مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

سال شانزده، شماره سی و نهم، تابستان ۱۴۰۴

- **نسبت‌سنجی معاملات منهی شرعی با معاملات ممنوع قانونی به لحاظ تکلیفی و وضعی**

علی خسروی؛ حسین ناصری مقدم؛ سید محمدهادی قبولی درافشان

- **مطالعهٔ تطبیقی حق بر آب در خصوص زندانیان و افراد بازداشت‌شده در پرتو آرای دیوان‌های اروپایی و بین‌امریکایی حقوق بشر**

حوریه دردانی حقیقی؛ هادی صالحی؛ عقیل محمدی

- **قواعد روزآمد حق ممتاز و رهن دریایی (مطالعهٔ تطبیقی حقوق ایران، انگلیس و امریکا)**

علی رضائی؛ آرزو پادیر

- **کاربست نظریهٔ نقض اساسی در قراردادهای لیسانس فناوری**

محمدحسن صادقی مقدم؛ رضا عرب‌زاده؛ آزاده شمس

- **بررسی جبران خسارت زیست‌محیطی در نظام حقوقی ایران و ترکیه**

فاطمه عزیززاده

- **مشروطیت پوپولیستی و مفهوم قانون اساسی**

فردین مرادخانی

- **از یکپارچگی تا ساختار بنیادین: مواجههٔ عدالت‌محور دورکین و رالز با قانون اساسی در منظومهٔ حقوق عمومی تطبیقی**

مهدی مرادی برلیان؛ محمدقاسم تنگستانی

- **دامنهٔ تعهد داور و طرفین در افشا و شناسایی موارد تعارض منافع، با تأکید بر رویهٔ قضایی فرانسه**

جعفر نوری یوشانلویی؛ سجاد قاسمی


بسم الله الرحمن الرحیم

مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

(نشریه علمی)

سال شانزدهم – شماره سی و نه

تابستان ۱۴۰۴

مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

نشریه علمی

صاحب امتیاز: دانشگاه تبریز

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

هیأت تحریریه

دکتر حمید ابهری:	استاد دانشگاه مازندران	دکتر رضا سکوتی نسیمی:	استاد دانشگاه تبریز
دکتر محمدعلی اردبیلی:	استاد دانشگاه شهید بهشتی	دکتر ابراهیم شعاریان ستاری:	استاد دانشگاه تبریز
دکتر حیدر باقری اصل:	استاد دانشگاه تبریز	دکتر مرتضی شهبازی نیا:	دانشیار دانشگاه تربیت مدرس
دکتر محمدرضا پاسبان:	دانشیار دانشگاه علامه طباطبایی	دکتر بیژن عباسی:	دانشیار دانشگاه تهران
دکتر منصور جباری:	استاد دانشگاه علامه طباطبایی	دکتر سید محمدتقی علوی:	استاد دانشگاه تبریز
دکتر سعید حبیبا:	استاد دانشگاه تهران	دکتر حسین فخر:	دانشیار دانشگاه تبریز
دکتر ابوالفتح خالقی:	دانشیار دانشگاه قم	دکتر حسن محسنی:	استاد دانشگاه تهران
دکتر مهراب داراب‌پور:	استاد دانشگاه شهید بهشتی	دکتر محمدرضا مجتهدی:	استاد دانشگاه تبریز
دکتر احمد دیلمی:	دانشیار دانشگاه قم	دکتر پژمان محمدی:	استاد دانشگاه شهید چمران اهواز
دکتر محمد راسخ:	استاد دانشگاه شهید بهشتی	دکتر سام محمدی:	استاد دانشگاه مازندران
دکتر اسمعیل رحیمی نژاد:	استاد دانشگاه تبریز		

این نشریه براساس مصوبه شماره ۸۹/۳/۱۱/۲۱۹۷۵ مورخ ۱۳۸۹/۷/٦ کمیسیون بررسی نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری حائز درجه علمی شده و براساس مجوز شماره ۹۱/۱۲۹۰۸ تاریخ ۱۳۹۱/۵/۳ وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی منتشر می‌شود.

- ویراستار فارسی: ماندانا نعمت‌نژاد
- ویراستار انگلیسی (تخصصی حقوقی): هیلدا بانان
- مدیر اجرایی: عباس یگانه
- صفحه آرایی: شیرین زمانی
- قیمت این شماره: ۱۰۰۰۰۰ ریال
- تاریخ چاپ: تابستان ۱۴۰۴
- نوبت انتشار: فصلنامه

انتشارات دانشگاه تبریز

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

Email: law@tabrizu.ac.ir

نشانی: تبریز، بلوار ۲۹ بهمن، دانشگاه تبریز، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی

کدپستی: ۵۱۶۶۶۱۶۴۷۱، تلفن: ۳۳۳۹۲۲۶۲-۰۴۱ ، نمابر: ۳۳۳۵۶۰۱۳-۰۴۱

❖ مسئولیت صحت مطالب مقاله‌ها با نویسندگان است.

راهنمای تدوین مقاله

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

ضوابط شکلی

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

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

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

* مقاله: نام، نام خانوادگی، «عنوان مقاله» (داخل گیومه)، نام مجله، شماره مجله (سال)، ص.

نمونه: کمال الدین هریسی نژاد، «تأملی در عوامل تأثیرپذیری حقوق نوین ایران از نظام حقوقی رمی-ژرمنی»، مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۲ (۱۳۸۸)، ص ۳۷۵.

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

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

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

* تکرار بی‌واسطه: همان، ص.

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

* در مورد منابع لاتین، استفاده از عبارت *op. cit* و *Ibid* (به صورت ایتالیک) در ارجاعات بعدی به تناسب با درج شماره صفحه.

* پایان نامه و رساله: نام، نام‌خانوادگی، *عنوان رساله/پایان نامه* (به صورت ایتالیک)، نام دانشگاه، سال چاپ.
* منبع الکترونیک: نام نویسنده، نام خانوادگی نویسنده، عنوان مقاله، آدرس سایت قابل دسترسی (داخل در علامت < >)
* از ذکر هرگونه القاب و عناوین برای اشخاص در ارجاعات خودداری شود.

۸. فهرست منابع می‌بایست به تفکیک نوع منبع (فارسی/زبان‌های خارجی و کتاب / مقاله/ قوانین / منبع الکترونیک / پرونده‌ها) درج‌شده و به‌صورت اعداد متوالی شماره‌گذاری گردند. نحوه تنظیم فهرست منابع به همان ترتیبی است که برای پاورقی‌ها ذکر شده است به استثنای اینکه در ذکر منابع نام خانوادگی قبل از نام نویسنده و بدون ذکر شماره صفحه درج خواهد شد.

راهنمای تنظیم اندازه و قلم مقالات

موضوع	اندازه	نوع فونت
عنوان مقاله به فارسی	Bold 14	B Mitra
اسامی نویسندگان به فارسی	Bold 11	B Mitra
متن چکیده فارسی	*Italic* 13	B Mitra
کلیدواژه فارسی	*Italic* 13	B Mitra
عنوان‌های داخل متن	Bold 13	B Mitra
عنوان های فرعی داخل متن	Bold 12	B Mitra
متن مقاله	۱۳	B Mitra
پانویس فارسی	۹	B Mitra
پانویس انگلیسی	۱۰	Times New Roman
عناوین جداول، نمودارها و شکل‌ها	۱۰	B Mitra
منابع فارسی	۱۳	B Mitra
منابع انگلیسی	۱۱	Times New Roman

راهنمای تنظیم اندازه و قلم چکیده انگلیسی

چکیده انگلیسی		
عنوان مقاله انگلیسی	Bold 13	Times New Roman
اسامی نویسندگان انگلیسی	Bold 11	Times New Roman
عنوان Abstract	Bold 13	Times New Roman
متن چکیده انگلیسی	*Italic* 11	Times New Roman
کلید واژه انگلیسی	13	Times New Roman

فهرست مطالب

عنوان **صفحه**

۱- نسبت‌سنجی معاملات منهی شرعی با معاملات ممنوع قانونی به لحاظ تکلیفی و وضعی

علی خسروی؛ حسین ناصری مقدم؛ سید محمدهادی قبولی درافشان..... ۱-۲۸

۲- مطالعهٔ تطبیقی حق بر آب در خصوص زندانیان و افراد بازداشت‌شده در پرتو آرای دیوان‌های اروپایی و بین‌امریکایی حقوق بشر

حوریه دردانی حقیقی؛ هادی صالحی؛ عقیل محمدی..... ۲۹-۵۹

۳- قواعد روزآمد حق ممتاز و رهن دریایی (مطالعهٔ تطبیقی حقوق ایران، انگلیس و امریکا)

علی رضائی؛ آرزو پادیر..... ۶۱-۹۲

٤- کاربست نظریهٔ نقض اساسی در قراردادهای لیسانس فناوری

محمدحسن صادقی مقدم؛ رضا عرب‌زاده؛ آزاده شمس ۹۳-۱۲۴

۵- بررسی جبران خسارت زیست‌محیطی در نظام حقوقی ایران و ترکیه

فاطمه عزیززاده..... ۱۲۵-۱۵۷

٦- مشروطیت پوپولیستی و مفهوم قانون اساسی

فردین مرادخانی..... ۱۵۹-۱۹۶

۷- از یکپارچگی تا ساختار بنیادین: مواجههٔ عدالت‌محور دورکین و رالز با قانون اساسی در منظومهٔ حقوق عمومی تطبیقی

مهدی مرادی برلیان؛ محمدقاسم تنگستانی..... ۱۹۷-۲۲۵

۸- دامنهٔ تعهد داور و طرفین در افشا و شناسایی موارد تعارض منافع، با تأکید بر رویهٔ قضایی فرانسه

جعفر نوری یوشانلویی؛ سجاد قاسمی..... ۲۲۷-۲۶۴

University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 16 **Issue:** 39

Summer 2025

Article Type: Research Article **Pages:** 1-28

Proportionality of Shariah Forbidden Transactions with Legally Prohibited Transactions in Terms of Obligation and Status

Ali Khosravi[1]| **Hossein Naseri Moghadam**[2]| **Seyyed Mohammad Hadi Ghaboli** Dorafshan[3]

1. Ph.D Candidate in Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad, Iran ali.khosravinasari@mail.um.ac.ir
2. Professor, Department of Law, Ferdowsi University of Mashhad, Iran (Corresponding Author) naseri1962@um.ac.ir
3. Associate Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad, Iran h.ghaboli@um.ac.ir

Abstract

A substantial segment of Sharia rulings within the domain of legal obligations concerns prohibitions and forbidden acts, many of which are likewise proscribed by statutory law. Accordingly, elucidating the correlation and interaction between Sharia-based prohibitions and legislatively imposed bans is of significant jurisprudential and legal importance. The central research question is: when a transaction is concluded in contravention of either a Sharia injunction or a statutory prohibition, what legal consequences and enforceable remedies ensue? This study aims to comparatively assess the Sharia's approach to muʿāmalāt manhiyya (prohibited transactions) and the legislature's stance on prohibited and unlawful transactions, thereby clarifying the underlying rationale and objectives of each system. The findings indicate that the legislature, while drawing upon Islamic jurisprudential sources, primarily seeks to safeguard public order and may enact legal sanctions without direct precedent in classical fiqh .Regarding the ḥukm waḍʿī (legal effect) of prohibited transactions, there exist notable divergences between Imami jurisprudence and Iranian statutory law. The ḥukmtaklīfī (normative ruling) applicable to such transactions is classified into two categories: prohibition (ḥarām) and reprehensibility (makrūh). Conversely, the ḥukm waḍʿī is subdivided into five categories: nullity (buṭlān), lack of enforceability (ʿadam al-nufūdh), voidability (qābil al-faskh), annulability (qābil al-ibṭāl), and non-opposability against third parties. This research adopts a descriptive–analytical and comparative methodology, relying on library-based sources, to examine both the normative and the legal effects of prohibited transactions in Imami jurisprudence and Iranian law.

Keywords: *mandatory rule, status rule, religious prohibitions, legal prohibitions, illegal transactions*.

Received: 2024/12/27 **Received in revised form:** 2025/08/11 **Accepted:** 2025/08/25 **Published:** 2025/09/09

DOI: 10.22034/law.2025.65176.3442

Publisher: University of Tabriz law@tabrizu.ac.ir

شاپا الکترونیکی: ۰۵۱۴-۲۸۲۱

مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

دوره: ۱۶، شماره: ۳۹

تابستان ۱۴۰۴

نوع مقاله: پژوهشی **صفحات:** ۱-۲۸

نسبت‌سنجی معاملات منهی شرعی با معاملات ممنوع قانونی به لحاظ تکلیفی و وضعی

علی خسروی[۱] | حسین ناصری مقدم[۲] | سید محمدهادی قبولی درافشان[۳]

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، ایران ali.khosravinasari@mail.um.ac.ir

۲. استاد گروه حقوق، دانشگاه فردوسی مشهد، ایران (نویسنده مسئول) naseri1962@um.ac.ir

۳. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، ایران h.ghaboli@um.ac.ir

چکیده

بخش مهمی از احکام شرعی در حوزهٔ تکلیفیات، نواهی و امور منهیه هستند که مورد منع قانون‌گذار نیز واقع شده‌اند؛ به همین علت، کشف نسبت و رابطهٔ نواهی شرعی و ممنوعات قانونی حائز اهمیت است؛ مسئله این است که اگر معامله‌ای انجام شود که مورد نهی شارع یا منع قانون‌گذار قرار گرفته باشد، چه ضمانت اجرایی در انتظار آن خواهد بود؟ نسبت‌سنجی رویکرد شارع به معاملات منهیه با دیدگاه قانون‌گذار نسبت به معاملات منهیه و ممنوعه، هدف و غایت این تحقیق است. نتایج به‌دست آمده نشان می‌دهد که قانون‌گذار متکفل تأمین نظم عمومی در جامعه است و اگرچه آبشخور آن منابع فقهی است، اما ضمانت‌های اجرایی را در قانون بیان نموده است که پیشینهٔ فقهی ندارد. در حکم وضعیِ معاملات منهیه، شاهد تفاوت و اختلاف میان فقه امامیه و حقوق ایران هستیم. حکم تکلیفی معاملات منهیه در دو نوع حرمت و کراهت قابل بررسی است و حکم وضعی این معاملات، به پنج دستهٔ بطلان، عدم نفوذ، قابل فسخ، قابل ابطال و غیرقابل استناد در مقابل ثالث تقسیم می‌شود. نگارندهٔ این پژوهش، احکام تکلیفی و وضعی معاملات منهیه در فقه امامیه و حقوق ایران را به‌صورت توصیفی، تحلیلی و تطبیقی و با استفاده از روش کتابخانه‌ای بررسی و تحلیل کرده‌اند.

واژگان کلیدی: *حکم تکلیفی، حکم وضعی، معاملات خلاف قانون، ممنوعات قانونی، منهیات شرعی.*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۰/۰۷ **تاریخ بازنگری:** ۱۴۰۴/۰۵/۲۰ **تاریخ پذیرش:** ۱۴۰۴/۰۶/۰۳ **تاریخ انتشار:** ۱۴۰۴/۰۶/۱۸

DOI: 10.22034/law.2025.65176.3442

ناشر: دانشگاه تبریز law@tabrizu.ac.ir

مقدمه

شارع مقدس با درنظر داشتن مصالح و مفاسد بندگان به اموری که متضمن سعادت بشر است امر نموده و از اموری که آن سعادت و سرنوشت نیک را به‌خطر می‌اندازد، نهی کرده است[۱]. این اوامر و نواهی از طریق حکم شرعی به بندگان ابلاغ شده است. حکم شرعی عبارت است از «تشریع توسط خداوند متعال برای تنظیم زندگی انسان که این تشریع به‌وسیلهٔ خطابات شرعی اعلان و اظهار گردیده و به مکلفین می‌رسد»[۲]. از طرف دیگر، قانون‌گذار ایران به‌عنوان شخصیتی که همین رسالت را البته با نگاه تطبیق احکام شرعی بر نیازهای نوپدید دنبال می‌کند، در پی ایجاد قواعد و مقرراتی است که نظم عمومی و اخلاق حسنه را در جامعه تأمین نماید[۳].

یکی از چالش‌هایی که همواره در یکی دو قرن اخیر در حقوق کشورهای اسلامی ازجمله ایران نمود پررنگی داشته، شناخت نسبتِ میان احکام فقهی مندرج در کتب فقیهان با قوانین مقرر در دیوان‌های حقوقی است. روشن است که دین‌ورزان همواره در پی انطباق عمل خود با حکم شرعی بوده، قوانین مقرر حکومتی را با این عیار محک می‌زنند. این چالش جز در ابواب عبادات، در بیشتر عرصه‌های زندگی اجتماعی مردم ظهور و بروز داشته است. یکی از مهم‌ترین این عرصه‌ها، مباحث معاملات، عقود و ایقاعات است.

موضوعات بسیاری در خصوص تفاوت احکام فقهی با قوانین معاملات وجود دارد؛ یکی از این موضوعات، نسبت‌سنجی میان احکام منهیات شرعی با احکام منهیات قانونی در حوزهٔ معاملات است؛ با این توضیح که آیا میان صحت و بطلان شرعی معامله با صحت و بطلان قانونی آن، ملازمه برقرار است؟ بر این اساس، پرسش بنیادین تحقیق به این شرح است: نسبت حرمت شرعی (حکم تکلیفی) معاملات با ممنوعیت قانونی آنها چیست؟ آیا به لحاظ وضعی میان حرمت شرعی معامله با بطلان آن از منظر حقوقی، ملازمه برقرار است؟ البته برای شناخت دقیق این نسبت، بایسته است «احکام تکلیفی و وضعی معاملات منهیه از منظر فقه امامیه و حقوق ایران» بررسی گردد.

---

۱. محمدرضا مظفر، *أصول الفقه*، ج۱، (تهران: جنگل، چ ۳، ۱۳۹۰)، ص ۷۹.

۲. محمدباقر صدر، *دروس فی علم الاصول*، ج۱، (قم: انتشارات اسلامی، چ۵، ۱۴۱۸ق)، ص ۶۳.

۳. ناصر کاتوزیان، *حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها*، ج۱، (تهران: بهنشر، چ۱، ۱۳۸۸)، ص ۳۷.

پیشینهٔ تحقیق

در خصوص پیشینهٔ این تحقیق، لازم است توضیح داده شود که عمدتاً آثار نزدیک به اهداف این تحقیق، در چهار دسته قرار می‌گیرند:

دستهٔ نخست، آثار اصولی هستند که در مبحث «تلازم نهی با فساد معاملات» نگاشته شده‌اند. روشن است که این‌گونه نگاشته‌ها از منابع زیربنایی تحقیق حاضر به‌شمار می‌روند، ولی محتوای آنها تنها بخشی از تحقیق حاضر است.

دستهٔ دوم، آثاری صرفاً فقهی هستند که به موضوع معاملات حرام توجه و تمرکز دارند؛ برای مثال، مقالهٔ «جستاری در روش‌شناسی حرمت تکلیفی معاملات ممنوعه از دیدگاه امام خمینی»[۴] که مشخص است با اهداف این تحقیق تفاوت بنیادین دارد؛ زیرا اولاً میان معاملات حرام با منهیه تفاوت وجود دارد و ثانیاً رویکرد حقوق ایران در این آثار به‌صورت تطبیقی بررسی نشده است.

دستهٔ سوم، آثاری هستند که صرفاً بر حوزهٔ حقوق ایران و یا حقوق تطبیقی تمرکز دارند؛ برای مثال، مقالهٔ «نسبت اصل صحت و فساد با مادهٔ ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادی»[۵] که صرفاً موضوع نهی قانونی و فساد در معاملات را مورد بحث و بررسی قرار داده، تحقیق پیش رو از جهت پرداختن به رویکرد فقه امامیه با آن متفاوت است.

دستهٔ چهارم، آثاری هستند که نزدیک‌ترین موضوعات به این تحقیق را دنبال کرده، شامل رویکرد فقهی و حقوقی به‌صورت توأمان است؛ برای مثال، مقالهٔ «بررسی تأثیر جهت نامشروع در صحت و فساد معاملات»[۶] که اگرچه هر دو بحث فقه امامیه و حقوق ایران را در خود جای‌داده، ولی بر محوریت سه کلیدواژهٔ «معاملات منهیه»، «حکم تکلیفی» و «حکم وضعی» نگارش

۴. مجیدرضا شیخی نصرآبادی و محمدمهدی یزدانی، «جستاری در روش‌شناسی حرمت تکلیفی معاملات ممنوعه از دیدگاه امام خمینی»، *فقه و اصول*، ش۱۰۲ (۱۳۹۴)، ص ۸۹–۱۰۸.

۵. جلیل قنواتی و اسفندیار صفری، «نسبت اصل صحت و فساد با مادهٔ ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادی»، *جستارهای فقهی و اصولی*، ش۱۸ (۱۳۹۹)، ص ۱۸۳–۲۰۶.

۶. ابولفضل علیشاهی قلعه جوقی و معصومه حیدری، «بررسی تأثیر جهت نامشروع در صحت و فساد معاملات»، *فقه و اصول*، ش۱۱۱ (۱۳۹۶)، ص ۸۳–۱۰۰.

نشده است. بر این اساس، به‌نظر می‌رسد، تحقیق حاضر فاقد پیشینهٔ مشابه بوده و خلأ تحقیقاتی در این زمینه احساس می‌شود.

مفهوم‌شناسی معاملات منهیه و ممنوعه

باید یادآور شد که در بیشتر آثار فقهی فریقین، ترکیب «معاملات منهیه» به‌کار نرفته و منظور از آن، معامله‌ای است که از سوی شارع نهی شده باشد؛ مانند نهی از بیع «ما لیس عندک»[۷]. از طرف دیگر، معاملاتی هم هستند که قانون‌گذار آنها را منع کرده است که از آنها به «معاملات ممنوعه» تعبیر می‌کنیم. دلیل این تفاوت در تعبیر، آن است که واژهٔ «نهی» و «حرمت» بیشتر کاربرد فقهی و اصولی دارد؛ چراکه بیانگر نوعی رابطهٔ مکلِّف و مکلَّف است، ولی در حقوق بیشتر از الفاظی چون «ممنوع» استفاده می‌شود. علاوه بر مفهوم معاملات «منهیه و ممنوعه»، اصطلاح معاملات «مجرمانه» نیز در حقوق رایج است؛ به این معنی که بر اساس جرم یا به‌واسطهٔ آن، معامله‌ای صورت گیرد. همچنین به‌نظر می‌رسد «ممنوع» و «معاملات ممنوعه»، در معنای عام خود، شامل هر دو نوع مذکور (منهیه و مجرمانه) باشد؛ لذا موضوع معاملات منهیه در حقوق با اصطلاح «معاملات ممنوعه» شناخته می‌شود و رایج است. این اصطلاح به معامله‌ای گفته می‌شود که انجام و ارتکاب آن از حیث شرعی و قانونی ناروا انگاشته شده است و افراد از آن بازداشته شده‌اند[۸]. در ادامه به حکم تکلیفی و سپس به حکم وضعی معاملات منهیه پرداخته خواهد شد.

۱. حکم تکلیفی معاملات منهیه و ممنوعه

۱.۱. از منظر فقهی

احکام تکلیفی در حقیقت انشایی است که با انگیزهٔ بعث و منع یا ترخیص صادر شده، از این جهت «تکلیفی» نامیده می‌شود[۹]. در واقع، می‌توان گفت هر فعلی که مکلف انجام دهد محکوم

۷. مرتضی‌بن محمد امین انصاری، *فرائد الاصول*، ج۱، (قم: مجمع الفکر الاسلامی، چ۹، ۱۴۲۸ق)، ص ۱۹؛ محمدبن مکی عاملی، شهید اول، *ذکری الشیعهٔ فی أحکام الشریعه*، ج۱، (قم: مؤسسهٔ آل‌البیت علیهم‌السلام، چ۱، ۱۴۱۹ق)، ص ۳۸-۴۰.

۸. مسعود انصاری و محمدعلی طاهری، *دانشنامهٔ حقوق خصوصی*، ج۳، (تهران: محراب فکر، چ۱، ۱۳۸۴)، ص ۱۹۷۱.

۹. علی مشکینی اردبیلی، *اصطلاحات الأصول و معظم أبحاثها*، (قم: الهادی، چ۶، ۱۳۷۴)، ص ۱۲۰.

است به یکی از احکام پنج‌گانهٔ تکلیفی (وجوب، استحباب، حرمت، کراهت، اباحه)، و شارع در قالب همین احکام مصالح و مفاسد را برای مکلفان تشریح می‌نماید. از میان اقسام پیش‌گفته، معاملات منهیه صرفاً در قالب دو حکم تکلیفی حرمت و کراهت قابل بررسی هستند؛ چراکه «نهی» از یک معامله به معنای وجود «مفسده‌ای» در آن است که سبب تعلق نهی شارع گردیده است؛ نهایت این مفسده اگر شدید و ملزمه باشد، نهی تحریمی است و چنانچه غیر أکید باشد، نهی تنزیهی خواهد بود. بنابراین، تحقق حکم وجوب، استحباب و اباحه در خصوص معاملهٔ منهی‌عنه امکان‌پذیر نیست؛ چراکه اجتماع نقیضین مانع از تصور سه حکم وجوب، استحباب و اباحه برای معاملات منهیه است[۱۰]. بنابراین، ذات معاملات منهیه با احکام تکلیفی وجوب، استحباب و اباحه همخوانی نداشته، در یک ظرف قرار نمی‌گیرد؛ البته در موارد بسیار نادری، اجتماع امر و نهی (وجوب و حرمت)، در موضوعی خاص قابل تصور است؛ مانند اقامهٔ صلات در دار مغصوبه که فقیهان و اصولیون از آن در بحث «اجتماع امر و نهی» سخن گفته‌اند[۱۱]. فارغ از این رویکرد، حکم تکلیفی معاملات منهیه را صرفاً در دو حکم حرمت و کراهت بررسی می‌کنیم:

۱.۱.۱. حرمت

حرمت در فقه دارای دو کاربرد است که نتیجه این دو کاربرد، دو نوع حکم است؛ اولی حرمت تکلیفی و دومی حرمت وضعی که مساوی با فساد است[۱۲]. البته این به آن معنا نیست که گونه‌های یادشده مانعهٔ الجمع باشند، بلکه رابطهٔ آنها عموم و خصوص من وجه است[۱۳].

حالت اول، آن است که برخی از معاملات صرفاً واجد حرمت تکلیفی هستند؛ منظور از حرمت تکلیفی معاملهٔ آن است که فعل یادشده دارای مفسده است و مستوجب عقاب اخروی؛ نمونه‌ای از این مورد، بیع در وقت ندا برای نماز جمعه است. در آیهٔ ۹ سورهٔ جمعه[۱۴] این معامله به دلیل بازداشتن فرد از حضور در نماز جمعه، محکوم به حرمت تکلیفی است، ولی نفس معامله صحیح و

۱۰. زین‌الدین بن علی شهید ثانی، *الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه*، ج۱، (قم: مجمع الفکر الاسلامی، چ۱۲، ۱۳۹۵)، ص ۳۰۷.
۱۱. محمدکاظم آخوند خراسانی، *کفایهٔ الأصول*، ج۱، (قم: آل البیت، چ۱، ۱۴۰۹ق)، ص۱۵۰.
۱۲. سید ابوالقاسم موسوی خوئی، *مصباح‌الفقاهۀ* (المکاسب)، ج۱، (قم: انصاریان، چ۴، ۱۴۱۷ق)، ص ۳۱.
۱۳. برخی از معاملات، دارای حرمت وضعی هستند، ولی حرمت تکلیفی ندارند؛ برخی از معاملات، دارای حرمت وضعی هستند و حرمت تکلیفی هم دارند؛ و برخی از معاملات، دارای حرمت تکلیفی هستند، ولی حرمت وضعی ندارند.
۱۴. «یَا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا إِذَا نُودِیَ لِلصَّلَاةِ مِنْ یَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَی ذِکْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَیْعَ ذَلِکُمْ خَیْرٌ لَکُمْ إِنْ کُنْتُمْ تَعْلَمُونَ».

معتبر است[۱۵].

حالت دوم، این است که معامله تنها دارای حرمت وضعی است و حرمت تکلیفی ندارد؛ مراد از حرمت وضعی، ارشاد به مانعیت امری در معامله و بطلان آن است؛ نمونهٔ چنین معاملاتی، خرید و فروش اشیایی است که فاقد نفع عقلایی هستند؛ مانند خرید و فروش حشرات[۱۶].

حالت سوم، اینکه معامله دارای دو نوع حرمت، یعنی تکلیفی و وضعی است؛ مانند معاملهٔ مشروبات الکلی و معاملات ربوی که هم مشمول استحقاق عقاب است و هم مشمول بطلان[۱۷].

بنابراین، برای پاسخ به این سؤال اصلی که «حکم تکلیفی معاملات منهیه چیست؟»، نمی‌توان به‌طور قطع به حرمت تکلیفی این‌گونه معاملات حکم داد و به‌صورت یک قاعدهٔ کلی هر معامله‌ای که متعلق نهی قرار گرفته را حرام تکلیفی دانست[۱۸]. پس باید گفت حکم هر معامله باید بر اساس ادله و مستندات خاص خود استنباط شود تا مشخص گردد مشمول کدام‌یک از حالات پیش‌گفته است.

۲.۱.۱. کراهت

کراهت به معنای «طلب غیرجازم و غیرالزامی، کف و خویشتن‌داری از انجام فعل» است[۱۹].

شارع با برگزیدن این شیوهٔ بیان، به‌گونه‌ای غیرالزامی، از عدم تمایل خود به متعلق نهی تنزیهی پرده برمی‌دارد. از منظر تمامی اصولیون، «کراهت» مدلول نهی تنزیهی شارع است و این نوع نهی بر فساد منهی‌عنه دلالت ندارد[۲۰].

در برابر معاملات مکروه دو رویکرد قابل مشاهده است: نخست، ذکر برخی اسباب است که برای کراهت معاملات و تعلق نهی به آن بیان شده که این جهات عبارت‌اند از: ۱- منجر شدن

۱۵. محمدحسن نجفی صاحب جواهر، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، ج۲۲ (بیروت: دارالتراث العربی، چ۷، ۱۴۰۴ق)، ص ۱۷۳.
۱۶. مرتضی‌بن محمد امین انصاری، *کتاب المکاسب* (المحرمه)، ج۱، (قم: دارالحکمه، چ۸، ۱۳۹۲)، ص ۹۵.
۱۷. حسینعلی منتظری، *دراسات فی المکاسب المحرمه*، ج۱، (قم: تفکر، چ۱، ۱۴۱۵ق)، ص ۱۵۹.
۱۸. مرتضی‌بن محمد امین انصاری، *کتاب المکاسب* (المحرمه)، ج۱، (قم: دارالحکمه، چ۸، ۱۳۹۲)، ص ۹۴.
۱۹. عبدالله غدیری، القاموس الجامع للمصطلحات الفقهیهٔ (بیروت: دار الرسول الاکرم، چ۱، ۱۴۱۸ق)، ص ۱۳۸.
۲۰. محمدرضا مظفر، *أصول الفقه*، ج۱، (تهران: جنگل، چ۳، ۱۳۹۰) ص ۱۳۹.

به عمل حرام یا مکروه دیگری، مانند معاملات صرافی؛ چراکه فاعل این عمل به‌شدت در معرض ربا قرار می‌گیرد و یا فروش کفن. ۲- وضاعت و پستی حرفه مانند ضراب الفحل. ۳- وجود شبهه در معامله مانند معامله با صبیان[۲۱]. رویکرد دوم، برخی از فقها صرفاً معاملات را مکروه می‌شمارند و به این اکتفا می‌کنند که تعدادی از معاملات مشمول حکم کراهت هستند[۲۲].

تفاوت این دو رویکرد در این است که رویکرد نخست معاملات مکروه را غیر منحصر به افراد می‌داند، درحالی که رویکرد دوم انحصاری بودن آنها را مدنظر قرار می‌دهد.

فارغ از شیوهٔ بیان انواع معاملات مکروه، به‌نظر می‌رسد معاملات منهیه زمانی مکروه دانسته می‌شوند که نهی آن تنزیهی باشد؛ برای مثال، در موضوع أخذ اجرت برای تعلیم قرآن کریم، فقها به روایت حسان اشاره کرده که در آن آمده است «لاتأخذ علی التعلیم أجراً»[۲۳]. این صیغهٔ نهی به‌عنوان نهی تنزیهی برداشت شده و مشمول حکم کراهت است. به عبارت دیگر، اختلاف موجود در این مورد، مربوط به تشخیص نوع نهی است. اما اینکه در چه مواردی نهی بر تنزیهی حمل می‌گردد، باید به قرائن و امارات داخلی و خارجی رجوع کرد. درنهایت موارد زیر به‌عنوان اقسام معاملات مکروه شناخته شده که برخی فقها برای آنها دلیل ارائه کرده‌اند و برخی بدون ذکر دلیل به‌عنوان مصادیق معاملات مکروه آورده‌اند: «صرافی کردن، کفن‌فروشی، احتکار مواد غذایی به امید افزایش آن، ذبح حیوانات (قصابی)، نساجی، پارچه‌بافی یا بافندگی، حجامت با شرط اجرت، جهاندن حیوان نر بر مادگان، کاسبی با پولی که بچه به‌دست می‌آورد و...»[۲۴].

۲.۱. از منظر حقوقی

نکتهٔ حائز اهمیت از منظر عناصرشناسی آن است که واژه‌های «حرمت» و «کراهت» به‌مثابه

---

۲۱. سید علی حائری، *الشرح الصغیر فی شرح المختصر النافع*، چ۲، (قم: کتابخانهٔ آیت‌الله مرعشی نجفی، چ۱، ۱۴۰۹ق)، ص ۱۷.

۲۲. محمدبن مکی عاملی، شهید اول، *القواعد و الفوائد*، چ۱، (قم: کتابفروشی مفید، چ۱، ۱۴۰۰ق)، ص ۸۵.

«مساله ۲۰۵۴ـ عمدهٔ معاملات مکروه از این قرار است: اول: بنده فروشی. دوم: قصابی. سوم: کفن فروشی. چهارم: معاملهٔ با مردمان پست. پنجم: معامله بین اذان صبح و اول آفتاب. ششم: آن که کار خود را خرید و فروش گندم و جو و مانند اینها قرار دهد. هفتم: آن که برای خریدن جنسی که دیگری می‌خواهد بخرد داخل معاملهٔ او شود.» (ر.ک. روح الله خمینی، *رساله توضیح المسائل* (تهران: موسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چ۱۰، ۱۳۹۳)، ص ۴۵۴.

۲۳. حسن‌بن یوسف علامه حلی، *تحریر الاحکام الشریعهٔ علی مذهب الامامیه*،(قم: مؤسسهٔ امام صادق، چ۱۴۲۰،۱ق)، ص ۲۳۱.

۲۴. میر فتاح حسینی مراغی، *العناوین الفقهیهٔ*، (قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ۱، ۱۴۱۷ق)، ص ۱۶۳-۱۶۴.

احکام تکلیفی ویژهٔ عالَم شریعت و فقه هستند و در جهان حقوق مترادفی ندارند. اصولاً دانش فقه و حقوق به لحاظ مبناشناختی، روش‌شناسی، موضوعات و... تفاوت‌های بنیادین دارند و اینکه دانش حقوق در ممالک اسلامی مانند ایران به‌اصطلاح «اسلامیزه» شده است، باعث نمی‌شود که این تفاوت‌ها نادیده گرفته شود. همان‌طور که اشاره شد، جان‌مایهٔ شریعت و فقه، به ارتباط انسان با خداوند و تکلیف بازمی‌گردد و کلیدواژهٔ این ارتباط، مسئلهٔ «حجت» است. انسانِ مکلف به‌دنبال کسب حجت شرعی در اعمال و رفتار خود است. بر این اساس، احکام تکلیفی مانند حرمت و کراهت، به معنای مبغوضیت شدید یا غیرشدیدِ عملی نزد شارع است که نتیجهٔ آن، علاوه بر عقاب اخروی (در مورد حرمت)، تأثر از آثار سوء دنیوی آن نیز می‌باشد و البته در برخی موارد، عقاب دنیوی نیز برای آن پیش‌بینی شده است. اما در جهان حقوقی، مبنای نظم عمومی و رعایت مصالح فردی و اجتماعی مدنظر قانون‌گذار است و در ادبیات حقوقی مفاهیمی مانند «ممنوع» و «جرم» به‌کار گرفته شده است؛ بنابراین، در هیچ کجای قوانین ایران تعبیر به «حرمت» یا «کراهت» نشده است[۲۵] و به همین دلیل نباید انتظار داشت که در قوانین رایج، اصطلاحاتی مانند معاملهٔ حرام یا مکروه دیده شود.

نزدیک‌ترین مفهوم به معاملهٔ حرام در حقوق، ممکن است معاملهٔ مجرمانه باشد؛ زیرا مراد از معاملات مجرمانه، معاملاتی است که برای ارتکاب آنها مجازات تعیین شده است و از این جهت، با معاملات حرام مشابهت دارند؛ مانند تجارت مواد مخدر. با این حال، معاملات ممنوعه در قوانین، همواره ملازم با عنوان «مجرمانه» نیست، بلکه اغلب معاملاتی هستند که اثر موردنظر بر آنها مترتب نمی‌شود؛ هرچند انجام آنها لزوماً با مجازات توأم نباشد، مانند معاملات صوری به قصد فرار از دَین.

برآیند سنجش حکم تکلیفی معاملات منهیه و ممنوعه

فقیهان بر اساس مبنای تکلیف شرعی، معاملات منهیه را غالباً (به استثنای موارد نهی تنزیهی) تحریم کرده‌اند و در نتیجه، در مورد صحت یا فساد این‌گونه معاملات اختلاف نظر دارند.

۲۵. باید یادآور شد که در حکومت مبتنی بر ولایت فقیه، این موضوع مطرح است که قوانین حکومتی دارای همان شأن و آثار احکام شرعی را دارند یا خیر؟ و به عبارت دیگر، آیا جعل قوانین در چنین سیستمی، سبب اتصاف به هویت شرعیِ این قوانین می‌گردد یا خیر؟ در این زمینه مباحث بسیار و نوشته‌های فراوانی نیز وجود دارد.

فقها در این خصوص اتفاق نظر دارند که صرفاً حرمت مشمول نهی تحریمی است. بنابراین، معاملات منهیه مبتنی بر وجه شرعی آن تأسیس می‌شود. در سایر موضوعات، فقها اصاله الاباحه، اصاله الصحه، اصاله الاطلاق و اصاله الظهور را بر نهی تنزیهی ارجح می‌دانند. اثر حکم تکلیفی بر معاملات، ظهور در دو دستهٔ معاملات ممنوعه و معاملات مجرمانه دارد؛ به‌طوری که معاملات ممنوعه فاقد عقوبت شرعی هستند، اما معاملات مجرمانه در اغلب موارد می‌تواند با عقوبت شرعی ناشی از اثرگذاری حکم تکلیفی همراه باشد.

۲. حکم وضعی معاملات منهیه و ممنوعه

حکم وضعی در مقابل حکم تکلیفی قرار دارد[۲۶] و مستقیماً به رفتار و سلوک انسان تعلق نمی‌گیرد، بلکه با قانون‌گذاری خاص به‌طور غیرمستقیم بر اعمال و رفتار انسان اثرگذار است؛ مانند صحت، فساد، بطلان، جزئیت، شرطیت، سببیت و ...[۲۷].

ازآنجاکه مهم‌ترین اثر معاملهٔ منهی‌عنه از نظر مشهور فقیهان، بطلان و فساد است، در این بخش ابتدا به تعریف این دو اصطلاح می‌پردازیم:

الف) عقد فاسد. در فقه امامیه میان عقد باطل و فاسد تفاوتی وجود ندارد و عقد فاقد اثر، فاسد و باطل نامیده می‌شود[۲۸]. با این حال، برخی از فقیهان اهل سنت، به‌ویژه فقهای حنفی، میان «باطل» و «فاسد» تمایز قائل شده‌اند. از دیدگاه آنان، عقد باطل از اساس، فاقد ارکان لازم برای تحقق عقد است؛ درحالی که عقد فاسد واجد ارکان اساسی است، اما به سبب خلل در یکی از شرایط یا اجزای آن، از صحت کامل برخوردار نیست[۲۹]. کاشف‌الغطاء نیز تعریف متفاوتی از عقد فاسد و باطل ارائه نموده، عقیده دارد که بیع فاسد در اصل صحیح است، ولی از نظر وصف

۲۶. محمدحسن آشتیانی، *بحرالفوائد فی شرح الفرائد*، ج۷ (بیروت: موسسه التاریخ العربی، چ۱، ۱۴۲۹ق)، ص۵۹.

۲۷. ابراهیم اسماعیل شهرکانی، *معجم المصطلحات الفقهیه*، (قم: ذوالقربی، چ۲،۱۴۳۰ق)، ص۲۶.

۲۸. سید ابوالقاسم موسوی خوئی، *مصباح‌الفقاهة* (المکاسب)، ج۱، (قم: انصاریان، چ۴، ۱۴۱۷ق)، ص۳۱؛ حسینعلی منتظری، *دراسات فی المکاسب المحرمة*، ج۱، (قم: تفکر، چ۱، ۱۴۱۵ق)، ص۱۶۹؛ مصطفی محقق داماد، *قواعد فقه* (بخش مدنی۲)، ج۲، (تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم اسلامی دانشگاه‌ها، چ۵، ۱۳۸۱)، ص ۲۳۳.

۲۹. عبدالرحمن جزیری، *الفقه علی المذاهب الاربعة*، ج۲، (بیروت: دارالکتاب العربی، چ۱، ۲۰۰۵م) ص۱۲۶؛ تاج الدین السبکی، الاشباه و النظائر، ج۲، (بیروت: دارالکتب العلمیة، چ۱، ۱۹۹۱م)، ص ۴۹۸؛ حسن امامی، *حقوق مدنی*، ج۳، (تهران: اسلامیه، چ۲۳، ۱۳۸۳)، ص ۲۶۵.

صحیح نمی‌باشد؛ به عبارت دیگر، ذاتاً صحیح است، ولی به اعتبار برخی اوصاف خارجی که بر آن عارض گردیده، فاسد می‌شود. در مقابل، بیع باطل از اصل و اساس صحیح نخواهد بود[۳۰].

ب) عقد باطل. همان‌طور که اشاره شد، معنای بطلان عبارت است از عدم ترتب اثر[۳۱]؛ به این معنا که آنچه غرض متعاملین است در عالم خارج محقق نمی‌شود. البته این تعبیر شامل معاملات غیرنافذ نیز می‌گردد، زیرا در این‌گونه معاملات نیز تا قبل از زدودن مانع، هیچ اثری مترتب نمی‌شود؛ مگر آنکه معاملهٔ باطل را مقید به قیدی نماییم که قابلیت اصلاح و ترتب صحت بر آن به‌هیچ‌عنوان وجود نداشته باشد، درحالی که معاملهٔ غیرنافذ فقط تا زمان وجود مانع فاقد اثر بوده، پس از رفع مانع، دقیقاً آثار معاملهٔ صحیح را خواهد داشت.

اما در ادبیات حقوقی ایران، تفاوتی میان بطلان و فساد و نیز باطل و فاسد وجود ندارد و به عقد باطل گاهی عقد غیرمعتبر یا عقد فاسد هم گفته می‌شود[۳۲]. قانون‌گذار در بیان اصل صحت قراردادها در مواد ۲۲۳ و ۱۰۹۹ قانون مدنی از اصطلاح «فساد» استفاده کرده و یا اصطلاح «فاسد» که در مواد ۳۶۵ و ۸۱۳ قانون مدنی ذکر شده است؛ بنابراین می‌توان گفت در حقوق، فساد و بطلان به یک معنا به‌کار می‌رود[۳۳].

نگارندگان بر این باورند که عدم تفکیک میان دو عنوان «فاسد» و «باطل» از سوی فقها، به نظام حقوقی ایران و به‌ویژه قانون مدنی هم تسری یافته است. باتوجه به مطرح شدن این موضوع در خصوص مفاهیم فساد و بطلان، به‌نظر می‌رسد این نظریه قابل ارائه است که قانون‌گذار ایران در موارد معدودی به فساد اشاره کرده است، اما در موضوع معاملات منهیه، حکم وضعی، ناظر بر بطلان بوده و استفاده از عبارت بطلان، رویکرد اصلی قانون‌گذار است. با این حال، غیرقابل انکار است که معاملات منهیه اساساً دربردارندهٔ مفهوم فساد هستند و مطابق مادهٔ ۳۶۵ قانون مدنی، انجام این معاملات به مالکیت منتهی نمی‌شود. با این حال، موضوع معاملات منهیه، امری استثنایی است و از مفاد مادهٔ ۲۲۳ قانون یادشده استنباط می‌شود که اصل بر صحت

۳۰. محمدحسین آل کاشف الغطاء، *تحریر المجلة*، ج۱، (نجف اشرف: المکتبة المرتضویة، چ۱، ۱۳۵۰ق)، ص ۱۲۴.
۳۱. محمدفاضل لنکرانی، *اصول فقه شیعه*، ج۵ (قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، چ۱، ۱۳۸۱)، ص ۴۳۹.
۳۲. مهدی شهیدی، *حقوق مدنی* (اصول قراردادها و تعهدات)، ج۲، (تهران: مجد، چ۳، ۱۳۸۳)، ص ۱۰۴.
۳۳. ناصر کاتوزیان، *حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها*، ج۲، (تهران:گنج دانش ،چ۷، ۱۳۸۸)، ص ۳۰۰.

معاملات و عدم تعلق نهی به آنهاست و منهیه دانستن یک معامله ناظر بر تصریح آن در شرع یا قانون است.

۱.۲. از منظر فقهی

اینکه اثر وضعیِ تعلق نهی بر معامله چیست، محل اختلاف فقیهان است. برخی قائل به بطلان، برخی به صحت و برخی به تفصیل هستند. در ادامه هریک از اقوالی که از سوی فقها مطرح شده است بیان می‌شود.

۱.۱.۲. قول به صحت مطلق

در فقه امامیه در خصوص تعلق نهی به اصل معامله، معدودی قائل به صحت هستند[۳۴] و بطلان را صرفاً در مواردی همچون معاملات ربوی به دلیل اجماع می‌دانند، نه به دلیل تعلق نهی به نفس معامله. به عقیدهٔ آنان، نهی و تحریم برابر با طلب ترک فعل است؛ اما فساد عبارت است از عدم ترتب اثر، که امری مستقل و متفاوت با مفاد نهی و مضاعف بر اوست و از تعلق نهی به نفس معامله متبادر نمی‌شود[۳۵].

۲.۱.۲. قول به تفصیل (اول)

دستهٔ اول، ازجمله میرزای نایینی، قائل به تفصیل بین انواع تعلق نهی هستند و معتقدند اگر متعلق نهی سبب باشد، فساد معامله را به‌دنبال ندارد[۳۶]. ممنوعیت ایجاد سبب و مبغوض بودن آن نزد شارع، دلیل بر عدم ترتب اثر و امضا از ناحیهٔ شارع مقدس نیست و برای اثبات فساد، نیاز به دلیل دیگری غیر از نهی است که در مانحن‌فیه وجود ندارد. اما اگر متعلق نهی مسبب باشد، موجب فساد معامله خواهد شد[۳۷]؛ زیرا صحت معامله متوقف بر سه امر است: ۱- طرفین مالک یا در حکم مالک باشند تا صلاحیت انتقال مال را داشته باشند. ۲- ممنوعیتی برای تصرف در مال نداشته و بر آن سلطه داشته باشند. ۳- انجام معامله از طریق سبب خاصی از اسباب صورت گیرد.

---

۳۴. ضیاء الدین عراقی، نهایهٔ الافکار، ج۲، (قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ۳، ۱۴۱۴ق)، ص ۴۵۹؛ سید ابوالقاسم موسوی خوئی، *مصباح‌الفقاهه* (المکاسب)، ج۷ (قم: انصاریان، چ۴، ۱۴۱۷ق)، ص۳۸۰.

۳۵. محمدباقر وحید بهبهانی، الرسائل الفقهیهٔ، (قم: موسسهٔ علامه وحید بهبهانی، چ۱، ۱۴۱۹ق)، ص ۲۲۰.

۳۶. محمدحسین نائینی، أجود التقریرات، ج۱، (قم: مطبعهٔ العرفان، چ۱، ۱۳۵۲ش)، ص ۴۰۴-۴۰۵.

۳۷. میرزا محمدتقی شیرازی، حاشیهٔ المکاسب، ج۲، (قم: منشورات شریف الرضی، چ۱، ۱۴۱۲ق)، ص۲۷۳.

حال اگر نهی به مسبب تعلق گیرد، موجب عجز مکلف از انجام معامله گردیده، سلطهٔ او بر مال ازبین می‌رود و درنتیجه فسادِ معامله را درپی خواهد داشت[۳۸]. این نظر از سوی محقق کرکی در کتاب جامع المقاصد، شهید ثانی در مسالک الافهام و برخی دیگر از فقهای بزرگ تأیید شده است. آنان همین مطلب را به‌مثابه یک قاعده اعلام کرده، فرموده‌اند: «النهی فی المعاملات إذا توجه إلی رکن العقد، دلّ علی الفساد»[۳۹]. همچنین مراغی در کتاب العناوین الفقهیه معتقد است که نهی بر فساد دلالت دارد به‌گونه‌ای که نسبت به آن ادعای اجماع شده است؛ این اجماع یا به دلیل وجود قرینه‌ای نزد فقها بوده است و یا به دلیل اثبات‌کنندهٔ دیگری نزد ایشان. علاوه بر اجماع، استقرا نیز به‌عنوان دلیل دیگر مورد توجه قرار گرفته، به این معنا که از بررسی معاملات منهیه‌ای که نهی به رکن آن تعلق گرفته است، می‌توان فساد معامله را برداشت کرد[۴۰].

۳.۱.۲. قول به تفصیل (دوم)

دستهٔ دوم از فقها بر این باورند که تعلق نهی به ذات و نفس معامله، بطلان آن را در پی خواهد داشت. ازجمله دلایل آنان این است که نهی از ذات قرارداد و اصل معامله، ارشاد به فساد است[۴۱]؛ برای مثال، صاحب مفتاح الکرامه در پاسخ به این سؤال که «در مواردی که بیع سلاح، حرمت دارد (مانند بیع سلاح به دشمنان دین) در صورت وقوع، آن معامله چه حکمی دارد؟ ایشان بر این باور است که چنین معامله‌ای صحیح نیست؛ زیرا نهی به اصل و نفس معامله تعلق گرفته است»[۴۲]. در مقابل، نظر مخالف هم وجود دارد[۴۳]؛ با این حال، تعلق نهی به ارکان معامله مهم‌ترین علت بطلان و فساد معاملات است و آنچه از نایینی در همین بحث بیان شد[۴۴] و

۳۸. محمدحسین نائینی، *أجود التقریرات*، ج۱، (قم: مطبعهٔ العرفان، چ۱، ۱۳۵۲)، ص ۴۰۴-۴۰۵.

۳۹. علی‌بن حسین محقق کرکی، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، ج۱۱، (قم: مؤسسهٔ آل البیت، چ۲، ۱۴۱۴ق)، ص ۲۸۱؛ زین الدین بن علی شهید ثانی، *مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام*، ج۶ (قم: موسسهٔ المعارف الاسلامیه، چ۱، ۱۴۱۳ق)، ص ۲۷۱؛ محمدبن محمد بحر العلوم، *بلغهٔ الفقهیه*، ج۴ (تهران: منشورات مکتبهٔ الصادق، چ۴، ۱۴۰۳ق)، ص ۱۶۲؛ یوسف‌بن احمد بحرانی آل عصفور، *الحدائق الناضرهٔ فی أحکام العترهٔ الطاهرهٔ*، ج۲۲ (قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ۱، ۱۴۰۵ق)، ص ۵۹۵.

۴۰. میرفتاح حسینی مراغی، *العناوین الفقهیه*، ج۲، (قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ۱، ۱۴۱۷ق)، ص ۳۷۷-۳۸۰.

۴۱. مرتضی‌بن محمد امین انصاری، *کتاب المکاسب (المحرمه)*، ج۱، (قم: دارالحکمه، چ۸، ۱۳۹۲)، ص ۱۱۷-۱۲۰.

۴۲. سید جواد حسینی عاملی، *مفتاح الکرامهٔ فی شرح قواعد العلاّمهٔ*، ج۱۲، (قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ۱، ۱۴۱۹ق)، ص ۱۲۲.

۴۳. مرتضی بن محمد امین انصاری، *کتاب المکاسب (المحرمه)*، ج۱، (قم: دارالحکمه، چ۸، ۱۳۹۲)، ص ۱۲۱.

۴۴. محمدحسین نائینی، *أجود التقریرات*، ج۱، (قم: مطبعهٔ العرفان، چ۱، ۱۳۵۲)، ص ۴۰۵-۴۰۶.

مواردی که ایشان صحت معاملات را متوقف بر آن دانستند، همان ارکان معاملات است. به عبارت دیگر، زمانی که نوک پیکان نهی یکی از ارکان معامله را نشانه می‌رود و به آن اصابت می‌کند، آن‌قدر این ضربه مهلک و تأثیرگذار است که به مرگ معامله منتهی خواهد شد.

٤.١.٢. قول به فساد مطلق

دستهٔ سوم معتقدند که نهی از معاملات به‌طور کلی و صرف‌نظر از متعلق آن، موجب فساد معامله است[۴۵] و اینکه تعلق نواهی و ممنوعات به اسباب، فساد را در پی ندارد، صحیح نیست؛ ازجمله استدلال‌های قائلان به این نظریه این است که اسباب، مقصود اصلی معاملات نیست، بلکه صرفاً ابزاری برای انجام معامله محسوب می‌شود؛ حتی «مسببات» نیز همین نقش را ایفا می‌کنند؛ از این رو باید گفت مقصود بالاصاله، همان اثر معامله است که در صورت وجود نهی و منع، تحقق آن منتفی خواهد بود[۴۶]. قائلان به نظریهٔ فساد مطلق معتقدند که ادله‌ای همچون «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» به صورت عام مجموعی دلالت بر حلیت تکلیفی و وضعی معاملات دارند؛ بنابراین، اگر نهی و ممنوعیت به معامله‌ای تعلق گیرد، نه‌تنها حلیت تکلیفی آن ساقط می‌شود، بلکه حلیت وضعی آن نیز باقی نخواهد ماند و معامله فاسد خواهد بود[۴۷].

در همین‌جا لازم است اشاره شود که عقد مراعی به‌عنوان یکی از مصادیق عقود معلق، ذاتاً در شمار معاملات منهیه قرار نمی‌گیرد، اما می‌تواند در این بحث جایگاه ویژه‌ای بیابد. در عقد مراعی، تحقق معامله منوط به رفع مانع خارجی است و این مانع همان تعلق حق ثالث نسبت به مورد معامله است که تا زمان رفع آن، سرنوشت عقد در حالت تعلیق و تردید باقی می‌ماند[۴۸]. بر این اساس اگر مانع تعلیقی، مشتمل بر امر ممنوع یا نامشروعی باشد، عقد مراعی در زمرهٔ معاملات منهیه قرار گرفته، حکم بطلان یا عدم نفوذ بر آن مترتب خواهد شد. اما در صورت مشروع بودن مانع، عقد مراعی صرفاً یک عقد معلق به رفع مانع محسوب می‌شود و نمی‌توان آن را ممنوع یا باطل دانست. برای مثال، می‌توان به تصرفات منافی بیع شرط و خیار شرط و

---

۴۵. محمدبن حسن طوسی (شیخ طوسی)، *الخلاف*، ج۱، (قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ۱، ۱۴۰۷ق)، ص ۶۳۱؛ همو، *المبسوط فی الفقه الاسلامیة*، ج۱، (تهران: المکتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، چ۳، ۱۳۸۷ق)، ص ۱۵۰.

۴۶. حسین بروجردی، *نهایة الاصول*، (تهران: تفکر، چ۱، ۱۴۱۵ق)، ص ۲۸۸.

۴۷. علی ایروانی، *نهایة النهایة فی شرح الکفایة*، ج۱، (قم: دفتر تبلیغات اسلامی، چ۱،۱۳۷۰)، ص ۲۵۳.

۴۸. میرزا محمدحسین نائینی، *المکاسب و البیع*، ج۲، (قم: دفتر نشر اسلامی، چ۱، ۱۴۱۳ق)، ص ۴۶۱.

معاملات قبل از حصول معلق‌علیه نسبت به موضوع عقد معلق اشاره کرد. سرنوشت عقد اعم از صحت یا بطلان، وابسته به رفع یا بقای مانع خواهد بود[۴۹]؛ به این ترتیب، در فقه امامیه، معیار تمایز میان عقد مراعی و معاملهٔ منهی، مشروعیت یا عدم مشروعیت شرط (مانع) و متعلق عقد است.

۲.۲. از منظر حقوقی

معاملهٔ ممنوع در حقوق ایران، هرچند به لحاظ ماهوی به رهیافت فقهی تشابهاتی دارد، ولی از نظر شکلی و ساختاری تفاوت‌هایی نیز میان آنها وجود دارد. بر این اساس، این مبحث را در پنج عنوان «بطلان»، «عدم نفوذ»، «قابلیت فسخ»، «قابلیت ابطال» و «عدم امکان استناد در مقابل ثالث» تبیین می‌کنیم:

۱.۲.۲. بطلان

از منظر حقوق ایران، با توجه به تفاوت بنیادین فقه با حقوق در تأثیر نهی بر معامله، حقوق‌دانان در چارچوب بحث ضمانت اجرای شرایط اساسی قرارداد، بطلان را نتیجهٔ فساد در ارکان اصلی عقد و تطبیق مفاد آن با مصالح اجتماعی می‌دانند. به گفتهٔ برخی، فسادی که در ارکان عقد باعث بطلان آن می‌شود، قابل جبران نیست و دو طرف نمی‌توانند به اصلاح آن تراضی کنند[۵۰]؛ برای نمونه، مادهٔ ۱۹۵ قانون مدنی، قصد را از ارکان معامله به‌شمار می‌آورد. مادهٔ ۲۱۲ قانون مدنی نیز که بیانگر حکم وضعی نهی از یکی از ارکان معاملات یعنی اهلیت داشتن متعاملان است، عدم اهلیت را موجب بطلان معامله دانسته است[۵۱]. همچنین است مادهٔ ۲۱۷ قانون مدنی که ضمانت اجرای عدم مشروعیت جهت معاملات را ذکر نموده است یا مادهٔ ۳۴۸ قانون مدنی به این موضوع تأکید دارد که ثمن و مثمن در معامله جزء ارکان محسوب می‌شوند و قانون‌گذار مثمنی را که طبق قوانین، خرید و فروش آن ممنوع است باطل می‌شمرد[۵۲]. در نتیجه،

۴۹. پیام محمدی میرعزیزی و محمد صالحی مازندرانی، «نسبت میان عقد استنادناپذیر و عقد غیرنافذ مراعی»، *مطالعات حقوقی*، ش ۴ (۱۳۹۹)، ص ۲۰۵ -۲۳۴.

۵۰. ناصر کاتوزیان، *حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها*، ج۲، (تهران: گنج دانش، چ۷، ۱۳۸۸)، ص ۳۰۱.

۵۱. مهدی شهیدی، *حقوق مدنی* (تشکیل قراردادها و تعهدات)، (تهران: مجد، چ۱، ۱۳۸۶)، ص ۱۹۱.

۵۲. حسن امامی، *حقوق مدنی*، ج۳، (تهران: اسلامیه، چ۲۳، ۱۳۸۳)، ص ۱۸۸.

یک استدلال منطقی ایجاد می‌شود که صغرای آن این است که فلان چیز خرید و فروشش ممنوع است و کبری این است که هر چیزی که خرید و فروش آن طبق قانون ممنوع باشد، باطل است؛ پس نتیجه این خواهد بود که هرچیزی که خرید و فروش آن ممنوع است از نظر حکم وضعی محکوم به بطلان است.

در مورد نهی از ارکان اختصاصی عقود نیز همانند ارکان عمومی، تعلق نهی موجب بطلان معامله خواهد بود؛ زیرا همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، نهی زمانی که رکن و اساس معامله را دربر گیرد، باعث بی‌اعتباری آن می‌شود. برای نمونه، می‌توان به مادۀ ۶۷ قانون مدنی اشاره نمود[۵۳] که عدم امکان قبض و اقباض مال موضوع عقد وقف را موجب بطلان می‌داند یا بر اساس مادۀ ۴۶۸ قانون مدنی، عدم معین بودن مدت اجاره از عوامل بطلان این عقد است و همچنین معین نبودن عین مال مرهون در رهن که در مادۀ ۷۷۴ قانون مدنی همین حکم را در پی دارد[۵۴].

۱.۱.۲.۲. حالات بطلان معامله

بر پایۀ مطالب پیش‌گفته، می‌توان چنین نتیجه گرفت که از منظر حقوق ایران، نهی (در معنای اعم از نهی صریح یا نهی در مفهوم مخالف) که موجب فساد و بطلان معامله است، شامل حالات زیر می‌شود:

۱.۱.۱.۲.۲. نهی از ذات عقد

منظور از این حالت، مواردی است که نهی به ذات عقد از سوی قانون‌گذار تعلق گرفته و شفاف‌ترین مثال در این خصوص، موضوع مادۀ ۶۵۴ قانون مدنی است که حکم معاملات ناشی از قمار را بیان نموده است[۵۵]. آنچه خرید و فروش آن، مورد حمایت قانون‌گذار نباشد (موضوع مادۀ ۳۴۸ ق.م) و نیز آنچه به‌صراحت موضوع مال، نهی قانونی شده باشد (موضوع مادۀ ۳۴۹ ق.م)، در همین دسته قرار می‌گیرد[۵۶]. علاوه بر این، مصادیق یادشده در قانون مدنی، موضوعاتی

۵۳. ناصر کاتوزیان، *عقود معین*، (تهران: گنج دانش، چ۷، ۱۳۸۸)، ص ۱۳۵.
۵۴. فرهاد بیات و شیرین بیات، *شرح جامع قانون مدنی*، (تهران: ارشد، چ۲۰، ۱۴۰۰)، ص ۴۱۸.
۵۵. حسن امامی، *حقوق مدنی*، ج۱، (تهران: اسلامیه، چ۲۳، ۱۳۸۳)، ص ۳۱۹.
۵۶. همان، *حقوق مدنی*، ج۱، (تهران: اسلامیه، چ۲۳،۱۳۸۳ش)، ص ۸۹.

مانند نهی از معاملهٔ اموال عمومی، مواد مخدر و عتیقه را می‌توان در همین دسته قرار داد[۵۷]. نهی از کلیهٔ معاملات مجرمانه مانند معاملهٔ مشروبات الکلی، مواد مخدر و.... به همین دسته تعلق دارد[۵۸]. با این حال، باید توجه داشت که این موارد با معاملاتی که انتقال مورد معامله به‌موجب قرارداد یا قانون، منوط به موافقت شخص ثالث است، تفاوت دارد؛ زیرا در این‌گونه معاملات، عدم رضایت ثالث موجب بی‌اعتباری عقد از حیث **شرط نفوذ** آن است، نه به دلیل وجود **نهی به ذات عقد**.

۲.۱.۱.۲.۲. نهی از ارکان

حالت دوم، ناظر به نهی از ارکان معامله، یعنی شرایط اساسی صحت آن است. مقصود از این نوع نهی، مواردی است که مستقیماً به شرایط اساسی صحت معامله ارتباط دارد. این شرایط همان موارد مندرج در مادهٔ ۱۹۰ قانون مدنی است که پیش‌تر توضیح داده شد. ازجمله مصادیق این دسته می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

وقف بر مقاصد غیرمشروع (مادهٔ ۶۶ ق.م)، انجام معامله بدون استفاده از الفاظ و اشارات دالّ بر قصد (مادهٔ ۱۹۴ ق.م)، انجام معامله در حالت مستی یا فقدان شعور (مادهٔ ۱۹۵ ق.م)، معامله با اشخاص محجور (مادهٔ ۲۱۲ ق.م)، معامله با جهت نامشروع صریح (مادهٔ ۲۱۷ ق.م)[۵۹]، معامله نسبت به مبیع غیرقابل تسلیم (مادهٔ ۳۴۸ ق.م)، معامله نسبت به مبیع ناموجود (مادهٔ ۳۶۱ ق.م)، اجارهٔ عین مجهول (مادهٔ ۴۷۲ ق.م)، جعالهٔ نامشروع یا غیرعقلایی (مادهٔ ۵۷۰ ق.م)، ضمان دین مالم‌یجب (مادهٔ ۶۹۱ ق.م)، ضمانت تردیدی (مادهٔ ۶۹۴ ق.م)، تعلیق در ضمان (مادهٔ ۶۹۹ ق.م)، اشتباه در شخص یا موضوع صلح (مواد ۷۶۲ و ۷۶۷ ق.م)، و درنهایت، معاملهٔ صوری با قصد فرار از دین (مادهٔ ۲۱۸ ق.م).

رویکرد قانون‌گذار ایران در سال ۱۳۰۷ بر عدم نفوذ این معاملات استوار بود. با این حال در اصلاحیهٔ ۱۳۷۰ تغییر دیدگاه قانون‌گذار به‌روشنی قابل مشاهده است؛ به‌گونه‌ای که به‌صراحت

۵۷. مهدی شهیدی، *حقوق مدنی* (تشکیل قراردادها و تعهدات)، (تهران: مجد، چ۱،۱۳۸۶)، ص ۱۴۱.

۵۸. ناصر کاتوزیان، *عقود معین*، ج۱، (تهران: گنج دانش، چ۷، ۱۳۸۸)، ص ۱۸۱.

۵۹. برای مطالعهٔ بیشتر، ر.ک سید محمدهادی قبولی درافشان، محمدتقی فخلعی و محمدحسن حائری، «ضمانت اجرای قرارداد با جهت نامشروع در حمایت از نظم عمومی سنتی و اقتصادی»، *دانشنامهٔ حقوق اقتصادی*، ش۱۰ (۱۳۹۵)، ص ۱-۲۹.

حکم بر بطلان چنین معاملاتی داده است. برخی محققان در تحلیل این رویکرد بر این باورند که بطلان معامله به قصد فرار از دین در اصلاحیهٔ یادشده، نه به دلیل انگیزهٔ نامشروع، بلکه صرفاً به دلیل صوری بودن معامله است. بر این اساس، حکم اصلی معامله به قصد فرار از دین همچنان«عدم نفوذ» است؛ ولی اگر معامله صوری باشد (چه به قصد فرار از دین و چه به انگیزهٔ دیگر)، به دلیل تعارض میان صورت و قصد واقعی طرفین، باطل محسوب می‌شود.

نتیجه آنکه **معاملهٔ صوری** در هر حال باطل است، اما **معاملهٔ واقعی** که صرفاً با انگیزه فرار از دین انجام می‌شود، بین طرفین نافذ بوده، در برابر اشخاص ثالث **غیرقابل استناد** است[۶۰].

۳.۱.۱.۲.۲. نهی از شرایط غیراساسی

حالت سوم، نهی از شرایطی است که به صحت معامله خلل وارد می‌سازد؛ ولی جزء شرایط اساسی صحت معامله نیست. این دسته از نهی‌ها غالباً ناظر بر شرایط اختصاصی یا تبعی عقود و ایقاعات هستند که عدم رعایت آنها به جهت صیانت از نظم عمومی یا حمایت از طرف ضعیف‌تر قرارداد پیش‌بینی شده است. برای مثال، اگر اقباض در وقف امکان‌پذیر نباشد (مادهٔ ۶۷ ق.م) یا وقف بر مجهول (مادهٔ ۷۲ ق.م) یا بر نفس صورت گیرد (مادهٔ ۷۲ ق.م) یا مبیع فاقد مالیت یا قیمت باشد (مادهٔ ۴۳۴ ق.م) یا اجاره بدون تعیین مدت (مادهٔ ۴۶۸ ق.م) یا اجارهٔ مستأجره معیوب (مادهٔ ۴۸۱ ق.م) یا اجارهٔ مستاجره تلف‌شده (مادهٔ ۴۹۶ ق.م) و یا در رهن دین و منفعت (مادهٔ ۷۷۴ ق.م) باشد، مورد نهی قانون‌گذار است و اثر بطلان دارد. برخی از این موضوعات اختصاص به عقد خاص (وقف، اجاره و رهن) دارد و برخی صرفاً مشمول اثر بطلان است؛ اگرچه ناقض شرایط اساسی صحت معامله نیست.

٤.۱.۱.۲.۲. نهی از شروط فاسدِ مُفسِد

حالت چهارم، نهی به شروط ضمن عقد فاسدی است که مفسد عقد نیز می‌باشد. در این دسته، نهی مستقیماً به معامله تعلق ندارد، بلکه به شروط ضمن عقد تعلق می‌گیرد. در این زمینه نیز دو دسته قابل تصور است: دستهٔ اول، شروط باطل و مبطل تمام عقود که در مادهٔ ۲۳۳ قانون مدنی به آن تصریح شده است؛ هرچند که فهرست مادهٔ ۲۳۳ حصری نیست و هر شرطی که

۶۰. ناصر کاتوزیان، *عقود معین*، (تهران: گنج دانش، چ۷، ۱۳۸۸)، ص ۱۶۴.

ماهیت یا ارکان اساسی عقد را مختل کند، مبطل کل عقد خواهد بود[۶۱]. دستهٔ دوم، شروط باطل و مبطل مختص برخی عقود است که البته برخی عقیده دارند همین نوع از شروط نیز به شروط دستهٔ اول بازگشت دارد؛ مانند عدم تعیین مدت در خیار شرط بیع (مادهٔ ۴۰۱ ق.م) که موجب جهل به عوضین می‌شود[۶۲] و یا شرط تعلق تمام ثمره به مزارع یا عامل که مختص عقد مزارعه است (مادهٔ ۵۳۲ ق.م). در این خصوص، برخی بر این باورند که شرط تملک تمام محصول از اقسام شرط خلاف مقتضای عقد به‌شمار می‌آید[۶۳]. همچنین است شرط ضمانت سرمایه برعهدهٔ مضارب یا شرط عدم تحمل خسارت از سوی مالک در عقد مضاربه (مادهٔ ۵۵۸ ق.م)؛ با این توضیح که به اعتقاد آنان، شرط ضمان مضارب مخالف وصف امانت بوده، به‌واسطهٔ مخالفت با مقتضای ذات عقد مضاربه، آن را باطل و مبطل می‌دانند[۶۴]. با وجود این، به‌نظر می‌رسد که به لحاظ مبنایی، شرط ضمان، مخالف مقتضای اطلاق امانت است و نه ذات امانت. همان‌طور که برخی دیگر از فقها تصریح کرده‌اند[۶۵] و همچنین شرط نداشتن حق فروش عین مرهونه (مادهٔ ۷۷۸ ق.م) در همین‌جا هم در اینکه حکم بطلان تنها ناظر به‌شرط است یا عقد را هم باطل می‌کند، اختلاف و تردید وجود دارد: ۱- مشهور نظر به بطلان عقد دارد، به دلیل تعارض شرط با مقتضای رهن. ۲- برخی بطلان را با اتکا به ظاهر مادهٔ ۷۷۸ محدود به شرط می‌کنند و جوهر رهن را ایجاد تعلق حق مرتهن و حبس عین به سود او می‌دانند[۶۶]. توجه به این مطلب نیز ضروری است که هرجا قانون‌گذار از لفظ «باطل» استفاده کرده است، دلالت بر نهی یا نفی یا فساد نیست؛ مانند فوت متهب در عقد هبه قبل از قبض (موضوع ۸۰۲ ق.م).

۲.۲.۲. عدم نفوذ

عدم نفوذ به معنای عدم اثربخشی عمل حقوقی است، اما این فقدان اثر با آنچه در بطلان بیان گردید تفاوت دارد. در بطلان، عمل حقوقی از اساس فاقد هرگونه اثر حقوقی است و امکان

۶۱. فرهاد بیات و شیرین بیات، *شرح جامع قانون مدنی*، (تهران: ارشد، چ۲۰، ۱۴۰۰)، ص ۱۸۷ -۱۸۸.
۶۲. حسن امامی، *حقوق مدنی*، ج۳، (تهران: اسلامیه، چ۲۳، ۱۳۸۳)، ص ۲۸۵.
۶۳. فرهاد بیات و شیرین بیات، *شرح جامع قانون مدنی*، (تهران: ارشد، چ۲۰، ۱۴۰۰)، ص ۳۹۱.
۶۴. حسن‌بن یوسف علامه حلی، *تحریر الاحکام الشریعهٔ علی مذهب الامامیه*، ج۳، (قم: مؤسسهٔ امام صادق، چ۱۴۲۰،۱ق)، ص ۲۴۴.
۶۵. محمدحسن نجفی صاحب جواهر، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، ج۲۲، (بیروت:دارالتراث العربی، چ۷، ۱۴۰۴ق)، ص ۲۸۷.
۶۶. ناصر کاتوزیان، *عقود معین*، ج۴ (تهران: گنج دانش، چ۷، ۱۳۸۸)، ص ۱۶۴.

تصحیح یا تنفیذ آن وجود ندارد؛ اما در عدم نفوذ، عمل حقوقی در ذات خود قابلیت اثرگذاری دارد، ولی به دلیل وجود نقص یا مانع قانونی و شرعی، تحقق نتیجهٔ آن منوط به تحقق امر دیگری (مانند اجازه، تنفیذ یا رفع مانع) است[۶۷]. مهم‌ترین مصادیق عدم نفوذ در معاملات منهیه عبارت‌اند از: معاملهٔ محجورین (مادهٔ ۲۱۳ ق.م)، معامله با مال غیر (مادهٔ ۲۴۷ ق.م)، عقد اکراهی (مادهٔ ۳۴۶ ق.م)، بیع فضولی (مادهٔ ۳۵۲ ق.م)، صلح اکراهی (مادهٔ ۷۶۳ ق.م)، وصیت مازاد بر ثلث ترکه (مادهٔ ۸۴۳ ق.م)، معاملهٔ ورثه نسبت به اعیان ترکه قبل از تأدیهٔ دیون متوفی (مادهٔ ۸۷۱ ق.م) و معاملات و تصرفات غیررشید در اموال خود بدون اجازهٔ ولی یا قیم قانونی (مادهٔ ۱۲۱۴ ق.م). عدم نفوذ در معنای عام در قانون مدنی نیز به‌کاررفته است. قانون‌گذار در مادهٔ ۲۰۰ اشتباه در خود موضوع معامله را موجب عدم نفوذ اعلام کرده است؛ درحالی که تردیدی نیست که اشتباه در ذات مورد معامله، مانع از تشکیل عقد بوده و موجب بطلان آن است. همچنین مواد ۱۰، ۷۵۴ و ۸۳۷ قانون یادشده اختلافی محسوب می‌شوند و برخی این موارد را مصداق عدم نفوذ[۶۸] و برخی باطل می‌دانند[۶۹].

۳.۲.۲. قابلیت فسخ

معاملهٔ قابل فسخ، عقدی است که از ابتدا نافذ و مؤثر واقع می‌شود و آثار طبیعی و قانونی خود را به‌جای می‌نهد و تا هنگام فسخ نیز باقی می‌ماند[۷۰]. بازرترین مصادیق این حالت را می‌توان در بحث «خیارات» مشاهده کرد. البته بررسی تفصیلی خیارات، خارج از بحث معاملات منهی‌عنه است؛ با این حال، یکی از مواردی که در قلمرو معاملات منهیه، حکم وضعی **قابل فسخ** را به خود اختصاص داده، **موضوع مادهٔ ٤٢٤ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱** است. این ماده، معاملات تاجر متوقف را که با **قصد فرار از دین** یا به‌منظور **اضرار به طلبکاران** انجام شده باشد، در زمرهٔ معاملات قابل فسخ دانسته است. به این ترتیب، برخلاف بطلان یا عدم نفوذ که به ماهیت عقد از ابتدا لطمه می‌زند، در اینجا عقد صحیح و نافذ است، اما به دلیل وجود عنصر تقصیر یا سوء

---

۶۷. محمدباقر پارساپور، «کفایت رضایت باطنی مالک در نفوذ معامله به مال غیر»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش۲۱ (۱۳۹۹)، ص ۴۸.

۶۸. مهدی شهیدی،*حقوق مدنی* (اصول قراردادها و تعهدات)، (تهران: مجد، چ۱، ۱۳۸۳)، ص ۱۲۲.

۶۹. حسن امامی، *حقوق مدنی*، ج۴، (تهران: اسلامیه، چ۲۳، ۱۳۸۳)، ص ۱۹۸.

۷۰. ناصر کاتوزیان، *حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها*، ج۲، (تهران: گنج دانش، چ۷، ۱۳۸۸)، ص ۳۰۰؛ مهدی شهیدی، حقوق مدنی (اصول قراردادها و تعهدات)، (تهران: مجد، چ۱، ۱۳۸۳)، ص ۲۲.

نیت، قانون به اشخاص ذی‌نفع اجازهٔ برهم‌زدن آن را می‌دهد[۷۱].

٤.۲.۲. قابلیت ابطال

ابطال به معنای «از اثر انداختن یک عمل حقوقی و بی‌فایده ساختن آن است»[۷۲]. تفاوت ابطال با بطلان در عامل ایجاد اثر است؛ در ابطال باید همواره دخالت عنصر اراده را بیرون از عمل یا رخداد حقوقی جُست، درحالی که بطلان به خود عقد و شرایط و ارکان آن مربوط می‌شود[۷۳]. برخی از حقوق‌دانان، مفهوم ابطال عقد را حتی برای انحلال عقد از طریق فسخ یا اقاله به‌کار برده‌اند[۷۴]؛ حال آنکه ابطال اثر قهقرایی داشته، حکایت از آن دارد که عقد از لحظهٔ انعقاد وجود نداشته است. در مقابل، فسخ و اقاله از لحظه تحقق خود باعث قطع رابطهٔ حقوقی طرفین و انحلال عقد می‌شوند. برخی دیگر از حقوق‌دانان معتقدند در نظام حقوقی ایران و فقه اسلامی، مفهوم ابطال قرارداد موجود نیست و برخلاف حقوق فرانسه و سیستم‌های مشابه نمی‌توان با ابطال قرارداد، ماهیت و آثار عقد را به حالتی برگرداند که گویی اصلاً عقدی به‌وجود نیامده است[۷۵]. با این حال، گروهی دیگر به‌صراحت عدم وجود این عنوان را منکر نشده، مفهوم «قابل ابطال» را در حقوق ایران بیگانه قلمداد و به‌عنوان امری استثنایی بیان نمودند[۷۶] به‌نظر می‌رسد قانون‌گذار ایران هم به صورت صریح و هم به‌نوعی غیرمستقیم، به این موضوع اشاره کرده است: نوع اول، قابل ابطال اعلام نمودن معاملات یادشده در مادهٔ ۱۲۹ لایحهٔ قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ است که باید از سوی مدیران شرکت‌های سهامی بدون رعایت تشریفات انجام شود (مادهٔ ۱۳۱ لایحهٔ قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت) و نوع دوم، قابل ابطال اعلام کردن اسناد نقل و انتقال‌هایی است که از جانب مؤدیان مالیاتی به قصد فرار از پرداخت مالیات صورت می‌گیرد (تبصرهٔ مادهٔ ۲۰۲ قانون مالیات‌های مستقیم ۱۳۹۴). در مورد مادهٔ ۱۳۱ لایحهٔ قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت، آن دسته از حقوق‌دانانی که نظر

---

۷۱. مهدی شهیدی، *حقوق مدنی*، (اصول قراردادها و تعهدات)، (تهران: مجد، چ۱، ۱۳۸۳)، ص ۲۹.

۷۲. مسعود انصاری و محمدعلی طاهری، *دانشنامهٔ حقوق خصوصی*، ج۱، (تهران: محراب فکر، چ۱، ۱۳۸۴)، ص ۸۵.

۷۳. حسن امامی، *حقوق مدنی*، ج۴، (تهران: اسلامیه، چ۲۳، ۱۳۸۳)، ص ۱۶۲.

۷۴. محمدجعفر جعفری لنگرودی، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، ج۱، (تهران:گنج دانش، چ۵، ۱۳۹۲)، ص ۲۷۸.

۷۵. مهدی شهیدی، *حقوق مدنی* (اصول قراردادها و تعهدات)، (تهران: مجد، چ۱، ۱۳۸۳)، ص ۵۴.

۷۶. ناصر کاتوزیان، *حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها*، ج۲، (تهران: گنج دانش، چ۷، ۱۳۸۸)، ص ۳۰۳.

به عدم امکان ابطال قرارداد در حقوق ایران داشته‌اند، عنوان «قابل ابطال» در این ماده را به معنای «عدم نفوذ» تفسیر نموده‌اند[۷۷] و حال آنکه عقد قابل ابطال، پیش از تنفیذ نیز نفوذ حقوقی دارد و حکم دادگاه آن را باطل می‌کند. در تأیید این نظر می‌توان به نظریهٔ مشورتی شمارهٔ ۷/۹۹/۵۳۶ مورخ ۴ مرداد ۱۳۹۹ ادارهٔ کل حقوقی قوهٔ قضاییه نیز اشاره کرد که حکایت از اعتبار این نوع معاملات پیش از صدور حکم دادگاه مبنی بر ابطال آن دارد؛ درحالی که عقد غیرنافذ پیش از تنفیذ هیچ اثر حقوقی ندارد و هر ذی‌نفع می‌تواند به این «عدم نفوذ» استناد کند[۷۸]. از آنچه گذشت می‌توان نتیجه گرفت، اگرچه «قابل ابطال» در ادبیات حقوقی ایران به‌ندرت از سوی قانون‌گذار به‌کار رفته، اما وجود این ضمانت اجرا غیرقابل انکار است و به‌عنوان یکی دیگر از انواع حکم وضعی معاملات منهیه مورد شناسایی قرار می‌گیرد.

۵.۲.۲. عدم قابلیت استناد در مقابل ثالث

غیرقابل استناد بودن معاملات را می‌توان به معنای «صحت و اعتبار میان طرفین عمل حقوقی و بی‌اعتباری و نیستی در برابر اشخاص ثالث» تعریف کرد[۷۹]. برخی حقوق‌دانان این حالت را وضعیتی خفیف‌تر از عدم نفوذ تحلیل کردند[۸۰]. لازم به ذکر است، حالت غیرقابل استناد با عقد باطل نیز یکسان نیست. تفاوت مهم آنها در این است که در «بطلان» بی‌اعتباری عقد مطلق است و هیچ اثر حقوقی بر آن مترتب نمی‌شود؛ درحالی که در حالت غیرقابل استناد، بی‌اعتباری عقد نسبی است. به هر حال با استقرا در قوانین ایران، باید پذیرفت که غیرقابل استناد بودن معاملات نیز یکی دیگر از احکام وضعی حقوقی معاملات منهیه محسوب می‌شود[۸۱]. برخی نمونه‌های آن عبارت‌اند از: معامله به‌قصد فرار از دین (مادهٔ ۲۱۸ مکرر ق.م) که برخی دکترین حقوقی معتقدند اگر معامله به قصد فرار از دین صوری نباشد نافذ بوده، از جمع مقررات قانون مدنی و قانون نحوهٔ اجرای محکومیت‌های مالی و اصل ۴۰ قانون اساسی استنباط می‌شود این

۷۷. سید حسین صفایی، *دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی* (قواعد عمومی قراردادها)، ج۲، (تهران: میزان، چ۴، ۱۳۸۴)، ص ۱۵۰.

۷۸. مسعود انصاری و محمدعلی طاهری، دانشنامهٔ حقوق خصوصی، ج۳، (تهران: محراب فکر، چ۱، ۱۳۸۴)، ص ۲۱۱.

۷۹. محسن ایزانلو و صادق شریعتی‌نسب، «مطالعهٔ تطبیقی عدم قابلیت استناد در حقوق ایران و فرانسه»، حقوق خصوصی، ش۳ (۱۳۹۱)، ص ۳۵-۶۶.

۸۰. سید حسین صفایی، دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، ج۲، (تهران: میزان، چ۴، ۱۳۸۴)، ص ۱۵۳.

۸۱. جواد نیک‌نژاد، «وضعیت فقهی- حقوقی معاملهٔ معارض با شرط فاسخ»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش۲۷ (۱۴۰۱)، ص ۲۴۹.

معامله غیرقابل استناد در مقابل ثالث خواهد بود[۸۲]. همچنین ادارهٔ کل حقوقی قوهٔ قضاییه در نظریهٔ مشورتی شمارهٔ ۷/۱۴۰۰/۹۵۶ مورخ ۲ آذر ۱۴۰۰ و نظریهٔ مشورتی شمارهٔ ۷/۱۴۰۲/۳۸۰ مورخ ۳۱ مرداد ۱۴۰۲، ضمن اعلام صحت معاملات با قصد فرار از دین، به حکم مقرر در مادهٔ ۲۱ قانون نحوهٔ اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ اشاره نموده است و ازآنجا که در این ماده، به امکان وصول محکوم‌به از عین مال یا معادل قیمت آن از اموال انتقال‌گیرنده اشاره شده است، صحت معامله و همچنین غیرقابل استناد بودن آن در برابر دائن یا محکوم‌له (ثالث) استنباط می‌گردد.

برآیند سنجش حکم وضعی معاملات منهیه و ممنوعه

از آنچه گذشت این یافته‌های پژوهشی به‌دست می‌آید که اولاً نسبت میان ضمانت اجرای وضعی میان فقه و حقوق ایران عموم و خصوص مطلق است؛ به این معنا که اکثر احکام وضعی بیان‌شده در فقه، در حقوق ایران نیز وجود دارد، اما سه حالت قابل فسخ و قابل ابطال و غیرقابل استناد در مقابل ثالث، از مختصات حقوق ایران است. ثانیاً یکی از چالش‌های مهم محاکم قضایی ایران در مواجهه با پرونده‌هایی با موضوعاتی مانند تقاضای بطلان معاملات منهیه، این است که از یک سو ممکن است معامله از نظر فقهی صحیح باشد، اما از نظر حقوقی بر اساس قوانین قابل ابطال، قابل فسخ یا غیرقابل استناد در مقابل ثالث تشخیص داده شود. سؤال مهم در این شرایط این است که اگر دادگاه رأی به بطلان چنین معامله‌ای صادر نماید، آیا این حکم خلاف بیّن شرع محسوب می‌شود؟ نگارندگان بر این باورند که چنین رأیی خلاف بیّن شرعی نیست.

نتیجه

۱- معاملات منهیه در فقه امامیه به معاملاتی گفته می‌شود که نهی اعم از تنزیهی و تحریمی بر موضوع وارد شده باشد. در حقوق ایران معامله‌ای ممنوعه دانسته می‌شود که منع یا نهی نسبت به مورد معامله یا متعلق آن از سوی شارع مقدس یا قانون‌گذار تصریح شده باشد.

۲- حکم تکلیفی معاملات منهیه از منظر فقهی، وابسته به نوع نهی است. اگر نهی تحریمی باشد، معامله حرمت دارد و اگر تنزیهی باشد، معامله مشمول کراهت به‌عنوان حکم تکلیفی

۸۲. ناصر کاتوزیان، *حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها*، ج۲، (تهران:گنج دانش، چ۷، ۱۳۸۸)، ص ۲۹۹.

خواهد بود. در حقوق ایران صرفاً در مورد نامشروع بودن جهت معامله، به‌حکم تکلیفی توجه می‌شود.

۳- حکم وضعی معاملات منهیه پیچیدگی بیشتری دارد. در فقه (امامیه) ممکن است نهی نسبت به موضوعی وارد شده باشد، ولی معامله علی‌رغم وجود نهی، صحیح باشد. اگر نهی صریح باشد یا از مفهوم مخالف آن برداشت شود، معامله قطعاً مشمول حکم **صحت** نشده، در دو فرض **بطلان** یا **عدم نفوذ** قرار می‌گیرد. نظریهٔ صحت در میان اصولیون و فقها دلالت بر این دارد که خواه متعلق نهی سبب باشد یا مسبب یا تسبیب، در هر صورت، نهی موجب فساد نخواهد بود. در فقه امامیه، در مورد تعلق نهی به اصل معامله نیز برخی قائل به صحت هستند و بطلان را در مواردی همچون معاملات ربوی به دلیل اجماع می‌دانند، نه به سبب تعلق نهی به نفس معامله. همچنین اگر نهی به ذات معامله و رکن آن تعلق گیرد، این نهی لزوماً موجب فساد معامله نمی‌شود. در خصوص بطلان معاملات منهیه، میان فقها نوعی دسته‌بندی ارائه شد که برخی از فقها، بین انواع تعلق نهی، قائل به تفصیل هستند و معتقدند که نهی در سبب، موجب فساد معامله نیست؛ ولی نهی در مسبب، موجب فساد و بطلان معامله است. برخی دیگر، نهی در معامله را به‌صورت مطلق موجب بطلان می‌دانند و گروهی دیگر بر این باورند که بطلان معامله تنها در حالت تعلق نهی به ذات و نفسِ معامله است.

۴- در حقوق ایران، حسب آنچه قانون‌گذار در متون تقنینی تصریح کرده است، حکم وضعی معاملات منهیه به شش حالت فساد، بطلان، عدم نفوذ، قابل فسخ، قابل ابطال و غیرقابل استناد در مقابل ثالث تقسیم می‌شود. این تقسیم‌بندی و کشف حالات یادشده، نوآوری این تحقیق است، به‌نحوی که بیانگر تفاوت دیدگاه شارع و قانون‌گذار ایران در مواجهه با معاملات منهیه و ممنوعه است. درنهایت به‌نظر می‌رسد احکام تکلیفیِ حرمت و کراهت معاملات منهیه که در فقه آمده، محدود و نیازمند تصریح است. احکام وضعی معاملات منهیه در فقه و حقوق ایران، در نتیجهٔ بحث شباهت دارند؛ اما در جزئیات، میان فقها و حقوق‌دانان و اقسام ناشی از نهی در معامله، تفاوت بنیادین وجود دارد و بهره‌مندی حقوق‌دانان از دیدگاه فقها در این موضوع کم‌رنگ است.

منابع و مآخذ

الف) منابع فارسی

- کتاب‌ها

۱. امامی، حسن (۱۳۸۳). ***حقوق مدنی***. تهران: اسلامیه.

۲. انصاری، مسعود و طاهری، محمدعلی (۱۳۸۴). ***دانشنامه حقوق خصوصی***. تهران: محراب فکر.

۳. بیات، فرهاد و بیات، شیرین (۱۴۰۰). ***شرح جامع قانون مدنی***. تهران: ارشد.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۲). ***مبسوط در ترمینولوژی حقوق***. تهران: گنج دانش.

۵. خمینی، روح‌الله (۱۳۹۳). ***رساله توضیح‌المسائل***. تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

۶. شهیدی، مهدی (۱۳۸۳). ***حقوق مدنی (اصول قراردادها و تعهدات)***. تهران: مجد.

۷. شهیدی، مهدی (۱۳۸۶). ***حقوق مدنی (تشکیل قراردادها و تعهدات)***. تهران: مجد.

۸. صفایی، سید حسین (۱۳۸۴). ***دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)***. تهران: میزان.

۹. فاضل موحدی لنکرانی، محمد (۱۳۸۱). ***اصول فقه شیعه***. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).

۱۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸). ***حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها***. تهران: بهنشر.

۱۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸). ***عقود معین***. تهران: گنج دانش.

۱۲. محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۱). ***قواعد فقه (بخش مدنی ۲)***. تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها.

۱۳. مظفر، محمدرضا (۱۳۸۸). ***اصول الفقه***. ترجمه عباس زراعت و حمید مسجدسرایی. تهران: جنگل.

- مقالات

۱۴. ایزانلو، محسن و شریعتی‌نسب، صادق (۱۳۹۱). مطالعهٔ تطبیقی عدم قابلیت استناد در حقوق ایران و فرانسه. ***حقوق خصوصی***، ۹(۲)، ۳۵-۶۶. Doi:10.22059/jolt.2013.35159

۱۵. پارساپور، محمدباقر (۱۳۹۹). کفایت رضایت باطنی مالک در نفوذ معامله به مال غیر. ***مطالعات حقوق تطبیقی معاصر***، ۱۱(۲۱)، ۴۷-۶۶. Doi: 10.22034/law.2020.12630

۱۶. شیخی نصرآبادی، مجیدرضا و محمدمهدی یزدانی (۱۳۹۴). جستاری در روش‌شناسی حرمت تکلیفی معاملات ممنوعه از دیدگاه امام خمینی. ***فقه و اصول***، ۴۷(۳)، ۸۹-۱۰۸.
Doi: 10.22067/fiqh.v47i22.33257

۱۷. علیشاهی قلعه‌جوقی، ابوالفضل و حمیدی، معصومه (۱۳۹۶). بررسی تأثیر جهت نامشروع در صحت و فساد معاملات. ***فقه و اصول***، ۴۹(۴)، ۶۹-۸۸.
Doi: 10.22067/jfu.v49i4.24467

۱۸. قبولی درافشان، سید محمدهادی؛ فخلعی، محمدتقی و حائری، محمدحسن (۱۳۹۵). ضمانت اجرای قرارداد با جهت نامشروع در حمایت از نظم عمومی سنتی و اقتصادی. ***دانشنامهٔ حقوق اقتصادی***، ۲۳ (۹)، ۱-۲۹. Doi: 10.22067/le.v23i10.33593

۱۹. قنواتی، جلیل و صفری، اسفندیار (۱۳۹۹). نسبت اصل صحت و فساد با مادهٔ ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادی. ***جستارهای فقهی و اصولی***، ۶(۱۸)، ۱۸۱-۲۰۶.
Doi: 10.22034/jrj.2020.51273.1445

۲۰. محمدی میرعزیزی، پیام و صالحی مازندرانی، محمد (۱۳۹۹). نسبت میان عقد استنادناپذیر و عقد غیرنافذ مراعی. ***مطالعات حقوقی***، ۱۲(۴) ۲۰۵-۲۳۴.
Doi: 10.22099/jls.2020.37588.3951

۲۱. نیک‌نژاد، جواد (۱۳۹۹). وضعیت فقهی- حقوقی معاملهٔ معارض با شرط فاسخ. ***مطالعات حقوق تطبیقی معاصر***، ۱۳(۲۷)، ۲۳۷-۲۶۴. Doi: 10.22034/law.2021.39210.2575

ب) منابع عربی

- کتاب‌ها

۲۲. ***قرآن کریم***

۲۳. آخوند خراسانی، محمدکاظم‌بن حسین (۱۴۰۹ق). ***کفایة الأصول***. قم: طبع آل‌البیت،

۲۴. آشتیانی، محمدحسن‌بن جعفر (۱۴۲۹ق). ***بحرالفوائد فی شرح الفرائد***. بیروت: مؤسسه التاریخ العربی.

۲۵. آل کاشف الغطاء، محمدحسین‌بن علی‌بن محمدرضا (۱۳۵۹ق). ***تحریر المجلة***. نجف اشرف: المکتبة المرتضویة

۲۶. انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۴۲۸ق). ***فرائد الأصول***. قم: مجمع‌الفکر الاسلامی.

۲۷. انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۳۹۲). ***کتاب المکاسب: المحرمه (جلد ۱)***. ویراستاری احمد پایانی. قم: دارالحکمه.

۲۸. ایروانی، علی (۱۳۷۰). ***نهایة النهایة فی شرح الکفایة***. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزهٔ علمیهٔ قم.

۲۹. بحرانی، آل عصفور، یوسف‌بن احمدبن ابراهیم (۱۴۰۵ق). ***الحدائق الناضرة فی أحکام العترة الطاهرة***. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم.

۳۰. بروجردی، حسین (۱۴۱۵ق). ***نهایة الأصول***. تهران: تفکر

۳۱. بحرالعلوم، محمدبن محمدتقی (۱۴۰۳ق). ***بلغة الفقیه***. تهران: منشورات مکتبة الصادق

۳۲. جُزیری، عبدالرحمن (۲۰۰۵م). ***الفقه علی المذاهب الاربعة***. بیروت: دارالکتاب العربی.

۳۳. حائری، سید علی‌بن محمد طباطبایی (۱۴۰۹ق). ***الشرح الصغیر فی شرح المختصر النافع - حدیقة المؤمنین***. قم: کتابخانهٔ آیت‌الله مرعشی نجفی قدس‌سره.

۳۴. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی (۱۴۱۷ق). ***العناوین الفقهیة***. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم.

۳۵. حسینی عاملی، سید جوادبن محمد (۱۴۱۹ق). ***مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلاّمة***. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم.

۳۶. خوئی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۴۱۷ق). ***مصباح‌الفقاهة (المکاسب)***. قم: انصاریان.

۳۷. السُبکی، تاج‌الدین (۱۹۹۱م). ***الاشباه و النظائر***. بیروت: دارالکتب العلمیه.

۳۸. شهرکانی، ابراهیم اسماعیل (۱۴۳۰ق). ***معجم المصطلحات الفقهیه***. قم: ذوی القربی.

۳۹. شهید اول، محمدبن مکی عاملی (۱۴۱۹ق). ***ذکری الشیعة فی أحکام الشریعة***. قم: مؤسسهٔ آل‌البیت علیهم‌السلام.

۴۰. شهید اول، محمدبن مکی عاملی (۱۴۰۰ق). ***القواعد و الفوائد***. قم: کتاب‌فروشی مفید.

۴۱. شهید ثانی، زین‌الدین‌بن علی‌بن احمد عاملی جبعی (۱۳۸۶). ***الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه***. قم: مجمع الفکر الاسلامی.

۴۲. شهید ثانی، زین‌الدین‌بن علی‌بن احمد عاملی جبعی (۱۴۱۳ق). ***مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام***. قم: مؤسسة المعارف الإسلامیة.

۴۳. شیرازی، میرزا محمدتقی (۱۴۱۲ق). ***حاشیة المکاسب***. قم: منشورات شریف الرضی.

۴۴. صاحب جواهر، محمدحسن (۱۳۸۸). ***جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام***. لبنان، بیروت: دارالتراث العربی.

۴۵. صدر، محمدباقر (۱۴۱۸ق). ***دروس فی علم الأصول***. قم: اسلامی.

۴۶. طوسی، ابوجعفر، محمدبن حسن (۱۴۰۷ق). ***الخلاف***. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم.

۴۷. طوسی، ابوجعفر، محمدبن حسن (۱۳۸۷ق). ***المبسوط فی فقه الإمامیة***. تهران: المکتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة.

۴۸. عراقی، ضیاءالدین (۱۴۱۷ق). ***نهایة الأفکار***. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۴۹. علامه حلی، حسن‌بن یوسف‌بن مطهر اسدی (۱۴۲۰ق). ***تحریر الاحکام الشریعة علی مذهب الامامیه***. قم: مؤسسهٔ امام صادق علیه‌السلام.

۵۰. غدیری، عبدالله عیسی ابراهیم (۱۴۱۸ق). ***القاموس الجامع للمصطلحات الفقهیة***. بیروت: دار الرسول الاکرم صلی‌الله علیه و آله و سلم.

۵۱. محقق کرکی (ثانی)، علی‌بن حسین (۱۴۱۴ق). ***جامع المقاصد فی شرح القواعد***. قم: مؤسسهٔ آل‌البیت علیهم‌السلام.

۵۲. مشکینی اردبیلی، علی (۱۳۷۴). ***اصطلاحات الأصول و معظم أبحاثها***. قم: الهادی.

۵۳. منتظری، حسینعلی (۱۴۱۵ق). ***دراسات فی المکاسب المحرمة***. قم: تفکر.

۵۴. نائینی، محمدحسین (۱۳۵۲). ***أجود التقریرات***. قم: مطبة العرفان.

۵۵. نائینی، محمدحسین (۱۴۱۳ق). ***المکاسب و البیع***. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۵۶. وحید بهبهانی، محمدباقر بن محمد اکمل (۱۴۱۹ق). ***الرسائل الفقهیة (للوحید البهبهانی)***. قم: مؤسسهٔ علامه وحید بهبهانی.

University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514
Volum: 16 **Issue:** 39
Summer 2025

Article Type: Research Article **Pages:** 29-59

A Comparative Study of the Right to Water for Prisoners and Detainees in Light of the Jurisprudence of the European and Inter-American Courts of Human Rights

Hourieh Dordani Haghighi[1]| Hadi Salehi[2]| Aghil Mohammadi[3]

1. Master's student in International Law, Shiraz University, Iran dordani782@gmail.com
2. Assistant Professor, Department of Public and International Law, Shiraz University, Iran salehi0306@gmail.com
3. Assistant Professor, Department of Public and International Law, Shiraz University, Iran (Corresponding Author) mohammadiaghil10@yahoo.com

Abstract

The right to water for detained individuals and prisoners, as persons under strict care and restrictions, is not only a fundamental need but also a human right that must be upheld to preserve human dignity and ensure their health, with violations thereof prevented. Recognizing the right to water as an independent right plays a pivotal role in adequately securing and guaranteeing this right. This article, based on a descriptive-analytical method, addresses the question of how the right to water for individuals deprived of liberty has been interpreted and guaranteed in the judgments of the European and Inter-American Courts of Human Rights. The study concludes that, given the lack of explicit recognition of this right in the European and American Conventions on Human Rights, these courts have not treated the right to water as an independent right but rather as an element of human dignity. Through various cases, such as "Vitkovskiy v. Ukraine" in the European Court of Human Rights and "Bissoon et al v. Trinidad and Tobago" in the Inter-American Court of Human Rights, violations of the water right have been recognized as violations of human dignity. To elaborate on access to safe and sufficient water, these courts have legally considered violations of this right as breaches of member states' obligations to protect human dignity, as stipulated in Article 3 of the European Convention on Human Rights and Article 5(2) of the American Convention on Human Rights. However, in several instances, such as "Valašinasv. Lithuania" in the European Court of Human Rights, subsuming the right to water under other rights has resulted in the failure to establish a violation of Article 3 of the Convention, thereby undermining the effective guarantee of this right for prisoners.

Keywords: *Right to Water, Prisoners, Human Dignity, European Court of Human Rights, Inter-American Court of Human Rights.*

Received: 2024/06/10 **Received in revised form:** 2025/08/01 **Accepted:** 2025/08/25 **Published:** 2025/09/09

DOI: 10.22034/law.2025.67797.3498

Publisher: University of Tabriz law@tabrizu.ac.ir

شاپا الکترونیکی: ۰۵۱۴-۲۸۲۱
دوره: ۱۶، شماره: ۳۹
تابستان ۱۴۰۴

مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

نوع مقاله: پژوهشی **صفحات:** ۲۹-۵۹

مطالعهٔ تطبیقی حق بر آب در خصوص زندانیان و افراد بازداشت‌شده در پرتو آرای دیوان‌های اروپایی و بین‌امریکایی حقوق بشر

حوریه دردانی حقیقی[۱]| هادی صالحی[۲]| عقیل محمدی[۳]

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشگاه شیراز، ایران dordani782@gmail.com
۲. استادیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشگاه شیراز، ایران Salehi0306@gmail.com
۳. استادیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشگاه شیراز، ایران (نویسنده مسئول) Mohammadiaghil10@yahoo.com

چکیده

حق بر آب برای افراد بازداشت‌شده و زندانیان به‌عنوان افراد تحت مراقبت و محدودیت‌های شدید، نه‌تنها یک نیاز اساسی بلکه یک حق بشری است که باید در راستای حفظ کرامت انسانی و نیز سلامت این افراد، مورد توجه قرار گرفته، از نقض آن جلوگیری شود. به‌رسمیت شناختن حق بر آب به صورت یک حق مستقل، تأثیری بنیادین در جهت تأمین مطلوب این حق و تضمین آن ایفا می‌کند. این مقاله مبتنی بر روش توصیفی- تحلیلی به این سؤال پاسخ می‌دهد که حق بر آب در خصوص افراد محروم از آزادی در آرای دیوان‌های اروپایی و بین‌امریکایی حقوق بشر چگونه تبیین و تضمین شده است؟ نگارندگان نوشتار پیش رو نتیجه می‌گیرند که با توجه به عدم شناسایی صریح این حق در کنوانسیون‌های اروپایی و امریکایی حقوق بشر، این دو دیوان حق بر آب را نه به‌عنوان یک حق مستقل، بلکه به‌منزلهٔ یکی از مصادیق کرامت انسانی قلمداد کرده‌اند و در پرتو قضایای متعددی ازجمله قضیهٔ ویتکوفسکی علیه اوکراین در دیوان اروپایی حقوق بشر و قضیهٔ بیسون و دیگران علیه ترینیداد و توباگو در دیوان بین‌امریکایی حقوق بشر، نقض حق بر آب را به‌عنوان نقض کرامت انسانی شناسایی کرده‌اند. این دو دیوان، به‌منظور تبیین دسترسی به آب سالم و کافی، نقض این حق را از منظر حقوقی به‌عنوان نقض تعهدات دولت‌های عضو در قبال صیانت از کرامت انسانی یادشده در مادهٔ ۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و بند دوم مادهٔ ۵ کنوانسیون امریکایی حقوق بشر تلقی کرده‌اند. اما در موارد متعددی مانند قضیهٔ والاشیناس علیه لیتوانی در دیوان اروپایی حقوق بشر، قرار گرفتن حق بر آب ذیل سایر حقوق سبب شده است که در اثر عدم احراز نقض مادهٔ ۳ کنوانسیون از سوی این دیوان، تضمین اجرای این حق برای زندانیان محقق نشود.

واژگان کلیدی: *حق بر آب، دیوان اروپایی حقوق بشر، دیوان بین‌امریکایی حقوق بشر، زندانیان، کرامت انسانی.*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۳/۲۱ **تاریخ بازنگری:** ۱۴۰۴/۰۵/۱۰ **تاریخ پذیرش:** ۱۴۰۴/۰۶/۰۳ **تاریخ انتشار:** ۱۴۰۴/۰۶/۱۸

DOI: 10.22034/law.2025.67797.3498

ناشر: دانشگاه تبریز law@tabrizu.ac.ir

CC BY NC

مقدمه

آب، رکن اساسی حیات و بنیادی برای بقا محسوب می‌شود و نه‌تنها برای حیات و سلامتی بشریت ضروری است، بلکه تأثیرات ژرفی نیز بر سایر جنبه‌های زندگی دارد[۱]. حق بشر بر آب، برای زندگی با کرامت انسانی یک حق اساسی و حیاتی بوده و این حق، پیش‌نیاز تحقق سایر حقوق بشری تلقی شده است[۲]. از اصلی‌ترین چالش‌های حقوق‌دانان و جامعهٔ بین‌المللی، به‌رسمیت شناختن حق بر آب به‌عنوان یک حق مستقل و یا حقی بین نسلی[۳] و مشتق از سایر حقوق بشری است. این حق به‌عنوان یک مفهوم حقوق بشری از میانهٔ قرن بیستم آغاز و در ابتدای کار به صورت ضمنی و سپس به نحو صریح در نشست‌ها، کنفرانس‌ها و اسناد بین‌المللی مطرح شد[۴]. در این زمان، سازمان‌های بین‌المللی و فعالان حقوق بشر به لزوم دسترسی به آب سالم و بهداشتی پرداختند. نقطهٔ عطف آگاهی جهانی نسبت به چالش‌های مرتبط با آب، کنفرانس آب سازمان ملل در دسامبر ۱۹۷۷ در مار دل پلاتای[۵] آرژانتین بود که به‌صراحت دسترسی به آب آشامیدنی را به‌عنوان یک حق بشری معرفی نمود[۶] و پس از آن در مارس ۲۰۲۳، دومین کنفرانس آب سازمان ملل در نیویورک، در راستای ارتقای آگاهی جهانی نسبت به آب و شناسایی این حق به‌عنوان یکی از حقوق اساسی بشر، گام برداشت[۷].

1. Inga Winkler, *The Human Right to Water Significance, Legal Status and Implication for Water Allocation*, (Hart Publishing: Oxford, 2012), p. 35.
2. Emanuel Fantini, "An Introduction to the Human Right to Water: Law, Politics, and Beyond", *Wiley Interdisciplinary Reviews Water*, No. 2 (2019), p. 3; Paula Strakos, "Water as a Human Right: Comparative Study of Its Protection in the Inter American and European Jurisprudential Spheres", *Revista da Faculdade de Direito*, No. 3 (2016), p. 146.

۳. سید محمدصادق احمدی و سید ناصرالدین بدیسار، «حق بر آب در نظام بین‌المللی حقوق بشر»، *حقوق محیط زیست*، ش۲ (۱۳۹۵)، ص ۴۵؛ مجاهد امیری، روح‌الامین امیری و سید محمد مهدی راسخ، «حق بر آب در پرتو رویه قضایی دادگاه اروپایی حقوق بشر»، *مطالعات بین‌المللی*، ش۳ (۱۴۰۱)، ص ۲۱۱؛ میثم اسلام‌پناه، سید باقر میرعباسی و مریم مرادی، «نگرشی بر نقش رویه‌های ویژهٔ حقوق بشری در دسترسی به آب آشامیدنی سالم در کشورهای در حال توسعه»، *جامعه‌شناسی سیاسی ایران*، ش۳ (۱۴۰۱)، ص ۳۱۷.

۴. مهزاد صفاری‌نیا، *حق بر آب آشامیدنی سالم در حقوق بین‌الملل بشر*، (تهران: مجد، چ۱، ۱۳۹۴)، ص ۴۳.

5. Mar del Plata

۶. عقیل محمدی و هیوا حاجی‌ملا، «تعهد دولت‌ها به اجرای فراسرزمینی حق بشر بر دسترسی به آب سالم و بهداشتی»، *مطالعات حقوقی*، ش۱ (۱۴۰۲)، ص ۳۹۴.

7. Elke Herrfahrdt-Pähle, Annabelle Houdret, Ines Dombrowsky, Johannes Cullmann, Aditi Mukherji, Olcay Unver and Robert Varady, "Empowering Global Water Governance: Taking the 2023 UN Water Conference Outcomes Forward to Address the Current Water Crises", *Water International*, No.1 (2025), p. 4.

برخی از حقوق‌دانان، با عنایت به تفسیر عام شمارهٔ ۱۵ کمیتهٔ حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و نیز با استنباط از مواد ۱۱ و ۱۲ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بر این باورند که حق بر آب، پیش‌نیاز تحقق سایر حقوق بشری است[۸] و آن را مشتق و تابع سایر حقوق و ناشی از حقوق مدنی و سیاسی مانند حق بر حیات، دانسته و یا آن را نشئت‌گرفته از حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مانند حق برخورداری از استانداردهای مناسب زندگی، قلمداد کرده‌اند[۹]. با تصویب قطعنامهٔ ۶۴/۲۹۲ سازمان ملل متحد در ۲۸ جولای ۲۰۱۰، حق بشر بر دسترسی به آب سالم و بهداشت مورد شناسایی قرار گرفت و بر اهمیت دسترسی به آن تأکید شد[۱۰]. شورای حقوق بشر سازمان ملل قطعنامهٔ A/HRC/RES/15/9 را در همان سال به‌تصویب رساند و با استناد به قطعنامهٔ مجمع عمومی، حق بشر بر دسترسی به آب آشامیدنی را جزء جدایی‌ناپذیر حق برخورداری از بالاترین استانداردهای سلامتی، حق بر حیات و کرامت انسانی دانست و بر مسئولیت دولت‌ها در قبال تحقق کامل حقوق بشر، ازجمله حق بر آب، تأکید کرد[۱۱]. از سوی دیگر، عده‌ای از حقوق‌دانان بر این باورند که تفسیر عام شمارهٔ ۱۵، حق بر آب را یک حق مستقل، اما در چارچوب میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی درنظر گرفته است و از این رو، برخی از دولت‌ها در قوانین ملی خود به شناسایی این حق به‌عنوان یک حق مستقل و قابل مطالبه روی آورده‌اند[۱۲].

لازم به ذکر است که اگرچه برخی از حقوق‌دانان بر این باورند که لزوم اعلام رسمی حق بر آب به عنوان یک حق بشری، بلاوجه خواهد بود؛ اما در حقیقت، تا زمانی که یک سند لازم‌الاجرا در عرصهٔ حقوق بین‌الملل در باب پذیرش صریح حق بر آب تدوین نشود، مستقل بودن و یا مشتق شدن این حق از دیگر حقوق بشری، در صلاحیت محاکم منطقه‌ای حقوق بشر قرار

8. Silva Bertazzo, "The Protection of Access to Drinking Water in International Law", *Universidad Católica del Norte*, No. 2 (2015), p. 61.
9. Jimena Murillo Chavarro, "The Right to Water in the Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights", *ACDI Anuario Colombiano de Derecho International*, (2014), p. 39.
10. Addle Kirschner, "The Human Right to Water and Sanitation", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, (2011), p. 464.
11. Leo Heller, *The Human Rights to Water and Sanitation*, (United Kingdom: Cambridge University Press, 2022), p. 27.
12. Jimena Murillo Chavarro, *op. cit.*, p. 43;

فرشاد گراوند، «حق بر آب در پیکره حقوق بین‌الملل و حمایت از آن در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی»، *مطالعات حقوق عمومی*، ش۴ (۱۳۹۹)، ص ۱۶۸۹.

دارد[۱۳].

ازجمله مصادیق بارز اهمیت این حق در عمل، وضعیت زندانیان و افراد بازداشت‌شده است. با نظر به اینکه این افراد از آزادی خود محروم شده‌اند، باید حقوق بشر و کرامت انسانی آنها حفظ شود[۱۴]. با توجه به وابستگی کامل زندانیان به مقامات زندان برای تأمین نیازهای اساسی خود، فراهم نمودن آب سالم و بهداشتی برای این افراد در هر زمان به‌منظور حفظ سلامتی آنان ضروری است[۱۵]. در همین راستا، یکی از چالش‌های موجود در رویهٔ دیوان‌های اروپایی و بین‌امریکایی حقوق بشر، این است که آیا می‌توان حق دسترسی به آب سالم و بهداشتی برای زندانیان و افراد بازداشت‌شده را به‌عنوان یک حق بشری مستقل و الزام‌آور در چارچوب حقوق بین‌الملل به‌رسمیت شناخته، آن را تضمین کرد؟ دیوان‌های اروپایی و بین‌امریکایی حقوق بشر به‌عنوان دو نهاد قضایی برجسته و پیشرو در نظام‌های منطقه‌ای حقوق بشر، با توجه به اهمیت حیاتی این حق بنیادین به‌ویژه در خصوص افراد محروم از آزادی، از طریق ارائهٔ تفسیری موسع و پویا از مفاهیم بنیادین نظیر ممنوعیت رفتار غیرانسانی و تحقیرآمیز، تلاش کرده‌اند تا چارچوب‌ها و الزامات حقوقی دولت‌های عضو را در راستای تضمین این حق، به‌صورت جامع تبیین کنند. اگرچه این دو دیوان، قواعد حداقلی استاندارد سازمان ملل برای رفتار با زندانیان[۱۶] را معیار اساسی برای تفسیر محتوای حقوق افراد محروم از آزادی قرار داده، بر مبنای آن، تعهد دولت‌ها را نسبت به رعایت کرامت انسانی و تضمین شرایط انسانی تبیین می‌کنند، اما دیوان اروپایی حقوق بشر

13. *Ibid*, p. 46.

نیما نصراللهی شهری و سید قاسم زمانی، «بررسی حق بشری دسترسی به آب در پرتو رویه دیوان داوری ایکسید»، *مطالعات حقوق عمومی*، ش۲ (۱۳۹۹)، ص ۴۲۹.

۱۴. پژوهه، اعلامیه اصول اساسی رفتار با زندانیان، (۱۳۹۷/۰۲/۳۱)، قابل دسترس در: < https://shorturl.at/XeY5z>

15. Angus Wallace, "The European Court of Human Rights: a Tool for Improving Health", *The Lancet Public Health***,** No. 2 (2020), p. 78.

16. United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (The Nelson Mandela Rules), 2015.

این قواعد برای نخستین بار در کنگره سازمان ملل متحد در پیشگیری از جرم و رفتار با متخلفان در سال ۱۹۵۵ تصویب شد و در قطعنامه‌های ۳۱ ژوئیه ۱۹۵۷ و ۱۳ می ۱۹۷۷ به تأیید شورای اقتصادی و اجتماعی رسید و از آن زمان به عنوان حداقل استانداردهای به رسمیت شناخته شده جهانی برای رفتار با زندانیان محسوب می‌شود و پس از بازنگری در ۱۷ دسامبر سال ۲۰۱۵، سازمان ملل متحد در قطعنامه ۷۰/۱۷۵، این قواعد را به افتخار نلسون ماندلا به نام او نام‌گذاری کرد تا به نقش وی در ترویج حقوق بشر و اصلاح نظام‌های کیفری ادای احترام کند.

گاه در برخی موارد از ارائهٔ تضمین مناسب جهت جلوگیری از نقض حق بر آب زندانیان و افراد بازداشت‌شده، ناتوان ظاهر شده، درنتیجه با خلأ هنجاری و تفسیری در شناسایی این حق به‌عنوان یک حق مستقل، مواجه است. در مقابل، دیوان بین‌امریکایی حقوق بشر رویکردی فعال‌تر اتخاذ کرده و با استناد به اصول بنیادین کرامت انسانی و تفسیر موسع از حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، حق بر آب سالم و بهداشتی را به‌ویژه در خصوص افراد محروم از آزادی، به‌صراحت مورد شناسایی و حمایت قرار داده است.

در نهایت، با توجه به مطالب پیش‌گفته، این پژوهش در پی بررسی و تحلیل خلأهای حقوقی و موانع عملی در تضمین حق دسترسی به آب برای افراد محروم از آزادی در رویهٔ دیوان‌های اروپایی و بین‌امریکایی حقوق بشر برآمده و می‌کوشد که با تحلیل تطبیقی رویکرد این دو دیوان، ابعاد حقوقی، چالش‌ها و راهکارهای مؤثری برای تحقق این حق بنیادین ارائه نماید.

۱. حق بر آب زندانیان و افراد بازداشت‌شده: حقی در امتداد و یا در عرض سایر حقوق

با اینکه در کنوانسیون‌های اروپایی و امریکایی حقوق بشر، حق بر آب به‌صراحت عنوان نشده[۱۷]، اما این دو نظام در جهت شناسایی این حق بنیادین گام برداشته‌اند. در این راستا، با تصویب نظریهٔ مشورتی کمیتهٔ اقتصادی و اجتماعی اروپا در سال ۲۰۲۳، حق بر آب به‌عنوان یک حق بشری مورد اشاره قرار گرفت[۱۸]. در نظام امریکایی حقوق بشر نیز نظریهٔ مشورتی دیوان بین‌امریکایی حقوق بشر در سال ۲۰۲۲، به رویکردهای متمایز نسبت به برخی از گروه‌های اشخاص محروم از آزادی[۱۹] پرداخت و این امر سبب شد که این نظریه گامی مهم در شناسایی حق بر آب در این نظام حقوقی محسوب شود.

شایان توجه است که حق بر آب، نه صرفاً به‌مثابه مقدمه و پیش‌شرط تحقق سایر حقوق

17. Jimena Murillo Chavarro, *op. cit.*, p. 47.
18. Virginia Roaf and Inga Winkler, "Challenging Exclusion: Bringing the Human Rights to Water and Sanitation to Europe", *Journal of Water, Sanitation & Hygiene for Development,* No. 10 (2024), p. 46.
19. Inter American Court of Human Rights, "Differentiated Approaches with Respect to Certain Groups of Prisons Deprived of Liberty", May 30, 2022.

بشری، بلکه به‌عنوان حقی مستقل و قائم به ذات، شایسته شناسایی حقوقی و حمایت است[۲۰]؛ با این حال، با توجه به پیوند و درهم‌تنیدگی حق بر آب با دیگر حقوق بشری، دیوان‌های اروپایی و بین‌امریکایی حقوق بشر در آرای مرتبط با این حق، آن را در سایهٔ دیگر حقوق قرار داده‌اند. باید درنظر داشت که ازجمله ایرادات مترتب بر مشتق دانستن حق بر آب از سایر حقوق بشر، آن است که تا زمانی که حقوق بنیادینی که حق بر آب از آنها ناشی شده است، مورد تهدید یا نقض قرار نگیرد، امکان مطالبه و استیفای مستقل حق بر آب وجود نخواهد داشت[۲۱]. در حقیقت، حق بر آب به‌عنوان یک حق مشتق‌شده[۲۲] به صورت ناقص مورد حمایت قرار می‌گیرد. بنابراین، برای تعیین نقض این حق، ابتدا باید نقض حقی که حق بر آب از آن مشتق شده است، محرز گردد[۲۳]. در همین راستا، با عنایت به اینکه دیوان اروپایی حقوق بشر برای تضمین این حق در خصوص زندانیان و افراد بازداشت‌شده، به نقض مادهٔ ۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر[۲۴] متوسل شده است[۲۵]؛ بنابراین، عدم تدوین معیارهای مشخص برای ارزیابی نقض حق بر آب و فقدان مکانیزم مناسب برای تضمین این حق، به‌ویژه در شرایط بازداشت، سبب شده است که در موارد متعددی مانند قضیهٔ *استوری و دیگران علیه مالت*[۲۶]، دیوان اروپایی حقوق بشر شرایط نقض حق بر آب را فراتر از مشقت اجتناب‌ناپذیر بازداشت و در حد نقض مادهٔ ۳ نداند. این دیوان به‌طور مداوم تأکید کرده است که برای احراز رفتار غیرانسانی یا تحقیرآمیز، شدت رنج و تحقیر واردشده باید فراتر از حد اجتناب‌ناپذیری باشد که ماهیتاً و به‌طور طبیعی با اجرای قانونی و مشروع مجازات همراه است. در حقیقت، آنچه مرز میان بازداشت مشروع و رفتارهای ناقض حقوق بشر را تعیین می‌کند، اصل کرامت انسانی و ضرورت تناسب در اعمال محدودیت‌هاست. در این چارچوب، اصطلاح «رنج و تحقیر فراتر از میزان غیرقابل اجتناب بازداشت» ناظر بر وضعیتی است که در آن،

20. Takele Soboka Bulto, "The Emergence of the Human Right to Water in International Human Rights Law: Invention or Discovery?", *Melbourne Journal of International Law*, No. 2 (2011), p. 25.
21. Jimena Murillo Chavarro, *op. cit*., p. 46.
22. Derivate Right

حق مشتق، حقی است که به‌طور مستقل در اسناد حقوقی تعریف نشده، بلکه از حقوق دیگر استنباط و استخراج می‌شود. در خصوص حق بر آب گفتنی است که این حق برگرفته از دیگر حقوق اساسی مانند حق بر حیات، حق بر سلامت و یا حق بر استاندارد مناسب زندگی است؛ زیرا بدون آب، نیل به حقوق مذکور ممکن نیست.

23. Paula Strakos, *op. cit*., p. 146; Nora Hansén, *The Human Right to Water and its Status in International Law*, Master's thesis in Public International Law, Stockholm University, 2018, p. 41.
24. Noone Shall be Subjected to Torture or to Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.
25. Jimena Murillo Chavarro, *op. cit*., p. 51.
26. ECHR, Case of Story and Others v. Malta, Judgment of 29 October 2015, (56854/13, 57005/13 and 57043/13), Para. 129.

بازداشت با شرایط یا رفتارهایی همراه می‌شود که هیچ‌گونه توجیه امنیتی یا قانونی نداشته و صرفاً به افزایش آزار، تحقیر یا بی‌حرمتی نسبت به بازداشت‌شده منجر می‌گردد. این وضعیت، نه‌تنها مصداق سوءرفتار، بلکه در مواردی می‌تواند به سطح رفتار غیرانسانی یا تحقیرآمیز ارتقا یابد که در مادۀ ۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به‌صراحت منع شده است. تحلیل این مرز ظریف میان محدودیت‌های موجه و رنج‌های غیرموجه، نقشی اساسی در ارزیابی مشروعیت اقدامات انجام‌شده و رعایت حداقلی‌ترین استانداردهای حقوق بشری ایفا می‌کند. این رویکرد نسبی‌گرا در دیوان اروپایی حقوق بشر سبب شده که دولت‌های متعاهد با استناد به اینکه نقض حقوق زندانیان، رنجی مازاد بر مشقت غیرقابل اجتناب بازداشت را بر آنها تحمیل نکرده است، از مسئولیت ناشی از نقض این حقوق شانه خالی کنند. در همین خصوص، در پروندۀ پیش‌گفته، اگرچه بر اساس دیدگاه قاضی جوزف کاسادوال[۲۷] نقض مادۀ ۳ محرز بود، اما دولت مالت شرایط را در حدی ندانست که به رنج مضاعف زندانیان منجر گردد[۲۸]. در واقع، این قضیه و مصادیق مشابه آن نشانگر خلأهای موجود در حمایت مناسب از این حق در دیوان اروپایی حقوق بشر است و از این رو، علی‌رغم وجود بستر تضمین این حق، عملاً در مواردی نقض حق بر آب با سازوکار تضمین مناسبی روبه‌رو نبوده است.

در مقابل، دیوان بین‌امریکایی حقوق بشر با استناد به مادۀ ۲۶ کنوانسیون امریکایی حقوق بشر تصریح کرد که حق بر آب در شمار حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی قرار دارد[۲۹] و در همین باب، برخی از حقوق‌دانان نیز حق بر آب را از حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی استنباط کرده‌اند[۳۰]. بنابراین، اگرچه این دیوان هم مانند دیوان اروپایی حقوق بشر حق بر آب را حقی در امتداد سایر حقوق و یک حق مشتق درنظر می‌گیرد، اما روند تضمین این حق در این دیوان به صورت تکامل‌یافته‌تری در مقایسه با دیوان اروپایی حقوق بشر شکل گرفته است؛ به این صورت که کنوانسیون امریکایی حقوق بشر در بند دوم از مادۀ ۵[۳۱]، ممنوعیت مطلق هر نوع رفتار غیرانسانی و ترذیلی را اعلام کرده و حق همۀ افراد محروم از آزادی را در جهت برخورداری از

27. Josep Casadevall
28. *Ibid*, p. 35-38.
29. Inter-American Court of Human Rights, May 30, 2022, *op. cit*., p. 35.
30. Melina Williams, "Privatization and the Human Right to Water: Challenges for the New Century", *Michigan Journal of International Law*, No. 2 (2007), p. 475.
31. No One Shall be Subjected to Torture or to Cruel, Inhuman, or Degrading Punishment or Treatment. All Persons Deprived of Their Liberty Shall be Treated with Respect for the Inherent Dignity of the Human Person.

کرامت انسانی تضمین می‌کند. دیوان بین‌امریکایی حقوق بشر اعلام می‌دارد که صرف‌نظر از شدت رنج تحمیل‌شده بر زندانی، باید با هر فرد محروم از آزادی، با احترام به کرامت انسانی وی رفتار شود. بر این اساس، دیوان، شرایط نامناسب بازداشت، ازجمله نبود آب آشامیدنی و دسترسی محدود به آن را مصداق نقض بند دوم مادهٔ ۵ کنوانسیون می‌داند و تأکید می‌کند که هرگونه تخلف از ممنوعیت رفتارهای غیرانسانی مندرج در بند دوم این ماده، به‌طور اجتناب‌ناپذیری به نقض بند اول آن[۳۲]، یعنی حق تمامیت شخصی، منجر می‌شود[۳۳]. در حقیقت، چنانچه دولت‌ها حقوق بنیادین افراد محروم از آزادی را که برای تضمین حیات و تمامیت شخصی ضروری‌اند، اعم از دسترسی به آب آشامیدنی، فراهم نکنند، از موارد نقض کرامت انسانی محسوب شده، به نقض حق تمامیت شخصی این افراد منجر می‌شود[۳۴]. در نتیجه، هر زمان که این دیوان در آرای خود به نقض بند دوم مادهٔ ۵ استناد نموده، لاجرم به نقض بند اول این ماده هم اشاره کرده است. در این خصوص، دیوان بین‌امریکایی حقوق بشر در قضیهٔ *لیسیاس فلوری و دیگران علیه هائیتی*[۳۵]، با بررسی شرایط بازداشت آقای فلوری در ایستگاه پلیس که در سلولی بدون تهویه، فاقد شرایط بهداشتی مناسب و محروم از دسترسی به غذا و آب آشامیدنی نگهداری می‌شد، اعلام کرد که دولت هائیتی در تأمین خدمات اولیه و آب کافی ناکام مانده است. این وضعیت، نقض کرامت انسانی و حق تمامیت شخصی آقای فلوری مندرج در مادهٔ ۵ کنوانسیون محسوب می‌شود و در نتیجه، مسئولیت بین‌المللی دولت هائیتی را به‌همراه دارد.

بنابراین، با جمع‌بندی مطالب یادشده، به‌نظر می‌رسد که وابستگی حق بر آب به سایر حقوق، امکان مطالبهٔ مستقیم آن را محدود کرده و در مواردی که نقض حقوق اصلی احراز نشود، این حق عملاً نادیده گرفته می‌شود. این موضوع به‌ویژه در مورد افراد محروم از آزادی که به دلیل شرایط بازداشت در معرض آسیب‌پذیری بیشتری هستند، چالش‌برانگیزتر ظاهر می‌شود؛ و لذا شایسته است که برای رفع این محدودیت، نظام‌های منطقه‌ای و بین‌المللی حقوق بشر، حق بر آب را به‌عنوان یک حق مستقل و غیروابسته شناسایی کرده، معیارهای مشخصی برای تضمین آن تدوین نمایند.

32. Every Person has the Right to have His Physical, Mental, and Moral Integrity Respected.
33. Jimena Murillo Chavarro, *op. cit.*, p. 49.
34. Inter-American Court of Human Rights, May 30, 2022, *op. cit*., p 134.
35. IACHR, Case of Lysias Fleury et al. v. Haiti, Judgment of November 23, 2011, Paras. 35, 82, 83, 85-87, 108.

۲. مؤلفه‌های تحقق حق بر آب در خصوص زندانیان و افراد بازداشت‌شده در رویهٔ دیوان‌های اروپایی و بین‌امریکایی حقوق بشر

تأمین آب کافی از نظر کمیت و کیفیت، یکی از خدمات اساسی است که باید به‌صورت مستمر در هر مکانی که افراد محروم از آزادی نگهداری می‌شوند، ارائه گردد[۳۶]. بر این اساس، تعهد دولت‌ها به رعایت، حفاظت و تحقق حقوق بشر، ازجمله حق دسترسی به آب، آنها را ملزم می‌کند تا حداقل استانداردهای ضروری برای این حقوق را تأمین کنند[۳۷]. در این راستا، دیوان‌های اروپایی و بین‌امریکایی حقوق بشر، با استناد به اصل ممنوعیت رفتار غیرانسانی و تحقیرآمیز و با تأکید بر احترام به کرامت انسانی، دولت‌ها را موظف کرده‌اند که شرایط انسانی حداقلی را مطابق با اصول کلی حقوق بشر و استانداردهای رفتار با بازداشت‌شدگان تضمین کنند. بنابراین، در ادامه، پیش‌شرط‌های تحقق حق بر آب در راستای تضمین حق افراد محروم از آزادی، در پرتو آرای دیوان‌های اروپایی و بین‌امریکایی حقوق بشر مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱.۲. دسترسی کافی

تأمین آب در زندان باید به مقدار کافی و با کیفیت مناسب برای رفع نیازهای اساسی مانند آب شرب، آماده‌سازی غذا، حفظ بهداشت شخصی، عملیات سیستم‌های دفع فاضلاب و زباله، نظافت مکان‌ها و آبیاری سبزیجات تأمین شود[۳۸]. آب کافی به کمیت و کیفیتی اشاره دارد که برای برآوردن این نیازها ضروری است[۳۹]؛ به‌طوری که کمیت، حداقل میزان آب موردنیاز برای این مصارف را شامل می‌شود و کیفیت، به استانداردهای قابل‌قبول برای حفظ سلامتی اشاره دارد[۴۰]. دسترسی به آب باید از نظر فیزیکی و اقتصادی امکان‌پذیر باشد[۴۱]. دسترسی فیزیکی به

36. International Committee of Red Cross, "Water, Sanitation, Hygiene and Habitat in Prisons", 2005, p. 28.

۳۷. عقیل محمدی و هیوا حاجی‌ملا، *پیشین*، ص ۴۱۲.

38. ICRC, *op. cit*., p. 29.

39. Jootaek Lee and Maraya Best, "Attempting to Define the Human Right to Water with an Annotated Bibliography & Recommendations for Practitioners", *The Georgetown Environmental Law Review*, No. 1 (2017), p. 85.

40. South African Human Rights Commission, "The Right to Sufficient Water. 3rd Economic and Social Rights Report", 2000, p. 299.

41. *Ibid*, p. 298; Amanda, Cahill, "The Human Right to Water- a Right of Unique Status: The Legal Status and Normative Content of the Right to Water", *International Journal of Human Rights*, No. 3 (2011), p. 392; Jimena Murillo Chavarro, *op. cit.*, p. 44.

معنای دردسترس بودن آب در فاصله‌ای مناسب برای مصرف‌کنندگان است، درحالی که دسترسی اقتصادی به این معناست که آب آشامیدنی سالم با قیمتی مقرون‌به‌صرفه در اختیار افراد قرار گیرد تا حتی افراد کم‌درآمد نیز بتوانند به‌منظور حفظ سلامتی و تضمین استانداردهای اولیهٔ زندگی، بدون کاهش مصرف و به‌راحتی هزینهٔ آن را پرداخت کنند[۴۲]. با وجود این استانداردها، تأمین آب کافی و باکیفیت در بسیاری از زندان‌ها، به‌ویژه زندان‌هایی که با زیرساخت‌های قدیمی و کمبود سرمایه‌گذاری مواجه‌اند، به چالشی جدی تبدیل شده است. کمیتهٔ اروپایی پیشگیری از شکنجه در بررسی‌های خود به این نتیجه رسیده است که در شماری از زندان‌های اروپایی، زندانیان ناچارند از منابع مالی محدود خود برای خرید بطری آب هزینه کنند، زیرا زندان‌ها قادر به تأمین نیازهای آنها نیستند[۴۳]. نکتهٔ قابل‌توجه در این خصوص این است که دیوان اروپایی حقوق بشر، عدم تأمین آب شرب در محیط زندان و اجبار زندانیان برای خرید آب را به‌عنوان نقض مادهٔ ۳ درنظر نمی‌گیرد. برای مثال، در قضیهٔ *میکالائوسکاس علیه مالت*[۴۴]، عدم تأمین آب آشامیدنی، زندانیان را وادار به خرید آب می‌کرد. همچنین در قضیهٔ *ابدیلا علیه مالت*[۴۵]، دسترسی زندانیان به آب محدود بود و کیفیت آب موجود برای آشامیدن مناسب نبود؛ به‌گونه‌ای که در درازمدت به سلامت کلیه‌ها آسیب می‌رساند. درنتیجه زندانیان به‌ناچار از فروشگاه زندان بطری آب می‌خریدند؛ با این حال، دیوان وضعیت موجود را در حد نقض مادهٔ ۳ ندانست. هرچند که این دیوان باز هم در قضیهٔ *استوری و دیگران علیه مالت*[۴۶] به امکان خرید بطری‌های آب از سوی زندانیان اشاره کرد، اما توضیح نداد که چرا افراد محروم از آزادی باید برای آب شرب هزینه کنند. بنابراین، به‌نظر می‌رسد که دیوان با تمرکز بر وجود راه‌حل‌های جایگزین مانند خرید آب، از مسئولیت مستقیم دولت در تأمین این نیاز اولیه چشم‌پوشی کرده و این درحالی است که این رویکرد دیوان، چندان با استانداردهای بین‌المللی و اصول قوانین نلسون ماندلا، همسو نیست.

42. I Benöhr, "The Right to Water and Sustainable Consumption in EU law", *Journal of Consumer Policy*, No. 1 (2023), p. 53; Rubert Quentin Grafton, Ana Manero, Long Chu and Paul Wyewoll, "The price and Value of Water: An Economic Review", *Cambridge Prisms: Water*, (2023), p. 2, Kirschner, *op. cit*., p. 450.
43. Penal Reform International, "Global Prison Trends", 2022, p. 43.
44. ECHR, Case of Mikalauskas v. Malta, (4458/10), Judgment of 23 July 2013, para. 68.
45. ECHR, Case of Abdilla v. Malta, (36199/15), Judgment of 17 July 2018. Paras. 10, 12, 13, 32, 33, 45.
46. ECHR, Case of Story and Others v. Malta, *op. cit*., Para. 124.

در مقابل، در نظام امریکایی حقوق بشر، بر اساس رأی مشورتی دیوان بین‌امریکایی حقوق بشر در سال ۲۰۲۲، گزارشگر ویژهٔ حقوق بشر در زمینهٔ دسترسی به آب آشامیدنی ایمن تأکید کرده که دسترسی‌پذیری آب برای زندانیان، به معنای تأمین آب آشامیدنی رایگان در زندان‌هاست. دیوان بین‌امریکایی حقوق بشر نیز اعلام کرده است که هر فرد محروم از آزادی باید به آب آشامیدنی برای مصرف شخصی و به آب مناسب برای رعایت بهداشت فردی دسترسی داشته باشد. این امر مستلزم آن است که دولت، روزانه حداقل ۱۵ لیتر آب سالم و بهداشتی به ازای هر فرد به‌منظور تأمین نیازهای اساسی ازجمله آشامیدن، پخت‌وپز و نیازهای بهداشتی فراهم کند؛ چراکه نبودِ آب آشامیدنی نشانهٔ اهمال جدی دولت در انجام تعهدات خود نسبت به افراد محروم از آزادی تلقی می‌شود[۴۷]. در قضیهٔ *رودریگز رووِلوریو و دیگران علیه گواتمالا*[۴۸]، دیوان بین‌امریکایی حقوق بشر دسترسی زندانیان به آب را فقط ۶ لیتر در روز اعلام کرد و آن را بسیار ناکافی دانست و از همین رو، دولت گواتمالا را موظف کرد که شرایط زندان را با استانداردهای بین‌المللی هماهنگ کرده، نتایج را ظرف یک سال به دیوان گزارش دهد. این دیوان در *قضیهٔ گونزالز و دیگران علیه ونزوئلا*[۴۹]، به شرایط اسفناک نگهداری ماریا آنجلیکا گونزالز[۵۰] و خواهرش در یک سلول انفرادی فاقد فضای استاندارد و عدم دسترسی کافی به آب اشاره کرد؛ به‌گونه‌ای که هفته‌ای یک بار آب غیرتصفیه شده به آنها داده می‌شد و ناچار بودند که آن را جمع‌آوری کرده، به مدت یک هفته استفاده کنند. دیوان با توجه به وقایع یادشده، نتیجه می‌گیرد که شرایط بازداشت ماریا آنجلیکا و بلکیس میرلیس گونزالز[۵۱] مغایر با کرامت انسانی بوده و بنابراین، بند دوم مادهٔ ۵ کنوانسیون امریکایی حقوق بشر نقض شده است. در قضیهٔ *لوپز آلوارز علیه هندوراس*[۵۲] نیز با توجه به اینکه آلفردو لوپز آلوارز به آب آشامیدنی دسترسی نداشت و گاهی برای یک استحمام ساده باید روزها منتظر باران می‌ماند، دیوان بین‌امریکایی حقوق بشر نتیجه

47. Inter-American Court of Human Rights, May 30, 2022, *op. cit*., p. 35-36; I.A.C.H.R, Case of Vélez Loor v. Panama, 23 November 2010, Para. 216.
48. IACHR, Case of Rodríguez Revolorio et al. v. Guatemala, Judgment of October 14, 2019, Paras. 88, 89, 157, 159.
49. IACHR, Case of González et al. v. Venezuela, Judgment of September 20, 2021, Paras. 142, 145, 148, 151-155.
50. María Angélica González
51. Belkis Mirelis González
52. IACHR, Case of López Álvarez v. Honduras, Judgment of February 1, 2006, p. 33, 45, 46.

گرفت که دولت به عنوان ضامن حقوق بازداشت‌شدگان[۵۳]، وظایف خود را انجام نداده و رفتار با لوپز آلوارز مغایر با کرامت انسانی او بوده است و لذا، این دیوان نقض بند دوم مادهٔ ۵ کنوانسیون را محرز اعلام کرد[۵۴]. با توجه به مطالب یادشده، به‌نظر می‌رسد که دیوان بین‌امریکایی حقوق بشر دولت‌ها را به اصلاح سریع شرایط زندان و ارائهٔ گزارش ملزم می‌کند که این امر نشان‌دهندهٔ نظارت فعال‌تر بر اجرای تعهدات دولت‌هاست. این دیوان با تأکید بر دسترسی رایگان و کافی به آب آشامیدنی، استاندارد بالاتری برای حفظ کرامت انسانی زندانیان تعیین کرده و رویکردی همسو با استانداردهای بین‌المللی مانند قوانین نلسون ماندلا اتخاذ کرده است.

۲.۲. کیفیت

بند چهارم منشور اروپایی منابع آب، بر اهمیت کیفیت آب برای مصارف گوناگون انسانی تأکید دارد و استانداردهای متفاوتی را برای آب آشامیدنی و سایر مصارف تعیین می‌کند[۵۵]. با توجه به اینکه در ارزیابی کیفیت آب آشامیدنی مصرف‌کنندگان عمدتاً به حواس خود برای سنجش طعم، بو و ظاهر آب تکیه می‌کنند؛ از این رو، آب کدر، تغییر رنگ داده یا دارای طعم و بوی نامطبوع را ناسالم دانسته، از نوشیدن آن خودداری می‌کنند[۵۶]. برای مثال، در قضیهٔ *پنیاراندا سوتو علیه مالت*[۵۷]، با وجود بالا بودن میزان کلرید در آب زندان و نگرانی زندانیان و کارکنان دربارهٔ ایمنی آن، آزمایشگاه بهداشت عمومی آب زندان را برای نوشیدن مناسب اعلام کرد. دیوان اروپایی حقوق بشر نیز با استناد به شرایط مشابهی که این موضوع با قضیهٔ *استوری و دیگران علیه مالت* داشت، بیان کرد که حتی اگر آب شیرها غیرقابل نوشیدن بوده است، زندانیان می‌توانستند بطری آب خریداری کنند و لذا، این مورد را به‌عنوان رفتاری مغایر با مادهٔ ۳ درنظر نگرفت. این رویکرد دیوان، نشانگر تفسیر محدود از تعهدات دولت در تأمین آب سالم است؛ به‌ویژه زمانی که جایگزین‌هایی مانند بطری آب در دسترس باشد. این دیوان در قضیهٔ *ماریان*

53. Jimena Murillo Chavarro, *op. cit.*, p. 50.
54. Jimena Murillo Chavarro, *op. cit.*, p. 48.
55. Paula Strakos, *op. cit*., p. 154.
56. World Health Organization, "Guidelines for Drinking-Water Quality: Fourth Edition Incorporating the First and Second Addenda", 2022, p. 8.
57. ECHR, Case of PEŇARANDA SOTO v. Malta, (16680/14), Judgment of 19 December 2017, Paras. 22, 23, 27, 71, 92, 93.

استویچسکو علیه رومانی[۵۸]، با توجه به مواردی اعم از کیفیت بسیار بد آب آشامیدنی و آلودگی‌های موجود در آن، اظهار داشت که شرایط بازداشت آقای استویچسکو از حدود رنج و مشقتی که به‌طور معمول با بازداشت قانونی همراه است، فراتر بوده، بنابراین، نقض مادۀ ۳ را محرز اعلام کرد. چنین به‌نظر می‌رسد که این تفاوت در احکام، بیانگر تأثیر شدت آلودگی آب و فقدان گزینه‌های جایگزین در تصمیم‌گیری دیوان است و در حقیقت، بنابر رویکرد محافظه‌کارانۀ دیوان اروپایی حقوق بشر، این دیوان زمانی نقض مادۀ ۳ را تأیید می‌کند که شرایط بازداشت به‌طور واضح غیر انسانی بوده و هیچ راه‌حل جایگزینی برای زندانیان وجود نداشته باشد.

دیوان بین‌امریکایی حقوق بشر در مقایسه با دیوان اروپایی حقوق بشر، با تأکید بر تعهدات مثبت دولت‌ها در تأمین شرایط انسانی بازداشت، رویکردی سخت‌گیرانه‌تر اتخاذ کرده است. در قضیۀ *مونترو- آرانگورن و دیگران علیه ونزوئلا*[۵۹]، این دیوان به شرایط بازداشت در زندان کاتیا پرداخت و بر پایۀ اظهارات شاهدان، دریافت که زندانیان یا از آب آلوده استفاده می‌کردند و یا به‌طور کلی از دسترسی به آب در طول روز محروم بودند. در پرونده‌ای دیگر، یعنی قضیۀ *ایوان نپتون علیه هائیتی*[۶۰]، کیفیت پایین آب زندان و آلوده بودن آن سبب شده بود که آقای نپتون صرفاً آبی را بنوشد که خانواده‌اش روزانه برای او می‌آوردند. دیوان بین‌امریکایی حقوق بشر در هر دو قضیۀ یادشده، با استدلالی مشابه و با توجه به شرایط غیرانسانی بازداشت و عدم رعایت حداقل استانداردهای رفتار با زندانیان، اظهار داشت که دولت‌های یادشده نتوانسته‌اند به تعهدات بین‌المللی خود در قبال حقوق بشر و اصول مندرج در کنوانسیون امریکایی حقوق بشر، به‌عنوان ضامن حقوق زندانیان عمل کنند و لذا، این امر به نقض بند دوم مادۀ ۵ کنوانسیون امریکایی حقوق بشر منجر شده است[۶۱].

۳.۲. تداوم و استمرار تأمین

ازجمله اصول اساسی رفتار با زندانیان این است که مطابق با بند دوم قاعدۀ ۲۲ از قواعد

58. ECHR, Affaire Marian Stoicescu c. Roumanie, (12934/02), Arrêt du 16 Juillet 2009, Paras. 8, 21, 24-26.
59. IACHR, Case of Montero Aranguren et al. (Detention Center of Catia) v. Venezuela, Judgment of July 5, 2006, p. 18, 22, 23, 45.
60. IACHR, Case of Yvon Neptune v. Haiti. Merits, Reparations and Costs. Judgment of May 6, 2008, Paras. 127, 128, 133, 137-139.
61. Jimena Murillo Chavarro, *op. cit.*, p. 50-51.

ماندلا، افراد بازداشت‌شده باید در تمام اوقات به آب آشامیدنی دسترسی داشته باشند و هیچ‌گونه قطعی در دسترسی به آب رخ ندهد[۶۲]. با این حال، در قضایای متعددی ازجمله قضیهٔ *میهای لورنتیو مارین علیه رومانی*[۶۳]، قضیهٔ *ولودیا آوتیسیان علیه ارمنستان*[۶۴] در دیوان اروپایی حقوق بشر، زندانیان فقط چهار ساعت در شبانه‌روز به آب دسترسی داشتند و یا در قضیهٔ *ویتکوفسکی علیه اوکراین*[۶۵]، قطع مکرر آب در طول روز و دسترسی حدوداً دوساعته زندانیان به آب سبب شد که دیوان با توجه به شرایط کلی بازداشت، به این نتیجه دست یابد که شرایط بازداشت غیرانسانی و تحقیرآمیز بوده و به سطحی از شدت رسیده است که ناقض مادهٔ ۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر محسوب شود.

در نظام امریکایی حقوق بشر نیز در قضیهٔ *دیال و دیگران علیه ترینیداد و توباگو*[۶۶]، آب آشامیدنی به صورت منظم تأمین نمی‌شد و زندانیان ناچار بودند از همان آبی استفاده کنند که برای مصارف بهداشتی آنها قرار داده شده بود و بعضاً قهوه‌ای رنگ و بسیار بی‌کیفیت بود. دیوان بین‌امریکایی حقوق بشر با توجه به شرایط یادشده، نتیجه گرفت که کوین دیال و اندرو داتین[۶۷] در شرایط نامناسب بازداشت قرار داشتند و این شرایط با استانداردهای بین‌المللی مطابق نبود؛ بنابراین، دولت را به دلیل نقض تعهدات خود در تضمین حقوق بازداشت‌شدگان و کرامت انسانی افراد محروم از آزادی مسئول شناخت و به نقض بند دوم مادهٔ ۵ کنوانسیون رأی داد.

به این ترتیب، قطع مکرر آب، محدودیت زمانی در دسترسی و یا تأمین آب غیربهداشتی، به‌عنوان مصادیقی از نقض مستمر دسترسی به آب آشامیدنی، می‌تواند به نقض مادهٔ ۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و بند دوم مادهٔ ۵ کنوانسیون امریکایی حقوق بشر منجر شود.

62. Jesse Crosson, Ruth Sylvester and Kimberly Worsham, "Locked out of Water: a Reflection on WaSH Access in US Prisons", *Journal of Water, Sanitation & Hygiene for Development*, No. 11 (2024), p. 1146.
63. ECHR, Case of Mihai Laurentiu Marin v. Romania, Judgment of 10 June 2014, (79857/12), Paras. 36, 38.
64. ECHR, Case of Volodya Avetisyan v. Armenia, Judgment of 3 May 2022, (39087/15), Paras. 18, 19, 44.
65. ECHR, Case of Vitkovskiy v. Ukraine, Judgment of 26 September 2013, (24938/06), Paras. 53, 117-120, 122.
66. IACHR, Case of Dial et al. v. Trinidad and Tobago, Judgment of November 21, 2022, Paras. 30, 63-66, 79.
67. Kevin Dial and Andrew Dottin

۳. رویکرد دیوان‌های اروپایی و بین‌امریکایی حقوق بشر در تضمین حق بر آب زندانیان و افراد بازداشت‌شده

در مواردی که افراد در شرایط غیرانسانی بازداشت شده‌اند، دیوان اروپایی حقوق بشر بر ضرورت پیش‌بینی و اجرای دو سازوکار حقوقی تأکید می‌کند: راهکار نخست، اقدام فوری برای بهبود شرایط بازداشت به‌منظور جلوگیری از تداوم نقض؛ و راهکار دوم، جبران خسارت وارده از طریق پرداخت غرامت یا اتخاذ تدابیری برای ترمیم آسیب‌های ناشی از شرایطی که فرد در بازداشت غیرانسانی متحمل شده است[۶۸]. از نظر دیوان، این دو سازوکار یعنی راهکارهای پیشگیرانه و جبرانی باید مکمل یکدیگر باشند، تا مؤثر واقع شوند[۶۹]. در همین راستا، در قضیهٔ *رزمیوش و دیگران علیه رومانی*[۷۰]، دیوان اروپایی حقوق بشر نه‌تنها شرایط مادی بازداشت را مورد توجه قرار داد، بلکه بر لزوم جبران نقض‌های وارده از طریق ابزارهای حقوقی مؤثر مانند تخفیف مجازات تأکید نمود؛ مشروط بر اینکه این تخفیف‌ها به‌طور مستقیم در جهت ترمیم نقض مادهٔ ۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر بوده و تأثیری ملموس بر میزان محکومیت فرد داشته باشد. این رویکرد حاکی از تمرکز دیوان بر جبران خسارت در سطح فردی و اصلاح وضعیت بازداشت به‌صورت موردی و متناسب با شرایط هر پرونده است. مزیت چنین رویکردی، انعطاف‌پذیری آن در گزینش شیوه‌های جبرانی است؛ به‌نحوی که دیوان می‌تواند متناسب با ویژگی‌های هر پرونده، اقدامات جبرانی متنوعی اعم از مالی یا غیرمالی را برگزیند. با این حال، در قضیهٔ *ایلرده و دیگران علیه ترکیه*[۷۱] در سال ۲۰۲۳، دیوان اروپایی حقوق بشر از رویکرد فردمحور و مبتنی بر اولویت‌بخشی به جایگزین‌های حبس، که پیش‌تر در سال ۲۰۱۷ در قضیهٔ *رزمیوش و دیگران علیه رومانی*[۷۲] مطرح کرده بود، فاصله گرفت و گامی فراتر برداشت. این دیوان با تأکید بر ضرورت رفع مشکلات ساختاری زندان‌ها، به‌صورت غیرمستقیم دولت ترکیه را ملزم کرد تا از طریق سیاست‌گذاری کیفری و یا توسعهٔ زیرساخت‌ها، نسبت به مدیریت جمعیت کیفری و بهبود

68. ECHR, Case of Mikalauskas v. Malta, *op. cit*., Paras. 44, 46-48.
69. Case of İlerde and Others v. Türkiye, Judgment of 5 December 2023, (35614/19), Para. 157.
70. Case of Rezmiveș and Others v. Romania, Judgment of 25 April 2017, (61467/12, 39516/13 and 68191/13), Paras. 118, 121, 125.
71. Case of İlerde and Others v. Türkiye, *op. cit*,. Paras. 74, 164.
72. Case of Rezmiveș and Others v. Romania, *op.cit*., Para. 117.

شرایط زندان‌ها اقدام نماید. در حقیقت، این تحول نشان می‌دهد که دیوان اروپایی حقوق بشر در حال گذار از الگوی صرفاً فردمحور به سوی مداخلهٔ ساختاری است. البته در مقام قیاس، باید عنایت داشت که برخلاف دیوان بین‌امریکایی حقوق بشر که به‌طور صریح بر مسئولیت کلان دولت‌ها و ضرورت انجام اصلاحات سیستماتیک تأکید می‌کند، دیوان اروپایی حقوق بشر همچنان رویکردی مبتنی بر ترغیب دولت‌ها درپیش گرفته است. به بیان دیگر، این دیوان متناسب با مقتضیات و شرایط هر پرونده، رویکرد خود را از جبران فردی به‌سوی اتخاذ تدابیر اصلاحی تغییر داده و در انتخاب راهکارهای جبرانی، از انعطاف‌پذیری بیشتری برخوردار است.

در نظام امریکایی حقوق بشر، دیوان بین‌امریکایی حقوق بشر با تأکید بر مسئولیت دولت‌ها، حتی در صورت انجام اقدامات اصلاحی، بر جبران کامل پیامدهای ناشی از نقض حقوق بشر اصرار دارد و رویکردی جامع‌تر نسبت به کرامت انسانی و تعهدات دولت‌ها اتخاذ کرده است. این دیوان با توجه به ماهیت تکمیلی صلاحیت خود، به مسئولیت دولت‌ها در قبال تضمین حقوق و آزادی‌های مندرج در کنوانسیون اشاره کرده و فقط در صورتی دولت‌ها را از مسئولیت بین‌المللی مبرا می‌داند که علاوه بر متوقف نمودن نقض‌های صورت‌گرفته، پیامدهای ناشی از این نقض را هم جبران نمایند. دیوان بین‌امریکایی حقوق بشر با تأکید بر تعهدات مشخص دولت‌ها در توقف نقض و جبران کامل خسارات وارده، در صورت تحقق این الزامات، از مداخلهٔ بیشتر اجتناب می‌کند. بر همین مبنا، در قضیهٔ *آمرهین و دیگران علیه کاستاریکا*[۷۳]، رافائل روخاس و داماس وگا[۷۴] در طول مدت بازداشت خود به آب شرب دسترسی نداشتند. در این قضیه، مطابق با نتایج آزمایشگاه ملی آب، آب موجود غیرقابل شرب بوده، برای مصرف‌کنندگان خطر بالایی داشت. معمولاً هر سه ساعت آب جیره‌بندی می‌شد و زندانیان فقط ده دقیقه به آب دسترسی داشتند و گاهی هم، چندین روز آب در دسترس نبود. طی این پرونده، قاضی تحقیق دولت کاستاریکا با صدور حکمی، سازمان ادارهٔ زندان‌ها را موظف نمود که تمهیدات لازم را جهت دسترسی زندانیان به آب شرب در مهلت یک‌ماهه فراهم نماید. همچنین، به این سازمان دستور داد که اقداماتی را به‌منظور اطمینان از تأمین مداوم آب در بازهٔ زمانی سه‌ماهه انجام دهند. در نتیجه، دیوان اظهار داشت که در این قضیه مقامات قضایی به‌طور مناسب به نقض‌های ادعایی رسیدگی کرده و

73. IACHR, Case of Amrhein et al. v. Costa Rica, Judgment of April 25, 2018, Paras. 91, 93, 107, 161.
74. Rafael Rojas Madrigal and Damas Vega Atencio

اقدامات کافی برای رفع نقض‌های صورت گرفته انجام داده‌اند؛ لذا، دیوان امریکایی حقوق بشر از رسیدگی به این مورد خودداری نمود. با این تفاسیر، به‌نظر می‌رسد که رویکرد دیوان بین‌امریکایی حقوق بشر در این قضیه و به‌طور کلی در نظام امریکایی حقوق بشر، تعادلی ظریف میان احترام به حاکمیت دولت‌ها و تضمین حقوق بشر برقرار می‌کند. دیوان با تأکید بر مسئولیت دولت‌ها در توقف نقض‌ها و جبران کامل خسارات، آنها را به اتخاذ اقدامات پیشگیرانه و اصلاحی ترغیب می‌سازد. در عین حال، با بهره‌گیری از صلاحیت تکمیلی، مداخلهٔ دیوان به مواردی محدود می‌شود که دولت‌ها از عمل به تعهداتشان ناتوان باشند. این رویکرد نه‌تنها به تقویت نظام داخلی حمایت از حقوق بشر کمک می‌کند، بلکه الگویی برای سایر دولت‌های عضو کنوانسیون فراهم می‌آورد تا با پاسخگویی مؤثر به نقض‌ها، از مداخلات دیوان جلوگیری کنند. در حقیقت، این دیوان با رویکرد اصلاحی در پی ایجاد اصلاحات پایدار و پیشگیری از نقض‌های آینده است؛ با این حال، موفقیت این رویکرد به همکاری دولت‌ها و ظرفیت‌های اجرایی آنها وابسته است.

بنابراین، با عنایت به توضیحات پیشین، بررسی وضعیت تضمین حق بر آب در خصوص زندانیان و افراد بازداشت‌شده، می‌تواند به فهم بهتری از مسائل حقوق بشری کمک نموده، منجر به تغییر نگرش اجتماعی نسبت به این افراد شود[۷۵].

۱.۳. زندانیان به‌عنوان افراد محروم از آزادی و حق بر آب

مقرراتی که افراد را از آزادی محروم می‌کند، ناگزیر شامل عناصری از رنج و تحقیر است[۷۶]. بنابراین، حبس حتی اگر تجاوز به حق طبیعی و حقوق اساسی افراد زندانی نباشد، باز هم یک محدودیت محسوب می‌شود[۷۷]. اگرچه حقوق بین‌الملل ماهیت حبس و جوهره این مجازات را رد نمی‌کند، اما بازداشت‌هایی که به نقض حقوق بنیادین افراد محروم از آزادی منجر می‌شوند، با اصول حقوق بشر مغایرت دارند[۷۸]. دیوان اروپایی حقوق بشر با تأکید بر اهمیت احترام به کرامت

75. Association for the Prevent of Torture (apt), Food and Water, Available at: <https://www.apt.ch/-knowledge-hub/dfd/food-and-water>

۷۶. مهدی نریمانی؛ ولی‌اله نصیری؛ علی‌اکبر مطلق‌العنان و سمیه نجد قهرمانی، «بررسی حقوق زندانی در اسناد بین‌المللی حقوق بشر»، *اولین کنفرانس ملی حقوق و علوم سیاسی*، (۱۳۹۶)، ص ۱۴۴.

۷۷. خلیل آفنداک و المیرا حسن‌دوست، راهنمای *اصول اساسی جایگزین‌های حبس*، (تهران: روانشناسی و هنر، چ۱، ۱۳۹۲)، ص ۳۰.

78. Nigel Rodley, *The Treatment of Prisoners Under International Law*, (New York: Oxford U.P, 2000), p. 279.

انسانی، شرایط کلی بازداشت را بررسی کرده است. در این بررسی‌ها، دیوان با بسط گسترهٔ مفهوم «رفتار غیرانسانی» به مقولهٔ «شرایط بازداشت»، حق دسترسی به آب را به‌عنوان یک جنبه از حقوق انسانی، تنها در صورتی از موجبات نقض مادهٔ ۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر تلقی کرده است که همراه با سایر شرایط نامناسب بازداشت، به سطحی از شدت رسیده باشد که نقض این ماده را محرز نماید[۷۹]. با این رویکرد، در عمل، این حق تحت‌الشعاع سایر حقوق بشری قرار گرفته و این تمرکز بیش‌ازحد بر دیگر حقوق موجب شده است که تضمین مؤثر حق بر آب سالم و بهداشتی مغفول بماند. افزون بر این، فقدان استانداردهای شفاف و مشخص در زمینهٔ تأمین و تضمین این حق، سبب شده است که دیوان اروپایی حقوق بشر در هر پرونده، با توجه به شرایط فردی و محیطی، به تفسیر موردی بپردازد. در این تفسیرها، معیارهایی همچون مدت زمان بازداشت، جنسیت، سن، وضعیت سلامتی فرد زندانی و شرایط فیزیکی از قبیل ازدحام جمعیت و فضای ناکافی، وضعیت نامناسب بهداشتی، کیفیت غذا و آبِ در دسترس زندانیان، مورد توجه قرار می‌گیرد و هرگاه شرایط بازداشت باعث رنجی شود که از سطح اجتناب‌ناپذیر رنج ناشی از بازداشت فراتر رفته، به آستانهٔ رفتار تحقیرآمیز در مادهٔ ۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر برسد، به صدور رأی در خصوص نقض این ماده اقدام می‌کند[۸۰]. برای مثال، در قضیهٔ *شیشکوف علیه روسیه*[۸۱]، دیوان با توجه به شرایط کلی بازداشت، ازجمله فضای محدود در سلول، فراهم نبودن امکان ورزش در فضای باز به صورت منظم و عدم دسترسی به آب آشامیدنی، شرایط بازداشت را فراتر از سطح اجتناب‌ناپذیر رنج و سختی‌های ناشی از بازداشت اعلام و بیان داشته که این شرایط، احساس اضطراب و حقارت را در فرد زندانی برانگیخته است، و لذا به نقض مادهٔ ۳ رأی داد. با این حال، ارزیابی «حداقل سطح شدت» برای احراز نقض مادهٔ ۳ نسبی است و همین نسبیت سبب شده که در مواردی، دیوان شدت رنج وارده به زندانی را برای نقض این ماده، کافی نداند! برای نمونه، در قضیهٔ *والاشیناس علیه لیتوانی*[۸۲]، اگرچه شرایط بهداشتی زندانیان بسیار

79. Katharina Franziska Braig, "The European Court of Human Rights and the Right to Clean Water and Sanitation", *Water Policy; Oxford*, No. 2 (2018), p. 297.
80. Alistair Mowbray, *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, (New York: Oxford, 2012), p. 149.
81. ECHR, Case of Shishkov v. Russia, Judgment of 20 February 2014, (26746/05), Paras. 10, 21, 92-94, 129.
82. ECHR, Case of Valašinas v. Lithuania, Judgment of 24 July 2001, (44558/98), 19, 81, 106-108, 111, 113.

نامناسب بود، دوش‌های آب میکروبی بودند و در تابستان آب گرم فقط در آخر هفته‌ها در دسترس بود، اما دیوان شرایط کلی بازداشت را در سطحی از شدت که مصداق رفتار غیرانسانی و تحقیرآمیز در مادۀ ۳ باشد، ندانست و رأی به نقض این ماده نداد. شایان توجه است که هرچند دیوان اروپایی حقوق بشر در ارزیابی انطباق وضعیت‌های مختلف در زندان با مفاد مادۀ ۳ کنوانسیون، هریک از عناصر ناقض این ماده نظیر مراقبت‌های درمانی، وضعیت بهداشتی و سایر جنبه‌های مرتبط با بازداشت را به‌صورت جداگانه بررسی می‌نماید، اما حق دسترسی زندانیان به آب را نه به‌عنوان یک موضوع مستقل، بلکه در چارچوب ارزیابی کلی از شرایط بازداشت مورد ملاحظه قرار می‌دهد. در همین راستا، در قضیۀ یادشده[۸۳] دیوان نحوۀ بازرسی بدنی آقای یوزاس والاشیناس را مغایر با مادۀ ۳ تشخیص داد، اما شرایط کلی بازداشت، ازجمله محدودیت در دسترسی به آب را، به‌تنهایی واجد شدت و ماهیت لازم برای نقض مادۀ ۳ تلقی نکرد.

در نظام امریکایی حقوق بشر، دیوان بین‌امریکایی حقوق بشر به شدتِ رنج ناشی از اعمال مجازات بر افراد زندانی نپرداخته است. با این حال، در قضیۀ *مونترو-آرانگورن و دیگران علیه ونزوئلا*[۸۴]، این دیوان با استناد به رویۀ دیوان اروپایی حقوق بشر، شرایط بازداشت را فراتر از سطح اجتناب‌ناپذیر رنج ناشی از بازداشت اعلام کرد و آن را در حد نقض مادۀ ۵ کنوانسیون امریکایی حقوق بشر دانست؛ اما در صدور رأی، حداقل استانداردهای رفتار با زندانیان را مبنا قرار داد و با تمرکز بر ناکامی دولت ونزوئلا در انجام تعهداتش مبنی بر حفاظت از حقوق زندانیان، عدم رعایت کرامت انسانی و نیز قصور این دولت در تأمین شرایط انسانی بازداشت را نقض مادۀ ۵ کنوانسیون امریکایی حقوق بشر اعلام کرد. در حقیقت، این دیوان با محور قرار دادن تعهدات دولت‌ها در مادۀ ۱ کنوانسیون امریکایی حقوق بشر و با درنظر گرفتن حداقل استانداردهای رفتار با زندانیان، صرف نقض کرامت انسانی و عوامل متعددی ازجمله محدودیت دسترسی به آب را به‌منزلۀ نقض کرامت انسانی و مصداقی از رفتارهای غیرانسانی دانسته و آن را به‌عنوان عاملی برای احراز نقض بند دوم مادۀ ۵ کنوانسیون امریکایی حقوق بشر اعلام کرده است. این کنوانسیون در بند دوم از مادۀ ۵، احترام به کرامت انسانی زندانیان را به‌صراحت تأیید کرده و تأکید داشته است که باید با افراد محروم از آزادی، مطابق با کرامت ذاتی انسان رفتار شود[۸۵]. بر این اساس، دیوان در تمام

83. *Ibid*, Paras. 19, 26, 81, 111, 112, 117.
84. IACHR, Case of Montero Aranguren et al. (Detention Center of Catia) v. Venezuela, *op. cit*., Para.97.
85. American Convention on Human Rights 1969, Art. 5(2).

قضایای مرتبط با افراد محروم از آزادی، شرایط بازداشت را با قواعد ماندلا تطبیق داده، با استناد به مادهٔ ۱ کنوانسیون، دولت‌های متعاهد را مسئول فراهم کردن شرایط انسانی بازداشت و تضمین حقوق زندانیان می‌داند[۸۶]. همین رویکرد در قضیهٔ *بیسون و دیگران علیه ترینیداد و توباگو*[۸۷] نیز تکرار شد. در این پرونده، در مدت زمانی که فوستر سرت[۸۸] در بازداشت پیش از محاکمه قرار داشت، با توجه به عدم دسترسی به آب، او به‌ناچار از مایعات بدن خود استفاده کرد و در نتیجه دیوان با عنایت به شرایط اسفناک بازداشت، نتیجه گرفت که دولت از رعایت حداقل استانداردهای رفتار با زندانیان ناکام مانده و این امر نقض بند دوم مادهٔ ۵ کنوانسیون امریکایی حقوق بشر را به‌دنبال داشته است.

در مجموع، به‌نظر می‌رسد که محافظه‌کاری دیوان اروپایی حقوق بشر در احراز نقض حق بر آب و نبود موازین مشخص برای تضمین آن، اهمیت این حق بنیادین را کم‌رنگ کرده است. در مقابل، دیوان بین‌امریکایی حقوق بشر با استناد به استانداردهای بین‌المللی، معیاری مشخص برای ارزیابی شرایط بازداشت ارائه داده و با تضمین کرامت انسانی و تأکید بر مسئولیت دولت‌ها، نتایج مؤثرتری در حمایت از حق بر آب در خصوص زندانیان کسب کرده است.

٤. چالش‌های تضمین حق بر آب در محیط زندان

با توجه به اینکه ازدحام جمعیت، شرایط بهداشتی نامناسب و استانداردهای ضعیف غذا و آب در زندان‌های سراسر جهان رایج است، این عوامل به‌وضوح بر حق بر سلامت تأثیرگذار است و نگهداری زندانیان در چنین شرایطی چالشی بزرگ برای سلامت عمومی ایجاد می‌کند[۸۹]. ازآنجا که تأمین سلامت و بهداشت، یکی از پارامترهای ضروری برای دستیابی به زندگی سالم و منطبق با استانداردهای بین‌المللی به‌شمار می‌آید[۹۰]، توجه به بهبود وضعیت زندان‌ها امری ضروری و اجتناب‌ناپذیر است. در این میان، تأمین آب سالم و کافی از مهم‌ترین ویژگی‌های یک

86. Jimena Murillo Chavarro, *op. cit.*, p. 49-50.
87. IACHR, Case of Bissoon et al. v. Trinidad and Tobago, Judgment of November 14, 2022, Paras. 27, 42, 44, 48-52.
88. Foster Serrette
89. Rick Lines, "The Right to Health of Prisoners in International Human Rights Law", *International Journal of Prisoner Health*, No. 1 (2008), p. 31.
۹۰. مهدی ذاکریان امیری، پیمان بلوری، داود هرمیداس باوند و یوسف باقری حامد، «چالش‌های امنیت انسانی در پرتو حق بر سلامت و بهداشت عمومی»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش۱۸ (۱۳۹۸)، ص ۶۰.

زندان استاندارد محسوب می‌شود؛ زندانی که در آن سلامت زندانیان به‌طور کامل تضمین شده باشد[۹۱]. با این حال، در سراسر جهان بسیاری از زندان‌ها با کمبود آب، آلودگی منابع آبی و ناکارآمدی زیرساخت‌های بهداشتی روبه‌رو هستند[۹۲]. برای مثال، در قضیهٔ *وارتیک علیه رومانی*[۹۳]، یکی از هم‌سلولی‌های آقای گنادی وارتیک اظهار داشت که آب لوله‌کشی زندان آلوده بوده و حتی کرم در آن مشاهده شده است؛ با وجود این، دیوان اروپایی حقوق بشر با توجه به شرایط نامناسب بازداشت و احراز نقض مادهٔ ۳ کنوانسیون، بررسی بیشتر در خصوص کیفیت آب زندان را ضروری ندانست. در حقیقت، دیوان با صرف‌نظر کردن از تحقیق دربارهٔ کیفیت آب در این قضیه، عملاً حق دسترسی به آب سالم را نه به‌عنوان یک حق مستقل و یا حتی مؤلفه‌ای بنیادین از حق بر سلامت، بلکه صرفاً به‌عنوان بخشی از «شرایط نامناسب بازداشت» تحلیل کرده است. این شیوهٔ ارزیابی ممکن است از سوی دولت‌ها به‌عنوان یک الگوی قضایی مشروع تعبیر و موجب شود که آنها بدون اصلاح ساختاری و بدون ارتقای نظام‌های بهداشتی و تصفیهٔ آب، تنها به گزارش‌دهی کلی و غیرشفاف درباره «شرایط کلی قابل قبول بازداشت» بسنده کنند؛ این درحالی است که حق بر دسترسی به آب سالم، مطابق با استانداردهای حقوق بشر، نه‌تنها یکی از مصادیق اساسی حق بر سلامت است، بلکه با حق بر حیات، حق بر کرامت انسانی و ممنوعیت رفتار غیرانسانی نیز پیوند دارد. بی‌توجهی به بررسی کیفیت آب، درواقع انکار ضمنی این پیوندهای مفهومی است و باعث تضعیف جایگاه این حقوق در رویهٔ قضایی دیوان می‌شود. با این تفاسیر، زمانی که نهادهای قضایی منطقه‌ای از رسیدگی مستقل به کیفیت آب یا سایر عناصر زیست‌محیطی و بهداشتی خودداری می‌کنند، عملاً یک خلأ حقوقی شکل می‌گیرد که می‌تواند به ایجاد استثناهای عملی برای برخی از مصادیق حق بر سلامت منجر شود. بنابراین، چنین رویکردی، از حیث حقوقی، تضعیف یکی از مهم‌ترین عناصر حقوق بنیادین زندانیان را در پی دارد و در بلندمدت می‌تواند به عقب‌گرد در توسعه و شناسایی حقوق نوپای زیست‌محیطی و بهداشتی در نظام حقوق بشر اروپایی بینجامد. لذا، برای مقابله با این روند، ضروری است دیوان در پرونده‌های مرتبط با این موضوع، نگاه دقیق‌تری به عناصر سلامت محیطی در زندان‌ها داشته

91. Yvonne Jewkes, Moran Dominique and Jennifer Turner, "Just add Water: Prisons, Therapeutic Landscapes and Healthy Blue Space", *Criminology & Criminal Justice*, No. 4 (2020), p. 382.
92. Penal Reform International, 2022, *op. cit.*, p. 43
93. ECHR, Case of Vartic v. Romania, Judgment of 10 July 2012, (12152/05), Paras. 13, 16, 53.

باشد و آنها را نه به‌عنوان بخش جانبی، بلکه به‌عنوان موضوعات اصلی در نقض حقوق بشر مورد رسیدگی قرار دهد.

در مقابل، رأی دیوان بین‌امریکایی حقوق بشر در سال ۲۰۲۳، نمونه‌ای مترقی از تفسیر گسترده‌تر تعهدات دولت‌ها در حوزهٔ حقوق زندانیان است. این دیوان در موضوع افراد محروم از آزادی در زندان اواریستو د مورائس[۹۴] در برزیل، با استناد به شرایط نامناسب بازداشت، ازجمله کیفیت نامطلوب آب و وجود فضلهٔ پرندگان در آب آشامیدنی، از دولت برزیل درخواست کرد که فوراً تمام اقدامات لازم را جهت حفاظت از سلامت جسمانی زندانیان اتخاذ نماید[۹۵]. در حقیقت، دیوان بین‌امریکایی حقوق بشر با پذیرش پیوند میان کیفیت آب و حق بر سلامت، دولت برزیل را به انجام اقدامات فوری ملزم دانست. بنابراین، عملکرد این دیوان می‌تواند به‌عنوان الگویی برای دیوان‌های منطقه‌ای و دادگاه‌های ملی، جهت ارتقای استانداردهای حمایتی از زندانیان درنظر گرفته شود.

نتیجه

پژوهش تطبیقی صورت‌گرفته و یافته‌های حاصل از آن، حاکی از این است که حق بر آب در خصوص وضعیت زندانیان و افراد بازداشت‌شده، در هر دو نظام حقوقی اروپایی و امریکایی حقوق بشر، به صورت یک حق مشتق و ذیل سایر حقوق بشر مورد توجه قرار گرفته است. با درنظر گرفتن آرای متعدد، این حق صرفاً شامل دسترسی به آب آشامیدنی سالم نیست، بلکه تأمین نیازهای بهداشتی افراد محروم از آزادی و شرایط متناسب با کرامت انسانی در محیط بازداشت را نیز دربر می‌گیرد. با این حال، رویکرد دیوان اروپایی و بین‌امریکایی حقوق بشر در تفسیر و اعمال این حق، بیانگر دیدگاه‌های متمایز در ارزیابی نقض و مسئولیت دولت‌هاست. دیوان اروپایی حقوق بشر، محرومیت از آب و ارائهٔ آب بی‌کیفیت را نقض مادهٔ ۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، یعنی رفتار غیرانسانی یا تحقیرآمیز تلقی کرده، تأکید می‌نماید که این ماده یکی از بنیادی‌ترین ارزش‌های جامعهٔ دموکراتیک را تضمین کرده، مطلقاً شکنجه یا هر نوع رفتار غیرانسانی یا

94. Evaristo de Moraes
95. I.A.C.H.R, Matter of Persons Deprived of Liberty in Evaristo de Moraes Penitentiary Regarding Brazil, 2023.

تحقیرآمیز را ممنوع می‌سازد. این دیوان، حق بر آب را بخشی از شرایط مادی بازداشت می‌داند و در صورت محرومیت زندانی از این حق، تنها زمانی آن را ناقض مادۀ ۳ می‌شناسد که شدت رنج ناشی از آن، فراتر از حد معمول بوده و با کرامت انسانی ناسازگار باشد. این رویکرد نسبی‌گرا به تشتت آرای این دیوان منجر شده است. برای مثال، دیوان اروپایی حقوق بشر در مواردی عدم دسترسی زندانیان به آب، اعم از کمبود فشار آب برای استحمام، فقدان آب گرم، محدودیت دسترسی به آب آشامیدنی و ضرورت خرید بطری آب از فروشگاه زندان را به‌عنوان نقض مادۀ ۳ به‌رسمیت نشناخته و این درحالی است که کمیتۀ پیشگیری از شکنجه، این شرایط را بسیار پایین‌تر از استانداردهای قابل قبول ارزیابی می‌کند؛ اما دیوان، شرایط را از سطح رنج و مشقتی که ذاتاً در هر نوع مجازات سلب آزادی وجود دارد، فراتر نمی‌داند، که این امر به‌نوعی نمایانگر شکاف میان استانداردهای نظارتی و سیستم قضایی در نظام اروپایی حقوق بشر است.

در مقابل، دیوان بین‌امریکایی حقوق بشر با تفسیر حق بر آب ذیل بند دوم مادۀ ۵ کنوانسیون امریکایی، رویکردی قاطع‌تر و استانداردمحور اتخاذ کرده است. این دیوان به‌جای تمرکز بر حداقل سطح شدت رفتار غیرانسانی، شرایط بازداشت از قبیل ازدحام جمعیت زندانیان، عدم دسترسی یا دسترسی ناکافی به آب برای آشامیدن، استحمام و مسائل بهداشتی را به صورت کلی‌تر به‌عنوان نقض کرامت انسانی تلقی می‌کند. این دیوان با استناد به حداقل قواعد استاندارد سازمان ملل برای رفتار با زندانیان، مسئولیت دولت‌ها را در تأمین شرایط بازداشت برجسته کرده، نقض حق بر آب در خصوص افراد محروم از آزادی را، به ناکامی دولت‌ها در اجرای تعهدات مادۀ ۱ کنوانسیون امریکایی حقوق بشر نسبت می‌دهد. در حقیقت، این رویکرد پیشرو، با تأکید بر کرامت ذاتی افراد و استانداردهای جهانی، انعطاف‌پذیری بیشتری در شناسایی نقض این حق و تضمین آن فراهم می‌سازد.

در مجموع، مقایسۀ نظام اروپایی و بین‌امریکایی حقوق بشر نشان می‌دهد که گرچه رویۀ دیوان‌های اروپایی و بین‌امریکایی حقوق بشر به‌صورت مبرهن بر منع رفتارهای غیرانسانی و ترذیلی در شرایط بازداشت بنا شده، اما این دو دیوان رویکرد متفاوتی را اتخاذ کرده‌اند و تفاوت در روش‌شناسی آنها قابل توجه است؛ به این صورت که دیوان اروپایی حقوق بشر در هر قضیه با تمرکز بر نسبی‌گرایی و شرایط فردی و محیطی رأی صادر می‌کند و این درحالی است که

دیوان بین‌امریکایی حقوق بشر رویکردی قاطع و یکپارچه دارد و هر رفتار غیرانسانی را فارغ از سطح شدت آن، نقض مادهٔ ۵ کنوانسیون امریکایی حقوق بشر قلمداد می‌کند. بنابراین، نمی‌توان رویهٔ یک‌دستی را در تشخیص موارد نقض حق بر آب در دیوان اروپایی حقوق بشر مشاهده کرد. این تفاوت‌ها نه‌تنها بر نحوهٔ اجرای عدالت تأثیرگذار است، بلکه نشانگر نیاز جهانی به هماهنگی بیشتر در استانداردهای حقوق بشری است.

در نهایت امر، هر دو دیوان با شناسایی حق بر آب به‌عنوان بخشی از حقوق بنیادین افراد محروم از آزادی، گامی مهم در راستای محدودسازی نقض این حق از سوی دولت‌ها برداشته‌اند. با این حال، به‌منظور ارتقای حمایت کارآمدتر از حق بر آب، شایسته است که دیوان اروپایی حقوق بشر با الهام از رویکرد استانداردمحور و صریح دیوان بین‌امریکایی حقوق بشر، در جهت ایجاد انسجام بیشتر در رویهٔ خود گام بردارد. افزون بر این، تقویت سازوکارهای نظارتی بر اجرای آرای این دو دیوان و تدوین دستورالعمل‌های شفاف‌تر و الزام‌آور در زمینهٔ تأمین آب سالم و بهداشتی در بازداشتگاه‌ها، می‌تواند نقش قابل‌توجهی در ارتقای وضعیت زیستی و حفظ کرامت انسانی افراد محروم از آزادی ایفا کند.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

- کتاب‌ها

۱. آفنداک، خلیل و حسن‌دوست، المیرا (۱۳۹۲). ***راهنمای اصول اساسی جایگزین‌های حبس***. تهران: روانشناسی و هنر.

۲. صفاری‌نیا، مهزاد (۱۳۹۴). ***حق بر آب آشامیدنی سالم در حقوق بین‌الملل بشر***. تهران: مجد.

- مقالات

۳. احمدی، سید محمدصادق و بدیسار، سید ناصرالدین (۱۳۹۵). حق بر آب در نظام بین‌المللی حقوق بشر. ***حقوق محیط زیست***، ۱(۲)، ۳۸-۵۰.

۴. اسلام‌پناه، میثم؛ میرعباسی، سید باقر؛ و مرادی، مریم (۱۴۰۱). نگرشی بر نقش رویه‌های ویژهٔ حقوق بشری در دسترسی به حق آب آشامیدنی سالم در کشورهای در حال توسعه. ***جامعه‌شناسی سیاسی ایران***، ۵(۳)، ۳۰۷-۳۳۵.

۵. امیری، مجاهد؛ امیری، روح‌الامین؛ و راسخ، سید محمدمهدی (۱۴۰۱). حق بر آب در پرتو رویهٔ قضایی دادگاه اروپایی حقوق بشر. ***مطالعات بین‌المللی***، ۱۹(۳)، ۲۰۹-۲۲۶.
Doi:10.22034/ISJ.2022.325239.1735

۶. ذاکریان امیری، مهدی؛ بلوری، پیمان؛ هرمیداس باوند، داود و باقری حامد، یوسف (۱۳۹۸). چالش‌های امنیت انسانی در پرتو حق بر سلامت و بهداشت عمومی. ***مطالعات حقوق تطبیقی معاصر***، ۱۰(۱۸)، ۵۱-۷۳. Doi:10.22034/law.2019.9668

۷. گراوند، فرشاد (۱۳۹۹). حق بر آب در پیکرهٔ حقوق بین‌الملل و حمایت از آن در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی. ***مطالعات حقوق عمومی***، ۵۰(۴)، ۱۶۸۳- ۱۷۰۵.

۸. محمدی، عقیل و حاجی‌ملا، هیوا (۱۴۰۲). تعهد دولت‌ها به اجرای فراسرزمینی حق بشر بر دسترسی به آب سالم و بهداشتی. ***مطالعات حقوقی***، ۱۵(۱)، ۳۸۷-۴۲۰.

۹. نصراللهی شهری، نیما و زمانی، سید قاسم (۱۳۹۹). بررسی حق بشری دسترسی به آب در پرتو رویهٔ دیوان داوری ایکسید. ***مطالعات حقوق عمومی***، ۵۰(۲)، ۴۲۳-۴۴۱.

- مقالات همایش‌ها و کنفرانس‌ها

۱۰. نریمانی، مهدی؛ نصیری، ولی‌اله؛ مطلق‌العنان، علی‌اکبر؛ و نجد قهرمانی، سمیه (۱۳۹۶). بررسی حقوق زندانی در اسناد بین‌المللی حقوق بشر. ***اولین کنفرانس ملی حقوق و علوم سیاسی.***

- وب‌سایت‌های اینترنتی

۱۱. پژوهه، (۱۳۹۷/۰۲/۳۱). اعلامیهٔ اصول اساسی رفتار با زندانیان، قابل دسترس در:
< https://shorturl.at/XeY5z >

ب) منابع انگلیسی

- Books

12. Heller, L. (2022). ***The Human Rights to Water and Sanitation***. United Kingdom: Cambridge University Press, 2022.
13. Mowbray, A. (2012). ***Cases and Materials on the European Convention on Human Rights***. New York: Oxford.
14. Rodley, N. (2000). ***The Treatment of Prisoners Under International Law***. New York: Oxford U.P.
15. Winkler, I. (2012). ***The Human Right to Water Significance, Legal Status and Implication for Water Allocation***. Hart Publishing, Oxford.

- Articles

16. Bertazzo, S. (2015). The Protection of Access to Drinking Water in International Law. ***Universidad Católica del Norte***, 22(2), 55-92.
17. Benöhr, I. (2023). The Right to Water and Sustainable Consumption in EU law. ***Journal of Consumer Policy***, 46(1), 53-77.
18. Cahill, A. (2011). The Human Right to Water- a Right of Unique Status: The legal Status and Normative Content of the Right to Water. ***International Journal of Human Rights***, 9(3), 389-410.
19. Crosson, J; Sylvester, R; & Worsham, K. (2024). Locked out of Water: a Reflection on WaSH Access in US Prisons. ***Journal of Water, Sanitation & Hygiene for Development***, 14(11), 1146-1154.
20. Fantini, E. (2019). An introduction to the Human Right to Water: Law,

Politics, and Beyond. ***Wiley Interdisciplinary Reviews Water***, 7(2), 1-8.

21. Franziska Braig, K. (2018). The European Court of Human Rights and the Right to Clean Water and Sanitation. ***Water Policy; Oxford,*** 20(2), 282-307.
22. Grafton, RQ; Manero, A; Chu, L; & Wyewoll, P. (2023). The price and Value of Water: An Economic Review. ***Cambridge Prisms: Water***, (1), 1-17. Doi:10.1017/wat.2023.2
23. Herrfahrdt-Pähle, E; Houdert, A; Dombrowsky, I; Cullmann, J; Mukherji, A; Unver, O & Varady, R. (2025). Empowering Global Water Governance: Taking the 2023 UN Water Conference Outcomes Forward to Address the Current Water Crises. ***Water International***, 50(1), 4-10.
24. Jewkes, Y; Moran D & Turner, J. (2020). Just add Water: Prisons, Therapeutic Landscapes and Healthy Blue Space. ***Criminology & Criminal Justice***, 20(4), 381-398.
25. Kirschner, A. (2011). The Human Right to Water and Sanitation. ***Max Planck Yearbook of United Nations Law***, (15), 445-487.
26. Lee, J & Best, M (2017). Attempting to Define the Human Right to Water with an Annotated Bibliography & Recommendations for Practitioners. ***The Georgetown Environmental Law Review***, 30(1), 75-123.
27. Lines, R. (2008). The Right to Health of Prisoners in International Human Rights Law. ***International Journal of Prisoner Health***, 4(1), 3-53.
28. Murillo Chavarro, J. (2014). The Right to Water in the Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights. ***ACDI Anuario Colombiano de Derecho International***, (7), 39-68.
29. Roaf, V & Winkler, I. (2024). Challenging Exclusion: Bringing the Human Rights to Water and Sanitation to Europe. ***Journal of Water, Sanitation & Hygiene for Development***, 14(10), 971-975.
30. Soboka Bulto, T. (2011). The Emergence of the Human Right to Water in International Human Rights Law: Invention or Discovery? ***Melbourne Journal of International Law***, 12(2), 1-25.

31. Strakos, P. (2016). Water as a Human Right: Comparative Study of its Protection in the Inter American and European Jurisprudential Spheres. ***Revista da Faculdade de Direito***, 61(3), 141-164. Doi:10.1080/02508060.2025.2452108

32. Wallace, A. (2020). The European Court of Human Rights: a Tool for Improving Health. ***The Lancet Public Health,*** 5(2), 78-79.

33. Williams, M. (2007). Privatization and the Human Right to Water: Challenges for the New Century. ***Michigan Journal of International Law***, 28(2), 469-505.

- Thesis

34. Hansén, Nora (2018). ***The Human Right to Water and its Status in International Law***. Master's Thesis in Public International Law, Stockholm University.

- Documents

35. American Convention on Human Rights 1969.

36. Inter American Court of Human Rights, "Differentiated Approaches with Respect to Certain Groups of Prisons Deprived of Liberty", Advisory Opinion OC-29/22 of May 30, 2022.

37. The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom 1950.

38. United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of prisoners (The Nelson Mandela Rules), 2015.

- Reports

39. International Committee of Red Cross, "Water, Sanitation, Hygiene and Habitat in Prisons", 2005.

40. Penal Reform International, "Global Prison Trends", 2022.

41. South African Human Rights Commission, "The Right to Sufficient Water. 3rd Economic and Social Rights Report", 2000.

42. World Health Organization, "Guidelines for Drinking-Water Quality: Fourth Edition Incorporating the First and Second Addenda", 2022.

- Jurisprudence

43. E.C.H.R, Case of Abdilla v. Malta, (36199/15), Judgment of 17 July 2018.
44. E.C.H.R, Case of İlerde and Others v. Türkiye, (35614/19), Judgment of 5 December 2023.
45. E.C.H.R, Affaire Marian Stoicescu c. Roumanie, (12934/02), Arrêt du 16 Juillet 2009.
46. E.C.H.R, Case of Mihai Laurenţiu Marin v. Romania, (79857/12), Judgment of 10 June 2014
47. E.C.H.R, Case of Mikalauskas v. Malta, (4458/10), Judgment of 23 July 2013.
48. E.C.H.R, Case of Peňaranda Soto v. Malta, (16680/14), Judgment of 19 December 2017.
49. E.C.H.R, Case of Rezmiveș and Others v. Romania, (61467/12, 39516/13, 48231/13 and 68191/13), Judgment of 25 April 2017.
50. E.C.H.R, Case of Story and Others v. Malta, (56854/13, 57005/13 and 57043/13), Judgment of 29 October 2015.
51. E.C.H.R, Case of Shishkov v. Russia, (26746/05), Judgment of 20 February 2014.
52. E.C.H.R, Case of Valašinas v. Lithuania, (44558/98), Judgment of 24 July 2001.
53. E.C.H.R, Case of Vartic v. Romania, (12152/05), Judgment of 10 July 2012.
54. E.C.H.R, Case of Vitkovskiy v. Ukraine, (24938/06), Judgment of 26 September 2013.
55. E.C.H.R, Case of Volodia Avetisyan v. Armenia, (39087/15), Judgment of 3 May 2022.
56. I.A.C.H.R., Case of Amrhein et al. v. Costa Rica. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of April 25, 2018. Series C No. 354.

57. I.A.C.H.R., Case of Bissoon et al. v. Trinidad and Tobago. Merits and Reparations. Judgment of November 14, 2022. Series C No. 472.

58. I.A.C.H.R., Case of Dial et al. v. Trinidad and Tobago. Merits and Reparations. Judgment of November 21, 2022. Series C No. 476.

59. I.A.C.H.R., Case of González et al. v. Venezuela. Merits and Reparations. Judgment of September 20, 2021. Series C No. 436.

60. I.A.C.H.R., Case of López Álvarez v. Honduras. Merits, Reparations and Costs. Judgment of February 1, 2006. Series C No. 141.

61. I.A.C.H.R., Case of Lysias Fleury et al. v. Haiti. Merits and Reparations. Judgment of November 23, 2011. Series C No. 236.

62. I.A.C.H.R., Case of Montero Aranguren et al. (Detention Center of Catia) v. Venezuela. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs. Judgment of July 5, 2006. Series C No. 150.

63. I.A.C.H.R., Case of Rodríguez Revolorio et al. v. Guatemala. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs. Judgment of October 14, 2019. Series C No. 387.

64. I.A.C.H.R, Case of Vélez Loor v. Panama. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of November 23, 2010 Series C No. 218.

65. I.A.C.H.R., Case of Yvon Neptune v. Haiti. Merits, Reparations and Costs. Judgment of May 6, 2008. French Version. Series C No. 180.

- Provisional Measures

66. I.A.C.H.R, Matter of Persons Deprived of Liberty in Evaristo de Moraes Penitentiary Regarding Brazil. Adoption of Provisional Measures. Order of the Inter-American Court of Human Rights of March 21, 2023.

- Websites

67. Association for the Prevent of Torture (apt), Food and Water, Available at: <https://www.apt.ch/knowledge-hub/dfd/food-and-water>.

University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514
Volum: 16 **Issue:** 39
Summer 2025

Article Type: Research Article **Pages:** 61-92

Updated Rules of Maritime Privilege and Mortgage (Comparative Study of Iranian, English, and American Law)

Arezoo Padir[1]| Ali Rezaei[2]

1. Ph.D Candidate in Private Law, Shiraz University, Iran arezoo.padii@gmail.com
2. Associate Professor, Department of Private Law, Shiraz University, Iran (Corresponding Author) ali62rezaee@gmail.com

Abstract

In maritime law, mortgages and maritime liens are considered to create a real right for the creditor on maritime property (mainly ships). This is while there is no legal provision in domestic law regarding the nature of the debt in a maritime mortgage and the basis of the maritime lien. In American law, the basis of maritime court jurisdiction is based on the theory of characterization of the ship, and in England, although this theory was initially fully accepted, it is now used solely as the basis of maritime lien. This study seeks to answer the reason for the introduction of the aforementioned objective rights in the Iranian maritime law. Although the implicit acceptance of the legal personality of the ship is seen in scattered articles of the maritime law approved in 1964, the theory of the legal personality of the ship has not been accepted in Iranian law. In this article, the basis and nature of maritime liens and mortgages are examined using a descriptive-analytical method, while examining the position of American and English law. By emphasizing the specific characteristics of ships and commercial shipping activities, an approach is presented to explain the provisions and principles of maritime liens and mortgages, thereby achieving up-to-date regulations regarding claims subject to maritime liens and mortgages, filing action in rem, and seizing a sister ship.

Keywords: *Maritime Lien, maritime court, action in rem, maritime mortgage, legal personality of the ship*.

Received: 2025/04/26 **Received in revised form:** 2025/08/08 **Accepted:** 2025/08/25 **Published:** 2025/09/09

DOI: 10.22034/law.2025.66988.3484

Publisher: University of Tabriz law@tabrizu.ac.ir

شاپا الکترونیکی: ۰۵۱۴-۲۸۲۱
مطالعات حقوق تطبیقی معاصر
دوره: ۱۶، شماره: ۳۹
تابستان ۱۴۰۴
نوع مقاله: پژوهشی
صفحات: ۶۱-۹۲

قواعد روزآمد حق ممتاز و رهن دریایی (مطالعهٔ تطبیقی حقوق ایران، انگلیس و امریکا)

آرزو پادیر[۱] | علی رضائی[۲]

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه شیراز، ایران arezoo.padii@gmail.com
۲. دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشگاه شیراز، ایران (نویسنده مسئول) ali62rezaee@gmail.com

چکیده

در حقوق دریایی، رهن و حق ممتاز دریایی موجد حق عینی برای طلبکار بر روی مال دریایی (عمدتاً کشتی) خواهد بود. این درحالی است که در حقوق داخلی هیچ نص قانونی در خصوص ماهیت دین در رهن دریایی و مبنای حق ممتاز دریایی وجود ندارد. در حقوق امریکا، اساس صلاحیت دادگاه دریایی بر نظریهٔ شخصیت‌پردازی برای کشتی استوار است و در انگلیس، اگرچه این نظریه در ابتدا به‌طور کامل مورد قبول بود، اما اکنون صرفاً به‌عنوان مبنای حق ممتاز دریایی به‌کار می‌رود. این مطالعه در پی پاسخ به علت معرفی حقوق عینی یادشده در قانون دریایی ایران است. اگرچه پذیرش ضمنی شخصیت حقوقی کشتی در مواد پراکندهٔ قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳ دیده می‌شود، اما نظریهٔ شخصیت حقوقی کشتی در حقوق ایران به‌صراحت از سوی حقوق‌دانان پذیرفته نشده است. در این مقاله با روش توصیفی- تحلیلی، ضمن بررسی موضع حقوق امریکا و انگلیس، مبنا و ماهیت حق ممتاز و رهن دریایی بررسی شده است. در ادامه، نگارندگان مقاله با تأکید بر ویژگی خاصّ کشتی و فعالیت تجاری کشتی‌رانی، رهیافتی برای تشریح احکام و مبانی حق ممتاز و رهن دریایی ارائه کرده و از این طریق به مقرراتی روزآمد در خصوص مصادیق طلب‌های مشمول حق ممتاز و رهن دریایی، طرح دعوی بر علیه مال، و توقیف کشتی خواهر دست می‌یابند.

واژگان کلیدی: *حق ممتاز دریایی، دادگاه دریایی، دعوا بر علیه مال، رهن دریایی، شخصیت حقوقی کشتی.*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۲/۰۶ **تاریخ بازنگری:** ۱۴۰۴/۰۵/۱۷ **تاریخ پذیرش:** ۱۴۰۴/۰۶/۰۳ **تاریخ انتشار:** ۱۴۰۴/۰۶/۱۸

DOI: 10.22034/law.2025.66988.3484

ناشر: دانشگاه تبریز law@tabrizu.ac.ir

مقدمه

رهن دریایی[1] و حق ممتاز دریایی[2]، هر دو از وثائق عینی دریایی هستند. به‌موجب رهن و حق ممتاز دریایی، طلبکار بر روی مال دریایی دارای حق عینی شده، مال دریایی وثیقهٔ طلب او می‌گردد. هیچ تعریف صریحی از حق ممتاز دریایی و نوع دین در رهن دریایی در قوانین داخلی کشورها ازجمله ایران وجود ندارد. اینکه قانون‌گذار بدون دلیل، طلب‌هایی را موجد حق ممتاز معرفی کرده، به صرف کشتی بودن مال مرهونه، قرارداد را واجد وصف دریایی بداند، راهگشا نیست؛ بلکه لازم است ابتدا مبنا و ماهیت تعیین و سپس شرایط و احکام تبیین شود. تاکنون سه کنوانسیون جهت یکنواخت‌سازی مقررات مربوط به رهن و حق ممتاز دریایی در سال‌های ۱۹۲۶، ۱۹۶۷ و ۱۹۹۳ به‌تصویب رسیده است. هر سه کنوانسیون به‌صراحت تصریح می‌کنند که حق ممتاز دریایی مندرج در آن بر رهن و سایر طلب‌ها اولویت دارند. کشور ایران تاکنون فقط کنوانسیون ۱۹۲۶ بروکسل را تصویب کرده و قانون دریایی مصوب سال ۱۳۴۳ با الهام از این کنوانسیون تنظیم و تدوین شده است. انگلیس و امریکا هیچ‌یک از کنوانسیون‌های سه‌گانهٔ رهن و حق ممتاز دریایی را تصویب نکرده‌اند، اما قوانین داخلی آنها در طول سالیان، اصلاح و به‌روزرسانی شده است. مقتضیات تجارت دریایی موجب پیدایش نظریهٔ شخصیت حقوقی کشتی در حقوق انگلیس و امریکا شده است و احکام حقوق عینی بر علیه کشتی در پرتو این نظریه شکل می‌گیرد. حق ممتاز، حقی مبتنی بر این مفهوم است که کشتی (اعتبار شخصیت برای کشتی) خود موجب ضرر، آسیب یا خسارت به دیگران یا اموال آنها شده است که خود باید آن ضرر را جبران کند. به عبارت دیگر، کشتی خطاکار است، نه صاحب آن. این ممکن است برای ذهن واقع‌گرایانهٔ بسیاری قابل درک نباشد که چگونه یک کشتی می‌تواند اشتباه کند؟ با این حال، کشتی ابزاری است که به‌وسیلهٔ آن صاحبان یا خدمتگزاران قانونی این وسیله ممکن است اشتباه کنند[3].

پس از گذشت دهه‌ها از تصویب قانون دریایی ۱۳۴۳، اکنون شاهد تدوین لایحهٔ کشتی‌رانی تجاری از سوی هیئت وزیران و ارسال به مجلس شورای اسلامی جهت تصویب هستیم. آیا در

1. Maritime Mortgage
2. Maritime Lien
3. Christopher Hill, *Maritime Law*, (Lloyd's of London Press Ltd, 6th Edition, 2003), p. 119.

این لایحه، در تبیین شرایط و احکام حق ممتاز و رهن دریایی، به ویژگی‌های متمایز کشتی از سایر اموال منقول توجه شده است؟ جهت دستیابی به قوانین مفید و کارآمد، با توجه به مبانی و ماهیت حقوق عینی بر علیه کشتی، چه اصلاحات و به‌روزرسانی در مقررات مربوط به نحوهٔ اجرای و استیفای حق ممتاز و رهن دریایی باید صورت پذیرد؟

محمد ابوعطا (۱۳۸۹) در مقالهٔ «حق ممتاز دریایی؛ طلب یا وثیقهٔ طلب» و زهره صادقی تفتی و عباس محمدی (۱۳۹۵) در مقالهٔ «ماهیت حقوقی رهن دریایی» صرفاً به بررسی مفهوم و ماهیت حق ممتاز و رهن دریایی به لحاظ مفهوم‌شناسی پرداخته، جای خالی تبیین مبانی و ارائهٔ ضابطه به تدوین‌کنندگان قانون جدید در تعیین حدود و مصادیق اموال مشمول حق حس می‌شود که نگارنده این سطور سعی در بررسی این ابهامات دارد. ندا حاتمی (۱۳۹۲) در پایان‌نامهٔ خود «رهن دریایی» به احکام و شرایط عمومی و اختصاصی رهن دریایی، اقسام و آثار آن با تمرکز بر حقوق ایران پرداخته و با توجه به اینکه این آثار ارزنده قبل از تدوین لایحهٔ کشتی‌رانی تجاری نگارش یافته، به تحلیل مواد لایحه پرداخته نشده است. آنچه که این نوشتار را از سایر مقالات در این حوزه متمایز می‌سازد، تحلیل احکام و شرایط رهن و حق ممتاز دریایی در پرتو نظریهٔ شخصیت حقوقی کشتی و تطابق لایحهٔ کشتی‌رانی تجاری با معیارهای بین‌المللی است که تاکنون بررسی و تدقیق در خصوص آن انجام نشده است.

به‌منظور جبران نواقص و کاستی‌های قانون دریایی ۱۳۴۳، بسیار مهم است که قانون جدید همهٔ موارد مرتبط را دربر گیرد و جامع و مانع باشد. در این مقاله، ابتدا به مفهوم رهن و حق ممتاز دریایی می‌پردازیم، سپس به شرح و اثر نظریهٔ شخصیت حقوقی کشتی بر رهن و حق ممتاز دریایی خواهیم پرداخت و در نهایت ضمن بررسی تحولات و نوآوری‌های لایحهٔ کشتی‌رانی تجاری، الگویی روزآمد از قواعد و مقرراتی کارآمد و مفید پیشنهاد می‌گردد که باید در قانون جدید گنجانده شود.

۱. رهن دریایی

رهن دریایی در کنار حق ممتاز دریایی به‌عنوان وسیله‌ای دیگر برای تأمین اعتبار هزینه‌های دریانوردی رواج پیدا کرد؛ با این تفاوت که رهن دریایی ریشه در قرارداد دارد و نیازمند توافق است. رهن دریایی عقدی است که به‌موجب آن راهن (مالک یا فرماندهٔ کشتی) در قبال أخذ وام

برای ساخت کشتی یا تأمین مخارج جاری کشتی و یا تأمین مخارج فوق‌العاده در جریان سفر دریایی، کشتی یا بار آن و یا کرایهٔ حمل را به‌منظور تضمین بازپرداخت دین نزد مرتهن (وام‌دهنده) به وثیقه می‌گذارد[۴]. طبق تعریفی دیگر، عقدی است که به‌موجب آن، اموال دریایی از سوی مالک این اموال یا نمایندهٔ او وثیقهٔ دینی دریایی قرار می‌گیرند[۵]. ماهیت و آثار عقد رهن دریایی متفاوت با ماهیت و آثار عقد رهن در قانون مدنی است؛ هر دو برای ایجاد وثیقه برای طلب طلبکار منعقد و عقدی تبعی محسوب می‌شوند و در اثر آنها حق عینی تبعی برای طلبکار به‌وجود می‌آید. اما مطابق با قانون دریایی، عقد رهن دریایی باید ثبت شود و قابلیت تحقق بر روی کشتی در حال ساخت را دارد و غیرمالک (فرمانده) با تحقق شرایطی قادر به انعقاد آن است و قبض شرط صحت نیست؛ به همین دلیل، قانون دریایی، عقد رهن دریایی را فقط تابع مقررات این قانون قرار داده است. قانون دریایی ۱۳۴۳ در خصوص ضمانت اجرای لزوم تنظیم سند رسمی رهن و ثبت آن ساکت بوده، این موضوع محل اختلاف حقوق‌دانان است. طبق مادهٔ ۸۳ لایحهٔ کشتی‌رانی تجاری، هرچند رهنِ ثبت‌نشده بین طرفین آن صحیح است، ولی در برابر اشخاص ثالث قابلیت استناد ندارد. رهنی که تاریخ ثبت آن مقدم است، بر طلب سایر طلبکاران که به ثبت رهن مبادرت نکرده‌اند یا تاریخ ثبت رهن آنها مؤخر است، مقدم خواهد بود[۶]. اگرچه ثبت رهن کشتی این فایده را دارد که سایر معامله‌کنندگان می‌توانند از وضعیت بدهی‌ها و حقوق عینی موجود علیه کشتی اطلاع حاصل نمایند، در قانون دریایی ایران، هیچ مقرره‌ای در خصوص دسترسی به اطلاعات دفتر ثبت کشتی‌ها وضع نشده است؛ لذا ذی‌نفعان برای کسب اطلاعات، تنها امکان مراجعه به روزنامهٔ رسمی را دارند. مقررات دریایی ایران از این منظر قابل انتقاد و نیازمند اصلاح به‌منظور تأمین کارکرد اطلاع‌رسانی نهاد ثبت کشتی است[۷].

مقررات ضمیمهٔ ۱ بخش ۱۶ قانون کشتی‌رانی تجاری ۱۹۹۵ انگلیس شامل مقررات مربوط

---

۴. ندا حقانی، *رهن دریایی*، پایان‌نامهٔ کارشناسی ارشد دانشگاه شیراز (۱۳۹۲)، ص۱۰.

۵. زهره صادقی تفتی و عباس محمدی، «ماهیت حقوقی رهن دریایی»، *حقوق تطبیقی*، ش ۱(۱۳۹۵)، ص ۱۰۰.

۶. مرتضی نجفی اسفاد و هادی شعبانی کندسری، «تحلیل فقهی حقوقی قواعد و مقررات مربوط به رهن دریایی ایران»، *مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز*، ش ۳ (۱۳۹۴)، ص ۱۷۴.

۷. نسرین طباطبایی حصاری و سروش صفی‌زاده، «مطالعهٔ تطبیقی «نظام‌های ثبت کشتی» در پرتو کارکردهای حقوقی آن»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۳۰ (۱۴۰۲)، ص ۲۳۴.

به رهن کشتی به‌موجب سند رسمی بوده که از اول ژانویه ۱۹۹۶ لازم‌الاجرا شده است. طبق بند ۱۰ مقررات ضمیمهٔ یک قانون کشتی‌رانی تجاری انگلیس ۱۹۹۵، درصورتی که کشتی یا بخشی از آن به‌موجب سند رسمی در رهن قرار گیرد، الف) به استثنای مواردی که ممکن است برای تصرف مال مرهونه به‌عنوان وثیقه لازم باشد، مرتهن نباید به دلیل رهن به‌عنوان مالک کشتی تلقی شود. ب) با راهن به‌گونه‌ای رفتار شود که در مالکیت وی بر کشتی خللی ایجاد نشود[۸].

در امریکا، قانون اسناد تجاری و حق ممتاز دریایی[۹] که در سال ۱۹۸۹ جایگزین قانون رهن کشتی مصوب ۱۹۲۰ گردید، بر رهن دریایی حاکم است. طبق این قانون، رهن دریایی باید به صورت رسمی منعقد و ثبت گردد. راهن متعهد می‌شود در مدت معقول، تعهدی را که موجب حق ممتاز بر روی کشتی می‌شود، متقبل نشود؛ مگر در مورد دستمزد خدمه و فرمانده، خسارت مشترک و پاداش نجات[۱۰]. بنابراین در امریکا و انگلیس اثر اصلی رهن، ایجاد وثیقه است و مالکیت- هرچند به صورت معلق- منتقل نمی‌شود. اما با توجه به برتری حق ممتاز بر رهن دریایی، در امریکا برای تضمین بهتر حقوق مرتهن، راهن از ایجاد حق ممتاز به صورت آگاهانه و عامدانه در مدت معقول منع شده است. با توجه به حاکمیت اراده و اصل آزادی قراردادی در حقوق ایران و انگلیس، درج شرط منع راهن از ایجاد حقوق ممتاز در مدت معین ضمن قرارداد رهن کشتی، با وجود سکوت قانون‌گذار بلامانع است.

۲. حق ممتاز دریایی

در قانون ایران یا انگلیس و امریکا یا کنوانسیون‌های بین‌المللی، تعریفی از حق ممتاز دریایی ارائه نشده است. نویسندگان حقوقی با توجه به احکام و آثار آن، تعاریفی را از مفهوم حق ممتاز مطرح نموده‌اند. حق ممتاز دریایی، حقی است که به‌منظور تضمین طلب شخصی که خدمات دریایی به کشتی عرضه کرده یا در نتیجهٔ بهره‌برداری از آن متحمل زیان شده است، بر کشتی استقرار می‌یابد[۱۱]. حق ممتاز دریایی سنتی، حق وثیقهٔ عینی در مال متعلق به دیگری (معمولاً کشتی، اما گاهی اوقات محموله، کرایهٔ حمل، ملحقات کشتی و کرایهٔ حمل) ناشی از عرف

8. Christopher Hill, *op. cit.*, p. 27.
9. The Commercial Instrument and Maritime Liens Act (CIMLA)
10. Thomas J. Schoenbaum, *Admiralty and Maritime Law*. (West Academic, 2018), p. 436.
۱۱. محمد ابوعطا، «حق ممتاز دریایی؛ طلب یا وثیقهٔ طلب»، *حقوق*، مجلهٔ دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی، ش ۳ (۱۳۸۹). ص ۶.

دریایی و حقوق نوشته که بدون ثبت یا تشریفات دیگر به‌همراه ایجاد طلب محقق می‌شود که با کشتی سفر می‌کند[۱۲]؛ لذا دارای حق تعقیب و تقدم است. در پروندهٔ *Harmer v Bell The Bold Buccleugh (1852)* که یک مورد برجسته در موضوع حق ممتاز دریایی است، تصریح شده که حق ممتاز دریایی نشان‌دهندهٔ حق قانونی علیه کشتی به دلیل بدهی پرداخت‌نشده از سوی مالک برای خدمات ارائه‌شده به کشتی یا ایراد خسارت از طریق کشتی است[۱۳]. حقوق ممتاز در حقوق دریایی را باید در قلمرو حقوق عینی جای داد. با وجود این، توجه به این نکته لازم است که این دسته از حقوق تنها برای تضمین وصول طلب طلبکار به‌وجود آمده‌اند و از خود اصالتی ندارند، برای همین ماهیت آنها حق عینی تبعی خواهد بود[۱۴]. وثیقه‌ای که به محض ایجاد طلب، به نفع طلبکار بر مالی مشخص به حکم قانون ایجاد می‌گردد و توافق بین طلبکار و بدهکار ضرورت ندارد. از ویژگی‌های این حق، حق تعقیب است. انتقال و تغییر مالکیت، تغییر محل ثبت یا پرچم کشتی بر این حقوق تأثیری ندارد. در انگلیس، طلب‌های دریایی ناشی از دستمزد دریانوردان و فرمانده، پاداش نجات، خسارت ناشی از برخورد، انعقاد قرارداد رهن کشتی و بار از سوی فرمانده[۱۵] به‌عنوان «حقوق ممتاز دریایی سنتی»[۱۶] شناخته می‌شوند[۱۷]. با حذف رهن کشتی و بار آن به‌وسیلهٔ فرمانده، در حال حاضر فقط طلب ناشی از دستمزد دریانوردان، پاداش نجات و خسارت ناشی از برخورد در حقوق انگلیس، منشأ ایجاد حق ممتاز دریایی است و سایر ادعاهای دریایی ناشی از خدمات ارائه‌شده به کشتی یا خسارت واردشده از طریق کشتی، به‌ویژه ادعاهای مربوط به ملزومات[۱۸] ارائه‌شده به کشتی (مانند سوخت، تدارکات، تعمیرات، یدک‌کشی) و همچنین ادعای خسارت بار، خسارت برای نقض قرارداد اجاره و سهم مربوط به خسارت مشترک در بریتانیا و کشورهای مشترک‌المنافع منجر به «حقوق دریایی سنتی» نمی‌شود، بلکه فقط به

12. Stanly O. Okoli, *Arrest of Ships: Impact of the Law on Maritime Claimants*, Faculty of Law, Lund University, (2010), p. 48.
13. Thandeka B. Hadebe, *Maritime Liens: a Critical Discussion of the Enforceability of Maritime Liens Against Bona Fide Purchasers*, University of KwaZulu-Natal, Durban], (2012), p. 8.
۱۴. عباس میرشکاری، مینا خانجانی معاف و نسترن محمدی، «مطالبات ممتاز در حقوق دریایی و روش حل تزاحم آن‌ها»، *علـوم و فنـاوری دریا*، ش ۸۵ (۱۳۹۷)، ص ۱۶.
15. Respondentia and Bottomry
16. Traditional Maritime Liens
17. William Tetley, Maritime Liens in the Conflict of Laws. In Law and Justice in a Multistate World: Essays in Honor of Arthur T. von Mehren, Brill Nijhoff (2002), p. 446.
18. Necessaries

«حقوق عینی بر علیه مال»[۱۹] منتهی می‌گردد. برخلاف حق ممتاز دریایی سنتی، حقوق عینی قانونی با ادعا به‌وجود نمی‌آید، بلکه پس از اقامهٔ دعوا محقق می‌شود. حقوق عینی قانونی دارای ویژگی حق تعقیب نیستند و با انتقال کشتی به شخص ثالث با حسن نیت ازبین می‌روند؛ بنابراین، اگر کشتی به ثالث فروخته شود، طلبکار نمی‌تواند کشتی را توقیف نماید. همچنین اگر کشتی قبل از انتقال به ثالث از جانب دارندهٔ حق عینی قانونی توقیف شود، از لحاظ رتبه‌بندی در تقسیم عواید حاصل از فروش قضایی کشتی نیز مرتهن در رهن کشتی بر طلبکار دارای حق عینی قانونی تقدم دارد[۲۰]. اما در حقوق امریکا، تمام طلب‌های پیش‌گفته با ایجاد حق ممتاز دریایی بر کشتی حمایت می‌شوند. دلیل این موضوع، اعتبار شخصیت حقوقی برای کشتی در حقوق امریکاست که به معنای مسئولیت خود کشتی در قبال بدهی دریایی می‌شود که به ایجاد حق عینی بر آن به محض ایجاد طلب دریایی می‌انجامد.

برخی نویسندگان با تقسیم حق حبس به دو نوع «حق حبس متعادل» و «حق حبس تصرف»، کوشیده‌اند حق ممتاز دریایی را زیر شاخه‌ای از حق حبس تصرف معرفی نمایند. آنان بیان داشته‌اند که می‌توان آن را به‌نوعی با حق حبس تصرف مرتبط دانست، زیرا در هر حال از قراردادی ناشی می‌شود که بین ملوانان و صاحب کشتی برای کار در کشتی منعقد شده است. اما در مورد ضرر و زیان ناشی از تصادم، این نوع حق حبس به‌هیچ‌وجه با قرارداد ارتباطی نمی‌یابد و می‌توان آن را حق حبس در تعهدات خارج از قرارداد دانست[۲۱]؛ همان‌گونه که ملاحظه می‌شود در تطبیق حق ممتاز طلب‌های غیرقراردادی با حق حبس، تصرف با دشواری مواجه شده‌اند. حق ممتاز دریایی، یک حق وثیقه است که بر اثر مقتضیات تجارت دریایی و به حکم قانون ایجاد می‌شود و با حق حبس و حق تصرف که مبتنی بر تحت ید بودن و سلطه بر مال است، متفاوت می‌باشد.

۳. نظریهٔ شخصیت حقوقی کشتی

«شخصیت»[۲۲] عبارت است از وجود اهلیتی در شخص که به اعتبار آن بتواند در جامعه دارای

19. Statutory Rights in Rem

20. John G. O'Connor, The Law Civil and Maritime: Quebe Admiralty Courts and the Development of in Rem Procedure. [Unpublished Doctoral Dissertation, McGill University, Montreal], (2019), p. 43.

۲۱. محمد رودیجانی و همکاران، «مطالعهٔ تطبیقی حق حبس تصرف»، *حقوقی دادگستری*، ش ۱۲۴(۱۴۰۲)، ص ۲۷۱.

22. Personnalite

حق و تکلیف شده، آن را بدون واسطه یا با واسطه اجرا کند. «قابلیت موجود» در شخص را که به اعتبار آن، دارای حقوق و تکالیف می‌شود، شخصیت حقوقی[۲۳] می‌نامند[۲۴]. شخص حقوقی[۲۵] عبارت است از مجموعه اعتباری که قانون از منظر یک شخص به آن نگاه کرده است؛ یعنی آثار مترتب بر شخص طبیعی را بر آن وارد کند[۲۶].

مبنای شناسایی حق ممتاز دریایی در حقوق انگلیس و امریکا برای طلب‌های معینی که در خصوص فعالیت کشتی‌رانی تجاری ایجاد می‌شود، شخصیت حقوقی کشتی است. ازآنجا که مقررات رهن و حق ممتاز دریایی در حقوق ایران برگرفته از کنوانسیون‌های بین‌المللی و حقوق خارجی است، می‌توان با دقت در قانون دریایی ۱۳۴۳ نیز نشانه‌هایی از پذیرش ضمنی شخصیت حقوقی کشتی را مشاهده نمود.

۱.۳. نظریهٔ شخصیت حقوقی در حقوق انگلیس و امریکا

یکی از تئوری‌های مطرح در حقوق دریایی انگلیس و امریکا، نظریهٔ شخصیت حقوقی کشتی است که بر اساس آن برای کشتی، شخصیت حقوقی و اهلیت دارا شدن حق و تکلیف، فرض می‌شود؛ به نحوی که به آب انداختن کشتی زمانی که دارای نام، تابعیت، پرچم و اقامتگاه است به‌منزلهٔ آغاز شخصیت حقوقی کشتی تلقی می‌گردد. خطاب کشتی با ضمیر مونث she ریشه در همین موضوع دارد. نظریهٔ شخصیت‌سازی در امور ماهوی، سنگ بنای آیین دادرسی دادگاه‌های دریایی ایالات متحده و منشأ دعوی علیه مال است. در پرتو این نظریه، با مال به‌عنوان مدعی‌علیه رفتار می‌شود و دعوی علیه کشتی– صرف‌نظر از مالک فعلی او و مسئولیت شخصی وی در زمان طرح دعوا– اقامه می‌شود.

در اوایل قرن نوزدهم، این نظریه برای شخصیت دادن به مال[۲۷] در حقوق دریایی انگلیس پذیرفته شد و یک کشتی مسئول اعمال نادرست خود شناخته شد. این امر به ایجاد صلاحیت قضایی دادگاه دریایی در جهت توقیف کشتی منجر گردید و دادگاه‌های انگلیسی برای مدتی این

23. Personnalite Fictive

۲۴. فهیمه ملک‌زاده، *فرهنگ حقوق تجارت*، (تهران: مؤسسهٔ انتشارات دادگستر، چ ۲، ۱۳۹۱)، ص ۲۶۳.

25. Personne Morale ou Suridipue

۲۶. فهیمه ملک‌زاده، *پیشین*، ص ۲۶۴.

27. The Res

نظریه را پذیرفتند. بنابراین در اختلاف *Harmer v Bell The Bold Buccleugh (1852)*، با توجه به نظریهٔ شخصیت‌پردازی ثابت شد که دعوی بر علیه مال، یک دادرسی مستقیم علیه کشتی است. این نظریه برای چندین سال در انگلیس مورد حمایت قرار گرفت، تا اینکه سر فرانسیس ژون در پروندهٔ *The Dictactor* در سال ۱۹۸۲ استدلال مخالفی را مطرح کرد که بعداً «نظریهٔ رویه‌ای» نام گرفت[۲۸]. در این پرونده، صاحبان یدک‌کش دعوی خود را مبنی بر مطالبهٔ مبلغ ۵۰۰۰ پوند علیه کشتی بخار دیکتاتور اقامه کردند. مالک کشتی برای جلوگیری از توقیف کشتی وثیقهٔ مناسب ارسال کرد و کشتی توقیف نشد. درنهایت حکم به پرداخت ۷۵۰۰ پوند به نفع خواهان صادر گردید. صاحبان کشتی هرگونه مسئولیتی در قبال بیش از ۵۰۰۰ پوند را که با ارائهٔ وثیقه با آن موافقت کرده بودند، انکار نمودند. سر فرانسیس ژون رأی داد که اقامهٔ دعوا بر علیه کشتی و توقیف آن تنها یک وسیلهٔ رویه‌ای برای اجبار شخص به حضور است و خواهان می‌تواند مبلغ اضافی ۲۵۰۰ پوند را از مالک کشتی مطالبه کند[۲۹]. به‌عبارتی مطابق با این نظر با حضور مالک کشتی، دعوا بر علیه شخص مالک ادامه یافت و نمی‌توان امکان اقامهٔ دعوا بر علیه کشتی را به معنای اعطای شخصیت حقوقی به آن تلقی نمود. اگرچه با پیدایش نظریهٔ رویه‌ای، نظریهٔ شخصیت حقوقی کشتی در حقوق انگلیس بسیار کم‌رنگ شد، اما در مورد حق ممتاز دریایی همچنان پابرجاست. حق ممتاز دریایی را نمی‌توان به‌طور کامل یا رضایت‌بخش از طریق یک نظریهٔ رویه‌ای ناب که از تمام داستان‌های تجسم شخصیت رد شده است، توضیح داد. لرد استاین در پروندهٔ *ایندیا گریس* که از سال ۱۹۸۸ تا ۱۹۹۷ در جریان بود و در مجموع شش رأی ازجمله دو تصمیم مجلس اعیان دربارهٔ آن صادر شد، در تصمیم نهایی، از حق ممتاز دریایی به‌عنوان قاعده‌ای عجیب و باستانی نام برد و با اکراه، موضوع حق ممتاز دریایی برای تصمیم‌گیری موردی در خصوص پرونده را به کنار گذاشت و اعتراف نمود که با نظریهٔ رویه‌ای نمی‌توان آن را توضیح داد[۳۰]. آنچه که کل مفهوم دعوی علیه مال را تغییر داده، این است که مجلس اعیان پا را فراتر گذاشته، اعلام می‌کند که دعوی علیه مال دریایی، علیه مالکان بوده

28. Thandeka B. Hadebe, *op. cit.*, p. 32.
29. John G. O'Connor, *op. cit.*, p. 17.
30. Paul Myburgh, Richard Cooper Memorial Lecture Admiralty Law-What is it Good For? *University of Queensland Law Journal*, 28(1), (2009), p. 13.

است، ولی نه از زمان حضور و ورود مالک به دعوی، بلکه از زمان ابلاغ اخطاریهٔ کتبی[۳۱].

دکترین شخصیت‌پردازی کشتی در حقوق دریایی ایالات متحده اهمیت اساسی دارد. اولین بار در پروندهٔ *The Little Charles* با موضوع توقیف کشتی به دلیل نقض قانون تحریم ۱۸۰۷ و ۱۸۰۸ شناسایی شد؛ جایی که رئیس دادگستری مارشال نوشت: ... اما این یک دادرسی علیه مالک نیست، بلکه دادرسی علیه کشتی است، برای جرمی که کشتی مرتکب شده است، که جرم کمتری نیست و او را کمتر در معرض ضبط قرار نمی‌دهد... درست است که مادهٔ بی‌جان هیچ جرمی مرتکب نمی‌شود. صرف چوب، آهن و بادبان‌های کشتی، به خودی خود نمی‌توانند قانون را نقض کنند، اما این بدن از سوی خدمه که فرمانده آن را هدایت می‌کند متحرک شده، وارد عمل می‌شود؛ کشتی از جانب فرمانده عمل کرده، صحبت می‌کند[۳۲].

در ایالات متحده، شخصیت‌پردازی همیشه به‌طور تحت‌اللفظی و جدی تلقی شده است، دادگاه عالی ایالات متحده در اختلاف *Tucker v Alexandroff* اظهار کرد: زمانی که کشتی به آب انداخته می‌شود، تازه متولد می‌گردد. قبل از راه‌اندازی، او فقط مجموعه‌ای از چوب و آهن است- یک قطعه معمولی از دارایی شخصی. ... در غسل تعمیدِ به‌آب انداختن، او نام خود را دریافت می‌کند و از لحظه‌ای که مرکز ثقل کشتی آب را لمس می‌کند، دگرگون می‌شود و موضوع صلاحیت دادگاه دریایی می‌شود. او برای خودش شخصیتی می‌یابد. صلاحیت انعقاد قرارداد را پیدا می‌کند و شخصاً در قبال تعهدات خود مسئول است که می‌تواند به نام مالک خود شکایت کند و به نام خود مورد شکایت قرار گیرد[۳۳].

۲.۳. نظریهٔ شخصیت حقوقی در حقوق ایران

در حقوق ایران همانند امریکا و انگلیس، شخصیت حقوقی کشتی به‌طور صریح از سوی حقوق‌دانان مورد پذیرش قرار نگرفته است. موضوع عدم پذیرش صریح شخصیت حقوقی کشتی در حقوق ایران با عدم شناسایی شرکت شخص واحد از سوی قانون‌گذار قابل مقایسه و بررسی است؛ چراکه در هر دو مورد با یک شخص- یک کشتی- مواجه هستیم. در مقابل پذیرشِ

31. Carlo Corcione, Bring the Vessel to Court: The Unique Feature of the Action in Rem in the Admiralty Law Proceedings. International Review of Law, https://ssrn.com/abstract=2869779, (2016), p. 11.
32. Thandeka B. Hadebe, *op. cit.*, p. 32.
33. Paul Myburgh, *op. cit.*, p. 28.

شرکت شخص واحد، مخالفت‌هایی از سوی حقوق‌دانان اظهار شده است. در حقوق ایران مفهوم شرکت از شراکت جدا نیست و جوهرهٔ هر شرکتی در شراکت تعریف می‌شود؛ در مقابل، شرکت شخص واحد شرکتی است که یک عضو دارد. در نظام حقوقی ایران پذیرش شرکت شخص واحد پیش از هر چیز، مستلزم تعریف شرکت تجاری در قانون تجارت به‌گونه‌ای است که بیانگر گسست مفهوم شرکت از شراکت باشد[۳۴]. البته باید به این نکته توجه کرد که نسبت میان شرکت تجاری و شخصیت حقوقی، نسبت عموم و خصوص از نوع مطلق است؛ چراکه هر شرکت تجاری در معنای موردنظر نظام حقوقی ایران، به‌ناچار از شخصیت حقوقی برخوردار است؛ درحالی که هر شخصیت حقوقی لزوماً شرکت تجاری به‌شمار نمی‌رود[۳۵]. شخصیت حقوقی مال موقوفه، نمونه‌ای از وجود شخصیت حقوقی بدون وجود شخص حقوقی است.

اگرچه در حقوق ایران با مشاهدهٔ وضعیت مال موقوفه، می‌توان ظرفیت پذیرش شخصیت حقوقی کشتی را استنباط نمود. قانون‌گذار به‌موجب مادهٔ ۳ قانون اوقاف ۱۳۵۴ شخصیت حقوقی برای وقف عام و طبق مادهٔ ۳ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه ۱۳۶۳، شخصیت حقوقی برای وقف عام و خاص را شناسایی کرده است. مهم‌ترین وصفی که فقها به وقف نسبت داده‌اند، این است که موقوفه صاحب ذمه است و به این اعتبار صلاحیت دارا شدن حقوق و تکالیف را دارد. همچنین در فقه از حق تقاضی (دادرسی) موقوفه سخن گفته‌اند؛ به این معنا که او می‌تواند به‌عنوان مدعی یا مدعی‌علیه در دعوی مطرح شود، زیرا صلاحیت آن را دارد که دائن و مدیون واقع گردد[۳۶]. وقف، مؤسسه یا سازمان نیست، بلکه نهادی حقوقی است. مقایسهٔ شخصیت حقوقی وقف صرفاً به این دلیل است که یادآوری شود شناسایی شخصیت حقوقی برای اموال در فقه مسبوق به سابقه است. اما تفاوت آن با شخصیت حقوقی کشتی را نیز می‌پذیریم؛ مانند اینکه وقف عقدی از عقود بوده که با ایجاب و قبول محقق می‌شود. اما کشتی با به‌آب انداخته شدن با نام رسمی و پرچم مخصوص، که به‌مانند دمیده شدن روح در کالبد بی‌جان

۳۴. مهدی فلاح خاریکی و فخرالدین اصغری آقمشهدی، «مطالعهٔ تطبیقی شرکت شخص واحد در حقوق ایران و اتحادیهٔ اروپا با نگاهی به لایحهٔ جدید تجارت مصوب ۱۳۹۱»، *پژوهشنامهٔ حقوق تطبیقی*، ش ۵ (۱۳۹۹)، ص ۲۸۱.

۳۵. محمدرضا پاسبان، *حقوق شرکت‌های تجاری*، (تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها، پژوهشکدهٔ تحقیق و توسعهٔ علوم انسانی، چ ۱۸، ۱۴۰۲) ، ص ۱۲.

۳۶. محمدجواد صفار، *شخصیت حقوقی*، (تهران: انتشارات بهنامی، چ ۱، ۱۳۹۰)، ص ۲۲۲.

اوست، شخصیت حقوقی می‌یابد. ممکن است گفته شود چون مال موقوفه از ملکیت واقف خارج و به موقوف‌علیه نیز تملیک نمی‌شود، اصالت یافته و شخصیت حقوقی پیدا می‌کند و با کشتی که دارای مالک است، قابل مقایسه نیست. امّا قائل شدن شخصیت حقوقی برای مال موقوفه به این دلیل است که تحقق اهداف و طبیعت وقف (حبس عین و تسبیل منافع) اقتضای اعتبار شخصیت برای آن را ایجاد می‌کند؛ همان‌گونه که فعالیت تجاری و حمل‌ونقل دریایی اقتضای قائل شدن شخصیت برای کشتی را دارد. با وجود نام، تابعیت، پرچم و شمارهٔ ثبت، وصف شخصیت حقوقی برای کشتی اعتبار می‌شود.

ممکن است قائل شدن شخصیت حقوقی برای کشتی، سخت و مشکل قلمداد شود و از منظر حقوقی کشتی تفاوتی با دیگر اموال منقول و غیرمنقول نداشته باشد. یک شیء، زمانی متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی محسوب می‌شود که خودش نمی‌تواند طرف حق یا تکلیف قرار گیرد؛ چراکه فرض مسئولیت و بدهی برای مال، مغایر با اصول حقوقی است. ایجاد حق ممتاز دریایی با شخصیت حقوقی کشتی ارتباطی ندارد و در موارد خاص که مالک کشتی به دیگران بدهکار می‌شود، برای طلبکار حق ممتاز ایجاد می‌گردد. اما به این سؤال پاسخ داده نمی‌شود که چرا تنها طلب‌هایی که در اثر فعالیت کشتی ایجاد می‌شوند دارای حق ممتاز دریایی بر روی کشتی هستند و نه تمام بدهی‌های مالک کشتی. پس چگونه است زمانی که کشتی به شخص ثالث با حسن نیت فروخته می‌شود و مالک تغییر می‌کند، بازهم دارندهٔ حق ممتاز می‌تواند کشتی را توقیف و حق خود را با فروش آن استیفا نماید. چگونه در مواردی ممکن است حتی با اینکه مالک در قبالِ طلبِ ایجادشده مسئول نیست، صرفاً به دلیل ارتباط طلب به کشتی، برای طلبکار حق ممتاز بر روی کشتی ایجاد شود.

در سند اولویت‌های پژوهش و فناوری کشور در بازهٔ زمانی ۱۴۰۳-۱۴۰۷ مصوب شورای علوم، تحقیقات و فناوری، در جدول‌های ۲-۱۱ و ۲-۱۲، موضوع فناوری‌های هوشمند و هم‌گرا در زمینهٔ حمل‌ونقل و توسعهٔ فناوری‌ها و کاربردهای اینترنت اشیا و هوش مصنوعی، به‌عنوان اولویت‌های پژوهشی یاد شده است؛ این امر نشان از اهمیت و نقش هوش مصنوعی در آیندهٔ اقتصادی دارد. یکی از نظریات مطروحهٔ کنونی در جامعهٔ حقوقی کشورمان، شناسایی شخصیت

حقوقی برای هوش مصنوعی است[۳۷]. چنانچه قواعد و اصول حقوقی ایران این قابلیت را داشته باشد که شخصیت حقوقی برای هوش مصنوعی شناسایی نماید، درحالی که حضور فیزیکی ندارد و غیرقابل مشاهده و لمس است؛ ظرفیت پذیرش شخصیت حقوقیِ کشتی دارای نام، تابعیت و پرچم به طریق اولی وجود خواهد داشت.

٤. الگوی روزآمد مقررات طلب‌های مشمول رهن و حق ممتاز دریایی

پذیرش شخصیت حقوقی کشتی در حقوق امریکا سبب ایجاد حق ممتاز برای طلب‌های بسیاری می‌شود که به معنای افزایش احتمال موارد توقیف کشتی و وقفه در فعالیت کشتی‌رانی تجاری است؛ اما در حقوق انگلیس، حق ممتاز دریایی محدود به طلب‌های ناشی از دستمزد دریانوردان، پاداش نجات، خسارت ناشی از برخورد، به انضمام وثیقه نهادن کشتی و بار از سوی فرمانده بوده که مورد آخر، اکنون حذف شده است. ازآنجا که هدف از مقررات، درنهایت تداوم فعالیت تجاری، تقویت ناوگان کشتی‌رانی و تقویت سرمایه‌گذاری است، افزودن بر طلب‌های دارای حق ممتاز که می‌تواند به توقیف کشتی و برتری طلب موضوع آن بر رهن دریایی منجر شود، مغایر با اهداف قانون‌گذار خواهد بود؛ لذا قانون‌گذار ایرانی لازم است همگام با نیازهای تجارت بین‌المللی حرکت نماید.

در گذشته، مطابق با قاعدهٔ محدودیت مسئولیت برگرفته از تئوری شخصیت‌پردازی، مسئولیت مالک کشتی در قبال تخلفات ارتکابی از سوی یکی از کشتی‌هایش به ارزش حاصل از فروش همان کشتی محدود می‌شود[۳۸]. در موقعیت کنونی، از سویی تحدید مسئولیت مالک در خسارت ناشی از برخورد و از سوی دیگر پیش‌بینی حق ممتاز دریایی برای طلب ناشی از خسارت وارده، همچنان دارای توجیه منطقی و مزیت است. برآورد خسارات ناشی از تصادم، به‌گل نشستن، فوت و جراحت بدنی و خسارت وارد بر کالا ممکن است بسیار سنگین و کلان باشد. جهت جلوگیری از ورشکستگی مالکان در فعالیت کشتی‌رانی تجاری و ایجاد تناسب بین خطرهای احتمالی و سود اکتسابی، راهکار تحدید مسئولیت نیابتی مالکان مطرح شده است. به‌موجب مادهٔ ۸۰ قانون دریایی

۳۷. محمدجواد ذوالقدر، *امکان‌سنجی اعطای شخصیت حقوقی به هوش مصنوعی*، (تهران: انتشارات دادگستری کل استان تهران، چ ۱، ۱۴۰۳).

38. Kristen van de Biezenbos, A Sea Change in Creditor Priorities. *University of Michigan Journal of Law Reform*, 48(3), (2015), p. 633.

ایران ۱۳۴۳، علاوه بر مالک کشتی، مستأجر، مدیرعامل، تجهیزکننده، فرمانده و خدمهٔ کشتی نیز حق دارند در برابر دعوی زیان‌دیدگان به قاعدهٔ تحدید مسئولیت استناد نمایند. دولت ایران به کنوانسیون تحدید مسئولیت برای دعاوی دریایی ۱۹۷۶ ملحق شده است. در نتیجه، قاعدهٔ محدودیت مسئولیت شرکا در قبال بدهی شخص حقوقی تا میزان سرمایهٔ آنها در اینجا نیز کارآیی خواهد داشت. مطابقِ این اصول، مسئولیت مالک کشتی در قبال تخلفات ارتکابی از سوی یکی از کشتی‌هایش به ارزش فروش آن کشتی محدود می‌شود. اگر ثابت شود که ضرر و زیان از فعل یا ترک فعل شخص مالک که با قصد ایجاد چنین ضرر و زیانی ارتکاب یافته یا از روی بی‌احتیاطی با علم به اینکه می‌توانست به چنین ضرر و زیانی منتج گردد ناشی شده باشد، مالک حق استناد به قاعدهٔ تحدید مسئولیت را ندارد. چراکه به این ترتیب رابطهٔ مستقیم بین ورود ضرر و زیان با بهره‌برداری صرف از کشتی، خدشه‌دار و به مالک مرتبط و مستند می‌شود. خسارتی موجب حق ممتاز می‌گردد که به‌طور مستقیم ناشی از کشتی باشد (تأثیر نظریهٔ شخصیت حقوقی کشتی). بنابراین اگر خسارت بر اثر آتش گرفتن قسمتی از کشتی یا برخورد با آن واقع شده باشد، خسارت‌دیده دارای حق ممتاز است؛ اما چنانچه خسارت در نتیجهٔ آتش گرفتن محموله به‌وجود آمده باشد، زیان‌دیده بر کشتی حق ممتاز ندارد. لایحهٔ کشتی‌رانی عبارت «به‌طور مستقیم از بهره‌برداری کشتی ناشی شده» را جایگزین «تصادم و سایر سوانح کشتی‌رانی» نموده است، که به نظر نگارندگان، به لحاظ موسع بودن مفهوم بهره‌برداری از کشتی، جایگزین مناسبی نیست.

میزان سهم ناشی از خسارت مشترک، در ابتدا مشخص نیست و تعیین میزان آن در گرو تعیین سهم دیگران پس از بررسی دقیق و کارشناسی است. همین موضوع، عدم پرداخت سریع خسارت از سوی مالک کشتی به متحمل‌شوندگان خسارت مشترک را که معمولاً صاحبان محموله هستند، توجیه می‌کند. لذا منطقی نیست که از همان بدو وقوع خسارت مشترک، حق ممتاز بر کشتی تحمیل گردد و توقیف آن مجاز باشد. در حقوق انگلیس، حق ممتازی برای این نوع طلب وجود ندارد. اگرچه قانون‌گذار ایرانی با الهام از کنوانسیون رهن و حق ممتاز دریایی ۱۹۲۶، خسارت مشترک دریایی را در ردیف طلب‌های دارای حق ممتاز آورده، اما به دشواری‌های عملی ناشی از اجرای حق توجهی نکرده است. از طرف دیگر، از سوی زیان‌داده ناشی از خسارت مشترک، کالا و خدمتی به کشتی ارائه نشده و خسارت مستقیمی نیز از جانب کشتی به وی وارد

نگردیده است؛ لذا با توجه به تعریف حق ممتاز دریایی، طلب وی نمی‌تواند واجد حق ممتاز دریایی قلمداد شود.

ارتباط محکمی که بین طلب ناشی از دستمزد دریانوردان و هزینهٔ نجات و خود کشتی وجود دارد، تداوم بقای حق وثیقهٔ ایشان بر کشتی را توجیه می‌کند و منطق و انصاف، تأییدکنندهٔ برتری حقوق خدمهٔ و نجات‌دهندهٔ کشتی بر سایرین است. البته، زمانی که خدمه در ایجاد طلب خسارت ناشی از کشتی که دارای حق ممتاز است، نقش داشته باشند، حق ممتاز آنها زیر سؤال می‌رود. بهتر است در مقررات تصریح شود که آیا حق ممتاز دستمزد خدمه تحت تأثیر تقصیر یا تخلف ایشان قرار می‌گیرد یا خیر.

اختیار وثیقه نهادن کشتی و محموله از سوی فرمانده ضمن سفر دریایی در مواقع ضروری، مطابق با مادهٔ ۸۹ قانون دریایی ۱۳۴۳ ایران، در گذشته ابزارهای تأمین مالی بوده که اکنون منسوخ شده است؛ اما حق ممتاز دریایی برای تأمین‌کنندگان مایحتاج کشتی طبق بند ۵ مادهٔ ۲۹ همان قانون، همچنان مورد نیاز و منطبق با مقتضیات کشتی‌رانی تجاری است. برای اینکه قرارداد تأمین ملزومات بتواند منشأ ایجاد حق ممتاز گردد، باید وجود سه شرط ثابت شود: ۱- کالاها یا خدمات ارائه‌شده ضروری هستند. ۲- اینکه مدعی، کسی است که وسایل موردنیاز کشتی را فراهم کرده است. ۳- اینکه وسایل موردنیاز به دستور مالک یا شخصی که از طرف مالک مجاز بوده، فراهم شده است[۳۹]. حسن نیت ثالث که از شرایط تحقق نمایندگی ظاهری فرمانده و مبنای حمایت قانونی از اوست، در بند ۵ مادهٔ ۲۹ قانون دریایی آمده است[۴۰]. به‌عبارتی اگر تأمین‌کننده بداند که فرمانده مجاز به انعقاد قرارداد تأمین ملزومات کشتی نبوده است، مطالبات آنها از حقوق ممتاز برخوردار نخواهد شد. با توجه به اینکه عقد رهن از عقود تبعی و نیازمند وجود بدهی است، این سؤال مطرح می‌شود که آیا هر بدهی می‌تواند با عقد رهن دریایی تضمین گردد؛ حتی اگر أخذ وام جهت درمان بیماری یا برگزاری مراسم عروسی یا خرید منزل باشد؟ در این صورت تفاوت رهن دریایی به‌عنوان یک عقد تجاری و رهن مدنی در چیست؟ آیا

۳۹. آرزو پادیر و علی رضائی، «قرارداد تأمین مایحتاج برای کشتی و تزاحم آن با رهن دریایی (مطالعهٔ تطبیقی در حقوق آمریکا، انگلیس و ایران)»، *علوم و فنون دریایی*، (۱۴۰۳)، e209644.

۴۰. محسن ایزانلو و یاسر سهرابی، «نمایندگی ظاهری فرماندهٔ کشتی»، *مطالعات حقوق خصوصی*، ش ۴ (۱۴۰۰)، ص ۶۳۸.

صرف کشتی بودن مال موضوع رهن، برای نامیدن عقد به رهن دریایی معیاری کافی است و در نوع دین و هدف راهن از قرض تأثیری ندارد؟ اگرچه مطابق تعریف حقوق‌دانان، رهن دریایی در قبال أخذ وام برای ساخت کشتی یا تأمین مخارج جاری کشتی و یا به‌طور کل برای دین دریایی منعقد می‌گردد، در نصوص قانونی، قیدی برای نوع دین مشاهده نمی‌شود. با توجه به این سکوت که در لایحهٔ کشتی‌رانی تجاری نیز تداوم دارد، پاسخ سؤال مثبت است؛ چراکه به‌موجب مادهٔ ۷۹ این لایحه، مالک کشتی ثبت‌شده در ایران می‌تواند کل یا سهمی از آن را به عنوان وثیقهٔ بازپرداخت دیون خود طبق مقررات این قانون به رهن گذارد.

با پذیرش شخصیت حقوقی کشتی، زمانی کشتی در وثیقهٔ طلب قرار می‌گیرد که بدهی مربوط به کشتی باشد. برای اینکه رهن کشتی، دریایی محسوب شود، دینی که برای تضمین پرداخت آن کشتی به رهن داده می‌شود، باید وصف دریایی داشته باشد. زمانی که مالک، کشتی را برای أخذ وام جهت پرداخت مهریه، هزینهٔ مراسم ازدواج یا درمان بیماری یا سفر تفریحی به رهن می‌گذارد، رهن یادشده فاقد وصف تجاری است و مشمول قانون مدنی می‌شود. در این صورت، فرض کلی این است که هدف راهن از قرض، مصرف آن در فعالیت کشتی‌رانی به‌منظور شروع یا اتمام سفر دریایی بوده، رهن دریایی محسوب می‌شود؛ مگر اینکه خلاف آن در عقد تصریح یا اطلاع مرتهن از این موضوع اثبات شود. در جهت توسعهٔ صنعت کشتی‌رانی لازم است مرتهن رهن دریایی بر مرتهن رهن مدنی برتری یابد؛ مگر اینکه در عقد رهن مدنی، راهن حق انعقاد رهن دریایی، اولویت بالاتر را از خود سلب کرده باشد یا در عقد رهن دریایی، بر اولویت رهن مدنی با تاریخ مقدم تصریح شده باشد.

با توجه به پذیرفته نشدن نظریهٔ پیش‌گفته در حقوق ما و با درنظر گرفتن قاعدهٔ تسلیط، طبق مادهٔ ۳۰ قانون مدنی و اطلاق مواد قانون دریایی ۱۳۴۳ و همچنین لایحهٔ کشتی‌رانی تجاری، مالک کشتی با هر هدف و انگیزه‌ای که کشتی را در رهن قرار دهد، رهن دریایی محسوب می‌شود و عقود متعدد رهن نسبت به کشتی، بر اساس تاریخ انعقاد آنها رتبه‌بندی می‌شوند؛ همان‌گونه که رویهٔ عملی، حقوقی و قضایی کنونی در ایران به همین جهت حرکت می‌کند.

۵. الگوی روزآمد مقررات اقامهٔ دعوا و اجرای حق

طبق مقررات موجود، اگر خوانده در ایران اقامتگاه، مال غیرمنقول و محل سکونت نداشته باشد، خواهان جهت اقامهٔ دعوا در دادگاه ایران با چالش مواجه است؛ حتی اگر کشتی خوانده (مال منقول) در بنادر ایران حضور داشته باشد، با توجه به عدم شناسایی شخصیت حقوقی کشتی، این چالش همچنان باقی است. در انگلیس و امریکا دارندهٔ حق ممتاز دریایی و حق قانونی بر علیه مال می‌تواند با طرح دعوای مستقیم بر علیه کشتی به شرط حضور فیزیکی کشتی، آن را توقیف و حقوق خود را استیفا نماید. با توجه به عدم امکان مشابه در حقوق ایران، صاحب حق وثیقهٔ دریایی با چالش مواجه می‌شود؛ حال آنکه کشورهای پیشرفته در صنعت دریایی همانند انگلیس و امریکا، با آگاهی از حساسیت موضوع و با فراهم نمودن امکان طرح دعوی بر علیه مال، علاوه بر اقامهٔ دعوی بر علیه شخص[۴۱]، صلاحیت دادگاه‌های دریایی خود را توسعه داده‌اند. لذا سیاست کشورهای امریکا، انگلیس، کانادا، افریقای جنوبی و استرالیا کاملاً منطبق با اهداف تجاری و سیاسی است. سه تئوری در خصوص ماهیت دعوی بر علیه مال مطرح شده است؛ اولی نظریهٔ رویه‌ای[۴۲] که در بریتانیا و کانادا مقبول است، دومی نظریهٔ شخصیت‌پردازی[۴۳] که در امریکا مورد پذیرش قرار گرفته است و سومی نظریهٔ تعارض[۴۴] که اکنون تقریباً کاربردی ندارد.

در انگلیس، اگر مالک خارجیِ کشتیِ توقیف‌شده در دادگاه حاضر شود و به‌عنوان وثیقه برای آزادی کشتی خود که علیه آن دعوا اقامه شده است، تضمین بسپارد، صلاحیت دادگاه را پذیرفته است؛ در غیر این صورت، کشتی محکوم و برای پرداخت محکوم‌به فروخته می‌شود. با این حال، اگر مالک تسلیم صلاحیت قضایی شود و با سپردن وثیقه کشتی را آزاد کند، درصورتی که مبلغ تعیین‌شده از میزان وثیقه بیشتر باشد، شخصاً مسئول اجرای حکم می‌شود. اما در ایالات متحده، صرف ابلاغ اخطاریه به مالک یا حضور او در دادرسی منجر به انقلاب دعوی علیه مال به دعوی علیه شخص نمی‌شود. در نتیجه، حکم صادره صرفاً بر علیه مال توقیف‌شده قابل اجراست. دلیل این موضوع، استقلال شخصیت حقوقی کشتی از مالک در حقوق امریکا، برخلاف حقوق انگلیس است.

41. In Personam
42. The Procedure Theory
43. The Personification Theory
44. The Conflict Theory

با اینکه در حقوق ایران نظریهٔ شخصیت حقوقی کشتی به‌صراحت از سوی قانون‌گذار پذیرفته نشده، لازم است به امکان طرح دعوی بر علیه کشتی به‌صورت مستقیم در مقررات تصریح گردد. به این ترتیب، دادگاه دریایی می‌تواند یک کشتی را که در بنادر کشور حضور دارد، توقیف نماید؛ اگرچه مالکش در دسترس نبوده یا مجهول باشد. در این صورت اگر به هر دلیل ازجمله ازدیاد طلبکاران با اولویت بالاتر یا هنگفت بودن طلب خواهان، ارزش کشتی تکافوی بدهی را ندهد، خواهان بدون هیچ مانعی، ازجمله ایراد امر مختومه و اعتبار امر قضاوت‌شده، می‌تواند بر علیه مالک در کشور خارجی، دعوی بر علیه شخص را مطرح نماید. از دیگر مزایای طرح دعوی بر علیه مال، امکان ادامهٔ رسیدگی در دادگاه دریایی حتی در فرض ورشکستگی مالک یا انحلال شرکت مالک است. در خصوص رابطهٔ بین دعوای بر شیء و قواعد مربوط به انحلال در حقوق انگلیس، اگر دارندگان حقوق عینی بر کشتی، اعم از دارندگان حق ممتاز دریایی یا مرتهنان، از طریق توقیف کشتی، قبل از شروع تصفیهٔ اجباری یا بعد از تصویب یک صلح‌نامه در انحلال اختیاری، بخواهند حق خود را اجرا کنند، می‌توانند دادرسی‌های مربوط به دعوا نسبت به شیء را که قبل از صدور رأی انحلال شرکت از طریق توقیف کشتی آغاز شده است ادامه دهند و انحلال شرکت تأثیری در ادامهٔ این روند ندارد[۴۵].

۱.۵. توقیف کشتی

یک قانون کارآمد و مفید در خصوص توقیف کشتی از سوی دارندهٔ حق ممتاز و مرتهن، شامل قواعد و مقرراتی کامل و بدون ابهام است. کشتی دائماً در حال حرکت و سفر بین حوزه‌های قضایی مختلف است و موفقیت طلبکار در توقیف آن در گرو صراحت و شفافیت قانون حاکم بر موضوع قرار دارد. در قانون دریایی ۱۳۴۳ و لایحهٔ کشتی‌رانی تجاری، نصی در خصوص اعمال حق ممتاز دریایی وجود ندارد. قانون باید به‌صراحت بیان نماید که آیا دارندهٔ حق ممتاز جهت توقیف کشتی مکلف به تودیع خسارت احتمالی خواهد بود یا خیر. با توجه به ارزش بالای کشتی و منافع آن، چنین الزامی مساوی با انصراف بسیاری از دارندگان حق ممتاز از حق توقیف کشتی است.

۴۵. فریبا فولادگر و محسن ایزانلو، «مطالعه تطبیقی اجرای حقوق ممتاز دریـایی در دادرسـی ورشکسـتگی»، *حقـوقی دادگسـتری*، ش ۱۱۱ (۱۳۹۹)، ص ۲۰۳.

در زمینهٔ توقیف کشتی‌ها تاکنون دو کنوانسیون بین‌المللی در سال‌های ۱۹۵۲[۴۶] و ۱۹۹۹ تدوین گردیده که اولی از سال ۱۹۵۶ و دومی از سال ۲۰۱۱ لازم‌الاجرا شده است. اولین تلاش برای تصویب کنوانسیون ۱۹۵۲ در حقوق انگلیس در قانون دیوان عدالت[۴۷] ۱۹۵۶ صورت گرفت و متعاقباً متن کنوانسیون بازنویسی شد که در قانون دیوان عالی ۱۹۸۱ ادغام گردید. البته برخی مقررات کنوانسیون حذف شد یا تغییر یافت[۴۸]. بریتانیا مفاد کنوانسیون توقیف ۱۹۹۹ را تاکنون تصویب نکرده است.

در صورت توقیف کشتی‌ای که نباید توقیف شود یا به اشتباه توقیف شده باشد، مالک کشتی متحمل هزینه‌های اساسی و ضروری و شاید خساراتی شود. این مهم است که بدانیم چه زمانی توقیف نادرست[۴۹] محسوب می‌شود و چه کسی مسئول جبران خسارت است؟ توسعهٔ مدرن برای بهبود راه‌حل و جبران خسارت خوانده در صورت توقیف نادرست با کنوانسیون توقیف کشتی در سال ۱۹۹۹ در مادهٔ ۶ صورت گرفت که به دادگاه اجازه می‌دهد برای اعمال بازداشت، نوعی تضمین از خواهان بخواهد. این تضمین برای پوشش ضرر در صورت توقیف نادرست مورد استفاده قرار می‌گیرد، به عبارت دیگر، این یک حفاظت مالی برای ایمن کردن عملیات توقیف از هرگونه اشتباه یا ممانعت از نتایج غیرمنتظره در اثر یک توقیف غیرقانونی است[۵۰].

مالکان کشتی می‌توانند برای جبران خسارات درصورتی که طرف مقابل دارای سوء نیت باشد یا مرتکب بی‌مبالاتی و غفلت شود[۵۱]، طلبِ غرامت کنند[۵۲]. حوزهٔ قضایی انگلیس ادعای خسارت ناشی از مسئولیت مطلق مدعی را هنگامی که توقیف نادرست بر خوانده تحمیل می‌شود، به‌رسمیت نمی‌شناسد. دشواری اثبات این مسئولیت در حقوق انگلیس و درخواست شواهد قطعی مبنی بر وجود سوء نیت، منطقی نیست. اثبات سوء نیت یا عمد در این شرایط بسیار سخت است[۵۳].

46. International Convention for the Unification of Certain rules Relating to the Arrest of Sea-Going Ships 1952.
47. Administration of Justice Act
48. Nargys Hassan-Cakir, *Sister Ship Arrest and the Problem of the One Ship Company*, University of Essex], (2019), p. 19.
49. Wrongful Arrest
50. Aleka Mandaraka-Sheppard, Modern Maritime Law (Vol. 1): Jurisdiction and Risks, CRC Press, (2013), p. 132.
51. Crassa Negligentia
52. Nigel Meeson, & John A. Kimbell, *Admiralty Jurisdiction and Practice*, (2017), p. 154.
53. Omar Mohammed-Faraj, *The Arrest of Ships: Comprehensive View on the English Law*. Faculty of Law, Lund University, (2012), p. 48.

در کنوانسیون توقیف ۱۹۵۲، تصمیم در مورد أخذ تأمین از خواهانِ توقیف کشتی، به قانون ملی دادگاه رسیدگی‌کننده سپرده شده است. به‌موجب مادهٔ ۶ کنوانسیون توقیف ۱۹۹۹، دادگاه می‌تواند در جهت حمایت از مالکان کشتی‌ها و مستأجران کشتی‌های تجهیزنشدهٔ در اجاره، خواهان را ملزم نماید تا برای هر ضرر و زیان احتمالی یا هر موردی که خواهان ممکن است مسئول شناخته شود، تضمینی با شرایط موردنظر دادگاه ارائه کند. حکم این ماده به صورت مطلق آمده است و استثنایی در خصوص رهن و حقوق ممتاز دریایی در آن دیده نمی‌شود. اما بر اساس اصول حقوقی باید قائل بر عدم شمول این حکم بر وثائق عینی ازجمله رهن و حقوق ممتاز بود. در واقع اصلی‌ترین تفاوت حق ممتاز و رهن با سایر دعاوی، افزون بر حق تعقیب و تقدم، همین مورد است.

قانون دریایی ۱۳۴۳ و لایحهٔ کشتی‌رانی تجاری، هر دو در این مورد سکوت کرده‌اند. مشخص نیست که طلبکار دارای حق ممتاز، به‌همراه درخواست توقیف کشتی چه مدارکی را باید ارائه نماید. آیا صرف قرارداد استخدام منشأ دستمزد یا صورت‌جلسهٔ سانحهٔ دریایی منشأ خسارت کفایت می‌کند؟ در وهلهٔ اول، پیش‌بینی حق وثیقه بر کشتی به حکم قانون به‌محض ایجاد طلب و درنظر گرفتن مرور زمان یک‌ساله برای آن، این احتمال را تقویت می‌کند. از طرفی حتی یک روز تأخیر و وقفه در فعالیت تجاری کشتی به‌عنوان وسیلهٔ متحرک و پویا، به معنای ایراد خسارت‌های سنگین است. از طرف دیگر نباید فراموش کرد که فرایند رسیدگی دادگاه تا صدور حکم و همچنین توقیف فیزیکی کشتی، زمان‌بر است و ممکن است در این فاصله مرور زمان یک‌سالهٔ حق ممتاز منقضی گردد. لذا لازم است به‌موجب قانون برای رسیدگی به دعاوی موجد حق ممتاز، رسیدگی خارج از نوبت تجویز شود. در صورت عدم ارائهٔ رأی دادگاه مبنی بر احراز طلب دارای حق ممتاز، درخواست‌کنندهٔ توقیف، ابتدا باید تأمینی مناسب جهت خسارت احتمالی توقیف کشتی تودیع نماید که در این صورت سؤال پیش می‌آید که وجود حق ممتاز برای طلبکار چه سودی دارد؟ در پاسخ باید گفت که حق ممتاز این فایده را برای طلبکار دارد که طلبش بر هر طلب دیگری حتی رهن، برتری خواهد داشت که البته مرور زمان یک‌ساله، همین مزیت را هم خدشه‌دار می‌کند. به هر حال، اگر سکوت قانون‌گذار همچنان ادامه داشته باشد، ظاهراً نمی‌توان حکم دیگری برای این موضوع متصور شد.

در مادۀ ۲۸ لایحۀ تشکیل دادگاه دریایی ایران آمده که خواهان ملزم است برای جبران خسارتی که امکان دارد از اجرای قرار تأمین خواسته یا دستور موقت به خوانده وارد شود، تضمینی اعم از وجه نقد یا ضمانت‌نامۀ بانکی تسلیم کند. تعیین مبلغ تضمین با دادگاه دریایی است و تا زمان ارائۀ تضمین، دادگاه از صدور قرار تأمین خواسته یا دستور موقت خودداری خواهد کرد. برابر تبصرۀ ذیل این ماده، موارد خاص که طبق قانون یا حسب شرایط به تشخیص دادگاه، توقیف کشتی بدون الزام به ارائۀ تضمین مجاز یا ضروری است، از قبیل آنکه درخواست توقیف به‌منظور اجرای حق ممتاز دریایی خدمۀ کشتی به‌عمل آمده باشد، از حکم این ماده مستثنی است. معلوم نیست چرا در این لایحه صرفاً از حق ممتاز دریایی مربوط به طلب ناشی از دستمزد خدمه نام برده شده و به سایر دارندگان این حق اشاره نشده است. اولین دلیلی که به ذهن می‌رسد این است که چون قانون‌گذار از این موضوع آگاه بوده که احتمال اینکه خدمه قادر به سپردن تأمین مناسب جهت توقیف کشتی باشند، نزدیک به صفر است و حمایت از کارگر در مقابل کارفرما چنین ایجاب می‌کند، به‌طور صریح خدمه را از سپردن تأمین، زمانی که حق ممتاز دریایی اعمال می‌شود، معاف نموده است. اما مگر همین منطق و دلیل در مورد حق ممتاز خسارت‌دیدگان ناشی از کشتی و نجات‌دهندگان صدق نمی‌کند؟! چنانچه قانون‌گذار طلب‌های مشمول حق ممتاز دریایی را به موارد ضروری کاهش دهد و برای اجرای موارد باقی‌مانده، در صورت پیوست مدارک مشخص (مانند قرارداد استخدام، اقرارنامۀ مالک یا فرمانده، صورت‌جلسۀ سانحۀ کشتی‌رانی و ورود خسارت و نظریۀ کارشناس)، با شرایط پیش‌بینی شده در قانون (مانند رسمی بودن سند، تأیید مقامات بندری)، خواهان را از تودیع خسارت احتمالی معاف نماید، به راهکار مناسب‌تری برای اعمال حق ممتاز دریایی دست خواهد یافت.

از طرفی مناسب است امکان توقیف بخشی از کشتی (مانند قایق نجات یا هر بخش دیگری) که قابلیت جداسازی از کشتی را داشته باشد و آزادی مابقی، در مقررات مجاز شناخته شود؛ چراکه طلبکار دارای حق وثیقه بر کلیۀ اجزای کشتی است و از طرفی بدهکار نیز بیشتر از بدهی‌اش نباید پرداخت کند.

اگر تجهیزات و قطعاتِ به‌کاررفته در کشتی موضوع عقد اجاره به شرط تملیک باشد، در اینکه مرتهن حق دارد آنها را جزء رهن محسوب نماید یا خیر اختلاف نظر وجود دارد. سؤال دیگری که

مطرح می‌شود این است که آیا مرتهن می‌تواند نسبت به پرداخت اقساط باقی‌مانده مطابق با قرارداد اجاره به شرط تملیک، اقدام نماید و وجوه پرداختی را به بدهی راهن اضافه کند؟ چنانچه در قرارداد رهن این موضوع شرط شده باشد، مطابق با اصل آزادی قراردادها و حاکمیت اراده، اجرای توافق طرفین بلامانع است؛ اما در صورت عدم درج شرط در قرارداد رهن، به‌نظر می‌رسد مرتهن به اجازهٔ راهن یا دادگاه نیاز داشته باشد. در صورت ورشکستگی راهن و عدم اصلاح مقررات موجود مبنی بر عدم تأثیر ورشکستگی در ادامهٔ روند رسیدگی دادگاه دریایی، تصمیم‌گیری در این مورد با مدیر تصفیه خواهد بود.

در خصوص رهن کشتیِ درحال ساخت، مصالح و تجهیزاتی که برای ساخت کشتی در محوطهٔ ساخت قرار داده شده‌اند، جزئی از رهن بوده، قابل توقیف هستند. حکم یادشده در مادهٔ ۸۲ لایحهٔ کشتی‌رانی، اینکه «تجهیزات و مصالح دیگری که مشخصاً به‌منظور استفاده برای ساخت کشتی موردنظر در محوطهٔ ساخت قرار دارند نیز داخل در رهن محسوب می‌شوند»، جدید و فاقد سابقه در قانون دریایی ۱۳۴۳ است. بنابراین، طلبکاران سازنده نمی‌توانند طلب خود را از طریق توقیف و فروش تجهیزات و مصالحی که به‌منظور استفاده در ساختمان کشتی در محوطهٔ ساخت قرار دارند، استیفا نمایند. به‌نظر می‌رسد که سازنده نیز نمی‌تواند بدون موافقت مرتهن آنها را تعویض کند.

۲.۵. کشتی خواهر[۵۴]

به‌موجب کنوانسیون‌های توقیف کشتی، تنها یک کشتی ممکن است توقیف گردد که احتمال دارد یا خودِ کشتی متخلف باشد یا هر کشتی دیگری که متعلق به همان مالک است. مطابق قواعد حقوق نوشته، تمام کشتی‌های متعلق به فرد بدهکار می‌توانند به‌عنوان تضمین هر نوع بدهی وی توقیف شوند. در حقوق کامن‌لا، برخلاف حقوق نوشته، یک کشتی را می‌توان فقط در خصوص ادعای دریایی توقیف کرد و فقط آن کشتی را می‌توان توقیف نمود که ادعا مربوط به آن است. کنوانسیون توقیف کشتی[۵۵] ۱۹۵۲، با پیش‌بینی و جواز توقیف کشتی خواهر به‌عنوان

54. Sister Ship
55. International Convention for the Unification of Certain rules Relating to the Arrest of Sea-Going Ships 1952

جایگزین توقیف کشتی متخلف، بین حقوق کامن‌لا و حقوق نوشته سازش ایجاد نمود. کشتی خواهر به کشتی‌ای اطلاق می‌گردد که هرچند دعوی مطرح‌شده ارتباطی به آن ندارد، اما این کشتی به کشتی متخلف از طریق شخص مسئول پیوند می‌خورد؛ لذا علی‌رغم اینکه از سوی طلبکار، به کشتی خواهر خدمت یا کالایی ارائه نشده و یا این کشتی منشأ ورود خسارت نبوده است، به دلیل اینکه مالک کشتی، همان شخص مسئول است، توقیف آن ممکن می‌گردد. توقیف کشتی خواهر به این معنی نیست که حق ممتاز دریایی علیه یک کشتی متخلف، در مورد یک کشتی خواهر قابل اجرا شود. برای مثال، مدعی ممکن است برای خسارت برخورد در برابر کشتی متخلف، حق ممتاز دریایی داشته باشد؛ اما در برابر کشتی خواهر حق قانونی اقامهٔ دعوا بر علیه مال به‌دست می‌آورد و پس از تمام حق ممتازهای دریایی علیه کشتی خواهر قرار می‌گیرد[۵۶]. در حقوق ایران قاعدهٔ مشابه انگلیس و امریکا وجود ندارد و همهٔ کشتی‌های مالک، اعم از کشتی متخلف که دعوا در مورد آن اقامه شده است و غیر آن، در قبال هرگونه بدهی، اعم از دریایی و غیردریایی قابلیت توقیف دارند؛ چراکه در قانون نحوهٔ اجرای محکومیت‌های مالی، کشتی مستثنی نشده و در قانون دریایی ایران نیز به منشأ دریایی بدهی تصریح نشده است.

البته مالکان نیز در مقابل با تشکیل شرکت‌های تک‌کشتی، ناوگان خود را به یک کشتی محدود و وجود کشتی خواهر را منتفی کرده‌اند. کنوانسیون‌های بین‌المللی در مورد توقیف کشتی‌ها فقط مجوز توقیف کشتی‌های تحت مالکیت مشترک را ارائه می‌دهند و فاقد راهکاری در خصوص مقابله با مشکل شرکت‌های تک‌کشتی هستند. در انگلیس دادگاه‌ها این اختیار را دارند که برای تعیین مالکیت ذی‌نفع یا بهره‌بردار متصرف[۵۷]، در مواردی که شرکت مالک صرفاً وسیله‌ای برای مخفی کردن کشتی از توقیف و فروش باشد، مطابق با قاعدهٔ خرق حجاب شخصیت حقوقی شرکت اقدام نمایند. در حقوق دریایی، مالک ذی‌نفع کشتی‌ها معمولاً به شخصی اطلاق می‌شود که مالک قانونی یا ثبت‌شدهٔ کشتی نیست، اما پشت آن مالک قانونی ایستاده است و حقوقی بر کشتی دارد. کمیتهٔ حقوقی سازمان بین‌المللی دریانوردی[۵۸] این موضوع را در هشتاد و چهارمین جلسهٔ خود در آوریل ۲۰۰۲ بررسی کرد و به این نتیجه رسید که مالک

56. Stanley O. Okoli, *op. cit*., p. 53.
57. The Beneficial Ownership
58. The International Maritime Organization (IMO)

ذی‌نفع مرتبط است با اینکه چه کسی خدمه را منصوب می‌کند؟ چه کسی نحوهٔ استفاده از کشتی را تعیین می‌کند؟ چه کسی قولنامه را از طرف مالک امضا می‌کند؟[۵۹].

در نظام حقوقی ایران به دلیل نبود قوانین صریح، بار کردن بدهی بر کشتی خواهر- که بهره‌بردار ذی‌نفع آن مسئول بدهی است و نه مالک اسمی و رسمی آن- به‌راحتیِ حقوق غربی نیست؛ مطابق با قانون اجرای احکام مدنی ایران، تنها اموال خوانده را می‌توان توقیف نمود و تعلق این اموال به خوانده باید محرز و بلامعارض باشد. بنابراین، امکان توقیف یک کشتی که مالک رسمی آن شخصی غیر از خوانده باشد، وجود ندارد. متأسفانه مقررات قانونی موجود در خصوص معاملات صوری یا به قصد فرار از ادای دین، شامل مادهٔ ۲۱۸ قانون مدنی، مادهٔ ۴۲۶ قانون تجارت و مادهٔ ۲۱ قانون نحوهٔ اجرای محکومیت‌های مالی، در این زمینه تقریباً مفید فایده نبوده، کاربردی ندارد؛ چراکه بطلان معاملات صوری و استرداد کشتی به فروشنده طبق مواد ۲۱۸ قانون مدنی و ۴۲۶ قانون تجارت، سودی برای طلبکار دریایی ندارد. همچنین حکم قانون نحوهٔ اجرای محکومیت‌های مالی راجع به انتقال مال به انگیزهٔ فرار از ادای دین، پس از صدور حکم محکومیت است.

یکی از مصادیق خرق حجاب شخصیت حقوقی شرکت، ناظر به زمانی است که از شرکت صرفاً به‌عنوان یک سپر و یا ظاهری ساختگی جهت پنهان کردن اقدامات شخصی دیگر استفاده می‌شود[۶۰]. طبق نظریهٔ استفادهٔ ابزاری، ارتباط میان دو شخصیت حقوقی با اعمال معیار کنترل محرز می‌شود[۶۱]. به عبارت دیگر، شخصی که از کشتی بهره‌برداری مالکانه می‌کند، ولی کشتی به نام وی ثبت نیست، مالک فرض می‌شود؛ درصورتی که ثابت شود مالکِ اسمی کشتی صرفاً یک نقاب است. زمانی که کلیهٔ درآمدها و هزینه‌های کشتی به حساب بهره‌بردار ذی‌نفع باشد، مشخص می‌شود که ثبت کشتی به نام دیگری یک اقدام صوری بوده، به قصد تقلب صورت گرفته است. انصاف و عدالت، مقتضی آن است که بتوان کشتی را توقیف نمود، اما با منع قانونی

59. Maritime Transport Committee, (2003). Ownership and Control of Ships. Organisation for Economic Cooperation and Development, <http://ntl.bts.gov/lib/24000/24400/24410/17846120>.

۶۰. علی رضائی، «مبانی مسئولیت شرکت مادر در قبال شرکت تابع (مطالعهٔ تطبیقی در نظام حقوقی انگلیس و ایران)»، *پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، ش ۳ (۱۳۹۶). ص ۵۴.

۶۱. شیرین ملک‌محمدی و ربیعا اسکینی، «مبانی نظری مسئولیت شرکت‌های مادر در موارد ورشکستگی شرکت‌های تابعه (مطالعهٔ تطبیقی با قانون نمونهٔ آنستیرال)»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۳ (۱۴۰۲)، ص ۴۴.

مواجه هستیم؛ لذا لازم است که قانون‌گذار، با توجه و تأسی به نظریات حقوق‌دانان در خصوص خرق حجاب شخصیت حقوقی و همچنین الهام از نظریهٔ مالکیت ذی‌نفع مطروحه در حقوق انگلیس، در این خصوص به‌صراحت موضع‌گیری قانونی نماید.

۳.۵. قانون حاکم بر رتبه‌بندی

در نظام حقوقی انگلیس اولویت و رتبه‌بندی حقوق ممتاز دریایی- اعم از ملّی و خارجی- صرفاً طبق حقوق انگلیس (کشور دادگاه) تعیین می‌شود و قانون پرچم کشتی مداخله‌ای در این موضوع ندارد. همچنین وجود یا نبود حق ممتاز دریایی براساس قانون کشور مقر دادگاه سنجیده می‌شود. به‌عبارتی هم از نظر ماهیت ادعا و هم از نظر اولویت‌بندی، یک امر رویه‌ای مربوط به آیین دادرسی و بنابراین تابع قانون کشور مقر دادگاه[۶۲] است؛ لذا هیچ سیستم حقوق خارجی را نمی‌توان اعمال کرد و ترتیب اولویت را تغییر داد. در حقوق انگلیس در مورد رهن کشتی با پرچم خارجی، اولویت رهن طبق قانون پرچم کشتی تعیین می‌شود.

امریکایی‌ها و کانادایی‌ها حق ممتاز دریایی خارجی را به‌رسمیت می‌شناسند. در ایالات متحده، جایی که قانون یک حوزهٔ خارجی به‌عنوان قانون مناسب شناخته می‌شود (به این دلیل که به‌صراحت در قرارداد اعلام شده است یا به دلیل عامل ارتباطی پرونده را به حوزهٔ قضایی دیگر مرتبط می‌کند)، ادعاهای دریایی خارجی رسمیت می‌یابند؛ حتی در مواردی که حقوقی که به آنها اعطا می‌شود از نظر ماهیت با حقوقی که از ادعای دریایی معادل تحت قانون امریکا ناشی می‌شود، متفاوت باشد. اما رتبه‌بندی ادعاهای خارجی در توزیع وجوه فروش قضایی کشتی، بر اساس نظام اولویت‌بندی امریکا انجام می‌گیرد[۶۳].

ازآنجا که مقررات مربوط به اجرای احکام، ازجمله قوانین شکلی محسوب می‌شوند، مناسب است که دادگاه ایرانی در زمینهٔ رتبه‌بندی حقوق دریایی، قانون ایران را ملاک قرار دهد و این ضابطه در خصوص کشتی به‌صراحت در نص قانون گنجانده شود؛ زیرا با توجه به سفرهای دریایی، احتمال مواجه شدن دادگاه با ادعاهای خارجی بسیار زیاد است. در حقوق ایران در میان مطالبات، طلبی که دارای وثیقهٔ حکمی باشد، بر طلب دارای وثیقهٔ قراردادی، و طلب پیش‌گفته بر

62. lex fori
63. William Tetley, *op. cit*., p. 457.

طلب مقدم، و نهایتاً طلب ممتاز بر طلب عادی تقدم خواهد یافت. در آخرین مرحله نیز طلب مؤخر قرار می‌گیرد[۶۴].

در خصوص اینکه شناسایی یا عدم شناسایی حق ممتاز برای طلب خارجی مطابق با کدام قانون باید انجام شود، قانون دریایی ۱۳۴۳ و لایحهٔ کشتی‌رانی تجاری ایران حکمی ندارد. با توجه به اهمیت موضوع، لازم است قانون‌گذار با تعمق در رویهٔ کشورهای خارجی، راه‌حل مناسب را انتخاب و در نصوص قانونی به آن تصریح نماید.

به نظر نگارندگان، ایجاد یا عدم ایجاد حق ممتاز از امور ماهوی محسوب می‌شود و باید بر اساس قانون کشوری که اصل طلب دریایی در آنجا محقق می‌شود، در مورد آن اتخاذ تصمیم نمود. حق ممتاز دریایی، حق وثیقه‌ای است که به حکم قانون ایجاد می‌شود. اینکه آیا طلبکار علاوه بر طلبش، دارای این امتیاز قانونی نیز می‌شود یا خیر، باید قانون محل ایجاد طلب آن را مشخص نماید. اگر اعتقاد بر این باشد که دادگاه باید قانون ملی خود را ملاک قرار دهد، به این برداشت منتج می‌شود که همواره سرنوشت حق ممتاز بستگی به این خواهد داشت که کشتی در کدام کشور توقیف شود و ثبات و اطمینان در حقوق طرفین ازبین می‌رود. لذا در خصوص طلب‌های قراردادی براساس مادهٔ ۹۶۸ قانون مدنی، قانون محل انعقاد بر شرایط تحقق حق ممتاز حاکم است. در مورد طلب‌های غیرقراردادی نیز طبق مادهٔ ۹۶۶ قانون مدنی، قانون کشوری که کشتی در لحظهٔ تحقق طلب در آن قرار داشته است، بر دعوی حاکم خواهد بود و تغییر محل وقوع مال منقول نیز به حق مکتسب اشخاص صدمه نمی‌زند. زمانی که کشتی در دریای آزاد قرار دارد، قانون کشور صاحب پرچم نیز مناسب‌ترین گزینه به‌نظر می‌رسد.

نتیجه

با توجه به عدم صراحت قوانین ایران مبنی بر پذیرش نظریهٔ شخصیت حقوقی و اطلاق مواد قانون دریایی و نیز لایحهٔ کشتی‌رانی تجاری، مالک کشتی با هر هدف دریایی یا غیردریایی که کشتی را در رهن قرار دهد، رهن دریایی محسوب می‌شود و عقود متعدد رهن نسبت به کشتی صرفاً بر اساس تاریخ انعقاد آنها رتبه‌بندی می‌شوند و نوع دین اهمیتی ندارد؛ اما ضرورت‌ها و

۶۴. محسن ایزانلو و عباس میرشکاری، «طلب ممتاز»، *دیدگاه‌های حقوق قضایی*، ش ۶۰ (۱۳۹۱)، ص ۵۷.

ویژگی‌های تجارت دریایی مقتضی آن است که رهنی مشمول احکام رهن دریایی قرار گیرد که در راستای تأمین مالی فعالیت کشتی‌رانی تجاری و تضمین دین دریایی محقق شده باشد.

عملیات نجات برای حفظ و بقای کشتی انجام می‌شود و دریانوردان با خدمت در کشتی، فعالیت و حرکت کشتی را محقق می‌نمایند. ازطرفی ایراد خسارت به‌وسیلهٔ کشتی، کشتی‌رانی ایمن را به‌مخاطره می‌اندازد و لذا شناسایی حق ممتاز برای طلب‌های ناشی از هزینهٔ نجات، دستمزد خدمه و خسارت، دارای اهداف کاربردی و مفیدی است. از طرف دیگر، ابقای حق ممتاز در مورد خسارت مشترک در لایحهٔ کشتی‌رانی تجاری که می‌تواند به توقیف کشتی از بدو پیدایش طلب منجر گردد، با توجه به پیچیده و طولانی بودن فرایند تعیین میزان سهم کشتی از خسارت مشترک، فاقد توجیه منطقی است.

قانون دریایی ۱۳۴۳ و لایحهٔ کشتی‌رانی تجاری، هر دو در خصوص لزوم یا عدم لزوم تودیع خسارت احتمالی از سوی دارندهٔ حق ممتاز دریایی سکوت کرده‌اند. چنانچه نگرانی از ایجاد وقفه‌های بی‌مورد در حرکت کشتی، منشأ این سکوت باشد، بهتر است با کاهش موارد شناسایی حق ممتاز و معافیت ذی‌حقان باقی‌مانده از تودیع وثیقه جهت خسارت احتمالی در صورت ارائهٔ مدارک و دلایل لازم، همچنین لزوم رسیدگی خارج از نوبت به دعاوی ایشان، به این سکوت پایان داده شود.

اگر خوانده اقامتگاه، مال غیرمنقول و محل سکونت در ایران نداشته باشد، با توجه به عدم شناسایی صریح شخصیت حقوقی کشتی، اقامهٔ دعوا به صورت مستقیم بر علیه کشتی که در بنادر ایران حضور دارد، ممکن نیست. پیش‌بینی امکان ابلاغ اخطاریه به فرمانده یا هر مسئول دیگر حاضر در کشتی جهت رسیدگی به دعوای خواهان در مقررات آینده، همسو با رویهٔ عملی سایر کشورهای پیشرو در حمل‌ونقل دریایی توصیه می‌شود. همچنین الحاق کشور ایران به کنوانسیون توقیف کشتی‌ها ۱۹۹۹ و محدود نمودن امکان توقیف کشتی به دعاوی دریایی برای حمایت بیشتر از دارندگان حق ممتاز و مرتهنان، پیشنهاد می‌گردد.

منابع و مآخذ

الف) منابع فارسی

- کتاب‌ها

۱. پاسبان، محمدرضا (۱۴۰۲). ***حقوق شرکت‌های تجاری***. تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها، پژوهشکدهٔ تحقیق و توسعه علوم انسانی.

۲. ذوالقدر، محمدجواد (۱۴۰۳). ***امکان‌سنجی اعطای شخصیت حقوقی به هوش مصنوعی***. تهران: انتشارات دادگستری کل استان تهران.

۳. صفار، محمدجواد (۱۳۹۰). ***شخصیت حقوقی***. تهران: انتشارات بهنامی.

۴. ملک‌زاده، فهیمه (۱۳۹۱). ***فرهنگ حقوق تجارت***. تهران: مؤسسهٔ انتشارات دادگستر.

- مقاله‌ها

۵. ابوعطا، محمد (۱۳۸۹). حق ممتاز دریایی؛ طلب یا وثیقه طلب. ***حقوق***، مجلهٔ دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۴۰(۳)، ۱-۱۶.

۶. ایزانلو، محسن و میرشکاری، عباس (۱۳۹۱). طلب ممتاز. ***دیدگاه‌های حقوق قضایی***، ۱۷(۶۰)، ۳۷-۶۸.

۷. ایزانلو، محسن و سهرابی، یاسر (۱۴۰۰). نمایندگی ظاهری فرماندهٔ کشتی. ***مطالعات حقوق خصوصی***، ۵۱(۴)، ۶۲۷-۶۴۸. Doi: 10.22059/JLQ.2022.326416.1007563

۸. پادیر، آرزو و رضائی، علی (۱۴۰۳). قرارداد تأمین مایحتاج برای کشتی و تزاحم آن با رهن دریایی (مطالعهٔ تطبیقی در حقوق آمریکا، انگلیس و ایران). ***علوم و فنون دریایی***.
Doi: 10.22113/jmst.2024.481943.2613, e209644

۹. رضائی، علی (۱۳۹۳). مبانی مسئولیت شرکت مادر در قبال شرکت تابع (مطالعهٔ تطبیقی در نظام حقوقی انگلیس و ایران). ***پژوهش‌های حقوق تطبیقی***، ۲۱(۳)، ۳۷-۷۳
Doi: 20.1001.1.22516751.1396.21.3.2.3

۱۰. رودیجانی، محمدمجتبی؛ عسگری، حکمت‌الله و انصافی آذر، بهنام (۱۴۰۲). مطالعهٔ تطبیقی حق

حبس تصرف. ***مجلهٔ حقوقی دادگستری***، ۸۷(۱۲۴)، ۲۶۱-۲۸۸
Doi:10.22106/jlj.2023.2009062.5399

۱۱. صادقی تفتی، زهره و محمدی، عباس (۱۳۹۵). ماهیت حقوقی رهن دریایی. ***حقوق تطبیقی***، ۱۲(۱)، ۹۳-۱۱۴.

۱۲. طباطبایی حصاری، نسرین و صفی‌زاده، سروش (۱۴۰۲). مطالعهٔ تطبیقی «نظام‌های ثبت کشتی» در پرتو کارکردهای حقوقی آن. ***مطالعات حقوق تطبیقی معاصر***، ۱۴(۳۰)، ۲۱۵-۲۴۳
Doi: 10.22034/LAW.2022.48398.3011

۱۳. فلاح خاریکی، مهدی و اصغری آقمشهدی، فخرالدین (۱۳۹۹). مطالعهٔ تطبیقی شرکت شخص واحد در حقوق ایران و اتحادیه اروپا با نگاهی به لایحهٔ جدید تجارت مصوب ۱۳۹۱. ***پژوهشنامه حقوق تطبیقی***، ۴(۵)، ۲۸۱-۳۰۰. Doi:10.22080/LPS.2020.15977.1152

۱۴. فولادگر، فریبا و ایزانلو، محسن (۱۳۹۹). مطالعهٔ تطبیقی اجرای حقوق ممتاز دریایی در دادرسی ورشکستگی. ***حقوقی دادگستری***، ۸۴(۱۱۱)، ۱۹۳-۲۱۶.
Doi:10.22106/jlj.2020.116652.2996

۱۵. ملک‌محمدی، شیرین و اسکینی، ربیعا (۱۴۰۲). مبانی نظری مسئولیت شرکت‌های مادر در موارد ورشکستگی شرکت‌های تابعه (مطالعهٔ تطبیقی با قانون نمونهٔ آنسیترال). ***مطالعات حقوق تطبیقی معاصر***، ۱۴(۳۱)، ۳۳-۶۰. Doi:10.22034/LAW.2022.48373.3018

۱۶. میرشکاری، عباس؛ خانجانی معاف، مینا و محمدی، نسترن (۱۳۹۷). مطالبات ممتاز در حقوق دریایی و روش حل تزاحم آن‌ها. ***علوم و فناوری دریا***، ۲۲(۸۵)، ۱۲-۲۳.

۱۷. نجفی اسفاد، مرتضی و شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۴). تحلیل فقهی حقوقی قواعد و مقررات مربوط به رهن دریایی ایران. ***مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز***، ۷(۳)، ۱۶۷-۱۹۴

- پایان‌نامه

۱۸. حقانی، ندا (۱۳۹۲). ***رهن دریایی***. شیراز: پایان‌نامهٔ کارشناسی ارشد دانشگاه شیراز .

ب) منابع انگلیسی

- Books

19. Hill, Christopher (2003). ***Maritime Law***. 6th Edition, Lloyd's of London Press Ltd.

20. Mandaraka-Sheppard, Aleka (2013). ***Modern Maritime Law***. (Vol. 1): Jurisdiction and Risks, CRC Press.

21. Meeson, Nigel & Kimbell, John A. (2017). ***Admiralty Jurisdiction and Practice***. 5th Edition, Informa Law from Routledge.

22. Schoenbaum, Thomas J. (2018). ***Admiralty and Maritime Law***. West Academic Publishing.

- Articles

23. Corcione, Carlo (2016). Bring the Vessel to Court: The Unique Feature of the Action in Rem in the Admiralty Law Proceedings. ***International Review of Law***, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2869779.

24. Maritime Transport Committee (2003). Ownership and Control of Ships. ***Organisation for Economic Cooperation and Development***, Available at http://ntl.bts.gov/lib/24000/24400/24410/17846120>.

25. Myburgh, Paul (2009). Richard Cooper Memorial Lecture Admiralty Law-What is it Good For? ***University of Queensland Law Journal,*** 28(1), 19-38.

26. Tetley, William. (2002). Maritime Liens in the Conflict of Laws. In Law and Justice in a Multistate World: ***Essays in Honor of Arthur*** T. Von Mehren. Brill Nijhoff, pp. 439-457.

27. Van de Biezenbos, Kristen. (2015). A Sea Change in Creditor Priorities. ***University of Michigan Journal of Law Reform***, 48(3), 595-640.

- Thesis

28. Hadebe, Thandeka B. (2012). *Maritime Liens: a Critical Discussion of the Enforceability of Maritime Liens Against Bona Fide Purchasers.* University of KwaZulu-Natal, Durban].

29. Hassan-Cakir, Nargys. (2019). *Sister Ship Arrest and the Problem of the One Ship Company*, University of Essex].

30. Mohammed-Faraj, Omar .(2012). *The Arrest of Ships: Comprehensive View on the English Law.* Faculty of Law, Lund University.

31. O'Connor, John G. (2019). *The Law Civil and Maritime: Quebe*

Admiralty Courts and the Development of in rem Procedure. [Unpublished Doctoral Dissertation, McGill University, Montreal].

32. Okoli, Stanly O. (2010). *Arrest of Ships: Impact of the Law on Maritime Claimants*. Faculty of Law, Lund University.

University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514
Volum: 16 **Issue:** 39
Summer 2025

Article Type: Research Article **Pages:** 93-124

The Application of the Theory of Fundamental Breach in Technology Licensing Contracts

Mohammad Hassan Sadeghi Moghadam[1]| Reza Arabzadeh[2]| Azadeh Shams[3]

1. Professor, Department of Law, University of Tehran, Iran (Corresponding Author) mhsadeghy@ut.ac.ir
2. Ph.D Candidate in Private Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran arabzade.law@gmail.com
3. Master's student in Private Law, University of Tehran, Iran azade.shams@ut.ac.ir

Abstract

Technology licensing agreements, as one of the most prominent manifestations of contracts in the realm of intellectual property law and the granting of exploitation rights to technical knowledge, are subjects of scrutiny and study. On the other hand, any contract may be breached by the parties involved. The theory of fundamental breach, which is of significant importance in many legal systems, explains which conduct constitutes a fundamental breach of the contract and provides specific remedies in the event of fundamental non-performance by either party. Since licensing agreements often fall under the category of commercial contracts with an international dimension, the authors of this paper examine the question of whether the theory of fundamental breach can be applied in such contracts. In this study, by analyzing international documents related to contract law, the fundamental breach is redefined, and through the description and analysis of cases that serve as examples of a breach in licensing agreements, we observe the application of the fundamental breach theory by adjudicating courts.

Keywords: *Intellectual property rights, sanctions, Technology Licensing Contracts, License, Fundamental breach.*

Received: 2024/09/21 **Received in revised form:** 2025/06/18 **Accepted:** 2025/06/29 **Published:** 2025/09/09

DOI: 10.22034/law.2025.63625.3418

Publisher: University of Tabriz law@tabrizu.ac.ir

شاپا الکترونیکی: ۰۵۱۴-۲۸۲۱
مطالعات حقوق تطبیقی معاصر
دوره: ۱۶، شماره: ۳۹
تابستان ۱۴۰۴
نوع مقاله: پژوهشی
صفحات: ۹۳-۱۲۴

کاربست نظریهٔ نقض اساسی در قراردادهای لیسانس فناوری

محمدحسن صادقی مقدم[۱]| رضا عرب‌زاده[۲]| آزاده شمس[۳]

۱. استاد گروه حقوق دانشگاه تهران، ایران (نویسنده مسئول) mhsadeghy@ut.ac.ir
۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران arabzade.law@gmail.com
۳. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، ایران azade.shams@ut.ac.ir

چکیده

قراردادهای لیسانس فناوری به‌عنوان یکی از برجسته‌ترین نمودهای ظاهریِ قراردادها در قلمرو حقوق مالکیت فکری و واگذاری مجوز بهره‌برداری از دانش فنی، محل مداقه و مطالعه هستند. از سویی ممکن است هر قراردادی با احتمال نقض از جانب منعقدکنندگان روبه‌رو شود. نظریهٔ نقض اساسی که در بسیاری از نظام‌های حقوقی جایگاه قابل‌توجهی دارد، ضمن تبیین این موضوع که کدام‌یک از رفتارهایی که نقض قرارداد شمرده می‌شوند اساسی است، ضمانت‌های اجرای ویژه‌ای در صورت احراز عدم اجرای اساسی برای هریک از طرفین قرارداد پیش‌بینی کرده است. ازآنجا که لیسانس با وجود ماهیت متفاوت با توافقات خرید و فروش یا واگذاری ساده، در بسیاری از موارد در زمرهٔ قراردادهای تجاری که جنبهٔ بین‌المللی دارند قرار می‌گیرد، نگارندگان در این نوشتار به بررسی این پرسش پرداخته‌اند که آیا می‌توان نظریهٔ نقض اساسی را در این‌گونه قراردادها به‌کار بست؟ در این پژوهش با بررسی اسناد بین‌المللی مربوط به حقوق قراردادها، نقض اساسی بازشناسایی شده، همراه با توصیف و تحلیل پرونده‌هایی که از مصادیق نقض قرارداد لیسانس هستند، شاهد کاربست نظریهٔ نقض اساسی از جانب دادگاه‌های رسیدگی‌کننده خواهیم بود.

واژگان کلیدی: *حقوق مالکیت فکری، ضمانت اجرا، قرارداد لیسانس فناوری، لیسانس، نقض اساسی.*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۶/۳۱ **تاریخ بازنگری:** ۱۴۰۴/۰۳/۲۸ **تاریخ پذیرش:** ۱۴۰۴/۰۴/۰۸ **تاریخ انتشار:** ۱۴۰۴/۰۶/۱۸

DOI: 10.22034/law.2025.63625.3418

ناشر: دانشگاه تبریز law@tabrizu.ac.ir

مقدمه

قرارداد لیسانس فناوری[1] از رایج‌ترین قراردادها برای انتقال اطلاعات و فناوری در عرصهٔ واگذاری مالکیت‌های فکری است. لیسانس به زبان ساده، مجوز بهره‌برداری از دانشی است که به‌طور عادی امکان انتفاع از آن وجود ندارد؛ اما طی قرارداد، دارندهٔ حقوق معنوی (لیسانس‌دهنده)[2] به لیسانس‌گیرنده[3] مجوزی اعطا می‌کند که در قلمرو مفاد، محدودیت‌ها و شروط مکانی و زمانی قرارداد، از آن دارایی معنوی بهره‌برداری کند؛ به‌طوری که از طرفِ دعوا قرارگرفتن به جهت نقض حقوق انحصاری مالک دارایی فکری در امان باشد. این واگذاری در مقابل دریافت «حق امتیاز»[4] صورت می‌پذیرد. گسترهٔ حقوق اعطاشده در یک قرارداد لیسانس می‌تواند از یک مجوز ساده برای استفاده از دارایی موضوع قرارداد به‌صورت محدود تا تقریباً تمام مالکیت دارایی متغیر باشد[5]. گاه ممکن است مخترع پس از ثبت اختراع، اجازهٔ بهره‌برداری از حق اختراع را به دیگری واگذار کرده باشد[6].

همهٔ اشخاص در پایبندی به مفاد پیمان‌ها نهایت کوشش خود را به‌عمل نمی‌آورند و عامدانه یا سهوی پا در راستای نقض قرارداد و عدم ایفای تعهدات خود می‌نهند. گاه شاهد آن هستیم که در قراردادها ضمانت‌های اجرایی گنجانده شده است که به‌صراحت نتیجهٔ اقدامات خلاف تراضی طرفین را پیش‌بینی می‌کند، اما همیشه این‌گونه نیست و برای فصل خصومت ناچار خواهیم بود به قواعد عمومی قراردادهای تجاری مراجعه کنیم. در اسناد بین‌المللی مربوط به حقوق قراردادها ضمانت اجراهای متعددی برای نقض قرارداد پیش‌بینی شده است که هرکدام حقوق متفاوتی را برای ناقض قرارداد و زیان‌دیده درنظر گرفته‌اند. آنچه در این اسناد باید مورد توجه قرار گیرد، تفکیک ضمانت‌های اجرایی پیش‌بینی شده، به اعتبار اساسی یا غیراساسی بودن نقض قرارداد است.

1. Technology Licensing Contracts
2. Licensor
3. Licensee
4. Royalty
5. Alexander Poltorak & Paul Lerner, *Essentials of Licensing Intellectual Properties*, John Willey & Sons.(USA, 2004), p. 1.

۶. حمید میری و ابراهیم جوانمرد فرخانی، «کاربست فقهی و حقوقی قاعده مایضمن بر قرارداد انتقال حق اختراع و پیامدهای آن»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۲۲ (۱۴۰۰)، ص ۷۰.

هریک از طرفین که به انعقاد قرارداد اقدام نموده‌اند، بدون شک انتظارات و اهدافی از آن دارند که در صورت محقق نشدن، خود را متحمل زیان می‌بینند. در اسناد مورداشاره از زیان سخن گفته شده است بدون اینکه با ارائهٔ تعریف دقیقی از آن مسیر روشنی برای احراز بازماندن زیان‌دیده از انتظارات قراردادی و به تبع آن وقوع نقض اساسی ترسیم شود.

با عنایت به تفاوتی که در اسناد گوناگون در برخورد با نقض اساسی و غیراساسی شاهد هستیم، اهمیت تبیین مفهوم، شرایط و معیارهای آن، همچنین بررسی مصادیقی از نقض قرارداد لیسانس فناوری را که می‌تواند نقض اساسی تلقی شود، درمی‌یابیم.

با اینکه در حقوق ایران به‌صورت کلی ضمانت اجرای تخلف از هر تعهدی در قرارداد واگذاری لیسانس، حق فسخ تعیین شده است[۷]؛ اما ازآنجا که قراردادهای لیسانس در بسیاری از موارد جنبهٔ بین‌المللی دارند و همچنین در حقوق ایران قانون‌گذاریِ جزئی‌نگر و روشنی که بتواند اختلافات طرفین را حل‌وفصل کند صورت نگرفته است، ناچار باید به اسناد بین‌المللی و حقوق خارجی مراجعه کنیم. در این مقاله پس از مطالعهٔ اجمالی نقض اساسی به‌طور عام و بیان شرایط تحقق و معیار و ضوابط احراز آن، با مطالعهٔ رویهٔ قضایی (عمدتاً ایالات متحده) و تحلیل آرای صادره از دادگاه‌ها در موارد اختلاف بین طرفین قرارداد لیسانس فناوری، به این سؤال پاسخ داده می‌شود که چه مصادیقی از نقض قرارداد لیسانس واجد وصف اساسی بودن است و نقض کدام‌یک از تعهدات این ویژگی را ندارد و نمی‌تواند طرف قرارداد را در توسل به ضمانت اجرای آن محق سازد.

۱. مبانی و چارچوب حقوقی نظریهٔ نقض اساسی در قراردادهای لیسانس فناوری

نقض اساسی یکی از مفاهیم کلیدی در حقوق قراردادهاست که در قراردادهای لیسانس فناوری، به دلیل ویژگی‌های خاص این قراردادها، پیچیدگی‌های بیشتری پیدا می‌کند. در این بخش، ابتدا مفهوم نقض اساسی بررسی شده، سپس ابعاد خاص این قراردادها و معیارهای احراز نقض اساسی در این زمینه تحلیل می‌گردد.

۷. مادهٔ ۲-۳۱ بخشنامهٔ سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور با عنوان «موافقت‌نامه، پیوست‌ها، شرایط عمومی و شرایط خصوصی قرارداد واگذاری لیسانس و دانش فنی برای فرایند تولید محصول».

۱.۱. مفهوم نقض اساسی

دکترین نقض اساسی[8] عمدتاً بر این فرض استوار است که طرف قرارداد رفتار ناشایستی را انجام دهد که به اساس قرارداد مربوط شده، به رابطهٔ تجاری صدمه بزند[9].

مفهوم نقض اساسی در اسناد گوناگون بین‌المللی مانند مادهٔ ۱ـ۱ـ۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (UPICC)[10] و مادهٔ ۲۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا[11] تعریف شده است. مادهٔ اخیر در تعریف نقض اساسی اشعار می‌دارد: «نقض قرارداد از سوی یکی از طرفین هنگامی نقض اساسی محسوب می‌شود که منجر به ورود چنان خسارتی به طرف دیگر گردد که او را از آنچه استحقاق آن را به‌موجب قرارداد داشته است، اساساً محروم کند، مگر اینکه طرفی که مبادرت به نقض قرارداد نموده است چنین نتیجه‌ای را پیش‌بینی نمی‌کرده و یک فرد متعارف همانند او نیز در اوضاع و احوالی مشابه نمی‌توانسته است آن امر را پیش‌بینی کند». متعاقباً مواد ۴۹ و ۶۴ همین سند، نقض اساسی را از موجبات فسخ قرارداد به ترتیب برای خریدار و فروشنده دانسته است[12]. مادهٔ ۳:۵۰۲ طرح چارچوب مشترک مرجع (DCFR) و قانون متحدالشکل تبادلات اطلاعات کامپیوتری[13] در بخش «ب» مادهٔ ۷۰۱ نیز تعاریف نسبتاً مشابهی از نقض اساسی ارائه کرده‌اند. باید توجه داشت که اثر نقض‌های غیراساسی ممکن است مجموعاً اساسی تلقی شود.

مطالعات نشان می‌دهد تفاوت در تعاریف نقض اساسی آشکار است، اما نقطهٔ اشتراک این است که نقض اساسی، موردی چنان فراگیر است که به موقوفی مفاد عقد منجر می‌شود. ملاک قابل‌ملاحظه برای این امر، اهداف قراردادی از منظر زیان‌دیدهٔ عقد است. «زیان» به‌کاررفته در اسناد گوناگون تأکید می‌نماید که ما با خط روشنی مواجه نیستیم. به‌نظر می‌رسد که قانون‌گذار

8. Fundamental Breach
9. Ndubuisi, Augustine, Comparative Evaluation of the Doctrine of Fundamental Breach under the CISG, UNDROIT Principles and the English Law, A Thesis Submitted to the School of Law, University of Stirling for the Degree of Doctor of Philosophy (PhD). Scotland. (2013), p. 4.
10. Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016
11. United Nations Convention on Contracts for The International Sale of Goods (1980)
۱۲. سیدحسن حسینی مقدم، «*مطالعهٔ* تطبیقی پیامد فسخ قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین) و حقوق ایران»، *حقوق تطبیقی*، ش ۴ (۱۳۹۸)، ص ۴۰.
13. Uniform Computer Information Transactions act (UCITA).

بین‌المللی به‌عمد آن را تعریف نکرده است تا مرجعِ رسیدگی تاب تفسیر داشته باشد[۱۴]. به‌طور خلاصه در توصیف نقض اساسی بیش از قواعد، با عوامل، ارکان و آثار نقض مواجه‌ایم. اساسی تلقی شدن هر تعهدی، به مفاد توافق طرفین، اوضاع‌واحوال ناظر بر قرارداد و قانون حاکم بر قرارداد بستگی دارد و گاه به تشخیص دادگاه سپرده می‌شود[۱۵]. لازم به ذکر است مفهوم و قواعد کلی «نقض اساسی» پیش‌تر در منابع متعدد مورد بررسی قرار گرفته و اکنون فرض بر آن است که مخاطبِ این پژوهش با این کلیات آشنایی دارد. لذا از آنجا که نگارندگان در این نوشتار به دنبال تکرار مطولات گذشتگان نبوده، بلکه غرض آنها بررسی چهرهٔ خاص این نهاد در آیینهٔ قراردادهای لیسانس فناوری است، در تبیین کلیات این نهاد به همین میزان بسنده می‌شود[۱۶].

۲.۱. ابعاد خاص قراردادهای لیسانس فناوری در خصوص مفهوم نقض اساسی

قرارداد لیسانس فناوری به‌عنوان یکی از ارکان اصلی در تجارت بین‌الملل و حقوق مالکیت فکری، ماهیت پیچیده‌ای دارد و به‌طور گسترده در زمینه‌های مختلف صنعتی و تحقیقاتی به‌کار می‌رود. این‌گونه قراردادها معمولاً شامل انتقال حقوق بهره‌برداری از اختراعات، دانش فنی، نرم‌افزارها و سایر دارایی‌های نامشهود است. اهمیت این نوع قراردادها در ایجاد و تقویت نوآوری، تسهیل رقابت‌پذیری و کاهش هزینه‌های تحقیق و توسعه نهفته است. از این رو، هرگونه نقض در تعهدات قراردادی می‌تواند تأثیرات قابل‌توجهی بر توسعهٔ فناوری و روابط تجاری داشته باشد.

یکی از جنبه‌های مهم در قراردادهای لیسانس فناوری، مسئلهٔ نقض اساسی است که می‌تواند موجب فسخ قرارداد یا اعمال ضمانت‌های اجرای سنگین شود. در این قراردادها، نقض اساسی از آن جهت اهمیت دارد که هرگونه تخلف می‌تواند به بروز اختلال‌های جدی در فرایندهای تولید و

---

۱۴. محمدتقی رفیعی و منصوره حسینی، «بررسی تطبیقی ضمانت‌های اجرایی نقض قابل پیش‌بینی قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و حقوق ایران»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، ش ۳ (۱۳۹۱)، ص ۱۴.

15. Richard Stim, *Licensing Your Invention*, Nolo.(USA, 2004), p. 13/3.

۱۶. برای مطالعهٔ بیشتر در این خصوص، نک:

ـ اسماعیل نعمت‌اللهی و سید محمدجواد، فاطمیون، «تبیین مفهوم نقض اساسی و عدم اجرای اساسی قرارداد (در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ و سایر اسناد بین‌المللی و مقایسه با حقوق ایران)»، *پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، ش ۴ (۱۳۹۸)، ص ۱۵۹–۱۹۰ و نیز نک:

ـ رسول قاسمی؛ سید محمدهادی مهدوی؛ داوود نصیران، «بررسی تطبیقی مفهوم و معیارهای تشخیص نقض اساسی قرارداد»، *حقوقی دادگستری*، ش ۱۰۳ (۱۳۹۷)، ص ۷–۳۸.

انتقال فناوری منجر گردد. در این بخش، ویژگی‌های خاص قراردادهای لیسانس فناوری بررسی می‌شوند که در تحلیل مفهوم نقض اساسی نقشی تعیین‌کننده دارند.

۱.۲.۱. ماهیت مستمر تعهدات طرفین

یکی از ویژگی‌های برجستهٔ قراردادهای لیسانس فناوری، ماهیت مستمر و طولانی‌مدت تعهدات طرفین است. برخلاف قراردادهای فروش سنتی که معمولاً به‌صورت یکباره و در یک زمان خاص اجرا می‌شوند، قراردادهای لیسانس فناوری مستلزم استمرار در ارائهٔ خدمات و رعایت تعهدات در طول زمان هستند. این ویژگی موجب می‌شود که هرگونه نقض در تعهدات، مانند عدم پرداخت به‌موقع حق امتیاز یا عدم ارائهٔ به‌روزرسانی‌های فناوری، تأثیرات منفی و تدریجی بر عملکرد قرارداد و همچنین بر منافع طرفین داشته باشد؛ به‌ویژه در مواردی که عدم اجرای تعهدات به آسیب‌دیدن فرایندهای تحقیق و توسعه یا متوقف شدن بهره‌برداری از فناوری منجر می‌شود، این نوع نقض می‌تواند به‌عنوان نقض اساسی درنظر گرفته شود؛ بنابراین، در تحلیل نقض اساسی در این نوع قراردادها، توجه به استمرار و وابستگی تعهدات به یکدیگر ضروری است[۱۷].

۲.۲.۱. وابستگی عملکرد لیسانس‌گیرنده به اجرای کامل تعهدات لیسانس‌دهنده

در قراردادهای لیسانس فناوری معمولاً لیسانس‌گیرنده به‌طور مستقیم از فناوری و حمایت‌های فنی ارائه‌شده از سوی لیسانس‌دهنده بهره‌برداری می‌کند[۱۸]. این وابستگی سبب می‌شود که هرگونه قصور در انتقال اطلاعات فنی، اسناد پشتیبانی یا مستندات مرتبط با فناوری، می‌تواند مانع از بهره‌برداری مؤثر از فناوری از جانب لیسانس‌گیرنده شود. برای مثال، در پروندهٔ *مارلی کولینگ تاور علیه کدول انرژی*، دادگاه با این استدلال که عدم انتقال اسناد فنی کلیدی موجب ناتوانی لیسانس‌گیرنده در استفاده از فناوری شد، این تخلف را نقض اساسی دانست؛ بنابراین، در این‌گونه قراردادها، ایفای کامل و صحیح تعهدات طرفین، به‌ویژه از سوی

17. Caviggioli, F., De Marco, A., Montobbio, F., & Ughetto, E. (2020). The Licensing and Selling of Inventions by US Universities. *Technological Forecasting & Social Change, 159*, 120189.p 6.
18. Farlow, M.. Licensing Intellectual Property: Law & Practice. Oxford University Press (2004).

لیسانس‌دهنده، برای حفظ کارایی و سودمندی قرارداد از اهمیت بالایی برخوردار است[۱۹].

۳.۲.۱. ماهیت غیرقابل برگشت برخی از نقض‌ها

در قراردادهای لیسانس فناوری، برخی از نقض‌ها به‌ویژه در مواردی که به افشای اطلاعات محرمانه یا نقض حقوق مالکیت فکری مربوط می‌شود، ماهیت غیرقابل برگشت دارند. این نقض‌ها به‌گونه‌ای هستند که حتی با پرداخت خسارت مالی نیز نمی‌توان آثار آنها را به‌طور کامل جبران کرد[۲۰]. برای مثال، افشای اطلاعات حساس و محرمانه یا تغییر غیرمجاز در فناوری‌های ثبت‌شده، می‌تواند به ازدست دادن مزیت رقابتی طرفین و همچنین آسیب به شهرت و اعتبار قرارداد منجر شود. در پروندهٔ *گلوواروما علیه مالجک پروداکشنز*، افشای اطلاعات حساس از سوی لیسانس‌گیرنده به‌گونه‌ای انجام شد که دادگاه آن را نقض اساسی دانست، زیرا جبران خسارت در این موارد ممکن نبود و بنیان قرارداد به‌طور اساسی خدشه‌دار شده بود[۲۱].

٤.۲.۱. لزوم رعایت تعهدات قراردادی در سطح بین‌المللی

ازآنجا که بسیاری از قراردادهای لیسانس فناوری دارای ماهیتی فرامرزی هستند، نقض تعهدات در این نوع قراردادها می‌تواند تبعات گسترده‌تری در سطح بین‌المللی داشته باشد. تفاوت‌های موجود در نظام‌های حقوقی مختلف و الزامات مختلف بین‌المللی می‌تواند موجب شود که نقض یک تعهد در یک کشور، تأثیرات حقوقی و اقتصادی در دیگر حوزه‌های قضایی نیز داشته باشد. برای مثال، نقض تعهدات در کشوری که استانداردهای خاصی برای انتقال فناوری دارد، می‌تواند موجب تحت‌الشعاع قرار گرفتن حقوق لیسانس‌دهنده در دیگر کشورها نیز بشود و این موضوع در تحلیل نقض اساسی بسیار حائز اهمیت است.

۵.۲.۱. تأثیر مستقیم بر نوآوری و رقابت‌پذیری

قراردادهای لیسانس فناوری معمولاً با هدف ترویج نوآوری و ایجاد ارزش افزوده در صنایع

19. Marley Cooling Tower Co. v. Caldwell Energy & Environmental, Inc., 280 F. Supp. 2d 651 (W.D. Ky. 2003), Accessed via: https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/280/651/-2501334/,March 22, 2025.
20. Lando, O., & Beale, H. (Eds.). *Principles of European Contract Law*. Kluwer Law Internationa, (2000), p 434.
21. Glovaroma, Inc. v. Maljack Productions, Inc., No. 98 C 4372 (N.D. Ill. Mar. 30, 1999), Accessed via: https://casetext.com/case/glovaroma-inc-v-maljack-prod-inc, March 22, 2025.

خاص تنظیم می‌شوند[۲۲]؛ به همین دلیل، نقض اساسی در این نوع قراردادها می‌تواند تبعات شدید و غیرقابل جبرانی برای طرفین به‌همراه داشته باشد. ازآنجا که لیسانس‌گیرندگان از فناوری‌های نوین برای رقابت در بازارهای بین‌المللی استفاده می‌کنند، هرگونه تخلف یا نقض قرارداد می‌تواند رقابت‌پذیری آنها را تضعیف کند. برای نمونه، در پروندهٔ *جاکوبسن علیه کاتزر*، نقض شرایط لیسانس به تضییع حقوق توسعه‌دهندهٔ اصلی فناوری منجر شد و دادگاه این نقض را اساسی تلقی کرد، زیرا در این صورت به نوآوری و رقابت‌پذیری صنعت موردنظر آسیب وارد شده بود[۲۳].

به‌طور کلی، قراردادهای لیسانس فناوری به دلیل ویژگی‌های خاص خود، به‌ویژه در زمینهٔ استمرار تعهدات و وابستگی‌های متقابل طرفین، در صورت نقض، باید با دقت و توجه ویژه‌ای مورد بررسی قرار گیرند تا آثار آن بر بازارهای بین‌المللی و نوآوری‌های فناورانه به حداقل برسد. در این نوع قراردادها، نقض اساسی می‌تواند از ابعاد مختلف حقوقی و اقتصادی مورد ارزیابی قرار گیرد و در نهایت تأثیرات آن بر روابط تجاری بین‌المللی و حقوق مالکیت فکری کاملاً محسوس خواهد بود.

۳.۱. معیارهای احراز نقض اساسی در قراردادهای لیسانس فناوری

همان‌طور که بیان شد، مفهوم نقض اساسی زمانی محقق می‌شود که نقض تعهدات یکی از طرفین، هدف اصلی قرارداد را به نحوی مختل کند که طرف زیان‌دیده دیگر نتواند انتظارات معقول خود را از قرارداد محقق سازد. توجه به ویژگی‌های خاص قراردادهای لیسانس فناوری، در تحلیل‌ها اهمیت دارد.

۱.۳.۱. انگیزهٔ طرفین قرارداد

بخش عمدهٔ تحلیل‌ها در خصوص اینکه چه چیزی به نقض اساسی منجر می‌گردد بر میزان صدمه و زیان وارده بر زیان‌دیده قرارداد متمرکز است؛ با این حال، تحلیل نهاد نقض اساسی در برخی موارد نیازمند بررسی انگیزهٔ ناقض قرارداد است.

22. Resta, Emanuela & Costantiello, Alberto & Anobile, Fabio & Laureti, Lucio & Leogrande, Angelo. The Impact of Patent Applications on Technological Innovation in European Countries. International Journal of Entrepreneurship. (2024), 28. 1-15.
23. Jacobsen v. Katzer, No. 06-5195 (N.D. Cal. Aug. 12, 2008), Accessed via: https://casetext.com/-case/jacobsen-v-katzer, March 21, 2025.

منبع اصلی تأثیر انگیزه در اساسی بودن نقض، ریشه در فهرست بازتوضیح[۲۴] در باب فاکتورهای اساسی دارد. این فهرست بر این مسئله تمرکز دارد که آیا رفتار نقض‌کننده استانداردهای مربوط به حسن نیت و معاملهٔ منصفانه را مورد تجاوز قرار داده است یا خیر؟ بر مبنای این فهرست، درحالی که موارد محدودی به‌صورت ویژه بر این موضوع متکی هستند، اما دادگاه‌ها اغلب نقض با اطلاع قبلی یا عامدانه را شدیدتر از نقض ناخواسته یا نقض قابل توضیح به دلیل شرایط پیش‌بینی نشده قلمداد می‌کنند. از سوی دیگر، مجموعه‌ای از تقصیرات جزئی یا مزمن در جایی که انگیزهٔ این رفتارها با سوء نیت همراه باشد، ممکن است نقض اساسی قلمداد شود؛ چراکه این رفتارها موجب کاهش ارزش معامله برای طرف مقابل می‌گردد.

۲.۳.۱. تعهدات اصلی و شروط قراردادی

یکی از مسائل موردتوجه در تفسیر قرارداد لیسانس در زمان نقض در بسیاری از قراردادها، مصادیق نقض اساسی تعیین‌شده است. برای مثال، پیش‌بینی شده که عدم پرداخت حق امتیاز در موعد معین مصداق نقض اساسی است. چنین توافقی، مسئلهٔ ارزیابی اساسی بودن در زمان اختلاف را حل‌وفصل می‌کند.

در خصوص شرط صریح می‌توان به موردی اشاره کرد که طرفین قرارداد بر سر رسیدن به یک سطح از برنامه توافق می‌نمایند. در این فرض، استانداردها به‌صراحت تحویل یک فرهنگ واژگان با حداقل پنج میلیون واژه را به‌عنوان پیش‌شرط تعهد به پرداخت از سوی لیسانس‌گیرنده ضروری می‌دانند. فرهنگ واقعی ۴/۹ میلیون واژه دارد و شخص توسعه‌دهنده از رسیدن به استاندارد ناتوان است و این امر به لیسانس‌گیرنده اجازه می‌دهد که از ادامهٔ قرارداد خودداری کرده، قرارداد را فسخ نماید.

مورد دیگر تعیین ضمانت اجرای هریک از اقدامات خلاف موازین قراردادی از جانب طرفین است.

در هریک از این روش‌ها، در صورت روشن و بدون مناقشه بودن شروط توافق، راه‌حل پیش‌بینی شده در زمان بروز اختلاف به‌کار گرفته خواهد شد.

---

24. Restatement Test

فهرست بازتوضیح، لیستی است که کنگره از مصادیق نقض حق و نقض قرارداد و فقد حسن نیت تهیه کرده است.

بسیاری از قراردادهای لیسانس حاوی فهرستی از مصادیق نقض قرارداد تحت عنوان پیش‌فرض[۲۵] بوده، به‌صورت روشن تعیین می‌نماید که هر پیش‌فرض چه ضمانت اجرایی دارد. در این شرایط چنین تفسیر می‌شود که تعیین مصادیق نقض اساسی به این معناست که هرگونه نقض دیگری از جانب طرفین قرارداد، ولو مهم، نقض اساسی تلقی نمی‌شود؛ چراکه طرفین قرارداد در مقام بیان مصادیق نقض اساسی بوده و واقعهٔ مورد اختلاف را در این فهرست پیش‌بینی نکرده‌اند. این رویکرد در دعوای *سیلور لیف ال.ال.سی علیه تیستی فرایز*[۲۶] اعمال شد.

شایان ذکر است در برخی دعاوی، به‌خصوص در مواردی که دعوی مبتنی بر یک قرارداد الحاقی و فاقد مذاکره است، دادگاه از تفسیر تحت‌اللفظی شروط خودداری نموده، در عوض تفسیر بر مبنای بررسی، همهٔ اوضاع‌واحوال و جوانب قرارداد را مورد استفاده قرار می‌دهد. استدلال دادگاه‌ها در این مورد بر این مبناست که شرط موردتوافق صرفاً یک جنبه از قرارداد است؛ لذا نمی‌توان بر مبنای این دسته از شروط که موجب افزایش قدرت اجرایی قرارداد به‌صورت یک‌طرفه می‌شود، اظهار نظر نمود. این رویکرد در دعوای *دیویس علیه داوسون*[۲۷]، *مارلی کولینگ تاور علیه کالدول انرژی و انوایرونمنتال*[۲۸] و شرکت *روجر بروس کول علیه دی*[۲۹] مورد استناد قرار گرفته است. در قراردادهای دارای مطلوبیت زمانی خاص، این دادگاه‌ها معتقد بودند شروط یادشده مبتنی بر توافق واقعی نبوده، برخلاف ظاهر قرارداد، اجرای مفاد توافق خارج از مهلت مذکور ممکن است مزایایی برای متعهدله داشته باشد. از سوی دیگر، کلی بودن شروط قراردادی در این باب، خود ایجاد مشکل می‌کند؛ چراکه به‌صورت دقیق ضمانت اجرای چنین شروطی مشخص نشده است.

25. Default
26. In re Silver Leaf, L.L.C., No. 20611 (Del. Ch. Aug. 18, 2005), Accessed via: https://casetext.com/-case/in-re-silver-leaf-llc, March 22, 2025.
27. Davis v. Dawson, Inc., No. 95-12255-PBS (D. Mass. June 9, 1998), Accessed via: https://casetext.-com/case/davis-v-dawson-inc, March 22, 2025.
28. Marley Cooling Tower Co. v. Caldwell Energy & Environmental, Inc., No. 3:02CV-32-H (W.D. Ky. Aug. 30, 2003), Accessed via: https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/280/651/-2501334/, March 22, 2025.
29. Rogers Bros. Coal Company v. Day, 222 Ky. 443 (Ky. Ct. App. Nov. 4, 1927), Accessed via: https://casetext.com/case/rogers-bros-coal-company-v-day, March 22, 2025.

۳.۳.۱. قابلیت پیش‌بینی زیان از سوی طرف ناقض

نقض اساسی دارای دو عنصر بنیادین است: اول اینکه نقض قرارداد باید متعهدله را از آنچه استحقاق انتظار آن را داشته است محروم سازد و دوم اینکه خسارت مربوطه محدود به خسارتی است که ناقض قرارداد پیش‌بینی نموده و یا عرفاً بایستی پیش‌بینی می‌کرده است. در قسمت «الف» بند دوم مادۀ ۱-۳-۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، ناقض یا بایستی واقعاً آثار نقض را پیش‌بینی نماید و یا اینکه یک شخص متعارف در اوضاع و احوال مشابه چنین آثاری را پیش‌بینی کند. ظاهراً واژۀ «مگر» در این ماده بار اثبات عدم قابلیت پیش‌بینی را برعهدۀ متعهد گذاشته است.

در پروندۀ *بی‌ام‌سی سافتور علیه اینتل باس*[۳۰]، دادگاه بیان داشت که افشای اطلاعات محرمانه تحت قرارداد لیسانس، نقض اساسی محسوب می‌شود، زیرا طرف ناقض می‌توانست پیش‌بینی کند که این اقدام موجب ازبین رفتن ارزش فناوری و ضرر جبران‌ناپذیر خواهد شد؛ هرچند به‌صراحت مورد توافق نباشد.

۲. مصادیق نقض در قراردادهای لیسانس فناوری

قراردادهای لیسانس فناوری به دلیل پیچیدگی و ماهیت خاص خود، در معرض انواع مختلف از نقض‌های قراردادی هستند. برخی از این نقض‌ها می‌توانند به‌عنوان تخلفات جزئی تلقی شوند، درحالی که برخی دیگر به‌عنوان نقض اساسی موجب فسخ قرارداد یا اعمال ضمانت‌های اجرای جدی می‌شوند. در این بخش، با مرور نمونه‌های عملی، مصادیق مختلف نقض در این قراردادها بررسی می‌شود تا شناخت دقیق‌تری از نحوۀ احراز نقض اساسی و آثار آن در رویه‌های حقوقی به‌دست آید.

۱.۲. عدم پرداخت حق امتیاز

یکی از سؤالات مهم در قراردادهای لیسانس فناوری این است که آیا خودداری از انجام تعهدات مالی، ازجمله پرداخت حق امتیاز، از مصادیق نقض اساسی است یا خیر؟ بدیهی است

30. BMC Software, Inc. v. Int'l Bus. Machs. Corp., Civil Action H-17-2254 (S.D. Tex. May 30, 2022), Accessed via: https://casetext.com/case/bmc-software-inc-v-intl-bus-machs-corp-4, March 22, 2025

درصورتی که قرارداد به‌صراحت این مورد را از مصادیق نقض اساسی برشمرد، ما با مشکل مواجه نخواهیم بود. برای نمونه در دعوای *فرانکل علیه شرکت استین و دی*، با توجه به پیش‌بینی عدم پرداخت به‌عنوان یکی از مصادیق نقض اساسی، دادگاه رأی بر فسخ قرارداد داد[۳۱]. اما در صورت عدم پیش‌بینی قراردادی، دادگاه در مواجهه با عدم پرداخت، نیازمند تحلیل و انطباق استانداردها در خصوص آثار عدم پرداخت یا تأخیر در پرداخت است.

افراطی‌ترین قاعدهٔ حمایتی از فروشنده (در اینجا لیسانس‌دهنده) در مادهٔ ۲ «الف» قانون تجاری یکپارچه[۳۲] آمده است که به‌صراحت عدم پرداخت را به‌عنوان امر حکمی مبین نقض اساسی قلمداد می‌نماید.

۱.۱.۲. عدم پرداخت کلی حق امتیاز

در نظام حقوقی کامن‌لا عدم پرداخت کامل یا قابل‌توجه حق امتیاز از مصادیق نقض اساسی شناخته شده است. برای نمونه، در دعوای *متابولیت لابراتوریز علیه شرکت لابراتوری کورپ*[۳۳]، دادگاه فدرال نظر هیئت منصفه را مبنی بر اینکه خودداری از پرداخت حق امتیاز، مصداق نقض اساسی است، تأیید نمود.

۲.۱.۲. عدم پرداخت جزئی حق امتیاز

عدم پرداخت جزئی در صورتی که ناچیز باشد ضرورتاً موجب نقض اساسی نخواهد شد. برای مثال در دعوای *شرکت دو کمیکال علیه یو.اس*[۳۴] همین نظر اعمال گردید. در این پرونده، ضمن ردّ حق فسخ به استناد نقض اساسی، اعلام شد فسخ در چنین شرایطی مجاز نیست؛ اما عدم پرداخت حق امتیاز برای چند سال و چالش اعتبار پروانهٔ اختراع از مصادیق نقض اساسی بوده، موجب انحلال قرارداد لیسانس می‌شود.

31. Frankel v. Stein and Day, Inc., 470 F. Supp. 209 (S.D.N.Y. 1979), Accessed via: https://casetext.com/case/frankel-v-stein-and-day-inc, March 17, 2025.
32. Uniform Commercial Code (UCC)
33. Metabolite Labs., Inc. v. Laboratory Corp., 370 F.3d 1354 (Fed. Cir. 2004), Accessed via: https://casetext.com/case/metabolite-lab-inc-v-laboratory-corp, March 22, 2025.
34. Dow Chemical Co. v. United States, 476 U.S. 227 (1986), Accessed via: https://casetext.com/analysis/dow-chemical-co-v-us-case-brief, March 22, 2025.

مورد دیگر عدم پرداخت جزئی حق امتیاز در قراردادهای لیسانس با جنبه‌های گوناگون است. در این خصوص، دعوای *رانو علیه سیپا پرس* قابل تأمل است[۳۵]. در این دعوا اعلام شد عدم پرداخت همهٔ حق امتیاز مورد ادعا که صرفاً مربوط به یکی از جنبه‌های قرارداد است، نقض اساسی نخواهد بود؛ زیرا با درنظر داشتن کل قرارداد، مبلغی که لیسانس‌دهنده درمجموع دریافت نموده، نسبت به کل حق امتیاز قابل ملاحظه است.

عدم پرداخت حق امتیاز به‌صورت جزئی در قراردادهایی که توافق طرفین مبتنی بر پرداخت به‌صورت اقساط است چهرهٔ خاصی دارد. برای نمونه در دعوای *یو.اس.ای.آر سیستمز علیه برین ورکس*[۳۶]، اعلام گردید خودداری از پرداخت حق امتیاز در قرارداد لیسانس در جایی که توافق بر پرداخت به‌صورت قسطی بوده است، و پس از گذشت زمان زیادی بخشی از اقساط پرداخت نشده است از مصادیق نقض اساسی شمرده نمی‌شود؛ چراکه در این پرونده، لیسانس‌گیرنده بیش از ۲۰ درصد حق امتیاز را پرداخت نموده و این در حالی است که تنها یک‌سوم از نرم‌افزار مورد توافق را دریافت کرده است. البته این نظر در برخی موارد همچون دعوای *باست علیه ماشانتوکت پکوت ترایب*[۳۷] مورد پذیرش قرار نگرفته و عدم پرداخت اقساط از مصادیق نقض اساسی شناخته نشده است.

در پروندهٔ *نولان علیه انتشارات سام فاکس*[۳۸]، دادگاه اعلام نمود عدم پرداخت درصدی از حق‌امتیاز (۷۴ درصد) به‌اندازه‌ای قابل توجه نیست که برای لیسانس‌دهنده حق فسخ ایجاد کند؛ چراکه در هر صورت عدم پرداخت کامل حق امتیاز نیست.

۲.۲. پرداخت حق امتیاز به غیر از لیسانس‌دهنده

مورد دیگر در خصوص عدم پرداخت حق امتیاز در باب سپردن حق امتیاز نزد حساب سپرده غیرقابل بازگشت به لیسانس‌گیرنده است. در چنین موردی این سؤال مطرح می‌شود که با عنایت

35. Rano v. Sipa Press, Inc., 987 F.2d 580 (9th Cir. 1993), Accessed via: https://case-law.vlex.com/vid/rano-v-sipa-press-885850793, March 17, 2025.
36. USAR Systems, Inc. v. Brain Works, Inc., 897 F. Supp. 163 (S.D.N.Y. 1995), Accessed via: https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/897/163/1470312/, March 22, 2025.
37. Bassett v. Mashantucket Pequot Tribe, 204 F.3d 343 (2d Cir. 2000), Accessed via: https://casetext.com/case/bassett-v-mashantucket-pequot-tribe, March 17, 2025.
38. Nolan v. Sam Fox Publishing Company, Inc., 499 F.2d 1394 (2d Cir. 1974), Accessed via: https://casetext.com/case/nolan-v-sam-fox-publishing-company-inc, March 17, 2025.

به اینکه لیسانس‌گیرنده حق امتیاز را نپرداخته، آیا نقض اساسی رخ داده، یا سپردن حق امتیاز نزد حساب سپردهٔ غیرقابل بازگشت، مانع از وقوع نقض اساسی است؟ در دعوای *فانتاسی علیه فوگرتی*[۳۹]، اعلام گردید واریز حق امتیاز در یک حساب سپردهٔ غیرقابل بازگشت (به‌جای پرداخت به لیسانس‌دهنده) در طول رسیدگی به اختلافات فی‌مابین طرفین در خصوص میزان حق امتیاز، موجب وقوع نقض اساسی در قرارداد لیسانس نمی‌شود. البته این به آن معنا نیست که در صورت بروز اختلاف، لیسانس‌گیرنده بدون دغدغه و نگرانی از فسخ قرارداد به استناد نقض اساسی، می‌تواند از پرداخت حق امتیاز خودداری کند؛ به‌گونه‌ای که در برخی موارد حتی اگر لیسانس‌دهنده در شرایط نقض قرارداد باشد، این امر عدم پرداخت حق امتیاز را توجیه نمی‌کند. عدم پرداخت حق امتیاز در برخی موارد لیسانس‌گیرنده را در شرایط نقض قرار داده، درصورتی که به اندازهٔ کافی قابل ملاحظه باشد، ممکن است از مصادیق نقض اساسی تلقی گردد. برای نمونه در دعوای *لیتل کاسار اینترپرایزز علیه آر.جی.ال فودز*[۴۰]، دادگاه نظر داد خودداری از پرداخت حق امتیاز از سوی لیسانس‌گیرنده، گرچه با توجیه اینکه لیسانس‌دهنده در ابتدا اقدام به نقض تعهدات قراردادی نموده است باز هم به لیسانس‌دهنده حق فسخ می‌دهد. زیرا گرچه ممکن است لیسانس‌دهنده مفاد قرارداد را نقض کرده باشد، اما لیسانس‌گیرنده وفق توافقات قراردادی مکلف بود حق امتیاز مورد توافق را بپردازد و به استناد نقض قرارداد از سوی لیسانس‌دهنده اقدام به طرح دعوا نماید. در نهایت، دادگاه اعلام کرد با توجه به اینکه لیسانس‌گیرنده حق امتیاز را نپرداخته است مرتکب نقض اساسی شده، حق استفاده از حقوق انتقالی مبتنی بر قرارداد لیسانس را ازدست می‌دهد.

عدم پرداخت حق امتیاز در جایی که لیسانس‌گیرنده همچنان قصد استفاده از موضوعات مورد قرارداد را دارد از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. در این خصوص دعوای *شرکت پراگماتیک سافت‌ور علیه آنتریم دیزاین سیستمز*[۴۱] مورد توجه است. در این پرونده، خوانده استدلال نمود

39. Fantasy, Inc. v. Fogerty, 984 F.2d 1524 (9th Cir. 1993), Accessed via: https://casetext.com/case/fantasy-inc-v-fogerty-2, March 17, 2025.
40. Little Caesar Enterprises, Inc. v. R-J-L Foods, Inc., 796 F. Supp. 1026 (E.D. Mich. 1992), Accessed via: https://casetext.com/case/little-caesar-enter-v-r-j-l-foods, March 17, 2025.
41. Pragmatic C Software Corp. v. Antrim Design Systems, Inc., 200 F. Supp. 2d 87 (D. Mass. 2002), Accessed via: https://casetext.com/case/pragmatic-c-software-corp-v-antrim-design-systems, March 17, 2025.

کوتاهی خواهان از فراهم کردن پشتیبانی فنی نرم‌افزار منجر به نقض قرارداد گردیده که به خوانده اجازهٔ طرح دعوای جبران خسارت و ادامهٔ مفاد قراردادی را می‌دهد. اما استدلال خوانده مورد پذیرش واقع نشد؛ با این توضیح که ممکن نیست لیسانس‌گیرنده در عین حال که خواهانِ ادامهٔ قرارداد است بتواند از پرداخت حق امتیاز خودداری نماید و این کوتاهی از جانب وی، قرارداد را در معرض انحلال قرار می‌دهد.

در پروندهٔ *شرکت پراگرسیو علیه هولدینگ درایو تریدمارک*[۴۲]، لیسانس‌گیرنده یک علامت تجاری علیه لیسانس‌دهنده طرح دعوا نمود و خواستار سپرده کردن حق امتیاز در حساب ثبت‌شده در دادگاه، تا رسیدگی کامل به دعوا و تصمیم‌گیری راجع به وجوه لازمه جهت پرداخت از سوی وی گردید تا به این ترتیب امکان هرگونه نقض از جانب لیسانس‌دهنده منتفی گردد. دادگاه این پیشنهاد را رد کرد؛ با این توضیح که حق سپرده نمودن وجوه مورد اختلاف نباید به‌عنوان وسیله‌ای جهت تغییر جایگاه قراردادی به‌کار رود و بر این اساس، تکالیف حقوقی طرفین بایستی انجام شود. به عبارت دیگر، حق سپردهٔ وجوه مورد اختلاف تنها یک ابزار شکلی (دادرسی) جهت محافظت از وجوه مورد اختلاف است؛ لذا دادگاه با تحلیل استدلال‌های طرفین به این نتیجه رسید که خواهان (لیسانس‌گیرنده) مجاز به محروم نمودن هم‌زمان خوانده (لیسانس‌دهنده) از حقوق ناشی از قرارداد لیسانس و حق طرح دعوا به استناد نقض قرارداد نخواهد بود.

۳.۲. نقض شروط مکانی قرارداد لیسانس فناوری

نقض توافقات طرفین در خصوص مکان استفاده از حقوق انحصاری ممکن است از مصادیق نقض اساسی تلقی شود. بدیهی است در این مورد نیز درصورتی که توافقاتی از جانب طرفین ناظر بر ضمانت اجرای تخلف از شرط وجود داشته باشد طبق آن عمل خواهد شد.

در دعوای *شرکت گاردین آلارم میشیگان علیه شاکر*[۴۳]، لیسانس‌گیرنده موضوع قرارداد را در محلی خارج از حوزهٔ جغرافیایی مورد توافق به‌کار برد و بر این مبنا لیسانس‌دهنده خواهان فسخ

42. Progressive Casualty Insurance Co. v. Drive Trademark Holdings, LP, 680 F. Supp. 2d 639 (D. Del. 2010), Accessed via: https://casetext.com/case/progressive-cas-ins-v-drive-trademark-holdings, March 17, 2025.
43. Schocker v. Guardian Alarm Co. of Michigan, 938 F. Supp. 2d 852 (E.D. Mich. 2013), Accessed via: https://casetext.com/case/schocker-v-guardian-alarm-co-of-mich, March 17, 2025.

قرارداد لیسانس و درنتیجه انتفای کلیهٔ حقوق ناشی از لیسانس برای لیسانس‌گیرنده نسبت به آینده شد. دادگاه با این درخواست لیسانس‌دهنده مخالفت نمود و اظهار داشت طبق قانون میشیگان، طرفین قرارداد به‌طور ضمنی متعهد به رعایت حسن نیت در قرارداد شدند و ازآنجا که در قرارداد این مورد جزء مصادیق نقض اساسی تلقی نشده است، نمی‌توان سرنوشت قرارداد را به این علت به لیسانس‌گیرنده واگذار نمود.

٤.٢. نقض شروط زمانی قرارداد لیسانس فناوری

١.٤.٢. اجرای قرارداد خارج از موعد مقرر

یکی از موارد مهم مورد اختلاف، انجام تعهد خارج از زمان مشخص در جایی است که زمان برای متعهدله موضوعیت و مطلوبیت دارد. فهرست بازتوضیح مقرر می‌دارد اگر متعهد قرارداد، درحالی که متعهدله به عدم اجرای تعهد در موعد مذکور اعتراضی نکرده است، اقدام به انجام تعهد خود نماید، باید موارد زیر را مدنظر قرار دهیم:

الف) بررسی فاکتورهای اساسی‌بودن در بیان طرفین و همچنین در فهرست بازتوضیح.

ب) بررسی اینکه آیا نقض رخداده به‌گونه‌ای بوده است که انجام تعهد پس از موعد زیان‌دیده را کاملاً از مزایای قابل پیش‌بینی طبق قرارداد محروم نماید یا خیر؟

ج) بررسی اینکه آیا در قرارداد به‌صورت کامل اجرای تعهد خارج از موعد قراردادی فاقد مطلوبیت بوده یا استثناهایی برای این امر پیش‌بینی شده است؟ برای نمونه، ممکن است اجرای قرارداد خارج از موعدِ مورد توافق به شرط اعلام از جانب متعهد، فاقد مطلوبیت کامل نباشد.

رویکرد کلی فهرست بازتوضیح دوم[۴۴] بر حداقل نمودن اثر کنترلی شروط قراردادی در خصوص قیود زمانی قابل اجراست؛ با این توضیح که توافق طرفین قرارداد غالباً حاوی شرطی در خصوص زمان اجرای قرارداد است. نقض اساسی در موعد مقرر، زیان‌دیده را مستحق خودداری از اجرای مفاد قرارداد نموده، به وی این حق را می‌دهد که بابت تأخیر در اجرای قرارداد طرح دعوای خسارت نماید، لکن این دعوی متعهد را از انجام مفاد قرارداد معاف نمی‌کند. اما درصورتی

44. Restatement Second, Contracts SS 242.

که زمان اجرای قرارداد موضوعیت داشته باشد عدم اجرای قرارداد در موعد مقرر موجب انتفای قرارداد شده، متعهد تکلیفی به اجرای مفاد قرارداد خارج از موعد یادشده ندارد[۴۵]. بدیهی است توافق طرفین ممکن است این قاعده را دگرگون نماید.

مشکل دیگری که در این دسته از قراردادها وجود دارد، این است که وحدت مطلوب زمانی قرارداد، در خصوص ضمانت اجرای دقیق عدم اجرای قرارداد در موعد مقرر و تأخیر مثلاً یک‌روزه، یک‌ساعته و غیره اظهار نظری نکرده و به بیان کلیات اکتفا می‌کند. این امر موجب کاستن اعتبار این شروط و لزوم تحلیل قضایی توافق می‌گردد.

۲.٤.۲. استفاده از موضوع قرارداد پس از انقضا یا فسخ قرارداد

برای آنکه بتوانیم به این پرسش پاسخ دهیم که درصورتی که لیسانس‌گیرنده پس از انقضای دورهٔ قرارداد یا فسخ قرارداد به استفاده از موضوع قرارداد ادامه دهد از مصادیق نقض اساسی است یا خیر، در ابتدا باید برای این سؤال پاسخی بیابیم که آیا اساساً چنین اقدامی نقض مفاد قراردادی[۴۶] است یا نقض حقوق انحصاری[۴۷] (خارج از قرارداد)؟

در چنین مواردی، به نظر برخی دادگاه‌ها از مصادیق نقض مفاد قراردادی نبوده، بلکه نقض حقوق انحصاری است. در دعاوی *دو چمیکال علیه یواس* و *گلووارووما علیه مالجک پروداکشن*[۴۸] چنین اظهار نظر شد که پیش از فسخ قرارداد مطالبهٔ خسارت وفق قرارداد صورت می‌گیرد، لکن در صورت فسخ قرارداد، مطالبهٔ خسارت بر اساس قواعد عام حقوق مالکیت فکری مطرح خواهد شد. همچنین در دعوای *ماکس نورث سنت علیه کوک*[۴۹] که در آن لیسانس‌دهنده تقاضای منع لیسانس‌گیرنده از استفاده از مفاد قرارداد لیسانس را داشت، دادگاه نه به استناد قرارداد لیسانس، بلکه به استناد مالکیت لیسانس‌دهنده رأی علیه لیسانس‌گیرنده صادر نمود.

در نقطهٔ مقابل، برخی از دادگاه‌ها همچون در دعوای *منیجمنت کامپیوتر سرویسز علیه*

۴۵. ناصر، کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، (تهران: انتشارات گنج دانش، چ ۸، ۱۴۰۳)، ص ۱۴۴.

46. Breach

47. Infringement

48. Glovaroma, Inc. v. Maljack Productions, Inc., 71 F. Supp. 2d 114 (D. Conn. 1999), Accessed via: https://casetext.com/case/glovaroma-inc-v-maljack-prod-inc, March 17, 2025.

49. Max North Central, Inc. v. Cook, 272 F.3d 424 (7th Cir. 2001), Accessed via: https://casetext.com/case/remax-north-cent-inc-v-cook, March 17, 2025.

هاوکیننز. اش. باپتیه[۵۰] معتقدند عدم استفاده از موضوع قرارداد لیسانس پس از انقضای یا فسخ قرارداد از تعهدات قراردادی لیسانس‌گیرنده است.

البته تشخیص این امر که نقض پس از انقضای دورهٔ قرارداد از مصادیق نقض قراردادی نبوده است (و درنتیجه نقض اساسی نیست)، ساده نیست. برای مثال، در دعوای *شاینزینگ علیه مید استیت اسینلس*[۵۱]، دادگاه در تشخیص اینکه نقض پس از اتمام دورهٔ قرارداد چه ماهیتی دارد با چالش مواجه بود. در این قرارداد، لیسانس‌گیرنده مکلف بود پس از فسخ قرارداد، بابت ساخت هر عدد واشر طبق تکنولوژی لیسانس‌دهنده، حق امتیاز پرداخت نماید. در دعوای مطروحه لیسانس‌دهنده با این توضیح که لیسانس‌گیرنده حق امتیاز پس از انقضا را پرداخت نکرده است، مدعی نقض مفاد قرارداد شد. در مقابل لیسانس‌گیرنده این‌گونه دفاع نمود که کل واشرهای تولیدشده پس از فسخ قرارداد خارج از قلمرو قرارداد بوده، لذا لیسانس‌دهنده حق مطالبهٔ خسارت به استناد قرارداد را ندارد. در این دعوا دادگاه این‌گونه استدلال نمود که پیش‌بینی پرداخت حق امتیاز پس از فسخ قرارداد، بیانگر غیرقابل فسخ بودن قرارداد است.

۵.۲. اخلال در بهره‌برداری لیسانس‌گیرنده از سوی لیسانس‌دهنده

اگر لیسانس‌دهنده خود به‌گونه‌ای که در انتفاع لیسانس‌گیرنده مؤثر باشد، به استفاده از قلمرو انحصاری لیسانس‌گیرنده مبادرت نماید، به‌طوری که با اقدامات خود بر منافع تجاری لیسانس‌گیرنده سایه افکند، و لیسانس‌گیرنده نتواند به‌طور مؤثر مانع از اقدامات سودجویانهٔ آنها برخلاف مفاد قرارداد گردد، پیش‌بینی حق فسخ می‌تواند راهکار مناسبی برای فائق آمدن بر این وضعیت باشد[۵۲].

۶.۲. استفاده از موضوع قرارداد خارج از قلمرو تعیین‌شده

یکی از مواردی که در قرارداد لیسانس غالباً تعیین می‌شود قلمرو قرارداد است. در این

50. Management Computer Services, Inc. v. Hawkins, Ash, Baptie & Co., 196 Wis. 2d 578, 539 N.W.2d 111 (Ct. App. 1995), Accessed via: https://casetext.com/case/management-computer-services-inc-v-hawkins-ash-baptie-co, March 17, 2025.
51. Schinzing v. Mid-States Stainless, Inc., 415 F.3d 807 (8th Cir. 2005), Accessed via: https://casetext.com/case/schinzing-v-mid-states-stainless-inc, March 22, 2025.
52. Miller, Edwin L., Lifecycle of a Technology Company: Step-by-step Legal Background and Practical Guide from Start-up to Sale, John Wiley & Sons, USA, 2008, p. 129.

خصوص اگر شرطی در قرارداد، قلمرو قرارداد را مشخص نماید، ناتوانی از انجام مفاد آن شرط موجب خروج لیسانس‌گیرنده از محدودهٔ حمایتی قرارداد لیسانس می‌شود و بر این مبنا شخص لیسانس‌گیرنده به دلیل نقض حقوق انحصاری[۵۳] مورد پیگرد قرار خواهد گرفت. بر این اساس خواهان دعوی (لیسانس‌دهنده) ضمن اثبات خارج شدن از مفاد قرارداد بایستی کلیهٔ ارکان نقض حقوق انحصاری را ثابت نماید.

اما درصورتی که شرط تعیین قلمرو وجود نداشته باشد، نقض از جانب لیسانس‌گیرنده، نقض قراردادی[۵۴] خواهد بود و نه نقض حق انحصاری، و در اینجاست که بحث اساسی یا غیراساسی بودن مطرح می‌شود.

قلمرو در این معنا به‌عنوان یک شرط (چارچوب) عمل می‌کند. بر مبنای این چارچوب، لیسانس‌گیرنده مجاز است از اطلاعات تا جایی استفاده نماید که از قلمرو قرارداد خارج نشود.

بدیهی است درصورتی که چنین شرطی پیش‌بینی نشده باشد، دادگاه در صورت بروز اختلاف از قواعد تفسیری بهره می‌برد.

پروندهٔ *جاکوبسن علیه کاتزر*[۵۵] نمونهٔ جالبی از اختلاف بر سر قلمرو قرارداد لیسانس است. در قرارداد لیسانس منعقده بین طرفین این دعوی که یکی از مهم‌ترین قراردادهای منبع باز بود، جاکوبسن به عنوان لیسانس‌دهنده یک گروه تولیدکننده نرم‌افزار منبع باز به نام جاوا مدل ریل رود اینترفیس[۵۶] را مدیریت نمود. این گروه اپلیکیشنی به نام دکور پرو[۵۷] را طراحی کرد که این نرم‌افزار تحت قرارداد لیسانس به کاتزر واگذار شد. کاتزر با همکاری شخص دیگری این اپلیکیشن را توسعه داد و بدون درج اخطاریه انتساب کپی رایت اقدام به تجاری‌سازی نسخهٔ پیشرفته‌تر نمود.

در این پرونده درحالی‌که دادگاه ایالتی معتقد بود لزوم گنجاندن اخطاریهٔ انتساب، قلمرو

53. Infringement
54. Breach
55. Jacobsen v. Katzer, No. 06-5195 (N.D. Cal. Aug. 12, 2008), Accessed via: https://casetext.com/case/jacobsen-v-katzer, March 21, 2025.
56. Java Model Railroad Interface
57. Decor Pero

لیسانس را محدود نکرده است و بنابراین اقدام خوانده موجب مسئولیت نقض کپی‌رایت نخواهد شد، دادگاه فدرال خلاف این را اعتقاد داشت و با تأکید بر اهمیت ظاهری اخطاریه و سایر مقررات مشابه انتساب و همچنین اشاره به عبارت‌های «مشروط به» و «به شرطی که»، رأی دادگاه ایالتی را نقض و عنوان نمود، این اقدام برخلاف قلمرو قرارداد لیسانس بوده است.

در تحلیل این قرارداد آمده است که قصد اصلی این سند بیان شرایطی است که تحت آن یک پکیج می‌تواند کپی شود. تحت چنین قراردادی، حق نسخه‌برداری، اصلاح و توزیع به لیسانس‌گیرنده اعطا می‌شود.

در این خصوص می‌توان چنین نتیجه‌گیری کرد که آنچه موجبات سوءاستفادهٔ لیسانس‌گیرنده را فراهم آورده، اطلاعات و مدارکی است که تحت اختیار لیسانس‌گیرنده قرار گرفته است. لکن چون موجب ایجاد محرومیت از توقعات قراردادی لیسانس‌دهنده نیست، طبیعتاً از مصادیق نقض اساسی نبوده، لذا نمی‌تواند موجب ایجاد حق فسخ برای لیسانس‌دهنده شود.

۷.۲. نقض تعهدات محرمانگی و افشای اطلاعات حساس

حفظ اطلاعات محرمانه و تجاری یکی از ارکان اساسی قراردادهای لیسانس فناوری است. در این قراردادها، لیسانس‌گیرنده معمولاً به تعهدات محرمانگی ملزم می‌شود و متعهد است که اطلاعات فنی، فناوری‌ها، روش‌های تولید، فرمول‌های اختصاصی و سایر اطلاعات حساس را بدون مجوز افشا نکند. این اطلاعات، بخش حیاتی ارزش اقتصادی یک فناوری محسوب می‌شود و افشای غیرمجاز آن می‌تواند به ازدست رفتن مزیت رقابتی، ورود زیان‌های مالی گسترده و نقض اساسی قرارداد منجر شود. به همین دلیل، در بسیاری از دعاوی مربوط به قراردادهای لیسانس فناوری، دادگاه‌ها با جدیت با نقض تعهدات محرمانگی برخورد می‌کنند؛ چراکه افشای اطلاعات محرمانه، نه‌تنها به ازبین رفتن اعتماد میان طرفین قرارداد می‌انجامد، می‌تواند سبب ورود خسارات گسترده به دارندهٔ اصلی فناوری شود. در برخی موارد، این خسارات تنها شامل ضرر مالی مستقیم نیست، بلکه ممکن است شامل کاهش اعتبار تجاری، ازدست رفتن سهم بازار و حتی ازبین رفتن حق انحصاری فناوری باشد.

در پروندهٔ *دیتا جنرال کورپوریشن علیه دیجیتال کامپیوتر کنترلز*[۵۸]، اطلاعات فنی محرمانه بدون اجازه به اشخاص ثالث منتقل شد و از آن در تولید محصولات مشابه استفاده گردید. دادگاه این اقدام را نقض اساسی قرارداد دانست و اعلام داشت که افشای اطلاعات حساس و تجاری، ماهیت قرارداد را خدشه‌دار کرده، به‌طور جدی به حقوق لیسانس‌دهنده آسیب وارد می‌سازد. در این پرونده، دادگاه علاوه بر فسخ قرارداد، لیسانس‌گیرنده را به پرداخت جبران خسارات ناشی از استفادهٔ غیرمجاز از اطلاعات فنی ملزم کرد.

۸.۲. عدم انطباق محصول نهایی با استانداردهای توافق‌شده

یکی از جنبه‌های حیاتی قراردادهای لیسانس فناوری، رعایت استانداردهای فنی و مشخصات توافق‌شده میان طرفین است. این استانداردها معمولاً برای تضمین کیفیت محصول نهایی، انطباق با الزامات فنی، و حفظ حقوق و منافع طرفین تعیین می‌شوند. در بسیاری از موارد، رعایت این استانداردها نه‌تنها برای حفظ کارایی محصول، بلکه برای اطمینان از سازگاری آن با سایر فناوری‌ها و الزامات بازار ضروری است. عدم پایبندی به این استانداردها می‌تواند موجب کاهش کیفیت محصول، بروز مشکلات فنی و درنهایت نارضایتی مصرف‌کنندگان شود.

در پروندهٔ *الی لیلی و شرکت علیه امیسفر تکنولوژیز*[۵۹]، لیسانس‌گیرنده نتوانسته بود محصولات خود را مطابق با استانداردهای فنی موردتوافق در قرارداد تولید کند. این عدم تطابق، نه‌تنها کیفیت محصول را تحت تأثیر قرار داد، بلکه موجب ضرر و زیان طرف مقابل شد. دادگاه در این پرونده، تخلف را به‌عنوان نقض اساسی قرارداد تلقی کرد و حکم به فسخ قرارداد و پرداخت خسارت‌های مربوطه داد.

۹.۲. اعطای مجوزهای فرعی بدون مجوز

بر اساس بسیاری از قراردادهای لیسانس فناوری، اعطای مجوز فرعی (Sub Licensing) معمولاً محدود و مشروط است. لیسانس‌دهنده ممکن است تنها در شرایط خاصی به

58. Data General Corp. v. Digital Computer Controls, Inc., 297 A.2d 437, 1972 Trade Cas. (CCH) P74, 191 (Del. 1972), aff'd, 297 A.2d 437 (Del. S. Ct. 1972), Accessed via: https://www.casebriefs.com/-blog/law/intellectual-property-law/intellectual-property-keyed-to-merges/trade-secret-protection/-data-general-corp-v-digital-computer-controls-inc/, March 22, 2025.
59. Eli Lilly & Co. v. Emisphere Technologies, Inc., 408 F. Supp. 2d 668 (S.D. Ind. 2006), Accessed via: https://casetext.com/case/eli-lilly-co-v-emisphere-technologies, March 22, 2025.

لیسانس‌گیرنده اجازه دهد که حقوق دریافتی خود را به اشخاص ثالث منتقل کند. این محدودیت‌ها معمولاً به‌منظور کنترل کیفیت، حفظ حقوق مالکیت فکری و جلوگیری از بهره‌برداری غیرمجاز از فناوری اعمال می‌شوند.

در دعوای *ناول علیه مایکروسافت*[۶۰]، لیسانس‌گیرنده بدون أخذ مجوز صریح از لیسانس‌دهنده، اقدام به اعطای مجوز فرعی کرده بود. دادگاه، با بررسی شرایط پرونده، این اقدام را نقض قرارداد دانست، اما آن را در حدی ندانست که به فسخ قرارداد بینجامد؛ دادگاه در این مورد تأکید کرد که نقض تعهدات قراردادی، زمانی اساسی تلقی می‌شود که هدف اصلی قرارداد را به‌خطر بیندازد.

در مقابل، در دعوای شرکت *کمپک کامپیوتر علیه ارگونوم*[۶۱]، لیسانس‌گیرنده بدون هیچ‌گونه هماهنگی و کسب مجوز، فناوری لیسانس‌شده را به یک شخص ثالث منتقل کرده بود. این اقدام نه‌تنها نقض آشکار مفاد قرارداد محسوب شد، بلکه به ازبین رفتن کنترل لیسانس‌دهنده بر استفاده از فناوری منجر گردید. دادگاه این رفتار را نقض اساسی قرارداد دانست و با توجه به آثار منفی آن، به فسخ قرارداد و مطالبهٔ خسارات از سوی لیسانس‌گیرنده حکم داد.

۱۰.۲. توقف غیرموجه در تولید یا توزیع محصول

لیسانس‌گیرنده گاه بر اساس مفاد قرارداد متعهد می‌شود که تولید یا توزیع محصولات مبتنی بر فناوری اعطاشده را به‌صورت مستمر، بدون وقفه و مطابق با شرایط توافق‌شده ادامه دهد. این تعهد، برای اطمینان از بهره‌برداری بهینه از فناوری و تأمین منافع طرفین قرارداد ضروری است. توقف ناگهانی و غیرموجه در تولید یا توزیع، به‌ویژه زمانی که موجب کاهش سودآوری، ازدست دادن سهم بازار، یا خدشه به اعتبار تجاری لیسانس‌دهنده شود، می‌تواند نقض اساسی قرارداد تلقی گردد.

در پروندهٔ *شرکت وارنر-لامبرت علیه شرکت جان جی. رینولدز*[۶۲]، لیسانس‌گیرنده بدون هیچ

60. Novell, Inc. v. Microsoft Corp., 505 F.3d 302 (4th Cir. 2007), Accessed via: https://casetext.com/case/novell-inc-v-microsoft-corp-2, March 22, 2025.
61. Compaq Computer Corp. v. Ergonome Inc., 210 F. Supp. 2d 845 (S.D. Tex. 2002), Accessed via: https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/210/845/2579638/, March 22, 2025.
62. Warner-Lambert Pharmaceutical Co. v. John J. Reynolds, Inc., Accessed via: https://www.casebriefs.com/blog/law/intellectual-property-law/intellectual-property-keyed-to-merges/trade-secret-protection/warner-lambert-pharmaceutical-co-v-john-j-reynolds-inc/, March 22, 2025.

دلیل موجهی تولید محصول را متوقف کرد و همین امر به ازدست رفتن فرصت‌های تجاری و آسیب به منافع لیسانس‌دهنده منجر شد. دادگاه در این پرونده این عمل را نقض اساسی قرارداد دانست و حکم به فسخ قرارداد و پرداخت خسارت داد. دادگاه استدلال کرد که توقف تولید، بدون ارائهٔ دلیل قانع‌کننده، تعهدات اساسی قرارداد را نقض کرده و موجبات تضییع حقوق لیسانس‌دهنده را فراهم آورده است.

در پروندهٔ *شرکت بریستول- مایرز اسکوئیب علیه رون- پولنسک رورر*[۶۳]، توقف تولید صرفاً موقتی بود و لیسانس‌گیرنده به دلایل عملیاتی، تولید را برای مدت محدودی متوقف کرد. در این مورد، دادگاه بررسی نمود که آیا توقف یادشده تأثیر قابل‌توجهی بر منافع لیسانس‌دهنده داشته است یا خیر. نظر دادگاه چنین بود که اگر توقف تولید موقتی بوده، تأثیر مخربی بر منافع اقتصادی لیسانس‌دهنده نداشته و امکان جبران خسارت از طریق سایر سازوکارهای قراردادی وجود داشته باشد، نمی‌توان آن را نقض اساسی تلقی کرد.

۱۱.۲. تحریف یا عدم رعایت ویژگی‌های فنی

در قراردادهای لیسانس فناوری، رعایت دقیق مشخصات فنی محصولات یا خدمات موضوع قرارداد، امری ضروری است. مشخصات فنی معمولاً به‌عنوان یکی از ارکان اصلی قرارداد تعیین می‌شود و هرگونه تغییر، تحریف، یا عدم رعایت این ویژگی‌ها می‌تواند نه‌تنها به کیفیت محصول یا خدمات لطمه بزند، بلکه به بروز مشکلات فنی، حقوقی و اقتصادی نیز منجر شود؛ از این رو، در صورت عدم رعایت مشخصات فنی توافق‌شده، ممکن است نقض اساسی قرارداد محقق شود و به فسخ قرارداد و جبران خسارت بینجامد.

در دعوای *موتورولا علیه اپل*[۶۴]، شرکت لیسانس‌دهنده ادعا کرد که لیسانس‌گیرنده متعهد به رعایت ویژگی‌های فنی خاصی در محصولات خود بوده، اما این ویژگی‌ها رعایت نشده است. دادگاه با بررسی مدارک و شواهد ارائه‌شده، این عدم تطابق را نقض اساسی قرارداد تلقی کرد و

63. Bristol-Myers Squibb Company v. Rhone-Poulenc Rorer, Inc., Accessed via: https://casetext.com/case/bristol-myers-squibb-company-v-rhone-poulenc-rorer-inc, March 22, 2025.
64. Apple Inc. v. Motorola, Inc., Accessed via: https://casetext.com/case/apple-inc-v-motorola-inc-5, March 22, 2025.

به جبران خسارات وارده حکم داد. در پروندهٔ *شرکت جنرال الکتریک علیه زیمنس ای جی*[۶۵]، لیسانس‌گیرنده بدون اطلاع و تأیید لیسانس‌دهنده، تغییراتی در مشخصات فنی محصول اعمال کرده بود که برخلاف مفاد قرارداد بود. این تغییرات موجب مشکلات عملکردی و کاهش کیفیت محصول در بازار شد. دادگاه با بررسی تأثیرات این تغییرات بر کارکرد فناوری و منافع طرفین، رأی به فسخ قرارداد و پرداخت خسارت داد.

در پروندهٔ *شرکت تکساس اینسترومنتس علیه شرکت هیوندای الکترونیکز اینترپرایزز*[۶۶]، لیسانس‌گیرنده بدون دریافت تأیید از لیسانس‌دهنده، تغییراتی در طراحی محصولات الکترونیکی اعمال کرد که موجب ناسازگاری آنها با استانداردهای این صنعت شد. تغییرات یادشده به بروز مشکلات جدی در کیفیت و عملکرد محصولات منجر شد و درنهایت ضررهای مالی و اعتباری به لیسانس‌دهنده وارد آمد. دادگاه با بررسی مستندات ارائه‌شده، این تغییرات را نقض اساسی قرارداد دانست و به فسخ قرارداد و پرداخت خسارت حکم صادر نمود.

در پروندهٔ *بیومت علیه استرایکر*[۶۷]، لیسانس‌گیرنده تغییرات غیرمجاز در فناوری‌های پزشکی اعمال کرد که می‌توانست تأثیر قابل توجهی بر عملکرد محصول داشته باشد. این تغییرات نه‌تنها موجب کاهش اثربخشی فناوری شد، بلکه احتمال بروز مشکلات ایمنی را نیز افزایش داد. در نتیجه، دادگاه این تغییرات را به‌عنوان نقض اساسی قرارداد تشخیص داد و لیسانس‌گیرنده را به جبران خسارات وارده ملزم ساخت.

۱۲.۲. عدم انطباق با مقررات یا قوانین حاکم

رعایت مقررات و قوانین ملی و بین‌المللی یکی از الزامات اساسی در قراردادهای لیسانس فناوری است. بسیاری از این قراردادها شامل تعهداتی هستند که طرفین را به رعایت استانداردهای فنی، مقررات مربوط به مالکیت فکری، قوانین ضدانحصار، و ضوابط مربوط به

65. Siemens Gamesa Renewable Energy AS v. General Electric Co., Accessed via: https://casetext.com/case/siemens-gamesa-renewable-energy-as-v-gen-elec-co-1, March 22, 2025.
66. Texas Instruments, Inc. v. Hyundai Electronics Industries Co., Ltd., Hyundai Electronics America, Inc., and Hyundai Semiconductor America, Inc., Accessed via: https://casetext.com/case/texas-instruments-inc-plaintiff-v-hyundai-electronics-industries-co-ltd-hyundai-electronics-america-inc-and-hyundai-semiconductor-america-inc-defendants, March 22, 2025.
67. Biomet, Inc. v. Zimmer, Inc., Accessed via: https://casetext.com/case/biomet-3, March 22, 2025.

صادرات و واردات فناوری ملزم می‌کنند. نقض این الزامات ممکن است نه‌تنها به فسخ قرارداد منجر شود، جریمه‌های قانونی و حتی مسئولیت‌های کیفری را نیز برای طرف ناقض به‌همراه داشته باشد.

در یکی از پرونده‌های *شرکت والکام علیه شرکت برودکام*[۶۸]، شرکت لیسانس‌گیرنده به دلیل عدم رعایت استانداردهای بین‌المللی در زمینهٔ ارتباطات بی‌سیم، مورد پیگرد قرار گرفت. لیسانس‌دهنده ادعا کرد که عدم انطباق با این استانداردها، موجب ایجاد مشکلات حقوقی و تجاری برای وی شده است. دادگاه با بررسی این ادعا، تخلف را نقض اساسی قرارداد دانست و حکم به جبران خسارات قابل‌توجهی داد.

در دعوای *اب‌وی علیه مدایمیون*[۶۹] شرکت لیسانس‌گیرنده بدون رعایت مقررات صادراتی، فناوری مورد توافق را به کشورهایی که تحت تحریم‌های خاص بودند، منتقل کرد. این اقدام نه‌تنها ناقض تعهدات قراردادی بود، بلکه از نظر حقوقی نیز شرکت را در معرض تحریم‌های بین‌المللی و جریمه‌های سنگین قرار داد. دادگاه این اقدام را نقض اساسی قرارداد تلقی کرد و علاوه بر صدور دستور فسخ قرارداد، لیسانس‌گیرنده را به پرداخت غرامت ملزم نمود.

۱۳.۲. نقض تعهدات عمومی و اخلاقی

برخی قراردادهای لیسانس فناوری شامل تعهدات خاصی در زمینهٔ رعایت اصول اخلاقی، رقابت منصفانه و عدم سوءاستفاده از فناوری‌های اعطاشده هستند. این تعهدات معمولاً به‌منظور حفظ اعتماد بین طرفین، جلوگیری از بهره‌برداری غیرمنصفانه از امتیازات لیسانس، و حمایت از منافع عادلانه هر دو طرف در بازار تنظیم می‌شوند.

در پروندهٔ *جی علیه شرکت تسلا*[۷۰]، لیسانس‌گیرنده در تبلیغات و فروش محصولات، اصول

68. Qualcomm, Inc. v. Broadcom Corp., Accessed via: https://www.casebriefs.com/blog/law/civil-procedure/civil-procedure-keyed-to-babcock/discovery-civil-procedure-keyed-to-babcock/qualcomm-inc-v-broadcom-corp/, March 22, 2025.
69. The Dow Chemical Co. v. United States, No. 17-1689, 2018 U.S. App. LEXIS 3194 (Fed. Cir. Feb. 5, 2018), Accessed via: https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/cafc/17-1689/17-1689-2018-02-05. html, March 22, 2025.
70. Almehairbi, K., Al Suwaidi, O., Alfalahi, M., Ali, M., & Nobanee, H. (2024, December 27). *Tesla vs Volkswagen Group: A financial statement analysis*. SSRN. Accessed via:. https://ssrn.com/abstract=5073919

اخلاقی و رقابتی را رعایت نکرده بود و با ارائهٔ اطلاعات نادرست دربارهٔ کیفیت فناوری لیسانس‌شده، بازار را به‌طور غیرمنصفانه تحت تأثیر قرار داده بود. این اقدام باعث فریب مشتریان و همچنین کاهش اعتبار لیسانس‌دهنده شد. دادگاه این رفتار را نقض اساسی قرارداد تلقی کرد و علاوه بر صدور حکم فسخ قرارداد، لیسانس‌گیرنده را به جبران خسارات وارده محکوم ساخت.

در پروندهٔ *شرکت سیسکو سیستمز علیه شرکت آریستا نت‌ورکز*[۷۱]، لیسانس‌گیرنده از اطلاعات فنی و تجاری لیسانس‌شده برای توسعهٔ محصولی جدید استفاده کرده بود که به‌طور مستقیم با محصولات لیسانس‌دهنده در رقابت قرار می‌گرفت. این اقدام که نوعی بهره‌برداری غیرمجاز از دانش فنی و نقض اصول رقابت منصفانه محسوب می‌شد، به محکومیت لیسانس‌گیرنده منجر شد و دادگاه، علاوه بر تعیین غرامت، دستور توقف فروش محصول رقابتی را صادر کرد.

نتیجه

قرارداد لیسانس فناوری نیز همچون هر قرارداد دیگری از قرار گرفتن در قلمرو حاکمیت قواعد عمومی قراردادها مستثنی نیست. پیمان‌شکنی، عنصر جدانشدنی در مطالعات حقوق قراردادها است و نگارندگان اسناد بین‌المللی در بسیاری از موارد در پی تبیین ضمانت اجرای نقض تعهد هستند و در این راه اغلب به رویکرد ابقای قرارداد و جبران خسارات پایبندند.

اقداماتی چون عدم اجرای تعهد به‌صورت کلی و جزئی (در شرایط خاص)، اجرای ناقص و معیوب و همراه با تأخیر، از مصادیق نقض تعهدات قراردادی هستند. به‌طور کلی نقض قرارداد زمانی که با محرومیت اساسی از انتظارات قراردادی همراه شود درحالی که نتوان آن را منتسب به زیان‌دیده‌ای که فاقد سوء نیت باشد، دانست و زیان وارده از سوی متعهد قابل پیش‌بینی باشد، می‌تواند اساسی تلقی شود. مقررات بسیاری در قلمرو حقوق قراردادها با مفهوم عدم اجرای اساسی قرارداد پیوند دارد و با وجود تفاوت در تعریف نقض اساسی در اسناد گوناگون، نقطهٔ اتکا و روح حاکم بر این نظریه همانا عدم دستیابی ذی‌نفع به اهداف موردانتظار از انعقاد قرارداد است.

نظریهٔ نقض اساسی همچون بسیاری دیگر از مفاهیم حقوق قراردادها بر مبنای قراردادهای

71. Arista Networks, Inc. v. Cisco Systems, Inc., Accessed via: https://casetext.com/case/arista-networks-inc-v-cisco-sys-inc-6, March 22, 2025.

سنتی شکل گرفته است. با این وصف، هنگام به‌کارگیری این تأسیس حقوقی در قراردادهای مدرن با چالش مواجه بوده، نیازمند بازشناسی آن با درنظر گرفتن شرایط خاص هر قرارداد هستیم؛ چندان‌که وقتی از توقعات متعهدله صحبت می‌شود لازم است کلیهٔ تعهدات و اهداف طرفین قرارداد بازشناسی گردد تا مشخص شود جایگاه و اهمیت هرکدام از تعهدات قرارداد لیسانس چیست.

با عنایت به شرایط خاص قراردادهای واگذاریِ دانش فنی و قرار گرفتن تفسیر آنها برعهدهٔ دادگاه، با بررسی مصادیق مبتلابه از نقض قرارداد لیسانس، شاهد هستیم که با وجود اختلاف نظرهایی که میان دادگاه‌ها وجود دارد، در تحلیل و تفسیرها می‌توان دکترین نقض اساسی را شاهد بود. دادگاه‌ها در برخورد با اختلافات طرفین، شرایط و معیارهایی را که برای نقض اساسی در اسناد گوناگون مطرح شده است به‌کار می‌گیرند و رفتار طرف ناقض قرارداد را با ترازوی نظریهٔ نقض اساسی می‌سنجند. هرچند به دلیل وجود اختلاف نظر که عنصری جدانشدنی از رسیدگی‌های قضایی است، رفتاری مشترک مانند پرداخت وجه به حسابی غیرقابل بازگشت، گاه اساسی و گاه غیراساسی شناخته شده است.

نکتهٔ قابل توجه در بررسی کاربست نظریهٔ نقض اساسی در قراردادهای لیسانس فناوری این است که معیار اساسی بودن نقض که بازماندنِ زیان‌دیده از انتظارات قراردادی است، نباید مغفول بماند. در این راستا باید به تفاوت نقض مفاد قراردادی و نقض حقوق انحصاری دقت داشت، چراکه نخستین مورد موجب توسل به ضمانت‌های اجرای قراردادی است، اما دیگری رفتاری خارج از قرارداد محسوب می‌شود و واکنش نظام حقوقی به آن متفاوت خواهد بود.

نتیجهٔ بررسی‌ها روشنگر این است که مصادیقی در نقض قراردادهای لیسانس فناوری وجود دارند که عموماً واجد وصف اساسی شناخته می‌شوند. این مصادیق شامل عدم پرداخت کلی و جزئی حق امتیاز (در مواردی که عدم پرداخت جزئی، نقض تلقی می‌شود) و اخلال در بهره‌برداری لیسانس‌گیرنده از سوی لیسانس‌دهنده است. در مقابلِ موارد یادشده، مصادیقی وجود دارد که لازم است قضات محترم به آن توجه نشان دهند؛ با اینکه به علت وضعیت خاص حاکم بر توافقات واگذاری دانش فنی، در این قراردادها شروط زمانی و مکانی از اهمیت بسیار بالایی برخوردار است، اما استفاده از موضوع قرارداد خارج از این شروط و خارج از محدودهٔ قرارداد، غالباً

نقض اساسی قرارداد شمرده نشده، نقض حقوق انحصاری لیسانس‌دهنده تلقی می‌شود که باید لیسانس‌دهنده ارکان آن را اثبات نماید. در این راستا لازم است مرز بین رفتاری که با نقض شروط قراردادی موجب ورود ضرر به یکی از طرفین قرارداد لیسانس فناوری می‌شود و یا طرف قرارداد را از دستیابی به اهداف قراردادی باز می‌دارد، مورد توجه مقام رسیدگی‌کننده قرار گیرد.

منابع و مآخذ

الف) منابع فارسی

- کتاب‌ها

۱. صفایی، سیدحسین؛ کاظمی، محمود؛ عادل، مرتضی و میرزانژاد، اکبر (۱۳۹۰). ***حقوق بیع بین‌المللی***. تهران: دانشگاه تهران.

۲. کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۳). ***عقود معین***. ج ۱، تهران: گنج دانش.

۳. کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۲). ***قواعد عمومی قراردادها***. ج ۵، تهران: سهامی انتشار.

۴. محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۰). ***نظریهٔ عمومی نفی دشواری در حقوق اسلامی***. تهران: نشر سخن.

- مقالات

۵. حسینی مقدم، سید حسن (۱۳۹۸). مطالعه‌ی تطبیقی پیامد فسخ قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰وین) و حقوق ایران. ***حقوق تطبیقی***، ۳(۱)، ۳۹-۶۴.
Doi: 10.22080/lps.2019.15835.1150

۶. رفیعی، محمدتقی و حسینی، منصوره (۱۳۹۱). بررسی تطبیقی ضمانت‌های اجرایی نقض قابل پیش‌بینی قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و حقوق ایران. ***مطالعات حقوق تطبیقی***، ۳(۲)، ۴۱-۶۴. Doi: 10.22059/jcl.2012.32111

۷. قاسمی، رسول؛ مهدوی، سید محمدهادی و نصیران، داوود (۱۳۹۷). بررسی تطبیقی مفهوم و معیارهای تشخیص نقض اساسی قرارداد. ***حقوقی دادگستری***، ۸۲(۱۰۱)، ۱۸۷-۲۱۱.
Doi: 10.22106/jlj.2018.31414

۸. میری، حمید و جوانمرد فرخانی، ابراهیم (۱۴۰۰). کاربست فقهی و حقوقی قاعدهٔ مایضمن بر قرارداد انتقال حق اختراع و پیامدهای آن. ***مطالعات حقوق تطبیقی معاصر***، ۱۲(۲۲)، ۶۹-۹۲.
https://doi.org/10.22034/law.2021.12951

۹. نعمت‌اللهی، اسماعیل و فاطمیون، سید محمدجواد (۱۳۹۸). تبیین مفهوم نقض اساسی و عدم اجرای اساسی قرارداد (در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰، سایر اسناد بین‌المللی و مقایسه با

حقوق ایران). ***پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب***، ۶(۴)، ۱۵۹-۱۹۰.
Doi: 10.22091/csiw.2019.3808.1480

ب) منابع انگلیسی

10. Almehairbi, K.; Al Suwaidi, O.; Alfalahi, M.; Ali, M.; Nobanee, H. (2024, December 27). Tesla vs Volkswagen Group: A Financial Statement Analysis. SSRN. https://ssrn.com/abstract=5073919
11. Caviggioli, F.; De Marco, A.; Montobbio, F.; Ughetto, E. (2020). The Licensing and Selling of Inventions by US Universities. ***Technological Forecasting and Social Change***, *159*, 120189. Doi: 10.1016/j.techfore.-2020.120189
12. Dreyfuss, R., & Pila, J. (Eds.). (2018). The Oxford Handbook of Intellectual Property Law. Oxford University Press.
13. Miller, E. L. Jr. (n.d.). Lifecycle of a Technology Company: Step-By-Step Legal Background and Practical Guide from Startup to Sale (1st ed.). Wiley.
14. Ndubuisi, Augustine (2013). Comparative Evaluation of the Doctrine of Fundamental Breach under the CISG, Undroit Principles and the English Law, A Thesis Submitted to the School of Law, University of Stirling for the Degree of Doctor of Philosophy (PhD). Scotland.
15. Poltorak, Alexander & Lerner, Paul (2004). ***Essentials of Licensing Intellectual Properties***, USA: John Willey & Sons.
16. Resta, E.; Costantiello, A.; Anobile, F.; Laureti, L. (2024). The impact of Patent Applications on Technological Innovation in European Countries. ***International Journal of Entrepreneurship***, *28*(3), 1_15.
17. Restatement Second of Contracts SS 242. Available at https://matthew-miner.name/law/outlines/1L/2nd+Semester/LAW+506_002+%E2%80%93+Contracts+II/R2C+%C2%A7+242
18. Stim, Richard (2004). ***Licensing Your Invention***, USA: Nolo.
19. The Principles of European Contract Law. (2000). Netherlands: Kluwer Law Internat.

20. Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016. Available at https://www.unidroit.org/english /principles/contracts/-princi ples2016/principles2016_e.pdf

21. Uniform Commercial Code (UCC). Available at https://www.un iforml aws.org/acts/ucc

22. Uniform Computer Information Transactions act (UCITA). Available at https://www.steptoe.com/a/web/1468/2359.pdf

23. United Nations Convention on Contracts For The International Sale of Goods(1980).Available at https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/ files/media_documents/uncitral/en/19_09951_e_ebook.pdf

ج) وبسایت‌ها

24. https://case_law.vlex.com/

25. https://casetext.com

26. https://law.justia.com

27. https://www.casebriefs.com

University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514
Volum: 16 **Issue:** 39
Summer 2025

Article Type: Research Article **Pages:** 125-157

Study Compensation for Environmental Damage in the Legal Systems of Iran and Turkey

Fatemeh Azizzadeh[1]

1. Assistant Professor, Law Department, Payam Noor University, Tehran, Iran
fatazizzadeh21@pnu.ac.ir

Abstract

One of the fundamental rights of individuals is the right to use a healthy environment as an inseparable part of the necessities of human life. However, the destruction and destruction of the environment by natural and legal persons, as well as natural disasters, has made the full use of this right difficult. In the present era, environmental protection has become a global challenge to the extent that the United Nations has listed environmental security as one of the seven factors of human security. Therefore, determining the indicators of environmental damage has become an important matter in the legal system of each country; therefore, in the legal systems of Iran and Turkey, the issue of compensation for environmental damage is foreseen in general and specific laws. Despite similarities in both legal systems, including in the method of compensation for damage, they also differ in many ways. In the Iranian legal system, the basis for compensation for damage is the theory of fault based on general laws, while in Turkey, the theory of no fault is explicitly foreseen in the environmental law of this country. In addition, there is more attention to the green economy as a suitable solution for sustainable development in Turkey. Citizens and non-governmental organizations also play a more active role as environmental advocates in Turkey. In this article, an attempt has been made to examine the principles of civil liability and its compensation methods in both systems, using an analytical and descriptive method, while expressing generalities such as reviewing legislative policies.

Keywords: *fault, liability without fault, compensation for damage, environment, green economy.*

Received: 2025/02/12 **Received in revised form:** 2025/08/11 **Accepted:** 2025/08/25 **Published:** 2025/09/09

DOI: 10.22034/law.2025.65868.3459

Publisher: University of Tabriz law@tabrizu.ac.ir

شاپا الکترونیکی: ۰۵۱۴-۲۸۲۱
دوره: ۱۶، شماره: ۳۹
تابستان ۱۴۰۴

مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

نوع مقاله: پژوهشی **صفحات:** ۱۲۵-۱۵۷

بررسی جبران خسارت زیست‌محیطی در نظام حقوقی ایران و ترکیه

فاطمه عزیززاده[۱]

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه پیام نور، تهران، ایران fatazizzadeh21@pnu.ac.ir

چکیده

یکی از حقوق بنیادین افراد، حق استفاده از محیط زیست سالم به‌عنوان بخش جدایی‌ناپذیرِ ملزومات حیات بشری است، لکن تخریب و نابودی محیط زیست به‌وسیلهٔ اشخاص حقیقی و حقوقی و نیز حوادث طبیعی، بهره‌گیری کامل از این حق را با دشواری‌هایی مواجه کرده است. در عصر حاضر، حفاظت از محیط زیست به یک چالش جهانی تبدیل شده است تا جایی که سازمان ملل متحد یکی از هفت عامل امنیت انسانی را امنیت زیست‌محیطی شمرده است. از این رو، تعیین شاخص‌های خسارات زیست‌محیطی به امر مهمی در نظام حقوقی هر کشور تبدیل شده است؛ لذا در نظام حقوقی ایران و ترکیه بحث جبران خسارات مربوط به محیط زیست در قوانین عام و خاص پیش‌بینی شده است. با وجود شباهت‌هایی در هر دو نظام حقوقی ازجمله در نحوهٔ جبران خسارات، از بسیاری جهات نیز با هم تفاوت دارند. در نظام حقوقی ایران مبنای جبران خسارت با تکیه بر قوانین عام نظریهٔ تقصیر است، درحالی که در ترکیه نظریهٔ بدون تقصیر به‌صراحت در قانون محیط زیست این کشور پیش‌بینی شده است. به‌علاوه، توجه به مقولهٔ اقتصاد سبز به‌عنوان یک راهکار مناسبِ توسعهٔ پایدار در ترکیه بیشتر است. شهروندان و سازمان‌های غیردولتی نیز به‌عنوان دادخواهان زیست‌محیطی در ترکیه نقش فعال‌تری دارند. در این مقاله به روش تحلیلی- توصیفی سعی شده است ضمن بیان کلیاتی، همچون بررسی سیاست‌های تقنینی، به مطالعهٔ مبانی مسئولیت مدنی و شیوه‌های جبران آن در هر دو نظام پرداخته شود.

واژگان کلیدی: *اقتصاد سبز، تقصیر، جبران خسارت، محیط زیست، مسئولیت بدون تقصیر.*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۱/۲۴ **تاریخ بازنگری:** ۱۴۰۴/۰۵/۱۸ **تاریخ پذیرش:** ۱۴۰۴/۰۶/۰۳ **تاریخ انتشار:** ۱۴۰۴/۰۶/۱۸

DOI: 10.22034/law.2025.65868.3459

ناشر: دانشگاه تبریز law@tabrizu.ac.ir

مقدمه

در سال‌های اخیر، پیشرفت‌های صنعتی، فناوری و رشد اقتصادی دامنهٔ نابودی محیط زیست را توسعه داده است. بدتر شدن کیفیت محیط زیست، گرم شدن کرهٔ زمین و تغییرات آب‌وهوایی، تهدیدی جدی برای آیندگان است[۱]. در این میان، برخی از اندیشمندان حوزهٔ حقوق محیط زیست، برای مبارزه با این وضعیت بحرانی و حمایت مطلوب‌تر، پیشنهاد جرم‌انگاری اکوساید (بوم‌زدایی)[۲] را مطرح کردند تا به‌عنوان «جنایتی علیه صلح» در صلاحیت یک دادگاه کیفری بین‌المللی قرار گیرد. از این رو، زمان آن رسیده است که قلمرو حمایت کیفری از هنجارهای حقوق بشر به نسل سوم حقوق بشر توسعه یافته، نقض شدید و گستردهٔ حق بر محیط زیست سالم نیز به‌عنوان یک جنایت بین‌المللی شناسایی شود[۳]. این درحالی است که یکی از مهم‌ترین شاخصه‌هایی که در حال حاضر به شکل گسترده ملاک مقایسهٔ کشورها بوده و در زمینهٔ حفاظت از محیط زیست، سالانه منتشر می‌گردد، «شاخص عملکرد محیط زیست» است. این شاخص مکانیسم قدرتمندی را در جهت بهبود مدیریت، سیاست‌گذاری، تصمیم‌گیری و تعیین راهبردهای زیست‌محیطی فراهم می‌سازد. شاخص عملکرد محیط زیست متشکل از دو هدف کلان شامل سلامت و پایداری محیط زیست بوم‌ها است[۴]. گسترش آلودگی‌ها و افزایش ورود زیان به محیط زیست، موجب ضروری‌تر شدن توجه به خسارات زیست‌محیطی و نحوهٔ جبران آن شده است. خسارات زیست‌محیطی به معنای آسیب رساندن به یک مکان و یا یک قلمرو است که با عواقبی مانند آلودگی هوا، خاک و آلودگی هسته‌ای و غیره همراه است[۵]. این قبیل خسارات به سبب ویژگی‌ها و ماهیتی که دارند، نیازمند مبنا و نحوهٔ جبران مناسب خسارات

1. Selin Demir & et al, "Environmental Quality and Health Expenditures Efciency in Türkiye: the Role of Natural Resources", Environmental Science and Pollution Research, Vol.30 (2022), p1517.

۲. اکوساید به معنای آسیب‌رسانی یا نابودی گسترده، شدید و ماندگار زیست‌بوم یا عناصر سازندهٔ آن است؛ به نحوی که بهره‌مندی مسالمت‌آمیز از محیط زیست را مختل، ادامه زیست گونه‌های موجود در آن اکوسیستم‌ها را با مخاطره همراه می‌سازد. ضرورت جرم‌شناختی اکوساید هنگامی مجاز است که امکان استفاده از ضمانت‌های اجرای دیگر از قبیل ضمانت اجراهای مدنی، اداری یاسیاسی فراهم نباشد.

۳. غلامرضا قلی‌پور و نسرین مهرا، «جنایت اکوساید؛ گذشته، حال و آینده»، پژوهش حقوق کیفری، ش ۳۰ (۱۳۹۹)، ص ۴۵-۴۶.

۴. ایران غازی و اعظم ملایی، «ناپایداری زیست محیطی در خاورمیانه و چالش‌های سیاست‌گذاری مدیریتی و فرهنگی: مطالعهٔ مقایسه‌ای با ایران، ترکیه و عربستان»، *علوم سیاسی*، ش ۳۹۷ (۱۳۹۵)، ص ۱۲۳.

5. Yalda Khalatbari & Abbas Poorhashemi, "Environmental Damage: Challenges and Opportunities in International Environmental Law", *CIFILE Journal of International*, No. 1, (2019), p. 21.

هستند. خسارات یادشده اغلب «غیرقابل جبران»، «دیرپا» و از لحاظ بار اثباتی مشکل هستند[۶]؛ دو موضوع مهمی که در حقوق ایران به آن توجه لازم نشده است. در خصوص اولی، هنوز نص صریحی پیش‌بینی نشده است و در مورد دومی نیز برای جبران خسارت همچنان از روش‌های سنتی مانند پرداخت‌های پولی و اعاده به وضع سابق استفاده می‌شود؛ اما با توجه به ویژگی‌های خسارات زیست‌محیطی، نحوهٔ ارزیابی آن و روش‌های جبران سنتی نارسایی‌هایی دارد. در روند جبران این قبیل خسارات، بسیاری از مفاهیم اساسی همچون «سطح خسارت»، «ماهیت» و «محدودهٔ آن» باید مورد توجه قرار گیرد. خسارت در حوزهٔ حقوق محیط زیست مفهوم وسیع‌تری از آسیب به محیط دارد؛ بنابراین می‌توان خسارت محیط زیست را به ضرر و زیان به تمام محیطی که انسان به‌طور مستقیم و غیرمستقیم به آن وابسته است و زندگی و فعالیت‌های او در ارتباط با آن است، خواه محیط زیست طبیعی باشد یا انسانی تعریف کرد. به این ترتیب، می‌توان گفت زیانی که در نتیجهٔ فعل یا ترک فعل اشخاص حقوقی و حقیقی و یا در اثر بروز حوادث طبیعی به محیط زیست وارد می‌شود، خسارت محیط زیست قلمداد می‌شود.

با تأکید بر پیشرفت‌های گوناگون صنعتی و اقتصادی که موجب گسترش آلودگی‌های مختلف و معضلات بی‌شمار زیست‌محیطی شده است، باید پذیرفت که توجه به روش‌های نوین جبران خسارت امری ضروری است. از اقتصاد سبز می‌توان به‌عنوان یکی از روش‌های نوین یاد کرد. این مقوله نه‌تنها پاسخی به چالش‌های پیش روی جامعهٔ جهانی است، بلکه تحقق توسعهٔ پایدار را نیز تسهیل می‌نماید. ازجمله اهداف اقتصاد سبز می‌توان به توجه به انتشار گازهای گلخانه‌ای، حفظ منابع طبیعی، توجه به اهداف انصاف و عدالت اجتماعی اشاره کرد[۷].

در خصوص جبران خسارت زیست‌محیطی آثار پژوهشی زیادی اعم از کتاب و مقالات به‌رشته تحریر درآمده است که همهٔ این مقالات در سایت‌ها قابل دسترسی است. در این مقاله سعی شده است نظام حقوقی جبران خسارت بین دو کشور ایران و ترکیه مطالعه شود. با بررسی‌هایی که نویسنده انجام داده، معلوم شده تاکنون در خصوص جبران خسارات

۶. محمد جعفری مجد و همکاران، «روش های جبران خسارات زیست محیطی بر مبنای اصول اخلاقی محیط زیست: درنظام حقوقی ایران»، *پژوهش‌های اخلاقی*، ش ۱ (۱۳۹۶)، ص ۷۳.

۷. محمدحسین رمضانی قوام‌آبادی، «اقتصادسبز: گامی به سوی تحقق توسعهٔ پایدار در حقوق بین‌الملل محیط زیست»، *دانشنامهٔ حقوق اقتصادی*، ش ۶ (۱۳۹۳)، ص ۱۱۷-۱۱۹.

زیست‌محیطی ترکیه کار پژوهشی در قالب مقاله صورت نگرفته است؛ لذا انجام این کار می‌تواند اطلاعات جدیدی در خصوص محیط زیست این کشور به مخاطبان ارائه نماید. همچنین ضرورت انجام این تطبیق این بود که مشخص شود از جهات مختلف زیست‌محیطی، اعم از سیاست تقنینی، مبانی زیست‌محیطی، خواهان‌های اقامهٔ دعوا و روش‌های جبران خسارات، چه تفاوت و شباهت‌هایی در نظام حقوقی این دو کشور وجود دارد. بررسی‌ها نشان داده است که ترکیه از مقررات زیست‌محیطی محکم و قاطع‌تری در خصوص مبانی و نحوهٔ جبران خسارت بهره می‌برد و می‌توان از مقررات این کشور به‌عنوان الگو استفاده نمود و خلأها و کاستی‌های حقوق ایران را پوشش داد.

بنابراین، در مقالهٔ حاضر مهم‌ترین پرسش‌هایی که مطرح می‌شود این است که اولاً سیاست تقنینی و کیفری دو نظام حقوقی ایران و ترکیه در زمینهٔ محیط زیست و جبران خسارت چگونه است؟ ثانیاً مبانی نظری مسئولیت زیست‌محیطی در هر کشور کدام است و چه شرایطی برای جبران خسارت و شیوهٔ دادخواهی پیش‌بینی شده است؟

۱. سیاست تقنینی

در سیاست‌های مرتبط با محیط زیست یکی از شیوه‌های تأثیرگذار در راستای جلوگیری از آلودگی محیط زیست، استفاده از ضمانت‌های اجرای حقوقی اعم از کیفری و غیرکیفری است که در ادامه به آن پرداخته خواهد شد.

۱.۱. ضمانت اجرای حقوقی

در ایران، در قالب مقررات و برنامه‌های پنج‌ساله، کوشش‌هایی در راستای حفاظت از محیط زیست و کاهش آلودگی‌ها صورت پذیرفته است. طبق اصل ۵۰ قانون اساسی، حفاظت از محیط زیست که نسل امروز و نسل‌های بعدی باید در آن زندگی رو به رشدی داشته باشند وظیفهٔ عمومی محسوب شده، هرگونه فعالیت اقتصادی و غیراقتصادی، اگر با آلودگی محیط زیست یا تخریب غیرقابل جبران آن ملازمه پیدا کند، ممنوع است. بنابراین، قوانین متعدد و فراوانی (هرچند به‌طور پراکنده) در مورد محافظت از محیط زیست تصویب گردیده که در آن تلاش شده است تمام ابعاد محیط زیست مدنظر قرار گیرد. قانون هوای پاک مصوب ۱۳۹۶، آخرین ارادهٔ

قانون‌گذار در این عرصه است که در قیاس با قوانین گذشته ازجمله قانون نحوهٔ جلوگیری از آلودگی‌های هوا مصوب ۱۳۷۴، نوآوری‌های زیادی به‌همراه دارد[۸].

در ترکیه، به‌موجب مادهٔ ۵۶ بخش «الف» قسمت هشتم از فصل سوم قانون اساسی ۱۹۸۲[۹] «هرکس حق زندگی در محیط زیستی متعادل و سالم را دارد. بهبود محیط زیست طبیعی و جلوگیری از آلودگی محیط زیست تکلیف شهروندان و دولت است»[۱۰]. به همین منظور تلاش شده است دانش زیست‌محیطی مردم بالا رود تا به‌دنبال آن آسیب به محیط زیست کاهش یابد[۱۱]. دولت ترکیه نیز اقداماتی در حفظ محیط زیست انجام داده است. در کنگرهٔ اقتصادی ازمیر در سال ۱۹۲۳، ارتباط میان مردم، طبیعت و رشد اقتصادی به‌طور ویژه مورد توجه قرار گرفته است[۱۲]. علاوه بر این، ترکیه در بسیاری از کنوانسیون‌های بین‌المللی محیط زیست شرکت داشته و تعهدات آنها را پذیرفته است. در سطح داخلی نیز در قانون مدنی، مقرراتی غیرمستقیم در حفظ محیط زیست در قالب حق همسایگی انعکاس یافته است. در سال‌های بعد از ۱۹۲۶ مقررات مستقیم و غیرمستقیم بسیاری در خصوص محیط زیست در قوانین مختلف ازجمله قانون جنگل، ماهیگیری، منطقه‌بندی، شهرداری، قانون سلامت عمومی، گنجانده شده است. یکی از اولین متن‌ها در مورد مشکلات زیست‌محیطی برنامهٔ پنج‌سالهٔ سوم (۱۹۷۸-۱۹۷۴) است. پس از دههٔ ۸۰ میلادی، تعداد مقررات قانونی در مورد محیط زیست به‌سرعت افزایش یافت. با اجرایی شدن «قانون زیست‌محیطی» در سال ۱۹۸۳[۱۳]، چارچوب کلی قانون‌گذاری و مدیریت زیست‌محیطی تعیین شد[۱۴].

---

۸. عبدالمجید سودمندی، «بهبود ضوابط کیفری و نوآوریهای قانون هوای پاک در مقایسه با قانون نحوهٔ جلوگیری از آلودگی هوا»، *پژوهش حقوق کیفری*، ش ۲۷ (۱۳۹۸)، ص ۹.

9. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası of 1982.

۱۰. علی مشهدی، *حقوق اساسی محیط زیست: مطالعهٔ تطبیقی*، (تهران: مؤسسهٔ مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهردانش، چ ۱، ۱۳۹۸)، ص ۱۸۸.

11. Elif Bakar & Mehmet Akcaalan, Historical Background of Secondary School "Environmental Education and Climate Change Lesson" in Türkiye, Bartın University Journal of Faculty of Education, No. 12, (2023), p. 498,

12. Ekin Kurtic, Criminalizing Environmental Activism in Turkey, Middle East Brief, No. 144, (2022), p. 2-3.

13. Turk Cevre Kanunu of 1983.

14. G. Funda GoKce & et al, Environmental Policies Applied in Turkey, *VImarsh - A b-Annual Peer-Reviewed Refereed Journal*, No. 12, (2021), p. 37.

آنچه مسلم است در هر کشوری، توسعهٔ اقتصادی بر توسعهٔ زیست‌محیطی ارجحیت دارد و لذا علی‌رغم حجم زیاد قوانین ازنظر کمّی، قوانین زیست‌محیطی از کیفیت چندانی برخوردار نیستند. به همین دلیل سعی شده است که هم وضع مقررات زیست‌محیطی با کارشناسی دقیق‌تر و دور از هرگونه شتاب‌زدگی در توسعه صورت گیرد و هم اینکه دولت‌ها مقررات مربوط به ضمانت‌های اجرای خود را به سمت ابزارهای اجباری جدید سوق دهند. در سال‌های اخیر در ترکیه در راستای مقررات‌زدایی، تلاش شده است که ابزارهای اجباری جدیدی در کنار ابزارهای اجباری سنتی[۱۵] استفاده گردد. از جملهٔ این کارها می‌توان به استفاده از مالیات به‌جای جریمه، بازیافت زباله، کاهش مصرف پلاستیک، توجه به فناوری‌های سبز و ارتقای مسئولیت اجتماعی در برابر محیط زیست یاد کرد[۱۶].

در مقابل، در ایران برای محافظت از محیط زیست بیشتر به ابزارهای اجباری سنتی (دستور و کنترل) دولتی در قالب جریمه، مجازات و تعطیل کردن آلاینده‌ها تکیه می‌شود. انتخاب این قبیل ابزارها به‌واسطهٔ تلقی حفظ محیط زیست به‌عنوان یک امر حاکمیتی است. قانون‌گذار باید به فکر افزودن مقرراتی در خصوص استفاده از ابزارهای غیراجباری در قالب ابزارهای اقتصادی باشد، همچون اعطای یارانه به کالاهای سبز، کمک‌های مالی و فنی برای مجهز کردن واحدهای آلاینده به فناوری‌های سالم به‌عنوان مشوق اقتصادی، ابزار اجتماعی در قالب آموزش و فرهنگ‌سازی، حمایت از مؤسسات سبز و ارتقای مشارکت اشخاص غیردولتی. این ابزارها ضمن کاهش هزینه‌های اقتصادی و اجتماعی، اثر بهتر و هزینهٔ کمتری در حفاظت از محیط زیست دارند. جا دارد ضمانت اجرای حقوقی در ایران ترکیبی از هر دو ابزار شود تا کارآمدی قوانین نیز دوچندان گردد.

۲.۱. ضمانت اجرای کیفری

جرائم محیط زیستی، تهدید جدی برای توسعهٔ پایدار، صلح و امنیت است و یقیناً امنیت و

۱۵. ابزارهایی هستند که دولت با توسل به اصل اقتدار عمومی به‌طور یکجانبه مقررات الزام‌آوری را برای حفاظت محیط زیست اجرا می‌کند.

16. V. Acibuca and A. Kaya (2024). "Environmental Awareness and Attitudes of University Students: The Case of Türkiye", *Journal of Agricultural Sciences*, No. 1 (2024), p. 237.

حقوق بشر را تضعیف می‌کند[۱۷]. در ایران، با نگاهی به قوانین عمومی و اختصاصی می‌توان فهمید که برای مجازات مرتکبان جرائم زیست‌محیطی، ضمانت‌های اجرای کیفری متعددی در قالب حبس مانند مادۀ ۶۸۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در خصوص اقدام علیه بهداشت عمومی و آلوده کردن محیط زیست؛ مادۀ ۶۸۰ در باب اقدام علیه حیوانات و جانوران وحشی حفاظت‌شده و جزای نقدی در مادۀ ۸۶۶ و ۶۸۰ قانون پیش‌گفته؛ تبصرۀ ۲ مادۀ ۱۶ قانون هوای پاک ۱۳۹۶ در خصوص صدور گزارش خلاف واقع آزمایشگاه‌ها؛ تعلیق موقت یا دائم پروانۀ فعالیت در تبصرۀ ۳ مادۀ ۶ قانون هوای پاک در خصوص تخلف مراکز معاینه فنی و تعطیلی موقت واحدهای تولیدی در تبصرۀ یک مادۀ ۱۷ در خصوص فراهم کردن موجبات آلودگی هوا از سوی صاحبان این واحدها پیش‌بینی شده است.

قانون کیفری ترکیه مصوب ۲۰۰۴[۱۸] نیز به فهرست‌بندی جرائمی می‌پردازد که برخی از آنها عمدی و برخی غیرعمدی علیه محیط زیست صورت می‌گیرد و مجازات آنها حبس و جزای نقدی است. برای نمونه در بند نخست مادۀ ۱۸۱ قانون یادشده برای افرادی که عامدانه علی‌رغم روند فنی مقرر در قوانین، آشغال و زباله را به زمین، آب یا هوا می‌اندازند و به این ترتیب موجب آلودگی محیط می‌شوند، مجازات حبس ۶ ماه تا ۲ سال پیش‌بینی شده و نیز در بند دوم برای مشارکت افراد در انتقال زباله در داخل کشور بدون مجوز، حبس تعیین شده است. در مادۀ ۱۸۲ نیز برای انجام اعمال غیرعمدی آسیب‌زننده به محیط زیست همین مجازات درنظر گرفته شده است. در مادۀ ۲۰ قانون محیط زیست ۱۹۸۳[۱۹]، جریمه‌های اداری برای آلوده‌کنندگانی که تأسیساتی را بدون کسب مجوز مستقر کرده یا علی‌رغم لغو مجوزشان همچنان به فعالیت خود ادامه داده و نیز آنهایی که تأسیسات را بدون اجازه تغییر داده‌اند، پیش‌بینی شده است. اگر این اقدامات ظرف سه سال تکرار شود، میزان جریمه در تکرار برای اولین بار دو برابر و برای دفعات بعد سه برابر خواهد بود.

از نکات قابل‌توجه در مقایسه بین ضمانت اجرای کیفری این دو کشور، حذف مجازات حبس

---

۱۷. پیمان نمایان و سبحان طیبی، سنجش تطبیقی گفتمان دیپلماسی محیط زیست و حقوق بین‌الملل کیفری در پیشگیری از ارتکاب جرایم محیط زیستی، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۳۴ (۱۴۰۳)، ص ۳۲۵.

18. Turk Ceza Kanun of 2004.

19 .Turk Cevre Kanunu of 1983.

برای تخلفات زیست‌محیطی مرتبط با آلودگی هوا در قانون هوای پاک ایران است. این درحالی است که در قوانین قبلی و حتی در نظام کیفری ایران، حبس به‌عنوان یکی از مجازات معمول مدنظر بوده است. به‌نظر می‌رسد باید با کسانی که از عدم پیش‌بینی مجازات حبس در این قانون انتقاد می‌کنند، همراهی نمود؛ زیرا حذف این مجازات می‌تواند کارایی و عنصر بازدارندگی قانون را کاهش دهد و شاید برخی اوقات تخریب و نابودی‌هایی علیه محیط زیست صورت گیرد که صرفاً اعمال مجازات حبس بتواند تناسب لازم را بین جرم و مجازات ایجاد نماید. مسئله به اینجا ختم نمی‌شود و گویا قانون‌گذار با اعمال مجازات حبس در جرائم زیست‌محیطی میانه‌ای ندارد؛ حتی در مصداق‌هایی که در برخورد با جرم زیست‌محیطی حبس را پیش‌بینی نموده است، قضیه به علت تسامح قضات اغلب ختم به محکومیت مرتکب به جزای نقدی غیرمؤثر شده است. برای نمونه، باوجودی که مادۀ ۳ قانون شکار و صید ۱۳۴۶ اصلاحی ۱۳۷۵، برای حمل، عرضه، فروش و صدور جانوران وحشی زنده یا کشته و یا اجزای آنها جزای نقدی یک میلیون و پانصد هزار ریال تا سه میلیون ریال و یا حبس از یک تا شش ماه مقرر کرده، شعبۀ اول دادگاه عمومی بخش آباده طشک، متهم را به سه میلیون ریال جریمه محکوم نموده است[۲۰].

این خطمشی، نه به سبب احتراز آگاهانه و کیفرشناختی تبعات سوء حبس، که به جهت ذهنیت مقامات قضایی در فرعی پنداشتن این‌گونه رفتارها در مقایسه با جرائم حوزۀ اموال، اشخاص و امنیت است[۲۱].

در ایران، به دلیل ناکارآمدی ابزارهای اقتصادی در کنترل تخریب محیط زیست، قانون‌گذار به سمت جرم‌انگاری فعالیت‌های مخرب رفته و از الگوی سنتی عدالت کیفری، یعنی اعمال حقوق و جزای نقدی، استفاده کرده است[۲۲]. با این همه، یکی از چالش‌های کیفری حفظ محیط زیست، کنترل مؤثر جرائم مربوطه از طریق کارآمدی مجازات آنهاست. تخریب گسترده و تداوم جرائم محیط زیستی در بسیاری از کشورها نشان می‌دهد روش‌های کنونی در سرکوب جرائم چندان کارا نبوده است.

۲۰. دادنامۀ شمارۀ ۸۹۰۹۹۷۷۵۱۲۶۰۰۲۳ به نقل از کشاورز، ۱۳۹۹: ۱۰۷.

۲۱. محسن شریفی، «نقدی برویکرد قانون گذار ایران در قبال بزه کاری سبز»، *مطالعات حقوقی*، ش ۱ (۱۴۰۲)، ص ۱۸۲.

۲۲. محمدحسین زاهدیان تجنکی و همکاران، «شاخص‌های سیاست‌گذاری کیفری جرائم زیست‌محیطی با تأملی در زیست بوم استان مازندران»، *تعالی حقوق*، ش ۳ (۱۴۰۲)، ص ۱۸۲.

یکی از دغدغه‌های پژوهشگران هر دو کشور، توجه به قدرت بازدارندگی مجازات نقدی است. آنها معتقدند مجازات نقدی نباید آن‌قدر ناچیز باشد که جلوی تکرار آلودگی محیط زیست را نگیرد و نه آن‌قدر زیاد باشد که سبب معضلات اقتصادی و بیکاری شود. در ترکیه بیان می‌شود که قانون در خصوص مجازات نقدی، باید به‌دنبال ایجاد تعادل بین بازدارندگی و عدالت باشد[۲۳]. در ایران نیز همین تفکر حاکم است. برخی برای رفع نگرانی‌ها در این مورد معتقدند یکی از روش‌های معقول، سپردن وجه التزام از سوی اشخاص حقوقی است. وجه التزام می‌تواند مبلغی باشد که به شکل تخمینی لحاظ گردد یا مبلغ مشخصی باشد که دادرس برای هر روز تأخیر در انجام تعهد، جهت التزام عامل تخلف به اجرای آن، درنظر بگیرد و به این ترتیب اجرای تصمیمش را تضمین نماید. این مجازات، آلوده‌کننده را وادار می‌نماید تا به‌سرعت برای قطع آلودگی اقدام کرده، در غیر این صورت جریمه سنگینی را بپردازد[۲۴]. همچنین، اثبات عناصر جرائم زیست‌محیطی، بدون نظر کارشناسی و مراجعه به متصدیان مرتبط با امور محیط زیست، شدنی نیست؛ به همین علت، گاه قانون‌گذار به چنین ضرورتی اشاره دارد که نمونهٔ آن تبصرهٔ ۲ یک مادهٔ ۶۸۸ بخش تعزیرات است که تشخیص تهدید علیه بهداشت عمومی و آلودگی محیط زیست را برحسب مورد به‌عهدهٔ وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و سازمان محیط زیست و یا سازمان دامپزشکی گذارده است. این مسئله نشان می‌دهد که مقام قضایی در برابر جرائم زیستی نمی‌تواند نتیجهٔ رفتار مرتکب را مفروض بداند، بلکه باید از دریچهٔ کارشناسی به احراز عناصر جرم دست زند[۲۵].

۲. مبانی مسئولیت در خسارات محیط زیستی

دو گزارهٔ «کسی نباید به دیگری ضرر برساند» و «هیچ ضرری نباید جبران‌نشده رها گردد»، اگرچه در نظام‌های حقوقی مقبول هستند، ولی آن‌وقت که سؤال می‌شود چه چیزی خسارت

23. Basak Babaoglu and Alexander J. Wulf, "Decriminalizing the Issuance of Bad Checks in Turkey: an Analysis of the Effects of Changes in Penalties", *European Journal of Law and Economics*, (2016), p . 16.

۲۴. روح‌الله کریمی و همکاران، «تحکیم جایگاه دادخواه خصوصی در دعاوی محیط زیستی علیه دولت»، *علوم و تکنولوژی محیط زیست*، ش ۵ (۱۴۰۱)، ص ۱۵۱.

۲۵. سحر حاجی‌بیگی و همکاران، «عناصر مجرمانهٔ شناور؛ امکان‌سنجی تحقق عناصر جرائم زیست محیطی»، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ش ۳۰ (۱۴۰۲)، ص ۱۲۴.

زیست‌محیطی است، ناگهان به کناری گذاشته می‌شود و سه رکن فعل زیان‌بار، ضرر و احراز رابطهٔ سببیت رنگ و رو می‌بازند[۲۶]؛ لذا برای تبیین موضوع، مبانی مسئولیت باید بررسی گردد.

۱.۲. ایران

در ایران مهم‌ترین مبانی برای جبران خسارات عبارت‌اند از:

۱.۱.۲. نظریهٔ تقصیر

نظریهٔ تقصیر، سنتی‌ترین نظریه در مسئولیت مدنی است. بر اساس این مبنا، خسارات زیست‌محیطی در صورتی قابل مطالبه است که زیان‌دیده بتواند تقصیر عامل ورود زیان را اثبات نماید[۲۷].

۲.۱.۲. نظریهٔ خطر

بر اساس این نظریه، هرکس به فعالیتی بپردازد و از آن نفعی ببرد و محیط خطرناکی را ایجاد کند، منتفع باید زیان‌های آن را جبران نماید. در این نظریه نیازی نیست که زیان‌دیده تقصیر عامل زیان را اثبات کند.

۳.۱.۲. نظریهٔ تضمین حق

در این نظریه در راستای تضمین احترام به حق سلامتی، حق حیات و حق محیط زیست، اگر شخصی به محیط زیست آسیب وارد نماید، مسئول جبران خسارت است؛ ولو اینکه از وی تقصیری سر نزده باشد[۲۸].

٤.۱.۲. مناسب‌ترین مبنا

پذیرش نظریهٔ تقصیر به‌عنوان مبنای جبران خسارت زیست‌محیطی نمی‌تواند مناسب باشد؛ زیرا طبق این نظریه، اثبات تقصیر برعهده زیان‌دیده است و اثبات رابطهٔ سببیت به‌عنوان

---

۲۶. حسن محسنی، «شدت "زیان زیست‌محیطی" قابل مطالبه در حقوق فرانسه و چالش‌های مفهوم "آلودگی محیط زیست" در حقوق ایران»، *تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی*، ش ۶ (۱۳۹۹)، ص ۱۵۶.

۲۷. احمد یوسفی صادقلو، «مسئولیت مدنی محیط زیست در قانون و رویه»، *قضاوت*، ش ۸۰ (۱۳۹۹)، ص ۶۴.

۲۸. همان، ص ۶۴.

پیچیده‌ترین رکن مسئولیت مدنی در حوزهٔ مصادیقی همچون آلودگی هوا که مرتبط با محیط زیست است درعمل دشوار است. چه‌بسا زیان‌دیدگان به سبب سختی اثبات رابطهٔ سببیت و نیز هزینهٔ بالای دادرسی، جبران خسارت را رها ساخته‌اند. قطعاً این عمل منصفانه نیست، زیرا حق بر محیط زیست سالم به‌عنوان یکی از حقوق بنیادین بشری، بنابر اصل ۵۰ قانون اساسی و مادهٔ نخست قانون مسئولیت مدنی قابل مطالبه دانسته شده است.

به‌نظر می‌رسد با علم به ناتوانی نظریهٔ تقصیر، بهترین راهکار در ارزیابی خسارات زیست‌محیطی، تمهید و وضع قانون خاص مسئولیت مدنی ناشی از خسارات زیست‌محیطی است و یا اینکه بر مبنای اصولی نظیر احتیاط و پیشگیری، نظریهٔ مسئولیت محض[۲۹] را بپذیریم[۳۰]. مسئولیت محض، مسئولیتی مبتنی بر وجود یا اثبات تقصیر در عامل زیان یا فعل زیان‌بار نیست و صرف ایجاد ضرر برای عامل آن ایجاد مسئولیت می‌نماید و خوانده جز با اثبات فقدان رابطهٔ سببیت و انتساب ضرر به قوای قاهره نمی‌تواند از مسئولیت معاف شود[۳۱]. مزیت این نظریه این است که نه مستلزم اثبات تقصیر در عمل است و نه در عامل؛ فلذا زیان‌دیده دشواری‌های اثبات رابطهٔ سببیت را ندارد.

برخی از محققان نیز بیان کرده‌اند که بهترین نظریه برای تبیین جبران خسارات زیست‌محیطی، مسئولیت محض است؛ با این استدلال که با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی که در صورت خلأ قانون موضوعه مراجعه به فقه را تجویز نموده و نیز با توجه به قاعدهٔ احترام به اموال، باید از محیط زیست حفاظت نمود، به این خاطر محیط زیست از مشترکات عمومی متعلق به همگان است[۳۲]. نگارنده نیز معتقد است با توجه به پیوستن ایران به برخی از کنوانسیون‌های بین‌المللی نظیر کنوانسیون مسئولیت مدنی ناشی از آلودگی‌های نفتی دریایی که در آن به‌صراحت مبنای مسئولیت مدنی ناشی از آلودگی، مسئولیت محض اعلام شده است و الزام‌آور بودن آن برای کشورهایی که به آن ملحق شده‌اند و مهم‌تر از همه اینکه به حکم مادهٔ ۹ قانون مدنی، پذیرش معاهدات بین‌المللی در حکم قانون عادی است؛ به این ترتیب لزوم انطباق و تدوین

29. Stict Liability.

۳۰. ناصرکاتوزیان و مهدی انصاری، «مسئولیت ناشی از خسارت‌های زیست‌محیطی»، *مطالعات حقرق خصوصی*، ش ۲ (۱۳۸۷)، ص ۲۸۹.

۳۱. حسن بادینی و همکاران، «مسئولیت محض؛ مبانی و مصادیق»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، ش ۱ (۱۳۹۱)، ص ۲۱.

۳۲. مجتبی همتی، پیشین، ص ۲۲۵.

مقرراتی راجع به مسئولیت مدنی ناشی از آلودگی بر پایهٔ نظریهٔ مسئولیت محض دوچندان شده است، ولی تاکنون نص خاصی در این زمینه وجود نداشته است و مانند گذشته باید به قوانین عام مسئولیت مدنی رجوع شود.

۲.۲. ترکیه

در نظام حقوقی ترکیه برای پی بردن به مبانی جبران خسارات زیست‌محیطی، بر اساس قوانین مختلف سه نظریه مطرح شده است:

۱.۲.۲. نظریهٔ مسئولیت مطلق

مادهٔ ۷۳۷ قانون مدنی مصوب ۱۹۲۶[۳۳] ترکیه مقرر می‌دارد: «همهٔ افراد باید از افراط در بهره‌برداری از حق مالکیت بپرهیزند به‌ویژه هنگامی‌که مشغول فعالیت‌های تجاری هستند. با توجه به محل و خصوصیات ملک، ایجاد دود، بخار، گردوغبار یا بو، یا سروصدا یا لرزش نامتعارف ممنوع است. در صورت عدم رعایت موارد فوق، مالک در برابر دیگران مسئول است».

طبق این قانون، صاحبان املاک در قبال هرگونه آسیب به همسایگان، مسئولیت مطلق دارند؛ بنابراین، خواهان ملزم به اثبات سوءنیت یا غفلت نیست. در عوض، برای طرح دعوی حقوقی بر اساس مادهٔ فوق، خواهان باید مواردی همچون مداخلهٔ غیرقانونی، فقدان دلایل قانونی برای توجیه اقدام، خسارت بالفعل یا احتمالی به خواهان و انتساب خسارت به اقدام خوانده را اثبات نماید[۳۴].

۲.۲.۲. نظریهٔ تقصیر

طبق فقرهٔ اول مادهٔ ۴۹ قانون تعهدات مصوب ۲۰۱۱[۳۵]، اساس مسئولیت نظریهٔ تقصیر اعلام شده است. در این ماده آمده است: «فاعل فعل زیان‌بار (فعل خلاف قانون) در صورت اثبات رابطهٔ سببیت بین فعل او و ضرر، مسئول جبران خسارت است». این قانون، تقصیر را تعریف نکرده

33. The Turk Medeni Kanunu (TMK) of 1926.

34. OzgeAtil, "Adopting the Citizen Suit Provision of the United States Clean Water Act as a Tool for Water Pollution Enforcement in Turkey", *Journal of Transnational*,Vol. 26, (2017), p.105.

35 .Turk Borclar Kanunu of 2011.

است ولی دکترین آن را به رفتار خلاف قانون تعبیر نموده‌اند[۳۶]. بر این اساس، برای اینکه شخصی مسئول شناخته شود، باید عنصر تقصیر در کنار سایر عناصر تشکیل‌دهنده فعل زیان‌بار اثبات شود؛ و اگر اثبات شود که تقصیری رخ نداده است جبران خسارتی نیز وجود نخواهد داشت.

۳.۲.۲. مسئولیت بدون تقصیر

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود نه قانون مدنی و نه قانون تعهدات، مستقیماً اشاره‌ای به مبنای مسئولیت زیست‌محیطی ندارند. محققان در این مورد اظهار می‌دارند با توجه به توسعهٔ اقتصادی و رشد شهرنشینی، آلوده نمودن محیط زیست افزایش یافته است؛ بنابراین از مادهٔ ۷۲۷ ق.م استنباط کرده‌اند، همان‌گونه که مالکان یک ملک حق ضرر به همسایه‌ای را ندارند، مردمان یک جامعه نیز نباید محیط زیست را به‌عنوان مال مشترک و عمومی آلوده سازند. ولی در اینکه کدام‌یک از دو مبنای مطرح‌شده در قانون مدنی و قانون تعهدات برای تبیین مبانی خسارات زیست‌محیطی مناسب است، وحدت نظر وجود ندارد. حتی برخی اعتقاد داشتند که این دو مبانی را باید کنار گذاشت و نظریهٔ منتخب را نظریهٔ خطر اعلام کرد؛ با این استدلال که اتحادیهٔ اروپا از نظریهٔ خطر استقبال نموده است و چون ترکیه عضو این اتحادیه است بهتر است در قوانین داخلی از اتحادیه پیروی نماید. از طرفی می‌گفتند، مزیت این نظریه این است که در آن شخص آلوده‌کننده مهم نیست، بلکه فعل خطرناک آسیب‌زا دارای اهمیت است. سرانجام، قانون محیط زیست در سال ۱۹۸۳[۳۷] تصویب شد و قانون‌گذار در راستای ایدهٔ حفاظت از محیط زیست، نظریهٔ بدون تقصیر را پذیرفت و به این اختلافات خاتمه داد. مادهٔ ۲۸ این قانون به‌صراحت مقرر نموده است: «آلوده‌کنندگان و تخریب‌کنندگان محیط زیست، بدون نیاز به اثبات تقصیر، مسئول جبران تمام خسارات هستند»[۳۸].

فارغ از اینکه نظریهٔ بدون تقصیر در ترکیه می‌تواند ایراداتی داشته باشد، آنچه مهم است تعیین تکلیف قطعی در خصوص مبانی جبران خسارات زیست‌محیطی است. به هر حال، این کار قانون‌گذار سبب گردید که دادگاه‌ها در دعاوی مربوط به پرونده‌های زیست‌محیطی سرگردان

36. Habip Oguz (2016). Sorumluluk Hukukunda Kusur (Fault in Liability Law), Turkiye Adalet Akademisi Dergisi, p. 275.
37. Turk Cevre Kanunu of 1982.
38. Ozge Atil, *Ibid*, p. 106-107.

نباشند و این خود هم از اطالهٔ دادرسی جلوگیری کرده، هم سبب صرفه‌جویی در زمان و هزینه‌ها می‌شود. با علم به اینکه اثبات رابطهٔ سببیت در حوزهٔ مشترکات عمومی (مثل هوا) بسیار دشوار است، قانون‌گذار ایران نیز باید در قانون هوای پاک تجدیدنظر کرده، مبانی خسارات زیست‌محیطی را مشخص نماید، نه اینکه این کار را به قوانین عام مسئولیت مدنی حواله دهد. چراکه در این قانون، هیچ سازوکار ویژه‌ای برای مقابله با خسارات ناشی از آلودگی هوا پیش‌بینی نشده است. با اذعان به اینکه آلودگی هوا در دستهٔ موارد مربوط به ویژگی‌های خاص قرار می‌گیرد، نیازمند سازوکار حقوقی ویژه بوده، به سبب ویژگی‌های آلودگی هوا، قواعد عام مسئولیت مدنی ناتوان از پاسخگویی به این نیاز است. شاید عدم تعیین مقررات خاص در قانون محیط زیست دلیلی بر این مدعا باشد که قانون‌گذار ما هنوز خصوصیت مربوط به آلودگی هوا را نپذیرفته است. به‌نظر می‌رسد عدم پیش‌بینی یک مبنای مشخص برای جبران خسارات زیستی می‌تواند مغایر تأکید بر رعایت قاعدهٔ لاضرر باشد. اگرچه ممکن است این سخن اغراق‌آمیز شمرده شود، ولی از واقعیت به دور نیست که خود مقنن با کوتاهی در این خصوص زمینهٔ ضرر اشخاص را فراهم می‌سازد، چون رجوع به قانون مسئولیت مدنی یعنی اینکه قانون‌گذار خواسته است از اصل تقصیر برای جبران خسارات زیست‌محیطی استفاده کند. همان‌گونه که در مطالب بالا آمد، به علت دشواری‌های اثبات تقصیر، اشخاص یا جبران خسارت را رها می‌سازند و یا امکان شکایت برای آنها دشوارتر می‌شود و این‌گونه ضررهای مادی ناشی از خسارات وارده بر آنها جبران‌نشده باقی می‌ماند و هم به علت رها کردن جبران خسارت ممکن است دچار آسیب‌های روحی هم بشوند؛ امری که نه در شأن مقنن است و نه خود تمایلی به آن دارد.

۳. نحوهٔ جبران خسارت

بدون شک، از میان کارکردهای متعدد مسئولیت مدنی، جبران خسارت مهم‌ترین آنهاست تا از این راه تعادل و موقعیت ازدست‌رفتهٔ زیان‌دیده با هزینهٔ مسئول برقرار گردد[۳۹]. قبل از ورود به این مبحث، شناسایی اینکه چه اشخاصی می‌توانند خواهان دعوای زیست‌محیطی باشند، امر مهمی است؛ خصوصاً اینکه باید معلوم شود در ایران بستر دادخواهی جبران خسارت برای

۳۹. سید نورالله شاهرخی و حبیب‌الله رحیمی، «بررسی انطباق اصل جبران همهٔ خسارات با مبانی کثرت‌گرا در حوزهٔ فلسفهٔ مسئولیت مدنی، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۳۰ (۱۴۰۲)، ص ۱۸۱.

خواهان‌ها تا چه اندازه فراهم است.

۱.۳. خواهان دعوای زیست‌محیطی

۱.۱.۳. ایران

۱.۱.۱.۳. اشخاص حقوقی و حقیقی

دادخواه حقوقی حقوق عمومی، یکی از خواهان‌های دعوی محیط زیستی علیه دولت یا ارگان دولتی متخلف به‌شمار می‌رود؛ یعنی نهادها و ارگان‌های دولتی که طبق قوانین و مقررات مختلف دارای وظایف محیط زیستی هستند. از مهم‌ترین این نهادها می‌توان به سازمان حفاظت از محیط زیست، شهرداری‌ها، سازمان جنگل‌ها و مراتع اشاره کرد. طبق مادۀ ۱۸ قانون شکار و صید اصلاحی ۱۳۷۵، در خصوص جرائم زیست‌محیطی، سازمان محیط زیست از حیث مطالبۀ ضرر و زیان‌های ناشی از جرم برحسب مورد، شاکی یا مدعی خصوصی شناخته‌شده است. بنابر مفاد این ماده، مقنن حق اقامۀ دعوی را به سازمان یادشده اعطا نموده است. در خصوص شهرداری‌ها، لایحۀ قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها مصوب ۱۳۹۵، قانون حفظ و گسترش فضای سبز و جلوگیری از قطع بی‌رویه درخت مصوب ۱۳۵۲ و قانون شهرداری‌ها مصوب ۱۳۳۴ و اصلاحات بعدی آن از قبیل مواردی هستند که اجازۀ دخالت در فعالیت‌های مرتبط با محیط زیست را به شهرداری‌ها می‌دهند. قانون شهرداری‌ها[۴۰] به‌صراحت حق اقامۀ دعوا بر اشخاص و دفاع از دعاوی اشخاص در موارد مربوط به شهرداری را به این سازمان اعطا کرده است[۴۱].

در خصوص اشخاص حقیقی، به‌نظر می‌رسد در راستای حفاظت از محیط زیست طرح دعوا از طرف آنان را می‌بایست محدود به آسیب‌ها و آلودگی‌های محیط زیستی دانست که نهایتاً موجب ورود خسارت مادی به این اشخاص به‌واسطۀ عمل متخلفان دولتی می‌گردد. با توجه به نبود قانون صریح در این خصوص، نمی‌توان از قوانین داخلی حق اقامۀ دعوی محیط زیستی از سوی شخص حقیقی حقوق خصوصی علیه دولت یا ارگان دولتی یا نهاد وابسته به دولت را صرفاً در

۴۰. بر اساس بند ۷ مادۀ ۵۵ قانون شهرداری‌ها مصوب ۱۳۳۴ با اصلاحات بعدی، وظایف شهرداری‌ها عبارت است از: حفظ و اداره کردن دارایی منقول و غیرمنقول متعلق به شهر و اقامۀ دعوا بر اشخاص و دفاع از دعاوی اشخاص علیه شهرداری.

۴۱. روح‌الله کریمی و همکاران، پیشین، ص ۱۵۰.

جهت منع از بروز آلودگی محیط زیستی یا تخریب محیط زیست استخراج نمود. هرچند به‌نظر می‌رسد امکان طرح دعوی محیط زیستی علیه دولت ازجانب اشخاص حقیقی حقوق خصوصی، در مورد دعاوی جبران خسارت وارده به اشخاص ناشی از آلودگی‌های محیط زیستی یا تخریب محیط زیست که منتهی به ورود خسارت به اموال اشخاص حقیقی می‌گردد، وجود دارد.

۲.۱.۱.۳. سازمان‌های غیردولتی

با تصویب قانون جدید آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ فصل جدیدی در حمایت از اقدامات سازمان‌های غیردولتی در حمایت از محیط زیست از طریق اقدامات قضایی گشوده شد. این سازمان‌ها، خصوصی، غیرانتفاعی و خودگردان هستند و برای تأمین هدف‌های گسترده‌ای در زمینهٔ توسعهٔ پایدار، محیط زیست، کاهش فقر، گسترش برابری و عدالت و دفاع از حقوق بشر فعالیت می‌کنند. انجمن تنظیم خانوادهٔ جمهوری اسلامی و گروه دوچرخه‌سواری مؤسسهٔ فرهنگی شریف نمونه‌ای از سمن‌های فعال در سطح ملی و انجمن زیست‌محیطی سبزاندیشان تبریز و انجمن دوستداران طبیعت و محیط زیست آوان سبز در خوزستان نمونه‌ای در سطح استانی هستند که درواقع، نقش اساسی در پل ارتباطی اطلاعات و تبادل بین مردم و سیاست‌ها دارند. آنها می‌توانند از گردآوری اطلاعات و انتشار آن، تدوین سیاست‌ها و نیز ارزیابی و نظارت پشتیبانی نموده، اطمینان کسب کنند که نگرانی‌های افرادی که تحت چالش‌ها و سیاست‌های زیست‌محیطی قرار گرفته‌اند، در حاکمیت محیط زیست درنظر گرفته می‌شود[۴۲]. قانون‌گذار به‌منظور بهبود عملکرد این‌گونه سازمان‌ها، با درنظر گرفتن جایگاهی فراتر از یک اعلام‌کنندهٔ محض به آنها اجازه داده است علاوه بر حضور در جلسات دادگاه، در دفاع از مدعای خود و انتساب بزه زیست‌محیطی به متهم، هر آنچه باید را بیان و ارائهٔ دلیل کنند. در این مورد، نمایندهٔ سازمان غیردولتی مربوطه، متصدی انجام این مهم در هر دو مرحلهٔ مقدماتی و رسیدگی است[۴۳]. ایراد از این رویکرد مقنن از آن جهت است که در مسیر گسترش مشارکت این سازمان‌ها اهتمام لازم را به‌کار نبرده است؛ زیرا نه‌تنها از مداخله به‌عنوان شاکی در امور جزایی منع شده‌اند، بلکه

۴۲. روح‌الله اسدی و هدیه حسن‌نیا بدرآباد، «تحلیل چالش‌های مردم‌نهاد (سمن‌ها) زیست محیطی در ایران با نظریهٔ جامعهٔ منشوری ریگز»، *پژوهش‌های جغرافیای سیاسی*، ش۲ (۱۴۰۰)، ص ۲.

۴۳. محسن شریفی، *پیشین*، ص ۸۳-۸۴.

حق تجدیدنظرخواهی از رأی صادره را هم ندارند. به این ترتیب، با ایجاد این محدودیت‌ها برای این سازمان‌ها نمی‌توان توقع حفاظت شایسته از محیط زیست را داشت.

۲.۱.۳. ترکیه

۱.۲.۱.۳. اشخاص حقوقی و حقیقی

قوانین عمومی از قبیل اصل ۱۲۵ و ۵۶ قانون اساسی مصوب ۱۹۸۲[۴۴] و قوانین خاص مانند مواد ۱، ۳ و ۳۰ قانون محیط زیست مصوب ۱۹۸۳[۴۵]، به افراد و سازمان‌های دولتی این اختیار را می‌دهند که در صورت ادعای نقض قوانین محیط زیست از سوی مقامات دولتی یا در صورت ادعای قصور آنها در انجام وظایف قانونی، علیه آنها اقامهٔ دعوی کنند.

اصل ۱۲۵ قانون اساسی ترکیه را می‌توان مبنای قانونی اقامهٔ دعوی شهروندان علیه مقامات دولتی دانست. این اصل در وهلهٔ اول مقرر می‌دارد: «شهروندان می‌توانند در برابر اقدامات غیرقانونی مقامات اداری، ازجمله اقداماتی که به آلودگی یا نقض قوانین مرتبط با محیط زیست منجر می‌شوند، اقامهٔ دعوی کنند. دوم، شهروندان می‌توانند درخواست تعلیق اجرای یک اقدام اداری را که احتمال وارد آوردن خسارات «غیرقابل‌جبران یا جبران‌ناپذیر» دارد، ارائه دهند، مگر آنکه یکی از موارد استثنای مندرج در قانون، مانع از آن باشد»[۴۶].

هدف این ماده، حفاظت از محیط زیست و تلقی آن به‌عنوان ثروت عمومی است؛ بنابراین، شهروندان می‌توانند در مواردی که آلودگی رخداده یا قوانین نقض شده باشد، ادعای نقض را طبق مادهٔ نخست قانون محیط زیست مطرح کنند. ثانیاً در بند «الف» مادهٔ ۳ این قانون آمده است که همه در قبال حفاظت از محیط زیست و جلوگیری از آلودگی آن مسئول هستند. در نهایت، مادهٔ ۳۰ قانون محیط زیست مقرر می‌دارد: «هر شخصی که از فعالیتی که محیط زیست را آلوده یا تخریب می‌کند، متحمل خسارت شده یا از آن مطلع است، می‌تواند با مراجعه به مراجع ذی‌صلاح، خواستار اتخاذ اقدامات لازم در خصوص آن فعالیت یا توقف آن شود. نهادهای دولتی موظف‌اند به اعتراض رسیدگی کرده، در صورت وارد بودن اعتراض، در خصوص آلوده‌کنندگان

44. Turk Anayasa Kanun of 1982.
45. Turk Cevre Kanunu of 1983.
46. Ozge, Atil, *Ibid*, p. 109.

اقدامات لازم را انجام دهند».

دهۀ ۱۹۷۰ نخستین دوره‌ای بود که در ترکیه مردم محلی زبان به اعتراض گشودند و نگرانی‌ها و انتظارات خود را دربارۀ مشکلات محیط زیستی ابراز کرده، درپی یافتن راهی برای حل این مشکلات برآمدند. اعتراض مردم روستا در مجاورت شهر سامسون در سال ۱۹۷۵ مبنی بر آسیب پساب سمی کارخانۀ مس به محصولاتشان و نیز تظاهرات آنها در پارک گزی، از اقدامات اشخاص حقیقی در حفظ محیط زیست بود که با اعتراض خود شورای دولتی ترکیه (بالاترین مرجع قضایی برای رسیدگی به اختلافات اداری) را به واکنش و صدور رأی وادار نمود[۴۷].

همان‌گونه که در مواد ۱، ۳ و ۳۰ قانون محیط زیست ۱۹۸۳ آمد، سازمان‌های دولتی به‌عنوان اشخاص حقوقی می‌توانند از خواهان‌های دعاوی زیست‌محیطی باشند. وزارت محیط زیست، شهرسازی و تغییرات اقلیمی به‌عنوان نهاد نظارتی این اختیار را دارند تا ضمن انجام بازرسی‌های لازم، برای کسب‌وکارهایی که از استانداردهای زیست‌محیطی پیروی نمی‌کنند جریمه‌هایی وضع کنند و نیز علیه آلایندگان زیست‌محیطی طرح دعوا نمایند. همچنین به‌موجب مادۀ ۷۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۲۰۰۵[۴۸]، دادستان به‌عنوان مقام تعقیب جرائم عمومی معرفی شد. در این کشور، دادستان و پلیس در فرایند تعقیب جرائم، تعامل و همکاری نزدیکی با همدیگر دارند؛ زیرا در پرونده‌های مطروحۀ پلیس در مقام شاهد در دادگاه حاضر شده، به سود ادلۀ دادستان شهادت می‌دهد[۴۹].

۲.۲.۱.۳. سازمان‌های غیردولتی

از سال ۱۹۹۰، سازمان‌های غیردولتی نیز نقش چشمگیری در دفاع از محیط زیست داشته‌اند. به‌طور عمده در ترکیه سه سازمان غیردولتی در خصوص مسائل زیست‌محیطی بیشترین فعالیت را دارد. یکی از آن‌ها، بنیاد مبارزه با فرسایش خاک، احیای جنگل و حفاظت از زیستگاه‌های طبیعی[۵۰] است که از سوی جمعی از بازرگانان در سال ۱۹۹۲ به‌وجود آمده است. این بنیاد که در

47. *Ibid*, p. 110-112.
48. Ceze Adalet Kanunu 2005.
49. Sahin Cem, Takip, Temsil Yayinevi, Istanbul, 2020, p. 52.
50. TEMA.

سطح داخلی و بین‌المللی مورد تحسین قرار گرفته است مهم‌ترین رسالت خود را حفظ منابع طبیعی و محیط زیست، کنترل فرسایش خاک، آموزش عمومی و افزایش آگاهی مردم در مورد اهمیت حفظ پوشش‌های جنگلی، اطلاع‌رسانی در مورد پیامدهای فاجعه‌بار فرسایش خاک و انجام اقدامات ضروری در این راستا معرفی کرده است. دیگری، بنیاد محیط زیست ترکیه[۵۱] است که با هدف اعمال فشار و روشنگری و تأثیر بر تصمیمات دولت در مورد مسائل محیط زیستی در سال ۱۹۷۸ به‌وجود آمد. این بنیاد با بهره‌گیری از برنامه‌های مطالعاتی گسترده‌ای همچون انتشارات کتاب‌های درسی کودکان، پرسش‌نامه‌ها و یا نشریات مرتبط با قوانین زیست‌محیطی، در ارتقای آگاهی زیست‌محیطی مردم ترکیه مشارکت می‌کند. برنامه‌های مطالعاتی به تفضیل با مشکلات زیست‌محیطی موجود سروکار دارند و از نظر اقدامات زیست‌محیطی و ارائهٔ راهکارهای مختلف با پشتوانهٔ علمی از اهمیت زیادی برخوردار هستند. همچنین، این بنیاد سال‌هاست که با هدف هدایت مطالعات زیست‌محیطی به دانشجویان دورهٔ کارشناسی بورسیه اعطا می‌کند. بنیاد محیط زیست ترکیه اقدام به فعالیت‌های متعددی مثل انتشار نشریات و برگزاری همایش‌های مختلف در مورد مسئلهٔ محیط زیست و موضوعات مرتبط با آن کرده است. این سازمان نه‌تنها به‌عنوان یک بنیاد ملی، بلکه با عنوان تشکلی در سطح جهانی، اقدام به تکمیل مجموعه‌ای از فعالیت‌های مهم به همراه دیگر سازمان‌های مرتبط مثل برنامهٔ محیط زیست ملل متحد با نام اختصاری (UNEP)[۵۲]، یونسکو و یونیسف نموده است. این تشکل، در مقایسهٔ با سایر سازمان‌های غیردولتی، تنها بنیادی است که به‌طور مستقیم به انجام فعالیت بر مسائل محیط زیستی تمرکز دارد. در نتیجه، از نقش بسیار مؤثری در اتخاذ اقدامات حقوقی در زمینهٔ محیط زیست و زندگی اجتماعی در ترکیه و در عرصهٔ جهانی برخوردار است[۵۳]. انجمن حفاظت از طبیعت نیز یکی از قدیمی‌ترین انجمن‌های فعال در مسائل مرتبط با محیط زیست است. فعالیت‌های آن کاملاً مبتنی بر برنامه‌های داوطلبانه و یک مؤسسهٔ پیشرو است که در سال ۱۹۵۶ از سوی مهندسان جنگل‌داری تأسیس شد. اهداف اصلی این بنیاد، حفاظت و صیانت از منابع طبیعی کشور، به‌ویژه در بخش کشاورزی، جنگل، مراتع و چراگاه‌ها، حیات‌وحش، شکار حیوانات و

51. TCV.

۵۲. نهادی وابسته به سازمان ملل متحد است که فعالیت‌های زیست‌محیطی اعضای خود را هماهنگ نموده است.

53. Korkmazyildirim & Yunus Emre ayna, "The Role of Non-Governmental Organizations in Environmental Governance in Turkey", Adam Akademi, No. 8 (2018), p. 420.

پرندگان، سایر موجودات زنده (مثل جانداران[۵۴] و گیاهان[۵۵] یک اقلیم در دوره‌ای بخصوص) و چشم‌انداز طبیعی، ایجاد تعادل میان حفظ و صیانت و مشکلات زیست‌محیطی ناشی از صنعتی شدن و شهرنشینی، پیشگیری از آلودگی و سایر مشکلات مربوط به توازن طبیعی، ارتقای سطح آگاهی مردم در مورد مسائل کیفی سطح شهر، جامعه و محیط زیست، برگزاری مباحثات، همایش‌ها و برنامه‌های آموزشی و نشریات، دوره‌های آموزشی، مراکز آموزش مداوم و خدمات تحقیق و توسعه مرتبط با کارآفرینی و اشتغال در اجرای این دسته از فعالیت‌ها، سازماندهی اقدامات در معضلات مربوط به طبیعت شهری و حفظ آن، افزایش آگاهی نسبت به ارزش‌های زیست‌محیطی و فرهنگی در میان کودکان و جوانان، زنان، دهقانان و کشاورزان، مردم ساکن در نواحی روستایی، صنعتی، گردشگران و ورزشکاران و سایر موارد است[۵۶].

۲.۳. شیوهٔ جبران خسارت

۱.۲.۳. ایران

۱.۱.۲.۳. پرداخت از طریق آلوده‌ساز

ازآنجا که در پژوهش‌های متعددی نحوهٔ جبران خسارت زیست‌محیطی در ایران مورد مطالعه قرار گرفته است[۵۷]، لذا مطلب به‌اختصار خواهد آمد و سعی می‌شود صرفاً موارد انتقادی بیان شود. در ایران، شیوهٔ جبران خسارت به سه دسته تقسیم می‌شود: یکی، اعادهٔ به وضع سابق؛ دیگری، تأدیه ضرر و زیان؛ و سومی، صندوق تأمین خسارت است. شیوهٔ دوم رایج‌ترین راهکار جبران خسارت زیان‌دیده است؛ خصوصاً هنگامی‌که جبران خسارت زیست‌محیطی از طریق اعاده به وضع سابق ممکن نباشد، این روش که از آن به «پرداخت از طریق آلوده‌ساز» تعبیر می‌شود، تنها

54. Fauna.

55. Flora.

56. Korkmazyildirim & Yunus Emre ayna, *Ibid*, p. 224.

۵۷. برای مطالعهٔ بیشتر، به منابع زیر مراجعه کنید:

حسین هوشمند فیروزآبادی، «مسئولیت مدنی ناشی از خسارات زیست‌محیطی»، *فصلنامهٔ تخصصی دانشنامه‌های حقوقی*؛ ناصر کاتوزیان و مهدی انصاری، «مسئولیت ناشی از خسارت‌های زیست‌محیطی»، *فصلنامهٔ حقوق*، مجلهٔ دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی؛ مجتبی همتی، اقامهٔ دعوای جبران خسارت زیست‌محیطی در نظام حقوق ایران، *فصلنامهٔ دیدگاه‌های حقوق قضایی*.

راه جبران خسارت است[۵۸].

بر اساس یکی از آرای قضایی، هدف جبران خسارت، قرار دادن زیان‌دیده در وضعیت مطلوب پس از اجرای قرارداد اعلام‌شده است. در این رأی آمده است: «جبران خسارت صرفاً به این معنی نیست که طرف متضرر را در همان وضعیت هنگام انعقاد قرارداد قرار دهیم؛ بلکه مهم این است که توجه داشته باشیم که اگر قرارداد اجرا می‌شد متعهدله با توجه به مقتضیات عرفی در چه وضعیت مطلوبی قرار می‌گرفت»[۵۹]. در خصوص خسارات زیست‌محیطی، باید به محتوای این رأی توجه نمود؛ اما گاهی اجرای عملی شیوه‌های جبران خسارت زیست‌محیطی امری دشوار است. شیوهٔ جبران خسارات با پول، این مزیت را دارد که می‌تواند کلیهٔ خسارات وارده- اعم از مادی و معنوی- را از ابتدا تا صدور حکم و حتی بعد از آن پوشش دهد، ولی در این شیوه دو مشکل وجود دارد؛ یکی اینکه همهٔ خسارات زیست‌محیطی قابلیت ارزیابی با پول را ندارند، برای نمونه چگونه می‌توان خسارت به اموال عمومی را با پول ارزیابی نمود. فرض شود که پولی نیز پرداخت شود، ولی آیا با این پرداخت‌ها می‌توان منافع ازدست‌رفتهٔ مردم را در استفاده از این اموال به‌طور کامل جبران نمود؟ دیگر اینکه زیان‌دیده مکلف نیست که پول دریافتی را حتماً صرف جبران خسارت زیست‌محیطی نماید و همچنین پرداخت غرامت، منبع زیان را ازبین نمی‌برد و فقط زیان‌های وارده را جبران می‌کند؛ به این ترتیب، این شیوه نمی‌تواند از توسعهٔ زیان‌های زیست‌محیطی جلوگیری کند.

جبران از طریق اعاده به وضع سابق نیز همیشه آسان نیست؛ حتی اجرای این شیوه در مقایسه با اجرای محکومیت‌های پولی به‌مراتب دشوارتر است. از طرفی در برخی موارد اعاده به وضعیت سابق اصلاً ممکن نیست؛ مثلاً برخی فعالیت‌ها مثل برنامه‌های هسته‌ای و یا جنگ، می‌تواند آثار بلندمدتی بر روی سلامتی و بهداشت داشته باشد که نشانه‌های آن سال‌های بعد آشکار شود. باید افزود که گاهی آسیب‌های زیست‌محیطی، با توجه به عناصر زیست‌محیطی برگشت‌ناپذیرند. گاهی گونهٔ گیاهی و جانوری منقرض می‌شود و امکان اینکه بشود این گونه‌ها را برگرداند مقدور نیست. حتی اگر با دی‌ان‌ای بتوان گونهٔ منقرض‌شده را احیا نمود، به علت تخریب

۵۸. فاطمه فلاح‌نژاد و محبوبه موسوی مبارکه، پیشین، ص ۹۵۱.

۵۹. پروندهٔ کلاسه ۸۶۰۹۹۸۰۲۲۸۷۰۱۳۶۹ شعبهٔ دادگاه عمومی مجتمع قضایی شهید بهشتی تهران، دادنامهٔ شمارهٔ ۹۰۰۹۹۷۰۲۲۸۷۰۰۷۴۰.

سکونتگاه آن، امکان رشد و نمو آن گونه وجود ندارد[۶۰].

لازم است به این نکته هم اشاره شود که برخی قوانین در خصوص زیان‌دیدگان زیست‌محیطی نیز ابهام دارند. برای نمونه طبق مادۀ ۹ قانون شکار و صید ۱۳۴۶، پرداخت خسارت به خسارت‌دیدگان از ناحیۀ حیات‌وحش تنها به افراد و مزارع و باغ‌ها پیش‌بینی شده و ذکری از احشام نشده است. به‌موجب یکی از آرای قضایی بیان شده است: «جبران خسارت یا باید ناشی از قرارداد خصوصی باشد یا قانون موضوعه. در این صورت تعیین مورد یا موارد از مصادیق خود قانون مربوطه خواهد بود که به آن تصریح شده باشد و در غیر این موارد و مصادیق مصرحه، اصل بر عدم شمول است»[۶۱]. با این اوصاف، در کنار این روش‌های سنتی می‌شود به روش‌های مدرن نیز اندیشید که در قسمت بعدی خواهد آمد.

۲.۱.۲.۳. توجه به اقتصاد سبز

در هزاره سوم، با توسعۀ دغدغه‌های زیست‌محیطی در دهۀ ۱۹۷۰، اقتصاددانان در راستای واکنش به شرایط بحرانی حاصل از انسان مصرف‌گرای امروزی به ایجاد بستری جهت تغییر شرایط دست زدند. نتیجۀ این تلاش‌ها معرفی اقتصاد سبز به‌عنوان حوزۀ جدیدی از علم اقتصاد است. اقتصاد سبز اقتصادی است که رفاه اجتماعی را بهبود بخشیده، نابرابری‌ها را کاهش می‌دهد. این نوع اقتصاد به‌دنبال آن است که با پیوند دادن منافع اجتماعی بلندمدت به فعالیت‌های کوتاه‌مدت، مخاطرات محیطی را به‌حداقل برساند[۶۲].

زمانی تصور می‌شد که شرکت‌ها صرفاً در برابر سهام‌داران و کارکنان مسئول‌اند و یا اینکه باید بهترین محصول مصرفی را با نازل‌ترین قیمت و بالاترین کیفیت به دست مصرف‌کننده برسانند، غافل از اینکه محصول چه آثار و عواقب ثانوی دارد. به‌تازگی بازاریابی بر اساس ملاحظات اجتماعی و محیطی یکی از مهم‌ترین فعالیت‌های شرکت‌ها شده است و این موضوع از

---

۶۰. مهری موقوفه‌ئی و همکاران، «جبران خسارت قربانیان زیست‌محیطی درفقه وحقوق بین النلل محیط زیست»، *مطالعات فقه اقتصادی*، ش ۴ (۱۴۰۰)، ص ۱۳۸.

۶۱. دادنامۀ شمارۀ ۹۵۰۹۹۷۰۹۵۵۷۰۱۹۲۲ مورخ ۱۲/ ۰۸/ ۱۳۹۵ شعبه تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.

۶۲. محبوبه اسکندری و همکاران، «طراحی الگوی برنامه درسی یادگیری خدمات رسانی با تأکید بر اقتصادسبز (مطالعه موردی: دانش آموزان دوره اول متوسطه)»، آموزش محیط زیست و توسعه پایدار، ش ۲ (۱۴۰۱)، ص ۱۲۰.

نخستین سال‌های دهه هشتاد شهرت بسیاری یافته است. آلودگی‌های زیست‌محیطی ناشی از فعالیت شرکت‌ها و سازمان‌ها سبب شده است که فشارهای اجتماعی از سوی مصرف‌کنندگان و راه و روش دولت‌ها، شرکت‌ها را به سمت تولید محصولات سازگار با محیط زیست سوق دهد. شرکت‌ها دیگر تولید محصول سازگار با محیط زیست را به‌عنوان یک تهدید نمی‌نگرند، بلکه آنها محیط زیست و محصول موافق با آن را به‌عنوان فرصتی برای خود شناسایی نموده، از آن برای خود مزیت رقابت می‌سازند[۶۳]. بدین‌سان ارتباط نزدیک بین اقتصاد و محیط زیست سبب طرح رویکرد جدیدی به نام اقتصاد سبز شده است که یکی از مهم‌ترین ابزار توسعهٔ پایدار است. این پدیده، نه‌تنها بستر حذف فقر، افزایش رفاه عمومی، بهداشت و تحقق عدالت اجتماعی و آنچه در اصل ۳۴ قانون اساسی ایران مورد اشاره قرارگرفته است میسر می‌سازد، بلکه می‌تواند ابزار مناسبی برای سنجش دولت‌ها ازجمله دولت ایران در این حوزه باشد؛ لذا جهت گذار به‌سوی اقتصاد سبز یکی از مکانیسم‌های مفید در کنار فناوری سبز، کاربست اصل آلوده‌ساز- پرداخت‌کننده است. در عصر حاضر، این اصل یکی از کارسازترین اصول حقوق بین‌الملل محیط زیست است که با خود دو کارکرد مهم به همراه دارد؛ یکی کارکرد پیشینی برای جلوگیری از آلودگی، و دیگری پسینی برای جبران خسارات وارده بر محیط زیست. بهره‌گیری از اقتصاد سبز، سبب انگیزه در کارگزاران اقتصادی می‌شود تا با رعایت استانداردها از انتشار آلودگی به‌عنوان یکی از مصادیق مهم اصل پیشینی، کاسته شود. کارکرد اصل پسینی، بیشتر جنبهٔ جبران دارد. پژوهشگران داخلی بیان می‌دارند که کارکردهای پیشینی و به‌کارگیری مکانیسم‌های اقتصادی، می‌تواند نقش مهمی داشته باشد و درونی‌سازی هزینه‌های آثار جانبی و بیرونی خسارت به محیط زیست را از طریق اصل آلوده‌ساز- پرداخت‌کننده فراهم نماید[۶۴].

۲.۲.۳. ترکیه

در حقوق ترکیه، پرداخت یا اجبار به پرداخت در برابر ضرر مادی و معنوی که درنتیجه فعل مغایر با قانون عمداً یا از روی قصور و یا تقصیر رخ دهد، تضمینات (جبران خسارت) نام دارد.

---

۶۳. سیاوش اسماعیلی لکی و بهروز صبوحی لکی، «بررسی تأثیراحساس مسئولیت اجتماعی، ارزش‌ها و دانش زیست محیطی مصرف کنندگان با میانجی‌گری ادراک از تبلیغات زیست‌محیطی و محصول سازگار با محیط‌زیست برقصد خرید محصولات سازگار با محیط زیست»، چهارمین کنفرانس بین‌المللی پژوهش‌های نوین در مدیریت، اقتصاد و حسابداری، برلین-آلمان، (۱۳۹۵)، ص ۲.

۶۴. محمدحسین رمضانی قوام آبادی، *پیشین*، ص ۱۱۹-۱۱۷.

۱.۲.۲.۳. پرداخت از طریق آلوده‌ساز

پس از بیان مقدمهٔ بالا، باید بیان نمود که نظام حقوقی کشور ترکیه اقسام مختلفی از شیوهٔ جبران خسارت را برای زیان‌دیدگان آلودگی محیط زیست میسر نموده است. شیوهٔ اول، اصل پرداخت آلوده‌کننده است که در مواد ۱۵ و ۳۰ قانون محیط زیست به آن اشاره شده است. طبق این قانون، آلوده‌کننده، شخصی حقیقی یا حقوقی است که به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم موجب آلودگی یا برهم زدن تعادل محیط زیست می‌شود یا با فعالیت خود محیط زیست را مختل می‌کند و لذا در صورت وقوع خسارت، وی مکلف به جبران خسارت است. شیوهٔ دوم، حذف موانع و خطر است؛ برای نمونه، قانون یادشده مؤسسات و سازمان‌ها دخیل در حوزهٔ محیط زیستی را مکلف به نصب تصفیه‌خانهٔ فاضلاب نموده است تا به این طریق تأثیرات مضر فاضلاب‌ها را حذف نموده، اقدامات احتیاطی را در این خصوص انجام دهند. شیوهٔ سوم، تعطیلی مؤسسات و یا أخذ مجوزها است. در این کشور، اشخاص حقوقی مکلف‌اند طبق قانون ارزیابی محیط زیست، در راستای کاهش تخریب زیست‌محیطی مجوزهای لازم جهت انجام فعالیت خود را کسب نمایند. در غیر این صورت با جریمه اداری و حتی کیفری مواجه خواهند شد. رعایت اصل پیشگیرانه در قانون این کشور جلوهٔ دیگری از حفاظت از محیط زیست است. مطابق با مادهٔ ۳۰ قانون زیست‌محیطی، هرکسی که آسیب‌دیده یا از هر اقدامی که محیط زیست را آلوده می‌کند، آگاه شده باشد، حق دارد که به مراجع اداری و یا دادگاهی اطلاع دهد تا اقدامات پیشگیرانه ازجمله توقف فعالیت‌های مربوطه انجام شود. مدعی می‌تواند با نهادهای یادشده مکاتبه کند و مراجع اداری و دادگاه‌ها مجاز هستند که عملیات آلاینده‌ها را تعلیق نمایند.

۲.۲.۲.۳. پرداخت نقدی و أخذ مالیات

در ترکیه جبران خسارت مادی و معنوی به شکل نقدی است. جبران خسارت مادی در این کشور از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. در مادهٔ ۵۱ قانون تعهدات ۲۰۱۱[۶۵] در این خصوص آمده است: «قاضی، محدودهٔ جبران خسارت و کیفیت آن را به اقتضای وضعیت و با مدنظر قرار دادن قصور تعیین می‌نماید. اگر حکم به جبران خسارت به شکل پرداخت مقرری صادر شود، واردکنندهٔ

65. Turk Borclar Kanunu of 2011.

خسارت ملزم به ارائهٔ وثیقه است». در مادهٔ ۵۶ همان قانون، صحبت از نحوهٔ جبران خسارات معنوی است. این ماده بیان داشته است، قاضی با ملاحظهٔ ویژگی‌های خاص رویداد می‌تواند واردکنندهٔ خسارت را به پرداخت مبلغی پول محکوم نماید. به عقیدهٔ پژوهشگران، جبران خسارت معنوی، عنصری کامل‌کننده برای جبران خسارت مادی تلقی می‌شود، وگرنه ارزیابی جبران مادی ارزش‌های شخص و معنویات وی با پول کار ساده و آسانی نیست[۶۶]. یکی از نکات برجسته در جبران خسارات مادی و معنوی بحث اختیارات قاضی است و این می‌تواند یکی از تفاوت‌های نظام حقوقی این کشور با ایران باشد. در حقوق ایران، حقوق موضوعه تحت تأثیر فقه است، لذا میزان جبران خسارت از سوی مقنن با الهام از این منابع تعیین می‌شود؛ درحالی‌که در ترکیه تعیین این امر به دست قاضی است. همچنین باید اشاره نمود که این کشور برای مبارزه و کنترل مشکلات زیست‌محیطی، أخذ مالیات‌های زیست‌محیطی را وضع نموده است. مالیات‌ها مربوط به نظافت محیط زیست، وسایل نقلیهٔ موتوری و مالیات بر کربن ازجملهٔ آنهاست. طبق مقررات قانونی، صاحبان مشاغل این مالیات را هر سال در دو قسط مساوی به شهرداری پرداخت می‌کنند. قانون درآمد شهرداری‌ها مصوب ۱۹۸۴[۶۷]، ناظر بر أخذ این مالیات‌هاست و حتی در قانون محیط زیست نیز به أخذ مالیات توجه شده است. برای نمونه، قانون‌گذار در مادهٔ ۱۳ قانون محیط زیست ترکیه ۱۹۸۳ مقرر داشته است: «به‌منظور مدیریت کارآمد منابع و جلوگیری از آلودگی محیط زیست ناشی از کیسه‌های پلاستیکی، کیسه‌های پلاستیکی در محل‌های فروش به کاربر یا مصرف‌کننده در ازای دریافت هزینه داده می‌شود. هزینهٔ پایه‌ای که باید اعمال شود، حداقل ۲۵ سنت تعیین شده است و هر سال از طریق کمیسیونی که از سوی وزارتخانه تعیین می‌شود، به‌روزرسانی می‌گردد».

۳.۲.۲.۳. اقتصاد سبز

ترکیه در مبارزهٔ جهانی علیه آلودگی‌های محیط زیست نیز فعال است و در برنامه‌های مبارزه با انتشار گازهای گلخانه‌ای و گرم شدن زمین مشارکت می‌نماید. این کشور برنامهٔ ملی اقدام تغییرات آب‌وهوایی را برای سال‌های ۲۰۱۱ تا ۲۰۲۳ معرفی نموده است تا بتواند به سوی اهداف

66. Mustafa Kicalioglu, Haksiz Fiilerden Dogan Tazminat Davalari, Third Edition, Ankara: Yetkin Press, 2015, p. 401.

67. Belediye Kanunu of 1984.

مرتبط با تغییرات آب‌وهوایی زمین گام بردارد. در این راستا قانون نظارت بر انتشار گازهای گلخانه‌ای و قانون مواد ازبین‌برندهٔ لایهٔ ازن را برای نظارت و بررسی بهتر در دست اقدام دارد. با این همه، محققان این کشور معتقدند برای جبران خسارات زیست‌محیطی اگرچه راهکارهای یادشده ضروری به‌نظر می‌رسد، ولی ناکافی است. آنها بر این باورند که ترکیه باید موضوع مصرف یا اقتصاد سبز را جدی‌تر دنبال نماید و در عمل نیز دولتمردان نگاه ویژه به مقولهٔ اقتصاد سبز داشته‌اند، به‌گونه‌ای که در سال‌های اخیر از مناطق صنعتی سبز با سیاست‌ها و رویکردهای استراتژیک مختلف حمایت نموده و انگیزه‌های مختلفی را برای گذار به اقتصاد سبز فراهم ساخته‌اند[۶۸]. این موارد شامل کسر مالیات، فرصت‌های اعتباری، پشتیبانی زیرساخت‌ها و خدمات آموزشی و مشاوره‌ای در مورد پایداری زیست‌محیطی است. در این راستا، حزب سبز در سال ۱۹۸۸ در این کشور به‌وجود آمد و مسائل محیط زیستی را در اساس‌نامهٔ خود گنجاند و اصول اساسی آن با تأکید بر حقوق بشر و عدالت به‌تصویب رسید. مهم‌ترین اقدامات این حزب، تلاش در اجرایی کردن مقررات حقوقی، تأسیس وزارت محیط زیست، ظهور انجمن‌های متعدد و گشایش بخش‌های آموزشی مختلف دانشگاهی با تمرکز بر مسائل زیست‌محیطی بود. هرچند حزب یادشده چندان دوام نیاورد و در سال ۱۹۹۴ به کار خود خاتمه داد، ولی در سال ۲۰۰۸ بار دیگر با شعار «ترویج سیاست‌های سبز در مقابله با رکود» کار خود را از سر گرفت. هدف اصلی این حزب، دستیابی به قدرت نبود، بلکه به‌عنوان مخالف و منتقد دولت و سازمان‌های وابسته به آن، به‌دنبال حفظ محیط زیست در برابر سرمایه‌گذارانی بود که با بی‌توجهی به محیط زیست، به‌نوعی دشمن محیط محسوب می‌شدند[۶۹].

در کنار تمرکز به موضوع مهم اقتصاد سبز، محققان پیشنهاد می‌دهند برای کارآمد کردن جبران خسارت از روش‌های موجود در برخی کشورها ازجمله امریکا، همچون الزام به اخطار و منع پیگیری‌های مکرر، خوداظهاری، أخذ حق‌الوکاله الگوبرداری شود که تاکنون این موارد در قانون محیط زیست ترکیه و یا حقوق تعهدات آنها نیامده است[۷۰]؛ لذا از پرداختن به آنها خودداری می‌شود.

68. Tolga Ozturk & İnci Nur Durak, "EU Environmental Policies in the Context of Green Theory and Türkiye's Adaptation Process", *Alanya Academic Review Journal*, No. 8, (2024), p. 225-226.
69. E.B Sipahi, &S Dinçer, Yesil ideolojiler baglamında yeşil siyasetin Türkiye'deki siyasi partilere yansımaları. Kent ve Cevre Arastırmaları Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1 (2019), p. 42.
70. OzGe Atil, *Ibid*, p. 119-120.

نتیجه

مقایسهٔ دو نظام حقوقی ایران و ترکیه آشکار نمود که هر دو کشور سابقهٔ طولانی در وضع مقررات زیست‌محیطی دارند و این خود نشانگر درک بالای قانون‌گذار از اهمیت حفظ محیط زیست است.

در ایران، غایت درک و توجه را در اصل ۵۰ قانون اساسی می‌توان یافت که پیشرفت حیات اجتماعی نسل امروز و فردا را مرهون حفظ محیط زیست دانسته است. همچنین در هردو کشور با چاره‌اندیشی‌های کیفری و حقوقیِ پیش‌بینی‌شده در قوانین مختلف، سعی شده است بسیاری از جلوه‌های زیست‌بوم، گونه‌های جانوری، گیاهی و از همه مهم‌تر انسان را مورد حمایت قرار دهد. لکن ازآنجا که فعالیت‌های پرمخاطرهٔ آسیب‌زا از طرف اشخاص حقوقی حقوق خصوصی و عمومی و نیز حقیقی ادامه داشته و خواهد داشت؛ همچنان در برابر کنترل آن مخاطرات، قانون گاه ضعف دارد و گاهی خالی از مقرره است.

در نوشتار حاضر به برخی از این کاستی‌ها اشاره شده است؛ لذا سعی می‌شود برای رفع و اصلاح آن پیشنهادهایی ارائه گردد:

۱. یکی از اقدامات بسیار مهم قانون‌گذار در ترکیه، پیش‌بینی نظریهٔ مسئولیت بدون تقصیر برای جبران خسارات زیست‌محیطی است. با تصویب قانون محیط زیست در سال ۱۹۸۳ در مادهٔ ۲۸ این قانون به‌صراحت از این نظریه نام برده شد. به این ترتیب با این اقدام از دشواری‌های نظریهٔ تقصیر دوری جسته، حمایت بهتری از زیان‌دیدگان خسارات زیست‌محیطی صورت خواهد گرفت. در حقوق ایران نیز پیش‌بینی مبنای واحد و روشن از سوی قانون‌گذار در خود قوانین زیست‌محیطی ضروری است و استقبال از نظریهٔ محض بین حقوق‌دانان در این زمینه بیشتر است. در نظریهٔ محض به اثبات تقصیر نیازی نیست و صرف احراز رابطهٔ سببیت بین فعل زیان‌بار و ضرر برای جبران خسارت کافی است.

۲. در قانون هوای پاک ایران مصوب ۱۳۹۶، مجازات حبس به‌عنوان یکی از ضمانت‌های اجرای کیفری حذف شده است؛ درحالی که گاهی در خصوص جرائم زیست‌محیطی تنها

اعمال حبس است که تناسب بین جرم و مجازات را برقرار می‌سازد و همان‌گونه که در بخش بررسی ضمانت اجرای کیفری در ترکیه ملاحظه گردید، مجازات حبس در کنار دیگر ضمانت‌ها برای مرتکبان جرائم زیست‌محیطی برقرار است.

۳. در حوزهٔ محیط زیست توجه به روش‌های نوین جبران خسارات زیست‌محیطی، خصوصاً مقولهٔ اقتصاد سبز در کنار روش سنتی، بسیار مفید و مؤثر است. در کشور ترکیه توجه به این مقوله بسیار پررنگ‌تر از نظام حقوقی ایران است و انتظار می‌رود که در ایران نیز بیشتر مدنظر قانون‌گذار قرار گیرد.

۴. امکان طرح دعوی مدنی از سوی شهروندان و سازمان‌های غیردولتی در راستای حفظ منافع همگانی در خصوص آسیب و خسارات زیست‌محیطی، موضوعی است که در نظام حقوقی ترکیه به‌صورت کامل‌تری نسبت به حقوق ایران پیش‌بینی شده است؛ لذا این موضوع نیز باید مورد توجه بیشتر قرار گیرد و کاستی‌ها مرتفع گردد.

منابع و مآخذ

الف) منابع فارسی

- کتاب‌ها

۱. مشهدی، علی (۱۳۹۸). ***حقوق اساسی محیط‌زیست: مطالعهٔ تطبیقی.*** تهران: مؤسسهٔ مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.

- مقالات

۲. اسدی، روح‌الله و حسن‌نیا بدرآباد، هدیه (۱۴۰۰). تحلیل چالش‌های مردم‌نهاد (سمن‌ها) زیست‌محیطی در ایران با نظریهٔ جامعه منشوری ریگز. ***پژوهش‌های جغرافیای سیاسی،*** ۶(۲)، ۱-۲۱.

۳. اسکندری، محبوبه؛ رسولی، عصمت و فلاح، وحید (۱۴۰۱). طراحی الگوی برنامه درسی یادگیری خدمات‌رسانی با تأکید بر اقتصاد سبز (مطالعه موردی: دانش آموزان دوره اول متوسطه). ***آموزش محیط زیست و توسعهٔ پایدار،*** ۱۲(۲)، ۱۱۹-۱۳۶.

۴. اسماعیلی لکی، سیاوش و صبوحی لکی، بهروز (۱۳۹۵). بررسی تأثیر احساس مسئولیت اجتماعی، ارزش‌ها و دانش زیست‌محیطی مصرف‌کنندگان با میانجی‌گری ادراک از تبلیغات زیست‌محیطی و محصول سازگار با محیط زیست برقصد خرید محصولات سازگار با محیط زیست. *چهارمین کنفرانس بین‌المللی پژوهش‌های نوین در مدیریت،* ***اقتصاد و حسابداری،*** برلین-آلمان، ۱-۱۶.

۵. بادینی، حسن؛ شعبانی کندسری، هادی و رادپرور، سجاد (۱۳۹۱). مسئولیت محض؛ مبانی و مصادیق. ***مطالعات حقوق تطبیقی،*** ۳(۱)، ۱۹-۳۶.

۶. جعفری مجد، محمد؛ خوئینی، غفور و مهدوی کنده، حسین (۱۳۹۶). روش‌های جبران خسارات زیست‌محیطی بر مبنای اصول اخلاقی محیط زیست: در نظام حقوقی ایران. ***پژوهش‌های اخلاقی،*** ۷(۱)، ۶۷-۸۸.

۷. حاجی‌بیگی، سحر؛ عالی‌پور، حسین و پاکزاد، بتول (۱۴۰۲). عناصر مجرمانهٔ شناور؛ امکان‌سنجی تحقق عناصر جرائم زیست‌محیطی». ***مطالعات فقه و حقوق اسلامی،*** ۱۵(۳۰)،۱۲۱-۱۴۶.

۸. رمضانی قوام‌آبادی، محمدحسین (۱۳۹۳). اقتصاد سبز: گامی به‌سوی تحقق توسعهٔ پایدار در حقوق بین‌الملل محیط زیست. ***دانشنامهٔ حقوق اقتصادی،*** ۲۱(۶)، ۱۱۴-۱۴۱.

۹. زاهدیان تجنکی، محمدحسین؛ شامبیاتی، هوشنگ و نجفی توانا، علی (۱۴۰۲). شاخص‌های سیاست‌گذاری کیفری جرائم زیست‌محیطی با تأملی در زیست‌بوم استان مازندران. ***تعالی حقوق***، ۱۴(۳)، ۱۶۷-۲۰۰.

۱۰. سودمندی، عبدالمجید (۱۳۹۸). بهبود ضوابط کیفری و نوآوری‌های قانون هوای پاک در مقایسه با قانون نحوه جلوگیری از آلودگی هوا. ***پژوهش حقوق کیفری***، ۷(۲۷)، ۹-۴۱.

۱۱. شاهرخی، سید نورالله و رحیمی، حبیب‌الله (۱۴۰۲). بررسی انطباق اصل جبران همهٔ خسارات با مبانی کثرت‌گرا در حوزه فلسفهٔ مسئولیت مدنی. ***مطالعات حقوق تطبیقی معاصر***، ۳۰(۱۴)، ۱۷۹-۲۱۳.

۱۲. شریفی، محسن (۱۴۰۲). نقدی بر رویکرد قانون‌گذار ایران در قبال بزه‌کاری سبز. ***مطالعات حقوقی***، ۱۵(۱)، ۶۶-۹۲.

۱۳. فلاح‌نژاد، فاطمه و موسوی مبارکه، محبوبه (۱۴۰۲). بررسی جبران خسارت زیست‌محیطی در نظام حقوقی ایران و چین. ***مطالعات حقوق تطبیقی***، ۱۴(۲)، ۹۳۷-۹۶۴.

۱۴. قلی‌پور، غلامرضا و مهرا، نسرین (۱۳۹۹). جنایت اکو ساید؛ گذشته، حال و آینده. ***پژوهش حقوق کیفری***، ۸(۳۰)، ۴۴- ۸۱.

۱۵. کاتوزیان، ناصر و انصاری، مهدی (۱۳۸۷). مسئولیت ناشی از خسارت‌های زیست‌محیطی. ***مطالعات حقوق خصوصی***، ۳۸(۲)، ۲۸۵-۳۱۳.

۱۶. کریمی، روح‌الله؛ پهلوان‌زاده، عباس و جلالی، حسین (۱۴۰۱). تحکیم جایگاه دادخواه خصوصی در دعاوی محیط زیستی علیه دولت. ***علوم و فناوری محیط زیست***، ۲۴(۵)، ۱۴۷-۱۵۶.

۱۷. غازی، ایران و ملایی، اعظم (۱۳۹۵). ناپایداری زیست‌محیطی در خاورمیانه و چالش‌های سیاست‌گذاری مدیریتی و فرهنگی: مطالعهٔ مقایسه‌ای با ایران، ترکیه و عربستان. ***علوم سیاسی***، ۱۲(۳۷۹)، ۱۲۱-۱۴۴.

۱۸. محسنی، حسن (۱۳۹۹). شدت «زیان زیست‌محیطی» قابل مطالبه در حقوق فرانسه و چالش‌های مفهوم «آلودگی در حقوق ایران». ***تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی***، ۳(۶)، ۱۵۵-۱۸۳.

۱۹. موقوفه‌ای، مهری؛ رنجبر، ایرج و آزادبخت، فرید (۱۴۰۰). جبران خسارت قربانیان زیست‌محیطی در فقه و حقوق بین‌الملل. ***مطالعات فقه اقتصادی***، ۳(۴)، ۱۲۵-۱۴۳.

۲۰. نمامیان، پیمان و طیبی، سبحان (۱۴۰۳). سنجش تطبیقی گفتمان دیپلماسی محیط زیست و حقوق بین‌الملل کیفری در پیشگیری از ارتکاب جرائم محیط زیستی. ***مطالعات حقوق تطبیقی معاصر***، ۱۵(۳۴)، ۳۲۱-۳۵۰. Doi: 10.22034/LAW.2023.58484.3319

۲۱. همتی، مجتبی (۱۳۹۷). اقامهٔ دعوی جبران خسارت زیست‌محیطی در نظام حقوقی ایران. ***دیدگاه‌های حقوق قضایی***، ۲۳(۸۱)، ۲۲۱-۲۵۳.

۲۲. یوسفی صادق‌لو، احمد (۱۳۹۹). مسئولیت مدنی محیط زیست در قانون و رویه. ***قضاوت***، (۸۰)، ۵۷-۱۰۳.

ب) منابع انگلیسی

- Books

23. Cem, Sahin (2020*).* ***Takip, Temsil Yayinevi***. Istanbul.

24. Oguzman, M. & Turgut, O. (2018). ***Borclar Hukuku Genel Hukumler***. Istanbul: Vedat Kitapcilik.

25. Kicalioglu, Mustafa (2015). ***Haksiz Fiilerden Dogan Tazminat Davalari***. 3ed Edition, Ankara: Yetkin Press.

- Articles

26. Acibuca, V. & Kaya, A. (2024). Environmental Awareness and Attitudes of University Students: The Case of Türkiye. ***Journal of Agricultural Sciences***, 8(1), 237-246.

27. Atil, O. (2017). Adopting the Citizen Suit Provision of the United States Clean Water Act as a Tool for Water Pollution Enforcement in Turkey. ***Journal of Transnational***, (26), 76-121.
https://ir.law.fsu.edu/jtlp/vol26/iss1/3

28. Babaoglu, Basak & Wulf, Alexander J. (2016). Decriminalizing the Issuance of Bad Checks in Turkey: an Analysis of the Effects of Changes in Penalties. ***European Journal of Law and Economics***, 42(1), 5-23.

29. Bakar, E. & Akcaalan, M. (2023). Historical Background of Secondary School Environmental Education and Climate Change Lesson in Turkiye. ***Bartın University Journal of Faculty of Education***, 12(3), 488-500.

30. Demir, S.; Demir, H.; Caklar,k.; Murat, C. (2022). Environmental Quality and Health Expenditures Efciency in Turkiye: the Role of Natural Resources. *Environmental Science and Pollution Research*, (30), 15170–15185.

31. Funda Gokce, G.; Ozbay, M.; Demirel, O. (2021). Environmental Policies Applied in Turkey, *VImarsh - A b-Annual Peer-Reviewed Refereed Journal*, 2(12), 43-35.

32. Khalatbari, Y. & Poorhashemi, A. (2019). Environmental Damage: Challenges and Opportunities in International Environmental Law., *CIFILE Journal of International*, 1(1), 21-28

33. Kurtic, E. (2022). Criminalizing Environmental Activism in Turkey. *Middle East Brief*, 144, 2-10.

34. Oguz, H. (2016). Sorumluluk Hukukunda Kusur: Fault in Liability Law. Turkiye Adalet Akademisi Dergisi, Taad, Yıl: 7, Sayı: 28, 273-286.

35. Ozturk, T. & Durak, I. (2024). EU Environmental Policies in the Context of Green Theory and Türkiye's Adaptation Process. *Alanya Academic Review Journal*, 1(8), 224-236. Doi: 10.29023/alanyaakademik.1324780

36. Sipahi, E.B. & Dinçer, S. (2019). Yesil ideolojiler baglamında yeşil siyasetin Türkiye'deki siyasi partilere yansımaları. *Kent ve Cevre Arastırmaları Dergisi*, 1(1), 17-57.

37. Yildirim, K. & Emre Ayna, Y. (2018). The Role of Non-Governmental Organizations in Environmental Governance in Turkey. *Adam Akademi*, 2(8), 409-431. DOI: 10.31679/adamakademi.427082

University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514
Volum: 16 **Issue:** 39
Summer 2025

Article Type: Research Article **Pages:** 159-196

Populist Constitutionalism and the Concept of the Constitution

Fardin Moradkhani[1]

1. Associate Professor, Department of Law, Bu-Ali Sina University, Hamedan, Iran
f.moradkhani@basu.ac.ir

Abstract

Constitutionalism is one of the important concepts of legal science, especially in constitutional law. In this regard, this concept has been formed in many interpretations in legal thought. One of the types of this concept is populist constitutionalism, which has attracted the attention of legal researchers in the last decade. This article, using a descriptive-analytical method and relying on the most important sources regarding this concept and a Comparative study of the subject in different countries, seeks to answer the question of what populist constitutionalism is and what its characteristics are. The constitution has a different meaning for populists than its common meaning among jurists. Hence, some issues included in the constitutions, such as constitutional proceedings, elections, and an independent judiciary, are transformed in populist thought. Populist constitutionalism's view of the constitution is instrumental. By relying on the concept of the people, they try to eliminate intermediary institutions such as representation and oppose ideas related to democracy. An attempt has also been made to determine the relationship of populist constitutionalism with close and bordering concepts such as political constitutionalism and popular constitutionalism.

Keywords: *Political constitutionalism, popular constitutionalism, populist constitutionalism, constitution, constitutionalism.*

Received: 2025/04/05 **Received in revised form:** 2025/08/15 **Accepted:** 2025/06/29 **Published:** 2025/09/09

DOI: 10.22034/law.2025.66635.3474

Publisher: University of Tabriz law@tabrizu.ac.ir

شاپا الکترونیکی: ۰۵۱۴-۲۸۲۱
مطالعات حقوق تطبیقی معاصر
دوره: ۱۶، شماره: ۳۹
تابستان ۱۴۰۴
نوع مقاله: پژوهشی
صفحات: ۱۵۹-۱۹۶

مشروطیت پوپولیستی و مفهوم قانون اساسی

فردین مرادخانی[۱]

۱. دانشیار گروه حقوق، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران f.moradkhani@basu.ac.ir

چکیده

قانون اساسی گرایی یا مشروطیت یکی از مفاهیم مهم دانش حقوق به‌ویژه در حقوق اساسی است. در خصوص این مفهوم برداشت‌های زیادی در اندیشهٔ حقوقی شکل گرفته است. یکی از انواع این مفهوم، مشروطیت پوپولیستی است که در یک دههٔ اخیر مورد توجه پژوهشگران حقوقی قرار گرفته است. نگارندهٔ این مقاله با روش توصیفی- تحلیلی و با تکیه بر مهم‌ترین منابع در خصوص این مفهوم و نیز مطالعهٔ تطبیقی موضوع در کشورهای مختلف به‌دنبال پاسخ به این پرسش است که مشروطیت پوپولیستی چیست و چه ویژگی‌هایی دارد. قانون اساسی برای پوپولیست‌ها دارای معنایی متفاوت با معنای رایج آن در نزد حقوق‌دانان است.؛ از این رو، برخی موضوعات مندرج در قوانین اساسی مانند دادرسی اساسی و انتخابات و قوهٔ قضائیه مستقل در اندیشهٔ پوپولیستی دگرگون می‌شوند. نگاه مشروطیت پوپولیستی به قانون اساسی ابزاری است. آنها با تکیه بر مفهوم مردم سعی در حذف نهادهای واسطه همچون نمایندگی دارند و با اندیشه‌های مرتبط با دموکراسی به مخالفت برمی‌خیزند. همچنین کوشش شده است که نسبت مشروطیت پوپولیستی با مفاهیم نزدیک و هم‌مرزی چون مشروطیت سیاسی و مشروطیت مردمی مشخص گردد.

واژگان کلیدی: *قانون اساسی، مشروطیت پوپولیستی، مشروطیت سیاسی، مشروطیت مردمی.*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۱/۱۶ **تاریخ بازنگری:** ۱۴۰۴/۰۳/۲۳ **تاریخ پذیرش:** ۱۴۰۴/۰۴/۰۸ **تاریخ انتشار:** ۱۴۰۴/۰۶/۱۸

DOI: 10.22034/law.2025.66635.3474

ناشر: دانشگاه تبریز law@tabrizu.ac.ir

مقدمه

شکل حکومت پس از جنگ جهانی دوم مدل نسبتاً یکسانی است[۱]. قانون اساسی مدرن برای مشروعیت خود به مردم وابسته است و از حاکمیت مردمی سخن می‌گوید و این حاکمیت را از قدرت مؤسس به قدرت‌های تشکیل‌شده منتقل می‌کند که در روایت قانون اساسیِ حقوقی به معنای اولویت دادن به نهادهای قضایی است. در این نظام، دادگاه‌های قانون اساسی یا دادگاه‌های عالی که مسئولیت بررسی و انطباق قوانین را برعهده دارند، بااهمیت می‌شوند. قوانین اساسی مدرن به‌عنوان ساختارهای منسجم قراردادی که در آنها مبانی قانون اساسی به‌وضوح حل شده است، برای آینده الزام‌آور می‌شوند[۲]. حقوق مدنی و سیاسی مندرج در قانون اساسی، شهروندان و بازیگران سیاسی را قادر می‌سازد تا قوانین خود را در محدوده‌های تعیین‌شده در قانون اساسی اعمال کنند[۳]. مشروطیت لیبرال، تفکیک قوا، حاکمیت قانون و بی‌طرفی دولت را ترویج می‌کند[۴]. لیبرالیسم، برابری همهٔ مردم یا همهٔ شهروندان و اولویت حق بر خیر را فرض می‌گیرد و این احتمال را که یک دولت لیبرال بتواند متعهد به انواع کمال‌گرایی باشد، رد می‌کند[۵].

با ظهور رهبران سیاسی پوپولیست در غرب، مانند دونالد ترامپ و مارین لوپن و ظهور روسای جمهوری مانند هوگو چاوز در ونزوئلا و رافائل کورئا در اکوادور در امریکای لاتین و نیز تحولات اروپای شرقی در مجارستان و لهستان، موضوع پوپولیسم به یک دغدغه در حقوق اساسی تبدیل شده است[۶].

این مقاله با روش توصیفی- تحلیلی به‌دنبال پاسخ به این پرسش است که مشروطیت پوپولیستی چیست و چه ویژگی‌هایی دارد و نسبت آن با مفاهیم هم‌مرز چیست؟ برای پاسخ دادن

1. Heinz Klug, *Constituting Democracy: Law, Globalism and South Africa's Political Reconstruction,* (Cambridge University Press, 2000).
2. Simone Chambers, "Contract or Conversation? Theoretical Lessons from the Canadian Constitutional Crisis", *Politics & Society*, (1998), p. 143.
3. Paul Blokker, "Varieties of Populist Constitutionalism: The Transnational Dimension". *German Law Journal*, No 3 (2019), p. 336.
4. Paul Blokker, "Populist Constitutionalism". *Forthcoming in: Carlos de la Torre (Ed.), Routledge Handbook of Global Populism,* (Routledge, 2018), p. 12.
5. Mark Tushnet, "The Possibility of Illiberal Constitutionalism". *Florida law review*, Vol. 69, (2017), p. 1369.
6. David Landau, "Populist Constitutions". *The University of Chicago Law Review*, Vol. 85, (2018), p. 521.

به این پرسش‌ها لازم است درکی از مفهوم قانون اساسی وجود داشته باشد تا بتوان دیدگاه پوپولیست‌ها به قانون اساسی و عناصر و محتوای آن را به بحث گذاشت. در مورد ضرورت انجام این تحقیق باید گفت که انجام چنین تحقیقاتی در کشور ما از این روی ضروری است تا فهم عمیق‌تری از مشروطیت و قانون اساسی پیدا کنیم و به این نکته التفات یابیم که گاه برخی از انتقادات از قانون اساسی و دموکراسی می‌تواند به ظهور پدیده‌های دیگری دامن بزند و تبعات ناخواسته‌ای برای نظام حقوقی داشته باشد.

در کشوری مانند ایران که در راه ایجاد حکومت قانون با تکیه بر قانون اساسی تلاش می‌کند شناخت چنین مفاهیمی بسیار ضروری است، زیرا می‌تواند ما را از خطرها و دام‌هایی که در این راه وجود دارد، آگاه سازد. برای نمونه، تأکید بر نقش مردم بسیار پسندیده است، اما توجه بیش‌ازحد به آن ممکن است به دستاورهایی خلاف هدف دموکراسی منجر شود. در خصوص سابقهٔ تحقیق باید گفت که در ایران هنوز تحقیقی دربارهٔ مشروطیت پوپولیستی و قانون اساسی در نظریهٔ پوپولیست‌ها صورت نگرفته و این نوشته اولین تحقیق در خصوص این موضوع از منظر دانش حقوق است. البته در مورد خودِ مفهوم پوپولیسم آثاری به زبان فارسی وجود دارد که عموما ترجمه هستند و از نظر دانش سیاست یا جامعه‌شناسی به موضوع ورود کرده‌اند (ازجمله تاگرات، ۱۳۸۱؛ موفه، ۱۳۹۹؛ مولر، ۱۳۹۶) و از منظری که در این مقاله بحث شده است، یعنی حقوق اساسی، اثری به زبان فارسی وجود ندارد.

۱. تعریف و انواع پوپولیسم

دربارهٔ پوپولیسم و انواع آن اختلاف نظرهای زیادی وجود دارد و نمی‌توان مدعی اجماعی در خصوص معنای آن بود. به گفتهٔ آیزایا برلین، پوپولیسم نشان‌دهندهٔ اکثریت کسانی است که از سوی نخبگان، اعم از اقتصادی، سیاسی یا نژادی، به سبب نوعی دشمن پنهانی یا آشکار آسیب دیده‌اند[۷] و عناصر اساسی آن، برادری، برابری و آزادی از اقتدار تحمیلی است[۸]. برلین از دو نوع پوپولیسم واقعی و کاذب[۹] نام می‌برد. پوپولیسم کاذب به‌کارگیری ایده‌های پوپولیستی برای

7. Isaiah Berlin, "To Define Populism" in *The Isaiah Berlin Virtual Library* (1968). p. 6. Available: http://berlin.wolf.ox.ac.uk/lists/bibliography/bib111bLSE.pdf10
8. *Ibid*, p. 11
9. False Populism

اهدافی غیر از اهداف پیش‌گفته و بسیج احساسات مردمی برای اهداف غیردموکراتیک است[۱۰].

ماد و کالتواسر پوپولیسم را به‌عنوان یک ایدئولوژی که جامعه را در دو اردوگاه همگن و متضاد به‌عنوان مردم خالص و نخبگان فاسد قرار می‌دهد تعریف می‌کنند که در آن سیاست باید بیانی از ارادهٔ عمومی مردم باشد[۱۱]. به باور آنها برخی از اشکال پوپولیسم با اقتدارگرایی و بومی‌گرایی ترکیب شده است؛ درحالی که اقتدارگرایی به یک جامعهٔ کاملاً منظم اشاره دارد، دولت‌ها در بومی‌گرایی باید منحصراً از سوی اعضای گروه بومی ملت انتخاب شوند و عناصر غیربومی برای دولت– ملتِ همگن تهدید محسوب می‌شود[۱۲].

پیپا نوریس معتقد است همهٔ پوپولیست‌ها تهدیدی برای دموکراسی مبتنی بر قانون اساسی لیبرال نیستند. وی دموکرات‌های برنی سندرز، پودموس اسپانیا و جنبش پنج ستارهٔ ایتالیا را در گروه غیراستبدادی و رجب طیب اردوغان در ترکیه، ویکتور اوربان در مجارستان، رودریگو دوئرته در فیلیپین، هوگو چاوز و نیکلاس مادورو در ونزوئلا را در فهرست پوپولیست‌های اقتدارگرا قرار می‌دهد[۱۳]. برخی پژوهشگران[۱۴] با تمرکز بر موارد مجارستان و لهستان معتقدند این نوع از پوپولیسم، عناصر قوی ناسیونالیستی و اقتدارگرا را به نمایش می‌گذارد. رابرت هاوس نیز بین پوپولیسم خوب و بد تمایز قائل می‌شود و ادعاهای اولی را کثرت‌گرا و دومی را ضد کثرت‌گرایی توصیف می‌کند[۱۵]. برخی محققان بر لزوم درک پوپولیسم، نه صرفاً به‌عنوان تهدیدی برای دموکراسی لیبرال، بلکه به‌عنوان جنبشی ریشه‌دار در نارضایتی‌های اجتماعی واقعی و آرمان‌های دموکراتیک تأکید دارند[۱۶].

10. *Ibid*, p. 12-13
11. Cas Mudde, Cristóbal Rovira Kaltwasser, *Populism: A Very Short Introduction* (Oxford University Press, 2017), p. 6.
12. *Ibid*, p. 34
13. Pippa Norris, "Is Western Democracy Backsliding? Diagnosing the Risks", *HKS Working Paper*, No. RWP17-012 (2017). p. 1.
14. Gabor Halmai, "Is there Such Thing as 'Populist Constitutionalism?", The Case of Hungary" Fudan Journal of the Humanities and Social Sciences, No. 3 (2018), p. 323-339.
15. Robert Howse, "Populism and Its Enemies" Workshop on Public Law and the New Populism, Jean Monnet Center, NYU Law School, 3, Sept. 15–16, (2017).
16. Michał Stambulski, "Constitutional Populism Beyond the Liberal Framework. Adam Czarnota's Program for Sociology of Constitutions". In: *The Law is for the Citizens, so it Should Serve Them*, ed. W. Zomerski, F. Cyuńczyk, P. Eckhardt, M. Paździora, (Scholar 2024), p. 133-142.

مارک تاشنت پوپولیسم را به چپ و راست تقسیم کرده، پوپولیسم چپ را حمایت از محدودیت‌های حرکت سرمایه و پوپولیسم راست را به‌عنوان محدودیت در حرکت مردم توصیف می‌کند[۱۷]. به اعتقاد یکی دیگر از پژوهشگران، پوپولیست‌های راست‌گرا ناسیونالیست‌هایی هستند که به مهاجران حمله می‌کنند و اصول مشروطیت را زیر پا می‌گذارند. پوپولیست‌های چپ مانند سیریزا در یونان یا پودموس در اسپانیا یا برنی سندر برابری‌طلب چپ در ایالات متحده، بیشتر به فقر اهمیت می‌دهند[۱۸]. بلوکر از دو نوع پوپولیسم سخن می‌گوید؛ اولی، پروژهٔ لیبرال دمکراتیک را معیوب می‌داند و دنبال جایگزین آن است و بر ابعاد جمعی، فرهنگی و تاریخی در برابر فردگرایی لیبرال دموکراسی تأکید دارد. دومی، برخی از اصول جامعهٔ لیبرال دمکراتیک مانند فرد، حقوق بشر مرتبط و حکومت خودمختار مردمی را می‌پذیرد، ولی لیبرال دمکراتیک کنونی را در تحقق چنین آرمان‌هایی تحریف می‌کند[۱۹].

۲. مشروطیت پوپولیستی

با آنکه در مورد پوپولیسم ادبیات وسیعی وجود دارد، اصطلاح مشروطیت پوپولیستی[۲۰] جدید است و تنها در دهه‌های اخیر و به علت وجود انواع جدیدی از حکومت و برخی از حوادث سیاسی و حقوقی، مورد توجه محققان قرار گرفته است. بلوکر، مشروطیت پوپولیستی را شکلی از نقد قانون اساسی و ضد مشروطیت می‌داند تا انکار آشکار مشروطیت لیبرال و حاکمیت قانون[۲۱]. او در جای دیگری می‌گوید پوپولیسم به ازبین بردن پتانسیل دموکراتیک مشروطیت منجر می‌شود[۲۲]. پوپولیست‌ها ادعا می‌کنند که نمایندهٔ مردم و صدای آنها هستند و بر تقدم سیاست بر قانون تأکید می‌کنند[۲۳]. این موضع شبیه آرای اشمیت است. قانون اساسی از نظر اشمیت، بیانگر تجانس

17. Mark Tushnet, "Comparing Right-Wing and Left-Wing Populism" in *Constitutional Democracy in Crisis?* (Mark A. Graber, Sanford Levinson & Mark Tushnet eds. (Oxford University Press, 2018).
18. Gábor Halmai "Populism, authoritarianism and constitutionalism" *German Law Journal*. Vol. 20, (2019), p. 298.
19. Paul Blokker, "Varieties of populist constitutionalism", *op. cit*. p. 344.
20. Populist Constitutionalism
21. Paul Blokker, "Populist Constitutionalism", *op. cit*.
22. Paul Blokker, "Populism as a Constitutional Project", *International Journal of Constitutional Law*, No 2. (2019). p. 356.
23. Akritas. Kaidatzis, "Populist Constitutionalism as a Critique on Liberal (or Legal) Constitutionalism**".** Paper Submitted to the Workshop 'New Constitutionalism? New Forms of Democracy and Rule of Law Beyond Liberalism', *International Institute for the Sociology of Law*, Oñati 12-13.7, 1-18. p. 9**.**

اساسی هویت و ارادهٔ مردم و تضمین موجودیت دولت است و هر ترتیب قانونی مبتنی بر یک قدرت سیاسی است یا از آن سرچشمه می‌گیرد[۲۴]. از منظر اشمیت، تصمیم سیاسیِ مردم به‌عنوان وحدت سیاسی بر پایهٔ ارادهٔ آزاد خود آنها اتخاذ می‌شود. این ارادهٔ سیاسی در کنار قانون اساسی و فراتر از آن باقی می‌ماند. همچنین وی مردم را به‌عنوان یک واقعیت وجودی در مقابل نمایندگی در پارلمان به تصویر می‌کشد و از این رو، معتقد است که موسولینی تجسم واقعی دموکراسی است.

برخی از مشروطه‌خواهان بر این باورند که اصطلاح مشروطیت پوپولیستی درست نیست، زیرا پوپولیسم و مشروطیت همدیگر را طرد می‌کنند. اگر مشخصهٔ اصلی مشروطیت محدود بودن قدرت حکومت باشد، سیاست استبدادی و سیاست غیرلیبرال نمی‌توانند الزامات مشروطیت را برآورده سازند. پوپولیست‌های کاذب برداشتی از قانون اساسی دارند که با محدودیت قدرت، پایبندی به حاکمیت قانون و حمایت از حقوق اساسی به‌عنوان مؤلفه‌های اصلی مشروطیت مخالف است[۲۵]. نظام‌های پوپولیستی غیرلیبرال، برخی از نهادها مانند دادگاه‌های قانون اساسی را حفظ می‌کنند، اما قدرت آنها بسیار محدود است. اگرچه حق‌های اساسی در قانون اساسی آنها ذکر می‌شود، اما ضمانت‌های نهادی این حقوق به دلیل فقدان قوهٔ قضاییهٔ مستقل به‌خطر می‌افتد[۲۶].

مشروطیت پوپولیستی را می‌توان به‌عنوان یک جریان متضاد در برابر مشروطیت مدرن درک کرد[۲۷]. پوپولیست‌ها نقدهای مهمی بر مشروطیت لیبرال و لیبرال دموکراسی دارند، اما به وعده‌های دموکراتیک خود عمل نمی‌کنند[۲۸]. آنها از گرایش لیبرالیسم به سیاست‌زدایی و دوری و بیگانگی بالقوهٔ شهروندان از نهادها انتقاد می‌کنند و بر این باورندکه تأکید بر عقلانیت قانونی،

24. Carl Schmitt, *Constitutional Theory*. Translated by Jeffrey Seitzer (Duke University Press, 2008), p. 125–126.
25. Gábor Halmai, "Populism, Authoritarianism and Constitutionalism", *op. cit*, p. 312.
26. *Ibid*, p. 313.
27. Antal, A. 'The Political Theories, Preconditions and Dangers of the Governing Populism in Hungary', in: Politologický Časopis-Czech Journal of Political Science, No. 1 (2017), p. 5-20.
Paul Kahn, *Political Theology: Four New Chapters on the Concept of Sovereignty* (Columbia University Press, 2019).
28. J.W. Müller, "Populism and Constitutionalism" in: Cristóbal Rovira Kaltwasser.Paul Taggart, Paulina Ochoa Espejo. Pierre Ostiguy (ed.) *The Oxford Handbook of Populism***.** (Oxford University Press, 2018).

بی‌طرفی دولت و شکل‌گرایی قانونی موجب تضعیف سیاست می‌شود. مشروطیت پوپولیستی می‌خواهد مردم را مستقیماً به نهادها پیوند دهد و دموکراسی را دوباره برای شهروندانش معنادار کند[۲۹].

پوپولیسم حاکمیت قانون را رد می‌کند و حاکمیت مردمی را در اولویت قرار می‌دهد و نیز با تأکید بر محدود کردن قدرت سیاسی از طریق قانون مخالف بوده، حاکمیت مردم و قدرت مؤسس را در اولویت قرار می‌دهد. طرف‌داران پوپولیسم، دولت مبتنی بر قانون اساسی را محکوم کرده، مدعی ایجاد یک نظم جدید قانون اساسی هستند که منافع عمومی را در برابر منافع جزئی ترویج می‌کند[۳۰].

۳. ویژگی و شاخص‌های پوپولیسم

۱.۳. وحدت مردم

یکی از ویژگی‌های پوپولیسم تأکید بر هویت جمعی و ارتقای مردم به‌عنوان یک واحد قومی ملی و مذهبی است[۳۱]. پوپولیسم با مشروطیت در مورد حاکمیت مردمی و ارادهٔ مردمی به‌عنوان مبنای مشروعیت سیاست و نظم قانونی وجه اشتراک دارد[۳۲]، ولی پوپولیست‌ها ادعا می‌کنند اصل حاکمیت مردمی در رژیم‌های لیبرال به اندازهٔ کافی تضمین نمی‌شود[۳۳]. مارین لوپن[۳۴]، رهبر جبهه ملی فرانسه، هدف اصلی خود را در برنامهٔ مبارزات انتخاباتی ریاست جمهوری ۲۰۱۷ «بازیابی آزادی و کنترل خود بر سرنوشتش با بازگرداندن حاکمیت مردم فرانسه» اعلام کرد[۳۵]. جنبش اسپانیایی حزب پودموس اعلام داشت که پودموس در ترویج حقوق بشر، حقوق را به‌گونه‌ای

29. Blokker.Paul. “Populism as a Constitutional Project”, *op. cit*.
30. *Ibid.* p. 539
31. Gábor Halmai, “The Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on the Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law” *Review of Central and East European Law*, No. 1 (2018), p. 23-42. .Nadia Urbinati, *Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the People*, (Harvard University Press, 2014).
32. M. Canovan, ‘Taking Politics to the People: Populism as the Ideology of Democracy’, in Yves Mény, Yves Surel (eds), *Democracies and the Populist Challenge*, (Palgrave Palgrave Macmillan, 2002), p. 25.
33. Paul Blokker, “Populist Constitutionalism”.*op. cit*, p. 1.
34. Marine Le Pen
35. *Ibid*, p. 5

ایجاد می‌کند که تمایز بین شهروندان و مهاجران را محو سازد[۳۶]. در امریکای لاتین، پوپولیسم تأکید زیادی بر مشارکت گستردهٔ مردم دارد و بی‌اعتمادی شدیدی به گفتمان تکنوکراتیک نشان می‌دهد[۳۷].

واژهٔ مردم شامل همهٔ جامعه، اعم از اکثریت و اقلیت است و به‌عنوان یک کل دائمی و ابدی درک می‌شود که باید از سوی سیاست اساسی[۳۸] مبتنی بر قانون اساسی محافظت گردد. تمایز بین سیاست مشروطه و سیاست معمولی[۳۹] ازبین می‌رود و سیاست به‌طور منحصر به فرد به موضوع ترویج منافع مردم واقعی[۴۰] تبدیل می‌شود[۴۱] و منطق پوپولیستی دوست- دشمن حول محور دفاع از یک ملت در برابر دشمنان داخلی و خارجی شکل می‌گیرد[۴۲]. کسانی مانند نادیا اوربیناتی و بلوکر معتقدند مشروطیت پوپولیستی بر اصول حاکمیت مردمی و حکومت اکثریت استوار است، اما با نتیجه‌گیری‌های یک‌طرفه، ابعاد کلیدی مشروطیت دموکراتیک مانند کثرت‌گرایی، فراگیر بودن و مشارکت واقعی مدنی را نقض می‌کند[۴۳].

۲.۳. تقسیم مردم

پوپولیسم جامعه را به مردم خالص و دشمنان آن تقسیم می‌کند و اولی را علیه دومی بسیج می‌کند. پوپولیسم تلاش می‌کند تا هژمونی سیاسی دشمنان را ازبین ببرد و حکومت نیروهای مردمی را جایگزین آن کند و مانع هرگونه مشارکت یا نفوذ سیاسی و عمومی بیشتر این دشمنان شود. در این سیستم گروهی از شهروندان حقوق قابل‌توجهی دریافت می‌کنند و گروهی دیگر از حمایت ناچیز قانون اساسی در برابر رفتارهای خودسرانه برخوردار می‌شوند[۴۴].

36. K. Nash, 'Politicising Human Rights in Europe: Challenges to Legal Constitutionalism From the Left and the Right'. *The International Journal of Human Rights*, No. 8 (2016), p. 1298.
37. J. Couso, (2012), 'Law, Rights and Social Change in Latin America: Competing Models of Constitutionalism in an Era of Uncertainty', Available at: http://www.derecho.uba.ar/academica/-posgrados/2012_javier-couso.pdf.
38. Constitutional Politics
39. Constitutional and Ordinary Politics
40. Real People
41. Paul Blokker, "Populism as a Constitutional Project", *op. cit*, p. 551.
42. Paul Blokker, "Varieties of Populist Constitutionalism", *op. cit*, p. 345.
43. Nadia Urbinati, "Populism and the Principle of Majority" in Cristóbal Rovira Kaltwasser. Paul Taggart, Paulina Ochoa Espejo. Pierre Ostiguy (ed.) *The Oxford Handbook of Populism*. (Oxford University Press, 2018); Paul Blokker "Populism as a Constitutional Project", *op. cit*, p. 537.
44. Mark Tushnet, "The Possibility of Illiberal Constitutionalism", *op. cit*, p. 1384.

ارنست فرانکل، آلمان نازی را دولتی دوگانه[۴۵] توصیف کرده[۴۶] که به‌ظاهر حاکمیت قانون را اجرا می‌کرده است. برای مثال، اختلافات بر سر قراردادهای تجاری یا مالکیت بین آلمانی‌ها از سوی دادگاه‌ها رسیدگی می‌شد، اما سیستم قانونی دیگری وجود داشت که به اختلافات مربوط به یهودیان و غیرآریایی‌ها رسیدگی می‌کرد و اگر احتمال پیروزی بود دادگاه قرارداد را نادیده می‌گرفت. در یک دولت دوگانه، شهروندان درجهٔ یک و دو جدا می‌شوند. آریایی‌ها در آلمان نازی و سفیدپوستان در آپارتاید افریقای جنوبی، شهروندان درجهٔ یک شمرده می‌شدند که از حقوق لیبرال و آزادی بیان برخوردار بودند. دولت دوگانهٔ فرانکل غیرلیبرال است، اما اساسی نیست؛ زیرا شهروندان درجهٔ دوم تابع حکومت خودسرانه هستند[۴۷]. مجارستان نیز یک دولت شبه دوگانه است که در آن بین مجارهای دارای قومیت لهستانی و دیگر مجارها تفاوت قائل می‌شوند[۴۸].

کاس ماد، پوپولیسم را به‌عنوان یک ایدئولوژی تعریف می‌کند که جامعه را در نهایت به دو گروه همگن و متضاد، مردم خالص در مقابل نخبگان فاسد تقسیم و استدلال می‌کند که سیاست باید بیانی از ارادهٔ عمومی مردم باشد[۴۹]. ماهیت «مردم خالص» و «نخبگان فاسد» در گونه‌های مختلف پوپولیسم بسیار متفاوت است. برای مثال، محققان امریکای لاتین به امواج یا انواع مختلف پوپولیسم اشاره کرده‌اند: پروژه‌های پوپولیستی سنتی با تمرکز بر ادغام سیاسی و برابری اقتصادی در برابر نخبگان الیگارشی، پوپولیست‌های نئولیبرالی که خصوصی‌سازی‌ها و اصلاحات اقتصادی ساختاری را با استدلال علیه نخبگان دولتی فاسد به‌تصویب رساندند و پوپولیست‌های رادیکال که بر مشارکت عادلانهٔ سیاسی تأکید کرده‌اند[۵۰].

۳.۳. مخالفت با مشروطیت لیبرال

به گفتهٔ مارک تاشنت[۵۱]، ویژگی دیگر این است که انواع مختلف پوپولیسم علیه لیبرالیسم از طریق حمله به قوانین اساسی سخت و استقلال قضایی موضع‌گیری می‌کنند. پوپولیست‌ها با

45. Dual State
46. Ernst Fraenkel. E a Shils (Translator), Edith Lowenstein, *The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship* (Lawbook Exchange, Ltd.; Lawbook Exchang ed. Edition (2010).
47. Mark Tushnet, "The Possibility of Illiberal Constitutionalism", *op. cit*, p. 1372.
48. *Ibid*, p. 1373.
49. David Landau, "Populist Constitutions", *op. cit*, p. 524.
50. Carlos de la Torre, *Populist Seduction in Latin America*, (Ohio University Press. 2nd ed, 2010) at xiii–xiv.
51. Mark Tushnet, "Comparing Right-Wing and Left-Wing Populism", *op. cit*, p. 36.

نهادهای واسطه مخالف‌اند و روابط بی‌واسطه بین حاکم پوپولیست و مردم را ترجیح می‌دهند[۵۲]. پوپولیسم ذاتاً با مکانیسم‌ها و ارزش‌هایی که با مشروطیت مرتبط است مانند محدودیت‌های ارادهٔ اکثریت، کنترل‌ها و تعادل‌ها، حمایت از اقلیت‌ها و حتی حقوق بنیادین دشمن است. مشروطیت ارتباط تاریخی نزدیکی با لیبرالیسم کلاسیک قرن نوزدهم دارد و ازآنجا که لیبرالیسم مورد حملهٔ جنبش‌های سیاسی محافظه‌کار، چپ و گروه‌های گوناگون رادیکال کمونیست و فاشیست قرار گرفت، از مشروطیت هم نفرت به‌وجود آمد. این جنبش‌ها قائل به معنای نظم اجتماعی ازپیش تعیین‌شدهٔ گذشته یا اتوپیایی هستند و هر زمان که توانستند قدرت بگیرند به اصول اساسی مشروطیت آسیب رساندند. در این ایدئولوژی‌ها، محدود کردن قدرت به نام حاکمیت قانون، ناپایدار، پرهزینه و ناکارآمد است[۵۳].

٤.٣. اکثریت‌گرایی

قانون اساسی پوپولیستی به‌دنبال اصلاح یا تضعیف دموکراسی مبتنی بر نمایندگی و کثرت‌گرایی است. از نظر پوپولیست‌ها، نمایندگانی که در انتخابات دموکراتیک برگزیده می‌شوند، مردم نیستند و صرفاً یک مجموع محاسبه‌شده از افراد بدون شکلی از تعهد جمعی هستند. به نظر آنها سیاست‌های نمایندگی تحت تأثیر حزب‌گرایی و گروه‌های ذی‌نفع نامرئی در پشت صحنه است که منافع شخصی برایشان مهم است، نه منافع مشترک شهروندان[۵۴]. شکل افراطی اکثریت‌گرایی هستهٔ اصلی شیوهٔ حکومت پوپولیستی است. به گفتهٔ محققان، در مشروطیت، اقلیت‌ها حق یا امکان قانونی دارند که بخشی از اکثریت باشند یا اکثریت شوند. طرف‌داران پوپولیسم به اتحاد مردم در مقابل دیگران دست می‌زنند و از نگاه آنها دیگران، کسانی هستند که هویت ملی مشترک ندارند[۵۵]. مشروطه‌گرایی پوپولیستی حکومت نخبگان را مضر به نفع عمومی، و بالقوه به نفع منافع جزئی می‌داند و نمایندگی با ایدهٔ مردمی متحد که از سوی رهبر پوپولیست نمایندگی می‌شود، جایگزین می‌گردد[۵۶]. البته باید این نکته را درنظر داشت که برخی بر این

52. Paul Blokker, "Varieties of Populist Constitutionalism", *op. cit,* p. 334.
53. András Sajó & Renáta Uitz**,** *The Constitution of Freedom: An Introduction to Legal Constitutionalism* **(**Oxford University Press, 2017), p. 52–53.
54. Paul Blokker, "Populist Constitutionalism", *op. cit,* p. 8.
55. András Sajó & Renáta Uitz**.** *The Constitution of Freedom***.** *op. cit,* p. 53.
56. Paul Blokker "Populism as a Constitutional Project". *op. cit*. p. 540.

باورند که حضور نخبگان نباید مانع مشارکت عمومی مردم شود و کوشش می‌کنند حضور مردم در تدوین و فرایند قانون اساسی بیشتر باشد[۵۷]

۵.۳. نارضایتی قانونی

رابطهٔ بین پوپولیسم و حاکمیت قانون رابطه‌ای تیره و تار است. نگرش پوپولیستی را می‌توان بدبینی قانونی و یک موضع انتقادی و عاطفی نسبت به مشروطیت لیبرال دانست[۵۸]. این نگرش ممکن است به درک اشمیت از قانون اساسی و نقد او از مشروطیت لیبرال مرتبط باشد. به عقیدهٔ اشمیت، هنجارگرایی مشروطیت لیبرال «لحظهٔ اصلی» را که در آن قدرت مؤسس خود را نشان می‌دهد، پنهان می‌کند. در لیبرالیسم، اعتقاد بر این است که قدرت مؤسس در نهادهای دموکراسی مشروطه جذب شده، قانون بر مردم حاکم است. قدرت مؤسس به‌عنوان شکلی از قدرت نامحدود مردم، در گفتمان پوپولیستی با توجه به اولویت مردم جایگزین رویه‌ها می‌شود. برداشت پوپولیستی از قدرت مؤسسان بر حضور عظیم مردم تأکید دارد. ازآنجا که قدرت مؤسسان از مردم ناشی می‌شود، مادامی که نتیجهٔ ارادهٔ عمومی باشد و بتواند در مورد هر موضوعی و نه صرفاً در مورد محتوای قانون اساسی تصمیم‌گیری کند می‌تواند هر شکلی به خود بگیرد[۵۹].

رویکرد عملی پوپولیست‌ها به قانون مبتنی بر ابزارگرایی است و یک موضع انتقادی–احساسی است[۶۰]. پوپولیست‌ها درک لیبرال از قانون به‌عنوان امری غیرسیاسی و خنثی را نمی‌پذیرند و جدایی بین قانون، سیاست و اخلاق را مورد انتقاد قرار می‌دهند. درک پوپولیستی از قانون بر ماهیتِ همیشه سیاسی قانون تأکید دارد. در برداشت‌های لیبرال از دموکراسی، حاکمیت به دولت مربوط می‌شود و در نظام حقوقی و قانون اساسی جای می‌گیرد. پوپولیست‌ها حاکمیت را در ملت یا مردم قرار می‌دهند که در نهایت به قانون محدود نمی‌شود. طرف‌داران پوپولیسم درک لیبرال از حاکمیت قانون را به دلیل تأکید آن بر فردگرایی به‌عنوان مانعی برای دستیابی به وحدت

---

۵۷. زهرا عامری و معصومه عامری، مطالعهٔ تطبیقی سازوکارهای مشارکت عمومی در تعیین محتوای قانون اساسی، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۳۵ (۱۴۰۳)، ص ۱۴۹–۱۵۹.

58. Paul Blokker, *New Democracies in Crisis? A Comparative Constitutional Study of the Czech Republic, Hungary, Poland, Romania and Slovakia*, (Rutledge Uniivresity Press, 2013).

59. Christos Papastylianos. Populism and Constitution Making Process. In European Union and Its Neighbours in a Globalized World. Springer Nature. 2024, p. 29-49.

60. Paul Blokker, "Populism as a Constitutional Project", *op. cit*, p. 537.

سیاسی مورد انتقاد قرار می‌دهند و معتقدند حاکمیت قانون لیبرال وحدت را ازبین می‌برد، زیرا سیاست را تقسیم و قدرت تصمیم‌گیری آن را از طریق سلسله‌مراتبی از قوانین و محدودیت‌های قانونی تضعیف می‌کند[۶۱]. پوپولیسم شبیه یک حرکت الهی- سیاسی به سمت یک مفهوم متعالی است که برای بازسازی مردم، از ترکیب واژگانی «مردم ایدئال» و «مردم یکتا» استفاده می‌کند[۶۲].

٤. دموکراسی و پوپولیسم

اگرچه دموکراسی به‌دنبال مشارکت مردم در همهٔ سطوح حکومت است، اما حقیقت این است که دموکراسی مستقیم چندان مورد استقبال قرار نگرفته است[۶۳]. پوپولیسم پارادوکس‌های دموکراسی مشروطه را آشکار می‌کند؛ ازجمله نقش پیچیدهٔ قوهٔ قضائیه هم به‌عنوان دشمن و هم به‌عنوان متحد بالقوهٔ پوپولیسم، رابطهٔ بین قدرت اقتصادی و پوپولیسم، و سرانجام بن‌بست‌های لیبرالیسم. به باور برخی، این ایده‌ها باعث بازنگری در باورهای دموکراسی شده است[۶۴]. از نگاه مود و کالتواسر، پوپولیست‌ها مشروطه‌گرایی نخبه‌گرایانه و قضایی را نقد و مشارکت شهروندان عادی در سیاست‌های اساسی را تأیید می‌کنند[۶۵]. در کار دیگری، آنها استدلال می‌کنند که پوپولیسم با این ادعا که هیچ چیز نباید «ارادهٔ مردم خالص» را محدود کند، دموکراتیک است، اما در تضاد با لیبرال دموکراسی و با مفهوم کثرت‌گرایی است. پوپولیسم می‌تواند به دموکراسی غیرلیبرال تبدیل شود که مبنای حذف کسانی است که آنها ادعا می‌کنند «مردم واقعی» نیستند[۶۶]. به اعتقاد برخی، لیبرالیسم صرفاً محدودیتی برای قدرت عمومی اکثریت نیست، بلکه یک پیش‌شرط سازنده برای دموکراسی است که حاکمیت قانون، کنترل‌ها و موازنه‌ها و تضمین

61. *Ibid*, p. 550
62. Claude Lefort, *The Political Forms of Modern Society Bureaucracy, Democracy, Totalitarianism*. (The MIT Press, 1986).
۶۳. نک: محمد خلیل‌زاده، و محمد جلالی، (۱۴۰۲). بازخوانی؛ مطالعهٔ موردی نظام حقوقی ایالت متحدهٔ امریکا. *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۴ (۳۳)، ص ۲۵-۴۱.
64. Akritas Kaidatzis; Eleni Kalampakou; Ifigeneia Kamtsidou, *The People's Constitution: The Populist Transformation of Constitutional Law?* (Springer, 2024).
65. Mudde & Crist´obál Rovira Kaltwasser, "Exclusionary vs. Inclusionary Populism: Comparing Contemporary Europe and Latin America" Government and Opposition, No 2, (2013), p. 147.
66. Gábor Halmai "Populism, Authoritarianism and Constitutionalism", *op. cit,* p. 310.

حقوق اساسی را فراهم می‌کند. از این منظر، چیزی به نام دموکراسی غیرلیبرال[۶۷] یا دموکراسی ضدلیبرال یا غیرلیبرال وجود ندارد[۶۸].

ویژگی مشترک پوپولیست‌ها جذابیت سیاسی برای مردم و ادعای مشروعیت بر مبنای حاکمیت مردمی است. پوپولیسم می‌خواهد قواعد بازی را به‌طور اساسی تغییر دهد و رابطهٔ صمیمانه‌تری بین نهادهای سیاسی و جامعهٔ بزرگ‌تر تحقق بخشد. از نگاه آنها، درک لیبرال از سیاست پارلمانی و نمایندگی، به تکه‌تکه شدن جامعه و ازبین رفتن وحدت اجتماعی می‌انجامد[۶۹]. پوپولیسم به پیچیدگی‌های دموکراسی مبتنی بر قانون اساسی توجه نمی‌کند و راه را برای دیکتاتوری دموکراتیک هموار می‌سازد. به گفتهٔ پوپولیست‌ها، لیبرال دموکراسی در ارتقای حاکمیت مردمی ناکافی است[۷۰].

بیشتر محققان، پوپولیسم راست‌ها را به‌عنوان تهدیدی برای دموکراسی مبتنی بر قانون اساسی می‌دانند[۷۱]. پوپولیست‌ها ادعا دارند که از شکل ناب حکومت مردم دفاع می‌کنند. همان‌طور که یان ورنر مولر گفته است، پوپولیسم ذاتاً با مکانیسم‌ها و ارزش‌هایی که با مشروطیت مرتبط است مانند محدودیت‌های ارادهٔ اکثریت، کنترل‌ها و تعادل‌ها، حمایت از اقلیت‌ها و حتی حق‌های اساسی دشمن است[۷۲]. به گفتهٔ نادیا اوربیناتی، پوپولیست‌ها به‌دنبال اجرای برنامه‌ای هستند که ویژگی اصلی و قابل تشخیص آن، خصومت علیه لیبرالیسم و اصول دموکراسی قانون اساسی، حقوق اقلیت‌ها، تقسیم قوا و نظام چندحزبی است[۷۳]. پوپولیست‌ها از نهادهای واسطه بیزارند، زیرا آنها روابط بی‌واسطه بین حاکم پوپولیست و مردم و نیز اشکال مستقیم سیاست را بر انواع غیرمستقیم و مصنوعی ترجیح می‌دهند. پوپولیست‌ها قانون اساسی را

67. Iilliberal Democracy
68. *Ibid*, p. 311
69. Paul Blokker, "Populist Nationalism, Anti-Europeanism, Postnationalism, and the East-West Distinction" *German Law Journal*, No 2, (2005).
70. Werner Müller, "Populism and Constitutionalism", *op. cit.* p. 1-17.
71. Paul Blokker, "Varieties of Populist Constitutionalism", *op. cit*. p. 333; Gabor Halmai,, "Is There Such Thing as 'Populist Constitutionalism?" *op. cit*; Cas Mudde, "Are Populists Friends or Foes of Constitutionalism", *op. cit*; Jan-Werner Müller, "Populism and Constitutionalism", *op. cit*; Kim Lane Scheppele, "Autocratic Legalism" 85 *University of Chicago Law Review*. 545 (2018). David Landau, "Populist Constitutions" *University of Chicago Law Review*, No. 2, (2018), p. 521.
72. Müller, Jan-Werner, *What Is Populism***?** (University of Pennsylvania Press, 2016), p. 68. Nadia Urbinati, *Democracy Disfigured, op. cit*, p. 128-129.
73. Nadia Urbinati, *Democracy Disfigured***.** *op. cit*, p. 129.

تا جایی که به آنها کمک کند که اهداف خود را پیش ببرند، تأیید و حمایت خواهند کرد؛ در غیر این صورت آن را مورد انتقاد قرار می‌دهند، معنای آن را منحرف می‌کنند و زمانی که به قدرت می‌رسند سعی در اصلاح آن خواهند داشت[۷۴]. به گفته مولر[۷۵]، جنبش‌های پوپولیستی نه‌تنها به‌دنبال کسب اکثریت هستند، بلکه بر این باورند که مخالفان سیاسی آنها غیرقانونی‌اند و لیاقت حفظ قدرت را ندارند.

۵. پوپولیست‌ها و اصلاح قانون اساسی

به گفتهٔ دیوید لواندا بین پوپولیسم و تغییرات قانون اساسی قرابت وجود دارد. آنها از تغییر قانون اساسی برای انجام سه کارکرد استفاده می‌کنند: ساختارشکنی نظم نهادی قدیمی، توسعهٔ یک پروژهٔ اساسی که ریشه در نقد آن نظم دارد و تثبیت قدرت در دست پوپولیست‌ها[۷۶].

برخی از رهبران و احزاب پوپولیست قانون اساسی را به‌طور کامل دگرگون کردند یا اصلاحات گسترده‌ای انجام دادند. آلبرتو فوجیموری در پرو (۱۹۹۵)، چاوز در ونزوئلا (۱۹۹۹)، کورئا در اکوادور (۲۰۰۸)، اوو مورالس در بولیوی (۲۰۰۹) و حزب فیدز در مجارستان (۲۰۱۱)، همگی پس از به قدرت رسیدن، قوانین اساسی موردنظر خود را جایگزین کردند. برخی دیگر ازجمله اردوغان در ترکیه (۲۰۱۷)، با اصلاحات، تغییرات ساختاری عمیقی در متون قانون اساسی ایجاد کردند[۷۷].

احساس بحران عمیق ناشی از اقدامات نخبگان فاسد، محرکی برای رهبران پوپولیست برای به‌دست آوردن حمایت است. رویدادهایی مانند غیرنهادی شدن نظام حزبی، تصور فساد دولتی فراگیر و رکود عمیق اقتصادی، جنبش‌های پوپولیستی را در موقعیت‌هایی قرار می‌دهد که بتوانند قدرت را به‌دست آورند[۷۸]. برای مثال، در ونزوئلا و اکوادور، نیروهای رؤسای جمهور، چاوز و کورئا، قانون اساسی خود را به‌طور یک‌جانبه بازنویسی کردند. آنها اقداماتی مانند طراحی قوانین انتخاباتی، حذف قضات بالقوه متخاصم و بستن مجالس قانون‌گذاری را انجام دادند تا اطمینان

74. Akritas. Kaidatzis "Populist Constitutionalism as a Critique on Liberal (or Legal) Constitutionalism", Paper Submitted to the Workshop 'New Constitutionalism? New Forms of Democracy and Rule of Law Beyond Liberalism', *International Institute for the Sociology of Law*, Oñati 12-13.7.(2018), p. 2.
75. Müller, *What Is Populism*? *op. cit*, p. 56–57.
76. David Landau, "Populist Constitutions", *op. cit*, p. 521.
77. *Ibid*, p. 522.
78. Ernesto Laclau, *On Populist Reason*, (Verso; Reprint Edition, 2005), p. 77–78.

حاصل کنند که مجالس مؤسسان از سوی متحدانشان کنترل می‌شوند. در مجارستان نیز حزب فیدز از دو سوم اکثریت کرسی‌های پارلمان برای تصویب قانون اساسی جدید به‌سرعت و بدون مشارکت مخالفان استفاده کرد. در ترکیه، رئیس‌جمهور اردوغان و حزب حاکم عدالت و توسعه، در ابتدا تلاش کردند تا دربارهٔ تغییر قانون اساسی به روشی کثرت‌گرایانه مذاکره کنند که شکست خورد. او زمانی که کرسی‌های کافی به‌دست آورد، اصلاحاتی را تحمیل کرد که ساختار حکومتی را به یک سیستم ریاستی قوی تغییر داد[۷۹].

پوپولیست‌ها به‌جای ساختن نظم نهادی موجود، به‌دنبال بازسازی یا احیای مجدد آن هستند. برای مثال، قانون اساسی ونزوئلا در سال ۱۹۹۹ تأکید زیادی بر مشارکت داشت و مکانیسم‌های جدیدی را ایجاد کرد، مانند فراخوانی که می‌توان آن را حتی علیه رئیس‌جمهور و کمیسیون جامعهٔ مدنی برای انتصابات قضایی مورد استفاده قرار داد[۸۰]. قانون اساسی بولیوی اَشکال جدیدی از مشارکت مردمی ایجاد نمود و مجموعهٔ گسترده‌ای از حقوق و خودمختاری را به گروه‌های بومی اعطا کرد[۸۱].

قوانین اساسیِ جدید نوشته‌شده یا اصلاحی پوپولیست‌ها اغلب قدرت را در قوهٔ مجریه متمرکز ساخته، مدت زمان حضور مقامات فعلی را در قدرت طولانی‌تر کردند. قانون اساسی ونزوئلا و اکوادور هر دو قدرت ریاست جمهوری و مدت زمان خدمت را به‌شدت افزایش دادند. آنها نهادهای تحت کنترل مخالفان مانند دادگاه‌ها را با نهادهای بازطراحی‌شده جایگزین کردند که به‌راحتی از سوی رئیس جمهور چاوز و کوریا کنترل می‌شد. قانون اساسی مجارستان حذف حزب پوپولیستی فیدز از قدرت را دشوارتر کرد و قدرت نهادهای کنترل‌کننده را به‌شدت کاهش داد. در ترکیه، اصلاحات قانون اساسی استقلال دادگاه قانون اساسی را تضعیف کرد و سیستم پارلمانی را به یک سیستم ریاستی با رئیس جمهور بسیار قوی تغییر داد و قدرت را در شخص رئیس جمهور اردوغان متمرکز کرد[۸۲].

رهبران پوپولیست وقتی به قدرت می‌رسند با نهادهایی مانند دادگاه‌ها روبه‌رو می‌شوند که هنوز تحت کنترل بازیگران مستقل یا مخالف هستند. در ترکیه، حزب حاکم در سال ۲۰۱۰ از

79. David Landau. "Populist Constitutions", *op. cit*, p. 528.
80. *Ibid*, p. 529
81. *Ibid*, p. 531
82. *Ibid*, p. 532

مجموعه‌ای از اصلاحات قانون اساسی استفاده کرد. رژیم فیدز در مجارستان با قانون اساسی جدید دادگاه‌ها را گسترش داد. در ونزوئلا، قانون اساسی ۱۹۹۹ به چاوز اجازه داد تا اعضای نهادهای تحت کنترل مخالفان را خیلی سریع پاک‌سازی و جایگزین کند[۸۳].

قوانین اساسیِ جدید در ونزوئلا، اکوادور و بولیوی در ابتدا محدودیت‌های دورهٔ ریاست جمهوری را حفظ کردند، اما پس از مدتی، رؤسای جمهور چاوز، کوریا و مورالس همگی به‌دنبال تغییر قانون اساسی رفتند تا به‌طور نامحدود در قدرت باقی بمانند. در ونزوئلا با توجه به بستهٔ عمدهٔ اصلاحات پیشنهادی در سال ۲۰۰۷ از سوی چاوز، قانون اساسی در سال ۱۹۹۹ تغییر کرد، به‌گونه‌ای که خودش دورهٔ ریاست جمهوری را به هفت سال افزایش داد و محدودیت‌های دورهٔ ریاست جمهوری را لغو نمود؛ قدرت‌های اضطراری را به به‌شدت افزایش داد، استقلال باقی‌ماندهٔ قوهٔ قضائیه را تضعیف کرد و به‌ظاهر قدرت بیشتری به مردم بخشید[۸۴]. قانون اساسی ۱۹۹۹ شامل روشی نوآورانه برای انتخاب دادگاه عالی با اعطای نقشی مهم به کمیسیونی بود که عمدتاً از نمایندگان جامعهٔ مدنی تشکیل شده بود؛ تغییری که چاوز می‌توانست آن را به‌عنوان بخشی از شیوهٔ مشارکتی جدید دولت ارائه دهد که برتر از ماهیت بسته و نخبه‌گرایی رژیم قانون اساسی قدیم است. مجلس ملی ونزوئلا از تشکیل این کمیسیون اجتناب کرد و در عوض بر روی یک اصلاح موقت قانون اساسی برای متمرکز کردن قدرت انتصابی در قوهٔ مجریه تأکید نمود[۸۵] .در ترکیه اصلاحات قانون اساسی که از سوی حزب حاکم در سال ۲۰۱۰ حمایت شد، دادگاه قانون اساسی را گسترش داد و با روش‌های ظریف دیگر به دولت اجازه داد تا قوهٔ قضائیه را جمع کند. در سال ۲۰۱۷، حزب پیروز از همه‌پرسی دیگری حمایت کرد تا ترکیه را از یک سیستم پارلمانی به یک نظام ریاستی با رئیس جمهور بسیار قدرتمندی که قدرت انحلال پارلمان و کنترل بر انتصابات قضایی را داشته باشد، تغییر دهد[۸۶]. این همه‌پرسی در شرایط اضطراری پس از کودتای ۲۰۱۶ رخ داد که در پی آن بسیاری از مخالفان به اتهام همکاری با کودتاچیان یا تروریست‌ها زندانی از سمت‌های خود برکنار شدند.

83. *Ibid*, p. 535
84. *Ibid*, p. 539
85. *Ibid*, p. 528
86. *Ibid*, p. 540

٦. نقد دادرسی اساسی در مشروطیت پوپولیستی

پوپولیسم مخالف برتری سیستم قضایی است که در آن مفسر نهایی قانون اساسی، قوۀ قضائیه و دیوان عالی باشد[۸۷]. پوپولیست‌ها به نظارت قضایی به‌عنوان تفکری نخبه‌گرایانه، ضددموکراتیک و مانعی برای سیاست‌های حیاتی حمله می‌کنند. به نظر آنها قضات پیشینه‌های تحصیلی و مالی نخبه‌گرایانه‌ای دارند. از نظر تاریخی، عموماً سفیدپوست و مذکر بوده‌اند. اعطای قدرت نظارت قضایی به یک قوۀ قضائیۀ مادام‌العمر، حوزۀ سیاست و قدرت سایر بازیگران سیاسی را کاهش می‌دهد[۸۸].

نظارت قضایی در بین حقوق‌دانان مخالفان زیادی دارد و منحصر به پوپولیست‌ها نیست و ادبیات مهمی در این زمینه وجود دارد. مشروطه‌خواهانِ مردمی تلاش می‌کنند تا با ایجاد مجدد توازن قوا در نهادهای دموکراسی نمایندگی، نظارت قضایی را دموکراتیک نمایند[۸۹]. نظریه‌های معاصر مشروطیت مردمی، مدل‌های سنتی و دادگاه‌محور نظارت قضایی را به‌چالش می‌کشند که ماهیت ضداکثریتی دارند. این نظریه‌ها قدرت نظارت قضایی را از قوۀ قضائیه سلب و با ازکار انداختن نهادی دیگر اصل حاکمیت اکثریت را تقویت می‌کنند. بسیاری منتظر پایان دادن به نظارت قضایی قانون اساسی هستند[۹۰].

کتاب لری کرامر[۹۱] در ردّ برتری قضایی است. کرامر گزارشی تاریخی از مفسران قانون اساسی، ازجمله هیئت منصفه، قانون‌گذاران، رهبران و شرکت‌کنندگان در جنبش‌های اعتراضی و پاسخ‌دهندگان به نظرسنجی‌های عمومی ارائه می‌دهد. تاریخ نشان می‌دهد که این دادگاه نیست، بلکه خود مردم هستند که در یک دموکراسی باید منبع حل تعارضات مربوط به معنای قانون اساسی باشند.کرامر نتیجه می‌گیرد که اختیارات قضایی باید محدود شود. وی معتقد است

87. Akritas. Kaidatzis, *Populist Constitutionalism as a Critique on Liberal (or Legal) Constitutionalism.op. cit*. p. 3.
88. Richard H. Jr.Fallon, *Implementing the Constitution*. (Harvard University Press, 2001), p. 127-128.
89. Keith Werhan, "Popular Constitutionalism, Ancient and Modern". University of California, Davis. Vol. 46. (2012), p. 122.
90. Samuel Moyn, "On Human Rights and Majority Politics", *Vanderbilt Law Review*, No. 52, (2021), p. 1135.
91. Larry D Kramer. *The People Themselves*. *Popular Constitutionalism and Judicial Review* (New York: Oxford University Press, 2004).

مشروطیت به برتری قضایی نیاز ندارد و علیه برتری قضایی موضع می‌گیرد[۹۲]. او استدلال جرمی والدرون[۹۳] علیه نظارت قضایی در قانون و عدم توافق را اشتباه می‌خواند. کرامر پیشنهاد می‌کند که همیشه مشکلات تفسیری در خصوص معنای قوانین اساسی وجود خواهد داشت و چون در مورد آنچه عدالت اقتضا می‌کند اختلاف نظر وجود دارد، نمی‌توان نتیجهٔ قطعی در مورد معنای قانون اساسی داشت.

آیسگروبر نیز بین رویه‌های اکثریتی در مجالس قانون‌گذاری ملی و ایالتی و ارادهٔ مردم تمایز قائل می‌شود. او استدلال می‌کند که دادگاه ممکن است مستقیماً ارادهٔ مردم را نشان دهد. استقلال اعطاشده از طریق تصدی مادام‌العمر ممکن است به این معنا باشد که قضات توانایی سیاسی برای ایجاد مستقیم ارادهٔ مردمی را دارند؛ حتی اگر با مخالفت گروه‌های ذی‌نفع مواجه شوند[۹۴]. به نظر تاماس گیورفی، سه شکل مختلف از نظارت ضعیف قضایی وجود دارد[۹۵]. نخست، درصورتی که قانون اساسی فاقد منشور حقوقی باشد، نظارت قضایی محدود می‌شود؛ مانند استرالیا. دوم، اگر دادگاه‌ها مانند نظام‌های اسکاندیناوی به نظرِ قوای منتخب احترام می‌گذارند یا مثل قانون اساسی مانند سوئد و فنلاند، موظف به انجام این کار هستند، نظارت قضایی قابل احترام است. سوم، مدل مشترک‌المنافع نظارت قضایی که در آن دادگاه‌ها مجاز به بررسی قوانین هستند، اما قانون‌گذار این امکان را دارد که تصمیمات قضایی را نادیده بگیرد.

به باور برخی پژوهشگران در جهانی که در آن مردم در قانون‌گذاری مشارکت گسترده دارند، نیازی به نظارت قضایی وجود نخواهد داشت، اما مثال‌های تاریخی خلاف این را نشان می‌دهد. در آلمان، جمهوری وایمار نازیسم را از طریق رویه‌های انتخاباتی تولید کرد و آپارتاید افریقای جنوبی از روش‌هایی استفاده کرد که ادعا می‌شد دموکراتیک است. پتانسیل جنبش‌های مردمی و تفسیر رایج قانون اساسی برای تضعیف اصول دموکراسی نشان می‌دهد که نظارت قضایی نقش مشروعی دارد.

92. Corey Brettschneider, "Popular Constitutionalism and the Case for Judicial Review" *Political Theory*, Vol. 34, (2006), p. 516.
93. Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, (Oxford: Oxford University Press, 2001), p. 344.
94. Christopher Eisgruber, L. *Constitutional Self-Government* (Cambridge: Harvard University Press, 2001).
95. Tamas Gyorfi, *Against the New Constitutionalism* (Elgar Monographs in Constitutional and Administrative Law) (Edward Elgar Publishing, 2016).

۷. مفاهیم هم‌مرز

در حقوق اساسی چند مفهوم وجود دارد که با اندیشهٔ پوپولیسم نزدیکی زیادی دارند و ازآنجا که مواضع آنها در خصوص موضوعات حقوق اساسی شبیه هم است گاه به‌جای هم به‌کار برده می‌شوند. مهم‌ترین این مفاهیم که در کنار مشروطیت پوپولیستی کاربرد دارد، مشروطیت سیاسی، مشروطیت مردمی و مشروطیت جمعی است که در ادامه به آنها خواهیم پرداخت.

۱.۷. مشروطیت سیاسی

بین مشروطیت پوپولیستی و مشروطیت سیاسی رابطهٔ نزدیکی وجود دارد. پوپولیست‌ها تلاش می‌کنند تا با استناد به مشروطیت سیاسی که از حکومت پارلمانی و نظارت ضعیف قضایی دفاع می‌کند اقدامات خود را مشروعیت بخشند. به باور بسیاری مشروطیت سیاسی، پوپولیستی نیست[۹۶]. مشروطه‌خواهان سیاسی بر نقش نهادهای منتخب به‌جای دادگاه‌ها در اجرا و حفاظت از قانون اساسی تأکید دارند، اما اصول اصلی دموکراسی مبتنی بر قانون اساسی را رد نمی‌کنند. به باور ریچارد دی پارکر[۹۷] محدودیت‌های قانون اساسی بر قدرت در یک دموکراسی به‌منظور مهار یا رام کردن انرژی سیاسی مردمی به جای پرورش، تقویت و رهاسازی آن است و این ارتباطی با مشروطیت پوپولیستی ندارند[۹۸].

الگوی قانون اساسی حقوقی[۹۹] به‌خصوص در مورد نقش دادگاه‌های عالی و نقش نظارت قضایی از سوی مشروطیت سیاسی به چالش کشیده شده است[۱۰۰]. قانون اساسی مبتنی بر

96. Gábor Halmai, "Populism, Authoritarianism and Constitutionalism", *op. cit*, p. 302.
97. Richard D. Parker.
98. Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice* (Cambridge University Press, 2013) (Mark Tushnet, Alternative Forms of Judicial Review" *MICHIGAN Law. Reniew*, Vol. 101, (2003); Jeremy Waldron, "The Core of the Case against Judicial Review" *YALE Law Journal*. Vol. 115, (2006); Janet Hiebert, "Parliamentary Bill of Rights. An Alternative Model?" *MODERN Law Review*, Vol. 69, (2006); Alison L Young, *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act* (Hart Publishing, 2009); Roach, Kent, "Dialogic Judicial Review and its Critics", *Supreme Court Law Review*, Vol. 23. 2nd series 49 (2004); Aileen Kavanaugh, "Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron" *Law and Philosophy*. Vol. 22, (2003).
99. Legal Constitutional
100. Richard. Bellamy, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy* (Cambridge University Press 2007); Waldron, *Law and Disagreement.op. cit*.

مجموعه‌ای از اصول بنیادی است که از جانب دادگاه‌های عالی محافظت می‌شود[۱۰۱]. دیدگاه سیاسی قانون اساسی با تأکید بر پارلمان، دری را برای تأثیر سیاست بر قانون می‌گشاید؛ زیرا بر مذاکره و جستجوی مداوم برای شرایط مورد توافق طرفین تأکید می‌کند[۱۰۲]. مشروطه‌خواهان سیاسی معتقدند حاکمیت پارلمان به‌طور فزاینده‌ای از نظر حقوقی یا سیاسی محدود شده است[۱۰۳]. آنها معتقدند قوهٔ مقننه به بهترین وجه می‌تواند دیدگاه‌ها را در جامعه نشان دهد. انتقاد اصلی مشروطیت سیاسی از مشروطیت حقوقی بر نظارت قضایی متمرکز است. به باور آنها، ترتیبات قانون اساسی نباید بر یک جامعهٔ دموکراتیک تحمیل شود، بلکه باید نتیجهٔ تفکرات مردمی باشد که جامعهٔ آنها باید از طریق این ترتیبات اداره شود و قوهٔ مقننه باید بتواند به نام همه و به شکل قابل اعتمادی عمل کند[۱۰۴].

قانون اساسی سیاسی بیشتر در بریتانیا بحث شده است[۱۰۵]. از دههٔ ۱۹۸۰، حقوق‌دانان انگلیسی از خطر قانون اساسی حقوقی سخن گفته‌اند[۱۰۶] که حاکمیت پارلمانی را به‌خطر انداخته است. برتری قوانین اتحادیهٔ اروپا هم به این موضوع دامن زد. دادگاه اروپایی حقوق بشر و مفاد حقوق بشر مصوب ۱۹۹۸ به دادگاه‌های ملی این اختیار را داد که قوانین را با حقوق بشر سازگار کنند. مفصل‌ترین نقد را ریچارد بلامی در کتاب مشروطیت سیاسی ارائه داده است[۱۰۷]. او این دیدگاه رایج را به‌چالش می‌کشد که یک قانون اساسی مکتوب و عادلانه که شامل یک منشور حقوقی است برای محافظت در برابر سوءاستفاده از قدرت از سوی دولت‌های دموکراتیک ضروری است[۱۰۸]. استدلال اصلی بلامی این است که حقوق از طریق مشارکت در سیاست‌های

101. Marco Goldoni, "Two Internal Critiques of Political Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*. Vol 10, (2012), p. vii.
102. Marco Goldoni, "Political Constitutionalism and the Question of Constitution-Making", RATIO JURIS . Vol. 27 (2014), p. 387.
103. Carlo Fusaro & Dawn Oliver, Towards a Theory of Constitutional Change', in *How Constitutions Change: A Comparative Study*. Dawn Oliver & Carlo Fusaro eds. (Hart Publishing, 2011), p. 40
104. Waldron, "Constitutionalism-A Skeptical View", Vol. 23, (2010), http://scholarship.law.georgetown.edu/hartlecture/4 at 11
105. J.A.G. Griffith, "The Political Constitution", *Modern Law Review*, Vol. 42, (1979), 1-21. Graham Gee, "The Political Constitutionalism of JAG Griffith," *Legal Studies*, Vol. 28 (2008), p. 20-45.
106. Christopher Thornhill, A Tale of Two Constitutions. Whose Legitimacy? Whose Crisis? In Brexit: *Sociological Responses (Key Issues in Modern Sociology)* (William Outhwaite ed, 2017), Anthem Press.
107. Bellamy, Political Constitutionalism, *op. cit.*
108. *Ibid*. p. vii.

دموکراتیک و نه از طریق اجرای قضایی آنها در برابر حاکمیت خودسرانه به بهترین وجه محافظت می‌شود[۱۰۹]. او به ضعف نظارت قضایی برای حل اختلافات در مورد حقوق اشاره[۱۱۰] و استدلال می‌کند که فرایند عادی دموکراتیک مستلزم حمایت‌های قانونی بسیار مشروع و مؤثرتر از آن چیزی است که یک قانون اساسی حقوقی می‌تواند ارائه کند[۱۱۱]. وی مخالف نظارت قضایی است.

۲.۷. مشروطه‌گرایی جمعی[۱۱۲]

نقد جامعه‌گرایانه همچون مشروطیت سیاسی، در نقد مشروطیت حقوقی است، اما کمتر بر اکثریت و رویه‌های دموکراتیک و بیشتر بر مبانی تاریخی و فرهنگی نظم‌های قانون اساسی تأکید دارد. در واقع، تأکید آنها بر ایدهٔ هویت قانون اساسی است. تنش کلیدی که دیدگاه اساسی جامعه‌گرا به آن استناد می‌کند، تنش بین عام‌گرایی و خاص‌گرایی و یا بین هنجارهای معتبر جهانی و درک‌های اخلاقی محلی است. اگر مشروطیت حقوقی بر قانون اساسی مبتنی بر حقوق دادگاه‌محور تأکید دارد، پروژه‌های ملی پوپولیستی درک مشروطیت را به‌عنوان وسیله‌ای برای حفاظت از یک جامعهٔ متمایز، اخلاق و سنت‌های آن تأیید می‌کنند. دیدگاه جامعه‌گرایانه، جامعه را در شکل‌گیری فرد بسیار مهم می‌داند. در این دیدگاه، محاکم نقش ثانویه- و نه متوازن‌کننده- ایفا می‌کنند[۱۱۳]. مفهوم جامعه‌گرایانه مشروطیت مبتنی بر اخلاق هویتی است و به‌جای اولویت دادن به حقوق فردی بر حفظ حاکمیت سیاسی تأکید می‌کند که از سوی یک گروه ملی خاص تجسم یافته است[۱۱۴]. اخلاق اساسی جامعه‌گرایی بر این است که مردم چه چیزهای مشترکی دارند یا چه چیزی آنها را متحد می‌کند یا باید متحد کند[۱۱۵]. مرکز ثقل، جامعه است و نقش دولت قبل از هر چیز تسهیل، هماهنگی و حفاظت از دیدگاه جامعه و اشتراک پایدار آن است[۱۱۶].

109. *Ibid*. p. 1.
110. Bellamy, *Political Constitutionalism, op. cit*. p. 16.
111. Akritas Kaidatzi. "Populist/ Popular/ Political Constitutionalism", *op. cit*, p. 20.
112. Communitarian Constitutionalism
113. Paul Blokker, "Varieties of Populist Constitutionalism". *op. cit*, p. 339.
114. Robert Hayden, Constitutional Nationalism in the Formerly Yugoslav Republics, *SLAVIC REV*, Vol. 51, (1992), p. 655-656.
115. Winfried Brugger, "Communitarianism as the Social and Legal Theory Behind the German Constitution", *International Journal of Constitutional Law*, No. 3, (2003), p. 431- 433.
116. Paul Blokker, "Varieties of Populist Constitutionalism", *op. cit*, p. 340.

۳.۷. مشروطیت مردمی

مشروطیت مردمی پیوند نزدیکی با مشروطیت پوپولیستی دارد. اصطلاح «پوپولیستی» مفهومی تحقیرآمیز پیدا کرده است[۱۱۷] و همین باعث شد در دهۀ ۲۰۰۰، پژوهشگران حقوقی امریکا به‌جای مشروطیت پوپولیستی از مشروطیت مردمی استفاده کنند[۱۱۸]. کتاب لری کرامر دربارۀ مشروطیت مردمی و نظارت قضایی نقطۀ عطف اصلی در این تغییر بوده است. از آن زمان، مشروطیت مردمی به‌جای پوپولیستی رواج یافت. حتی مارک تاشنت که پیش‌تر از قانون اساسی پوپولیستی سخن می‌گفت به مشروطیت مردمی روی آورد[۱۱۹]. مشروطیت مردمی عبارت است از ارائۀ استدلال‌های قانون اساسی از سوی خود مردم و گاه در تضاد پذیرفته‌شده با تفاسیر قانون اساسی ارائه‌شده و اجراشده از جانب دادگاه‌ها[۱۲۰] که بی‌شباهت به قانون اساسی پوپولیستی نیست.

کرامر توضیح می‌دهد که مشروطیت مردمی فقط ایدۀ برتری قضایی را رد می‌کند و مخالف نظارت قضایی نیست[۱۲۱] و از «نظارت قضایی بدون برتری قضایی»[۱۲۲] یاد می‌کند. به باور وی، مشروطیت امریکایی به شهروندان عادی نقشی محوری در اجرای قانون اساسی داده است. او حوادث تاریخی متعددی را برای حمایت از این ادعا ارائه می‌دهد. از نگاه کرامر، مردم قانون اساسی را از طریق سیاست و در درون نظام سیاسی اجرا می‌کنند[۱۲۳]. او معتقد است مشروطیت مردمی در دوران تأسیس و در بیشتر تاریخ امریکا درک عمومی غالب بوده است.

منظور کرامر از مشروطیت مردمی سیستمی است که در آن مردم کنترل فعال و مستمر را بر تفسیر و اجرای قانون اساسی به‌عهده می‌گیرند[۱۲۴]. کرامر دشمن مشروطیت مردمی را برتری

117. See: Stavrakakis, Yannis (2017). "How did 'Populism' Become a Pejorative Concept? And Why is This Important Today? A Genealogy of Double Hermeneutics". Populismus Working Papers No. 6, Thessaloniki, Available at: http://www.populismus.gr/wpcontent/uploads/2017/04/stavrakakis-populismus-wp-6-upload.pdf
118. Larry D Kramer. *The People Themselves*. *op. cit*. Larry D. Kramer, "The Supreme Court 2000 Term Forward: We the Court", *Harvard Law Review*, Vol 115, (2001), p. 4-169.
119. Mark Tushnet. "Popular constitutionalism as political law" Chicago-Kent Law Review. Vol 81. (2006), p 991-1006
120. *Ibid*. p. 991
121. Larry D. Kramer, "Undercover Anti-Populism", *Fordham Law Revew*, Vol. 73 (2005), 1343-1359, at 1357.
122. Larry D Kramer. *The People Themselves*. *op. cit*. p. 249-253.
123. *Ibid*. p. 7.
124. Larry D. Kramer, "Popular Constitutionalism", *California Law Review*. Vol 92, (2004). p. 959.

قضایی معرفی می‌کند؛ یعنی این تصور که قضات در تفسیر قانون اساسی حرف آخر را می‌زنند و تصمیمات آنها معنای قانون اساسی را برای همه تعیین می‌کند[۱۲۵]. او اصرار دارد که ما با انتخابی بین مشروطیت مردمی و برتری قضایی روبه‌رو هستیم[۱۲۶]. مشروطیت مردمی در بیشتر تاریخ امریکا غالب بوده، اما از دهۀ ۱۹۸۰ برتری قضایی به یک هنجار تبدیل شده[۱۲۷] که هم از سوی چپ‌ها و هم راست‌ها پذیرفته شده است[۱۲۸].

مفهوم برتری قضایی به این معنا نیست که دادگاه‌ها برای تعیین باورهای شهروندان در مورد قانون اساسی اختیار دارند. برتری قضایی به دادگاه‌ها اجازه نمی‌دهد تا شهروندان را از تلاش برای اعطای اختیارات قانونی به باورهای قانونی خود بازدارند[۱۲۹]. کرامر انتخابات را به‌عنوان لحظه‌های بحرانی برای بیان حاکمیت فعال و مداوم مردم تصور می‌کند. انتخابات به کنگره و رئیس جمهور اجازه می‌دهد تا برای مردم صحبت کنند. طبق این دیدگاه، هریک از سه قوۀ دولت فدرال دارای اختیارات مستقل و هماهنگ برای تفسیر قانون اساسی هستند[۱۳۰]. برای کرامر، تنش بین حق‌های اساسی و مشروطیت مردمی در مرزی انجام می‌شود که قانون اساسی را به‌عنوان قانون سخت و قابل اعتماد از قانون اساسی به‌عنوان مخزن بنیادی ما مردم–که مقدس و مستلزم احترام است–جدا می‌کند. وی این مرز را بین قانون اساسی به‌عنوان نوعی قانون که معمولاً از طریق دادخواهی و تفسیر قضایی اداره و به‌عنوان قانون عادی درک می‌شود، و قانون اساسی به‌عنوان شکلی از قضاوت سیاسی– حقوقی که شبیه قوانین عادی نیست، فهم می‌کند.

به باور او، برخلاف دادگاه‌ها، بازیگران غیرقضایی ملزم نیستند صرفاً طبق قانون عمل کنند. اگر در شرایط خاص ارزش‌های قانون اساسی در خطر باشد و یا جان‌ها یا بقای ملت در خطر باشد، این اختیار را دارند که برخلاف قانون عمل کنند؛ مثلاً با امتناع از اجرای احکام قضایی. تعریف قانون اساسی به‌گونه‌ای که بازیگران غیرقضایی را مجبور کند بین اطاعت از قانون اساسی

125. Robert Post & Reva Siegelt, "Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy" *California La W Review*, Vol. 92, (2004), p. 1027.
126. Larry D. Kramer "Popular Constitutionalism" *California Law Review*, Vol. 92, (2004), p. 1011.
127. *Ibid*. p. 964
128. *Ibid*. p. 1008
129. Robert Post & Reva Siegelt, *Popular Constitutionalism*, *op. cit*. p. 1030.
130. *Ibid*. p. 1031

و انجام آنچه تعهدات قانونی خود می‌دانند، یکی را انتخاب کنند، اشتباهی اساسی است[۱۳۱].

از نگاه کرامر با گسترش و بوروکراتیزه شدن دادگاه‌های فدرال و با فراگیر شدن قانون اساسی، مشارکت مردم امریکا در شکل‌گیری قانون اساسی به همان نسبت تشدید یا کاهش یافته است. کرامر نگران راه‌هایی است که قانون اساسی می‌تواند قانون اساسی را تهدید کند[۱۳۲]. او معتقد است با نگاه به تاریخ متوجه می‌شویم مردم از طریق بسیج خود در سیاست، قانون اساسی را به‌عنوان قانون سیاسی اجرا می‌کنند. البته همهٔ بسیج‌های مردمی اجرای قانون اساسی نیستند و کرامر معیارهایی را برای تمایز بین آنها که هستند و نیستند، ایجاد نمی‌کند.

نظریهٔ کرامر انتقادهای زیادی را برانگیخت، اما هواداران بسیاری را نیز به خود جلب کرد[۱۳۳]؛ حتی صحبت از جنبش مشروطه‌طلبی مردمی[۱۳۴] شد. تفاوت‌های اساسی بین رویکردهای متنوع رشته‌های مختلف مشروطیت مردمی وجود دارد[۱۳۵]. تاشنت از اولین کسانی بود که اصطلاح پیشنهادی کرامر را تأیید کرد و اذعان داشت که این اصطلاح مناسب‌تر از واژهٔ اوست. مشروطیت کرامر محدودتر یا معتدل‌تر و گسترده‌تر یا رادیکال‌تر از مشروطیت پوپولیستی تاشنت است. برخلاف تاشنت، کرامر مراقب است که این تصور را ایجاد نکند که نظارت قضایی را زیر سؤال می‌برد[۱۳۶].

٤.٧. نظریهٔ تاشنت

در دههٔ ۱۹۸۰ اتفاقات مهمی در حقوق اساسی امریکا افتاد و اعتراض به دکترین برتری قضایی- که دادگاه‌ها و دیوان عالی کشور مفسر نهایی قانون اساسی هستند- بالا گرفت. برخی

131. *Ibid.* p. 1039
132. *Ibid.* p. 1043
133. Larry Alexander & Lawrence B. "Solum Solum, *Popular? Constitutionalism*?" *Harvard Law Review*, Vol. 118, (2005), p. 991
134. So, e.g. Jonathan R. Siegel, "The Institutional Case for Judicial Review", *Iowa Law Review*, No. 97 (2012), p. 1147-1199, at 1149, 1151.
135. Larry Alexander. Lawrence B. "Solum Solum, "Popular? Constitutionalism", *op. cit*, p. 1619-1626; David E. Pozen, "Judicial Elections as Popular Constitutionalism", *Columbia Law Review*. Vol. 110, (2010), p. 2053-2064; TOM Donelly, "Making Popular Constitutionalism Work", *Wisconsin Law Review*, Harvard Public Law Working Paper, No. 11-29 (2012); Helen J. Knowles & Julianne A. Toia, "Defining 'Popular Constitutionalism': The Kramer Versus Kramer Problem", *Southern University Law Review*, Vol. 42, (2014), p. 31-51.
136. Akritas Kaidatzi. Populist / Popular / Political Constitutionalism, *op. cit*, p. 16.

از منتقدان به عنصر نخبه‌گرایی در قانون اساسی پرداخته، قضات و عایق بودن آن از باورها و آرمان‌های مردم عادی اشاره کردند. در دهۀ ۱۹۹۰، ریچارد پارکر این نکته را در مقاله‌ای طولانی با عنوان یک مانیفست پوپولیستی قانون اساسی[۱۳۷] بیان کرد. هستۀ استدلال او این بود که قانون اساسی باید به ترویج حاکمیت اکثریت اختصاص داده شود تا آن را محدود کند[۱۳۸]. جک بالکین در مقاله‌ای به بررسی رابطۀ نظریۀ قانون اساسی با نگرش‌های مردمی و فرهنگ عامه پرداخت[۱۳۹]. وی دو موضع متضاد در مورد رابطۀ نظریۀ قانون اساسی با نگرش‌های مردمی و فرهنگ عامه را در تقابل قرار می‌دهد که پوپولیستی و ترقی‌گرا[۱۴۰] می‌نامد. کتابی از مارک تاشنت، مفصل‌ترین شرحی است دربارۀ آنچه نویسنده آن را قانون اساسی پوپولیستی می‌نامد[۱۴۱].

تاشنت پروژۀ قانون اساسی پوپولیستی را به‌عنوان جایگزینی برای نظریۀ برتری قضایی پیش می‌برد. به نظر او در امریکا بر نقش دادگاه‌ها در اجرای قانون اساسی تأکید بیش‌ازحدی شده و نقشی که شاخه‌های سیاسی و به‌ویژه کنگره می‌توانند ایفا کنند، دست کم گرفته شده است. تاشنت می‌گوید نظریۀ قانون اساسی اگر بخواهد گزارش دقیقی از رویۀ قانون اساسی ارائه کند، باید نحوۀ برخورد مردم با قانون اساسی را به دور از دادگاه‌ها درک نماید[۱۴۲]. نحوۀ برخورد مردم با قانون اساسی در مرکز نظریۀ پوپولیستی قانون اساسی است. تاشنت می‌نویسد قانون اساسی پوپولیستی بر این ایده استوار است که همۀ ما باید از طریق اقدامات خود در سیاست در ایجاد قانون اساسی مشارکت داشته باشیم[۱۴۳]؛ از این رو، مسئولیت قانون اساسی را در سراسر جمعیت توزیع می‌کند[۱۴۴]. این رویکرد، قانون اساسی را نه به‌عنوان چیزی در دست حقوق‌دانان، بلکه در دست خود مردم تلقی می‌کند[۱۴۵]. تاشنت در مورد چگونگی مشارکت مردم در تفسیر قانون

137. Richard D. Parker, "'Here, the People Rule': A Constitutional Populist Manifesto", *Valparaiso University Law Review*, Vol. 27, (1993), p. 531-584.
138. *Ibid*, p. 532
139. Jack M. Balkin, "Populism and Progressivism as Constitutional Categories," *Yale Law Journal*. Vol. 104, (1995), p. 1943
140. Progressiv
141. Mark Tushnet**,** *Taking the Constitution Away from the Courts*, (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1999)
142. Mark Tushnet**,** *Taking the Constitution Away from the Courts.op. cit*. p x
143. *Ibid*, p. 157
144. *Ibid*, p. 174
145. *Ibid*, p. 182

اساسی، تمایزی بین قانون اساسی ضخیم و نازک[۱۴۶] مطرح می‌کند[۱۴۷]؛ قانون اساسی ضخیم شامل مقررات مفصلی است که نحوهٔ سازماندهی دولت را توصیف می‌کند، ولی قانون اساسی نازک به تضمین اساسی آن در برابری و آزادی اشاره دارد[۱۴۸]. وی ادعا می‌کند که اختلافات بر سر معنای قانون اساسی نازک به بهترین وجه از سوی مردم و در مکان‌های عادی و در بحث‌های سیاسی انجام می‌شود[۱۴۹]. هیچ دلیل قانع‌کننده‌ای وجود ندارد که چرا باید تفسیر دادگاه‌ها از قانون اساسی نازک را بر تفسیر مردم یا نمایندگان آنها ترجیح دهیم[۱۵۰]. به نظر او اندیشیدن به قانون اساسی و حق‌های اساسی بدون دادگاه و نظارت قضایی، ما را قادر می‌سازد نقش فعالی در استقرار حقوق اساسی خود بدون اتکا به دادگاه‌ها داشته باشیم[۱۵۱]؛ بنابراین، قانون اساسی پوپولیستی، قانون اساسی را به مردمی بازمی‌گرداند که از طریق سیاست عمل می‌کنند[۱۵۲]. کتاب تاشنت علیه برتری قضایی است، نه علیه نظارت قضایی.

چنان‌که پیش‌تر اشاره شد، تاشنت پس از چاپ کتاب کرامر به این نتیجه رسید که اصطلاح مشروطیت مردمی برای نظریهٔ او از مشروطیت پوپولیستی مناسب‌تر است. تاشنت در مقاله‌ای از مشروطیت مردمی به‌عنوان قانون سیاسی[۱۵۳] یاد می‌کند[۱۵۴]. قانون اساسی گاهی تصمیم‌گیرندگان را وادار می‌سازد تصمیماتی اتخاذ کنند که با ترجیحات آنها ناسازگار است. او با کرامر موافق است که در تاریخ ایالات متحده می‌توانیم گونه‌ای از مشروطه‌طلبی مردمی را بیابیم[۱۵۵]. اینکه حقوق اساسی تا حد زیادی سیاسی است، بحث‌برانگیز است و اینکه حقوق اساسی را فقط سیاست بدانیم و سیاست را بیان ترجیحات غیرقابل تحلیل، با ایراد مواجه است[۱۵۶]. این واقعیت که حقوق اساسی به‌عنوان قانون سیاسی می‌تواند از طریق تعامل میان قوای حکومتی اجرا شود، به مبهم بودن ذاتی مقولهٔ مشروطیت مردمی کمک می‌کند[۱۵۷].

146. Thick and the Thin Constitution
147. *Ibid*, p. 9-14
148. Akritas Kaidatzi, "Populist / Popular / Political Constitutionalism", *op. cit*, p. 7.
149. *Ibid*, p. 14
150. *Ibid*, p. 8
151. Mark Tushnet**,** *Taking the Constitution Away from the Courts*, *op. cit*, p. 174.
152. *Ibid*, p. 186
153. Political Law
154. Mark Tushnet. "Popular Constitutionalism as Political Law", *op. cit*, p. 991.
155. *Ibid*, p. 991
156. *Ibid*, p. 992
157. *Ibid*, p. 996

نتیجه

مشروطیت پوپولیستی یا قانون اساسی گراییِ پوپولیستی از مفاهیم نوظهور در عرصهٔ حقوق اساسی است و در دو دههٔ اخیر در مورد آن در پژوهش‌های حقوق اساسی ادبیاتی شکل گرفته است. پوپولیسم محصول دموکراسی و واکنشی به آن است. به عبارت دیگر، پوپولیسم از یک طرف دموکراسی و قواعد بازی دموکراتیک و سازوکارهای مندرج در قانون اساسی را برای تحدید قدرت انکار کرده و مورد انتقاد قرار داده و از طرف دیگر مدعی اجرای کامل و واقعی حکومت مردم است. قلب پوپولیسم مفهوم مردم است و پوپولیست‌ها مدعی حکومت مردم هستند؛ از این رو با مفاهیمی مانند نمایندگی، رأی اکثریت و دادرسی اساسی به‌شدت مخالفت می‌کنند. پوپولیست‌ها قواعد بازی دموکراتیک را تا زمانی قبول دارند که بر سریر قدرت ننشسته‌اند، ولی به محض پیروزی در انتخابات و به‌دست گرفتن قدرت به انتقاد از سیستم پرداخته، شروع به نقض قواعد می‌کنند. برای انجام اهداف خود، نخست به سراغ اصلاح قانون می‌روند و با تغییراتی مانند دائمی کردن ریاست جمهوری سعی در تثبیت قدرت خود دارند. آنها نهادهایی مانند انتخابات و دادرسی اساسی را منحل نمی‌کنند، اما با تغییر قوانین انتخابات و تغییر ترکیب قضات این نهادها را از درون تهی و بی‌محتوا می‌سازند.

چنان‌که در این مقاله دیدیم، مفاهیمی مانند مشروطیت سیاسی و مشروطیت مردمی و نیز فهم و برداشت تاشنت از مشروطیت پوپولیستی نسبت نزدیکی با پوپولیسم دارد. دو نکته در خصوص این مفاهیم وجود دارد؛ نخست اینکه پوپولیست‌ها برای موجه جلوه دادن خود از این مفاهیم استفاده کرده، مدعی هستند که همگی در یک راستا و هدف حرکت می‌کنند و این درحالی است که مفاهیمی مانند مشروطیت مردمی و سیاسی منکر دموکراسی نیستند و قواعد بازی دموکراتیک و مسائل و مفاهیم حقوق اساسی را باور دارند و هرگز در پی نفی آنها نبودند و از این حیث متمایز از پوپولیست‌ها هستند. نکتهٔ دوم این است که طرف‌داران این مفاهیم بیشترین تمرکز خود را معطوف به نقد دادرسی اساسی و نظارت قضایی کرده‌اند و به‌دنبال آن هستند که هم به واقعیات سیاست و ارتباط حقوق و سیاست بیشتر پرداخته شود و هم نقش مردم را پررنگ‌تر کنند.

کرامر، تاشنت و بلامی دارای نقاط مشترکی هستند و همهٔ آنها منتقد دکترین برتری قضایی

یا مشروطیت حقوقی، قانون‌گرایی لیبرال[۱۵۸] یا مشروطیت لیبرال یا به گفتهٔ مارک تاشنت، مشروطیت قضایی[۱۵۹] هستند[۱۶۰]. اگرچه سه کتاب مهم مارک تاشنت، لری کرامر و ریچارد بلامی در توضیح مشروطه‌خواهی پوپولیستی، مردمی و سیاسی ناموفق بوده‌اند و نتوانستند گفتمان مسلط قانون اساسی را تغییر دهند و مشروطیت حقوقی یا قضایی یا لیبرالی زنده است و دادگاه‌های قانون اساسی یا عالی در سراسر جهان، قدرتمندتر از هر زمان دیگری در تاریخ مشروطیت هستند، اما حقیقت آن است که آنها نسبت به نقص‌ها و کاستی‌های موجود در مدل غالب مشروطیت لیبرال آگاهی یافته‌اند و این نکته را به ما یادآوری کرده‌اند که قانون اساسی مورد قضاوت در دادگاه‌ها تا حدی محصول سیاست است و این خود بخشی از قانون اساسی کارآمد است[۱۶۱]. هم مشروطه‌خواهان مردمی و هم مشروطه‌خواهان سیاسی به ما کمک می‌کنند تا بفهمیم در حوزه‌های قدرت سیاسی چه اتفاقی می‌افتد که از دسترس دادگاه‌ها دور است و این با پوپولیسم متفاوت است.

این مقاله را می‌توان همچون درآمدی برای طرح این بحث در ایران دانست. در کشور ما گاه عملکرد برخی دولت‌ها متهم به پوپولیسم شده، نقدهایی زیادی از سوی برخی از اصحاب سیاست به دموکراسی وارد می‌شود. از طرف دیگر نهادهای سیاسی و رسمی به دفاع از دادرسی اساسی و نظارتِ شورای نگهبان بر قوانین و منتقدان به نقد این نهاد و عملکرد آن می‌پردازند. حقیقت آن است که در فقدان حضور جدی حقوق‌دانان در این بحث‌ها، هم سطح مباحث هرگز عمیق نشده و هم دستاوردی برای دانش حقوق نداشته است. این مقاله کوششی بود برای باز کردن این مباحث نظری در فضای آکادمیک ایران تا شاید بتوان این بحث را مطرح کرد که آیا می‌توان عملکرد دولتی را پوپولیستی خواند یا ایرادات وارده بر شورای نگهبان را از منظر حقوق اساسی وارد دانست؟ نگارنده بر این باور است، تا زمانی که مبانی نظری موضوعی مشخص نشود، نمی‌توان در مورد امکان اجرا و اعمال آن در ایران بحث نمود و رویکرد نظری می‌تواند همچون مقدمه‌ای برای ورود مباحثی از این دست در ایران باشد. اشاره به کشورهای متعددی مانند

158. Liberal Legalism
159. Judicial Constitutionalism
160. Tushnet, "Constitutional Law: Critical and Comparative".*Harvard Public Law*, Working Paper No. 15-09 (2015), p. 8; Tushnet, "The Relation between Political Constitutionalism and Weak-Form Judicial Review", *Journals German Law Journal*, Vol. 14, Issue 12, (2013), p. 2250.
161. Akritas Kaidatzi, "Populist/ Popular/ Political Constitutionalism". *op. cit*, p. 3.

ونزوئلا، ترکیه، اروپای شرقی، آلمان، فرانسه، اسپانیا، از این روی بود که هم مطالعه‌ای تطبیقی در مورد آنها انجام شود و هم خوانندهٔ فارسی‌زبان را به تأمل در مورد ایران وا دارد. همچنین رابطهٔ دموکراسی و پوپولیسم و مباحثی مانند انتقاد بر دادرس اساسی و مفاهیمی مانند مشروطیت سیاسی و مشروطیت مردمی می‌تواند برای مباحث حقوق اساسی ایران و تحلیل عمیق‌تر بسیار راهگشا باشد.

منابع و مآخذ

الف) منابع فارسی

- کتاب‌ها

۱. تاگارت، پل (۱۳۸۱). ***پوپولیسم***. ترجمهٔ حسن مرتضی. تهران: آشیان

۲. موفه، شانتال (۱۳۹۹). ***در دفاع از پوپولیسم چپ***. ترجمهٔ بهزاد نیاز آذری. تهران: قصیده سرا

۳. مولر، یان ورنر (۱۳۹۶). ***پوپولیسم چیست***. ترجمهٔ بابک واحدی. تهران: بیدگل

- مقالات

۴. عامری، زهرا و عامری، معصومه (۱۴۰۳). مطالعهٔ تطبیقی سازوکارهای مشارکت عمومی در تعیین محتوای قانون اساسی. ***مطالعات حقوق تطبیقی معاصر***، ۱۵(۳۵). ۱۴۱-۱۶۷.
Doi: 10.22034/LAW.2024.57310.3288

۵. خلیل‌زاده، محمد و جلالی محمد (۱۴۰۲). بازخوانی؛ مطالعهٔ موردی نظام حقوقی ایالت متحدهٔ امریکا. ***مطالعات حقوق تطبیقی معاصر***، ۴(۳۳). ۳۴-۷۱.
Doi: 10.22034/LAW.2023.55736.3250

ب) منابع انگلیسی

- Books

6. bellamy, Richard (2007). ***Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy***. Cambridge University Press.

7. Blokker. Paul (2018). "Populist Constitutionalism", in ***Routledge Handbook of Global Populism*** (Carlos de la Torre ed.) Routledge university Pres

8. Blokker, Paul (2013). ***New Democracies in Crisis? A Comparative Constitutional Study of the Czech Republic, Hungary, Poland, Romania and Slovakia.*** Routledge University Pres.

9. Canovan, Margaret (2002). "Taking Politics to the People: Populism as

the Ideology of Democracy", ***In Democracies and the Populist Challenge***.Yves Mény, Yves Surel Eds. Palgrave Macmillan

10. Canovan, M. 'Taking Politics to the People: Populism as the Ideology of Democracy', in Yves Mény, Yves Surel (Eds), (1998). ***Democracies and the Populist Challenge***, Palgrave Press
11. Eisgruber, Christopher L. (2001). ***Constitutional Self-Government*** . Cambridge: Harvard University Press
12. Espejo. Pierre Ostiguy (ed.). (2018). ***The Oxford Handbook of Populism.*** Oxford University Press
13. Fallon. Richard H. Jr. (2001). ***Implementing the Constitution***. Harvard University Press.
14. Fusaro, Carlo & Dawn Oliver, (2011). Towards a Theory of Constitutional Change', in ***How Constitutions Change: A Comparative Study*** (Dawn Oliver & Carlo Fusaro eds. Hart Publishing.
15. Fraenkel. Ernst. E a Shils (Translator), Edith Lowenstein, (2010). ***The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship.*** Lawbook Exchange, Ltd.; Lawbook Exchang ed. Edition.
16. Gardbaum, Stephen, (2013). ***The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*** .Cambridge University Press.
17. Gyorfi, Tamas (2016). ***Against the New Constitutionalism*** (Elgar Monographs in Constitutional and Administrative Law). Edward Elgar Publishing.
18. Kahn, Paul (2011). ***Political Theology: Four New Chapters on the Concept of Sovereignty***. Columbia University Press.
19. Kaidatzis, Akritas, Eleni Kalampakou, Ifigeneia Kamtsidou. ***The People's Constitution: The Populist Transformation of Constitutional Law?*** (Springer, 2024).
20. Klug Heinz (2000). ***Constituting Democracy: Law, Globalism and South Africa's Political Reconstruction.*** Cambridge University Press
21. Kramer, Larry D. (2004). ***The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial*** *Review* .New York: Oxford University Press.

22. La Torre, Carlos de (2010). ***Populist Seduction in Latin America.*** Ohio University Press.

23. Laclau, Ernesto (2005). ***On Populist Reason***. Verso; Reprint Edition.

24. Lefort, Claude (1986). ***The Political Forms of Modern Society Bureaucracy, Democracy, Totalitarianism***. The MIT Press

25. Mudde, Cas, Cristóbal Rovira Kaltwasser (2017). ***Populism: A Very Short Introduction*.** Oxford University Press

26. Müller, Jan-Werner (2016). ***What Is Populism*?** University of Pennsylvania Press.

27. Müller, Jan-Werner (2018). "Populism and Constitutionalism", in: Cristóbal Rovira Kaltwasser. Paul Taggart, Paulina Ochoa Espejo. Pierre Ostiguy (ed.) ***The Oxford Handbook of Populism.***oxford university press

28. Papastylianos, Christos. (2024). Populism and Constitution Making Process. In ***European Union and Its Neighbours in a Globalized World***. Springer Nature, p. 29-49

29. Sajó, András, Renáta Uitz (2017). ***The Constitution of Freedom: An Introduction to Legal Constitutionalism***. Oxford University Press

30. Schmitt, Carl (2008). ***Constitutional Theory***. Translated by Jeffrey Seitzer. Duke University Press 2008.

31. Taggart, Paulina Ochoa Espejo. Pierre Ostiguy (ed.), ***The Oxford Handbook of Populism***. oxford university press.

32. Stambulski, Michał (2024). "Constitutional Populism Beyond the Liberal Framework. Adam Czarnota's Program for Sociology of Constitutions". In: ***The Law is for the Citizens, so it Should Serve Them,*** ed. W. Zomerski, F. Cyuńczyk, P. Eckhardt, M. Paździora, Scholar.

33. Thornhill, Christopher (2017). "A Tale of Two Constitutions. Whose Legitimacy? Whose Crisis?" In Brexit: ***Sociological Responses (Key Issues in Modern Sociology)*** William Outhwaite ed. Anthem Press.

34. Tushnet, Mark (1999). ***Taking the Constitution Away from the Courts***, Princeton, NJ: Princeton University Press.

35. Tushnet, Mark (2018). "Comparing Right-Wing and Left-Wing Populism", ***Constitutional Democracy in Crisis****?* .Mark A. Graber, Sanford Levinson & Mark Tushnet eds. Oxford University Press.

36. Urbinati, Nadia (2014). ***Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the People***. Harvard University Press.

37. Waldron, Jeremy (1999). ***Law and Disagreement***. Oxford: Clarendon Press.

38. Urbinati, Nadia (2018). "Populism and the Principle of Majority", in Cristóbal Rovira Kaltwasser. Paul Taggart, Paulina Ochoa Espejo. Pierre Ostiguy (ed.) ***The Oxford Handbook of Populism.*** oxford university press.

39. Young, Alison L. (2009). ***Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act.*** Hart Publishing.

- Articles

40. Alexander, Larry (2005). Lawrence B. Solum Solum, "Popular? Constitutionalism?" ***Harvard Law Review.*** Vol. 118. 991-1006

41. Antal, A. (2017). 'The Political Theories, Preconditions and Dangers of the Governing Populism in Hungary'. ***Politologický Časopis-Czech Journal of Political Science****,* 24(1).

42. Balkin, Jack M. (1995). "Populism and Progressivism as Constitutional Categories," ***Yale Law Journal.*** Vol. 104 . 5-20

43. Berlin, Isaiah "To Define Populism", (1968), ***in The Isaiah Berlin Virtual Library***. Available: http://berlin.wolf.ox.ac.uk/lists/ bibliography/bib111bLSE.pdf. 1-15.

44. Blokker, Paul (2019). "Varieties of Populist Constitutionalism: The Transnational Dimension". ***German Law Journal****,* 20(3), 332-350.

45. Blokker, Paul (2019). "Populism as a Constitutional Project". Paper Presented at the Workshop 'Public Law and New Populism', ***NYU School of Law***. 296 – 313.

46. Blokker, Paul (2005). "Populist Nationalism, Anti-Europeanism, Post Nationalism, and the East-West Distinction" ***German Law Journal****,* 6(2). 371-389.

47. Blokker, Paul (2019). "Populism as a Constitutional Project". ***International Journal of Constitutional Law***, 17(2). 536-553.

48. Brettschneider, Corey (2006). "Popular Constitutionalism and the Case for Judicial Review". ***Political Theory***. (34). 516-521.

49. Brubaker, Rogers (2017). "Why Populism?" ***Theory and Society*** 46(5). 357-385.

50. Brugger, Winfried (2003). "Communitarianism as the Social and Legal Theory Behind the German Constitution" ***International Journal of Constitutional Law***, 2(3), 431-460.

51. Chambers. Simone (1998). "Contract or Conversation? Theoretical Lessons from the Canadian Constitutional Crisis", ***Politics & Society***. (26), 143-172.

52. Couso, J. (2012). "Law, Rights and Social Change in Latin America: Competing Models of Constitutionalism in an Era of Uncertainty", Available at: http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2012-javier-couso.pdf.

53. Donelly, Tom (2012). "Making Popular Constitutionalism Work". Wisconsin Law Review. ***Harvard Public Law, Working Paper***. 160-193.

54. Gee, Graham (2008). "The Political Constitutionalism of JAG Griffith", ***Legal Studies.*** (28), 20-45.

55. Goldoni, Marco (2014). "Political Constitutionalism and the Question of Constitution-Making," ***Ratio Juris.*** (27), 387-408.

56. Goldoni, Marco (2012). "Two Internal Critiques of Political Constitutionalism", ***International Journal of Constitutional Law***. (10), 926–949,

57. Griffith, J.A.G. (1979). "The Political Constitution," ***Modern Law Review.*** 42(1). 1-21.

58. Halmai, Gábor (2018). "Is There Such Thing as 'Populist Constitutionalism? The Case of Hungary", ***Fudan Journal of the Humanities and Social Sciences***, 11(3). 323-339.

59. Halmai. Gábor (2018). "The Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on the Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law", ***Review of Central and East European Law,*** 43(1). 23-42.
60. Halmai, Gabor (2018). "Is There Such Thing as 'Populist Constitutionalism'? The Case of Hungary", ***Fudan Journal of the Humanities and Social Sciences***. 11(3), 323-339.
61. Halmai, Gábor (2019). "Populism, Authoritarianism and Constitutionalism". ***German Law Journal,*** **(**20), 296-313.
62. Hayden, Robert (1992). "Constitutional Nationalism in the Formerly Yugoslav Republics", ***Slavic Review***. (51), 654-673.
63. Hiebert, Janet (2006). "Parliamentary Bill of Rights. An Alternative Model?", ***Modern Law Review***. (69), 7-28.
64. Howse, Robert (2017). "Populism and Its Enemies", Workshop on Public Law and the New Populism, Jean Monnet Center, ***NYU Law School***, Sept. 296-313.
65. Kaidatzi, Akritas (2019)."Populist/Popular/Political Constitutionalism". IVR World Congress, Dignity, Democracy, Diversity, The 29th World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy–***Workshop on Alternatives to Liberal Constitutionalism: Popular, Political, Deliberative, University of Lucerne***, 11-12.
66. Kaidatzis, Akritas (2018). "Populist Constitutionalism as a Critique on Liberal (or Legal) Constitutionalism". Paper Submitted to the Workshop 'New Constitutionalism? New Forms of Democracy and Rule of Law Beyond Liberalism', ***International Institute for the Sociology of Law***, Oñati 12-13.7. 1-18.
67. Kavanaugh, Aileen (2003). "Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron" ***Law and Philosophy***. (22), 451-486.
68. Knowles, Helen J. & Julianne A. Toia. (2014). "Defining 'Popular Constitutionalism': The Kramer Versus Kramer Problem," ***Southern University Law Review***. 118(5). 1594-1640.
69. Kramer, Larry D. (2005). "Undercover Anti-Populism", ***Fordham Law. Revew***. (73). 1343-1359.

70. Kramer, Larry D. (2004). “Popular Constitutionalism”, ***California Law Review***. (92). 959-1012.

71. Kramer, Larry D. (2001). “The Supreme Court 2000 Term Forward: We the Court”, ***Harvard Law Review***, (115). 4-169.

72. Landau, David (2018). “Populist Constitutions”, ***University of Chicago Law Review***: 85(2), 521-544.

73. Landau, David (2013). “Abusive Constitutionalism” ***UC Davis Law Review***. 47(1). 189-260.

74. Law, David, S. & Mila, Versteeg (2013). “Sham Constitutions”, ***California Law Review***,. (101). 863-952.

75. Moyn, Samuel (2021). “On Human Rights and Majority Politics”, ***Vanderbilt Law Review***. Vol. 52.

76. Mudde & Crist´obál Rovira Kaltwasser (2013). “Exclusionary vs. Inclusionary Populism: Comparing Contemporary Europe and Latin America”, ***Government and Opposition*** 48(2). 147-174.

77. Mudde, C. (2013). ‘Are Populists Friends or Foes of Constitutionalism?’, ***The Foundation for Law, Justice and Society in Association with the Centre for Socio-Legal Studies and Wolfson College, University of Oxford*** 76. http://www.fljs.org/sites/www.fljs.-org/files/publications/Mudde_0.pdf. 1-7.

78. Nash, K. (2016). “Politicising Human Rights in Europe: Challenges to Legal Constitutionalism From the Left and the Right”. ***The International Journal of Human Rights***, 20(8).

79. Norris, Pipp (2017). “Is Western Democracy Backsliding? Diagnosing the Risks”, ***HKS Working Paper***, No. RW, p. 17-012.1-26.

80. Parker, Richard D. (1993). ‘Here, the People Rule’: A Constitutional Populist Manifesto,” ***Valparaiso University Law Review***. Vol. 27 .531-584.

81. Postt, Robert & Reva Siegelt (2004). “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”. ***California La W Review***. (92). 1027-1044.

82. Pozen, David E. (2010). “Judicial Elections as Popular Constitutionalism,” ***Columbia Law Review***. (110). 2047-2134.

83. Roach, Kent (2004). "Dialogic Judicial Review and its Critics", ***Supreme Court Law Review***, (23)49, 49-104.

84. Scheppele, Kim Lane (2004). 'Counter-Constitutions: Narrating the Nation in Post-Soviet Hungary', Paper Given at George ***Washington University***, Washington DC, 2 April. 519-543.

85. Scheppele, Kim Lane (2018). "Autocratic Legalism", ***University of Chicago Law Review***. (85). 545-584.

86. Siegel, Jonathan R. (2012). "The Institutional Case for Judicial Review," ***Iowa Law Review***. (97). 1147-1199.

87. Tushnet, Mark (2003). "Alternative Forms of Judicial Review", ***Michigan Law. Reniew***. (101). 2781-2802.

88. Tushnet, Mark (2017). "The Possibility of Illiberal Constitutionalism", ***Florida Law Review***. (69).1367-1384.

89. Tushnet, Mark (2015). "Constitutional Law: Critical and Comparative" ***Harvard Public Law Working Paper***. No. 15-09.1-11.

90. Tushnet, Mark (2013). "The Relation between Political Constitutionalism and Weak-Form Judicial Review", ***Journals German Law Journal***. 14(12). 2249-2263.

91. Tushnet, Mark (2006). "Popular Constitutionalism as Political Law", ***Chicago-Kent Law Review***. (81). 991-1006.

92. Urbinati, N. (1998). 'Democracy and Populism,' ***Constellations,*** 5(1). 110-124.

93. Waldron, Jeremy (2006). "The Core of the Case Against Judicial Review", ***YALE Law. Journal***. (115). 1346-1406.

94. Waldron, Jeremy (2010). Constitutionalism-A Skeptical View http://scholarship.law.georgetown.edu/hartlecture/4. 1-46.

95. Werhan, Keith (2012). "Popular Constitutionalism, Ancient and Modern". ***University of California, Davis***. (46). 65-131.

University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514
Volum: 16 **Issue:** 39
Summer 2025

Article Type: Research Article **Pages:** 197-225

From Integrity to Foundational Structure: Dworkin and Rawls's Justice-Based Approaches to the Constitution in Comparative Public Law

Mehdi Moradi Berelian[1]| Mohammad Ghasm Tangestani[2]

1. Assistant Professor, Department of Public and International Law, University of Mazandaran, Iran (Corresponding Author) m.moradib@umz.ac.ir
2. Associate Professor, Department of International Law, Kharazmi University, Tehran, Iran m.tangestani@khu.ac.ir

Abstract

Ronald Dworkin's and John Rawls's theories of justice, despite their common grounding in the liberal tradition, provide two distinct accounts of the relationship between morality, law, and the constitution. Dworkin, through his theory of law as integrity, conceives the constitution as a living structure oriented toward the moral principles of justice, human dignity, and equality, to be interpreted in light of the best moral justification of the legal system as a whole. Rawls, by contrast, through his theory of justice as fairness and the notion of the basic structure, emphasizes the role of political institutions in realizing public reason and guaranteeing fundamental liberties in a pluralistic society. This article, adopting an analytical–comparative approach, offers a critical reassessment of the foundational works of both thinkers and examines their convergences and divergences with respect to constitutional interpretation. The findings indicate that, for Dworkin, constitutional interpretation is the continuation of individual moral agency and normative responsibility towards principles of justice, while for Rawls, the rational design of fair institutions constitutes the basis for achieving social justice. This conceptual tension opens new horizons for rethinking the foundations of public law, particularly regarding the legitimacy of public power, moral-oriented constitutional interpretation, and the constitution's status as an instrument for realizing human dignity. Moreover, by focusing on Iranian constitutional law, the article demonstrates that applying these two theoretical frameworks in the local context can shed light on key issues such as freedom of assembly (Article 27), equality of citizens (Article 20), and supervisory authority of the Guardian Council (Article 99), thereby offering insights for enhancing the legitimacy and effectiveness of Iran's constitutional order.

Keywords: *Justice, Constitution, Moral Interpretation, Law as Integrity, Guardian Council*.

Received: 2025/07/16 **Received in revised form:** 2025/08/03 **Accepted:** 2025/08/25 **Published:** 2025/09/09

DOI: 10.22034/law.2025.68181.3508

Publisher: University of Tabriz law@tabrizu.ac.ir

شاپا الکترونیکی: ۰۵۱۴-۲۸۲۱
مطالعات حقوق تطبیقی معاصر
دوره: ۱۶، شماره: ۳۹
تابستان ۱۴۰۴
نوع مقاله: پژوهشی
صفحات: ۱۹۷-۲۲۵

از یکپارچگی تا ساختار بنیادین: مواجههٔ عدالت‌محور دورکین و رالز با قانون اساسی در منظومهٔ حقوق عمومی تطبیقی

مهدی مرادی برلیان[۱] | محمدقاسم تنگستانی[۲]

۱. استادیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشگاه مازندران، ایران (نویسنده مسئول) m.moradib@umz.ac.ir
۲. دانشیار گروه حقوق بین‌الملل، دانشگاه خوارزمی تهران، ایران m.tangestani@khu.ac.ir

چکیده

نظریه‌های عدالت‌محور رونالد دورکین و جان رالز، علی‌رغم تعلق به سنت لیبرالیسم اخلاقی، دو قرائت متمایز از نسبت میان اخلاق، حقوق و قانون اساسی ارائه می‌دهند. دورکین با ابتنا بر نظریهٔ «قانون به‌مثابه یکپارچگی هنجاری»، قانون اساسی را ساختاری زنده و معطوف به اصول اخلاقی عدالت، کرامت انسانی و برابری تلقی می‌کند که تفسیر آن باید در پرتو بهترین توجیه اخلاقی برای کل نظام حقوقی صورت گیرد. در برابر او، رالز با صورت‌بندی نظریهٔ «عدالت به‌مثابه انصاف» و تکیه بر مفهوم «ساختار بنیادین»، بر نقش نهادهای سیاسی در تحقق عقلانیت عمومی و تضمین آزادی‌های اساسی در جامعه‌ای کثرت‌گرا تأکید می‌ورزد. نگارندگان مقالهٔ حاضر با رویکردی تحلیلی- تطبیقی، ضمن بازخوانی انتقادی آثار بنیادین این دو متفکر و با اتکا به تفاسیر فلسفی و حقوقی معتبر، به بررسی وجوه افتراق و اشتراک آنها در نسبت با تفسیر قانون اساسی می‌پردازند. یافته‌ها نشان می‌دهد که دورکین، تفسیر قانون اساسی را تداوم کنش اخلاقی فردی و مسئولیت‌پذیری هنجاری در قبال اصول عدالت می‌داند، درحالی که رالز، طراحی عقلانی نهادهای منصفانه را بنیان تحقق عدالت اجتماعی تلقی می‌کند. این تقابل مفهومی، افق‌های تازه‌ای برای بازاندیشی در مبانی حقوق عمومی، به‌ویژه در زمینه‌هایی همچون مشروعیت قدرت عمومی، تفسیر اخلاق‌محور قانون و منزلت قانون اساسی به‌مثابه ابزار تحقق کرامت انسانی فراهم می‌آورد. افزون بر این، مقالهٔ حاضر با تمرکز بر حقوق اساسی ایران نشان می‌دهد که کاربرد این دو دستگاه نظری در بستر بومی، می‌تواند در تبیین مسائل محوری همچون آزادی اجتماعات (اصل ۲۷)، برابری شهروندان (اصل ۲۰) و نظارت استصوابی (اصل ۹۹) الهام‌بخش باشد و راهکارهایی را برای ارتقای مشروعیت و کارآمدی نظام حقوقی ایران عرضه کند.

واژگان کلیدی: *تفسیر اخلاقی، شورای نگهبان، عدالت، قانون اساسی، یکپارچگی.*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۴/۲۵ **تاریخ بازنگری:** ۱۴۰۴/۰۵/۱۲ **تاریخ پذیرش:** ۱۴۰۴/۰۶/۰۳ **تاریخ انتشار:** ۱۴۰۴/۰۶/۱۸

DOI: 10.22034/law.2025.68181.3508

ناشر: دانشگاه تبریز law@tabrizu.ac.ir

مقدمه

در فلسفهٔ حقوق عمومی، آنگاه که از قانون اساسی سخن می‌گوییم، صرفاً با یک متن حقوقی مواجه نیستیم، بلکه با برساخته‌ای هنجاری سروکار داریم که در آن، فلسفهٔ سیاسی، اخلاق کاربردی و نظریهٔ قدرت درهم تنیده‌اند. قانون اساسی، اگر به معنای واقعی کلمه «اساسی» تلقی شود، نمی‌تواند صرفاً ظرفی صامت برای قواعد شکلی باشد؛ بلکه باید آن را به‌مثابه زبان سامان‌دهندهٔ مشروعیت، عدالت و عقلانیت در ساختار حقوقی- سیاسی فهمید. تفسیر قانون اساسی از این منظر، نه‌فقط ترجمان ارادهٔ تاریخی مؤسس، بلکه نوعی پاسخ اخلاقی به پرسش‌های معاصر دربارهٔ حدود اقتدار، ارزش کرامت و نسبت میان آزادی و الزام است. در دل این پرسش، نزاعی عمیق پنهان است: آیا عدالت در حقوق عمومی از طریق تفسیر اخلاق‌گرایانهٔ اصول حقوقی حاصل می‌شود یا از طریق طراحی نهادی منصفانه و عقلانی؟ این دو نحوهٔ مواجهه با عدالت، در اندیشهٔ دو فیلسوف بزرگ معاصر (*رونالد دورکین* و *جان رالز*) به دو دستگاه نظری متمایز اما هم‌ریشه در سنت لیبرالیسم اخلاقی شکل یافته‌اند.

دورکین، با بنیان‌گذاری نظریهٔ *قانون به‌مثابه یکپارچگی هنجاری*[1] بر آن است که حقوق نمی‌تواند از اخلاق منفک شود، بلکه باید همانند روایتی مستمر، به دست مفسرانی خوانده شود که در پی کشف بهترین توجیه اخلاقی برای کل نظام حقوقی‌اند. در این منظومه، تفسیر حقوقی امری صرفاً فنّی یا رویه‌محور نیست، بلکه عملی اخلاقی است. قاضی در نقش «هراکلیتوس حقوقی»، نه‌فقط به‌دنبال انطباق با سوابق، بلکه مسئول انسجام‌بخشی اخلاقی به نظام حقوقی است؛ انسجامی که در آن، اصولی همچون برابری، کرامت و عقلانیت هنجاری، نقش اساسی دارند؛ گرچه این دیدگاه با انتقاداتی مواجه شده است که متعاقباً بررسی خواهد شد.

در نقطه‌ای دیگر از این میدان، *رالز* ایستاده است؛ فیلسوفی که با صورت‌بندی نظریهٔ *عدالت به‌مثابه انصاف* و ابداع مفهوم *ساختار پایه*[2] به‌دنبال پاسخگویی به این پرسش است که در جامعه‌ای کثرت‌گرا و متشکل از شهروندانی با جهان‌بینی‌های متعارض، چگونه می‌توان به نظمی دست یافت که هم عادلانه باشد و هم پایدار؟ پاسخ او، نه در تفسیر اخلاقیِ تصمیم قضایی، بلکه

1. Law as Integrity
2. Basic Structure

در طراحی نهادهایی عقلانی و بی‌طرف است که بتوانند از خلال قرارداد اجتماعی فرضی، آزادی‌ها و فرصت‌های برابر را برای همگان تضمین کنند. در این دیدگاه، قانون اساسی بیش از آنکه محل تفسیر باشد، محل طراحی است. از نظر وی مشروعیت نه از انسجام هنجاری تفاسیر، بلکه از انصاف ساختاری برمی‌خیزد.

دو منظومهٔ فکری پیش‌گفته، در عین پیوند ریشه‌ای با سنت کانتی و لیبرالی، حامل دو سبک متمایز مواجهه با مسئلهٔ عدالت‌اند: *دورکین*، درون‌گرایانه به‌دنبال اخلاق در دل حقوق، و *رالز*، برون‌گرایانه در پی نهادهای اخلاقی در دل ساختار اجتماعی است. این تمایز، نه صرفاً فلسفی، بلکه عمیقاً حقوقی است؛ چراکه هر دو، الگوهای متفاوت با مشروعیت در حقوق عمومی را پیش می‌نهند: یکی بر پایه پاسخگویی مفسر به اصول اخلاقی، دیگری بر بنیاد عدالت در طراحی نهادهای اساسی.

هدف از انجام این پژوهش آن است که از سطح توصیف صرف عبور کند و به سنجشی هنجاری و قابل اعمال برسد. بر همین مبنا، منطق پیش روی متن نه بر انباشتن گزاره‌ها دربارهٔ *رالز* و *دورکین*، بلکه بر سامان‌دادن نسبت‌ها و پیامدها استوار می‌شود؛ نسبت‌هایی که مستقیماً به حقوق اساسی ایران گره می‌خورند. چارچوب پیشنهادی چهار بُعد را هم‌زمان درنظر می‌گیرد تا هر ادعا از خلال آنها محک بخورد.

نخست، «سطح تحلیل» تعیین‌کنندهٔ افقی است که در آن عدالت سنجیده می‌شود. در افق تفسیری، سخن از شیوهٔ خوانش متن و حقوق بنیادین در مقام قضاوت است؛ جایی که داوری قضایی با وفاداری به متن و سنت حقوقی می‌کوشد روایت «بهترین تفسیر» را از نظم هنجاری ارائه کند و کرامت انسانی را در مقام رسیدگی عینی پاس بدارد.

دوم، «واحد تحلیل» روشن می‌سازد که سنجش مشروعیت و عقلانیتِ تصمیم در کجا رخ می‌دهد. اگر واحد قاضی باشد، مسئله بر مدار معیارهای توجیه تصمیم قضایی، نسبت «انطباق و توجیه»، حدود دادرسیِ فعال و ضرورت خودمهاری می‌چرخد. اگر واحد نهاد باشد، بحث به سرشت و کیفیت طراحی پارلمان و شوراها و دادگاه قانون اساسی، به نسبت تفکیک قوا و به سازوکارهای پاسخگویی عمومی منتقل می‌شود.

سوم، بحث «منبع مشروعیت» این پرسش را مطرح می‌کند که داوری هنجاری به اتکای کدام سرچشمه معتبر می‌شود: آیا حقوق بنیادین به‌منزلهٔ برگِ برنده در برابر سیاست اکثریت، حد و مرز تصمیم‌گیری عمومی را تعیین می‌کند؟ یا آنکه معیار، «عقلانیت عمومی» است؛ یعنی قواعدی که شهروندان آزاد و برابر، با جهان‌بینی‌های متکثر می‌توانند در مقام همشهری بر آن وفاق کنند؟ یا باید از «هویت قانون اساسی» سخن گفت؛ هویتی که انسجام درونی متن، اصول راهنمای تفسیر و طراحی، و پیوستگی تاریخی نظم حقوقی را درهم می‌نشاند؟

چهارم، «زمان تحقق عدالت» یادآور می‌شود که عدالت همیشه در یک نقطه اتفاق نمی‌افتد. گاه عدالت در مقام پسینی و در فرایند رسیدگی و تفسیر موردی رخ می‌دهد و گاهی در مقام پیشینی و در طراحی قواعد عام و ساختارهای نهادی تحقق می‌یابد؛ آنگاه که قانون‌گذار و معماران نظم عمومی، قواعد بازی منصفانه را پیشاپیش می‌نویسند.

بر این اساس، این پرسش‌ها قابل طرح است که در منازعات حقوق اساسی، چه زمانی باید دست به دامن طراحی پیشینی شد و چه زمانی باید میدان را به تفسیر پسینی سپرد؟ تصمیم قضاییِ موجه، مشروعیت خود را از کجا می‌گیرد؛ از انسجام اخلاقی حقوق و روایت یکپارچهٔ نظام هنجاری، یا از عقلانیت عمومی که در منظر شهروندان کثرت‌گرا قابل دفاع است؟ پیامد هریک از این رویکردها برای حدود دادرسی فعال، برای مرزهای تفکیک قوا، و برای کارآمدی نهادی در ایران چیست؟ و سرانجام، هنگامی که حق بنیادین با مصلحت عمومی در تنش می‌افتد، کدام سطح، کدام واحد و کدام منبع باید تقدم یابد تا هم منزلت انسان و هم سامان جمعی پاس داشته شود؟

نگارندگان نوشتار حاضر با تکیه بر آثار اصلی *دورکین* و *رالز* می‌کوشند در افقی تطبیقی، این دو نحوهٔ اندیشیدن به قانون اساسی را با یکدیگر در گفتگویی انتقادی و تفسیری قرار دهند. هدف نه آن است که یکی بر دیگری ترجیح داده شود، بلکه آن است که از خلال این تقابل سازنده، ابعاد مغفول عدالت، مشروعیت، کرامت و عقلانیت در تفسیر حقوق عمومی بازخوانی شود.

۱. مبانی نظری و مفهومی

هرگونه تأمل در باب تفسیر قانون اساسی، ناگزیر از ورود به نظریهٔ عدالت و فلسفهٔ سیاسی است؛ چراکه نسبت میان تفسیر قانون و مبانی عدالت، بر تمامی ابعاد حقوق عمومی سایه افکنده است. در دل این افق مفهومی، دو منظومهٔ نظری متمایز، اما هم‌ریشه (نظریهٔ عدالت *رونالد دورکین* و نظریهٔ عدالت *جان رالز*) دو امکان متفاوت را برای فهم قانون اساسی به‌مثابه ساختاری عدالت‌محور فراهم می‌آورند.

دورکین با صورت‌بندی نظریهٔ قانون به‌مثابه یکپارچگی هنجاری، بر آن است که نظام حقوقی تنها در صورتی مشروع است که تفسیر قواعد آن، تابع انسجام هنجاری و اخلاقی باشد که در سراسر ساختار حقوقی امتداد یافته است[۳]. در این منظومه، تفسیر قانون اساسی عملی است ذاتاً اخلاقی؛ به این دلیل که متعهد به بازسازی منسجم‌ترین و کرامت‌محورترین روایت از نظام حقوقی است. قاضی در مقام فاعل تفسیر، نه مجری ارادهٔ مؤسس، بلکه ادامه‌دهندهٔ گفتگویی است میان گذشته حقوقی و ارزش‌های اخلاقی همگانی. این گفتگو، تنها زمانی معتبر است که بر اصل برابری در مقام احترام برابر به اشخاص استوار باشد[۴].

رالز با تکیه بر نظریهٔ «عدالت به‌مثابه انصاف»[۵] و ابداع مفهوم «ساختار بنیادین»، تصویری از عدالت ارائه می‌دهد که در آن، طراحی عقلانی نهادهای اجتماعی و سیاسی واجد اهمیت بنیادین است. از منظر *رالز*، قانون اساسی بخشی از معماری نهادی جامعهٔ عادلانه است؛ ساختاری که باید از منظر شهروندانی آزاد و برابر، در وضعیت آغازین و پشت پردهٔ نادانی، قابل توجیه باشد[۶]. در این دستگاه، مشروعیت نه از انسجام تفسیری، بلکه از قابلیت توجیه عقلانی ساختار برای همهٔ اعضای جامعه حاصل می‌شود. با این همه، *رالز* نیز همچون *دورکین*، بر کرامت انسان، آزادی‌های بنیادین و عقلانیت اخلاقی تأکید می‌کند؛ اما شیوهٔ صورت‌بندی آنها، نه در صحنهٔ تفسیر قضایی، بلکه در سطح طراحی بنیان‌های اجتماعی صورت می‌گیرد.

3. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986), p. 176-178, 190-192.
4. Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011), p. 2-24.
5. Justice as Fairness
6. John Rawls, *A Theory of Justice (Revised Edition)*, (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999), p. 5–22, 47–50, 104–108

۱.۱. عدالت در نسبت با قانون: از صورت‌بندی اخلاقی تا معماری نهادی

مفهوم عدالت در سنت اندیشهٔ مدرن، همواره در کشاکش میان دو تلقی بنیادی شکل گرفته است: نخست، عدالت به‌مثابه فضیلت اخلاقی و سنجه‌ای برای داوری دربارهٔ کنش انسانی؛ دوم، عدالت به‌منزلهٔ الگویی هنجاری برای سازماندهی نظم اجتماعی به‌نحوی که آزادی‌ها، فرصت‌ها و منابع اساسی در میان شهروندان به‌صورت منصفانه توزیع شود. این دوگانه، از فلسفه کلاسیک یونانی تا نظریه‌های معاصر حقوق عمومی، صورت‌بندی‌های متنوعی به خود گرفته و در نظریهٔ قانون اساسی نیز بازتاب یافته است. در سنت یونانی، عدالت نه به‌مثابه قاعده‌ای حقوقی، بلکه به‌عنوان نظم درونی اجتماع فهم می‌شد. *افلاطون*، در کتاب جمهور، عدالت را هماهنگی درونی قوای نفس و بازتاب آن در ساختار سلسله‌مراتبی جامعه می‌دانست. *ارسطو*، با تمایز میان عدالت توزیعی و اصلاحی، آن را معیار برقراری تناسب در روابط اجتماعی معرفی کرد و بنیان فلسفی را برای تمایزهای بعدی در نظریه عدالت نهاد. در دوران مدرن، اندیشهٔ عدالت به‌تدریج از اخلاق فردی فاصله گرفت و در درون نهادهای سیاسی و حقوقی صورت‌بندی شد. *جان لاک* در مقام نظریه‌پرداز لیبرالیسم کلاسیک، عدالت را ضامن حفظ آزادی‌های طبیعی، حق مالکیت و حدود مشروع اقتدار سیاسی می‌دانست. *کانت*، با پی‌ریزی نظریهٔ عدالت خالص، آن را بر مبنای اصل خودآیینی و جهان‌شمولی ارادهٔ معقول بنا کرد و عدالت را حاصل اراده‌ای دانست که در عین آزادی، بتواند به قانون عام رضایت دهد[۷].

آن‌گونه که *دورکین* استدلال می‌کند، قانون اساسی موضوع تفسیر اخلاقی است: تفسیری که در بستر آن، قاضی موظف است تصمیمی اتخاذ کند که همسو با کرامت انسانی، برابری و انسجام اصول هنجاری کل نظام حقوقی باشد. آن‌گونه که *رالز* می‌فهمد، قانون اساسی بخشی از معماری عقلانی نهادهایی است که باید با معیارهای انصاف، آزادی برابر و اصل تفاوت قابل طراحی و توجیه باشند[۸]. «در نظریهٔ عدالت رالز، هیچ‌یک از اصول به‌تنهایی کفایت اخلاقی ندارد؛ بلکه وحدت ساختاری عدالت هنگامی حاصل می‌شود که اصل آزادی با اصل تفاوت در نسبت دیالکتیکی قرار گیرد»[۹].

7. *Ibid*, p. 3.
8. John Rawls, *op. cit.*, p. 52-65.
۹. سید علی محمودی، «فلسفهٔ هم آوایی آزادی و برابری در نظریهٔ عدالت جان رالز»، *پژوهشنامهٔ علوم سیاسی*، ش ۲ (۱۳۹۶)، ص ۶۰.

در نظریهٔ *دورکین*، عدالت شرط تفسیر درست است و در نظریهٔ *رالز*، عدالت قاعدهٔ طراحی ساختار. این دو سطح، دو پرسش بنیادین را در نسبت با حقوق عمومی برمی‌انگیزانند: آیا عدالت باید در عقل اخلاقیِ مفسر نهادینه شود یا در طراحی پیشینیِ ساختار سیاسی؟ آیا مشروعیت از وفاداری به انسجام هنجاری ناشی می‌شود یا از قابلیت توجیه نهادهای اساسی از منظر شهروندانی که در وضعیت بی‌طرفانه می‌اندیشند؟ این دو پرسش، اساس تقابل نظری میان *دورکین* و *رالز* را در نسبت با قانون اساسی تشکیل می‌دهند.

۲.۱. عدالت به‌مثابه انسجام هنجاری و عدالت به‌مثابه انصاف: دو دستگاه تفسیر قانون اساسی

نظریه‌های *دورکین* و *رالز*، نه صرفاً دو قرائت از عدالت، بلکه دو دستگاه مستقل در تبیین جایگاه اخلاق، حقوق و قانون اساسی عرضه می‌کنند که در دل آنها، «تفسیر» نه به‌منزله عملیات فنی، بلکه کنشی هنجاری و عقلانی تلقی می‌شود. این دو رویکرد، به‌ترتیب، در قالب مفاهیم «انسجام»[۱۰] و «انصاف»[۱۱] تبیین شده‌اند.

در نظریهٔ *دورکین*، عدالت خود را در قالب انسجام تفسیر متجلی می‌سازد. تفسیر حقوقی در این دستگاه، عبارت است از کوششی برای ارائهٔ بهترین توجیه اخلاقی ممکن از کل نظام حقوقی، به‌گونه‌ای که تصمیم قضایی از دل «روایت منسجم» از سوابق، اصول و قواعدِ موجود برآید. در نقطهٔ مقابل، *رالز* با نظریهٔ «عدالت به‌مثابه انصاف» چارچوبی نهادی– قراردادی ارائه می‌دهد که در آن، عدالت محصول طراحی عقلانی ساختاری است که بتواند از منظر شهروندانی در «وضعیت آغازین» و در پس «پردهٔ نادانی» مورد پذیرش قرار گیرد[۱۲]. این عدالت، پیش‌فرض نظام حقوقی است، نه محصول تفسیر آن. قانون اساسی در این دستگاه، بخشی از «ساختار بنیادین» است که توزیع حقوق، امتیازات و فرصت‌های برابر را در جامعه شکل می‌دهد[۱۳].

10. Integrity
11. Fairness
12. John Rawls, *op. cit.*, p. 11-17.
۱۳. فردین مرادخانی، «مفهوم قانون اساسی در اندیشه جان رالز»، *مطالعات حقوقی*، ش ۱ (۱۳۹۹)، ص ۵۲.

۳.۱. عدالت و اقتدار: نسبت میان حق، قانون و نظم در دو منظومهٔ نظری

مسئلهٔ اقتدار در فلسفهٔ حقوق، همواره در نسبت با دو پرسش بنیادین تعریف شده است: نخست، چه چیزی به قانون قدرت الزام‌آور می‌بخشد؟ و دوم، آیا اقتدار حقوقی باید از درون خصلت اخلاقی نظم حقوقی توجیه شود، یا برآمده از ساختاری نهادی است که مورد پذیرش عقلانی و جمعی قرار گرفته است؟[۱۴]. در منظومهٔ نظری *دورکین*، اقتدار حقوقی نه از اطاعت صرف از قواعد، بلکه از قابلیت آن قواعد برای بیان ارزش‌هایی همچون کرامت، برابری و عقلانیت اخلاقی برمی‌خیزد. بنابراین، حق بر قانون مقدم است: قواعد فقط در صورتی الزام‌آورند که با حق‌هایی سازگار باشند که درون‌ماندگار در نظم حقوقی‌اند. *دورکین* با انتقاد از پوزیتیویسم حقوقی، بر آن است که اقتدار سیاسی اگر بخواهد معتبر باشد، باید خود را در برابر دستگاهی اخلاقی از پاسخگویی نسبت به اشخاص توضیح دهد[۱۵]. در این دیدگاه، قاضی در مقام مفسر، نه صرفاً تبیین‌کنندهٔ متون، بلکه فاعل هنجاری است که مسئول بازسازی انسجام اخلاقی در نظام حقوقی است. این مسئولیت، نه صرفاً یک نقش حرفه‌ای، بلکه کنشی سیاسی– اخلاقی در عرصهٔ عمومی است که مشروعیت را به قانون می‌بخشد[۱۶].

در مقابل، در منظومهٔ نظری *رالز*، اقتدار حقوقی نه در فرایند تفسیر، بلکه در مبنای طراحی ساختار اجتماعی و قانونی مستقر است. قانون در این نگاه، واجد اقتدار است؛ البته اگر بتوان آن را از منظر شهروندانی آزاد و برابر، در وضعیت بی‌طرفانه‌ای چون «وضعیت آغازین»، به‌عنوان بخشی از طرح عقلانی جامعهٔ عادلانه پذیرفت[۱۷]. *رالز* بر آن است که عدالت، هنگامی تحقق می‌یابد که ساختار بنیادین جامعه به‌گونه‌ای طراحی شده باشد که همهٔ اعضا، فارغ از موقعیت خاص، بتوانند بر آن توافق کنند[۱۸] .

در نگاه *دورکین*، قانون اساسی متنی زنده و تفسیربردار است که همواره می‌توان آن را به

---

۱۴. پرهام مهرآرام، «بررسی انتقادی جدایی حقوق از اخلاق در نظریهٔ الزام حقوقی هانس کلسن»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۲۷ (۱۴۰۱)، ص ۲۰۲.

15. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 190–195, 225–228, 378–384

16. Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, p. 3-4.

۱۷. محمد راسخ و محمدرضا رفیعی، «نسبت حکومت با زندگی مطلوب؛ نگرشی به رویکرد بی‌طرفی»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۱ (۱۳۸۹)، ص ۱۱۲.

18. John Rawls, *op. cit.*, p. 6–10, 15–19.

سود عدالت بازخوانی کرد؛ از منظر *رالز*، قانون اساسی به‌مثابه طرحی عقلانی است که هرگونه تفسیر از آن باید در چارچوب وفاداری به ساختار پذیرفته‌شده باقی بماند. این تقابل، پیامدهای مهمی برای حقوق عمومی دارد. در نظام مبتنی بر دیدگاه *دورکین*، تفسیر قضایی می‌تواند خاستگاه تحول حقوقی و ابزار بازسازی عدالت در درون نظام باشد؛ اما در نظام رالزی، اولویت با طراحی نهادهای منصفانه و جلوگیری از سلطه است.

برای آنکه چارچوب تحلیلی صرفاً در سطح انتزاعی باقی نماند، می‌توان آن را در قالب الگویی عملیاتی صورت‌بندی کرد. این الگو به ما اجازه می‌دهد منازعات حقوق اساسی را از سطح مفاهیم کلی به سطح تصمیم‌های نهادی و قضایی پیوند دهیم. منطق الگو بر چهار گام استوار است: نخست باید تعیین کرد نزاع در کدام سطح رخ می‌دهد. دوم، معیار مشروعیت متناظر با همان سطح به‌کار گرفته می‌شود: در سطح تفسیری، انسجام اخلاقی و اصل احترام برابرِ دورکینی؛ و در سطح ساختاری، عقلانیت عمومی و اجماع هم‌پوشانِ رالزی. سوم، پیامدهای نهادی این انتخاب باید سنجیده شود؛ تأثیر آن بر دادگاه‌ها، پارلمان، شوراها و نسبت قوای عمومی. چهارم، نتیجه‌ای هنجاری برای قانون اساسی استنتاج می‌شود؛ اینکه کدام سطح و کدام معیار در شرایط خاص می‌تواند هم مشروعیت و هم کارآمدی نظم حقوقی را حفظ کند و در عین حال حدود و ثغور قاضی و قانون‌گذار را روشن سازد.

کاربرد این الگو را می‌توان در دو سناریوی آزمایشی نشان داد: نخست، در مسئلهٔ آزادی بیان در وضعیت بحران امنیتی، نزاع در سطح تفسیری است. معیار دورکینی اقتضا دارد که هر محدودیت یا آزادی با اصل احترام برابر سازگار باشد، درحالی که *رالز* از ما می‌خواهد از پیش در طراحی ساختار قانونی، قاعده‌ای بی‌طرفانه برای وضعیت اضطراری پیش‌بینی کنیم. نتیجه آن است که در حقوق اساسی ایران، علاوه بر لزوم درج قواعد روشن دربارهٔ حدود آزادی در شرایط بحران، قاضی نیز باید اختیار داشته باشد در هر پروندهٔ قضایی، روایت کرامت‌محور از این آزادی را پاس دارد.

دوم، در مسئلهٔ تبعیض مثبت آموزشی، نزاع در سطح ساختاری است. *رالز* با اصل تفاوت تجویز می‌کند که نابرابری، تنها آنگاه مجاز است که به نفع محرومان تمام شود؛ *دورکین* می‌خواهد بداند که اجرای چنین سیاستی در هر مورد، با انسجام کلی نظام حقوقی و احترام برابر

سازگار هست یا نه. در نظام حقوق اساسی ایران، اصول ۳ و ۳۰ بر رفع تبعیض و آموزش رایگان تأکید دارند؛ لذا منطق رالزی سیاست‌های حمایتی آموزشی را توجیه می‌کند، اما برای پذیرش اجتماعی و قضایی آن، باید هر تصمیم اجرایی با معیار دورکینی نیز هماهنگ باشد. به این ترتیب، الگوی سنجش و کاربرد نشان می‌دهد که قیاس *رالز* و *دورکین* تنها در سطح نظری نمی‌ماند، بلکه می‌تواند به معیاری عملی برای سنجش مشروعیت تصمیم‌های قضایی و طراحی نهادی در ایران بدل شود.

۲. نظریهٔ عدالت قانون اساسی در منظومه‌های فلسفی *دورکین* و *رالز*

اندیشهٔ عدالت اگر بخواهد در دل ساختار حقوق عمومی معاصر جای گیرد، ناگزیر باید از سطح توصیه‌های اخلاقی فراتر رود و به سطح بازطراحی اقتدار، مشروعیت و کارکرد نهادهای حاکمیتی ارتقا یابد. بخش پیش رو، با تمرکز بر نظریات *دورکین* و *رالز*، می‌کوشد سازوکار درونی آنها را از منظر عدالت، تفسیر و مشروعیت تحلیل کند.

۱.۲. عدالت، تفسیر و مشروعیت در نظریهٔ «قانون به‌مثابه یکپارچگی»

در منظومهٔ فکری *دورکین*، باید بررسی شود که مراد از اخلاق و تفسیر اخلاقی چیست؟ اخلاق در اینجا نه به معنای مجموعه‌ای از توصیه‌های فردی یا هنجارهای عرفی، بلکه به‌مثابه افق عام کرامت انسانی فهم می‌شود؛ افقی که معیار نهایی اعتبار قواعد حقوقی است. تفسیر اخلاقی در این دستگاه، فرایند بازسازی منسجم بهترین توجیه از قواعد و رویه‌های حقوقی است، به‌گونه‌ای که با اصل احترام برابر به اشخاص سازگار باشد؛ بدین‌سان، هر تصمیم قضایی مشروع، آنگاه موجه است که بتواند روایت منسجمی از کل نظام حقوقی عرضه کند.

نظریهٔ «قانون به‌مثابه انسجام یا یکپارچگی» را باید نه صرفاً یک آموزه در تئوری حقوق، بلکه کوششی بنیادی برای بازسازی دستگاه معنا، اقتدار و اخلاق در درون نظم حقوق عمومی دانست. *دورکین* در مقام متفکری که هم‌زمان با سنت لیبرالیسم حقوقی و با دستگاه اخلاقی کانتی درگیر است، کوشید تا پیوند سه‌وجهی میان حقوق، اخلاق و کرامت سیاسی انسان را از نو صورت‌بندی کند. در نگاه وی، عدالت نه واقعیتی بیرونی یا افزوده بر نظام حقوقی، بلکه ساختار

درونی تفسیر عادلانه است. او در برابر پوزیتیویسم حقوقی، به‌ویژه روایت *هارت*[۱۹]، ایستادگی می‌کند و بر آن است که قواعد حقوقی تنها آنگاه معتبر و الزام‌آورند که در پرتو بهترین تبیین اخلاقی از کل سنت حقوقی یک جامعه توجیه‌پذیر باشند[۲۰]. در این منظومه، قاضی نویسنده‌ای است که با تخیل اخلاقی، متنی را در ادامهٔ تاریخ حقوقی بازنویسی می‌کند؛ به‌گونه‌ای که آن متن، هم‌زمان با سوابق، اصول و ارزش‌های اخلاقی بنیادین جامعه سازگار بماند. قاضی به‌جای آنکه صرفاً اجراکنندهٔ اراده قانون‌گذار باشد، به‌مثابه بازیگر عقلانی در صحنهٔ عدالت عمل می‌کند[۲۱].

دورکین با وام‌گیری از استعارهٔ داستان حقوقی، پیشنهاد می‌دهد که قاضی همچون رمان‌نویسی در فصل میانی داستان قرار بگیرد: او باید هم‌زمان وفادار به فصل‌های پیشین (سوابق حقوقی) و متعهد به خلق بهترین پایان اخلاقی برای کل داستان باشد[۲۲]. این ساختار، نوعی روایت هنجاریِ منسجم از عدالت پدید می‌آورد که در آن، مشروعیت حقوق عمومی، نه بر پایهٔ رضایت یا فرمان، بلکه بر بنیان «احترام برابر به اشخاص»[۲۳] استوار می‌شود؛ اصلی که به تعبیر *دورکین*، شالودهٔ هر نظم عادلانه است. وی مدعی می‌شود که «ارزش‌ها، یکپارچه‌اند»[۲۴] و لذا نمی‌توان میان عدالت حقوقی، اخلاق شخصی و اصول دموکراسی تفکیک قطعی نهاد. در این منظومه، حقوق و اخلاق و سیاست، نه حوزه‌هایی جداگانه، بلکه جلوه‌های هم‌پوشان یک هستی‌شناسی هنجاری‌اند که در دل قانون اساسی تبلور می‌یابند[۲۵].

با این همه، تکیه‌گاه اصلی این نظریه (قاضی به‌مثابه ضمیر اخلاقی جامعه) بی‌چالش نمانده است. *جودیت شکلار* یادآور می‌شود که اتکای بیش‌ازحد به نقش قاضی، این خطر را دارد که دادرسی فعال مرزهای تفکیک قوا را مخدوش کند و به‌نوعی قضات را در مقام «سیاست‌گذاران اخلاقی» بنشاند[۲۶]. در نگاه او، *دورکین* به‌جای آنکه محدودیت‌های نهادی را جدی بگیرد، بار

19. Herbert Hart
20. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, *op. cit.*, p. 225–228, 243–250, 378–384.
21. Luke MacInnis, "The Kantian Core of Law as Integrity", *Jurisprudence*, No. 1 (2015), p. 45-76.
22. Ronald Dworkin, *op.cit*, p. 239.
23. Equal Concern and Respect
24. The Unity of Value
25. Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, p. 400.
26. Judith N. Shklar, *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*, 2nd ed. (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986, p. 17–19.

سنگین مشروعیت را بر دوش قاضی می‌گذارد و همین امر می‌تواند هم کارآمدی سیاسی و هم اعتماد عمومی به فرایندهای دموکراتیک را تضعیف کند. این نقد آشکار می‌سازد که نظریهٔ *دورکین*، به‌ویژه در بُعد نهادی، نیازمند موازنه و تحدید است تا از یک سو، کرامت انسانی پاس داشته شود و از سوی دیگر، اقتدار دموکراتیک قانون‌گذاری تضعیف نگردد.

دلالت چنین نقدی برای حقوق اساسی ایران روشن است: اگر در نظریهٔ *دورکین* قاضی به وجدان اخلاقی جامعه بدل می‌شود، در ایران باید مراقب بود این نقش بهانه‌ای برای گسترش بی‌حد و مرز اختیارات نهادهای قضایی یا شبه‌قضایی نشود. تجربهٔ شورای نگهبان در تفسیر موسّعِ اصولی همچون نظارت استصوابی، یا رویه‌های قضایی در محدود کردن برخی آزادی‌ها، نشان می‌دهد که دادرسی فعال بدون تحدید و ضوابط روشن می‌تواند به‌جای تقویت کرامت و حقوق بنیادین، بر قدرت سیاسی بیفزاید. بنابراین، نقد *شکلار* یادآور می‌شود که وفاداری به منطق دورکینی تنها در صورتی موجه است که با مکانیزم‌های نهادی برای تحدید قدرت قضایی و تضمین تفکیک قوا همراه گردد.

به باور *دورکین*، تفسیر، نه ترجمه‌ای سطحی از متن، بلکه نوعی پاسخگویی اخلاقی تاریخی– نهادینه است؛ پاسخگویی به گذشته (به‌مثابه سنت حقوقی)، به حال (به‌مثابه وجدان جمعی) و به آینده (به‌مثابه آرمان کرامت‌محور). در اینجا، اقتدار سیاسی، نه برآمده از فرمان قانون‌گذار، بلکه برآمده از صداقت اخلاقی مفسر است. این قاضی هراکلیتوسی در برابر متن، منفعل نیست، بلکه متعهد در برابر معناست. از نظر *دورکین*، حق مقدم بر قانون است و این به آن معناست که قواعد فقط در صورتی مشروع‌اند که بازتاب‌دهندهٔ حقوقی بنیادین باشند که به تعبیر وی، در درون فرهنگ حقوقی یک جامعه «جا افتاده‌اند» و از رهگذر تفسیر منسجم قابل بازیابی‌اند[۲۷]. این نگرش، چرخشی مفهومی در نسبت میان شهروند و دولت ایجاد می‌کند: شهروند دیگر مطیع قانون نیست، بلکه معیار سنجش مشروعیت قانون است. طبعاً در شرایطی که قانون واجد معیارهای مشروعیت نباشد، نافرمانی مدنی به‌عنوان واکنش قابل‌اقدام شهروندان مطرح می‌شود.

پیامدهای منظومهٔ یادشده در حقوق عمومی، به‌هیچ‌روی محدود به عرصهٔ نظری باقی

27. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 190.

نمی‌ماند، بلکه ساختار درونی رابطهٔ میان شهروند، قاضی و قانون اساسی را دگرگون می‌سازد. در وهلهٔ نخست، قانون اساسی دیگر نه «حصاری برای تفسیر» یا «متنی بنیادگذار و تغییرناپذیر» تلقی می‌شود، بلکه به‌مثابه «افقی باز برای عدالت» فهم می‌گردد؛ افقی که در آن، اصول بنیادین مانند کرامت و آزادی و برابری، همواره در حال تکوین، بازخوانی و بازآفرینی‌اند. به تعبیر *آیلین کاوانا*، تفسیر قضایی در قالب «گفتگوی نهادی» میان قاضی و قانون‌گذار، می‌تواند صورتی زنده از عدالت تفسیری در دل نظام‌های غیراصول‌گرا باشد؛ صورتی که بر احترام برابر به اشخاص و بازسازی اخلاقی تصمیمات حقوقی استوار است[۲۸].

در وهلهٔ دوم، نهاد قضایی دیگر به‌مثابه حافظِ صِرف نص یا بازوی اجرایی قانون‌گذار عمل نمی‌کند، بلکه نقشی عمیق‌تر و بنیادی‌تر برعهده دارد: قاضی در این منظومه، به ضمیر اخلاقی جامعه بدل می‌شود؛ به کنشگری که در دل سنت حقوقی، پیوسته در تلاش برای بازسازی انسجام اخلاقی نظم است و در مواجهه با چالش‌های جدید، به‌جای عقب‌نشینی به متن، به پیشروی در افق معنا دعوت می‌شود؛ او نه تکرارکنندهٔ گذشته، بلکه هم‌زمان پاسدار و آفرینندهٔ تفسیرهای عدالت‌محور آینده است.

در وهلهٔ سوم، مشروعیت سیاسی و حقوقی، دیگر از «منطق فرمان» یا صرف «منبع اقتدار» برنمی‌خیزد، بلکه از قابلیت نظام حقوقی برای ارائهٔ توجیه اخلاقی در برابر عقل عمومی سرچشمه می‌گیرد. به تعبیر *دورکین*، مشروعیت هنگامی حاصل می‌شود که هر شهروند بتواند فارغ از موقعیت اجتماعی، نژادی یا طبقاتی خود، در مواجهه با قواعد و تصمیمات حقوقی، احساس کند مورد احترام برابر قرار گرفته است. *دورکین* پروژه‌ای را دنبال می‌کند که در آن، قانون اساسی به سند پویای گفتگوی عدالت بدل می‌شود. قاضی نمایندهٔ «نظام حقوقی به‌مثابه وجدان اخلاقی جامعه» است و تفسیر او پژواک گفتگویی است که در آن، گذشته، حال و آینده در پرتو اصول عدالت به‌سخن درمی‌آیند[۲۹]؛ چنان‌که *استیفن گست* تبیین می‌کند، در نظریهٔ *دورکین*، قاضی، نه مجری صرف قانون، بلکه بازیگر تفسیری است که باید انسجامی اخلاقی میان گذشتهٔ حقوقی، اصول بنیادین، و افق کرامت‌محور جامعه برقرار سازد. تفسیر در این دستگاه، امری است ذاتاً

28. Aileen Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*. (Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 59–63, 67–69

29. Mark Greenberg, "How Facts Make Law", *Legal Theory*, No. 10 (2004); Wilfrid J. Waluchow, *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2007); Gerald J. Postema, "Law as Practical Reason", *The American Journal of Jurisprudence*, No. 46 (2001).

هنجاری که به قاضی وظیفه می‌دهد برترین تبیین اخلاقی از حقوق موجود را ارائه دهد[۳۰].

۲.۲. عدالت، ساختار و قرارداد: تحلیل نظریهٔ *رالز* در نسبت با قانون اساسی

جان رالز را می‌توان بنیان‌گذار دستگاه فکری دانست که عدالت را از ساحت اخلاق تجویزی به قلمرو طراحی عقلانی نظم سیاسی ارتقا داد[۳۱]؛ نظمی که در آن، اقتدار سیاسی، ساختار نهادها و حقوق بنیادین افراد، نه بر اساس سنت، ارادهٔ قانون‌گذار یا عرف تاریخی، بلکه بر بنیاد قرارداد عقلانی فرضی میان شهروندان آزاد و برابر قابل توجیه است. نظریهٔ «عدالت به‌مثابه انصاف» نه صرفاً پاسخی به بحران توزیع یا نقد لیبرالیسم کلاسیک، بلکه تلاشی رادیکال برای بازاندیشی در بنیان‌های مشروعیت قانون اساسی در یک جامعهٔ کثرت‌گرا است. *رالز* به‌صراحت اعلام می‌کند که نظریه‌اش دربارهٔ عدالت، یک نظریهٔ «سیاسی» است، نه متافیزیکی و باید از مبانی مشترک درون سنت لیبرال استخراج شود[۳۲].

در این منظومهٔ نظری، عدالت، نه در مقام فضیلتی فردی یا فضایی برای تفسیر اخلاقی قواعد، بلکه در مقام اصل تنظیم‌کنندهٔ ساختار بنیادین جامعه ظاهر می‌شود. همان‌گونه که *ساموئل فریمن* توضیح می‌دهد، نظریهٔ عدالت رالز نه بر پایهٔ تفسیر اخلاقی اصول، بلکه بر طراحی عقلانی ساختار بنیادین متمرکز است؛ ساختاری که مستقل از دیدگاه‌های اخلاقی، دینی یا متافیزیکی، از دل عقل عمومی جامعهٔ لیبرال قابل توجیه باشد[۳۳]. همان‌طور که *توماس پوگه*[۳۴] تبیین می‌کند، *رالز* عدالت را تنها در سطح مفاهیم هنجاری نمی‌فهمد، بلکه بر آن است که ساختار بنیادین باید به‌گونه‌ای طراحی شود که اصول عدالت در سطح نهادهای اساسی جامعه، مانند قانون اساسی، نهاد تقنین و توزیع منابع، نهادینه شود. از این منظر، عدالت رالزی تنها زمانی فعلیت می‌یابد که به‌واسطهٔ معماری عقلانی ساختارها، به الزام حقوقی تبدیل گردد. به‌زعم *رالز*، این «ساختار بنیادین»، حوزه‌ای است که در آن سرنوشت شهروندان شکل می‌گیرد و بنابراین

30. Stephen Guest, *Ronald Dworkin*. 3rd ed., (Oxford: Oxford University Press, 2012), p. 127-138.
۳۱. احمد واعظی و هژیر مهری، «چالش اخلاقی نظریه عدالت جان رالز»، *پژوهش‌های اخلاقی*، ش ۲ (۱۳۸۹)، ص ۱۱۰.
32. John Rawls, "Justice as fairness: Political not metaphysical", *Philosophy & Public Affairs*, No. 3 (1985), p. 223.
33. Samuel Freeman, *Rawls*, (London: Routledge, 2007), p. 81-105.
34. Thomas Pogge

باید نخستین محل تحقق اصول عدالت باشد[۳۵].

مبنای استخراج اصول عدالت، نه واقع‌گرایی تاریخی یا قراردادهای حقوقی موجود، بلکه نوعی قرارداد فرضی در شرایطی بی‌طرفانه و برون‌زمینه‌ای است که *رالز* آن را «وضعیت آغازین»[۳۶] می‌نامد. در این وضعیت، کنشگران از پسِ «پرده نادانی»[۳۷] هیچ اطلاعی از جایگاه، نژاد، دین، طبقهٔ اجتماعی، استعدادها یا اهداف شخصی خود ندارند، اما واجد عقل عملی‌اند و می‌خواهند اصولی برای سازماندهی منصفانهٔ جامعه برگزینند[۳۸]. این تمهید معرفت‌شناختی، شرط بی‌طرفی و انصاف را در نقطهٔ آغاز تولید قانون نهادینه می‌سازد. *رالز* در *لیبرالیسم سیاسی* بر آن است که اصول عدالت باید از درون عقل عمومی برآمده باشد، به‌نحوی که برای تمام شهروندانِ معقول قابل‌قبول باشد؛ حتی اگر دیدگاه‌های اخلاقی یا دینی آنها متفاوت باشد[۳۹]. از منظر *رالز*، اصل عدالت بر اساس بازسازیِ کانتی از انسانِ خودآیین استخراج می‌شود؛ یعنی فاعلی که ظرفیت عقل عملی و احساس عدالت دارد و به‌طور قراردادی اصولی را می‌پذیرد که در وضعیت آغازین شکل گرفته‌اند[۴۰].

همان‌گونه که *کوهن* در نقدی ریشه‌ای به نظریهٔ عدالت *رالز*، بیان می‌کند محدود کردن عدالت به سطح ساختار بنیادین جامعه، بسیاری از وجوه نابرابری اخلاقی و مسئولیت فردی را نادیده می‌گیرد. از منظر وی، نظریهٔ عدالت باید نه‌تنها نهادها، بلکه رفتار و انگیزه‌های اشخاص را نیز دربر گیرد؛ چراکه بدون مسئولیت اخلاقی شهروندان، ساختار عادلانه نیز در عمل، ناعادلانه خواهد ماند[۴۱].

درحالی که در منظومهٔ دورکینی، عدالت «پویایی درون‌ماندگار تفسیر» است، در دستگاه رالزی، عدالت «منطق پیشینی قرارداد عقلانی» است که از مرحلهٔ تأسیس ساختار بر کل نظام

35. John Rawls, *A Theory of Justice (Revised Edition)*, p. 6-10
36. Original Position
37. Veil of Ignorance
38. *Ibid*, p. 11-30.
39. John Rawls, *Political Liberalism*, (New York: Columbia University Press, 1993), p. 212–215, 240–243.
40. John Rawls, "Kantian constructivism in moral theory", *The Journal of Philosophy*, No.3 (1980), p. 519–523.
41. G. A. Cohen, *Rescuing Justice and Equality*, (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2008), p. 5-12, 263-273.

حاکم می‌گردد. پیامدهای این دستگاه در حقوق عمومی، عمیق و چندلایه‌اند. نخست، قانون اساسی در نظریهٔ *رالز*، صرفاً برآمده از تاریخ یا حاکمیت سیاسی نیست، بلکه جلوه‌ای از ارادهٔ عقلانی شهروندانی فرضی است که در وضعیت آغازین، بر اصولی عادلانه برای سازماندهی قدرت به توافق رسیده‌اند. دوم، اقتدار سیاسی، مشروعیت خود را نه از تأویل ارزش‌ها، بلکه از قابلیت بازتولید عقلانی اصول پذیرفته‌شده در میان همهٔ شهروندان می‌گیرد. سوم، عدالت، از امری تفسیری یا انتزاعی، به ساختار عینی نهادهایی همچون دادگاه، پارلمان و قواعد توزیع فرصت‌ها تبدیل می‌شود. در عین حال، نظریهٔ *رالز* را نمی‌توان به‌سادگی نظریه‌ای غیرتفسیری یا صرفاً نهادی قلمداد کرد. در دستگاه او، اخلاق کنار گذاشته نمی‌شود، بلکه از سطح فردی به سطح طراحی ساختار اجتماعی منتقل می‌گردد. عدالت در منظومهٔ *رالز*، به سازوکار پویای مهار سلطه و توزیع عادلانه قدرت در جامعه بدل می‌شود.

به تعبیر نهایی، *رالز* در نظریهٔ عدالت خود کوشید تا میان دو مقولهٔ بنیادین در فلسفهٔ حقوق عمومی پیوند برقرار کند: از یک سو، وفاداری به کرامت انسان در مقام عضو آزاد و برابر جامعهٔ دموکراتیک؛ و از سوی دیگر، ضرورت طراحی نهادیِ ساختارهایی که بتوانند این کرامت را در میدان عمل سیاسی تضمین کنند. این همان نقطه‌ای است که قانون اساسی، در دستگاه *رالز*، نه آغازگر مشروعیت، بلکه انعکاس عقلانیت عدالت‌محوری می‌شود که از رهگذر قرارداد فرضی نهادینه شده است. در این افق، چنان‌که *ریپستین* تحلیل می‌کند، قانون اساسی صرفاً بازتاب قدرت یا قرارداد نیست، بلکه صحنهٔ بازتفسیر مداوم ارزش‌هایی همچون برابری، آزادی و کرامت در دل ساختار هنجاری جامعه است[۴۲].

با این حال، پرسشی بنیادین در دستگاه فکری *رالز* بی‌پاسخ نمی‌ماند: اگر عدالت تنها در سطح طراحی بنیادین معتبر است، تکلیف اصلاح و تغییر قانون اساسی چه خواهد بود؟ *رالز* بر این باور است که مشروعیت هر اصلاح نیز نمی‌تواند بیرون از همان منطق عقلانیت عمومی و اجماع هم‌پوشان شکل گیرد. به بیان دیگر، بازنگری در قانون اساسی نه صرفاً نتیجهٔ ارادهٔ سیاسیِ حاکمیت، بلکه فرایندی است که باید همچنان بازتاب قرارداد عقلانی میان شهروندان آزاد و برابر

42. Arthur Ripstein, "Law and Justice" In Scott Hershovitz (ed.), *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, (Oxford: Oxford University Press, 2017), p. 150.

باشد؛ در غیر این صورت، اصلاح به‌جای ارتقای مشروعیت، خود به منشأ بحران تبدیل خواهد شد.

این نکته برای حقوق اساسی ایران نیز اهمیت دوچندان دارد. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مکانیزم بازنگری (اصل ۱۷۷) را پیش‌بینی کرده است، اما پرسش اصلی آن است که آیا این فرایند بازتاب عقلانیت عمومی و اجماع هم‌پوشان میان شهروندان است یا بیش‌ازحد به ارادهٔ نخبگان سیاسی محدود مانده است. از منظر *رالز*، تنها زمانی می‌توان گفت اصلاحات اساسی مشروع‌اند که بتوانند بر وفاقی عقلانی استوار شوند که نزد شهروندان با جهان‌بینی‌های متکثر نیز قابلیت پذیرش داشته باشد. بدین‌سان، نظریهٔ عدالت به‌مثابه انصاف، نه‌فقط در مقام طراحی نخستین، بلکه در هر بازاندیشی بنیادین نیز معیار مشروعیت باقی می‌ماند.

۳. تقابل یا تکامل؟ بازاندیشی تطبیقی نسبت عدالت، تفسیر و ساختار در نظریه‌های *دورکین* و *رالز*

در افق فلسفهٔ حقوق عمومی معاصر، رویارویی *رالز* و *دورکین* را نمی‌توان صرفاً به جدالی روش‌شناختی فروکاست. سخن بر سر دو تلقی عمیق از «نظم عادلانه» است؛ دو افق هستی‌شناختی که هریک می‌کوشند به پرسش بنیادین مشروعیت پاسخ دهند: چه چیزی یک نظم حقوقی را معتبر می‌سازد، کرامت انسانی چگونه در آن نهادینه می‌شود و جایگاه قاضی، قانون اساسی و شهروند در این میان کجاست؟ این دو سنت، گرچه مسیرهای متفاوتی را می‌پیمایند، در غایتِ خویش همسو هستند؛ هر دو در پی ساماندهی نظمی‌اند که توجیه‌پذیر، پاسخگو و عدالت‌محور باشد.

برای پرهیز از خلط مفاهیم، لازم است میان سه مقولهٔ اساسی تمایز نهاده شود: «اخلاق»، که افق عام ارزش‌گذاری رفتار انسانی است؛ «هنجار»، که در قالب قواعد الزام‌آور و نهادها متجسد می‌شود؛ و «عدالت»، که پل میان این دو و معیار سنجشِ نسبت ارزش‌های اخلاقی با قواعد نهادی است. بدین‌سان، عدالت نزد هر دو متفکر، کارویژه‌ای واسط دارد؛ در دستگاه *دورکین*، عدالت از خلال تفسیر اخلاقی قواعد ظهور می‌کند و در منظومهٔ *رالز*، در مقام طراحی پیشینی ساختار بنیادین.

در نگاه *دورکین*، قانون اساسی صرفاً متنِ خشک و صامت نیست، بلکه زبانی هنجاری است که با ارزش‌ها درهم تنیده و با اخلاق عمومی در گفتگوست. عدالت در این دستگاه، چیزی جز بازسازی منسجم روایتی کرامت‌محور از نظام حقوقی نیست. اصل «احترام برابر به اشخاص» در اینجا جایگاهی کانونی دارد. احترام برابر صرفاً توصیه‌ای اخلاقی نیست، بلکه بنیان مشروعیت حقوق عمومی است.

در سوی دیگر، *رالز* عدالت را نه در لحظهٔ قضاوت، بلکه در طراحی عقلانی ساختار بنیادین جستجو می‌کند. قرارداد فرضی در وضعیت آغازین و پسِ پردهٔ نادانی، صحنه‌ای است که در آن شهروندان برابر اصولی را برمی‌گزینند که همگان بتوانند در آینده به آنها پایبند بمانند. مشروعیت در این منظومه از همان طراحی بی‌طرفانه و پیشینی برمی‌خیزد؛ تفسیر قضایی مشروع تنها در صورتی ممکن است که خود در چارچوب این ساختارِ ازپیش عادلانه قرار گیرد.

به این ترتیب، تفاوت بنیادین دو نظریه در زمان‌بندی تحقق عدالت رخ می‌نماید؛ *دورکین* عدالت را در لحظهٔ تفسیر و در کنش اخلاقی قاضی می‌جوید و *رالز* عدالت را در مرحلهٔ پیشینیِ تأسیس ساختار تثبیت می‌کند. این دو رویکرد پیامدهای ژرفی برای حقوق عمومی دارند: از تعیین جایگاه قاضی و حدود مداخلهٔ قضایی گرفته تا امکان بازاندیشی در معنای قانون اساسی و تعریف مرزهای کرامت انسانی در بستر سیاست. با وجود این تمایز، نباید *رالز* و *دورکین* را در وضعیت تقابل ناسازگار قرار داد. نظریهٔ عدالت *رالز* می‌تواند بنیانی برای طراحی نهادهایی فراهم آورد که در شرایط بی‌طرفانه آزادی‌ها و منزلت برابر شهروندان را تضمین کنند؛ نظریهٔ *دورکین* می‌تواند نشان دهد که همین نهادها چگونه باید در بستر تاریخی و فرهنگی خاص خود تفسیر شوند تا همواره با کرامت انسانی همخوان بمانند.

ثمرهٔ این تقابل برای حقوق اساسی ایران در گرو سه پرسش بنیادین است: معیار مشروعیت تصمیم قضایی در نظام ما چیست؟ انسجام اخلاقی حقوق یا عقلانیت عمومیِ قابل پذیرش برای همگان؟ طراحی نهادیِ قانون اساسی چگونه باید سامان یابد تا مشروعیت خود را از ارادهٔ عقلانی شهروندان بگیرد نه صرفاً از اقتدار سیاسی؟ و نسبت قاضی، قانون‌گذار و حاکمیت در این میان چگونه باید ترسیم شود؟ این پرسش‌ها نشان می‌دهد که سنجش *رالز* و *دورکین* صرفاً کاری نظری نیست، بلکه ابزاری است برای فهم کارایی و مشروعیت نظام حقوق اساسی ما.

کاربردهای چنین تلفیقی نیز تنها در سطح انتزاعی باقی نمی‌ماند، بلکه می‌تواند در تبیین مسائل عینی حقوق اساسی ایران راهگشا باشد. نخست، در حوزهٔ آزادی اجتماعات و تظاهرات (اصل ۲۷ قانون اساسی)، منطق رالزی اقتضا می‌کند که آزادی به‌مثابه یک حق بنیادین پیشینی، در متن قانون اساسی به‌گونه‌ای طراحی شود که هیچ مقام سیاسی نتواند به‌دلخواه آن را محدود کند؛ به تعبیر دیگر، تضمین ساختاریِ آزادی در سطح قانون اساسی باید بی‌طرفانه و بر اساس عقلانیت عمومی صورت گیرد. اما این تضمین پیشینی به‌تنهایی کافی نیست. از منظر *دورکین*، قاضی در هر پرونده مشخص موظف است به «بهترین توجیه اخلاقی» از این اصل وفادار بماند؛ یعنی حتی در شرایط بحرانی، روایت کرامت‌محور از آزادی بیان و اجتماعات را پاس دارد و به‌گونه‌ای تفسیر کند که هر شهروند احساس کند با او به‌عنوان فردی آزاد و برابر رفتار شده است. بدین‌سان، تلفیق دو نگاه موجب می‌شود هم قاعدهٔ پیشینی مستحکم گردد، و هم در اجرا و تفسیر، کرامت انسانی حفظ شود.

دوم، در اصل برابری شهروندان (اصل ۲۰ قانون اساسی)، *رالز* ما را به سمت طراحی قواعد عام و ساختارهایی هدایت می‌کند که فرصت برابر برای همهٔ افراد فراهم آورد و نابرابری‌ها تنها در صورتی مجاز باشد که به سود محروم‌ترین اقشار جامعه تمام شود. این منطق، به‌ویژه در سیاست‌های آموزشی و توزیعی، می‌تواند مبنایی برای تبعیض مثبت باشد. در مقابل، نگاه دورکینی از ما می‌خواهد که در هر تصمیم اجرایی یا قضایی، برابری را صرفاً به معنای برابری صوری نگیریم، بلکه با تفسیر منسجم و اخلاقی، جایگاه گروه‌های اقلیت یا آسیب‌پذیر را به‌رسمیت بشناسیم؛ به این ترتیب، اصل برابری از یک شعار کلی فراتر می‌رود و در سطحی هنجاری و تفسیری به‌طور فعال پاس داشته می‌شود.

سوم، در نظارت استصوابی شورای نگهبان (اصل ۹۹ قانون اساسی)، پرسش بنیادین از منظر *رالز* این است که آیا چنین مکانیزمی در طراحی اولیهٔ قانون اساسی می‌تواند از منظر عقلانیت عمومی و در شرایطی بی‌طرفانه مورد پذیرش همگانی قرار گیرد یا نه. اگر پاسخ منفی باشد، مشروعیت این نهاد در سطح ساختاری محل تردید خواهد بود. اما حتی اگر در طراحی اولیه قابل قبول باشد، دورکین ما را متوجه این پرسش می‌کند که آیا در مقام تفسیر و اجرا می‌توان نظارت را به‌گونه‌ای بازخوانی کرد که با اصل «احترام برابر به همهٔ شهروندان» سازگار باشد. به بیان

دیگر، نظارت استصوابی تنها زمانی مشروع خواهد بود که نه‌تنها در سطح طراحی ساختاری توجیه عقلانی داشته باشد، بلکه در سطح تفسیری نیز بتواند از اتهام تبعیض و نقض کرامت انسانی مبرا بماند.

به این ترتیب، ترکیب دو دستگاه نظری نشان می‌دهد که حقوق اساسی ایران را می‌توان در دو سطح هم‌زمان ارزیابی کرد: سطح طراحی ساختاری و سطح تفسیر اخلاقی. این دو سطح اگرچه متمایزند، اما در پیوند با یکدیگرند؛ *رالز* بنیان مشروعیت را در عقلانیت عمومیِ پیشینی می‌جوید، و *دورکین* در وفاداری تفسیری به کرامت انسانی در لحظهٔ اجرا. وحدت این دو منطق، چشم‌اندازی را فراهم می‌آورد که در آن قانون اساسی نه صرفاً سندی سیاسی یا متنی خشک، بلکه پروژه‌ای زنده برای تحقق عدالت در ایران تلقی شود.

با این حال، باید توجه داشت که هر دو منظومه در نسبت خود با مقولهٔ سیاست و قدرت، تا حدی سکوت دارند. همان‌گونه که *مارتین لاگلین* نشان داده است، حقوق عمومی را نمی‌توان صرفاً مجموعه‌ای از قواعد هنجاری یا بازتاب قرارداد اجتماعی دانست، بلکه باید آن را همواره در پیوند با سیاست و منطق قدرت مؤسس تحلیل کرد[۴۳]. از این منظر، پرسش از عدالت قانون اساسی بدون درک نسبت آن با اقتدار سیاسی و سازوکارهای اعمال قدرت، ناقص خواهد بود. به بیان دیگر، اگر *رالز* طراحی ساختار بنیادین را پیش‌شرط مشروعیت می‌گیرد و *دورکین* تفسیر اخلاقی را، هر دو ناگزیرند در نهایت به این پرسش پاسخ دهند که چگونه اقتدار سیاسی در چارچوب حقوق عمومی مهار یا مشروع می‌شود. برای حقوق اساسی ایران نیز که همواره با تنش میان منطق هنجاری قانون اساسی و منطق قدرت سیاسی روبه‌رو است، توجه به این بُعد لاگلینی ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است.

این نمونه‌ها نشان می‌دهد که تقابل *رالز* و *دورکین*، اگر درست فهمیده شود، مانعی نظری نیست، بلکه راهی برای بازاندیشی در حقوق عمومی ایران است؛ راهی که عدالت را نه در یک نقطه، بلکه در مسیری تاریخی و نهادی می‌بیند؛ مسیری که تنها با پیوند طراحی و تفسیر، ساختار و معنا، می‌تواند به قانون اساسی حیاتی کرامت‌محور و عقلانی ببخشد.

43. Martin Loughlin, *Foundations of Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 2010), p. 5-7.

جدول شمارهٔ ۱: ارزیابی مقایسه‌ای دیدگاه‌های *دورکین* و *رالز*

محور سنجش	رالز	دورکین
سطح تحلیل	عدالت در سطح ساختار بنیادین و قواعد عام شکل می‌گیرد؛ تمرکز بر طراحی نهادی و اصول پیشینی. دلالت برای ایران: مرزبندی آزادی‌ها و صلاحیت‌ها باید در سطح قانون اساسی شفاف شود تا تفسیر قضایی بار اضافه‌ای برندارد.	عدالت در سطح تفسیر قضایی محقق می‌شود؛ قاضی با خوانش منسجم متن و سنت، بهترین توجیه اخلاقی را عرضه می‌کند. دلالت برای ایران: دادرسی فعال کرامت‌محور تقویت می‌شود، البته با قیود تفکیک قوا و سازوکارهای مهار.
واحد تحلیل	نهادهای اساسی (پارلمان، شوراها، قوهٔ مجریه) واحد سنجش‌اند. دلالت برای ایران: اصلاح یا بازطراحی نهادی (مثلاً اصل ۱۷۷) مهم‌تر از گسترش اختیارات قضایی است.	قاضی واحد اصلی تحلیل است. دلالت برای ایران: آرای قضایی باید مستند، منسجم و توجیه‌پذیر باشند؛ اهمیت قواعد «انطباق و توجیه» دوچندان می‌شود.
منبع مشروعیت	عقلانیت عمومی و اجماع هم‌پوشان؛ قواعدی که همهٔ شهروندان معقول می‌توانند بپذیرند. دلالت برای ایران: مشروعیت سیاست‌ها باید با آزمون «قابلیت پذیرش عمومی» سنجیده شود، نه صرفاً رأی اکثریت.	انسجام هنجاری حقوق؛ تصمیمی مشروع است که کل نظام را به‌مثابه یک روایت بهتر بسازد. دلالت برای ایران: هر رأی باید نشان دهد چگونه بافت حقوق اساسی را یکپارچه‌تر و کرامت‌محورتر می‌کند.
زمان تحقق عدالت	عدالت پیشاپیش و در لحظهٔ قاعده‌گذاری محقق می‌شود. دلالت برای ایران: مرزهای آزادی و برابری باید در قواعد عام از قبل تعیین شوند.	عدالت در لحظه رسیدگی و پساکنش تحقق می‌یابد. دلالت برای ایران: در تعارض‌های عینی (امنیت/ آزادی و کارایی/ برابری) دادگاه باید داوری منسجم و اخلاقی ارائه کند.

جدول بالا نشان می‌دهد که *رالز* و *دورکین*، هرچند هر دو در سنت لیبرالیسم پرورش یافته‌اند، بر چهار محور اساسی در دو سطح متفاوت حرکت می‌کنند. *رالز* عدالت را در سطح پیشینی و در قالب طراحی ساختار بنیادین جامعه می‌جوید و بنابراین کانون تحلیل او نهادها و قواعد عام است، درحالی که *دورکین* تحقق عدالت را به لحظه تفسیر و قضاوت پسینی واگذار می‌کند و قاضی را در محور روایت منسجم نظام حقوقی می‌نشاند. از این حیث، می‌توان گفت سطح تحلیل *رالز* یک سطح متاحقوقی است که طراحی ساختار را پیش‌شرط هر تفسیر می‌گیرد، درحالی که سطح تحلیل *دورکین* در دل خودِ فرایند حقوقی و در مقام قاضی شکل می‌گیرد. این تمایز باعث

می‌شود مقایسهٔ آنها نه در قالب شباهت‌های سطحی یا درهم‌آمیزی دیدگاه‌ها، بلکه به‌منزلهٔ سنجش پیامدهای هر الگو برای حقوق اساسی فهم شود. به بیان دیگر، قیاس میان این دو متفکر صرفاً تقابل یا جمع‌بندی نیست، بلکه ابزاری است برای ارزیابی اینکه در نظام حقوق اساسی ما، چه زمانی باید به طراحی نهادی و عقلانیت عمومی تکیه کرد و چه زمانی به تفسیر قضایی و انسجام هنجاری حقوق اعتماد نمود.

٤. نسبت عدالت و قانون اساسی در افق حقوق عمومی

دورکین و *رالز*، اگرچه از نظر روش‌شناختی، هستی‌شناسی عدالت، و نقش نهادها تمایزات بارزی دارند، اما در عمیق‌ترین سطح، به یک دغدغهٔ مشترک پاسخ می‌دهند: چگونه می‌توان مشروعیت قانون اساسی را در جوامع کثرت‌گرا، پیچیده و تاریخی، به‌نحوی توجیه‌پذیر، عادلانه و پاسخگو سامان داد؟

نزد *دورکین*، قانون اساسی «متنی زنده» است که با هر خوانش تازه، در پرتو اصولی همچون کرامت، برابری و انسجام هنجاری، بازتولید می‌شود[۴۴]. این تفسیر اخلاقی، در پاسخ به واقعیت‌های تاریخی، اجتماعی و هنجاری، بر آن است تا «بهترین توجیه اخلاقی» از سنت حقوقی را بیابد و در هر لحظه، پاسخی عادلانه‌تر به مسئلهٔ اقتدار، الزام و حق ارائه کند[۴۵]. در مقابل، *رالز* تلاش می‌کند عدالت را پیش از هر تفسیری، در لحظهٔ طراحی ساختار مستقر سازد؛ ساختاری که اصول آن (آزادی برابر، اصل تفاوت، و انصاف در توزیع فرصت‌ها) باید از منظر عقلانی شهروندانی آزاد و برابر، در شرایط بی‌طرفانه پذیرفته شده باشد[۴۶] .

در سپهر حقوق عمومی معاصر، این دو دستگاه را نمی‌توان جدا از یکدیگر فهم کرد. اگر عدالت *رالز*، بنیان عقلانیِ طراحی نهادهای منصفانه را فراهم می‌آورد، عدالت *دورکین* هم ضامن معنابخشی کرامت‌محور و پاسخگویانه به آن نهادهاست. به تعبیر *گرینبرگ*، حقوق مشروع باید بازتاب روایت اخلاقی جامعه از خود باشد[۴۷] و در تحلیل *والوشو*، قانون اساسی زمانی پایدار می‌ماند

44. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 225–228.
45. Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, p. 2-4, 20-23.
46. John Rawls, *A Theory of Justice (Revised Edition)*, p. 11-30.
47. Mark Greenberg, "How Facts Make Law", *Legal Theory*, No. 10 (2004).

که توان گفتگو با تحولات ارزشی جامعه را ازدست ندهد[۴۸]. با این حال، همان‌طور که *جرمی والدرون* هشدار می‌دهد، در جوامع دموکراتیک نمی‌توان انتظار داشت که در باب عدالت یا تفسیر قانون اساسی، اجماعی کامل و پایدار وجود داشته باشد. از نظر او، اختلاف نظر عقلانی دربارهٔ اصول بنیادین، جزء جدایی‌ناپذیر حیات سیاسی است و مشروعیت حقوق عمومی باید بر پایهٔ سازوکارهایی استوار باشد که بتوانند با این اختلاف‌ها، به‌جای حذف، همزیستی کنند. به همین دلیل، *والدرون* با احتیاط از هرگونه رویکرد نخبگان‌محور به تفسیر قانون اساسی فاصله می‌گیرد و بر نقش رویه‌های دموکراتیک در مواجهه با تعارضات اخلاقی تأکید می‌کند[۴۹].

نظام‌های حقوق عمومی در جوامع متکثر، نظیر جمهوری اسلامی ایران، نمی‌توانند صرفاً بر طراحی ساختارهای صوری، یا تفسیرهای ایدئولوژیک استوار بمانند. تجربه‌های تاریخی نشان می‌دهند که هرگاه قانون اساسی از تفسیر اخلاقی تهی شده یا ساختارهایش از عدالت فاصله گرفته‌اند، شکاف میان متن و جامعه به بحران مشروعیت انجامیده است[۵۰]. پیشنهاد این مقاله آن است که حقوق عمومی معاصر با پذیرش دو سطح عدالت (یکی در مقام طراحی ساختار و دیگری در مقام تفسیر روایی) باید صورت‌بندی خود را بازاندیشی کند. با این حال، همان‌گونه که *سامانتا بسن*[۵۱] در تحلیل نظری خود از نسبت اخلاق و اختلاف استدلال می‌کند، پذیرش دو سطح عدالت در حقوق عمومی، نباید با توهم هم‌گرایی کامل ارزش‌ها همراه شود. از این منظر، تفسیر قانون اساسی، اگرچه باید از انسجام هنجاری و اخلاقی برخوردار باشد، اما نمی‌تواند انحصار در روایت عدالت را ادعا کند؛ بلکه باید گفتگویی دائمی میان اصول بنیادین و تکثر اخلاقی باقی بماند. به تعبیر *پستما*[۵۲]، نظم عادلانه، تنها در گفتگوی میان نهاد و معنا، گذشته و آینده، عقل و کرامت پدیدار می‌شود. در نتیجه، عدالت قانون اساسی را باید به‌مثابه فرایندی دوگانه و دیالکتیکی فهم کرد: هم معمارانه و ساختارگرا (به سبک *رالز*)، و هم تفسیری و کرامت‌محور (به سنت *دورکین*). در این پیوستار، قانون اساسی نه‌تنها سندی تأسیسی، بلکه متن گفتگوی عدالت

48. Wilfrid J. Waluchow, *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2007).
49. Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, (Oxford: Oxford University Press, 1999), p. 137-145.
50. Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, (Cambridge, MA: MIT Press, 1996).
51. Samantha Besson
52. Gerald J. Postema

است؛ چنان‌که *فلمینگ* یادآور می‌شود، قانون اساسیِ دموکراتیک، تنها در پرتو گفتگوی میان نهاد و تفسیر زنده می‌ماند؛ نه در اطاعت شکلی، بلکه در وفاداری خلاقانه به ارزش‌هایی که بنیاد مشروعیت را شکل داده‌اند[۵۳].

نتیجه

عدالت در عرصهٔ حقوق عمومی، هرگز صرفاً به‌مثابه فضیلت اخلاقی یا آرمان توزیعی مطرح نبوده، بلکه همواره در نسبت با مفاهیمی همچون قانون اساسی، مشروعیت، اقتدار و کرامت انسانی، در کانون فلسفهٔ سیاسی و حقوقی جای گرفته است. با این حال، در جهان معاصر که در آن ساختارهای اقتدار با بحران‌های چندوجهی (از شکاف اعتماد عمومی تا پیچیدگی نظام‌های تصمیم‌گیری فناورانه) روبه‌رو است، بازاندیشی در معنای عدالت و نسبت آن با قانون اساسی به ضرورتی نظری و نهادی بدل شده است.

تحلیل مقالهٔ حاضر در پرتو نظریه‌های *دورکین* و *رالز*، نشان داد که این دو منظومه، علی‌رغم تفاوت‌های معرفت‌شناختی و روشی‌شان، نه در تقابل، بلکه در گفتگویی فلسفی قرار دارند که می‌توان از دل آن، افقی نو برای بازتعریف عدالت قانون اساسی ترسیم کرد. اگر *رالز* کوشید با طراحی ساختار بنیادین در وضعیت آغازین، عدالت را در دل معماری عقلانی نهادها مستقر سازد، *دورکین* بر آن بود که عدالت را در لحظهٔ تفسیر، در بازسازی بهترین توجیه اخلاقی از سنت حقوقی جاری سازد؛ یکی، عدالت را شرط امکان نظم بی‌طرف و دیگری، شرط فعلیت معنابخش به آن نظم می‌دانست.

از این منظر، مشروعیت قانون اساسی در دوران حاضر را نمی‌توان با تکیه بر یکی از این دو سطح (صرفاً طراحی یا فقط تفسیر) تضمین کرد. ساختاری که از معنا تهی شود، به ماشینی صوری بدل خواهد شد و معنایی که در ساختار مستقر نشود، به رویکردهایی سیال، پراکنده و ناکارآمد تقلیل می‌یابد. از این رو، عدالت حقوق عمومی باید همچون پیوستاری میان ساختار و روایت، نهاد و معنا، و قرارداد و کرامت بازفهمیده شود؛ پیوستاری که در آن، قانون اساسی هم سند طراحی عقلانی نظم مشروع است و هم متنی زنده برای بازگویی عدالت در هر لحظهٔ تاریخی.

53. James E. Fleming, *Fidelity to Our Imperfect Constitution: For Moral Readings and Against Originalisms*, (Oxford: Oxford University Press, 2015), p. 212.

در این چارچوب، نگارندگان مقالهٔ حاضر پیشنهاد می‌کنند که مفهوم عدالت در حقوق عمومی معاصر به‌مثابه «منطق درونی نظم مشروع» بازتعریف شود؛ منطقی که در هم‌نشینی عقل و اخلاق، بی‌طرفی و تفسیر، ساختار و گفتگو، امکان ظهور می‌یابد. این بازتعریف، به‌ویژه در بافت‌های متکثر و درگیر بحران‌های نهادی مانند ایران، ضرورتی دوگانه دارد: نخست، برای بازسازی اعتماد عمومی به سازوکارهای قدرت؛ و دوم، برای نوسازی زبان قانون اساسی در پاسخ به اقتضائات تاریخی، اجتماعی و فناوری‌محور.

در بُعد عملی، این تلفیق نظری می‌تواند به صورت‌بندی سیاست‌های جدیدی در حقوق عمومی منتهی شود، مانند طراحی نهادهایی که هم بر اصول بی‌طرفی و انصاف مبتنی باشد و هم حساس به روایت‌های حاشیه‌ای عدالت؛ طراحی نظام‌های دادرسی که قاضی در آن، نه‌فقط مجری نص، بلکه راوی هنجاری عدالت تلقی شود؛ بازاندیشی در فرایندهای قانون‌گذاری که به‌جای سلطهٔ عددی، بر شرافت گفتگویی و کرامت ذاتی آحاد تأکید کند؛ و در نهایت، نظامی از تفسیر قانون اساسی که به‌جای فروکاستن عدالت به اصل مصلحت یا نظم، بر پیوند اصیل میان اقتدار، عقلانیت، و شأن انسانی استوار گردد.

در پرتو این افق، حقوق عمومی دیگر صرفاً دانش ادارهٔ قدرت نیست، بلکه زبانی است برای بازگویی عدالت. این زبان، در گفتگوی میان *دورکین* و *رالز*، نه‌تنها به دو سنت فلسفی، بلکه به دو سطح از هستی عدالت اشاره دارد؛ عدالت به‌مثابه ساختارِ طراحی‌شده و عدالت به‌مثابه معنای تفسیرشونده. اگر بتوان این دو سطح را در نظریه‌پردازی حقوق اساسی و نظام نهادسازی معاصر درهم تنید، آنگاه شاید بتوان به بازسازی نظمی امید بست که در آن، هم نظم عقلانی پابرجاست و هم کرامت انسانی گم نشده است.

منابع و مآخذ

الف) منابع فارسی

- مقالات

۱. راسخ، محمد و رفیعی، محمدرضا (۱۳۸۹). نسبت حکومت با زندگی مطلوب؛ نگرشی به رویکرد بی‌طرفی. ***مطالعات حقوق تطبیقی معاصر***، (۱)، ۱۰۹-۱۳۱.

۲. محمودی، سید علی (۱۳۹۶). فلسفهٔ هم‌آوایی آزادی و برابری در نظریهٔ عدالت جان رالز. ***پژوهشنامهٔ علوم سیاسی***، ۱۲ (۲)، ۵۷-۸۵.
Doi: 20.1001.1.1735790.1396.12.2.3.0

۳. مرادخانی، فردین (۱۳۹۹). مفهوم قانون اساسی در اندیشهٔ جان رالز. ***مطالعات حقوقی***، ۱۲ (۱)، ۲۴۷-۲۷۳. Doi: 10.22099/jls.2020.34710.3583

۴. مهرآرام، پرهام (۱۴۰۱). بررسی انتقادی جدایی حقوق از اخلاق در نظریهٔ الزام حقوقی هانس کلسن، ***مطالعات حقوق تطبیقی معاصر***، (۲۷)، ۲۰۲.
Doi: 10.22034/LAW.2022.47537.2982

۵. واعظی، احمد و مهری، هژیر (۱۳۸۹). چالش اخلاقی نظریهٔ عدالت جان رالز. ***پژوهش‌های اخلاقی***، ۱ (۲)، ۱۰۱-۱۲۱.

ب) منابع انگلیسی

Books

6. Cohen, G. A. (2008). ***Rescuing Justice and Equality***. Cambridge, MA: Harvard University Press.
7. Dworkin, R. (2011). ***Justice for Hedgehogs***. Cambridge, MA: Harvard University Press.
8. Dworkin, R. (1986). ***Law's Empire***. *Cambridge*. MA: Harvard University Press.
9. Fleming, J. E. (2015). ***Fidelity to Our Imperfect Constitution: For Moral Readings and Against Originalisms***. Oxford: Oxford University Press.

10. Freeman, S. (2007). ***Rawls***. London: Routledge.
11. Guest, S. (2012). ***Ronald Dworkin***. 3rd ed, Oxford: Oxford University Press.
12. Habermas, J. (1996). ***Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy***. Cambridge, MA: MIT Press.
13. Kavanagh, A. (2009). ***Constitutional Review under the UK Human Rights Act.*** Cambridge: Cambridge University Press.
14. Korsgaard, C. M. (1996). ***The Sources of Normativity***. Cambridge: Cambridge University Press.
15. Loughlin, M. (2010). ***Foundations of Public Law***. Oxford: Oxford University Press.
16. MacInnis, L. (2015). The Kantian Core of Law as Integrity. ***Jurisprudence,*** 6 (1), 45-65. Doi:10.5235/20403313.6.1.45
17. McCaffery, E. J. (1997). Ronald Dworkin, Inside-Out. ***California Law Review,*** 85 (4), 1533-1560. Doi: 10.15779/Z38SX4V
18. Postema, G. J. (2001). Law as Practical Reason. ***The American Journal of Jurisprudence***, (46), 111-132.
19. Rawls, J. (1980). Kantian Constructivism in Moral Theory. ***The Journal of Philosophy,*** 77 (9), 515-572. Doi: 10.2307/2025790
20. Rawls, J. (1993). ***Political Liberalism***. New York: Columbia University Press.
21. Rawls, J. (1999). ***A Theory of Justice (Revised Edition).*** Cambridge, MA: Harvard University Press.
22. Ripstein, A. (2017). ***Law and Justice. In S. Hershovitz*** (Ed.), Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin (p. 195-212). Oxford: Oxford University Press.
23. Judith N. & Shklar, J. N. (1986). ***Legalism: Law, Morals, and Political Trials***. 2nd ed. Cambridge, MA: Harvard University Press.
24. Waldron, J. (1999). ***Law and Disagreement***. Oxford: Oxford University Press.

25. Waluchow, W. J. (2007). ***A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree***. Cambridge: Cambridge University Press.

Articles

26. Greenberg, M. (2004). How Facts Make Law. ***Legal Theory,*** (10)**,**1-21.
27. Rawls, J. (1985). Justice as fairness: Political not metaphysical. ***Philosophy & Public Affairs,*** 14 (3), 223-251.

University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514
Volum: 16 **Issue:** 39
Summer 2025

Article Type: Research Article **Pages:** 227-264

The Scope of the Obligation of the Arbitrator and the Parties to Disclose and Disclose Cases of Conflict of Interest with Emphasis on French Case Law

Jafar Nouri Youshanloui[1]| Sajjad Ghasemi[2]

1. Associate Professor, Department of Private and Islamic Law, University of Tehran, Iran jafarnory@ut.ac.ir
2. Ph.D Candidate in private law, University of Tehran, Iran (Corresponding Author) sajjadghasemi@ut.ac.ir

Abstract

Disclosure and identification of factors affecting the arbitrator's impartiality and independence are essential to ensure fair proceedings and prevent the annulment of the arbitrator's award. The obligation to disclose refers to the announcement of factors affecting the conflict of interest, and the obligation to discover, as a preamble to the obligation to disclose, means researching and searching for the existence of factors affecting the conflict of interest. Although achieving this goal requires the cooperation of all participants in the arbitration process, a study of the laws and procedures indicates that the scope of the obligation of the arbitrator and the parties to the dispute in this regard is not the same. This study, to determine the scope of commitment of each participant in the arbitration, has concluded, using an analytical method and using the teachings of comparative study and especially French judicial precedent, that while the arbitrator, due to the commitment to independence and impartiality, is obliged to try to discover and disclose the factors affecting the conflict of interest in general at all stages of the arbitration, the parties are only obliged to investigate to identify these factors at the stage of appointing the arbitrators and the initial deadline for challenge. This obligation is limited to examining publicly available information.

Keywords: *Duty of arbitrator, Impartiality, Independence, Disclosure, Conflict of Interest, Arbitrator Challenge.*

Received: 2024/12/24 **Received in revised form:** 2025/07/06 **Accepted:** 2025/07/23 **Published:** 2025/09/09

DOI: 10.22034/law.2025.65150.3440

Publisher: University of Tabriz law@tabrizu.ac.ir

شاپا الکترونیکی: ۰۵۱۴-۲۸۲۱

مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

دوره: ۱۶، شماره: ۳۹
تابستان ۱۴۰۴

نوع مقاله: پژوهشی **صفحات:** ۲۲۷-۲۶۴

دامنهٔ تعهد داور و طرفین در افشا و شناسایی موارد تعارض منافع، با تأکید بر رویهٔ قضایی فرانسه

جعفر نوری یوشانلویی[۱] | سجاد قاسمی[۲]

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشگاه تهران، ایران jafarnory@ut.ac.ir
۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران، ایران (نویسنده مسئول) sajjadghasemi@ut.ac.ir

چکیده

افشا و شناسایی عوامل مؤثر بی‌طرفی و استقلال داور از موارد ضروری جهت تضمین رسیدگی منصفانه و جلوگیری از ابطال رأی داور است. تعهد به افشا ناظر بر اعلام موارد مؤثر بر تعارض منافع و تعهد به شناسایی به‌عنوان مقدمهٔ تعهد به افشا، به معنای تحقیق و جست‌وجو نسبت به وجود عوامل مؤثر بر تعارض منافع است. اگرچه تأمین این هدف مستلزم همکاری همهٔ مشارکت‌کنندگان در فرایند داوری است، اما مطالعهٔ قوانین و رویه‌ها نشان‌دهندهٔ این امر است که دامنهٔ تعهد داور و طرفین اختلاف دراین زمینه یکسان نیست. این پژوهش با هدف تعیین دامنهٔ تعهدِ هریک از مشارکت‌کنندگان در داوری، با روش تحلیلی و با بهره جستن از آموزه‌های مطالعهٔ تطبیقی و به‌ویژه رویهٔ قضایی فرانسه، به این نتیجه رسیده است درحالی که داور به‌واسطهٔ وجود تعهد به استقلال و بی‌طرفی، در تمام مقاطع داوری موظف به تلاش برای شناسایی و نیز افشای عوامل مؤثر بر تعارض منافع به شکل عام است، طرفین صرفاً در مقطع نصب داوران و مهلت اولیهٔ جرح، موظف به تحقیق برای شناسایی این عوامل‌اند و این تعهد محدود به بررسی اطلاعات قابل دسترس به‌طور عمومی است.

واژگان کلیدی: *استقلال، افشا، بی‌طرفی، تعارض منافع، تعهد داور، جرح داور.*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۰/۰۴ **تاریخ بازنگری:** ۱۴۰۴/۰۴/۱۵ **تاریخ پذیرش:** ۱۴۰۴/۰۵/۰۱ **تاریخ انتشار:** ۱۴۰۴/۰۶/۱۸

DOI: 10.22034/law.2025.65150.3440

ناشر: دانشگاه تبریز law@tabrizu.ac.ir

CC BY NC

مقدمه

رسیدگی مستقل و بی‌طرف، ضرورتی بنیادین جهت تضمین مشروعیت داوری به‌عنوان یک فرایند کارآمد در حل‌وفصل اختلافات است. منظور از استقلال داور، عدم وابستگی او به یکی از طرفین اختلاف به‌واسطهٔ روابط حرفه‌ای، تجاری یا شخصی است که معمولاً معیاری عینی دارد و بی‌طرفی نیز ناظر بر عدم جانب‌داری یا تمایل ذهنی داور به یکی از طرفین است که با معیار شخصی شناسایی می‌شود[۱]. حفظ استقلال و بی‌طرفی داور مستلزم بار کردن تعهدات و تکالیف مختلفی به داور است که از جملهٔ آن، تعهد به شناسایی و افشای وقایع و اوضاع و احوالی است که می‌تواند موجب تردید در بی‌طرفی و استقلال داور شود. این تعهد در قوانین ملی داوری و قواعد داوری سازمانی به‌طور گسترده تصریح شده است. در نقطهٔ مقابل، گاه طرفین داوری نیز تکالیفی دراین زمینه دارند. برای مثال، اصول راهنمای تعارض منافع در داوری تجاری بین‌المللی که از سوی کانون بین‌المللی وکلا منتشر شده[۲]، طرفین را ملزم به شناسایی و افشای عوامل مؤثر بر تعارض منافع دانسته است. به همین ترتیب در رویهٔ قضایی فرانسه نیز ذیل عنوان استثنای اطلاعات قابل دسترس و عمومی[۳] یا تعهد به کنجکاوی[۴]، در مواردی طرفین اختلاف را به تحقیق و شناسایی جهات مؤثر بر بی‌طرفی و استقلال ملزم دانسته‌اند.

مسئلهٔ مهمی که باید به آن پرداخته شود این است که نسبت تعهدات داور و طرفین در این زمینه چیست. این مسئله از نظر اثر عملی دارای اهمیت بسیار بالاست. امکان جرح داور یا طرح دعوای ابطال رأی به علت وجود جهات جرح یا تشکیل غیرمنظم و غیرصحیح دیوان داوری منوط به این است که طرفین ظرف مهلت معینی از تشکیل دیوان داوری و یا اطلاع از وجود جهات جرح، اقدام مقتضی را به‌عمل آورند. در مواردی که داور تعهد به افشا و شناسایی را به‌درستی انجام ندهد و درنتیجه طرفین از وجود عوامل مؤثر بر تعارض منافع مطلع نشده، در آینده چنین مواردی کشف شود، همچنان حق بر جرح باقی خواهد ماند. اما اگر بر این عقیده باشیم که طرفین خود ملزم به تحقیق از این عوامل بوده‌اند، به‌رغم عدم افشا از سوی داور،

---

۱. همایون مافی، بهزاد قوامی و سام محمدی، «استقلال و بی طرفی داور در داوری‌های بین‌المللی با تکیه بر آرای قضایی»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۲۵، ۱۴۰۱، ص ۴۱ و ۵۰.

2. IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2024.

3. L’exception de Notoriété.

4. L'obligation de Curiosité.

امکان جرح داوریا ابطال رأی در آینده وجود نخواهد داشت؛ چراکه طرفین باید به محض معرفی داوران یا نصب آنان، مبادرت به تحقیق در خصوص روابط پیشینی و مناسبات داوران با طرف مقابل کرده، در صورت شناسایی موارد مشکوک، حق خود در زمینهٔ جرح داور را در موعد تعیین‌شده اعمال کنند. بر این اساس باید مشخص شود که دامنهٔ تعهد داور و طرفین در این زمینه تا چه حد است و چه نسبتی بین آن برقرار است و در چه مواردی طرفین نیز مکلف به شناسایی این عوامل‌اند و عدم انجام این شناسایی می‌تواند چه اثری بر حق آنان در آینده بگذارد.

اگرچه اصل تعهد داور به افشا موضوع پژوهش‌هایی بوده[۵]، اما نسبت آن با تعهد طرفین در این زمینه مورد بررسی دقیقی قرار نگرفته است.

در این پژوهش با هدف پاسخ به پرسش‌های پیش‌گفته و با بهره‌گیری از روش تحلیلی و مطالعهٔ تطبیقی و به‌ویژه بررسی رویکرد رویهٔ قضایی فرانسه، ابتدا مفهوم تعهد به افشا از سوی داور مورد مطالعه قرار خواهد گرفت، سپس تعهد داور به شناسایی عوامل مؤثر بر تعارض منافع بررسی و در ادامه به ترتیب دو تعهد فوق در خصوص طرفین بحث می‌شود و پس از شناخت مفهوم، مبنا و آثار این تعهدات، دامنهٔ آن و نسبت تعهد داور و طرفین تبیین خواهد شد.

۱. تعهد داور به افشا

با توجه به اهمیت بالای بی‌طرفی داور در فرایند رسیدگی، ضروری است تا داور اقدامات لازم جهت تضمین این بی‌طرفی را به‌عمل آورد. یکی از این اقدامات مهم که در قالب یک تعهد خاص- که از لوازم تعهد به بی‌طرفی است- شناخته می‌شود، تعهد داور به افشای وقایع، روابط و اوضاع و احوالی است که می‌تواند از دید طرفین یا شخص ثالث بر بی‌طرفی داور تأثیرگذار باشد. درادامه مفهوم، دامنه و آثاراین تعهد مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱.۱. تعریف

تعهد به افشا به این معناست که داور باید همهٔ روابط یا عواملی را که ممکن است از دید طرفین بر بی‌طرفی یا استقلال وی مؤثر باشد، افشا کند. تا درصورتی که طرفین به این نتیجه برسند که داور دارای ارتباطاتی با طرف دیگر اختلاف، وکلای آنان و یا داور دیگر است که بر

۵. بهرام تقی‌پور، «تعهد به افشا درحقوق داوری تجاری بین‌المللی و داخلی»، *مطالعات حقوق خصوصی*، ش ۴۶ (۱۳۹۵). ص ۳۸۱-۳۹۸.

بی‌طرفی یا استقلال او اثر خواهد گذاشت، از حق خود جهت جرح داور استفاده کنند[۶].

باید توجه داشت که موضوع تعهد به افشا ناظر بر دو عنصر اصلی رسیدگی منصفانه و مشروع، یعنی استقلال و بی‌طرفی است. اگرچه گاه این دو مفهوم در معنایی مترادف به‌کار می‌روند، اما دارای تفاوت‌هایی هستند. استقلال ناظر بر نبود ارتباط قبلی یا فعلی بین داور و طرفین قبلی است که می‌تواند از نوع تجاری، کاری، خانوادگی و... باشد. درحالی که بی‌طرفی به معنای این است که داور نباید نسبت به یکی از طرفین دعوا یا خواستهٔ او نظر خاص داشته و در استماع دعوا و بررسی ادله، امور موضوعی و حکمی تبعیض یا جانب‌داری نشان دهد[۷]. به بیان دیگر، استقلال ناظر بر روابط داور و طرفین است، اما بی‌طرفی ناظر بر نوع و رویکرد حاکم بر رسیدگی است.

مسئلهٔ اصلی در تعهد به افشا این نیست که وجود چنین روابطی لزوماً به جانب‌داری داور منجر خواهد شد، بلکه هدف ایجاد این حق برای طرفین است که اگر وضعیت موجود را موجب نقض بی‌طرفی داوری می‌دانند، در همان ابتدای مسیر، داور را جرح کرده، بعدها زمینه‌ای برای ابطال رأی داور به علت کشف چنین روابطی وجود نداشته باشد[۸]. به بیان دیگر، نفس وجود تعارض منافع نیست که در داوری چالش‌برانگیز است، بلکه عدم مدیریت صحیح تعارض منافع است که مشروعیت رسیدگی و پذیرش نتیجه را به‌خطر می‌اندازد و افشای عوامل مؤثر در این زمینه موجب تحکیم اعتماد طرف‌ها به فرایند داوری از طریق باور به صداقت داور و یا اعمال حق جرح در آغاز فرایند و یا حتی عدم دعوت چنین داوری خواهد شد[۹]. بر این اساس، تعهد به افشا دارای یک اثر پیشگیرانه مهم نسبت به ازدست رفتن مشروعیت رسیدگی به علت تعارض منافع خواهد بود[۱۰].

6. Daniel Cohen, "Indépendance des Arbitres et Conflits D'intérêts", *Revue de L'arbitrage*: Bulletin du Comité Français de L'arbitrage, No. 3, (2011), p. 629.

۷. همایون مافی، *شرحی بر قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران*، (تهران: دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، ۱۳۹۷)، ص۱۷۱ و ۱۷۳.

8. Ahmed Sadek El-Kosheri, & Karim A. Youssef, *L'indépendance des Arbitres Internationaux: le Point de Vue D'un Arbiter*, (Paris: ICC, 2007), p. 50.

9 Constance Castres Saint-Martin, "Les Conflits D'intérêts en Arbitrage Commercial International", *Revue de Droit International*, No. 1 (2018), p. 179.

10. Jérôme Ortscheidt & Christophe Seraglini, *Droit de L'arbitrage Interne et International*, (Paris: LGDJ, 2019), No. 745.

صالح خدری، «دادرسی منصفانه در داوری تجاری بین‌المللی»، مطالعات حقوق تطبیقی، ش ۲ (۱۳۹۴)، ص ۵۳۲.

تعهد داوران به افشا به‌واسطهٔ اهمیت آن در تضمین یک رسیدگی منصفانه و بی‌طرفانه، دارای خصیصهٔ مرتبط با نظم عمومی است[۱۱] و امکان اسقاط آن از سوی طرفین وجود ندارد[۱۲]. همچنین تعهد داور به افشا، یک اصل ماهوی حقوق داوری محسوب شده، صرف نظر از حقوق حاکم بر جنبهٔ آیینی، باید مبنای عمل قرار گیرد[۱۳].

۲.۱. تعهد به افشا در قوانین ملی و مقررات داوری

مسئلهٔ تعهد به افشا، چه در قوانین ملی و چه در قواعد داوری سازمانی، مورد توجه قرار گرفته است. باید توجه داشت که اگر تعهد داور به افشا بر اساس قانون مقرّ داوری ضروری باشد، در این صورت مبنای این تعهد، حکم قانون خواهد بود. گاه نیز مقررات داوری سازمانی که مورد توافق طرفین و داوران قرار می‌گیرد، چنین الزامی را برای داور ایجاد خواهد کرد که جنبهٔ قراردادی خواهد داشت. به هر روی، امروزه الزام داور به افشای اموری که می‌تواند از نگاه طرفین بر بی‌طرفی وی مؤثر باشد، در نظام‌های حقوقی و سازمان‌های داوری، تعهدی شناخته‌شده و دارای اهمیت تلقی می‌شود[۱۴].

۱.۲.۱. حقوق ملی

در قوانین داوریِ برخی نظام‌های حقوقی به‌صراحت تعهد داوران به افشا مورد پذیرش قرار گرفته که یک نمونهٔ آن کشور فرانسه است که در بند دوم از مادهٔ ۱۴۵۶ قانون آ.د.م فرانسه تعهد به افشا تصریح شده است[۱۵]. اهمیت افشای کامل و دقیق روابط پیشینی داور با طرفین، در رویهٔ

---

۱۱. سمیرا محمدی‌نژاد، علی غریبه و حسن پاشازاده، «محدودیت‌های آزادی اراده طرفین در تعیین قانون حاکم بر آیین داوری تجاری بین‌المللی»، *مطالعات حقوقی تطبیقی معاصر*، ۱۲(۲۴)، ۱۴۰۰، ص ۱۴۹.

12. Jean-Baptiste Racine, *L'arbitrage du Commerce International et L'ordre Public*, (Paris: LGDJ, 1999). p. 62.

13. Emmanuel Gaillard, *Foucahrd Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, (New York: Kluwer Law International, 1999), p. 578.

14. Marie Schurmans, *L'indépendance et L'impartialité de L'arbitre: Entre Apparence et Réalité*. Faculté de Droit et de Criminologie, (Université Catholique de Louvain, 2017), p. 8.

15. Article 1456: "Il appartient à L'arbitre, Avant D'accepter sa Mission, de Révéler Toute Circonstance Susceptible D'affecter son Indépendance ou Son Impartialité. Il Lui est Également Fait Obligation de Révéler Sans Délai Toute Circonstance de Même Nature Qui Pourrait Naître Après L'acceptation de sa Mission".

«داور پیش از قبول مأموریت خود، هر اوضاع و احوالی را که ممکن است بر بی‌طرفی یا استقلال او اثرگذار باشد باید افشا کند. داور باید هر شرایطی را که چنین ویژگی‌ای داشته و پس از قبول مأموریت وی‌ایجاد شده است نیز بدون تأخیر افشا نماید».

قضایی فرانسه نیز مورد تأکید قرار گرفته و این تکلیف مقدمهٔ اعمال حق بر جرح داور دانسته شده است[۱۶].

نمونهٔ دیگر از تصریح قوانین به تعهد به افشا در کشورهایی دیده می‌شود که قانون داوری خود را بر مبنای قانون نمونهٔ آنسیترال تنظیم کرده‌اند. بند نخست از مادهٔ ۱۲ قانون نمونهٔ آنسیترال (مصوب ۱۹۸۵ اصلاح‌شده در ۲۰۰۶) مقرر داشته است که شخصِ در شرف نصب به‌عنوان داور باید هر اوضاع و احوالی را که احتمالاً به تردیدهای قابل توجیه در خصوص بی‌طرفی یا استقلال او می‌انجامد افشا کند و این تکلیف در طول فرایند داوری استمرار خواهد داشت[۱۷].

ازجمله قوانین متأثر از قانون نمونه، قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ ایران است که در بند دوم مادهٔ ۱۲ به چنین تعهدی پرداخته است[۱۸].

در برخی کشورها، تعهد به افشا از سوی داوران در قوانین داوری تصریح نشده، اما چنین تعهدی درعمل مورد پذیرش قرار گرفته است. برخی کشورها این تعهد را از لوازم افزایش مشروعیت نهاد داوری از طریق تضمین شفافیت و اعتماد دانسته، بر این مبنا داوران را به افشای ارتباطات و مناسبات خود با طرف‌های درگیر داوری مکلف می‌دانند. از جملهٔ این کشورها، نظام حقوقی امریکاست که درقانون داوری فدرال (FAA) اشاره‌ای به تعهد به افشا نشده اما آرای متعددی این تکلیف را لازم دانسته‌اند[۱۹]. درقانون داوری مصوب ۱۹۹۶ انگلستان نیز تصریحی به تعهد به افشا نشده و درگذشته نیز رویهٔ قضایی دراین خصوص تردید داشته است، اما در آرای جدیدتر این تعهد پذیرفته شده است. برای مثال، در یک رأی، داور این موضوع را که چندین بار

16. Cour de Cassation, Civile, Chambre Civile 1, 20 Octobre 2010, 09-68.997.

17. When a Person is Approached in Connection with His Possible Appointment as an Arbitrator, He Shall Disclose any Circumstances Likely to Give Rise to Justifiable Doubts as to His Impartiality or Independence. An Arbitrator, From the Time of His Appointment and Throughout the Arbitral Proceedings, Shall without Delay Disclose Any Such Circumstances to the Parties Unless they have Already been Informed of Them by Him.

۱۸. «شخصی که به‌عنوان داور مورد پیشنهاد قرار می‌گیرد، باید هرگونه اوضاع و احوالی را که موجب تردید موجه در مورد بی‌طرفی و استقلال او می‌شود، افشا نماید. داور باید از موقع انتصاب به عنوان داور و در طول جریان داوری نیز بروز چنین اوضاع و احوالی را بدون تأخیر به طرفین اطلاع دهد، مگر اینکه قبلاً آنان را از اوضاع و احوال مذکور مطلع نموده باشد».

19. Applied Indus. Materials Corp. v. Ovalar Makine Ticaret ve Sanayi, AS, 2006 U.S. Dist.

از سوی یکی از طرفین اختلاف به داوری انتخاب شده، افشا نکرده و بر همین مبنا رأی ابطال شده است. در این رأی، تعهد به افشا به‌عنوان یکی از تعهدات فرعی ناشی از لزوم بی‌طرفی داور مورد تأکید قرار گرفته است[۲۰].

در مقابل، برخی کشورها همچون سوئیس نیز اگرچه قانون‌گذار در قوانین داوری به تعهد به افشا اشاره‌ای نکرده، اما رویهٔ قضایی چنین تعهدی را بر داوران بار نموده است؛ با این تفاوت که این تعهد دارای مبنای قراردادی بوده، داوران در هنگام پذیرش داوری، یک تکلیف قراردادی مبنی بر افشای اطلاعات مؤثر بر تصمیم طرفین در انتخاب یا عدم انتخاب و یا جرح داوران دارند[۲۱].

در خصوص موضع قانون آ.د.م ایران باید گفت، در متن قانون اشاره‌ای به تعهد به افشا و حتی خود اصل بی‌طرفی و استقلال نشده است. برخی نویسندگان اظهار داشته‌اند از ملاک مادهٔ ۴۶۹ این قانون که تراضی طرفین در انتخاب داور را در مواردی که تعارض منافع وجود دارد لازم دانسته است، می‌توان چنین استنباط کرد که هرگاه داور این تعارض منافع را افشا نکرده باشد، توافق انتخاب داور غیرنافذ خواهد بود. درنتیجه افشای موارد مؤثر بر عدم بی‌طرفی و استقلال، از لوازم تراضی طرفین در انتخاب داور بوده، داور به‌عنوان یک تکلیف قراردادی باید این موارد را افشا کند[۲۲]. به‌نظر می‌رسد می‌توان بر این عقیده بود که داوران به‌طور ضمنی متعهد به افشای عوامل مؤثر بر بی‌طرفی هستند. مبنای این تعهد ضمنی، انتظار مشروع طرف‌های درگیر با داوری است؛ چراکه داوری، یکی از فرایندهای حل‌وفصل اختلاف است و از امور بدیهی در چنین فرایندی- که البته با عرف و رویهٔ حاکم بر داوری در دنیا نیز همسو است- اینست که داوران در صورت وجود تعارض منافع یا وجود شبهه در خصوص بی‌طرفی، باید این امور را به اطلاع طرف‌ها برسانند. این انتظار چه در فرضی که یکی از طرفین دست به انتخاب داور اختصاصی می‌زند و چه در فرض انتخاب داور مشترک و نیز در فروضی که یک نهاد داوری یا دادگاه داور را انتخاب می‌کند، وجود دارد.

20. Halliburton v. Chubb [2018] EWCA Civ 817, 71 (English Ct. App.).
21. Judgment of 14 March 1985 , DFT 111 Ia 72, 74 (Swiss Fed. Trib.).
۲۲. بهرام تقی‌پور، «تعهد به افشا درحقوق داوری تجاری بین‌المللی و داخلی»، *مطالعات حقوق خصوصی*، ش ۴۶ (۱۳۹۵)، ص ۳۸۴.

۲.۲.۱. مقررات نهادهای داوری و فراملی

تعهد به افشا در مقررات داوری نیز مورد توجه بوده است. برای مثال، در بند دوم از مادهٔ ۱۱ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) بیان شده است که داور در هنگام پذیرش داوری باید موارد تعارض منافع را به‌طور کتبی به دبیرخانه مرکز داوری اعلام کند و دبیرخانه نیز این موارد را به اطلاع طرفین اختلاف برساند و مدت زمانی جهت اعلام نظر در اختیار آنان قرار دهد. بند سوم مادهٔ ۱۱ نیز همین تکلیف را درطول فرایند داوری متوجهٔ داور کرده است. در بند ۲۴ از متن یادداشت توضیحی خطاب به طرف‌ها و دیوان داوری درخصوص انجام داوری که آخرین نسخهٔ آن در سال ۲۰۲۱ منتشر شده[۲۳]، آمده است که طرف‌ها دارای نفعی مشروع در اطلاع کامل از همهٔ وقایع و اوضاع و احوال مرتبط با دیدگاه و رضایت آنان درخصوص بی‌طرفی و استقلال هستند. مورد دیگر، اصول راهنمای تعارض منافع در داوری تجاری بین‌المللی است که از سوی کانون بین‌المللی وکلا منتشر شده که در بند نخست از مادهٔ ۳ به این تکلیف اشاره کرده است[۲۴].

تعهد به افشا در داوری‌های سازمانی ایرانی نیز مورد تأکید قرار گرفته که نمونهٔ آن، بندهای دوم، سوم و چهارم از مادهٔ ۱۷ قواعد داوری ۱۴۰۲ مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران است[۲۵].

به این ترتیب، آشکار می‌شود که تعهد به افشا از سوی داور، در قوانین ملی و مقررات داوری سازمانی مورد پذیرش قرار گرفته و طبق آن داور باید هر وضعیت، رابطه یا اوضاع و احوالی را که ممکن است از دید طرفین یا ثالث بر بی‌طرفی یا استقلال داور اثرگذار باشد، افشا کند.

23. Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of Arbitration - 01-01-2021.
24. IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration.
۲۵. ۱- «داور» باید ظرف ۷ روز از زمان ابلاغ انتصاب، قبولی خود را اعلام نماید. همچنین، در زمان قبول سمت، اعلامیه‌ای مکتوب مبنی بر بی‌طرفی، استقلال و تخصیص زمان کافی جهت رسیدگی را امضاء کرده و به دبیرخانه «مرکز داوری» تسلیم کند. «داور» مکلف است هرگونه واقعیت یا اوضاع و احوالی را که ممکن است استقلال یا بی‌طرفی او را از نظر یک فرد معقول و متعارف با تردید مواجه سازد، در اعلامیه مذکور بیان کند.
۲- «داور» مکلف است هرگونه واقعیت یا اوضاع و احوال را که در جریان داوری حادث می‌شود و از نظر یک فرد معقول و متعارف، موجب تردید در بی‌طرفی و استقلال او می‌گردد، فوراً و به صورت کتبی به دبیرخانهٔ «مرکز داوری» اعلام نماید.
۳- هرگونه تردید در خصوص تکلیف به افشای واقعیات، اوضاع و احوال و روابط موجود میان «داور» و طرفین باید به نفع افشاء تفسیر شود.

۳.۱. معیارها و قلمرو تعهد به افشا

یکی از مسائل بنیادین در تعهد به افشا این نکته است که داور مکلف به افشای چه مواردی است و چه ملاکی جهت تشخیص عوامل مؤثر بر بی‌طرفی و استقلال وجود دارد. اهمیت این نکته در این است که داوران یک جامعهٔ نسبتاً کوچک را تشکیل می‌دهند که عموماً حقوق‌دان بوده، دارای روابط کاری یا تجاری با فعالان عرصهٔ تجارت هستند و یا در داوری‌های پیشین تجربهٔ همکاری یا مواجهه با اشخاص متعددی را که ممکن است در داوری‌های جدید در مقابل آنان قرار گیرند داشته‌اند. با توجه به گستردگی این مناسبات، ضروری است تا دامنهٔ این موضوعات و نیز معیار تشخیص آن مورد بحث قرار گیرد. در ادامه، از مصادیق روابط و اوضاع و احوال ایجادکنندهٔ تردید در خصوص بی‌طرفی و استقلال که در قواعد و مقررات داوری سازمانی و نیز اصول راهنمای کانون بین‌المللی وکلا آمده به تفصیل بحث شده و چون مستقیماً به موضوع این پژوهش مرتبط نیست از آن چشم‌پوشی شده است و تمرکز بحث بر نسبت موارد لزوم افشا با جهات جرح داور و نیز معیار تعیین این موارد خواهد بود.

۱.۳.۱. نسبت موارد قابل افشا و جهات جرح داور

افشای عوامل مؤثر بر بی‌طرفی و استقلال به این معنا نیست که لزوماً جهات جرح داور وجود دارد و یا اینکه داور خود را فاقد صلاحیت حرفه‌ای جهت رسیدگی می‌داند، بلکه به این معناست که داور با شفافیت و حسن نیت، هر عامل مرتبط با تعارض منافع را به طرفین اطلاع می‌دهد تا مشروعیت رسیدگی حفظ شده، شبهات و اختلافات در خصوص جرح احتمالی داور در نقطهٔ آغازین رسیدگی و نه پس از پایان فرایند رسیدگی و صدور رأی، حل‌وفصل شود. بر این اساس مواردی که باید از سوی داور افشا شود، دامنهٔ گسترده‌تری نسبت به جهت جرح داور دارد. برای نمونه در حقوق فرانسه، پیش از اصلاحات سال ۲۰۱۱ و در مقررات داوری، تعهد به افشا در مادهٔ ۱۴۵۲ قانون آ.د.م.ف. درج شده بود که مقرر می‌داشت هرگاه داور متوجهٔ یکی از جهات جرح در خود شود، باید طرفین را مطلع کند[۲۶]. در اصلاحات سال ۲۰۱۱، دامنهٔ تعهد داور به افشا توسعه یافته است؛ چراکه این تعهد محدود به مواردی که از نظر داور، سببی برای جرح وجود دارد نشده است و هر شرایطی که از نگاه ذی‌نفعان داوری، تأثیر احتمالی بر بی‌طرفی داور بگذارد باید از

26. “L'arbitre Qui Suppose en sa Personne une Cause de Récusation Doit en Informer Les Parties”.

جانب داور به اطلاع طرف‌ها برسد[۲۷]. توسعهٔ دامنهٔ تعهد داور در اصلاحات سال ۲۰۱۱ مقررات داوری فرانسه در نتیجهٔ رویکرد رویهٔ قضایی شکل گرفته است. برخلاف آرای قدیمی‌تر[۲۸]، رویهٔ قضایی به این سمت تحول یافت که هر موضوعی که بتواند به نحو مشروعی موجب تشکیک طرفین در عدم بی‌طرفی و استقلال داور شود، باید بر اساس تعهد به افشا، از سوی داور به طرف‌ها اعلام گردد[۲۹].

چنین رویکردی در قانون نمونهٔ آنسیترال نیز قابل مشاهده است. این امر از مقایسهٔ بند نخست و دوم مادهٔ ۱۲ قابل استنباط است؛ چراکه در بند نخست که ناظر بر تعهد به افشاست از اوضاع و احوالی که احتمالاً منجر به تردید در خصوص بی‌طرفی می‌شود سخن به‌میان آمده، اما در بند دوم که ناظر بر جهات جرح است، واژهٔ احتمالاً دیده نمی‌شود[۳۰]. نمونهٔ دیگر، مواد هفت و هشت قانون داوری سوئد است[۳۱].

از ظاهر عبارات مادهٔ ۱۲ قانون تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ چنین برمی‌آید که موارد لزوم افشا و جهات جرح مشابه هستند؛ چراکه این ماده در بیان این دو دسته، از ادبیات یکسانی (هرگونه اوضاع و احوالی موجب تردید موجه) استفاده کرده است. با این حال با توجه به ماهیت و هدف تعهد به افشا باید بر این عقیده بود که افشا کردن مواردی که حتی با معیارهای رایج جزء جهات جرح درنظر گرفته نمی‌شود، همچنان سودمند بوده، زمینهٔ طرح این موارد در آینده و درنتیجه ابطال رأی را ازبین خواهد برد. رویهٔ قضایی کشورهایی که قانون نمونهٔ آنسیترال را مبنای مقررات داوری خود قرار داده‌اند نیز مؤید این برداشت است[۳۲].

27. Emmanuel Gaillard, "Commentaire Analytique du Décret du 13 Janvier 2011 Portant Réforme du Droit Français de L'arbitrage", *Ahiers de L'arbitrage*, No. 2 (2011), p. 14.
28. Cour de Cassation, Chambre Civile 2, du 14 Novembre 1990, 89-13.355.
29. Matthieu Moreau-Cucchi. *La Responsabilité Civile de L'arbitre*. (Droit. Université Paris-Saclay, 2021), p. 215.
30. Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, (New York: Kluwer Law International. 2020), p. 2873.
31. Robin Oldenstam, Kristoffer Löf, Alexander Foerster, Azadeh Razani, Fredrik Ringquist and Aron Skogman, Concise Guide to Arbitration in Sweden, (Stocholm: Mannheimer Swartling Advokatbyrå, 2019), p. 32.
32. UNCITRAL Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration, UNCITRAL secretariat, Vienna International Centre, 2012, p. 65.

۲.۳.۱. معیار تشخیص موارد لزوم افشا

در خصوص مواردی که باید از سوی داور افشا شود، دو معیار عینی و شخصی وجود دارد که در ادامه مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱.۲.۳.۱. معیار عینی

در معیار عینی، تأکید بر اوضاع و احوالی است که از دید یک شخص معقول و متعارف می‌تواند بر بی‌طرفی داور اثرگذار باشد. بنابر بند دوم از مادۀ ۲ اصول راهنمای تعارض منافع کانون بین‌المللی وکلا منتشرشده در سال ۲۰۲۴، داور باید مواردی را افشا کند که از نگاه یک شخص ثالث معقول که از اوضاع و احوال مرتبط با موضوع و طرفین مطلع است، می‌تواند موجب تردیدهایی موجهی در خصوص بی‌طرفی و استقلال داوران شود[۳۳]. درنتیجه واکنش و رویکرد خاص طرفین اختلاف، مبنایی برای تعیین مواردی که باید مورد افشا قرار گیرد، نخواهد بود. این معیار در مقایسه با معیار شخصی، دامنۀ تعهد به افشا را محدودتر می‌کند. نمونۀ چنین رویکردی در قانون نمونۀ آنسیترال قابل مشاهده است. مادۀ ۱۲ بیان می‌دارد که داور باید اموری را که می‌تواند به تردیدهای موجه در خصوص بی‌طرفی و استقلال منجر شود، افشا کند. تشخیص این تردیدهای موجه نیز بر مبنای رویکرد ذهنی طرفین اختلاف نخواهد بود. بند دوم از مادۀ ۱۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز با بیان اینکه داور باید هرگونه اوضاع و احوالی را که موجب تردید موجه در مورد بی‌طرفی و استقلال او می‌شود، افشا نماید و عدم ذکر نگاه و رویکرد خاص طرفین، معیار عینی را مورد پذیرش قرار داده است. در رویۀ قضایی کشور آلمان نیز که ازجمله کشورهایی است که مقررات داوری خود را مبتنی بر قانون نمونه تصویب کرده، گفته شده است که تشخیص وجود تردید در خصوص بی‌طرفی داور همچون تشخیص این امر در مورد قضات خواهد بود. همان‌طور که نمی‌توان بر اساس معیارهای شخصی و در هر مورد خاص قائل به عدم بی‌طرفی دادرس شد، در مورد داور نیز باید همین نگاه را داشت و از معیارهای عینی و مشخص عرفی بهره جست. البته نباید به اختصاصات داوری و منافع خاص طرفین اختلاف نیز

33. If Facts or Circumstances Exist, or have Arisen Since the Appointment, Which, From the Point of View of a Reasonable Third Person Having Knowledge of the Relevant Facts and Circumstances, Would Give Rise to Justifiable Doubts as to the Arbitrator's Impartiality or Independence.

به‌کلی بی‌توجهی کرد[۳۴]. در رویهٔ قضایی انگلستان نیز از مفهوم ناظر مطلع و دارای ذهن منصف[۳۵] استفاده شده است[۳۶].

مسیر تحول حقوق فرانسه نیز به سمت پذیرش معیار عینی بوده است. مادهٔ ۱۴۵۲ پیشین قانون آ.د.م.ف مقرر می‌داشت که هرگاه داور باور داشته باشد که جهات جرح در او وجود دارد باید این موارد را افشا کند. نگارش این ماده به نحوی بود که تشخیص داور بر اساس اوضاع و احوال خاص هر پرونده را مبنا قرار داده بود. با این حال در مادهٔ ۱۴۵۶ جدید قانون آ.د.م.ف اشاره‌ای به تشخیص و عقیدهٔ داور نشده و به نحو مطلق از لزوم افشای موارد مؤثر بر بی‌طرفی سخن به‌میان آمده که نشان‌دهندهٔ حرکت به سمت معیار عینی است[۳۷]. البته دیوان عالی کشور فرانسه بر این نکته نیز تأکید کرده است که باید ذهنیت طرفین اختلاف نیز مورد توجه قرار گیرد و داور خود را به‌جای آنان قرار دهد؛ با این پیش‌فرض که طرفین نیز رویکرد معقول و متعارفی در این زمینه خواهند داشت. در نتیجه، رویکرد حقوق فرانسه حالت بینابینی دارد[۳۸] و به تعبیر شعبهٔ تجارت بین‌المللی دادگاه تجدیدنظر پاریس، معیار عینی با درنظر گرفتن ویژگی‌های خاص هر پرونده باید مبنای تعیین موارد لزوم افشا باشد[۳۹].

۲.۲.۳.۱. معیار شخصی

در معیار شخصی، بر انتظارات و رویکرد مدنظر طرفین در تعیین مواردی که لازم است افشا گردد، تأکید می‌شود. با توجه به اینکه داوری شیوه‌ای خصوصی جهت حل‌وفصل اختلاف است و کارآمدی آن در گرو اختیار عمل حداکثری طرفین اختلاف در شکل‌گیری دیوان داوری و تعیین قواعد و آیین است، به‌نظر می‌رسد که معیار شخصی از کارآمدی و تناسب بیشتری با اهداف شیوه‌های جایگزین حل‌وفصل اختلاف برخوردار است. بر همین اساس، ممکن است یکی از

34. UNCITRAL Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration, UNCITRAL Secretariat, Vienna International Centre, 2012, p. 65.
35, The Fair-Minded and Informed Observer.
36. Porter v. Magill [2002] 2 AC 357.
37. Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, (New York: Kluwer Law International. 2020), p. 2875.
38. Dominique Hascher, "Les Perspectives Françaises Sur le Contrôle de la Sentence Internationale ou Étrangère", Revue de Règlement de Différends de McGill, No. 2 (2015), p. 12.
39. no.19/07575, 25 February 2020, Dommo Energia.

طرفین یک رابطهٔ خاص بین داور و یکی از شرکت‌های تابعهٔ گروه شرکت‌های طرف مقابل داوری را دلیلی محکم بر عدم بی‌طرفی داور بداند و انتظار افشای آن را داشته باشد؛ درحالی که با معیار عرفی چنین سطحی از همکاری موجب تردید در خصوص بی‌طرفی داور نمی‌شود.

کارآمدی معیار شخصی موجب شده است تا نهادهای داوری این معیار را جهت تعیین دامنهٔ تعهد به افشا مورد پذیرش قرار دهند. برای مثال در بند دوم از مادهٔ ۱۱ قواعد داوری ICC تصریح شده است که تردیدها درخصوص بی‌طرفی و استقلال داور «از منظر نگاه طرفین»[۴۰] دارای اهمیت است. همین رویکرد در بند نخست از مادهٔ ۳ اصول راهنمای IBA قابل مشاهده است[۴۱] و مبنای آن نیز این نکته است که طرفین دارای حق و نفع مشروعی هستند که هر رابطه یا موضوعی که از نگاه آنان بر بی‌طرفی و استقلال مؤثر است به اطلاع آنان برسد[۴۲].

با وجود این در بند سوم از مادهٔ ۱۷ قواعد داوری مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران، با تصریح به معیار فرد معقول و متعارف، معیار عینی مورد پذیرش قرار گرفته است. رویکرد مشابهی نیز در مادهٔ ۱۲ قواعد داوری مرکز منطقه‌ای داوری تهران قابل مشاهده است. به‌نظر می‌رسد پذیرش مطلق معیار عینی می‌تواند مورد بازنگری قرار گیرد. حتی اگر ابهام معیار شخصی مانع از پذیرش چنین معیاری باشد، می‌توان ترکیبی از معیارهای عینی و شخصی را مورد پذیرش قرار داد که علاوه بر شفافیت، به ویژگی‌های خاص هر داوری نیز توجه شده باشد[۴۳].

٤.١. ضمانت اجرای عدم افشا

عدم افشای مواردی که ذیل تعهد داور به افشا قرار می‌گیرد دارای آثار و ضمانت‌های اجرایی است که به اختصار بررسی می‌شود.

40. "In the Eyes of the Parties".

41. If Facts or Circumstances Exist that May, in the Eyes of the Parties, Give rise to Doubts as to the Arbitrator's Impartiality or Independence, the Arbitrator Shall Disclose Such Facts or Circumstances.
– همایون مافی و مهدی فلاح، «تعارض منافع درداوری بین‌المللی با تأکید بر اصول راهنمای کانون بین‌المللی وکلا»، سازمان‌های بین‌المللی، ش ۲ (۱۳۹۲)، ص ۱۶۶.

42. IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, International Bar Association 2024, p. 8.

۴۳. عبدالله شمس و سید فرهاد بطحائی، «معیار تشخیص استقلال و بی‌طرفی داور»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۷۷ (۱۳۹۶)، ص ۵۵.

۱.٤.۱. جرح داور

جرح داور ضمانت اجرای مستقیم نقض تعهد به افشا نیست؛ چراکه صرف عدم افشا، مبنایی برای جرح داور نخواهد بود. با این حال، عدم افشای عوامل مؤثر بر بی‌طرفی می‌تواند امکان جرح و زمان در دسترس بودن آن را تحت تأثیر قرار دهد. نخست آنکه عدم افشای به‌موقع اوضاع و احوال مؤثر بر بی‌طرفی خود می‌تواند اماره‌ای منفی مبنی بر جانب‌داری یا سوء نیت داور باشد. برای مثال، در رویهٔ قضایی امریکا گفته شده است که عدم افشای به‌موقع و کامل روابط پیشینی داور با طرفین خود می‌تواند به تشکیک در بی‌طرفی و استقلال داور منجر شود[۴۴]. البته در رویهٔ قضایی فرانسه تأکید شده است که صرف عدم افشا معادل خروج از بی‌طرفی و استقلال نخواهد بود[۴۵]. اثر دیگر تعهد به افشا این است که معمولاً طرفین با محدودیت زمانی در طرح موارد جرح داور مواجه هستند. برای مثال، مادهٔ ۱۳ قانون نمونهٔ آنسیترال مقرر داشته است که طرفین ظرف ۱۵ روز از تشکیل دیوان داوری یا ۱۵ روز از زمان اطلاع از وجود جهات جرح می‌توانند نسبت به جرج داور اقدام کنند. مهلت یادشده در مادهٔ ۱۴۵۶ قانون آ.د.م.ف یک ماه از زمان افشا یا کشف جهات جرح است. در صورتی که داوران در ابتدای نصب خود یا پیش از آن باید همهٔ امور و روابط مؤثر بر بی‌طرفی و استقلال خود را افشا کنند و به اطلاع طرفین برسانند، طرفین در آینده قادر نخواهند بود تا با ادعای کشف جهات جرح در مقاطع بعدی داوری مبادرت به طرح موارد جرح داور نمایند. درمقابل عدم افشای این موارد از سوی داور، این امکان را تا انتهای فرایند داوری در مقابل طرفی که از جهت و خروجی احتمالی رسیدگی راضی نیست قرار خواهد داد تا با کشف یا ادعای کشف چنین عواملی، به طرح جهات جرح داور مبادرت نماید.

بند نخست از مادهٔ ۱۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز مقرر داشته است که هر طرف صرفاً به استناد عللی که پس از تعیین داور از آنها مطلع شده، می‌تواند داوری را که خود تعیین کرده و یا در جریان تعیین او مشارکت داشته است، جرح کند. طبق بند دوم از مادهٔ ۱۳ نیز طرفی که قصد جرح دارد باید ظرف ۱۵ روز از تاریخ تشکیل دیوان داوری یا اطلاع از اوضاع و احوال مرتبط مبادرت به جرح داور کند و درصورتی که‌این جرح مورد پذیرش داور قرار نگیرد،

44. HSMV. Corp. v. ADI Ltd., Central District Court for California, United States of America, 8 November 1999, 72 F. Supp. 2d 1122 (C.D. Cal. 1999).
45. Cour D'appel de Paris, Pôle 5 Chambre 16, 17 Mai 2022, n° 53/2022.

ظرف ۳۰ روز باید در دادگاه درخواست خود را مطرح نماید. بر این اساس، اگر داور در ابتدای تشکیل دیوان داوری، همهٔ اوضاع و احوال مؤثر بر بی‌طرفی را افشا کند، عملاً مهلت طرفین برای جرح محدود به ۱۵ روز از افشا خواهد بود. درصورتی که داور به تعهد خود نسبت به افشا عمل نکند، امکان جرح وی درآینده و پس از کشف جهات جرح نیز وجود خواهد داشت.

۲.٤.۱. ابطال رأی داور

صرف عدم افشا از سوی داور نمی‌تواند به صورت Ipso Facto (به صرف‌این واقعیت) منجر به ابطال رأی داوری شود[۴۶]. درصورتی که یکی از طرفین پس از صدور رأی داوری متوجهٔ وجود جهات جرح در داوران شود، این امکان را خواهد داشت تا به طرح دعوای ابطال رأی داور مبادرت ورزد. برای مثال، مادهٔ ۱۴۹۲ و ۱۵۲۰ قانون آ.د.م.ف، یکی از جهات ابطال رأی داور را عدم تشکیل صحیح و مناسب دیوان داوری دانسته است. یکی از مصادیق چنین وضعیتی، داوری است که جهات جرح درخصوص او وجود داشته و او طرفین را از این وضعیت آگاه نکرده است و طرف زیان‌دیده پس از صدور رأی متوجهٔ این امر شده است[۴۷]. در نتیجه، عدم افشای به‌موقع اموری که ممکن است در قضاوت طرفین داوری درخصوص بی‌طرفی و استقلال داور تأثیر بگذارد، می‌تواند از جهات ابطال رأی داوری باشد[۴۸]. دیوان عالی کشور فرانسه در رأیی بیان داشته است که خواهان باید بتواند این امر را اثبات کند که اگر داور امور خاصی را افشا کرده بود موجب ایجاد تردیدهای معقولی در خصوص بی‌طرفی و استقلال داوران می‌شد و خواهان تا پس از صدور رأی از این امور مطلع نشده است؛ درچنین صورتی رأی قابل ابطال خواهد بود[۴۹].

بند «ز» از عنوان نخست مادهٔ ۳۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران یکی از جهات ابطال رأی داور را فرضی که «رأی داوری مشتمل بر نظر موافق و مؤثر داوری باشد که جرح او توسط مرجع موضوع مادهٔ (۶) پذیرفته شده است» دانسته است. بر این اساس، کشف جهات جرح داور پس از صدور رای درصورتی می‌تواند جهتی برای ابطال باشد که جرح داور به تأیید دادگاه رسیده

46. Cour de Cassation, Civile, Chambre civile 1, 10 Octobre 2012, 11-20.299.
47. Anissa Boussofara. “Les conflits D’intérêts Dans L’arbitrage International”. Infos juridiques: La Revue du Droit, No. 299 (2020), p. 9.
48. Loukas A. Mistelis, *Concise International Arbitration*, (NewYork: Kluwer Law International, 2015), p. 1181.
49. Cour de Cassation, Civile, Chambre Civile 1, 10 Octobre 2012, 11-20.299.

باشد. با توجه به اینکه طبق مادهٔ ۱۳ این قانون، اعتراض یکی از طرف‌ها در خصوص جرح داور به دادگاه، مانع از ادامهٔ فعالیت داور نخواهد بود، این امکان وجود دارد تا در مدت رسیدگی به درخواست جرح در دادگاه، رأی داوری صادر گردد و پس از آن، رأی دادگاه مبنی بر پذیرش جرح داده شود. درصورتی که پس از پذیرش جرح داور از سوی دادگاه موضوع مادهٔ ۶، داور همچنان در صدور رأی مشارکت مؤثر داشته باشد، رأی داوری قابل ابطال خواهد بود. چنانچه داوری به شکل منفرد باشد و یا اینکه رأی اجماعی صادر نشود و رأی داوری که مورد جرح قرار گرفته است منجر به ایجاد اکثریت شود، مشارکت داور جرح‌شده مؤثر ارزیابی می‌شود[۵۰].

در این شرایط، امکان ابطال رأی داور وجود خواهد داشت. در چنین فرضی نیز عدم افشای به‌موقع جهات جرح و عوامل مؤثر آن و کشف این موارد در مراحل پایانیِ رسیدگی می‌تواند زمینه‌ساز ابطال رأی داور باشد.

۳.٤.۱. مسئولیت مدنی داور

نقض تعهد به افشا به‌منزلهٔ نقض قرارداد داور با طرفین اختلاف است. بر این اساس، اگر داور نسبت به اموری که در نگاه طرفین بر بی‌طرفی و استقلال وی مؤثر است، آگاهی داشته یا بایستی می‌داشته است، اما نسبت به افشای آن در زمان مناسب اقدام نکند، می‌تواند بر اساس قواعد عمومی مسئولیت مدنی، مسئول شناخته شود[۵۱]. بر همین مبنا در حقوق فرانسه، عدم افشای به‌موقع روابط پیشین از سوی داور می‌تواند به مسئولیت مدنی داور منجر شود. این یک مسئولیت قراردادی است و اثبات تعمد داور ضروری نبوده و تقصیر او در افشای روابط خود می‌تواند کافی باشد[۵۲]. البته در کشورهای تحت نظام کامن‌لا مثل انگلستان که اصل مصونیت داور مورد تأکید است، گاه اثبات سوء نیت داور در انجام یا عدم انجام وظیفهٔ وی ضروری است. در نقطهٔ مقابل در کشورهای تحت نظام حقوق نوشته امکان مسئولیت مدنی داور در فرض بی‌احتیاطی یا تقصیر سنگین نیز پذیرفته شده است[۵۳].

---

۵۰. همایون مافی، شرحی *بر قانون داوری تجاری بین المللی ایران*، (تهران: دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، ۱۳۹۷)، ص ۴۴۴.

51. Matthieu Moreau-Cucchi. *La Responsabilité Civile de L'arbitre*. (Droit. Université Paris-Saclay, 2021), p. 472.

52. Jean-Yves Garaud, *La Responsabilité de L'arbitre*, (Paris: Association Déclarée, 2017) , p. 35.

۵۳. بهرام تقی‌پور، «مسئولیت داور درحقوق‌ایران و برخی کشورها»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، ش ۵ (۱۳۹۳)، ص ۷۰-۷۶.

در حقوق ایران، مادۀ ۵۰۱ قانون آ.د.م در خصوص مسئولیت داور رویکردی مشابه با آنچه در حقوق فرانسه پذیرفته شده است، دارد. به‌طور کلی هرگاه داور از تعهدات حرفه‌ای خود بر اساس موافقت‌نامۀ داوری، توافق طرفین با داور، مقررات آیینی حاکم بر داوری و یا تعهداتی قانونی تخطی کند، مسئول خسارات وارده خواهد بود[۵۴]. براین اساس، تقصیر داور در عدم افشا می‌تواند موجب مسئولیت مدنی وی شود. این حکم بر اساس عمومات، قابل تسری به داوری‌های بین‌المللی است.

۲. تعهد داور به تحقیق و شناسایی عوامل مؤثر بر بی‌طرفی و استقلال

داور علاوه بر تعهد به افشا، موظف است نسبت به شناسایی عواملی که ممکن است در نگاه طرفین بر بی‌طرفی و استقلال او اثرگذار باشد، تحقیق به‌عمل آورد که در ادامه مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱.۲. مفهوم و آثار تعهد به شناسایی

تعهد داور به شناسایی این عوامل از لوازم و مقدمات تعهد به افشا محسوب می‌شود. با توجه به نقش بنیادین اصل بی‌طرفی و استقلال که از وظایف اصلی داور در فرایند رسیدگی است، داور باید در حد معقولی نسبت به شناسایی عوامل و روابط پیشینی که ممکن است این اصل را تحت تأثیر قرار دهد اقدام کند. این تکلیف با این پیش‌فرض که یک داور حرفه‌ای همواره در هنگام قبول داوری به بررسی وجود یا نبود تعارض منافع اهتمام می‌ورزد، تقویت می‌شود و فرض چنین خواهد بود که داور از روابط پیشینی خود با طرفین مطلع است یا بر اساس قواعد حرفه‌ای باید از آن مطلع باشد. بر این اساس، داور ملزم به تحقیق در این موارد است تا در آینده تقصیری متوجۀ او نشود[۵۵].

در رویۀ قضایی فرانسه در خصوص این تعهد رویکرد سخت‌گیرانه‌ای وجود دارد و صرف انجام بررسی اولیه از وجود تعارض منافع، اگر به شناسایی و افشای این موارد منجر نشود، به معنای عمل داور به تعهد خود نبوده، عدم توفیق داور در شناسایی این موارد نمی‌تواند به‌عنوان

۵۴. همایون مافی، «مفهوم و قلمرو مسئولیت مدنی داوران»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۶۶ (۱۳۹۳)، ص ۹۲.

55. Matthieu Moreau-Cucchi. *La Responsabilité Civile de L'arbitre*. (Droit. Université Paris-Saclay, 2021), p. 471.

دلیلی علیه طرفین مورد استفاده قرار گیرد و مانع از استناد آنان در آینده به این موارد شود. در نتیجه داور باید به بهترین شکل ممکن موارد تعارض منافع را شناسایی کند[۵۶]. در مقابل در رویهٔ قضایی امریکا رویکرد سهل‌گیرانه‌تری وجود دارد و لازم نیست داور در خصوص روابط گذشتهٔ خود تحقیقی همه‌جانبه داشته باشد، بلکه با تلاشی معقول- که از شخصی متعارف که قصد ایفای یک تعهد حقوقی را دارد- انتظار می‌رود نسبت به روابط، منافع و تماس‌های پیشین خود تحقیق به‌عمل آورد[۵۷].

باید توجه داشت که ممکن است وجود تعهد داور به تحقیق از عوامل مؤثر بر بی‌طرفی، مورد تردید قرار گرفته، گفته شود که داور موظف به رعایت بی‌طرفی و استقلال در رسیدگی و افشای هر موردی است که در دایرهٔ علم و آگاهی او امکان تأثیر بر بی‌طرفی را داشته باشد. در نتیجه، امکان شناسایی یک تکلیف عام مبنی بر جست‌وجو در خصوص چنین عواملی وجود ندارد. با این حال، به‌نظر می‌رسد تعهد داور به افشا و استمرار این تعهد در طول رسیدگی به‌طور ضمنی وجود چنین تعهدی را آشکار می‌کند؛ چراکه اگر داور هیچ تلاشی برای شناسایی عوامل مؤثر بر بی‌طرفی و استقلال نکند، گویی تعهد به افشا را به‌درستی انجام نداده است[۵۸]. به‌علاوه، تعهد به افشا اگر با تعهد به شناسایی همراه نشود، نتیجه این خواهد بود که تعهد به افشا نیز به غایت و هدف خود نخواهد رسید؛ زیرا با مخفی ماندن عوامل پنهان مؤثر بر تعارض منافع، امکان جرح داور و ابطال رأی داور در آینده وجود دارد و این امر بر کارایی و نهایی بودن رأی داور اثر نامطلوب خواهد گذشت.

از نظر ضمانت اجرا نیز با توجه به اینکه تعهد به شناسایی از لوازم تعهد به افشاست، هرگاه داور اموری را که بر اساس معیار معقول و متعارف بودن باید از آن مطلع باشد افشا نکند، ادعای جهل او پذیرفته نشده، بر اساس تعهد به شناسایی چنین فرض می‌شود که او باید این موارد را شناسایی می‌کرده است. درنتیجه این عدم شناسایی به عدم افشا منجر شده، ضمانت‌های اجرای عدم افشا را به‌همراه خواهد داشت.

56. Cour D'appel de Paris, 5-16, 11 Janv, 2022, No. 19/19201.
57. Karlseng v. Cooke, 346 S.W. 3d 85, 97. (Tex. App. 2011).
58. Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, (NewYork: Kluwer Law International. 2020), p. 2880.

۲.۲. تعهد به شناسایی در قواعد داوری و فراملی

در قوانین داوری ملی بر تعهد به تحقیق و شناسایی عوامل مؤثر بر بی‌طرفی و استقلال تصریح نشده است؛ به‌خصوص با توجه به‌این نکته که‌این تعهد از ملزومات تعهد به افشا بوده و به‌نوعی در آن مستتر است. با این حال، در رویهٔ قضایی کشورها به‌این تعهد اشاره شده است. برخی دادگاه‌ها در امریکا وجود چنین تعهدی را نپذیرفته‌اند[۵۹] و برخی این تعهد را پایهٔ تعهد به افشا دانسته، آن را ضروری ارزیابی کرده‌اند[۶۰]. در حقوق فرانسه نیز این تعهد پذیرفته شده است[۶۱]. در حقوق ایران نیز تصریحی به این تعهد دیده نمی‌شود، اما می‌توان همسو با دیدگاه حقوق‌دانان فرانسوی، چنین تعهدی را از لوازم تعهد به افشا برشمرد و داور را مقید به آن دانست.

در مقررات فراملی و نیز قواعد نهادهای داوری بیشتر از قوانین ملی به این تعهد داور توجه شده است. برای مثال، در بیانیهٔ بی‌طرفی و استقلال که باید از سوی داوران در ICC به امضا برسد، داور متعهد می‌شود که «جست‌وجوی مقتضی»[۶۲] را نسبت به عوامل مؤثر بر تعارض منافع و بی‌طرفی به‌عمل آورد. بند چهارم از مادهٔ ۷ متن IBA نیز مقرر داشته که داور متعهد است به جست‌وجوی معقول و متعارفی نسبت به عوامل مؤثر بر بی‌طرفی و استقلال اقدام کند؛ درصورتی که داور به‌این تعهد عمل نکند، عدم آگاهی داور به وجود این عوامل، توجیهی برای اینکه چنین فرض شود که داور تعهد به افشا را به‌درستی انجام داده است، نخواهد بود.

۳. تعهد طرفین به افشا

در قوانین ملی و قواعد داوری، در خصوص افشای عوامل مؤثر بر بی‌طرفی و استقلال تکلیف صریحی برعهدهٔ طرفین گذاشته نشده است. در نتیجه، این خود داور است که باید چنین عواملی را افشا نماید و یا طرفی که از وجود این عوامل مطلع شده است و آن را به ضرر خود می‌داند، نسبت به جرح داور اقدام کند. با این حال، افشای این موارد از سوی طرفین خالی از فایده

59. Karlseng v. Cooke, 346 S.W.3d 85, 97 (Tex. App. 2011).
60. R. Travis Jacobs, "Arbitrator or Private Investigator: Should the Arbitrator's Duty to Disclose Include a Duty to Investigate - Abudullah E. Al-Harbi v. Citibank, N.A. and Citibank, A.S.", J. Disp. Resol. No. 1 (1997), p. 140.
61. Matthieu Moreau-Cucchi. *La Responsabilité Civile de L'arbitre*. (Droit. Université Paris-Saclay, 2021), p. 471.
62. Due Enquiry.

نخواهد بود؛ چراکه فرصت بحث و تعیین تکلیف، وجود چنین عواملی را در ابتدای فرایند رسیدگی فراهم کرده، مانع از طرح بعدی موارد جرح یا ابطال رأی داور خواهد شد. چنین رویکردی همسو با تعهد طرفین به رعایت حسن نیت آیینی[۶۳] در طول رسیدگی خواهد بود[۶۴]. بر همین مبنا در اصول راهنمای IBA که در سال ۲۰۲۴ اصلاح شد، در بند نخست مادهٔ ۷ مقرر شده است که طرفین نیز دارای تعهد به افشا هستند. این تعهد شامل افشای روابط مستقیم و غیرمستقیم داور با هر طرف، یا سایر شرکت‌های زیرمجموعهٔ هر طرف و یا ارتباط داور با شخصی است که دارای منافع مستقیم در نتیجهٔ داوری است.

درمجموع به‌نظر می‌رسد چنین الزامی به‌عنوان یک تعهد حقوقی با ضمانت اجرا، قابل تحمیل به طرفین نباشد؛ چراکه تعهد به افشا در ادامهٔ تعهد به بی‌طرفی و استقلال و به‌عنوان یک تعهد ثانویه جهت تضمین این دو امر مورد پذیرش قرار گرفته است. طرفینِ اختلاف تکلیفی به بی‌طرفی نداشته، به‌دنبال منافع خود از طرح دعوا هستند و درنتیجه ملتزم‌ساختن آنان به افشا تاحدی چالش‌برانگیز خواهد بود. از نظر عملی نیز افشای مناسبات قبلی می‌تواند به خلع سلاح طرف مقابل برای جرح داوران در آینده منجر شود. هرچند ریسک جرح داوران در همان مقطع آغازین داوری و تأخیر در فرایند رسیدگی را متوجهٔ طرف افشاکننده خواهد کرد.

٤. تعهد طرفین به تحقیق و شناسایی عوامل مؤثر بر بی‌طرفی و استقلال

علت الزام داور به افشای تعارض منافع این است که طرفین از این وضعیت مطلع شوند و درصورتی که هر طرف بر این عقیده باشد که تعارض منافع موجود بر فرایند رسیدگی بی‌طرف و مستقل اثرگذار خواهد بود، نسبت به جرح داور اقدام کند. پرسشی که وجود دارد این است که آیا خود طرفین نیز تکلیفی دراین زمینه دارند و می‌توان بر این عقیده بود که آنها نیز باید در هنگام نصب داور یا اطلاع از نصب او، درخصوص وی تحقیق کرده، عوامل مؤثر بر تعارض منافع را شناسایی کنند؟ در اصول راهنمای IBA به‌این پرسش پاسخ مثبت داده شده است. در بند دوم از

63. Procedural Good Faith.

۶۴. بی‌بی فاطمه برومند؛ مرتضی شهبازی‌نیا و اصغر عربیان، «حسن‌نیت آیینی طرفین داوری (مطالعهٔ تطبیقی در حقوق ایران و انگلیس)»، *پژوهش‌های حقوق تطبیقی*. ش ۲۴ (۱۳۹۹)، ص ۱-۲۴.

مادۀ ۷ مقررات پیش‌گفته آمده است که طرفین باید جست‌وجوی معقولی[۶۵] نسبت به وجود عوامل مؤثر بر تعارض منافع به‌عمل آورند.

در حقوق فرانسه، این تکلیف طرفین با عنوان تعهد به کسب اطلاع[۶۶] یا تعهد به کنجکاوی[۶۷] شناخته می‌شود. چنین تعهدی در قانون آ.د.م.ف ذکر نشده، اما در رویۀ قضایی مورد شناسایی قرار گرفته است. برای مثال، دیوان عالی کشور فرانسه در رأیی بیان داشته است که هرگاه بتوان چنین فرض کرد که طرفین باید از تعارض منافع آگاه می‌بودند و می‌توانستند از طریق جست‌وجوی متعارف و معمولی به وجود عوامل مؤثر بر بی‌طرفی و استقلال پی ببرند، شناسایی و افشای این عوامل برعهدۀ طرفین خواهد بود[۶۸]. در رأی دیگری نیز گفته شده است که طرفین باید حداقلی از کنجکاوی را نسبت به وجود عوامل مؤثر بر تعارض منافع از خود نشان دهند[۶۹]. ضمانت اجرای این تعهد نیز این خواهد بود که طرفین بر اساس مادۀ ۱۴۵۶ قانون آ.د.م.ف صرفاً در فاصلۀ سی روز پس از تشکیل دیوان داوری امکان جرح داور را خواهند داشت و در آینده امکان استناد به کشف چنین عواملی و محاسبۀ مدت سی‌روزه جهت جرح وجود نخواهد داشت؛ چراکه در همان زمان نصب داور به طریقی سهل و متعارف امکان کسب اطلاع درخصوص تعارض منافع را داشته‌اند.

توجیه بارکردن چنین تعهدی به طرفین نیز این خواهد بود که طرفین ملزم شوند تا درحد متعارف و معقول در همان آغاز فرایند داوری نسبت به روابط پیشینی داوران تحقیق کنند و اگر عاملی مؤثر بر تعارض منافع وجود داشته باشد، در همان ابتدا مورد شناسایی و رسیدگی قرار گیرد. باید توجه داشت که به لحاظ عملی مسئلۀ جرح داور می‌تواند از طریق تکنیک‌های تأخیرانداختن، بهانه‌ای برای طرفی که بر این باور است که بازندۀ داوری خواهد بود ایجاد کند که در اواخر رسیدگی و یا حتی پس از صدور رأی، مبادرت به جرح داور با ادعای کشف تعارض منافع کند. حال با الزام او به انجام یک تحقیق حداقلی در ابتدای فرایند داوری، می‌توان جلوی

65. Reasonable Enquiries.
66. Obligation de S’informer.
67. Devoir de Curiosité.
68. Cour de Cassation, Civile, Chambre Civile 1, 19 Décembre 2018, 16-18.349.
69. Cour de Cassation, Civile, Chambre Civile 1, 29 Novembre 2023 (Les Parties Devant Faire Preuve d’un minimum de Curiosité.).

چنین سوءاستفاده‌هایی را گرفت[۷۰]. به‌علاوه تعهد به حسن نیت و همکاری در فرایند داوری نیز مستلزم اعمال حدی از توجه کافی و جست‌وجو جهت کشف عوامل مؤثر بر تعارض منافع است؛ به‌گونه‌ای که گفته شده است اینکه یکی از طرفین در مواردی که امکان دسترسی و کسب اطلاع وجود دارد، تصمیم به تجاهل بگیرد، نوعی سوءاستفاده از آیین خواهد بود[۷۱] و احتمالاً به جرح داور و در صورت صدور رأی، به ضرر چنین شخصی تمام خواهد شد.

بر این اساس، این تعهد طرفین بیشتر مبتنی بر جلوگیری از سوءاستفاده از آیین و نیز نقش آنان در همکاری جهت پیشبرد داوری است؛ برخلاف تعهد داوران در این زمینه که مبتنی بر نقش فعال آنان در تضمین رسیدگی بی‌طرف و مستقل است. این تفاوت مبنایی در تعیین دامنهٔ تعهد هر طرف بسیار مؤثر خواهد بود.

۵. ارزیابی نقش داور و طرفین در شناسایی و افشای عوامل مؤثر بر بی‌طرفی و استقلال

بر اساس نکات پیشین، آشکار شد که داوران متعهد به شناسایی موارد تعارض منافع و افشای آن بوده، طرفین نیز ملزم به شناسایی این عوامل جهت اعمال حق بر جرح داوران هستند. مسئله‌ای که باید در این بخش به آن پرداخته شود، تحلیل نقش و اولویت تعهد طرفین و داوران در شناسایی این عوامل است.

۱.۵. اولویت تعهد داور به افشا و شناسایی نسبت به تعهد طرفین

اگرچه تضمین یک رسیدگی بی‌طرف و مستقل و در چارچوب قانون و حسن نیت، مستلزم همکاری تمامی مشارکت‌کنندگان در فرایند داوری است، اما نباید تردید کرد که داور دارای تکلیفی جدی‌تری در این زمینه است. در نتیجه، افشا و شناسایی عوامل مؤثر بر تعارض منافع، در وهلهٔ اول متوجهٔ داور خواهد بود. این نتیجه معلول چند امر است. نخست آنکه استقلال و بی‌طرفی، تعهد و التزامی است که متوجهٔ داور است و لوازم تأمین آن که در اینجا تعهد به افشا و

70. Jérôme Ortscheidt, Christophe Seraglini, *Droit de L'arbitrage Interne et International*, (Paris: LGDJ, 2019), No. 746.

71. Indépendance et Impartialité de L’arbitre: le Devoir de Révéler de L’arbitre Éclipsé. (n.d.).https://jusletter.weblaw.ch/fr/juslissues/2013/706/_11170.html__ONCE&login=false.

شناسایی است نیز باید متوجهٔ داور شود و مسئولیت طرفین در این زمینه محدود به عدم سوءاستفاده از آیین و منع استفاده از تاکتیک‌های تأخیری در شناسایی عوامل مؤثر بر تعارض منافع خواهد بود. دوم اینکه شناسایی اطلاعات و اوضاع و احوال پیشینی قطعاً برای داور در قیاس با طرفین، آسان‌تر خواهد بود؛ چراکه این عوامل با سوابق فعالیت او دارای ارتباط هستند. درحالی طرفین داوری باید نسبت به روابط داور و طرف دیگر تحقیق به‌عمل آورند که نسبت به آن طرف، ثالث محسوب شوند. سوم اینکه هرچه تعهد طرفین به شناسایی این عوامل، سنگین تر باشد، ضمانت اجرای آن نیز سنگین تر خواهد بود. این مسئله ریسکی را متوجهٔ طرفین می‌کند که مدیریت بهینهٔ آن برای آنان دشوار خواهد بود؛ چراکه شناسایی عوامل تعارض منافع در مدت کوتاه آغازین دیوان داوری، نیازمند بررسی‌های جامعی بوده که انجام آن برای طرفین، دشوار و گاه غیرممکن است. در نتیجه، داور از مقطع زمانی نصب و تا پایان فرایند داوری موظف به بررسی و افشای حداکثری عوامل مؤثر بر تعارض منافع است؛ آن‌چنان که در قوانین داوری نیز بر جریان این تعهد از زمان نصب تا پایان جریان داوری تأکید شده است[۷۲]. علت استمرار تعهد داور از نظر زمانی تا پایان جریان داوری نیز این است که داور متعهد به انجام فرایند داوری به شکل منصفانه، مشروع و قانونی است و تعهد به بی‌طرفی و استقلال و مستلزمات آن با توجه به نقش داور در حل‌وفصل اختلاف، همواره برعهدهٔ داور خواهد بود. در مقابل، طرفین صرفاً در مقطع زمانیِ نصب داور و تشکیل دیوان داوری و با هدف استفاده از حق بر جرح خود یا محدودسازی حق بر جرح طرف مقابل باید اقدامات لازم در زمینهٔ شناسایی و افشای عوامل مؤثر را انجام دهند.

از طرفی نمی‌توان طرفین را از انجام هر نوع جست‌وجویی در این زمینه معاف کرد. گاه روابط پیشینی داور و طرفین آشکار و به‌آسانی قابل دسترسی است و یک جست‌وجوی حداقلی، تکلیفی منطقی برای طرفین و مقدمه‌ای لازم جهت اعمال حق جرح آنان خواهد بود؛ به‌خصوص اینکه اساساً در شیوهٔ داوری، انتظار از طرفین حد معقولی از همکاری جهت پیشبرد سریع و حرفه‌ای حل‌وفصل اختلاف برمبنای اصل حسن نیت و همکاری به‌عنوان اصول راهبردی دادرسی و به‌ویژه داوری است.

۷۲. مادهٔ ۱۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران: «داور باید از موقع انتصاب به عنوان داور و درطول جریان داوری نیز بروز چنین اوضاع و احوالی را بدون تأخیر به طرفین اطلاع‌دهد.»

در نتیجهٔ نکات یادشده، می‌توان دو محدودیت مهم بر دامنهٔ تعهد طرفین در شناسایی و افشای عوامل مؤثر بر تعارض منافع در مقایسه با تعهد مطلق داور بار کرد که به‌طور ویژه در رویهٔ قضایی فرانسه مورد توجه قرار گرفته است. نخست، محدودیت تعهد طرفین به شناساییِ مقطع زمانی پیش از تشکیل و نیز ابتدای تشکیل دیوان داوری است و دوم، محدودیت تعهد طرفین به شناسایی عوامل مؤثر بر تعارض منافع در فرضی که این اطلاعات آشکار و یا از منابع دردسترسِ قابل اکتساب باشد که در ادامه مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۲.۵. محدودیت تعهد طرفین داوری از نظر زمانی

مقطع انتخاب داوران و تشکیل دیوان داوری و مهلت جرح داوران نیز که از زمان تشکیل دیوان داوری محاسبه می‌شود، دارای اهمیت ویژه‌ای است و باید تعهدات طرفین را در دو مقطع زمانی پیش و پس از آن بررسی کرد. برخلاف داوران که تعهد آنان به شناسایی و افشای عوامل مؤثر بر بی‌طرفی و استقلال به نحو مستمر جریان داشته و از ملزومات وظیفه و نقش شبه قضایی آنان است، تعهد طرفین در این زمینه صرفاً در خصوص حق بر جرح بوده، دارای محدودیت زمانی است و طرفین همچون داوران ملزم به شناسایی و افشا در تمام طول رسیدگی نیستند.

۱.۲.۵. پیش از تشکیل دیوان داوری

در مقطع زمانی پیش از تشکیل دیوان داوری، یعنی تا پیش از انتخاب داوران و نیز قبول داوری از سوی آنان، هم داور و هم طرفین مکلف به جست‌وجو و تحقیق در خصوص عوامل مؤثر بر تعارض منافع هستند. این تعهد در خصوص داوران– آن‌چنان که پیش‌تر نیز بحث شد– بر این مبنا استوار است که داوران باید در هنگام قبول داوری عوامل مؤثر بر بی‌طرفی خود را افشا کنند؛ درنتیجه و برای عمل به این تکلیف باید تا پیش از قبولی و یا هم‌زمان با امضای اعلامیهٔ قبول داوری، عوامل مؤثر بر تعارض منافع را شناسایی نمایند تا بتوانند این موارد را افشا سازند.

طرفین اختلاف نیز پیش از تشکیل دیوان داوری موظف به انجام تحقیق و تفحص در خصوص داوران بوده، عدم شناسایی موارد تعارض منافع دراین مقطع می‌تواند مانع از طرح این

موارد در آینده شود. ضرورت این تکلیف بر این مبنا استوار است که با توجه به قوانین ملی داوری و قواعد داوری سازمانی که مهلت مشخصی از زمان تشکیل دیوان داوری در اختیار طرفین قرار می‌دهد تا پس از اعلام اسامی داوران مبادرت به جرح آنان کنند، طرفین باید برای استفاده از این حق خود، درحد متعارفی اقدام به بررسی روابط پیشین داوران کنند؛ به‌خصوص با توجه به این نکته که نظم حاکم بر آیین داوری بر این مسئله تأکید دارد که موضوع جرح داوران باید در همان ابتدای تشکیل دیوان داوری حل‌وفصل شود.

۲.۲.۵. پس از تشکیل دیوان داوری

پس از تشکیل دیوان داوری و شروع فرایند رسیدگی، تعهد داور به شناسایی و افشا همچنان باقی می‌ماند. این استمرار معلول تعهد داور به استقلال و بی‌طرفی است. در نقطهٔ مقابل، معمولاً در مقررات و رویه‌های داوری، طرفین پس از شروع داوری دیگر تکلیفی د رخصوص شناسایی و افشای تعارض منافع ندارند؛ درحالی که در مقطع نصب داوران، باید تحقیق لازم را به‌عمل آورند. درنتیجه اگر در حین رسیدگی، وضعیت تعارض منافع شکل گیرد، داوران باید در حد معقول نسبت به شناسایی و نیز به نحو مطلق نسبت به افشای آن اقدام کنند، اما طرفین ملزم به شناسایی و تحقیق نبوده، هر زمانی که از وجود چنین عواملی مطلع شوند، امکان جرح داور را خواهند داشت. علت این تفکیک نیز دراین نکته نهفته است شناسایی و افشای عوامل مؤثر بر بی‌طرفی و استقلال از ملزومات حفظ مشروعیت و تمامیت آیینی رسیدگی است که از تکالیف داوران محسوب می‌شود، نه طرفین. درنتیجه طرفین صرفاً در مقطع معرفی داوران و تشکیل دیوان داوری باید جهت اعمال حق جرح خود، به شناسایی عوامل مؤثر بر تعارض منافع مبادرت کنند تا به لحاظ آیینی، مسئلهٔ جرح داوران، در مقطع زمانی ابتدایی داوری حل‌وفصل شود. اما چنین ملاکی در طول فرایند رسیدگی وجود ندارد. با این حال، نباید به شکل مطلق تعهد و مسئولیت طرفین اختلاف را در شناسایی و افشای عوامل مؤثر بر تعارض منافع نفی کرد. اگرچه تعهد اصلی در این زمینه متوجهٔ داوران است، اما در برخی فرض‌ها، طرفین اختلاف نیز ممکن است نوعی الزام در این زمینه داشته باشند. برای مثال، هرگاه یکی از طرفین در طول رسیدگی متوجهٔ عوامل مؤثر بر تعارض منافع شود، اما با تعمد نسبت به این موارد سکوت کند، برخلاف اصل حسن نیت عمل کرده، بعد از صدور رأی داوری قادر به جرح داور نخواهد بود؛ چراکه ملزم

ندانستن چنین شخصی به افشای عوامل مؤثر بر تعارض منافع، زمینه‌ساز سوءاستفاده از داوری و آیین آن خواهد بود و طرف مطلع از این عوامل می‌تواند موضوع را تا صدور رأی به تأخیر بیندازد و اگر رأی را به نفع خود ندید، مبادرت به جرح داور کند. از نظر آیینی نیز سکوت و عدم اقدام طرفین اختلاف می‌تواند تفسیر به رضایت یا اسقاط حق ایراد باشد و از این منظر نیز اقدام در زمان اطلاع و در حین رسیدگی شایسته‌تر است. بر این موارد باید تعهد به همکاری همهٔ طرف‌های درگیر در داوری را افزود. بدیهی است که عدم اقدام طرفی که از عوامل مؤثر بر تعارض منافع اطلاع یافته است در زمان مناسب خود و طرح آن در مقطع پس از صدور رأی، می‌تواند هزینه و زمان زیادی را به طرفین تحمیل کند. بر همین اساس، در مواردی که یکی از طرفین در طول رسیدگی متوجهٔ وجود عوامل مؤثر بر تعارض منافع می‌شود، بر اساس اصل حسن نیت و همکاری باید این موارد را افشا کند؛ در غیر این صورت، حق وی بر جرح در معرض سقوط قرار خواهد گرفت.

تقسیم‌بندی زمانی پیش‌گفته در رویهٔ قضایی فرانسه مورد پذیرش قرار گرفته و در آرای قضایی تأکید شده است که تا پیش از تشکیل دیوان داوری و شروع فرایند رسیدگی، طرفین یک تکلیف حداقلی در خصوص تفحص و جست‌وجو نسبت به عوامل مؤثر بر تعارض منافع دارند[۷۳]. اما پس از تشکیل دیوان داوری و شروع رسیدگی، این تعهد متوجهٔ طرفین نخواهد بود[۷۴]. این رویکرد به‌خوبی نشان می‌دهد که بار اصلی مدیریت تعارض منافع از جهت افشا و شناسایی متوجهٔ داوران است. هرگاه افشای عوامل مؤثر بر تعارض منافع از سوی داور صورت نپذیرد، طرفین در طول رسیدگی به شیوهٔ آسان‌تری قادر به جرح داور خواهند بود[۷۵]. با این حال بر اساس نکات پیش‌گفته باید توجه داشت که رویکرد مطرح در رویهٔ قضایی فرانسه در این خصوص باید تعدیل شود؛ چراکه اگرچه طرفین در طول رسیدگی یک تعهد مبنایی در خصوص شناسایی و افشای عوامل مؤثر بر تعارض منافع ندارند، اما در راستای حفظ حق جرح خود باید اقدامات لازم را در طول رسیدگی به‌عمل آورند؛ در غیر این صورت، امکان سقوط حق جرح آنان به دلیل عدم ایراد در زمان مقتضی یا سوءاستفاده از آیین وجود خواهد داشت. بله، تعهد به افشا و شناسایی در

73. Cour D'appel de Paris, 12 avr. 2016, n° 14/14884, Cour de Cassation, Civile, Chambre Civile 1, 19 Décembre 2018, 16-18.349.
74. Cour D'appel de Paris, 14 Octobre 2014, n° 13/03410.
75. Cour de Cassation, Civile, Chambre Civile 1, 31 Mars 2016, 14-20.396.

طول رسیدگی متوجهٔ داور است، اما قواعد آیینی مرتبط با اعمال حق جرح عملاً طرفین را به افشا در طول رسیدگی ملزم خواهد کرد.

۳.۵. محدودیت تعهد طرفین به لحاظ موضوعی

با توجه به اینکه شناسایی و افشای اوضاع و احوال مؤثر بر بی‌طرفی وظیفهٔ اولیه و اصلی داوران است، بدیهی است که تکلیف طرفین و داوران دراین زمینه مشابه نخواهد بود. براین اساس دو قاعده در رویه‌های قضایی قابل استنباط و استفاده است.

۱.۳.۵. امارهٔ عدم اطلاع طرفین

به‌عنوان یک قاعده و اصل، طرفین را نمی‌توان نسبت به وجود موارد تعارض منافع مطلع فرض کرد. علت نیز این است که هر طرف معمولاً به سوابق داور و نیز روابط احتمالی او با طرف دیگر یا وکیل او دسترسی نداشته و امکان تحقیق نیز در بسیاری از موارد وجود ندارد. برخلاف داور که می‌تواند نسبت به همکاری‌ها و روابط پیشین خود تحقیق کرده، موارد بعضاً پیچیده‌ای مثل همکاری با یکی از شرکت‌های تابعهٔ گروه شرکت طرف دعوا و یا ارتباط مؤسسهٔ حقوقی‌ای که داور درآن مشغول به کار است با آن شرکت‌ها نیز برای داور قابل شناسایی است. به همین علت است که عدم افشای این روابط یا اعلام نبود تعارض منافع از سوی داور، می‌تواند به نحو مشروعی موجب باور طرفین اختلاف به عدم وجود تعارض منافع و درنتیجه درادامه فرایند داوری شود که البته نتیجهٔ آن حفظ حقوق طرفین اختلاف برای جرح داور در فرض کشف این عوامل خواهد بود. دیوان عالی فرانسه در رأیی بیان داشته است که طرفین می‌توانند به اعلامیهٔ عدم تعارض منافع داور اتکا کنند و چنین اعلامیه‌ای طرفین را از جست‌وجو در خصوص عوامل تعارض منافع معاف می‌کند[۷۶]. این مسئله در رویهٔ دادگاه حقوق بشر اروپا[۷۷] در مواردی که بر اساس مقررات و صلاحیت این دادگاه، یکی از طرفین، عدم بی‌طرفی و استقلال داور را به‌عنوان نقض حق بنیادین رسیدگی منصفانه و بی‌طرفانه دراین دادگاه مطرح کرده است، نیز قابل مشاهده است. برای مثال، در رأی BEG SpA v Italy، دادگاه یادشده بیان داشته است که اعلام داور مبنی بر نبود هر نوع رابطه با طرفین موجب شده است تا فرض مشروعی در مورد

76. Cour de Cassation, Civile, Chambre Civile 1, 16 Décembre 2015, 14-26.279.
77. European Court of Human Rights.

عدم تعارض منافع در ذهن طرفین شکل گیرد و هیچ اماره‌ای نیز مبنی بر آگاهی طرفین درخصوص چنین مواردی قابل اثبات بر اساس مبانی و ادله نیست[۷۸].

۲.۳.۵. محدود بودن تعهد طرفین در تعهد به شناسایی به فرض اطلاعات قابل دسترس و عمومی

با توجه به امارهٔ عدم آگاهی و نیز تعهد مبنایی داور در تضمین رسیدگی بی‌طرف و مستقل که موجب بار شدن تعهد شناسایی و افشای تعارض منافع بر داور خواهد شد، تعهد طرفین به شناسایی عوامل مؤثر بر تعارض منافع محدود به جایی است که روابط قبلی یکی از طرفین با داور به‌آسانی قابل دسترسی یا شناسایی است. در چنین فرضی، داور مکلف به افشا نبوده، طرف متضرر آگاه فرض شده است و درصورتی که در مهلت اولیه پس از تشکیل دیوان داوری مبادرت به جرح داور نکند، حق بر جرح را ازدست خواهد داد. درنتیجه شناسایی اوضاع و احوالی که به‌راحتی قابل دسترس است، تکلیف طرفین است[۷۹].

در رویهٔ قضایی فرانسه، اطلاعات قابل دسترسی و عمومی، استثنایی بر تعهد داور به افشا شناخته می‌شود[۸۰]؛ به این معنا که داور الزامی به افشای این نوع اطلاعات نداشته، خود طرفین باید نسبت به آن کسب اطلاع کنند و چنین فرض می‌شود که طرفین نسبت به‌این موارد آگاه‌اند. درنتیجه در آینده با ادعای کشف چنین مواردی امکان جرح داور وجود ندارد. درپروندهٔ موسوم به Tecnimont، یکی از طرف‌ها پس از رسیدگی داوری با ادعای کشف و دسترسی به اطلاعات جدیدی در خصوص روابط مؤسسهٔ حقوقی مربوط به داور و طرف دیگر که از سوی داور افشا نشده بود، خواستار ابطال رأی داوری می‌شود. دادگاه تجدیدنظر پاریس ضمن ردّ دعوای ابطال بیان می‌دارد که اطلاعات مربوط به رابطهٔ مؤسسهٔ حقوقی یکی از داوران با طرف دیگر بر روی یکی از وبسایت‌ها موجود بوده، جزء اطلاعات قابل دسترس برای عموم[۸۱] محسوب می‌شود و خواهان می‌بایست در همان ابتدای نصب داوران، نسبت به آن جست‌وجوی لازم را به‌عمل

78. BEG SpA v Italy, Application no. 5312/11, 20 May 2021, Paras 138-139 & 149.
79. Eric Loquin. “L'essor de L'obligation de Curiosité des Parties au Moment de la Constitution du Tribunal Arbitral”. RTDCom. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, No. 04 (2018), p. 842.
80. L’exception de Notoriété.
81. Les Informations Notoires.

می‌آورد[۸۲]. در مورد دیگری، ارتباطات وکلای یکی از طرفین با سرداور که مرتبط با شرکت در کنفرانس‌های دانشگاهی بوده، جزء اطلاعات آشکار و قابل دسترس دانسته شده است[۸۳]. در پروندۀ دیگری، وکیل یک طرف به طرف دیگر اطلاع می‌دهد که داور نصب‌شده پیش‌تر نیز در یکی از پرونده‌های مرتبط با موکل وی به‌عنوان داور انتخاب شده است. طرف مقابل به‌رغم این افشا، در قرارنامۀ داوری به تشکیل صحیح و منظم دیوان داوری اذعان می‌کند. اما پس از مدتی به استناد یک گزارش خبری در اینترنت، متوجه می‌شود که موضوع پروندۀ قبلی با پروندۀ فعلی مرتبط بوده، طبق گزارش یادشده، رسیدگی به شکل واضحی به نفع طرف مقابل بوده است. ردّ دعوای جرح داور در این پرونده، طبق نظر دیوان عالی فرانسه بر این مبنا استوار می‌شود که در دسترس بودن اطلاعات مربوط به داوری قبلی و عدم اقدام فوری خواهان برای جرح داور منجر به ایجاد امارۀ اسقاط حق جرح می‌شود. در نتیجه، طرف دیگر باید همان ابتدا تحقیق کافی را به‌عمل می‌آورد[۸۴].

افزون بر این، یکی از تعهدات مهم طرفین اقدام و واکنش سریع[۸۵] نسبت به عوامل زمینه‌ساز جرح داور است که مبتنی بر حکم مادۀ ۱۴۶۶ قانون آ.د.م.ف بوده، در رویۀ قضایی مورد تأکید قرار گرفته است[۸۶]. بر اساس این تعهد، طرفین باید به محض اطلاع از تعارض منافع و در چارچوب مدت اولیۀ تعیین‌شده از تشکیل دیوان داوری، به جرح داور مبادرت کنند. هدف نیز عدم طرح چنین مسائلی در مراحل پایانی داوری یا پس از صدور رأی است. به این ترتیب، هرگاه اطلاعات ناظر بر تعارض منافع به‌آسانی قابل دسترسی باشد، تعهد طرفین به سرعت عمل در اقدام، مقتضی است که طرفین خود نسبت به کسب اطلاع اقدام و در مهلت اولیه مبادرت به جرح داور کنند. بر این اساس، طرفین حتی در فرضی که داور مواردی را افشا کند باید نسبت به صحت‌سنجی و ابعاد موارد افشاشده و اثر آن بر بی‌طرفی داور اقدام مقتضی به‌عمل آورند که یکی از روش‌های آن، انجام بررسی و تحقیقات در حد معقول است[۸۷].

82. Cour D'appel de Paris, Pôle 1 - Chambre 1, 12 Avril 2016, n° 13/22531.
83. Cour D'appel de Paris, 13 Mars 2008, n° 06/12878.
84. Cour de Cassation, Civile, Chambre Civile 1, 15 Juin 2017, 16-17.108.
85. Devoir de Réaction Rapide.
86. Cour de Cassation, Civile, Chambre Civile 1, 19 Décembre 2018, 16-18.349.
87. Geneviève Augendre, Loyauté et Impartialité de L'arbitre, Colloque Loyauté et Impartialité en Droit des Affaires|La Base Lextenso. (n.d.). https://www.labase-lextenso.fr/gazette-du-palais/GP20120524004.

باید توجه داشت، در رویهٔ قضایی فرانسه بر این نکته تأکید شده است که نمی‌توان انتظار داشت تا طرفین به نحو نظام‌مند به بررسی منابع و جمع‌آوری اطلاعات در خصوص داوران یا وکلا مکلف شوند[۸۸]. بر این اساس، معیاری که از رویهٔ قضایی فرانسه به‌دست می‌آید، «دسترسی آسان به منبع»[۸۹] است. درصورتی که اطلاعات مؤثر بر تعارض منافع در چنین منابعی قابل دسترس باشد، تعهد طرفین به تحقیق بر تعهد داور به افشا غلبه خواهد داشت و البته تعهد طرفین به شناسایی نیز محدود به مراجعه به همین منابع است. بر همین اساس، تعهد طرفین به تحقیق را یک تعهد حداقلی[۹۰] دانسته‌اند[۹۱]. توجیه این امر نیز دشوار نیست، چراکه هر طرفی که دسترسی بیشتر و ساده‌تری به اطلاعات دارد باید تکلیف جدی‌تری دراین زمینه داشته باشد و بدیهی است که داور می‌تواند به شکل بهتری به شناسایی موارد مؤثر بر تعارض منافع مبادرت نماید. به‌علاوه باید به محدودیت زمانی موجود برای طرفین که مثلاً در قواعد داوری ICC ۱۵ روز و در حقوق فرانسه ۳۰ روز از زمان تشکیل دیوان داوری برای جرح داور تعیین شده است توجه داشت و طرفین را به تحقیقات گسترده و زمان‌بر مکلف نکرد[۹۲].

اینکه مفهوم دسترسی آسان چگونه باید تعریف شده، مصادیق آن تعیین شود، همچنان محل بحث است. در برخی آرا از عبارت دسترسی آسان به نحو معقول و متعارف استفاده شده است[۹۳]. به هر روی این امر باید در هر پرونده به‌طور جدا مورد بررسی قرار گیرد. در یک پرونده، دادگاه نتیجه گرفته است که صرف وجود اطلاعات بر روی وبسایت متعلق به داور، به معنای دردسترس بودن اطلاعات نیست؛ زیرا طرفین باید لینک‌ها و بخش‌های متعددی از وبسایت داور را بررسی می‌کردند تا به این اطلاعات دست یابند. در مقابل، در پروندهٔ دیگری، وجود اطلاعات در خصوص پرونده‌های قبلی داور در یک کتاب راهنما و سالنامه دلیل بر دردسترس بودن این

88. Cour D'appel de Paris, 14 Octobre 2014, n° 13/03410.
89. L'accessibilité Aisée de la Source.
90. Devoir Minimum D’investigation.
91. Jérôme Ortscheidt, Christophe Seraglini, *Droit de L'arbitrage Interne et International*, (Paris: LGDJ, 2019), No. 746.
92. Claire Debourg, Obligation de Révélation de L’arbitre et Obligation de S’informer à la Charge des Parties : un Équilibre Encore Perfectible. (n.d.). Arbitrage-Médiation-Conciliation | Dalloz Actualité. https://www.dalloz-actualite.fr/flash/obligation-de-revelation-de-l-arbitre-et-obligation-de-s-informer-charge-des-parties-un-equili.
93. Cour D'appel de Paris, Pôle 5 Chambre 16, 17 Mai 2022, n° 53/2022.

اطلاعات ارزیابی شده است[۹۴]. باید توجه داشت که دو معیار «آشکار بودن روابط قبلی» و «قابلیت دسترسی آسان به منابع»، جداگانه‌اند[۹۵]؛ اگرچه ملاک مشترکی بر این دو حاکم است و آن، امکان آگاهی طرفین بر تعارض منافع از طریق جست‌وجوی سهل و متعارف است، اما برخلاف مورد اول که به علت آشکار بودن می‌توان فرض کرد که طرفین نسبت به آن آگاه هستند، مورد دوم مستلزم انجام تحقیقات و بررسی منابع است.

نکتهٔ قابل توجه اینست که اگرچه در آرای پیش‌گفته آمده است که در فرض وجود اطلاعات آشکار و قابل دسترس، داور مکلف به افشا نیست؛ اما رویکرد صحیح‌تر آن است که علاوه بر تکلیف طرفین به تحقیق، داور حتی درچنین فرضی نیز مکلف به افشا باشد. هدف از افشا و شناسایی، مدیریت تعارض منافع در نقطهٔ آغازین شروع داوری با هدف جلوگیری از ابطال رأی داور است. درصورتی که داور همهٔ موارد آشکار و غیرآشکار را افشا نکند، همچنان ریسک طرح دعوای ابطال به علت جرح داور وجود خواهد داشت؛ به‌خصوص‌اینکه معیارهای ناظر بر استثنای اطلاعات آشکار و قابل دسترس دارای مفهومی مبهم است. به‌علاوه هیچ دلیلی وجود ندارد که داور برخی مسائل را افشا نکرده، یا به شکل مبهمی افشا کند و درنتیجه احتمال طرح بعدی چنین مواردی درآینده باقی بماند[۹۶].

نتیجه

تعهد به افشا به معنای التزام داور به اعلام اوضاع و احوالی است که بر اساس معیار شخصی یا عینی ممکن است موجب ایجاد تردیدهای معقولی در بی‌طرفی و استقلال داور برای طرفین داوری شود. از ملزومات چنین تعهدی، تعهد به شناسایی این عوامل از سوی داور است. در مقابل، طرفین به‌عنوان قاعده، تعهدی به افشای موارد مؤثر بر تعارض منافع ندارند، اما متعهد به شناسایی چنین عواملی هستند. این تعهد به‌عنوان مقدمهٔ اعمال حق جرح و نیز منع سوءاستفاده

94. Claire Debourg, Limites de L’obligation de Révélation de L’arbitre : Premières Précisions de la CCIP-CA. (n.d.). Procédure Civile | Dalloz Actualité. https://www.dalloz-actualite.fr/flash/limites-de-l-obligation-de-revelation-de-l-arbitre-premieres-precisions-de-ccip-ca.

95. Eric Loquin. “L'essor de L'obligation de Curiosité des Parties au Moment de la Constitution du Tribunal Arbitral”. RTDCom. Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique, No. 04 (2018), 842.

۹۶. البته باید به نکتهٔ مهمی توجه کرد و آن، اثر جانبی منفی افشای بسیار گسترده است. گاه افشای هر نوع رابطهٔ کم‌اهمیتی در گذشته می‌تواند موجب بهانه‌جویی طرفی که نفعی در پیشبرد فرایند داوری ندارد، شود و جرح‌های پیوستهٔ داوران را به‌همراه داشته باشد.

از آیین به‌منظور آشکار شدن مسیر داوری و نتیجهٔ نهایی و جرح داور در صورت عدم رضایت از چنین نتیجه‌ای است.

در مقایسهٔ تعهد داور و طرفین در خصوص شناسایی عوامل مؤثر بر بی‌طرفی و استقلال، نتایج زیر قابل ارائه است:

۱- با توجه به تعهد داوران به رسیدگی منصفانه و قانون‌مدارانه، وظیفهٔ اصلی در خصوص شناسایی و افشای عوامل مؤثر بر بی‌طرفی و استقلال و نیز دسترسی آسان‌تر داوران به شناسایی عوامل تأثیرگذار، متوجهٔ داوران بوده، این تعهد از مقطع زمانی نصب داور تا پایان جریان داوری استمرار دارد.

۲- طرفین نیز با توجه به اینکه از حق بر جرح برخوردارند و باید در پیشبرد داوری همکاری لازم را به‌عمل آورده، از حق خود به شکل کارآمدی استفاده کنند، متعهد به شناسایی و افشای عوامل مؤثر بر بی‌طرفی و استقلال هستند.

۳- با وجود تعهد به شناسایی و افشا برای طرفین و داوران و با توجه به تفاوت مبنای این دو تعهد، باید قائل به تفاوت‌هایی بود؛ با این توضیح که برخلاف داوران که برای تضمین رسیدگی مشروع باید به‌طور جدی و در همهٔ مقاطعِ داوری، عوامل مؤثر بر بی‌طرفی و استقلال را شناسایی و افشا کنند، تعهد اصلی طرفین در این زمینه محدود به ایجاد زمینهٔ اعمال حق بر جرح است. با این حال، طرفین نیز برای حفظ حق بر جرح خود و در راستای اصل حسن نیت، همکاری و منع سوءاستفاده از آیین باید در صورت اطلاع از چنین عواملی، آن را افشا سازند، در غیر این صورت ممکن است حق بر جرح ساقط شود.

۴- در خصوص تبیین تفاوت این دو تعهد، در این پژوهش از معیارهای مطرح‌شده در رویهٔ قضایی فرانسه استفاده شده و مهم‌ترین تفاوتِ قابل پذیرش عبارت است از اینکه طرفین صرفاً مکلف به شناسایی مواردی هستند که یا بسیار آشکار بوده، یا از طریق منابعی که به آسانی در دسترس‌اند، قابل شناسایی باشد. درصورتی که اطلاعات مربوط به تعارض منافع در مقطع زمانی نصب داور و تشکیل دیوان داوری به‌آسانی قابل

دسترسی باشد، طرفین نسبت به این موارد آگاه فرض شده، درصورت عدم اقدام فوری، نمی‌توانند بر اساس آن در آینده خواستار جرح داور یا ابطال رأی داوری شوند.

چنین رویکردی ضمن تأکید بر تعهد داوران بر افشا که تعهدی بنیادین در راستای تأمین مشروعیت داوری از طریق حفظ بی‌طرفی و استقلال است، طرفین را نیز به‌عنوان ذی‌نفعان اصلی داوری، موظف به جست‌وجو و تحقیق متعارف و معقول نسبت به وضعیت و روابط داوران می‌کند و موجب نقش‌آفرینی همهٔ طرف‌های درگیر در داوری جهت تضمین بی‌طرفی و استقلال و نیز کاهش امکان ابطال رأی داوری می‌شود. افزون بر این، با ایجاد یک تعادل منطقی بین تعهدات داوران و طرفین که بر نقش هریک از این دو مبتنی است، وظایف و ریسک‌ها را به شکل بهینه‌ای تقسیم می‌کند.

منابع و مآخذ

الف) منابع فارسی

- مقاله‌ها

۱. برومند، بی‌بی فاطمه؛ شهبازی‌نیا، مرتضی و عربیان، اصغر (۱۳۹۹). حسن‌نیت آیینی طرفین داوری (مطالعهٔ تطبیقی در حقوق ایران و انگلیس). ***پژوهش‌های حقوق تطبیقی***، ۲۴(۴)، ۱-۲۴.
Doi: 20.1001.1.22516751.1399.24.4.1.5

۲. تقی‌پور، بهرام (۱۳۹۳). مسئولیت داور در حقوق ایران و برخی کشورها. ***مطالعات حقوق تطبیقی***، ۵(۱)، ۵۷-۸۷. Doi: 10.22059/jcl.2014.51528

۳. تقی‌پور، بهرام (۱۳۹۵). تعهد به افشا در حقوق داوری تجاری بین‌المللی و داخلی. ***مطالعات حقوق خصوصی***، ۴۶(۳)، ۳۸۱-۳۹۸. Doi: 10.22059/jlq.2016.58993

۴. خدری, صالح (۱۳۹۴). دادرسی منصفانه در داوری تجاری بین‌المللی. ***مطالعات حقوق تطبیقی***، ۶(۲)، ۵۱۹-۵۴۰. Doi: 10.22059/jcl.2015.55774

۵. شمس، عبدالله و بطحائی، سید فرهاد (۱۳۹۶). معیار تشخیص استقلال و بی‌طرفی داور. ***تحقیقات حقوقی***، ۲۰(۷۷)، ۳۹-۶۵.

۶. مافی، همایون (۱۳۹۳). مفهوم و قلمرو مسئولیت مدنی داوران. ***تحقیقات حقوقی***، ۱۷(۶۶)، ۸۱-۱۱۱.

۷. مافی، همایون و فلاح، مهدی (۱۳۹۲). تعارض منافع در داوری بین‌المللی با تأکید بر اصول راهنمای کانون بین‌المللی وکلا، ***سازمان‌های بین‌المللی***، ۱(۲)، ۱۶۱-۱۸۰.

۸. مافی، همایون؛ قوامی، بهزاد؛ محمدی، سام (۱۴۰۱). استقلال و بی‌طرفی داور در داوری‌های بین‌المللی با تکیه بر آرای قضایی. ***تحقیقات حقوقی***، ۲۵(۹۷)، ۳۹-۶۶.
Doi: 10.22034/jlr.2020.184771.1569

۹. مافی، همایون (۱۳۹۷). ***شرحی بر قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران***. تهران: دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.

۱۰. محمدی‌نژاد، سمیرا؛ غریبه، علی و پاشازاده، حسن (۱۴۰۰). محدودیت‌های آزادی ارادهٔ طرفین در

تعیین قانون حاکم بر آیین داوری تجاری بین‌المللی. ***مطالعات حقوقی تطبیقی معاصر***، ۱۲(۲۴)، ۱۳۷-۱۶۹. Doi: 10.22034/law.2021.41025.2683

ب) منابع انگلیسی

- Books

11. Born, Gary B. (2020). ***International Commercial Arbitration***. New York: Kluwer Law International.
12. Gaillard, Emmanuel (1999). ***Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial***, New York: Kluwer Law International.
13. Mistelis, Loukas A. (2015). ***Concise International Arbitration***. New York: Kluwer Law International.
14. Oldenstam, Robin; Löf, Kristoffer; Alexander, Foerster; Azadeh Razani; Fredrik Ringquist; Aron Skogman (2019). ***Concise Guide to Arbitration in Sweden***, Stocholm: Mannheimer Swartling Advokatby.
15. Ortscheidt, Jérôme & Seraglini Christophe (2019). ***Droit de L'arbitrage Interne et International***, Paris: LGDJ.
16. Racine, Jean-Baptiste (1999). ***L'arbitrage du Commerce International et L'ordre Public***. Paris: LGDJ.
17. El-Kosheri, Ahmed Sadek & Youssef, Karim A. (2007). ***L'indépendance des Arbitres Internationaux: le Point de Vue D'un Arbiter***. Paris: ICC
18. Jean-Yves, Garaud (2017). ***La Responsabilité de L'arbitre***. Paris: Association Déclarée.

- Articles

19. Boussofara, Anissa (2020). Les Conflits D'intérêts Dans L'arbitrage International. ***Infos juridiques, La Revue du Droit,*** 298 (299). 18-27.
20. Cohen, Daniel (2021). Indépendance des Arbitres et Conflits D'intérêts, Revue de L'arbitrage: ***Bulletin du Comité Français de L'arbitrage***, 1 (3), 600-645.
21. Gaillard, Emmanuel (2011). Commentaire Analytique du Décret du 13

Janvier 2011 Portant Réforme du Droit Français de L'arbitrage, ***Cahiers de L'arbitrage***, 0401 (2), 263-310.

22. Hascher, Dominique (2015). Les perspectives Françaises Sur le Contrôle de la Sentence Internationale ou Étrangère, ***Revue de Règlement de Différends de McGill***, 1 (2), 1-16.
23. Jacobs, Travis (1997). Arbitrator or Private Investigator: Should the Arbitrator's Duty to Disclose Include a Duty to Investigate - Abudullah E. Al-Harbi v. Citibank, N.A. and Citibank, A.S., ***J. Disp. Resol,*** 1997 (1), 133-142.
24. Loquin, Eric (2018). L'essor de L'obligation de Curiosité des Parties au Moment de la Constitution du Tribunal Arbitral. ***Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique***, 2018 (04), 842- 873.
25. Saint-Martin & Constance Castres (2018). Les Conflits D'intérêts en Arbitrage Commercial International, ***Revue de Droit International***, 2018 (1), 170-182.

- Dissertations

26. Moreau-Cucchi, Matthieu. ***La Responsabilité Civile de L'arbitre***. Université Paris-Saclay, 2021.
27. Schurmans, Marie. ***L'indépendance et L'impartialité de L'arbitre: Entre Apparence et Réalité***. Faculté de Droit et de Criminologie, Université Catholique de Louvain. 2017.

- Websites

28. Indépendance et Impartialité de L'arbitre: le Devoir de Révéler de L'arbitre Éclipsé. (n.d.). https://jusletter.weblaw.ch/fr/juslissues/2013-/706/_11170.html__ONCE&login=false.
29. Limites de L'obligation de Révélation de L'arbitre : Premières Précisions de la CCIP-CA. (n.d.). Procédure Civile | Dalloz Actualité. https://www.dalloz-actualite.fr/flash/limites-de-l-obligation-de-revelati-on-de-l-arbitre-premieres-precisions-de-ccip-ca.
30. Loyauté et impartialité de l'arbitre, colloque loyauté et impartialité en droit des affaires | La base Lextenso. (n.d.). https://www.labase-lextenso.fr/gazette-du-palais/GP20120524004.

31. Obligation de révélation de l’arbitre et obligation de s’informer à la charge des parties : un équilibre encore perfectible. (n.d.). Arbitrage - Médiation - Conciliation | Dalloz Actualité. https://www.dalloz-actualite.fr/flash/obligation-de-revelation-de-l-arbitre-et-obligation-de-s-informer-charge-des-parties-un-equili.

Table of Contents

1. Proportionality of Shariah Forbidden Transactions with Legally Prohibited Transactions in Terms of Obligation and Status

Ali Khosravi; Hossein Naseri Moghadam; Seyyed Mohammad Hadi Ghaboli Dorafshan..... 1-28

2. A Comparative Study of the Right to Water for Prisoners and Detainees in Light of the Jurisprudence of the European and Inter-American Courts of Human Rights

Hourieh Dordani Haghighi; Hadi Salehi; Aghil Mohammadi..... 29-59

3. Updated Rules of Maritime Privilege and Mortgage (Comparative Study of Iranian, English, and American Law)

Ali Rezaei; Arezoo Padir..... 61-92

4. The Application of the Theory of Fundamental Breach in Technology Licensing Contracts

Mohammad Hassan Sadeghi Moghadam; Reza Arabzadeh; Azadeh Shams 93-124

5. Study Compensation for Environmental Damage in the Legal Systems of Iran and Turke

Fatemeh Azizzadeh..... 125-157

6. Populist Constitutionalism and the Concept of the Constitution

Fardin Moradkhani 159-196

7. From Integrity to Foundational Structure: Dworkin and Rawls's Justice-Based Approaches to the Constitution in Comparative Public Law

Mehdi Moradi Berelian; Mohammad Ghasm Tangestani 197-225

8. The Scope of the Obligation of the Arbitrator and the Parties to Disclose and Disclose Cases of Conflict of Interest with Emphasis on French Case Law

Jafar Nouri Youshanloui; Sajjad Ghasemi..... 227-264

Journal of

Contemporary Comparative Legal Studies

University of Tabriz

Director: R. Sokuti Nasimi

Editor-in-Chief: E. Shoarian Sattari

Editorial Board

Hamid Abhari	Professor of Mazandaran University
Mohammad Ali Ardebili	Professor, Shahid Beheshti University
Heydar Bagheriasl	Professor, University of Tabriz
Mohammad Reza Pasban	Associate Professor, Allameh Tabataba'i University
Mansour Jabbrai	Associate Professor of Allameh Tabatabai University
Saeed Habiba	Professor, University of Tehran
Abolfath Khaleghi	Associate Professor, Qom University
Mehrab Darabpour	Professor, Shahid Beheshti University
Aahmad Deilami	Associate Professor, Qom University
Mohammad Rasekh	Professor, Shahid Beheshti University
Ismail Rahiminejad	Professor, University of Tabriz
Reza Sokuti Nasimi	Professor, University of Tabriz
Ebrahim Shoarian Sattari	Professor, University of Tabriz
Morteza Shahbazinia	Associate Professor, Tarbiat Modares University
Bijan Abbasi	Associate Professor, University of Tehran
Seyyed Mohammad Taghi Alavi	Professor, University of Tabriz
Hossein Fakhr	Associate Professor, University of Tabriz
Hassan Mohseni	Professor, University of Tehran
Mohammad Reza Mojtehedi	Professor, University of Tabriz
Pejman Mohammadi	Professor of Shahid Chamran University of Ahvaz
Sam Mohammadi	Professor of Mazandaran University

Persian Editor: Mandana Nematnezhad

English Editor (Legal expertise): Hilda Banan

Executive Manager: Abbas Yeganeh

Typist: Shirin Zamani

Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, 29 Bahman Blvd., Tabriz, Zip Code: 5166616471, Iran

E-mail: law@tabrizu.ac.ir

Tel: 041-33392262 Fax: 041-33356013

University of Tabriz

Journal of

Contemporary Comparative Legal Studies

Year. 16 - No. 39

Summer 2025

Contemporary Comparative Legal Studies

Year. 16, No. 39, Summer 2025

- Proportionality of Shariah Forbidden Transactions with Legally Prohibited Transactions in Terms of Obligation and Status
  Ali Khosravi; Hossein Naseri Moghadam; Seyyed Mohammad Hadi Ghaboli Dorafshan
- A Comparative Study of the Right to Water for Prisoners and Detainees in Light of the Jurisprudence of the European and Inter-American Courts of Human Rights
  Hourieh Dordani Haghighi; Hadi Salehi; Aghil Mohammadi
- Updated Rules of Maritime Privilege and Mortgage (Comparative Study of Iranian, English, and American Law)
  Ali Rezaei; Arezoo Padir
- The Application of the Theory of Fundamental Breach in Technology Licensing Contracts
  Mohammad Hassan Sadeghi Moghadam; Reza Arabzadeh; Azadeh Shams
- Study Compensation for Environmental Damage in the Legal Systems of Iran and Turke
  Fatemeh Azizzadeh
- Populist Constitutionalism and the Concept of the Constitution
  Fardin Moradkhani
- From Integrity to Foundational Structure: Dworkin and Rawls's Justice-Based Approaches to the Constitution in Comparative Public Law
  Mehdi Moradi Berelian; Mohammad Ghasm Tangestani
- The Scope of the Obligation of the Arbitrator and the Parties to Disclose and Disclose Cases of Conflict of Interest with Emphasis on French Case Law
  Jafar Nouri Youshanloui; Sajjad Ghasemi