
- Abu Dawud, Imam Suleiman bin Al-Ashaath Al-Sajestani (n.d.). Sunan Abu Dawud, vol. 3, Beirut: al-Maktabeh al-Asriya Saida (In Arabic).
- Akhund Khorasani, Mohammad Kazem (n.d.). Kefayeh al-Asul, Qom: Al-Al-Bayt Institute, peace be upon him, Lahiya al-Trath (In Arabic).
- Al-Kashif al-Ghita, Mohammad Hossein (1940). Tahrir Al-Majlah, Vol. 2, Najaf: Al-Haydariyya Press (In Arabic).
- Ameli, Seyyed Mohammad Javad Al-Hussaini (n.d.). Miftah al-Karamah fi Sharh al-Qa'aa al-Allamah (T- al-Qadimah), vol. 5, Beirut: Dar Ihya al-Trath al-Arabi, first edition (In Arabic).
- Ansari, Morteza (1998). Faraid al-Asul, vol. 1, Qom: Jamal al-Fikr al-Islami, first edition (In Arabic).
- Arafa, Abdul Wahab (n.d.). Al-Majraj Fi Aqd Al-Wakalah and Al-Salh, Alexandria: Al-Maktabeh Al-Alamiya (In Arabic).
- Basha, Mohammad Morsi (2004). Commentary on the civil law of al-Haqq al-Ainah al-Asliyyah, Cairo: Haditha Publications (In Arabic).
- Bashir, Mohammad Taha; Hassun Taha, Ghani (n.d.). Al-Hawq al-Ainiyah, Baghdad: School of Law (In Arabic).
- Bhuti, Mansur bin Yunus bin Idris (1981). Kashaf al-Qanaa on the text of al-Qanaa, vol. 3, Beirut: Dar al-Fikr (In Arabic).
- Boroujerdi Abdo, Mohammad (2017). Civil law, Tehran: Majd Publications, 4th edition (In Persian).
- Dadmarzi, Seyyed Mehdi, Bafham, Mohammad (2018). Deception and fraud towards the law through the peace treaty, Private Law Studies, 49(3), 445-462 (In Persian).
- Dardeer, Abul Barakat Ahmad (1974). Al-Sharh al-Saghir, vol. 3, Cairo: Dar al-Maarif Misr (In Arabic).
- Dehkhoda, Ali Akbar (2011). Dehkhoda Medium Dictionary, Volume 2, Tehran: Tehran University Press, second edition (In Persian).
- Ebn Abedin, Muhammad Amin ebn Omar (1992). Rad al-Muhthar, Ala al-Dur al-Mukhtar, vol. 4, Beirut: Dar alfakr (In Arabic).
- ebn Qudama, Muwafuddin (1995). Al-Mughani, vol. 6, Cairo: Dar al-Hadith, first edition (In Arabic).
- Emami, Massoud (2009). Ijma Madraki, Ahl al-Bayt Fiqh Magazine, 60, 110-132 (In Persian).
- Emami, Seyyed Hasan (2006). Civil law, Volume 2, Tehran: Islamia Publications, 19th edition (In Persian).
- Eyazidi Fard, Ali Akbar (2001). Shariah Tricks "Part of Contracts", Babolsar: Mazandaran University, first edition (In Persian).



- Gazali, Abu Hamid (1996). *Al-Wasit Fi al-Mahabh*, vol. 4, Cairo: Dar al-Salam (In Arabic).
- Hadisi, Khaled Abdul Hossein (2015). *Aqd al-Salh, Draseh al-Maqrabeh*, Beirut: Al-Halabi al-Haqwiyyah pamphlets, first edition (In Persian).
- Haeri Shah Bagh, Seyyed Ali (2018). *Description of Civil Law*, Tehran: Ganj Danesh Publications, fifth edition (In Persian).
- Hakim, Abdul Majeed; Al-Bakri, Abdul Baqi (2015). *Al-Awjiz fi al-Nazariyyah Al-Abidab fi Qanun al-Madani al-Iraqi*, vol. 1, Baghdad: Maktaba al-Sunhuri (In Arabic).
- Hanafi, Zain al-Abidin (1982). *Al-Bahr al-Raiq commentary on Kanz al-Daqaq*, vol. 7, Beirut: Dar al-Katb al-Alamiya (In Arabic).
- Hor Ameli, Muhammad bin Hassan (1995). *Al-Wasal al-Shia*, vol. 18, Qom: Al-Al-Bait Institute, third edition (In Arabic).
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar (2018). *Civil law of mortgage and peace*, Tehran: Ganj Danesh Publications, 5th edition (In Persian).
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar (2004). *Legal Terminology*, Tehran: Ganj Danesh Publications, 4th edition (In Persian).
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar (2019). *Mohashi Collection of Civil Law*, Tehran: Ganj Danesh Publications, 7th edition (In Persian).
- Karki, Ali ben Hassan, second scholar (1990). *Jami al-Maqasid fi Sharh al-Qasas*, vol. 5, Qom: Al-Al-Bayt Institute, second edition (In Arabic).
- Katouzian, Nasser (2012). *Civil law of participation and peace*, vol. 2, Tehran: Ganj Danesh Publications, 9th edition (In Persian).
- Khansari, Seyyed Ahmed (1944). *Jame al-Madarak*, vol.3, Qom: Ismailian Institute, second edition (In Arabic).
- Khomeini, Mustafa (1997). *Al-Bai*, vol. 1, Qom: Institute for editing and publishing the works of Imam Khomeini, first edition (In Arabic).
- Mansouri, Mohammad, Al-Sharif, Mohammad Mahdi, Tabatabai, Seyyed Mohammad Sadiq (2017). *Analyzing the truth of the peace contract and the criteria for describing certain contracts as peace*, legal studies, 10 (4), 188-159 (In Persian).
- Mohagheq Heli, Najmuddin, Jafar bin Hassan (1987). *Sharaye Islam in Halal and Haram Issues*, Volume 2, Qom: Ismailian Institute, second edition (In Arabic).
- Mohammad Hassan, Salam (2017). *Contract of Peace in Iraqi Law and Sharia*, Diyala: Diyala Community (In Arabic).
- Mohammad Yahya, Yes (1987). *The contract of peace between the Islamic Sharia and the law*, Cairo: Dar al-Fikr al-Arabi for printing and publishing (In Arabic).

- Mousavi Esfahani, Seyyed Abolhasan (2014). *Al-Najah*, Volume 2, Qom: Mehr Stavar, first edition (In Arabic).
- Nadavi, Adam Vahib (2013). *Al-Marafat al-Madaniyyah*, Baghdad: School of Al-Sunhuri (In Arabic).
- Najafi, Mohammad Hassan (1983). *Jawahar al-Kalam fi Sharh Shariah al-Islam*, vol. 26, Beirut: Dar Ihya al-Tarath al-Arabi (In Arabic).
- Nasif, Elias (2022). *Al-Aqud Al-Madaniyyah and Al-Tajariyyah*, vol. 2, Beirut: Al-Halabi Al-Hawqiyah, first edition (In Arabic).
- Nawi, Yahya ben Sharaf (1991). *Rozah Tali-bin Wahmah al-Fatin*, vol. 4, Beirut: Maktab al-Islami (In Arabic).
- Nematullahi, Ismail (2013). *The subject of the contract and transaction with emphasis on the peace contract*, Qom: Subhan, first edition (In Persian).
- Ouji, Mustafa (n.d.). *Al-Qanoon al-Madani al-Aqd*, Vol. 1, Beirut: Bahsoun Publishing and Distribution Institute (In Arabic).
- Qashash, Mohammad Ahmad Ali (2009). *Al-Solh Al-Muscat Laqsas Fi Sharia and Al-Qunun*, Beirut: Al-Halabi al-Haqwiyyah (In Arabic).
- Qorbati, Abulwaleed bin Rushd (1998). *Al-Muqadamat al-Muhamadat*, vol. 2, Beirut: Dar al-Gharb al-Islami, first edition (In Arabic).
- Qurtubi, Abu Umar Yusuf bin Abdullah (1979). *Al-Kafi fi fiqh of Ahl al-Madinah Al-Maliki*, vol. 2, Al-Malmakah al-Arabiya al-Saudiya: Al-Riyadh School of Hadith, second edition (In Arabic).
- Rawandi, Qutbuddin, Said bin Abdullah (1984). *Fiqh al-Qur'an*, vol. 1, Qom: Ayatollah Murashi Najafi Library, second edition (In Arabic).
- Rostam Barez, Salim (2010). *Sharh al-Majlah*, Beirut: Dar al-Katb al-Alamiya, first edition (In Arabic).
- Sabih Mohammad, Umm Kulthum (n.d.). *Completion of the settlement agreement with the agreement*, Baghdad: All Laws of the Al-Mustansariyyah Community (In Arabic).
- Sanhoury, Abdul Razzaq Ahmad (1986). *Al-Wasit fi Sharh al-Qunun al-Madani al-Jadeed*, vol. 1, Beirut: Dar Ihya al-Trath al-Arabi (In Arabic).
- Sanhoury, Abdul Razzaq Ahmad (1986). *Al-Wasit fi Sharh al-Qunun al-Madani al-Jadeed*, vol. 5, Beirut: Dar Ihya al-Trath al-Arabi, second edition (In Arabic).
- Sarghsi, Muhammad bin Ahmad Abi Sahl (1993). *Al-Mabsut*, vol. 20, Beirut: Dar al-Marifah (In Arabic).
- Shahid cani, Ameli, Zain al-Din bin Ali (1992). *Masalak al-Afham al-Tankih Shar'i al-Islam*, vol. 4, Qom: Institute of Al-Maarif al-Islamiyya, first edition (In Arabic).
- Shahid cani, Ameli, Zain al-Din bin Ali (1992). *Masalak al-Afham al-Tankih*



- Sharia' al-Islam, vol. 13, Qom: Al-Ma'arif al-Islamiya Institute, first edition (In Arabic).
- Sharbini, Abdul Moneim; Sharif, Hamed (1986). Al-Taslah Fi al-Qawanin al-Madaniyyah al-Masryah, Cairo: Maktaba al-Qawaniyyah (In Arabic).
- Shabiri Zanjani, Seyyed Musa (1998). Nikah Book, Volume 5, Qom: Rai Pardaz Research Institute, first edition (In Persian).
- Sherbini Khatib, Muhammad (1994). Persuasion, vol. 1, Beirut: Dar al-Fikr (In Arabic).
- Sherbini Khatib, Mohammad (1957). Mughni al-Muthagha, Vol. 2, Cairo: Mostafa Al-Babi Al-Halabi and Oladeh Publishing Company (In Arabic).
- Sistani, Seyed Ali Hosseini (1994). Minhaj al-Salehin, Volume 2, Qom: School of Ayatollah Seyyed Sistani (In Arabic).
- Siyuti, Abd al-Rahman bin Abi Bakr (1994). Al-Ashbah and Al-Nazar, Beirut: Dar al-Fakr (In Arabic).
- Sultan, Anwar (1983). The rules of obligation of the general theory of obligation, Beirut: Dar al-Nahdeh al-Arabiyyah (In Arabic).
- Tusi, Abu Jaafar, Muhammad bin Hassan (2004). Al-Mabsut fi fiqh al-Umamiyyah, vol. 2, Tehran: Al-Maktabeh al-Mortazawieh Lahiya al-Aqti al-Jaafariyya, second edition (In Arabic).
- Tusi, Abu Jaafar, Muhammad bin Hasan (n.d.). Kitab al-Khalaf, vol. 3, Qom: Ismailian (In Arabic).
- Vasvasi, Aladdin; Allam, Abdul Rahman (1953). Tokhrej Al-Qanun al-Madani al-Iraqi, Volume 1, Baghdad: Baghdadadi (In Arabic).
- Zaheili, Wahbe (1986). Al-Fiqh al-Islami and Adlata, vol. 5, Damascus: Dar al-Fikr, third edition (In Arabic).
- Zanun, Hassan Ali (1962). Al-Aqud al-Masmah, vol. 3, Baghdad: Al-Landah Publishing and Publishing Company (In Arabic).

Original Article

## The procedure of quasi-judicial authorities as a fundamental right with a reflection on English law

Saber Jafarnia Osboei<sup>1</sup>, Abolfazl Dankoob<sup>2</sup>, Hosein Rahimi Vaskasi<sup>3</sup>

<sup>1</sup> PhD student in private law, Sari Branch, Islamic Azad University, Sari, Iran

<sup>2</sup> PhD in Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

<sup>3</sup> Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Sari Branch, Islamic Azad University, Sari, Iran



20.1001.1.24237566.1403.8.2.3.6



10.22080/lps.2023.25142.1479

**Received:**

March 12, 2023

**Accepted:**

July 23, 2023

**Available online:**

July 27, 2024

**Keywords:**

Procedure, quasi-judicial commission, formal law, administrative procedure, administrative authority

### Abstract

Adhering to a fair trial and regulating the conduct of the trial requires that litigants know their rights in the proceedings, and the investigating authority also follows certain pre-prepared rules. Compliance with these two pillars requires the existence of regulations in the field of procedural rights. On the other hand, the absence of procedural regulations will always cause division in the proceedings, and the parties involved in the case do not know what duties they should adhere to so that their rights are not violated in the proceedings. In fact, the principle of the unity of law as the fundamental principle of any proceeding is challenged. At the same time, the existence of regulations removes some of this ambiguity and confusion, and they specify the duties of both parties to the dispute and the hearing authority. In other words, both the hearing authorities and litigants will be informed about the procedure, and the last one will be aware of their legal rights and duties. Therefore, it is obvious that the proceedings are considered fair if the proceedings from the beginning to the end are subject to the rules that the litigants and the authority are required to adhere to. In this way, the rights of each of the parties and their duties will be assured and clarified. At the same time, it avoids conflict in the course of proceeding.

**\*Corresponding Author:** Saber Jafarnia Osboei

**Address:** Sari Branch, Islamic Azad University, Sari, Iran

**Email:** [saber.jafarnia@yahoo.com](mailto:saber.jafarnia@yahoo.com)



## Extended abstract

### 1. Introduction

Procedural regulations are a tool to identify the right in nature, and without doubt, without this procedure, identifying the right in nature will be challenging, and the parties do not know what procedural regulations they should be subject to. Quasi-judicial authorities, as authorities that are recognized in the law, have been established by law. But regarding the method of proceedings in these authorities, there are no provisions for the proceedings, therefore the three sides of the proceedings in these authorities are not aware of their rights. Therefore, it is necessary for the legislator to establish procedural rules in this regard, so that from the beginning to the end of the proceedings, there is a certain framework and criteria for this reference. In this article, we decided to talk a little about the necessity of establishing procedural rules in quasi-judicial authorities, and at the same time, we will briefly study this in English law.

### 2. Methods

The data collection measure in this study was analytical-descriptive. In addition, an attempt has been made to analyze and describe the legislator's approach in this regard by examining the library sources

### 3. Results

The investigation of the present issue has resulted in several major findings, which we will discuss briefly

1. Anticipating the provisions of this civil procedure will bring transparency to the procedure, and people will be aware of their rights and obligations in the procedure with quasi-judicial authorities.

2. The procedural regulations make the proceedings in the quasi-judicial authorities to have a framework and order

3. Establishing procedural regulations for quasi-judicial authorities prevents tyranny.

4. The provision of the proceedings will make the outcome of the proceedings fairer

5. This article is also foreseen in the regulations of the English country.

### 4. Conclusion

1. The right to sue is considered one of the fundamental rights. One of the legal solutions to identify and validate the fundamental rights is the provision of procedural regulations for all administrative authorities.

2. Formal rights are a tool for substantive rights, and therefore, the absence of ritual rights causes the process of establishing substantive rights to always face challenges, so it is necessary to have ritual rights in all proceedings.

3. Due to the fact that in quasi-judicial authorities, one of the parties to administrative proceedings is a public law legal entity, as a result, there is always a fear of abuse of power by the administration. However, the provision of procedural rules can reduce this power and give a just and fair character to the proceedings.

4. The code of procedure shows the method and context of the procedure, which prevents tyranny and autocracy, which is one of the goals of the examples of fundamental rights.

5. Considering the similarities in the main structure of the quasi-judicial authorities, it is better for the legislator to establish common procedural rules for all



the quasi-judicial authorities as soon as possible.

6. In English law, the category of litigation in administrative matters and the provision of a framework for identifying the right to sue for individuals are also among the fundamental rights, and in the common law (judicial procedure) of this category of countries, there are many examples of the recognition of this rule. He ate.

### **Funding**

There is no funding support.

### **Authors contribution**

The authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All 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

## علمی پژوهشی

# آیین دادرسی مراجع شبه قضایی به مثابه حق بنیادین با تأملی در حقوق انگلیس

صابر جعفرنیا اسبویی<sup>۱\*</sup>، ابوالفضل دنکوب<sup>۲</sup>، حسین رحیمی واسکسی<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران

<sup>۲</sup> دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

<sup>۳</sup> استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران



20.1001.1.24237566.1403.8.2.3.6



10.22080/lps.2023.25142.1479

## چکیده

رعایت دادرسی منصفانه و تنظیم رفتار دادرسی ایجاب می‌دارد که اصحاب دعوا حقوق خود را در دادرسی بشناسند و مرجع رسیدگی کننده نیز از ضوابط از پیش تهیه شده ی معینی پیروی دارد. رعایت این دو رکن مستلزم وجود مقرراتی در حوزه حقوق شکلی است. از طرفی عدم وجود مقررات شکلی دادرسی همیشه موجب تعدد رویه در رسیدگی خواهد شد و اصحاب پرونده نیز نمی‌دانند که می‌بایست پایبند به چه وظایفی باشند تا حقوق ایشان در دادرسی تضییع نشود و به واقع اصل تفوق حقوق به عنوان اصل بنیادین هر دادرسی با چالش مواجه است. این در حالی است که وجود مقررات شکلی از این ابهام و سردرگمی می‌زداید و تکلیف دو طرف دعوا و همچنین مرجع رسیدگی کننده را مشخص می‌کند. به عبارت دیگر هم مراجع رسیدگی کننده از شیوه رسیدگی مطلع خواهند بود و هم اصحاب دعوا از حقوق و تکالیف قانونی خود آگاه خواهند شد. پس بدیهی است که آن دادرسی عادلانه تلقی گردیده که ابتدای رسیدگی تا انتهای آن تابع ضوابطی باشد که اصحاب دعوا و مرجع رسیدگی را ملزم به پایبندی و رعایت آن دارد. از این طریق حقوق هر یک از طرفین تضمین و تکالیف ایشان روشن خواهد شد.

## تاریخ دریافت:

۲۱ اسفند ۱۴۰۱

## تاریخ پذیرش:

۰۱ مرداد ۱۴۰۲

## تاریخ انتشار:

۰۶ مرداد ۱۴۰۳

## کلیدواژه‌ها:

آیین دادرسی، کمیسیون شبه قضایی، حقوق شکلی، دادرسی اداری، مرجع اداری

\* نویسنده مسئول: صابر جعفرنیا اسبویی

آدرس: واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران

ایمیل: [saber.jafarnia@yahoo.com](mailto:saber.jafarnia@yahoo.com)



## ۱ مقدمه

جمعی را بر پایه نظم بنا نهاده و آن را اداره نماید. ایجاد نظام قضایی منظم و ضابطه مند نیز یکی از اقداماتی است که آدمی را در راستای نیل به این هدف سوق می دهد. انتظار عدالت محوری در هر دادرسی نیز مستلزم وجود همین نظم و سازماندهی خواهد بود و به طور معمول نیز حکومت ها نظام کلی دادرسی خود را در قوانین بنیادی و اساسی خود می گنجانند و به همین خاطر است که مقررات آیین دادرسی به حقوق عمومی پیوند خورده است (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ۹۸ و ۹۹). منظور از نظام کلی دادرسی شیوه تشکیل مرجع قضایی، صلاحیت آن، انشا رای در امور مختلف است. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز از این مهم غافل نشده و در رابطه با کلیات مراجع رسیدگی کننده فصلی را اختصاص داده است. پایه و اساس تشکیل مرجع قضایی در اصل ۱۵۹ قانون اساسی طرح شده این اصل بدین نحو انشا شده که: «مرجع رسمی تظلمات و شکایات، دادگستری است. تشکیل دادگاهها و تعیین صلاحیت آنها منوط به حکم قانون است»

آنچه در بادی امر و با ملاحظه این اصل بنیادی به ذهن متبادر می گردد اینکه هیچ شخص و با هر سمتی نمی تواند در خصوص ایجاد مرجع تظلم خواهی و آیین دادرسی آن ورود نماید و الزاما حکم مستقیم قانون که متشکل از نمایندگان مردم بوده می بایست موجب پیدایش آن شود که این نکته به زیبایی در این اصل متبلور شده است. با این حال در برخی از مراجع شبه قضایی دیده شده مقنن حکیم، مرجعی را برای تظلم خواهی (به عنوان یکی از حقوق بنیادین) پیش بینی کرده بی آنکه برای آن مرجع قضاوتی مقررات دادرسی وضع نماید به عبارت دیگر پیدایش آن مرجع قضاوتی منطبق با اصل ۱۵۹ قانون اساسی و با حکم مستقیم قانون بوده لکن شیوه دادرسی در آن به نحو دقیق تبیین نشده است. به عنوان نمونه می توان به کمیسیون رسیدگی به شکایت کافرمایان در خصوص مطالبات حق بیمه موضوع ماده ۴۲ قانون سازمان تأمین اجتماعی، هیات حل اختلاف مالیاتی موضوع ماده ۲۴۴ قانون

گسترش روزافزون روابط و پیچیدگی مربوط به آن و امتداد سیاست قضازدایی مقنن را بر آن داشته تا رسیدگی پیرامون پاره ای از اختلافات را در مرجعی غیر از محاکم دادگستری قرار دهد این مراجع که از آن به عنوان مراجع شبه قضایی یاد می شود همانند مرجعی قضایی به اموری که به حکم قانون در صلاحیت ایشان قرار گرفته رسیدگی خواهند کرد. عمده این مراجع در پرتو اصل ۱۵۱ قانون اساسی به حکم قانون تشکیل و صلاحیت آن تعیین شده اما واقعیت این است که تشکیل مرجع شبه قضایی و تعیین صلاحیت آن کافی نیست بلکه می بایست شیوه و آیین رسیدگی در این مراجع نیز تعیین می شد. گرچه عدم تعیین شیوه و سیاق دادرسی در این مراجع خللی به فرایند ایجاد آن وارد نمی کند لکن همواره مجریان آن را در چالش چگونگی رسیدگی قرار خواهد داد و مداوم در سردرگمی نحوه دادرسی باقی خواهند ماند. اصحاب پرونده نیز نمی دانند که می بایست پایبند به چه وظایفی باشند تا حقوق ایشان در دادرسی تزییع نشود و مهم تر اینکه وجود مقررات شکلی برای هر مرجع، از خودکامگی و استبداد (به عنوان یکی از حقوق بنیادین) آن مرجع نیز جلوگیری می کند. در این مقاله ابتدا باید مراجع شبه قضایی را شناسایی کنیم سپس در خصوص مفهوم حقوق بنیادین سخن می گوئیم و سپس به لزوم وضع آیین دادرسی مراجع شبه قضایی بپردازیم و آنگاه مختصری به تطبیق سخن می گوئیم.

## ۲ مراجع شبه قضایی

### ۲/۱ ضرورت تقنین آیین دادرسی مراجع شبه قضایی

خدای متعال جهان هستی را بر پایه نظم و ترتیب خاصی آفرید به همین خاطر است که یکی از راه های شناخت خداوند استناد به برهان نظم می باشد. بشر نیز که این ودیعه را از باب امتنان از خالق خود کسب نموده همواره سعی می دارد تا زندگی

اصطلاح برای اولین بار در حقوق انگلیس مطرح شده است) با اصطلاحات و واژگانی خاص یاد شده است (امامی، موسوی، ۱۳۸۱: ۹۶). در تصریح ماده ۵۸ قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۴۵ از اصطلاح «دادگاه اداری» استفاده شده است یا در ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ از واژه «مراجع غیر قضایی به کار رفته حتی بعضی موارد در یک قانون با دو تعبیر متفاوت از این مراجع روبه رو هستیم فی المثل در قانون مالیاتهای مستقیم مصوب ۱۳۹۴ و در ماده ۱۰۳ این قانون از اصطلاح «مراجع اختصاصی غیرقضایی» استفاده شده در حالی که در ماده ۲۵۳ همان قانون از واژه «دادگاه اختصاصی اداری» یاد شده است. در آرای دیوان عدالت اداری نیز این تفاوت یافت می‌گردد به عنوان نمونه در رای وحدت رویه شماره ۳۱۷۴ مورخ ۱۳۶۹/۰۳/۰۶ از اصطلاح «مراجع اداری» استعمال شده ولیکن در رای ۴۷ مورخ ۱۳۶۳/۱۰/۱۷ از عنوان «کمیسیون اداری» یاد شده است (شعبانی، ۱۳۹۶: ۳). اساتید حقوق اداری نیز با اصطلاحاتی نظیر «دادگاه اداری» (خلعتبری، ۱۳۸۵: ۴۵۲) و «دادگاه اختصاصی اداری» (شیدفر، ۱۳۴۴: ج ۲، ۳۰۴)، «مراجع شبه قضایی» و... از آن یاد کرده اند (شعبانی، ۱۳۹۶: ۳).

برخی مولفان مراجع شبه قضایی را دادگاه دانسته اند استدلال این دسته آن است که این مراجع صلاحیت ترافعی دارند و به دعاوی، شکایات، تظلمات و اختلافات رسیدگی نموده و نهایتاً رای بر الزام یکی از اصحاب دعوا صادر می‌دارند. برخی بر این باورند که استعمال واژه دادگاه برای این مراجع درست نیست چرا که از نظر واژه شناسی و جایگاه حقوقی این دسته از مراجع برخلاف کشورهای هم چون فرانسه و انگلیس دادگاه نیستند و از طرفی نیز تصمیم گیرندگان این دسته از مراجع به معنی اخص کلمه قاضی نیستند خواه از نظر جایگاه حقوقی و خواه از منظر اصطلاح؛ چه آنکه دادگاه محل قضاوت قاضی بوده این در حالی است که تصمیم گیرندگان این دسته از مراجع عمدتاً قاضی

مالیات های مستقیم، کمیسیون ماده ۵۶ قانون جنگلها و مراتع، کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری، هیأت حل اختلاف ثبتی موضوع مواد ۱۴۷ و ۱۴۸ قانون ثبت، کمیسیون ماده ۵۵ و ۷۷ قانون شهرداری ها و ... اشاره نمود.

گرچه در برخی از این کمیسیون ها ممکن است نحوه دادرسی از طریق آیین نامه یا بخشنامه تعیین شود. لکن نمی توان پنداشت که بخشنامه بتواند تمامی نقایص را پیش بینی و پوشش دهد. چون نوعاً در این دسته از کمیسیونها عضو قضایی نیز حاضر است و ممکن است این عضو به جهت غیر قانونی دانستن بخشنامه مربوط و در راستای اصل ۱۷۰ قانون اساسی از اجرای آن بخشنامه خودداری ورزد. بنابراین هیچگاه نمی توان گفت بخشنامه تکافوی نیاز این دسته از مراجع را خواهد داد و لازم است مقرراتی از سوی دستگاه تقنینی در این رابطه پیش بینی شود. از طرفی شناسایی و حمایت از حق دادخواهی آحاد جامعه به عنوان یکی از اصلی ترین حقوق بنیادین ایجاب می‌دارد که حاکمیت برای این حق، چارچوب و ضوابطی تعیین دارد تا اعضای جامعه بتوانند در قلمرو آن دادخواهی خویش را ارائه دهند. حال که مقررات شکلی پیرامون شیوه و آیین دادرسی در این دسته از مراجع وجود ندارد این سوال به ذهن می‌رسد که آیا زمان آن نرسیده تا مقنن، قانون آیین دادرسی جامعی برای کمیسیونهای شبه قضایی وضع نماید؟ آیا پیش بینی مقررات شکلی برای این دسته از مراجع را نمی توان تکلیفی برای حاکمیت در راستای حق دادخواهی به عنوان یکی از حقوق بنیادین پنداشت؟ در این فراز لازم است اندکی در رابطه با کمیسیونهای شبه قضایی سخن بگوییم. آنگاه به مفهوم حقوق بنیادین گریزی زده و سپس به لزوم تدوین مقررات آیینی برای مراجع شبه قضایی سخن بگوییم.

## ۲،۲ مفهوم مراجع شبه قضایی

در مقررات قانونی ما تعریف درستی از مراجع شبه قضایی (Quasi-judicial) یافت نمی‌گردد بلکه در هر یک از متون قانونی از مراجع شبه قضایی (این

دقت داشت (زراعت و همکارن، ۱۳۹۹: ۴۰). حقوق خصوصی در مقام جری فرایند قضایی بی طرف است و با توجه به ادله ابرازی مبادرت به صدور رأی مینماید (الحق لمن غلبه) و غایت آن رعایت اصول و تأمین عدالت ماهوی بر مبنای حق واقعی نیست. درحالیکه حقوق عمومی در مقام دادرسی اداری، حافظ نظم و منافع عمومی است. به دیگر سخن میتوان گفت هدف حقوق خصوصی در مقام رسیدگی قضایی رفع خصومت بر پایه ی ادله ظاهری با ابزار دادرسی احصا شده در قوانین و مقررات امری است؛ از طرفی حقوق عمومی در مقام رسیدگی اداری میان منفعت عمومی و خصوصی قضاوت مینماید و با توجه به هدفی که در تأمین و تضمین منافع و نظم عمومی دارد، اقدام مینماید. شاید بتوان این مطلب را با طرح مثال شفاف نمود به طور معمول اخذ حق بیمه توسط سازمان تأمین اجتماعی از کارفرما در راستای احقاق حقوق کارگر و حمایت از این قشر در مقابل حوادث و آینده ی بیمه ای و پرداخت سنوات به ایشان است حال اگر در قرارداد پیمانکاری مشخصات کارگران معلوم و معین نباشد باز هم حق بیمه از کارفرما اخذ می شود که غایت از اخذ حق بیمه در چنین وضعیتی تقسیم عادلانه ثروت بوده که منبعت از قاعده عدالت توزیعی و با مبنای حقوق عمومی منطبق خواهد بود.

اثر عملی و کاربردی این دیدگاه و شیوه نگرش، چگونگی بهره برداری و استنباط از دلایل در خلال دادرسی در امور قضایی و اداری است. بدین نحوه که دادرسی اداری مقید و محدود به ادله ی اثباتی احصا شده همچون در رسیدگی به امور قضایی نیست و مرجع اداری موظف است بر مبنای دیدگاه تفتیشی بودن دادرسی اداری با تمسک به روشهای اثبات باز (در مقابل روش اثبات بسته) به هر طریق ممکن حقیقت ترافع را کشف و اقدام به صدور رأی نماید (لنگرودی، ۱۳۷۰: ۵). به عبارت دیگر در دادرسی اداری محدودیتی در استناد به ادله وجود ندارد.

نیستند. بنابراین کاربرد اصطلاح مراجع به جای دادگاه به ماهیت این دسته از مراجع نزدیک تر است. و از آنجایی که آراء صادر شده از این مراجع لازم الاجرا و دارای ضمانت اجرا قانونی بوده لذا می توان به شبه قضایی بودن (شبه قضایی) آنان اشاره داشت و کاربرد «مراجع شبه قضایی» دقیق ترین نام و اصطلاح برای نامیدن این نهاد می باشد. زیرا این مراجع عمدتاً در بطن دستگاه اجرایی شکل می گیرد از مصونیت های عزل و تغییر، وجود آیین دادرسی پیچیده، استقلال قضایی و... بی بهره اند. بررسی ماهیت مراجع و دیوان های اداری بیانگر این مطلب است که این مراجع برخی از ویژگی های دادگاه های عمومی را دارا می باشند و نه همه آن را (رستمی، خسروی، ۱۳۹۲: ۹۳). از طرفی نیز به دنبال تصمیم یک نهاد اداری (همچون اداره درایی، شهرداری، تأمین اجتماعی) این کمیسیون ها تشکیل جلسه می دهند به عبارت دیگر وقتی عضو ممیز اداره دارایی میزان مالیات را تعیین می دارد مودی به این نظر مراتب اعتراض خویش را اعلام می دارد آنگاه مرجع شبه قضایی تشکیل می گردد تا به این اعتراض رسیدگی و اظهارنظر به عمل آورد. حال این سوال مطرح می شود که عملکرد این مراجع (که مستقل از نهاد اجرایی هستند) آیا اداری محسوب می شود یا قضایی؟ پاسخ به این سوال از حیث ضوابط حقوق شکلی بسیار مهم است. برخی ایجاد مرجع شبه قضایی بدین نحو را ورود به حیطة قوه قضاییه می دانند و نوعاً از آن به عنوان تجاوز به حیطة قوه قضاییه می دانند (طباطبائی مومنی، ۱۳۷۸: ۴۰۲). در حالی که برخی رسیدگی به اختلافات بین مردم و سازمانها دولتی را امری اداری می پندارند و رسیدگی به جز تکالیف و اختیارات دستگاه های اداری است. لذا واگذاری این اختیارات به مراجع دادگستری، نقض اصل تفکیک قوا است (قاضی، ۱۳۷۶: ۱۰۸) و در نهایت نظارت قضایی توسط دیوان عدالت اداری بر تصمیم مزبور کافی است.

در شناخت معیار تفاوت این دو مرجع باید به مبانی و منشا ساختاری حقوق عمومی و خصوصی

به موارد مشخص شده در قانون است، بنابراین تفسیر و انطباق صلاحیت آنها با موضوعات مطروحه مضیق و در حوزه صلاحیت مصرح در نص قانون است. ۵- به لحاظ موضوعی نیز به اختلافات میان اشخاص و ادارات (مقامات) عمومی رسیدگی مینمایند.» (طجرلو و همکاران، ۱۳۹۴: ۱۶۰)

از جمع این مطالب می توان مراجع شبه قضایی را اینگونه تعریف داشت که مراجعی هستند که صلاحیت ایشان به حکم قانون ایجاد شده و با شخصیتی مستقل از دستگاه اجرایی به اختلافات بین مردم و نهادهای دولتی یا عمومی غیردولتی در امر اداری و در راستای صلاحیت خویش رسیدگی می کنند.

در این تعریف اولاً به مقوله ی لزوم ایجاد به حکم مستقیم قانون اشاره شده است ثانیاً به استقلال شخصیت ایشان توجه شده است و رابطه ی آمریت قانونی در رابطه با آن اداره و کمیسیون تشکیلی در آن وجود ندارد. ثالثاً به اختلافات مردم با دولت یا نهادهای عمومی غیردولتی یا بلعکس رسیدگی خواهند نمود به این معنا که الزاماً نیاز نیست شاکی شخص حقیقی یا شخص حقوقی حقوق خصوصی باشد. رابعاً موضوع رسیدگی نیز در قلمرو امر اداری می بایست باشد.

### ۲٫۳ ضرورت رعایت حقوق بنیادین در مراجع شبه قضایی

حقوق بنیادین مجموعه حقوق ریشه ای و پایه ای است که ذاتاً به فرد تعلق دارد صرف نظر از زبان، دین، مذهب، ملیت و... به گونه ای که عدم وجود آن موجب زوال شخصیت شخص می گردد. حقوق بنیادین مجموعه امتیازات متعلق به فرد است که به اعتبار انسان بودن، از آن برخوردارند. (هاشمی، ۱۳۸۴: ۱۲) به عبارت دیگر مجموعه حقوقی که وجود آن سبب قوام و نبود آن موجب زوال شخصیت انسان می گردد. این حقوق شامل دسته از هنجارهای اخلاقی، سیاسی و فلسفی است که از آزادی، برابری، مردم سالاری و دولت قانون مدار

اگر به واژه «شبه قضایی» دقت شود این نکته استنباط می شود که عملکردی مشابه مراجع قضایی صورت گیرد به این معنا که از سوی نهاد یا مرجعی که ماهیت قضایی ندارد عملکردی شبیه مرجع قضایی صورت می گیرد این دسته از نهادها عمدتاً در پیکره دستگاه اجرایی صورت می گیرند. از این حیث است که این مراجع را مراجع شبه قضایی نام می نهند. برخی از نویسندگان در تعریف مراجع شبه قضایی بیان نمودند که: «مراجعی با صلاحیت ترافیعی که به موجب قوانین خاص تشکیل و دارای صلاحیت و آیین دادرسی خاص هستند که صلاحیت رسیدگی و تصمیم گیری در مورد اختلافات، شکایات و دعاوی اختصاصی اداری را دارند.» (امامی و همکاران، ۱۳۹۶: ۹۵). برخی نیز اینگونه تعریف داشته اند که: «دادگاه های اداری و کمیسیونها و هیئت های مزبور مراجعی هستند که به موجب قوانین خاصی در خارج از سازمان قضایی کشور ولی در رابطه با وظایف مختلف اداری و اجرایی دولت، در سازمان ها تشکیل شده اند و وظایف آنها رسیدگی به اختلافات و شکایاتی است که معمولاً در اجرای قوانینی مانند قانون شهرداری ها، قانون کار و قانون ملی شدن جنگلها و مراتع کشور... بین دولت و افراد به وجود می آید.» (طباطبائی موثمنی، ۱۳۷۴: ۲؛ ۱۳۷۴). عده ای نیز بر این باورند که: «مراجعی اداری با صلاحیت ترافیعی اختصاصی اند که به موجب قوانین خاص در خارج از سازمان قضایی و محاکم دادگستری و عموماً مستقل ولی مرتبط به ادارات عمومی تشکیل شده اند و صلاحیت رسیدگی به دعاوی و اختلافات میان اشخاص و ادارات عمومی را دارند.» (هداوند، اقای طوق، ۱۳۸۹: ۶۷) برخی نیز بیان داشتند که: «دادگاه های اداری اختصاصی دادگاه هایی هستند که ۱- به لحاظ مبناي تأسيس، به موجب قانون تشکیل میشوند. ۲- به لحاظ اتخاذ تصمیم و رسیدگی و صدور رأی دارای استقلال از سازمان قضایی اند و با ادارات متبوع خویش مرتبط هستند. ۳- به لحاظ تشکیلات و اعضا استقلال آن ها از سازمان قضایی نسبی است. ۴- صلاحیت آنها اختصاصی و محدود

نامحدود آنها یاد می شود. چرا که عمده ی مصادیق حقوق بنیادین مرتبط با نیازهای ریشه ای و اولیه اشخاص و آحاد جامعه می باشد که فراهم کردن آن بر عهده ی حکومت خواهد بود. البته هیچ کس نمی تواند نافی تاثیر نظریه حقوق بنیادین بر حقوق خصوصی شود چرا که گاهی اوقات ایجاد عدالت اجتماعی مستلزم ورود حکومت در آن عرصه است به عنوان نمونه ورود حکومت در حوزه قراردادهای بین کارگر و کارفرما، مداخله حکومت در قراردادهای اخذ تسهیلات بانکی و عقود بیمه ای که در راستای برقراری عدالت توزیعی بوده مصداقی از مداخله حکومت ها در این ورطه می باشد (یثربی، آرین، ۱۴۰۰: ۲۶۳).

حقوق بنیادین مصرح در قانون اساسی به عنوان یک حقوق برتر تلقی شده، به طوری که کل نظام حقوقی در پرتو آن قرار میگیرد، لذا قواعد عادی توانایی مقابله با این حقوق را ندارند. این حقوق مختص حقوق عمومی نبوده و در حقوق خصوصی نیز به عنوان حقوق برتر قابل اعمال است (مولایی، ۱۳۹۷: ۴۲۷). یکی از اصلی ترین حق بنیادی که در قانون اساسی نیز بدان اشاره شده حق دادخواهی کردن است. قانون گذار در اصل ۴۰ قانون اساسی به مقوله ی حق دادخواهی به عنوان یکی از حقوق بنیادین یاد کرده است. نکته حایز اهمیت اینکه حقوق بنیادین از این حیث که در زمره حقوق ریشه و پایه ای است ساقط نمودن کلی این حقوق مورد پذیرش نیست و تراضی پیرامون آن فاقد اعتبار قانونی است.

همانگونه که گفتیم اصل ۴۰ قانون اساسی به حق دادخواهی به عنوان یکی از اصول بنیادین پرداخته شیوه انشا این اصل به گونه ای که به طرف شکایت یا دعوا انصراف دارد به این معنا که جایگاه طرف مقابل مهم نبوده و حق دادخواهی علیه حاکمیت نیز در این اصل مستتر است به ویژه اینکه پیش بینی مرجعی به نام دیوان عدالت اداری این تفسیر را موجه جلوه می دهد. نکته جالب اینکه عمده مصادیق حقوق بنیادین در زمره مواردی است

سرچشمه می گیرد (گرچی، ۱۳۸۸: ۲۴). بنابراین این حقوق در زمره حقوق ذاتی بشر است و نمی توان آن را از کسی سلب نمود. در حقوق کشورها در خصوص اهمیت و ترتیب این حقوق و مصادیق آن تفاوت هایی وجود دارد. (یثربی، آرین، ۱۴۰۰: ۲۶۵) حق حیات، آزادی، برابری، مردم سالاری، دولت قانون مدار، کرامت انسانی، حمایت از حقوق شخصی و عینی و... از مصادیق حقوق بنیادین بوده و این حقوق مختص تمامی اشخاص بوده و تصور عدم وجود آن برای برخی از اشخاص جامعه منتفی به نظر می رسد. اهمیت این حقوق به نحوی بوده که بعضا بدون درج در مقررات اساسی کشورها نیز قابل احترام است به ویژه اینکه در معاهدات متعدد حقوق بشر (همچون کنوانسیون اروپایی حقوق بشر ۱۹۹۵ میلادی و اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاقین حقوق مدنی و سیاسی) نیز بدان پرداخته شده و نوعا فارغ از مقررات داخلی کشورها، در زمره حقوق جهان شمول هستند. به طور معمول حقوق بنیادین در مقررات اساسی کشورها مورد شناسایی قرار گرفته و متعاقبا در مقررات عادی برای آن ضمانت اجرا در نظر گرفته می شود. به عنوان نمونه مواد ۹۵۹ و ۹۶۰ قانون مدنی در رابطه با منع اسقاط کلی حقوق، و بطلان چنین توافقی به عنوان مصداقی از ضمانت اجرا در راستای حمایت از حقوق بنیادین می باشد به این معنا که قانون اساسی این حق را به رسمیت شناخته و قانون عادی (قانون مدنی) اسقاط آن را به رسمیت نشناخته است. ماده ۹۶۰ قانون مدنی واجد حق بنیادین بوده چرا که سخن از حق حریت به میان آورده و معیار، ماهیت قواعدی است که می تواند توسط قوه موسس، قانونگذار عادی، قوه مجریه و یا دادرس دادگاه پدید آمده باشد (عباسی لاهیجی، ۱۳۸۸: ۵۵). بنابراین تمامی حقوق و ارزشهایی که وجود آن موجب قوام و نبود آنها باعث از هم گسیختگی فردیت انسان می گردد بنیادین نام دارند (گرچی، ۱۳۸۳: ۱۴).

معمولا از حقوق بنیادین به عنوان ابزاری برای جلوگیری از استبداد حکومت ها و کنترل قدرت



## ۳ آیین دادرسی مراجع شبه قضایی در حقوق ملی و فراملی

### ۳/۱ لزوم وضع مقررات دادرسی در حقوقی داخلی

دادرسی منصفانه و عادلانه در بستری شکل خواهد گرفت که در آن حقوق و تکالیف آیینی طرفین دعوا مشخص باشد به این معنا که طرفین منازعه با حقوق و وظایف خود از ابتدای دادرسی تا ختم آن آگاه بوده و مرجع رسیدگی کننده نیز تابع الزاماتی باشد که سیاق رسیدگی نیز بر آن اساس دنبال شود. در گذشته مقررات در کنار هم به زبان امر و نهی آمده و هدفی را دنبال می کردند و شیوه و آیین خاصی برای دادرسی وجود نداشت و نظریه ای بنیادین در حوزه دادرسی وجود نداشت ولیکن امروزه این دوران به سر آمده است و نظام های حقوقی می کوشند با چراغ راه به پیش گام بردارند. (غمامی، محسنی، ۱۳۹۶: ۱۸) و از این طریق در پی فراهم آوردن نوعی آیین دادرسی بوده که در عین سرعت، شفافیت و مقررات قابل درک، همکاری طرفین در فرایند دادرسی را تضمین بخشد. در چنین وضعیتی از این حیث که عملکرد و رفتار دادرسی هر یک از سه ضلع، شفاف است آن دادرسی با مقبولیت اجتماعی بیشتری همراه خواهد بود. آیین دادرسی با ایجاد برخی تضمینات می تواند ابزاری مناسب برای حمایت قضایی از حقوق و آزادی افراد باشد (یاوری، ۱۳۸۶: ۲۵۲). بنابراین آغاز فرایند رسیدگی تا ختم عملیات اجرای حکم می بایست مبتنی بر ضوابط از پیش تهیه شده باشد فارغ از اینکه مرجع رسیدگی کننده از نگاه سازمانی به معنی دادگاه قلمداد شود یا خیر (میرمحمدی، ۱۳۸۵: ۱۰۰). با توجه به اینکه بین مراجع شبه قضایی موجود در نظام تقنینی نقاط اشتراکی وجود دارد می توان راهنمایی برای پیش بینی وحدت شیوه دادرسی در مراجع مزبور باشند (رستمی، خسروی، ۱۳۹۲: ۹۱). و اتفاقاً تشابهاتی که در ساختار و همچنین شیوه

که تامین آن به عهده حاکمیت بوده و حق بنیادین در واقع ابزاری است که حاکمیت را مکلف به فراهم نموده این حق می دارد. و اتفاقاً حق بنیادین وسیله ای که حاکمیت را از خودکامگی و استبداد بازمی دارد.

شناسایی حق دادخواهی در قانون اساسی هر کشور ابزاری است که آحاد ملت به استناد به آن، حقوق مورد تضییع یا انکار شده خود را به ورطه دادرسی می کشانند. این حق آن چنان دارای اهمیت می باشد که در مقررات اساسی کشورها به رسمیت شناخته شده و حتی اسقاط این حق نیز ممکن نیست. و مقنن برای استتکاف از شناسایی این حق، ضمانت اجرای کیفری تعیین نموده است (ماده ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی). خواه طرف دادخواهی احاد جامعه باشند خواه حاکمیت. ماده ۵۶ منشور حقوق شهروندی نیز به این مهم اشاره داشته است. نقض حقوق امری مذموم است خواه از سوی آحاد جامعه باشد یا اینکه حاکمیت موجبات نقض آن را فراهم آورد. شناسایی حق دادخواهی به عنوان حقوق بنیادین و به رسمیت شناخته شدن آن در قانون اساسی، موجب می شود که شهروندان حتی در مقابل قوای حاکم نیز توان استناد به این حق را داشته باشند. مراجع شبه قضایی نیز بنا به شرح فوق در زمره زیر ساخت هایی هستند که تامین کننده حقوق بنیادین اشخاص بوده و حاکمیت از این طریق در مقام احیای این حق برخواهد آمد. باید دانست که صرف ایجاد مرجع دادخواهی و عدلیه برای ارائه عرض حال کافی نیست بلکه شیوه رسیدگی در این مراجع بایستی مشخص و معلوم باشد. چارچوب مقررات آیینی باید آنچنان روشن باشد که هر یک از اصحاب دعوا از ابتدای دادرسی تا انتهای آن با حقوق آیینی خود آشنا باشند و وجود سردرگمی در شیوه دادرسی مراجع قضاوتی، موجب رخنه و چالش در استیغای حقوق بنیادین خواهد شد. بنابراین از نگاه حقوق بنیادین نیز می تواند به لزوم وضع مقررات شکلی برای مراجع شبه قضایی رسید که در گفتار بعدی بدان خواهیم پرداخت.

بدون وجود مقررات دادرسی متصور نخواهد بود. بنابراین قواعد و مقررات و اصول دادرسی منصفانه منطقه ای، جهانی و ملی قابل تعمیم به دادرسی اداری نیز خواهد بود (مجدزاده، ۱۳۸۳: ۱۴۵).

مقررات آیین دادرسی در بدو امر در مراجع کیفری و حقوقی شناسایی شد. لکن بعدها حاکمیت ها پی بردند که در حوزه دادرسی اداری نیز به آیین و شیوه ی رسیدگی احتیاج دارد. با این حال برخی اصول در دادرسی اداری قابل تسری نبوده من جمله اصل استقلال، اصل علنی بودن دادرسی، حضوری یا غیابی بودن دادرسی و... در نتیجه می بایست دادرسی اداری بر پایه اصول و چارچوبی بنا شود که منطبق با ساز و کار این نوع از مراجع باشد النهایه نمی توان مطلق مقررات آیین دادرسی سایر دادگاه ها را به این نوع از مراجع اداری تسری بخشید. با این حال ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی سنگ بنایی برای آیین دادرسی مراجع شبه قضاوتی قلمداد می گردد (رستمی، خسروی، ۱۳۸۸: ۱۴۵).

قوانین شکلی در امر اداری نیز وسیله اجرای قواعد ماهوی (Enforce) بوده و اشخاص به وسیله ی آن و دولت نیز به وسیله ی آن حقوقشان را به اجرا در می آورند. این شیوه ها در واقع صلاحیت، دادخواهی، ادله، تجدیدنظرخواهی، اجرای حکم و هزینه ها و... می باشند (داودی، ۱۳۹۷: ۲۱۳). هدف و آمال حقوق شکلی تثبیت حقوق ماهوی است پس بدیهی است که برای تثبیت حقوق ماهوی باید از آیین دادرسی همان امر بهره جست. و اتفاقاً آیین دادرسی سنگ محک حکومت ها برای رعایت حقوق شهروندی است و زمانی می توان از رعایت حقوق شهروندی سخن گفت که مقررات هر دادرسی مختص همان امر ماهوی به کار گرفته شود. مقنن در پاره ای از مراجع شبه قضایی به اختصار مقرراتی برای شیوه دادرسی پیش بینی نموده است به عنوان نمونه در قانون دیوان محاسبات کشور (مواد ۱۲ به بعد)، قانون مالیات های مستقیم (مواد ۲۴۴ به بعد) و... به طور مختصر به پاره ای از آیین رسیدگی در

عملکرد این مراجع یافت شده می تواند سنگ بنای مقررات دادرسی مشترک تلقی شود. به این معنا که وجوه اشتراک این مراجع شناسایی و آنگاه آیین دادرسی منطبق با آن و به صورت مشترک در تمامی مراجع شبه قضاوتی به رشته وضع درآید. البته باید توجه داشت که بنا به اصل سرعت در رسیدگی در این دسته از مراجع، دادرسی در آن از تشریفات و پیچیدگی کمتری برخوردار است (شریعتی، ۱۳۸۴: ۴۹).

یکی از ویژگی های اصلی مراجع شبه قضایی این است که یک طرف آن دولت بوده و از قدرت حاکمیت برخوردار است (شریعتی، ۱۳۸۴: ۵۱). حال دادرسی منصفانه ایجاب می دارد که از این قدرت کاسته و اندکی تعدیل شود به گونه ای که برابری سلاح ها بر آن دادرسی حکم فرما گردد. در حقوق داخلی مقنن از این موضوع غافل نبوده و اتفاقاً در بند ۱ ماده ۱۴ میثاق مربوط به حقوق مدنی و سیاسی بدان اشاره داشته است. ممکن است این طور استنباط شود که این ماده در دادرسی های کیفری و حقوقی جریان دارد لکن باید دانست که این ماده در مقام اصول کلی دادرسی است و صرفاً به واسطه شیاعی که دادرسی های حقوقی و کیفری دارند با این لسان نگارش شده است و در واقع از دادرسی های حقوقی و کیفری می بایست الغا خصوصیت نمود. نتیجه اینکه دادرسی اداری نیز از این قاعده مستثنی بوده و بی تردید در پرتو این ضابطه جهان شمول قرار خواهد گرفت. دادخواهی، پیش بینی حقوق دفاعی و رعایت اصل برابری بین اصحاب دعوا، توجه و تدقیق در ادله ابرازی آنچنان دارای اهمیت است که نقص در هر یک از این اصول بنیادین، دادرسی را از حالت منصفانه خارج می سازد گویی عدم وجود این چارچوب ها، رخنه به حقوق بنیادین اشخاص است. حمایت قضایی موثر بدون وجود آیین دادرسی عادلانه نمی تواند طرفین دادرسی و همچنین مقام رسیدگی کننده را به مقصد مناسبی رهنمون سازد. بر همین اساس حق برخورداری از دادرسی عادلانه و اتخاذ تصمیم قضایی و یا اداری

منزله ی حکمرانی مبتنی بر عدل و داد خواهد بود. اتفاقاً دقت در میان اصول دادرسی نشان می دهد که نویسندگان تلاش کشورها برای ایجاد بستری مناسب برای همکاری میان طرفین و دادرسی در حل و فصل اختلافات می باشد (غمامی، محسنی، ۱۳۹۶: ۱۹). بخش اعظمی از برداشت شکلی حاکمیت قانون مربوط به شاخصه های حق دادخواهی است. به تعبیر ژوزف راز (Jozeph Raz)، دسترسی آسان به دادگاه ها و صلاحیت کنترل و بازنگری اجرای قوانین در کنار رعایت اصول عدالت طبیعی در هنگام اجرای قوانین، از جمله، از جمله شرایط حداقلی حاکمیت قانون است (کاظمی، رستمی، ۱۳۹۵: ۱۷۸). و اتفاقاً وجود نظارت قضایی بر حق دادخواهی، می تواند آثار مثبتی به بار آورد. مهم ترین ثمره شناسایی حق دادخواهی در امر اداری این است که برای حاکمیت این امکان را فراهم می آورد که بر نقایص و نقاط ضعف عملکرد خود آگاهی و شناخت یابد (394، Gallian, 1996). آنگاه در پی برطرف نمودن آن باشد و اتفاقاً این اصل با همین مبنا در حقوق انگلستان پیش بینی شده است. باید دانست که چنانچه در ساختار نظام حقوقی صرفاً یک دیدگاه یا تز فکری واحدی وجود داشته و هیچگونه دیدگاه معترض یا آنتی تزی به رسمیت شناخته نشود یا دست کم امکان بقا نیابد آن نظام حقوقی هیچگونه پیشرفتی و تحولی نخواهد داشت و قابلیت سنتز و خلق اندیشه ی نو از آن نهاد حاکمیتی سلب خواهد شد و آن را به بن بست می کشاند. در واقع اندیشه توأم با تقابل و اعتراض مسالمت آمیز در امر اداری موجب ترقی نظام حقوقی خواهد شد. شناسایی حق دادخواهی و اعتراض نسبت به تصمیمات نهادی اداری و به رسمیت شناختن ساز و کار آن موجب می شود تا بستر سنتز و رشد ایدئولوژی جدید در هر نظام حاکمیتی فراهم گردد. النهایه بهترین نتایج بعد از استدلال ورزی های گوناگون و مشورت و شورخواهی است که به دست می آید. البته باید اذعان داشت که در حقوق ما رفته رفته بر تعداد مراجع شبه قضایی افزوده شده (خسروی، ۱۳۹۲: ۱) که از یاد مراجع شبه قضایی را می تواند از نگاه

این مراجع اشاره شده لکن این مقدار کفایت نمی کند و هیچگاه حقوق آیینی اصحاب دعوا را تضمین نمی کند به ویژه اینکه یک طرف دعوا اداره بوده و از قدرت حاکمیت برخوردار است اینجا است که دو مفهوم «دادرسی در اداره» یا «دادرسی بر اداره» (استوار سنگری، ۱۳۹۹: ۱۵۳) به چشم می آید.

مفهوم دادرسی در اداره فرضی است که در آن یکی از مقامات اداره عهده دار دادرسی است همچون رییس اداره ثبت در آیین نامه اجرای اسناد رسمی لازم الاجرا. مفهوم دادرسی بر اداره نیز فرضی است که در آن یک طرف دادرسی اداره باشد. در هر دو فرض بیم سوءاستفاده مقامات حاکمیتی وجود دارد. پس منطقی است که هم دادرسی در اداره و هم دادرسی بر اداره را تابع آیین و شکل و سیاق خاص و مدونی دانسته و مقامات رسیدگی کننده را مکلف به رعایت آن بدانیم.

در تدوین آیین دادرسی مراجع شبه قضایی باید اصول حاکم بر مراجع اداری رعایت گردد عمده این اصول عبارتند از اصل حاکمیت قانونی، منع تشریفات، تسریع در فرایند دادرسی در امر اداری، نفی تبعیض، شفافیت تصمیمات و... می باشند. اهداف و غایت تشکیل مراجع شبه قضایی نیز می بایست مود توجه مقنن باشد این اهداف عبارتند از صلاحیت اختصاصی، محدوده ی رسیدگی، استقلال از اداره، وجود ترافع، تنوع از حیث اعضای آن، تحقق منافع عمومی و... می باشند. بنابراین پیشنهاد می گردد مقنن برای حمایت از حقوق بنیادین، هرچه زودتر نسبت به وضع آیین دادرسی مراجع شبه قضایی اقدام به عمل آورد.

## ۳،۲ تاملی در چارچوب آیین دادخواهی اداری در حقوق انگلیس

پذیرش وجود حقی به نام دادخواهی و شناسایی ساختار حاکم بر آن در حوزه دعاوی اداری از بدیهیات بوده و به گونه ای که در حقوق عرفی (کامن لا) به عنوان یکی از ارکان عدالت رویه ای قلمداد می شود (فلاح زاده، ۱۳۹۲: ۹۲) و وجود چنین حقی به



یا دادخواهی در نظر گرفت و پیش از استماع دادخواهی یا اعطای فرصت دادخواهی، تصمیمی اداری که حقوق اشخاص را دست خوش چالش نماید به ورطه ی اجرا درنیايد. و پیش از نظر گرفتن حق شنیدن شدن دادخواهی وی در موضوع مربوطه، تصمیم مزبور در حق ایشان اثر بخش نباشد. در پرونده دیگر نیز شخصی که از دانشگاه کمبریج لندن اخراج شده بود به کار اعاده شد تا دست کم به اعتراض وی توجه شود. (R. V. Chancellor of the University of Cambridge (st) (1723)). وجه اشتراکی که در تمامی مثالها یافت می گردد این است که خلق ضابطه ای ای تحت عنوان شناسایی حق دادخواهی، ابزاری برای شنیدن و استماع دفاع و توجیهاات شخصی است که بنا داریم نسبت به ایشان اثری را بار کنیم. غایت از ایجاد مراجع اداری در واقع استماع دادخواهی این اشخاص در قلمرو مقررات دادرسی اداری است. از طرفی با توجه به تمایزی که بین دادگاه های قضایی و دادگاه های اداری وجود دارد مجال پرداختن به این دسته از دعاوی در دادگاه های قضایی نیست.

حال سوال اینجاست که در صورت عدم رعایت حق دادخواهی در امر اداری و ضمنا پیش بینی حق اعتراض، برای تصمیم نهاد اداری چه ضمانت اجرایی وجود خواهد داشت؟ بی تردید عدم رعایت چارچوب و ساختار آیینی مقررات پارلمان انگلیس، می تواند موجب بی اعتباری تصمیم اداری شود(هداوند، ۱۳۸۹: ۵۷۳). البته در حقوق انگلستان می بایست بین الزامات امری (مهم) و الزامات ارشادی (غیرمهم) قابل به تفکیک شد (cane, 1996, 2) امر مهم و غیرمهم نیز از سوی مقنن تعیین شده و پیامد نقض آن نیز اعلام می گردد. قواعد آیینی ارشادی قواعدی هستند که عبارت قانون، نشان دهنده ی بی اهمیت بودن آن قاعده باشد یا در صورت نقض آن قاعده، هیچ لطمه ی قابل ملاحظه ای به افرادی که از قاعده ی مزبور متمتع می شوند وارد نمی شود(هداوند، ۱۳۸۹: ۷۶۷). ولی باید دانست که اصل بر امری و مهم بودن اطلاع از مفاد تصمیم اداری و لزوم پرداخت به آیین آن می باشد. به هر حال باید

حقوقی به منزله ازدیاد تضاد منافع بین دولت و شهروندان پنداشت.

در حقوق کامن لا حق دادخواهی ریشه و قدمتی دیرینه دارد. این حق ابتدا در امر مدنی به رسمیت شناخته شد و اصولی چون رسیدگی عادلانه به دعوا، متناسب بودن، رسیدگی به جزئیات دعوا، تفسیر عادلانه قواعد و... در زمره چارچوب های دادرسی شناخته می شوند(نهرینی، ۱۳۸۹: ۱۰). به هر روی در وضعیت کنونی گرایش به ارجاع برخی از موارد به بدنه های غیرقضایی همچون نمایندگی های اداری، دادگاه اختصاصی، داوری اجباری یا داوری دولتی رشد داشته است (کاپتلی و گارث، ۱۳۹۸: ۱۶۵) ولی هم از حیث محدوده و هم از حیث شکل مقید به الزام های قانون اساسی است (محسنی، ۱۴۰۰: ۲۱۹). چرا که همواره بیم سوء استفاده دولت از اختیارات اجرایی وجود داشت. کاپتلی و گارث تأکید دارند که در این میان «نوعی کوشش برای یافتن تعادل درست میان این دو هدف به ظاهر سازش ناپذیر به وقوع پیوست که موسوم است به «حق شهروندان به برخورداری از استماع تظلم خواهی در دادگا ها» و «کارکرد سریع و کارآمد بدنه های اداری» که اگر هر تصمیمی از آنان از سوی دادگا ها به چالش کشید شود، تحقق وظیفه آنان را دشوار یا غیر ممکن میکند» (کاپتلی و گارث، ۱۳۹۸: ۱۷۹). در واقع سخن این است که هم حق شهروندان در مراجعه به دادگستری تضمین شود و هم هر رایی از این بدنه ها، به آسانی به چالش کشیده نشود(محسنی، ۱۴۰۰: ۲۲۰). حال با توجه به اینکه حقوق کامن لا حقوق مبتنی بر رویه قضایی است برای شناخت آن می بایست گریزی به رویه قضایی این دسته از کشورها زد. در واقع مصادیق شناسایی این حق را در رویه محاکماتی آن جست. مصادیقی از قدمت آن در پاره ای گزارش ها یافت می شود به عنوان نمونه می توان به مقوله ی شخصی که بدون اخطار و هشدار قبلی اخراج شد اشاره کرد (smith, 1995, 7) در این پرونده اعتقاد بر این بوده که در رابطه با هر تصمیم اداری می بایست برای شخص حق اعتراض



بنابراین عدم وجود حقوق آیینی در مراجع شبه قضایی جریان تثبیت حق ماهوی را با چالش مواجهه می‌سازد. از طرفی در اهمیت شناسایی آن در مقررات آیینی مربوط به مراجع شبه قضایی باید گفت که چون در این دسته از مراجع در مراجع، یک طرف دادرسی شخص حقوقی حقوق عمومی است در نتیجه همواره بیم سوءاستفاده از قدرت از سوی اداره وجود دارد. نتیجه اینکه پیش بینی مقررات آیین دادرسی می‌تواند قوام بخش حقوق بنیادین بوده و ضمناً از این قدرت بکاهد و صفت عادلانه و منصفانه به دادرسی ببخشد. به ویژه اینکه آیین دادرسی مبین شیوه و سیاق دادرسی بوده که پیش بینی آن از استبداد و خودکامگی جلوگیری می‌نماید که این مطلب یکی از اهداف مصادیق حقوق بنیادین است. حال با توجه به شباهت‌هایی که در ساختار عمده مراجع شبه قضایی وجود دارد بهتر است مقنن برآن شود تا هرچه زودتر مقررات آن دادرسی مشترک برای همه ی مراجع شبه قضایی وضع نماید. چرا که قرابت‌های بین جمیع مراجع شبه قضایی به گونه‌ای که وجود مقررات دادرسی عمومی برای این مراجع با اصول حاکم بر حقوق آیینی منطبق است. در حقوق انگلستان نیز حق دادخواهی و حق استماع دعوای اداری به رسمیت شناخته شده و در حقوق عرفی (رویه قضایی) این کشور نیز نمونه‌های فراوانی از به رسمیت شناختن این ضابطه به چشم می‌خورد.

دانست که این قواعد منعطف بوده و نمی‌توان ادعا کرد که در تمامی شرایط به شکلی خاص اعمال می‌شود. اندیشه رفتار منصفانه، کاهش اشتباهات، حفظ حقوق احتمالی و رعایت حق اعتراض، توجه به آنتی‌تز و مهیا نمودن بستری برای سنتز فکری اهدافی است که حاکمیت با ایجاد آیین دادرسی اداری و به رسمیت شناختن حق اعتراض به تصمیمات مراجع اداری به دنبال آن می‌باشد.

تحولات حقوق اداری نیز نشان می‌دهد که نگاه حقوق عرفی (کامن لا) نسبت به استماع در حوزه‌های مختلف حقوق اداری رویکردی توسعه‌گرایانه بوده است به نحوی که با خلق مفهوم جدیدی به نام «انتظارات مشروع» و اضافه شدن آن به مفاهیم «حق» و «امتیاز» و شناسایی قاعده‌ی «الزام به منصفانه عمل کردن» و توسعه‌ی آن به همه انواع حوزه‌های اداری و اجرایی در جهت منصفانه شدن، حرکت کرده است و نیل به این هدف والا جز با پیش بینی آیین دادرسی متصور نیست.

## ۴ نتیجه‌گیری

حق دادخواهی در زمره حقوق بنیادین بوده و ضرورت دارد که در مقررات آیینی مورد حمایت مقنن قرار گیرد یکی از راهکارهای به رسمیت شناختن آن، پیش بینی مقررات دادرسی برای جمیع مراجع اداری است. چرا حقوق شکلی ابزاری برای حقوق ماهوی است و

## منابع

- Abasi Lahiji, B. (2010). Fundamentals of fundamental rights. Tehran, Javadane Jangal Publishing House, p. 55. [In persian].
- Emami, M. & Mosavi, N. (2004). Theoretical foundations of quasi-judicial authorities and their position in Iranian law., Social Sciences and Humanities Quarterly of Shiraz University, Volume 21, Number 2, Law Special Issue, p. 96. [In persian]
- Ostovar Sangari, K. (2021). What is administrative proceedings in Iran - proceedings in the administration or proceedings against the administration. Quarterly Journal of New Researches in Administrative Law, second year, fourth issue, p. 153 [In persian]
- Hashemi, M. (2006). Human rights and fundamental freedoms. Tehran, Mizan Publications, p.12. In persian].
- Hodavand, M. & AqayiToq, M. (2011). Special Administrative Courts. Khorsandi Publishing House, p. 67 [In persian].
- Hodavand, M. (2011). Comparative administrative law. samat Publications, first edition. [In persian].
- Katouzian, N. (2018), Introduction to the science of law, Tehran, Publishing Company. [In persian].
- Jaafari Langroudi, J. (1991), Legal Terminology, Chapter 5, GanjDanesh Publications, p. 5. [In persian].
- Khalatbari, A. (1966). The necessity of judicial supervision over the decisions of commissions and boards and administrative courts. KanunVakalet publication, No.100. [In persian]
- Davodi, H. (2019). Characteristics of formal rules. Private Law Studies Quarterly, Volume 48, Number 2, Summer, p. 213. [In persian]
- Domichel, A. & Valalumibar, D. (1997). Public Law, (translated from English to Persian by A.Ghazi) Dadgostar Publication.
- Rostami, V. & Khosravi, A. (2013). Feasibility of drafting the administrative procedure law. Judicial Law Perspectives Quarterly, No. 65, p. 93. [In persian]
- Shabani, Y. (2017). What are quasi-judicial authorities in the opinions of the general board of the Administrative Court of Justice. Quarterly Journal of Public Law Inquiries, No.3. [In persian].
- Tabatabai Motmani, M. (2015). Administrative Law, 12th edition, Tehran: Samit Publications, p. 452. [In persian].
- Tajarlo, R. & Taqavi, Z. & poshtedar, H. (2014). The role and function of the commission to deal with disputes arising from national lands from the perspective of the principles of fair proceedings. Public Law Research Quarterly, 17th year, number 49, p. 160. [In persian]



- Falahzade, M. (2013). Developments of the right to be heard in the administrative law of England and Iran. *Public Law Research Quarterly*, No. 41. [In persian]
- Gorgi, A. (2005). The basis and concept of fundamental rights. *Basic Rights Journal*, No. 2, p. 14. [In persian]
- Majdzade, Gh. (2005). Fair trial concept and mechanism. master's thesis in criminal law and criminology, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, p. 145. [In persian]
- Mirmohammadi, P. (2007). Fair trial in the European Court of Human Rights. Master's thesis of International Law, Faculty of Law and Political Sciences, AllamehTabatabai University, p.100.[In persian].
- Molayi, Y. (2018). Theoretical foundations of the application of fundamental rights in contract law. *Comparative Law Studies Quarterly*, p. 427. [In persian].
- Yavari, A. (2008). The right to a fair trial and new procedure. *Basic Rights Journal*, 2nd year, 2nd issue, p. 252.[In persian].
- Yasrebi, A.&Arian, M. (2022). The intervention of the government in private contracts based on the theory of the impact of fundamental rights on contract rights, *Islamic Law Quarterly*, 18th year, No. 68, p. 263. [In persian].
- Zaret, A & Zaret, M.(2021), independence of administrative proceedings, Simultaneous proceedings in the judicial and administrative authority *Scientific Quarterly of Modern Administrative Law Research*, Year 3 / Number 6. [In persian].
- Khosravi, A. (2013), Pathology of administrative authorities in Iran and the procedural records of the unit of comparative study with English law, doctoral dissertation of public law, University of Tehran, Qom campus. [In persian].
- Najabatkhah, M & Afshari,F &Mousavizadeh, S.(2016), Pathology of the Structure and Powers of Special Administrative Authorities in Iranian Administrative Law, *Judicial Law Perspectives Quarterly* No. 77 and 78, Pages 199 to 224. [In persian].
- The right of citizens to sue and its echo in the constitution Dr. Faridun Nahrini special letter on the pretext of the anniversary of the issuance of the Charter of Citizens' Rights The right of citizens to sue and its echo in the constitution. [In persian].
- Mohseni, H, (2022). the right to sue according to the Disciplinary Council of the Organization of Engineering and Building Control System, *Legal Studies Quarterly*. [In persian].
- Jafari Langroodi, J. (1991). *Legal terminology*. Chapter 5, GanjDanesh Publications, p. 5. [In persian].

- Dumichele, A.& Vellalomieber, D. (1997) Public Law. (Translated from English to Persian by A.Qazi).Tehran:PublishingDadgostar.
- Shidfar, Z. (1966). public and administrative law, Volume II, Tehran: Tehran University Press, p. 304. [In persian].
- Tabatabae Motameni, M. (1995) Administrative rights. second edition, Semt Publications, p. 452. [In persian].
- Ghamami, M & Mohseni, H. (2016), Transnational Civil Procedure Code, 4th Edition Publishing Company. [In persian].
- Shariati, M. (2022), Review of tax proceedings in Iran's legal system based on the principles of fair proceedings, Majd Publications, Vol. 1. [In persian].
- Galligan, D, J, (1996), Due Process and Fair Procedure, A study of administrative procedures, Clarendon press, oxford
- Cane, peter, (1996), An Introduction to Administrative Law,Clarendon press.
- De smith, S. A, (1995), Judicial Review of Administrative Action.
- Cappelli, M & Brian J. Garth (2018) Civil Procedure (Introduction-Policies, Trends and Thoughts in Civil Procedure), Volume One of Volume 13 of the International Encyclopedia of Comparative Law, translated and researched by Dr. Hassan Mohseni, Tehran: Company Stock issue.
- RT Hon Maurice Kay and Stuart Sime and Derek French, (2015). Blackstone's Civil Practice, Oxford, P 5.

Original Article

# The status of Iran's legal system in the use of stem cell technology with a comparative study in French law

Hossein Khanlari Bahnamiri<sup>1</sup>, Mohammad Hossein Taghipour Darzi Naghibi<sup>\*2</sup>, Maryam Mohammadpour<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, Damghan University, Damghan, Iran

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

<sup>3</sup> BSc of Law, Department of Private Law, Faculty of Islamic Studies and Law, Imam sadiq University, Tehran, Iran



20.1001.1.24237566.1403.8.2.4.7



10.22080/lps.2023.25159.1486

**Received:**

March 10, 2023

**Accepted:**

August 28, 2023

**Available online:**

July 27, 2024

**Keywords:**

Embryonic stem cells, adult stem cells, umbilical cord blood, human fetus, French law.

## Abstract

The use of stem cell technology has been a new method to help solve the problems caused by diseases and physical insufficiency and ease the matter of organ transplantation and the repair of damaged tissues. These types of cells are sometimes obtained from the bone marrow of an adult, sometimes from the umbilical cord, and sometimes from the human fetus. Although the benefits of using this technology are very important, because the subject of its study, which is a living human being, his organs or a human fetus, in many cases with ethical considerations such as respect for human dignity and the issue of abortion and Also, there are legal and jurisprudential considerations, including the observance of the rights of the human fetus as a complete human being and the legitimacy of using embryonic stem cells, however, the current legal system does not pay much attention to this issue and this issue has led to the fact that it is only possible to use different theories to determine Legitimacy or illegitimacy of using this technology. This research, using the library and documentation method, aims to explain the nature and application of stem cells and specify the goals and importance of its use and application, taking into account the challenges in the process of obtaining this type of cell until its use, and considering the situation To compare the legal use of stem cell technology in Iran and France. Based on the comparison between the two countries of Iran and France in the use of stem cell technology, it can be said that both Iran and France believe in the necessity of using this technology in medical science, but ethical considerations are the most important factor determining the scope of the use of stem cell technology.

**\*Corresponding Author:** Mohammad Hossein Taghipour Darzi Naghibi

**Address:** Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran **Email:** [mh.taghipour@umz.ac.ir](mailto:mh.taghipour@umz.ac.ir)



## Extended Abstract

### 1. Introduction

Stem cells are cells that have the ability to reproduce and maintain their population, as well as to differentiate and transform into different cells. Since the replacement of lost and damaged cells is not done naturally, the use of stem cells in the replacement of these types of cells is one of the important advantages of using this technology in the treatment of various diseases. Human stem cells are one of the important medical sources for the treatment of various diseases, and it is one of the most challenging areas in terms of observing ethical considerations such as preserving the dignity of human life and not using the fetus as instruments, as well as observing legal considerations such as patent issues or observing the rights of the human fetus. The scope of these challenges is in accordance with the legal approaches of the countries, focusing on how to achieve the substantive conditions on the one hand and ethical considerations, especially in the field of embryonic stem cells, on the other. Based on this, as an example regarding the challenges of patenting, although these cells can be considered patentable subjects provided that the substantive criteria are met, based on some considerations of public order and good ethics, as well as the issue of whether stem cell technology is within the scope of patents and designs. Industrially placed to be subject to registration laws or not, these types of cells may not be exploitable as inventions. In addition, in parallel with the use of stem cell technology, many legal, jurisprudential and ethical issues arise, such as the exploitation of women, intentional abortion, turning embryos into commodities and stem cell trade, violating

human dignity, threats caused by biological factors, etc. It turns out that solving them requires the formulation of laws and legal mechanisms compatible with the religious and cultural beliefs of the people of the country. Adopting an appropriate legal approach to supporting stem cell research has a significant effect on attracting capital and producing innovation in this field, and it will remove many challenges and obstacles to the use of these types of cells.

### 2. Method

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

### 3. Results

On the one hand, stem cells can only be obtained from humans, and every human has the right to donate their embryos or sex cells if it is allowed to harvest stem cells from embryos. On the other hand, saving human lives is an obvious moral act, so this moral act should not be limited and difficult with other moral restrictions. Therefore, according to the contradictions that exist in the laws of different countries regarding the use of stem cell technology, the current research has investigated the status of Iran's legal system in the use of stem cell technology with a comparative study of French laws. Due to the fact that, until now and in previous studies in this field, the legal systems of Iran and France regarding the use of stem cells have not been compared,

### 4. Conclusion

Iran was one of the first countries to achieve the technology of using stem cells. But there are no written laws in this regard. The use of stem cell technologies in Iran has supporters and opponents. Ethical issues are the most important

reasons for opposing the use of stem cell technologies in Iran. Discussions such as the dignity of human life, embryo manipulation, and human ownership of one's own body are among the ethical reasons that make the use of this technology subject to certain conditions in Iran. In general, it can be said that Iran and France are among the countries that have paid special attention to ethical issues in the field of stem cell use and have allowed their use under certain conditions. However, the method of extracting stem cells in order to carry out research on fetal or adult human cells, their storage, maintenance and how to use them are subject to the opinion of jurists in addition to the law. The numerous opinions of the opponents and supporters of the use of stem cells in Iran have prevented the creation of codified laws and uniform guidelines, while in France, only the Director General of the French Biomedical Administration supervises the restrictions. Based on the comparison of the two countries, it can be said that both

Iran and France believe in the necessity of using this technology in medical science, but ethical considerations are one of the factors that determine the scope of the use of stem cell technology, and specific legislation in this field can be used to a large extent. This technology is a breakthrough.

### **Funding**

There is no financial support for this research.

### **Authors' contribution**

The authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All 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

# وضعیت نظام حقوقی ایران در استفاده از فناوری سلول‌های بنیادین با مطالعه تطبیقی در حقوق کشور فرانسه

حسین خانلری بهنمیری<sup>۱</sup>، محمدحسین تقی پور درزی نقیبی<sup>۲\*</sup>، مریم محمدپور<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه دامغان، دامغان، ایران

<sup>۲</sup> استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران

<sup>۳</sup> کارشناس حقوق، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه السلام، تهران، ایران



20.1001.1.24237566.1403.8.2.4.7



10.22080/lps.2023.25159.1486

## چکیده

استفاده از فناوری سلول‌های بنیادین روشی نوین جهت بکارگیری برای کمک به حل مشکلات ناشی از بیماری‌ها و نارسایی‌های جسمانی و سهولت در امر پیوند اعضا و ترمیم بافت‌های آسیب دیده بوده است. این نوع سلول‌ها گاه از مغز استخوان فرد بالغ، گاه از بند ناف و در مواردی از طریق جنین انسان به دست می‌آیند. گرچه فواید بهره‌گیری از این فناوری بسیار مهم و حائز اهمیت است، از آن جهت که موضوع مورد مطالعه‌ی آن که انسان زنده، اعضای او و یا جنین انسانی می‌باشد در بسیاری از موارد با ملاحظات اخلاقی مانند رعایت شأن و کرامت انسان و مسئله سقط جنین و همچنین ملاحظات حقوقی و فقهی از جمله رعایت حقوق جنین انسان بعنوان یک انسان کامل و مشروعیت استفاده از سلول‌های بنیادی جنینی روبرو می‌باشد، با این حال نظام حقوقی فعلی چندان به این موضوع نپرداخته و این مسئله موجب شده تا صرفاً بتوان از نظریات مختلف در جهت تعیین مشروعیت یا عدم مشروعیت بکارگیری این فناوری استفاده کرد. این پژوهش با استفاده از روش کتابخانه‌ای و اسنادی، بر آن است تا با تبیین ماهیت و کاربرد سلول‌های بنیادین و مشخص نمودن اهداف و اهمیت استفاده و بکارگیری آن، چالش‌های موجود در فرآیند اخذ این نوع سلول تا استفاده از آن را در نظر گرفته و وضعیت حقوقی استفاده از فناوری سلول‌های بنیادین را در دو کشور ایران و فرانسه مورد مقایسه قرار دهد. بر اساس مقایسه دو کشور ایران و کشور فرانسه در استفاده از فناوری سلول‌های بنیادین می‌توان گفت هر دو کشور ایران و فرانسه به ضرورت استفاده از این فناوری در علم پزشکی معتقدند، لکن ملاحظات اخلاقی مهم‌ترین عامل تعیین‌کننده محدوده استفاده از فناوری سلول‌های بنیادی است.

### تاریخ دریافت:

۱۹ اسفند ۱۴۰۱

### تاریخ پذیرش:

۰۶ شهریور ۱۴۰۲

### تاریخ انتشار:

۰۶ مرداد ۱۴۰۳

### کلیدواژه‌ها:

سلول‌های بنیادی جنینی، سلول‌های بنیادی بالغ، خون بند ناف، جنین انسانی، حقوق فرانسه

\* نویسنده مسئول: محمدحسین تقی پور درزی نقیبی

ایمیل: [mh.taghipour@umz.ac.ir](mailto:mh.taghipour@umz.ac.ir)

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

دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران

## ۱ مقدمه

آنها به تدوین قوانین و سازوکارهای حقوقی سازگار با باورهای دینی و فرهنگی مردم کشور نیازمند است (پور ابراهیم و همکاران، ۱۳۹۷: ۳۷).

اتخاذ رویکرد مناسب حقوقی در حمایت از تحقیقات سلول‌های بنیادی تأثیر قابل توجه بر جلب سرمایه و تولید نوآوری در این حوزه دارد و موجب می‌شود بسیاری از چالش‌ها و موانع جهت بکارگیری این نوع سلول‌ها از میان برداشته شود. از جمله تعیین حدود و ثغور بهره‌برداری از جنین انسانی و حل مشکلات ناشی از آن و رعایت حقوق صاحبان سلول و جنین انسان موجب سهولت در بهره‌گیری از این فناوری پر سود است. خلأ‌های قانونی موجود و روند کند تعیین محدوده و ساختار مشخص جهت بکارگیری این فناوری در مقایسه با سرعت پیشرفت تحقیقات علمی در این زمینه و مزایای قابل توجه آن موجب شکاف قانونی می‌شود که به دلیل ملاحظات اخلاقی مانند رعایت کرامت و حق حیات انسان مضراتی جبران‌ناپذیر در پی دارد، لذا کشور ایران نیز مانند سایر کشورهای پیشرفته نیازمند تدوین قوانین اختصاصی در این حوزه است (نژادسروری، ۱۳۹۰: ۱۶۳). از آنجا که عدم وجود قوانین و مقررات خاص و خلاء حقوقی در این حیطه به معنای ممنوعیت استفاده از جنین انسان و سلول‌های بنیادی جنینی نمی‌باشد و همچنین استفاده درمانی و تحقیقاتی از سلول‌های بنیادی جنینی تنها در کشورهایی ممنوعیت دارد که قانون یا مقررات مشخص تصویب شده‌ای در خصوص ممنوعیت استفاده از جنین در این زمینه داشته باشند لذا اهمیت قانون گذاری در این حوزه از این منظر نیز آشکار می‌شود. از یک سو سلول‌های بنیادی صرفاً از انسان قابل تأمین است و هر انسانی حق دارد چنانچه نفس برداشت سلول‌های بنیادی از جنین مجاز دانسته شود، جنین یا سلول‌های جنسی خود را برای تأمین آن اهدا کند. از سوی دیگر نجات جان انسان‌ها عمل اخلاقی بدیهی است لذا نباید این عمل اخلاقی را با قیود اخلاقی دیگر محدود و مشکل نمود (پور ابراهیم، ۱۴۰۰: ۷۶). لذا باتوجه به تضادهایی

سلول‌های بنیادی به سلول‌هایی گفته می‌شود که دارای دو قابلیت تکثیر و حفظ جمعیت خود و همچنین تمایز و تبدیل به سلول‌های مختلف را داشته باشد. از آنجا که جایگزینی سلول‌های از دست رفته و آسیب دیده به صورت طبیعی انجام نمی‌شود استفاده از سلول‌های بنیادی در جایگزینی این نوع سلول‌ها با توجه به دو ویژگی مذکور از مزایای مهم استفاده از این فناوری در درمان انواع بیماری‌ها است (Galvez\_Martin and Ruiz, 2017: 2). سلول‌های بنیادی انسانی یکی از منابع مهم پزشکی جهت درمان بیماری‌های مختلف بوده و از حوزه‌های پرچالش از جهت رعایت ملاحظات اخلاقی مانند حفظ کرامت حیات انسان و عدم ابزار انگاری جنین و همچنین رعایت ملاحظات حقوقی مانند مسائل حوزه ثبت اختراع و یا رعایت حقوق جنین انسان می‌باشد. دامنه این چالش‌ها متناسب با رویکردهای حقوقی کشورها معطوف به نحوه احراز شرایط ماهوی از یکسو و ملاحظات اخلاقی به خصوص در زمینه سلول‌های بنیادی جنینی، از سوی دیگر می‌باشد. بر این اساس، بعنوان نمونه در مورد چالش‌های ثبت اختراع اگرچه این سلول‌ها به شرط احراز معیارهای ماهوی می‌توانند موضوعات قابل ثبتی محسوب شوند، لیکن به استناد برخی ملاحظات نظم عمومی و اخلاق حسنه و همچنین این مسئله که آیا فناوری سلول‌های بنیادین در حیطه اختراعات و طرح‌های صنعتی قرار می‌گیرد تا به تبع آن مشمول قوانین ثبتی شود یا خیر، ممکن است این نوع سلول‌ها به عنوان اختراع، قابل بهره‌برداری نباشند (غلامی باغ طاوسی و همکاران، ۱۳۹۹: ۱۹۹ و پور ابراهیم و همکاران، ۱۳۹۹: ۵۹). علاوه بر آن به موازات بهره‌گیری از فناوری سلول‌های بنیادی مسائل حقوقی، فقهی و اخلاقی بسیاری مانند به استثمار کشیده شدن زنان، سقط عمدی جنین، تبدیل رویان به کالا و تجارت سلول‌های بنیادی، زیر پا نهادن کرامت انسانی، تهدیدات ناشی از عوامل بیولوژیک و غیره به وجود می‌آید که رفع



شده به بافت باشد و از این حیث این نوع سلول‌ها را منحصر به فرد سازد (کرمانیان، ۱۳۹۶: ۲۳۵).

طبق تعاریف ارائه شده بطور کلی می‌توان گفت که سلول‌های بنیادین دارای دو ویژگی متمایز کننده نسبت به سایر سلول‌ها هستند که شامل امکان تجدید خود توسط تقسیم سلولی و به علاوه قابلیت تبدیل به انواع دیگر سلول‌ها می‌باشد (S.Daar, 63, 2003). به همین جهت از آنها با عنوان سلول مادر یاد شده و استفاده از فناوری آن برای درمان، انقلاب و دستاورد بزرگی در حوزه سلامت به شمار می‌آید.

سلول‌های بنیادی برحسب قابلیت تبدیل به انواع دیگر سلول و تمایزپذیری آن‌ها به سه دسته تقسیم می‌شوند: نخست سلول‌هایی که قابلیت تبدیل به تمامی انواع بافت‌ها را دارند و می‌توانند به طور کامل ترکیب یک موجود زنده را تشکیل دهند<sup>۳</sup>. دوم سلول‌هایی که می‌توانند غالب بافت‌های بدن را تشکیل داده و به آن‌ها تبدیل شوند<sup>۴</sup>. دسته سوم نیز سلول‌هایی هستند که قابلیت بسیار محدودتری جهت تمایز به سایر بافت‌ها نسبت به دو مورد اخیر دارند<sup>۵</sup>. سلول‌های بنیادین جنینی<sup>۶</sup> و جوانه‌های جنینی<sup>۷</sup> مشمول دسته نخست با قابلیت تمایزپذیری نامحدود هستند و سلول‌های بنیادین بالغ نیز ذیل دسته دوم قرار می‌گیرند (L.Enmon, 2002: 622).

سلول‌های بنیادی براساس منشأ به دست آمده نیز به دو گروه منقسم می‌شوند: سلول‌های جنینی (سلول‌های بنیادی اولیه) و سلول‌های بالغ (مزانشیمی). سلول‌های جنینی مشتق شده از توده سلولی داخلی جنین ۱۶-۱۴ روزه می‌باشند و همانطور که گفته شد قابلیت تولید یک فرد کامل را دارند که البته این فرآیند با روش همسان‌سازی<sup>۸</sup> متفاوت است؛ زیرا همسان‌سازی کاشت جنین به وجود آمده

که در حقوق کشورهای مختلف در مورد استفاده از فناوری سلول‌های بنیادین وجود دارد پژوهش حاضر به بررسی وضعیت نظام حقوقی ایران در استفاده از فناوری سلول‌های بنیادین با مطالعه تطبیقی در حقوق کشور فرانسه پرداخته است. با توجه به اینکه تاکنون و در مطالعات پیشین موجود در این زمینه، وضعیت نظام حقوقی کشور ایران با کشور فرانسه در خصوص استفاده از سلول‌های بنیادی مورد قیاس قرار نگرفته است، پژوهش حاضر باهدف رفع خلاء مطالعاتی موجود در این زمینه انجام پذیرفت.

## ۲ تعریف سلول‌های بنیادین و انواع آن‌ها

در تعریف لغوی می‌توان سلول را موجود زنده‌ای دانست که حساس و متحرک بوده و عنصر اصلی ساختار بدن موجودات زنده می‌باشد و واژه بنیادین نیز به معنای پایه، اساس و شالوده می‌باشد (عمید، ۱۳۶۰: ۱۲۲۳ و ۳۸۱) همچنین ترکیب سلول بنیادین<sup>۱</sup> به عنوان نوع خاصی از سلول در بدن، که قابلیت تکثیر جهت تبدیل به انواع دیگری از سلول‌ها را دارد تعریف شده است (Longman dictionary, 1394: 1726).

در اصطلاح پزشکی نیز تعاریف متعددی با تأکید بر اوصاف واحدی از سلول‌های بنیادین ارائه شده است. مانند آن که سلول‌های بنیادی مزانشیمی<sup>۲</sup> نوعی از سلول‌های پرتوان هستند که قابلیت تکثیر بالایی دارند و می‌توانند به انواع مختلفی از سلول‌ها، اعم از استخوان، غضروف، ماهیچه، تاندون، چربی و نرون تبدیل شوند. استفاده از سلول‌های بنیادین که قابلیت تمایز به نرون‌ها و به همین ترتیب سایر سلول‌ها را با همان ویژگی‌های مورد نیاز دارند، می‌تواند بهترین راه حل جهت ترمیم آسیب‌های وارد

<sup>۵</sup> multipotent

<sup>۶</sup> ESC=Embryonic Stem Cells

<sup>۷</sup> EG=Embryonic Germs

<sup>۸</sup> cloning

<sup>۱</sup> stem cell

<sup>۲</sup> mesenchymal

<sup>۳</sup> totipotent

<sup>۴</sup> pluripotent

می‌بایست آن‌ها را از منبعی مورد اطمینان تحت عنوان بانک‌هایی که رشته‌های سلولی را با رعایت کیفیت و پارامترهای اخلاقی تهیه و نگهداری می‌کنند تهیه نمود، تا تأثیر مورد انتظار و امنیت آنها تضمین شود (Hug, 2009: 18).

### ۳ کاربرد و مزایای بهره‌گیری از فناوری سلول‌های بنیادین

استفاده از فناوری سلول‌های بنیادین می‌تواند در مطالعه فرآیند پیری و درمان بیماری‌های وابسته به کهولت سن مانند بیماری‌های خود ایمن، دیابت، نارسایی‌های قلبی و عروقی و بیماری‌های وابسته به سیستم عصبی هم‌چون آلزایمر و پارکینسون مفید واقع شود؛ بدین صورت که کشت سلول جهت ترمیم بافت‌های آسیب دیده در آزمایشگاه انجام شده و وارد بدن بیمار می‌شود (نوری دلویی، ۱۳۸۴: ۷۱). به علاوه پیش بینی می‌شود که در آینده تأثیر به‌سزایی در درمان بسیاری از بیماری‌ها و نقص عضوهای مادرزادی، اعم از برخی سرطان‌ها، دیابت، نارسایی کلیه و کبد داشته باشند و در افق توسعه این علم، امکان تولید و ترمیم بافت و بازسازی اعضای بدن با استفاده از سلول‌های بنیادی درمهندسی بافت و طب بازساختی کاملاً نمایان است (Mardhiyyah, 2020: 692).

کاربرد دیگر این فناوری در حوزه کشف دارو و مطالعات سم‌شناسی نیز حائز اهمیت است. به این ترتیب که امکان آزمون داروهای مختلف را روی انواع سلول‌ها و نیز بررسی اثرات ناشی از آن را فراهم می‌کند و موجب غربالگری داروها در مقیاس گسترده‌تر می‌شود (منصوری، ۱۳۹۷: ۱۸۵). همچنین ایجاد پاکت‌های خون، درمان ضایعات نخاعی، رشد دندان‌ها، درمان آرتروز از دیگر کاربردهای استفاده از این فناوری می‌باشد. استفاده از سلول‌های بنیادی جنینی نیز با قابلیت تمایز و تکثیر نامحدود برای

در شرایط آزمایشگاهی در رحم می‌باشد و با بحث فناوری سلول‌های بنیادی تفاوت دارد (علیشاهی قلعه جوقی، ۱۳۹۹: ۱۰۶). سلول‌های بنیادین بالغ نیز پس از تولد فرد از مغز استخوان، خون بندناف و... مشتق می‌شوند (طباطبائی، ۱۳۹۷: ۷۹ و ۸۰) و کاربرد آنها بقا و تعمیر بافتی است که در آن وجود دارند و از این حیث از آن با عنوان سلول‌های بافتی نیز یاد می‌شود که برحسب بافتی که در آن وجود دارند منحصراً به همان نوع سلول‌ها تبدیل می‌شوند (نوری دلویی، ۱۳۸۴: ۶۷).

سلول‌های دیگری نیز وجود دارند که سلول‌های خون ساز بوده و در واقع سلول‌های خونی نابالغ هستند که درهسته نرم استخوان قرار دارند که می‌توانند بصورت بی‌نهایت تکثیر شده و سلول‌های بنیادی مازاد را ایجاد کنند و یا اینکه به سلول‌های بالغی تبدیل شوند که در چرخه حیات انسان مؤثر است مانند سلول‌های خونی (Reidler, 2012: 410).

باتوجه به آنچه بیان شد و با عنایت به تفاوت سلول‌های جنینی و بالغ از حیث قابلیت تکثیر و تمایزپذیری آن‌ها، به نظر می‌رسد استفاده از سلول‌های بنیادین جنینی به دلیل عدم محدودیت درگستره‌ی تبدیل و تکثیر، بیش از سلول‌های بالغ مورد توجه قرار می‌گیرند و همین امر موجب می‌شود تا چالش‌ها و معضلات اخلاقی در حوزه‌های اجتماعی، فقهی و حقوقی، به دلیل استفاده از جنین انسان به عنوان موجود زنده بروز و ظهور پیدا کند.

لازم به ذکر است که سلول‌های بنیادین جنینی که موضوع اصلی این پژوهش می‌باشد، از جنین‌هایی برداشت می‌شوند که از طریق لقاح مصنوعی<sup>۱</sup> و با اطلاع اهداکنندگان اسپرم و تخمک به دست آمده و سنی بین ۴ یا ۵ روز دارند و هرگز از جنینی که از بدن مادر گرفته شده است استخراج نمی‌شوند (قاسمی، ۱۳۹۹: ۳۹). البته برای آن که بتوان از توانایی بالقوه این سلول‌ها جهت انجام تحقیقات و مقاصد درمانی کمال استفاده را نمود،

<sup>۱</sup> IVF



مؤثر است. در این خصوص، الگوپذیری و بررسی قوانین جامع و رویه قضایی کشورهای توسعه یافته و صاحب نظام حقوقی مدون و سازمان یافته می‌تواند در تهیه پیش نویس قانون مورد نیاز کشور مؤثر واقع گردد تا بدین ترتیب ضمن بومی سازی مؤلفه‌های مربوطه و متناسب با ارزش‌های فرهنگی و اخلاقی کشور، به بیان چالش‌های موجود و راه‌های برون رفت از آن پرداخته شود (پورا بر ابراهیم، ۱۴۰۰: ۹۴ و محمودیان و همکاران، ۱۳۹۴: ۶۹).

همچنین می‌بایست اذعان کرد که پیشرفت علمی کنونی در حیطه استفاده از جنین انسان و برداشت و بررسی سلول‌های بنیادی، سؤالات اخلاقی و حقوقی مختلفی را با توجه به پیامدهای احتمالی بکارگیری این روش، برای تنظیم مجدد مقررات قانونی مطرح می‌کند. شایان ذکر است که با توجه به تحولات فعلی، ارزیابی مجدد مقررات قانونی خاص برای جلوگیری از اثرات منفی احتمالی ناشی از عدم نظارت بر تحقیقات بر روی سلول‌های بنیادی جنین انسانی و استفاده از این روش ضروری باشد (Hengstschlager & Margit, 2021:2) و وظیفه حقوق و رابطه این فناوری با حقوق آن است که در زمینه این تکنولوژی به تنظیم قانون و قواعد مشخص پردازد. حقوق در محدوده این تکنولوژی وارد شده و آن را به همان سمتی می‌برد که مورد حمایت آن و مشروع است. تکنولوژی در یک سو جهت ارتقاء هرچه بیشتر دانش و دستاوردها در حرکت است و قانون نیز از سوی دیگر به وسیله قواعد حقوقی آن را محدود می‌کند تا مقاصد مناسبی برای جهت دادن به تکنولوژی مربوط تعیین کند (Lavi, 2004: 3).

با توجه به پیشرفت علم پزشکی در جهان، امروزه درمان‌های زیستی افق تازه‌ای در زمینه سلول درمانی و استفاده از سلول‌های بنیادی به خصوص سلول‌های بنیادی رویانی که کارایی بیشتری دارد، ایجاد نموده است. به موازات استفاده از این سلول‌ها چالش‌های اخلاقی و حقوقی بسیاری ایجاد شده است، از جمله عدم درک مفاهیم موجود در برنامه

استفاده جهت رشد و نمو بافت‌ها ضروری هستند (اصغرزاده، ۱۳۹۳: ۴۴ و ۴۵).

از جمله کاربردهای مهم این فناوری در پیوند اعضا می‌باشد که مخصوصاً از سلول‌های بنیادی خونی که از مغز استخوان بدست می‌آید (بالغ) استفاده می‌شود. قابلیت ایجاد هر عضوی از بدن با استفاده از این فناوری موجب شده تا به مشکل افراد نیازمند عضو و خلأ موجود در این زمینه تا حدی پاسخ داده شود. مزیت استفاده از این فناوری آن است که نه تنها شخص دیگری جهت اهدای عضو متحمل مشقت نمی‌شود، بلکه پیوند عضوی که از سلول‌های خود شخص نیازمند عضو به وجود آمده است (مانند دو قلوهای همسان) احتمال پس‌زدگی عضو پیوندی توسط بدن بیمار را بسیار کاهش می‌دهد (Mardhiyyah, 2020: 692).

## ۴ وضعیت نظام حقوقی ایران در استفاده از فناوری سلول‌های بنیادین

در ذیل پس از ذکر تعریف سلول‌های بنیادین و انواع آن و تبیین کاربرد و مزایای بهره‌گیری از فناوری سلول‌های بنیادین، چالش‌های موجود در نظام حقوقی ایران بر وضعیت حقوقی بکارگیری فناوری سلول‌های بنیادین مورد تدقیق و تحلیل قرار می‌گیرد.

### ۴/۱ چالش‌ها و ملاحظات اخلاقی و حقوقی موجود در نظام حقوقی ایران در بکارگیری فناوری سلول‌های بنیادین

فناوری نوین سلول‌های بنیادی از جمله پیشرفته‌ترین فناوریهای کنونی جهان است که چالش‌های فراوانی را فراروی سیاست‌گذاران قرار داده است. به رغم تلاش‌های زیادی که در چارچوب سازوکارهای رسمی و غیررسمی صورت گرفته متأسفانه قوانین در این حوزه نیز نیازمند طرح جدی و وضع ضمانت اجرای

زیست‌فناوری. البته متأسفانه امروزه استفاده تجاری از سلول‌های بنیادی مزانشیمال مستخرج از بافت چربی، پالپ دندان، مغز استخوان به منظور ترمیم مفصل، جوانسازی و... صورت می‌گیرد که نه تنها به هیچ وجه مورد تأیید نیست بلکه بحرانی به نام توریسم سلول بنیادی ایجاد کرده است. استفاده تجاری از این مداخلات تأیید نشده تعهدات حرفه‌ای پزشکان را به چالش می‌کشد چرا که پزشکان بر مبنای تعهد به صلاحیت حرفه‌ای، تعهد به دانش و شواهد علمی و تعهد به عدم تعارض منافع مالی و با تکیه بر رعایت حقوق بیماران مجاز به تبلیغات و استفاده تجاری به طور کلی استفاده درمانی از فرآورده‌های سلولی از مداخلات تأیید نشده نمی‌باشند (پوراابراهیم، ۱۳۹۹: ۱۶۸). مغایرت یا عدم مغایرت بکارگیری این مبدأ و منشأ حق حیات و حمایت حقوقی از شخصیت انسان و امکان یا عدم امکان تسری این وضعیت به نطفه حاصل از همانندسازی و توده سلولی چند روزه، رابطه انسان با اعضا و سلول‌های بدن خود و قابلیت نقل و انتقال آن بعنوان صاحب حق تصرف و انتفاع از دیگر چالش‌ها و نگرانی‌های اخلاقی و حقوقی در زمینه بکارگیری فناوری سلول‌های بنیادین می‌باشد. در ذیل نیز به مهم‌ترین چالش‌های موجود در این زمینه اشاره می‌گردد.

#### ۴٫۱٫۱ تعیین ولایت بر جنین حاصل از فناوری سلول‌های بنیادین

همانطور که پیشتر بیان شد با توجه به ویژگی‌های سلول‌های بنیادین این دسته از سلول‌ها می‌توانند قابلیت تبدیل به یک انسان کامل را نیز داشته باشند. بدین ترتیب که جهت بر طرف نمودن مشکل نازایی تولید جنین با استفاده از سلول‌های بنیادی به دست آمده از پوست یا مغز استخوان زوج و زوجه و قرار دادن آن در رحم زوجه انجام می‌شود. از جمله روش‌های تشکیل یک انسان کامل از طریق سلول‌های بنیادی آن است که، هر مرد یا زنی می‌تواند فرزندی تولید کند، در حالی که تنها والد ژنتیکی آنها باشد، این شیوه حسب مورد شامل به

های سلول‌های بنیادی، عدم درک پیامدهای اخلاقی، فرهنگی و اجتماعی و عدم درک خطرات ناشی از گردشگری سلول‌های بنیادی و سلول درمانی، به استثمار کشیده شدن زنان، سقط جنین عمدی، تبدیل رویان به کالا، زیر پا نهادن ارزش ذاتی و کرامت انسانی، تجارت اعضای بدن انسان و ... که این ناهنجاری‌های اخلاقی و حقوقی، می‌تواند چهره جامعه را مخدوش نموده و باعث تضییع حقوق شهروندان گردد. لذا مراکز و نهادهای ذی ربط برای قانونی بودن فعالیت شان در این زمینه باید پاسخ گوی این چالش‌ها باشند (گلدوزیان و همکاران، ۱۳۹۶: ۱). مهمترین مشکل اخلاقی مطرح شده در استفاده از این سلول‌ها مربوط به منشأ سلول است، بدلیل تخریب رویان سلول‌های بنیادی جنین مسائل اخلاقی آن چالش برانگیزتر از سلول‌های بنیادی بزرگسالان است. دیگر مسائل مربوط به این سلول‌ها را می‌توان تولید رویان صرفاً با هدف درمانی، استفاده ابزاری از انسان و عدم احترام به رویان انسان، باروری در جهت سقط جنین، تجاری شدن تولید رویان، کلونینگ و... نام برد (میرزاپایی پور و استادی، ۱۳۹۱: ۱).

تولید و استفاده درمانی و پژوهشی از سلول‌های بنیادی با مسائل اخلاقی متعددی چون باروری و سقط جنین عمدی جهت تولید سلول‌های بنیادی، استفاده ابزاری از انسان و پایمال شدن شأن و احترام رویان انسان، سودجویی‌های مالی احتمالی، ودیعه بودن جسم انسان، معضلات اخلاقی مرتبط با همانندسازی به عنوان روشی جهت تولید سلول بنیادی، استثمار زنان جهت دریافت تخمک بیشتر، درمان‌های بی مورد و اضافی با سلول بنیادی جهت سودجویی‌های تجاری و پایمال شدن حقوق بیماران تحت تبلیغات واهی مرتبط با درمان با سلول بنیادی همراه است (ژادسروری و همکاران، ۱۳۹۰: ۱۵، Williams, Liu and Johnson, 2010:11). چالش‌های پیش روی تجاری‌سازی نیز عبارتند از فقدان نظام حمایت، فقدان مراکز تجاری‌سازی و فقدان بازارهای واقعی و مجازی عرضه و تقاضای



پدر یا مادر می‌دانند (فلاحی‌فر و مولوی، ۱۳۹۴: ۴). گروهی نیز برآنند که طفل منتسب به پدر و نیز مادر است، مگر آنکه سلول منشأ صرفاً از مادر باشد، که در این صورت برقراری نسب تنها نسبت به مادر محقق خواهد بود (اسلامی، ۱۳۸۴: ۱۰۲). برخی نیز معتقدند که ولایت این طفل بر عهده حاکم است و طفل پدر و مادری ندارد؛ زیرا تنها سلول جنسی را موجب صدق ابوت می‌دانند و معتقدند سایر سلول‌ها مانند سلول‌های بنیادین سبب این امر نخواهد بود. به علاوه آنکه طفل متشکله از این روش را ولد شرعی تلقی نمی‌کنند (علیشاهی قلعه جوقی، ۱۳۹۹: ۱۰۷). به نظر می‌رسد با توجه به اهمیت فراوان این موضوع و فرصت‌های پیش رو و مزیت‌های موجود در استفاده از این فناوری و با عنایت به آن که این فناوری پیامدی نوظهور می‌باشد که همچنان خلأهای قانونی فراوانی در نحوه بکارگیری آن به چشم می‌خورد، قانون‌گذار می‌بایست در جهت تبیین رویکردی واحد از میان جهت‌گیری‌های متفاوت نسبت به این فناوری با ارائه راه حلی مناسب نسبت به چالش‌های حاصل از بکارگیری این فناوری برآید. با این وجود با توجه به مقررات فعلی حقوق ایران، در خصوص بررسی انتساب جنین حاصل از سلول‌های بنیادین و مشروعیت آن می‌توان از قانون اهدای جنین به زوجین نابارور و رویکردی که قانونگذار نسبت به شیوهی اهدای جنین به طور محرمانه به زوجین دارد وحدت ملاک گرفت. با این توضیح که انتساب جنین به اشخاص صاحب اسپرم و تخمک امری قطعی است و به همین جهت در حقوق ایران حقوق و تکالیفی از جمله حضانت، نفقه وارث میان والدین و فرزند به رسمیت شناخته شده است. لکن در جریان اهدای جنین نکته قابل توجه آن است که این گونه جنین‌های اهدایی معمولاً به صورت جنین‌های نگهداری شده در بانک‌های جنین، و به شیوه محرمانه منتقل می‌شوند (ماده ۳ آیین نامه اجرایی

دست آوردن تخمک و اسپرم از یک کلون<sup>۱</sup> جنینی از «والد» است. چنین رویه‌ای متأسفانه در مرز بین شبیه‌سازی تولید مثلی و درمانی معلق است. با این حال، هر کودکی که در نتیجه چنین تکنیک‌هایی متولد شود از نظر ژنتیکی با مردی که از سلول‌های بنیادی او گرفته شده است، یکسان نخواهد بود. این امر به این دلیل است که وقتی سلول‌های زایا تشکیل می‌شوند، «اطلاعات ژنتیکی» تغییر می‌یابند، بنابراین در حالی که فرزندان احتمالاً شباهت خانوادگی به والد خود دارند، به معنای اخص شبیه‌سازی نمی‌شوند. به هر حال چنین فرزندانی تنها منتسب به والد خود خواهد بود. بدیهی است که چنین شیوهی نوینی برای ایجاد کودکان پرسش‌های اخلاقی را مطرح خواهد کرد. برای مثال؛ داگلاس جانسون از کمیته ملی حق حیات مستقر در ایالات متحده ابراز نگرانی کرده است که این فناوری می‌تواند به مزارع جنین انسان درمقیاس بزرگ منجر شود همچنین ممکن است بیم آن داشت که کودکان با آگاهی از این که در نتیجه استفاده از گامت‌های مصنوعی به دنیا آمده‌اند، از نظر روانی آسیب ببینند. شاید این سؤال نیز خالی از لطف نباشد: اگر گامت‌ها را بتوان مصنوعی نامید، آیا کودکانی که از این گامت‌ها متولد می‌شوند نیز به نوعی مصنوعی دیده میشوند؟ (Newson and Smajdor, 2003: 186)

در بحث شبیه‌سازی انسان نیز (مانند بحث حاضر که طفل متولد از سلولی غیر از سلول جنسی است)، در مورد نسب طفل حاصل، از حیث صدق عنوان ابوت و بنوت یا عدم آن، نظریات گوناگونی وجود دارد از جمله گروهی معتقدند چنین طفلی فاقد پدر است؛ زیرا نسب تنها با وجود سلول جنسی محقق خواهد شد که در اینجا طفل فاقد چنین منشأیی است (عامری و همکاران، ۱۵۱: ۱۳۹۵). گروهی دیگر چنین طفلی را بر این اساس که منشأ سلول از چه شخصی باشد، حسب مورد ملحق به

<sup>۱</sup> مجموعه سلول‌های مشابه که از یک سلول منفرد ایجاد شده‌اند

با توجه به اینکه طبق اصل اباحه و قاعده فقهی «کل شیء لک حلال حتی تعلم انه حرام بعینه فتنعه» حرمتی بر تشکیل جنین از طریق سلول‌های بنیادی طبق حکم اولی آن وجود ندارد، و تنها در صورت ایجاد مفسده با مانع روبرو خواهد بود (فرزانگان و همکاران، ۱۴۰۲: ۲۹۳)، از لحاظ حرمت یا عدم آن در تشکیل جنین از طریق این شیوه مانعی وجود ندارد. ضمن اینکه فقهاء و دانشمندان حقوق اسلامی تنها در یک مورد قائل به فقدان نسب هستند و آن زمانی است که طفل از طریق زنا به وجود آمده باشد (فلاحی فر و مولوی، ۱۳۹۴: ۳). به عبارت دیگر، فارغ از آن که شیوه تشکیل جنین مباح بوده یا از طریق حرام به وجود آمده باشد، منتسب به صاحب سلول است و تنها در یک مورد بحث فقدان نسب مطرح خواهد بود که موضوع ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی نیز می‌باشد. لذا طفل حاصل از سلول بنیادی نیز دارای نسب خواهد بود. به علاوه در خصوص نظر گروهی که نسب را تنها در صورت وجود سلول جنسی قابل تعیین می‌دانند باید بیان کرد که گرچه منشأ برداشت سلول مولد جنین غیر از سلول جنسی است، لکن آنچه از طریق تغییرات ایجاد شده به دست آمده است، همان سلول جنسی خواهد بود، لذا در بحث پیشرفت‌های پزشکی امکان دریافت اسپرم از سلول مغز استخوان زن به تنهایی وجود دارد (Patel, 2021: 11) و به نظر نمی‌رسد در عمل تفاوتی میان سلول‌های جنسی که از راه‌های گوناگون به دست می‌آید وجود داشته باشد، فارغ از آن که تشکیل جنین از این راه به صلاح کودک باشد یا نباشد. اتخاذ رویکرد واحد و روشنی در این خصوص توسط قانونگذار می‌تواند در خصوص ابهامات موجود در این زمینه راهگشا باشد.

## ۴٫۱٫۲ برداشت سلول‌های بنیادین و حدود استفاده از جنین انسان

نحوه استحصال سلول‌های بنیادی به منظور انجام تحقیقات از سلول‌های جنینی یا بالغ انسانی، ذخیره سازی، نگهداری و نحوه استفاده از آن‌ها از مهم‌ترین دغدغه‌های اخلاقی، قانونی و فقهی در ایران به شمار

قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور)، در نتیجه امکان دسترسی به صاحبان اسپرم و تخمک عملاً منتفی خواهد بود (سلطانیه، ۱۴۰۰: ۲۶۵) و با به رسمیت شناختن جنین شیوه‌ای ظاهراً قانونگذار فرزندان حاصل از این روش را محروم از یکسری حقوق دانسته که برخلاف حقوق اساسی هر شخص (اصل بیستم قانون اساسی) و اصول اخلاقی می‌باشد و با سکوت قانونگذار چنین برداشت می‌شود که حقوق و تکالیف ابوت و بنوت (به استثنای ارث که محل بحث نیست) میان گیرندگان جنین اهدایی و فرزند حاصل از این شیوه برقرار خواهد بود. قیاس اولییتی که در مقایسه اینگونه فرزندان با فرزند حاصل از سلول‌های بنیادین برقرار می‌شود آن است که، وقتی قانونگذار ایجاد و ادامه حیات جنین با نسب نامعلوم را به رسمیت می‌شناسد، به طریق اولی چنین حقوقی را نمی‌تواند از فرزند حاصل از سلول‌های بنیادین با منشأ سلول مشخص سلب نماید، اعم از آنکه جنین حاصل از این روش اهدا شود یا نه و اعم از آنکه از سلول‌های بنیادین یک شخص حاصل شود یا دوشخص. همانطور که پیشتر توضیح داده شد انتساب جنین نیز به یک والد ممکن است زیرا هیچ دلیل فقهی دال بر حرمت آن وجود ندارد و کودک حاصل از هسته سلول هر فرد متعلق به او خواهد بود (اسلامی، ۱۳۸۴: ۱۰۲) فارغ از اینکه تک والد بودن به صلاح کودک است یا خیر، نظرات موافق و مخالفی در خصوص مسئله امکان انتساب کودک حاصل از سلول‌های بنیادی به صاحب سلول وجود دارد. مخالفان که قائل به عدم امکان انتساب کودک حاصل از سلول‌های بنیادی به صاحب سلول هستند نیز دلایل متعددی ارائه می‌نمایند از جمله آن که در این روش سلول جنسی وجود ندارد، حال آنکه تنها سلول جنسی تعیین کننده نسب است (راسخ و همکاران، ۱۳۹۵: ۵۷)، به علاوه آن که انتساب طفل متشکله از این روش تنها به دلیل تشابه و بدون در نظر گرفتن ضوابط نسبی درست نیست (معینی فر، ۱۳۸۹: ۴).





بهانه خدمت به علم و پژوهش در زمینه پزشکی، به کارگیری مفید سلول‌های بنیادی آن در درمان بیماری توجیه نمی‌شود و از مصادیق سقط عمدی جنین و در تضاد با مصالح پذیرفته شده اخلاقی و عرفی و در نتیجه حرام شرعی است. در همین حال جنین لقاح یافته در خارج رحم از آنجا که کشت و نگهداری بسته‌های اضافی تلقیح شده در مراکز ناباروری تا تولد یک انسان که مساوی با تولید انبوه انسان بوده منجر به عسر و حرج جدی یا عرفاً غیر ممکن است هدر و نابودی آن جایز شمرده می‌شود؛ بنابراین استفاده مفید برای تحقیقات یا به کارگیری سلول‌های بنیادی موجود در معرض تلف جایز است (جاور و واعظ، ۱۳۹۷: ۳). برداشت سلول‌های بنیادی با استفاده از این روش و همچنین قابلیت تبدیل آن‌ها به انواع دیگر سلول نیز به مشکلات اخلاقی می‌افزاید، بدین صورت که مسائلی مانند خالص سازی (جداسازی و برداشت) سلول‌ها و عملکرد آن‌ها در جریان تشکیل انسانی مجزا از جمله مشکلاتی است که باید به آنها توجه داشت. تفاوت ژنتیکی بین جنین اولیه و گیرنده پیوند نیز مسأله رد پیوند را مطرح می‌کند که در پیوند اعضا نیز اتفاق می‌افتد و از جمله مسائل و مشکلات پیش رو در استفاده از این فناوری می‌باشد. هرچند در مسئله شبیه سازی درمانی، این شیوه می‌تواند راه حلی برای غلبه بر رد پیوند باشد، اما خود مشکلات و مسائل اخلاقی بسیاری نیز به همراه خواهد داشت (عمانی، ۱۳۹۱: ۱). از جمله مسائل حائز اهمیت از لحاظ اخلاقی آن است که، نمی‌توان هرگونه تصرفی در جنین انسان به عنوان موجود زنده انجام داد، حتی اگر مزایای فراوان پزشکی به همراه داشته باشد؛ مانند زمانی که در مواقع پیوند اعضا، اطمینان از مرگ قطعی فرد اهداکننده عضو، که حسب مورد بصورت مغزی یا جسمی می‌باشد ضروری است، بنابراین می‌بایست توجه داشت جنین از چه زمانی به عنوان یک انسان شناخته می‌شود که از آن پس هرگونه دخل و تصرف در آن ممنوع خواهد بود (مطهری پور، ۱۳۹۲: ۱۲۳). از سوی دیگر برخی عقیده دارند که صرف قابلیت بالقوه جنین در تبدیل شدن به انسان کامل موجب

می‌آید. در استحصال سلول‌های بنیادی از سلول‌های بالغ انسانی چالش‌هایی چون شبیه سازی انسانی، نقض شأن انسانی، دستکاری‌های ژنتیکی و احتمال تومور زایی مطرح است. تخریب جنین به منظور ایجاد سلول‌های جنینی به منظور انجام تحقیقات نیز موضوع بسیار مهمی تلقی می‌شود. به منظور جلوگیری از تخریب جنین می‌توان از جنین‌های اهدایی مازاد بر درمان ناباروری بهره جست. راهکارهای اخلاقی، قانونی و فقهی ارائه شده در خصوص استفاده از سلول‌های بالغ نیز شامل تعیین حق مالکیت سلول‌های بنیادی، ممنوعیت تجارت بدن انسان، نظارت بر زیست بانک‌ها و تشکیل کمیته نظارت بر تحقیقات سلول‌های بنیادیست. (Farajkhoda, 2017: 67)

البته در مواردی تولید سلول‌های بنیادی جنینی مستلزم از بین رفتن یک جنین در ۵ روزگی (بلاستوسیست) است که همین امر رویارویی با چالش‌های اخلاقی استفاده از جنین انسان را به دنبال دارد. حیات جنین انعقاد نطفه و انتهای آن لحظه قبل از ولادت طفل تعیین شده است (حاجیعلی، ۱۳۸۳: ۵۶). محقق در خصوص تلقیح دو سلول جنسی در محیط آزمایشگاهی می‌تواند جنینی را تولید کرده و آن را به مصرف پژوهش خود برساند؛ بی آنکه مرتکب حرامی شده باشد البته شکی نیست که استفاده از سلول جنسی بدون رضایت صاحب آن مخالف قاعده تسلط و ممنوع است؛ مگر آنکه از اسپرم‌های مجهول استفاده شود. طبق عقیده برخی فقهاء با استناد به آیات ۱۲، ۱۳ و ۱۴ سوره مؤمنون، می‌توان گفت که ظهور شخصیت انسانی از مرحله ولوج روح در جنین آغاز می‌شود و بر همین اساس فقهای مذاهب اسلامی سقط جنین را در این مرحله به مثابه قتل نفس دانسته‌اند و حتی می‌توان گفت در صورت وجود خطر جانی برای مادر، سقط جنین بعد از ولوج روح را به آسانی نپذیرفته‌اند؛ حتی اگر جنین به وجود آمده از طریق زنا باشد. بنابراین برداشت و استفاده از جنین سالمی که تهدیدی بر جان مادر نیست حتی به

محکمی درباره ارزشیابی ادامه حیات جنین در احکام اخلاق زیستی نوین منجر شده است. مسائل اخلاقی درباره سلول‌های بنیادین جنینی در پژوهش‌های زیست‌پزشکی و تمام شاخه‌های آن به دلیل ارزش جنین، در نظر گرفته نشده است (ساشادینا، ۱۳۸۶: ۵۵). البته نکته قابل توجه آن است که در فلسفه اسلامی همواره بحث از زمان حلول روح مطرح بوده است و در مقابل در مکتب فلسفی اشراق به محض انعقاد نطفه نفس انسانی نیز موجود می‌شود. البته از نظر تمامی فقهای امامیه نطفه از لحظه انعقاد حرمت دارد و عدم رغبت به تشکیل کامل آن بعنوان انسان یا عدم حلول روح در جنین، جواز تخریب آن نخواهد بود (علیزاده، ۱۳۹۷: ۳۱۸).

در هر حال، از این حیث، رویکردهای متفاوتی در استفاده از این فناوری وجود دارد. در دو سوی این طیف، همانند سایر ادیان و مذاهب در فقه اسلامی، گروهی به کارگیری این فناوری را به لحاظ تخریب نطفه و حیات بالقوه مغایر شأن و کرامت انسان دانسته و مخالف رواج و رونق این شیوه درمانی تحول‌برانگیز می‌باشند. آنها معتقدند اگر ادعا نماییم سلول نطفه فقط توده ای از سلول است و ارزش و منزلتی بیش از سایر سلولها ندارد در واقع مفهوم قابلیت تغییر را به درستی درک نمی‌کنیم. سلول نطفه و به تبع آن جنین نه تنها یک انسان است، بلکه به معنای کامل کلمه یک «شخص» است و باید از تمام حقوق انسانی و احترامی که یک «فرد» شایسته آن است برخوردار باشد (Javanmard and Farkhani and Golchini, 2016: 66). اما در سوی دیگر گروهی آن را گامی در جهت فهم عمیق تر سنتهای نهان هستی دانسته و با استناد به اصل اباحه وجواز، پذیرش آن را مطابق اصول و ادعای عدم جواز را نیازمند اقامه دلیل می‌دانند بدین شرح که طبق منابع نقلی و روایی تمام امور مؤمن به خودش واگذار شده است و غیر از چند مورد استثنائی مانند اذلال نفس، محدودیتی برای انسان در تصرف در امور خود از جمله نفس وجود ندارد (حسینی خواه وهمکاران، ۱۴۰۰: ۷۹) به علاوه طبق قاعده فقهی

نخواهد شد که آن را به عنوان انسان در نظر گرفته و وی را از حقوق یک انسان برخوردار بدانیم و برای آن قائل به کرامت شویم، خصوصاً زمانی که جنین در محیط آزمایشگاهی به وجود می‌آید که ممکن است در آینده دور ریخته شود و یا در رحم قرار گیرد، بنابراین به صرف یک احتمال و قابلیت بالقوه نمی‌توان آن‌ها را از شأن و کرامت یک انسان برخوردار دانست و می‌توان جهت مقاصد پزشکی از آن بهره جست، زیرا جنین در این حالت از جریان رشد خارج شده و ادامه آن قطعی نیست (تقوی و همکاران، ۱۳۹۵: ۵۱). از منظر حقوقی نیز در صورتی می‌توان جنین را از حقوق یک انسان بهره‌مند دانست که بتوان عنوان حمل مورد نظر در قانون مدنی و ادله شرعی را بر آن صادق دانست، لکن به دلیل عدم وجود ادله‌ای حاکی از آن و با مراجعه به عرف عام اطلاق عنوان حمل بر جنین منجمد و آزمایشگاهی صحیح نیست و یا به جهت عدم تبادر آن به ذهن عدم وضع لفظ توسط واضع را بر آن معنا نتیجه می‌گیریم. به عنوان نتیجه، موضوعی که حائز اهمیت است آن است که اگر قیود اخلاقی و حقوق افراد مانند جلب رضایت آگاهانه مشارکت کنندگان و رویه‌های مالی و تجاری با رعایت اصول اخلاقی، به همراه تعیین حقوق و تکالیف افراد در جریان بهره‌گیری یا در اختیار قرار دادن این نوع سلول‌ها مورد عنایت قرار گیرد، ذخیره سازی و استفاده از این سلول‌ها می‌تواند برای درمان بسیاری از بیماری‌ها مؤثر و مفید واقع شود.

### ۴٫۱٫۳ رعایت حق حیات و عدم ابزارانگاری جنین انسان

شأن معنوی ادامه حیات و قداست جنین در حال تکوین روشن نمی‌باشد و تعریف روشنی از جنین در فقه اسلامی وجود ندارد. از این رو جایگاه اخلاقی و حقوقی آن مشخص نشده است. با بررسی احکام رایج درباره مجازات درجه‌بندی شده برای سقط جنین عمدی، به نظر می‌رسد که تکامل شخصیت انسانی جنین در دوره نه ماهه بارداری خیلی دیر به انجام می‌رسد. این ابهام به نگرش‌های نه چندان



«الناس مسلطون علی اموالهم و انفسهم» که نشانگر سلطه انسان بر اموال و دارایی‌های خود است به طریق اولی حاکی از سلطه بر جان نیز می‌باشد؛ زیرا سلطنت بر جان مقدم بر سلطنت بر مال است، یعنی چون انسان بر بدن خود سلطنت دارد بر اموال خود نیز سلطنت خواهد داشت (مطلبی و همکاران، ۱۳۹۸: ۱۸۴). مراد از مال آن چیزی است که نافع باشد و قابلیت استفاده داشته و مملوک یا قابل تملک باشد. فرآورده‌های انسانی نیز در صورت وجود این اوصاف می‌توانند مال تلقی شوند. البته در مورد وصف نافع بودن کلیه حقوقدانان اتفاق نظر دارند لکن در خصوص قابل مبادله بودن و قابل تقویم بودن آن‌ها اختلاف نظر وجود دارد، لکن می‌توان چنین بیان کرد که قابلیت انتقال، شرط کمال اموال است لذا حتی در صورت عدم وجود چنین وصفی در فرآورده‌های انسانی آن‌ها را از زمره مال خارج نمی‌کند (فلاح ملامحمود و همکاران، ۱۳۹۹: ۵۳۴). همانطور که بیان شد اصل بر جواز است و موارد عدم جواز نیازمند تصریح می‌باشد. روشن شدن ارزش حیات و کرامت انسان چه در مرحله تخریب رویان و چه در مرحله تولد جنین، از این جهت حائز اهمیت است که می‌تواند به بسیاری از چالش‌های موجود در این زمینه خاتمه داده و فرصت‌های مناسبی برای حل مشکلات پزشکی ایجاد کند، در نتیجه مناسب است قانونگذار در این زمینه رویکرد واحدی جهت حل چالش‌های موجود ارائه نماید.

تعابیر بسیاری در لسان شارع و قانونگذار ایران دیده می‌شود که نشانگر وجود رابطه بین انسان و اعضای اوست، زیرا که در موارد بسیاری لفظ انسان و پیکر را بصورت ترکیب اضافی استفاده نموده و ترکیب اضافی مؤید وجود نوعی رابطه اضافی بین مضاف و مضاف الیه است (رجایی و همکاران، ۱۳۹۰: ۶۲).

طبق ملاحظات فقهی و دینی، انسان امانت‌دار بدن خود و اعضای آن است و مالکیت حقیقی منحصر به خداوند است. لکن این بدان معنا نیست

که انسان نمی‌تواند بر اعضای بدن خود تصرفی داشته باشد. در واقع برای انجام برخی تصرفات نیازی به وجود مقدمه مالکیت برای انسان وجود ندارد. امام خمینی معتقدند انسان بر نفسش سلطنت دارد اگرچه مالک حقیقی اعضاء بدنش نیست لکن همانگونه که انسان دارای حق سلطه نسبت به اموال خویش است و به تبع آن هرگونه تصرفی می‌تواند در آن داشته باشد، دارای حق تصرف بر بدن خویش نیز می‌باشد. البته این اختیار در تصرف مشروط بر آن است که از منظر عقلا منع عقلایی و از جانب شارع منع شرعی وجود نداشته باشد. بسیاری از تصرفات انسان در بدن خویش از جمله فروش خون یا کالبدشکافی‌ها که دارای نفع عقلایی می‌باشد به سبب تصرف و سلطه‌ای است که انسان بر نفس خود دارد، در نتیجه این سلطه و حق تصرف در اعضای بدن انکار ناپذیر بوده و امری عقلایی می‌باشد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۷: ۴۴).

رابطه انسان با اعضای بدن خویش، چه با تعبیر مالکیت ذاتی بکار رود و چه با تعبیر سلطنت و حق تصرف، حاکی از يك معناست و آن، سیطره و سلطه انسان بر اعضای خویش است. با توجه به اینکه بنا بر مالکیت اعتباری دانستن آن رابطه نیز، این معنا در آن وجود دارد و به عبارتی در این امر مشترک‌اند که انسان بر اعضای خود سلطنت دارد.

پیش از ورود به بحث بیع و خرید و فروش اعضا، باید به این نکته اشاره کنیم که گرفتن مال بدون معاوضه، دوصورت دارد؛ نخست اینکه، گاهی گرفتن مال، در برابر این است که صاحب عضو اجازه دهد عضو او برداشته شود. به عبارت دیگر، با دریافت وجهی، راضی شود که دیگری از عضو او استفاده کند؛ به گونه‌ای که عضو اهدا شده جزء بدن گیرنده شود. در این دریافت چنانچه قائل به سلطنت بر اعضاء باشیم، هیچ اشکال و منع شرعی وجود ندارد؛ زیرا وقتی استفاده‌کننده از عضو بداند استفاده او هزینه‌بردار است، به پرداخت آن راضی می‌شود و چون پرداخت این مال غرض عقلایی دارد و در برابر تسلط صاحب عضو بر عضو است، امر آن

باشد، و یا در خصوص سلول‌های موجود در بند ناف نسبت به شخصی که صاحب خون بند ناف شناخته می‌شود که می‌تواند طبق نظریات گوناگون پدر، مادر و یا خود جنین باشد. لکن در خصوص برداشت سلول از جنین انسان همانطور که پیشتر در مباحث قبل مطرح شد زوج و زوجه هرگز مالک جنین نیستند و به طریق اولی نمی‌توانند تصمیم گیرنده در خصوص برداشت سلول‌های وی تلقی شوند، لکن این امر که آیا جنین می‌تواند مالکیت نسبت به اعضای بدن خود داشته باشد که با زنده متولد شدن حق او نسبت به آن مستقر شود و یا آنکه طبق مطالب فوق‌الذکر مالکیت انسان با توجه به اراده خداوند و حدودی که برای انسان از لحاظ شرعی و قانونی تعیین می‌شود منتفی است و در بهره‌گیری از سلول‌های بنیادین صرفاً مصلحت اجتماعی و قواعدی نظیر عسر و حرج و لاضرر و احترام به حیات و کرامت انسان مطرح است، نیازمند تامل است. گرچه از لحاظ حقوقی در قانون ایران هر شخص حق دریافت خسارت در صورت آسیب رسیدن به تمامیت جسمانی خود را داشته و حتی در مواردی حفظ تمامیت جسمانی و دفاع از آن در حد ضرورت از موارد سقوط مجازات تلقی می‌شود، لکن این موارد متمایز از دخل و تصرف انسان در جسم خود مانند اموال او می‌باشد، همانگونه که قراردادی میان شخص و پزشک مبنی بر آسیب رساندن به شخص اثر حقوقی ندارد. از طرفی برداشت سلول‌های بنیادین دخل و تصرفی صرفاً مضر نیست تا با این قیاس بتوان بطور کلی آن را مردود و فاقد مشروعیت قانونی دانست، بلکه مزایا و سود قابل توجه و درعین حال مفید برای سلامت و حفظ جان افراد را در بر دارد که می‌تواند از لحاظ حقوقی قابل توجه باشد.

در ادامه به نظر می‌رسد باوجود خلأهای موجود در قانون ایران جهت تنویر اذهان بتوان به حقوق سایر کشورها در این زمینه اشاره نمود. شایان ذکر است که به جهت ارزش نهادن به حیات انسانی در حقوق آلمان تحقیقاتی که بر روی رشته‌های سلول بنیادی بدست آمده انجام می‌شود می‌بایست

به دست‌دهنده مال است. بنابراین، دادن و گرفتن مال بدین‌منظور، خوردن و خوردن مال به باطل نیست و مشمول آیه «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ...» (بقره: ۱۸۸) نمی‌شود؛ و بعد از تملیک و تملک، مال ملک گیرنده می‌شود. پس هیچ منع و اشکالی در این مطلب وجود ندارد (درگاهی، ۱۳۹۱: ۱۳۱).

به بیانی دیگر طبق آنچه پیشتر نیز به آن اشاره شد می‌توان چنین استدلال کرد که طبق قاعده «الناس مسلطون علی أموالهم و أنفسهم» انسان همانطور که بر اموال خود حق هرگونه تصرف را دارد، مگر در موارد خاص، نسبت به خود نیز چنین حقی را دارا است و زمانی که ردع شارع در این خصوص وجود نداشته باشد به معنای امضای شارع است (قاسمی، ۱۳۹۹: ۴۱). از طرفی دیگر همراه با پیشرفت‌های علمی، انسان اهمیت بدن و اعضای آن را به‌منظور استفاده در طرح‌های تحقیقی و عملیات‌های پزشکی دریافت؛ از این‌رو شناسایی رابطه انسان با بدن خویش تبدیل به یک مسأله مهم گردید؛ شناسایی حق تصرف برای انسان در بدن خویش به‌منظور جلوگیری از هدر رفت اعضای بدن، انگیزه عمده نظریه‌پردازان در حوزه مطالعات راجع به رابطه انسان با بدن خویش است؛ اما بحث راجع به مالکیت انسان نسبت به بدن خویش همیشه باچالش‌های اخلاقی، مذهبی و فرهنگی همراه بوده است؛ از این رهگذر نظریاتی مانند نظریه کار در حقوق غربی مطرح شده است؛ مطابق نظریه بدن برای بدن، استفاده از بدن انسان جزئی ضروری برای تحقیقات در حوزه سلامت است و این ضرورت امری کاملاً جدید است و نبود سابقه تاریخی حاکی از تصرف انسان در بدن خویش، نمی‌تواند نافی چنین حقی در زمان حاضر باشد؛ چراکه مبنای معرفت بشر نسل به نسل تغییر می‌کند؛ بنابراین عقل بی‌زمان وجود ندارد و آنچه دیروز ضرورتی نداشته است، می‌تواند امروز ضروری باشد (بادینی، ۱۴۰۰: ۴۸).

فایده بحث بیشتر درجایی نمایان است که منشأ برداشت سلول‌های بنیادین از مغز استخوان شخص

بوده است. این اعتراض از دو منظر قابل توجه است. شکل دورتر این اعتراض آن است که عده‌ای به طور کلی مخالف با انجام هر نوع تحقیقاتی بر روی جنین انسان به عنوان ابزار هستند. زیرا این نوع بهره‌برداری لزوماً با عدم رضایت جنین و بدون هیچ گونه نفعی برای او انجام می‌شود. حالت دیگر از اعتراض تنها ناظر به تولید جنین صرفاً به جهت انجام تحقیقات بر روی آن است که اخیراً با عنوان یکی از مراکز باروری پیشرو شناخته می‌شود. کسانی که قائل به تولید جنین جنین‌هایی هستند، برای جنین انسان ارزش ذاتی قائل نمی‌باشند، بلکه صرفاً ارزش ابزاری را برای آن‌ها در نظر می‌گیرند (Capron, 2001: 688 & 689) به نظر می‌رسد رویکرد اخیر نسبت به تولید جنین‌هایی که منحصراً برای استفاده ابزاری و انجام آزمایش ایجاد می‌شوند، به هیچ عنوان در حقوق ایران قابل پذیرش نباشد، چرا که همان گونه که پیشتر بیان شد در حقوق ایران حتی نطفه نیز می‌تواند دارای حقوقی باشد که گرچه متزلزل است و منوط به زنده متولد شدن وی می‌باشد، لکن صراحتاً نشان دهنده ارزشی است که قانون‌گذار به وی می‌دهد و آن را به عنوان شخصی حقیقی که می‌تواند بصورت بالقوه اهلیت تمتع نیز داشته باشد، از موجودی بی جان که قابلیت استفاده ابزاری دارد متمایز می‌نماید.

مباحث نظری بسیاری در این رابطه مطرح است که موافقان و نیز مخالفان دلایلی را طرح می‌کنند. برخی از مخالفان معتقدند که جنین‌ها در هر مرحله ای که باشند، قابلیت دریافت سلول‌های بنیادی را دارند و به صرف امکان ادامه حیات، هیچ گونه حق انسانی نباید برای آن‌ها قائل شد (Nathan, 2008: 5). جهت بهتر روشن شدن موضوع و آشنایی با نظرات و رویکردهای گوناگون در این زمینه به حقوق کشورهای دیگر نیز باید اشاره نمود.

در رابطه با این مسئله که آیا جنین‌های منجمد انسان هستند و یا مایملک می‌باشند و می‌توان هرگونه تصرفی در آن‌ها انجام داد، در دولت فدرال دو ایالت فلوریدا و لوئیزیانا مقرراتی وجود دارد. قانون

دارای معیارهایی مهمتر از سایر تحقیقات و پژوهش‌ها باشد. ابتدا آنکه در این تحقیق باید اولویتها سنجیده شود، و تنها در صورتی که اولویت درمانی و پژوهشی قابل توجه باشد می‌توان به آن مبادرت ورزید. بدین صورت که محققین در چارچوب مشخصی می‌بایست تضمین نمایند که دستاوردهای حائز اهمیتی در این زمینه کسب خواهند کرد یا موجب گسترش علمی مربوط به درمان، پیشگیری و ارتقای روند درمان بیماران خواهند شد. در ثانی شخصی که مبادرت به انجام این نوع تحقیقات می‌نماید می‌بایست ابتدا انواع حیوانی را آزموده باشد و در صورت عدم حصول نتیجه دلخواه از منابع انسانی استفاده کند. ثالثاً نتیجه مورد نظر از تحقیق و پژوهش می‌بایست صرفاً از طریق سلول‌های بنیادی ممکن باشد و نه از هیچ راه دیگری. در واقع برای آنکه چنین تحقیقات بنیادینی طبق حقوق آلمان در شمار پژوهش‌های مطابق با اخلاق و حفظ کرامت انسانی باشد می‌بایست این ویژگی‌ها را دارا باشد تا از حیث قانونی مشروع تلقی شود (Sperling, 2008: 368).

در خصوص ابزار انگاری جنین نیز همان طور که می‌دانیم از لحظه انعقاد نطفه، حقوق متزلزلی برای حمل ایجاد می‌شود (مانند ارث) که با زنده متولد شدن وی استقرار پیدا می‌کند (ماده ۹۵۷ قانون مدنی). همین امر نشان دهنده تفاوت جنین و یا حتی توده سلولی با شیء است که قانون نیز آن را به رسمیت می‌شناسد. در همین راستا می‌توان اشاره نمود که اهلیتی که برای یک شخص در نظر گرفته می‌شود، دارای مراحل است که مرحله ابتدایی آن دوران جنینی می‌باشد و از آن با عنوان اهلیت تمتع ناقص یاد می‌شود که حاکی از آن است که حتی نطفه نیز با شیء و یا سایر اعضای بدن زن (به لحاظ قابلیت حیات مستقل) متفاوت است (صفائی، ۱۳۹۳: ۲۰۰).

در قوانین فدرال در ایالات متحده آمریکا نیز دومین اعتراضی که در خصوص استفاده از فناوری سلول‌های بنیادین و انجام تحقیقات در این زمینه به عمل آمد، استفاده از جنین به عنوان ابزار تجارت

قوانین موجود در فلوریدا زوجین بتوانند طی سند توافقی جنین را اهدا کرده و به نوعی برای استفاده پزشکی آنرا به دیگری منتقل نمایند. درواقع درحقوق ایران با انعقاد نطفه، جنین دارای حقوقی است که رعایت آن دارای ضمانت اجرا نیز می‌باشد. مانند آنکه در صورتی که جنین در اثر ضربه سقط شود، قانونگذار برای وی حیات تقدیری را مفروض دانسته و در نتیجه وراثت حق مطالبه خسارات مادی و معنوی را خواهند داشت و یا در صورت ادامه حیات وی پس از ورود ضربه، امکان مطالبه خسارت ضرر وارده توسط نماینده قانونی وی وجود دارد (مقدادی و جوادپور، ۱۳۹۲: ۱۳۵). در نتیجه حمل در حقوق ایران به هیچ عنوان مایملک والدین خود نبوده و دارای کرامت انسانی و حیاتی محترم است. درخصوص مقایسه اهمیت حیات جنین و اهمیت نجات جان بسیاری از افراد که استفاده از سلول‌های بنیادین راه حلی برای حل مسائل پزشکی آنها می‌باشد نیز چالش‌هایی قابل طرح است. از جمله آن که باتوجه به قواعد فقهی که در نظام حقوقی ایران کاربرد دارند مانند قواعد لاضرر و عسر و حرج پیش آمده از حیث محدودیت‌های استفاده در این فناوری، بتوان راه حلی برای بکارگیری جنین در نظر گرفت. شایان ذکر است که در ماده واحد مصوب سال ۱۳۸۴ در زمینه سقط درمانی قانونگذار سقط جنین‌های دارای شرایط خاص را پیش از ولوج روح (۴ ماهگی) تجویز نموده است. در این ماده واحده عبارت «حرج مادر» صراحتاً بیان شده که حاکی از بهره‌گیری از این قاعده فقهی می‌باشد. در نتیجه می‌توان گفت امکان استفاده از سلول‌های بنیادین جنین‌هایی که اقدام به سقط آنها می‌شود وجود داشته و علاوه برآن ممکن است بتوان با استفاده از این قاعده فقهی راه‌های جدید و هموارتری را در راستای بهره‌گیری از این فناوری مهم و پرمفعت ایجاد نمود.

#### ۴/۱/۴ قابلیت ثبت اختراع سلول‌های بنیادین

براساس ماده ۲ قانون ثبت اختراعات مصوب ۱۳۸۶ یکی از شرایط ماهوی ثبت اختراع این است که جدید باشد. بند ۵ ماده ۴ این قانون جدید بودن را

ایالت فلوریدا قائل است که زوجین می‌توانند قراردادی مبنی بر اهدای جنین در صورت مرگ، طلاق و اتفاقات غیرقابل پیش بینی را امضا کنند و در این صورت امکان استفاده از جنین وجود خواهد داشت. ایالت لوئیزیانا نیز زوجینی که جنین را اهدا می‌کنند، پدر و مادر می‌شناسد، لکن حق مالکیت برای هیچیک از آنها نسبت به جنین قائل نیست. طبق این قوانین، جنینی که قابلیت دوام دارد، شخصیت قانونی (حقوقی) دارد و اگر والدین به کاشت جنین اقدام نکنند، جنین قابلیت کاشت بصورت انتخابی را دارد و محدودیتی در این حوزه نیست. جنین حتی قابلیت آن را دارد تا طرح دعوی کند و یا خواننده دعوی باشد و قائل شدن همین حقوق و شخصیت برای جنین مانع از آن است تا بتوان از آن برای تحقیقات پزشکی استفاده نمود (L. Enmon, 2002: 638). همانگونه که بیان شد نظام‌های حقوقی گوناگون رویکردهای متفاوتی نسبت به حدود و ثغور استفاده از جنین دارند، که عواملی چند از جمله سن و مدت وجود جنین و امکان ادامه حیات آن، رابطه و حقوق و تکالیفی که آن نظام حقوقی برای جنین و والدین او پیش از تولد و پس از آن بایکدیگر در نظر می‌گیرد، میزان کرامت انسانی و محترم شمردن حیات جنین که آن نظام برای جنین به رسمیت می‌شناسد، و بعلاوه اهمیت مسائل پیش رو و مشکلاتی که با استفاده از جنین قابل حل خواهد بود، در آن مؤثر می‌باشند. در حقوق ایران با توجه به این نکته که در مواردی که حقوقی بصورت متزلزل برای جنین پیش از تولد در نظر گرفته می‌شود، صرفاً زمان انعقاد نطفه و سپس زنده متولد شدن جنین ملاک است، در نتیجه تفاوتی میان سنین مختلف جنین وجود ندارد و شرط امکان ادامه حیات برای او موضوعیت ندارد. مانند آنچه در ماده ۸۵۱ قانون مدنی در خصوص امکان موصی له قرار گرفتن جنین در وصیت تملیکی بیان شده و تنها شرط آن زنده متولد شدن جنین است گرچه پس از تولد بمیرد (ماده ۸۷۵ قانون مدنی). علاوه بر این رابطه حقوقی که حقوق ایران برای جنین و والدین قائل است، همانند مالک و مایملک نیست تا همانند



به عنوان اختراع، قابل بهره‌برداری نباشند(غلامی و همکاران، ۱۴۰۰:۱۹۹).

لذا اتخاذ رویکرد مناسب حقوقی در حمایت از تحقیقات سلول‌های بنیادی تأثیر قابل توجه بر جلب سرمایه و تولید نوآوری در این حوزه دارد. بر فرض این که سلول‌های بنیادی و نوآوری‌های این حوزه از موضوعات قابل ثبت در نظام ثبت اختراع باشند و با فرض وجود شرایط ثبت اختراع، این مسئله باید مورد بررسی قرار گیرد که آیا چنین اختراعاتی مصداق استثنای اخلاق حسنه و نظم عمومی هستند یا خیر (زاهدی و همکاران، ۱۴۰۰:۳۲۵).

در سال ۲۰۰۳ اداره ثبت انگلستان دستورالعمل خود را در رابطه با ثبت سلول‌های بنیادی ارائه نمود. طبق این دستورالعمل روش‌های بدست آوردن سلول‌های بنیادی از طریق جنین انسان و همچنین سلول‌های بنیادی جنینی که قابلیت تبدیل به انسان کامل را دارند، قابل ثبت نخواهند بود، لکن سلول‌های بنیادی بالغ با قابلیت تکثیر و تبدیل محدود می‌توانند ثبت شوند. در ایالات متحده آمریکا، اداره ثبت علائم تجاری، با توجه به اصلحیه ۱۳ قانون اساسی در رابطه با منع برده‌داری، قائل به عدم ثبت جنین و دستاوردهای علمی از آن است، لکن درمورد سلول‌های بنیادی استخراج شده امکان ثبت وجود دارد. این رویکرد از آنجا که موجب بهره‌برداری و کسب سود اقتصادی بوسیله انسان زنده را فراهم می‌کند، نوعی برده‌داری به شیوه نوین تلقی شده و مورد انتقاد بسیار قرار گرفته است(پورا برهیم، ۱۳۹۹: ۱۶۴ و ۱۶۵). در قوانین فدرال اعتراضات بسیاری در رابطه با تخریب جنین به عمل آمده است که ضرورتاً مساوی با اعتراضاتی است که در قبال سقط جنین با اشاره به «حق حیات» برای جنین انجام می‌شود. درک و استنباطی که در پس این اعتراضات است حاکی از آن می‌باشد که یک جنین مانند هر انسان بالغ دیگری حق زیست و حیات دارد. طبق تحقیقات و بررسی‌هایی که پیرامون ساکنین کمپ‌های آلمان نازی بعمل آمد، مشخص می‌شود ارزش ذاتی هر جنین بسیار مهم‌تر

این گونه تعریف میکند که اطلاعات اختراع تا پیش از تاریخ ثبت اظهارنامه در هر نقطه‌ای از جهان از طریق انتشار کتبی یا شفاهی یا از طریق استفاده عملی و یا هر طریق دیگر، قبل از تقاضا و یا در موارد حق تقدم ناشی از اظهارنامه ثبت اختراع، افشاء نشده باشد(زاهدی، ۱۴۰۰، ۸۸۶). در نتیجه در صورت وجود چنین شرایطی ممکن است بتوان گفت که ثبت اختراع در زمینه استفاده از فناوری سلول‌های بنیادین در حقوق ایران دارای پشتوانه قانونی است. در عین حال به دلیل شرایط خاص موجود برای این فناوری، از جمله آنکه در زمره اکتشافات است و نه اختراعات، و به علاوه آن که افشاء نشدن اطلاعات مربوط به کشفیات به دلیل علمی بودن مباحث مربوطه و انتشار مطالب علمی در قالب مقالات و تبادل نظرها شرطی است که ممکن است در بسیاری موارد حاصل نشود و حمایت قانونی از ثبت اختراع آن با چالش روبرو خواهد بود. از جمله آنکه طبق ماده ۲ قانون ثبت اختراعات، اختراعی قابل ثبت است که حاوی کاربردی صنعتی باشد، حال آن که در بحث فناوری سلول‌های بنیادین کاربرد صنعتی داشتن یا نداشتن آن محل بحث است. به علاوه وفق ماده ۴ همین قانون که اشاره می‌کند کشفیات قابلیت ثبت به عنوان اختراع را ندارند، آیا فناوری سلول‌های بنیادین در دسته کشفیات قرار خواهد گرفت یا اختراعات.

سلول‌های بنیادی انسانی یکی از منابع مهم پزشکی جهت درمان بیماری‌های مختلف و از حوزه‌های پرچالش حقوق ثبت اختراعات محسوب می‌شوند. دامنه این چالش متناسب با رویکردهای حقوقی کشورها معطوف به نحوه احراز شرایط ماهوی از یکسو و ملاحظات اخلاقی به خصوص در زمینه سلول‌های بنیادی جنینی، از سوی دیگر می‌باشد. بر این اساس، اگرچه این سلول‌ها به شرط احراز معیارهای ماهوی می‌توانند موضوعات قابل ثبتی محسوب شوند، لیکن به استناد برخی ملاحظات نظم عمومی و اخلاق حسنه ممکن است

ثبت تلقی شوند و سپس تطبیق شرایط سه گانه ثبت اختراع (جدید بودن، ابتکاری بودن و کاربرد صنعتی) بر نوآوری‌های این حوزه ممکن باشد. قوانین موضوعه مربوط به ثبت اختراع در هر سه نظام حقوقی با بیانی عام موضوعات قابل ثبت را تبیین کرده است که از طریق این بیان عام میتوان به تأسیس اصل قابلیت ثبت هر نوآوری که شرایط دیگر ثبت اختراع را احراز کند اقدام کرد و اینکه از یک موجود زنده به دست آید یا خیر تفاوتی ایجاد نمی‌کند. همچنین ماده ۱ قانون ثبت اختراعات طرح های صنعتی و علائم تجاری ایران با ارائه تعریفی عام از اختراع، آن را به نتایج فکر تعریف کرده است که برای اولین بار فرآیند یا فرآورده‌ای خاص را ارائه می‌کند و مشکلی را در یک حرفه، فن، فناوری، و مانند آنها حل می‌نماید. بیان عام این ماده نیز به صنعت عنوان اصل برای تعیین موضوعات قابل حمایت در موارد ابهام قابل استناد است.

## ۵ وضعیت نظام حقوقی فرانسه در بهره‌برداری از فناوری سلول‌های بنیادین:

در نظام حقوقی فرانسه تا پیش از تصویب دستورالعمل ثبت زیستی، قانون اخلاق زیستی مصوب ۱۹۹۴م. حاکم بود. طبق این قانون امکان استفاده تجاری از ژنوم انسانی یا هر جزئی از انسان ممنوع بوده و قانون مذکور صراحتاً اعلام می‌دارد که بدن انسان و اعضای آن نمی‌توانند موضوع وراثت قرار گیرد (Feng, 2006: 188).

اما پس از تصویب قانون ۲۰۰۴-۸۰۰ مصوب اوت ۲۰۰۴ پژوهش بر روی رویان انسانی ممنوع گردید، اما مدیر کل اداره زیست پزشکی فرانسه این امکان را ایجاد کرد تا با شرایطی به طرح‌های تحقیقاتی بر روی رویان انسانی و سلول‌های بنیادی رویانی مجوز داده شود. با تصویب قانون شماره ۲۰۰۴-۸۰۰، ابزارانگاری رویان انسانی و استفاده از روش انتقال

و با ارزش تر از هرگونه سود و مزیتی است که می‌تواند از طریق تخریب و دریافت سلول بنیادی جنینی بدست آورد. هم چنین دریافت سلول بنیادی از جنین بیشتر از دریافت بافت‌های جنینی مورد اعتراض است از آنجا که مورد نخست لزوماً با تخریب جنین همراه است. به بیانی دیگر پژوهشگری که از بافت‌های جنینی استفاده می‌کند، جنینی را مورد بررسی قرار می‌دهد که از پیش مرده است و حیاتش پایان یافته، لکن استخراج سلول‌های بنیادی بدون تخریب جنین زنده ممکن نیست زیرا از اجزای حیاتی او استفاده می‌شود (Capron, 2001: 677 & 678).

در کشور آلمان نیز بر اساس رأی دادگاه ثبت آلمان<sup>۱</sup> امکان ثبت سلول‌های بنیادی وجود دارد و طبق آن تخریب جنین انسان روشی اجتناب ناپذیر است که برای دستیابی به سلول‌های بنیادی جنینی باید انجام شود. لکن این رأی و دیدگاه با آنچه در قانون اساسی این کشور آمده متفاوت است که استفاده از سلول‌های بنیادی را محدود به شرایطی نموده است. به علاوه رأی دادگاه آلمان با توافقنامه سازمان جهانی تجارت نیز همسو نیست. در این توافق در خصوص جنبه‌های تجاری حقوق مالکیت معنوی چنین آمده است که، در صورتی که بهره‌برداری تجاری از یک نوآوری از لحاظ قانونی ممنوع باشد قابلیت آن را دارد تا دلیل نظم عمومی و اخلاقی از قاعده ثبت مستثنی شود. استفاده تجاری از سلول‌های بنیادی بعنوان یک ابزار پزشکی و درمانی صرفاً باتوجه به ماهیت خود آنها دارای ممنوعیت نیست، بلکه روند تخریب جنین است که موجب ملاحظات اخلاقی شده است؛ بنابراین، ثبت این دسته از رشته‌های سلولی به دلیل عدم ممنوعیت قانونی آنها امکان‌پذیر خواهد بود. (پورا بر اهیم، ۱۳۹۹: ۱۶۶).

بررسی قابلیت ثبت اختراعات مربوط به سلول‌های بنیادی انسانی مستلزم این است که در مرحله اول نوآوری‌های این حوزه از موضوعات قابل

<sup>1</sup> case ID: 18 W (pat) 28/20



اجزای بدن انسان به رسمیت شناخت (پوراابراهیم، ۱۳۹۹: ۱۶۵).

بر اساس قانون اصلاح قانون شماره ۸۱۴-۲۰۱۱ مورخ ۷ ژوئیه ۲۰۱۱ در مورد اخلاق زیستی تحت شرایط خاص با اجازه دادن به تحقیقات روی جنین و سلول‌های بنیادی جنینی، جنین‌های انسانی ممکن است در آینده برای اهداف تحقیقاتی با رعایت شرایط سخت و موانع قابل توجهی استفاده شوند. با این حال، فقط می‌توان از جنین‌هایی استفاده کرد که از لقاح آزمایشگاهی حاصل شده‌اند و والدین نقشی در ایجاد جنین نداشته‌اند. از جمله شروطی که می‌بایست رعایت شود آن است که باید به والدین جنین‌ها به عنوان صاحبان سلول اطلاع داده شود و ایشان اجازه کتبی خود را اعلام نمایند. تحقیق باید از نظر علمی مرتبط باشد و در خدمت پیشرفت پزشکی قرار گیرد. علاوه بر این، جنین‌ها تنها در صورتی قابل استفاده هستند که اهداف تحقیق با هیچ وسیله و از هیچ راه دیگری قابل دستیابی نباشد. اصول اخلاقی در مورد تحقیق روی جنین و سلول‌های بنیادی جنینی باید رعایت شود و مراحل انجام تحقیقات باید از قبل در یک پروتکل مستند شود (Merleau-Ponty, 2018: 339).

انطباق با این مقررات توسط آژانس مسئول، آژانس زیست پزشکی نظارت می‌شود. آژانس تصمیم خود را در مورد تأیید پروژه تحقیقاتی قبل از شروع پروژه بر اساس پروتکل فوق اتخاذ می‌کند. واردات و صادرات سلول‌های بنیادی جنینی انسان نیز نیازمند مجوز از آژانس زیست پزشکی است (Busardò, 2014).

قانون کشور فرانسه (به ویژه در حوزه حقوق پزشکی) به گونه‌ای تدوین شده است تا شرایط و موقعیت‌های لازم را برای تحقق و قابل اجرا شدن شیوه‌های نوظهور در زمینه تحقیق بر روی جنین و سلول‌های بنیادین فراهم نموده، و این مسیر را برای دست یافتن به نتایج حاصل از بکارگیری این فناوری هموار نماید. شایان ذکر است که علت ایجاد چنین موقعیتی در نظام حقوقی فرانسه به دلیل تمایل و

هسته سلول ممنوع بوده و تنها با شرایطی و در بازه زمانی محدودی از حیات رویان، امکان استخراج سلول‌های بنیادی جنینی از رویان به صورت مازاد بر نیازهای درمانی در زمینه ناباروری و انجام تحقیقات بر سلول‌های بنیادی جنینی را فراهم خواهد بود (پوراابراهیم، ۱۳۹۷: ۱۱۵).

قانون اخلاق زیستی که در سال ۲۰۰۴ به تصویب رسید، موجب گردید تا با توجه به منافع موجود در بهره‌گیری و پژوهش پیرامون سلول‌های بنیادی جنینی و اهمیت مزایای استفاده از این فناوری، در دسترس قراردادن جنین‌ها را برای انجام آزمایش‌ها ممکن شود. در واقع هدف از اعلامیه جهانی اخلاق زیستی توسعه آزادی پژوهش در حوزه مسائل زیستی در عین تضمین احترام به حیثیت انسانی است. در این قانون احترام به آسیب پذیری انسانی و تمامیت شخصی در مواد ۸ و ۱۲ آمده است. شایان ذکر است که اصل لاضرر یا اصل سودمندی از جمله اصول بنیادین اخلاق زیستی محسوب می‌شوند (قربان‌نیا، ۱۳۸۸: ۱۳۵). بر این اساس همانطور که پیشتر نیز اشاره شد که طبق حقوق ایران به نظر می‌رسد بتوان با وجود قاعده لاضرر و یا عسر و حرج جنین را تخریب نمود، این امکان در حقوق کشور فرانسه با توجه به اعلامیه جهانی اخلاق زیستی وجود دارد و راه برای انجام پژوهش‌های مرتبط در این زمینه هموار است.

قانون جدیدی نیز در سال ۲۰۰۹ تصویب شد که در صدد حمایت از شبیه سازی با استفاده از سلول‌های بنیادی بود و جواز این نوع بهره‌گیری از فناوری سلول‌های بنیادی را به همراه داشت (Hennette-Vauchez, 2008: 52\_54).

در خصوص قابلیت ثبت سلول‌های بنیادی و حمایت حقوقی از ثبت اختراع در این زمینه می‌توان گفت کشور فرانسه قانون شماره ۸۰۰-۲۰۰۴ را به منظور اعمال دستورالعمل ثبت زیستی به تصویب رسانید و مواد ۵ و ۶ دستورالعمل، که مشعر بر عدم امکان ثبت سلول‌های بنیادی به دلیل همراه بودن آن با تخریب جنین است را در خصوص قابلیت ثبت

از حقوق قانونی مناسب، و چگونگی ایجاد تعدیل و تناسب میان خواسته‌های جامعه مبتنی بر رعایت اصول اخلاقی که در تناقض با منافع پزشکی یافته‌ها از طریق این فناوری می‌باشد، بحث می‌کند. قانون کشور فرانسه -هم قانون سال ۲۰۱۱ که اجازه تحقیق با وجود استثنائاتی در این زمینه را می‌دهد و هم قانون فعلی که امکان تحقیق از طریق مجوز را فراهم می‌کند- می‌تواند به عنوان یک رویکرد معتدل و متناسب میان ملاحظات اخلاقی و حقوقی برای تحقیقات بر سلول‌های بنیادین جنین انسان در مقایسه با سایر کشورهای اروپایی مورد اشاره قرار گیرد. (Drabiak-Syed, 2013: 356)

## ۶ نتیجه

سلول‌های بنیادین انواعی از سلول‌ها هستند که دارای دو وصف متمایز کننده از سایر سلول‌ها می‌باشند که آن ویژگی‌ها عبارتند از امکان تبدیل به انواع دیگر سلول و همچنین قابلیت تجدید خود توسط تقسیم سلولی است. کاربرد این نوع سلول‌ها در بحث درمان بسیاری از بیماری‌ها، کشف دارو و مطالعات سم‌شناسی و همچنین پیوند اعضا حائز اهمیت است. فناوری سلول‌های بنیادین بخشی از روش‌های پزشکی و درمانی را جهت بهبود بیماری‌ها و یا پیوند اعضا حسب مورد در برمی‌گیرد. این فناوری با توجه به ویژگی‌های منحصر به فرد آن و قابلیت ایجاد بهبودی با کمترین آسیب‌ها از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. روش‌های دستیابی به این نوع از رشته‌های سلولی گاه با خطرات و آسیب‌هایی به انسان‌های بالغ و یا جنین همراه است. به علاوه از آنجا که این سلول‌ها از انسان‌ها با وجود کرامت انسانی و حقوق اساسی استخراج می‌شود، مباحث و ابهامات گسترده‌ای را مطرح می‌کند. لذا از چالش‌های موجود در زمینه بهره‌گیری از فناوری سلول‌های بنیادین تخریب جنین بعنوان منشأ دریافت این نوع از سلول‌ها است. در این خصوص می‌توان گفت نمی‌توان ویژگی‌های یک انسان کامل را برای جنین، خصوصاً جنین آزمایشگاهی متصور شد، زیرا قابلیت بالقوه جنین در تبدیل به یک

تأکید محققان این کشور به «اصلاح نژاد» بوده است که قانون پیشین فرانسه امکانات مناسبی را برای دستیابی به چنین امری فراهم نمی‌کرد، Duguet, (2018:8).

برخلاف مذاکرات و اختلافات سیاسی موجود در ایالات متحده آمریکا، نقطه نظر کشور فرانسه در خصوص انجام تحقیقات بر روی سلول‌های بنیادین جنین انسانی، به طور کلی اختلافات و تفاوت دیدگاه‌های موجود که حاصل از عقیده شخصی یا مبتنی بر قراردادهای و معاهدات در حوزه استفاده از جنین و سلول‌های بنیادین جنینی است را به یک سو نهاده، و تصدیق می‌کند که تحقیق بر روی سلول‌های بنیادین جنینی لزوماً تخریب جنین انسانی را در پی خواهد داشت. بر این اساس، دیدگاه قانونی کشور فرانسه منافع و سود علمی حاصل از بکارگیری این فناوری را با هنجارهای اخلاقی و عرفی و ملاحظات اجتماعی در رقابت و تناقض می‌بیند. این ملاحظات اجتماعی ناظر بر حفظ شأن جنین (به عنوان انسان) که حاکی از رعایت مسائل اخلاقی است، می‌باشد که نیازمند ایجاد تعدیل و تناسبی است تا امکان از میان برداشتن موانع در تحقیقات علمی در این حوزه ایجاد شود. (Drabiak-Syed, 2013: 8)

در فرانسه اختصاص بودجه به طرح‌های تحقیقاتی مجاز سلول‌های بنیادی به وسیله شورای علوم مؤسسه ملی سلامت و تحقیقات پزشکی صورت می‌گیرد (پور ابراهیم، ۱۳۹۹: ۱۷۵).

بر خلاف سیاست‌های ایالات متحده آمریکا و اتحادیه اروپا، اکثریت سیاست‌گذاران کشور فرانسه از پذیرش مباحث مبهم نامعقول حقوقی، که فرآیندهای تحقیقات پزشکی را به شیوه‌ای طبقه‌بندی می‌کند تا موجب نادیده انگاشتن سهل‌انگارانه منبع این گونه تحقیقات و هم چنین ملاحظات پیچیده اخلاقی، بالینی و مدنی می‌شود، امتناع می‌کند. علاوه بر آن، گفتمان حقوقی کشور فرانسه آشکارا به این مسئله می‌پردازد و به تفصیل در خصوص معنای جنین، چگونگی بهره‌مندی جنین



فناوری‌های نوظهور در زمینه استفاده از سلول‌های بنیادی هموار شده و شرایط لازم جهت تحقق انجام پژوهش‌های لازم بر روی جنین فراهم شده است. البته بحث اصلاح نژاد در این کشور نقش مهمی در تسهیل روند استفاده از این فناوری دارد. همچنین علاوه بر اتخاذ رویکردی مناسب جهت زدودن موانع در این زمینه توسط قانونگذار در این کشور، در عمل نیز حمایت‌های مناسب از طرح‌های تحقیقاتی در این زمینه به عمل می‌آید.

کشور ایران جزء اولین کشورهایی بود که به فناوری استفاده از سلول‌های بنیادین دست یافت. اما قوانین مدونی در این رابطه وجود ندارد. استفاده از فناوری‌های سلول‌های بنیادی در ایران موافقین و مخالفینی دارد. مسائل اخلاقی مهم‌ترین دلیل مخالفت با استفاده از فناوری‌های سلول‌های بنیادی در ایران است مباحثی چون کرامت حیات انسان، ابزارنگاری جنین، مالکیت انسان بر بدن خود از جمله دلایل اخلاقی است که استفاده از این فناوری را در ایران تابع شرایط خاصی قرار داده است. به طور کلی می‌توان گفت کشور ایران و فرانسه از جمله کشورهایی هستند که در زمینه استفاده از سلول‌های بنیادی توجه ویژه‌ای به مباحث اخلاقی داشته‌اند و استفاده از آنها را تحت شرایط خاصی مجاز نموده‌اند. اما نحوه استحصال سلول‌های بنیادی به منظور انجام تحقیقات از سلول‌های جنینی یا بالغ انسانی، ذخیره سازی، نگهداری و نحوه استفاده از آنها علاوه بر قانون تابع نظر فقها نیز می‌باشد. نظرات متعدد مخالفین و موافقین استفاده از سلول‌های بنیادی در ایران مانع از ایجاد قوانین مدون و راهنمای اخلاقی یکسان گشته است در صورتی که در کشور فرانسه فقط مدیر کل اداره زیست پزشکی فرانسه بر محدودیت‌ها نظارت کند. بر اساس مقایسه دو کشور می‌توان گفت هر دو کشور ایران و فرانسه به ضرورت استفاده از این فناوری در علم پزشکی معتقدند اما ملاحظات اخلاقی یکی از عوامل تعیین کننده محدوده استفاده از فناوری سلول‌های بنیادی است

انسان، آن را دارای ویژگی‌های انسان کامل نخواهد کرد، زیرا فرآیند رشدی در این جهت نیاز است که برای جنین متوقف می‌باشد و ادامه آن قطعی نیست. چالش دیگر در خصوص استفاده از فناوری سلول‌های بنیادی بحث ولایت بر جنین حاصل از این نوع سلول‌ها است. در این مورد به نظر می‌رسد نسب به صاحب سلول برمی‌گردد چرا که طبق اصل اباحه و عدم وجود ادله خاص مبنی بر فقدان نسب در این مورد، مانعی بر انتساب طفل به صاحب سلول وجود ندارد، با عنایت به این نکته که وجود سلول جنسی به معنای اخص در انتساب نسب تعیین کننده نیست. چالش مطرح دیگر در این زمینه آن است که حق حیات جنین نیز می‌بایست مورد توجه قرار گیرد و استفاده از این فناوری موجب ابزارانگاری جنین نشود. اگرچه حق حیات جنین محترم است و طبق قانون حقوقی برای جنین در نظر گرفته شده است، لکن در برخی موارد از جمله زمانی که قاعده عسر و حرج مطرح می‌شود جواز تخریب جنین وجود دارد، بنابراین اگر در بحث درمان بیماری‌ها و یا پیوند اعضا و سایر موارد کاربرد سلول‌های بنیادی قاعده عسر و حرج صدق کند، تخریب جنین مانعی نخواهد داشت. بهره‌گیری از این فناوری نیازمند آن است که در حدود و ابعاد اخلاقی و حقوقی مشخصی باشد. در حقوق ایران از یک سو مسائل و چالش‌های اخلاقی و فقهی از جهت احترام به حیات انسان مطرح است. از سوی دیگر، سکوت قانونگذار در این زمینه موجب استفاده از این فناوری به صورت حداکثری نیست، بلکه نتایجی از جمله عدم رعایت حقوق افراد، تخریب جنین انسان، ایجاد کودکان تک‌والد با فرض انتساب نسب را در پی خواهد داشت. به نظر می‌رسد قانونگذاری در این زمینه هم به حفظ حقوق بیماران و هم پزشکان کمک شایانی می‌کند و تکالیف و حقوق هر یک از افراد را به طور دقیق مشخص می‌نماید.

در کشور فرانسه قوانین و مقررات به نحوی تدوین شده است که مسیر استفاده و بهره‌گیری از



که قانون‌گذاری مشخص در این زمینه می‌تواند تا حد  
زیادی در بکارگیری این فناوری راهگشا باشد.



## منابع

- Eslami, Seyyed Hassan (2004), Human simulation from the point of view of Ahl al-Sunnah jurisprudence, Reflection of Thought magazine, year 12, number 45, pages 71 to 148 {In Persian}
- Asgharzadeh, Mohammad, Pourhaji, Elham (2013), Stem cells and their application, Laboratory and Diagnosis Quarterly, No. 23, pages 39-47 {In Persian}
- Badini, Hassan, Banshi, Mojtaba. (2021). The basics of human rights over their own bodies; Expressing the theory of work and the design of the theory of the body for the body. Justice Journal, 85(113), 45-67. {In Persian}
- Pourabrahim, Ahmed (2019), the legal status of stem cell technology; Economic threats and challenges, Legal Research Journal (Scientific Quarterly), No. 44, pages 159-177. {In Persian}
- Pourabrahim, Ahmed. (1400). A comparative study of criminal laws and regulations regarding stem cell technology in the British legal system and Iranian law; Challenges and solutions. Biannual Scientific Journal of Comparative Law, 8(2), 75-94. {In Persian}
- Pourabrahim Ahmad, Goldouzian Iraj, Ramezani Ahmad, Moradi Maryam. Jurisprudential-legal approaches to stem cell technology. Journal of Forensic Medicine of Iran. 1397; 24 (4): 46-37 {In Persian}
- Pourabrahim, Ahmad, Goldouzian, Iraj, Ramezani, Ahmad, Moradi, Maryam (2017), jurisprudential-legal approaches to stem cell technology, Iranian Journal of Forensic Medicine, Volume 75, Number 1, Pages 37-46 {In Persian}
- Piety, Nazila; Omani Samani, Reza; Asdinjad, Seyyed Mohammad (2015), investigation of the nature of frozen embryos from the point of view of jurisprudence, ethics and law, Quarterly Journal of Medical Jurisprudence, 8th year, numbers 26 and 27, pages 39-66 {In Persian}
- Javar, Hossein; Mousavi Vaez, Seyed Reza (2019), jurisprudential review of the use of fetal stem cells leading to loss in disability prevention and treatment studies, Journal of Disability Studies, (11) 42, pages 1-5 {In Persian}
- Haji Ali, Fariba (2013), Abortion, Sanctity or Permissibility, Articles and Reviews, Fiqh Book 76 (3), pages 55-81 {In Persian}
- Hosseinikhah, Seyyed Javad; Tabasi, Mohammad Jaafar; Alavi Qazvini, Seyyed Ali; Alidost, Abulqasem; Fazel Lankarani, Mohammad Javad; Fazel Kashani, Mohammad Reza; Ghaeni, Mohammad; Ghasemi, Mohammad Ali; Moqdadi, Mohammad Mahdi; Najafi Yazdi, Seyyed Mohammad

- (1400), the legitimacy of unmarried women's fertility with their own stem cells, two specialized scientific journals of jurisprudence and ijtehad, eighth year, number 15, pages 60-83 {In Persian}
- Rasakh, Mohammad; Ameri, Faiza; Behjati Ardakani, Zohra (2015), evolution of the concept of lineage in the light of new infertility treatment technologies, Iranian Journal of Medical Ethics and History, 9th volume, number 2, pages 54-66 {In Persian}
- Zahedi, Mehdi, Salamat, Sohrab, Moradi, Sharif. (1400). Good ethics and patents related to embryonic stem cells in jurisprudence and legal system of Iran. Islamic Law, 18(68), 301-325. {In Persian}
- Dargahi, Mehdi. (2011). Analysis of the effect of human rule on the body parts in buying and selling parts. First year, third issue, spring and summer 2013, pp. 111-130 {In Persian}
- Rajaei, Fatemeh, Mohagheg Damad, Mostafa, Mousavi, Seyyed Mohammad Sadegh. (1390). Jurisprudential and legal examination of the relationship between humans and their body parts. Contemporary Comparative Law Studies, 2(2), 45-62. {In Persian}
- Sashadina Abdul Aziz. Islamic perspectives on ethics in stem cell research. Scientific Research Journal of Medical Law. 2006; 1 (2): 55-84
- Soltanieh, Mohammad (2021) Pathology of the third article of the law on how to donate embryos to infertile couples (approved on August 8, 2008), Fiqh and Family Law Journal (Nadai Sadeq), year 26, number 75, pages 257 to 267 {In Persian}
- Safai, Hossein, Qasimzadeh, Morteza (2013), Civil Rights: Individuals and Prisoners, Tehran: Samit, 20th edition. {In Persian}
- Tabatabaei, Seyedah Fatemeh, Shahrokhi Shahrokhbadi, Betoul (2017), jurisprudential explanation of the use of umbilical cord stem cells and its clinical effects, scientific research journal of medical jurisprudence, 10th volume, numbers 36 and 37, pages 77-89 {In Persian}
- Alishahi Qala Joqi, Abulfazl, Nazari, Najmeh (2019), Guardianship over the child resulting from stem cells from the perspective of contemporary Imamiya jurists, Journal of Islamic Studies of Women and Family (two scientific research quarterly), year 7, number 12, page 103 124 {In Persian}
- Omid, Hassan (1362), Farhang Omid, Tehran: Amir Kabir Publishing House, 4th edition, first and second volumes. {In Persian}
- Zahedi, Mehdi, Salamat, Sohrab, Moradi, Sharif. (1400). Good ethics and patents related to embryonic stem cells in jurisprudence and legal system of Iran. Islamic Law, 18(68), 301-325. {In Persian}



- Gholami Bagh Taosi Sahar, Parvin Mohammad Reza. A Comparative Review of Legal Approaches to Patenting Human Stem Cells with Emphasis on European and United States Jurisprudence. *Scientific Research Journal of Medical Law*. 1399; 14 (53): 232-199 {In Persian}
- Ameri Siahavi, Mustafa; Asgari, Alireza; Ahmadi, Seyyed Mohammad Mehdi; Muradkhani, Ahmed (2015), Jurisprudential review of descent and its legal effects in human simulation, *Journal of Jurisprudential and Philosophical Studies*, 7th year, number 28, pages 145-166 {In Persian}
- Alizadeh, Isa; Gharibi, Ahmed (2017), a comparative study of the right to life of the fetus in Islam and the West, *Legal Research Quarterly*, No. 83, pages 309 to 333 {In Persian}
- Omani Samani, Reza (2018), Ethical challenges of cell therapy and possible solutions. *National Congress of Biology and Applied Aspects of Stem Cells*. Academic Jihad, Mashhad Branch. {In Persian}
- Gholami Bagh Taosi Sahar, Parvin Mohammad Reza. A Comparative Review of Legal Approaches to Patenting Human Stem Cells with Emphasis on European and United States Jurisprudence. *Scientific Research Journal of Medical Law*. 1399; 14 (53): 232-199 {In Persian}
- Farzangan, Mohammad; Mousavi Khatir, Seyedah Tahereh; Taleghan Ghafari, Mahdi (2023), review of lineage and child rights simulated in Imami jurisprudence and international law, two scientific quarterly journals of jurisprudence and family law, volume 28, number 78, pages 281 to 303 {In Persian}
- Falah Hilmamoud, Gabriel; Sultan Ahmadi, Jalal; Shaareyan Satari, Ebrahim (2019), ownership of human body parts in line with Article 75 of the Charter of Citizen Rights and Islamic Jurisprudence against the sale of body parts, *Medical Law Quarterly, Special Journal of Human Rights and Citizen Rights*, pages 525 to 536 {In Persian}
- Falahifar, Gulnar; Molavi, Saeed (2014), investigation of the ratio of children born from sperm insemination obtained from the differentiation of mesenchymal stem cells to male reproductive cells (sperm), the first International Comprehensive Law Congress, page 1 to 7
- Ghasemi, Mohammad Ali (2019), jurisprudential research on mother's ownership of umbilical cord blood stem cells, *ta ijtehad publication*, fourth year, number 7, pages 33-52 {In Persian}
- Gurbanian, Nasser (2008), Considerations about the "Universal Declaration of Bioethics and Human Rights", *Ethics in Science and Technology*

- Quarterly, 4th year, numbers 1 and 2, pages 131 to 139 {In Persian}
- Kermanian, Fatemeh, Mansouri, Mohammad Reza, Zamani, Shokofeh, Pahlavan, Shahrazad and Shamosi, Atefeh (2019), the effect of frankincense gum on the differentiation of nerve cells derived from mouse bone marrow stem cells, Alborz University of Medical Sciences, Year 7, No. 3, page 233 to 242 {In Persian}
- Goldouzian, Iraj and Pourabrahim, Ahmed, 2016, examining the legal challenges caused by cell therapy and its impact on citizen rights, the first international congress of Iranian law with the approach of citizen rights, Tehran. {In Persian}
- Zahedi Mehdi, Salamat Sohrab, Moradi Sharif. A comparative study of the possibility and conditions of patenting stem cells in America, Europe and Iran. Scientific Research Journal of Medical Law. 1400; 15 (56): 883-904 {In Persian}
- Mohammadi, Zainab (2008), Stem cells; Social, jurisprudential and legal approaches, medical law quarterly, first year, third issue, page 69 to 116 {In Persian}
- Melabi, Masoumeh; Muradkhani, Ahmed; Shafiei Mazandarani, Seyyed Mohammad (2018), review of jurisprudential and legal foundations of human ownership of the body, jurisprudence researches, volume 16, number 1, pages 172-192 {In Persian}
- Motaharipour, Morteza; Azarbaijani, Masoud (2019), Ethical Considerations in Organ Transplantation, Year 6, Number 19, Pages 119-135 {In Persian}
- Moinifar, Muhaddith; Haji Ali, Fariba (2009), Simulated child lineage in the Islamic legal system, Fiqh and Family Law Journal (Nadai Sadiq), Year 15, Number 52, Pages 1-22 {In Persian}
- Moqdadi, Mohammad Mahdi; Javadpour, Maryam (2012), supporting the physical and psychological integrity of the fetus in the Islamic legal system, Women's Strategic Studies Journal, year 16, number 62, pages 105-145 {In Persian}
- Mansouri, Fatemeh (2017), a review of stem cell technology, Alborz University of Medical Sciences Journal, year 7, number 3, pages 181-189 {In Persian}
- Mousavi Bojanvardi, Seyyed Mohammad; Kazemi Afshar, Hajar (2008) Trading body parts in Iranian law with an approach to the jurisprudential opinions of Imam Khomeini (RA), Matin scientific research quarterly, number 38, pages 37-59 {In Persian}
- Nouri Deloi, Mohammad Reza, Haj Ebrahimi, Zahra (2014), Stem cells and molecular medicine, their importance and strategic position, applications and prospects, Journal of Medicine and Treatment, year 14, number 58, pages 61-74 {In Persian}





- Nejad Sarvari Nasrin, Emami Razavi Seyed Hassan, Larijani Baqer, Zahedi Farzaneh. Proposing an ethical guide in research and treatments related to stem cells in Iran. Iran's ethics and history of medicine. 1390; 4 (2): 15-22. {In Persian}
- Busardò, F. P., Gulino, M., Napoletano, S., Zaami, S., & Frati, P. (2014). The evolution of legislation in the field of Medically Assisted Reproduction and embryo stem cell research in European union members. *BioMed research international*, 2014.
- Drabiak-Syed, B. K. (2013). New president, new human embryonic stem cell research policy: Comparative international perspectives and embryonic stem cell research laws in France. *Biotechnology Law Report*, 32(6), 349-356.
- Duguet, A. M., Rial-Sebbag, E., Mahalatchimy, A., Li, M., & Cambon-Thomsen, A. (2018). Ethical and legal frameworks for embryonic stem-cell based research in France and in Europe: a challenge for biotechnology
- Feng S. La protection des inventions biotechnologiques par le droit de propriété intellectuelle. Etude Comparée, in *Journal International de Bioethique* 2006; 17(3): 117-143.
- Farajkhoda T. An overview on ethical considerations in stem cell research in Iran and ethical recommendations. *IJRM*. 2017; 15 (2) :67-74 {In Persian}
- Galvez-Martin, P.; Ruiz, A.; Clares, B. (2017), Clinical Application of Cell, Gene and Tissue Therapies in Spain, 1-8
- Hengstschlager, Markus; Ronser, Margit (2021), Embryoid research calls for reassessment of legal regulations, *Stem Cell Research and Therapy*, 1-3
- Merleau-Ponty, N., Vertommen, S., & Pucéat, M. (2018). 16 passages: on the reproduction of a human embryonic stem cell line from Israel to France. *New Genetics and Society*, 37(4), 338-361.
- Mardhiyyah Munir Ja'afar (2020), The Utilization of Human Embryonic Stem Cells: An Islamic Law Perspective, *journal of critical reviews*, VOL 7, ISSUE 16, Page 692 to 698
- Newson, AJ; Smajdor, AC (2005), Artificial gametes: new paths to parenthood? *J Med Ethics*, 31 (3), 184-186
- Patel, Nayana; Jadeja, Yuvraj; Patel, Niket; Patel, Molina; Bhadarka, Harsha; Chudasama, Piyush; Thakkar, Harmi (2021), Birth of a healthy infant after bone marrow-derived cell therapy, 48(3), 268-272
- Shai Lavi (2014), Cloning International Law: The Science and Science Fiction of Human Cloning and Stem-Cell Parenting, Tel-Aviv University, Association for the Study of Law, Culture and Humanities, Page 1 to 17



- Stefan Sperling (2008), *Converting Ethics into Reason: German Stem Cell Policy between Science and the Law*, Department of the history of science, Harvard University, Vol. 17, No. 4, Page 363 to 375
- Alexandre Morgan Capron (2001), *Stem Cells: Ethics, Law and Politics*, *Biotechnology Law Report*, Vol. 20, No. 5, Page 678 to 699
- Stephanie Hennette-Vauchez (2008), *Words Count: How Interest in Stem Cells Has Made the Embryo Available\_A Look at the French Law of Bioethics*, *Medical Law Review*, pp. 52-75
- Kristina Hug (2009), *Banks, Repositories and Registeries of Stem Cell Lines in Europe:Regulatory and Ethical Aspects*
- Abdallah S. Daar and Lorraine Sheremeta (2003), *The Science of Stem Cells: Some Implications for Law and Policy*, *Health Law Review*, Vol. 11, No. 1, pp. 5-13
- Jennifer L. Enmon, PH. D (2002), *Stem Cell Research: Is the Law Preventing Progress?* *Utah Law Review*, pp 621-648
- Nathan R. Selden (2008), *Cellular therapy for childhood neurodegenerative disease. Part 2: clinical trial design and implementation*, *neurosurg focus*, pp 1-6
- Jay S. Reidler and Joshua Berkowiz (2012), *Recent Developments in Health Law*, *Journal of law, medicine and ethics*, pp 409-427
- Javanmard Farkhani, Ebrahim; Golchini, Hosein (2016), *Analysis of the use of stem cells from the Jurisprudence and Islamic law*, *UCT journal of social science and humanities research*, 4 (1), 64-72
- Longman dictionary of Contemporary English (2011)
- Williams, Erin D.; Liu, Edward C.; Johnson, Judith A. (2010), *Stem Cell Research: Ethical and Legal Issues*, *Congressional Research Service*, 1-21.

## Original Article

# A comparative study of Iran legal order in facing the guiding principles of business and human rights (john ruggie Principles) approved in 2011

Eisa Rajabi<sup>1</sup>, Shahriar Kazemi Azar<sup>2</sup>, Mohammad Farzanegan<sup>3</sup>

<sup>1</sup> PhD in Oil and Gas Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

<sup>2</sup> PhD student of International Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

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



20.1001.1.24237566.1403.8.3.2.7



10.22080/lps.2023.26198.1567

### Received:

October 22, 2023

### Accepted:

January 11, 2024

### Available online:

July 27, 2024

### Keywords:

Business and Human Rights, Corporate Social Responsibility, Guiding Principles on Business and Human Rights, National Action Plan, Human Rights Council

## Abstract

Nowadays, in line with the increasing economic power of commercial companies, including multinational and transnational companies, and their commercial acts<sup>1</sup> impacts on human rights, states can no longer be considered the only human rights violators. Therefore, the United Nations Human Rights Council approved a document in 2011 in order to clarify the relationship between "human rights" and "commercial activities" and make commercial companies more accountable. It is called "Guiding Principles on Business and Human Rights". The aforementioned principles, in the form of three main parts, while creating an obligation for states to protect human rights and basic freedoms, also make companies responsible for observing the principles of human rights. Also, in cases of human rights violations, it has made it possible for the victim to file a lawsuit and claim damages. Based on this, due to the "soft law" nature of the guiding principles, the Human Rights Council has requested that states try to develop a binding document for commercial companies to comply with human rights obligations in the form of hard law. The Council has also asked the states to strengthen domestic legal systems by presenting a "National Action Plan" and enacting new regulations. A review of state practice since the adoption of the Guiding Principles, particularly the creation of a working group in order to draft a binding document in 2014, shows growing acceptance. Despite this fact, Iran's legal order, adhering to the main documents in the field of human rights, does not have specific and clear rules in the fields of business and human rights. Although it is possible to infer a harmonized approach based on the guiding principles from the perspective of existence laws, it is necessary to provide the grounds for presenting the national action plan and establishing new regulations by clarifying the guiding principles.

\*Corresponding Author: Eisa Rajabi

Address: Faculty of Law and Political Science,  
University of Tehran, Tehran, Iran

Email: [Eisa.rajabi67@gmail.com](mailto:Eisa.rajabi67@gmail.com)



## Extended Abstract

### 1. Introduction

After the failure and non-acceptance of the "Draft norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights", the Human Rights Council commissioned the representative of the United Nations Secretary General (John Reggie) to deal with the issue of human rights and multinational companies and other business enterprises to identify and clarify the existing standards and procedures in this field.

John Reggie started his mission in 2005 and after several stages of reporting and recommendations, he finally prepared a framework based on the three principles of "Protect, Respect and remedy," which was established by the Human Rights Council on June 16, 2011. The standards introduced in [Guiding Principles on Business and Human Rights](#) (UNGPs), which are considered the main basis for all subsequent actions of the Human Rights Council, are grounded in recognition of:

(a) States' existing obligations to respect, protect and fulfill human rights and fundamental freedoms; It means that States must protect against human rights abuse within their territory and/or jurisdiction by third parties, including business enterprises. This requires taking appropriate steps to prevent, investigate, punish and redress such abuse through effective policies, legislation, regulations and adjudication.

(b) The role of business enterprises as specialized organs of society performing specialized functions is required to comply with all applicable laws and to respect human rights; This means that they should avoid infringing on the human

rights of others and should address adverse human rights impacts with which they are involved.

(c) The need for rights and obligations to be matched to appropriate and effective remedies when breached. This section means that as part of their duty to protect against business-related human rights abuse, States must take appropriate steps to ensure, through judicial, administrative, legislative or other appropriate means, that when such abuses occur within their territory and/or jurisdiction, those affected have access to an effective remedy.

### 2. Methods

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

### 3. Results

Although the Guiding Principles provide the first valid international standard in the field of trade and human rights, they are designed in the form of a "soft law" that does not create binding legal obligations. With this definition, the subsequent procedure of the Human Rights Council in preparing binding drafts, as well as the actions of some countries in establishing laws in the domestic arena, indicate the movement towards "hard law".

Indeed, since the adoption of the UNGPs in 2011, a wide spectrum of domestic-level measures on human rights due diligence have bloomed in numerous jurisdictions throughout the world. Reporting regulations, such as the Dutch Child Labor Due Diligence Law, go beyond mere mandatory reporting by requiring companies to actually undertake human rights due diligence while remaining issue-specific. Some go still further, such as the French law on the duty of vigilance,

by aiming to provide an overarching mandatory due diligence framework with penalties and a civil liability regime attached to it. Despite this, the review of international instruments like the OECD and ILO shows that the necessity of placing the soft principles of trade and human rights in the framework of hard rules is well understood.

#### **4. Conclusion**

The issue of corporate responsibility is directly and closely related to human rights standards, including environment, health, workers' rights, the right to assembly, etc., and the power and influence of commercial companies, especially multinational and transnational companies, is increasing day by day. Therefore, the responsibility of companies cannot be limited to moral, benevolent or humanitarian obligations, rather, companies have legal responsibilities due to their activities.

Therefore, the guiding principles of trade and human rights approved in 2011, which are the result of many years of study and review by the specialized working group of the United Nations Human Rights Council, in view of their importance, in the form of three main sections, while creating an obligation for governments to protect human rights and the provision of basic freedom, have made the companies responsible for observing the principles of human rights, and in case of violation of the human rights standards, it has made it possible for the victims to file a lawsuit and claim damages.

Despite being a member of the main human rights documents, Iran's legal

system is alien to the concept of business and human rights that is presented in the guiding principles, and unfortunately, even in scientific and academic environments, it has not been properly understood. Of course, by researching on the existing laws and regulations, there are scattered cases that are in line with the goals of the guiding principles of business and human rights.

Therefore, it seems that by taking advantage of the existing capabilities and identifying improper laws and procedures, we should think of a solution from now on to avoid the subsequent human rights responsibilities and accusations that may be faced in the future. While obtaining more survey of the regulations of the guiding principles and binding drafts which are currently being negotiated, it provided the means to update the internal laws as much as possible and to prepare the national action plan.

#### **Funding**

There is no funding support.

#### **Authors' contribution**

The authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All 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

# بررسی تطبیقی رویکرد سیستم حقوقی ایران در مواجهه با اصول راهنمای تجارت و حقوق بشر (اصول جان راگی) مصوب ۲۰۱۱

عیسی رجبی<sup>۱\*</sup>، شهریار کاظمی آذر<sup>۲</sup>، محمد فرزنانگان<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> دکتری حقوق نفت و گاز، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران  
<sup>۲</sup> دانشجوی دکتری حقوق بین الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران  
<sup>۳</sup> استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابل، ایران



20.1001.1.24237566.1403.8.3.2.7



10.22080/lps.2023.26198.1567

## چکیده

در جهان امروز، با قدرت گرفتن شرکت های تجاری به ویژه شرکت های چندملیتی و فراملی و تداخلی که فعالیت های آنها با مسائل حقوق بشری دارد، دیگر نمی توان دولت ها را تنها ناقضان حقوق بشر دانست. از همین رو شورای حقوق بشر سازمان ملل متحد، به منظور تبیین رابطه میان «حقوق بشر» با «فعالیت های تجاری» و با هدف هر چه بیشتر پاسخگو نمودن شرکت های تجاری، سندی را در سال ۲۰۱۱ تصویب نمود که از آن به «اصول راهنمای تجارت و حقوق بشر» یاد می شود. اصول مذکور در قالب سه بخش اصلی، ضمن ایجاد تعهد برای دولت ها در حمایت از حقوق بشر و تامین آزادی اساسی، شرکت ها را نیز در قبال رعایت اصول حقوق بشر، متعهد و مسئول نموده و در صورت نقض هر یک از موازین حقوق بشر، امکان طرح دعوی و مطالبه خسارت را برای زیان دیده فراهم ساخته است. با این وصف به جهت ماهیت «حقوق نرم» بودن اصول راهنما، شورای حقوق بشر از دولت ها درخواست نموده تا در کنار تلاش برای تدوین یک سند الزام آور برای تبعیت شرکت های تجاری از تعهدات حقوق بشری در قالب «حقوق سخت»، نظام های حقوقی داخلی را نیز با ارائه «برنامه اقدام ملی» و اصلاح و وضع قوانین جدید، تقویت نمایند. بررسی رویه دولت ها از زمان تصویب اصول راهنما، به ویژه ایجاد کارگروهی برای تهیه پیش نویس یک سند الزام آور در سال ۲۰۱۴، نشان دهنده استقبال رو به تازید از آن می باشد. با این وجود سیستم حقوقی ایران، به رغم پیوستن به اسناد اصلی حاکم در زمینه حقوق بشر، قواعد مشخص و واضحی در زمینه تجارت و حقوق بشر نداشته و اگر چه از مجموع قوانین مختلف و پراکنده، امکان استنباط رویکردی هماهنگ با اصول راهنما وجود دارد، ولیکن این میزان کفایت نکرده و ضرورت دارد تا با تبیین و تعرفه هر چه بهتر اصول راهنما، زمینه های ارائه برنامه اقدام ملی و اصلاح و وضع قوانین جدید را فراهم نمود.

## تاریخ دریافت:

۳۰ مهر ۱۴۰۲

## تاریخ پذیرش:

۲۱ دی ۱۴۰۲

## تاریخ انتشار:

۰۶ مرداد ۱۴۰۳

## کلیدواژه ها:

تجارت و حقوق بشر، مسئولیت اجتماعی شرکت ها، اصول راهنمای تجارت و حقوق بشر، برنامه اقدام ملی، شورای حقوق بشر

## \* نویسنده مسئول: عیسی رجبی

ایمیل: [eisa.rajabi67@gmail.com](mailto:eisa.rajabi67@gmail.com)

آدرس: دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

## ۱ مقدمه

خود یا در مناطقی که در زمره صلاحیت قضایی آنها قرار دارد، مانع از نقض حقوق بشر از سوی شرکت‌ها شده و راهکارهای جبران خسارت نیز فراهم نمایند.

**ب. شرکت‌های خصوصی یا صاحبان کسب‌وکارها در قبال رعایت موازین حقوق بشر، تعهد و مسئولیت دارند؛** بر این مبنا صاحبان کسب‌وکارها، قطع‌نظر از اینکه در کدام کشور مشغول فعالیت اقتصادی هستند، باید به موازین و ارزش‌های جهان‌شمول حقوق بشری احترام بگذارند و به آنها پای بند باشند. به عبارتی، صرف رعایت مقررات حقوقی کشوری که در آن سرمایه‌گذاری یا فعالیت می‌کنند، کافی نبوده و لازم است تا ارزش جهان‌شمول حقوق بشری را نیز رعایت نمایند.

**ج. در صورت نقض هر یک از موازین حقوق بشر، قربانیان باید بتوانند به‌طور معناداری به سازوکارهای دادخواهی و جبران خسارت دسترسی داشته باشند؛** رکن سوم اصول راهنمای تجارت و حقوق بشر، به سازوکارها یا مکانیسم‌های دادخواهی و جبران خسارت پرداخته و به این سؤال پاسخ می‌دهد که اگر در خلال فعالیت‌های تجاری شرکت‌های خصوصی، سوءاستفاده یا نقض موازین حقوق بشری گزارش شد، قربانیان به چه نحوی امکان دادخواهی و جبران خسارت خواهند داشت. (UN document, 2012, 3-6)

اصول مذکور نقطه عطفی در توجه به رابطه تجارت و حقوق بشر و جلب‌توجه دولت‌ها و شرکت‌های خصوصی به رعایت و احترام به حقوق بشر بوده و بررسی رویه دولت‌ها از زمان تدوین این اصول راهنما، نشان‌دهنده استقبال رو به تزاید از آن

پس از شکست و عدم پذیرش «پیش‌نویس مجموعه قواعد سازمان ملل در خصوص مسئولیت‌های حقوق بشری شرکت‌های چندملیتی و سایر شرکت‌های تجاری»<sup>۱</sup> در کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل متحد<sup>۲</sup>، شورای حقوق بشر، جان راگی، نماینده وقت دبیر کل ملل متحد که یکی از نویسندگان پیمان جهانی ملل متحد و از منتقدان سرشناس پیش‌نویس بود، مامور نمود تا به مسئله حقوق بشر و شرکت‌های چندملیتی و سایر واحدهای تجاری پرداخته و استانداردها و رویه‌های موجود در این زمینه را شناسایی و شفاف‌سازی نماید. (UN Commission on Human Rights Human Rights Resolution 2005/69, 2005, (2-3)

جان راگی، مأموریت خود را از سال ۲۰۰۵ شروع و پس از چند مرحله گزارش دهی و جمع‌آوری استانداردها و توصیه‌های رفتاری، در نهایت چارچوبی را بر مبنای اصول سه‌گانه «حمایت، احترام و جبران»<sup>۳</sup> تهیه نمود که در ۱۶ ژوئن ۲۰۱۱ و در قالب سند «اصول راهنمای تجارت و حقوق بشر»<sup>۴</sup> به تصویب شورای حقوق بشر رسید. موازین معرفی‌شده در این سند که به‌عنوان مبنای اصلی همه اقدامات بعدی نیز به شمار می‌آید، بر سه محور پایه‌ای ذیل تدوین‌شده است:

**الف. دولت‌ها متعهد به حمایت از حقوق بشر و تأمین آزادی‌های اساسی هستند؛** این رکن ناظر به وظیفه دولت‌ها در تأمین واقعی حقوق بشر بوده و طبق آن دولت‌ها موظف هستند در قلمرو سرزمینی

UN GA Resolution 60/251 'Human Rights Council' 3 April 2006 at [https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/A.RES.60.251\\_En.pdf](https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/A.RES.60.251_En.pdf). > accessed 1 Oct.2023.

<sup>3</sup> "Protect, Respect and Remedy"

<sup>4</sup> Guiding Principles on Business and Human Rights, resolution 17/4, 16 June 2011.

اصول راهنمای تجارت و حقوق بشر که از آن به اصول «جان راگی» نیز تعبیر می‌شود، در قالب سه بخش کلی و متشکل از ۳۱ اصل می‌باشد.

<sup>1</sup> Draft norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights, submitted by the Working Group on the Working Methods and Activities of Transnational Corporations E/CN.30 May 2003.

<sup>۲</sup> لازم به ذکر است که در ژوئن ۲۰۰۶ شورای حقوق بشر سازمان ملل، جایگزین کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل شد. برای مطالعه بیشتر رک:



## ۲ حقوق نرم و حقوق سخت

### ۲/۱ مفهوم و تمایز میان حقوق نرم و

#### حقوق سخت

در ارزیابی ماهیت اقدامات مرتبط با تجارت و حقوق بشر، لازم است توضیحی مختصر در ارتباط میان حقوق نرم و حقوق سخت ارائه شود. در حالی که عموماً پذیرفته شده است که حقوق سخت متشکل از تعهدات الزام آوری است که حقوق و وظایف لازم اجرایی ایجاد می کند (Baxter, 1980, 549)، حقوق نرم یک تعریف پذیرفته شده جهانی ندارد (Gold, 1996, 301). ابهام موجود در مفهوم حقوق نرم موجب شده است تعاریف متعددی از آن ارائه شود، تا جایی که برخی از مولفان بیان کرده اند ارائه تعریفی جامع و در عین حال مورد اتفاق از حقوق نرم غیر ممکن است. (شیروی، ۱۳۹۴: ۲۵۲) حقوق نرم ممکن است به «اصول، هنجارها، استانداردها یا سایر اشکال رفتار مورد انتظار» اشاره داشته باشد که حقوق و وظایف لازم اجرایی در پی ندارد (Shelton, 2006, 319). از سوی دیگر، حقوق نرم را می توان به صورت منفی نیز تعریف کرد: حقوق نرم فاقد یک یا چند ویژگی که معمولاً به «حقوق نسبت» داده می شود، است؛ از جمله محتوای هنجاری، وضعیت قانونی رسمی و قابلیت اجرا (Lagoutte, 2016, 3). با این توضیحات می توان چند ویژگی اساسی برای حقوق نرم برشمرد: وجود قواعد رفتاری، نبود وصف الزام آوری ذاتی، انتخاب آگاهانه قالب حقوق نرم، وجود قدرت نرم و تاثیرگذاری عملی و داشتن قالب زبانی خاص و معین. (شیروی، ۱۳۹۴: ۲۵۶)

فقدان تعریف دقیقی از حقوق نرم به این اختلاف نظرها و تردیدها دامن زده و این سوال را

می باشد. به نحوی که دو سال پس از تصویب اصول راهنما، نماینده اکوادور بیانیه ای را در بیست و چهارمین جلسه شورای حقوق بشر قرائت نمود که فتح باب دیگری بر مباحث پیرامون «اسناد الزام آور حقوق بشر» برای شرکت های چندملیتی بود. (Ramasastry, 2015, 248)

در همین راستا، شورای حقوق بشر سازمان ملل متحد به موجب قطعنامه ۲۶/۹ مورخ ۲۶ ژوئن ۲۰۱۴ کارگروهی بین الدولی برای تهیه «پیش نویس یک سند الزام آور» تشکیل و متعاقب آن، از سال ۲۰۱۸ تا به امروز (۲۰۲۳) چهار پیش نویس دنباله دار که در راستای تکمیل و تصحیح یکدیگر می باشند را از تصویب گذرانده است. اولین پیش نویس که به «پیش نویس صفر»<sup>۱</sup> نیز معروف است به موجب قطعنامه ۴۳/۵۵ در تاریخ ۱۶ ژانویه ۲۰۱۸ منتشر و آخرین پیش نویس<sup>۲</sup> در تاریخ ۱۸ آگوست ۲۰۲۱ منتشر و هم اکنون در حال مذاکره است.<sup>۳</sup>

اصول راهنما به رغم اینکه اولین استاندارد جهانی معتبر در زمینه تجارت و حقوق بشر را ارائه می دهد، ولیکن در قالب سند «حقوق نرم»<sup>۴</sup> طراحی گردیده که تعهد قانونی الزام آوری را ایجاد نمی کند. با این وصف رویه متعاقب شورای حقوق بشر در تهیه پیش نویس های الزام آور و همچنین اقدامات برخی از کشورها در الگو برداری از اصول راهنما و وضع قانون در عرصه داخلی، بیانگر حرکت به سمت «حقوق سخت»<sup>۵</sup> می باشد. از همین رو در ادامه، پس از تبیین و تمییز مفهوم حقوق نرم از حقوق سخت، به بررسی اقدامات برخی از سیستم های حقوقی ملی و همچنین اسناد بین المللی در زمینه تجارت و حقوق بشر پرداخته و در انتها وضعیت حقوقی ایران را بررسی و موجبات استنتاج پایانی را فراهم خواهیم ساخت.

<https://www.business-humanrights.org/en/big-issues/binding-treaty>

<sup>4</sup> Soft Law

<sup>5</sup> Hard Law

<sup>1</sup> ZERO DRAFT 16.7.2018

<sup>2</sup> THIRD REVISED DRAFT 17.08.2021

<sup>3</sup> کارگروه تجارت و حقوق بشر، نسخه جدید و به روز شده مذاکرات را در جولای ۲۰۲۳ منتشر نموده است. برای مطالعه بیشتر رک:



یا نرم بودن آن نقش داشته باشد. به عنوان مثال، قطعنامه های شورای امنیت سازمان ملل در ارتباط با حفظ صلح به وضوح نشان دهنده اقتدار سخت آن نهاد است، در حالی که رسیدگی مجمع عمومی سازمان ملل به موضوعاتی که به طور واضح بر اساس منشور این سازمان به آن اختصاص داده نشده است، بیشتر نشان دهنده اختیار نرم این نهاد است. (Reisman, 1988, 374)

## ۲،۲ حرکت به سمت ضابطه مندی تجارت و حقوق بشر در چارچوب حقوق سخت

حقوق نرم مزایای مختلفی دارد. به عنوان مثال، حقوق نرم نسبت به حقوق سخت انعطاف پذیرتر است، زیرا به دولت‌ها فضای عملی بیشتری می‌دهد و می‌تواند تغییر شرایط را بر اساس نیاز و مسائل پیش آمده آسان‌تر کند. (Chinkin, 1989, 852) شکل گیری تعهدات سخت همواره زمان بر، دشوار و کند بوده است. دولت‌ها به دلیل آنکه پذیرش اسناد سخت را نوعی محدودسازی حاکمیت و اعطای امتیازات عمده به اجماع بین المللی و دیگر بازیگران عرصه بین المللی می‌دانند، به طور معمول تمایلی به سخت سازی تعهدات خود ندارند. افزون بر این، چارچوبی که در آن حقوق معاهداتی سخت شکل می‌گیرد بسیار دیوان سالارانه و تابع تشریقات دیپلماتیک زمان بر و فراوان است. همچنین، با تغییر شرایط زمان انعقاد معاهده و اصلاح آن بسیار دشوار، کند و توأم با تشریفات فراوان خواهد بود. (عبداللهی و عباسی، ۱۳۹۶: ۱۰۸) در مورد حوزه هایی مثل تجارت و حقوق بشر که به سرعت در حال توسعه یا تغییر هستند، ابزارهای حقوق نرم به ویژه مفید هستند زیرا می‌توانند به سرعت و به راحتی تغییر کنند. کاربرد این حقوق همچنین از جمله در حوزه هایی که اجماع شکل نگرفته یا در آن دولت‌ها تمایلی به انجام تعهدات الزام آور ندارند، بیشتر نمایان است. (Abbott and Snidal, 2005, 423)

ایجاد نموده است که آیا حقوق نرم و حقوق سخت دو مفهوم کاملاً جدا از هم هستند (d'Aspremont, 2009, 19) یا اینکه صرفاً دو سر یک زنجیره را شکل می‌دهند که از الزام حقوقی در یک طرف تا «آزادی کامل عمل» در طرف دیگر متغیر است؟ (Shelton, 2006, 320). از نظر پوزیتیویست‌ها دو حالت در تدوین و شکل گیری یک «سند» وجود دارد؛ یا تبدیل به قانون شده است یا خیر. بر اساس این استدلال، ایده حقوق نرم محلی از بحث ندارد. (Raustiala, 2005, 596) با این حال، از نظر اکثریت دیگر محققان، حقوق نرم یک پیوستار در نظر گرفته می‌شود که منعکس کننده اختلاف نظر در هنجار بودن یک موضوع و ظرفیت تأثیرگذاری آن بر رفتار است. اگرچه محتوای حقوقی این اسناد می‌تواند متفاوت باشد، اما این مفسران همچنان آن را به عنوان «حقوق» قلمداد می‌کنند، زیرا هنجارهای موجود در حقوق نرم با هدف شکل دهی به عملکرد و نوع رفتار مخاطبان خود تدوین می‌شوند. (d'Aspremont, 2009, 21)

حقوق نرم را می‌توان در گستره ای از اسناد از جمله معاهدات، منشور رفتاری، قطعنامه های اختیاری، اعلامیه های مشترک، کنفرانس های وزیران، موافقت نامه های ضمنی یا شفاهی، بیانیه های نهایی و بیانیه های تهیه شده توسط سازمان های غیردولتی با هدف تقویت اصول بین الملل یافت. (Chinkin, 1989, 850) با این حال، شکل یک سند، تعیین کننده وضعیت حقوقی آن نیست. (d'Amato and Engel, 1996, 56) برای نرم یا سخت بودن یک سند باید محتوای آن سند مورد بررسی قرار بگیرد. تشخیص نرمی یا سختی یک سند همچنین ممکن است با بررسی پیامدهای حقوقی ناشی از تعهد به آن سند یا نقض آن میسر شود. تنها در مواردی که آثار حقوقی - تعهد یا عدم تعهد - را بتوان دقیقاً مشخص کرد، می‌توان از سخت بودن یک سند صحبت کرد. (Reisman, 1988, 373) در نهایت، صلاحیت تهیه کننده یا تهیه کنندگان یک سند ممکن است در تعیین وضعیت حقوقی سخت



در رابطه میان دولت و شهروند صورت بگیرد، بیشتر آشکار می شود. (Brummer, 2010, 632)

با وجود این مزایا، موارد بسیاری نیز وجود دارد که تدوین قانون سخت ترجیح داده می شود. تدوین قانون سخت دولت‌ها را قادر می سازد تا اعتبار تعهدات خود را نشان دهند، این امر به ویژه در مواقعی که هماهنگی یا همکاری بین دولت‌ها ضروری است، اهمیت بیشتری پیدا می کند. (Brummer, 2010, 624) چارچوب حقوق سخت همچنین می تواند با ایجاد مکانیسم هایی برای تفسیر تعهدات طرفین، مشکلات مربوط به قرارداد ناقص را برطرف کند. حقوق سخت علاوه بر این، می تواند اجرای تعهدات یک دولت را تسهیل کند، به ویژه اگر تفسیر قانون مورد نظر به ثالث واگذار شود (Abbott and Snidal, 2005, 427) چنین تفویض اختیاری می تواند مفید باشد زیرا از تفسیر به رای اسناد جلوگیری کرده و به نوبه خود از رفتار منفعت طلبانه طرفین جلوگیری می کند. (Abbott and Snidal, 2005, 427)

در نهایت، حقوق سخت می تواند مشروعیت یک تعهد را افزایش داده و آن را قادر می سازد تا به عنوان یک «اهرم فشار برای پیروی از تعهدات» عمل کند. (Franck, 1988, 711) چنین تبعیتی ذاتاً به دلیل گفتمانی که تدوین قانون سخت بر آن متکی است افزایش می یابد: اولویت قواعد و حقایق بر منافع و سوابق که طبیعتاً اقدام دولت‌ها را محدود می کند. (Abbott and Snidal, 2005, 429)

بر اساس این مزایا، مفسران توصیه می کنند زمانی که «مزایای همکاری زیاد بوده اما زمینه برای فرصت طلبی و منافع فردی دولتها فراهم است» از جمله زمانی که در حوزه هایی مثل تجارت و حقوق بشر نقض تعهدات می تواند منجر به آثار خارجی و جدی بر حقوق افراد شود، به حقوق سخت تکیه شود. (Abbott and Snidal, 2005, 433) حقوق سخت همچنین زمانی توصیه می شود که تشخیص عدم انطباق یا حل مشکلات مربوط قرارداد ناقص و ارجاع این مسائل به یک محکمه صالح برای حل و

حقوق نرم می تواند بیشتر برای غلبه بر بن بست ایجاد شده و رفع اختلاف میان دولت‌ها مورد استفاده قرار گیرد (Gold, 1983, 443). علاوه بر این، حقوق نرم تابع فرآیندهای تصویب قانون عادی نیست و با وجود فقدان وضعیت قانونی سخت، همچنان می تواند به شیوه‌ای مطلوب بر رفتار تأثیر بگذارد. (Weil, 1983, 413) در نهایت، حقوق نرم می تواند به عنوان مکمل حقوق سخت عمل کند. از این منظر، حقوق نرم به عنوان منبع مدرن و مکمل منابع کلاسیک بر تبعیت از بیانیه های هنجاری تأکید دارد که در قالب اسناد سیاسی غیرالزام آوری مانند اعلامیه ها و قطعنامه ها جای گرفته اند. (عبدالهی و عباسی، ۱۳۹۶: ۱۱۷) غالباً هم از حقوق نرم در راستای کمک به تدوین هنجارها در یک حوزه خاص یا تکمیل قوانین سخت موجود استفاده شده است. (Fastenracht, 1993, 305) بر این اساس، حقوق نرم می تواند ابهامات را برطرف کند، قوانین دقیق یا استانداردهای فنی لازم برای تفسیر را ارائه دهد یا خلاها را پر کند. (Newman and Bach, 2014, ) (430)

از آنجایی که حقوق سخت رفتار و حاکمیت دولت را محدود می کند، اتکا به آن ممکن است منجر به هزینه های قابل توجهی شود. (Schaffer and Pollack, 2010, 718) تدوین یک قانون سخت مستلزم دقت بیشتری در تشریح تعهدات است. این امر می تواند منجر به سختگیری بیش از حد یا جلوگیری از هرگونه اجماع بین دولت‌ها شود. (Abbott and Snidal, 2005, 433) در حوزه هایی همچون تجارت و حقوق بشر که به هماهنگی یا همکاری نیاز است، تصور می شود که حقوق سخت ناکارآمد است زیرا رویکرد نظارت از بالا و کنترل آن مانع انعطاف پذیری از سوی دولت‌ها می شود. (Brummer, 2010, 632) حقوق نرم در حوزه هایی که تدوین معاهدات ممکن است منافع دولت‌ها را تهدید کند، ترجیح داده می شود. این امر به ویژه در مورد حاکمیت دولتها و تقابل آن با حقوق بشر صادق است؛ این موضوع زمانی که اقتدار و مداخله خارجی

الزام شرکتهای تجاری به رعایت حقوق بشر بوده است. (Abbott and Snidal, 2005, 445)

### ۳،۱ سیستم های حقوقی ملی

یکی از درخواست‌های اصلی شورای حقوق بشر از دولت‌ها، در کنار تلاش برای تدوین یک سند الزام‌آور برای تبعیت شرکت‌های خصوصی از تعهدات حقوق بشری، تقویت نظام‌های حقوقی در این حوزه بوده است. اصول راهنمای تجارت و حقوق بشر، توصیه می‌کند که ترکیبی پویا از رویکردهای دولت‌ها برای تغییر نحوه رفتار شرکتهای تجاری در مقیاس جهانی مورد نیاز است. چنین رویکردی شامل اقدامات اجباری و داوطلبانه از جمله تدوین دستورالعمل خاص در حوزه تجارت و حقوق بشر و مشوق‌های مثبت تا تحریم‌ها و پیش‌بینی مسئولیت شرکتهای می‌شود. این ابتکارات در دو سطح ملی و بین‌المللی در حال شکل‌گیری است. (Ruggie, Rees and Davis, 2021, 189)

هم‌اکنون دولت‌ها بر روی پیش‌نویس مواد کار می‌کنند و به‌طور منظم جلساتی در شورای حقوق بشر در مورد بررسی نظرات و پیشنهادهای دولت‌ها برگزار می‌شود. برخی کشورها نیز به سمت تدوین قوانین خاص در این زمینه پیش رفته‌اند. هلند، استرالیا، نیوزیلند، فرانسه، آلمان، سوئیس، دانمارک، کانادا، نروژ، فنلاند و اتریش کشورهایی هستند که قوانین و برنامه‌هایی برای مقابله با نقض حقوق بشر توسط شرکت‌ها تصویب کرده‌اند. چارچوب کلی تمامی این قوانین با توجه به اصول راهنمای تجارت و حقوق بشر سازمان ملل، الزام شرکت‌ها به رعایت حقوق بشر بر مبنای اصل مراقبت مقتضی بوده است. پنج سال اول اجرای اصول تجارت و حقوق بشر در سطح ملی با تشویق دولت‌ها به اقدامات داوطلبانه توسط شرکت‌ها و اتخاذ برنامه‌های اقدام ملی مشخص شد. برنامه اقدام ملی اسناد سیاستی بودند که به دنبال ایجاد انسجام بیشتر در کار وزارتخانه‌ها و سازمان‌های مربوطه به منظور ایجاد

فصل اختلافات مشکل باشد. این موضوع غالباً در چارچوب کلی موضوعات مربوط به حقوق بشر صادق بوده است. (Abbott and Snidal, 2005, 433)

با این حال، وجود پیوستگی و ارتباط میان حقوق نرم و حقوق سخت با این واقعیت تأیید می‌شود که تقلیل یک یا چند عنصر قانونی - ماهیت الزام‌آور بودن تعهدات، دقت و جزئیات تعهدات، یا تفویض اختیار به یک عنصر خارجی - به یک راه حل ترکیبی بر مبنای تکیه بر حقوق سخت و نرم منجر می‌شود. همین امر دولت‌ها را به سمت تدوین قواعد و مقررات خاص در حوزه تجارت و حقوق بشر در حقوق داخلی بر مبنای اصول نرم تجارت و حقوق بشر سوق داده است.

### ۳ وضعیت نظام حقوقی کشورها و اسناد بین‌المللی

اصول راهنمای تجارت و حقوق بشر، ابزار اصلی شرکت‌ها در راستای احترام به حقوق بشر است. فرآیند تعیین شده در این سند شامل ارزیابی تأثیرات واقعی و بالقوه حقوق بشر، ادغام و اقدام بر اساس یافته‌ها، بررسی اثربخشی این پاسخ‌ها و نحوه پرداختن به آثار فعالیت‌های تجاری بر حقوق بشر است. (Ruggie, Rees and Davis, 2021, 186) اما خیلی زود دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی به این نتیجه رسیدند که راه حل پایبندی شرکت‌ها به تعهدات حقوق بشری، نه یک سند نرم مثل اصول راهنمای تجارت و حقوق بشر بلکه گنجاندن این اصول در چارچوب یک سند سخت است. بر این اساس تحولات پس از سال ۲۰۱۴ نشان می‌دهد که دولت‌ها با درک این موضوع، تلاش کرده‌اند تا حدی اصول اساسی این سند را در نظام حقوقی داخلی خود وارد کنند. تدوین برنامه اقدام ملی از سوی کشورها نیز در همین چارچوب انجام شده است. بررسی اسناد بین‌المللی نیز موید درک جامعه بین‌المللی برای گذار از حقوق نرم به حقوق سخت برای

<sup>1</sup> National Action Plan (NAP)



کنند که نشان دهد شرکت مراقبت مقتضی را انجام داده است. همچنین، یک نهاد نظارتی (ماده ۳) تعیین می‌شود که بیانیه‌های شرکت را به صورت آنلاین و عمومی منتشر می‌کند.<sup>۳</sup>

اگر شرکتی در ارائه بیانیه، انجام تحقیقات، یا تنظیم یک برنامه اقدام (ماده ۷،۲ الف) قصور ورزد، یا اگر تحقیقات یا برنامه اقدام ناکافی باشد نهاد نظارتی ممکن است ابتدا یک جریمه ۴۱۰۰ یورویی (عمدتاً نمادین) اعمال کند. در مراحل بعد، این شرکت ممکن است با مجازات کیفری مانند تا چهار سال حبس، محرومیت از خدمات اجتماعی یا جریمه نقدی تا سقف ۸۳۰۰۰ یورو مواجه شود.<sup>۴</sup> این اولین بار بود که در حقوق هلند به دلیل عدم رعایت مراقبت مقتضی در مورد حقوق بشر، ضمانت اجرای کیفری پیش‌بینی گردید.

شایان ذکر است که در ماده ۵،۴ ابراز شده است که دولت هلند ممکن است یک برنامه اقدام مشترک با هدف شناسایی و جلوگیری از کار کودکان در کالاها و خدمات با همکاری سازمان‌های غیردولتی، اتحادیه‌ها و انجمن‌های کارفرمایی تدوین کند. به نظر می‌رسد ابعاد مختلف این قانون همچون مشخص شدن جزییات وظایف و اختیارات نهاد نظارتی، محتوای برنامه عملی شرکت‌ها و جایگاه شرکت‌های کوچک، باید به مرور و از طریق آیین‌نامه‌های بعدی روشن‌تر شود. همچنین این قانون محدود به حوزه کار کودکان است و می‌تواند در آینده توسعه یابد. به‌طور کلی، چارچوب این

تعهدات حقوق بشری منسجم‌تر برای شرکتها بودند. بطور خاص هلند و فرانسه - دو کشوری که بررسی نظام حقوقی آنها موضوع بخش بعدی این نوشتار است - به ترتیب در سالهای ۲۰۱۳ و ۲۰۱۷ برنامه اقدام ملی خود را تدوین کردند.

### ۳،۱،۱ هلند

در ۱۴ می ۲۰۱۹، مجلس سنای هلند قانونی در حمایت از حقوق کودکان کار با عنوان «قانون مراقبت مقتضی از کار کودکان»<sup>۱</sup> با هدف الزام شرکت‌های ارائه‌کننده کالا و خدمات به مصرف‌کنندگان هلندی به منظور شناسایی و جلوگیری از به‌کارگیری کودکان کار در فرایند زنجیره تأمین، تصویب کرد.<sup>۲</sup> مراقبت مقتضی از حقوق بشری، فرآیندی است که در آن شرکت‌ها ملزم به شناسایی، پیشگیری، کاهش و مسئولیت بررسی آثار فعالیتشان بر حقوق بشر هستند. مراقبت مقتضی، مفهوم و مبنای اساسی اصول راهنمای سازمان ملل در مورد تجارت و حقوق بشر است که مقرر می‌دارد دولت‌ها وظیفه حمایت از حقوق بشر و شرکت‌ها وظیفه احترام به حقوق بشر را بر عهده دارند. تحولات اخیر در نظام‌های حقوقی داخلی، حاوی مسئولیت مذکور در احترام به حقوق بشر بوده است.

برای اعمال مراقبت مقتضی، یک شرکت باید تعیین کند که آیا ظن منطقی وجود دارد که در فرایند تولید یک محصول یا خدمات از کودکان استفاده شده است یا خیر. اگر چنین شبهه‌ای وجود داشته باشد، شرکت باید یک برنامه اقدام تدوین و اجرا کند. مشابه سایر قوانین مربوط به حقوق بشر، این قانون شرکت‌ها را ملزم می‌کند بیانیه‌ای ارائه

<http://ohrh.law.ox.ac.uk/dutch-child-labour-due-diligence-law-a-step-towards-mandatory-humanrights-due-diligence/#> accessed 1 Oct. 2023.

<sup>۴</sup> MVO, 'Frequently Asked Questions about the new Dutch Child Labour Due Diligence Law' (14 April 2017) <https://www.mvoplatform.nl/en/frequently-asked-questions-about-the-new-dutch-child-labour-due-diligence-law/> accessed 1 Oct. 2023.

<sup>۱</sup> Child Labour Due Diligence Law

<sup>۲</sup> Anya Marcelis, 'Dutch Take the Lead on Child Labour with New Due Diligence Law' (17 May 2019) <<https://ergonassociates.net/dutch-take-the-lead-on-child-labour-with-new-due-diligence-law/>> accessed 1 Oct.2023.

<sup>۳</sup> Annaloes Hoff, 'Dutch Child Labour Due Diligence Law: A Step Towards Mandatory Human Rights Due Diligence' (10th June 2019)

هزار کارمند در شرکت‌های تابعه مستقیم یا غیرمستقیم خود که دفتر مرکزی آن‌ها در خاک فرانسه یا خارج از کشور قرار دارد، داشته باشد، باید یک طرح مراقبت مؤثر ایجاد و اجرا کند.<sup>۳</sup>

در بند دوم ماده ۲ مقرر شده است: اگر شرکتی در مدت سه ماه پس از دریافت اخطار رسمی مبنی بر انجام وظایف مندرج در بند یک ماده یک به تعهدات خود عمل نکند، حوزه قضایی مربوط می‌تواند بنا به درخواست هر شخص ذینفع، شرکت مذکور را به انجام وظیفه خود ملزم کرده و در صورت اقتضا جریمه مالی لحاظ کند. (Cossart, 2019, 322)

### ۳،۱،۳ اسناد بین‌المللی

در نگاه اول، به نظر می‌رسد بهتر است چارچوب حاکمیت جهانی موجود برای تجارت و حقوق بشر را به عنوان حقوق نرم توصیف کنیم، زیرا ابتکارات بین‌المللی شکل گرفته در این زمینه، داوطلبانه و غیر الزام آور هستند. با این حال، بررسی معیارهای اولیه برای تشخیص حقوق نرم از سخت یعنی تعهدات الزام آور، میزان جزئیات و حساسیت مرتبط با تعهدات و پیامدهای قانونی اجرا و نقض آن، تفسیر تعهدات از سوی مرجع ثالث و سطح اختیارات تهیه کننده آن، نشان می‌دهد که برخی از این ابتکارات دارای ویژگی‌هایی هستند که به طور سنتی با حقوق سخت مرتبط است.

به عنوان مثال، با وجود ماهیت غیر الزام آور دستورالعمل‌های سازمان همکاری و توسعه اقتصادی برای شرکت‌های چند ملیتی، آنها حاوی

قانون در پیش‌بینی مسئولیت حقوق بشری شرکت‌ها می‌تواند الگوی مناسبی باشد.<sup>۱</sup>

### ۳،۱،۲ فرانسه

در سال ۲۰۱۷، پارلمان فرانسه قانون مراقبت مقتضی شرکت‌ها را تصویب کرد.<sup>۲</sup> این قانون که فقط در مورد بزرگ‌ترین شرکت‌های فرانسوی اعمال می‌شود، (۴ ماده) شرکت‌ها را وادار می‌کند تا با انتشار برنامه‌های سالانه و برنامه مراقبت عمومی، اثرات نامطلوب فعالیت‌هایشان بر مردم و کره زمین را ارزیابی کرده و به آن رسیدگی کنند. این قانون شامل تأثیرات مرتبط با فعالیت‌های خود شرکت‌ها، فعالیت‌های شرکت‌های تحت کنترل آن‌ها و تأثیرات تأمین‌کنندگان و پیمانکاران فرعی است که با آن‌ها یک رابطه تجاری دارند. هنگامی که شرکت‌ها به تعهدات خودشان عمل نکنند، قانون به قربانیان و سایر طرف‌های ذی‌ربط این اختیار را می‌دهد تا علیه شرکت نزد محاکم طرح دعوی کنند. زمانی که شرکت‌ها برنامه‌های خود را منتشر نکنند، قضات می‌توانند جریمه‌ای تا سقف ۱۰ میلیون یورو اعمال کنند. اگر این قصور منجر به خساراتی شود که در غیر این صورت قابل پیشگیری بود، این جریمه می‌تواند تا ۳۰ میلیون یورو افزایش یابد. (Bonfanti, 2019, 133)

ماده ۱ این قانون در چارچوب ماده ۴-۱۰۲-۲۰۵ قانون تجارت فرانسه مقرر می‌دارد: هر شرکتی که در پایان دو سال مالی متوالی حداقل پنج هزار کارمند در داخل شرکت و شرکت‌های تابعه مستقیم و غیرمستقیم آن که دفتر مرکزی آن در خاک فرانسه واقع شده است استخدام کند؛ یا اینکه حداقل ده

<sup>2</sup> Nadia Bernaz, 'Unpacking the French Bill on Corporate Due Diligence: a presentation at the International Business and Human Rights Conference in Sevilla' (Rights As Usual, 2016) <<http://rights-as-usual.com/?p=1087>> accessed 1 Oct. 2023.

<sup>3</sup> IBA, 'Legislating human rights due diligence: opportunities and potential pitfalls to the French duty of vigilance law' (2017) <https://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=e9dd87de-cfe2-4a5d-9ccc-8240edb67de3>. accessed 1 Oct. 2023.

<sup>1</sup> Sarah A Altschuller and Amy K Lehr, 'Proposed Dutch Legislation on Child Labor Due Diligence: What You Need to Know' (CSR And The Law, 24 August 2017) [http://www.csrandthelaw.com/2017/08/24/proposed-dutchlegislation-on-child-labor-due-diligence-what-you-need-to-know/?utm\\_source=Mondaq&utm\\_medium=syndication&utm\\_campaign=View-Original](http://www.csrandthelaw.com/2017/08/24/proposed-dutchlegislation-on-child-labor-due-diligence-what-you-need-to-know/?utm_source=Mondaq&utm_medium=syndication&utm_campaign=View-Original). accessed 1 Oct. 2023.



تفویض و تعهد به گزارش دهی را به دولت‌ها تحمیل می‌کند. (Cernic, 2008, 3)

سازمان بین‌المللی استاندارد دستورالعملی را ذیل عنوان «ایزو ۲۶۰۰۰»<sup>۴</sup> در سال ۲۰۱۰ منتشر نموده و در آن به برخی از مهم‌ترین مسئولیت‌های بین‌المللی شرکت‌ها اشاره دارد. طبق این اصول، شرکت‌ها ملزم به پاسخگویی بوده و ملزم به فعالیت به صورت شفاف و روشن می‌باشند. این دستورالعمل شامل اصولی برای احترام به حاکمیت قانون، هنجارهای بین‌المللی و حقوق بشر است. دو حوزه اصلی این سند مربوط به شیوه‌های کار و حقوق بشر است. دستورالعمل سازمان بین‌المللی استاندارد در مورد تبعیض، موقعیت گروه‌های آسیب‌پذیر، حقوق مدنی و سیاسی و همچنین حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بحث می‌کند. بخش‌های مربوط به حقوق بشر نیز مطابق با اصول جان راگی برای حقوق بشر و رویکرد مبتنی بر بررسی دقیق تعهدات حقوق بشری شرکت‌های تجاری نوشته شده‌اند.<sup>۵</sup>

در سال ۲۰۱۴، پارلمان اروپا دستورالعمل گزارش دهی در مسائل غیر مالی را تصویب کرد.<sup>۶</sup> این دستورالعمل از شرکت‌های بزرگی که در بازار واحد فعالیت می‌کنند، می‌خواهد تا درباره تأثیر فعالیت‌های خود بر طیفی از مسائل غیرمالی از جمله حقوق بشر گزارش دهند. این دستورالعمل تأکید می‌کند که شرکت‌ها «بهتر است به چارچوب‌های بین‌المللی همچون اصول راهنمای تجارت و حقوق بشر عمل کنند». این دستورالعمل غیر الزام آور تأثیر شگرفی در متعهد کردن شرکت‌های تجاری به رعایت مسائل حقوق بشری نداشته است. با اینکه عدم ارائه گزارش می‌تواند منجر به تحریم‌ها شود، تعیین این

ویژگی‌های مرتبط با قوانین سخت هستند. علاوه بر اینکه چنین دستورالعمل‌هایی از پشتوانه این سازمان برخوردارند - سازمان بین‌المللی متشکل از ۳۹ دولت عضو که مسئول ۸۰ درصد تجارت و سرمایه‌گذاری جهان و مسئول ارتقاء رفاه اقتصادی و اجتماعی جهانی است - دستورالعمل‌های سازمان همکاری و توسعه اقتصادی بر مبنای استانداردهای رفتاری دقیق برای شرکت‌ها تنظیم شده است. این دستورالعمل به شرکت‌های تجاری توصیه می‌کند که عملکردهای تجاری خود را با آثار حقوق بشری آنها منطبق کنند. (OECD Guidelines, 2011, 46) دستورالعمل‌های سازمان همکاری و توسعه اقتصادی تفسیر خود را به اشخاص ثالث یا نهادهای ناظر در کشورهای مربوطه که به نام «نقاط تماس ملی» شناخته می‌شوند و وظیفه اجرای آن را نیز بر عهده دارند، تفویض می‌کند.<sup>۱</sup>

اعلامیه سه جانبه سازمان بین‌المللی کار<sup>۲</sup>، یکی دیگر از ابتکارات غیر الزام آور در حوزه تجارت و حقوق بشر است که از ویژگی‌های یک سند سخت برخوردار است. اعلامیه سه جانبه ای که ذیل سازمان بین‌المللی کار - یک نهاد قدیمی سازمان ملل متحد با ۱۸۷ دولت عضو که تخصص خاصی در مورد مسائل کار دارد - منتشر شد، استانداردهای دقیقی را در مورد مسائل کار و اشتغال تعیین می‌کند. به عنوان مثال، می‌توان به سیاست‌های دقیق در مورد ارتقای شرایط اشتغال، کودکان و کار اجباری، استانداردهای ایمنی و بهداشت و برخی دیگر از مسائل مربوط به اشتغال و کار اشاره کرد. افزون بر این، سازمان بین‌المللی کار تفسیر این اعلامیه سه جانبه را به اعضای «کمیته شرکت‌های چند ملیتی»<sup>۳</sup>

<sup>5</sup> <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/iso-26000-a-new-standard-for-human-rights/>. accessed 1 Oct. 2023.

<sup>6</sup> Directive 2014/95/EU of 22 October 2014 amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups [2014] OJ L 330/1. EU member states were required to implement the Directive by December 2016.

<sup>1</sup> OECD, 'National Contact Points for the OECD Guidelines for Multinational Enterprises'. <https://www.oecd.org/investment/mne/npcs.html>

<sup>2</sup> International Labour Organization

<sup>3</sup> Committee on Multinational Enterprises

<sup>4</sup> ISO 26000: A New Standard for Human Rights?

## ۴،۱ وجوه تمایز «مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها» با «تجارت و حقوق بشر»

مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها از لحاظ تاریخی، بر اراده و اختیار شرکت‌ها در احترام به حقوق بشر و انتظاراتی که از آن‌ها به عنوان شهروند و مسئولیت‌هایی که در این راستا داشتند، متمرکز بوده است. (CARROLL, 1999, 268) ذیل این مفهوم، شرکت‌ها تشویق می‌شوند تا در فعالیت‌های بشردوستانه مشارکت نموده و در مواردی که دولت‌ها ناتوان یا فاقد تمایل به ارائه کمک هستند، حمایت‌هایی را از اقشار ضعیف جامعه داشته باشند. با این وجود، مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها به تصمیمات ارادی که از سوی خود شرکت‌ها اتخاذ می‌شود و به اقدامات داوطلبانه آن‌ها تاکید دارد و تعهدات قانونی الزام‌آوری را به ایشان تحمیل نمی‌سازد. (Buhmann, 2006, 191) و (MCINERNEY, 2007, 173)

در مقابل، تجارت و حقوق بشر در اسناد سازمان ملل، تلاش می‌کند تا شرکت‌ها را در برابر اثرات نامطلوبی که فعالیت‌های آن‌ها بر افراد و جامعه دارد، پاسخگو کرده و این قبیل اقدامات ناقض حقوق بشر را کاهش داده و یا حتی از آن جلوگیری نماید. به عبارتی، تجارت و حقوق بشر به صرف اثرات مثبت فعالیت‌های تجاری در حمایت و ارتقای حقوق بشر بسنده نکرده، بلکه عمده تمرکز خود را بر پاسخگویی شرکت‌ها در قبال آسیب‌های وارده به اشخاص بنا نموده است. (Bilchitz, 2009, 75)

با وجود این که تعریف دقیق و واحدی از مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها ارائه نشده است، ولیکن عموماً به طریقه‌ای از تجارت و خلق ارزش‌های اجتماعی اطلاق می‌شود که بر طبق و حتی فراتر از الزامات قانونی، اخلاقی و خواسته‌های عمومی و پاسخگویی به ارزش‌های گروه‌های ذی‌نفع می‌باشد. (Jamali, D., & Mirshak, R, 2007, 22)

موارد به دولتهای عضو واگذار شده است که نتیجه آن مجموعه‌ای نسبتاً ضعیف و نامتجانس از الزامات گزارش‌دهی و پیامدهای احتمالی آن بوده است. (Ruggie, Rees and Davis, 2021, 189) با وجود این، بررسی اسناد بین‌المللی بیانگر این موضوع است که لزوم قرار دادن اصول نرم تجارت و حقوق بشر در چارچوب قواعد سخت به خوبی درک شده است.

## ۴ وضعیت حقوقی ایران

همانگونه که از مباحث سابق نیز قابل استنباط است، تجارت و حقوق بشر در قالب مفهومی که امروزه سازمان ملل پیگیر و متکفل آن است، موضوعی نوپا بوده و نه تنها در کشورهای در حال توسعه، بلکه در کشورهای توسعه یافته نیز هنوز قوانین و مقررات قابل ملاحظه‌ای دست‌کم در سطح بین‌المللی و در مقام مقایسه با سایر مجموعه‌های حقوقی وجود ندارد. بالطبع در سیستم حقوقی ایران هم به مانند دیگر کشورها، این نهاد پیشینه قابل ملاحظه‌ای نداشته و قدرمتیقن در خصوص نحوه اجرا و داخلی‌سازی اصول راهنمای مصوب ۲۰۱۱، اقدام خاصی صورت نگرفته است.

با این وصف، مبحث تجارت و حقوق بشر در کشور ما در قالب محافظه کارانه تری مورد استفاده قرار می‌گیرد که از آن به «مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها» یاد می‌کنند. اما نکته‌ای که نباید از آن غافل شد، تفاوت این دو مفهوم است که هیچوقت در نوشته‌های داخلی متذکر آن نشده‌اند. از این رو در ادامه ضمن تبیین وجوه تمایز «مسئولیت اجتماعی شرکت» با «تجارت و حقوق بشر»، به بررسی و تطبیق قوانین و مقررات داخلی خواهیم پرداخت.

<sup>1</sup> Corporate Social Responsibility (CSR)



رعایت موازین حقوق بشر، متعهد و مسئول نموده و در صورت نقض هر یک از موازین حقوق بشر، امکان طرح دعوی و مطالبه خسارت را برای زیان دیده فراهم می‌سازد، بررسی خواهیم نمود.

## ۴،۲ قوانین و مقررات داخلی

همانگونه که سابقاً متذکر شدیم، مفهوم تجارت و حقوق بشر در اسناد سازمان ملل، به ویژه اصول راهنمای مصوب ۲۰۱۱ و فعالیت های اخیر کارگروه تخصصی در پیگیری برنامه های اقدام ملی و تدوین پیش نویس کنوانسیون لازم الاجرا، اقدامی بدیع و نسبتاً نوپا می باشد. از این رو سیستم حقوقی ایران نیز همانند بسیاری از کشورهای در حال توسعه هنوز نتوانسته است خود را با آن تطبیق دهد.

البته با اندکی تدقیق در محورهای سه گانه اصول راهنمای تجارت و حقوق بشر مصوب ۲۰۱۱ متوجه خواهیم شد که نگاه ایده آل محور و انتظاری که شورای حقوق بشر سازمان ملل متحد از دولت ها و شرکت های تجاری برای وضع قوانین و مقررات و اتخاذ راهکار جهت جلوگیری از نقض حقوق بشر و النهایه پیش بینی روش های متعدد جبران خسارت دارد، با واقعیت های موجود اکثر سیستم های حقوقی حتی کشورهای توسعه یافته فاصله دارد. به عنوان مثال در بند «ج» و «د» اصل ۳ دولت ها را موظف می سازد که در تمام دوره فعالیت شرکت ها، به آن ها راهنمایی موثری در خصوص نحوه احترام به حقوق بشر ارائه داده و شرکت ها را ملزم به اطلاع رسانی اثرات فعالیت هایشان بر حقوق بشر نمایند. یا در اصل ۱۸ شرکت های تجاری را متعهد نموده که برای ارزیابی خطرات تهدید کننده حقوق بشر، باید هر اثر نامطلوب حقوق بشری بالفعل یا بالقوه را که در جریان فعالیت ها یا در نتیجه روابط تجاری شان به نوعی در ایجاد آن دخیل بوده اند، شناسایی و خود به آن رسیدگی کنند. به علاوه در بخش سوم و ذیل عنوان دسترسی به جبران خسارت، در اصول ۲۶، ۲۷ و ۲۸ انواع مکانیسم های شکایت اعم

عبارت کلی می توان گفت که مسئولیت اجتماعی شرکت ها به روش هایی می پردازد که سازمان ها می بایست در فضای کسب و کار به آن عمل کنند تا پاسخگوی توقعات جامعه، انتظارات تجاری، قانونی، اخلاقی و دینی باشند. (موسوی کوهپر و همکاران، ۱۴۰۰: ۲۰۹)

با تامل در تعریف صدرالذکر می توان دریافت که مفهوم مسئولیت اجتماعی شرکت، بر حاکمیت شرکت ها تاکید دارد و این خود سازمان ها هستند که با لحاظ نقش آفرینی در جامعه و نحوه تعامل با سهامداران و اشخاص ثالث نسبت به اتخاذ تصمیم اقدام می نمایند. در حالی که نهاد تجارت و حقوق بشر، رعایت حقوق بشر را به عنوان مبنای اساسی تصمیم گیری شرکت ها در نظر گرفته و باور دارد که ابتکارات داوطلبانه همیشه پاسخگو نبوده و به ناقضان قانون اجازه می دهد که بدون وجود ضمانت اجرا و مجازات متناسب فعالیت کنند. (J. Smith, 2013, 8)

مسئولیت اجتماعی شرکت و تجارت و حقوق بشر مفاهیم در هم تنیده ای بوده و هر دو به شرکت هایی اشاره دارند که فعالیت مسئولانه داشته و از نظر اجتماعی سودمند هستند، اما تفاوت های کلیدی نیز دارند که یکی دارای ماهیت اختیاری و ارادی و دیگری بر الزام آوری تعهد و ضمانت اجرا اصرار دارد. در واقع مفهوم مسئولیت اجتماعی شرکت برگرفته از ایده های تجار و دانشکده های بازرگانی است، در حالی که تجارت و حقوق بشر حاصل کار دانشکده های حقوق و حامیان حقوق بشر می باشد که بر ضمانت اجرا و جبران خسارت تاکید دارند. (Andreas, 2021, 8)

با عنایت به نکات صدرالذکر و التفات به تفاوت تجارت و حقوق بشر با مسئولیت اجتماعی شرکت که ضرورت تغییر رویه نوشته های حقوقی را نیز مشخص می سازد، در ادامه سیستم حقوقی ایران را با نگاه تطبیق با مفهوم تجارت و حقوق بشر که ضمن ایجاد تعهد برای دولت ها در حمایت از حقوق بشر و تامین آزادی اساسی، شرکت ها را نیز در قبال



محیط زیست یا تخریب غیرقابل جبران آن ملازمه پیدا کند، ممنوع است». در همین راستا قانون مدیریت پسماند مصوب ۲۰/۰۲/۱۳۸۳، در مواد ۱، ۱۵ و ۱۶ در جهت تحقق اصل پنجاهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و به منظور حفظ محیط زیست کشور از آثار زیانبار پسماندها و مدیریت بهینه آنها، برای کلیه وزارتخانه ها و سازمانها و موسسات و نهادهای دولتی و نهادهای عمومی غیردولتی و همچنین تمامی شرکتهای و موسسات و اشخاص حقیقی و حقوقی، تعهداتی وضع و تخلف از آن را مشمول جزای نقدی دانسته است.

مشابه این دیدگاه را در ماده ۹ قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست مصوب ۲۸/۰۳/۱۳۵۳ و ماده ۱۲ قانون نحوه جلوگیری از آلودگی هوا مصوب ۰۳/۰۲/۱۳۷۴ نیز می بینیم که به موجب آن احداث کارخانجات و کارگاه ها را مستلزم رعایت معیارهای سازمان حفاظت محیط زیست دانسته و هر گونه عملی که موجب آلودگی محیط زیست شود را ممنوع دانسته است. به علاوه در مواد ۱۴ و ۱۶ قانون اخیر الذکر همانند ماده ۲۶ اصول راهنمای تجارت و حقوق بشر، ضمانت اجرای قضایی پیش بینی نموده است.

قانون حفاظت از دریاها و رودخانه های قابل کشتیرانی در مقابل آلودگی به مواد نفتی مصوب ۳۱/۰۶/۱۳۸۹ در مواد ۹ و ۱۰ ضمن ممنوع اعلام کردن آب توسط هر نوع کشتی و شناور و تاسیسات نفتی، ضمانت اجرای قضایی و اداری برای مرتکب پیش بینی نموده است. البته ماده ۶۸۸ بخش تعزیرات قانون مجازات اسلامی در زمینه تهدید علیه بهداشت عمومی نیز به صراحت هر اقدامی که تهدید علیه بهداشت عمومی شناخته شود از قبیل آلوده کردن آب آشامیدنی یا توزیع آب آشامیدنی آلوده دفع غیر بهداشتی فضولات انسانی و دامی و مواد زاید ریختن مواد مسموم کننده در رودخانه ها

مکانیسم قضایی دولتی<sup>۱</sup>، غیرقضایی دولتی<sup>۲</sup> و مکانیسم شکایت غیردولتی<sup>۳</sup> را پیش بینی نموده است که برخی موارد برای بسیاری از سیستم های حقوقی من جمله ایران کاملاً جدید هستند.

با این وصف، آنچه نباید از خاطر برد اینکه از زمان تصویب اصول راهنمای بسیاری از کشورها، با ارائه برنامه اقدام ملی و وضع قوانین جدید، سعی نموده اند تا مقررات حاکم بر فعالیت های شرکت های تجاری را با موازین حقوق بشری معرفی شده در این اصول هماهنگ کرده و رویه یکسانی اتخاذ نمایند. لذا ضرورت دارد که کشور ما نیز برای جلوگیری از مسئولیت های متعاقب حقوق بشری و اتهام هایی که ممکن است در ادامه با آن مواجه شود، از هم اکنون به فکر چاره بوده و با شناسایی قوانین و رویه های ناصحیح، ضمن ارائه برنامه اقدام ملی در زمینه تجارت و حقوق بشر، موجبات تطبیق و وضع قوانین جدید را نیز فراهم سازد.

البته با تحقیق و تامل در مجموعه قوانین و مقررات موجود و به رغم ضعف عمده ای که در خصوص تعرفه و شناسایی مفهوم تجارت و حقوق بشر در حقوق داخلی وجود داشته و شاید نتوان به صراحت قواعد مشخصی را هماهنگ با آن معرفی نمود، ولیکن در قالب قوانین پراکنده و جست و گریخته، مواردی وجود دارد که می توان رویکردی هم راستا با اهداف اصول راهنمای تجارت و حقوق بشر را از آن استخراج نمود.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به عنوان قانون مادر، با نگرشی دقیق به توسعه پایدار و هماهنگ با اصول ۱ و ۲ سند راهنمای تجارت و حقوق بشر، در اصل پنجاه مقرر می دارد که: «در جمهوری اسلامی، حفاظت محیط زیست که نسل امروز و نسل های بعد باید در آن حیات اجتماعی رو به رشدی داشته باشند، وظیفه عمومی تلقی می گردد. از این رو فعالیت های اقتصادی و غیر آن که با آلودگی

<sup>3</sup> NON-STATE-BASED GRIEVANCE MECHANISMS

<sup>1</sup> STATE-BASED JUDICIAL MECHANISMS

<sup>2</sup> STATE-BASED NON-JUDICIAL GRIEVANCE MECHANISMS



البته ماهیت حقوق نرم بودن اصول راهنما که ذاتا تعهد قانونی الزام آوری را ایجاد نمی کند، دولت ها و سازمانهای بین المللی را متقاعد ساخت که این اصول را در چارچوب حقوق سخت پیش بینی نمایند. بر این اساس، ضمن تلاشی که از سال ۲۰۱۴ در راستای تهیه پیش نویس الزام آور حقوقی نموده اند، سعی کرده اند تا در قالب برنامه های اقدام ملی و قانون گذاری داخلی، به عنوان قانون نمونه از اصول راهنما بهره جسته و شرکت های تجاری را به رعایت مسائل حقوق بشری ملزم نمایند. البته بررسی اسناد بین المللی نیز موید درک جامعه بین المللی برای گذار از حقوق نرم به حقوق سخت برای الزام شرکتهای تجاری به رعایت حقوق بشر بوده است.

سیستم حقوقی ایران با مفهوم تجارت و حقوق بشری که در اصول راهنما ارائه شده است، بیگانه بوده و متاسفانه حتی در محافل علمی و دانشگاهی نیز تعریف درستی از آن صورت نگرفته است. نوشته های موجود در قالب «مسئولیت اجتماعی شرکت ها» به موضوع ورود کرده اند که به جهت تفاوت هایی که از حیث اختیاری و فاقد ضمانت اجرای موثر بودن، ذکر کردیم، نمی تواند با مقصود اصول راهنما هماهنگ باشد. البته با تحقیق و تامل در مجموعه قوانین و مقررات موجود، به صورت پراکنده و جست و گریخته مواردی یافت می شود که همراستا با اهداف اصول راهنمای تجارت و حقوق بشر می باشند. از این رو به نظر می رسد باید با بهره مندی از قابلیت های موجود و شناسایی قوانین و رویه های ناصحیح، از هم اکنون به فکر چاره بوده و برای جلوگیری از مسئولیت های متعاقب حقوق بشری و اتهام هایی که ممکن است در آینده با آن مواجه شویم، ضمن کسب استطلاع بیشتر از مقررات اصول راهنما و پیش نویس های الزام آوری که هم اکنون نیز در حال مذاکره می باشد، موجبات تطبیق هر چه بیشتر قوانین داخلی و تهیه برنامه اقدام ملی را فراهم نمود.

زباله در خیابان ها و کشتار غیر مجاز دام استفاده غیر مجاز فاضلاب خام یا پس آب تصفیه خانه های فاضلاب برای مصارف کشاورزی را ممنوع دانسته و مرتکبین را چنانچه طبق قوانین خاص مشمول مجاز شدیدتری نباشند، مستحق حبس می داند.

قانون کار مصوب ۲۹/ ۰۸/ ۱۳۶۹ نیز در مواد مختلف اعم از مواد ۹۷ لغایت ۱۰۹ و مواد ۱۷۱ تا ۱۸۴ به نحوی هماهنگ با «اعلامیه سازمان بین المللی کار درباره اصول و حقوق بنیادین کار» و همراستا با اصل ۱۲ اصول راهنما، ضمن الزام کارفرما و شرکت ها در اجرای مقررات آمرانه کار، موضوع کار اجباری را به هر نوعی که باشد، ممنوع می داند.

## ۵ نتیجه گیری

امروزه مسئله مسئولیت شرکت ها ارتباط مستقیم و تنگاتنگی با موازین حقوق بشری از جمله محیط زیست، بهداشت، آزادی بیان، حقوق کارگران، حق تجمعات و .. دارد و قدرت و نفوذ شرکت های تجاری به ویژه شرکت های چندملیتی و فراملی نیز روز به روز در حال افزایش است، تا حدی که تصمیم عده ای از مدیران یک شرکت می تواند بر حقوق و آزادی های شمار قابل ملاحظه ای از انسان ها در نقاط مختلف جهان تاثیر بگذارد، لذا نمی توان مسئولیت شرکت ها را محدود به تعهدات اخلاقی، خیرخواهانه و یا بشر دوستانه نمود، بلکه شرکت ها به واسطه فعالیت خود دارای مسئولیت های قانونی می باشند.

اصول راهنمای تجارت و حقوق بشر مصوب ۲۰۱۱ که حاصل سالها مطالعه و بررسی کارگروه تخصصی شورای حقوق بشر سازمان ملل می باشد، با نظر به همین مهم، در قالب سه بخش اصلی، ضمن ایجاد تعهد برای دولت ها در حمایت از حقوق بشر و تامین آزادی اساسی، شرکت ها را نیز در قبال رعایت اصول حقوق بشر، متعهد و مسئول نموده و در صورت نقض هر یک از موازین حقوق بشر، امکان طرح دعوی و مطالبه خسارت را برای زیان دیده فراهم ساخته است.

## منابع

- Abbott, K.W., & Snidal, D. (2000), Hard and Soft Law in International Governance, *International Organization*, Vol. 54, Issue 3.
- Abdollahi, M., & Abbasi, A. (2018), Phenomenology of the Genesis of Soft Law in the Framework Normative System of International Law, *Legal Research Quarterly*, Vol. 21, Issue 82, (In Persian).
- Andreas, R. (2021), The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Implications for Corporate Social Responsibility Research, *Business and Human Rights Journal*, Vol. 6, Issue 2.
- Angelica, B. (2020), *Business and Human Rights in Europe: International Law Challenges*, Routledge.
- Anita, R. (2015), Corporate Social Responsibility versus Business and Human Rights: Bridging the Gap between Responsibility and Accountability, *Journal of Human Rights*, Vol. 14, Issue 2.
- Baxter, R.R. (1980), International Law in Her Infinite Variety, *the International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 29, Issue 4.
- Bilchitz, D. (2009), the Ruggie Framework: An Adequate Rubric for Corporate Human Rights Obligations, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1394367](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1394367)
- Brummer, C. (2011), *Soft Law and the Global Financial System: Rule Making in the 21st Century*, Cambridge University Press.
- Buhmann, K. (2006), Corporate Social Responsibility: What Role for Law? Some Aspects of Law and CSR, *Corporate Governance*, Vol. 6, No. 2.
- Carroll, B. (1999), Corporate Social Responsibility: Evolution of a Definitional Construct, *Business & Society*, Vol. 38, No. 3.
- Cernic, J.L. (2008), Corporate Responsibility for Human Rights: A Critical Analysis of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, *Hanse Law Review*, Vol. 3, No. 1.
- Chinkin, C.M. (1989), The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, No. 4.
- D'Amato, A., & Engelm, K. (1996), *International Environmental Law Anthology*, Anderson Publishing Company.
- D'Aspremont, J. (2009), Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials, *European Journal of International Law*, Vol. 20, Issue 3.
- Fastenracht, U. (1993), Relative Normativity in International Law, *European Journal of International Law*, 10.1093/OXFORDJOURNALS.EJIL.A035832.



- Franck, T.M. (1980), Legitimacy in the International System, *The American Journal of International Law*, Vol. 82, No. 4.
- Gold, J. (1996), *Interpretation: The IMF and International Law*, Kluwer Law International.
- Jamali, D., & Mirshak, R. (2007), Corporate Social Responsibility (CSR): Theory and Practice in a Developing Country Context, *Journal of Business Ethics*, Vol. 72, No. 3.
- Jérôme, C., & Tiphaine, B. (2017), The French Law on Duty of Care: A Historic Step Towards Making Globalization Work for All, *Business and Human Rights Journal*, Vol. 2, Issue 2.
- Mcinerney, T. (2007), Putting Regulation before Responsibility: Towards Binding Norms of Corporate Social Responsibility, *Cornell International Law Journal*, Vol. 40, No. 1.
- Newman, A., & Bach, D. (2014), The European Union as Hardening Agent: Soft Law and the Diffusion of Global Financial Regulation, *Journal of European Public Policy*, 10.1080/13501763.2014.882968.
- Raustiala, K. (2005), Form and Substance in International Agreements, *the American Journal of International Law*, Vol. 99, No. 3.
- Reisman, W.M. (1988), A Hard Look at Soft Law, *American Society of International Law*, Vol. 82, No. 2.
- Reisman, W.M. (2013), Soft Law and Law Jobs, *Journal of International Dispute Settlement*, 10.1093/jnlids/idq014.
- Ruggie J., Caroline, R., & Rachel, D. (2021), Ten Years After: From UN Guiding Principles to Multi-Fiduciary Obligations, *Business and Human Rights Journal*, Vol. 6, Issue 2.
- Schaffer, G.C., & Pollack, M.A. (2010), Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance, *Minnesota Law Review*, Vol. 94.
- Shelton, D. (2006), Normative Hierarchy in International Law, *The American Journal of International Law*, Vol. 100, No. 2.
- Shiravi, A., Mohammad, V. M. (2015), Soft Law, *Comparative Law Review*, Vol. 6, Issue 1, (In Persian).
- Smith, J. (2013), Corporate Human Rights Obligations: Moral or Political? *Business Ethics Journal Review*, Vol. 1, Issue 2.
- Stéphanie, L., Thomas, G., & John, C., (eds) (2016), *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*, Oxford University Press.
- Weil, P. (1983), Towards Relative Normativity in International Law, *The American Journal of International Law*, Vol. 77, No. 3.
- Yahya. M., Ali, Z., Mehdi, M., & Mohamdreza, A. (2021), Social Responsibility



ity of Companies in the Legal System of Iran and Europe, *International Legal Research*, Vol. 14, Issue 52, (In Persian).

Original Article

# Recognition of “impeachment” in comparison to “interpellation” in political systems

Seyedeh Zahra Saeid<sup>\*1</sup>, Seyed Ahmad Habibnezhad<sup>2</sup>

<sup>1</sup> PhD in Public Law, Faculty of Law, University of Tehran, College of Farabi, Qom. Iran

<sup>2</sup> Associate Professor, Department of Public Law, Faculty of Law, University of Tehran, College of Farabi, Qom. Iran



20.1001.1.24237566.1403.8.1.4.5



10.22080/lps.2023.25431.1511

**Received:**

May 17, 2023

**Accepted:**

September 11, 2023

**Available online:**

July 27, 2024

**Keywords:**

Impeachment, interpellation, high ranking officials of the executive, removal, disqualification

## Abstract

Impeachment is an institution that can remove high-ranking officials of the executive who are disqualified and unfit to continue the office. Impeachment could be seen in the constitutional law of all kinds of political systems, including presidentialism, semi-presidentialism and the parliamentary Republic. In some instances of domestic research, we see the fusion of impeachment and interpellation, which sometimes leads to mistakes leading to deduction. Scrutinizing the terminology of impeachment is the solution for such fusion. Accordingly, the question of the research is: what are the elements of impeachment in order to recognize it from interpellation? By the descriptive-analytic method, the research concludes that differences in officials and differences in grounds of removal are the most important elements and parameters for the distinction of these two terms. While impeachment targets officials with protected tenures or terms of office, interpellation is practiced mostly where ministers are subject to the confidence of the parliament. The common ground of Impeachment is removing a person or persons in the government whom the legislature deems unfit to continue in office due to subversive acts against the country and grave violations of public trust, which contain several instances like violations of law, corruption and treason. In addition, the procedure, stages and outcomes of impeachment and interpellation would be distinguished in many aspects. The paper is about to explain impeachment and distinguish it from interpellation.

**\*Corresponding Author:** Seyedeh Zahra Saeid

**Address:** Faculty of Law, University of Tehran,  
College of Farabi, Qom. Iran

**Email:** [sz.saeid@ut.ac.ir](mailto:sz.saeid@ut.ac.ir)



## Extended Abstract

### 1. Introduction

In political systems, there is always a fear that the executive and political officials will deviate from the path of fulfilling their duties, undermine the public trust and subvert the country. The legal tool for the removal of political and executive officials makes it possible to remove that person from the office in the case of subversion of the country, instead of waiting for the end of the tenure. The common legal tool in political systems to remove high executive officials, especially presidents, is “impeachment”, which includes legal and criminal grounds depending on the constitutional laws of different countries.

The specialized institutions in law, which appear in the form of legal words, are a platform for transferring concepts and even a collection of concepts. The institution of impeachment is a concept that has emerged throughout the history of political systems in the world, and it has specific characteristics and features. Despite some references in comparative constitutional law books, none of the Iranian researchers have scrupulously explained the institution of impeachment and its elements. Paying not enough attention to the characteristics of the term impeachment has led to misconceptions in some translations regarding close concepts, especially the term interpellation.

### 2. Methods

The main problem of the research is to ponder the specialized term of impeachment and distinguish it from the close and rival term, i.e., interpellation. For this purpose, in the first, the origin and nature of the institution of impeachment are briefly examined, and some instances

of the misconception of impeachment with interpellation are mentioned in the works of Iranian researchers and translators, due to the necessity of paying attention to the issue and distinguishing characteristics and elements of the specialized term, impeachment.

### 3. Results

According to the analysis of the four elements of impeachment compared to the term interpellation, the following results can be extracted:

Firstly, Persons subject to impeachment in the current political system are officials whose tenure is protected or whose tenure is fixed. The most important examples of these cases are presidents in political systems. Of course, in some political systems, it also includes high-ranking judicial officials. On the other hand, interpellation and vote of no confidence can be proposed in relation to officials within the cabinet (government), whose term of office is not fixed and is subject to the opinion of the parliament. Accordingly, the prime minister (head of government) and the cabinet ministers would be dismissed through the interpellation and the vote of no confidence in the current political systems.

Secondly; The main point of distinction between the impeachment and interpellation regards the grounds of removal, i.e., the scope of the subject. The ground of removal in interpellation is political, while the ground of removal in impeachment is legal and sometimes criminal, theoretically. The interpellation of a political official or the government is raised when the adopted policies do not meet the policies of the parliament, in this case, the parliament decides to remove the government. But the common grounds of

impeachment are unfitness to continue the office due to subversion the country and severely damaging public trust, including numerous examples such as violation of laws, corruption and betrayal.

Thirdly, all the procedures of interpellation are done in the parliament, and in the case of the bicameralism, all the procedures are done in the first chamber, whereas the institution of impeachment frequently occurs in the first stage, i.e., the prosecution stage, which is followed by the legislative assembly, and in the second stage, i.e., the trial stage, which is followed by The second chamber or a judicial body such as the Supreme Court or the Constitutional Court or a special and ad hoc institution.

Fourthly, the final effect of interpellation is removal from office and does not include punishment or other sanctions, but the impeachment may lead to disqualification from holding public office, in addition to dismissal from office, and in some countries, it may also include some punishments.

#### **4. Conclusion**

According to the findings of the research, it should be acknowledged that although the institution of impeachment and the institution of interpellation both lead to the dismissal of government officials, the four elements observed show that these two constitutional institutions are different from each other. The exact distinguishing between these two concepts prevents the legal researcher from using them interchangeably and also from making unreasonable inferences.

#### **Funding**

There is no funding support.

#### **Authors' contribution**

The authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All 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**

We are grateful to all the persons for scientific consulting in this paper



## علمی پژوهشی

# شناسایی نهاد «تعقیب و محاکمه» در مقایسه با نهاد «استیضاح» در دیگر نظام‌های سیاسی

سیده زهرا سعید<sup>۱\*</sup>، سید احمد حبیب نژاد<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران، پردیس فارابی، قم، ایران  
<sup>۲</sup> دانشیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران، پردیس فارابی، قم، ایران



20.1001.1.24237566.1403.8.1.4.5



10.22080/lps.2023.25431.1511

## چکیده

تعقیب و محاکمه نهادی است که به واسطه آن می‌توان مقامات عالی‌رتبه اجرایی که عدم کفایت و شایستگی خود را برای تصدی سمت از دست می‌دهند، برکنار کرد. تعبیه این نهاد حقوقی در حقوق اساسی انواع نظام‌های سیاسی اعم از ریاستی، نیمه‌ریاستی و جمهوری پارلمانی قابل مشاهده است. در آثار پژوهشگران داخلی، در پاره‌ای از موارد، شاهد آمیختگی این نهاد با مفهوم استیضاح هستیم که در برخی موارد موجب اشتباه در استنباط است. عنصرشناسی موشکافانه نهاد تعقیب و محاکمه راه حل برون‌رفت از چنین آشفتگی است. بر این اساس، این پژوهش به دنبال آن است که به این سوال پاسخ دهد که عناصر نهاد تعقیب و محاکمه در نظام‌های سیاسی جهت بازشناسایی از نهاد استیضاح کدام است؟ این پژوهش با روش توصیفی-تحلیلی به این نتیجه دست یافته است که تفاوت در مقامات مشمول این دو نهاد به همراه تفاوت در زمینه‌های برکناری، از مهم‌ترین عناصر و شاخصه‌های تمییز این دو مفهوم است. افراد مشمول تعقیب و محاکمه در نظام‌های سیاسی فعلی، مشتمل بر مقاماتی است که «مدت زمان تصدی آن‌ها حفاظت شده باشد» یا این‌که «دارای زمان تصدی ثابت» باشند در حالیکه استیضاح در خصوص مقاماتی که منشا قدرت خود را از پارلمان اخذ کرده اند، اعمال می‌شود. مخرج مشترک زمینه‌های تعقیب و محاکمه، عدم شایستگی در بقا در سمت به واسطه لطمه زدن به کشور و خدشه‌دار شدن شدید اعتماد عمومی است که مصادیق متعددی نظیر تخلف از قوانین، فساد و خیانت را در برمی‌گیرد. همچنین، فرایند، مراحل و آثار تعقیب و محاکمه و استیضاح در بسیاری وجوه از یکدیگر قابل تفکیک است. پژوهش حاضر در صدد تبیین نهاد تعقیب و محاکمه و تمییز آن از استیضاح است.

## تاریخ دریافت:

۱۷ آبان ۱۴۰۱

## تاریخ پذیرش:

۲۸ دی ۱۴۰۱

## تاریخ انتشار:

۰۶ مرداد ۱۴۰۳

## کلیدواژه‌ها:

تعقیب و محاکمه، استیضاح، مقامات عالی رتبه اجرایی، برکناری، عدم کفایت و شایستگی

\* نویسنده مسئول: سیده زهرا سعید

آدرس: دانشکده حقوق، دانشگاه تهران، پردیس فارابی، قم، ایران ایمیل: [sz.saeid@ut.ac.ir](mailto:sz.saeid@ut.ac.ir)

## ۱ مقدمه

تبیین نهاد تعقیب و محاکمه و عناصر آن به صورت موشکافانه نپرداخته است. تنها پایان‌نامه‌ای با عنوان «تعقیب و محاکمه مقامات عالی در حقوق ایالات متحده آمریکا» در این خصوص به رشته تحریر در آمده است (ابراهیمیان شیا، ۱۳۹۵) که در عین پرداختن تفصیلی به موضوع تعقیب و محاکمه در صدد بررسی و مقایسه عناصر این نهاد با نهاد استیضاح نبوده است. عدم دقت در زوایای این نهاد تخصصی، موجب شده تا در برخی از ترجمه‌ها و ومعادل‌گذاری‌ها این نهاد با مفاهیم قریب خود به خصوص مفهوم «استیضاح»<sup>۲</sup> خلط شود و پژوهشگر را به استنتاج‌های نادرستی رهنمون سازد. درحالی‌که، زبان حقوق یکی از مهمترین ابزارها و بستر بحث درباره اندیشه سیاسی بوده است؛ بنابراین در انتقال و ترجمه این آثار باید به معنا و محتوای حقوقی الفاظ و مفاهیم توجه کرد و آن را بازشناخت. (سلطانی، ۱۳۹۸: ۲۱۳) بدین منظور، مسئله اصلی پژوهش حاضر بر غور در مفهوم تخصصی نهاد تعقیب و محاکمه بنا شده است. سؤالی که در این نوشتار به دنبال پاسخگویی به آن هستیم این است که عناصر نهاد تعقیب و محاکمه در نظام‌های سیاسی جهت بازشناسایی از مفهوم استیضاح کدام است؟ بدین منظور، نخست، خاستگاه نهاد تعقیب و محاکمه و ماهیت آن به اجمال مورد بررسی قرار می‌گیرد و نمونه‌هایی از آمیختگی مفاهیم تعقیب و محاکمه با استیضاح در آثار پژوهشگران و مترجمان داخلی ذکر می‌شود تا ضرورت پرداختن به موضوع و بازشناسایی عناصر مؤلفه‌های این نهاد تخصصی روشن گردد. سپس عناصر چهارگانه نهاد تعقیب و محاکمه به ترتیب مقامات مشمول، زمینه‌های برکناری، فرآیند و مراحل و در نهایت، آثار و پیامدهای تعقیب و محاکمه، مورد واکاوی قرار می‌گیرد. این پژوهش، مقدمه‌ای است

در نظام‌های سیاسی همواره بیم آن می‌رود که مقامات اجرایی و سیاسی از مسیر ایفای وظایف خود منحرف شوند و اعتماد عمومی را خدشه دار کرده و به کشور لطمه وارد کنند. تعبیه ابزارهای حقوقی جهت برکناری مقامات سیاسی و اجرایی، این امکان را فراهم می‌آورد تا به جای انتظار برای اتمام دوره تصدی سمت، آن فرد را در صورت ضربه به کشور، از سمت برکنار کرد. در رابطه با مقامات اجرایی و سیاسی، این دغدغه بیشتر در خصوص رئیس‌جمهور در نظام‌های سیاسی متبلور می‌شود. هرچند زمینه برکناری رؤسای جمهور منتخب در نظام‌های ریاستی و نیمه‌ریاستی، به دلیل اختیارات و صلاحیت‌های گسترده، بیشتر محل بحث است؛ اما برکناری رؤسای جمهور در قوانین اساسی نظام‌های جمهوری پارلمانی نیز مطرح است. ابزار حقوقی رایج در نظام‌های سیاسی به منظور برکناری مقامات عالی اجرایی به خصوص رؤسای جمهور، نهاد «تعقیب و محاکمه»<sup>۱</sup> است که بسته به حقوق اساسی کشورهای مختلف، در برگزیده زمینه‌های حقوقی و کیفری است. البته در برخی از نظام‌های سیاسی، در صورت تحقق زمینه‌های تعقیب و محاکمه، مقامات عالی رتبه قضایی نیز از این طریق، قابل عزل هستند. (Martinez, 2012:561)

نهادهای تخصصی حقوق که در قالب الفاظ حقوقی نمود می‌یابند، بستری برای انتقال مفاهیم و حتی منظومه‌ای از مفاهیم هستند. نهاد تعقیب و محاکمه مفهومی است که در طول تاریخ نظام‌های سیاسی در جهان به وجود آمده است و در برگزیده اختصاصات و ویژگی‌های منحصر به فرد است. علی‌رغم برخی اشارات در کتب حقوق اساسی تطبیقی، تحقیقات داخلی به صورت گسترده به

زدن به تراکم و سردگمی اصطلاحات حقوقی، برای مفهوم روبه‌رو، از معادل «تعقیب و محاکمه» که حقوقدانان و اساتید پیشین بکار برده‌اند، استفاده می‌کنیم.

<sup>2</sup>. Interpellation

<sup>1</sup>. Impeachment

این کلمه در لغت مترادف با اتهام است و به مرحله اعلام کیفرخواست، مربوط می‌شود. بعد از این مرحله، محاکمه‌ای جهت تشخیص مقصر بودن و یا بی‌گناه بودن، اتفاق می‌افتد. به دلیل پرهیز از جعل اصطلاح جدید در ادبیات داخلی و دامن



برای نوشتار دیگر که به شکافتن پیامد آمیختگی مفهوم تعقیب و محاکمه با استیضاح در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران اختصاص دارد.<sup>۱</sup>

## ۲ خاستگاه نهاد تعقیب و محاکمه و مفاهیم رقیب

نهاد تعقیب و محاکمه در بستر نظام‌های سیاسی غربی در طول قرون متمادی نضج گرفته و دچار تحولاتی شده است. این نهاد حقوقی ابتدا در بریتانیا شکل گرفت و نسخه متفاوتی از آن به نظام‌های سیاسی دیگر صادر شد. نهاد تعقیب و محاکمه در ابتدای شکل‌گیری خود در نظام سیاسی بریتانیا، تا حدودی با مفاهیم رقیب خود به خصوص نهاد استیضاح آمیخته بود. در آن زمان، نهاد تعقیب و محاکمه به عنوان ابزاری جهت برکناری و محاکمه مقامات عالی‌رتبه به حساب می‌آمد، اما امروزه این نهاد در ادبیات حقوق اساسی رایج در نظام‌های سیاسی با مفاهیم استیضاح از یکدیگر کاملاً بازشناخته می‌شوند. متأسفانه، تمایزدهی و بازشناسایی این نهاد از مفهوم استیضاح در ادبیات حقوق اساسی ایران به صورت کامل صورت نگرفته و به دلیل اصلی‌ترین نقطه تشابه این دو نهاد یعنی برکناری مقام اجرایی و سیاسی، در برخی از موارد به جای یکدیگر به کار می‌رود. در این قسمت به نحوه شکل‌گیری نهاد تعقیب و محاکمه و شواهدی از آمیختگی این دو مفهوم در آثار داخلی می‌پردازیم.

### ۲.۱ تاریخچه نهاد تعقیب و محاکمه

نهاد تعقیب و محاکمه برای اولین بار در بریتانیا در قرن چهاردهم به عنوان ابزار نهایی در مبارزات مستمر قدرت در برابر پادشاه شکل گرفت. دکترین حق قدسی پادشاهان مانع از مسئول شناختن مقام پادشاه می‌شد. وزرای پادشاه و افراد مورد حمایت وی از منشا قدسی برخوردار نبودند، لذا فرض

غیرمسئول بودنشان نیز مطرح نبود. بر همین اساس، تعقیب و محاکمه این افراد راهی بود تا اعمال یا دیدگاه‌های غیر مردمی که مورد حمایت پادشاه بود، از این طریق با شکست و تغییر روبه‌رو شود. این نوع اولیه از تعقیب و محاکمه به پارلمان صلاحیت جزایی داد و مجلس عوام در بریتانیا به عنوان دادستان و قاضی در خصوص موضوع نقش ایفا می‌کرد. مجازات اعمال شده توسط مجلس عوام شامل جریمه نقدی، استرداد اموال، ضبط، تبعید یا حبس ابد می‌شد. این فرایند جای خود را در اواسط قرن هفدهم به شیوه‌های بهتر و آسان‌تری داد که از طریق آن وزرا پاسخگو انگاشته شوند. مسئله ارتقا مسئولیت فردی وزرا به مسئولیت جمعی و استفاده از رأی عدم اعتماد در این رابطه، موجب شد تا نهاد تعقیب و محاکمه در انگلستان مهجور گردد. (Keeton, 1952)

سایر کشورها از جمله ایالات متحده آمریکا، این ابزار را با دخل و تصرف‌هایی اقتباس کردند و در قانون اساسی خود گنجانند. بنیانگذاران ایالات متحده ضرورت پاسخگویی مقامات عالی‌رتبه اجرایی در قبال سوءرفتار و عملکردشان را درک کرده بودند و بر اساس قاعده چک و بالانس<sup>۲</sup> و دولت جمهوری، این ابزار نظارتی بر دولت را برای کنگره به رسمیت شناختند. در آمریکا، رئیس‌جمهوری که قابل محاکمه باشد به جای پادشاهی قرار گرفت که قابل محاکمه نبود و بنیانگذاران آمریکا بعد از آن که تصمیم گرفتند قوه مجریه از قوه مقننه جدا باشد، مکانیزم محاکمه را به عنوان کنترل اصلی در برابر خودکامگی قوه مجریه قرار دادند. بر این اساس، قانون اساسی ایالات متحده آمریکا، به کنگره این اختیار را داد که به استناد خیانت، رشوه و جرم و تخلف بزرگ، رئیس‌جمهور، معاون رئیس‌جمهور و سایر مقامات دولتی فدرال را از سمت خود برکنار کند. (Berger, 1999: 54-55)

تعقیب و محاکمه»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، شماره ۷۹، زیر چاپ.

<sup>2</sup>. Check and balance

<sup>۱</sup>. ر.ک. سعید، سیده زهرا، (۱۴۰۲)، «بازتحلیل مسئولیت رئیس‌جمهور در برابر مجلس شورای اسلامی؛ استیضاح یا

به جریان می‌افتد. در واقع، نهاد سیاسی رسیدگی را انجام می‌دهد و حکم صادر می‌کند. دوم آنکه، تخلفات منجر به جریان افتادن تعقیب و محاکمه، جرم سیاسی است. سوم آنکه؛ ضمانت‌اجرای این ابزار، سیاسی است و شامل برکناری و عزل می‌شود. (San Juan and Tiojanco, 2016: 2) موارد بیان شده، هر کدام قابل مناقشه است و نقض کلیت آن‌ها سیاسی بودن نهاد تعقیب و محاکمه را خدشه‌دار می‌کند. اول آن‌که؛ هرچند در تمامی موارد، مجلس قانونگذاری نهادی است که این ابزار را به جریان می‌اندازد، لکن در برخی از موارد، صدور حکم توسط نهاد قضایی یا با مشارکت آن صورت می‌پذیرد. دوم آن‌که؛ زمینه‌ها و گستره موضوعی که منجر به به جریان افتادن این مکانیسم می‌شود به خصوص در سال‌های اخیر، غیر جزائی است و اغلب دارای ملاحظات حقوقی است. سوم آنکه؛ هرچند ضمانت‌اجرای این ابزار، برکناری از مقام و سمت است، اما در پاره‌ای از نظام‌های سیاسی، برخی مجازات‌ها و محرومیت‌ها را نیز به همراه دارد. بر این اساس، سیاسی بودن این نهاد مورد خدشه قرار می‌گیرد. در مجموع، به نظر می‌رسد بتوان این‌گونه بیان داشت که فرآیند و مکانیزم تعقیب و محاکمه بیشتر صبغه سیاسی دارد، هرچند زمینه و گستره موضوعی آن بیشتر صبغه حقوقی دارد. لذا مناسب است که آن را هم سیاسی و هم حقوقی قلمداد کنیم. تفصیل گفتار فوق در ادامه خواهد آمد.

### ۲،۳ نهاد تعقیب و محاکمه در برابر نهاد استیضاح

مهم‌ترین مفهومی که به نهاد تعقیب و محاکمه نزدیک است و اثر آن برکناری مقام سیاسی و اجرایی می‌باشد، نهاد استیضاح است. استیضاح اغلب منجر به رأی‌گیری برای بر سر کار ماندن یا برکناری یک مقام می‌شود و در پی این مرحله است که مقام مدنظر از سمت خود برکنار می‌گردد. در واقع، استیضاح در نظام‌های سیاسی با نهاد رأی عدم اعتماد همراه است. لذا شناسایی نهاد استیضاح متوقف بر مطالعه رأی عدم اعتماد است.

قرن بیستم، شاهد فروپاشی بسیاری از رژیم‌های استبدادی و ظهور دموکراسی‌های مشروطه بود. این دموکراسی‌های تازه، نهاد تعقیب و محاکمه را در قوانین اساسی خود گنجانند تا به مثابه یک سوپاپ اطمینان در برابر روش‌های فرا قانون اساسی مانند کودتا و ترور برای حل بحران‌های سیاسی عمل کند. برای مثال، در امریکای لاتین، نهاد تعقیب و محاکمه جایگزین کودتای نظامی شد، این شیوه در مقایسه با کودتای نظامی از جهت این‌که رئیس‌جمهور غیر محبوب را به شیوه مسالمت‌آمیز از قدرت برکنار می‌کرد، ترجیح داشت. (Perez- Linan, 2007: 62) تاریخ گواه آن است که اگر هیچ راهی برای برکناری مقام متصدی، قبل از پایان دوره تصدی وجود نداشته باشد، اقدامات خشونت‌آمیز و شدیدی امکان تحقق می‌یابد. (Franklin, 2020: 11) البته تعقیب و محاکمه به دلیل آن که به اراده ابراز شده مردم طی انتخابات، اثر مخربی وارد می‌کند، باید به ندرت و صرفاً در مواقعی که اعتماد عمومی به شدت خدشه دار شده است، مورد استفاده قرار گیرد. (Franklin, 2020: 1)

### ۲،۲ ماهیت نهاد تعقیب و محاکمه

فرآیند تعقیب و محاکمه در میان رژیم‌های سیاسی مختلف با تفاوت‌هایی در نوع مقامات مشمول، زمینه‌های برکناری و فرآیند و آثار این ابزار نظارتی مواجه است، هرچند ماهیت و جوهره و مبنای همه نظام‌ها در پذیرش این فرآیند، مشترک است. تعقیب و محاکمه فرآیندی رسمی است که توسط نهاد سیاسی (عموماً مجلس قانون‌گذاری) به جریان می‌افتد تا طی فرآیند محاکمه مشخص شود که یک مقام عمومی باید از سمت خود برکنار شود و یا از طرق دیگر مسئول شناخته شود. در اینکه ماهیت تعقیب و محاکمه سیاسی است یا حقوقی، میان پژوهشگران اتفاق نظر وجود ندارد. (San Juan and Tiojanco, 2016: 2, 4) برخی از صاحب نظران در توجیه غلبه صبغه سیاسی بودن این فرآیند به مواردی اشاره می‌کنند: اول آنکه؛ این فرآیند توسط یک نهاد سیاسی، مجلس قانونگذاری، و نه دادگاه



Dumout) این امر نشان از سیاسی بودن زمینه و گستره موضوعی استیضاح در معنای تخصصی آن است. رأی عدم اعتماد فارغ از دلیل عینی خاص و به سببی کاملاً ذهنی و سیاسی می‌تواند مطرح گردد. به همین خاطر، هرچند در برخی از موارد، علت رأی عدم اعتماد نیز ذکر می‌شود، ولی لزومی به تصریح علت ندارد، زیرا که صاحب قدرت، قدرت تفویض شده را هر زمان که بخواهد، می‌تواند سلب کند

استیضاح در نظام‌های پارلمانی و نیمه‌ریاستی کاربرد دارد و در قالب نظارت سیاسی اعمال می‌شود، (Griglio, 2020: 146) درحالی‌که تعقیب و محاکمه در نظام‌های ریاستی، نیمه‌ریاستی و پارلمانی امکان ظهور دارد و ماهیت آن حقوقی یا جزائی است. هرچند به واسطه نهادی که آن را به جریان می‌اندازد، یعنی مجلس قانونگذاری، می‌توان بیان داشت که تعقیب و محاکمه نوعی نظارت سیاسی است، اما در این عبارت، وصف سیاسی به واسطه نهاد سیاسی یعنی مجلس قانونگذاری است و موضوع و زمینه مورد بررسی در آن سیاسی نیست.

علاوه بر مهم‌ترین تفاوت نهاد استیضاح و تعقیب و محاکمه که اختلاف در مبنا و موضوع است، فرایند و آیین‌های برکناری از طریق استیضاح در مقایسه با نهاد تعقیب و محاکمه متفاوت و آسان‌تر است. استیضاح در نظام‌های سیاسی با درخواست حدنصابی از اعضای پارلمان به جریان می‌افتد و اصولاً با رأی اکثریت اعضا موجب برکناری فرد یا دولت می‌شود. (Pelizzo and Frederick, 2012: 35) تمامی مراحل استیضاح و رأی عدم اعتماد در یک نهاد انجام می‌پذیرد؛ به عبارتی، تنها مجلس قانونگذاری است که به برکناری مقام استیضاح شونده رأی می‌دهد و اگر در یک کشور نیز، نظام دو مجلسی وجود داشته باشد، تنها مجلس اول است که در این فرایند دخالت دارد. تفاوت دیگر در رابطه با گستره شخصی نهاد استیضاح است که در

نهاد رأی عدم اعتماد، تضمین‌گر این مسئله است که نمایندگان منتخب مردم در پارلمان بر اقدامات قوه‌مجریه کنترل و نظارت داشته باشند. بدین معنا که اگر دولت سیاست‌هایی را تعقیب کند که مورد قبول اکثریت پارلمانی نیست، در آن هنگام پارلمان بتواند دولت را برکنار کند. به بیانی ساده، مبنای نهاد رأی عدم اعتماد را می‌توان این گونه ترسیم کرد؛ دولت مبنای مشروعیت و قدرت خود را نه به صورت مستقیم، بلکه به صورت غیرمستقیم از نمایندگان پارلمان اخذ کرده است. در واقع، پارلمان به فرد یا هیأتی که از نظر آن مورد تأیید است، قدرت را تفویض می‌کند و در برابر این تفویض قدرت، هر آن پارلمان (نهاد تفویض کننده قدرت) بر دولت (نهادی که به آن قدرت تفویض شده) نظارت می‌کند که مطابق سیاست‌ها و اهداف و خط‌مشی خود عمل کند. از آن رو که قدرت دولت وابسته به حمایت پارلمان است، اگر در هر زمان و به هر دلیل، پارلمان دیگر تمایل نداشته باشد که دولت مستقر بر سرکار بماند، می‌تواند آن را از قدرت برکنار کند.

در نظام ریاستی، مدت تصدی رئیس‌جمهور در قانون اساسی تصریح شده‌است و قوه‌مجریه مبتنی بر رأی اعتماد مجلس نیست. هرچند مجلس در نظام ریاستی می‌تواند رئیس‌جمهور را به وسیله تعقیب و محاکمه از سمت خود برکنار کند، اما این وضعیت با اختیاری که پارلمان در نظام پارلمانی دارد و بر اساس آن می‌تواند اعتماد خود را از نخست‌وزیر یا کل کابینه بگیرد، متفاوت است، (Bradley 2012: 658) فرایند تعقیب و محاکمه با رأی عدم اعتماد و استیضاح از حیث مبنا، ویژگی و کارکرد متفاوت است. در بکار بردن ابزار استیضاح، هدف کنترل سیاست دولت است. در متون خارجی واژه استیضاح همواره در همجواری با گزاره «سیاست دولت»<sup>۱</sup> مشاهده می‌شود. (Griglio, 2020: 87) به بیانی دیگر، استیضاح ابزار پاسخگویی است که به موجب آن دولت لازم است درباره سیاست خود وارد بحث و مذاکره شود. (and Lieven, 2003: 487)

<sup>1</sup> . government policy

«ابزارهای نظارت پارلمانی، مطالعه تطبیقی ۸۸ پارلمان ملی»، تهیه شده توسط اتحادیه بین المجالس در سال ۲۰۰۷، اصطلاح "impeachment" به استیضاح ترجمه شده است. (Yamamoto, 2007: 69-70) همچنین، یکی از پژوهشگران در ارجاع مقاله خود به یک منبع خارجی (Debarati, 2007: 9) اصطلاح "impeachment" را به استیضاح ترجمه کرده است و در ترجمه خود بیان داشته است که هرچند در قوانین اساسی دنیا، رئیس‌جمهور را در موارد مهمی مانند خیانت به کشور، ارتشا و ارتکاب جرایم سنگین، قابل استیضاح می‌دانند. «(شمس، ۱۳۹۲: ۶۴۵) بعلاوه، در جای دیگر این مقاله، همین اختلاط مفاهیم به چشم می‌خورد. (شمس، ۱۳۹۲: ۶۴۴)

صاحب نظر دیگری به هنگام توضیح در مورد مجلس عوام انگلستان، ایمپیچمنت را به استیضاح ترجمه کرده و بیان می‌دارد که «مجلس، آیینی را پی‌ریزی کرد که به آن اجازه می‌داد درباره وزیرانی که در انجام وظیفه‌شان، مرتکب تخلف سنگین یا عمل مجرمانه‌ای می‌شدند، به دادرسی بپردازد. این آیین، استیضاح "Impeachment" نام گرفت.» (عباسی، ۱۳۹۷: ۲۱) ایشان، همچنین ذکر می‌کنند که «بخش عمده‌ای از دکتترین حقوقی در آمریکا بر این باور است که مقصود پایه‌گذاران این کشور از وضع چنین آیینی، همان روند استیضاح در حقوق انگلیس بوده است و باید درباره جرایمی همانند فساد اداری، اختلاس، سوء استفاده از قدرت، ترک پست و خلاصه در خصوص جرایم سنگین به کار گرفته شود. ولی توصیف مجرمانه این اعمال در اختیار کنگره قرار دارد و بنابراین، دارای ماهیت سیاسی است.» (عباسی، ۱۳۹۷: ۱۲۹) در ترجمه کتاب «حقوق اساسی تطبیقی»، مترجم، فرآیند عزل رئیس‌جمهور ایالات متحده آمریکا را که مشخصاً تحت نام ایمپیچمنت قرار می‌گیرد، به استیضاح ترجمه می‌کند. «کنگره ایالات متحده، استیضاح را در اختیار دارد که نسبتاً با آیین ماده ۶۸ قانون اساسی فرانسه (قبلاً در صورت خیانت بزرگ بود) قابل مقایسه

قسمت گستره شخصی نهاد تعقیب و محاکمه به صورت مقایسه‌ای به آن می‌پردازیم.

## ۲٫۴ آمیختگی نهاد تعقیب و محاکمه با نهاد استیضاح در آثار پژوهشگران داخلی

به دلیل نزدیکی مفهوم تعقیب و محاکمه و مفهوم استیضاح، در ادبیات موجود داخلی در پاره‌ای از موارد شاهد آمیختگی این دو مفهوم هستیم. برخی از صاحب‌نظران، مفاهیم استیضاح و تعقیب و محاکمه را در پژوهش‌های تطبیقی خود به درستی معادل‌گذاری کرده‌اند. دکتر هریسی نژاد در کتاب حقوق اساسی تطبیقی، به درستی میان مسئولیت سیاسی و کیفری رئیس‌جمهور تفکیک قائل شده و بیان می‌کند: «در نظام نیمه‌ریاستی، حیات سیاسی رئیس‌جمهور به پارلمان وابسته نیست و او می‌تواند تا پایان دوره ریاست‌جمهوری به انجام وظایف خود ادامه دهد. مسلماً منظور از عدم مسئولیت، عدم مسئولیت سیاسی است و الا مسئولیت کیفری وی، قابل طرح است و همانند نظام‌های ریاستی از این جهت، قابل تعقیب و محاکمه می‌باشد.» (هریسی نژاد، ۱۳۸۷: ۱۸۰) همچنین، مرحوم دکتر قاضی به این تفاوت، دقت نظر داشته‌اند و پیرامون موضوع اشاره می‌کنند که «در جمهوری پنجم فرانسه، شیوه استیضاح (interpellation) از میان رفت و جای خود را به طرح سانسور (motion de censure) داد.» (قاضی، ۱۳۹۵: ۴۵۷) در جای دیگر ایشان بیان می‌کنند: «توجه به تاریخ تحول نهادهای سیاسی بریتانیا، معلوم می‌شود که مسئولیت سیاسی وزرا تحول یافته، مسئولیت جزایی وزیران بر پایه آیین تعقیب وزرا می‌باشد که از قرن شانزدهم، سرچشمه گرفته است.» (قاضی، ۱۳۹۵: ۴۵۵)

در مقابل، دسته‌ای دیگر، ایمپیچمنت یا همان تعقیب و محاکمه را به استیضاح ترجمه کرده‌اند و به عبارتی هر دو مفهوم را با یک اصطلاح ترجمه کرده‌اند. در ترجمه مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی (رحیمی مقدم، ۱۳۸۹: ۳۳-۳۴) از گزارش



نهایت آثار و پیامدهای تعقیب و محاکمه در ادامه مورد بررسی قرار می‌دهیم.

### ۳،۱ مقامات مشمول نهاد تعقیب و محاکمه

تعقیب و محاکمه یکی از راه‌های برکناری مقامات دولتی است، اما از زوایای مختلفی مانند ماهیت، گستره و فرآیند رسیدگی با سایر ابزارهای برکناری مانند استیضاح و رأی عدم اعتماد، قابل تمییز است. امروزه، کسانی که از طریق مکانیسم محاکمه برکنار می‌شوند، اغلب از میان مقامات عالی‌رتبه‌ای هستند که با رأی مردم از طریق انتخابات، برگزیده شده‌اند و یا کسانی که توسط مقامات دیگر، منصوب شده‌اند. در مقایسه محاکمه با استیضاح و رأی عدم اعتماد باید بیان داشت که رأی عدم اعتماد، یک فرآیندی است که توسط مجلس قانونگذار صورت می‌پذیرد تا مجلس یک فرد یا افرادی از دولت (کابینه) را که نامناسب برای ادامه تصدی سمت می‌داند، برکنار کند. در واقع، استیضاح در خصوص مقاماتی که منشا قدرت خود را از پارلمان اخذ کرده‌اند، اعمال می‌شود.<sup>۱</sup> اما در فرآیند تعقیب و محاکمه، مقاماتی مورد تعقیب و اتهام قرار می‌گیرند که یا «مدت زمان تصدی آن‌ها حفاظت شده باشد»<sup>۲</sup> یا این‌که «دارای زمان تصدی ثابت»<sup>۳</sup> باشند. (San. Juan and Tiojanco, 2016: 2, 3) برای نمونه، رؤسای جمهوری طی فرآیندی توسط مردم انتخاب می‌شوند و دارای مدت زمان مشخص و ثابتی مانند هفت سال یا چهار سال هستند. در مقایسه، مدت زمان تصدی رؤسای دولت در نظام‌های پارلمانی و نیمه‌ریاستی و همچنین سایر اعضای کابینه، ثابت و مشخص نیست و تابعی از اعتماد یا عدم اعتماد پارلمان به دولت است؛ به عبارتی، در قوانین ذکر

می‌باشد، که می‌تواند به عزل رئیس‌جمهور منجر گردد.» (کوئنده، ۳۱: ۱۳۹۷-۳۲) همچنین، در ترجمه کتاب «تفکیک قوای جدید»، برای ایمپیچمنت، از ترجمه استیضاح استفاده شده است. (اکرم، ۱۳۹۹: ۵۳)

پژوهشگرانی که اصطلاح استیضاح و تعقیب و محاکمه را با یک معادل ترجمه کرده‌اند، در واقع، گویی وجود دو مفهوم مجزا را از ذهن مخاطب پاک کرده‌اند و فرصت تأمل و تردید را از او گرفته‌اند. درحالی‌که دو اصطلاح در مفهوم و آثار مترتب بر آن با یکدیگر متفاوت اند و وجه مشترک آن‌ها صرفاً برکناری مقامات عالی‌رتبه توسط مجالس قانون‌گذاری است. به احتمال زیاد، این دسته از پژوهشگران نیز به دلیل تسهیل در مفاهیم، ایمپیچمنت را به استیضاح ترجمه کردند، اما کاربرد یکسان معادل‌ها موجب یکسان‌انگاری دو مفهوم متمایز نزد سایرین می‌شود.

### ۳ تحلیل عناصر نهاد «تعقیب و محاکمه» در نظام‌های سیاسی

نهاد تعقیب و محاکمه در نظام‌های سیاسی ریاستی، نیمه‌ریاستی و پارلمانی دیده می‌شود، اما مقامات مشمول و زمینه‌های برکناری در هر یک از نظام‌های سیاسی در پاره‌ای از موارد متفاوت است. با این حال، از رهگذر شناسایی عناصر و مؤلفه‌های نهاد تعقیب و محاکمه، در مجموع می‌توان به یک نمای کلی در خصوص موضوع رسید. عناصر تشکیل‌دهنده این نهاد را در چهار عنوان مقامات مشمول، زمینه‌های برکناری، فرایند و مراحل و در

گرفته است. هم‌سنجی عناصر استیضاح مصطلح رئیس‌جمهور در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران با نهادهای مزبور، دلالت بر ماهیت عزل رئیس‌جمهور با نهاد تعقیب و محاکمه می‌کند.

<sup>2</sup>. Protected tenure

<sup>3</sup>. Fixed terms of office

<sup>۱</sup>. ممکن است در بادی امر این گزاره با استیضاح رئیس‌جمهور در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران مقایسه شود و متناقض به نظر رسد. این مسئله به صورت تفصیلی در مقاله «بازتحلیل مسئولیت رئیس‌جمهور در برابر مجلس شورای اسلامی؛ استیضاح یا تعقیب و محاکمه» مورد بررسی قرار

و پارلمانی نیز وجود دارد. هرچند فرآیند برکناری رئیس‌جمهور در حقوق اساسی فرانسه با عنوانی دیگر مطرح است، لکن، همسنگ فرآیند تعقیب و محاکمه در حقوق سایر کشورها می‌باشد.<sup>۳</sup> در نظام‌های جمهوری پارلمانی که رئیس‌جمهور عموماً جایگاه تشریفاتی دارد و در یک مدت زمان ثابتی تصدی این سمت را بر عهده دارد، امکان برکناری وی در صورت ارتکاب اعمال مشمول فرآیند تعقیب و محاکمه وجود دارد. برای نمونه، به موجب ماده ۶۱ قانون اساسی جمهوری فدرال آلمان مصوب ۱۹۴۹، امکان تعقیب و محاکمه رئیس‌جمهور در صورت «نقض عامدانه قانون بنیادین یا سایر قوانین فدرال» وجود دارد. اما در خصوص رئیس‌دولت و سایر اعضای کابینه، این ابزار به‌ندرت مورد استفاده قرار می‌گیرد، زیرا که سایر مقامات قوه‌مجریه و وزرا در برابر پارلمان مسئولند و از طریق مکانیزم رأی عدم اعتماد با دشواری کمتری، می‌توان مقام‌های مذکور را برکنار کرد. در نظام پارلمانی انگلستان نیز این شیوه برکناری با ایجاد مسئولیت جمعی به جای مسئولیت فردی، منسوخ شد.

## ۳٫۲ زمینه برکناری تعقیب و محاکمه

موضوع مهم قابل بررسی پیرامون فرآیند تعقیب و محاکمه، دامنه و گستره این ابزار است. به‌عبارتی، مسئله اصلی اینجاست که به استناد چه دلایلی، یک مقام عمومی را می‌توان محاکمه و از سمت خود برکنار کرد؟ قانون اساسی ایالات متحده آمریکا، «خیانت»<sup>۴</sup>، «رشوه»<sup>۵</sup>، «جرم و تخلف بزرگ»<sup>۶</sup> را به عنوان گستره موضوعی مکانیزم تعقیب و محاکمه بیان می‌کند. در این میان، رشوه و خیانت، دارای مفهومی نسبتاً مشخص و واضح است،

نشده‌است که طول مدت زمان تصدی نخست‌وزیری مقدار ثابتی است، زیرا که ممکن است دولت در چنین نظام‌هایی به دلیل از دست دادن اعتماد اکثریت پارلمان، مجبور به استعفا شود و از قدرت کناره‌گیری کند و یا از طریق انحلال پارلمان، قدرت دولت نیز از دست رود. در این صورت، مراد از فقدان مدت زمان تصدی ثابت برای نخست‌وزیر و سایر اعضای کابینه معلوم می‌گردد.

هرچند در انگلستان در ابتدا، فرآیند تعقیب و محاکمه مختص به مقامات عمومی نبود و افراد عادی را نیز شامل می‌شد؛ اما عموماً، امروزه در نظام‌های حقوقی، این ابزار صرفاً شامل مقامات عمومی<sup>۱</sup> می‌شود. در بیشتر مواقع، تعقیب و محاکمه، کنترل و نظارتی در برابر رئیس قوه‌مجریه محسوب می‌شود، زیرا که این مقام قدرت چشمگیری در ساختار حقوق اساسی دارد و مدت زمان تصدی وی ثابت است. به موجب قانون اساسی ایالات متحده آمریکا، تمامی مقامات عمومی قابل محاکمه هستند، در حالیکه در عمل، اعضای کنگره مشمول این موضوع نمی‌شوند و آن‌ها از طریق مکانیزم درون سازمانی «اخراج»<sup>۲</sup> ممکن است که از مقام خود عزل شوند. اما با وجود این تئوری، در کشور نروژ حتی اعضای پارلمان را می‌توان مورد تعقیب و محاکمه قرار داد. در برخی از کشورها، حتی مقامات قضایی عالی‌رتبه نظیر قضات دیوان عالی کشور ذیل مفهوم مقامات عمومی قرار می‌گیرند و امکان برکناری آن‌ها از طریق محاکمه وجود دارد. فیلیپین، نروژ، کره جنوبی و ایالات متحده از زمره این کشورها هستند. (San Juan and Tiojanco, 2016:7)

مکانیزم تعقیب و محاکمه، اغلب در نظام‌های ریاستی اعمال می‌شود، اما در نظام‌های نیمه‌ریاستی

destitution را برای تعقیب و محاکمه ترامپ در سال ۲۰۲۱ بکار برده است.

See: <https://www.fran-cetvinfo.fr/monde/usa/presidentielle/procedure-de-destitution-de-donald-trump/>

<sup>۴</sup>. Treason

<sup>۵</sup>. Bribery

<sup>۶</sup>. High crimes and misdemeanor

<sup>۱</sup>. Public officials

<sup>۲</sup>. Expel

<sup>۳</sup>. مفهوم معادل تعقیب و محاکمه در فرانسه، عبارت

"destitué" است و همین عبارت در ادبیات حقوقی و سیاسی فرانسه به جای impeachment قرار می‌گیرد. به عنوان مثال خبرگزاری فرانس ۲۴، هم عبارت impeachment و هم عبارت





به جرایم و تخلف بزرگ آنچنان که در حقوق کامن‌لا و حقوق جزا فهمیده می‌شود، محدود نمی‌گردد؛ بلکه مبتنی بر مفهوم غیرجزایی است که منافع عمومی را به شدت تحت تأثیر می‌گذارد. مدارک تاریخی نشانگر این مسئله است که قید جرایم و تخلف بزرگ، معنایی خاص و متمایز دارد و به فهرستی از تخلف‌ها اختصاص دارد که موجب «تخریب حکومت» می‌شود. در واقع، باید بیان داشت که تجربه آمریکایی از فرآیند تعقیب و محاکمه، بیانگر ماهیت غیرجزایی این نهاد است. (U.S Government Publishing Office, 2917: 539) نهاد تعقیب و محاکمه از آنچه در نظر بنیانگذاران ایالات متحده آمریکا از زمینه موضوعی آن بوده تا حدی فاصله گرفته است، به نحوی که در سالیان اخیر، مواردی به جز موارد مصرح در قانون اساسی در رابطه با محاکمه رئیس‌جمهور وجود داشته است. رویه سالیان اخیر در حقوق اساسی آمریکا گواه از این واقعیت دارد که زمینه اصلی تعقیب و محاکمه، غیر جزایی است و در رابطه با رؤسای جمهور اخیر آمریکا ناشی از شکاف حزبی بسیار عمیق میان کنگره و رئیس‌جمهور، هنگامه بحران‌های اجتماعی یا ملی، خصومت شخصی میان رئیس‌جمهور و رهبران کنگره و عدم محبوبیت رئیس‌جمهور بوده است. (Franklin, Caress, Sanders, Taratoot, 2020: 30)

در انگلستان، پارلمان از این ابزار برای مجازات کردن جرایم سیاسی که منجر به تخریب یا صدمه زدن به کشور می‌شد، استفاده می‌کرد، هرچند این ابزار محدود به وزرای دولت نبود. در برهه‌ای، تعقیب و محاکمه، ضمانت‌اجرائی برای «سوء رفتار متصدیان سمت‌های بلندرتبه» قلمداد می‌شد. معیار جرایم و تخلفات بزرگ بیشتر ناظر بر سوء استفاده قابل توجه از سمت دولت، استفاده نادرست از بودجه، بی‌توجهی نسبت به انجام وظیفه، فساد، نقض حقوق پارلمانی و خیانت به اعتماد عمومی بود. در تجربه انگلیسی، معیار جرایم و تخلفات بزرگ، رفتارهایی بوده‌است که به واسطه سوء

(Fisher, 2014: 40-42) اما جرایم و تخلف بزرگ می‌تواند دایره وسیعی از مصادیق را در بر داشته باشد. در این میان نیز باید بیان داشت که جرم به صراحت نشان از یک عمل مجرمانه دارد، در حالیکه تخلف یا تخطی از قانون به عملی اشاره دارد که صاحب سمت را برای ادامه تصدی سمت نامناسب می‌سازد، نمونه بارز آن در مواقعی است که سوگند ادا شده در زمان تصدی سمت را بشکنند. (Franklin, Caress, Sanders, Taratoot, 2020: 5)

در زمان تصویب قانون اساسی ایالات متحده آمریکا، از عبارت «جرایم و تخلف بزرگ» این تلقی وجود داشت که مراد از این عبارت، جرایم «سیاسی» یا اعمال ناشایست ارتكابی توسط مقامات عمومی علیه دولت است که جدی و اساسی باشند. این تلقی در گذر زمان تا حدودی، دچار تحول و تطور مفهومی شد. بر این اساس، رفتارهایی که می‌تواند مصداقی از سه عبارت فوق‌الذکر باشد، در سه عنوان ذیل می‌توان احصا نمود. اول؛ سوء استفاده از قدرت یا تجاوز از اختیارات، دوم؛ رفتاری که شدیداً در تعارض با سمت باشد. سوم؛ استفاده از سمت به جهت مقاصد نادرست یا منافع شخصی. (Cole and Garvey, 2019: 9 and U.S Government Publishing Office, 2917: 536-538)

مسئله‌ای که می‌تواند حدود و ثغور این دامنه را به صورت مشخص‌تر و عینی‌تر تبیین کند، پرداختن به این امر است که آیا موضوعات مشمول تعقیب و محاکمه، لزوماً دارای ماهیت جزایی است یا ممکن است که فاقد صبغه جزایی نیز باشد. با توجه به پیشینه تعقیب و محاکمه در قانون اساسی ایالات متحده آمریکا، بحث پیرامون این‌که آیا تعقیب و محاکمه صرفاً محدود به تخلفاتی است که به موجب حقوق جزا شناسایی شده‌است یا رفتار غیرجزایی را نیز شامل می‌شود، وجود دارد. هرچند رویه واحدی وجود ندارد، اما اکثریت، تمایل به گستره وسیع زمینه‌های تعقیب و محاکمه دارند. رویکرد جدید مبتنی بر این نظرگاه است که زمینه‌های تعقیب و محاکمه در قانون اساسی، تنها

یا قانون مجازات می‌شود یا دربرگیرنده تخلفاتی است که کاملاً روشن و مشخص هستند. این دسته از تخلفات یا در رویه قضایی کشورها تعریف و مشخص شده‌اند و یا تحت عناوینی مانند فساد<sup>۱</sup> و خیانت قرار دارند. فساد در برگیرنده طیف گسترده‌ای از اقدامات غیراخلاقی مانند اختلاس، چپاول و رشوه است. خیانت، مورد دیگری است که در برخی از قوانین اساسی کشورها مانند ایالات متحده، روسیه، اکراین، ایتالیا، فیلیپین و جمهوری چک به آن اشاره شده‌است و مفهوم آن، کاملاً معلوم است. (Cole and Garvey, 2019: 6)

دسته دوم، در برگیرنده تخلفات با مفهومی باز<sup>۲</sup> هستند که به صورت روشن در قانون اساسی، سایر قوانین یا رویه قضایی تعریف نشده‌اند، اما شامل مواردی می‌شود که مشعر این امر است که مقام عمومی برای ایفای وظیفه‌اش، نامناسب و بی‌کفایت است. این تخلفات، عموماً به رفتار و عملکرد آن مقام ارتباط پیدا می‌کند و ممکن است انواع سوء عملکرد<sup>۳</sup>، سوء رفتار<sup>۴</sup>، تخطی از قانون<sup>۵</sup>، خیانت به اعتماد عمومی<sup>۶</sup>، عملکرد ضعیف<sup>۷</sup> و سایر مفاهیم مشابه را در برگیرد که لازم نیست ماهیت جزایی داشته باشد. ایالات متحده آمریکا، روسیه، نیجریه و سیرالئون در قانون اساسی خود از این مفاهیم استفاده کرده‌اند. البته در برخی از کشورها نیز ترکیبی از هر دو دسته در خصوص زمینه‌های تعقیب و محاکمه مورد استفاده قرار گرفته است. به منظور جلوگیری از سردرگمی در رابطه با تخلفات با مفهوم باز، برخی از قوانین اساسی از صفاتی مانند «بزرگ یا بسیار»<sup>۸</sup>، برای تبیین بهتر این تخلفات و نشان دادن شدت آن، استفاده می‌کنند. به دلیل آن‌که ماهیت این مفاهیم، مبهم است، تشخیص آن‌ها در عمل از طریق مجالس قانون‌گذاری یا سایر مراجع دخیل در این فرآیند، صورت می‌پذیرد. مرکز ثقل تعریف را باید در ماهیت و جوهره نوع تخلفات

استفاده افراد از قدرت یا مقام، موجب ضربه زدن به کشور می‌شود. (Cole and Garvey, 2019: 3-5)

قانون اساسی فرانسه نیز به برکناری رئیس‌جمهور اشاره دارد. تا قبل از اصلاحات قانون اساسی ۲۰۰۷، رئیس‌جمهور فرانسه، تنها در خصوص ارتکاب «خیانت بزرگ» مسئولیت داشت. ماده ۶۸ سابق قانون اساسی فرانسه مقرر می‌داشت: «برکناری رئیس‌جمهور تنها در قبال اقدامات صورت‌گرفته در راستای ایفای وظایفش، در صورتی که مرتکب خیانت بزرگ شود، توسط اکثریت مجلسین مطرح می‌شود و دیوان عالی عدالت به موضوع رسیدگی می‌کند» مفهوم خیانت بزرگ از قانون اساسی جمهوری سوم فرانسه نشأت می‌گرفت. اما رویه قدیمی خیانت بزرگ در بازنگری قانون اساسی مصوب ۲۰۰۷ منسوخ شد و این اصطلاح با مفهوم دیگری در متن قانون اساسی جایگزین شد تا از ابهام آن بکاهد. مفهوم جدید، گزاره «ناتوانی در ایفای وظایف به نحوی که با مسئولیت‌هایش در تعارض باشد» است. از این پس، تمامی کوتاهی‌ها و نقض آشکار در ایفای وظایف، موجبات برکناری رئیس‌جمهور را فراهم می‌کند. بنابراین رئیس‌جمهور فرانسه در حال حاضر تنها در صورتی برکنار می‌شود که در ایفای وظیفه‌اش تخطی کند به نحوی که آشکارا با مقامش در تعارض باشد. (Halder, 2007: 7)

بنا بر آنچه گذشت، مواردی که می‌توان به استناد آن‌ها از مکانیزم محاکمه استفاده کرد، در قوانین اساسی کشورها متفاوت است؛ اما ماهیت تخلف‌هایی که محاکمه در آن‌ها جریان پیدا می‌کند، با یکدیگر شباهت دارند. در مجموع، تخلفات را در این خصوص می‌توان به صورت کلی در دو نوع، دسته بندی کرد: دسته اول، شامل تخلفاتی است که منجر به نقض قوانین نوشته‌مانند قانون اساسی

۵. Misdemeanor  
۶. Betrayal of public trust  
۷. poor performance  
۸. high, gross or grave

۱. corruption  
۲. open-textured offences  
۳. Misconduct  
۴. Misbehavior



در گونه دوم، ممکن است به جای مجلس قانون‌گذاری، یک نهاد اساسی دیگر اعم از یک نهاد قضایی مانند دادگاه قانون اساسی یا دادگاه عالی و یا یک نهاد غیرقضایی مانند یک نهاد موقت اختصاصی، در محاکمه و صدور حکم نهایی، نقش ایفا کند. حتی در برخی از کشورها از ابزار رفتارندوم جهت جلوگیری از سوءاستفاده مجلس قانون‌گذاری نیز استفاده می‌شود. برای نمونه، آلمان، ذیل مدل دوم می‌گنجد، بدین توضیح که بعد از آن‌که موضوع تعقیب و محاکمه رئیس‌جمهور توسط پارلمان به جریان افتد، دادگاه قانون اساسی جمهوری فدرال آلمان، به موضوع رسیدگی می‌کند و حکم صادر می‌کند. (Baumgartner and Kada, 2003:142)

در فرانسه، قبل از بازنگری قانون اساسی مصوب ۲۰۰۷، پارلمان با اکثریت آرا اتهام را مطرح می‌کرد. اگر کمیسیون تحقیق، موضوع را وارد تشخیص می‌داد، دادگاه عالی عدالت تشکیل می‌دادند و رسیدگی به اتهام رئیس‌جمهور آغاز می‌شد. دادگاه عالی عدالت متشکل از ۱۲ نماینده و ۱۲ سناتور بود. بعد از بازنگری در سال ۲۰۰۷، ضمن تغییر دامنه مسئولیت رئیس‌جمهور، فرآیند رسیدگی نیز تغییر کرد. زین پس، برکناری رئیس‌جمهور توسط پارلمان که در جایگاه دادگاه عالی قرار می‌گیرد، مطرح می‌شود. پیشنهاد ایجاد دادگاه عالی که توسط یک مجلس مورد پذیرش قرار گرفته، بلافاصله به مجلس دیگر فرستاده می‌شود تا در عرض پانزده روز، نظر خود را اعلام کند. ریاست دادگاه عالی با رئیس مجلس ملی است. دیوان عالی ظرف یک‌ماه و به صورت محرمانه در خصوص عزل اعلام نظر می‌کند. حکم دادگاه عالی بلافاصله نافذ است. تصمیمات متخذه در راستای اجرای این حکم با اکثریت دو سوم اعضای تشکیل‌دهنده مجلس مربوطه یا دادگاه عالی اتخاذ می‌شود.

فارغ از اینکه کشورها کدام یک از مدل‌های فوق را برگزیده باشند، تعقیب و محاکمه در دو مرحله انجام می‌پذیرد: مرحله اول، تعقیب و مرحله دوم، محاکمه. مرحله تعقیب، مرحله‌ای است که در آن

مشمول محاکمه ملاحظه کرد. ماهیت و جوهره تخلفات قابل محاکمه، اعم از این‌که مشخص شده باشد یا قابل تفسیر باشد، ناظر بر «خدشه دار کردن شدید اعتماد عمومی است که فرد را برای بقای در سمتش نامناسب می‌کند». (Cole and Garvey, 2019: 6) البته برخی از پژوهشگران همین ابهام را در مواقعی فضیلت قلمداد کرده‌اند، زیرا که چنین وضعیتی انعطاف کافی جهت سازگاری در طول زمان را فراهم می‌آورد. (Franklin, Caress, Sanders, 2020:5) Taratoot, 2020:5) البته مفاهیم باز به دلیل کشدار و موسع بودن گستره آن و ارائه تفاسیر مختلف ممکن است دستاویز مخالفین سیاسی قرار گیرد.

### ۳٫۳ فرآیند و مراحل تعقیب و محاکمه

فرآیند تعقیب و محاکمه را، بسته به نهادهایی که در این فرآیند دخالت دارند، می‌توان مورد بررسی قرار داد. در گونه اول، تنها مجلس قانون‌گذاری در فرآیند محاکمه دخالت دارد که این خود به دو شیوه قابل تحقق است: ذیل نظام تک مجلسی و ذیل نظام دو مجلسی. در صورتی که نظام تک مجلسی باشد، همان مجلس، کل فرآیند را در اختیار دارد و هدایت می‌کند. در واقع، یک مجلس هم در جایگاه دادستانی و هم در جایگاه قاضی به موضوع می‌پردازد. مثال‌هایی از این مدل، کشورهای ترکیه، اوکراین، سنگاپور، اکوادور، پرو است. اما، در صورتی که نظام دو مجلسی باشد، مجلس اول، اتهام و تعقیب مقام عمومی را مطرح می‌کند و در واقع، نقش دادستانی را بر عهده دارد و مجلس دوم به محاکمه و صدور حکم می‌پردازد. برای نمونه، در ایالات متحده آمریکا، این فرآیند با به جریان انداختن اکثریت اعضای مجلس نمایندگان آغاز می‌گردد و مرحله رأی‌گیری و محاکمه در مجلس دوم انجام می‌پذیرد. به غیر از ایالات متحده آمریکا، برزیل، آرژانتین، شیلی، هند و مکزیک ذیل این مدل قرار دارند. (Baumgartner and Kada, 2003: 142)

می‌توان سه پیامد را از تعقیب و محاکمه انتظار داشت: بی‌گناهی، باقی ماندن در سمت یا برکناری. حالت اول زمانی رخ می‌دهد که مجلس قانونگذاری درخواست تعقیب و محاکمه را در همان مرحله اولیه و قبل از رأی‌گیری رد کند. اگر رأی‌گیری در مورد تعقیب یا محاکمه صورت گیرد، لکن با شکست مواجه شود، در این حالت مقام مسئول در سمت باقی می‌ماند. برکناری از سمت زمانی اتفاق می‌افتد که نتیجه رأی‌گیری به نفع تعقیب و محاکمه باشد؛ یعنی هم نهاد متولی به اتهامات رأی مثبت دهد و هم در محاکمه، حدنصاب رأی اخذ شود. البته ممکن است که قبل از اتمام مراحل رأی‌گیری، مقام مسئول از سمت استعفا دهد. (Baumgartner and Kada, 2003:15-16)

علاوه بر ضمانت‌اجرای برکناری، در برخی از نظام‌های حقوقی، ممکن است مجازات دیگری نیز تعقیب شده باشد. در خاستگاه این مکانیزم، انگلستان، مجازات محاکمه محدود به عزل و برکناری از سمت نمی‌شد و امکان جعل هرگونه مجازاتی در فرآیند تعقیب و محاکمه وجود داشت. این مجازات‌ها طیف وسیعی از جمله حبس، جریمه و یا حتی اعدام را شامل می‌شد که توسط مجلس لردان اعمال می‌گشت. (Baumgartner and Kada, 2003:16)

هرچند آمریکا نیز چارچوب اصلی را از انگلستان اقتباس کرد، اما در مدل آمریکایی، تعقیب و محاکمه در این کشور، لزوماً منجر به ممنوعیت تصدی مشاغل عمومی نمی‌گردد. تنها در سه مورد از تعقیب و محاکمه‌هایی که منجر به برکناری افراد شده‌است، مجلس سنا، آن‌ها را نیز به صورت دائمی از تصدی سمت‌های عمومی منع کرده است. قانون اساسی در خصوص این‌که آیا امکان گذاشتن مجازات دیگری به جز برکناری از سمت، یعنی حکم به «عدم شایستگی»<sup>۱</sup> وجود دارد یا نه، ساکت است. با این حال، در گذشته، سنا مقرر داشته که حد نصاب اکثریت نسبی برای حکم به عدم شایستگی و کفایت

یک نهاد عمومی، اغلب مجلس قانونگذاری، به صورت رسمی به یک مقام عمومی، اتهام وارد می‌کند. در مرحله دوم، که معمولاً یک نهاد دیگر عهده‌دار آن است، مشخص می‌شود که آن مقام، مقصر بوده یا بی‌گناه است که در صورت اثبات گناهکاری وی، از سمت عزل می‌شود. در مرحله تعقیب، نهاد مسئول، شکایات و اتهامات وارده را اخذ می‌کند و کفایت اتهامات از طریق یک کمیته یا تحقیق و بررسی مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. بعد از آن، اتهامات تدوین می‌شود و جهت امضا و تأیید به تمامی اعضا عرضه می‌شود. بعد از سپری شدن این مرحله مقدماتی، اتهامات در نهاد متولی تعقیب به رأی گذاشته می‌شود. به جز کشور ترکیه، غانا و فیلیپین که حد نصاب رأی در این مرحله پایین است (یک سوم کل اعضا) در قریب به اتفاق کشورها، حدنصاب رأی، حداقل، اکثریت آرا است. البته در برخی از کشورها این حدنصاب ناظر بر اکثریت تمام اعضا و در برخی از کشورها، صرفاً ناظر بر اکثریت حاضر در جلسه است. بعد از آن‌که، اتهامات توسط مجلس قانونگذاری یا نهاد متولی، مورد تصویب قرار گیرد، در واقع، مقام مسئول مورد تعقیب قرار گرفته است. در مرحله بعد، محاکمه به جریان می‌افتد. محاکمه بسته به نوع فرایند مورد پذیرش در هر کشوری ممکن است توسط همان نهاد قانونگذاری یا مجلس دوم یا نهاد قضایی یا یک نهاد خاص انجام پذیرد. حد نصاب رأی در مرحله نهایی در اکثر کشورها دو سوم آرا است که در برخی از کشورها این دو سوم ناظر بر تمامی اعضا و در برخی از کشورها ناظر بر اعضای حاضر است. البته برخی از کشورها مانند اوکراین و ترکیه حدنصاب سه چهارم را در نظر گرفته‌اند. (Black, Charles and Bobbitt, 2018: 23-32)

### ۳٫۴ آثار و پیامد نهاد تعقیب و محاکمه

تعقیب و محاکمه همیشه منجر به برکناری نمی‌شود، بلکه ممکن است مقام مسئول از اتهام تبرئه گردد و در سمت باقی بماند. به صورت کلی،

<sup>۱</sup>. disqualification



مجدد وی عنوان می‌نمودند. بر این اساس، هرچند مبنای مکانیزم تعقیب و محاکمه در نظام‌های سیاسی معاصر، برکناری مقام ناشایست و بی‌کفایت از سمت، قبل از پایان دوران تصدی است، اما بسته به اینکه نظام حقوقی یک کشور چه آثار و ضمانت‌اجراهای دیگری بر این نهاد مترتب می‌داند، ممکن است صحبت از تعقیب و محاکمه در خصوص مقام مسئولی که به طور طبیعی مدت زمان تصدی‌اش به اتمام رسیده است، نیز صورت گیرد.<sup>۱</sup>

#### ۴ نتیجه‌گیری

بنا بر تحلیل عناصر چهارگانه نهاد تعقیب و محاکمه در مقایسه با نهاد استیضاح، نتایج ذیل را می‌توان استخراج نمود:

اول آن‌که؛ افراد مشمول تعقیب و محاکمه در نظام‌های سیاسی فعلی، مشتمل بر مقاماتی است که «مدت زمان تصدی آن‌ها حفاظت شده باشد» یا این‌که «دارای زمان تصدی ثابت» باشند. مهمترین مصادیق این موارد، رؤسای جمهور در نظام‌های سیاسی است. البته در برخی از نظام‌های سیاسی شامل مقامات عالی‌رتبه قضایی نیز می‌شود. در مقابل، استیضاح و رأی عدم اعتماد در رابطه با مقامات درون کابینه (دولت) قابل طرح است که این مقامات مدت زمان تصدی سمتشان، ثابت نیست و تابع نظر پارلمان است. بر این اساس، برکناری نخست‌وزیر (رئیس دولت) و وزرای کابینه در نظام‌های سیاسی فعلی از طریق طرح مکانیزم استیضاح و رأی عدم اعتماد صورت می‌گیرد.

دوم آن‌که؛ مهمترین نقطه تمایز نهاد تعقیب و محاکمه و نهاد استیضاح مربوط به زمینه‌های برکناری و به عبارتی، گستره موضوعی است. زمینه برکناری در استیضاح، سیاسی است درحالی‌که از منظر تئوری، زمینه برکناری در تعقیب و محاکمه، حقوقی و گاهی جزایی است. استیضاح یک مقام

کافی است. البته این مسئله روشن است که این اکثریت نسبی جهت حکم به عدم شایستگی، بعد از آن که سنا حکم به محکومیت فرد با دو سوم آرا می‌دهد، مطرح می‌شود. رویه دادگاه عالی ایالات متحده به گونه‌ای است که رأی که در جریان تعقیب و محاکمه صادر می‌شود، به تنهایی موجب حکم به عدم شایستگی فرد نیست و تنها اثر آن، برکناری از سمت است و اگر قرار باشد محرومیت از تصدی سمت‌های دولتی نیز بر فرد اعمال گردد، مستلزم رأی‌گیری جداگانه است. - (Potts, 1926: 18- 22 and Cole and Garvey, 2019:14)

مسئله دیگر که ذیل آثار و پیامدهای نهاد تعقیب و محاکمه در برخی از نظام‌های سیاسی طرح شده است مربوط به زمان به جریان انداختن این مکانیزم است. این مسئله بیان می‌کند که آیا بعد از آنکه مدت زمان تصدی سمت مقام مدنظر به اتمام رسید، امکان طرح مکانیزم تعقیب و محاکمه وجود دارد؟ آیا اساساً در این زمان، اثری بر موضوع اعمال می‌شود؟ چرا که هدف از نهاد تعقیب و محاکمه برکناری یک مقام مسئول بود که مدت زمان تصدی آن معین است و آن مقام به واسطه ناشایستگی و بی‌کفایتی مناسب نیست در سمت باقی بماند. حال زمانی که مدت زمان تصدی وی سپری شده است چه دلیلی برای استناد به نهاد تعقیب و محاکمه باقی می‌ماند؟ پاسخ بدین سؤال می‌تواند متفاوت باشد، بسته به اینکه برای نهاد تعقیب و محاکمه صرف برکناری از سمت را در نظر گرفت یا مجازات و ضمانت‌اجراهای دیگری نیز بر آن مترتب دانست. برای نمونه، در ایالات متحده آمریکا در جریان طرح تعقیب و محاکمه رئیس‌جمهور دونالد ترامپ، بعد از آن که مدت ریاست جمهوری وی به اتمام رسید، برخی هنوز از بکار انداختن تعقیب و محاکمه وی صحبت می‌کردند و فایده آن را در صورت رأی مثبت کنگره ناظر به ممنوعیت و محرومیت دائمی وی از مشاغل عمومی و در نتیجه عدم امکان کاندیداتوری

<sup>1</sup> . <https://www.lawfareblog.com/can-former-president-be-impeached-and-convicted>

اغلب موارد، در مرحله اول یعنی مرحله تعقیب توسط مجلس قانونگذاری و در مرحله دوم یعنی مرحله محاکمه توسط مجلس دوم یا نهاد قضایی مانند دادگاه عالی یا دادگاه قانون اساسی یا یک نهاد اختصاصی و موقت پیگیری می‌شود.

چهارم آن‌که؛ اثر نهایی استیضاح، برکناری از سمت است و شامل مجازات و یا ضمانت اجرای دیگری نمی‌شود. در حالیکه در فرایند تعقیب و محاکمه، علاوه بر برکناری از سمت ممکن است منجر به محرومیت از تصدی مقامات عمومی و در برخی از کشورها شامل برخی از مجازات‌ها نیز شود.

سیاسی یا دولت، زمانی مطرح می‌شود که سیاست‌های اتخاذی تأمین‌کننده سیاست‌های مدنظر پارلمان نباشد، در این شرایط پارلمان تصمیم به برکناری دولت می‌گیرد. اما مخرج مشترک زمینه‌های تعقیب و محاکمه، عدم شایستگی در بقا در سمت به واسطه لطمه زدن به کشور و خدشه‌دار شدن شدید اعتماد عمومی است که مصادیق متعددی نظیر تخلف از قوانین، فساد و خیانت را در برمی‌گیرد.

سوم آن‌که؛ تمامی مراحل استیضاح در پارلمان و در صورت دو مجلسی بودن نیز، توسط مجلس اول انجام می‌شود، در حالیکه نهاد تعقیب و محاکمه در



## منابع

- Abbasi, Bejan, 91397), *The Comparative of Constituonal Law*, Tehran: Dad-gostar Publication. (In Persian)
- Ackerman, Bruce, (1399), *The New Separation of Powers*, Translator: Hasan Vakilian, Tehran: Negahe Moaser Publication. (In Persian)
- Baumgartner, J, and Kada, N, (2003), *Checking Executive Power: Presidential Impeachment in Comparative Perspective*, Praeger.
- Berger, Raoul, (1999), *Impeachment, The Constitutional Problems*, Harvard University Press.
- Black, JR., Charles L., Bobbitt, Philip, (2018), *Impeachment, A Handbook* New Edition, Yale University Press, New Haven and London.
- Bradley, Anthony W and Pinelli, Cesare, (2012), "Parliamentarism" in the *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Rosenfeld, Michel and Sajó, András, (eds), Oxford University Press.
- Cole, Jared P and Garvey, Todd, (2019), *Impeachment and Constitution*, Congressional Research Service.
- Dumout, Patrick and De Winter, Lieven, (2003), "Luxembourg: A case of More Direct Deligation and Accountability", in *Delegation and accountability in Parliamentary Democracies*, Kaare, Strom, Muller, Wolfgang C, Bergman, Torbjorn (eds;) Oxford University Press.
- Shams,Erfan, (1392), "Political Responsibility of President (Article of 89 of the Constitution)", in the *Articles Collection of the First National Conference of the Executive in Constitutional Law of Islamic Republic of Iran, Deputies for Codification and Publication of law and Regulation*. (In Persian)
- Ebrahimian Shiadeh, Akram Sadat, (1395), *Impeachment of High Officials in the law of United Stataes of America*, Thesis in public law, by Supervision of Prof. Javad Taghi Zadeh, University of Mazandaran. (In Persian)
- Fisher, Louis, (2014), *The Law of the Executive Branch; Presidential Power*, Oxford University Press, New York.
- Franklin, Daniel P, Caress, Stanly M, Sanders, Robert M; Taratoot, Cole D, (2020), *The Politics of Presidential Impeachment*, State University of New York Press, Albany.
- Griglio, Elena, (2020), *Parliamentary Oversight of the Executives, Tools and Procedures in Europe*, Hart publishing,
- Halder, Debarati, (2007), "Impeachment Provisions in the French Constitution: Cutting the Wings of the Most Powerful President?", *Murdich University E Law Journal*, Vol. 14, No.2.
- Harisi nezhad, Kamal aldin, (1387), *The Comparative of Constituonal Law*,

- tabriz: Aydin Publication. (In Persian)
- Keeton, G.W., (1952), "The passing of Parliament", American Political science Review, Vol: 48.
- Martinez, Jenny S., (2012), "Horizontal Structuring" in Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Rosenfeld, Nichel and sajo, Andras (eds;), Oxford University Press.
- Mary N, Koeneh, (1397), The Comparative of Constituonal Law, The Second book- President, Vol: 2, Translator: Saeid Khani Vali Zadeh, Tehran: Majd Publication. (In Persian)
- Pelizzo, Riccardo and Stapenhurst, Frederick, (2012), Parliamentary Oversight Tools, A comparative analysis, Routledge.
- Perez- Linan, Anibal, (2007), Presidential Impeachment and The New Political Instability in Latin America, Cambridge University press.
- Potts, C.P, (1926), "Impeachment as Remedy", Washington University Law review, Vol. 12.
- Qazi, Seyed Abolfazl, 91395), Constitutional Law and Political Instituion, Tehran: Mizan Publication. (In Persian)
- Rahimi, Mogadam, Ahmad, (1389), Tools of Parliamentary Oversight, (2), Comparative Stuy of 88 Parliaments of the World, Research Center of Islamic Consultative Assembly, Political Studies Department. (In Persian)
- Saeid, Seyeydeh Zahra, (1402), Re-anaysis on President's Responsibilities Bfore Islamic Consultative Assembly; Interpellation or impeachment, Journal of Public Law Research, Vol: 79, in press. (In Persian)
- San Juan, Ronald Ray and Tiojanco, Bryan Dennis G, (2016), "Impeachment", Max Plank Encyclopedia of Comparative Constitutional Law, Oxford Constitutional Law.
- Soltan, Seyed Naser, (1398), "Critique to Persion Translation of leviathan In View of The Concepts of Public Law" The Journal of the Research of Public law, Vol: 63. Pp:215-239. (In Persian)
- The U.S Government Publishing Office, (2017), Impeachment, House practice: A Guide to the Rules, Precedents and Procedures of the House, chapter 27.
- Yamamoto, Hironori, (2007), Tools for Parliamentary Oversight, A Comparative Study of 88 National Parliaments, Inter- Parliamentary Union.
- <https://www.fran-cetvinfo.fr/monde/usa/presidentielle/procedure-de-destitution-de-donald-trump/>
- <https://www.lawfareblog.com/can-former-president-be-impeached-and-convicted>



Original Article

# Reparation for violation of right to receive consular protection via Relative Restitution

Ehsan Shahsavari<sup>\*1</sup>, Amir Hossein Ranjbarian<sup>2</sup>

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

<sup>2</sup> Associate Professor, Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran



20.1001.1.24237566.1403.8.2.5.8



10.22080/LPS.2023.25604.1525

**Received:**

June 10, 2023

**Accepted:**

August 9, 2023

**Available online:**

July 27, 2024

**Keywords:**

Restitution, consular protection, right to fair trial, reparation, right to life, effective review and reconsideration

## Abstract

The right to receive consular protection and its guarantee by the host state is an element of making the right to a fair trial effective. Its development in the practice of human rights treaty bodies as a human right has put consular protection in interaction with human rights, especially the right to fair trial and the right to life. Violation of this right and depriving individuals in national courts and, conviction and sentence based on consular deprivation may lead to the ineffectiveness of criminal proceedings and the violation of some substantive rights, such as the right to life and Freedom from torture. The present essay, with an analytical-descriptive method, seeks to answer the question of how the Humanistic approach affects restitution as an appropriate remedy for the violation of the right to receive consular protection. It seems that Relative restitution in the form of review and reconsideration of sentences and punishments, provided to effectiveness, is considered an effective and appropriate remedy and guarantees the human rights of foreign nationals and the legitimate interests of the host state. On the other hand, the approach of full restitution in the form of annulment of the issued sentences and punishments is not considered an appropriate remedy due to providing an opportunity to escape from criminal justice and denying the jurisdiction of the host state. International precedent, alongside Cessation and non-repetition, has chosen partial restitution, provided to its effectiveness.

**\*Corresponding Author:** Ehsan Shahsavari

**Address:** 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)



## Extended Abstract

### 1. Introduction

Article 36 of the VCCR, regardless of criminal charge, recognize the right of all foreigners to receive consular protection (assistance) from the national state. The host State has a positive obligation to guarantee this right as an essential element of the right to fair trial. International jurisprudence affirms the individual nature of this right, and human rights treaty bodies affirm the humanistic aspects of the right, particularly in interaction with the right to fair trial, the right to life, and the right to freedom from torture. This study examines restitution as an appropriate remedy for breaches of the host state's obligation to recognize and facilitate consular access and the appropriateness of partial restitution in light of the precedents of the ICJ and the ILC's ARSIWA.

### 2. Method

The library method was used in this research for collecting data through reviewing books, papers, treaties, international judgments, related documents of international and non-international organizations and human rights treaty bodies, and all other data related to the topic.

### 3. Findings

Partial restitution in the form of review and reconsideration of sentences and punishments, provided to effectiveness, is considered an effective and appropriate remedy and guarantees the human rights of foreign nationals and the legitimate interests of the host state in exercising territorial jurisdiction. On the other hand,

the approach of full restitution in the form of annulment of the issued sentences and punishments, erasing the evidence and the total freedom of the person, is not considered an appropriate remedy due to providing an opportunity to escape from criminal justice and denying the jurisdiction of the host state. International precedent, alongside Cessation and non-repetition, has chosen partial restitution due to its effectiveness

### 4. Conclusions

The paper has concluded that in the cases of breach of consular assistance as enshrined in Article 36 of the VCCR, the host state, by the means of its own choosing, has an as international obligation to effective review and reconsideration of the conviction and sentence issued by its domestic courts to ensure that full weight is given to the effect of the violation of the rights set forth in Article 36 of the Convention. This is an obligation to result, while the host state has a discretionary power about the means of implementing this obligation.

### Funding

There is no funding support

### Authors Contribution

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

### Conflict of interest

Author declares no conflict of interest.

### Acknowledgments

We are grateful to all the persons who provided scientific consulting for this paper.

## جبران نقض حق بردریافت حمایت کنسولی از طریق اعاده به وضعیت سابق

احسان شهسواری<sup>۱\*</sup>، امیر حسین رنجبریان<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> استادیار گروه حقوق بین الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران  
<sup>۲</sup> دانشیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران



20.1001.1.24237566.1403.8.2.5.8



10.22080/LPS.2023.25604.1525

### چکیده

حق دریافت حمایت کنسولی و تضمین آن از جانب دولت میزبان، از مولفه های موثرسازی حق بر دادرسی عادلانه است. توسعه این حق در رویه نهادهای ناظر معاهده ای به عنوان حقی بشری، حمایت کنسولی را در تعامل با حقوق بشر، بویژه حق دادرسی عادلانه و حق حیات قرار داده است. سلب این حق از افراد در محاکم ملی و محکومیت و مجازات بر پایه محرومیت از آن ممکن است منتهی به نقض حقوق ماهوی از جمله حق حیات و حق رهایی از شکنجه شود. جستار حاضر با روشی تحلیلی-توصیفی، در پی پاسخ به این پرسش است که رویکرد بشری به حمایت کنسولی چگونه بر اعاده به وضع سابق بعنوان جبران مناسب نقض حق بر دریافت حمایت کنسولی اثر میگذارد؟ بنظر میرسد با انکار رویکرد محض بشری به حق دریافت حمایت کنسولی، اعاده نسبی در قالب تجدیدنظر و بازبینی احکام و مجازاتهای صادره به شرط موثر بودن، جبرانی موثر و مناسب تلقی شود و تضمین کننده حقوق بشری اتباع بیگانه و تامین کننده منافع مشروع دولت میزبان باشد. در مقابل، رویکرد اعاده کامل به وضع سابق در قالب الغای احکام و مجازاتها بواسطه تمهید فرصت برای گریز از عدالت کیفری و انکار صلاحیت قضایی دولت میزبان، جبرانی مطلوب تلقی نمیشود. رویه قضایی بین المللی در کنار لزوم توقف عمل متخلفانه و تعهد به عدم تکرار، رهیافت اعاده نسبی را به شرط موثر بودن برگزیده است.

تاریخ دریافت:

۲۰ خرداد ۱۴۰۲

تاریخ پذیرش:

۱۸ مرداد ۱۴۰۲

تاریخ انتشار:

۰۶ مرداد ۱۴۰۳

کلیدواژه ها:

اعاده به وضع سابق، حمایت کنسولی، جبران خسارت، حق حیات، تجدید نظر و بازبینی موثر

\* نویسنده مسئول: احسان شهسواری

آدرس: دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران

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



## ۱ مقدمه

نهاد حمایت کنسولی که خود از اجزای نظام حقوق کنسولی است از مفاهیم دیرین و تثبیت شده در حقوق بین الملل است و در اساس چهره ای عرفی دارد. با تدوین کنوانسیون ۱۹۶۳ وین راجع به روابط کنسولی توسط کمیسیون حقوق بین الملل و تدوین رویه های یکپارچه، مستمر و تثبیت شده ی موجود تا آن زمان، اکنون الزامی معاهده ای پیرامون اجزای این نهاد حاصل شده است. تأیید، تکمیل، توسعه و یا بسط قلمرو اجرایی مقررات این کنوانسیون بواسطه انعقاد موافقتنامه های دو یا چندجانبه میان دولتها نقشی روزافزون در تکامل، روزآمدی و انسانی شدن نهاد حمایت کنسولی داشته است. با این قید که نظم مستقر در موافقتنامه های اخیر باید مکمل حداقل استانداردهای موجود در کنوانسیون ۱۹۶۳ باشد. رای دیوان در قضیه جاداو موید تعریف حداقلی از حمایت کنسولی در کنوانسیون ۱۹۶۳ است؛ حداقلی که می تواند با نظم جدید معاهده ای یا عرفی تکامل یافته یا ارتقاء یابد اما کاستن از آن حداقل مجاز نیست (Jadhav Case, 2019: 94-97).

موضوع حمایت کنسولی، فرد انسانی محروم از آزادی و محتوای آن اداره حقوق و منافع انسانی و تمهید دفاع حقوقی شایسته از وی در قلمرو دولت میزبان است؛ امری که به شرط درخواست همان فرد در زمان توقیفش، متضمن تکلیف دولت میزبان به اطلاع رسانی فوری به پست کنسولی دولت فرستنده خواهد بود. این که محرومیت پیش گفته در اثر کدامین اتهام کیفری یا کنش غیر کیفری باشد اهمیتی ندارد و عموم و اطلاق ماده ۳۶ کنوانسیون ۱۹۶۳، عبارت پردازی های دیوان بین المللی دادگستری به ویژه در قضیه جاداو (Jadhav Case, 2019: 86) و تفسیر عمومی کمیته حقوق مدنی و سیاسی (CCPR, General comment No. 36, 2019: 42) موید آن است که تمامی محرومان از آزادی ولو مرتکبان قتل، جاسوسی، جرایم نظامی و اقدام علیه امنیت ملی دولت میزبان نیز ازین

پوشش حمایتی برخوردارند و این تمتع سرآغاز بهره مندی آنان از حق دادرسی عادلانه و نیز حق حیات است. نیاز تبعه بیگانه به خدمات حاصل از حمایت کنسولی برای تمهید دفاع و هدایت صحیح آن ویژه در امرکیفری غیرقابل انکار است. این نیاز بواسطه اوضاع و احوال بغرنج ناشی از ناآگاهی تبعه بیگانه نسبت به زبان دادگاه و قانون حاکم بر آن تعریف میشود نه نوع جرم ارتكابی.

نهاد حمایت کنسولی را میتوان شبکه ای بهم پیوسته از تعهدات متقابل دولت میزبان و دولت متبوع در حمایت از حقوق و آزادیهای فرد انسان دانست. وجود دو دولت پیش گفته و موضوعیت یافتن حقوق افراد انسانی سبب ایجاد رابطه ای سه جانبه تحت عنوان حمایت کنسولی خواهد شد. ایفای جزئی از این تعهد حمایتی بر عهده دولت میزبان و جزئی دیگر بر عهده پست های کنسولی دولت فرستنده در دولت میزبان است. اهمیت شبکه حمایتی پیش گفته با توجه به دو امر آشکار می شود:

نخست مقیاس بهره مندان از این حق است. هر فرد که به هر جهت؛ دائم یا موقت وارد قلمرو دولتی دیگر شود بصورت بالقوه ذینفع حمایت کنسولی خواهد بود و فعلیت یافتن آن زمانی خواهد بود که در معرض دستگیری، توقیف، بازداشت، حبس و یا مجازات باشد. ۲۷۱ میلیون تردد بین المللی ناشی از مهاجرت در سال ۲۰۲۰ (IOM, world migration report, 2020: 10)، ۹۰۰ میلیون تردد بین المللی ناشی از گردشگری در سال ۲۰۲۲ (UNWTO)، ۲۶ میلیون تردد بین المللی ناشی از پناهندگی و ۱۶۹ میلیون تردد بین المللی ناشی از پدیده ای کارگر-مهاجری (IOM, world migration report, 2022: 10) آماری روشن از افرادی است که تردهای بین المللی دارند و محرومیت شان از آزادی در قلمرو دولت میزبان کاملاً قابل تصور است. عبور پیوسته از مرزهای بین المللی و گردش مستمر اتباع دولت های گوناگون در سرزمین دولت های دیگر، در کنار

کیفری دولت میزبان باشد، بیگانه را در موقعیت مناسب برای تدارک دفاع قرار میدهد.

در مقابل فرضیه فوق، رویکردی دیگر در قالب اعاده کامل به وضعیت سابق قابل شناخت است<sup>۱</sup> که محتوایش افزون بر امحای ادله و الغای محکومیت و مجازات، متضمن آزادی بیگانه، منع محاکمه مجدد و حتی تمهید امکان خروج امن او از کشور میزبان است. رویکرد اخیر هرچند تضمینی موثرتر برای حمایت از حقوق بشر است اما نامتناسب بوده، در تقابل با صلاحیت سرزمینی دولت میزبان است و مورد حمایت رویه های ملی و بین المللی قرار نگرفته است.

برای پاسخ دهی به پرسش اصلی پژوهش، بر آنیم که نخست محتوا و ماهیت حمایت کنسولی را در ساحت قواعد اولیه حقوق بین الملل بررسی کنیم. بدین منظور پس از صورت شناسی و توصیف چگونگی نقض ماده ۳۶، ابعاد انسانی حق دریافت حمایت کنسولی در ارتباط با حق دادرسی عادلانه و حق حیات تشریح و در بخش دوم سازکار جبرانی مناسب مورد تحلیل قرار میگیرد.

علیرغم وجود آثاری در زمینه حق بر دریافت حمایت کنسولی به صورت کلی، موضوع از جنبه آثار مسوولیت بین المللی دولت متخلف مورد مطالعه و بررسی قرار نگرفته است. با توجه به دامنه موضوع و گستردگی آن، شناخت آثار نقض این حق و ارائه الگویی متقن از تعهد دولت برای جبران خسارتهای ناشی از نقض دسترسیهای کنسولی ضروری به نظر میرسد.

## ۲ شناخت اشکال نقض ماده

### ۳۶ کنوانسیون ۱۹۶۳ وین

ماده ۳۶ کنوانسیون ۱۹۶۳ وین، تعریف کننده زنجیره ای از حقوق و تعهدات متقابل است. بر اساس این مقرر و به منظور تسهیل انجام وظایف پست کنسولی در مورد اتباع دولت فرستنده، مأموران

فرصت هایی که برای فعالیتهای مذهبی، علمی و اقتصادی فراهم می آورد، به همان نسبت نیز خطرانی بالقوه در مسیر گردش آزاد افراد ایجاد می کند و راه را بر محدودیت و سلب حقوق و آزادی های مشروع افراد هموار می کند

دوم، وصف افراد در گردش است. تفاوت های فرهنگی و زبانی، جهل به قوانین، مقررات و رویه های ملی، عدم آشنایی کافی و لازم به نظام قضایی و تاسیسات دادرسی کیفری دولت میزبان، موقعیت دشوار روحی ناشی از ابتلا به دادرسی و نیز مواجهه با الگوهای از پیش موجود خشونت یا پیشداوری نسبت به بیگانگان در قلمرو دولت میزبان سبب تضعیف جایگاه آنان به ویژه در تمهید دفاع حقوقی شایسته میشود و آنان را معرض خطر سلب آزادی و نقض حقوقشان توسط مقامات دولت میزبان قرار می دهد. تهدید حقوق و آزادیهای بنیادین افراد و حتی سلب حق حیاتشان در چنین شرایطی دور از ذهن نیست. نظر به اهمیت موضوع است که برخی، دریافت حمایت کنسولی را به منزله پلی فرهنگی دانسته اند که مسیر را برای عبور امن فرد جهت بهره مندی از دادرسی عادلانه در دادرسی کیفری کشور میزبان مهیا میکند (Veneziano, 2018).

با توجه به اولویت اعاده به وضع سابق به عنوان شیوه ای جبرانی در حقوق مسوولیت بین المللی دولت (ARSIWA, Art. 35.3)، این پرسش مطرح است که زدودن آثار عمل متخلفانه در قالب اعاده وضعیت به حالت سابق به چه کیفیتی خواهد بود. فرضیه اصلی آن است که در پرتو اصل تناسب جبران خسارت، اعاده نسبی بمعنای امحای ادله حاصله در زمان محرومیت از حمایت کنسولی و برگزاری دادرسی نو با ملزومات شکلی آن از جمله حمایت کنسولی به عنوان عنصر مقوم دادرسی عادلانه می باشد. این جبران بی آنکه نافی صلاحیت

<sup>1</sup> Full restitution



است که حق مندرج در ماده ۳۶ کنوانسیون به نفع فرد انسان تعریف شده است و او ذی نفعی مستقیم و صلاحیدی<sup>۲</sup> در بهره مندی از آن دارد و پیوند آن با حقوق بشر به دور از مقاصد اولیه تدوین کنندگان کنوانسیون وین است (Avena and Other Mexican Nationals, 2004: 124). نقض حاصل در این سیاق به مثابه نقض یک حق فردی مورد حمایت حقوق بین الملل است.

دومین صورت، نقض حق دولت متبوع در دسترسی به تبعه محروم از آزادی خود<sup>۳</sup>، ملاقات با او و تمهید حمایت از آن تبعه است: هسته ماده ۳۶ تعریف نهادی است که افزون بر حق فردی به شکل پیش گفته، دربردارنده حقی دولتی است و نقض آن متضمن نقض حقی دولتی و مورد حمایت حقوق بین الملل (حق دسترسی به اتباع و ارائه حمایت به آنان) است. ذی نفعی موجود در این سیاق حاصل از یک رابطه تابعیتی است. در نتیجه حق اقدام، حمایت و طرح دعوا نیز طبعاً در انحصار دولت متبوع فرد بوده و واکنش جمعی را به آن شکل که در نقض تعهدات عام الشمول بین المللی متصور است ایجاب نمی کند.

سومین صورت از نقض ماده ۳۶، نقض حق دریافت حمایت کنسولی به منزله نقض حق بشری است. این تصویر استقلال ندارد و ترجمان بشری حق فردی نخستین است از رویه قضایی منطقه ای بویژه در آمریکا (Advisory Opinion No. 18, OC-16/99, 1999)، برخی معاهدات حقوق بشری از جمله کنوانسیون بین المللی حمایت از حقوق همه کارگران مهاجر و اعضای خانواده‌های آنان (Migrant Workers Convention, 1990: Art. 16.7)، تعیبه مسوولیت جمعی به حمایت کنسولی از اتباع خود و دیگر کشورها در برخی اسناد بین المللی (EU Charter of Fundamental Rights, 2000: Art. 46) و رویه نهادهای ناظر معاهده ای (CMW, general comment No. 5, 2021: 65-67) برمی

کنسولی آزاد خواهند بود که به اتباع دولت فرستنده دسترسی و ارتباط داشته باشند و اتباع دولت فرستنده نیز از همان آزادی برخوردارند. در صورت سلب آزادی اتباع دولت فرستنده فارغ از مدت و علت محرومیت، مقامات صلاحیتدار دولت پذیرنده بنا به تقاضای ذینفع بدون تأخیر مراتب را به پست کنسولی دولت فرستنده اطلاع خواهند داد. مقامات مذکور، حقوقی را که شخص ذینفع به موجب این بند داراست به اطلاع خواهند رسانید. مأموران کنسولی حق دارند با تبعه محروم از آزادی دولت فرستنده ملاقات، مذاکره، مکاتبه و ترتیب نمایندگی قانونی او را بدهند. مگر آن تبعه صریحاً نسبت به اقدام مأموران کنسولی از طرف مخالفت ورزد.

این مقرر، الگویی به هم پیوسته از حقوق فردی و دولتی را معرفی کند. در ازای این دو حق، دو تکلیف نیز از جانب دولت میزبان قابل تصور خواهد بود. نقض این دو میتواند از دو باب (نقض حق فردی و حق دولتی) مسوولیت بین المللی دولت میزبان را ایجاب کند. چون افراد میتوانند خارج از چارچوب حقوق بشر و به موجب حقوق بین الملل عام واجد حقوق فردی باشند (Jurisdiction of the Courts of Danzig, 1928: 17-18)؛ نخستین صورت از نقض ماده ۳۶، نقض حق فردی دریافت حمایت کنسولی<sup>۱</sup> است: بر اساس ماده ۳۶، حقی فردی (نه الزاماً بشری) به نام حق دریافت حمایت کنسولی از جانب دولت متبوعش تعریف و استیفای آن مشروط به تقاضای تبعه در زمان بازداشت است. جُز خود فرد و عنداللزوم دولت متبوعش، این حق ذی نفع دیگری ندارد؛ نه از نقض آن آسیبی متوجه جامعه بین المللی می شود و نه از تحققش منفعتی حقوقی برای جامعه بین المللی متصور است. ازین رو حق واکنش دسته جمعی به مظاهر نقض این حق فردی نیز قابل تصور نیست. رویه دیوان بین المللی دادگستری از جمله در آرای لاگران (۲۰۰۱)، اونا (۲۰۰۳) و اخیر در قضیه جادا (۲۰۱۹) حاکی از آن

<sup>3</sup> right to consular access

<sup>1</sup> right to consular assistance

<sup>2</sup> discretionary

دسترسی داشته باشند. اتباع دولت فرستنده نیز در مورد برقراری ارتباط با مامورین کنسولی دولت متبوع خود و دسترسی داشتن به آنها از همان آزادی برخوردار خواهند بود.<sup>۱</sup> متقابلاً اتباع دولت فرستنده نیز حقی مشابه بر دسترسی و ارتباط گیری با کنسولهای دولت متبوع خود خواهند داشت. چنین حقی تابع سیاق کیفری نیست و اطلاق و عموم آن بند موید آن است که در تمام زمینه های حقوقی، کیفری و اداری چنین حق باید مورد حمایت دولت میزبان قرار گیرد. اهمیت این دسترسی در برخی زمینه های ویژه مانند قاچاق زنان و دختران در سیاق مهاجرت های گسترده مورد تایید نهادهای ناظر معاهده ای از جمله کمیته امحای کلیه اشکال تبعیض علیه زنان بوده است (CEDAW, General Recommendation No. 38, 2020: 84).

شق ب بند نخست ماده ۳۶ مقرر کرده است "در صورتی که در حوزه کنسولی یکی از اتباع دولت فرستنده توقیف یا زندانی و یا در انتظار محاکمه بازداشت و یا به هر صورت دیگر توقیف شده باشد مقامات صلاحیتدار دولت میزبان بنا به تقاضای ذینفع بدون تأخیر مراتب را به پست کنسولی دولت فرستنده اطلاع خواهند داد. مقامات مذکور حقوقی را که شخص ذینفع به موجب این بند داراست به اطلاع خواهند رسانید". این بند خود متضمن سه حق مستقل اما مرتبط و دو تعهد مجزاست: اول، حق دولت به مطلع شدن از سلب آزادی شهروندان خود، دوم، حق فرد به ارتباط گیری و دریافت حمایت کنسولی از دولت متبوعش و سوم، حق فرد به آگاهی از حقوق پیشین.

عبارت پردازی ماده ۱۳۶ موید آنست که در معاضدت خواهی، محوریت با فرد است. بر این اساس دو تعهد متوجه دولت میزبان است: مستحضر نمودن بیگانه بازداشت شده از حق خود مبنی بر امکان ارتباط گیری با دولت متبوعش و نیز مستحضر نمودن پست کنسولی دولت متبوع در صورت درخواست فرد محروم از آزادی. دیوان در

آید که دسترسی به حمایت کنسولی در دادرسی های کیفری از اجزای حق بر دادرسی عادلانه در معنای ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی است و در پیوند با آن، حقی بشری تلقی و نقض آن نه نقض حقی فردی بلکه نقض حقوق بشر بوده و نه متضمن آثار فردی بلکه دربردارنده همان آثاری است که نقض یک حق بشری می تواند داشته باشد. در نتیجه، فرآیند تحقیقات مقدماتی، تامین دلیل، تحصیل آن، دادرسی، تعیین کیفر و اجرای آن بدون کاربست صحیح حق فرد بر دریافت حمایت کنسولی به مثابه سلب خودسرانه حق حیات و حق دادرسی عادلانه است. در سیاق اخیر، ما پیوند حقوق کنسولی، حقوق بشر و حقوق مسوولیت بین المللی دولت را شاهد خواهیم بود. در حالی که در دو سیاق نخست پیوندی جز میان حقوق کنسولی و حقوق مسوولیت بین المللی دولت قابل یافت نیست. به نظر ما از میان این سه الگو، هر یک بخشی از حقیقت موجود در ماده ۳۶ را انعکاس می دهند و تعریف جایگاه کاملاً دولتی برای این حق، تلقی فردی محض و یا پذیرش تام محتوای بشری برای محتوای ماده ۳۶ کنوانسیون ممکن نیست. ماده ۳۶ شبکه ای به هم پیوسته از حقوق فردی-دولتی را با جمیع تحولات و دلالت های بشری در حقوق بین الملل کنونی معرفی کرده و نقض هر یک از این دو به درجات متفاوتی میتواند متضمن مسوولیت بین المللی برای دولت متخلف باشد.

### ۳ پیوند جنبه های فردی و دولتی حق بر دریافت حمایت کنسولی

شق الف بند نخست ماده ۳۶ کنوانسیون وین، دسترسی کنسولها و ارتباط گیری آنان با اتباع دولت فرستنده را به عنوان حقی عرفی تدوین کرده است. بر این اساس "مأموران کنسولی آزاد خواهند بود که اتباع دولت فرستنده ارتباط برقرار کنند و به آنها

<sup>1</sup> if he so requests



113: 1961) Relations و مذاکرات مقدماتی تدوین و تصویب آن در کنفرانس دیپلماتیک وین نیز موید همین امر است (VCCR travaux préparatoires, 1963: 337-338). حاصل آنکه فعلیت یافتن ارائه حمایت کنسولی از جانب دولت، منوط به فعلیت یافتن حمایت خواهی از جانب اتباع محروم از آزادی اوست. رویه دیوان بین المللی دادگستری در تفسیر ماده ۳۶ کنوانسیون به ویژه در قضیه لگراند موید آن است که مقررات مندرج در شقوق سه گانه بند نخست ماده ۳۶ کنوانسیون وین متضمن حقی فردی است (Lagrand case, 2001: 77). این حق فردی همبستگی تام با حق دولت بر حمایت از اتباع خود دارد (Jadhav case, 2019: 116) و دولت میزبان مکلف به ایفای آن در حق دولت و اتباع بیگانه است. در رویکردی نوین، گزارشگر ویژه شورای حقوق بشر راجع به اعدام های فراقضایی، اختصاری و خودسرانه تعهد دولت میزبان را در مانحن فیه به مثابه قاعده عرفی در حال ظهور<sup>۲</sup> تلقی کرده است (A/74/318).

## ۴ حق بر دریافت حمایت کنسولی ضامن دادرسی عادلانه

حق افراد به برخورداری از دادرسی عادلانه در زمره حقوق رویه ای است؛ حقوقی به مثابه رویه و روش تضمین (قاری سید فاطمی، ۱۳۸۹: ۲۰۱) که بهره مندی از حقوق ماهوی را تسهیل میکند. چنین حقی با تمام اجزایش باید فارغ از وصف تابعیت افراد باید تضمین شود تا ضمن بهره مندی از امکانات دفاعی برابر (CCPR, General comment No. 32, 9: 2007)، امکان غلبه غیرمنصفانه افراد بر یکدیگر در دادرسی ممتنع شود.

ارائه حمایت کنسولی همان هدفی را دنبال میکند که اجزای دادرسی عادلانه از جمله مترجم، وکیل و مشاور حقوقی ذیل ماده ۱۴ میثاق به دنبال

تفسیر کنوانسیون به این امر تصریح داشته است که نقض حق فردی مندرج در ماده ۳۶ به نقض حق دولت منتهی شده و نقض حق دولت (حق دسترسی و ارتباط گیری) نیز متقابلاً به نقض حق فردی منجر خواهد شد (Avena and Other Mexican Nationals, 2004: 40).

تبعه محروم از آزادی ممکن است خود را از حمایت دولت متبوع مستغنی بداند و یا از دولت متبوع و مأموران رسمی آن و از جمله مواجهه با مقامات کنسولی بواسطه سیاق کیفری امر یا سوابق فردی (مانند وصف پناهندگی، مهاجرت یا مجرمیت) بیمناک باشد. با توجه به قید "و یا به هر صورت دیگر توقیف شده باشد..."<sup>۱</sup> در شق ب بند نخست ماده ۳۶ کنوانسیون، در دادرسیهای مدنی منتهی به سلب آزادی (مانند بازداشت محکوم علیه در دعاوی مالی) و تدابیر اداری-انتظامی (مانند قرنطینه های بهداشتی) و نگهداری در مراکز روان-درمانی نیز تعهدات پیش گفته متصور است (Draft Articles on Consular Relations, 1961: 113). دیوان بین المللی دادگستری در قضیه دیالو حمایتهای مندرج در ماده ۳۶ کنوانسیون ۱۹۶۳ را بر هر قسم از سلب آزادی ولو وضعیتهای غیرمجرمانه قابل اعمال دانسته است (Ahmadou Sadio Diallo case, 2010: 91). حاصل آنکه ملاقات، مذاکره، مکاتبه و ترتیب نمایندگی قانونی برای تبعه محروم از آزادی حق دولت متبوع اوست.

لیکن هرگاه تبعه فرد موصوف، صریحاً نسبت به اقدامی از جانب مأموران کنسولی مخالفت ورزد مأموران کنسولی از این کار خودداری خواهند نمود. تفسیری متعارف از مفاد ماده ۳۶ کنوانسیون وین در پرتو سیاق عبارات آن با توجه به هدف و موضوع کنوانسیون موید اراده توأمان و به هم پیوسته فرد و دولت در فعال سازی نهاد حمایت کنسولی است؛ با این قید که ابتکار عمل از آن فرد تلقی میشود. سوابق تدوین کنوانسیون در کمیسیون حقوق بین الملل (ILC Draft Articles on Consular)

<sup>2</sup> emerging norm of customary international law

<sup>1</sup> or is detained in any other manner



آند؛ این هدف همانا موثرسازی دادرسی عادلانه است (Arora, 2020: 122). بهره مندی ازین حق تضمین کننده برابری سلاحها، عادلانه بودن دادرسی و تعادل اطراف دعوی در دسترسی به دفاع مناسب تلقی شده و فقدانش نافی دسترسی برابر به دادگاه است (Jadhav Case, Declaration of Judge (Robinson, 2019: V)؛ امری که ناقض اصل عدم تبعیض است و موجبات مسوولیت بین المللی دولت را فراهم می آورد (Cançado Trindade, 2013: 508). بیراه نیست که برخی این حق را به عنوان حقی توانمند ساز<sup>۲</sup> تلقی کرده که دروازه ای به روی احترام و حمایت از سایر حقوق اساسی باز می کند. حقی که اگر فی نفسه، نتواند یک دادرسی عادلانه را تضمین کند. اما نقضش یقیناً مخاطراتی اساسی متوجه حقوق و آزادیهای بنیادین فرد میکند (Stewart, 2020: 452).

این رویکرد در نهادهای ناظر معاهده ای بدون حمایت نبوده است. کمیته ناظر بر کنوانسیون کارگران مهاجر در تفسیر کلی شماره ۱، به ضرورت بهره مندی کارگران و اعضای خانواده آنان از حمایت کنسولی در صورت سلب آزادی یا مواجهه با دادرسی کیفری در کشور محل کار اشاره دارد (CMW, General comment No.1, 2011, 64). کمیته، امکان مواجهه کودکان با دادرسی کیفری را نیز در قلمرو دولت میزبان دور از نظر ندانسته و دریافت حمایت کنسولی مناسب و تضمینش بوسیله دولت میزبان را از اجزای تعهد به حمایت از مصالح عالیله کودک تلقی کرده است (CMW-CRC, Joint Declaration of Judge Oda, 2017: 17-19). (General comment No. 4, 2017: 17-19).

این رویکرد در نهادهای ناظر معاهده ای بدون حمایت نبوده است. کمیته ناظر بر کنوانسیون کارگران مهاجر در تفسیر کلی شماره ۱، به ضرورت بهره مندی کارگران و اعضای خانواده آنان از حمایت کنسولی در صورت سلب آزادی یا مواجهه با دادرسی کیفری در کشور محل کار اشاره دارد (CMW, General comment No.1, 2011, 64). کمیته، امکان مواجهه کودکان با دادرسی کیفری را نیز در قلمرو دولت میزبان دور از نظر ندانسته و دریافت حمایت کنسولی مناسب و تضمینش بوسیله دولت میزبان را از اجزای تعهد به حمایت از مصالح عالیله کودک تلقی کرده است (CMW-CRC, Joint Declaration of Judge Oda, 2017: 17-19). (General comment No. 4, 2017: 17-19).

<sup>3</sup> serious procedural flaws

<sup>1</sup> Equality of arms

<sup>2</sup> Enabling right



متضمن حقوق جزئی تر<sup>۳</sup> است. حتی با تلقی آمرانه از ممنوعیت سیاست تبعیض نژادی (ILC, Jus Cogens draft conclusion, 2022: Conclusion Obligation to) و ممنوعیت شکنجه (23 Prosecute or Extradite, 2012: 99)، محرومیت بیگانگان از حمایت کنسولی میتواند منتهی به شکنجه یا مجازاتهای غیر انسانی شود (Lau, 2022: 371)، نقض قاعده آمره حقوق بین الملل باشد و از منظر مسوولیت بین المللی دولت آثار نقض قاعده آمره حقوق بین الملل بر آن مترتب شود (Jadhav Case, separate opinion of Judge Trindade, 2019: 45). با این رویکرد، تحقق حقوق ماهوی همچون حیات و یا رهایی از شکنجه و مجازاتهای غیر انسانی در پناه دریافت حمایت کنسولی متصور خواهد بود.

## ۵ حق بر دریافت حمایت کنسولی ضامن حق حیات

اثر محرومیت از حمایت کنسولی در حلقه ی بعد ممکن است متوجه حق حیات باشد. این آسیب پذیری معلول رسیدگی قضایی ناقصی است که در آن بیگانه، نتوانسته دفاعی مناسب برای خود تدارک ببیند. عبارتی محرومیت کنسولی به دادرسی ناقص، و دادرسی ناقص به سلب خودسرانه حیات می انجامد. البته رابطه سببیت میان محرومیت کنسولی و سلب حیات اندکی غامض بوده، تصریح معاهده ای ندارد و ضعیف تر از رابطه ای است که میان محرومیت کنسولی و دادرسی غیر عادلانه وجود دارد. اما این سببیت ضعیف، فعلیت یافتن سلب حیات را منتفی نمیکند. کمیته حقوق مدنی و سیاسی در دو موضع تفسیری رابطه موصوف را تایید کرده است.

به باور کمیته، هر درجه افزایش سلب حیات قضایی اتباع بیگانه موید محرومیت افزون تر آنان از حمایت کنسولی است. امری که با توجه به وصف

حقوق دفاعی متهم میداند (Jadhav Case, 2019: 145).

به باور برخی قضات دیوان در همان قضیه، مجموعه حقوق جزئی مندرج در ماده ۱۴ میثاق، نه لیستی جامع از مولفه های دادرسی عادلانه بلکه مصادیقی تمثیلی است و افزون عناصری دیگر به اجزای دادرسی عادلانه ممکن است، مشروط به آنکه خصال بنیادین حق دادرسی عادلانه را داشته باشند (Jadhav Case, Declaration of Judge Robinson, 2019: iii-iv). از آن جمله است دریافت حمایت کنسولی که اصدار حکم بر مبنای آن محرومیت از آن ناقض اصل برابری در محضر دادگاه خواهد بود (Jadhav Case, separate opinion of Judge Trindade, 2019: 39). این رویکرد برآیند توسعه حقوق بین الملل بشر و پیوند میان-معاهده ای است و اثر آن، پویایی اجزای حق دادرسی عادلانه و تکامل آن در گذر زمان است.

پیوند پیشین مورد تایید رویه قضایی منطقه ای نیز بوده است. به باور دیوان آمریکایی حقوق بشر، تفسیر و اجرای تضمینات شکلی دادرسی عادلانه مصون از توسعه حقوق بین الملل نیست و حداقل تضمینات آن تابع اصل تصریح شده در قضیه نامیبیا هر معاهده باید در پرتو تمام نظام حقوقی موجود در زمان اجرا، تفسیر شود (Namibia advisory opinion, 1971: 53) است که (Advisory Opinion, No. 18, OC-16/99, 1999: 113).

به باور ما، عاریه گرفتن حقوق بشر از معاهده نه الزامی است نه مطلوب. توسعه تدریجی حقوق بین الملل و عرفی شدن برخی رویه ها میتواند خالق حق یا تکامل بخش برخی حقوق موجود باشد. امروزه حمایت کنسولی فاقد ماهیت تقابلی<sup>۱</sup> است، از ساحت میان-دولتی خارج شده، (Diallo Case Separate opinion of Judge Cançado Trindade, 2010: 9)، حق رویه ای<sup>۲</sup> به شمار آمده و از اجزای دادرسی عادلانه به عنوان خوشه ای

<sup>3</sup> chain of rights

<sup>1</sup> non reciprocal right

<sup>2</sup> Procedural right

در هر پنج قضیه مربوط به تفسیر و اجرای ماده ۳۶ کنوانسیون ۱۹۳۶ وین است. دیوان در قضایای برآرد، لگراند، اونا، تفسیر رای اونا و جاداو با صدور دستور موقت مبنی بر لزوم توقف اجرای احکام اعدام اتباع بیگانه محروم از حمایت کنسولی، حمایت از حق حیات اتباع بیگانه مواجه با اعدام را بر هر امری تا حل و فصل ماهوی اختلاف ترجیح داده است. هسته این رویکرد حمایتی دیوان، حمایت از حق حیات است. توسل پیوسته به نهاد دستور موقت در دعاوی کنسولی مبنی عبور دیوان از ظاهر منجمد عبارات ماده ۴۱ اساسنامه دیوان است (Jadhav, India v. Pakistan, provisional measures, Concurring opinion of Judge Cançado Trindade, 2017: 22). بر این اساس هدف دستور موقت حفظ حقوق ادعایی اطراف دعوا و توازن موضع آنان تا ختم رسیدگی ماهوی است. اما رویه دیوان نشان می‌دهد که در عرض مصالح پیشین، حمایت از حقوق بنیادین انسان از جمله حق حیات اهمیت بنیادین دارد؛ ولو آنکه در رسیدگی ماهوی ثابت شود حمایت از این حقوق قابل احراز نیست.

اثرگذاری دریافت حمایت کنسولی بر حق حیات، افزون بر رویه قضایی بین المللی، مورد تایید رویه های نوین بین المللی نیز بوده است. افزون بر تصریح اصول ماندلا مبنی بر لزوم دسترسی زندانیان بیگانه به معاضدت کنسولی دولت متبوع خود (UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, 2015, Rule. 62)، مجمع عمومی بارها پیوند حق حیات و دریافت حمایت کنسولی را مورد تایید قرار داده است. (General Assembly resolution 71/187)، (General Assembly resolution 73/175)، (General Assembly resolution 75/183). دبیر کل ملل متحد در گزارش خود به مجمع عمومی، سلب حیات قضایی اتباع بیگانه در صورت محرومیت آنان از حمایت کنسولی را به منزله سلب خودسرانه حیات تلقی کرده و آنرا مستوجب مسوولیت بین المللی اطراف کنوانسیون ۱۹۶۳ وین میدانند. (General Assembly resolution

بیگانه بودن نشانه ی سیاست رسمی تبعیض و مغایر ماده ۲ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی است (CCPR, General comment No. 44: 36, 2019).

نیز به باور کمیته، افزون بر تضمینات مندرج در ماده ۱۴ میثاق، برخی دیگر از تضمینات دادرسی عادلانه در روند توسعه تدریجی حقوق بشر و یا پیوند با رژیم های بین المللی معاهده ای شکل گرفته اند. کمیته ضمن تایید دکترین حداقلی بودن تضمینات دادرسی عادلانه، حمایت کنسولی را از تضمینات دسته اخیر میدانند؛ تضمینی نوین و پیوندیافته که دولت مکلف است ایفای را برعهده گیرد. قصور در اطلاع رسانی فوری این حق به بیگانه، قصور در اطلاع رسانی به دولت متبوع در صورت درخواست بیگانگان بازداشتی و اخلاف در استیفای این حق، در صورت منتهی شدن دادرسی به اصدار حکم اعدام و یا اجرای آن، افزون بر نقض دادرسی عادلانه سلب خودسرانه حیات تلقی میشود. (CCPR, General comment No. 36, 2019: 42).

رویه قضایی مؤید رویکرد پیشین است. به باور دیوان آمریکایی حقوق بشر در شرایطی که بیگانه با محرومیت از حمایت کنسولی به مرگ محکوم شود، اجرای چنین کیفری نقض تعهدات بین المللی و به منزله سلب خودسرانه حیات بیگانگان است (Advisory Opinion No. 18, OC- 16/99, 1999: 135-137). به باور دیوان، اصول برابری در برابری قانون و عدم تبعیض که امروزه ماهیتی آمره یافته اند موید استثنانپذیری حمایت کنسولی از بیگانگان میشود. در نتیجه دولت میزبان مکلف به تمهید دادرسی عادلانه با تمام اجزا و عناصر تکامل یافته آن فارغ از تمامی ملاحظات مربوط به وضعیت افراد از جمله غیر قانونی بودن ورودشان به کشور میزبان و یا ثبت نشدن وضعیت مهاجرتی آنان است (Advisory Opinion No.18, OC-18/03, 2003: 101).

دلالت قضایی دیگر در تایید این ارتباط، رویه دیوان بین المللی دادگستری در صدور دستور موقت



## ۶ حکومت قواعد عام مسوولیت بین المللی دولت بر چارچوب جبران نقض ماده ۳۶

قاعده ای کلی وجود ندارد که ورود زیان، عنصر اساسی در شناخت عمل متخلفانه بین المللی باشد (ARSIWA, 2001: Art. 31.6). عبارتی تصور میشود که نقض هر تعهد بین المللی اصولاً متضمن ورود زیان است و احراز آن زیان، شرط لازم برای احراز وقوع عمل متخلفانه بین المللی نیست (Crawford, 2013: 485)؛ هرچند احراز این موضوع اثری جوهری در کیفیت جبران خسارت خواهد داشت. قاعده‌تاً هر نقضی نیز شایان تدارک و جبران خسارت است و چارچوب عام و اصولی حاکم بر این موضوع نظام عام مسوولیت بین المللی دولت است.

گاه از تصریح معاهده محرز میشود که نقض تعهدات اولیه صرفاً به شیوه‌های ویژه مندرج در آن معاهده و نه شیوه‌های جبرانی حقوق عام مسوولیت بین المللی دولت قابل جبران است (ARSIWA, 2001, Art. 55). در مانحن فیه آنچه واجد اهمیت اساسی است مسکوت ماندن مساله نظام جبران خسارت نقض دسترسی‌های کنسولی در کنوانسیون ۱۹۶۳ و فقدان قاعده خاص<sup>۱</sup> ناظر بر شیوه‌های ویژه جبرانی است. به نظر میرسد با فقدان قواعد ثانویه خودبسنده ناظر به موضوع، این حفره حقوقی متضمن احاله به نظامی حقوقی در خارج از کنوانسیون ۱۹۶۳ باشد. حاصل آن که هر گونه نقض مقررات این کنوانسیون و از جمله انکار و نقض دسترسی‌های کنسولی در ترازوی حقوق عام مسوولیت بین المللی دولت قرار گرفته و آثارش از منظر نظام اخیر قابل تحلیل و ارزیابی است.

در نظام عام مسوولیت بین المللی دولت، صرف محرومیت افراد از دریافت حمایت کنسولی فی نفسه تخلف از تعهدات بین المللی تلقی میشود

(75/309). افزون بر آن گزارشگر ویژه شورای حقوق بشر راجع به اعدام‌های فراقضایی، اختصاری و خودسرانه با تایید اثرگذاری دریافت حمایت کنسولی بر تحقق دادرسی عادلانه، تحقق کامل حمایت کنسولی را به عنوان یکی از تضمینات شکلی حق حیات معرفی میکند. (A/74/318, para. 56)، قطعنامه ۳۶/۱۷ شورای حقوق بشر نیز ضمن اشاره به اثرات نامناسب کیفر مرگ بر افراد آسیب پذیر از جمله اتباع بیگانه و اهمیت دسترسی آنان به حمایت کنسولی، تحقق آن را عنصری بنیادین در حمایت از بیگانگان مواجهه به کیفر مرگ می داند (HRC, The question of the death penalty, ) (2017). این موضع شورا، در قطعنامه ۴۲/۲۴ بازتایید شده است (HRC, The question of the death penalty, 2019).

به نظر میرسد دریافت حمایت کنسولی در چارچوب قواعد اولیه حقوق بین الملل، علیرغم تمام تحولات ماهوی و روند ادخال خزنده به پیکره حقوق بشر، هنوز در حصار کنوانسیون وین به عنوان سندی دولت محور است. با وجود این نمیتوان بر تمامی تحولات این نهاد حمایتی و توسعه تدریجی آن در گذر زمان چشم بست و حمایت کنسولی را به حقی دولتی با چارچوب صلاح‌دیدی فروکاست. این حق در حال طی گامهای نهایی برای تبدیل به حقی بشری با ماهیت عرفی است. بلکه در برخی عرصه‌های خاص معاهده‌ای همچون حمایت از حقوق کارگران مهاجر ماهیت بشری آن شناسایی شده است. حال این پرسش شایان پاسخگویی است که در ساحت قواعد ثانویه حقوق بین الملل، نقض چنین حقی با کدامین چارچوب میتواند از طریق اعاده به وضع سابق جبران شود؟ آیا قواعد و مقررات نظام عام مسوولیت بین المللی دولت می توان چارچوب جبرانی مطلوبی در مانحن فیه ارائه کند؟

<sup>1</sup> lex specialis

صرف نقض کنوانسیون ۱۹۶۳ وین ارتقا میدهد. در دیوان بین المللی دادگستری افزون بر قضیه جادا، این رویکرد بویژه در قضایای مربوط به تفسیر و اجرای ماده ۳۶ کنوانسیون در لوایح دولتهای آلمان (Memorial of Germany, 1999: para. 4.108-) و مکزیک (Memorial of Mexico, 2003: 4.111) و مکزیک (para.136-146) علیه ایالات متحد آمریکا به چشم میخورد. اثبات این موضوع نیز ممکن است چارچوب جبران خسارت را از حقوق عام مسوولیت بین المللی دولت به نظام خاص جبران خسارت نقضهای حقوق بشر تغییر داده (Shelton, 2015: 17) و متضمن قواعدی ثانویه دیگری باشد.

عینیت یافتن موضوع پیشین در حوزه اجرای مسوولیت بین المللی دولت نیازمند اثبات دو امر است: نخست اثبات بشری بودن حق دریافت حمایت کنسولی خارج از چارچوب کنوانسیون ۱۹۶۳ وین و دوم وجود قواعد ثانویه ویژه جبران خسارت نقض حقوق بشر. با توجه به فقدان تلقی محض بشری از حق دریافت حمایت کنسولی حداقل در رویکرد تفسیری دیوان بین المللی دادگستری (Jadhav Case, 2019: 36)، جستن قواعد ثانویه ادعایی نیز خارج از حوصله نوشتار حاضر است و نوشتاری مستقل می طلبد. اما این امر شایان یادآوری است که در اجرای ماده دو میثاق بین المللی حقوق مدنی-سیاسی و ایفای تعهد اطراف میثاق به تمهید دادخواهی موثر، دولت ها مکلفند از قربانیان نقض حقوق بشر جبران خسارتی مناسب بعمل آورند؛ جبرانی که باید کافی، موثر، سریع، متناسب با شدت نقض رخ داده و منطبق با حقوق داخلی دولت متخلف و دیگر اصول و مقررات حقوق بین الملل باشد (Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy, 2005: 15). این جبران خسارت به اشکالی گوناگون از جمله اعاده به وضع سابق و جلب رضایت تجلی می یابد (CCPR, General comment No. 31, 2004: 16). در فرضی که آثار مسوولیت بین المللی دولت در در چارچوب

(Jadhav Case, 2019: 133)؛ متضمن زیان است و شایسته جبران خسارت به شکلی است که تمام آثار عمل متخلفانه را زائل کند (Factory of chorzov, 1928: 48). نتیجه نهایی این محرومیت در دو قالب هویدا میشود و طبعاً آثاری متفاوت در حوزه مسوولیت بین المللی دولت به دنبال دارد. نخست زمانی است که در عین رعایت تمامی تضمینات دادرسی، با صرف محرومیت از حق دریافت حمایت کنسولی مواجه باشیم. مانند وضعیتی که بیگانه ی محروم از حمایت کنسولی بواسطه فقدان ادله مثبت مجرمیت یا جرم نبودن عمل با قرار منع تعقیب مواجه شده باشد. در این وضعیت علیرغم فقدان زیان مادی یا معنوی آشکار، صرف محروم سازی از دریافت حق به منزله نقض تعهد بین المللی (Ragazzi, 2005: 22) و موجد زینانی حقوقی<sup>۱</sup> است که باید با جلب رضایت یا تعهد به عدم تکرار جبران شود. دوم: وضعیتی که محرومیت پیشین اثری شدید داشته و در قالب زوال دادرسی عادلانه، احراز مجرمیت، محکومیت و اجرای مجازات از جمله کیفر مرگ آشکار شود. زیان مادی یا معنوی در مانحن فیه افزون تر از زیان حقوقی صرف در فرض پیشین است و با توجه به ماهیت و شدت نقض، مقیاس خسارات وارده و میزان گریز محاکم کیفری دولت میزبان از مولفه های دادرسی عادلانه (Memorial of India, 2017: para. 40)، شایان جبرانی موثرتر، از جمله اعاده به وضع سابق و یا پرداخت غرامت خواهد بود.

اگر بپذیریم حمایت کنسولی یکی از اجزا یا حداقل یکی از تضمینات یا مولفه های موثرسازی دادرسی عادلانه باشد و محرومیت از آن به مثابه انکار عدالت در حق بیگانگان تلقی شود (Crawford, 2013: 122) در این مورد آنچه رخ داده است ممکن است در قالب نقض حق بر دادرسی عادلانه از طریق محروم سازی از دریافت حمایت کنسولی نیز پیکربندی شود؛ واقعیتی که محتمل است موضوع را به قامت نقض حقوق بشر و نه

<sup>1</sup> legal injury



این نظام خاص تحلیل کنیم ذی نفع اولیه در کاربست سازکارهای جبرانی خود دولت است. هر چند ذی نفعان نهایی<sup>۱</sup> با توجه به ساحت بشری موضوع و عنصر "دارندگی حق"، افراد انسانی اند (Buyse, 2008: 134).

## ۶٫۱ کاربست اصولی اعاده به وضع سابق در جبران نقض ماده ۳۶

اعاده به وضع سابق در معنای خاص خود که مورد نظر کمیسیون حقوق بین الملل در تدوین ماده ۳۵ طرح مسوولیت بین المللی دولتها بوده است به معنای احیا و استقرار مجدد شرایط اولیه و متعارفی است که سابق بر ارتکاب فعل متخلفانه<sup>۲</sup> وجود داشته است؛ امری که عقلاً منوط به بقای امر متنازع فیه است.<sup>۳</sup> آزادسازی افراد بازداشتی، رفع توقیف از اموال، خروج از سرزمین اشغال شده، مسترد داشتن اموال فرهنگی غارت شده، لغو قوانین و مقررات ملی مغایر با تعهدات بین المللی و بازبینی تصمیمات قضایی مغایر تعهدات بین المللی دولت مصادیقی از این مفهوم اند.

اعاده به وضع سابق منحصر به وضعیتی نیست که ذی نفی مستقیم دولت از جمله در مورد اموال، اسناد یا سرزمینش مطرح باشد. در وضعیتی که فرد انسانی نیز، ذینفع اعاده به وضع سابق باشد اعاده میتواند در معنای برگرداندن قربانی به وضعیت مادی طبیعی و اولیه (همچون آزادی از بازداشت غیرقانونی و خروج از محبس) یا اعاده وی به وضعیت حقوقی طبیعی و اولیه (برائت) باشد (Provost, 2016: 494). به هر حال در معنای حقوقی، اعاده به وضع سابق متضمن اصلاح یا تغییر در روابط حقوقی دولت مسوول با زیان دیده میباشد (امیری، ۱۳۸۷) و در معنای مادی، اعاده به وضع سابق متضمن برخورداری افراد، اموال یا اسناد از وضعیت جدید فیزیکی و پیرامونی است.

در چارچوب نظام معاضدتهای کنسولی، تعهد اولیه دولت میزبان آن است که "بنا به تقاضای ذینفع و بدون تأخیر، مراتب {بازداشت بیگانه} را به پست کنسولی دولت فرستنده اطلاع دهد" و نیز "حقوقی را که شخص ذینفع به موجب ماده ۳۶ کنوانسیون داراست به اطلاع او برساند." (VCCR, 1963: 36). تخلف دولت میزبان در اجرای این تعهد در قالب "محروم سازی تبعه بیگانه از حق فردی دریافت حمایت کنسولی از لحظه درخواست وی برای بهره مندی از این حق" و نیز "قصور در آگاهانیدن وی مبنی بر داشتن این حق فردی" هویدا می شود.

با تحقق فرآیند محروم سازی به شرح پیشین، در یک نگاه کلی و اولیه تمامی اقدامات و رخدادهای موخر بر فرآیند محروم سازی از جمله تحقیقات مقدماتی انجام شده بدون حضور وکیل یا مشاور تعیین شده توسط پُست کنسولی، ادله تحصیل شده در وضعیت محرومیت از حمایت کنسولی به ویژه اقرار، خود فرآیند دادرسی، محکومیت و اجرای مجازات به شرطی که مستقیماً معلول و نتیجه محرومیت از دریافت حمایت کنسولی باشند، مشمول اعاده به وضع سابق خواهند شد.

زدودن تمام آثار ناشی از فعل متخلفانه است (Factory of chorzov, 1928, 48:) متضمن آن است که بپذیریم دولت متخلف افزون بر الغای آرای محکومیت و مجازات و امحای آثار دادرسی موصوف، حتی در دادرسی های موخر نیز امکان بهره برداری از ادله تحصیل شده در دوره محروم سازی را نداشته باشد. تحقق اعاده در این معنا، متهم بیگانه را در همان جایگاه و اوضاع و احوالی قرار می دهد که در لحظه سلب آزادی و نقض ماده ۳۶ کنوانسیون داشته است؛ وضعیتی که آزاد است، اقرار نکرده است و توان ملاقات با وکیل یا کنسول دولت متبوع و تدارک دفاع دارد.

البته اعاده در معنای پیش گفته، محدود به مواردی است که انجام آن به لحاظ مادی نیز ممکن

<sup>3</sup> materially possible

<sup>1</sup> ultimate beneficiaries

<sup>2</sup> status quo ante

در مانحن فیه با توجه به آنکه اعاده به وضع سابق اصولاً در قالب اعاده حقوقی معنا پیدا می‌کند، اصل تناسب واجد معنایی دیگر نیز می‌شود. به این معنا که اعاده به وضع سابق بدون لطمه به حقوق و تکالیف دیگران و از جمله خود دولت متخلف صورت گیرد (امیری، ۱۳۸۷). بر این اساس دولت متخلف، نقض ماده ۳۶ را باید مشروط به و تا حدی که<sup>۱</sup> خارج از اصل تناسب نباشد به گونه‌ای جبران کند که در انطباق با دیگر و حقوق و تکالیف بین المللی اش قرار گیرد. حاصل آنکه دولت متخلف نمی‌بایست در این فرآیند جبرانی بر تمامی حقوق مشروع خود که از حقوق بین الملل حاصل کرده است چشم ببوشد. این موضوع تحت عنوان نسبی بودن اعاده به وضع سابق به ویژه در فرض محکومیت اتباع بیگانه به حبس نیازمند ایضاح بیشتری است.

## ۶٫۲ نسبی بودن اعاده به وضع سابق در سایه اصل تناسب

محل نزاع در قضایای مربوط به تفسیر و اجرای ماده ۳۶ کنوانسیون وین، کیفیت اعاده به وضع سابق است. دو رویکرد در این مورد قابل یافت است. هر کدام از این رویکردها موافقان و مخالفانی دارد و سطحی متفاوت از نگرانی‌های دولت زیان دیده و دولت متخلف را پوشش می‌دهد.

نخستین رویکرد که مطلوب دولت زیان دیده است، "امحای تمام آثار عمل متخلفانه"<sup>۲</sup> را از جمله مسوولیت‌های دولت متخلف تلقی میکند (Factory of chorzov, 1928: 47-48). این رویکرد مستظهر به اصل جبران کامل خسارت<sup>۳</sup> است که در ماده ۳۴ طرح مسوولیت پیش بینی شده است. حاصل از کاربست این رویکرد آن است که آرای محکومیت و مجازات و توابع و لواحق آن مشمول تعهد به اعاده به وضع سابق و امحای تمام آثار عمل متخلفانه باشد. افزون بر آن آزادسازی تبعه بیگانه و تمهید امکان خروج آزادانه اش از قلمرو کشور

باشد. از جمله در فرض سلب حیات اتباع بیگانه، اگر فرآیند دادرسی با محرومیت از حمایت کنسولی همراه بوده باشد (از جمله در قضیه لگراندر)، نقض قاعده تماماً رخ داده و با توجه به قلع زمینه نزاع در اثر زوال (مرگ) موضوع دعوا و امتناع مادی و حقوقی امر، اعاده به وضع سابق متصور نیست (Barcelona Traction case, 1970: 23). در این وضعیت، جلب رضایت، پرداخت غرامت در قبال سلب غیر قانونی حیات و تعهد و تضمین به عدم تکرار فعل متخلفانه در آتیه می‌تواند جبران موثر نقض ماده ۳۶ باشد.

از جهاتی دیگر بنظر میرسد در صورت عدم اعدام تبعه موصوف هم، افزون بر لزوم اعاده به وضع سابق از طریق الغای آرای محکومیت و مجازات، امکان مطالبه غرامت نیز وجود داشته باشد؛ از جمله در مواردی که نقض ماده ۳۶ به کیفر حبس یا سایر جنایات شدید مادون نفس از جمله شکنجه منتهی شده باشد (Lagrand case, 2001: 125). در صورت اخیر، کیفر حبس غیر قانونی است و امکان مطالبه خسارت ایام بازداشت و غرامت آسیبه‌های دیگر وجود دارد. جز این موارد با توجه به فقد خسارت مالی، موضوع دریافت غرامت نیز منتفی به نظر میرسد.

اعاده به وضع سابق، محدود به اصل تناسب است (ARSIWA, 2001: Art. 30). تناسب در این معنا ممکن است از منظر مادی مد نظر باشد. نیز ممکن است اعاده به وضع سابق به جهت خارج از توان بودن برای دولت متخلف، ممتنع شود (مستقیمی و طارم سری، ۱۳۷۷: ۲۳۷). بدان معنا که اگر مزایای اعاده به وضع سابق هیچ تناسبی با هزینه‌های آن برای دولت متخلف نداشته باشد (از جمله در قیاس با غرامتی که ممکن است بعنوان جانشین نقض تعهد اولیه پرداخت کند)، باید از اعاده بوضع سابق چشم پوشید و به طرق جبرانی دیگر رو آورد.

<sup>3</sup> full reparation principle

<sup>1</sup> Provided and to the extent that

<sup>2</sup> wipe out all the consequences of the illegal act



بویژه در قضایای راجع به آزادی سرزمین، اموال، اسناد و اتباع دولت زیان دیده توجه به سایر اوضاع و احوال و الزامات حقوق بین الملل از جمله حقوق و صلاحیت های دولت متخلف امری ضروری است (ARSIWA, 2001: Art. 34.3).

بعنوان مثال زمانی که دولت متخلف، برخی تعهدات شکلی حقوق بین الملل را که مقدمه استیفای حقوق ماهوی دولت بیگانه یا اتباعش باشند نقض کرده باشد، اعاده به وضع سابق به معنای احیای محض حقوق دولت زیان دیده یا محرومیت ابدی دولت متخلف از ارزیابی حقوق ماهوی دولت زیان دیده یا اتباع او نیست. مُراد آن است که به دولت زیان دیده چیزی بیش از آن نرسد که در فرض اجرای تعهد نصیبش می شده است.

از میان این دو الگو، آنچه مطلوب دیوان بین المللی دادگستری بوده است اعاده نسبی وضعیت به حال سابق در پرتو اصل تناسب، ملحوظ داشتن حقوق مشروع دولت میزبان حاصل از حقوق بین الملل، و معرفی فرآیند تجدیدنظر و بازبینی به عنوان شیوه تعدیل شده ی اعاده به وضع سابق از نوع حقوقی (و نه مادی) است. محکومیت دولت متخلف به چیزی بیش از آن مغایر با بسیاری بنیادهای حقوق بین الملل از جمله منع ورود محاکم بین المللی به ارزیابی آرای قضایی ملی و منع ورود به عرصه مُسَلَّم امور داخلی است.

### ۶٫۳ تجدید نظر و بازبینی توسط مراجع

#### ملی به مثابه اعاده به وضع سابق

اصولاً نمیتوان محاکم بین المللی را به منزله مرجع نقض و ابرام آرای محاکم ملی تصور نمود. اگر به تفکیک ساحت حقوق داخلی و حقوق بین الملل باور داشته باشیم<sup>۳</sup>، باید عرصه مُسَلَّم امور داخلی را از ورود و دخالت حقوق بین الملل مصون بدانیم (UN Charter, 1945: art. 2). در نتیجه تصور اینکه محکمه ای بین المللی بتواند بطلان عمل حقوقی یا

میزبان و معافیت از اعمال مجدد صلاحیت کیفری بر اساس همان اتهام و ادله تحصیل شده در دوران محروم سازی از دریافت حمایت کنسولی، از تعهدات دولت متخلف خواهد بود.

مبنای رویکرد نخست آن است که "از منشأ غلط، حق بر نمی خیزد"<sup>۱</sup>؛ طبعاً اعاده کامل وضعیت به حالت سابق، متضمن تعهد دولت متخلف به امحای تمام فرآیندها و رخدادهای موخر بر وقوع تخلف است. پس هر آنچه پس از فرآیند محروم سازی از دریافت حمایت کنسولی رخ داده باشد از جمله آثار عمل متخلفانه است. اگر اختلافی نیز راجع به تفسیر و اجرای ماده ۳۶ کنوانسیون در محکمه ای بین المللی اقامه شود آن محکمه نیز باید عمل نامشروع دولت را تماماً باطل کند.

رویکرد نخست کمترین مطلوبیتی برای دولت میزبان دارد؛ از آن جهت که مغایر صلاحیت سرزمینی او به موجب حقوق بین الملل، تعهدات مربوط به تحقق عدالت در حق قربانیان جرم و حتی تعهدات مربوط به مقابله با بی کیفرمانی در مورد محاکمه بیگانگان متهم به ارتکاب جنایات بین المللی است. حتی میتوان با وحدت ملاک از قواعد طرح مسوولیت دولت (ARSIWA, 2001: Art. 37) باور داشت جبرانی به آنگونه ماهیتاً تحقیق‌آمیز است و مغایر اصل برابری دولت ها است. در نتیجه رویکردی دیگر با محوریت نسبیت اعاده به وضع سابق<sup>۲</sup> قابل عرضه است.

بر اساس رویکرد دوم، دولت متخلف بر اساس اصل تناسب صرفاً تا آن میزان ماخوذ به احیای وضعیت سابق است که آثار متخلفانه به صورت مستقیم ناشی از نقض تعهد بین المللی بوده و زدودن آن آثار با توجه به حقوق و صلاحیت های دولت متخلف از جمله به موجب حقوق بین الملل عام، شدنی و قابل انجام باشد. این رویکرد سازشی مورد تایید کمیسیون حقوق بین الملل نیز بوده است. به باور کمیسیون، در احیای وضعیت سابق

<sup>3</sup> Dualism

<sup>1</sup> ex-injuria non oritur jus

<sup>2</sup> Relativity of Restitution



نیست دولت متخلف اثرگذار بودن این آیین را نسبت به متهم تضمین کند. بلکه هدف آن است در یک دادرسی مجدد تمام نقائص شکلی موثر بر حقوق تبعه بیگانه مورد ارزیابی قضایی قرار گیرد. از همین روست که دیوان، جوهر آیین تجدیدنظر و بازبینی را التزام موثر به دادرسی عادلانه میدانند (Jadhav case, 2019: 145) و نه تضمین نتیجه نهایی آن.

فارغ از تمام فرصت‌ها و محدودیت‌هایی که در نظم حقوقی ملی کشور متخلف وجود دارد دولت متخلف، متعهد به به بازبینی و تجدید نظر است و استناد به محدودیتهای شکلی ناظر بر آیین اعتراض به آرای کیفری نمی‌تواند تعهد دولت را زائل کرده (VCLT, 1969: 27). و شیوه‌های جبرانی دیگری را جایگزین آن نماید. کاربست این تعهد حتی تا جایی است که دولت متخلف را به بازبینی قوانین و مقررات بازدارنده از اعمال تجدیدنظر و بازبینی خواهد کرد. بعبارتی تعهد دولت به کاربست این آیین، تعهد به نتیجه<sup>۱</sup> است (Avena case, 2009: 44).

در عین حال، دولت متخلف آزادی عمل کاملی در تهید و تدارک وسیله و ابزارهای تحقق آن دارد (Jadhav Case, 2019: 146). هرچند دولت متخلف میتواند با کاربست آیینهای مکمل و فرعی مانند عفو به همان نتیجه نائل آید (Avena and Other Mexican Nationals, 2004: 143). نیز در فرض وجود موانع حقوقی در تحقق آیین تجدیدنظر و بازبینی و یا عفو خصوصی، تقنین ملی میتواند هموارکننده تعهد به جبران باشد (Carter, 2005: 273).

ممکن است به تاسی از رویه دیوان در قضیه قرار بازداشت بین المللی یروپا، تصور شود اثر نقض ماده ۳۶ کنوانسیون وین بطلان آرای محکومیت و مجازات در تمامیت خود باشد و از محکمه بین المللی انتظار داشت چنین بطلانی را احراز کند. اما باید توجه داشت که صدور قرار بازداشت برای وزیر

قضایی داخلی (در مانحن فیه آرای صادره توسط محاکم ملی) را اعلام کند و یا در مقام استیناف از آرای محاکم ملی قرار گیرد ممکن نیست. در این مورد محکمه صرفاً صلاحیت احراز نقض یک تعهد بین المللی را دارد و اگر ضروری باشد می‌تواند مقرر کند که حقوق داخلی یک کشور، سبب چنین نقضی بوده است (Lagrang case, 2001: 125).

در دعاوی مربوط به تفسیر و اجرای ماده ۳۶ کنوانسیون وین، دیوان بین المللی به این بسنده کرده است که مغایرت عمل متخلفانه دولت (محروم سازی از دریافت حمایت کنسولی) با حقوق بین الملل را احراز و اعلام کند و از دولت متخلف بخواهد با ابزارهای در اختیار خود و بر اساس حقوق ملی اما در تعامل با حقوق بین الملل، آثار عمل متخلفانه را زائل کند. در تمام قضایای موصوف این آیین جبرانی "تجدید نظر و بازبینی در آرای محکومیت و مجازات" نام گرفته است؛ آیینی که از شقوق اعاده حقوقی وضعیت به حال سابق محسوب میشود.

بر اساس این آیین، تخلف دولت از تعهدات بین المللی راجع به دسترسی‌های کنسولی صرفاً در چارچوب نظام قضایی دولت متخلف از طریق بازبینی قضایی عادی یا فوق العاده آرای محکومیت و مجازات بر طبق قوانین و مقررات ملی همان دولت قابل جبران است. این جبران مستلزم طی یک فرآیند قضایی داخلی منطبق با تمام استانداردهای دادرسی عادلانه از جمله حمایت‌های دریافتی از کانال معاضدتهای کنسولی است؛ به گونه‌ای که تمام اوضاع و احوال، ادله و عناصر متخلفانه دادرسی اولیه را ملحوظ داشته و اثر هر کدام از آن تخلفات را بر حقوق دفاعی متهم مورد ارزیابی مجدد قرار داده و در فضایی با حکومت حقوق داخلی اما منطبق با استانداردهای بین المللی محکومیت و مجازات تبعه بیگانه را مورد تجدیدنظر قرار دهد. جبران کامل خسارت نقض ماده ۳۶ ازین رهگذر ممکن خواهد بود ولو آنکه نتیجه آیین تجدیدنظر و بازبینی، مجدداً محکومیت و مجازات تبعه بیگانه باشد. بعبارتی لازم

<sup>1</sup> Obligation to result



شکلی یک دادرسی که ضامن حق حیات اتباع بیگانه و رهایی آنان از شکنجه و رفتارهای غیر انسانی و مجازاتهای ترحیم‌ناپذیر باشد دشوار می‌نماید. ازین روست که ماده ۳۶ کنوانسیون ۱۹۶۳ وین، "الزام به اطلاع رسانی بدون تاخیر به دولت متبوع در صورت درخواست خود فرد را" یکی از تکالیف دولت میزبان در صورت هرگونه سلب و یا تحدید آزادی اتباع بیگانه دانسته است. این تعهد قراردادی از نوع تعهد به نتیجه است و بعید به نظر نمی‌رسد که امروز دارای ماهیت عرفی بین المللی شده باشد. به هر روی، نقض این تعهد قراردادی لازم الاجرا از جانب دولت میزبان و ماموران قانونی آن مسوولیت بین المللی دولت میزبان را بدنبال می‌آورد. در مانحن فیه، صرف قصور اولیه در اطلاع رسانی به مثابه نقض حقوق بین الملل بوده و موجب ورود زیان به بیگانگان و دولت متبوع آنان شده و در آتیه و مراتب شدیدتر می‌تواند نقض حق بر دادرسی عادلانه، حق حیات و رهایی از شکنجه را نیز بدنبال آورد. ازین رو دولت میزبان بعنوان دولت متخلف، مکلف است نقض رخ داده را جبران و خسارات حاصله را تدارک بیند. در فروضی که نقض پیش گفته به اصدار و اجرای احکام اعدام بیگانگان منتهی شده باشد نظر به قلع وجود محکوم به و غیرقابل احیا و بازگشت بودن وضعیت سابق، دولت متخلف مکلف است از طریق عذرخواهی، جلب رضایت، تعهد به عدم تکرار و پرداخت غرامت عادلانه، خسارات واقعه را جبران کند. اما در مواردی جز این و از جمله محکومیت بیگانگان به کیفر حبس و اصدار بدون اجرای حکم اعدام، موضوع جبران خسارت متفاوت است. منفعت مبرم دولت زیان دیده در این صور، اعاده کامل وضعیت به حال سابق و الغای تمام آنچه است که از لحظه توقیف تا اجرای کیفر ناشی شده است. از آن جمله است امحای ادله و اعلام بی اعتباری آن، الغای احکام محکومیت و مجازات های صادره و آزادی بدون قید و شرط تبعه بازداشتی و یا در معرض اعدام. اما منفعت مبرم و غیر قابل انکار دولت

خارج در حال خدمت با توجه به مصونیت کیفری سران عالی‌رتبه فی نفسه<sup>۱</sup> مغایر حقوق بین الملل است (Arrest Warrant case, 2002: 70). پس اعلام بطلان آن شایسته است.

اما در موضوع نقض ماده ۳۶ کنوانسیون وین، دستگیری، بازداشت، دادرسی و مجازات اتباع بیگانه فی نفسه نقض حقوق بین الملل نیست (Avena and Other Mexican Nationals, 2004: 123). موضوع اختلاف در این موارد، نه صرف دادرسی، محکومیت و مجازات تبعه بیگانه، بلکه نقض برخی تعهدات معاهده ای است. در این موارد، اصل محاکمه غیرقانونی نیست و حاجت به الغای نتایج حاصل از آن نخواهد بود (Jadhav Case, 2019: 135). چنین نقضی ولو بر فرآیند دادرسی و تعیین کیفر موثر باشد چنان گران نیست که جبران آن از طریق ابطال تصمیمات دستگاه قضایی دولت میزبان و انکار اقتدار قضایی آن دولت باشد.

رهیافت پیش گفته از آن روست که به باور ما کاربست تام ماده ۳۶ کنوانسیون، شرط موثرسازی و اكمال حق بر دادرسی عادلانه است و نه شرط صحت آن. در موارد نادری حتی ممکن است تحمیل این امر به نظام ملی دولت میزبان مغایر با دیگر قواعد حقوق بین الملل باشد. مانند آنکه دولتی در راستای اعمال صلاحیت جهانی، تبعه بیگانه متهم به نقض قاعده آمره منع شکنجه را بدون رعایت ماده ۳۶ کنوانسیون مورد محاکمه قرار دهد.

## ۷ نتیجه گیری

با درک و پذیرش شرایط خاص بیگانگان در قلمرو دولت میزبان از جمله تنگناهای زبانی و فرهنگی، فقدان آگاهی به قوانین، مقررات و رویه های مجری در دادرسی های کیفری و ناتوانی در تمهید و تدارک دفاع شایسته در محضر محکمه، بهره مندی آنان از حمایت کنسولی دولت متبوع خود به ویژه در دادرسی های کیفری سنگ بنای تضمین یک دادرسی عادلانه است. در فقدان آن، باور به وجود تضمینات

<sup>۱</sup> ipso facto



تعیینی را فراهم کند. اصل تعهد به تجدیدنظر و بازبینی از نوع تعهد به نتیجه است اما، تدارک وسیله و اسباب تحقق آن به اختیار دولت میزبان است که از جمله می‌تواند با پذیرش اعاده دادرسی، تدارک طرق فوق العاده دیگر اعتراض به آراء و محکومیت‌های اتباع بیگانه و تقنین خاص به آن منظور و شیوه های مکمل (نه جایگزین) همچون تخفیف یا عفو محکومان محقق شود. شرط ماهوی در کاربست این نوع تعهد به جبران خسارت آن است که موثر بودن تجدیدنظر و بازبینی تضمین شود و در هر گونه اعمال عینی این آیین، اثر خاصی که نقض مفاد ماده ۳۶ در فرآیند دادرسی کیفری و تحقق عدالت داشته است مورد بررسی قرار گیرد.

میزبان در این فروض، نهایتاً اعاده نسبی وضعیت به حال سابق، اعمال مجدد صلاحیت کیفری با رعایت ماده ۳۶ کنوانسیون وین، و مجازات قانون شکنان فارغ از وصف تابعیتی و حتی مقابله با بی کیفرمانی است. نظام مسوولیت بین المللی دولت با درک ملاحظات و نگرانی های پیش گفته و منافع غیر قابل انکار هر دو دولت در حمایت از اتباع خود و اجرای قانون ملی، در پرتو اصل تناسب در جبران خسارت، مُعرف الگویی از اعاده به وضع سابق است که ماهیتا نسبی است و بر اساس آن دولت میزبان مکلف است در صورت صدور احکام محکومیت و مجازات بدون رعایت تضمینات شکلی و موثر مندرج در ماده ۳۶ کنوانسیون ۱۹۶۳ وین، به انتخاب خود اسباب تجدید نظر و بازبینی در احکام صادره و کیفرهای



## منابع

- Amiri, Atefe (2009), forms of reparation in the Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001) with emphasis on compensation in the light of international judicial precedent, LLM thesis in international law, university of Tehran, faculty of law and political sciences (in Persian)
- Arora, Muskan (2020), A Commentary on the Kulbhushan Jadhav Case – Explaining the Rules of the Vienna Convention on Consular Relations, NUJS law review, Vol. 13, issue. 1
- Buyse, Antoine (2008), Lost and Regained? Restitution as a Remedy for Human Rights Violations in the Context of International Law, Heidelberg Journal of International Law (HJIL), Vol. 68
- Carter, Linda (2005), Lessons from Avena: The Inadequacy of Clemency and Judicial Proceedings for Violations of the Vienna Convention on Consular Proceedings for Violations of the Vienna Convention on Consular Relations, duke journal of comparative & international law, Vol. 15, No. 2
- Cangado Trindade, A.A., (2013), International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium-General, Course on Public International Law, Hague academy of international law
- Clooney, Amal and web, Philippa, (2020), The Right to a Fair Trial in International Law, Oxford University Press
- Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General recommendation No. 38, 2020
- Committee on Migrant Workers, General comment No.1, 2011
- Committee on Migrant Workers - Committee on the Rights of the Child, Joint General Comment No. 4, 2017
- Committee on Migrant Workers, General comment No.5, 2021
- Crawford, James (2013), State Responsibility: General Part, Cambridge university press
- EU Charter of Fundamental Rights, 2000
- General Assembly resolution 60/147, Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law.
- General Assembly resolution 71/187
- General Assembly resolution 73/175
- General Assembly resolution 74/318
- General Assembly resolution 75/183
- General Assembly resolution 75/309
- Ghari seyed Fatemi, seyed mohammad (2010), human rights in the contemporary world, Vol. II: analytical

- essays on rights and liberties, Tehran, the SD institute of law research and study (in Persian)
- Human Rights Committee, General comment No. 31, 2004
- Human Rights Committee, General comment No. 32, 2007
- Human Rights Committee, General comment No. 35, 2014
- Human Rights Committee, General comment No. 36, 2019
- Human rights council, The question of the death penalty, 2017,  
A/HRC/RES/36/17
- Human rights council, The question of the death penalty, 2019,  
A/HRC/RES/42/24
- IACHR, Advisory Opinion No. 18, OC-16/99, 1999
- IACHR, Advisory Opinion No.18, OC-18/03, 2003
- ICJ cases, Ahmadou Sadio, Judgment of 30 November 2010
- ICJ cases, Ahmadou Sadio, Judgment of 30 November 2010, Separate opinion of Judge Cançado Trindade
- ICJ cases, Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgment of 31 March 2004
- ICJ cases, Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Memorial of Mexico, 2003
- ICJ cases, Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), order on provisional measures, 2003, Declaration of Judge Oda
- ICJ cases, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment of 14 February 2002
- ICJ cases, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962), Judgment of 5 February 1970
- ICJ cases, Jadhav, Memorial of the Republic of India, 13 September 2017
- ICJ cases, Jadhav, Judgment of 17 July 2019
- ICJ cases, Jadhav, Judgment of 17 July 2019, Declaration of Judge Robinson
- ICJ cases, Jadhav, Judgment of 17 July 2019, Separate opinion of Judge Cançado Trindade
- ICJ cases, Jadhav, order on provisional measures, 2017, Concurring opinion of Judge Cançado Trindade
- ICJ cases, Lagrand (Germany v. United States of America), Judgment of 27 June 2001
- ICJ cases, Lagrand (Germany v. United States of America), Memorial of Germany, 1999
- ICJ cases, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), 1971



- ICJ cases, Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals Judgment, 2009
- ILC Draft Conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (Jus Cogens), with commentaries, 2022
- ILC Draft Articles on Consular Relations, 1961
- ILC Draft articles on state responsibility with commentaries (ARSIWA), 2001
- International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, 1990
- International Covenant on civil and political rights, 1966
- International Organization for Migration, world migration report 2020
- International Organization for Migration, world migration report, 2022
- Lau, Beatrice (2022), "Hostage Diplomacy" - A Contemporary State Practice Outside the Reach of International Law, *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 53, N. 3
- Migrant Workers Convention, 1990
- Mostaghimi, Bahram, taromsari, masoud (1999), international responsibility of the state: the case of Iraqi invasion of Iran, faculty of law and political science, Tehran university (in Persian)
- PCIJ, Exchange of Greek and Turkish Populations, 1925
- PCIJ, Factory of chorzov, 1928
- PCIJ, Jurisdiction of the Courts of Danzig, 1928
- Ragazzi, Maurizio (2005), "International Responsibility Today Essays in Memory of Oscar Schachter, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers
- Rene, Provost (2016), State responsibility in international law, Routledge
- Shelton, Dinah (2015), remedies in international human rights law, Oxford University Press
- Stewart, David (2020), The Emergent Human Right to Consular Notification, Access and Assistance, Cambridge Handbook of New Human Rights
- travaux preparatoires of VCCR, United Nations, doc A/CONF.25/16/Add.1, Vol. I
- travaux preparatoires of VCCR, United Nations, doc A/CONF.25/16/Add.1, Vol. II
- United Nations charter, 1945
- United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Nelson Mandela Rules, 2015
- Veneziano, Sabina (2018), The Right to Consular Notification: The Cultural Bridge to a Foreign National's Due Process Rights, *Georgetown Journal of International Law*, Volume 49, N.1



Vienna Convention on Consular Relations,  
1963

Vienna Convention on Consular Relations,  
Optional Protocol to the Vienna  
Convention on Consular Relations  
concerning the Compulsory Settle-  
ment of Disputes, 1963

Vienna Convention on the Law of Treaties,  
1969

Villiger Mark E. (2009), Commentary on  
the 1969 Vienna Convention on the  
Law of Treaties, Leiden, Martinus  
Nijhoff Publishers

World Tourism Organization, World Tour-  
ism Barometer, 2022

Original Article

# Restorative Criminal Policy in Human Trafficking Crime: The Refusal or Possibility (with a look to the American and French law)

Afshin Abdollahi<sup>1</sup>, Erfan Babakhani<sup>\*2</sup>

<sup>1</sup> Associate Professor, Department of Law, Faculty of Humanities and Social Sciences, University of Kurdistan, Sanandaj, Iran

<sup>2</sup> Ph.D. in criminal law and criminology, Paris-Nanterre University, Paris, France



20.1001.1.24237566.1403.8.1.5.6



10.22080/LPS.2023.25155.1488

**Received:**

April 3, 2023

**Accepted:**

August 10, 2023

**Available online:**

July 27, 2024

**Keywords:**

Human trafficking, restorative justice, victims, refusal, possibility

## Abstract

The characteristics of this serious organized crime, which mainly threatens the internal and external security of countries, have led to the formation of a repressive criminal policy in most countries. Indeed, the necessity to deal effectively with human trafficking has led countries to adopt a policy approach based on repressive measures. It can be said that the dangerousness and incorrigibility of human trafficking offenders have become two complementary and irrefutable criminal narratives, the main reason for which is the emergence of two theories, “refusal to rehabilitate offenders” and “refusal for restorative policy against human trafficking”. Despite this view, in this research, an attempt is made to reverse these two super narratives of the enemy-oriented criminal policy and to argue in the direction of establishing a restorative discourse with the aim of gradually restoring the anti-human trafficking criminal policy. The present research is written based on descriptive and analytical methods, and the methods of collecting information are from library-documentary studies. The researcher’s effort in this article is to criticize the theory of “refusal for restorative justice” and defend the theory of “the possibility of restoring the criminal policy against human trafficking”. Considering this issue, this article aims to analyze the feasibility and efficiency of implementing restorative justice regarding human trafficking and concludes with a descriptive-analytical approach that relying only on the criminal response is not sufficient or efficient to deal with such crimes. In this regard, the author argues that the assumption is based on the possibility of using (and the efficiency of) restorative programs for human trafficking offenders and that a restorative response can be implemented in parallel with punitive measures regarding these crimes.

**\*Corresponding Author:** Erfan Babakhani

**Address:** Paris-Nanterre University, Paris, France

**Email:** [babakhani\\_erfan@yahoo.com](mailto:babakhani_erfan@yahoo.com)





## Extended Abstract

### 1. Introduction

The issue of trafficking women and young girls, predominantly for sexual exploitation, has garnered significant public attention. However, human trafficking extends beyond just sex exploitation, encompassing forced labor and various forms of debt servitude. It involves actions such as recruiting, transporting, transferring, harboring, or receiving individuals through the use of force, coercion, or other means, with the intent of exploiting them. Human trafficking manifests in various ways, including but not limited to coerced prostitution targeting women and children as the primary victims, domestic servitude, forced labor with minimal or no compensation, organ trafficking, and fraudulent adoptions.

The imperative to address crime and delinquency effectively has prompted society to reconsider the appropriate consequences for those who commit offenses. While a punitive response from the state is necessary, it should not be the sole focus. The conventional perspective of the justice system places a primary emphasis on the offender, often leading to increased harm for victims, their families, and communities. In contrast, restorative justice prioritizes addressing and comprehending the experiences of victims and those impacted by the crime, moving away from a singular focus on the offender. There is a crucial need to emphasize the rehabilitation of the offender, aiming to prevent repeat offenses and facilitate their complete reintegration into society. This contemplation has given rise to the concept of restorative justice, which seeks to mend the damaged relationship

between the offender and society caused by the offense.

The concept of restorative justice does not advocate for the elimination of criminal law; rather, its purpose lies in mitigating the harshness of the existing criminal justice system. It envisions a transformation of the current punitive approach into a more restorative one. Restorative justice seeks to establish a "restorative legal order," either alongside or as a replacement for traditional criminal justice measures. Looking ahead, it can be anticipated that future criminal law will evolve towards a more restorative nature, shedding some of its punitive features. This shift reflects a discernible progression in human civilization towards a more responsible and organized societal framework.

### 2. Research Methodology

In this analytical-descriptive research, which was conducted through the library study, the main emphasis is on identifying and introducing the efficiency of restorative responses to human trafficking crimes. In this particular context, we aimed to utilize the data and information gathered from library resources through a descriptive-developmental research methodology.

### 3. Research Results

Restorative justice should not be confined to addressing only minor offenses; instead, it should encompass the entire spectrum of criminal manifestations. Restorative practices extend beyond petty delinquency to include serious crimes. In fact, victims of serious crimes may arguably have an even greater need for reparation. However, the exclusion of restorative justice for victims of heinous and complex crimes overlooks the fact that these particular individuals likely

require extensive healing. They may benefit greatly from hearing explanations, expressing their feelings, and articulating the profound impact of the crimes on their lives. Consequently, individuals who commit such offenses must equally confront their responsibilities within the framework of restorative justice. It's time to recognize that within discussions about modernizing and democratizing criminal policy, there's a groundbreaking discourse centered on embracing a restorative approach to addressing criminal conflicts. The core aim of restorative justice is to rebuild social connections, foster peace, and enhance social harmony by prioritizing the repair and reintegration of stockholders of crime.

Typically, individuals who have been subjected to significant crimes and engage in Restorative Justice tend to have favorable experiences. The New York State Office of Alternative Dispute Resolution program has supported victims of violent crimes through restorative mediation since 1990, and according to their reports, every case during this period has resulted in an overwhelmingly positive outcome for both the victim and offender. Participants who opt for mediation express heightened feelings of relief and closure, along with gratitude for not being overlooked and unheard. The sense of being acknowledged and not overlooked, achieved through mediation, can significantly support individuals who have fallen victim to human trafficking. Given that many of these individuals are susceptible to harm within the justice system, providing them with a platform to share their experiences without feeling retraumatized can be immensely beneficial. Numerous trafficking survivors have not had the chance to voice their stories in a courtroom setting without

experiencing a sense of re-victimization from the justice system.

Victims often choose to engage in mediation with the hope of gaining insights into the offender's perspective on the crime, seeking signs of remorse, and expressing their own narrative. Some individuals may opt for such encounters due to persistent nightmares, viewing the confrontation as a necessary step to overcome their deepest fears and facilitate closure. Ultimately, this process can foster a sense of separation from the offenders, aiding victims in moving forward and putting an end to recurring nightmares or distressing flashbacks.

#### **4. Conclusion**

In the contemporary era, restorative justice is undergoing substantial progress globally. While its origins can be traced back to Anglo-Saxon nations, numerous other states have since incorporated it into their domestic legal frameworks. The admirable goal of restorative justice is to rehabilitate the offender by fostering awareness of their actions and facilitating their complete reintegration into the community, thereby reducing the likelihood of recidivism. This approach involves a collaborative process where all parties affected by a specific offense come together to collectively address the repercussions of the crime and strategize on how to manage its consequences for the future.

#### **Funding**

There is no funding support.

#### **Authors contribution**

All part of the paper at all levels is prepared by the authors.

#### **Conflict of interest**

The authors declare no conflict of interest.

علمی پژوهشی

# ترمیمی‌سازی سیاست کیفری ضد قاچاق انسان: امتناع یا امکان (با نگاهی به حقوق فرانسه و آمریکا)

افشین عبداللهی<sup>۱</sup>، عرفان باباخانی<sup>۲\*</sup>

<sup>۱</sup> دانشیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه کردستان، سنندج، ایران  
<sup>۲</sup> دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه پاریس نانتر، پاریس، فرانسه



20.1001.1.24237566.1403.8.1.5.6



10.22080/LPS.2023.25155.1488

## چکیده

ویژگی‌های شدید و سازمان‌یافته بودن جرم قاچاق انسان که عمدتاً امنیت داخلی و خارجی کشورها را تهدید می‌کند، منجر به شکل‌گیری یک سیاست کیفری مبتنی بر سزادهی در اکثر کشورها شده است؛ چراکه نیاز به مقابله مؤثر با قاچاق انسان، کشورها را به اتخاذ رویکردی بر اساس پاسخ‌های تنبیهی-سرکوبگر به مرتکب سوق داده است. بدین‌صورت که می‌توان گفت که خطرناکی و اصلاح‌ناپذیری بزه‌کاران قاچاق‌انسان به دو آبروایت کیفری مکمل و ردناپذیر تبدیل شده است که برابند اصلی آن ظهور دو نظریه‌ی «امتناع بازپروری بزه‌کاران» و «امتناع ترمیمی‌سازی سیاست کیفری ضد قاچاق انسان» است. با وجود این، در این پژوهش تلاش می‌شود تا این دو آبروایت کیفرمدار وارونه شده و در جهت پایه‌ریزی یک گفتمان ترمیمی با هدف ترمیمی‌سازی تدریجی سیاست کیفری ضد قاچاق انسان با تأکید بر قاچاقیان کم‌خطر غیرحرفه‌ای استدلال نماید. تلاش نویسندگان با رویکردی توصیفی-تحلیلی بر آن است که با نگاهی بر تجربه نظام حقوقی فرانسه و آمریکا، نظریه‌ی «امتناع ترمیمی‌سازی سیاست جنایی ضد قاچاق انسان» را نقد نموده و از نظریه‌ی «امکان ترمیمی‌سازی سیاست جنایی ضد قاچاق انسان» دفاع کند. با عنایت به این موضوع، این پژوهش درصدد تجزیه و تحلیل امکان‌سنجی و کارآمدی اجرای عدالت ترمیمی در خصوص قاچاق انسان است. مقاله حاضر نتیجه‌گیری می‌نماید که اتکا صرف به پاسخ کیفری برای مقابله با اینگونه جرایم کافی-کارآمد نمی‌باشد. در این راستا نگارندگان استدلال می‌کنند که فرض بر امکان کاربست و کارآمدی برنامه‌های ترمیمی در قبال بزه‌های قاچاق انسان است و پاسخ ترمیمی می‌تواند در کنار پاسخ تنبیهی به صورت موازی در خصوص این جرایم اجرا شود.

تاریخ دریافت:

۱۴ فروردین ۱۴۰۲

تاریخ پذیرش:

۱۹ مرداد ۱۴۰۲

تاریخ انتشار:

۶ مرداد ۱۴۰۳

کلیدواژه‌ها:

قاچاق انسان، عدالت ترمیمی، بزه‌دیده، امتناع، امکان

\* نویسنده مسئول: عرفان باباخانی

آدرس: دانشگاه پاریس نانتر، پاریس، فرانسه

ایمیل: [babakhani\\_erfan@yahoo.com](mailto:babakhani_erfan@yahoo.com)

## ۱ مقدمه

بیشتری برای بزه‌دیده و جامعه می‌شوند، ترمیم روابط و جبران خسارات در این موارد ضروری‌تر به نظر می‌رسد» (Walgrave, 2008, 133). به تناسب کسانی که مرتکب چنین جرایم سنگینی می‌شوند نیز ضروری‌تر است که مسئولیت‌های اعمال مجرمانه خود را به عهده گیرند و در جهت ترمیم آثار آن اقدام نمایند. در مقابل این دیدگاه ممکن است استدلال شود که پذیرش مسئولیت اعمال مجرمانه خطرناک، نباید به ترمیم آثار آن فروکاسته شود؛ به گونه‌ای که کیفر بر مجرمان خطرناک انکار گردد. در جهت تأمین این نظر باید اذعان داشت که مقام قضایی در استفاده از راهکارهای ترمیمی باید نحوه ارتکاب جرم را مدنظر داشته باشد؛ برای نمونه، چنانچه قاچاق انسان به صورت مسلحانه و یا به شیوه آدم‌ربایی صورت گرفته باشد، قانونگذار می‌تواند قاضی را از اعمال راهکارهای ترمیمی منع نماید. بنابراین با درنظر گرفتن استدلال اخیر، شدید بودن جرم ارتكابی توجیه قابل قبولی برای مستثنی کردن بزهکاران و بزه‌دیدگان قاچاق انسان از برنامه‌های عدالت ترمیمی نیست. صرف به حاشیه بردن مرتکب جرم و محرومیت وی از حضور در جامعه -از طریق زندان- و پاسخی سزاگرایانه به طور مؤثر از تکرار جرم جلوگیری نمی‌کند. در این راستا بونتا و همکارانش پس از ارزیابی تحقیقات میدانی گزارش دادند که مداخلات مبتنی بر فرایند عدالت ترمیمی در مقایسه با نرخی که در پرونده‌هایی که به روش کیفری-سنتی اعمال می‌شوند، تکرار جرم را تا ۷ درصد کاهش می‌دهد (Walgrave, Zinsstag, 2014: 34).

در حقوق ایران، با الهام گرفتن از کنوانسیون پالرمو در سال ۱۳۸۳ قانون مبارزه با قاچاق انسان به تصویب رسید و در آن گونه‌های مختلف جرم قاچاق انسان و حتی اعمال در حکم آن جرم‌انگاری و برای آن مجازات حبس تا ده سال پیش‌بینی شده است.<sup>۲</sup> با توجه به کاستی قانون مذکور، دولت وقت

وجه اشتراک طرفداران عدالت ترمیمی این است که اصول عدالت کیفری را برای برآوردن انتظارات جامعه و بزه‌دیدگان از نظر عدالت ناکافی می‌دانند. بینش پیشینه‌خواه عدالت ترمیمی بدون انکار نیاز به توسل به ضمانت اجرای تنبیهی، درصدد جبران کاستی‌های عدالت کیفری سنتی با تلاش بیشتر برای بازگرداندن پیوندها و هم‌نوایی اجتماعی به جای مجازات صرف است، که جبران و ترمیم به سود بزه‌دیده را نیز به همراه دارد. به این ترتیب مرتکب، بزه‌دیده، نزدیکان و جامعه محلی همگی در چهارچوب «عدالتی جمع‌ی-توافقی» برای واکنش به جرم و پیشنهاد سازوکارهای برون رفت از آن، به گفتگو می‌نشینند. «عدالت ترمیمی هر فرآیند مسالمت‌آمیزی است که در آن بزه‌دیده و مرتکب و در صورت اقتضا، هر شخص یا عضوی از جامعه که از پیامدهای جرمی آسیب دیده‌اند با هم به طور فعال در حل اختلافات ناشی از آن جرم، معمولاً با کمک یک تسهیل‌گر، مشارکت کنند»<sup>۱</sup>. برنامه‌های ترمیمی در شماری از کشورها با توجه به حل اختلافات و نگرانی‌های سهام‌داران جرم حتی در جرایم شدید، از جمله در حوزه قاچاق انسان، نیز اعمال می‌شوند. چنانچه برنامه‌های ترمیمی فقط برای بزه‌دیدگان جرایم خرد یا علیه اموال در دسترس باشد اما برای بزه‌دیدگان جرایم شدید و پیچیده همچون قاچاق انسان مستثنی گردد، در واقع نادیده گرفتن این موضوع است که بزه‌دیدگان این جرایم نیاز به مراقبت بیشتر دارند. بدین ترتیب، عدالت ترمیمی نه تنها در جرایم سبک و خرد بلکه در جرایم شدید همچون قاچاق انسان نیز می‌تواند کارآمد باشد. لود والگریو -جرم‌شناس بلژیکی- در این رابطه بر این باور است که «شدت عمل مجرمانه نمی‌تواند مانع اجرای عدالت ترمیمی شود بلکه بر عکس با توجه به اینکه جرایم سنگین باعث رنجش و خسارت

<sup>۲</sup> مطابق ماده یک این قانون قاچاق انسان عبارتست از: الف - خارج یا وارد ساختن و یا ترانزیت مجاز یا غیر مجاز فرد یا افراد

<sup>۱</sup> Manuel sur les programmes de justice réparatrice, ONU, (2008), 7.



مسائل کلی و مرتبط با عدالت ترمیمی که در بسیاری از منابع و نوشته‌های به آن پرداخته شده است، مورد نظر نویسندگان نیست. پیرامون کاربست عدالت ترمیمی در جرایم قاچاق انسان در حقوق داخلی نوشته‌های قابل توجهی وجود ندارد و در منابع موجود به آن توجه کافی نشده است. با این حال، چند مقاله به زبان انگلیسی در این حوزه منتشر شده است که به ترمیم بزه‌دیدگان قاچاق انسان از طریق گفتگوی بزه‌دیده و مرتکب در آمریکا موضوع مشخصی مانند انواع جایگزین‌های کیفری برای بزه‌دیدگان قاچاق انسان در پرتو عدالت ترمیمی-انتقالی را مورد بحث قرار داده‌اند (Yu, al., 2018). در بخش یکم تلاش می‌شود تا دو نظریه امکان یا امتناع اعمال برنامه‌های عدالت ترمیمی در جرم قاچاق انسان مورد مطالعه واقع شده و نظریه مناسب برگزیده شود. در بخش دوم نیز تلاش می‌شود تا با نگاهی به تجربه حقوق فرانسه و آمریکا به چگونگی کاربست عدالت ترمیمی در جرم قاچاق انسان پرداخته شود.

## ۲ امکان‌سنجی ترمیمی‌سازی سیاست کیفری جرم قاچاق انسان

بزه‌دیدگان قاچاق انسان انواع مختلفی از آزار و شکنجه را تجربه می‌کنند و ممکن است مورد آزار جسمی قرار گیرند، مجبور به انجام کارهای مشقت‌زا

اصلی آن هستند، بردگی خانگی، کار اجباری با دستمزد کم یا بدون دستمزد، قاچاق اعضای بدن و فرزندخواندگی کاذب و ... (حبیب‌زاده و شریفی، ۱۳۹۱: ۲۱۲). مطابق لایحه مذکور مرتکب جرم قاچاق انسان به مجازات حبس درجه چهار محکوم می‌شود و چنانچه رفتار سازمان یافته باشد یا نسبت به اطفال، زنان و افراد آسیب پذیر... باشد مجازات یک درجه تشدید می‌شود و مجازات سردسته دو درجه تشدید خواهد شد. از آن روی که بزه‌دیدگان قاچاق انسان عمدتاً اطفال و زنان هستند بنابراین برای مرتکب تا مجازات پانزده سال حبس و برای سردسته تا بیست سال حبس پیش‌بینی شده است که شدید بودن این جرم و خطرناکی مرتکب را منعکس می‌کند.

در سال ۱۳۹۷ لایحه مبارزه با قاچاق انسان را در هیأت وزیران به تصویب رساند و تصویب مجلس نمود. این لایحه ضمن افزودن برخی از مصادیق قاچاق مانند قاچاق با مقاصد پزشکی یا قاچاق دانستن برخی فعالیت‌ها در داخل کشور، در برخی موارد مجازات شدیدتر و تا ۲۰ سال حبس پیش‌بینی کرده است.<sup>۱</sup> آنچه از قانون قاچاق انسان و لایحه مذکور استنباط می‌شود اینکه هر دوی آنها با دیدگاهی سزاگرایانه نوشته شده است و در هیچ یک از آنها به اعمال رویکردهای ترمیمی اشاره‌ای نشده است. جالب آنکه لایحه فوق ضمن افزایش جرم-انگاری و تشدید مجازات در زمانی تهیه و تدوین شده است که در چند دهه اخیر استفاده از رویکردهای ترمیمی و راهکارهای حبس زدایی در بسیاری از کشورها سرلوحه کار قرار داده شده است.

پرسش و کانون توجه مقاله حاضر این است که آیا امکان اجرای عدالت ترمیمی در جرایم شدید و سنگین همچون قاچاق انسان وجود دارد و میانجی‌گری و جبران خسارت می‌تواند جایگزین انتقام و طرد بزه‌کار گردد؟ و اوضاع و احوال کاربست عدالت ترمیمی در این جرایم چگونه است؟ برای این منظور، نگارندگان تلاش می‌کنند تا با استفاده از داده‌ها و اطلاعات گردآوری شده از اسناد و کتاب-خانه‌ها و منابع اینترنتی و روش پژوهش تحلیلی - توسعه‌ای به این دو پرسش پاسخ دهد. پاسخ به هر یک از این دو پرسش اصلی و راستی‌آزمایی فرضیه-های پژوهش، سازنده درون‌مایه این نوشتار است.

از مرزهای کشور با اجبار و اکراه یا تهدید یا خدعه و نیرنگ و یا با سوء استفاده از قدرت یا موقعیت خود یا سوء استفاده از وضعیت فرد یا افراد یاد شده، به قصد فحشا یا برداشت اعضاء و جوارح، بردگی و ازدواج. ب - تحویل گرفتن یا انتقال دادن یا مخفی نمودن یا فراهم ساختن موجبات اخفاء فرد یا افراد موضوع بند (الف) این ماده پس از عبور از مرز با همان مقصود.

<sup>۱</sup> لازم به ذکر است در تصویب این لایحه دامنه اعمال و رفتارهای مشمول قاچاق انسان با رویکرد حمایتی توسعه یافته است؛ مانند روسپیگری اجباری که زنان و کودکان بزه‌دیدگان

است و مبتنی بر استدلال‌های حقوقی و پیرا حقوقی (جرم‌شناختی، مجرم‌شناختی، بزه‌دیده‌شناختی، جامعه‌شناختی، روان‌شناختی و...) محکمی است که مدافعان کاربست عدالت ترمیمی در این حوزه باید پاسخ قانع‌کننده‌ای به آن داده و نظریه خود را مستدل و مستند نمایند. نتیجه این جدال نظری آن است که دو دیدگاه حقوقی متعارض ظهور کند. بدین‌صورت که دیدگاه نخست بر امتناع ترمیمی-سازي آیین دادرسی جرم قاچاق انسان و دیدگاه دوم بر امکان ترمیمی‌سازی آن پافشاری می‌نماید.

## ۲/۱ دیدگاه امتناع ترمیمی‌سازی سیاست کیفری ضد قاچاق انسان:

### از امتناع شخصی تا امتناع عینی

قاچاق انسان به عنوان «جرمی که در فرایند انجامش پدیده بردگی (استثمار، فحشا و...) نمود پیدا می‌کند، بسیاری از حقوق بنیادین و اساسی بزه‌دیده پایمال می‌شود، بنابراین نقض حقوق بشر تلقی شده و در واقع امروزه روند رو به رشدی دارد» (باباخانی، ۱۳۹۹:۱۲۹). این عمل جرمی بین‌المللی علیه کرامت انسانی است که همه ابعاد سیاسی اجتماعی را مورد تهدید قرار می‌دهد و از آن به عنوان یکی از مهمترین جرایم سازمان یافته نام برده شده است (کریم‌نعمیه، ۱۳۹۶:۳). نابرابری‌های اجتماعی، فقر اقتصادی، کم رنگ شدن مرزها، درگیرهای داخلی، احساس عدم امنیت، انسداد سیاسی، بی‌اعتمادی مردم به دولت‌ها، پرسود بودن تجارت انسان، ضعف مکانسیم‌های بازدارنده و پیشگیرانه، سازمان یافته و مافیایی بودن قاچاق انسان، از جمله عوامل افزایش تصاعدی این جرم در دهه‌های اخیر می‌باشد (جوان‌جعفری و همکاران، ۱۳۹۲: ۶۶). دیدگاه امتناع در توجیه خود به چندین دلیل استناد می‌نماید که برخی از آن‌ها ناظر بر شخصیت مرتکبان یا بزه‌دیدگان جرایم قاچاق انسان است که در این نوشتار از آن‌ها با عنوان «امتناع شخصی» یاد می‌شود، و برخی دیگر ناظر بر سرشت جرایم قاچاق انسان و یا شیوه ارتکاب آن‌ها هستند که از آن‌ها با عنوان «امتناع عینی» یاد می‌شود.

یا مجبور به تن فروشی نیز بشوند. به طور همزمان، عمدتاً بزه‌دیدگان به دلیل ساعات طولانی کار به سمت «فرسودگی روانی» سوق داده شده و عموماً در «محیط‌های پر تنش» نگهداری می‌شوند. اغلب بزه‌دیدگان خاطرات دردناک، آسیب‌های روحی و روانی زیادی مانند اختلال استرس پس از سانحه را به همراه دارند (Bessone, 2019: 363). این بزه‌دیدگان نیازهای حقوقی، جبران خسارت‌های روحی-روانی و مالی متفاوتی دارند که عمدتاً از طریق عدالت کیفری قابل تأمین نمی‌باشد. در این راستا چالش و پرسش اصلی در رابطه با توسعه عدالت ترمیمی به جرم‌های شدید و خشن این است که آیا عدالت ترمیمی می‌تواند به حوزه مبارزه با قاچاق انسان نیز توسعه پیدا کند یا خیر؟ این پرسش از همان آغاز امر چالش‌برانگیز است؛ زیرا «خشونت»، «شدت»، «عداوت» و «بیگانگی» نهفته در ذات جرم قاچاق انسان، با «عظوفت»، «ملایمت»، «محبت»، «صلح» و «دوستی» نهفته در ذات برنامه‌های عدالت ترمیمی سازگاری ندارد. چگونه ممکن است یک قاچاقچی انسان را به مذاکره و گفت‌وگو با قربانی خویش دعوت کرد و با او به توافق رسید؟ چگونه می‌توان دو دشمن نفرت‌زده از هم را به صلح رسانید؟

در چنین مواردی، طبیعی است که ذهن خواننده با چالش نظری مواجه شده و در دوراهی سخت «امکان عدالت ترمیمی» و یا «امتناع عدالت ترمیمی» در رابطه با جرم قاچاق انسان گرفتار شود؛ به‌گونه‌ای که با انتخاب هر یک از این دو راه، با اشکالات، انتقادات و چالش‌های فرعی بسیار زیادی روبه‌رو می‌شود که باید برای هر یک استدلالی درست و پاسخی عقلانی ارائه دهد و آن را توجیه نماید. هنگامی که سخن از کاربست برنامه‌های عدالت ترمیمی در حوزه جرایم قاچاق انسان به ویژه جرایم کم‌خطر به میان می‌آید، بدیهی است که «ذهن تنبیهی» بشر با دیدگاه سزاگرایانه صرف در هر جرمی ولو خفیف واکنش نشان داده و بر امتناع عدالت ترمیمی در این حوزه پافشاری کند. این واکنش، تا اندازه‌ای (در جرایم خطرناک) طبیعی



## ۲۱،۱ امتناع شخصی ترمیمی سازی سیاست کیفری ضد قاچاق انسان

بزه کاران قاچاق انسان معمولاً از نوع بزه کاران ساده، اتّفاقی و هیجانی نیستند؛ بل که دارای شخصیت ضد اجتماعی قوی و حالت خطرناک بالا هستند. آنان عمدتاً تمایلی به توافق و جبران خسارات بزه دیدگان و عذرخواهی ندارد. بنابراین، شخصیت این افراد شخصیتی عدالت ترمیمی گریز است. به علاوه جرایم قاچاق انسان معمولاً قربانیان بسیار زیادی دارد و اگر با یک نگرش موسّع به شناسایی قربانیان پرداخته شود، مشاهده می شود که چندین لایه از اعضای جامعه قربانی قاچاق می شود. بنابراین، بزه دیدگان متعدّد و متنوعی وجود دارد که گاه علایق و سلاقی متفاوت و متعارضی دارند. بدیهی است که در چنین مواردی، گردهم آوردن همه یا بیش تر بزه دیدگان دشوار است و ممکن است به دلیل مخالفت برخی از آنها فرایند ترمیمی متوقّف شود. مانع دیگر این است که همان گونه که شخص قاچاقچی معمولاً انسانیت آنها را انکار می کند، قربانیان نیز معمولاً چنین نگرش متقابلی به شخص قاچاقچی دارند و او را به عنوان دشمن خود قلمداد می کنند. آنان دچار هراس و واژه شدیدی هستند و ممکن است برای مدّت ها در این وضعیت بمانند. میزان ترس از جرم در بزه قاچاق انسان بسیار بالا است. بنابراین، به زحمت راضی به ورود به فرایندهای ترمیمی و بخشایش مرتکبان این جرایم می شوند و حتی رویارویی با بزه کاران، ممکن است غم و اندوه آنان را از نو زنده ساخته و سبب بزه دیدگی ثانویه شود.

## ۲۱،۲ امتناع عینی ترمیمی سازی سیاست کیفری ضد قاچاق انسان

افزون بر جهات شخصی امتناع ترمیمی سازی تدابیر ضد قاچاق انسان، مخالفان، دلیل های عینی یا جرم-مدار یا بیرونی نیز ارائه می دهند که تکمیل کننده جهات شخصی است. این جهات عبارتند از: شدت ذاتی جرایم قاچاق انسان، نابسندگی و بی تناسبی پاسخ های ترمیمی، سازمان یافتگی این جرایم، چالش اصاله ای دادرسی و خطر کاهش مشروعیت و

مقبولیت دموکراتیک نظام های قضایی. در قوانین کیفری کشورهای جهان و همچنین اسناد فراملی، قاچاق انسان را به عنوان جرم شدید و از درجه جنایت به شمار می آورند. این در حالی است که مطابق این دیدگاه برنامه های عدالت ترمیمی جهت رسیدگی و پاسخ به جرایم شدید و خشن مناسب نیستند (Jimenez, Vacheret, 2013: 8). به بیان دیگر، برنامه های عدالت ترمیمی برای رسیدگی و پاسخ به جرایم غیرخشن و خفیف مناسب هستند. جامعه نیاز به نظم دارد و قاچاق سبب بی نظمی اجتماعی بزرگ می شود و تنها با مجازات است که وجدان جمعی جریحه دار شده تسکین خواهد یافت.

از منظر اصول اخلاق و عدالت، مجازات یا پاسخ هر جرمی باید متناسب با شدت ذاتی آن باشد تا اخلاق و عدالت اجراء شود. از منظر نظریه های سزادهی عادلانه و بازدارندگی کیفری و ناتوان سازی، کیفر جرم قاچاق انسان باید متناسب با شدت آن و حالت خطرناک مرتکب باشد؛ تا از یک سو عدالت رعایت شده و مرتکب به سزای رفتار خویش برسد و از سوی دیگر پاسخ قانونی و قضایی بازدارندگی شخصی و عمومی لازم را داشته باشد و از سوی سوم شخص بزه کار نیز از تکرار جرم ناتوان گردد (Jimenez, Vacheret, 2013: 8). مطابق این دیدگاه در رسیدگی و پاسخ دهی ترمیمی هیچ یک از این سه هدف تأمین نمی شود. عدالت ترمیمی نه سزادهنده است، نه بازدارنده نه ناتوان سازنده. این در حالی است که اگر برنامه های عدالت ترمیمی در جرایم کم خطر و نهایتاً جرایم غیرخشن آمویز به درستی اجرا شود با شرمساری مرتکب و افزایش تعهد فرهنگی او با تأکید بر کارکرد آموزشی و اخلاقی مجازات، بازدارنده خواهد بود (علیوردی نیا و حسنی، ۱۳۹۳: ۹).

جرایم قاچاق انسان معمولاً رفتار فردی نیستند، بل که شبکه مند و سازمان یافته هستند. در نتیجه، از یک سو خود شخص متعهد به اصول و مرام سازمان و شبکه قاچاق است و به آسانی حاضر به همکاری نمی شود و از سوی دیگر با فرض این که یک یا چند

بدین ترتیب، مخالفان ترمیمی‌سازی سیاست کیفری قاچاق انسان به استناد این جهات شخصی و عینی، دیدگاه خود را توجیه کرده و با عدالت ترمیمی مخالفت نموده و عدالت جنایی را الگوی مناسبی می‌دانند. درستی یا نادرستی و میزان اعتبار این استدلال‌ها زمانی آشکارتر خواهد شد که استدلال‌های مخالفان نیز تبیین شود.

### ۲،۱،۳ دیدگاه امکان ترمیمی‌سازی سیاست

#### کیفری ضد قاچاق انسان: از امکان

##### شخصی تا امکان عینی

سیستم عدالت کیفری بر مجازات مجرمان به دلیل ارتکاب اعمال مجرمانه پافشاری می‌کند و اغلب منجر به این ذهنیت نزد بزه‌دیدگان می‌شود که سیستم عدالت به نیازهای آن‌ها بی‌توجه بوده یا نادیده گرفته شده است. از آنجایی که این دیدگاه سنتی از عدالت کیفری بر مجرم متمرکز است، منجر به آسیب بیشتر به قربانیان، خانواده‌های آن‌ها و جوامع شده است (Beal, 2018: 64). در حالی که عدالت ترمیمی به جای تمرکز صرف بر مجرم و خطرناکی وی به پاسخگویی و نیازهای قربانیان توجه می‌کند.

### ۲،۱،۴ امکان شخصی ترمیمی‌سازی سیاست

#### کیفری جرم قاچاق انسان

گفته شد که شماری از استدلال‌های مخالفان مبتنی بر شخصیت و ویژگی‌های بزه‌کاران یا بزه‌دیدگان جرایم قاچاق است. درست است که قاچاق انسان فرامرزی شده است و بزه‌کاران آن به آسانی می‌توانند در خارج از کشور خویش اقدام به ارتکاب جرم کنند و همین امر امکان ترمیم را به بن‌بست می‌کشاند، ولی از یک سو همه مجرمان قاچاق بیگانه نیستند و از سوی دیگر چنین مانعی ممکن است در جرایم دیگر نیز بروز کند و منحصر به بزه قاچاق انسان نیست و اساساً یکی از واقعیات جرم‌شناختی معاصر همین پدیده بزه‌کاری بیگانگان است. عدالت ترمیمی نباید از این واقعیات جرم‌شناختی فرار کند، بل که این واقعیات را بپذیرد و الگوی متناسب جهت ادغام و دوستی با بیگانگان ارائه

نفر وارد فرایند ترمیمی شوند، بقیه اعضای سازمان و شبکه هم‌چنان به رفتارهای مجرمانه خود ادامه خواهند داد. وانگهی، جرم سازمان‌یافته از نوع جرایم شدید است که سبب می‌شود عدالت ترمیمی اثربخشی لازم را نداشته باشد. نمی‌توان با استفاده از عدالت ترمیمی، جرایم سازمان‌یافته را به طور عام و قاچاق انسان را به طور خاص مهار کرد. همچنین در جوامع امروز تأکید بر دادرسی و رسیدگی منصفانه و رعایت اصل سرعت معقول و رسیدگی در یک زمان معقول و متعارف است. تأخیر در عدالت، انکار عدالت است و حقوق بزه‌دیده، حقوق بزه‌کار و حقوق جامعه و دولت را نقض می‌کند (Monville, 2015: 18-19). با توجه به تلاش نظام‌های عدالت جنایی جهت تسریع در مبارزه با قاچاق انسان، توسل به عدالت ترمیمی به معنای کُندسازی عدالت و فرصت‌دادن به رشد قاچاق انسان است. در نتیجه، عدالت ترمیمی گزینه مناسبی برای مبارزه با بلای جهان‌گیر قاچاق انسان نیست.

پس از وقوع قاچاق انسان سازمان‌یافته انتظار افکار عمومی و جامعه این است که هر چه سریع‌تر به جرم رسیدگی شده و خسارات بزه‌دیدگان جبران شده و مجرم نیز مجازات شدید شود. این نکته نیز مسلم است که نظام حکمرانی در دنیای معاصر مبتنی بر مشارکت مردم (مردم‌سالار) است و باید بدون سقوط در بستر توده‌گرایی کیفری، به مطالبات عمومی پاسخ منطقی داد. با توجه به این دو نکته که گفته شد، وقتی نظام قضایی یک جامعه به جای پاسخ به مطالبات عمومی مبنی بر واکنش سریع، شدید و بازدارنده، آغاز به رسیدگی و پاسخ ترمیمی نماید، ممکن است این ذهنیت در جامعه شکل گیرد که به مطالبات آنان توجه نشده و حتی دولت از قاچاقچیان حمایت می‌کند و از شهروندان حمایت کافی نمی‌نماید. در نتیجه، در نظر آنان مقبولیت و مشروعیت نظام موجود کاهش یابد و حتی ممکن است در انتخابات بعدی به رقیبان آن‌ها رأی بدهند. نتیجه آن‌که، جامعه به سمت عوام‌گرایی جنایی شدید و افسارگسیخته سوق پیدا می‌کند.





نیستند و در بیشتر موارد بعد از ارتکاب جرم از عمل خود پشیمان و در صورت دستگیری حاضر به همکاری با مقامات قضایی و جبران خسارات وارده می‌شوند. بدیهی است در صورتی که چنین افرادی که مرتکب جرم قاچاق انسان گردند، با توجه به اینکه این جرم درجه ۴ است و در ادامه اشاره خواهد شد، امکان اجرای فرآیند ترمیمی در آن وجود ندارد. در حالی که این دسته از مجرمین خطری برای بزه‌دیده و جامعه ندارند، اما چنانچه وارد فضای رسیدگی رسمی و نهایتاً زندان شوند، امکان اصلاح و بازپذیری آن‌ها کمتر می‌شود و حتی حاضر به جبران خسارت ناشی از جرم و گفتگو و مذاکره با بزه‌دیده نخواهد شد.

در مقابل، قاچاقچیان حرفه‌ای وجود دارد که با توجه به قوانین کیفری، افرادی هستند که بیش از سه فقره مرتکب تکرار جرم (به طور مطلق مطابق تبصره ماده ۱۳۹ قانون مجازات اسلامی) یا بیش از سه بار مرتکب جرم قاچاق انسان شده‌اند (مستنبط از بند «ش» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز). شخص با سه بار محکومیت به ارتکاب یک جرم، از دیدگاه قانونگذار نه تنها مستحق تخفیف و مساعدت نیست، بلکه مجازات وی تشدید نیز می‌شود (مستنبط از مواد ۳۲ و ۷۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز و ماده ۱۳۷ قانون مجازات اسلامی). این رویکرد قانونگذار، ناشی از این طرز تفکر بوده که چنین بزهکارانی حرفه‌ای و با خطر بالا محسوب می‌شوند و قابل اصلاح نیستند. از این‌رو، همانطور که نمی‌توان مجازات آنها را تعلیق کرد، امکان ورود چنین افرادی به فرآیند ترمیمی نیز وجود ندارد؛ زیرا فردی که سه بار به جرم قاچاق انسان محکوم شده است، عموماً ارتکاب جرم را حرفه خود قرار داده و به آن عادت کرده است و حتی در موارد بسیاری ممکن است سردسته و دارای باند باشد.

دهد. در حقیقت، عدالت ترمیمی باید تلاش کند این مرزهای ساختگی میان شبکه‌ها و مناسبات انسانی را یک‌به‌یک از میان بردارد. اساساً مأموریت عدالت ترمیمی همین تقویت هم‌بستگی نوع بشر - فارغ از هر مرز بیگانه‌کننده‌ای - است. این از وجوه انفصال عدالت ترمیمی از عدالت تنبیهی است. و اگر نیک بنگریم، این آموزه پشتوانه‌ی قرآنی نیز دارد؛ آن‌جا که خداوند مهربان و بخشنده می‌فرماید: «و هرگز نیکی و بدی در جهان یکسان نیست، همیشه بدی (خلق) را به بهترین شیوه (که خیر و نیکی است پاداش ده و) دور کن تا همان کس که گویی با تو بر سر دشمنی است دوست و خویش تو گردد».<sup>۱</sup>

از منظر جرم‌شناختی و کیفرشناختی، مجازات و تنبیه نمی‌تواند درمان مناسبی برای اصلاح فکری انسان باشد و جزم‌اندیشی انسان را از میان ببرد، بل که آن را تشدید و نهادینه می‌کند (Cario, 2017: 14). در نتیجه، مرتکبان خطرناک‌تر می‌شوند. برای پیش‌گیری از این وضعیت می‌توان فرایندهای ترمیمی بلندمدتی را در نظر گرفت تا در این موارد، مسیر نسبتاً بلندمدتی طی شود. خشونت پاسخ درست و منطقی به خشونت نیست. با توجه به این موارد، می‌توان گفت که ترمیمی‌سازی سیاست جنایی قاچاق انسان حتی اگر به صورت کامل و در مورد همه مرتکبان قاچاق ممکن نباشد، در مورد بخشی از آن‌ها ممکن است. در نتیجه، حتی اگر نتوان از «امکان مطلق» آن دفاع کرد، می‌توان از «امکان نسبی» آن دفاع نمود. در یک دسته بندی می‌توان بزهکاران این جرم را به قاچاقچیان عادی (هیجانی و اتفاقی) و قاچاقچیان حرفه‌ای تقسیم‌بندی نمود.<sup>۲</sup> دسته اول، افرادی هستند که سابقه کیفری حداقل در جرم مدنظر یعنی قاچاق انسان ندارند و تحت تاثیر شرایط اجتماعی یا فشار ناشی از احساس و یا تحت تاثیر فشارهای مالی مرتکب جرم می‌شوند. این بزهکاران ذاتاً خطرناک

۱. قرآن کریم، سوره فُصِّلَتْ، آ. ۳۴.

۲ البته دسته دیگری تحت عنوان بزهکاران مختل‌المشاعر مانند مجانین وجود دارد که اساساً امکان فرآیند ترمیمی و گفتگو و مذاکره و شرمساری بازپذیرنده در مورد آنها وجود ندارد.

## ۲۱،۵ امکان عینی ترمیمی‌سازی سیاست کیفری جرم قاچاق انسان

پاسخ شدید کیفری به این مجرمان باعث گسست بیشتر روابط و متعاقباً حذف و طرد آنها خواهد شد. به نظر سیاست سرکوبگر و امنیت‌مدار نسبت به این مجرمین چندان کارکردی ندارد و موجب کاهش این جرایم نیز نمی‌شود. در حالی که عدالت ترمیمی در این نوع جرایم می‌تواند پاسخ مناسب‌تری ارائه دهد. در این راستا اختلافات میان بزه‌کار، بزه‌دیده و دولت به عنوان نماینده جامعه را حل و فصل می‌نماید و موجبات آشتی را فراهم می‌آورد. به علاوه، رویارویی و تماس رو-در-رو با موقعیت و دیدن نتایج آسیب‌های ناشی از ارتکاب جرم، ممکن است احساس پشیمانی را در مرتکب تقویت کند و موجب پیشگیری از تکرار جرم شود (Dieua, 2017: 283). مطالعات عدالت ترمیمی نشان می‌دهد که شدت ذاتی یک جرم نمی‌تواند مانع از عدالت ترمیمی شود. از لحاظ نظری نیز در رویکرد ناب‌خواه عدالت ترمیمی می‌توان به هر جرمی به‌صورت ترمیمی رسیدگی کرد. نباید گمان کرد که هر جرمی که شدید باشد، عدالت ترمیمی ناپذیر است، بل که می‌توان الگوهای افتراقی عدالت ترمیمی را متناسب با جرایم شدید و به‌ویژه بزه قاچاق انسان طراحی کرد و این جرایم را نیز ترمیمی نمود. به این نکته نیز باید توجه کرد که این جرایم معمولاً مبتنی بر غفلت، ناآگاهی، فریب، تبعیض، نابرابری و ... هستند. زمانی که به مرتکب فرصت جبران داده شود، خودبه‌خود نگرش و رفتار خود را تغییر داده و مسیر دوستی و هم‌نوایی را خواهد پیمود.

از یک سو، درست است که بزه‌های قاچاق انسان معمولاً با بزه‌دیدگی جمعی و گسترده همراه هستند، ولی این موضوع منحصر به این جرایم نیست. در دیگر جرم‌ها نیز ممکن است بزه‌دیدگی جمعی وجود داشته باشد و حتی در جرایم اقتصادی و جرایم

محیط‌زیستی، بزه‌دیدگی جمعی یک امر مسلم است، ولی حقوق‌دانان تردیدی ندارند که «می‌توان» در این موارد نیز از عدالت ترمیمی بهره برد و در این راستا، برای پاسخ به جرایم شرکتی راهکارهایی مانند کنفرانس‌های ترمیمی، حلقه‌های تعیین مجازات و میانجیگری را پیشنهاد داده‌اند (نجفیان و همکاران، ۱۳۹۹: ۱۷۴). گاه حتی در رسیدگی به جرایم محیط‌زیستی نیز عدالت ترمیمی را به سرشت حفاظت از محیط زیست سازگار می‌دانند<sup>۱</sup> (Neyret, 2016: 126). بنابراین، نفس جمعی بودن بزه‌دیدگی یا گستردگی دامنه بزه‌دیدگان مانع ذاتی نیست. از سوی دیگر، درست است که بعضی از جرایم قاچاق انسان، سازمان‌یافته هستند، ولی همه‌ی این جرایم، سازمان‌یافته نیستند. وانگهی، سازمان‌یافتگی جرم منحصر به این جرایم نیست. در جرایم اقتصادی، محیط‌زیستی و ... نیز سازمان‌یافتگی وجود دارد. افزون بر این، هیچ مانعی نیست که جرایم سازمان‌یافته را نیز به روش ترمیمی رسیدگی کرد. رویکرد ناب‌خواه عدالت ترمیمی نیز از همین دیدگاه حمایت می‌کند. در این موارد، باید از روش‌های افتراقی و ویژه استفاده کرد تا زمینه ورود شخص به فرایند را فراهم کند. بنابراین، نفس سازمان‌یافتگی هیچ جرمی را نمی‌توان دلیل ذاتی بر امتناع عدالت ترمیمی دانست، بل که این‌ها موانع ظاهری و صوری هستند که فقط به این دلیل ظهور می‌کنند که عدالت ترمیمی بسیار نوپا بوده و هنوز مسیر حرکت این رودخانه هموار نشده است و طبیعی است که به موازات پیش‌رفت خود با موانع نوظهور برخورد نماید. راه چاره در این موارد، نه توقف و عقب‌گرد، بل که حرکتی رو به جلو و الگوسازی است.

با کسب تجربه و مهارت در زمینه عدالت ترمیمی و همین که این رویه تثبیت شود سبب خواهد شد تا بر سرعت رسیدگی افزوده شود. در این مورد می‌توان گفت که فایده رسیدگی ترمیمی آن اندازه زیاد است که می‌توان زیان حاصل از اطاله دادرسی را در

مجازات‌های سبب مبتنی بر توافق و ترمیم می‌باشد (فریادی، ۱۳۹۶: ۶۲۷).

<sup>۱</sup> در این راستا، برخی عدالت ترمیمی را از آن جهت پیشنهاد داده‌اند که هدف آن تغییر نظام مجازات‌های کیفری سنگین به



(op.cit.) اهمیت پاسخ‌های غیرتنبیهی از جمله پذیرش مسوولیت ارتکاب جرم یا عذرخواهی قاچاقچیان، رویارویی بزه‌دیدگان با آن‌ها، پرداخت غرامت و فرصتی برای ملاقات با سایر بزه‌دیدگان جهت به اشتراک گذاشتن تجربیات مشترک و حمایت از یکدیگر قابل توجه می‌باشد. به عنوان مثال میانجی‌گری ترمیمی با توجه به مشارکت دادن فعال و نقش سهام‌داران جرم در آن به عنوان یکی از برنامه‌های عدالت مذاکره‌ای-مشارکتی قلمداد می‌شود. علاوه بر این برنامه، اجرای برنامه‌های ترمیمی، مانند ملاقات بزه‌دیده-زندانی، حلقه ترمیمی و یا کنفرانس ترمیمی منجر به کاهش تعداد پرونده‌های در حال رسیدگی در محاکم دادگستری و پرداخت غرامت به بزه‌دیدگان می‌شود. در واقع از یک سو منجر به پذیرش دواطلبانه مسوولیت از طرف مجرم، اظهار پشیمانی و تلاش وی برای جبران خسارت بزه‌دیده می‌شود. از سوی دیگر عفو بزه‌دیده و اراده اجتماعی برای دادن فرصتی جدید به مرتکب را به همراه دارد (Brigant, 2018 : 142). اگر در برنامه‌های ترمیمی با روشی حساس، بدون قضاوت عجولانه و توأم با همدردی برخورد شود بسیاری از زنان بزه‌دیده قاچاق اغلب اضطراب و ترس اینکه مرتکب در آینده دوباره وی را بزه‌دیده کند را نخواهند داشت (Wemmers, 2020 : 63). در مقابل مرتکب جرم قاچاق ممکن است به دلایل مختلف بخواهد با بزه‌دیده ملاقات کند: به عنوان مثال به وی بگوید دقیقاً در هنگام ارتکاب جرم به چه چیزی فکر می‌کرده است، فرصت ابراز پشیمانی، فرصت گوش دادن به بزه‌دیده، ابراز همدردی و کمک را داشته باشد و به هر سوالی پاسخ دهد. در طول برنامه، مرتکب جرم می‌تواند درک کند که عمل مجرمانه او چه میزان بر بزه‌دیده تأثیر گذاشته است؛ این موضوع باعث می‌شود وی از جنایت ارتکابی پشیمان شده و ممکن است صمیمانه عذرخواهی کند. به بیان دیگر، نوعی شرمساری بازپذیرکننده اتفاق خواهد افتاد که اتفاقاً با زمینه و بستر اجتماعی-فرهنگی جامعه ایرانی تناسب و تجانس بیشتری

برابر آن تحمّل کرد. نباید این‌گونه پنداشته شود که پاسخ ترمیمی از اثربخشی و کارایی لازم برخوردار نبوده و شخص محکوم نیز به سزای رفتارهای خویش نرسیده و عدالت نیز اجراء نمی‌شود. تمرکز عدالت ترمیمی بر روی پاسخ‌های جامعه‌دار است و نظارت اثربخشی بر بزه‌کاران صورت می‌گیرد. منظور از ترمیمی‌سازی به معنای انفعال و سکوت در برابر قاچاق انسان نیست، بل که تغییر الگوی پیش‌گیری و مبارزه فعال است. بنابراین، اگر پاسخ‌های ترمیمی نیز به‌طور دقیق تعیین و به‌کار بسته شوند، کفایت می‌کنند و شاید نیازی به کیفرگزینی و کیفردهی نباشد. با فرض این که، رسیدگی ترمیمی به قاچاق انسان به بن‌بست رسیده و قابلیت ادامه نداشته باشد، در صورت شکست فرایند رسیدگی ترمیمی، امکان آغاز عدالت تنبیهی وجود دارد و عدالت ترمیمی به معنای الغای عدالت کیفری قاچاق انسان نیست (Engone Elloué, 2018 : 235). در نتیجه، نباید از این جهت نگران بود. با ظهور تدریجی شهرهای ترمیمی و ساخت تدریجی جوامع ترمیمی - که تلاش می‌کنند تا با روی‌کردهای حل مسئله به جرم پاسخ داده و جرم را مدیریت کنند - زمینه برای توسعه دادرسی ترمیمی بیش‌تر خواهد شد. در این صورت، انتظار می‌رود که در شهر ترمیمی به موضوع پیش‌گیری از قاچاق انسان توجه جدی شود. یکی از راه‌کارهای مناسب پیش‌گیری از قاچاق انسان، آماده‌سازی فضای گفت‌وگو و مشارکت است که شهر ترمیمی بستر مناسبی برای این امر است. با توجه به موارد یادشده می‌توان از امکان عینی ترمیمی-سازی سیاست جنایی ضدقاچاق انسان دفاع نمود.

### ۳ کاربست عدالت ترمیمی در جرم قاچاق انسان

به باور لود والگریو- جرم شناس بلژیکی-، «کارکرد اصلی واکنش اجتماعی نه تنبیه، نه درمان یا محافظت، بلکه ایجاد شرایطی است که بتوان با حل و فصل اختلافات کیفری به جبران خسارت و/ یا جبران معقول آسیب‌ها دست یافت» (Walgrave,

بزه‌دیدگان مستثنی باشد». متن یادشده بر پایه‌ی نظریه‌ی امکان اجرای عدالت ترمیمی و به‌ویژه میانجی‌گری کیفری تنظیم و تدوین شده‌است؛ به‌ویژه که سیاست‌گذاران جنایی شورای اروپا ادبیات بسیار متفاوتی را به کار گرفته و مسیر هر گونه ایجاد جرایم ترمیم‌ناپذیر یا میانجی‌گری‌ناپذیر را مسدود نموده‌اند.

در این راستا بند ۲ ماده ۱-۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه به بزه‌دیده و همچنین به مرتکب جرم [امکان] مشارکت فعال در حل اختلافات ناشی از جرم و به ویژه جبران خسارات از این طریق را پیشنهاد می‌کند. بنابراین مداخله‌گری عدالت ترمیمی می‌تواند مکمل مناسبی برای پاسخی باشد که جامعه بایستی به جرایم شدید بدهد. در حقوق فرانسه مداخلات ترمیمی مکمل هستند و جایگزین تعقیب قانونی یا تصمیمات دادگاه نمی‌شوند.<sup>۳</sup> در حقوق این کشور رسیدگی کیفری و اجرای برنامه ترمیمی مستقل از یکدیگر هستند. تعقیب کیفری به موازات اجرای برنامه ترمیمی می‌تواند ادامه یابد. این رویکرد به گونه بیشینه خواه عدالت ترمیمی نزدیک است که عدالت ترمیمی را نه به عنوان الگوی مقابل عدالت کیفری بلکه به مثابه الگوی همراه و موازی با این عدالت معرفی می‌کند (Lefranc, 2015):<sup>102</sup>.

در حقوق آمریکا اولین قانون حمایت از بزه‌دیدگان قاچاق انسان در سال ۲۰۰۰ میلادی به تصویب رسید.<sup>۴</sup> این قانون به نحوه مقابله و پیشگیری از قاچاق انسان و کمک و حمایت دولت از بزه‌دیدگان این دسته از جرایم می‌پردازد. کنگره این کشور در ادامه با اصلاحات متعدد به قانون مذکور با قانون سال ۲۰۰۳ و ۲۰۰۵ به قانونگذاری در حوزه

دارد<sup>۱</sup> (علی‌وردی‌نیا و حسنی، ۱۳۹۳: ۱۰). گاه مرتکب نه صرفاً در ازای تعدیل حکم و تخفیف مجازات، بل که جهت کمک به وضعیت بزه‌دیدگان آماده ملاقات با آنها است. بنابراین، می‌توان این فضای ترمیمی را بیش از پیش مساعدتر کرد. ایجاد یک فضای ترمیمی نیازمند بسیج منابع عمومی از جمله تصویب قوانین کارآمد و به کارگیری بسترهای جدید مانند فضای سایبر در راستای خلق چنین فضایی است. نمی‌توان در یک فضای تنبیهی انتظار داشت که طرفین دعوا تمایلی به ورود به فرایندهای ترمیمی داشته باشند. در ادامه این گفتار از یک سو، ظرفیت‌های قانونی در اجرای برنامه‌های ترمیمی و از سوی دیگر، استفاده از ظرفیت فضای سایبر مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

### ۳/۱ ظرفیت‌های قانونی

از سال ۲۰۱۴ م. در فرانسه، با تصویب ماده ۱-۱۰ و تکمیل آن با آیین‌نامه ۱۵ مارس ۲۰۱۷ م. عدالت ترمیمی وارد نظام حقوقی این کشور شده است و امکان توسعه و اعمال برنامه‌های ترمیمی برای برخورد و حل و فصل اختلافات کیفری صرف نظر از شدت آن فراهم گردید. مطابق با ماده ۱-۱۰ قانون آ.د.ک. فرانسه، برنامه‌های عدالت ترمیمی در مورد تمام جرایم و در تمام مراحل دادرسی کیفری -مرحله پلیسی تا اجرای کیفر و زندان- قابل اجرا هستند و قانونگذار این کشور اجرای آن را در تمام جرایم اعم از خرد و شدید در گرانگه سیاست کیفری خود قرار داده است. بدین ترتیب، این برنامه‌ها نسبت به بزه قاچاق انسان نیز قابل اعمال‌اند. همچنین، مطابق ماده ۱۰ تصمیم چارچوب شورای اتحادیه اروپا در ۱۵ مارس ۲۰۰۱ در مورد وضعیت بزه‌دیدگان در دادرسی کیفری<sup>۲</sup>، «هیچ جنبه یا جنایتی از حیث نظری نبایستی از امکان میانجیگری بین مرتکبان و

<sup>2</sup> La décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 15 mars 2001.

<sup>3</sup> L'article 10-1 du code de procédure pénale française.

<sup>4</sup> Victims of Trafficking and Violence Protection Act of 2000, Pub. L. No. 106-386 (Oct. 28, 2000)

<sup>۱</sup> مطابق نظر بریث ویت نظریه شرمساری بازپذیرکننده در فرهنگ‌های آسیایی کاربردی بیشتری دارد. فرهنگ آسیایی بر خلاف فرهنگ‌های غربی مبتنی بر فردگرایی و تقدم فرد بر جمع نیست، بلکه اهداف و آرمان‌های جمع، جامعه و گروه بر خواسته‌های و اهداف فرد اولویت دارد (Hay, ۱۹۹۸: ۱۶۲).



مرتکب جرم قاچاق انسان و بزه‌دیده به اشکال مختلفی استفاده می‌کنند. به عنوان مثال، برخی از دادگاه‌ها به جای طرح اتهامات کیفری از ملاقات ترمیمی استفاده می‌کنند، در حالی که سایر حوزه‌های قضایی ممکن است ملاقات ترمیمی را در طول، قبل یا بعد از صدور حکم اجرا نمایند. همچنین، ملاقات ترمیمی ممکن است همراه با یا به عنوان جایگزینی برای رسیدگی کیفری استفاده شود. بسیاری از اوقات در طول این برنامه ترمیمی، توافق نامه‌های استرداد یعنی بیشتر از درآمد ناخالص یا ارزش خدمات یا نیروی کار بزه‌دیده برای متهم یا ارزش کار قربانی که طبق حداقل دستمزد و ضمانت‌های اضافه کاری قانون استانداردهای کار منصفانه پرداخت شود و/یا نسبت به انجام خدمات اجتماعی نیز توسط طرف‌های درگیر توافق حاصل می‌شود (Patritti, op.cit.:230). در این راستا، دفتر برنامه‌های جایگزین اختلافات<sup>۴</sup> ایالت نیویورک که به معاضدت به بزه‌دیدگان جرایم خشونت‌آمیز از طریق ملاقات ترمیمی می‌پردازد گزارش داد که این برنامه‌ها در اکثر پرونده‌ها از سال ۱۹۹۰م. به بعد برای بزه‌دیده و مجرم بسیار مثبت بوده است. به شکلی که بزه‌دیدگان قاچاق انسان و دیگر جرایم شدید که وارد اجرای برنامه ترمیمی می‌شوند عموماً از این تجربه رضایت خاطر داشته‌اند. به این ترتیب که بزه‌دیدگانی شرکت در این برنامه‌ها را انتخاب کرده‌اند، احساس آرامش یا همبستگی بیشتری دارند و «حس سپاسگزاری به خاطر فراموش نشدن و شنیده شدن» دارند (Patritti, op.cit.:236). به عنوان مثال، یکی از بزه‌دیدگان قاچاق که در این برنامه شرکت کرده بود در یک اظهارنظر پرمعنا، ژرف و ترمیم‌بنیان بیان می‌کند، «بدترین خاطرات از بین رفته‌اند. حال من از نظر روحی- عاطفی سالم هستم» (Ibid: 238). در این راستا به دقت بررسی می‌شود که اجرای این برنامه خطر بزه‌دیدگی ثانویه

حمایت از بزه‌دیدگان قاچاق انسان ادامه داد.<sup>۱</sup> در سال ۲۰۱۳ کل موضوع حفاظت و حمایت از بزه‌دیدگان قاچاق به عنوان اصلحیه به قانون خشونت علیه زنان اضافه شد و تصویب گردید.<sup>۲</sup> در تبصره ۲۰۱ این قانون به اجرای برنامه‌های غیردولتی، غیررسمی و محلی- بومی در خصوص بزه‌دیدگان قاچاق انسان به ویژه خشونت جنسی بدون در نظر گرفتن سن طرفین پرداخته شده است که خود نشانی از برنامه‌های ترمیمی قلمداد می‌شود.

در ادامه وزارت دادگستری آمریکا با انتشار «برنامه اقدام ملی ۲۰۲۱» برای مقابله موثر با قاچاق انسان که رویکردی همه جانبه برای رسیدگی به این جرم و آثار آن بر قربانیان جرم و جامعه محلی دارد، ارائه می‌کند. برنامه اقدام از وزارت دادگستری ایالات متحده و قوه مجریه می‌خواهد که تعدادی از اقدامات اولویت‌دار را برای تقویت تلاش‌های ایالات متحده برای مقابله با قاچاق انسان اجرا کنند که در میان این اقدامات بر استفاده از رویکردهای بزه‌دیده- محور و ترمیمی نیز تأکید می‌کند. از جمله می‌توان به ضرورت ایمنی و آرمش قربانیان قاچاق انسان در جریان تحقیقات FBI با استفاده و ترویج رویکردهای بزه‌دیده‌محور و آگاهانه به تروماهای وارده به بزه‌دیده در میان همه مقامات مجری قانون فدرال، ایالتی، محلی، منطقه‌ای اشاره نمود. اجرای آموزش جامعی که جمع‌آوری، استرداد و انتقال وجوه ضبط شده به قربانیان را پوشش می‌دهد و همچنین افزایش همکاری میان قربانیان، مجریان قانون، جامعه و مرتکبان صورت پذیرد.<sup>۳</sup>

تجربه موثر-کارآمد کشور آمریکا در اجرای برنامه‌های ترمیمی به ویژه ملاقات ترمیمی میان مرتکب جرم قاچاق انسان و بزه‌دیده قابل تامل می‌باشد و در این کشور ترمیمی‌سازی رسیدگی و پاسخ‌دهی به قاچاق انسان آغاز شده است. در رویه دادگاه‌های ایالات متحده از ملاقات ترمیمی میان

<sup>3</sup> <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-anti-trafficking-efforts-highlighted-2021-national-action-plan-combat>

<sup>4</sup> Alternative Dispute Resolution Programs.

<sup>1</sup> Trafficking Victims Protection Act of 2017, Pub. L. No. 115-393 (Dec. 21, 2018)

<sup>2</sup> Violence Against Women Reauthorization Act of 2013, Pub. L. No. 113-4, title xii (Mar. 7, 2013)

قانون آیین دادرسی کیفری می‌توان فرایند ترمیمی را جهت حصول توافق و گذشت به کار بست. پس به طریق اولی می‌توان چنین رویکردی را در خصوص قاچاق انسان اعمال نمود؛ به ویژه آنکه قتل عمدی به مراتب، به صورت شدیدتری نظم عمومی را تهدید می‌کند. به بیان دیگر، در جرم قتل عمدی ممکن است به وسیله اعمال آموزه‌های عدالت ترمیمی، قصاص نفس یا همان اعدام منتفی شود.

نکته مهم دیگر اینکه به نظر می‌رسد قانونگذار تفکیک منطقی بین جرایم قائل نشده است. برای نمونه، در ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ می‌توان در جرایم تعزیری درجه سه تا هشت، تعلیق اجرای مجازات را به کار گرفت. اما در فرایند ترمیمی در ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، ارجاع به میانجیگری را محدود به جرایم تعزیری درجه ۶ تا ۸ کرده است؛ در حالی که هدف در هر دو نهاد، عدم اجرای مجازات و پرهیز از ورود مرتکبین کم‌خطر به زندان و آثار محکومیت کیفری است. همچنین قانونگذار در ماده ۴۷ قانون مذکور نیز تفکیک درستی انجام نداده است؛ زیرا این ماده، صرف نظر از روش ارتکاب و خطر کم یا زیاد مرتکبین آن، جرم قاچاق انسان را با جرایمی مانند اسید پاشی و جرایم امنیتی همچون جاسوسی و یا سرقت مسلحانه و قاچاق عمده مواد مخدر و آدم ربایی یکسان دانسته است. در حالی که اثرات این جرایم نسبت به بزه‌دیده و جامعه به هیچ وجه نمی‌تواند مشابه باشد و عموم جامعه نیز دیدگاه متفاوتی نسبت به جرایم مذکور دارند. برای مثال، اثرات جرم سرقت مسلحانه در شب و اسیدپاشی و دیدگاه مردم نسبت به آن قابل مقایسه با جرم قاچاق انسان نیست. به نظر می‌رسد برخی مصادیق چنین جرایمی چون از دید قانونگذار بسیار شدید است، لذا امکان اجرای عدالت ترمیمی نسبت به آن وجود ندارد. اما همانطور که اشاره شد هرچند قاچاق انسان درجه ۴ است، اما از نظر آثار اجتماعی و نحوه ارتکاب، قابل مقایسه با جرایم فوق نیست. از این رو، به نظر می‌رسد قانونگذار باید در ماده ۸۲ قانون

برای بزه‌دیده نداشته باشد و همچنین بزه‌دیدگان و مرتکبان به طور گسترده برای جلسه آماده می‌شوند، و همچنین تسهیل‌گران در رسیدگی به پرونده‌های قاچاق انسان به دقت آموزش دیده‌اند.

در مقابل، در نظام کیفری ایران عدالت ترمیمی به شیوه میانجیگری و تنها در جرایم تعزیری درجه ۶ تا ۸ پذیرفته شده است. از آنجاکه قاچاق انسان درجه ۴ محسوب می‌شود، امکان اجرای فرایند ترمیمی در آن وجود ندارد. چنین رویکردی قابل انتقاد به نظر می‌رسد؛ زیرا همانطور که گفته شد برخی مرتکبین این جرایم آنقدر شرور نیستند که نتوان آنها را سر میز مذاکره و گفتگو نشانند. مضاف بر اینکه با توجه به میزان حبس این جرم در نظام کیفری فرانسه، قاچاق انسان در درجه جنحه و در دادگاه های کیفری دو رسیدگی می‌شود. چنین جرمی در نظام کیفری فرانسه قابل ورود به فرایند ترمیمی است، اما در ایران چنین امکانی وجود ندارد؛ در حالی که هیچ تفاوتی بین مرتکبین جرایم در این دو کشور وجود ندارد، به ویژه اینکه عدالت ترمیمی، بیشتر رویکردی است که از کشورهایی مانند فرانسه وارد نظام کیفری ایران شده است و نیز اینکه اعمال آن در خصوص چنین جرایمی مغایرتی با آموزه های فقهی ندارد.

مضافاً آنچه که از ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق انسان استنباط می‌شود این که این جرم ممکن است با جرایم دیگری مانند تهدید، اجبار و اکراه و یا سوء استفاده از قدرت واقع شود. از آنجا که چنین جرایمی مستقیماً روح و روان بزه دیده را درگیر می‌کند، می‌توان گفت جنبه عمومی چنین جرمی در مقایسه با جرایم امنیتی یا جرایم علیه عفت عمومی به عفت کمتر است و نهایتاً خانواده‌ها را درگیر می‌کند. لذا اعمال فرایند ترمیمی و روبرو کردن بزه‌کار و بزه‌دیده و خانواده‌ها در چنین جرمی می‌تواند راحت‌تر، آلام و دردهای بزه‌دیده را تسکین دهد و آنها را به توافق نزدیک کند و احساس رضایت بزه‌دیده و خانواده وی را تامین کند. جالب آنکه حتی در جرم مهمی مانند قتل عمدی با توجه به آموزه های اسلامی و ماده ۱۹۲



می‌شود. برای آن به کمک نیاز داریم» (Yu, al., op.cit.:10) این مدل نشان می‌دهد که واکنش‌های غیرتنبیهی به قاچاق انسان می‌تواند برتر از رویکرد تنبیهی باشد.

هرچند پیش‌فرضی حاکم بر جامعه‌ی حقوقی آن است که به دلیل شدت و وسعت و مدت بزه‌دیدگی قربانیان جرایم قاچاق انسان، آنان انگیزه‌ای برای ورود به فرایندهای ترمیمی و ملاقات و گفتگو در نهایت رسیدن به توافق با مرتکبان این جرایم را ندارند. اما باید اشاره نمود که بزه‌دیدگان قاچاق انسان لزوماً گریزان از عدالت ترمیمی و بزه‌کاران خویش نیستند و گاه حتی پافشاری دارند که چنانچه بستر فراهم گردد. برای نمونه در مورد تجربه اجرای این برنامه در آمریکا، یکی از بزه‌دیدگان قاچاق ضمن درخواست ملاقات با مرتکبان جرم بیان داشت که، «می‌خواهم [قاچاقچی من] بداند که باوجود خشونت‌های رفتاری-فیزیکی وی، من هنوز زنده- سالم هستم و این نتیجه استقامت من است»<sup>۱</sup>. مطالعه‌ای در این حوزه نشان داد که بزه‌دیدگان عمدتاً تمایل دارند با قاچاقچیان خود به صورت فیزیکی یا کتبی در مکان‌هایی مانند دادگاه و زندان ارتباط گیرند. در مقابل در یک پژوهش میدانی کسانی که نمی‌خواستند با قاچاقچیان خود روبه‌رو شوند، استدلال کردند که اگر آن‌ها را ملاقات کنند ضرر بیشتری دارد و قاچاقچی از عمل خود پشیمان نمی‌شود.<sup>۲</sup>

### ۳،۲ استفاده از ظرفیت فضای سایبر

نکته مهم دیگری که در زمینه‌ی توسعه‌ی عدالت ترمیمی، به‌ویژه به حوزه‌ی جرایم شدید و قاچاق انسان باید توجه داشت، آن است که توسعه‌ی اینترنت و ظهور فضای سایبر می‌تواند زمینه‌ساز نسل جدیدی از برنامه‌های عدالت ترمیمی تحت عنوان «عدالت ترمیمی سایبری (برخط/آن‌لاین)» شود؛ که در این صورت، می‌توان بخشی از

آیین دادرسی کیفری تجدیدنظر نماید و امکان اجرای فرایند ترمیمی را مانند تعلیق تعقیب به جرایم تعزیری بیشتری تغییر بدهد و چنانچه درصدد است جرایمی را از آن استثنا نماید، جرایم دارای حالت خطرناک و منفور از دیدگاه اجتماعی مانند اسیدپاشی و امثال آن را استثنا نماید.

نکته مهم دیگر اینکه از آنجا که بزه‌دیدگان جرم قاچاق انسان با تهدید و خدعه و نیرنگ و اجبار و اکراه موضوع جرم واقع شده‌اند، محکومیت مرتکب به حبس درجه ۴، مشکلی از آنها را حل نمی‌کند. بدو چنین بزه‌دیدگانی بیشتر به جلسات مشاوره‌ای و معاضدت‌ی و مددکار اجتماعی نیاز دارند. در مرحله بعد نشست‌های رودرو با بزهکار می‌تواند از دردهای آنها بکاهد و همچنین چنانچه حصول توافق و اجرای فرآیند ترمیمی منجر به جبران خسارت و پرداخت غرامت شود، بسیار بیشتر از حبس می‌تواند برای آنها مفید باشد. برای نمونه دختری که بزه‌دیده این جرم واقع شده است و اقدام به طرح شکایت کیفری می‌کند، مرتکب به استناد مواد ۱ تا ۳ قانون قاچاق انسان محکوم به پنج سال حبس می‌شود و پرونده بعد از اجرای حکم مختومه می‌شود. چنین حکمی اثر روحی- روانی خاصی بر دختر بزه‌دیده ندارد و حتی ممکن است بزهکار را نیز جری‌تر نماید. اما چنانچه در یک فرآیند ترمیمی روبروی هم بنشینند و در خصوص نحوه جبران خسارت به توافق برسند احتمال اینکه بزه‌دیده راضی باشد و به آرامش دست پیدا کند بسیار بیشتر است. به ویژه آنکه اکثر بزه‌دیدگان قاچاق انسان خواهان دریافت غرامت هستند. یکی از بزه‌دیدگان در یک اظهار نظر ترمیم‌بنیان عنوان کرد که او مایل است غرامت به شکل منابعی برای درمان و خدمات برای رسیدگی به آسیب روانی که با آن مواجه شده است باشد: «من فکر می‌کنم که پرداخت خسارت نباید فقط از بُعد مالی باشد. این جرم منجر به آزار و رنج‌های کلامی، روحی- روانی و فیزیکی زیادی

trafficking-survivors-justice-more-about-healing-and-preventing-future

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>1</sup> For Human Trafficking Survivors, Justice Is More About Healing and Preventing Future Trafficking, 2021, <https://nij.ojp.gov/topics/articles/human->

جلسات دوستانه و آرام، اقدام به برگزاری جلسات حضوری و فیزیکی شود. در این روش، مزایای عدالت ترمیمی در جرم قاچاق انسان افزایش یافته و از معایب و اشکالات آن کاسته می‌شود. در راستای اجرای برنامه‌های ترمیمی به‌نظر می‌رسد که محاسن و مزایای برنامه‌های سایبری در جرایم خشونت‌آمیز و به‌ویژه جرایم قاچاق انسان بیش‌تر از دیگر جرایم باشد. نخست از این جهت که در آغاز امر طرفین تمایلی به رویارویی و گفت‌وگو ندارند و فضا برای ملاقات حضوری مساعد نیست. دوم این‌که، در آغاز امر بزه‌دیدگان هنوز دچار استرس و فشار روانی بوده و بسیار ترس و واهمه دارند و آمادگی حضور در مقابل مرتکب را ندارند. سوم این‌که در آغاز امر خود مرتکب نیز شاید در برابر این دیدار مقاومت کرده و حتی تمایلی به ابراز پشیمانی و توبه نداشته باشد. از سوی دیگر در آغاز برنامه‌ها ممکن است شروع بسیار تند و خشنی داشته و برنامه را متوقف و یا حتی تعطیل کنند و ای بسا که به‌صورت فیزیکی درگیر شوند. بنابراین، فضای سایبر می‌تواند محیط مناسبی برای آماده‌سازی اعضای جامعه جهت ملاقات حضوری باشد و تنها زمانی اجازه ملاقات حضوری داده شود که پیش‌رفت محسوسی در روند گفت‌وگو حاصل شده باشد. عدالت ترمیمی سایبری می‌تواند زمینه‌ساز گفت‌وگو، مدارا و دوستی در این زمینه باشد.

#### ۴ نتیجه‌گیری

با توجه به نیازهای سهام‌داران جرم، پاسخ به قاچاق انسان نباید فقط محدود به برخورد کیفری گردد بلکه ترویج اصلاح و بازپروری مرتکبان و جبران خسارات بزه‌دیده با هدف پیشگیری از تکرار جرم نیز مهم و ضروری است. در جرایم قاچاق انسان، توجه ویژه به بزه‌دیده این نوع از جرایم، به ویژه در چارچوب موضوع دریافت غرامت، مشارکت دادن بزه‌دیده در تصمیم‌گیری‌ها، حتی در قالب حل و فصل مسالمت‌آمیز از طریق گفتگو، اهمیت دو چندانی دارد. در فضای حل و فصل یا گفتگوی ترمیمی، مسائلی از جمله از دست رفتن حیثیت

محدودیت‌ها و اشکالات «عدالت ترمیمی فیزیکی (حضوری)» را نیز با استفاده از این فناوری‌های نو برطرف کرد (عباسی، ۱۴۰۰: ۸۷-۸۹). برای نمونه، گاه امکان آن فراهم نیست تا همه‌ی اعضای جامعه‌ی محلی در یک مکان حاضر شده و گفت‌وگو کنند. در موارد دیگر، گاه اعضا یا مرتکبان جرم قاچاق چنان از یکدیگر دور هستند که برگزاری برنامه‌های حضوری در عمل مُمتنع است. گاه طرفین هنوز آماده‌ی دیدار حضوری نیستند و گاه در این «سپّاره‌ی ویروس‌ها» ممکن است بلایی مانند کرونا ظهور کند و امکان دیدارها و ملاقات‌های ترمیمی حضوری را از میان ببرد. یکی از مزایای این شیوه را می‌توان در آغاز فرایندهای ترمیمی دانست که در این مراحل هنوز فضای دوستانه و آرامی میان طرفین اختلاف ایجاد نشده و ممکن است رفتارها و گفتارهای خشونت‌آمیزی از هر یک از طرفین بروز نماید یا از شدت شرم یا خجالت نتوانند با یکدیگر به‌صورت فیزیکی روبه‌رو شوند و یا حتی احتمال فرار مرتکب وجود داشته باشد و یا قربانی از مرتکب جرم هراس داشته باشد. در این موارد، فضای سایبری می‌تواند مکمل فضای حقیقی باشد و نظام‌های حقوقی از هر دو نوع برنامه‌های عدالت ترمیمی حسب نیاز استفاده کنند. در این موارد، می‌توان از فضای سایبر و فناوری‌های نو کمک گرفت و اقدام به مجازی‌سازی برنامه‌های عدالت ترمیمی و ساخت اتاق‌های ترمیم مجازی (سایبری) کرد و در بستر سایبر به اجرای این برنامه‌ها اقدام کرد. می‌توان استدلال کرد که در برنامه‌های عدالت ترمیمی حضوری بودن یا آن‌لاین بودن برنامه موضوعیتی ندارد و آنچه مهم است گفت‌وگو، مشارکت، چانه‌زنی ترمیمی، تصمیم‌گیری جمعی، پذیرش مسؤلیت و تعهد و توافق طرفین است. نگارنده بر این باور است که الگوی مناسب برای این کار، تلفیق عدالت ترمیمی سایبری و عدالت ترمیمی فیزیکی با یکدیگر است؛ بدین‌صورت که در آغاز امر طرفین از طریق فضای سایبر آغاز به گفت‌وگو و مذاکره نموده و در برنامه‌های میانجی‌گری، حلقه، ملاقات، نشست‌ها و ... حضور یابند و پس از مساعد شدن فضای گفت‌وگو و امکان برگزاری





جرایمی مانند جرایم ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی را از آن مستثنی کند، مجرمین خطرناک (با توجه به نحوه ارتکاب جرم) و یا جرایم با خطر بالا را از حوزه آن خارج نماید، زیرا برخی مرتکبین جرم قاچاق انسان لزوماً خطرناک نیستند. همچنین می‌تواند با توافق طرفین، علاوه بر پرداخت غرامت، روش‌های دیگری مانند دلجویی از مرتکب و خانواده وی، عذرخواهی رسمی (در رسانه‌ها) و یا غیر رسمی و مواردی از این قبیل را مقرر نماید. نهایتاً چنانچه بزه‌دیده از رویارویی با مرتکب بیم یا کراهت داشته باشد، در ابتدای کار استفاده از فضای مجازی می‌تواند روش مناسبی برای ورود به برنامه‌های ترمیمی باشد که قانونگذار در اینخصوص می‌تواند مجوزهای لازم را پیش‌بینی کند.

در ادامه لازم است قانونگذار نحوه اجرای آن را نیز تشریح نماید. برای نمونه، در طول ملاقات، مقام اجراکننده برنامه ترمیمی پس از یادآوری اهداف، از طرفین دعوت کند تا با احترام به صحبت‌های طرف مقابل، در مورد علل و انگیزه ارتکاب عمل مجرمانه - که منجر به تبلور درگیری شده است- اظهارنظر کنند. و همچنین در مورد اقدامات برنامه‌ریزی شده برای ترمیم نتایج-عواقب عمل مجرمانه گفتگو کنند. از یک سو، مرتکب قاچاق ابتدا آن‌چه را که اتفاق افتاده، چه کسانی با وی همکاری داشته‌اند و چه اقداماتی برای ترمیم عواقب جرم انجام می‌دهد را اعلام می‌کند. از سوی دیگر بزه‌دیده و/یا بستگان او سپس سایر شرکت‌کنندگان در صورت لزوم صحبت می‌کنند. سوالات "چرا؟"، "چگونه؟" و "با آینده چه خواهیم کرد؟" ضروری هستند. هنگامی که مذاکرات منجر به اجماع شود یادداشت تفاهم که به جزئیات توافق اتخاذ شده می‌پردازد امضا و برای تایید نزد مقامات قضایی ارسال می‌شود.

طرف‌های جرم، از دست دادن اختیار و توانایی‌های آنان، همگی از مسائلی هستند که می‌توانند در روند برقراری تعادل و توازن بین بزه‌دیده و مجرم مورد توجه قرار گیرند. بنابراین سه اصل اساسی عدالت ترمیمی که ناظر بر جبران خسارت بزه‌دیده، بازپروری و مسولیت‌پذیری مرتکب جرم و مشارکت جامعه مدنی در فرآیند ترمیمی است در جرایم قاچاق انسان قابل تحقق می‌باشد. صرف این که شخصی بزه‌دیده یک جرم با درجه بالا صرف نظر از خطر شدید یا کم (مثل جرم قاچاق انسان) شده است، نمی‌تواند مانعی برای برگزاری یک جلسه ترمیمی باشد، مگر زمانی که بزه‌دیده یا مرتکب تمایل به شرکت در آن نداشته باشد.

با این وجود، در نظام حقوقی ایران صرف نظر از نحوه ارتکاب جرم قاچاق انسان، در نگاه اول صرفاً به دلیل بالا بودن درجه جرم ارتكابی، از شمول فرآیند ترمیمی و ارجاع به میانجیگری مستثنی شده است؛ بدون اینکه به درخواست و توافق طرفین مبنی بر ارجاع به میانجیگری توجهی شده باشد. جالب آنکه در ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ قاچاق انسان در زمره جرایم ممنوعه و به مانند جرایم با خطر بالا همچون اسیدپاشی، سرقت مسلحانه و آدم‌ربایی قرار داده شده است. یعنی حتی اگر در آینده قانون اصلاح شود و دامنه شمول فرآیند ترمیمی به جرایم بیشتری توسعه یابد، این امکان وجود دارد که شامل جرم قاچاق انسان (به دلیل ذکر در ماده مذکور) نگردد. از این‌رو، ضرورت دارد قانونگذار مانند حقوق فرانسه جرایم بیشتری را (با افزایش درجه جرایم تعزیری به جای ۶ تا ۸ به ۳ تا ۸) تحت شمول فرآیند ترمیمی و ارجاع به میانجیگری قرار دهد تا جرم قاچاق انسان نیز قابل ارجاع به فرآیند ترمیمی باشد. همچنین چنانچه درصدد است

## منابع

- Abbasi, Murad (1400), technological restorative justice with an emphasis on the role of the police, *Police Science Research Quarterly*, twenty-third year, number 2, 73-105. {In Persian}
- Alivardinia, Akbar and Hosni, Mohammad Reza (2013), re-accepting shaming as a cultural strategy in crime control, *Social and Cultural Strategy Quarterly*, 3rd year, 10th issue, pp. 7-38. {In Persian}
- Babakhani, Irfan (2019), Combating Organized Human Trafficking with Emphasis on French Law, *Scientific Quarterly of Detective*, Volume 14, Number 53, 126-144. {In Persian}
- Faryadi, Masoud (2016), restorative justice approach to green punishments in environmental crimes in *Encyclopedia of restorative justice : collection of articles of the international conference of restorative justice and crime prevention*, Tehran, Mizan publishing house, print First. {In Persian}
- Javan Jafari, Abdul Reza ; Sadegh Safari and Masoud Javadi, Hedayat Abad (2012), the contexts of passing the anti-human trafficking law and Iran's criminal policy regarding this crime, *Quarterly Journal of International Police Studies*, year 4, number 13, 39-70. {In Persian}
- Habibzadeh, Mohammad Jafar, Sharifi, Mohsen (2013), Human trafficking: from the contexts of its emergence to the necessity of joining the Palermo Convention and the Additional Protocol, *Journal of Defense Policy*, 20th year, number 80, 211-232. {In Persian}
- Karim Naimeh, Athir (2016), human trafficking in the laws of Iraq and Iran by looking at international documents, master's thesis, Ferdowsi University of Mashhad. {In Persian}
- Najafian, Farzaneh, Farjiha, Mohammad, Abar, Mahmoud and Mousavi Mojtab, Seyed Darid (2019). Restorative responses to damages caused by corporate crimes : a comparative study, *Journal of Comparative Law Research*, Volume 24, Number 2, pp. 163-187. {In Persian}
- Beal, Christophe (2018), Justice restaurative et justice pénale, *Collège international de Philosophie*, 58-71.
- Bessone, Magali (2019), Les réparations au titre de l'esclavage colonial, l'impossible paradigme judiciaire, *Lex-tenso « Droit et société »*, 357-377.
- Brigant, Jean-Marie (2019), La justice restauratrice, *Dalloz « Archives de philosophie du droit »*, 129 -146.
- Cario, Robert (2017), Potentialités et ambiguïtés de la médiation pénale, *L'Harmattan*.
- Dieua, Erwan, al. (2017), La Justice restaurative : ni soigner, ni réprimer ? *L'Encéphale*, 283-291.



- Engone Elloué, Nestor (2018), Global environmental justice and historical responsibility. A restorative approach, Thèse, Université Bordeaux Montaigne.
- Jimenez, Estibaliz, Vacheret, Marion (2013), Pénologie ; Réflexions autour de la peine et de son application, Paramètres, Les Presses de l'Université Montréal.
- Guide méthodologique de la justice restaurative, 2020.
- Hay, C. (2001). "An Exploratory Test of Braithwaite's Reintegrative Shaming Theory" *Journal of Research in Crime and Delinquency*, Vol. 38 : 132- 153.
- Lefranc, Sandrine (2015), La justice de l'après-conflit politique : justice pour les victimes, justice sans tiers ? De Boeck Supérieur | « Négociations ».
- Monville, Pierre (2015), Les procédures alternatives : nécessité, moyens et enjeux ; un regard critique sur le droit belge, In les alternatives au procès pénal, JACOBS Ann, L'Harmattan, Paris.
- Neyret, Laurent (2016), From ecocrimes to ecocide: protection the environment through criminal law, Universidad de Castilla-La Mancha. available at: [EcocideGB-072016.pdf](https://ecocideGB-072016.pdf) (uclm.es)
- Patrilli, Carina (2010), Restoring human trafficking victims through victim-offender dialogue, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 217-244.
- Vaz Cabral, Georgina (2010), La traite des êtres humains, réalité de l'esclavage contemporain, *La découverte*.
- Walgrave, Lode (2008), *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*, Cullompton, Devon UK, Willan Publishing.
- Walgrave, Lode, Zinsstag (2014), Estelle, Justice des mineurs et justice restaurative Une intégration possible et nécessaire, *Érès, Les Cahiers Dynamiques*, n 59, 32-40.
- Wemmers, Jo-Anne (2018), *Introduction à la victimologie*, Presses de l'Université de Montréal, Montréal.
- Yu, Lilly, Hussemann, Jeanette, Love, Hanna (2018), *Alternative Forms of Justice for Human Trafficking Survivors Considering Procedural, Restorative, and Transitional Justice*, Urban institute.

Original Article

# From the Distinction between Friend and Enemy to the Manifestation of Concrete Will: Schmitt's Sovereignty in the Dialectic of the Political and the Legal

Mahdi Moradi Berelian<sup>1</sup>, Mohammad Tangestani<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Assistant Prof, Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran

<sup>2</sup> Associate Professor, Department of International Law., Faculty of Law and Political Science, Kharazmi University, Tehran, Iran



20.1001.1.24237566.1403.8.2.11.4



10.22080/LPS.2024.26371.1584

**Received:**

November 30, 2023

**Accepted:**

February 19, 2024

**Available online:**

July 27, 2024

**Keywords:**

Modern State-  
Constituent Power-  
Constitution-  
Constitutional law-  
Political Will

## Abstract

Ignoring the political aspect of sovereignty forms a significant part of the legal and political discourse. But, Schmitt teaches us that the ruler's ability to set aside legal norms when an exception occurs, rather than using authority through these norms, constitutes the essence of sovereignty. We should understand this Schmittian doctrine in the context of his understanding of the Constituent power. The power's concrete will and the ruler's representation decide the constitutional law and written constitution. The meaning of constitutionalism lies in its concrete reality, not in norms above this will. Constitutional norms have no authority other than this will. To understand the ruler's decision-making in exceptional circumstances, we must view it through Schmitt's idea of sovereignty. The center of sovereignty is based on a representative of the constituent power. The ruler acts as a representative of this power using sovereign authority. To achieve a correct understanding of the system of constitutional law, one must consider sovereignty and emphasize its political aspect; this article analyzes sovereignty from Schmitt's perspective and emphasizes that claiming to limit sovereignty through written norms leads to misunderstandings of sovereignty and constitutional law. This article shows that analyzing sovereignty through Schmitt's concept is important. It helps us understand political and legal thought better and avoid confusion.

**\*Corresponding Author:** Mahdi Moradi Berelian

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

**Email:** [M.moradib@umz.ac.ir](mailto:M.moradib@umz.ac.ir)



## Extended Abstract

### 1. Introduction

The historical existence of the modern state has been closely intertwined with the concept of sovereignty. Scholars from the political and legal fields have extensively researched and analyzed this feature, often discussing its erosion or demise due to various challenges. This article aims to shed light on the notion of sovereignty through Carl Schmitt's perspective, specifically by highlighting his concept of "Constitution." This idea connects the ruler's decision-making in exceptional circumstances - which forms the essence of Schmitt's notion of sovereignty - to the concept of the constituent power and interprets it within that framework. It is important to note that this interpretation is only possible if we think of the modern state as an abstract entity beyond the ruler and subjects. This is because sovereignty belongs to the fictitious character of the state, which is used through the concrete manifestation of the sovereign will of the constituent power with the representation of the ruler. This perspective emphasizes the absolute nature of sovereignty and places the political aspect at its core. Consequently, it subordinates the entire structure of constitutional laws and the written constitution to the will of the constituent power. The concrete manifestation of this power lies in the ruler's decision to suspend this structure. The significance of explaining this perspective lies in the fact that without understanding it, it's impossible to form a proper understanding of constitutional law. Emphasizing the role of legal norms, including the written constitution, in the application of sovereignty could lead to a misunderstanding of this concept and

ignore its political aspect. This confusion of thought can result in false claims of disintegration or the death of sovereignty due to general norms of human rights or requirements resulting from international convergences. Such claims are a direct consequence of a legal and non-political perception of sovereignty.

### 2. Research Methodology

The article adopts a descriptive-analytical approach as its research method. It delves into the nature of the modern state and highlights the importance of avoiding confusion between the state, the government, and the citizens. The article then explores the ideas of Jean Bodin and Thomas Hobbes, which serve as the fundamental sources for Carl Schmitt's thoughts on sovereignty. By examining Schmitt's interpretation of sovereignty as the decision-making power of the ruler during exceptional circumstances and as a representation of the constituent power's will, the article suggests an integrated approach to understanding sovereignty.

### 3. Findings

This article emphasizes the political aspect of governance and warns against oversimplifying it. Reading Schmitt's perspective on sovereignty in *The Political* helps us grasp its nature and adjust our understanding of Schmitt's absolutist views. This reading shows us that *The Political* is still at the center of the modern state.

### 4. Conclusion

To clarify the approach of this article towards sovereignty, and Schmitt's perspective on it, we must consider two important aspects of sovereignty - the political aspect and the legal aspect. It is impossible to attain a thorough understanding of sovereignty without distinguishing between these two aspects.

It could be argued that reducing sovereignty to mere authority or legal authority fails to recognize the true essence of sovereignty as the heart of political power. Nonetheless, it is important to note that focusing on political sovereignty does not necessarily mean disregarding the legal aspect of sovereignty. It is crucial to understand that the rule of law is heavily reliant on the mechanisms of political power rather than mere authority. It is important to distinguish between power and authority. Authority is considered an official legal framework, but it is useless without power. Political power determines the changes in authority. Unlike power, authority is unconditional and either exists or doesn't. It's like a license that can be issued or not. Power is relative and depends on ability, competence, and capacity. Additionally, a sovereign state doesn't imply any particular form of government, such as a republic, democracy, or monarchy. Sovereignty is a political and legal foundation that can support different types of constitutions and forms of governance. The sovereign state is absolute and unlimited. However, this doesn't mean it can ignore the constitution's limitations. These limitations are mechanisms created by the constituent power to control the government. Schmitt's foundation of sovereignty, that is, the identity of the ruler with decisions about exceptions in the light of the concept of the constituent power, can be understood in such a way that in exceptional circumstances, the ruler's decision to maintain the integrity of the political system despite the

suspension or violation of the constitutional law is based on the representation of constituent power. In simpler terms, the person who created the "constitution" can use their power to temporarily stop the legal system. They do this by appointing a ruler to act on their behalf. This is done to protect the integrity of the "Constitution". Based on this, concrete political unity and the political will are the creators of this unity, which holds sovereignty. The consequence of this attitude is that the state has the final say on challenges to its sovereignty. The consequence of this attitude is that the state has the final say on challenges to its sovereignty. These challenges include things like the European Union and human rights. The states can still assert their sovereignty and show that the European Union and human rights rely on the agreement between states. The exception based on the representation of the constituent power determines everything in this context. In this situation, power is based on the will and lacks wisdom or natural essence. This power is shown in a concrete decision, not an abstract one.

### **Funding**

There is no funding support.

### **Authors' contribution**

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

### **Conflict of interest**

The authors declare no conflict of interest

## علمی پژوهشی

# از تمایز میان دوست و دشمن تا تجلی اراده انضمامی: حاکمیت اشمیتی در دیالکتیک امر سیاسی و امر حقوقی

مهدی مرادی برلیان<sup>۱\*</sup>، محمدقاسم تنگستانی<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران  
<sup>۲</sup> دانشیار گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران



20.1001.1.24237566.1403.8.2.11.4



10.22080/lps.2024.26371.1584

## چکیده

بخش معتنا بهی از گفتمان حقوقی و سیاسی بر نادیده‌انگاشتن سویه سیاسی حاکمیت استوار است؛ ولی اشمیت به ما می‌آموزد گوهر حاکمیت نه کاربست اقتدار از گذرگاه هنجارهای حقوقی، بلکه در امکان کنار نهادن این هنجارها به هنگام رخداد استثناء، از سوی حاکم است. این آموزه اشمیتی البته باید در پرتو برداشت وی از قدرت مؤسس فهمیده شود. اراده انضمامی قدرت مذکور است که با نمایندگی حاکم، کل ساختار حقوق اساسی و قانون اساسی مکتوب را تابع تصمیم خود می‌سازد. حقوق اساسی هیچ مرجعی جز این اراده ندارند. معنای مشروطیت نه در وجود هنجارهایی بر فراز این اراده، بلکه در واقعیت انضمامی آن نهفته است. تصمیم‌گیری حاکم در شرایط استثناء را که بنیان انگاره اشمیتی حاکمیت است، جز از این طریق نمی‌توان دریافت که کانون حاکمیت بر مفهوم نمایندگی قدرت مؤسس استوار است و حاکم، اقتدار حاکمیتی را به نمایندگی از این قدرت به‌کار می‌بندد. درک درست از نظام حقوق اساسی باید در پرتو چنین برداشتی از حاکمیت و تأکید بر جنبه سیاسی آن حاصل شود؛ بر مبنای این توضیحات، مقاله حاضر می‌کوشد با برگرفتن روش توصیفی و تحلیلی با واکاوی حاکمیت از نظرگاه اشمیت این مهم را یادآور شود که طرح ادعاهای مبتنی بر مهار حاکمیت از طریق هنجارهای مکتوب بدون توجه به سویه سیاسی حاکمیت، پیامدی جز سوءبرداشت از حاکمیت و ساختار حقوق اساسی ندارد. بنابراین هدف نوشته پیش‌رو تأکید بر این مدعاست که تحلیل حاکمیت از دریچه انگاره اشمیت، برای فرار از این آشفتگی در ساختار اندیشگی سیاسی و حقوقی، ضروری به‌نظر می‌رسد.

تاریخ دریافت:

۹ آذر ۱۴۰۲

تاریخ پذیرش:

۳۰ بهمن ۱۴۰۲

تاریخ انتشار:

۶ مرداد ۱۴۰۳

کلیدواژه‌ها:

دولت مدرن، قدرت مؤسس، اساس، حقوق اساسی، اراده سیاسی

\* نویسنده مسئول: مهدی مرادی برلیان

آدرس: دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران

ایمیل: [m.moradib@umz.ac.ir](mailto:m.moradib@umz.ac.ir)

## ۱ مقدمه

بر سویه حقوقی حاکمیت جز به سوءبرداشت از این مفهوم و نادیده‌انگاشتن جنبه سیاسی آن منجر نخواهد شد؛ این ژولیدگی اندیشگی پیامدهای خود را بر ادعاهای واهی مبتنی بر ازم‌گسیختگی و یا مرگ حاکمیت بر اثر هنجارهای عام حقوق بشر و یا الزامات ناشی از همگرایی‌های بین‌المللی نمایان ساخته است.

نوشتار پیش‌رو با برگرفتن روش توصیفی و تحلیلی جهت پاسخگویی به این پرسش که حاکمیت در دیدگاه اشمیت واجد کدام ویژگی‌هاست و این نظرگاه چه آثاری بر فهم نظام حقوق اساسی دارد، ابتدا ویژگی انتزاعی بودن دولت مدرن را تبیین کرده و نشان خواهد داد هرگونه برداشت صحیح از دولت مدرن در گرو پرهیز از این‌همانی رهن میان دولت و حکومت و دولت و اتباع است. سپس با ترسیم دیدگاه‌های *ژان بُدن* و *توماس هابز*، آبشخورهای بنیادین اندیشه *اشمیت* در باب حاکمیت را معرفی می‌کند؛ آن‌گاه با تبیین خوانش *اشمیت* از حاکمیت در دو شق مجزا و در عین حال مرتبط با هم یعنی حاکمیت به‌مثابه قدرت تصمیم‌گیری حاکم در شرایط استثنایی و حاکمیت هم‌چون تجلی انضمامی اراده قوه مؤسس، تفسیری در راستای هم‌سازی آن‌ها به پیش خواهد نهاد؛ دست‌آخر پس از طرح انگاره نوکانتی در تقابل با نگره‌های دولت اشمیتی، در قسمت نتیجه‌گیری پیامدهای چنین برداشتی از حاکمیت تبیین می‌شود؛ توجه به هر دو سویه حاکمیت و برجسته‌ساختن حاکمیت سیاسی و پرهیز از تأکید بیش‌ازاندازه بر حاکمیت حقوقی به‌مثابه راهبردی ضروری برای فهم حقوق اساسی، موردنظر نگارندگان این نوشتار است.

## ۲ دولت؛ موجودیتی فرای حاکم و اتباع

مسیر ساختار اندیشگی فلسفی و سیاسی مدرن از روزگار نوزایش به‌ویژه دوره جمهوری خواهی تا هنگام شکوفایی در یادگارهای اندیشمندان بزرگ آغاز دوران

می‌توان فریافت مدرن دولت را چنین انگاشت: دولت مدرن موجودیت انتزاعی و رای حکومت و شهروندان است که با کاربست قانون به‌مثابه نمودگاه اراده حاکمیتی خود درون گستره مشخص سرزمینی، سرسپردگی اتباع را خواستار می‌شود. چنین برداشتی که ما را به گوهر دولت مدرن رهنمون می‌سازد، برسازنده ویژگی‌هایی است که از آن میان، حاکمیت جایگاه کانونی به خود اختصاص داده است. گفتمان سیاسی و حقوقی بی‌گمان جستارهای گونه‌گونی را به توصیف و تبیین این ویژگی اختصاص داده و عمدتاً با تکیه بر چالش‌های مختلف پیش‌روی این ویژگی، از فرسایش یا مرگ حاکمیت سخن رانده است.

این نوشتار بدون تکرار جستارهای موجود کوشش می‌کند تا خوانش حاکمیت در پرتو اندیشه‌های *کارل اشمیت* را بار دیگر در میان نظرگاه‌های گوناگون موجود برجسته سازد و این بار با تأکید بر انگاره قانون اساسی اشمیت که کم‌تر موردتوجه قرار گرفته است، تصمیم‌گیری حاکم در شرایط استثنایی را که جان‌مایه اندیشه وی در باب حاکمیت را شکل می‌دهد، به مفهوم قدرت مؤسس (Constituent Power) پیوند داده و در چارچوب آن موردبازخوانی قرار دهد. باری، این مهم جز از رهگذر پنداشت دولت مدرن چونان موجودیت انتزاعی و رای حاکم و اتباع امکان‌پذیر نیست. پیامد چنین خوانشی از حاکمیت بر کشیدن ویژگی مطلق بودن آن و درواقع، نشان دادن سویه سیاسی در کانون حاکمیت است. این به‌نوبه خود کل ساختار حقوق اساسی و به‌بیان بهتر قانون اساسی را تابع اراده قوه مؤسس قرار می‌دهد که تجلی انضمامی آن در تصمیم‌گیری حاکم برای تعلیق این ساختار نهفته است. اهمیت تبیین این دیدگاه در این واقعیت نهفته است که بدون فهم آن، امکان شکل‌گیری درک مناسبی از حقوق اساسی وجود نخواهد داشت؛ تأکید خام‌دستانه بر نقش هنجارهای حقوقی (و از آن میان قانون اساسی نوشته) در کاربست حاکمیت، و درواقع تکیه محض





شخص است که به موجب عهد و پیمان همه با یکدیگر محقق می‌گردد. جمع کثیری از آدمیان به موجب میثاق با یکدیگر خودشان را یک‌به‌یک مرجع اعتبار و جواز اعمال او ساخته‌اند تا این‌که او بتواند تمامی قوا و امکانات همه آن‌ها را چنان‌که خود مقتضی می‌بیند، برای حفظ آرامش و امنیت و حراست عمومی به کار ببرد.» (هابز، ۱۳۸۱: ۱۹۳) در چنین جامعه‌ای همگی اراده‌ها به اراده یک نمایندگی برساختی واگذار می‌شود. «آن لویاتان عظیمی که کشور یا دولت (به زبان لاتین Civitas) خوانده می‌شود، به کمک فن و صنعت ساخته شده است و صرفاً انسانی مصنوعی است.» (هابز، ۱۳۸۱: ۷۱) بر این پایه، گرچه انتقال قدرت به یک فرد یا گروهی از افراد یعنی حکومت صورت می‌پذیرد، اما اثر واقعی این انتقال، آن است که منجر به وحدت انبوه‌ای از افراد در یک شخص، یک موجودیت عمومی/هستومند (Public Entity) می‌شود؛ این نهاد عمومی حاکم ورای کسان موجود در جامعه اقتدار خود را اعمال می‌کند. (Nelson, 2006) پس «گوهر انگاره هابز آن است که دولت، نام گونه خاصی از شخصیت است؛ یک شخص کاملاً اعتباری و مصنوعی.» (Skinner, 1992: 2)

بدین آئین هابز درباره اقتداری انگاره‌پردازی می‌کرد که هم‌زمان از بنیادگذارانش یعنی مردم و شخصیت صاحب‌منصبان جدا بود. در واقع، وی همه کوشش خود را برای آفرینش دولت به مثابه موجودیتی انتزاعی جدای از حاکم (به‌کاربرنده اقتدار) و فرمانبران (جامعه مدنی) که از راه قرارداد میان خود حقوق‌شان را بدان واگذار کرده‌اند، به کار بست؛ (Van Creveld, 1999: 179) توضیح آن‌که هابز در *لویاتان* مشخصاً از سرشت کامن‌ولث یا دولت سخن می‌گوید: «من درباره اشخاص سخن نمی‌گویم، بلکه به‌طور انتزاعی از کرسی قدرت سخن به میان می‌آورم.» (هابز، ۱۳۸۱: ۶۷) در چارچوب اندیشه وی، با قرارداد اجتماعی دو شخص زاده می‌شوند که پیش‌ازاین در وضعیت طبیعی وجود نداشتند؛ یک شخص مصنوعی که آدمیان اقتدار سخن گفتن و

مدرن، اندیشه دولت را به‌سان شخصیتی جدا و برتر از کسانی که اقتدار آن را بکار می‌گیرند و آنانی که بدین اقتدار گردن می‌نهند، پرورش داد. تا آن هنگام که انگاره دولت هم‌چون سامان سیاسی جدا از کارگزاران خود و شهروندان زاده نشد، اندیشه دولت مدرن نیز پا به پهنه گیتی نهاد. پیامد انضمامی چنین پنداشتی از دولت، ایجاد ساختار سیاسی است که هرچند از بُن‌پاره‌های مشخصی مانند حکومت و یا شهروندان برساخته می‌شود، ولی به شکل معناداری از آن‌ها تفکیک می‌گردد. (Morris, 2003: 28- Runciman, 1998: 45) چنین فهمی از دولت، به سده شانزدهم میلادی بازمی‌گردد. «پیش از سده شانزدهم، اصطلاح *status* را نویسندگان سیاسی فقط در اشاره به یکی از این دو به کار می‌بردند: اوضاع و شرایط حاکم بر یک فرمانروا (*status principis*)، یا وضعیت کلی یک ملت یا اوضاع و احوال کل مملکت (*status rengi*). در این کاربردها آن‌چه ناپیدا بود، ایده مشخصاً مدرن دولت در مقام نوعی قدرت عام جدا از فرمانروا و فرمان‌بر هر دو و تشکیل اقتدار سیاسی عالی درون یک قلمرو تعریف‌شده معین بود.» (اسکینر، ۱۳۹۳: ۵۳۸-۵۳۹) شاید بتوان چنین نگرشی به دولت را که آغازگاه برداشت مدرن از آن است، به‌صورت آراسته و رسا در اندیشه هابز سراغ کرد. در انگاره وی «اهداف جمع مدنی یا سیاسی، ایجاد یک مرجعیتی یگانه و عالی حاکم را اجتناب‌ناپذیر می‌کند. مرجعیتی که قدرت آن نه‌تنها از مردمی که از آغاز آن را پدید آورده‌اند، بلکه هم‌چنین از هر حقی که گفته شود صاحبان مقام در استفاده از قدرت آن در هر زمان دارا هستند، متمایز است.» (اسکینر، ۱۳۸۱: ۴۱)

هابز در آئین قراردادگرایی، دولت را برساختی برآمده از شکافی ژرف در وضعیت طبیعی توصیف می‌کند. شرایط جنگ همه علیه همه در وضعیت طبیعی داستانی بدبینانه از زندگی انسان‌هاست که در آن هم‌بستگی و صلح مدنی به‌عنوان آرمان‌هایی دست‌نیافتنی، بایستگی وجود دولت را روایش (توجیه) می‌کند. «دولت وحدت همگان در یک

دستگاه و مناصب حکومتی و شخصیت طبیعی کسانی که این قدرت حکومتی را بکار می‌بندند، جدایی افکنده می‌شود و آنان اشخاصی عمومی پنداشته می‌شوند که قدرت قانونی بدان‌ها واگذار شده است، اما تمایز میان قدرت‌های اجتماع و قدرت‌های دولت در این ساختار اندیشه جایگاهی ندارد. (لاک، ۱۳۹۲: ۲۶۹)

پس از بررسی ویژگی انتزاعی و مصنوعی بودن دولت و جداسازی هم‌زمان آن از حاکم و اتباع، باید افزود که این ویژگی در کانون شناسه‌های برساننده و هسته شالودین دولت مدرن قرار می‌گیرد. بدون داشتن چنین برداشتی از شخصیت دولت و حکومت، فهمی بایسته درباره دولت مدرن شکل نخواهد گرفت. اما سرشت حاکمیت یا اقتدار والا به‌مثابه دیگر بُن‌پاره دولت مدرن چیست و از آن کدام شخصیت است؟ شخصیت ساختگی دولت، حاکم و یا اتباع؟ آشکار است که پذیرش ایده متمایز بودن دولت از حاکم و اتباع به‌سان آنچه هابز انگاره‌پردازی کرده است، می‌تواند در این باره به پیامدهایی متفاوت از اندیشه جدایی میان قدرت سیاسی و حکومت، بدون تفکیک میان این قدرت و قدرت اجتماع منجر شود. در انتهای این قسمت توجه به این نکته ضروری است که در تلقی هابز، مصنوع بودن دولت و حاکمیت لزوماً به معنای این نیست که آنها کاملاً ورای مردم قرار دارند؛ بلکه حتی در یک برداشت حداقلی، دولت را می‌توان حاصل جمع اراده‌های فردی دانست؛ هرچند که پس از تأسیس دولت و ورود به وضع اجتماعی، حاکمیت از این اراده‌ها «فراتر» می‌رود.

### ۳ دولت مدرن، دولت حاکم

بی‌گمان یکی از مهم‌ترین شناسه‌های دولت مدرن و شاید برجسته‌ترین آن‌ها، انگاره حاکمیت است. اندیشه دولت مدرن با ایده حاکمیت پیوندی تنگاتنگ دارد؛ چراکه خاستگاه و تاریخ آن با تکوین مفهوم حاکمیت شانه‌به‌شانه حرکت کرده است.

عمل کردن به‌جای خویشتن را به او می‌بخشند؛ این شخص، حاکم (Sovereign) نام دارد. شخص دیگر هنگامی آفریده می‌شود که انسان‌ها با اقتداربخشی به یک فرد یا گروهی از افراد به‌مانند نماینده‌شان، اراده و سخن واحد می‌یابند. این شخص، دولت یا کامن‌ولث است. «وقتی این توافق صورت تحقق بپذیرد، جماعتی که بدین شیوه در یک شخص وحدت می‌یابد، دولت و یا به لاتین Civitas خوانده می‌شود. و این به معنی تکوین و ایجاد همان لویاتان و یا خداوند میراست» که غایت صلح، آرامش و امنیت را پی می‌گیرد و «حامل این نقش، حاکم خوانده می‌شود که صاحب قدرت حاکمه به‌شمار می‌رود.» (هابز، ۱۳۸۱: ۹۲)

هابز به‌صورت مطلق دولت را نه‌تنها از شخص حاکم بلکه از جمع انبوه کسانی که اکنون یگانگی یافته‌اند و حاکم بر آن‌ها فرمان می‌راند، جدا می‌کند. درحالی‌که حاکمان می‌آیند و می‌روند و انبوهه واحد کسان بر اثر زاد و میر اعضای خود تغییر می‌کند، شخصیت دولت (The Person of the State) پایا است، تعهدات را تحمیل و حق‌ها را فرای زندگی هر یک از شهروندان خود به اجرا درمی‌آورد. (Skinner, 2009: 342) بنابراین، انگاره دولت هابزی بر پایه شخصیت مصنوعی بنا شده که از شخص طبیعی نمایندگی می‌کند؛ حاکم به‌عنوان فرد واحد یا گروهی از افراد نماینده شخص دولت و حاکمیت رابطه میان دولت و اتباع است. (لاگین، ۱۳۸۸: ۱۴۱-۱۴۲)

دولت شخصیتی ساختگی است که به‌راستی نمی‌تواند کارهایی را انجام و مسئولیت آن را پذیرا باشد، بلکه تنها شخصی که می‌تواند در چنین شرایطی اقدام کند، شخص اعتباری و مصنوعی حاکم است که نقش آن شخصیت‌بخشی یا نمایندگی از شخص ساختگی دولت است. (Skinner, 2009: 347) البته نظریه مصنوعی بودن دولت از زمان طرح آن توسط هابز، همواره با نظریه‌های رقیبی همراه بوده است. انگاره دولت نزد جان لاک از نظرگاه تمایزات پیش‌گفته می‌تواند مطمح- نظر قرار گیرد. در چارچوب اندیشه وی، گرچه میان



«حاکمیت مفهومی بی‌اندازه مبهم است» (Kalmo, & Skinner, 2010: 1) به‌گونه‌ای که این ابهام برخی از انگاره‌پردازان را به حدی برآشفته که پیشنهاد حذف حاکمیت را از نظام اندیشگانی فلسفه سیاسی به پیش کشیده‌اند. (Maritain, 1951: 29) بر این بنیاد، بحث‌های سترون و چالش‌های بی‌پایانی درباره سرشت و خاستگاه این اقتدار و انگارگان مشروعیت آن صورت گرفته است. به‌ویژه در این باره، پرسش از دارندگان حاکمیت، سیاسی یا حقوقی بودن چیرستی اقتداری که به نام حاکمیت بکار گرفته می‌شود، این‌که آیا حاکمیت محدودیت‌پذیر هست یا خیر و متناقض‌نمای بالاترین اقتدار بودن و هم‌زمان تابع قانون بودن، اهمیت برجسته‌ای دارد.

آن هنگامی‌که ژان بُدن در شش کتاب در جمهوری حاکمیت را «قدرت مطلق و پایای حکومت یک اجتماع» (جونز، ۱۳۵۸: ۶۵) و یا «اقتداری عالی، مطلق و همیشگی بر شهروندان و اتباع در یک کامن‌ولث» (اسکینر، ۱۳۹۳: ۴۴۰) در نظر گرفت، نخستین نشانه‌های پیدایش مفهوم مدرن حاکمیت پدیدار گشت. «در جهانی که خدا دیگر قادر به فراهم‌آوردن بنیانی موردتوافق برای زندگی سیاسی نبود، بُدن می‌خواست ویژگی‌های موردنظرش را به حاکمیت اعطا کند و آن را در جای خودش یعنی بر روی زمین و در چارچوب یک گستره سرزمینی مشخص قرار دهد.» (Van Creveld, 1999: 177) در شکل اجمالی که نگره وی برای ترسیم اندیشه مدرن حاکمیت نمایان ساخت، اقتدار حاکمیتی در یک مفهوم غیرشخصی ویژگی‌های خود را بازشناخت. دولت (کامن‌ولث) در انگاره بُدن، گرچه به‌وسیله حکومت یا حاکم نمایندگی می‌شود، ولی با وجود این، از آن جداست؛ چراکه دولت ملک شخصی پادشاه یا حاکم، همانند آنچه در دوران فئودالی مشاهده می‌شد، نیست بلکه سرشت آن برساخته از قدرت عمومی همیشگی است که از طریق پادشاه به کار گرفته می‌شود. افزون بر این، جداپنداری دولت از جامعه نیز مطمح‌نظر بُدن بوده است. اقتدار حاکمیتی هم‌چون

(هلد، ۱۳۹۴: ۱۵۷) این ویژگی دولت مدرن که به‌راستی باید از دیگر اشکال سنتی قدرت یا اقتدار جدا شود، در آغاز دوران مدرن و از خلال ستیز پادشاهان با اقتدار کلیسا و رقبا داخلی یعنی لردهای فئودال سر برآورد. (Morris, 1998: 174) درواقع، هرچند برخی ویژگی‌های حاکمیت در اشکال گوناگون به‌ویژه در قوانین روم و برخی انگاره‌های الهیاتی مربوط به قدرت خدا وجود داشت، ولی مفهوم قدرت سیاسی که به‌گونه ویژه‌ای از سامان سیاسی منضم می‌شود، نوین است.

پیدایش تاریخی ایده حاکمیت دولت بر تضاد میان مفهوم الهیاتی از حاکمیت و پیدایش سیاسی دولت استوار است؛ برداشت «دانته» از اقتدار سیاسی به‌شدت بر برتری وحی الهی متکی بود. حاکم بر روی زمین یعنی امپراتور باید به دنبال هدایت از طریق نور الهی باشد. اقتدار وی جهانی است و تا جایی که به اجرای اصول مندرج در عدالت الهی می‌پردازد، نامحدود است. اورشلیم افق نهایی اقتدار سیاسی است. در مقابل در برداشت ماکیاولی شکوه سیاسی روم هیچ پیوندی با استانداردهای اخلاقی و مذهبی ندارد. اقتدار حاکمیتی از آن کسی است که به‌صورت کارآمد و مؤثر بر جامعه سیاسی فرمان می‌راند. (Zucca, 2015: 407) «در دوران جدید، اندیشه حاکمیت بدان پنداره بود که یک اقتدار سیاسی فرجامین و مطلق در جامعه سیاسی وجود دارد و چنین اقتداری در هیچ جای دیگر مشاهده نمی‌شود.» (Hinsley, 1986: 26) پس در مفهوم مدرن، حاکمیت اقتدار والا در چارچوب سرزمینی مشخص است. اقتدار بدان معناست که دارنده حاکمیت صرفاً از نیروی اجبارکننده برخوردار نیست، بلکه «دارای حق فرمان‌دادن و هم‌زمان حق مورداطاعت قرارگرفتن است.» (Wolff, 1990: 20) والایی اقتدار، برتری حاکمیت بر تمامی گونه‌های قدرت حاضر در چارچوب سرزمینی مشخص را تضمین می‌کند. البته تمرکز بر اندیشه حاکمیت در مفهوم مدرن خود نباید هم‌چون توافقی نهایی و بی‌مناقشه در گوهر این اقتدار نگریسته شود. بی‌گمان

شخص، انگارهٔ مدرن دولت را به پیچیده‌ترین و نیک‌پرورده‌ترین شکل خود بنیاد گذاشت. بر همین شالوده، اندیشهٔ حاکمیت نزد او نیز انگارهٔ حاکمیت مدرن است؛ در واقع، حاکمیت دولت (Sovereign State) و نه حاکمیت فرمانروا و یا اتباع، برسانندهٔ گوهر مدرن حاکمیت نزد اوست. (Nelson, 2006: 61) از آنجا که شخصیت ساختگی و انتزاعی دولت خود قادر به کنش‌گری و از جمله کاربست حاکمیت نیست، بنابراین حاکمیت به دست مقام حاکم نماینده به‌کار گرفته می‌شود. پس از نظرگاه وی، این قدرت حاکمیتی به‌هیچ‌وجه شخصی نیست؛ قدرت تماماً متعلق به موقعیت «مقام حاکم نماینده است.» (لاگلین، ۱۳۸۸: ۱۴۱) البته نخستین خرده به هابز در چارچوب این پرسش مطرح شد که اقتدار حاکمیتی در دستان چه کسی قرار دارد؛ فرمانروا، پادشاه، دولت یا مردم؟ (هلد، ۱۳۹۴: ۱۶۰) باری، هابز با وجود نداشتن باور به این‌که پیکرهٔ مردم (The Body of The People) حاکمیت را در اختیار دارند، ولی به‌سان همهٔ مطلق‌گرایان نیز بر آن نبود که بهترین پیوند میان مردم و فرمانروایان‌شان بر اساس انفعال در برابر شخص حاکم باید تبیین شود. او می‌پذیرفت که سازوکاری که در آن یک سامانهٔ سیاسی می‌تواند برپا شود، رضایت هر یک از اتباع است. به نظر او حتی پس از آن‌که جمع انبوه آدمیان خود را پیرو اقتدار حاکم کردند، هم‌چنان هر اقدامی که توسط کسانی که حاکمیت بدان آن‌ها واگذار شده، انجام می‌شود، به‌گونه‌ای اقدام خود آنان است؛ (Skinner, 2009:34-35) بر این شالوده، مردم شخصیت دولت را برمی‌سازند و او را مجاز می‌دارند که از رهگذر نمایندهٔ خود، شخص حاکم، اقتداری والا را در راستای تأمین امنیت و صلح آن‌ها بکار ببندد.

حاکمیت نزد هابز چپستی شخصی ندارد، بلکه از رهگذر قرارداد و با رضایت اتباع، نه به شخص حاکم بلکه به مقام حاکم (هابز، ۱۳۸۱: ۲۰۲) (چه یک شخص و چه جمعی از اشخاص) به‌مثابهٔ نمایندهٔ شخصیت انتزاعی دولت واگذار شده است. چنین

موجودیتی ورا و فرای هر شخص موجود در جامعه پنداشته می‌شود. (Nelson, 2006: 64) بُدن شناسهٔ نخستین این مفهوم از حاکمیت را همیشگی بودن آن می‌پندارد: «صفت نخست حاکمیت، دائم بودن آن است، زیرا اگر قدرت فقط برای مدت معینی تفویض شود، نمی‌توان آن را قدرت حاکمه دانست.» (جونز، ۱۳۵۸: ۶۵) وی در اشاره به ویژگی دائم‌بودگی، تمایزی میان حکومت و حاکمیت قائل می‌شود. حکومت از نظرگاه او قوهٔ اجرایی وظایف برآمده از حاکمیت است که کارکردش برای مدت محدودی است، در برابر اما حاکمیت از نظر زمانی نامحدود و همیشگی است. اما آن‌چه در این باره بیشتر باید مورد توجه باشد، ویژگی مطلق‌بودگی حاکمیت است؛ در این مفهوم که این اقتدار بدون هیچ‌گونه مسئولیت و شرطی به وی واگذار شده و به هیچ شخصی پاسخگو نیست مگر خداوند. (اسکینر، ۱۳۹۳: ۴۴۱) بُدن پافشاری می‌کند که بنیادی‌ترین و مهم‌ترین حق حاکمیت، همان قدرت وضع قانون است. (وینسنت، ۱۳۷۱: ۸۸) «نخستین نشانهٔ شهریار حاکم، قدرت وضع قوانین عمومی و خصوصی برای مردم است... بدون آن‌که به رضایت و تصویب مقامی برتر یا فروتر از خود نیازمند باشد.» (جونز، ۱۳۵۸: ۶۵) به باور او، حاکم خود از هر پایبندی به پیروی از قوانین موضوعهٔ کشور چه قوانینی که مربوط به پیشینیان است و چه قوانین مصوب خود، معاف است. (اسکینر، ۱۳۹۳: ۴۴۴) افزون بر این، بُدن در کتاب روش (Methodus ad Facilem Historiarum Cognitionem) بر این نکته پای فشرده است که حاکمیت قابل‌واگذاری نبوده و نمی‌تواند به اشتراک گذارده شود. بر این بنیان، تنها سه گونهٔ دولت یا کامن‌ولث قابل‌انگارش است که در آن‌ها قدرت حاکمه از طریق پادشاه، اشراف و یا مردم بکار بسته می‌شود. در این میان پادشاهی، بهترین حالت است. (Harding, 2001: 318- Skinner, 2010: 28-30)

هابز از رهگذر قرارداد اجتماعی و با آفرینش شخص ساختگی دولت و حاکم به‌عنوان نمایندهٔ این



کسی است که در شرایط استثناء تصمیم‌گیری می‌کند» در پرتو انگاره حاکمیت به‌مثابه بروز انضمامی اراده قدرت مؤسس بازخوانی شود.

## ۴٫۱ حاکمیت به‌مثابه تمایز دوست و دشمن و تصمیم‌گیری در شرایط استثناء

اشاره‌های پیاپی اشمیت به مفهوم هابزی «پیوند متقابل میان حمایت و تابعیت» و سرسپردگی به این باور هابزی که «اقتدار قانون را می‌سازد، نه حقیقت» آشکارا نمایانگر پایبندی به چارچوب هابزی حاکمیت است؛ «از این رو بایسته است اشمیت را هابز سده بیستم بنامیم.» (اشمیت الف، ۱۳۹۳: ۴۳-۴۴) وی در الهیات سیاسی خود که گوهر آن در این ادعای او نهفته است که «همه مفاهیم مهم انگاره مدرن دولت مفاهیمی الهیاتی‌اند که عرفی شده‌اند» برداشتی از حاکمیت به دست می‌دهد که آن را با قدرت تصمیم‌گیری حاکم در شرایط استثنایی، برابر می‌گیرد. (اشمیت ب، ۱۳۹۳: ۵) درواقع، اشمیت با پیش‌کشیدن استدلال‌های مربوط به احیای الهیات سیاسی کاتولیک روم، پیدایش دولت‌های مشروطه مدرن (Modern Constitutional States) را با زایش آفریدگار باوری (خدا انگاری) (Deism) برابر می‌داند. وی بر آن بود که آفریدگار باوری با آمیزش الهیات و متافیزیک این اندیشه را که خداوند می‌تواند از راه مداخله مستقیم استثنایی مانند آنچه در معجزه رخ می‌دهد، از قوانین طبیعی تخطی کند، رد می‌کند. ایده دولت مشروطه مدرن نیز به همین سان این مفهوم را که حاکم می‌تواند استثنایی بر سامان قانونی معتبر وارد آورد، نمی‌پذیرد. بدین آئین، مداخله در قوانین طبیعت از سوی خدا و مداخله در نظم قانونی از سوی حاکم مدنی هیچ‌کدام امکان‌پذیر نیستند. اشمیت با دفاع الهیاتی‌سیاسی از ایده پروردگار باوری (Theism) و معجزه، توانایی حاکم در ایجاد استثنا در نظم قانونی را خواستار شد. الهیات سیاسی اشمیت بر پایه نقدی ضدروشنگری بر این پندار است که همان‌سان که قوانین طبیعی خداوند

خوانشی زایشگر این بینش است که نباید میان مطلق‌بودگی حاکمیت با تمامیت‌خواهی شخص (و نه مقام) حاکم خلط کرد.

از نظرگاه اشمیت، خدای فناپذیر هابزی خود را در پس خوانش‌های آشفته و گونه‌گون پنهان کرده است. مسئله درنگ‌انگیز درباره انگاره دولت مدرن نزد هابز که تا اندازه‌ای برخی خوانش‌های نوهابزی از حاکمیت و اقتدار را تحت تأثیر خود قرار داده و از آن میان اشمیت نیز تا حدی بدان پایبند است، سرسپردگی بی‌چون‌وچرای شهروندان در برابر دولت و نماینده آن است. در چارچوب اندیشه هابز، رضایت هریک از افراد نقشی غیرقابل‌انکار در آفرینش شخصیت دولت بازی می‌کند، اما پس از زایش دولت از این راه و واگذاری حق‌ها و آزادی‌های افراد به آن، آنان به اتباع یا شهروندانی بدل می‌شوند که در ازای فراهم آمدن صلح و امنیت از سوی دولت، سرسپردگی محضی را در برابر او به نمایش می‌گذارند. بر این شالوده، در این سرسپردگی هیچ محدودیتی حتی درزمینه اندیشه و اراده مشاهده نمی‌شود. این وفاداری همیشگی است و افراد نمی‌توانند خود را تابع و فرمان‌بردار شخص دیگری کنند. (هابز، ۱۳۸۱: ۱۹۳) بر این پایه، پیوند متقابل حمایت و تابعیت و وفاداری، نسبت میان دولت و مردم را سامان می‌بخشد.

## ۴ دولت مدرن، دولت حاکم: روایت اشمیت

آن‌چه در پهنه پژوهش‌های موجود بیشتر مطمح‌نظر قرار گرفته، انگاره‌هایی است که اشمیت در امر سیاسی و الهیات سیاسی در باب حاکمیت به دست داده است. این در حالی است که دستیابی به درکی صحیح از مفاهیم امر سیاسی و الهیات سیاسی در ارتباط با حاکمیت، بایسته توجه ویژه به «انگاره قانون اساسی» اشمیت است. با درک این ضرورت است که در جستارهای آتی، کوشش می‌شود تا آموزه مشهور اشمیت در باب حاکمیت، یعنی «حاکم

به‌مثابه دولت با منطق استثناء مفهوم می‌یابد.» (اشمیت، ۱۳۹۳ الف: ۴۴) اشمیت با بکار بردن انگاره‌های هابزی، ادعا کرد که اقتدار نمی‌تواند به اقتداری قانونی، یعنی اقتداری که به‌صورت کامل توسط قانون ساخته شده است، فروکاسته شود. اقتدار دولت چیزی نیست که بتواند در یک نظم انتزاعی معتبر محدود شود، بلکه همواره دارای سرشتی انضمامی است؛ یعنی فرمان‌برداری شهروندان از قدرت یک یا چند شخص. (Dyzenhaus, 2015: 347) نظرگاه اشمیت درباره دولت ریشه‌های خود را از باور وی به اهمیت امر سیاسی به‌عنوان قلمرو قانونی و پیش‌انگاشت مفهوم دولت بازمی‌یابد. بر این آئین، جوهره امر سیاسی را دوگانه دوست-دشمن و امکان همواره موجود پیکارجویی برمی‌سازد. (اشمیت، ۱۳۹۳ ب: ۱۳-۱۴ و ۳۵) در این شرایط استثنایی، حاکم قدرت صریحی در تعلیق حق‌های بنیادین افراد خواهد داشت و این حق‌ها مانعی برای اقدام حاکم شمرده نمی‌شوند. به باور اشمیت نهادهای لیبرال دموکراسی با تعهدی که به سامان‌بخشی قانونی قدرت سیاسی دارند؛ یعنی حاکمیت قانون، توانا بر آفرینش تمایز میان دوست و دشمن نبوده و از این‌رو ناتوان از حاکم بودن هستند و بر همین بنیاد، نمی‌توانند نگهبان قانون اساسی باشند. (Dyzenhaus, 2015: 341)

اشمیت قدرت حاکم مدرن را هم مقید به قانون و هم فراتر از آن می‌داند. درواقع، از نظرگاه اشمیت چپستی اقتدار حاکم زمانی خود را نشان می‌دهد که اوضاع عادی به هنگامه‌ای استثنایی بدل شود؛ در این‌جاست که حاکم تصمیم می‌گیرد نظام قوانین عادی به حالت تعلیق درآید، ولی همین کوشش حاکم برای مدیریت شرایط استثنایی را «می‌توان در متن کلی نظم قانونی‌ای فهمید که درون آن این اقتدار دست به عمل می‌زند.» (اشمیت، ۱۳۹۳ الف: ۳۶) بر همین شالوده است که اشمیت می‌گوید «حاکم کسی است که در خصوص حد اضطراب و راه‌حل برای رفع آن تصمیم می‌گیرد. اگرچه

را محدود نمی‌کنند، حاکم نیز با قانون محدود نمی‌شود. وی مدعی آن بود که گستره سیاسی نیازمند حاکمی است که تصمیم‌گیری در شرایط استثنایی و اضطرابی قدرت او را بر می‌سازد. (Fiorenza, 2005: 80 & 103) بر این پایه، اگر شخص یا نهادی در سازگان حقوقی توانایی تعلیق کامل قانون و به‌کارگیری نیروهای فراقانونی برای به حالت عادی درآوردن شرایط را داشته باشد، آن شخص یا نهاد، حاکم نام دارد. (Vinx, 2016) خوانش اشمیت از حاکمیت به‌راستی به‌سان یورشی است بر انگاره‌هایی از آن مفهوم که کوشش می‌کنند تا اقتدار حاکم را با اقتدار قانونی جایگزین و آن را از گوهر خود تهی کنند.

اشمیت دولت‌های مدرن را فاقد توان بایسته برای تصمیم‌گیری می‌داندست و چرایی آن را در وجود نهادهایی چون پارلمان جست‌وجو می‌کرد که سرشت آن مانع یکپارچگی و یگانگی حاکمیت می‌شد. (حیدری و کاوندی: ۱۳۹۵: ۳۶) وی در برابر اندیشه احیای حاکمیت قانون به‌جای حاکمیت انسان‌ها «مصمم شد که عنصر فردی را در حاکمیت احیا کند و بار دیگر آن را غیرقابل تقسیم نماید. اشمیت احیای عنصر فردی را برای حفظ دولت قانون‌مدار مدرن حیاتی می‌دید.» (اشمیت الف، ۱۳۹۳: ۳۴-۳۵) به بیان دیگر، برای هم‌آوردی با وضعیت استثنایی باید راهی در پیش باشد. از دیدگاه اشمیت چنین موقعیت‌هایی تحت پوشش هنجارهای قانونی یا اساسی (مبتنی بر قانون اساسی) قرار نمی‌گیرند. در این شرایط، بالاترین نقش قانون اساسی تعیین این مسئله است که چه کسی می‌تواند در این شرایط دست به کنش یازد؛ اشمیت حاکم را کسی می‌داند که در این وضعیت به تصمیم‌گیری می‌پردازد. (Nicholls, 1989: 99) در بیانی رسا «حاکم اشمیت در زمان عادی در خواب است، اما وقتی که موقعیت عادی در خطر لغزیدن به یک استثنا باشد، از خواب بیدار می‌شود. هسته بنیادین این اقتدار مالکیت انحصاری بر حق تصمیم‌گیری سیاسی یا انحصار آن است، از این نگاه، دولت



اشمیت، امر سیاسی بنیادِ قانون اساسی قرار می‌گیرد. (لاگلین، ۱۳۸۸: ۱۳۳-۱۳۴)

لازم به ذکر است پنج سال پس از نگارش انگارهٔ قانون اساسی، پیدایش نازی‌ها فرصتی را برای اشمیت مهیا ساخت تا در سال ۱۹۳۳ در اثر خود «دولت، جنبش، مردم» (Staat, Bewegung, Volk) چگونگی یگانگی و وحدت سیاسی را به صورت عینی-تر بسط دهد. مختصر آن که از نظرگاه وی وجود انسان به‌طور ضمنی مبتنی بر نوعی نظم نمادین است. با این حال، اگر مردم (People) خود را به عنوان یک وحدت درک کنند، این نظم مردم نمی‌تواند کاملاً ضمنی باشد؛ بنابراین از منظر وی روشی که مردمی خود را از مردم دیگر متمایز می‌کنند، مبتنی بر شکل خاصی از نظم سلسله‌مراتبی است که بر اساس آن سازماندهی می‌شوند. (Schmitt, 2008: 60)

شکل دولت هم‌چون سلطنت، آریستوکراسی یا دموکراسی، نه فقط به قوانین، بلکه به نمایندگی‌های موجود (رسمی و غیررسمی) که ساختار دولت و رویه‌های آن را تعریف می‌کنند، مرتبط است. این شکل دولت یک ساختار نمایندگی است؛ زیرا شامل روشی است که مردم خود را به-مثابهٔ یک کل واحد می‌بینند. با درک نمایندگی خود در نهاد پادشاه یا در ساختارهای خاص (مانند پارلمان) که مشخصه دموکراسی است، مردم با میانجیگری ساختار دولتی به یک وحدت تبدیل می‌شوند. حتی اگر مردم تاریخ، سنت‌ها و روابطی داشته باشند که مواد خام برای تعریف آن‌ها به‌عنوان یک «مردم» باشد، این تعریف بدون ساختار نمایندگی که تمامی عناصر مورد اشاره را با هم در گونه‌ای وحدت جمع می‌کند، به صورت انضمامی قابل‌تحقق نخواهد بود. قوانین تنها زمانی می‌توانند مشروعیت و معنایی داشته باشند که تداوم «مردم» را به عنوان یک کل واحد و یگانه در طول زمان تضمین نمایند. برای اشمیت قوانین، دولت را تعریف نمی‌کنند بلکه برعکس، جنبه نمایندگی دولت، قوانین و دگردیسی آن‌ها را برمی‌سازد؛ تغییر در

حاکم خارج از نظام قانونی به لحاظ هنجاری معتبر عمل می‌کند، اما به هر حال متعلق بدان است، به این دلیل که فقط او باید دربارهٔ تعلیق کامل قانون اساسی تصمیم بگیرد.» (اشمیت، ۱۳۹۳ الف: ۵۲) دولت به دلیل در اختیار داشتن انحصاری توانایی تمایز میان دوست و دشمن و تصمیم‌گیری دربارهٔ شرایط استثنایی، نهادی است که می‌تواند شهروندان را وادار به فدا کردن جان‌شان در راه خود کند. (اشمیت، ۱۳۹۳ الف: ۴۰-۴۱)

## ۴٫۲ حاکمیت به‌عنوان تجلی ارادهٔ انضمامی

اشمیت میان «اساس» (Constitution) و مقررات حقوق اساسی (که شامل قانون اساسی نوشته نیز هست) «Constitutional Laws» تمایز افکنده است. «اساس» تجلی ارادهٔ عام است که دست آخر به صورت مقرراتی در متن نوشته پدیدار می‌گردد؛ در حالی که اصطلاح اخیر به نظامی از هنجارها اشاره دارد که مهمترین آن‌ها قانون اساسی نوشته است. (Schmitt, 2008: 59) باری، وی استدلال کرده است که «اساس» برآیند یک تصمیم سیاسی جمعی بوده و به همین دلیل اعتبار آن مبتنی بر هنجارها نیست. درواقع، از نظرگاه اشمیت، «اساس» برآمده از کنش قوهٔ مؤسس یا بنیان‌گذار است. این برداشت، «اساس» را به‌سان یک تصمیم آگاهانه که نمایانگر امر سیاسی در گونهٔ انضمامی خود است، به‌شمار می‌آورد. از نظرگاه اشمیت، یگانگی و یکپارچگی «اساس» در خود «اساس» یافت نمی‌شود، بلکه در برابر، در واحد سیاسی نهفته است؛ بنابراین، «اساس» تا جایی که منشأ وجودی‌اش، خودش نیست، مطلق هم نیست. هم-چنین اعتبار «اساس» به‌درستی هنجاری آن و یا به تمامیت نظام‌مند آن بازمی‌گردد، بلکه مربوط به‌گونه‌ای از وحدت سیاسی انضمامی و درواقع، ارادهٔ سیاسی آفرینش‌گر آن است. پیش‌انگاشت هر نوع هنجار حقوقی، حتی قانون اساسی، چنین اراده‌ای است. (Schmitt, 2008: 75-77) بدین آئین، به باور

در خصوص قانون تفویض اختیارات سال ۱۹۳۳ (Enabling Act of 1933) از سوی مجلس آلمان به هیتلر رخ داد. (Pan, 2019: 91-92) این نکته ظریف را نباید از نظر دور پنداشت در حالی که «نظریه قانون اساسی» اشمیت بر این نکته پافشاری می‌کند که چگونه شکل دولت مبتنی بر نمایندگی وحدت مردم است و این‌که جنبه پویایی قانون اساسی نتیجه تغییراتی است که این نمایندگی در طول زمان متحمل می‌شود، اثر «دولت، جنبش، مردم» این برداشت را تا اندازه‌ای با متمایز ساختن جنبه سیاسی دولت از خود دولت تغییر می‌دهد. در اینجا ادعای اشمیت آن است که دولت باید تنها به عنوان مجموعه‌ای از مقامات دیوان‌سالار در یک فرآیند فرماندهی درک شود؛ در واقع وی با دولت به‌عنوان دستگاهی بی‌طرف برخورد می‌کند که مجری قوانین است و البته این وضعیت بی‌طرف تنها با فهم این مهم می‌تواند دوام داشته باشد که فرآیندهای دیوان-سالارانه همواره تابع درک تثبیت‌شده سیاسی از نظم موجود خواهد بود. (Pan, 2019: 93)

باری، در نگاه اشمیت، اراده سیاسی در کنار قانون اساسی و به‌راستی بالاتر از آن است. هرگونه تعارض حقیقی مبتنی بر قانون اساسی که دربرگیرنده مبانی خود تصمیم سیاسی فراگیر نیز می‌شود، تنها از طریق اراده قوه مؤسس می‌تواند حل‌وفصل شود. هم‌چنین هرگونه شکاف در قانون اساسی نیز از طریق کنش قوه مؤسس پُر می‌شود. هر مورد پیش‌بینی نشده که مستلزم تصمیم‌گیری سیاسی بنیادین است، به دست این قوه رتق‌وفتق می‌شود. (Schmitt, 2008: 126) بر این شالوده، بن-پاره اشمیتی حاکمیت، یعنی این‌همانی حاکم با تصمیم‌گیری درباره استثناءها را بهتر می‌توان فهمید. در شرایط استثنایی، تصمیم‌گیری حاکم در راستای حفظ تمامیت نظام سیاسی به‌رغم تعلیق یا نقض قانون اساسی، بر گوهر نمایندگی قوه مؤسس استوار است. به بیانی دیگر، اراده سیاسی زایشگر «اساس» و در نتیجه «قانون اساسی» برای حفظ یکپارچگی خود، از طریق حاکم به‌مثابه نماینده‌اش،

نمایندگی منجر به تغییر متناظر در قوانین می‌شود. وحدت مردم همواره مستلزم تفسیر خاصی است از آنچه در مفهوم «مردم» گنجانده شده و یا از آن مستثنی می‌گردد. یکی از جنبه‌های کلیدی شکل دولت این است که چگونه باید تفاسیر بدیل از نظم مشروع را برای تعریف وحدت سیاسی به حاشیه راند. این امر نمایانگر آن است که گونه‌ای بی‌ثباتی ذاتی در شکل دولت در مواجهه با تغییرات وجود دارد. این فرآیند دگرگونی در شکل دولت، مفهوم اساس را به‌عنوان امری در پویایی دائم برای اشمیت نمایانگر می‌سازد که در آن وحدت سیاسی از منافع، عقاید و آرمان‌های مختلف متضاد شکل می‌گیرد. (Schmitt, 2008: 61) پس، مردم به عنوان موجودی انضمامی را نمی‌توان ایستا، بلکه باید در یک روند دائمی تغییر در نظر گرفت و این روند در حال تغییر آن‌ها نیز بایستی توسط یک نظریه قانون اساسی به رسمیت شناخته شود. این سه جنبه از وحدت سیاسی برای اشمیت یعنی وجود عینی یک مردم، نمایندگی مردم در نظم سلسله‌مراتبی روابطی که دولت را تشکیل می‌دهند، و البته روش‌هایی که این نمایندگی از طریق جنبش‌ها تغییر می‌کند، جنبه‌های کلیدی یک نظریه قانون اساسی است که به دنبال درک حقوق اساسی به‌عنوان توصیف وحدت سیاسی موجود در زمان و مکانی خاص است نه مجموعه‌ای از قوانین انتزاعی. (Pan, 2019: 89)

موردکاوی اشمیت برای توضیح سویه‌های وحدت پیش‌گفته، بر نحوه الغای قوانین جمهوری وایمار و توضیح این دشواره مبتنی است که چگونه یک جنبش سیاسی توانست قانون اساسی وایمار را ملغی و دریافت نوینی از هویت سیاسی مبتنی بر وحدت مردم آلمان و پیشوا را به‌مثابه نماینده این وحدت جایگزین آن کند. به باور اشمیت، اگر پارلمان منتخب مشروعیت مردمی خود را از دست بدهد و آنان به مجلس دستور دهند که صلاحیت تقنین خود را به یک نفر واگذار کند، این مصداق شکست حاکمیت قانون نیست، بلکه نمایانگر تغییر درک مردم از شکل نمایندگی وحدت‌شان است؛ امری که





باشند به طوری که تمامی پیشرفت‌های سترگ اجتماعی با هدایت قانون اخلاقی صورت گرفته‌اند. هستی سیاسی و اجتماعی به صورت غیرقابل اجتنابی تحت پوشش تنظیم‌گری حقوقی قرار می‌گیرد و سرانجام چاره همه مشکل‌های اجتماعی، حقوقی است. (Schmitt, 2008: 183)

نظرگاه‌های سیاسی و حقوقی اشمیت دارای ابعاد جامعه‌شناختی و برخلاف فهم نوکانتی‌هاست که فرآیندهای اجتماعی را در چارچوب‌های هنجاری و عام‌الشمول تفسیر می‌کنند. اشمیت، نهادها و خاصه نهادهای حقوقی را به مثابه اشکالی که به صورت تاریخی و اجتماعی زاییده شده‌اند، واکاوی می‌کند. این نهادها از نگاه وی، ریشه‌های خود را در نموده‌های پیچیده ستیزگی و یکپارچگی اجتماعی، می‌یابند. آن‌ها را نمی‌توان هم‌چون مظاهر گرایش‌های اخلاقی عام، فرآیند استنتاج بخردانه و یا صرفاً بر پایه تحلیل ناب حقوقی و یا اخلاقی، مورد بررسی قرار داد. هم‌چنین، ناهمگونی بنیادینی میان برداشت‌های اشمیت با دیدگاه‌های اندیشمندان نوکانتی در زمینه «مفهوم ویژگی مبتنی بر قانون اساسی یا مشروطه دولت» (Conception of the Constitutional) وجود دارد. از نگاه نوکانتی‌ها، دولت زمانی مشروع جلوه می‌کند که برای خود قانون اساسی تدارک ببیند که از طریق آن، هم ویژگی‌های بایسته فرد انسانی را نشان دهد و هم به ریشه‌های انسان‌شناختی قدرت مشروع سیاسی ارجاع دهد. در این‌جا، ویژگی ضروری فرد انسانی به‌عنوان خودآئینی تعریف شده است؛ یعنی گنجایش استنتاج و اجرای قوانین عام‌الشمول؛ بنابراین، سرشت دولت مشروع زمانی تکامل می‌یابد که دولت شکل مشروطه هنجار اخلاقی عام را به خود گیرد. در این هنگام و با پذیرش هنجار اخلاقی از طریق قانون اساسی، ضرورت دارد که دولت خود را همواره با آن هم‌سو سازد. ولی برای اشمیت ویژگی مشروطه دولت به هیچ وجه خارج از آن یافت نمی‌شود. دولت مشروع دارای یک «اساس» است که اراده یکپارچه انضمامی مؤسس خود را نمایندگی

نظام حقوقی را معلق می‌کند. در نتیجه اشمیت، می‌تواند وجه حاد و افراطی وضعیت استثنایی یعنی دیکتاتوری حاکم را بر قدرت مؤسس استوار سازد. (آگامبن، ۱۳۹۵: ۶۹) می‌توان ادعا کرد در نظریه قانون اساسی اشمیت، مفهوم قوه مؤسس جایگزین حاکمیت شده است؛ به بیان بهتر، تغییر جهتی از یک مفهوم تصمیم‌گرا و شخص‌محور بسیار شدید از حاکمیت، به سوی مفهوم نوینی از آن انجام گرفت؛ قوه مؤسس، نمایانگر حاکمیت به‌منزله بروز و ظهور انضمامی اراده است (Cristi, 2011: 354-357)

## ۵ انگاره نوکانتی در تقابل با نگره‌های اشمیتی دولت

انگاره قانون اساسی، بخش بزرگی از نگره‌های اشمیتی دولت را برمی‌سازد و در واقع، پیوند میان دولت و قانون اساسی را شرح می‌دهد. (Voegelin, 2001: 42) آن‌چه بایسته توجه است آن که این انگاره بر بستر اندیشه‌ای ضد نوکانتی (New-Kantian) ارائه شده است. فلسفه نوکانتی درباره دولت دارای دیدگاه‌هایی است که خوانش اشمیتی دولت در نقطه مقابل آن‌ها قرار می‌گیرد. به صورت کوتاه، فلسفه نوکانتی بر آن است که جوهره نظریه کانت مبتنی بر وجود شرایطی است که در آن خرد آدمی در شکل اراده محض، می‌تواند به صورت خود-سالار اصول اخلاقی و یا حتی حقوقی الزام‌آور عام-الشمول را استنتاج کرده و برای روایش و توضیح کنش‌های خود بکار گیرد. بر همین شالوده، نظم سیاسی مشروع، نظمی است که صورتی عام و انضمامی به اصول حقوقی اتخاذ شده توسط فهم و یا آگاهی خودآئین، ببخشد. سوئیة سیاسی این فلسفه در مفهوم اخلاقی دولت قانون‌مدار (Rechtsstaat) به اوج خود رسید که بر پایه آن دولت تنها زمانی می‌تواند مشروع قلمداد شود که نمایانگر و واضع اصول بنیادین فراگیری باشد که از طریق آن‌ها خرد آدمی خودآئینی اخلاقی خود را حفظ می‌کند. بر مبنای این دیدگاه، دگرگونی‌های اجتماعی نمی‌توانند مستقل از تحولات حقوقی

شکلی است که بایستی معنا و درون‌مایه خود را از ساختار پیشینی مشروعیت دریافت دارد. بر این پایه، مشروعیت تنها به‌واسطه نمایندگی از اراده یکپارچه و یا هستی تاریخی مردم به دست می‌آید و چنین امری باید هم‌چون ریشه قانون اساسی و درواقع، حقوق پنداشته شود؛ بر مبنای انگاره‌های اشمیت، سیاست پیش از قانون و حقوق و درواقع، مقدم بر آن‌هاست.

اشمیت «اساس» دولت را به مثابه نظم حقوقی که برتری و یا شایستگی متمایزی نسبت به آن دارد، تلقی نمی‌کند. بلکه برعکس، وی «اساس» را به‌مثابه امری هم‌بسته با دولت می‌بیند که نمایانگر اراده سیاسی یکپارچه‌ای است که نمی‌تواند به اصول قانونی مستقل یا شکلی فروکاسته شود. (Schmitt, 2008: 60) پس، قانون اساسی یک دولت در درجه نخست باید سیاسی باشد نه حقوقی. همه تعاریفی که قانون را به‌مانند ابزار رویارویی و مهار سیاست، یا هم‌چون پیش‌شرط شکلی یا رویه‌ای مشروعیت سیاسی یا یک دستگاه الزام‌کننده ارزش‌های اخلاقی می‌انگارند، بازتاب‌دهنده نوعی خودفریبی و گرایش‌های ضعیف اساسی در دولت قانون‌مند لیبرال هستند. بنابراین، قانون اساسی هم‌شکل و هم اراده دولت است. (Seitzer & Thornhill, 2008: 3-13) بدین آئین، «اشمیت میان عنصر سیاسی یک قانون اساسی و عنصر لیبرال آن، یعنی اصل حاکمیت قانون تمایز قائل شد.» (Cristi, 2011: 355) از دیدگاه وی، قوانین اساسی به‌سان آنچه لیبرالیسم می‌پندارد، به‌صورت خودکار تولید نمی‌شوند، بلکه برعکس آن‌ها بر مبنای تصمیمات برساننده (تصمیم قوه مؤسس) که باید به‌منزله یک حاکم تلقی شوند، بنا نهاده می‌شوند. (Cristi, 2011: 356) تمامی مفاهیم حقوقی از جمله «اساس» و «قانون اساسی» از یک زمینه واحد و مشترک در نوشته‌های اشمیت پیروی می‌کنند. هدف اشمیت بازگرداندن دولت به یک چارچوب مقتدرانه مبتنی بر دلایل عینی است که در

می‌کند. بر این بنیاد، «اساس» نمایانگر (نماینده) هنجارهایی نیست که مستقل از دولت کشف و استنتاج شده‌اند. هم از این روی است که اشمیت این اندیشه را رد می‌کند که دولت باید با استانداردهای قانونی سنجش‌پذیر و یا از طریق تعهداتی که حقوق و یا قانون بیرون و مستقل از دولت بر آن تحمیل می‌کند، محدود شود.

برای اشمیت، ویژگی مشروطه دولت، صرفاً بنیاد سرشت خود دولت است و قانون اساسی (و مشروطه‌گرایی) واقعیتی جدای از دولت ندارد. افزون بر این موارد، ادعای نوکانتی‌ها مبنی بر این‌که قانون اساسی دولت زمانی مشروع است که منفصل از هر اراده خاصی بوده و تنها گونه‌ای از اراده پندارین ناب و یا انبوهه نابی از منافع بشری تعمیم‌پذیر را نمایندگی کند، با مخالفت اشمیت روبرو شده است. در نگرش اشمیت، مشروعیت مشروطه و یا مبتنی بر قانون اساسی، ریشه در اراده‌ای انضمامی و ماهوی دارد. این اراده یا به‌صورت شخصی یعنی در چارچوب تصمیمات شخصی و یا در قامت اراده بنیادی مشترک مردمی که به‌صورت تاریخی برساخته شده‌اند، تجسم می‌یابد. درواقع، اشمیت بر گونه اراده‌گرا و یا تصمیم‌گرای مشروعیت تکیه دارد و نه همانند نوکانتی‌ها که ریشه‌های حقوقی مشروعیت را مدنظر دارند. پیوند میان مشروعیت (Legitimacy) و قانونی‌بودن (Legality) (دوگانه قانونی بودن و مشروعیت) نیز از نظرگاه اشمیت نا-هم‌سانی بنیادینی با انگاره‌های نوکانتی دارد. (Schmitt, 2008: 135-136) در اندیشه سیاسی و حقوقی اندیش‌ورزان نوکانتی، قانونی‌بودن تعیین‌کننده مشروعیت و یا به‌گونه‌ای پیش‌شرط آن است. قانون اساسی، از طریق قرار دادن محدودیت‌های قانونی-اخلاقی بر اقتدار دولت و کاربست آن و یا با ارجاع به هنجارهای طبیعی-قانونی به‌مانند ابزار پایش کارکردهای دولت، مشروعیت دولت را تعیین می‌کند. اشمیت ادعا کرده است ارتباط میان حقوق و قدرت در فلسفه نوکانتی با سوءبرداشت روبرو شده است. برای اشمیت، قانونی بودن شرطی



آن هرچومرج برآمده از وضعیت طبیعی جایی ندارد و به جای آن صلح و پایستگی معناداری برپاست.

در ارزیابی دیدگاه‌های اشمیت گفتنی است گرچه خوانش وی از حاکمیت، حقوق اساسی و قانون اساسی نمایانگر بصیرت‌های قابل‌توجه است که فهم غالب از نظام حقوق اساسی را به چالش می‌کشد، اما نمی‌توان این امر را نادیده انگاشت که وی در یک برداشت خطی، امر سیاسی را به‌عنوان ارزش مرکزی و یا پارادایم قلمداد کرده و سایر نیروها یا حوزه‌ها را در پیرامون آن قرار می‌دهد؛ درست است که در یک پارادایم، ارزش یا ارزش‌های برتر از سایرین وجود دارد، اما این ارزش‌ها نمی‌توانند حوزه‌های پیرامونی را نادیده بگیرند. در این جا تأکید بر آن است که همواره در گستره مرکزی، گفتمان‌های ویرانگر و راهبردهای مقاوم وجود دارند که دائماً گفتمان‌های پارادایماتیک، یعنی گفتمان‌هایی را که تشکیل‌دهنده، منعکس‌کننده و برانگیزنده حوزه مرکزی و ارزش‌های آن هستند، به چالش می‌کشند. حاکمیت قانون در مفهومی که نوکانتی‌ها ارائه می‌کنند، گستردگی موازین اساسی نوشته و حتی سنن و وریه‌های سیاسی هم‌چون چالشی بنیادین در برابر امر سیاسی و تعیین‌کنندگی قدرت سیاسی جلوه کرده است. صرف‌نظر از چگونگی تحلیل و میزان درستی یا نادرستی انگاره‌های موجود درباره فرسایش حاکمیت دولت‌ها، داشتن نگاهی جزم-اندیش و کوشش برای فروکاستن انگاره حاکمیت به خوانشی واحد و مطلق از بنیان به‌مثابه کوششی نافرجام جلوه‌گری می‌کند. باری، این توهم را باید زدود که می‌توان یک مفهوم واحد و موردتوافق از حاکمیت ارائه کرد. این نه‌فقط از آن روی است که در روزگار حاضر، شاهد نوعی ناهمسانی نظرگاه‌ها پیرامون حاکمیت خاصه با تأثیرپذیری از تحولات پیرامون هستیم، بلکه نگاهی تاریخی به حاکمیت از آغازگاه دوران مدرن نیز چنین فضای ناهمسانی را نشان می‌دهد. پس می‌توان ادعا کرد حاکمیت دارای جنبه‌های حقوقی و سیاسی است؛ جنبه سیاسی آن مفهومی اشمیتی و سویی حقوقی آن ویژگی کلسنی

دارد؛ توضیح آن که به باور کلسن نظام حقوقی پایگانی از هنجارهاست که اعتبار هر هنجار قابل-ردیابی به هنجاری بالاتر است تا این‌که به هنجار بنیادین آن نظام حقوقی می‌رسد. چنین سامانی از هرگونه تناقضی به دور است؛ چراکه هرگونه تضاد میان دو هنجار از طریق یک هنجار بالاتر که قدرت آفرینش تصمیمات الزام‌آور را به یک مقام (نه شخص) واگذار می‌کند، رفع می‌شود. اعتبار هنجار بنیادین به هنجار دیگری وابسته نیست و بر همین اساس، کلسن ادعا کرده است که اعتبار این هنجار، انگاشتی است. پس برخلاف برداشت سنتی، حاکمیت مربوط به رهایی از قانون (فرا قانونی بودن) نیست، بلکه ویژگی قانوناً برساخته‌ای است که از آن چپود یک سامان حقوقی ویژه است. (کلسن، ۱۳۹۱: ۱۳۳-۱۳۱) اما اشمیت با برجسته‌ساختن وجه سیاسی حاکمیت، به تقابل با انگاره ناب حقوقی کلسن پرداخته است. کلسن دولت را با نظم حقوقی موردشناسایی قرار می‌دهد به‌جای آن‌که دولت را سرچشمه این سامان حقوقی در نظر بگیرد و بدین-سان اندیشه حاکمیت سیاسی را رد می‌کند. از این روی هم هست که اشمیت ایده دولت قانونی یا حاکمیت قانون را به سود دولت ناسیونال سوسیالیسم کنار می‌گذارد. دولتی که چشمان خود را بر واقعیات اجتماعی و سیاسی نمی‌بندد. بر این مبناست که اشمیت دلیل تهی‌بودگی مفهوم حاکمیت را در سازگان اندیشگی کلسن فروکاستن آن به سامانه‌ای از ارجاعات و نادیده‌گرفتن واقعیات انضمامی امر سیاسی می‌پندارد. (Nicholls, 1989: 102-103) اما به نظر می‌رسد حاکم هابزی (که موردتوجه اشمیت است) تابع اقتدار بالاتری است و قوانین مصوب او تنها موضوعه‌سازی (شکل قانونی بخشیدن) به آن اقتدار است. بر همین پایه است که کاریست دولت قانون‌مدار مردم‌سالار عقلانیت قانونی را عنصر برسازنده دولت قرار می‌دهد به‌گونه‌ای که حاکم تابع اصول بنیادین عقلانی است. پس عنصری نظیر نقش قوانین طبیعی و ایده تابعیت حاکم از آن‌ها در اندیشه هابز، اهمیت بنیادین دارد. حاکم شخصی است که در شرایط

هر دو جنبه حاکمیت در تحلیل حقوق اساسی باید مطمح نظر باشد و میان امر سیاسی و امر حقوقی گونه‌ای دیالکتیک برقرار گردد؛

دوم، دولت حاکم، هیچ‌گونه دلالتی بر گونه ویژه-ای از حکومت، جمهوری، دموکراسی، سلطنت و دیگر اشکال ندارد؛ حاکمیت، بنیانی سیاسی و حقوقی است که انواع ناهمگون قانون اساسی یا گونه‌های مختلف حکمرانی می‌توانند بر مبنای آن شکل بگیرند؛

سوم، دولت حاکم در معنای پیش‌گفته دست-آخر مطلق و نامحدود است؛ چنین امری نباید منجر به نادیده انگاشتن محدودیت‌هایی گوناگونی شود که به‌ویژه قانون اساسی بر دولت وارد می‌آورد، بلکه چنین محدودیت‌هایی سازوکارهای تعیین شده از طریق به‌کارگرفتن قدرت مؤسس در نسبت با دولت است؛ محدودیت‌هایی که همواره می‌توانند با استثناء مواجه شوند. بن‌پاره اشمیتی حاکمیت، یعنی این‌همانی حاکم با تصمیم‌گیری درباره استثناء-ها در پرتو مفهوم قدرت مؤسس بدین ترتیب قابل-درک است که در شرایط استثنایی، تصمیم‌گیری حاکم در راستای حفظ تمامیت نظام سیاسی به‌رغم تعلیق یا نقض قانون اساسی، بر گوهر نمایندگی قوه مؤسس استوار است. به بیانی دیگر، اراده سیاسی زایشگر «اساس» برای حفظ یکپارچگی خود، از طریق حاکم به‌مثابه نماینده‌اش، نظام حقوقی را معلق می‌کند. بر این اساس، وحدت سیاسی انضمامی و درواقع، اراده سیاسی آفرینش‌گر آن است که حاکمیت را در اختیار دارد. پیامد چنین نگرشی به حاکمیت برساننده این ادعاست که در ارتباط با چالش‌های ادعا شده پیرامون حاکمیت دولت‌ها هم‌چون هم‌گرایی‌هایی بین‌المللی از گونه اتحادیه اروپایی و حقوق بشر تصمیم‌نهایی هم‌چنان در اختیار داور نهایی یعنی دولت قرار دارد. هیچ-چیزی نمی‌تواند مانع از آن شود که دولت‌ها حاکمیت خفته خود را بیدار سازند و جوهره توافق بنیاد اتحادیه اروپایی و حقوق بشر را یادآور شوند. به نظر می‌رسد، در این زمینه نیز هم‌چنان استثنا در

عادی و مطابق قانون اساسی (نوشته یا نانوشته) به تصمیم‌گیری می‌پردازد. شخصی که تنها در روشی منطبق با قانون اساسی (روشی مشروط) در شرایط عادی تصمیم‌گیری می‌کند، قادر به تصمیم‌گیری مشروع در شرایط استثنایی است حتی اگر این تصمیمات به تعلیق قانون منجر شود. این امر نشان می‌دهد که وجوه دوگانه حاکمیت و درواقع تنش میان دو سویه حقوقی و سیاسی آن هم‌زمان باید مطمح نظر قرارگیرند. (Dyzenhaus, 2015: 349-352)

## ۶ نتیجه‌گیری

رویکرد نوشتار حاضر نسبت به حاکمیت و نظرگاه اشمیتی نسبت به آن را که منجر به چالش کشیدن نگاه رایج به حقوق اساسی می‌شود، در گزاره‌های زیر قابل‌بیان است:

نخست آن‌که، حاکمیت دارای دو سویه بسیار مهم است: بُعد سیاسی و جنبه حقوقی. بدون در نظر داشتن چنین تمایزی نمی‌توان به درکی ژرف از حاکمیت دست یافت. فروکاستن حاکمیت به اقتدار یا صلاحیت قانونی می‌تواند نمایانگر گونه‌ای بدفهمی از گوهر حاکمیت به‌مثابه قانون امر سیاسی باشد؛ هرچند، توجه به حاکمیت سیاسی به هیچ‌روی نباید موجب کنار گذاردن سویه حقوقی حاکمیت شود، بلکه باید هوشیار بود که حکمرانی مبتنی بر قانون به‌صورت قابل‌توجهی وابسته به سازوکارهای کاربست قدرت سیاسی (و نه اقتدار) است. بر این آئین، باید به تمایز میان قدرت و اقتدار توجه ویژه کرد. بدون قدرت، اقتدار امری تهی و بیهوده محسوب می‌شود. اقتدار، چارچوبی قانونی و رسمی محسوب می‌شود، ولی چنین چارچوبی همیشه در نسبت با قدرت سیاسی موجودیت یافته و دگرگون می‌شود. اقتدار سرشتی نامشروط دارد؛ بدان معنا که یا اقتدار وجود دارد و یا ندارد؛ اقتدار هم‌چون مجوزی است که یا صادر شده و یا نشده است. در حالی که قدرت، امری ربطی و نسبی است که به توانایی، صلاحیت و ظرفیت مربوط می‌شود؛ باری،



ماهیتی جدای از حقیقت وجودی خود ندارد؛ این قدرت در چارچوب تصمیمی نمود می‌یابد که در موقعیتی انضمامی و نه انتزاعی اتخاذ می‌شود.

مفهوم اشمیتی آن‌که بنا بر واکاوی‌ای که پیش از این ارائه شد بر سرشت نمایندگیِ قوهٔ مؤسس استوار است، همه‌چیز را تعیین می‌کند. کاربست قدرت در این وضعیت امری مبتنی بر اراده است و نه خرد و

## منابع

- Agamben, G. (1395). *State of Exception*, translation by Poya Imani, Tehran: Ney Publishing, first edition. [ **In Persian** ]
- Cristi, R. (2011). "Schmitt on Constituent Power and the Monarchical Principle", *Constellations*, Volume 18, No 3, pp.352-364.
- Dyzenhaus, D. (2015). "Kelsen, Heller, and Schmitt: Paradigms of Sovereignty Thought", *Theoretical Inquiries in Law*, Volume. 16, No 2, pp.337-366.
- Fiorenza, F. S. (2005). "Political Theology and the Critique of Modernity: Facing the Challenges of the Present", *Distinktion: Journal of Social Theory*, No 10, pp. 87-105.
- Harding, A. (2001). *Medieval Law and the Foundations of the State*, Oxford: Oxford University Press.
- Heidari, A. & kavandi, R. (1395). "The Political Theology and the Exception: Carl Schmitt and the Problem of Sovereignty", *Philosophy*, No. 44(1), pp. 33-49. [ **In Persian** ]
- Held, D. (1394). "The Formation of the Modern State", In Stuart Hall & Bram Gibbon (Ed). *An Introduction to the Understanding of Modern Society*, Book 1: *Forms of Modernity*, (pp. 113-174) translated by Mahmoud Mothahid and Others, Agah Publication, second edition. [ **In Persian** ]
- Hinsley, F. H. (1986). *Sovereignty*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Hobbs, T. (1381) *Leviathan*, translated by Hossein Bashirieh, Tehran: Ney Publishing, 2nd edition. [ **In Persian** ]
- Jones, W. T. (1358). *Masters of Political Thought* (Volume II, Part I), translated by Ali Ramin, Tehran: Amir Kabir Publishing, first edition. [ **In Persian** ]
- Kalmo, H. & Skinner, Q. (2010). "Introduction: A Concept in Fragments", In Hent Kalmo & Quentin Skinner (Ed). *Sovereignty in Fragments: The Past, Present, and Future of a Contested Concept*, (pp.1-26), Cambridge: Cambridge University Press,
- Kalyvas, A. (2008). *Democracy and the Politics of the Extraordinary*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Kelsen, H. (1391). *The Pure Theory of Law*, translated by Esmaeil Nematollahi, Tehran: Samt Publication [ **In Persian** ]
- Laughlin, M. (1388). *Fundamentals of Public Law*, translated by Mohammad Rasakh, Tehran: Nay Publishing, first edition. [ **In Persian** ]



- Lock, J. (1392). *Two Treatises of Government*, translated by Farshad Shar-iat, Tehran: Negah Moaser Publishing, first edition. [ **In Persian** ]
- Locke, J. (1988). *Two Treatises of Government*, Edited by Peter Laslett, Cambridge: Cambridge University Press.
- Maritain, J. (1951). *Man, and the State*, Chicago: University of Chicago Press.
- Morris, C. (1998). *An essay on the Modern State*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Nicholls, D. (1989). *Deity and Domination; Images of God and the State in the Nineteenth and Twentieth*, United Kingdom: Routledge.
- Pan, D. (2019). "State, Movement, People: Representation and Race in the Construction of Political Identity," *Telos*, No. 189, pp. 87-108
- Philpott, D. (2016). "Sovereignty", In: Edward N. Zalta (Ed). [The Stanford Encyclopedia of Philosophy](https://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/sovereignty/), Available at:  
<<https://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/sovereignty/>>.
- Runciman, D. (2003). "The Concept of the State: The Sovereignty of a Fiction", In Quentin Skinner & Bo Strath (Ed). *States and Citizens: History, Theory, Perospec*, (pp.28-38), Cambridge: Cambridge University Press.
- Schmitt, C. (2008) *Constitutional Theory*, Translated and edited by Jeffrey Seitzer, Durham: Duke University Press.
- Schmitt, C. (1393-A). *Political Theology: Four Chapters in the Concept of Sovereignty*, Introduction by George Schwab, English translator, translated by Leila Chamankhah, Tehran: Negah Moasar Publishing, 2nd edition.[ **In Persian** ]
- Schmitt, C. (1393-B). *The Concept of the Political*, translated by Yashar Jirani, & Raasool Namazi, Tehran: Qoqnoos Publications, first edition.[ **In Persian** ]
- Schmitt, C. (1395). *The Leviathan in the State Theory of Thomas Hobbes: Meaning and Failure of a Political Symbol*, translated by Shervin Moghimi Zanjani, Tehran: Pegah Rozgar Nou Cultural Institute, first edition. **In Persian** ]
- Schupmann, B. A. (2015). *Leviathan Run Aground: Carl Schmitt's State Theory and Militant Democracy*, Submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy in the Graduate School of Arts and Sciences, Columbia University, 2015, Available at:  
<<https://academiccommons.columbia.edu/catalog/ac:205773>>.
- Seitzer, F. & Thornhill, C. (2008). "An Introduction to Carl Schmitt's Constitutional Theory: Issues and Context",

- in Schmitt, C. (2008). *Constitutional Theory*, Translated by Jeffrey Seitzer, Durham: Duke University Press, pp. 11-51
- Skinner, Q. (1381), "State in Contemporary Political Philosophy", In Robert Godin & Philip Pettit, (Ed). In *State and Society*, (pp.1-79), translated by Moosa Akrami, Tehran: Printing and Publication Center of the Ministry of Foreign Affairs, first edition. [ In Persian ]
- Skinner, Q. (1999). "Hobbes and Purely Artificial Person of the State", *The Journal of Political Philosophy*, Volume 7, No 1, pp.1-29.
- Skinner, Q. (2009). "A Genealogy of the Modern State", *Proceedings of the British Academy*, No. 162, pp.325-370.
- Skinner, Q. (2010). "The Sovereign State: A Genealogy", In Hent Kalmo & Quentin Skinner (Ed). *Sovereignty in Fragments: The Past, Present and Future of a Contested Concept*, (pp.26-46), Cambridge: Cambridge University Press.
- Skinner, Q. (1393). *The Foundations of Modern Political Thought. Volume 2. The Age of Reformation*, translated by Kazem Firouzmand, Tehran: Agah Publications, first edition. [ In Persian ]
- Troper, M. (2010). "The Survival of Sovereignty", In Hent Kalmo & Quentin Skinner (Ed). *Sovereignty in Fragments: The Past, Present and Future of a Contested Concept*, (pp.132-150), Cambridge University Press.
- Van Creveld, M. (1999). *The Rise and Decline of the State*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Vincent, A. (1371) *Theories of the State*, translated by Hossein Bashirieh, H., Tehran: Ney Publishing, first edition. [ In Persian ]
- Vinx, I. (2016). "Carl Schmitt", In. Edward N. Zalta (Ed). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Available at: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/sovereignty/>>.
- Voegelin, E. (2001). "Review of *Verfassungslehre* by Carl Schmitt (1931)", In Jodi Cockerill & Barry Cooper (Ed). *The Collected Works of Eric Voegelin, Volume 13: Selected Book Reviews*, University of Missouri Press, pp.42-66.
- Wolff, R. P. (1990). *The Conflict Between Authority and Autonomy*, Oxford: Basil Blackwell.
- Zucca, L. (2015). "A Genealogy of State Sovereignty", *Theoretical Inquiries in Law*, Volume. 16, No 2, pp.398-422.



Original Article

## The effects of challenging domestic arbitral award in Iranian law by comparative study in Australian law

Leila Najafzadeh<sup>1</sup>, Yousef Molaei<sup>\*2</sup>, Mostafa Elsan<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Ph.D. in Private Law, Department of Law, Urmia Branch, Islamic Azad University, Urmia, Iran

<sup>2</sup> Assistant Professor, Department of Law, Urmia Branch, Islamic Azad University, Urmia, Iran

<sup>3</sup> Associate Professor of Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran



20.1001.1.24237566.1403.8.2.8.1



10.22080/LPS.2022.24084.1374

**Received:**

August 2, 2022

**Accepted:**

November 10, 2022

**Available online:**

July 27, 2024

**Keywords:**

Internal Arbitration,  
Australian Law,  
Comparative Study,  
Challenging arbitral  
award, Effect of  
Challenging and appeal

### Abstract

Challenging arbitral award is a right recognized in Iranian and Australian law for a losing party. The suspensive and transitional effect of this objection, like judicial judgments, is an issue that needs to be addressed. The Civil Procedure Act of Iran is ambiguous regarding the effect of the objection on stopping or continuing the execution of the arbitral award. Iranian and Australian law also have differing views on whether the arbitration clause is subject to the original contract or is independent of survival. In the law of Iran, the annulment of the appealed arbitral award makes it ineffective. But Australian law provides for the possibility of a correctional award by the court or the return of the case to the same arbitrator or alternate arbitrator to resume the arbitral proceedings or to take such other action as, in the arbitral tribunal's opinion, will eliminate the grounds for setting aside. This paper discusses the effects of challenging domestic arbitral awards in Iranian law through a comparative study in Australian law. Adherence to the arbitration clause and arbitral award, as far as possible, are the points that we will learn from Australian law in this paper, and they can be incorporated into the legal system of Iran in the form of amending the formal Acts or interpreting the Code of Civil Procedure based on real needs by courts.

**\*Corresponding Author:** Yousef Molaei

**Address:** Department of Law, Urmia Branch, Islamic Azad University, Urmia, Iran

**Email:** [y.molaei@gmail.com](mailto:y.molaei@gmail.com)



## Extended Abstract

### 1. Introduction

International arbitration in Australia is governed by the International Arbitration Act of 1974, which was amended in 2010, 2015 and 2018. While domestic arbitration is governed by the Australian Commercial Arbitration Act (2017), The latter law has been adapted in many related articles from the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Of course, the Australian commercial arbitration law has special provisions regarding the annulment of the arbitration award due to its connection with public order and domestic regulations, which are not found in the model law. In fact, the model law refrains from dealing with specific issues that the domestic laws of countries may not be uniform about in order to create more opportunities for drafting and approving UNCITRAL regulations at the domestic level. In the field of domestic arbitration (whether commercial or otherwise), both in Iranian law and in Australian law, substantive proceedings are subject to the rules and regulations of civil procedure, which have been approved as domestic law in both countries. According to Clause (2-A-2) of Article 34 of the Australian Commercial Arbitration Act, if the process of selecting the members of the arbitration panel has not been properly communicated to the annulment applicant or if he has not been able to present his arguments and defenses for some other reason, one of the reasons for annulment of the arbitration award has been achieved. This reminds us of the fundamental principle of correspondence, according to which the parties must have an equal and sufficient opportunity to present their claims, statements and defenses. The said clause has no

equivalent in Article 489 of the Civil Procedure Code, but this aspect of annulment of the arbitration award can be related to paragraph one of Article 489 of the Civil Procedure Code (the issued opinion is contrary to the laws establishing the right). In general, a violation of the fundamental right of access to justice (due process) can be one of the reasons for the annulment of the arbitration award in Australian law and Iranian law (in the form of a violation of the laws establishing the right).

Contradiction of the arbitration award with order and public interest is another aspect of the annulment of the arbitration award, which, contrary to Australian law, is not explicitly provided for in Article 489 of the Iranian Procedure Code, although it can be inferred from paragraph one of this article.

In the field of domestic arbitration (whether commercial or otherwise), both in Iranian law and in Australian law, substantive proceedings are subject to the rules and regulations of civil procedure, which have been approved as domestic law in both countries.

According to Clause (2-A-2) of Article 34 of the Australian Commercial Arbitration Act, if the process of selecting the members of the arbitration panel has not been properly communicated to the annulment applicant or if he has not been able to present his arguments and defenses for some other reason, one of the reasons for annulment of the arbitration award has been achieved. This reminds us of the fundamental principle of correspondence, according to which the parties must have an equal and sufficient opportunity to present their claims, statements and defenses. The said clause has no equivalent in Article 489 of the Civil



Procedure Code, but this aspect of annulment of the arbitration award can be related to paragraph one of Article 489 of the Civil Procedure Code (the issued opinion is contrary to the laws establishing the right). In general, a violation of the fundamental right of access to justice (due process) can be one of the reasons for the annulment of the arbitration award in Australian law and Iranian law (in the form of a violation of the laws establishing the right).

Contradiction of the arbitration award with order and public interest is another aspect of the annulment of the arbitration award, which, contrary to Australian law, is not explicitly provided for in Article 489

of the Iranian Procedure Code, although it can be inferred from paragraph one of this article.

### **Funding**

There is no funding support.

### **Authors' contribution**

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**

Authors declared no conflict of interest.

### **Acknowledgments**

We are grateful to all the scientific consultants of this paper.

علمی پژوهشی

## آثار اعتراض به رأی داوری داخلی در حقوق ایرانبا مطالعه تطبیقی در حقوق استرالیا

لیلا نجفی زاده<sup>۱</sup>، یوسف مولایی<sup>۲\*</sup>، مصطفی السان<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد ارومیه، دانشگاه آزاد اسلامی، ارومیه، ایران

<sup>۲</sup> استادیار گروه حقوق، واحد ارومیه، دانشگاه آزاد اسلامی، ارومیه، ایران

<sup>۳</sup> دانشیار حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران



20.1001.1.24237566.1403.8.2.8.1



10.22080/LPS.2022.24084.1374

### چکیده

اعتراض به رأی داوری، حقی است که در قوانین ایران و استرالیا برای محکوم علیه چنین رأیی شناسایی شده است. اثر تعلیقی و اثر انتقالی این اعتراض، همانند شکایت از آرای قضایی، موضوعی است که نیاز به بررسی دارد. قانون آیین دادرسی مدنی ایران در خصوص اثر اعتراض در توقف یا ادامه اجرای رأی داوری، ابهام دارد. همچنین حقوق ایران و استرالیا در مورد این موضوع که آیا شرط داوری تابع عقد اصلی بوده یا از حیث بقا، مستقل از آن می‌باشد، موضع متفاوتی دارند. در حقوق ایران، ابطال رأی داوری مورد اعتراض، آن را بی‌اثر می‌سازد، اما در حقوق استرالیا، امکان صدور رأی اصلاحی از جانب دادگاه یا بازگرداندن پرونده به همان داور یا داور جایگزین برای رفع نواقص موجود و صدور رأی اصلاحی پیش‌بینی شده است. این مقاله به بررسی آثار اعتراض به رأی داوری داخلی در حقوق ایران، با مطالعه تطبیقی در حقوق استرالیا می‌پردازد. پایبندی حقوق استرالیا به شرط داوری و رأی داوری تا حدی که امکان دارد، از جمله نکاتی است که در این مقاله از حقوق استرالیا بیان می‌شود و می‌توان در قالب اصلاح قوانین شکلی یا تفسیر قانون آیین دادرسی مدنی بر مبنای نیازهای واقعی، آنها را وارد نظام حقوقی ایران کرد. واژگان کلیدی: رأی داوری داخلی، حقوق استرالیا، مطالعه تطبیقی، اعتراض به رأی داوری، اثر اعتراض.

### تاریخ دریافت:

۱۱ مرداد ۱۴۰۱

### تاریخ پذیرش:

۱۹ آبان ۱۴۰۱

### تاریخ انتشار:

۰۶ مرداد ۱۴۰۳

### کلیدواژه‌ها:

رأی داوری داخلی، حقوق استرالیا، مطالعه تطبیقی، اعتراض به رأی داوری، اثر اعتراض.

\* نویسنده مسئول: یوسف مولایی

آدرس: واحد ارومیه، دانشگاه آزاد اسلامی، ارومیه، ایران

ایمیل: [y.molaei@gmail.com](mailto:y.molaei@gmail.com)

## ۱ مقدمه

داوری بین‌المللی در استرالیا تابع قانون داوری بین‌المللی مصوب ۱۹۷۴ می‌باشد که در سالهای ۲۰۱۰، ۲۰۱۵ و ۲۰۱۸ اصلاح شده است. در حالی که داوری داخلی تابع قانون داوری تجاری استرالیا (۲۰۱۷) می‌باشد. قانون اخیر در بسیاری از مواد مرتبط از قانون نمونه آنسیترال درباره داوری تجاری بین‌المللی، اقتباس شده است (رجوع کنید به UNCITRAL, 2008). البته قانون داوری تجاری استرالیا در بحث ابطال رأی داوری، به جهت ارتباط آن با نظم عمومی و مقررات داخلی، مقررات خاصی دارد که در قانون نمونه نیامده است. در واقع، قانون نمونه از پرداختن به مسایل خاصی که امکان دارد حقوق داخلی کشورها در مورد آنها یکنواخت نباشد، خودداری می‌کند تا اقبال بیشتری برای تدوین و تصویب مقررات آنسیترال در سطح داخلی ایجاد شود.

در حوزه داوری داخلی (اعم از تجاری و غیر آن)، هم در حقوق ایران و هم در حقوق استرالیا، رسیدگی ماهیتی تابع قوانین و مقررات آیین دادرسی مدنی می‌باشد که در هر دو کشور به عنوان قانون داخلی به تصویب رسیده است.

به موجب بند (۲- الف ۲) از ماده ۳۴ قانون داوری تجاری استرالیا، اگر فرایند انتخاب اعضای هیأت داوری به متقاضی ابطال، به درستی ابلاغ نشده باشد یا اینکه او به دلیل دیگری، نتوانسته باشد، ادله و دفاعیات خود را ارایه نماید؛ یکی از جهات ابطال رأی داوری محقق شده است.

این بند، اصل بنیادین تناظر را یادآور می‌سازد که به موجب آن، طرفین باید فرصت برابر و کافی برای طرح ادعاها، اظهارات و دفاعیات خود داشته باشند. بند مذکور، مشابهی در ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م ندارد، اما می‌توان این جهت از ابطال رأی داوری را با بند یک

ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م (رأی صادره مخالف با قوانین موجد حق باشد)، مرتبط دانست. به طور کلی، نقض حق بنیادین دسترسی به دادگستری (دادرسی صحیح)، می‌تواند یکی از جهات ابطال رأی داوری در حقوق استرالیا (Tully, 2016: 673) و حقوق ایران (در قالب نقض قوانین موجد حق) باشد.

مغایرت رأی داوری با نظم و منافع عمومی، یکی دیگر از جهات ابطال رأی داوری می‌باشد که برخلاف حقوق استرالیا (Arthur, 2015: 116) در ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م ایران صریحاً پیش‌بینی نشده، هر چند می‌توان آن را از بند یک این ماده استنباط کرد.<sup>۱</sup> قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، میان مواردی که رأی داوری به درخواست یکی از طرفین قابل ابطال می‌باشد (ماده ۳۲ ق.د.ت.ب) و مواردی که رأی داوری اساساً باطل بوده و غیر قابل اجراست (ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی)، قایل به تفکیک شده است. به موجب ماده ۳۴ ق.د.ت.ب، اگر موضوع طبق قوانین ایران قابل داوری نبوده یا رأی داوری خلاف نظم عمومی، اخلاق حسنه یا قواعد آمره قانون مذکور بوده یا رأی داوری در خصوص اموال غیرمنقول واقع در ایران با قوانین آمره جمهوری اسلامی ایران و یا با مفاد اسناد رسمی معتبر معارض باشد، رأی مذکور اساساً باطل و غیر قابل اجرا خواهد بود. در حقوق استرالیا نیز تعارض توافقنامه داوری یا رأی داوری با نظم عمومی از مواردی است که حسب مورد توافقنامه یا رأی داوری را قابل ابطال می‌سازد (Lucke, 1975, p. 244). آرای متعددی نیز مؤید این رویه می‌باشد (Heyman v Darwins Ltd [1942] AC 356).

وجود چنین تشابهاتی که ناشی از عرفی بودن داوری و نزدیکی عرف تجاری و ساز و کار حل و فصل اختلافات کشورهای مختلف باهمدیگر می‌باشد، این انگیزه را ایجاد کرد که در این مقاله نظام حقوقی ایران در خصوص آثار اعتراض به رأی داوری داخلی

<sup>۱</sup> ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م: « رأی داوری در موارد زیر باطل است و قابلیت اجرایی ندارد: ۱. رأی صادره مخالف با قوانین موجد حق باشد...».



شماره ۳۷۲۰ و شماره ۳۷۲۱/۰۳/۳۰۳/۱۳۲۴ محکمه عالی انتظامی قضات). در این مقاله، آثار اعتراض به رأی داور در شش گفتار به شرح زیر مورد بررسی قرار می‌گیرد: اثر اعتراض به رأی داور یا ابطال آن در اعتبار شرط داوری (گفتار اول)، اثر تعلیقی اعتراض به رأی داور (گفتار دوم)، اثر اعتراض به رأی داور در دعوی ارجاع شده به داوری (گفتار سوم) و اثر انتقالی اعتراض به رأی داوری (گفتار چهارم). تصمیم دادگاه در رسیدگی به اعتراض نسبت به رأی داوری (گفتار پنجم) و اعتراض شخص ثالث به رأی داور (گفتار ششم).

## ۲ اثر اعتراض به رأی داور یا ابطال آن در اعتبار شرط داوری

به موجب بند (۲) از ماده ۳۴ قانون داوری تجاری استرالیا، رأی داوری تنها در صورتی می‌تواند توسط دادگاه کنار گذاشته شود که:

الف) درخواست کننده (متقاضی ابطال)، مدرکی ارائه می‌دهد که-

۱) یکی از طرفین توافقنامه داوری فاقد اهلیت بوده یا این توافقنامه به موجب قانون حاکم بر آن، به دلیل دیگری بی‌اعتبار بوده است.

در این بند، در واقع استقلال شرط داوری از عقد اصلی پذیرفته شده است. چراکه صرفاً جهات بطلان و بی‌اعتباری توافقنامه داوری است که می‌تواند شرط داوری و داوری انجام شده طبق این شرط یا توافقنامه را بی‌اعتبار سازد و علی‌القاعده بطلان یا انفساخ عقد اصلی، تأثیری در اعتبار شرط یا توافقنامه داوری ندارد. این تصریح در قانون استرالیا، برخلاف ظاهر ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی ایران می‌باشد که مقرر می‌دارد: «هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد دادگاه ابتدا به آن رسیدگی و اظهار نظر می‌نماید».

با مطالعه تطبیقی در حقوق استرالیا، مورد بررسی قرار گیرد.

پرسشی که مطرح می‌شود این است که آیا رأی داوری که توسط دادگاه ابطال گردیده، قابلیت اجرایی دارد:

در داوری تجاری بین‌المللی، پاسخ به این سوال، لزوماً منفی نیست. به این معنا که با در نظر گرفتن ماده ۵ و ۶ کنوانسیون نیویورک، اگر رأی داوری در دادگاه کشوری ابطال شده باشد، این امر مانع از آن نیست که دادگاه کشور دیگری، همان رأی داوری را شناسایی کرده و اجرا نماید (ایران‌شاهی، ۱۳۹۳: ۳۷۱؛ جنیدی، ۱۳۸۷).

تحلیلی که ارائه می‌شود این است که امکان دارد دادگاه داخلی کشوری، رأی داوری را برخلاف مقررات کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک (کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری بین‌المللی) ابطال نماید؛ لذا چنین رأیی در واقع باطل نبوده و اجرای آن به معنای اجرای کنوانسیون مذکور می‌باشد، همان‌گونه که ابطال آن مغایر با این عهدنامه صورت گرفته است (اسکندری، ۱۳۸۹: ۳۲).

در حقوق ایران، هرگاه شعبه دادگاهی، رأی داوری را به استناد صدر ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م، غیرقابل اجرا تشخیص داده و از اجرای آن خودداری کند؛ چون این تصمیم دارای اعتبار امر قضاوت شده نیست، این امر مانع از درخواست اجرای آن از شعبه دیگر همان دادگاه نمی‌باشد. زیرا تشخیص قابلیت یا عدم قابلیت اجرایی یک رأی داوری - بفرض که ابطال آن در دادگاه داخلی درخواست نشده یا تقاضا ابطال شده، اما منتهی به ابطال رأی داوری نگشته باشد، امری محمول بر نظر قضایی است و در این مورد، دیدگاه یک دادگاه (شعبه) می‌تواند متفاوت با دادگاه (شعبه) دیگر باشد.

در حقوق ایران و استرالیا، از حیث قابلیت اعتراض به رأی داور، تفاوتی میان حالتی که طرفین به طور مستقیم به داوری مراجعه کرده باشند یا دادگاه دعوا را به داوری ارجاع دهد، وجود ندارد (آرای

استقلال، همانند قضات در مورد داور نیز صدق می‌کند. به همین دلیل ماده ۴۶۹ ق.آ.د.م، مواد ۱۱ و ۱۲ قانون داوری تجاری بین المللی و ماده ۲۳ آیین‌نامه نحوه ارائه خدمات مرکز داوری اتاق ایران، جهات رد داور را مورد بررسی قرار داده‌اند.

باید توجه داشت که اگر داور به جهت یکی از موانع یا محدودیتها در مورد خویش، از قبول داوری در موردی کتباً امتناع کرده باشد، نمی‌تواند در همان مورد یا در خصوص دعوی مرتبط یا متقابلی که طرح می‌شود، قبول داوری نماید (رأی شماره ۱۳۹۲/۰۴/۰۵۹۲۰۴۴۷ شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران). چراکه احتمال خروج این داور از بی‌طرفی زیاد است.

در عین حال، اگر داور در موضوعی سابقاً رأی شکلی صادر کرده یا در قسمتی از موضوع داوری، وارد ماهیت نشده و / یا رأی در ماهیت صادر نکرده باشد، امکان داوری وی وجود دارد. مانند اینکه خریدار، دعوی مطالبه خسارت ناشی از تأخیر در تحویل مبیع را طرح کرده، اما فروشنده، خسارت ناشی از تأخیر در تحویل ثمن را مطالبه نکرده باشد. در این فرض، فروشنده می‌تواند پس از صدور رأی قطعی نسبت به خواسته خریدار، دعوی خویش را نزد داور طرح نماید.

### ۳ اثر تعلیقی اعتراض به رأی داور

مواد ۴۹۰ و ۴۹۱ ق.آ.د.م در بیان اثر اعتراض به رأی داور در اجرا یا توقف اجرای آن نارسا است. این دو ماده به نحوی تدوین شده که صرف اعتراض به رأی داور، اجرای آن را متوقف نمی‌سازد، بلکه صدور رأی بدوی مبنی بر بطلان رأی داور موجب توقف اجرای آن تا قطعی شدن حکم بطلان رأی داور می‌شود.

میان مواد ۴۹۰ و ۴۹۳ ق.آ.د.م تعارض وجود دارد. قسمت اخیر ماده ۴۹۰، به دادگاه اختیار می‌دهد که هرگاه جهات ابطال رأی داوری مذکور در ماده ۴۸۹ را در رأی داوری بیاید، آن را ابطال کند. در این صورت،

در حقوق ایران، به موجب ماده ۴۸۱ ق.آ.د.م، توافقنامه داوری با تراضی کتبی طرفین دعوا یا فوت یا حجر هریک از ایشان از بین می‌رود. در این ماده و مواد دیگر تصریح نشده که آیا اعتراض به رأی داور یا ابطال آن از سوی دادگاه نیز موجب انحلال توافق بر داوری می‌شود یا خیر؟ آیا ابطال تمام یا قسمتی از رأی داور یا تصمیم دادگاه در این خصوص که داور در قسمتی از موضوع داوری رأی صادر نکرده، موجب بی‌اعتباری شرط داوری می‌شود یا آن شرط برای ارجاع مجدد اختلاف به داوری، کماکان اعتبار دارد؟

در پاسخ باید بین دو حالت قایل به تفکیک شد. اول، اگر توافق بر داوری به نحوی باشد که شخصیت داور علت مراجعه به وی باشد، با فوت، حجر یا انصراف وی یا بطلان (قطعی) رأی چنین داوری در دادگاه، توافقنامه داوری منحل می‌گردد. در این فرض، هریک از طرفین می‌تواند در دادگاه صالح نسبت به موضوعی که تحت داوری بوده، طرح دعوا کرده یا طرفین با توافق همدیگر داور یا داوران دیگری تعیین نمایند.

فرض دوم اینکه، طرفین بدون در نظر گرفتن شخصیت داور، اقدام به تعیین داور نموده باشند یا دادگاه تمام یا برخی از داوران را تعیین کرده باشد. در این صورت، با ابطال رأی داور اصولاً توافقنامه داوری اعتبار خود را حفظ کرده و هریک از طرفین می‌تواند فرایند داوری را از نو شروع کند (نظریه مورخ ۱۳۴۳/۰۳/۱۳ کمیسیون مشورتی آیین دادرسی مدنی اداره حقوقی). البته باید توجه داشت که انتخاب داور سابق برای داوری مجدد در همان موضوع به استناد ملاک بند (د) ماده ۹۱ ق.آ.د.م، ممنوع است. زیرا آن داور سابقاً در همان موضوع اظهارنظر (ماهوی) کرده است.

با در نظر گرفتن مواد ۴۶۶، ۴۶۹ و ۴۷۰ ق.آ.د.م در مورد موانع و محدودیتهای انتخاب داور، به نظر می‌رسد که بند (د) ماده ۹۱ ق.آ.د.م نیز در مورد داور صدق می‌کند. در واقع، هرچند این مورد در مواد راجع به موانع و محدودیتهای داوران نیامده، اما مبتنی بر منطق و اصول حقوقی است. زیرا، اصل بی‌طرفی و



اعتراض و صدور حکم قطعی صادر می‌نماید و در صورت اقتضا تأمین مناسب نیز از معترض اخذ خواهد شد».

در داوری تجاری بین‌المللی، این موضوع که رأی داوری از همان تاریخ ابلاغ لازم‌الاجرا می‌باشد یا از زمان رد قطعی درخواست ابطال، وفق ماده پنج عهدنامه شناسایی و اجرای آرای داوری بین‌المللی نیویورک، به قانون کشور محل صدور رأی محول شده است (اسکندری، ۱۳۸۹: ۲۴).

در حقوق استرالیا، اصل بر عدم امکان اجرای رأی داوری در مهلت اعتراض است. برخلاف حقوق ایران که این مهلت، برای اشخاص مقیم ایران، بیست روز و برای اشخاص مقیم خارج دو ماه می‌باشد، مطابق با بند (۶) ماده ۳۴ (الف) قانون داوری تجاری استرالیا، مهلت تجدیدنظرخواهی از رأی داوری، سه ماه از تاریخ ابلاغ رأی داوری به تجدیدنظرخواه است.

با توجه به اشکالات وارد بر ذیل ماده ۴۹۰ و متن ماده ۴۹۱ ق.آ.د.م، باید قبول کرد که تنها ماده مرتبط با اثر تعلیقی اعتراض به رأی داور، ماده ۴۹۳ می‌باشد. به موجب این ماده، صرف اعتراض به رأی داور مانع از اجرای آن نیست، مگر اینکه دلایل اعتراض قوی باشد.

قانون، هیچ معیاری برای «قوی بودن دلایل اعتراض» ارائه نکرده و تشخیص آن با دادگاه رسیدگی کننده به اعتراض بوده و این تشخیص قابل اعتراض نیست. در عمل، دادگاه‌ها به صرف اعتراض به رأی داوری - اگر در مهلت باشد - از صدور اجراییه نسبت به رأی داوری خودداری می‌کنند. زیرا تشخیص قوت یا ضعف دلایل اعتراض، نیازمند رسیدگی ماهوی است. یعنی دادگاه باید به طور خاص رسیدگی کرده و تشخیص بدهد که آیا یکی از جهات اعلام بطلان رأی داور (که از جمله در ماده ۴۸۹ ذکر گردیده)، در مورد رأی داوری مورد اعتراض صدق می‌کند یا خیر؟ امری که زمان‌بر بوده و منوط

اجرای رأی داوری تا رسیدگی به اصل دعوا و قطعی شدن حکم به بطلان، متوقف می‌ماند. حال آنکه وفق ماده ۴۹۳ ق.آ.د.م اصل بر عدم توقف اجرای رأی داوری است، مگر اینکه جهات اعتراض قوی باشد که در این فرض، از معترض تأمین مناسب اخذ شده و اجرا متوقف می‌شود.

این تعارض، منجر به صدور آرای متضاد از محاکم حقوقی نیز گردیده است (رجوع کنید: ابهری، ۱۳۹۶: ۱۵۰) تعارض ظاهری در دو ماده قانونی فوق، از اقتباس ناصحیح از ماده ۶۶۶ قانون قدیم آیین دادرسی مدنی در ق.آ.د.م (مصوب ۱۳۷۹) ناشی شده است. همان‌گونه که به درستی گفته شده (ابهری، ۱۳۹۶: ۱۵۲). «با اصلاح نگارشی و ویراستاری ماده ۴۹۰ قانون آیین دادرسی مدنی ... علاوه بر اینکه این ماده جایگزین مناسبی برای ماده ۶۶۶ سابق خواهد بود، نیازی به وجود ماده ۴۹۱ نخواهد بود؛ زیرا مواد ۴۹۱ و ۴۹۰ قانون آیین دادرسی مدنی در مقام بیان حکمی هستند که در ماده ۶۶۶ قانون آیین دادرسی مدنی سابق، مقرر شده بود». (ابهری، ۱۳۹۶: ۱۵۲).

با وجود ابهام در مواد فوق، به نظر می‌رسد عبارت «تا رسیدگی به اصل دعوا و قطعی شدن حکم به بطلان» در آخر ماده ۴۹۰ ق.آ.د.م، بر این امر دلالت دارد که صرف اعتراض به رأی داور - در صورتی که داخل در مهلت باشد یا اگر خارج از مهلت است، اگر معترض بتواند یکی از معاذیر قانونی را اثبات کند - موجب توقف اجرای رأی داور می‌شود.

در واقع، مواد ۴۹۰ و ۴۹۱ به درستی بر این امر دلالت دارند که رأی داور تا زمانی که مهلت اعتراض بدان منقضی نشده، قطعی نیست و نباید اجرا شود. در عین حال، ماده ۴۹۳ ق.آ.د.م، با نفی مفاد دو ماده فوق، عبارتی را بیان می‌کند که با اصل قطعی نبودن آرای بدوی و اصل قابل اجرا نبودن آرای غیرقطعی در تعارض است. به موجب ماده ۴۹۳ ق.آ.د.م، «اعتراض به رأی داور مانع اجرای آن نیست، مگر آنکه دلایل اعتراض قوی باشد. در این صورت دادگاه قرار توقف (منع) اجرای آن را تا پایان رسیدگی به



## ۴ اثر اعتراض به رأی داور در دعوای ارجاع شده به داوری

تعارض مواد قانونی و ضرورت بررسی بقا یا بی‌اعتباری شرط داوری به ترتیب بررسی می‌شود.

### ۴٫۱ تعارض مواد قانونی در مورد اثر اعتراض به رأی داور

متن ماده ۴۹۳ نشان می‌دهد که ذیل ماده ۴۹۰ و ماده ۴۹۱ ق.آ.د.م، به دقت تنظیم نشده است. چراکه دو ماده اخیر درصدد بیان این امر هستند که هرگاه در جریان رسیدگی به دعوایی، دادگاه وجود شرط داوری را در آن احراز نماید، با توقف رسیدگی، دعوا را به داوری ارجاع می‌دهد. در این فرض، اگر رأی داور صادر شده و نسبت به آن اعتراض شود، دادگاه ابتدا به اعتراض و سپس در صورت وارد دانستن اعتراض و نقض رأی داوری، به اصل دعوا (همان دعوایی که به داوری ارجاع شده بود) نیز رسیدگی می‌کند.

در ذیل ماده ۴۹۰ مقرر شده که به صرف صدور حکم (بدوی) بر بطلان رأی داوری، اجرای رأی داوری تا «رسیدگی به اصل دعوا و قطعی شدن حکم به بطلان» متوقف می‌شود. در واقع ماده ۴۹۰ فرض کرده که با صدور رأی بدوی بر بطلان رأی داوری، رسیدگی به اصل دعوا (همان دعوایی که از طریق دادگاه به داوری ارجاع شده) نیز مجدد آغاز می‌شود و دادگاه منتظر قطعی شدن حکم بطلان رأی داور نمی‌ماند.

در حالی که در ماده ۴۹۱ مقرر شده که رسیدگی به دعوای اصلی در دادگاه ارجاع‌کننده دعوا به داوری «تا قطعی شدن حکم بطلان رأی داور متوقف می‌ماند». در این ماده، قانونگذار فرض کرده که رسیدگی به دعوای ارجاع شده به داوری تا قطعی

کردن توقف اجرای رأی داوری به این حد از بررسی ماهوی، منطقی نیست.

توقف اجرای رأی داوری تا صدور رأی قطعی نسبت به اعتراض ادامه می‌یابد. در صورتی که نتیجه اعتراض، رأی قطعی مبنی بر اعلام بطلان رأی داوری باشد، اجرای آن رأی سالبه به انتفای موضوع می‌شود و اگر رأی داوری مورد اعتراض به موجب رأی قطعی تأیید شود، محکوم‌له می‌تواند اجرای آن را درخواست کند.

به موجب ذیل ماده ۴۹۳، دادگاهی که اجرای رأی داوری را متوقف می‌سازد، می‌تواند در صورت صلاحدید از معترض به رأی داوری، تأمین مناسب بگیرد. به قرینه بند (د) ماده ۱۰۸ و تبصره (۲) ماده ۳۰۶ ق.آ.د.م<sup>۱</sup>، تأمین می‌تواند وجه نقد یا مال دیگری باشد که نوع و میزان آن را دادگاه مشخص می‌کند و تصمیم دادگاه در این مورد قابل اعتراض نیست.

در سکوت ماده ۴۹۳ باید چنین استنتاج کرد که با توجه به قواعد عمومی و از جمله ملاک ذیل مواد ۱۰۹ و ۱۴۷ ق.آ.د.م، دادگاه باید با تعیین نوع و میزان تأمین، برای سپردن آن از سوی معترض به رأی داوری مهلت تعیین کند و اگر معترض در آن مهلت تأمین نسیپارد، قرار رد درخواست اعتراض به رأی داوری صادر گردد. این قرار قابل اعتراض نیست؛ چون در زمره قرارهای قابل اعتراض موضوع مواد ۳۳۲، ۳۶۷ و ۳۶۸ ق.آ.د.م نمی‌باشد و اعتراض به قرار رد درخواست در قانون پیش‌بینی نشده است. باید توجه داشت که تصمیم دادگاه در مورد اصل گرفتن یا نگرفتن تأمین و نیز بر فرض تصمیم بر گرفتن تأمین، نوع و میزان و مهلت سپردن تأمین، اقدام صلاحیدیدی بوده و قابل اعتراض نمی‌باشد.

تبصره (۲) ماده ۳۰۶ مبین آن است که منظور از تأمین، «مال» است و شامل «ضمانت شخصی» نمی‌شود.

<sup>۱</sup> بند (د) ماده ۱۰۸ نشان می‌دهد که هرگاه منظور قانون از تأمین، «وجه نقد» باشد، قانونگذار به آن تصریح می‌کند و



رأیی باید صادر کند؟ به عبارت دیگر، با صدور رأی داور و قطعی شدن آن به هر دلیل (عدم اعتراض در مهلت یا تأیید رأی در دادگاه بدوی و تجدیدنظر)، موجبی برای رسیدگی دادگاه ارجاع‌کننده دعوا به داور باقی نمی‌ماند. این در حالی است که قرار اناطه مخصوص حالتی است که رسیدگی به دعوی منوط به رسیدگی به دعوی دیگری باشد که از صلاحیت دادگاه رسیدگی‌کننده به دعوی اول (دعوی منوط) خارج است (ماده ۱۹ ق.آ.د.م و ماده ۲۱ ق.آ.د.ک).

تحلیل اخیر نیز نشان می‌دهد که ذیل ماده ۴۹۰ و متن ماده ۴۹۱ کاملاً اشتباه هستند و با وجود ماده ۴۹۳ نیازی به وجود این مواد نبوده است. به علاوه، تبصره ماده ۴۹۱ کاملاً زاید به نظر می‌رسد. زیرا، هرگاه دادگاه متوجه شرط داور شود، نسبت به دعوا قرار عدم استماع صادر می‌کند و طرفین باید در راستای عمل به شرط قراردادی به داور رجوع کنند. در این حالت، هرگاه قسمتی از خواسته خارج از شرط داور باشد، دادگاه به آن رسیدگی کرده و اگر رسیدگی به آن منوط به تعیین تکلیف در قسمت قابل داور باشد، دادگاه رسیدگی را فقط نسبت به همان قسمت متوقف می‌کند.

## ۴،۲ ضرورت بررسی بقا یا بی‌اعتباری شرط داور پس از اعتراض به رأی داور

اعتراض به رأی داور موضوعی است که به موجب آن اعتبار رأی داور و نیز ابطال‌پذیری آن به آزمون گذاشته می‌شود (ایران‌شاهی، ۱۳۹۳: ۳۴۹).

این دیدگاه که «پس از ابطال رأی داور از سوی دادگاه، رسیدگی به موضوع از صلاحیت داور خارج و در صلاحیت دادگاه است» (رأی شماره ۱۳۹۲/۰۴/۲۲-۹۲۰۴۶۸ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران)؛ لزوماً درست نیست. چراکه اعتراض به رأی داور یا ابطال آن همیشه به معنای ابطال شرط داور نمی‌باشد و چه بسا شرط داور اعتبار داشته یا مهلت داور باقی باشد. در این صورت

شدن رأی راجع به اعتراض به رأی داور، در دادگاه رسیدگی‌کننده به اعتراض آغاز نمی‌شود.

به عبارت دیگر، ذیل ماده ۴۹۰ و ماده ۴۹۱ ق.آ.د.م با یکدیگر تعارض دارند. در تعارض میان این دو مقرر غیرمنطقی، ماده ۴۹۱ منطقی‌تر است؛ زیرا تا زمان تعیین تکلیف قطعی نسبت به اعتراض به رأی داور، دادگاه نمی‌تواند به دعوی ارجاع شده به داور رسیدگی کند؛ چه بسا رأی بدوی بر ابطال رأی داور در دادگاه تجدیدنظر شکسته شود که در این صورت رأی داور به اعتبار خود باقی بوده و رسیدگی بدوی نسبت به دعوی که راجع به آن رأی داور صادر و در دادگاه تجدیدنظر قطعی شده، محمل قانونی نخواهد داشت.

در نگاهی عمیق‌تر، می‌توان گفت که فرضیه هر دو ماده در این خصوص که با نقض رأی داور، دادگاه ارجاع‌کننده به داور، به همان دعوا رسیدگی می‌کند، صحیح نیست. در واقع ذیل ماده ۴۹۰ و متن ماده ۴۹۱، با در نظر گرفتن تبصره ماده ۴۹۱ بر این امر دلالت دارد که حالتی که دعوا از طریق دادگاه به داور ارجاع شده باشد، رسیدگی مجدد به همان دعوا در فرض اعلام بطلان رأی داور در دادگاه، نیازمند تقدیم دادخواست نیست و با همان دادخواست اولیه، دادگاه مکلف به رسیدگی به اصل دعوا می‌باشد.

این فرضیه در صورتی صحیح است که قبول کنیم اگر دعوی در دادگاه طرح شد و دادگاه وجود شرط داور را در رابطه همه اصحاب دعوا احراز نمود و مانعی برای داور ملاحظه نکرد، باید رسیدگی خود را متوقف و موضوع را به داور ارجاع نماید. به عبارت دیگر، دادگاه در این فرض باید قرار اناطه صادر کند و تا صدور رأی داور و قطعی شدن آن رأی منتظر بماند.

پذیرش این فرضیه، این پرسش را پیش می‌آورد که پس از صدور رأی داور و قطعی شدن آن، دادگاهی که دعوا را به داور ارجاع داده، راجع به دعوی که نسبت به آن قرار اناطه صادر کرده، چه

ورود در ماهیت را نداشته و صرفاً تحقق یا عدم تحقق هر یک از جهات مقرر در ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م را در خصوص رأی داورى مورد اعتراض بررسی می‌کند («دادگاه نمی‌تواند در مقام رسیدگی به دعوی ابطال رأی داور، امور ماهوی را بررسی نماید، زیرا این موضوعات در صلاحیت داور است» - رأی شماره ۱۳۹۳/۰۵/۱۲۹۳۰۵۶۳ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران).

در این دیدگاه استدلال می‌شود که «اصل بر اعتبار رأی داورى است و دادگاه‌ها به جز موارد مصرح در قانون آیین دادرسی مدنی حق ورود در موضوع داورى را نداشته و نمی‌توانند رسیدگی ماهوی نمایند. وقتی طرفین قرارداد حل اختلاف ناشی از تفسیر یا اجرای قرارداد را به داورى ارجاع می‌نمایند، در حقیقت نخواستند محاکم در موضوع مداخله کنند و احترام به اراده متعاملین ایجاب می‌نماید که دادگاه در چارچوب قانون رفتار نموده و این امر را به رسمیت بشناسد. زیرا ... مداخله محاکم در موضوع، محدود به جایی است که بر اساس قواعد آمره قانونگذار اجازه ورود داده است، در غیر این صورت ورود به حریم اراده طرفین قرارداد تلقی شده و هیچ توجیه قانونی ندارد و اگر داور بنا به خواسته متعاقدين مبادرت به صدور رأی هرچند ناعادلانه به زعم هر یک از طرفین نماید، دلالت بر نقض قواعد موجد حق ندارد؛ زیرا اراده طرفین به حل اختلاف توسط داور بوده، نه محکمه. مضافاً اینکه رأی داور لزوماً همیشه قابل اجرا نیست و بعضاً به لحاظ موانع قانونی قابلیت اجرایی خود را از دست می‌دهد، اما آنچه مسلم است اصل بر اعتبار رأی داور می‌باشد، مگر مواردی که قانون‌گذار تصریح نموده ... است» (رأی شماره ۱۳۹۱/۰۶/۰۵۹۱۰۶۸۶ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران).

در رأی دیگری استدلال شده: «مستفاد از ماده ۴۹۱ و تبصره آن و روح ماده ۴۸۸ ق.آ.د.م، هدف از ارجاع اختلاف به داورى، رسیدگی دادگاه به درخواست ابطال رأی داور، رسیدگی ماهوی به اختلافات نمی‌باشد ... رسیدگی دادگاه از جهت

هریک از طرفین باید به جهت اعتبار شرط داورى، رسیدگی به دعوای خود را از طریق داورى درخواست کنند و با وجود اعتبار شرط داورى، امکان مراجعه به دادگاه وجود ندارد. همان‌گونه که گفته شد، برخلاف حقوق ایران، در بند (۲) از ماده ۳۴ قانون داورى تجاری استرالیا صراحتاً اصل استقلال شرط داورى از عقد اصلی پذیرفته شده است.

اگر رأی داور به موجب رأی قطعی دادگاه ابطال گردد، شروع به رسیدگی به دعوای موضوع داورى در دادگاه صالح نیازمند تقدیم دادخواست است. در این راستا، تفاوتی در اینکه ارجاع به داورى از طریق دادگاه بوده یا طرفین رأساً به داورى مراجعه کرده‌اند، وجود ندارد. البته به شرطی که خواسته موضوع داورى با قطعی شدن رأی بر اعلام بطلان رأی داور، منتفی نشده و مشمول قاعده اعتبار امر قضاوت‌شده نگردد.

برای مثال، پیمانکار به استناد شرط داورى مندرج در قرارداد، ادعای طلبی از کارفرما را طرح و داور، کارفرما را به پرداخت مبلغ دویست میلیون تومان محکوم می‌نماید. پس از اعتراض کارفرما به این رأی، دادگاه رسیدگی نموده و به استناد اسناد و مدارک ارایه شده، رأی داور را خلاف قوانین موجد حق تشخیص داده و پیمانکار را مستحق هیچ مبلغی تشخیص نمی‌دهد. در این فرض بدیهی است که اگر پیمانکار، همان دعوا را علیه کارفرما در دادگاه صالح طرح کند، رسیدگی ماهوی انجام می‌گیرد و به استناد رسیدگی منتهی به اعلام بطلان رأی داور، قرار رد یا عدم استماع دعوا صادر می‌گردد.

در حقوق استرالیا، بقای شرط داورى، حتی بر فرض ابطال تمام یا قسمتی از رأی داورى، مورد تردید نمی‌باشد (Nottage, 2018: 410).

## ۵ اثر انتقالی اعتراض به رأی داورى

در مورد اینکه آیا اعتراض به رأی داورى، اثر انتقالی دارد یا خیر، دیدگاه غالب این است که دادگاه حق



۳. تعرض به ادله‌ای که در مرحله داورى ارایه شده‌اند، در مرحله رسیدگی به اعتراض نسبت به رأی مسموع نیست. زیرا مواد ۲۱۷ و ۲۱۹ ق.آ.د.م برای انکار، تردید یا ادعای جعل نسبت به سند مهلت تعیین کرده و قاعدتاً تعرض پس از آن مهلت نباید مسموع باشد. مگر اینکه معترض به رأی داورى اثبات کند که این تعرض را انجام داده، اما داور بدان توجه نکرده است. بدیهی است که به قرینه ماده ۲۱۷، تعرض به ادله‌ای که در مرحله اعتراض به رأی داورى ارایه می‌شود، در همان مرحله امکان‌پذیر است.

۴. دادگاه در مقام رسیدگی به اعتراض می‌تواند تشکیل جلسه داده و مجدداً به ادله و مستندات منتهی به رأی داورى رسیدگی کند. در واقع، رسیدگی به اعتراض نسبت به رأی داورى، همانند رسیدگی دادگاه تجدیدنظر نسبت به تجدیدنظرخواهی بوده و یک رسیدگی همه‌جانبه - البته با محدودیتهای که گفته شد - محسوب می‌گردد. در این نوع از رسیدگی، دادگاه علی‌القاعده نمی‌تواند یکی از قراردادهای اعدادی (کارشناسی، تحقیقات و معاینه محل و...) را صادر نماید؛<sup>۱</sup> مگر اینکه مورد، احتمال صدق یکی از جهات ابطال رأی داورى وجود داشته باشد که در این صورت می‌تواند برای کشف حقیقت، چنین اقدامی را انجام داده یا از مراجع ذیصلاح استعلام نماید (افتخارچهرمی و السان، ۱۳۹۹: ۴۶۶).

۵. با توجه به ماده ۴۸۹، دادگاه در مقام رسیدگی به اعتراض نسبت به رأی داورى، به این موضوع رسیدگی می‌کند که آیا یکی از جهات ابطال رأی مذکور وجود دارد یا خیر. در صورت وجود، دادگاه بسته به نوع جهت، تمام یا قسمتی از رأی داورى را ابطال و در غیر این صورت رأی را تأیید می‌نماید. به قرینه تبصره ماده ۳۴۸ ق.آ.د.م، دادگاه در این رسیدگی محدود به جهتی نیست که از سوی معترض اعلام گردیده و با توجه به صدر ماده ۴۸۹

بررسی رعایت یا عدم رعایت امور حکمی می‌باشد و نه امور موضوعی؛ چراکه رسیدگی در امور موضوعی اختلاف، در حقیقت رسیدگی ماهوی می‌باشد که دادگاه بر مبنای اصل عدم مداخله دادگاه در رأی داورى، ممنوع از آن می‌باشد» (رأی شماره ۱۳۹۸/۰۶/۰۶۹۸۰۶۷۱ شعبه ۲۹ دادگاه حقوقی تبریز).

با در نظر گرفتن استدلال‌های فوق و به دلایل متعدد، اعتراض به رأی داورى اثر انتقالی محدودی دارد. بدین معنا که در مقام رسیدگی به این اعتراض، تمام امور حکمی و موضوعی به مرحله بعد از اعتراض انتقال نمی‌یابد و دادگاه نمی‌تواند رسیدگی همه‌جانبه‌ای را به لحاظ شکلی و ماهوی انجام دهد. بنابراین:

۱. در رسیدگی به اعتراض، ورود یا جلب شخص ثالث امکان‌پذیر نیست. زیرا داورى تنها محدود به اشخاصی است که بر آن توافق کرده‌اند و نمی‌توان اشخاص ثالث را مجبور به توافق بر رسیدگی داورى کرد. به علاوه، شخص ثالث نیز اگر راضی به فرایند داورى به همراه اصحاب اصلی باشد، باید با آنها در این خصوص توافق کرده و در جریان داورى (تا زمانی که ختم رسیدگی داورى اعلام نشده)، وارد شود و ورود وی در مرحله اعتراض به رأی داورى محمل قانونی ندارد؛ ماده ۴۹۵ ق.آ.د.م، نیز این استدلال را تأیید می‌کند.

۲. دلیل جدید در مرحله اعتراض به رأی داورى شنیده می‌شود. زیرا هیچ یک از اصحاب دعوا را نمی‌توان از حقوقی که در یک دادرسی متعارف دارند، محروم کرد. همان‌گونه که در مقطع تجدیدنظر از رأی دادگاه بدوی دلیل جدید قابل ارایه می‌باشد، در رسیدگی به اعتراض نسبت به رأی داورى نیز این حق باید برای هریک از اصحاب دعوا شناخته شود.

ماهوی، مطابق با موازین حاکم بر داورى نیست؛ (رأی شماره ۱۳۹۷/۰۴/۱۰۹۲۰۳۹۷ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران).

<sup>۱</sup> «دادگاه در صورت اعتراض به رأی داورى، صلاحیت ورود در ماهیت رأی داورى قطع نظر از ظالمانه بودن یا عادلانه بودن آن ندارد؛ بنابراین ارجاع امر به کارشناس جهت بررسی مسایل

پیش‌بینی چنین اختیاراتی برای دادگاه در قانون استرالیا، به خودی خود دادگاه را در تمسک به لوازم این اختیارات نیز مجاز می‌سازد (Holmes & Brown, 2016, p. 615).

## ۶. حدود مداخله دادگاه در رأی داور

در حقوق ایران و استرالیا، در صورتی که نسبت به رأی داور اعتراض شود، بسته به زمان اعتراض و نیز نوع و شرایط رأی داور، ممکن است تصمیمات مختلفی از سوی دادگاه صادر گردد. این تصمیم می‌تواند شکلی یا ماهوی باشد. طبق بند (۱۰) ماده ۳۴ (الف) قانون داور تجاری استرالیا، در مقام رسیدگی به تجدیدنظرخواهی از رأی داور، دادگاه می‌تواند هر رأیی که مقتضی بداند، صادر کند. در مجموع - برخلاف حقوق ایران - حقوق استرالیا می‌کوشد تا از ابطال رأی داور تا حد امکان خودداری کرده و از ساز و کارهایی مانند اصلاح رأی، رفع نقص و رسیدگی دوباره استفاده کند (Monichino, Nottage & Hu, 2012: 207).

با گذر زمان و اقبال بیشتر به داور و کاستن ناگزیر دولتها از میزان مداخله خود در امور خصوصی مردم و از جمله داور، ... امروزه ... انتظار از دادگاه، پشتیبانی و حمایت از جریان داور است. «واقعیت این است که در رویه قضایی معمولاً تمایلی به نظارت کامل در مرحله اجرا نیست و دادگاهها عموماً به یک بازرسی ساده شکلی بسنده می‌کنند و با اعتماد به ظاهر ماده ۴۸۸ قانون آیین دادرسی مدنی، با درخواست دادبرده، دستور اجرای رأی را می‌دهند و نظارت گسترده‌تر را به طرح دعوی ابطال از سوی دادباخته می‌سپارند» (کیا و دیگران، ۱۴۰۰: ۱۵۳، ۱۵۴).

در حقوق استرالیا به موجب رأی دادگاه عالی استرالیایی غربی در پرونده (Venetian Nominees Pty Ltd v Weatherford Australia Pty Ltd WASC 137 [2021])، قاعده «حمایت حداکثری از

باید سایر جهات اعلام بطلان رأی داور را نیز بررسی کند.

۶. با ابطال رأی داور، شرط رجوع به داور باطل نمی‌شود، مگر اینکه جهت ابطال، بند (۷) ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م باشد. این بدان معناست که اگر موافقتنامه یا شرط داور ابطال نگردد، اصحاب داور برای رسیدگی و حل و فصل اختلافات فیما بین، در حدودی که توافقنامه داور وجود دارد، باید به داور مراجعه کنند و در صورت مراجعه به دادگاه قرار عدم استماع دعوا صادر می‌شود، مگر اینکه ذینفع اثبات کند که مهلت داور منقضی شده است.

۷. در مقام رسیدگی به اعتراض نسبت به رأی داور، دعوی جدید (اعم از دعوی متقابل یا اضافی) شنیده نمی‌شود. همان‌گونه که در تجدیدنظرخواهی از رأی بدوی نیز چنین ادعاهایی مسموع نیست (ماده ۳۶۲ ق.آ.د.م). در عین حال، مطالبه خسارات دادرسی ناشی از داور در دادگاهی که به اعتراض رسیدگی می‌کند، به استناد بند (۲) ماده ۳۶۲ و ماده ۵۱۹ امکان‌پذیر است؛ در این صورت دادگاه باید همراه با رسیدگی به اعتراض، به این مطالبات نیز رسیدگی کند.

در حقوق استرالیا، اعتراض به رأی داور یا تجدیدنظرخواهی نسبت به آن، اثر انتقالی وسیعی دارد. به نحوی که به موجب بند (۷) ماده ۳۴ (الف) قانون داور تجاری استرالیا، در مقام رسیدگی به عنوان مرجع تجدیدنظر، دادگاه یکی از اقدامات زیر را انجام می‌دهد:

الف. رأی داور معترض‌عنه را تأیید می‌کند.

ب. رأی داور معترض‌عنه را تغییر می‌دهد.

ج. رأی داور را به همراه نظریه دادگاه جهت رسیدگی مجدد (بر اساس امر حکمی مدنظر دادگاه) به همان داور قبلی برمی‌گرداند یا اگر داور جدیدی انتخاب شده، به وی ارجاع می‌نماید.

د. رأی داور را به طور کلی یا جزئی ابطال می‌کند.



قسمت (ب) از بند (۲) ماده ۳۴ قانون داوری تجاری استرالیا، به اختیار دادگاه در ابطال رأی داوری در موارد زیر تصریح دارد:

۱) موضوع اختلاف، مطابق با قانون حاکم غیرقابل داوری باشد.

۲) رأی داوری برخلاف نظم عمومی صادر شده باشد.

این بند نشان می‌دهد که قانون استرالیا میان ابطال رأی داوری به درخواست یکی از اصحاب داوری (محکوم‌علیه) و ابطال آن (رأساً) توسط مرجع قضایی قایل به تفکیک شده است. تفکیکی که در همه نظام‌های حقوقی ضرورت دارد؛ اما ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی از پس آن برنیامده است. در صدر این ماده تصریح شده: «رأی داوری در موارد زیر باطل است و قابلیت اجرایی ندارد». در حالی که در ماده ۴۸۴ همان قانون، برای اعتراض به رأی داوری، مهلت تعیین شده و رویه قضایی در برابر عدم شناسایی رأی داوری - علی‌رغم اعتراض نکردن محکوم‌علیه، در فرضی که مغایر قوانین آمره باشد - مقاومت کرده و برخی از محاکم این عمل را مشمول سکوت قانون و خارج از حیطه اختیار دادگستری می‌دانند (رجوع کنید: السان، نجفی‌زاده و مولایی، ۱۴۰۰: ۵؛ موسوی، ۱۳۹۵: ۲۱۷).

دوم. در صورتی که درخواست ابطال رأی داور، نقص داشته باشد؛ مانند اینکه نشانی محکوم‌له رأی داوری در آن نوشته نشده یا محکوم‌له در نشانی اعلامی یافت نشود، چاره‌ای جز اخطار رفع نقص به معترض (محکوم‌علیه رأی داوری) بر اساس ماده ۵۴ ق.آ.د.م، وجود ندارد.

موردی است که ابلاغ رأی داور موافق قوانین صورت گرفته باشد؛ (رأی شماره ۱۳۹۲/۰۴/۰۹۹۲۰۴۴۶ شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران). از این رو، با لحاظ ملاک تبصره (۳) ماده ۳۳۹ ق.آ.د.م، ذینفع می‌تواند به قرار رد درخواست ابطال رأی داور که مبتنی بر ابلاغ غیرقانونی آن رأی صادر شده، اعتراض کند؛ حتی اگر دادگاه بدوی آن قرار را قطعی اعلام کرده باشد.

رأی داوری و دخالت حداقلی دادگاه در روند داوری<sup>۱</sup>، مورد تأکید دوباره قرار گرفته است. در این پرونده، به دلیل محدودیتهای ناشی از بیماری کرونا، جلسات داوری به صورت تلفنی ظرف دو روز برگزار گردید؛ هرچند که تبادل کتبی لوایح و مستندات نیز صورت گرفت. بازنده دعوا (Venetian) به این روند معترض بود؛ اما دادگاه عالی، ادعای وی را واجد هیچ‌یک از جهات ابطال رأی داوری نشناخت و رأی مذکور، تأیید گردید.

به هر حال، در حقوق دو کشور ایران و استرالیا، فروضی که در عمل پیش می‌آید به شرح زیر بررسی می‌شود.

اول. به موجب ماده ۴۹۲، «در صورتی که درخواست ابطال رأی داور خارج از موعد مقرر باشد، دادگاه قرار رد درخواست را صادر می‌نماید. این قرار قطعی است». پیش از صدور این قرار، دادگاه باید احراز کند که رأی داوری به طور صحیح به معترض ابلاغ گردیده است.<sup>۲</sup> علت قطعی بودن این قرار آن است که اعتراض به قرار رد درخواست در قانون پیش‌بینی نشده است. چنانکه بررسی شد، صدور این قرار مانع از آن نیست که اگر رأی داوری آشکار برخلاف قوانین آمره و یکی از جهات مذکور در ماده ۴۸۹ به استثنای جهت شماره (۴)، صدور و تسلیم رأی داور پس از انقضای مهلت داوری بود، دادگاه از اجرای آن خودداری نماید.

مطابق با بند (۳) ماده ۳۴ قانون داوری تجاری استرالیا، مهلت درخواست ابطال رأی داوری، سه ماه از تاریخ دریافت آن رأی توسط متقاضی ابطال است.

<sup>۱</sup> Maximum arbitral support, minimum curial intervention

<sup>۲</sup> هرگاه ابلاغ رأی داوری به شیوه ای باشد که منطقیاً امکان‌پذیر نیست. هرچند طرفین از قبل بر آن شیوه توافق کرده باشند. مانند ابلاغ از طریق پیامک؛ دادگاه نمی‌تواند آن ابلاغ را صحیح دانسته و مبنای محاسبه مهلت اعتراض قرار دهد. در واقع، هرچند ابلاغ واقعی رأی داوری شرط صحت ابلاغ آن نمی‌باشد، اما «قطعی بودن قرار رد درخواست ابطال رأی داور، مربوط به

ششم. در صورتی که دادگاه، اعتراض به عمل آمده را در ماهیت رأی داورى وارد تشخیص دهد، آن را نقض می‌کند. به دلالت تبصره ماده ۴۹۱، پس از نقض (اعلام بطلان) رأی داورى، دادگاه نمی‌تواند وارد ماهیت شده و در خصوص موضوعی که مورد رسیدگی داورى قرار گرفته (خواسته داورى)، اتخاذ تصمیم نماید. چراکه این حد از رسیدگی دو پیش‌شرط مهم دارد: اول اینکه، توافقنامه داورى بی‌اعتبار شده یا مهلت داورى منقضی گشته باشد. دوم اینکه، ذینفع، با تقدیم دادخواست و رعایت تمام تشریفات مقرر در ق.آ.د.م طرح دعوا کرده باشد.

به هر حال، رأیی که در مقام رسیدگی به اعتراض به رأی داورى صادر می‌گردد، جز در موردی که به صورت قرار رد درخواست باشد، در دادگاه تجدیدنظر استان قابل اعتراض است (رأی شماره ۱۳۱۸/۰۷/۲۶۲۸۴۷ محکمه عالی انتظامی قضاات و آرای شماره ۳۷۲۰ و شماره ۱۳۲۴/۰۳/۳۰۳۷۲۱ محکمه عالی انتظامی قضاات). همچنین اگر خواسته داورى یکی از موارد مذکور در مواد ۳۶۷ و ۳۶۸ ق.آ.د.م باشد، حسب مورد رأی داورى یا رأی دادگاه در خصوص اعتراض به رأی داورى، در مهلت قانونی قابل فرجام نیز خواهد بود.

به موجب بند (۸) ماده ۳۴ (الف) قانون داورى تجاری استرالیا، دادگاه زمانی می‌تواند رأی داورى را به طور کلی یا جزئی ابطال نماید که در خصوص نامناسب بودن عودت رأی به داور جهت رسیدگی مجدد و تکمیل، قانع شده باشد.

هفتم. در حقوق استرالیا، امکان اصلاح رأی داورى یا کاستن از جهات ابطال آن پیش‌بینی شده است. مقرره‌ای که معادلی برای آن در حقوق ایران وجود ندارد. مطابق با بند (۴) ماده ۳۴ قانون داورى تجاری استرالیا، دادگاهی که از آن درخواست ابطال شده، می‌تواند رسیدگی به این درخواست را در مهلتی که به هیأت داورى برای اصلاح رأی خود یا کاستن از جهات ابطال می‌دهد، معلق سازد.

باید توجه داشت که معترض باید محکوم‌له رأی داورى را خوانده اعتراض خویش قرار دهد و اگر اشتبهاً داور خوانده اعتراض باشد، چون دعوای اعتراض متوجه داور نمی‌باشد، قرار عدم استماع درخواست اعتراض به رأی داور صادر می‌شود و این قرار به قرینه ماده ۴۹۲ ق.آ.د.م قطعی است.

سوم. اگر اعتراض به رأی داور در دادگاهی که صلاحیت ذاتی یا محلی ندارد طرح شود، آن دادگاه باید با اعمال ماده ۲۷، قرار عدم صلاحیت صادر کرده و آن را به دادگاه صالح ارسال نماید.

چهارم. هرگاه اعتراض نسبت به قسمتی از رأی داور باشد - نظیر آنچه که در بندهای (۲) و (۳) ماده ۴۸۹ آمده - و دادگاه اعتراض را وارد بداند، دادگاه تنها آن قسمت از رأی را نقض و باقی رأی را تأیید می‌کند (ملاک قسمت دوم ماده ۴۳۸ ق.آ.د.م). مانند اینکه در دعوایی به خواسته رفع تصرف عدوانی، داور علاوه بر این خواسته، خوانده را به پرداخت اجرت‌المثل ایام تصرف عدوانی نیز محکوم نماید.

ووفق بند (۲ - الف ۳) از ماده ۳۴ قانون داورى تجاری استرالیا، یکی از جهات درخواست ابطال رأی داورى توسط محکوم‌علیه این است که رأی در خصوص موضوعی باشد که جزء داورى نبوده و شرط داورى، شامل آن نمی‌گردد. یا اینکه رأی داورى خارج از حدود اختیارات داور صادر گردیده باشد. هرگاه آنچه که در حدود اختیارات داور می‌باشد، از آنچه که خارج از حدود اختیارات داور است، قابل تجزیه باشد، فقط قسمتی که خارج از حدود است ابطال خواهد شد و قسمت دیگر رأی اعتبار خواهد داشت.

پنجم. اگر دادگاه اعتراض به عمل آمده را مشمول هیچ یک از جهات ابطال رأی داور تشخیص ندهد، با رد اعتراض، رأی داورى را تأیید می‌کند (رأی شماره ۱۳۷۰/۱۲/۲۱۶۸۱ شعبه ۱۳ دیوان عالی کشور). این تأیید باید حتماً در قالب «حکم» باشد تا نشان دهد که دادگاه پس از رسیدگی ماهوی رأی داور را تأیید کرده و پس از قطعیت، اعتبار امر قضاوت‌شده داشته باشد.



کسانی که خود یا نماینده آنان در تعیین داور شرکت نداشته‌اند، می‌توانند به عنوان ثالث اعتراض کنند».

مرجع رسیدگی به اعتراض ثالث نسبت به رأی داور، به طور قطع، داور صادرکننده رأی نیست. زیرا تمام فرایند داوری و نتیجه آن محصول توافق طرفین می‌باشد و داور ذاتاً صلاحیت رسیدگی به اعتراض ثالثی را که راضی به داوری نبوده و بعد از شروع داوری نیز نسبت به آن اعلام موافقت نکرده، ندارد. حتی اگر پس از صدور رأی داوری، ثالث راضی شود که داور به اعتراض وی رسیدگی کند، این رضایت برای رسیدگی به اعتراض کافی نیست. چراکه به قرینه ماده ۴۲۰ ق.آ.د.م، رسیدگی به چنین اعتراضی، مستلزم رضایت طرفهای رأی داوری نسبت به داوری مجدد می‌باشد.

در صورتی که رأی داور در دادگاه مورد اعتراض قرار نگرفته و قطعی شده باشد، مرجع اعتراض ثالث نسبت به آن، حسب مورد دادگاهی است که دعوا را به داوری ارجاع داده یا صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را - در فرض فقدان داوری - داشته است (ماده ۴۶۲ ق.آ.د.م)

هرگاه نسبت به رأی داوری اعتراض شده و این اعتراض در دادگاه رد شده باشد، مرجع اعتراض ثالث اصلی نسبت به رأی داوری، همان شعبه بدوی یا تجدیدنظری است که رأی مبنی بر رد اعتراض به رأی داوری در آنجا قطعی شده است (ملاک ماده ۴۲۰ ق.آ.د.م).

در مورد اعتراض ثالث طاری نسبت به رأی داوری، با توجه به ملاک ماده ۴۲۱ ق.آ.د.م، در فرضی که نسبت به رأی داوری، توسط محکوم‌علیه در دادگاه اعتراض نشده باشد یا اینکه اعتراض شده و این اعتراض در دادگاه بدوی رد شده و رأی بر رد اعتراض در همان مقطع بدوی قطعی شده باشد، رسیدگی به اعتراض ثالث طاری در صلاحیت همان

هشتم، به موجب بند (۲ - الف ۴) از ماده ۳۴ قانون داوری تجاری استرالیا، یکی از جهات درخواست ابطال رأی داوری توسط محکوم‌علیه این است که ترکیب داوران یا تشریفات داوری، برخلاف آنچه طرفین توافق کرده‌اند، باشد. مگر اینکه آن توافق، مغایر قوانین آمره‌ای باشد که از جانب طرفین یا داور قابل عدول نیست.

بند (۹) ماده ۳۴ (الف) قانون داوری تجاری استرالیا، تصریح دارد که هرگاه پس از اعتراض به رأی داوری، دادگاه رسیدگی مجدد و صدور رأی اصلاحی از جانب داور را مقرر کرده باشد، داور باید ظرف سه ماه از تاریخ دستور دادگاه، چنین رأیی را صادر نماید.

## ۷ اعتراض شخص ثالث نسبت به رأی داور

همان‌گونه که حکم دادگاه ممکن است به زیان ثالث صادر شود، رأی داوری نیز می‌تواند در ماهیت به زیان شخص ثالث باشد. مانند اینکه شخص بنا بر شرط داوری علیه دیگری دعوی مالکیت مال یا ملک معینی طرح می‌کند و رأی داوری به نفع وی صادر و قطعی می‌شود؛ در این فرض، ثالثی که مدعی مالکیت بر آن است، می‌تواند وفق مواد ۴۱۷ و ۴۱۸ ق.آ.د.م و ماده ۴۴ ق.ا.ا.م، به رأی داور به عنوان شخص ثالث اعتراض کند

طبق ماده ۴۹۵ ق.آ.د.م «رأی داور فقط درباره طرفین دعوا و اشخاصی که دخالت و شرکت در تعیین داور داشته‌اند و قایم‌مقام آنان معتبر است و نسبت به اشخاص دیگر تأثیری نخواهد داشت».<sup>۱</sup> این ماده در مقام بیان یک قاعده ماهوی می‌باشد. زیرا به لحاظ شکلی (آیین دادرسی)، رأی داوری واقعاً ممکن است که در مورد شخص ثالث اثر داشته یا در حقوق ثالث خللی وارد آورد. به همین دلیل، ماده ۴۱۸ ق.آ.د.م مقرر داشته: «نسبت به حکم داور نیز

متضمن شرط داوری مدخلیتی ندارد، متعهد به شرط داوری نیست»؛ (رأی شماره ۷۲۶/۲۹۹۳۰۰۶/۱۳۹۳ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران).

<sup>۱</sup> «با توجه به اینکه قانونگذار در صورت فوت احدی از طرفین قرارداد داوری، امر داوری را قابل تسری به وراث و قایم‌مقام قانونی ندانسته، به طریق اولی شخص ثالثی که در قرارداد



ایران در حال روی دادن است و علاوه بر بی‌اعتمادی به داوری، موجب اطاله دادرسی و هزینه زمانی و مالی برای اصحاب داوری و دادگستری می‌گردد.

در حقوق استرالیا، مطابق با بند (۱۱) ماده ۳۴ (الف) قانون داوری تجاری این کشور، هرگونه تغییری که دادگاه در رأی داوری، به عمل آورد، علی‌القاعده جزئی از رأی داوری محسوب خواهد شد؛ گو اینکه داور چنین رأیی صادر کرده است. بنابراین در حقوق استرالیا، برخلاف ظاهر ماده ۴۹۰ قانون آیین دادرسی مدنی ایران، علاوه بر اختیار دادگاه در ابطال کلی یا جزئی رأی داوری، امکان صدور رأی ماهوی در خصوص موضوع داوری، متعاقب اعتراض به رأی داوری در دادگاه، پیش‌بینی شده است.

استقلال شرط داوری از عقد اصلی، در داوری داخلی هم مانند داوری تجاری بین‌المللی باید مورد پذیرش قرار گیرد. همچنین موضع نظام حقوقی ایران در مورد بقای شرط داوری، حتی در فرض ابطال رأی صادره، باید به طور مشخص و در قالب اصلاح قانون آیین دادرسی مدنی یا تصویب قانون مرتبط با داوری، تبیین گردد. در این راستا، اصلاح ماده ۴۶۱ ق.آ.د.م به شرح زیر پیشنهاد می‌شود:

«در صورتی که در قرارداد طرفین، شرط یا توافقنامه داوری وجود داشته باشد، دعاوی مرتبط با اصل انحلال یا عدم انحلال قرارداد اصلی (اعم از بطلان، فسخ، انفساخ یا اقاله) و نیز آثار این انحلال، قابل داوری می‌باشد؛ مگر اینکه طرفین، حین قرارداد یا پس از آن، هرکدام از این موضوعات را خارج از صلاحیت داور اعلام کرده باشند».

دادگاهی می‌باشد که دعوی که در آن رأی داوری به عنوان دلیل ارایه شده، در صلاحیت آن بوده و در حال رسیدگی است. اما در فرضی که نسبت به رأی داوری توسط محکوم‌علیه اعتراض شده و این اعتراض در دادگاه تجدیدنظر با رأی قطعی رد شده باشد، رسیدگی به اعتراض ثالث طاری به قرینه ماده ۴۲۱ ق.آ.د.م، در صلاحیت همان شعبه از دادگاه تجدیدنظر خواهد بود.

اعتراض شخص ثالث نسبت به رأی داوری، از آن جهت که رأی داوری همانند حکم دادگاه نمی‌تواند در ماهیت به زیان ثالث صادر شود، از حیث شرایط و تشریفات و آثار اعتراض، همانند اعتراض ثالث به رأی دادگاه می‌باشد. به همین دلیل و برای مثال، اگر دادگاه این اعتراض را وارد بداند رأی داوری مورد اعتراض را تنها در حدی که به زیان ثالث بوده و «در حقوق وی خلل وارد می‌آورد»، نقص می‌کند (ماده ۴۲۵ ق.آ.د.م) و رأیی در ماهیت به سود ثالث صادر نمی‌گردد. زیرا اگر ثالث مدعی حق مستقلی می‌باشد، خود باید دعوای تمام‌عیاری را با رعایت تشریفات و قواعد آیین دادرسی مدنی طرح نماید.

## ۸ نتیجه

تغییر رأی داوری یا صدور رأی اصلاحی و نیز عودت پرونده به همان داور یا داور جایگزین برای رسیدگی، برخلاف بند (۷) ماده ۳۴ (الف) قانون داوری تجاری استرالیا، در حقوق ایران پیش‌بینی نشده است. هرکدام از این راهکارها می‌توانند در جای خود مناسب باشند و مانع از طرح و رسیدگی دوباره به همان دعوا در دادگاه‌ها شوند. امری که متأسفانه به دلیل جدایی کامل روند داوری از روند قضایی، در



## رویه قضایی به زبان فارسی

بانک داده آرای پژوهشگاه قوه قضاییه؛ به نشانی:

[www.ijri.ir](http://www.ijri.ir)

آرای شماره ۳۷۲۰ و شماره ۱۳۲۴/۰۳/۳۰.۳۷۲۱ و شماره ۱۳۲۴/۰۳/۳۰.۳۷۲۱  
محکمه عالی انتظامی قضات.

آرای شماره ۳۷۲۰ و شماره ۱۳۲۴/۰۳/۳۰.۳۷۲۱  
محکمه عالی انتظامی قضات.

رأی شماره ۱۳۱۸/۰۷/۲۶.۲۸۴۷ محکمه عالی انتظامی  
قضات.

رأی شماره ۱۳۷۰/۱۲/۲۱.۶۸۱ شعبه ۱۳ دیوان عالی  
کشور.

رأی شماره ۱۳۹۱/۰۶/۰۵.۹۱۰۶۸۶ شعبه ۱۵ دادگاه  
تجدیدنظر استان تهران.

رأی شماره ۱۳۹۲/۰۴/۱۰.۹۲۰۳۹۷ شعبه ۱۵ دادگاه  
تجدیدنظر استان تهران).

رأی شماره ۱۳۹۲/۰۴/۰۹.۹۲۰۴۴۶ شعبه ۱۰ دادگاه  
تجدیدنظر استان تهران.

رأی شماره ۱۳۹۲/۰۴/۰۵.۹۲۰۴۴۷ شعبه ۳ دادگاه  
تجدیدنظر استان تهران.

رأی شماره ۱۳۹۲/۰۴/۲۲.۹۲۰۴۶۸ شعبه ۱۵ دادگاه  
تجدیدنظر استان تهران.

رأی شماره ۱۳۹۳/۰۵/۱۲.۹۳۰۵۶۳ شعبه ۱۵ دادگاه  
تجدیدنظر استان تهران.

رأی شماره ۱۳۹۳/۰۶/۲۹.۹۳۰۷۲۶ شعبه ۱۵ دادگاه  
تجدیدنظر استان تهران.

رأی شماره ۱۳۹۸/۰۶/۰۶.۹۸۰۶۷۱ شعبه ۲۹ دادگاه  
حقوقی تبریز.

نظریه مورخ ۱۳۴۳/۰۳/۱۳ کمیسیون مشورتی آیین  
دادرسی مدنی اداره حقوقی.

## منابع

- Abhari, Hamid (2016), Civil Procedure, third volume, Majd Publications, Tehran. [in persian]
- Arthur, John K (2015), "Setting aside or non-enforcement of arbitral awards in international arbitration on the public policy ground - a regional perspective", Australian Alternative Dispute Resolution Bulletin, December.
- Commercial Arbitration Act 2017.
- Elsan, Mustafa; Najafizadeh, Leila and Moulai (2021), "Youssef, recognition and implementation of domestic arbitration award; Comparative Study of Iranian and Australian Laws", Shiraz Journal of Legal Studies, Volume 13, Number 2, Summer. [in persian]
- Eskandari, Hossein (2011), "Effects of Objection to Arbitration Award in International Conventions and Domestic Laws of Countries", Volume 40, Number 4, Serial Number 4. [in persian]
- Eftekhar Jahormi, Gouderz and Elsan, Mostafa (2019), Civil Procedure, Volume 3, First Edition, Mizan Publications. [in persian] Heyman v Darwins Ltd [1942] AC 356.
- Holmes, Malcolm & Brown, Chester (2016), The International Arbitration Act 1974: A Commentary, 3rd edition, LexisNexis Butterworths, Australia.
- Iranshahi, Alireza (2013), Objection to Arbitration Award in International Commercial Arbitrations, Shahr Danesh Publications, Tehran. [in persian]
- Junidi, Laiya (2007), "The issue of implementation of annulled arbitration awards", Tehran University Law Quarterly, No. 4. [in persian]
- Kia, Hassan; Mohseni, Hassan and Amini, Isa (2021), judicial approach to invalidity of arbitration award, Shahradanesh Legal Research Journal, Volume 20, Number 47 Azar. [in persian]
- Mousavi, Seyyed Abbas (2015), Implementation of civil judgments, first volume, first edition, second edition, Justice Publications, Winter. [in persian]
- Lucke, H. K. (1975). "Arbitration Clauses in South Australia", Adelaide Law Review, Vol. 5.
- Monichino, A., Nottage, L., & Hu, D. (2012). International Arbitration in Australia: Selected Case Notes and Trends. Australian International Law Journal, Vol. 19.
- Nottage, Luke (2018), "The Interpretation and Uniformity of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Focusing on Australia", Hong Kong and Singapore, Book Review International Trade and Business Law Review, Vol. 21.



Tully, Stephen R, (2016), “Challenging awards before national courts for a denial of natural justice: lessons from Australia”, *Arbitration International*.

UNCITRAL (2008), *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as*

adopted in 2006, United Nations, Vienna.

*Venetian Nominees Pty Ltd v Weatherford Australia Pty Ltd* [2021] WASC 137.

Wood, Peter; Phillip, Greenham; Roman, Rozenberg & Minter, Ellison (2010). “Arbitration in Australia”, *CMS Guide to Arbitration, Volume I*.

# *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, 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, 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. Ehsan Shahsavari* (English) :::: *Mr. Ehsan Nemati* (Persian)

**Frequency:** *Semiannual*

**Print ISSN:** 2423-7566

**Online ISSN:** 2770-2821

**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.journals.umz.ac.ir](http://www.lps.journals.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. 8 .... No. 2 .... 2024

University Of Mazandaran



Scientific Association of  
Iranian Judicial Sciences



University of Mazandaran

# COMPARATIVE LAW QUARTERLY



Journal of Comparative Law



Volume 8, Issue 2 - Serial Number 14, June 2024

