



# FRL

The Fundamental Researches in Law

## پژوهش‌های بنیادین در حقوق

FRL

The Fundamental Researches in Law

پژوهش‌های بنیادین در حقوق

۵

اولین نشریه علمی / تخصصی حقوقی دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان

شماره پنجم - پائیز ۱۴۰۳

### ■ عناوین مقالات:

- ۱- التزام به صلح و تقلیل مخاصمات بین المللی ملازمه ایجاب عدالت اقلیمی  
شباب جهانبین، علی فقیه حبیبی، علی محمدی، شیرین شیرازیان، هادی کیادلیری
- ۲- عدالت جنسیتی و تفاوت های جنسیتی زن و مرد در امور کیفری  
مرتضی عبدزاده، وحید نکونام، نغمه فرهود
- ۳- پاسخ جمهوری اسلامی ایران به تجاوزات رژیم صهیونیستی  
دکتر خسرو وفائی، فرشته عبدالرحیمی
- ۴- بررسی شرایط داورى در رسیدگی به اختلافات خانوادگی و شیوه های جایگزین  
حل و فصل اختلاف از منظر فقهی  
مسعود باقری، سمیرا تاج خراسانی
- ۵- واکاوی نحوه امکان‌پذیری تنظیم‌گری و شکل‌گرایی حقوقی تعزیر پزشکی  
سید عیسی موسوی، حسن حیدری، هرمز اسدی کوه باد
- ۶- امکان‌سنجی حقوقی پیوستن گواتمالا به توافق نامه اسکازو  
محمد رضا جودی وش، پونه طبیب زاده
- ۷- شیوه‌های حمایت از طرف ضعیف در قراردادهای تجاری در نظام حقوقی ایران و  
فرانسه  
جمشید میرزائی، حمیدرضا قربانی امنیه

# ISLAMIC AZAD UNIVERSITY OF RAFSANJAN

1- Committing to peace and reducing international conflicts is a requirement of climate justice

Shabab Jahanbin, Ali Faqih Habibi, Ali Mohammadi, Shirin Shirazian, Hadi Kiadeliri

2- Gender justice and gender differences between men and women in criminal matters

Morteza Abdzadeh, Vahid Nekonam, Nagheme Farhoud

3- The response of the Islamic Republic of Iran to the aggression of the Zionist regime

Dr. Khosro Vafai, Fereshte Abdur Rahimi

4- Examining the conditions of arbitration in dealing with family disputes and alternative methods of dispute resolution from a jurisprudential perspective

Massoud Bagheri, Samira Taj Khorasani

5- Analyzing the possibility of regulation and legal formalism of doctor's punishment

Seyed Eisa Mousavi, Hassan Heydari, Hormoz Asadi Kouh Bad

6- The legal feasibility of Guatemala joining the Escazu Agreement

Mohammadreza Jodivash, Pune Tabibzadeh

7- The methods of supporting the weak party in commercial contracts in the legal system of Iran and France

Jamshid Mirzaei, Hamidreza Ghorbani Amnieh

# FRL

پژوهش های بنیادین در حقوق

The Fundamental Researches in Law



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# پژوهش های بنیادین در حقوق

دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان

FRL

The Fundamental Researches in Law

شماره پنجم / پائیز ۱۴۰۳

# پژوهش های بنیادین در حقوق

صاحب امتیاز

دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان

مدیر مسئول

دکتر پونه طبیب زاده استادیار حقوق بین الملل دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان

سر دبیر

دکتر محمود قیوم زاده خرائقی استاد هیات، کلام اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد ساوه

مدیر داخلی

مهندس سید مصطفی ترابی راد - مربی کامپیوتر (نرم افزار)

ویراستار

محمدحسین پورمحمدعلی

اعضای هیئت تحریریه:

حسین میرمحمدصادقی استاد حقوق جزا و حقوق قراردادها دانشگاه شهید بهشتی

امیرحمزه سالارزائی استاد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان

حسین احمری دانشیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد

سیدحسن وحدتی شبیری دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی

مهدی عباسی سرمدی دانشیار حقوق بین الملل دانشگاه خوارزمی

محمدرضا کاظمی گلوردی استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد

سید مهدی احمدی موسوی استادیار حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان

طرح روی جلد: خانم معصومه خان محمدی

صفحه آرا: محمدحسین پورمحمدعلی

نشانی: رفسنجان بلوار ولایت ، دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان ، دانشکده حقوق و علوم سیاسی،

کد پستی: ۷۷۱۸۱۸۴۴۸۳

تلفن: ۰۳۴-۳۴۳۲۳۰۹۱

همراه: ۰۹۱۳۳۹۱۲۸۳۷

پست الکترونیک: [rafsanjan.jfrrl@gmail.com](mailto:rafsanjan.jfrrl@gmail.com)

## اصول و راهنمای نگارش مقالات

- مقاله باید نتیجه تحقیقات نویسنده/ نویسندگان باشد.
- مقاله نباید در نشریه دیگری منتشر شده باشد و تا اتمام داوری نیز نباید به مجله دیگری فرستاده شود.
- مسئولیت مطالب و محتوای مقاله برعهده نویسنده مسئول است.
- مقاله نباید از ۱۵ صفحه کمتر و از ۲۵ صفحه بیشتر باشد و تعداد واژگان مقاله حداکثر ۸۰۰۰ واژه باشد.
- مقاله باید مطابق با راهنمای تدوین مقاله بر صفحه کاغذ (A۴)، با قلم B Lotus شماره (۱۳) فاصله بین خطوط در چکیده (۱)، در متن (۱/۱۵)، فونت نگارش در زیرنویس ها (۹) و در محیط واژه‌پرداز (word) نوشته شده باشد.
- متون و واژه های انگلیسی با فونت Times new roman شماره ۱۱ نوشته شود.
- نام کامل نویسنده یا نویسندگان، مرتبه علمی، دانشگاه محل تدریس یا تحصیل، رشته تحصیلی، ایمیل، شماره همراه و نشانی پستی نویسنده باید در صفحه جداگانه ای ضمیمه شود.
- ارسال مقاله تنها از طریق سامانه فصلنامه پژوهش های بنیادین در حقوق به نشانی زیر امکان پذیر است. (برای این کار ابتدا باید از طریق گزینه "ورود به سامانه" در سامانه مذکور ثبت نام کنید).

(<https://sanad.iau.ir/journal/jfrrl>)

## فهرست عناوین مقالات

- ۱-التزام به صلح و تقلیل مخاصمات بین المللی ملازمه ایجاب عدالت اقلیمی  
شباب جهانبین، علی فقیه حبیبی، علی محمدی، شیرین شیرازیان، هادی کیادلیری
- ۲- عدالت جنسیتی و تفاوت های جنسیتی زن و مرد در امور کیفری  
مرتضی عبدالزاده، وحید نکونام، نغمه فرهود
- ۳- پاسخ جمهوری اسلامی ایران به تجاوزات رژیم صهیونیستی  
دکتر خسرو وفائی، فرشته عبدالرحیمی
- ۴- بررسی شرایط داوری در رسیدگی به اختلافات خانوادگی و شیوه های  
جایگزین حل و فصل اختلاف از منظر فقهی  
مسعودباقری، سمیرا تاج خراسانی
- ۵- واکاوی نحوه امکان‌پذیری تنظیم‌گری و شکل‌گرایی حقوقی تعزیر پزشکی  
سیدعیسی موسوی، حسن حیدری، هرمز اسدی کوه باد
- ۶- امکان‌سنجی حقوقی پیوستن گواتمالا به توافق‌نامه اسکازو  
محمدرضا جودی وش، پونه طیب زاده
- ۷- شیوه‌های حمایت از طرف ضعیف در قراردادهای تجاری در نظام حقوقی  
ایران و فرانسه  
جمشید میرزائی، حمیدرضا قربانی امنیه

## Commitment to Peace and Reduction of International Conflicts: A Prerequisite for Climate Justice

Shabab Jahanbin<sup>1</sup>, Ali Faqih Habibi<sup>2</sup>, Ali Mohammadi<sup>3</sup>, Shirin Shirazian<sup>4</sup>, Hadi Kiadeliri<sup>5</sup>

**Submission Date: 10 November 2024 | Acceptance Date: 19 November 2024**

### **Abstract:**

The emergence of disruptive consequences from climate change reflects the intensification of climate instability across vast regions of the Earth. This study aims to analyze the interconnection between international conflicts and the increasing neglect of obligations under climate treaties. Furthermore, it asserts that the commitment to peace by international law subjects facilitates the promotion, synergy, and realization of climate justice. Developing mechanisms rooted in climate justice can provide an effective and equitable pathway to uphold the right to a stable climate for all states and subjects of international law.

From this perspective, the study is conducted in three research phases to achieve its goals, utilizing both a review of climate law literature and expert surveys. The findings indicate that the occurrence of international conflicts and the lack of peace among international actors in recent years have significantly impeded the success of climate treaties and the implementation of climate justice. The commitment to implementing mitigation and adaptation mechanisms, alongside focusing on peace and the legislative formulation of climate justice, is recognized as a sound and impactful framework for reducing the risks associated with climate change.

**Keywords:** Climate Justice, International Environmental Law, Peace, International Conflicts, Climate Change





## التزام به صلح و تقلیل مخاصمات بین المللی ملازمه ایجاب عدالت اقلیمی

شباب جهانین<sup>۱</sup>، علی فقیه حبیبی<sup>۲</sup>، علی محمدی<sup>۳</sup>، شیرین شیرازیان<sup>۴</sup>، هادی کیادلیری<sup>۵</sup>

تاریخ ارسال: ۱۹ / ۸ / ۱۴۰۳ تاریخ پذیرش: ۲۹ / ۸ / ۱۴۰۳

### چکیده:

پیدایش پیامدهای منغص کننده تغییرات آب و هوایی، تجلی تشدید ناپایداری اقلیمی در گستره وسیعی از کره زمین می باشد. این مطالعه با هدف تجزیه و تحلیل پیوستگی مقوله مخاصمات بین الملل در استکثار اسقاط تکالیف معاهدات آب و هوایی به انجام رسیده است. علاوه بر آن، تقریر می شود که، اقتضا به صلح از سوی تابعان حقوق بین الملل موجبات ایجاب، هم افزایی و احقاق عدالت اقلیمی را میسر خواهد بود. توسعه ساز و کارهای مبتنی بر عدالت اقلیمی خواهد توانست کارراه ای اثربخش و عادلانه در احقاق حق بر داشتن اقلیم پایدار برای کلیه دولت ها و تابعان حقوق بین الملل باشد. از همین منظر، این مطالعه در سه فاز تحقیقاتی برای اکتساب به نتایج و اهداف متعالی شده، در معیت بررسی متون حقوق آب و هوایی از نظرسنجی خبرگان نیز بهره گیری بایسته به عمل آورده است. در نتایج تحقیق، استنتاج شد که وقوع مخاصمات بین المللی و فقدان احقاق مقوله صلح میان تابعان بین المللی در سال های اخیر، از تاثیرگذاری بالایی در عدم توفیق معاهدات آب و هوایی و پیاده سازی عدالت اقلیمی برخوردار می باشد. التزام به پیاده سازی ساز و کارهای کاهش و سازگاری در معیت تمرکززایی بر صلح و تقنین گذاری بایسته عدالت اقلیمی، از ساختارهای مستدل و تاثیرگذار در تفریق مخاطرات تغییرات آب و هوایی محسوب می شود.

**واژگان کلیدی:** عدالت اقلیمی، حقوق بین الملل محیط زیست، صلح، مخاصمات بین المللی، تغییرات آب و هوایی

۱. دانشجو مقطع دکتری حقوق محیط زیست، گروه مدیریت محیط زیست، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. رایانامه: shabab.jahanbin@srbiau.ac.ir

۲. دانشیار گروه حقوق، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)، رایانامه: a\_faghih@azad.ac.ir (نویسنده مسئول)

۳. استادیار گروه مدیریت محیط زیست، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، رایانامه: ali\_mohamadi@srbiau.ac.ir

۴. استادیار گروه مدیریت محیط زیست، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، رایانامه: shirin\_shirazian@srbiau.ac.ir

۵. دانشیار گروه علوم محیط زیست و جنگل، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، رایانامه: h-kiadaliri@srbiau.ac.ir

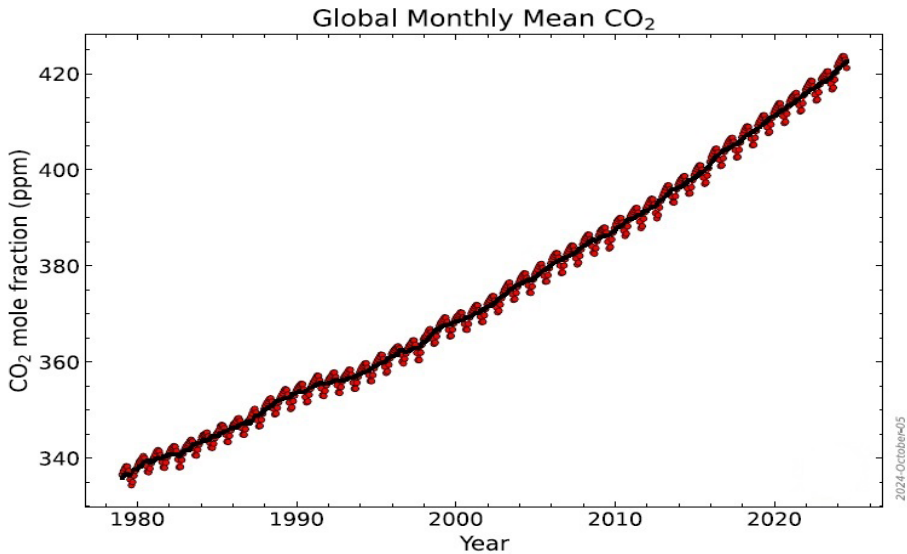
در دهه های اخیر، بازتاب وقوع چالش های فزاینده و منغص کننده ذیربط با رخداد تغییرات آب و هوایی از جمله گرم شدن کره زمین، آشفستگی در پایداری اقلیمی و تشدید آلودگی های زیست محیطی وجود داشته است، که نگرانی های جهانی را در مورد ضرورت حفاظت از منابع طبیعی و محیط زیست را به خود معطوف نموده است. در همین راستا، همه تابعان حقوق بین الملل در مقابله با روند افزایش دمای جهانی به کمتر از ۲ درجه سانتیگراد، با فشار جدال برانگیز و قابل توجهی روبرو شده اند.<sup>۱۱</sup>

از اینرو، همانطور که اذعان شد، بحران های زیست محیطی از نگرانی های مشترک بشریت و جامعه بین الملل محسوب می شود، که برون رفت از پیامدهای منغص کننده آن، نیازمند همکاری همه تابعان حقوق بین الملل می باشد. از زمان شروع انقلاب صنعتی، انتشار گازهای گلخانه ای ناشی از فعالیت های انسانی به طور قابل توجهی افزایش یافته است. اگرچه تغییرات آب و هوایی طبیعی به صورت طبیعی در حال وقوع می باشد، اما عوامل ناشی از انسان ساخت، موجبات تشدید تغییرات آب و هوایی و تبدیل آن به یک بحران گسترده در سطح جامعه بین المللی را ایجاد نموده است.<sup>۱۲</sup> از طرفی، در طول سالیان گذشته و در قرن اخیر فقدان هم راستایی کارآمد در روابط بین المللی تابعان حقوق بین الملل برای مقابله با بحران تغییرات آب و هوایی، موجبات تشدید رخداد بی عدالتی زیست محیطی، زمینه های تکوین بحران های منطقه ای و جهانی در سطح گسترده در جامعه بین المللی شده است، زیرا که، تا مدت زمان طولانی رابطه میان تولید، مصارف انرژی و انتشار آلاینده های زیست محیطی در حقوق بین الملل محیط زیست نادیده گرفته می شد. برون رفت از بحران تغییرات آب و هوایی، نیازمند اهتمام به نگرانی مشترک جامعه جهانی و توسعه روابط بین المللی و تحکیم همکاری های منطقه ای ذینفع با این مقوله، می باشد. این در حالی است که، استکثار مقوله وقوع مخاصمات بین المللی، پیامدهای مخرب قابل توجهی بر ناپایداری در محیط زیست و تشدید پیامدهای برخاسته از تغییرات آب و هوایی را به به وجود آورده است، به صورت اجمالی از مصادیق این پیامدها می توان به تغییر در نشر و نمای پوشش گیاهی و کیفیت خاک منطقه اشاره نمود، که ممکن است برای سال های طولانی، مستمر باشد. در واقع، این پیامدها، به نوعی موجبات تشدید ناپایداری اقلیمی را مهیا می نماید، و روند مخرب تغییرات آب و هوایی را تسریع و شتاب زده می نماید.

۱- Hu, G. Yang, J. Li, J. Cheng, X. Feng, C. (۲۰۲۴). National climate legislation and policymaking and energy security: International evidence, *Applied Energy* ۳۷۵, War and warming: The effects of climate. (۲۰۲۴). Ko, J. Lee, H.F. Leung, C.K. ۲- Innovation and (۲۰۲۰-۱۹۹۵) change on military conflicts in developing countries (۴)۳, Green Development

سازمان ملل متحد در خصوص حفاظت از محیط زیست در ارتباط با مخاصمات مسلحانه همواره به احصای اصول و مفاهیم حقوق بین الملل محیط زیست از جمله مفهوم توسعه پایدار، اصل پیشگیری، اصل احتیاط، اصل پرداخت توسط آلوده کننده متذکر می شود. از همین منظر، کمیسیون حقوق بین الملل در خصوص آثار مخاصمات مسلحانه بر محیط زیست تحت عنوان ملاحظات زیست محیطی اذعان می نماید که ملاحظات زیست محیطی باید هنگام اعمال فعالیت نظامی مورد اهتمام واقع گردد، اما در حال حاضر، جامعه جهانی شاهد بی توجهی به این موضوع و افزایش وقوع مخاصمات مسلحانه در نقاط مختلف کره زمین از جمله منطقه خاورمیانه، دریای سرخ، اوکراین به سبب توسعه نابخردانه رویکردهای خصمانه در سطح جامعه بین الملل شده است، که از رویدادهای منغض کننده آن، طی چندین سال اخیر، تبدیل بحران تغییرات آب و هوایی به یک تهدید بزرگ برای سیستم های طبیعی و انسانی قابل اقرار است، بطوریکه، وقوع مکرر مهاجرت های اجباری، تشدید اثرات نامطلوب بر سلامتی جوامع، از مصادیق بارز پیامدهای برخواسته از آن محسوب می شوند.<sup>۱۱</sup> تحقیقات دانشگاه اوتارا مالزی در سال ۲۰۲۴ تصدیق می نماید که جامعه جهانی در انجام مجموعه اقدامات تاثیرگذار برای دستیابی به پایداری اقلیمی و اهداف توسعه پایدار ناکام است و از توفیق لازم برخوردار نبوده است.<sup>۱۲</sup> اداره ملی اقیانوس شناسی و جوی امریکا یا NOAA در نمودار تحلیل میزان انتشار گاز دی اکسید کربن از سال ۱۹۸۰ تاکنون را یک روند افزایشی ثبت نموده است. که تصدیق کم توجهی و عدم توفیق معاهدات و مذاکرات بین المللی در حوزه مقابله با تغییرات آب و هوایی محسوب می شود.<sup>۱۳</sup>

۱- Local sources of vulnerability to climate change and armed conflicts in East Africa, *Journal of Environmental Management*, ۲۰۲۴, ۱۲۰:۴۰۳. DOI: 10.1016/j.jenvman.2024.120403.  
 ۲- Impacts of climate change in post-conflict Somalia: Is the Agenda for SDGs endangered, *World Development Perspectives* ۲۰۲۰, ۱۰:۱۰۱. DOI: 10.1016/j.wdp.2024.100598.  
 ۳- NOAA. Trends in atmospheric Carbon Dioxide (CO<sub>2</sub>). <https://gml.noaa.gov/ccgg/trends/global.html>



شکل شماره (۱) میانگین نرخ رشد سالانه دی اکسید کربن در سطح جهانی (نوا، ۲۰۲۴)

### ۱. طرح مسئله:

در تاویل بیان مسئله این تحقیق در خصوص ارتباط مقوله مقابله تغییرات آب و هوایی با حقوق و لزوم تحکیم روابط تابعان بین الملل ذینفع آن، می توان اذعان نمود، که تغییرات آب و هوایی از سه منظر اسباب نابرابری های جوامع انسانی در بهره برداری از منابع انرژی، تحمیل بازتاب های برخواسته از بحران تغییرات آب و هوایی بر جوامع توسعه یافته و در حال توسعه و ملاحظه سیاست گذاری های ناعادله، مسئله ای مربوط به عدالت محسوب می شود.

دانشمندان و سیاست گذاران به طور فزاینده ای عدالت اقلیمی را به عنوان یک استراتژی حیاتی برای پرداختن به پیامدهای تغییرات آب و هوا مشخص می نمایند. تمرکززایی بر این رویکرد، تضمینی برای اکتساب ثبات اقلیمی و احقاق حق بر داشتن اقلیمی پایدار محسوب می شود. در تصدیق این مسئله قابل تصریح است که جامعه جهانی در رخدادهای جهانی از جمله همه گیری کووید نوزده، مدیریت پسماندهای خطرناک، نیاز به ایجاد همبستگی و یکپارچه سازی فعالیت های مقابله با بحران در سطح همه تابعان بین الملل درک نمود، و اینکه برای گذار از بحران های در حال وقوع در سطح گسترده

جهانی، نیازمند تقویت روابط بین المللی عادلانه مابین کلیه تابعان بین الملل می باشد<sup>۱۱</sup>. از اینرو، این مطالعه در پاسخ به این سوال که «استکثار مکرر مخاصمات بین المللی در نقاط مختلف کره زمین به چه میزان موجبات عدم توفیق تکالیف معاهدات آب و هوایی و اتلاف عدالت اقلیمی را ایجاد نموده است؟»، برای مقابله با بحران تغییرات آب و هوایی، «ضرورت التزام به صلح و تقلیل مخاصمات مابین تابعان بین الملل را ملازمه ایجاب و جاری سازی عادلانه حق بر داشتن اقلیم پایدار هدف گذاری می نماید».

مخاصمات بین المللی همواره رابطه ای دو سویه با بحران تغییرات آب و هوایی دارد. از یک منظر، عدم صلح و استکثار مخاصمات بین المللی، موجبات کم توجهی به تکالیف معاهدات آب و هوایی می شود، و از منظر دیگر، تشدید پیامدهای برخاسته از این بحران جهانی، سبب ناپایداری اقلیمی و تشدید منازعه بر دسترسی به منابع طبیعی و منابع انرژی خواهد شد. از همین منظر، ادبیات صلح زیست محیطی<sup>۱۲</sup> تقریر می نماید تقویت و تمرکز سازی بر همکاری های زیست محیطی در روابط بین الملل تابعان حقوق بین الملل، زمینه سازی قابل توجهی را برای جلوگیری از درگیری های خشونت آمیز<sup>۱۳</sup> مهیا خواهد نمود. توسعه این رویه خواهد توانست بستری معنی دار و ارزشمند را در کاهش تهدید بحران های زیست محیطی از جمله بحران تغییرات آب و هوایی ایجاد کند. از اینرو می توان اذعان نمود، که صلح انعطاف پذیر آب و هوایی<sup>۱۴</sup> بر اهمیت انعطاف پذیری برنامه های آب و هوایی برای ترویج صلح پایدار<sup>۱۵</sup> برای ملت ها و جوامع تاکید می نماید، و پتانسیل لازم برای نزدیکی نمادین میان دولت ها را مستعد خواهد نمود<sup>۱۶</sup>.

## ۲. مبانی نظری:

در حوزه حقوق بین الملل، قریب به سه دهه است که اهتمام جامعه بین الملل به بحران تغییرات آب و هوایی متمرکز شده است. از همین منظر، در نظام حقوق بین الملل، سازمان ملل متحد به عنوان یکی از بازیگران اصلی و حایز اهمیت در رویداد مقابله با

۱-<sup>۱</sup>. Hossain, M.A. Ferdous, N. Ferdous, E. (2024). Crisis-driven disruptions in global waste management: Impacts, challenges and policy responses amid COVID-19, Russia-Ukraine war, climate change, and colossal food waste, *Environmental Challenges*, 14(7). DOI:10.1016/j.envc.2023.100807

۲-<sup>۲</sup>. Environmental peacebuilding

۳-<sup>۳</sup>. Violent conflict

۴-<sup>۴</sup>. Climate Resilient Peace

۵-<sup>۵</sup>. Sustainable peace

۶-<sup>۶</sup>. Sommer, U. Fassbender, F. (2024). Environmental Peacebuilding: Moving beyond resolving Violence-Ridden conflicts to sustaining peace, *World Development*, 178(c). DOI: 10.1016/j.worlddev.2024.106555

بحران تغییرات آب و هوایی، محسوب می گردد. در واقع سازمان ملل متحد، از طریق تاسیس کنوانسیون چارچوبی تغییرات آب و هوایی و در پی آن هیئت بین الدولتی تغییرات آب و هوایی، با اجتماع و همسوسازی اندیشمندان و سیاست گذاران بین المللی و ملی، نسبت به برجسته نمودن رخداد پیامدهای تغییرات آب و هوایی و لزوم تکوین برنامه های بهبود تدقیق شده، اقدام می نماید. اما، علیرغم سیر گسترده تمهیدات حقوقی که در عرصه حقوق بین الملل، در انسجام سازی روابط بین المللی به منظور مقابله با تغییرات اقلیمی پیش بینی شده است. این تمهیدات از کاستی ها و نواقص و خلاء های قابل توجهی در مرتفع نمودن پیامدهای این بحران، رنج می برد، که دستیابی آنها را به اهداف ترسیم شده با دشواری و ابهام مواجه ساخته است. تحقیقات دانشکده حقوق و علوم اجتماعی دانشگاه بانگور بریتانیا در سال ۲۰۲۴ مشخص نموده است، که کنوانسیون چارچوب تغییر آب و هوایی از اثرات مخرب انتشار گازهای گلخانه ای بر اکوسیستم های کره زمین جلوگیری نمی کند<sup>۱۳</sup>. علی ایحال، این در حالی است که تابعان بین الملل و دولت ها در اکثر نقاط جهان به ظاهر در حوزه مقابله با تغییرات اقلیمی تلاش می کنند، و اقدامات جاری سازی شده، بسیار اندک و با تاخیر در حال انجام می باشند.

تشدید و گسترش مقوله فقر و مهاجرت های ناخواسته و تحمیل شده ناشی از عدم احقاق حق برخورداری از یک اقلیم پایدار و جابجایی اجباری جمعیت های انسانی به سمت سرزمین هایی با داشتن شرایط اقلیمی متناسب، از جمله پیامدهای قابل توجه و بارز در حال وقوع از منظر حقوق بشر می باشد. این رویدادها، اظهار به عدم توفیق نشست های آب و هوایی است. از اینرو، مقابله با تغییرات آب و هوایی و تحقق حق برخورداری از یک اقلیم پایدار نیازمند جاری سازی ساز و کارهای عدالت اقلیمی و استکثار مقوله صلح برای تکوین اجتماعی هدفمند در روابط بین المللی جامعه جهانی خواهد بود. هیئت بین دولتی تغییرات آب و هوایی یا IPCC<sup>۲۴</sup> هشدار داده است، که تشدید انتشار آلودگی های زیست محیطی ناشی از فعالیت های نابخردانه انسان و بالاخص مخاصمات بین المللی، باعث مشددسازی رویدادهای غیر قابل تحمل آب و هوایی مانند تصاعد امواج گرما، وقوع باران های سیل آسا، خشکسالی و طوفان های استوایی شده است. این رخدادها، موجبات کمبود منابع طبیعی و وقوع اختلافات ژئوپلیتیکی بین دولت ها و حتی مناطق ایالتی و استانی درون دولتها شده است، زیرا تاکنون تفکر اندیشمندانه یکپارچه ای برای مدیریت منابع انرژی و گذار از بحران سوخت های فسیلی از سوی تابعان بین الملل به عرصه عملیاتی کارآمد تبدیل نشده است. این در حالی است که، بواسطه تشدید تنش های بین المللی و کم توجهی به مقوله صلح، انتشار گازهای گلخانه ای ناشی از فعالیت

۱-<sup>۳</sup> . Roberts, H.(2024) . Chapter 17 - Climate change and the Law of the Sea Convention, Living with Climate Change, 343-357

۲-<sup>۴</sup> . Intergovernmental Panel on Climate Change

های اقتصادی جهانی در یک فضای رقابتی ناعادلانه، باعث شده است، که سطح دی اکسید کربن جو پنجاه درصد افزایش یابد، که به موجبات تشدید آسیب پذیری اقلیمی شده است.<sup>۱۱</sup>

در تاویلی ساده صلح عبارت است از احترام به حقوق بشر و عدالت و پرهیز از خشونت در روابط بین المللی اعم از خشونت ساختاری یا خشونت مستقیم که علاوه بر جنگ و نزاع، شامل بی عدالتی، فقر، توسعه نیافتگی، آسیب به محیط زیست می شود. مقوله صلح زیربنایی برای دستیابی به همکاری و همبستگی بین المللی محسوب می گردد، و رهیافتی در جهت پایداری نظام بین المللی می باشد. از همین منظر، رابطه صلح و احقاق عدالت اقلیمی برای مقابله با تغییرات اقلیمی نیازمند یک همبستگی عملیاتی جهانی می باشد از پیامدهای متفاوت تغییرات آب و هوایی در حوزه های مختلف، کمبود منابع می باشد که زمینه ساز و تکوین کننده بستر وقوع مخاصمات، در سطح داخلی و بین المللی را فراهم می آورد. این پیامدها تأثیرات متفاوتی بر روی دولت ها و تابعان حقوق بین الملل به ارمغان خواهد داشت. این درحالی است، که در سالیان اخیر رخداد جنگ در مناطق مختلف کره زمین، موجبات کم توجهی به پیاده سازی مقوله عدالت اقلیمی و برون رفت از وقوع مخاصمات ناخواسته ناشی از پیامدهای تغییرات آب و هوایی شده است. در همین راستا، استدلال محققان بین المللی تغییرات آب و هوایی در سال ۲۰۲۴، این است که تشدید پیامدهای برخاسته از بحران تغییرات اقلیمی، موجبات افزایش خشونت و تعارض به منابع طبیعی و منابع سرزمینی را در میان تابعان حقوق بین الملل و دولت ها ایجاد نموده است.<sup>۲۲</sup> گروه جامعه شناسی دانشگاه ژوهانسبورگ آفریقای جنوبی در سال ۲۰۲۳ تأکید می نماید که درگیری های منجر به تخریب محیط زیست و مدیریت ضعیف پیامدهای برخاسته از آن، یکی از بزرگترین چالش هایی است که نسل بشر با آن مواجه است. با وجود اینکه برنامه محیط زیست ملل متحد یا UNEP<sup>۳۳</sup> و چندین پروتکل بین المللی، اعلامیه هایی که از تخریب محیط زیست توسط دولت ها و کلیه تابعان حقوق بین الملل جلوگیری می کند، را مدون و اعلام نموده اند، ولی همچنان این نگرانی در خصوص افزایش تخریب محیط زیست و کاهش منابع طبیعی و افزایش تشنج و وقوع درگیری های سرسختانه برای دستیابی منابع وجود دارد. از همین منظر لزوم انطباق برنامه های اقتصادی در سطح جامعه بین الملل از طریق تدوین و توجه به قوانین و مقررات

۱-<sup>۱</sup>. Alam, A. Banna, H. Alam, A.W. Bhuiyan, Md.B.U. Mokhtar, N.B. (2024). Climate change and geopolitical conflicts: The role of ESG readiness, *Journal of Environmental Management*, 353(1). DOI:10.1016/j.jenvman.2024.120284

۲-<sup>۲</sup>. Raleigh, C. Linke, A. Barrett, S. Kazemi, E. (2024). Climate finance and conflict: adaptation amid instability, *The Lancet Planetary Health*, 8(1), e51-e60. DOI:10.1016/S2542-5196(23)00256-5

United Nations Environment Programme .<sup>۳</sup>-۳

برای ایجاد صلح پایدار و امنیت انسانی<sup>۱۱</sup> برای گذار از پیامدهای منغض کننده ناشی از بحران های زیست محیطی و ایجاد پایداری زیست محیطی، قابل ملازمه می باشد<sup>۲۲</sup>. در شرایط کنونی، بحران تغییرات آب و هوایی و سایر اشکال دگرگونی های بی سابقه جهانی نظیر وقوع جنگ و بهره کشی های نابخردانه از منابع طبیعی از سوی طرف های متخاصم، موجبات افزایش بی ثباتی در حوزه های اقتصاد، منابع طبیعی و منابع انرژی در جامعه بین الملل شده است. این درحالی است که پیاده سازی طرح های پایداری زیست محیطی از طریق تخصیص بودجه های متناسب و قابل توجه از طریق تمرکز زایی بر توسعه مذاکرات صلح<sup>۳۳</sup> امکان پذیر خواهد بود. افزایش تاثیرگذاری عملکرد زیست محیطی به ویژه در مورد کیفیت آب و هوا و بهداشت سالم با مقوله صلح از ارتباطی معنی دار و نزدیک با یکدیگر برخوردار می باشند، که این رویکرد از طریق ایجاد کارراهه های عادلانه در توزیع عادلانه منابع محقق خواهد شد<sup>۴۴</sup>.

### ۳. ادبیات پژوهش:

دپارتمان تغییر اقلیم و توسعه پایدار دانشگاه لیسبون پرتغال در سال ۲۰۲۴ در ضرورت اهمیت اهتمام به پیامدهای تغییرات اقلیمی، به بررسی رابطه متقابل بین عدالت اقلیمی و مهاجرت<sup>۵۵</sup> پرداخته است. مقوله مهاجرت ناشی از بحران تغییرات آب و هوایی، سوالات مربوط به عدالت را برمی انگیزد؛ که آن کشورهایی که مسئولیت تغییرات آب و هوایی را بر عهده دارند، باید نسبت به آن پاسخگو باشند. در حال حاضر گفتگوهای مربوط به عدالت آب و هوا برای مقابله با پیامدهای ناگوار در حال وقوع بسیار کند، بوده است. این مطالعه بر نقش رابطه محرک های زیست محیطی، نظیر افزایش سطح دریا، طوفان ها، سیل ها و فرسایش خاک در افزایش آسیب پذیری اقلیمی و افزایش مهاجرت تأکید می کند. این تجزیه و تحلیل بر تأثیر چند وجهی تغییرات آب و هوایی و عوامل اجتماعی، اقتصادی و سیاسی بر مهاجرت تأکید می کند، که به طور بالقوه موجبات بی عدالتی

۱-<sup>۱</sup> . sustainable peace and human security

۲-<sup>۲</sup> . Bamidele, S. Eramah, N.I. (2023). Environmental degradation and sustainable peace dialogue in the Niger delta region of Nigeria, *Resources Policy*, 80(4). DOI:10.1016/j.resourpol.2022.103274

۳-<sup>۳</sup> . Peace negotiations

۴-<sup>۴</sup> . Simangan, D. Lee, C.Y. Sharifi, A. Candelaria, J.L. Kaneko, S. (2022). A global analysis of interactions between peace and environmental sustainability, *Earth System Governance*, 14(1). DOI:10.1016/j.esg.2022.100152

۵-<sup>۵</sup> . Migration



آب و هوا<sup>۱۱</sup> و جابجایی جمعیت<sup>۱۲</sup> می شود<sup>۱۳</sup>. تحقیقی که در سال ۲۰۲۳ توسط گروه علوم محیطی دانشگاه ویتاوتاس مگنوس در خصوص بحران های بین المللی صورت پذیرفته، تصریح می نماید، که نگرانی در مورد بحران های اصلی مانند جنگ در اوکراین و تأثیر تغییرات آب و هوایی بر رفتار صرفه جویی در منابع انرژی در وضعیت هشدار و نگرانی وجود دارد. بطوریکه جنگ در اوکراین باعث نا امنی بزرگ در همه کشورهای اتحادیه اروپا بالاخص در کشورهای حوزه بالتیک شده است. در پی آن موجبات تشدید بحران انرژی و افزایش قیمت منابع انرژی برای اقتصادهای کلیه تابعان بین الملل را به همراه خواهد داشت. همچنین، این مطالعه ضمن ضرورت توجه به صلح به عنوان یک راهکار مستمر در مقابله با تغییرات آب و هوایی، تمرکزایی بر ارتقای تولید انرژی از منابع انرژی های تجدید پذیر را به عنوان یکی از ابزارها برای حل بحران انرژی بیان می دارد<sup>۱۴</sup>. در سال ۲۰۲۴ دانشگاه اوبرتادکاتالونیا بارسلون اسپانیا و آزمایشگاه تغییرات جهانی و تحول شهری یا TURBA تحقیقی در خصوص نهادینه سازی و گنجاندن عدالت آب و هوا در برنامه ریزی های ذیربط با مقوله سازگاری به انجام رساند. این تحقیق بیان می دارد، برای کاهش فشار فزاینده ناشی از تغییرات آب و هوایی می بایست برای مقابله با تغییرات اقلیمی از روش های عادلانه و منصفانه<sup>۱۵</sup> بهره گیری به عمل آید. تحقیقات نشان می دهد، که رویکرد برنامه ریزی آب و هوا در سال های اخیر از تمرکز بر فناوری و علم، به تمرکز بر مقوله نگرانی های عدالت<sup>۱۶</sup> و تامین نیازمندی های ساکنان در لزوم سازگاری با تغییرات آب و هوایی، تغییر کرده است. نتایج به دست آمده از این تحقیق، نشان از ضرورت افزایش ادغام برنامه های اقدام آب و هوایی و مقوله عدالت آب و هوا می باشد<sup>۱۷</sup>. در جهان امروز این موضوع مسجل شده که محیط زیست، قربانی خاموش مخاصمات مسلحانه در سراسر جهان شده است. مخاصمات مسلحانه، هر دلیل

۱- Climate injustice.

۲- Population displacement.

۳- Ashrafuzzaman, M. (2024). Chapter 3 - Interrelationship between climate justice and migration: A case of south western coastal region of Bangladesh, *The Role of Tropics in Climate Change, Global Case Studies*, 33-60. DOI:10.1016/B978-0-323-99519-1.02003-2

۴- Liobikiene, G. Matiuk, Y. Krikstolaitis, R. (2023). The concern about main crises such as the Covid-19 pandemic, the war in Ukraine, and climate change»s impact on energy-saving behavior, *Energy Policy*, 180. Doi: 10.1016/j.enpol.2023.113678

۵- Equitable and just ways

۶- Concerns of justice

۷- Strange, K.F. March, H. Satorras, M. (2024), Incorporating climate justice into adaptation planning: The case of San Francisco, *Journal of Cities*, 144. DOI:10.1016/j.cities.2023.104627

یا توجیهی که داشته باشد، خسارات قابل توجهی بر محیط زیست وارد می‌کند. در این راستا حقوق بین‌الملل بشردوستانه فقط در شمار معدودی از مقررات به حمایت از محیط زیست توجه داشته است<sup>۱۸</sup>. بطورکلی، پیامدهای برخاسته از تغییرات آب و هوایی به مقوله های زیست محیطی محدود نمی باشد، و ارتباط این تغییرات با صلح و امنیت بین المللی همواره برقرار می باشد. این موضوع نیازمند به دخالت نظام حقوق بین الملل برای راهبری مقابله با تغییرات آب و هوایی می باشد<sup>۱۹</sup>.

#### ۴- روش بررسی:

این مطالعه با هدف تجزیه و تحلیل رابطه و تاثیرگذاری مقوله مخاصمات بین الملل در استکثار اسقاط تکالیف معاهدات آب و هوایی به انجام رسیده است. علاوه بر آن، تقریر می شود، که اقتضا به صلح از سوی تابعان حقوق بین الملل موجبات ایجاب، هم افزایی و احقاق عدالت اقلیمی را میسر خواهد بود. برای اکتساب به نتایج و اهداف متعالی شده در این تحقیق سه فاز تحقیقاتی و عملیاتی ترسیم شده است.

در فاز نخست، با هدف افزایش آگاهی تیم تحقیق نسبت به مولفه های تحقیق، مطالعه و بررسی متون و سوابق پژوهشی ذیربط با مسئله مخاصمات بین المللی، تغییرات آب و هوایی و عدالت اقلیمی صورت پذیرفت.

در فاز دوم، مصادیق استکثار مکرر مخاصمات بین المللی و اسقاط تکالیف معاهدات آب و هوایی و ائتلاف عدالت اقلیمی تجزیه و تحلیل شده است.

در فاز سوم و نهایی، به ضرورت التزام به صلح و تقلیل رخداد مخاصمات مابین تابعان بین الملل، به عنوان ملازمه ای لازم الایفا در جهت ایجاب و جاری سازی عاده حق بر داشتن اقلیم پایدار برای اکتساب عدالت اقلیمی پرداخته شده است.

در این تحقیق در معیت بررسی متون و اسناد حقوقی، از (۱) نظرسنجی خبرگان و (۲) تکنیک تحلیل سلسله مراتبی AHP جهت پیاده سازی رویکرد تدقیق و کمی سازی شده و تبیین اهمیت مصادیق مورد استقصا، بهره گیری لازم به عمل آمده است. همچنین، برای تعیین حجم جامعه آماری مورد استفاده در این تحقیق برای بهره برداری در پرسشنامه ها و چک لیست ها، از رابطه ویلیام کوکران بهره وری لازم به عمل آمده است. بدین شرح که در محاسبات کوکران با جامعه نامعلوم،  $Z_{\alpha/2}$  با سطح خطای  $\alpha=5\%$  محاسبه و

۱- پیری، حیدر، (۱۴۰۲). شرط زیست محیطی مارتنس و حفاظت از محیط زیست در مخاصمات مسلحانه؛ با تأکید بر اصول پیش نویس ۲۰۱۹ کمیسیون حقوق بین الملل، فصلنامه تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، ۳۷۳-۳۴۹. (۱۰۲)۲۶

۲- بیگ زاده، ابراهیم، افشاری، مریم، (۱۳۹۰)، تغییرات آب و هوایی از امنیت بین المللی تا امنیت انسانی در حقوق بین الملل، فصلنامه تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۴(۱۰۷)

برابر ۹۶/۱ تعیین شده است. از همین منظر، با احتساب میزان خطاء ۰,۱ و انحراف معیار ۰,۵، حداقل جامعه آماری ۹۶ مشخص گردید. علاوه بر آن، قابل ذکر است، که جهت تثبیت اهمیت نظرات ارایه شده، از پاسخ دهندگان در این مطالعه خواسته شده است، که با احتساب مقیاس لیکرت، امتیاز تخصیص داده شود. جامعه پاسخگو در این تحقیق اندیشمندان حوزه های مختلف حقوق محیط زیست، حقوق بین الملل و محیط زیست می باشند. در خصوص اهمیت اسلوب و روش های بکار گرفته شده، در تحقیق می توان تشریح کرد، که فرایند تحلیل سلسله مراتبی AHP یکی از رایج ترین و پذیرفته شده ترین تکنیک های تصمیم گیری چند معیاره می باشد، که برای انتخاب مناسب ترین راه حل از میان گزینه های موجود استفاده می شود. این تکنیک برای رتبه بندی مجموعه ای از گزینه ها و برای انتخاب بهترین گزینه با توجه به یک هدف تدوین شده در مطالعه و معیارهای تعیین شده مورد بهره برداری واقع می شود، و یک چارچوب منطقی برای تصمیم گیری کمی و یافتن گزینه های راه حل ارایه می دهد<sup>۱۱</sup>.

مقیاس لیکرت، یک مقیاس پرسشگرانه و روان سنجی است، که به طور گسترده در تحقیقات مبتنی بر پرسشنامه استفاده می شود. این روش پرکاربردترین روش برای سنجش پاسخ ها در تحقیقات پیمایشی است. داده های جمع آوری شده با استفاده از مقیاس لیکرت از نظر کیفیت و میزان اهمیت مورد ارزیابی واقع می گردند. استخراج اطلاعات مفید از مقیاس لیکرت و حل بحث های تحقیقاتی، موضوعی جذاب و باز در سال های اخیر حوزه های پژوهشی بوده است<sup>۱۲</sup>.

#### ۵- نتایج:

این رویداد کاملاً مسجل شده است، که همواره استیلا بر بحران های جهانی زیست محیطی، نیازمند استناعت همه تابعان حقوق بین الملل به عنوان بازیگران بنیادین در تحکیم سازی روابط بین الملل برای مقابله با بحران می باشد. در همین خصوص، تزاید بیش نسبت به دامنه مقابله با بحران از اهمیت بسزایی برخوردار می باشد. همانطور که اشاره شد، برای مقابله با بحران تغییرات آب و هوایی، از سوی سازمان ملل و سایر سازمان های بین المللی، برنامه های اقدام در قالب تکالیف معاهدات آب و هوایی

۱- A. Pradhan, S. Lahlou, F. Ghiat, I. Bilal, H. McKay, G. Ansari, T. (۲۰۲۴). comprehensive decision-making approach for the application of biochar in agriculture to enhance water security: A GIS-AHP based approach, *Environmental Technology & Innovation*, ۲۰۲۴, ۱۰۳۸۰۱. [j.eti/10.1016:DOI](https://doi.org/10.1016/j.eti.2024.103801)

۲- Anjaria, K. (۲۰۲۲). Knowledge derivation from Likert scale using Z-numbers, *Information Sciences*, ۲۰۲۲, ۰۱, ۰۲۴. [j.ins/10.1016:DOI](https://doi.org/10.1016:DOI.2022-234). ۰۶۰ (۶). ۲۳۴-۲۵۲

تنظیم شده است، که روند منغص کننده افزایش گازهای گلخانه ای، اقرار به عدم توفیق مذاکرات چندجانبه صورت گرفته می باشد.

از منظر این تحقیق برجسته ترین مقوله هایی که موجبات اسقاط تکالیف معاهدات آب و هوایی و اتلاف عدالت اقلیمی شده است، مطابق جدول شماره (۱) مشخص گردید. همچنین مطابق شکل شماره (۲) شصت و پنج درصد مقوله های شناسایی شده برگرفته از رخداد مکرر و متعدد مخاصمات بین المللی بوده است، که تمرکززایی بایسته بر جاری سازی تکالیف آب و هوایی را کم توفیق نموده است.

جدول شماره (۱) مقوله های شناسایی شده مسبب اسقاط تکالیف معاهدات آب و هوایی و اتلاف عدالت اقلیمی

ردیف	مقوله های اتلاف عدالت اقلیمی در سطح جامعه بین الملل	کد ردیابی
۱	تشدید مخاصمات بین المللی در منطقه اقتصادی و استراتژیک خاورمیانه در دهه اخیر	O.T.i 01
۲	وقوع مخاصمات بین المللی در منطقه اقتصادی دریای سرخ در سال ۲۰۲۳	O.T.i 02
۳	وقوع مخاصمات بین المللی در منطقه اوکراین و روسیه از سال ۲۰۲۲ تاکنون	O.T.i 03
۴	تشدید افتراق مابین بازیگران بین الملل در جاری سازی مفاد توافقنامه های صادر شده در مجامع بین المللی	O.T.i 04
۵	یکجانبه گرایی ایجاد بازار اقتصادی پیشرو جهت کشورهای توسعه یافته دارنده تکنولوژی های پاک	O.T.i 05
۶	کم ثباتی تعهد کشورهای توسعه یافته از جمله دولت آمریکا	O.T.i 06

شکل شماره (۲) تجزیه و تحلیل مقوله های اسقاط تکالیف معاهدات آب و هوایی و اتلاف عدالت اقلیمی

### ۱-۵ مخاصمات بین المللی و ناپایداری اقلیمی:

تخریب محیط زیست و اختلال در شرایط پایدار اقلیمی اکوسیستم های طبیعی یک منطقه، از نتایج قابل توجه وقوع مخاصمات و جنگ میان دولت ها و تابعان بین الملل محسوب می شود.

نگاه تدقیق شده به تاریخ وقوع جنگ ها، موید این موضوع است، که متاسفانه طرفین مناقشات به منظور کاستن توان رزمی طرف متقابل، به دفعات مکرر، اقدام به انهدام منابع مواد غذایی، انبارهای محصولات کشاورزی و مسیرهای هدایت منابع آبی و از بین بردن احشام نموده اند. ، آسیب و خسارت زیست محیطی در خلال مخاصمات مسلحانه، نه

تنها بر سلامت و حیات جامعه بشری و تمام موجودات فعلی زیانبار است، بلکه موجبات پتانسیل های تهدید و خطر جدی برای حیات نسل های آینده نیز می باشد. از همین منظر، با نگاهی اجمالی به وقوع مخاصمات و جنگ های اتفاق افتاده، می توان اذعان نمود، که آنچه در جنگ دوم جهانی صورت پذیرفت، و یا اقدامات صربستان در بوسنی در دهه ۱۹۹۰ و تجاوز عراق به خاک کویت که حمله به تاسیسات نفتی این کشور و آلودگی های نفتی گسترده ای را در سطح منطقه به همراه داشت، مصادیق تکوین ناپایداری در اقلیم اکوسیستم های طبیعی و تخریب محیط زیست محسوب می شوند.

وقتی سابقه حمایت از محیط زیست در مخاصمات در عرصه جهانی مورد استقصا واقع می گردد، ملاحظه می شود که پیشینه بهره برداری از واژه محیط زیست در ادبیات حقوق بین الملل تا پیش از تصویب و انعقاد مقاوله نامه الحاقی اول و سایر اسناد مربوط به حقوق بشر دوستانه نظیر کنوانسیون های لاهه و ژنو چندان قابل استنباط نمی باشد، و این متون و اسناد، هیچگونه جانبداری مستقیم و ویژه ای از محیط زیست در جریان رویداد های برخاسته از مخاصمات را انجام نداده اند. این در حالی است، که تنها بعد از تصویب پروتکل های الحاقی به معاهده ژنو بود، که حمایت ویژه و قابل توجهی از محیط زیست در زمان مخاصمات مسلحانه بین المللی به عرصه جدی تری تبدیل شد. از جمله این اسناد و متون عبارت است از سند منشور جهانی طبیعی که در سال ۱۹۸۲ به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسید، و به موجب بند پنج آن، می بایست طبیعت را در برابر صدمات ناشی از جنگ و سایر فعالیت های خصمانه حفظ نمود. علاوه بر آن می توان به تشکیل و تقنین کنوانسیون های لاهه و کنوانسیون ژنو ۱۹۴۹ در این حوزه اشاره کرد. علیرغم این همه تمهیدات حقوقی، همچنان جامعه بین الملل با رویداد در حال تشدید ناپایداری اقلیمی مواجه است. در همین خصوص می توان اذعان نمود که بی ثباتی ژئوپلیتیکی و بحران های امنیتی، افراط گرایی و تروریسم رو به رشد، جنگ و درگیری های جاری از جمله نزاع در منطقه اوکراین، دریای سرخ، خاورمیانه با پیامدهای ویرانگر و منغص کننده ای چون، جابجایی اجباری جمعیت ها، تشدید اختلال در تولید مواد غذایی و ایجاد بازارهای پرهزینه مواجه می باشد. اجتماع همه این پیامدها، زمینه های کاهش تمایل و تفریق اهتمام تابعان بین الملل در احقاق تکالیف برخاسته از مذاکرات آب و هوایی شده است، و زمینه وخامت کیفیت آب و هوایی و ناپایداری اقلیمی را ایجاد کرده است.<sup>۱۱</sup>

۱- Jones, R.F. Jawad. R, Zaki, C. Ismail, G. (۲۰۲۰). Living policy Labs: A case study of collaborative dialogue about social protection to alleviate grievances and facilitate peaceful outcomes in Egypt, *World Development* ۱۸۵. DOI: ۱۰.۱۰۱۶/j.۱۰۲۴,۱۰۶۷۹۰.worlddev

## ۲-۵ یکجانبه گرایی بازارهای اقتصادی و تقلیل همسوسازی روابط بین الملل در احقاق اقلیم پایدار:

عدم ایجاد تعادل در بازارهای اقتصادی و کم توجهی به منافع طرفین، از موجبات بروز مخاصمات مابین دولت ها و تابعان حقوق بین الملل را به همراه خواهد داشت. فقدان اهتمام کشورهای توسعه یافته به منافع کشورهای در حال توسعه در امور مربوط به انتقال فناوری های پاک و تبدیل نمودن کشورهای در حال توسعه به عنوان یک خواستگاه بازار اقتصادی، روح همکاری بین المللی را در روابط بین المللی ذریبط با حوزه مقابله با تغییرات آب و هوایی تضعیف نموده است. از طرفی، وقوع ناترازی و عدم تعادل در بازارهای اقتصادی و کم توجهی به منافع طرفین، از موجبات بروز مخاصمات مابین دولت ها و تابعان حقوق بین الملل شده است. در همین راستا، قابل تذکر است، که مقوله پایداری به معنای استفاده مسئولانه و خردمندانه از منابع طبیعی برای رفع نیازهای حال همه جوامع انسانی است، بدون اینکه توانایی جوامع نسل های آینده برای برآوردن نیازهای خود را با مخاطره مواجه نکند. برای برون رفت از تهدید فزاینده بحران تغییرات آب و هوایی، می توان اذعان نمود که، اهمیت مقوله پایداری فراتر از قلمرو علم و سیاست زیست محیطی است، و با اصول بنیادین مباشرت اخلاقی صلح آمیز، مسئولیت اجتماعی یکپارچه بین المللی و انعطاف پذیری اقتصاد طنین انداز است<sup>۱۱</sup>.

### ۶- بحث و نتیجه گیری:

نتایج تاویل شده در این تحقیق تقریر می نماید، که رخدادهای کنونی برخواسته از مخاصمات بین المللی بالاخص در مناطق اقتصادی کشورهای خاورمیانه، دریای سرخ و اوکراین، موجبات کم توجهی به تکالیف آب و هوایی از سوی کلیه تابعان حقوق بین الملل و تشدید ناپایداری اقلیمی شده است. بدون شک، وقوع مخاصمات تاثیراتی را بر محیط زیست به همراه داشته است، در خصوص این موضوع، می توان به تشدید پیامدهای برخواسته از بکارگیری سلاح های سنگین بر منابع مختلف زیستی متذکر شد. در همین راستا، تقلیل مخاصمات مابین تابعان بین الملل، به عنوان ملازمه ای لازم الایفا در اکتساب عدالت اقلیمی و جاری سازی عاده حق بر داشتن اقلیم پایدار امری ضروری محسوب می شود، و التزام به صلح از سوی تابعان حقوق بین الملل موجبات هم افزایی مقوله عدالت اقلیمی در روابط بین المللی دولت ها برای مقابله با بحران تغییرات آب و هوایی خواهد بود. در واقع زبان و ساختارهای صلح آمیز موجبات ارتباطات باز

۱- N. (۲۰۲۴). Sustainable development goals and environmental performance: exploring the contribution of governance, energy, and growth, *Research in International Business and Finance*

و فراگیر را تقویت می بخشد<sup>۱۲</sup>. از اینرو می بایست همسوسازی رابطه متقابل صلح و محیط زیست در زمان تکوین اسناد بین المللی، به عنوان مقوله ای کارساز، مورد بهره برداری واقع گردد. بنابراین ضرورت اهتمام به صلح به واسطه تحکیم روابط بین المللی، یک راهکار مستمر و پایدار در مقابله با بحران تغییرات آب و هوایی محسوب می شود. در پایان تصریح می گردد، که تبدیل رویکرد برنامه ریزی در حوزه تغییرات آب و هوایی، از تمرکز بر فناوری و علم، به تمرکز بر مقوله نگرانی های عدالت و احقاق ساختارهای کاهش و سازگاری<sup>۱۳</sup> با بحران، به عنوان مقوله ای مقدم بر سایر مقوله ها، از تاثیرگذاری بالایی برخوردار می باشد. به عبارتی تحقق حق بر داشتن اقلیم پایدار، از طریق جاری سازی فرایند شناسایی و تجزیه و تحلیل ساز و کارها از طریق تمرکززایی بر بهره برداری پایدار اشخاص از منابع طبیعی<sup>۳۱</sup> با رویکردهای سازگاری و نیز تاسیس اقدامات پیشگیرانه با رویکرد کاهش مرتفع خواهد شد. به طور معمول پایداری شامل حفظ سلامت اکولوژیکی جهانی، پیشرفت رشد اقتصادی از طریق ابزارهای تکنولوژیکی و ارتقای برابری اجتماعی<sup>۴۲</sup> است<sup>۵۳</sup>. جاری سازی برابری اجتماعی نیازمند ارتقا توجه به اصل همکاری در جامعه بین الملل می باشد، و این رخداد در معیت اهتمام به توسعه مقوله صلح در روابط بین المللی تابعان حقوق بین الملل در حوزه مقابله با تغییرات آب و هوایی میسر خواهد بود.

۱- Gay, C.W. (۲۰۲۲). Contact-Tracing War and Peace: A Critical Experiment in Social Network Analysis, *Encyclopedia of Violence, Peace, & Conflict Mitigation & Adaption*. ۲-۲۳۴-۲۲۴.

۳- Sustainable Exploitation.

۴- Social equality.

۵- Shah, H.H. Tregambi, C. Bareschino, P. Pepe, F. (۲۰۲۴). Environmental and economic sustainability of additive manufacturing: A systematic literature review, *Sustainable Production and Consumption*, ۵۱(P۲), ۶۴۳-۶۲۸. DOI: ۱۰.۱۰۱۶/j.۲۰۲۴.۱۰.۰۱۲.spc

- بیگ زاده، ابراهیم، افشاری، مریم، (۱۳۹۰)، تغییرات آب و هوایی از امنیت بین المللی تا امنیت انسانی در حقوق بین الملل، فصلنامه تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۴(۱۰۷)
- پیری، حیدر، (۱۴۰۲). شرط زیست محیطی مارتنس و حفاظت از محیط زیست در مخاصمات مسلحانه؛ با تأکید بر اصول پیش نویس ۲۰۱۹ کمیسیون حقوق بین الملل، فصلنامه تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، ۲۶(۱۰۲). ۳۷۳-۳۴۹.

- Alam, A. Banna, H. Alam, A.W. Bhuiyan, Md.B.U. Mokhtar, N.B. (2024). Climate change and geopolitical conflicts: The role of ESG readiness, *Journal of Environmental Management*, 353(1). DOI:10.1016/j.jenvman.2024.120284
- Anjaria, K. (2022). Knowledge derivation from Likert scale using Z-numbers, *Information Sciences*, 590(6). 234-252. DOI:10.1016/j.ins.2022.01.024
- Ashrafuzzaman, M. (2024). Chapter 3 - Interrelationship between climate justice and migration: A case of south western coastal region of Bangladesh, *The Role of Tropics in Climate Change, Global Case Studies*, 33-60. DOI:10.1016/B978-0-323-99519-1.02003-2
- Bamidele, S. Eramah, N.I. (2023). Environmental degradation and sustainable peace dialogue in the Niger delta region of Nigeria, *Resources Policy*, 80(4). DOI:10.1016/j.resourpol.2022.103274
- Cappelli, F. Costantini, V. Angeli, M.D. Marin, G. Paglialunga, E. (2024). Local sources of vulnerability to climate change and armed conflicts in East Africa, *Journal of Environmental Management*, 335(5). DOI:10.1016/j.jenvman.2024.120403
- Dirie, K.A. Maamor, S. Alam, M.M. (2024). Impacts of climate change in post-conflict Somalia: Is the 2030 Agenda for SDGs endangered, *World Development Perspectives*, 35(1). DOI:10.1016/j.wdp.2024.100598
- Gay, C.W. (2022). Contact-Tracing War and Peace: A Critical Experiment in Social Network Analysis, *Encyclopedia of Violence, Peace, & Conflict*, 4. 224-234
- Hossain, M.A. Ferdous, N. Ferdous, E. (2024). Crisis-driven disruptions in global waste management: Impacts, challenges and policy



- responses amid COVID-19, Russia-Ukraine war, climate change, and colossal food waste, *Environmental Challenges*, 14(7). DOI:10.1016/j.envc.2023.100807
- Hu, G. Yang, J. Li, J. Cheng, X. Feng, C. (2024). National climate legislation and policymaking and energy security: International evidence, *Applied Energy*, 375
  - Jones, R.F. Jawad. R, Zaki, C. Ismail, G. (2025). Living policy Labs: A case study of collaborative dialogue about social protection to alleviate grievances and facilitate peaceful outcomes in Egypt, *World Development*, 185. DOI:10.1016/j.worlddev.2024.106790
  - Ko, J. Lee, H.F. Leung, C.K. (2024). War and warming: The effects of climate change on military conflicts in developing countries (1995–2020), *Innovation and Green Development*, 3(4)
  - Liobikiene, G. Matiuk, Y. Krikstolaitis, R. (2023). The concern about main crises such as the Covid-19 pandemic, the war in Ukraine, and climate change's impact on energy-saving behavior, *Energy Policy*, 180. Doi: 10.1016/j.enpol.2023.113678
  - Naseer, M.M. Hunjra, A.I. Palma, A. Bagh, T. (2024). Sustainable development goals and environmental performance: exploring the contribution of governance, energy, and growth, *Research in International Business and Finance*
  - NOAA, (2024). Trends in Atmospheric Carbon Dioxide (CO<sub>2</sub>), at:<https://gml.noaa.gov/ccgg/trends/global.html>
  - Pradhan, S. Lahlou, F. Ghat, I. Bilal, H. McKay, G. Ansari, T. (2024). A comprehensive decision-making approach for the application of biochar in agriculture to enhance water security: A GIS-AHP based approach, *Environmental Technology & Innovation*, 36. DOI:10.1016/j.eti.2024.103801
  - Raleigh, C. Linke, A. Barrett, S. Kazemi, E. (2024). Climate finance and conflict: adaptation amid instability, *The Lancet Planetary Health*, 8(1), e51-e60. DOI:10.1016/S2542-5196(23)00256-5
  - Roberts, H.(2024) . Chapter 17 - Climate change and the Law of the Sea Convention, *Living with Climate Change*, 343-357
  - Shah, H.H. Tregambi, C. Bareschino, P. Pepe, F. (2024). Environmental and economic sustainability of additive manufacturing: A systematic literature review, *Sustainable Production and Consumption*, 51(P2). 628-643. DOI:10.1016/j.spc.2024.10.012
  - Simangan, D. Lee, C.Y. Sharifi, A. Candelaria, J.L. Kaneko, S. (2022). A global analysis of interactions between peace and environmental sustainability, *Earth System Governance*, 14(1). DOI:10.1016/j.

esg.2022.100152

- Sommer, U. Fassbender, F. (2024). Environmental Peacebuilding: Moving beyond resolving Violence-Ridden conflicts to sustaining peace, *World Development*, 178(c). DOI: 10.1016/j.world-dev.2024.106555
- Strange, K.F. March, H. Satorras, M. (2024), Incorporating climate justice into adaptation planning: The case of San Francisco, *Journal of Cities*, 144. DOI:10.1016/j.cities.2023.104627



پژوهش های بنیادین در حقوق

The Fundamental Researches in Law

## **Gender justice and gender differences in criminal matters**

**Morteza Abdizadeh, Vahid Nekounam, Naghmeh Farhood**

**Submission Date: 3 June 2024 | Acceptance Date: 31 October 2024**

### **Abstract**

This article aims to explain the foundations of gender differences in women and the legal approaches addressing gender-based considerations and distinctions in criminal law. Using an analytical-descriptive method, this research seeks to examine these differences and the reasons behind their emergence. Furthermore, it evaluates the impact of gender justice as an independent factor on societal peace and development within international documents.

Among the most significant challenges related to gender differences in crimes against physical integrity are the lack of gender justice-oriented policymaking, the absence of consensus on the definition of gender justice, patriarchal structures in policymaking institutions, the gap between research entities and policymaking bodies, and more.

The findings reveal that the basis of gender differences in crimes against physical integrity does not stem from male superiority over females or gender discrimination. Instead, these differences are rooted in variations in creation, duties, and roles assigned to each gender.

**Keywords :** Gender Differences, Crimes Against Physical Integrity, Gender Discrimination, Gender Justice, Women's Rights



## عدالت جنسیتی و تفاوت های جنسیتی زن و مرد در امور کیفری

مرتضی عبدزاده<sup>۱</sup>، وحید نکونام<sup>۲</sup>، نغمه فرهود<sup>۳</sup>

تاریخ ارسال: ۱۴۰۳ / ۳ / ۱۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳ / ۸ / ۹

### چکیده:

مقاله حاضر به منظور تبیین مبانی تفاوت های جنسیتی زنان و رویکردهای حقوقی ناظر به ملاحظات و تفاوت های جنسیتی در حقوق است. این پژوهش با روش تحلیلی-توصیفی بر آن است تا این تفاوت ها و دلیل ایجاد آنها را مورد بررسی قرار دهد. بعلاوه سعی بر آن است تا تأثیر عدالت جنسیتی را بعنوان عاملی مستقل بر صلح پذیری جوامع و توسعه در اسناد بین المللی مورد سنجش قرار دهیم. از جمله مهمترین چالش های تفاوت جنسیتی در جرایم علیه تمامیت جسمانی، عدم سیاستگذاری بر مبنای عدالت جنسیتی، عدم وفاق در زمینه تعریف عدالت جنسیتی، مردسالاری در نهادهای سیاستگذاری، شکاف بین نهادهای پژوهشی و سیاستگذاری و ..... است. نتایج تحقیق نشان داد مبنای تفاوت جنسیتی در جرایم علیه تمامیت جسمانی، برتری جنس مرد نسبت به زن و یا تبعیض میان این دو به لحاظ جنسیتی نبوده بلکه مبنای این تفاوت به دلیل تفاوت در خلقت، وظایف و نقش های آنها و ... است.

**واژگان کلیدی:** تفاوت جنسیتی، جرایم علیه تمامیت جسمانی، تبعیض جنسیتی، عدالت جنسیتی، حقوق زنان.

۱-مرتضی عبدزاده، گروه حقوق جزا و جرم شناسی، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی، سمنان، ایران.

Morteza.Abdzadeh۸۵@yahoo.com

۲- وحید نکونام، گروه حقوق، دانشگاه حضرت معصومه (س)، قم، ایران.

dr.vahid۱۰۰nkonam@protonmail.com

۳-نغمه فرهود، گروه حقوق جزا و جرم شناسی، واحد اندیمشک، دانشگاه آزاد اسلامی، اندیمشک، ایران.

naghmeh.farhood@yahoo.com

عدالت جنسیتی به این معناست که با زن و مرد به گونه ای رفتار شود که حقوق و فرصت هایی که به هر کدام اعطا می شود متناسب با «ظرفیت های تکوینی»، «نظام نقش ها»، «غایات مورد انتظار از آنها» و «شرایطی که زن و مرد در آن زندگی می کنند» باشد. ملاحظه این ویژگی ها در مورد احکام و قوانین زنان و مردان و برنامه هایی که برای زنان و مردان در جامعه طراحی می شود، عدالت جنسیتی است. بنابراین، عدالت جنسیتی معنای تحقق برابری نیست و منوط به رعایت تناسب ها است. در واقع از نگاه اسلام، عدالت در تناسب با فرد و وظایفش تعریف می گردد و تساوی و برابری تصویری سطحی از این مفهوم است. داعیه داران این نگاه، راه حل نیل به عدالت را نه یکسان سازی زن و مرد، بلکه توجه به مقدرات و محظورات دو جنس در انجام وظایف و تکالیف می دانند. عدالت و آزادی از دیرباز جزء والاترین ارزش های فردی و اجتماعی بوده اند که همواره در نهضت های اصلاحی و انقلاب های اجتماعی در زمره اهداف بنیادین و ارکان هویت ساز نقش آفرینی کرده اند. انقلاب اسلامی ایران نیز به عنوان یک نظام اجتماعی و یک سیستم حکومتی برای شکل دهی گفتمان و نظام معنایی جدیدی در این حوزه در تلاش بوده است. بنابراین، بدیهی است که این نظام باید هویت خود را بر اساس نحوه تعریفی که از مفاهیمی همچون عدالت و آزادی ارائه می دهد، شکل دهد. در این میان، تعریف و پرداختن به عدالت جنسیتی و خط مشی گذاری در موضوعات مرتبط با زنان به عنوان نیمی از جمعیت فعال جامعه، مسلماً از اولویت و ضرورت بالایی برخوردار است و باید با رویکرد برنامه های جنسیتی یا حساس به جنسیت صورت گیرد. در احکام جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص با توجه به جنسیت تفاوت هایی وجود دارد که از مهمترین مصادیق آن مشروط بودن قصاص مرد در مقابل زن به پرداخت نصف دیه کامل مرد و یا عدم تساوی دیه زن و مرد در صدمات مستوجب دیه مازاد بر ثلث دیه کامل و یا انتفاء قصاص پدر در صورت قتل فرزند در حالیکه این حکم درباره مادر موضوعیت ندارد. قوانین جزایی اسلام با توجه به تفاوت های تکوینی بین زن و مرد احکام خاصی را برای آن ها قرار داده است و به نظر می رسد آنچه باید در خصوص زن و مرد رعایت شود عدالت احکام است.

### عدالت جنسیتی

عدالت فضیلتی است که نظام طبیعت بر آن مبتنی است و بشر سعادت پایدار خود را متکی به استقرار آن می داند و آن را به عنوان معیار لازم الاحترام حاکم بر امور و سلوک و رفتار فردی و اجتماعی خود طلب می کند. عدالت در لغت به معنی دادگری کردن، استقامت<sup>۱</sup> و عدل<sup>۲</sup> آمده است، که عدل نیز در مقابل ستم آورده شده است. در اندیشه افلاطون در یونان باستان، عدالت به معنای تناسب با طبیعت و فضایل دیگر و حد وسط نقطه تعادل سه قوه خرد، غضب و شهوت در انسان میباشد. در سطح اجتماعی نیز از دیدگاه وی عدالت به مفهوم تناسب و قرار دادن افراد جامعه در طبقات خاص خود است. یعنی در طبقات فرمانروایان، نگهبانان و متوسط مردم از نظر ارسطو عدالت به معنای معامله برابر با افراد برابر و معامله نابرابر با افراد نابرابر است، به بیان دیگر توزیع امکانات و مناصب بر اساس شایستگی ها و لیاقت ها<sup>۳</sup>. در رابطه با ماهیت عدالت می توان چنین گفت که عدالت به عنوان یک نهاد اخلاقی و اجتماعی باید نهادی معقول باشد و دارای خصلت تک گفتاری نباشد، یعنی آنکه شرط اول عدالت آن است که همگان در رسیدن به برداشت مشترکی از آن سهم داشته باشند و محتوای عدالت باید در بستر توافق و حوزه عقل عمومی استنتاج شود؛ و حتی توافق همگان در گذشته درباره ماهیت عمل عادلانه، نمی تواند برای حال

۱- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۷)، لغت نامه دهخدا، ج ۲۹، تهران، چاپ دانشگاه تهران.

۲- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹)، گامی به سوی عدالت (مجموعه مقالات)، ج ۲، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی.

۳- بیات، عبدالرسول و دیگران (۱۳۸۱)، فرهنگ ها و واژه ها، قم، مؤسسه اندیشه و فرهنگ دینی.

الزام آور باشد و اگر نهاد اجتماعی نهاد عقلی و معقول است پس باید این ویژگی همواره از نو تجدید شود چراکه عدالت از عصری به عصر دیگر تحول می یابد چنانکه عدالت سیاسی در عصر دموکراسی با عدالت سیاسی در عصر بردگی تفاوت دارد. بنابراین باید گفت هرچه عرصه عقل عمومی گسترش یابد اغراض خصوصی و قدرت طلبانه و خودخواهانه، کمتر قابل دفاع می شوند<sup>۱</sup>.

شرط یا اصل دوم عدالت راجع به نابرابری است. برداشت های نادرست از عدالت، مسأله اصلی را رفع نابرابری ها می دانند اما باید گفت گاه نابرابری معقول و موجه می باشد و برقراری آن به نفع همگان است. بنابراین باید گفت دفاع از نابرابریها و یا نفی آنها موضوع اصلی بحث عدالت است<sup>۲</sup>. مبحث عدالت در معنای عملی تر خود با مقولات و مفاهیمی چون برابری، اخلاق، انصاف و آزادی در می آمیزد؛ اما باید گفت اگر در حوزه نظری بتوان مقوله عدالت را تا حدی از مقولات مذکور جدا کرد، اما در حوزه عمل این کار اصلاً ممکن نیست؛ چنانکه در برابر نظریه پردازانی که جوهره عدالت در دنیای کنونی را «برابری» دانسته اند و اجرای عادلانه قانون را با رعایت این مورد، اجرایی می دانند، گفته شده که در این مفهوم صوری و خشک، هیچ گونه کیفیتی راه ندارد و نقص در همین جاست؛ بیگمان عدالت ایجاب نمی کند که درباره هر فرد، قطع نظر از ویژگی های او قانون و حکمی یکسان مقرر شود<sup>۳</sup>.

در مفهوم انصاف نیز آن را در برابر مفهوم برابری و یا خارج از آن، به مفهوم دخالت دادن عواملی در تصمیم گیری برابر وجدان و حق قرار داده اند<sup>۴</sup> که این مورد نیز با آنکه مشتق شده از مفهوم عدالت است اما مفهوم عدالت را به طور کامل در بر نمی گیرد. بنابر مفهوم عدالت باید گفت، آنچه در نظر عقل و نفع عمومی و در طول گذر زمان جزو اولین مباحث مورد توجه و تکریم عدالت بوده است، حفظ حقوق و آزادی های فردی انسانها و به طور کلی حفظ حقوق بنیادین افراد و عدم تبعیض انسانها است، که می توان از این حقوق بنیادین به حق زندگی و حق کرامت انسانی اشاره نمود. حق زنده ماندن و ادامه حیات از حقوق فطری و الهی است و نخستین حق یک انسان، زنده ماندن است و تعرض به آن روا نمی باشد، و این مورد بواسطه تداوم جسم و تن انسان توسط آن، پایه حقوق انسانی به شمار می رود و همه حقوق قائم به آن، یعنی وجود انسان، می باشد<sup>۵</sup>. منظور از عدالت جنسیتی حفظ حقوق و آزادی های فردی مربوط به هریک از زن و مرد می باشد. فلذا این حقوق می تواند در بین آنها مشترک و یا برخی بواسطه شرایط هر یک از آنها، یکسان نباشد؛ بنابراین منظور از عدالت در این بررسی، برابری آنها در تمامی حقوق نمی باشد بلکه منظور ایجاد و با حفظ حقوق متناسب به همراه عدم تبعیض برای جنسیت ها می باشد.

### فلسفه تفاوت زن و مرد در امور کیفری

تفاوتهایی که در برخی احکام اسلام، بین زن و مرد وجود دارد، شائبه تبعیض و نابرابری را در ذهن برخی، به وجود آورده است. در وضع هر قانونی، انگیزه و فلسفه ای نهفته که علت وجودی تدوین آن قانون است. در قانون مجازات اسلامی به تبعیت از فقه امامیه، تفاوت هایی در اعمال مقررات کیفری بین زن و

۱- آشوری، محمد (۱۳۸۳)، حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، تهران، انتشارات دانشگاه تهران (دانشکده حقوق و علوم سیاسی)

۲- آشوری، محمد (۱۳۸۳)، حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، تهران، انتشارات دانشگاه تهران (دانشکده حقوق و علوم سیاسی)

۳- کاتوزیان، محمد علی (۱۳۸۳)، فرهنگ کاتوزیان، تهران، نشر دادگستر.

۴- جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۸)، زن در آینه جلال و جمال، قم: نشر اسراء.

۵- طباطبایی مومتمنی، منوچهر (۱۳۸۲)، آزادی های عمومی و حقوق بشر، تهران، دانشگاه تهران.

مرد وجود دارد که در بسیاری از آن موارد حداقل در یک برداشت ظاهری چنین به نظر می رسد که به جنس ذکور امتیاز و برتری داده شده است. در واقع جوامع غربی بحث هایی در چرایی احکام حقوقی اسلام و خصوصاً انتقادات فراوانی درباره احکامی دارند که به نظر منتقدان، سلب و محرومیت از حقوق و اعمال تبعیض ناروا بر زن در اسلام است. تفکر غالب و حاکم بر جوامع امروزی که در اسناد بین المللی به خصوص اسناد حقوق بشری مانند منشور ملل متحد، اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، کنوانسیون محو هر نوع تبعیض علیه زنان و اسنادی از این قبیل منعکس است، رعایت تساوی بین زن و مرد و عدم تبعیض و تفاوت بر اساس جنس است. به موجب این طرز تفکر، نباید مقرراتی وضع و احکامی مقرر و اجرا گردد که نشان دهنده نوعی امتیاز و یا برتری نگری مرد نسبت به زن باشد لیکن تردیدی نیست که تفاوت هایی در ساختار طبیعی خلقت زن و مرد وجود دارد و همین تفاوت خود سبب متفاوت بودن وظایف طبیعی و تکالیف و مزایای اجتماعی می گردد.<sup>۱</sup>

### ۱- تساوی مرد و زن در مقام انسانی

احترام به کرامت انسانی انسانها نخستین اصلی بود که شعلههای هدایت و ایمان را در دلهای آحاد مردم برافروخت و سبب گردید انسانها، اعم از زن و مرد، فوج فوج به دامان پر مهر اسلام، پناه آورند. این نگاه، هرگز جنس یا گروهی را استثنا نمی کرد، بلکه همه آحاد انسانی، اعم از سیاه و سفید، زن و مرد، عرب و عجم را در نزد پروردگار برابر میدانست و هیچ اختلافی جز در پرتو پروای الهی و نزدیکی به آسمان معنا نمیشد. هر چند برخی در تفسیر این برابری، راه مغالطه را پیمودند و این تصور را القا نمودند که انسانها همچنان که ذات و ماهیت بشری واحدی دارند، حقوق و تکالیفشان نیز - هر چند امور مربوط به فیزیکشان باشد - کاملاً مساوی و برابر است! بطلان این قول آنچنان روشن است که نیازی به اثبات و برهان نیست، زیرا آنجا که بحث از برابری میشود، امور مربوط به ذات و طبیعت واحد بشری مراد است، نه مسائل عارض بر جسم و جنس. فلذا می توان گفت در جهان بینی اسلامی، مرد و زن موجوداتی هستند از یک سرشت که استعداد رشد، تکامل و تعالی، رسیدن به مقام جانشینی خدا در زمین و تبدیل شدن به الگو برای هر دو وجود دارد و از این جهت هیچ یک بر دیگری برتری ندارد. لیکن به لحاظ جسمانی، روانی و رفتاری بین مرد و زن تفاوت های غیر قابل انکاری وجود دارد. بر اساس آموزه های قرآنی زن و مرد در آفرینش از یک نفس آفریده شده اند:

(الف) «يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً...» ای مردم بترسید از عصبان پروردگار خود آن خدایی که همه شما را از یک تن بیافرید و هم از آن جفت او را خلق کرد و از آن دو تن خلقی بسیار در اطراف عالم از مرد و زن برانگیخت.<sup>۲</sup>

(ب) «هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا...» اوست خدایی که همه شما را از یک تن بیافرید و از او نیز جفتش را مقرر داشت تا به او انس و آرام گیرد.<sup>۳</sup>

(ج) «يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى...» ای مردم ما همه شما را نخست از مرد و زنی آفریدیم.<sup>۴</sup>

از این آیات استفاده می شود که زن و مرد در خلقت مساوی هستند و از یک نفس آفریده شده اند و هر دو مخلوق خداوند و با یکدیگر مساویند، لذا نمی توان در قصاص و دیه بین آنها فرق گذاشت و قصاص مرد قاتل در مقابل زن مقتول را مشروط به پرداخت نصف دیه مرد کرد پس تعیین دیه زن به میزان نصف دیه مرد و مشروط کردن قصاص مرد در برابر زن به پرداخت نصف دیه مرد مخالف این آموزه دینی

۱- کاظم زاده، علی (۱۳۸۶)، تفاوت حقوقی زن و مرد، تهران: بنیاد حقوقی میزان.

۲- نساء، آیه ۱

۳- اعراف، آیه ۱۸۹

۴- حجرات، آیه ۱۳



است در نتیجه روایاتی را که بر تفاوت زن و مرد در قصاص و دیه دلالت می کنند به جهت مخالفت با این آیات باید کنار گذاشت! یکی از طرفداران این شبهه می نویسد: با وجود آیه شریفه: *يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ... چگونگی می توان ماده ۲۰۹ ق.م.ا. را توجیه نمود. مگر زنان نیز چون مردان مخلوق خداوند نیستند که چنین بی پروا حکم قتل آنان صادر شده است*<sup>۱</sup>. آری بر اساس آموزه های قرآنی زن و مرد در آفرینش مساوی و از یک گوهرند، لیکن تلازمی بین تساوی آنها در منشأ آفرینش و یکسان بودن کامل آن دو در مقررات قصاص و دیه وجود ندارد. زیرا: نخست پیام آیات «خلقکم من نفس واحده» بیش از این نیست که خداوند شما انسانها اعم از زن و مرد را از یک نفس آفریده است. اگر خلقت زن و مرد از یک نفس به معنای یکسان بودن زن و مرد باشد، دلیلی در بین نیست که یکسان بودن آنها را به قصاص و دیات اختصاص دهد، بلکه باید عنصر تساوی را به تمامی ابعاد زندگی آن دو تسری داد لیکن واضح است که این سخن به هیچ وجه قابل پذیرش نیست زیرا با توجه به وجود ده ها بلکه صدها مورد تفاوت فیزیکی روحی و روانی و در نتیجه حقوقی بین زن و مرد، مشکل تخصیص اکثر پیش می آید که از نظر اصولی مستهجن و قبیح و از ساحت سخنوری حکیم به دور است.

دوم: آیات مشتمل بر عبارت «خلقکم من نفس واحده» در صدد بیان مطلبی است که ارتباطی با مسئله تساوی زن و مرد در قوانین شرعی ندارد. ارباب تفسیر دو احتمال درباره عبارت مذکور داده اند:

۱. مقصود از «نفس واحده» حضرت آدم(ع) و «زوجها» همسر او حضرت.
۲. منظور شخص واحد معینی نیست بلکه مطلق ذکور و اناث از جنس خداوند نیستند که انسان مراد است در هر صورت این آیات هیچگونه دلالتی، حتی اشاره ای بر یکسان بودن زن و مرد از نظر قوانین شرعی از جمله قصاص و دیه ندارد. از این رو، روایاتی که قصاص مرد در برابر زن را مشروط به پرداخت نصف دیه مرد میکنند و دیه زن را نصف دیه مرد تعیین می نمایند هیچگونه تعارضی با آیات مشتمل بر عبارت «خلقکم من نفس واحده» ندارد تا در مقام عمل مجبور به طرد آنها شویم<sup>۲</sup>.

سوم: اگر آیات مذکور چنین دلالتی دارند باید نخست با آیات ارث در تعارض باشند. زیرا برابر آیه شریفه «يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ»<sup>۳</sup> حق ارث فرزند مذکر دو برابر فرزند مؤنث است و به یقین آیات قرآن با هم تعارض ندارند پس باید از ادعای دلالت آیات مربوط به تساوی زن و مرد در خلقت بر عدم هرگونه تفاوتی بین آن ها دست برداشت.

چهارم: لازمه اشتراک زن و مرد در انسانیت و خلق شدن از نفس واحد برابری در حقوق و وظایف است نه تشابه در آن ها و تساوی غیر از تشابه است تساوی برابری است و تشابه یکنواختی امکان دارد پدری ثروت خود را به طور مساوی بین فرزندان خود تقسیم کند اما این تقسیم مشابه نباشد؛ مثلاً تجارتخانه ملک مزروعی و مستغلات دارد؛ با توجه به شناختی که از استعداد و ذوق فرزندان خود دارد هر کدام از آنها را با لحاظ ارزش مساوی شان به یکی از فرزندان می دهد در اینجا تقسیم اموال مساوی است اما مشابه نیست و تبعیض و ظلمی نیز صورت نگرفته است بلکه به هر کدام با توجه به استعداد و ذوق او مالی با ارزش مساوی داده شده است. اسلام نیز حقوق مشابهی برای زن و مرد وضع نکرده است ولی هرگز امتیاز حقوقی برای مردان نسبت به زنان قائل نشده است و اصل مساوات را درباره زن و مرد رعایت کرده است پس چنان که برای زن و مرد حقوقی مشابه در نظر نگرفته است تکالیف و مجازاتهای

۱- حیدری، حسن، ابراهیمی نسب، یوسف (۱۳۸۹)، جایگاه زن در گذر تاریخ و سیری در حقوق آن، فصلنامه علمی پژوهشی زن و فرهنگ، شماره ۵.

۲- کویلیام، سوزان (۱۳۷۸)، در پناه یکدیگر، ترجمه فرشته صالحی، تهران، نسل نواندیش.

۳- ظهیری، عباس (۱۳۷۵)، قصاص در بوته نقد و تحقیق، نشریه پاسدار اسلام، شماره ۱۷۱ و ۱۷۲.

۴- نساء، آیه ۱۱

مشابهی نیز قرار نداده است اما در مجموع، حقوقی که برای زن قرار داده ارزش کمتری از آنچه که برای مرد قرار داده ندارد.<sup>۱</sup>

## ۲- تمایزات خلقتی زن و مرد

در مجموعه کتب مربوط به علوم تجربی و انسانی، تفاوت هایی چند برای زن و مرد ذکر شده است که ناشی از شیوه خلقت و اقتضای وجودی آنان می باشد. از جمله این تمایزات، تفاوت زن و مرد از نظر سازماندهی مغزی است. دختر و پسر از اساس با هم تفاوت دارند. چون مرد محصول کروموزوم XY و زن محصول کروموزوم XX است. تحقیقات جدید نشان داده است که عملکرد نیم کره های راست و چپ در هر کدام از آنها متفاوت است به این معنی که دو نیم کره در عین حال که با هم ارتباط دارند، کارهای تقریباً متفاوتی انجام می دهند.<sup>۲</sup> با این حال تفاوت های موجود در سازمان دهی مغز زن و مردها این اجازه را میدهد که دخترها از نظر استعداد کلامی مثل خواندن، املاي کلمات و تلفظ دقیق الفاظ، از پسرها بهتر باشند اما در فعالیت های تجسمی مانند نقشه جغرافیایی، هندسه و تجسم اشیاء در فضاء مهارت کمتری داشته باشند. علاوه بر این از نظر عاطفی نیز تفاوت های شگرفی میان زن و مرد موجود می باشد. بدیهی است زن به جهت رسالت اصلی خود که تولید مثل و پرورش کودک و تربیت نسل انسان در دامان پر مهر و محبت خویش می باشد، باید روحیات و عواطف بسیار لطیف و در عین حال انعطاف پذیر داشته باشد. از طرفی مردان عموماً از نظر بدنی نیرومند تر ولی در معرض آسیب پذیری بیشتر و طول عمر کمتری قرار دارند. مع الوصف اگر بخواهیم به احصاء تمایزات این دو مخلوق بپردازیم، مجال بسیاری را می طلبد، مگر این که خلاصه وار اشاره نماییم که مقولات قاطعیت در زن و مرد، تفاوت زن و مرد از نظر پرخاشگری، هوش، میزان مرگ و میر و... از جمله بارز ترین تمایزات خلقتی میان آنهاست هر چند خداوند تبارک و تعالی می فرماید «یا ایها الناس اتقوا ربکم الذی خلقکم من نفس واحدة و خلق منها زوجها» ای مردم! از پروردگار خود که شما را از نفس واحدی آفرید و جفتش را نیز از او پدید آورد، پروا نمایید.

## ۳- تفاوت های روانشناختی زن و مرد

برای اثبات تفاوت ادراکی زن و مرد برخی از اندیشمندان به آیه ۱۸ سوره زخرف استدلال کرده اند. خداوند در این آیه می فرماید: «أَوَمَنْ يُنْشَأُ فِي الْحَلِیْبَةِ وَهُوَ فِي الْخِصَامِ غَيْرُ مُبِينٍ؛ آیا کسی که به زیب و زیور پرورده می شود (یعنی دختران) و در خصومت (از حفظ حقوق خود) عاجز است (چنین کس لایق فرزندی خداست).» علامه طباطبایی در تفسیر این آیه می گوید: خداوند متعال دو صفت پرورش در زینت و عدم توانایی بر استدلال را برای زن ذکر کرده است زیرا جنس زن به طور طبیعی از احساسات و عواطف سرشاری برخوردار و نیروی تعقل او در قیاس با مرد ضعیف تر است و جنس مرد به عکس این است.<sup>۳</sup>

ایشان بر این باور است که دو صفت در زنان مظهر این ویژگی است: نخست علاقه شدید به زیور و زینت که از جمله «أَوْ مَنْ یُنْشَأُ فِي الْحَلِیْبَةِ» دریافت می شود و دوم عدم توانایی بر بیان مقصود خویش در استدلال و برهان که جمله «و هو فی الخِصَامِ غَیْرُ مُبِیْنٍ» بر آن دلالت دارد. علامه طباطبایی علت ویژگی دوم را چنین بیان می کند: «استدلال و برهان نیازمند نیروی عقلانی زیاد است که زنان در مقایسه با مردان، در این امر ضعیف ترند. البته این بدان معنا نیست که زن توان احتجاج ندارد یا نیروی استدلالش کم است، بلکه زن منطق و استدلال را به کار می گیرد، اما قدرت اظهار ندارد. آنچه باعث می شود زنان نتوانند

۱- مطهری، مرتضی (۱۳۷۷)، مجموعه آثار، جلد ۱، تهران، نشر صدرا.

۲- کاظم زاده، علی (۱۳۸۶)، تفاوت حقوقی زن و مرد، تهران: بنیاد حقوقی میزان.

۳- طباطبایی، سید محمدحسین (۱۴۱۵)، المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۲، بیروت: موسسه الاعلمی للمطبوعات.

مکنونات خود را در مقام استدلال و محاجه بیان کنند و مانع حرف زدن آنها می شود، شدت احساسات و عواطف آنان است. احساسات و عواطف شدید زن از ادامه سخن گفتن وی مانع می شود. زن با شروع به سخن در مجادله، احساساتی شده، گریه می کند یا سخن در گلویش می ماند و توان بیان آن را ندارد. بنابراین، با این تفسیر و معنا هماهنگی خوبی بین جمله صدر او من ینشأ فی الکلیه، و جمله ذیل «او هو فی الخصام غیر مبین» برقرار می شود.<sup>۱</sup>

برخی از مفسران برای استدلال به فزونی درک عقلانی مردان به آیه ۳۴ سوره نساء که بیانگر نقش مدیریتی مرد در خانواده است، تمسک کرده اند. باتوجه به اینکه انجام نقش مدیریتی در خانواده نیازمند نگرشی منطقی و خردمندانه به قضایا در امور زندگی است، گذاشتن چنین مسئولیتی در کانون خانواده برعهده مرد، از رجحان نوع مردان در برخورداری از این نگرش حکایت می کند. مفسران زیادی جمله «بما فضل الله بعضهم علی بعض» را که بر وجود تفاوت بین زن و مرد دلالت می کند، بر همین نکته حمل نموده اند. با تکیه بر تحلیل حکم مدیریت مردان در خانواده، می توان گفت که از دیدگاه قرآن، بین زن و مرد نوعی تفاوت ادراکی وجود دارد. علامه مصباح یزدی نیز یکی از شرایط تفکر صحیح و سنجش و داوری درست را تسلط بر خود، ضبط و مهار عواطف و احساسات می داند. وی معتقد است که زن در این زمینه آسیب پذیر و ناتوان است؛ زیرا شدت عاطفه در زنان مانعی جدی از نگرش عقلانی به مسئله است، اما مرد چون عواطف ضعیف تری دارد با سهولت بیشتری می تواند بر خود تسلط یابد و با فرونشاندن عواطف و احساسات خود، واقعیات را به روشنی و وضوح ببیند و از سر واقع بینی حکم و داوری کند.<sup>۲</sup> قدرت تعقل در هر دو جنس وجود دارد، ولی در مرد به دلیل موانع کمتر اقتضای تعقل، بیشتر است. مطالب به دست آمده در علوم جدید نیز این توجیه را تأیید می کنند. این علوم عوامل متعددی را در تفاوت ادراک مؤثر می دانند. از جمله این عوامل، علاقه و رغبت های شخص ادراک کننده است.<sup>۳</sup> همچنین روان شناسان هنگام سخن از توانایی های ذهنی و شناختی، هوش و کارکردهای آن را بررسی می کنند. انسان هوشمند، درک، حافظه و احساس برتری دارد و روابط بین اشیا را بهتر درمی یابد، واکنش های وی متناسب است و در مقابل هیجانات، انفعالات و عواطف، دقیق تر، ظریف تر و مؤثرتر عمل می کند.

#### ۴- تفاوت های عاطفی زن و مرد

زن و مرد هر دو نسبت به دیگران از عواطف برخوردارند. هم می خواهند دیگران را دوست بدارند و هم می خواهند دیگران آنان را دوست بدارند، اما ابراز و ظهور عاطفه در زنان و مردان متفاوت است. خانم ها حتی اگر کسی را کمی هم دوست داشته باشند، چنان نشان می دهند که او را بسیار دوست دارند. در حالی که مردها کسی را که بسیار دوست دارند، چنان نشان می دهند که مقداری او را دوست دارند. نمایش محبت آنان متفاوت است. حضرت علی (ع) در زمینه تفاوت میان زنان و مردان می فرماید: «کاری که به زن واگذار می کنی، نباید از حیطة مناسبات او بیرون باشد؛ چرا که او گل خوش بویی است و به عنوان متصدی دخل و خرج نباید به کارهای خشن رو بیاورد.»<sup>۴</sup>

از آن رو که زنان به ابراز حالت عاطفی به شدت توجه دارند، به گفت و گو نیازمند هستند؛ چون زبان، یکی از مهم ترین ابزارهای انتقال عواطف است. این مسئله به قدری مهم است که بعضی گفته اند: زن فقط به گفت و گو نیاز دارد و به نتیجه نمی اندیشد، در حالی که مرد توقع دارد گفت و گو مشکلی را حل کند.<sup>۵</sup>

۱- طباطبایی مومتمنی، منوچهر (۱۳۸۲)، آزادی های عمومی و حقوق بشر، تهران، دانشگاه تهران.

۲- مصباح، محمدتقی (۱۳۸۷)، خودشناسی برای خودسازی، قم، انتشارات موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.

۳- گری، جان (۱۳۸۱)، زن، مرد، ارتباط، ترجمه مهدی قراچه داغی، مشهد، راهیان سبز.

۴- نهج البلاغه، نامه ۳۱

۵- گری، جان (۱۳۸۱)، زن، مرد، ارتباط، ترجمه مهدی قراچه داغی، مشهد، راهیان سبز.

منشأ رفتارهای زن احساس و عاطفه است و تحمل مسئولیت های سنگین و طاقت فرسا آثار روانی نامطلوبی بر او می گذارد. زنان در یک زمان حواس خود را به چند موضوع معطوف می کنند. به همین دلیل، توانایی خود را در تعیین اولویت امور به سرعت از دست می دهند؛ چراکه تمرکز ندارند و زودتر آشفته می شوند. زنها به سرعت افسرده می شوند و گریه می کنند، اما مردها به ندرت افسردگی خود را نشان می دهند. به همین دلیل، سطح کیفی نمایش افسردگی از سوی زنها خیلی عمیق نیست. مردها گرچه دیرتر دچار افسردگی می شوند، اما اگر افسرده شوند تا مرز خودکشی پیش می روند<sup>۱</sup>.

نمایش عاطفه در زن قوی تر است. از سوی دیگر، تمرکز در مردها قوی تر است. درک و پذیرش این تفاوت ها از بروز ناراحتی های احتمالی در خانواده جلوگیری می کند. زنها باید بدانند تمرکز مرد هرگز معیاس و میزانی برای اندازه عشق و علاقه او به همسر نیست. طبیعی است وقتی مرد با مشکلی در زندگی مواجه می شود، حالت تمرکز به خود می گیرد، گویا هیچ مسئله دیگری در زندگی وجود ندارد و او در قبال دیگران هیچ مسئولیتی ندارد. زن نباید این حالت را به بی توجهی تفسیر کند و فکر کند که او از روی عمد به همسرش بی محلی می کند. اگر درست فکر کند رنجشی برای او پیش نمی آید، بلکه تلاش می کند همسر خود را در برطرف کردن مشکل کمک نماید. مردها نیز باید بدانند زنان در مواجهه با مشکلات به بیان احساسات خود نیازمندند. اگر احساسات خود را ابراز نکنند افسرده می شوند. آنان به توجه و احترام از سوی همسر احساس وابستگی می کنند. نیاز آنان در چنین مواقعی موعظه و امر و نهی نیست، بلکه آنان تشنه محبت و عشق هستند. حرکت به سمت پذیرش تفاوت ها، زن و مرد را به سوی کمال رهنمون می سازد. وقتی همسران از تفاوت های همدیگر آگاهی داشته باشند، به جای اینکه از تفاوت ها احساس تنفر کنند، به آن بها می دهند. همین تفاوت هاست که باعث سازگاری شما می شود. اگر زن و مرد هر دو به طور مطلق شبیه هم بودند آسیب پذیری آنان نیز به شدت شبیه یکدیگر بود. بنابراین، وقتی با مشکلات روبه رو می شدند، سعی می کردند از یک روش به مقابله با آن برخیزند و از پیدا کردن راه حل مشکل باز می ماندند<sup>۲</sup>.

آگاهی از تفاوت ها و توجه به آن باعث می شود زن و مرد نه تنها در تأمین خواسته های یکدیگر موفق تر باشند، بلکه موجب می گردد در تأمین خواسته های خود نیز به توفیق بیشتر و بهتری دست یابند. وقتی زن بداند تحریک پذیری مرد در برابر محرک های بصری بسیار بیشتر از سایر محرکات است و مرد بداند زن در برابر تحریکات لمسی حساسیت بیشتری دارد، بهتر می تواند خواسته های خود و همسرش را تأمین کند. خصلت مرد چشم دوانی و خصلت زن خودآرایی است. تیرج از ویژگی های عاطفی زن است و کمتر اتفاق افتاده است که مردان با لباس های بدن نما ظاهر شوند<sup>۳</sup>.

فطری بودن هریک از این خصلت ها برای زن و مرد وظیفه دیگری را روشن می سازد که چه بازخوردی با می تواند هریک از زن و مرد را راضی سازد. لمبروزو روانشناس معروف می گوید: وقتی زن مرد را نسبت به خود علاقه مند دید، دیگر هدف اصلی او عشوه گری و خودنمایی در برابر دیگران نیست. چنان که مشاهده می شود زنانی که به شوهر و کودکان خود علاقه دارند، به کلی از عالم عشوه گری و دلبری افراطی و مذموم برکنار هستند. اگر زنی خودنمایی در برابر دیگران را پیشه خود می سازد به این دلیل است که پاسخ عواطف درونی خود را نزد شوهرش نیافته است<sup>۴</sup>. تعدیل خصلت خودنمایی در زن با تأمینی که مرد برقرار می سازد، ممکن می شود. خودآرایی متعادل لازمه زندگی سعادت‌مندانه، قابل احترام و برنامه ریزی است.

۱- مجد، محمد (۱۳۷۸)، روان شناسی زن و مرد، تهران، نسل نواندیش.

۲- کوبیلام، سوزان (۱۳۷۸)، در پناه یکدیگر، ترجمه فرشته صالحی، تهران، نسل نواندیش.

۳- هاشمی رکاوندی، سید مجتبی (۱۳۷۰)، روان شناسی زن، قم، نشر شفق.

۴- لمبروزو، جینا (۱۳۸۰)، روح زن، ترجمه پری حسام شهرتیس، تهران، نشر دانش.

## ۵- تفاوت در تفکر زن و مرد

تفکر دارای اقسامی است که از آن جمله، می توان به تفکر ابتدایی، تفکر انتزاعی، تفکر حل مسئله و ... اشاره کرد. به طور معمول، تفکر ابتدایی در میان زنان بیش از مردان است. خانم ها در بسیاری از موارد خواب های طولانی می بینند که این خود نشانی از تفکر ابتدایی است.<sup>۱</sup> تفکر انتزاعی که به استنباط و به دست آوردن مفاهیم از نمونه ها نیازمند است، گرچه در میان زن و مرد دیده می شود، اما در میان زنان اجزای این تفکر بسیار ریز و جزئی است و مردان در تفکر انتزاعی کل گرا هستند. به همین دلیل، زنان برای فکر کردن و تصمیم گرفتن به دقت بیشتری نیازمندند، در حالی که مردان به خاطر کلی نگری زودتر پاسخ می دهند و سرعت تصمیم گیری بیشتری دارند.

در تفکر حل مسئله، که نوعی از تفکر انتزاعی است، انسان با یک دسته از معلومات به سراغ حل برخی از مجهولات می رود. مردان برای حل یک مسئله زمان کمتری می خواهند؛ چون تمرکز دارند. در نتیجه، درصد اشتباه و انحراف از استاندارد در زنان بیش از مردان است و تفکر حل مسئله زنان به کندی پیش می رود.<sup>۲</sup> گرچه دامنه کمی تفکر زنان پیش از مردان است، اما مسائل پیچیده و دقیق را نباید به آنان واگذار کرد؛ چرا که رأی آنان در پیچیدگی ها از ضمانت صحت بالایی برخوردار نیست. حضرت علی (ع) در زمینه این تفاوت می فرماید: از مشورت با زنان بپرهیزید؛ چرا که رأی آنان زود سست می شود و تصمیم آنان ناپایدار است.<sup>۳</sup> عامل ناپایداری در تصمیم گیری زنان، افزون بر غلبه احساسات و عواطف، دید گسترده، باز و سطحی آنهاست. به همین دلیل، قرآن کریم در مسائلی که پیچیدگی خاصی ندارد و زنان در اظهار نظر سهمی دارند، به مردان توصیه کرده است که کار را با مشورت زنان انجام دهند: «وقتی پدر و مادر می خواهند بچه را از شیر خوردن بازگیرند، چنانچه با رضایت و مشورت باشد، بی اشکال است».<sup>۴</sup> همچنین در مواردی خاص که زنان از پختگی و تجربه خوب برخوردارند، می توان با زنان مشورت کرد؛ چرا که نهی از مشورت عمومی و غالبی است و می توان برای آن مواردی استثنایی پیدا کرد. پس در مواردی که به تصمیم گیری در کارهای مهم رو می آوریم، نباید تصمیمات پایدار و رأیی قوی را از زنان انتظار داشته باشیم.

## مبانی تفاوت حقوق زن و مرد

زنان، بخشی از جامعه انسانی اند که در حوزه ایمان و کمال، تفاوتی با مردان ندارند و گاه به چنان مقامی دست می یابند که مردان باید از آنان درس تقوا، شجاعت، دیانت و خضوع در برابر پروردگار بگیرند. قرآن کریم در یک دعوت عمومی می فرماید: یا ایها الذین آمنوا، راه کمال را با استمرار حرکت در مسیر ایمان، برای هر زن و مرد ترسیم می کند و مثال هایی از افراد نمونه را که در آن هم سخن از مرد است و هم زن برای عبرت افراد جامعه مثال می زند تا راه صعود به قله بلند ایمان برای زن و مرد روشنتر شود.<sup>۵</sup>

زن همواره با توجه به تمدن در دوره های مختلف در طول تاریخ دارای ارزش و احترام بوده و از دیر باز جایگاه و پایگاه متغیری در جهان داشته است. زنان در پیشرفت تمدن ها و ترقی فرهنگ ها پا به پای مردان تلاش کرده اند. در سرزمینی که برای زنان حقوق طبیعی و شئون انسانی قائل نبودند و زن را موجود بسیار حقیر و وسیله ای برای ازدیاد نسل می دانست به دختردار شدن علاقه مند نبودند و این

۱- مجد، محمد (۱۳۷۸)، روان شناسی زن و مرد، تهران، نسل نواندیش.

۲- مجد، محمد (۱۳۷۸)، روان شناسی زن و مرد، تهران، نسل نواندیش.

۳- نهج البلاغه، نامه ۳۱

۴- بقره: ۲۳۳

۵- حیدری، حسن، ابراهیمی نسب، یوسف (۱۳۸۹)، جایگاه زن در گذر تاریخ و سیری در حقوق آن، فصلنامه علمی پژوهشی زن و فرهنگ، شماره ۵.

عدم علاقمندی بین مردها زیادتیر وجود داشت. در دوران جاهلیت به حدی جاهل بودند که وقتی به آنها اطلاع میدادند که صاحب دختر شده از شدت خشم رنگ چهره‌ایشان بر می‌گشت.<sup>۱</sup> در دوران جاهلی نسبت به زن دیدگاه منفی وجود داشت. اندیشه و فکر زن، سست و ضعیف و نظرخواهی و مشاوره با وی نشانه حماقت بود.<sup>۲</sup> در فرهنگ بابل قدیم، مرد میتوانست زن خود را طلاق دهد و تنها کاری که می‌کرد آن بود که جهیزیه زن را به وی بازگرداند و به او بگوید: «تو زن من نیستی» ولی اگر زنی به شوی خود میگفت «تو شوهر من نیستی» واجب بود که با غرق کردن وی را بکشند. نازایی، زنا دادن، ناسازگاری با شوهر، بد اداره کردن خانه، همگی از چیزهایی بودند که برحسب قانون، طلاق دادن زن را مجاز می‌ساخت. در روم سرنوشت و حقوق زنان با ملل ایران باستان، هند قدیم و سرزمین اعراب جاهلیت اندک تفاوت داشت. در روم مرد حاکم مطلق و بی‌چون و چرای زن و خانواده خویش بود، مرد اختیار مرگ و زندگی زن خود را در دست داشت. بدین معنا که اگر زن مرتکب جنایتی می‌شد، شوهرش می‌توانست او را اعدام کند. کاتن یکی از رومیان قدیم می‌گوید: «شوهر بر زن خود حاکم است و اختیارش را حدی نیست. هر چه بخواهد می‌تواند. اگر از زن خطایی سر بزند او را جزا می‌دهد؛ اگر شراب بیاشامد محکومش می‌کند و اگر بی‌ناموسی کند او را می‌کشد.» در یونان پدر خانواده اختیاردار مطلق بود. پدر حق داشت که فرزندان ضعیف خود را بکشد و در این بین دختران را بیش از پسران می‌کشتند، زیرا آنها نیاز به جهیزیه داشتند و بعد از ازدواج از خدمتکاری خانه پدر آزاد می‌شد و در خانه شوهر خدمت می‌کردند. در این دوران زن شی‌ای قابل تملک و عنصر توالد بوده و به هیچ وجه او را شریک مرد و واجد قوای کامل بشری نمی‌دانستند.<sup>۳</sup>

در ایران باستان اندیشه ایرانیان باستان درباره زن نسبت به دیگر اقوام ما قبل یا هم عصر خویش از وضعیت بهتری برخوردار بوده است. در تاریخ گذشته ایران زنان دارای شخصیت حقوقی نبوده و در شمار اشیاء و تحت قیمومیت مردان قرار داشتند. در امپراطوری ساسانیان، بنابر عرف و رسمی که از قدیم مانده بود، زن شخصیت حقوقی نداشت؛ به این معنا که او به عنوان یک انسان دارای حق نبود. زن در زمان امپراطوری ساسانی به عنوان یک شی فرض می‌شد که می‌توانست مال کسی یا حق کسی باشد و خود زن حقوق مالی نداشت. زن در سلسله مراتب خانوادگی تحت سرپرستی و قیمومیت ربیب خانواده به نام «کدخدا» بود. این کدخدا می‌توانست هر کسی باشد، پدر باشد یا شوهر و در هر صورت مرگ آنها جانشین ایشان ربیب خانواده دارای اختیارات وسیعی بود و تمام هدایایی که گاه‌به‌گاه به زن داده می‌شد یا مالی را که زن با کار و تلاش خود به دست می‌آورد همه متعلق به ربیب خانواده بود و زن از اموال خود بی‌نصیب بود.<sup>۴</sup>

در آیین یهود که پس از موسی (ع) دستخوش تحریف‌هایی شد، آفرینش (حوا) از دنده چپ آدم دانسته شده و فریب خوردن از شیطان و بیرون شدن از بهشت نیز به حوا به عنوان زن نسبت داده شد. گناه و آلودگی زن بیش از مرد است و تطهیرناپذیری او در بعضی موارد از مطالبی است که در متون دین یهود موج می‌زند. یهودیان در مسائلی مانند عبادت خدا، سعادت اخروی، پاداش اعمال نیک و ... هرگز زن را با مرد برابر نمی‌دانند.<sup>۵</sup>

آیین مسیحیت در مورد حقوق و جایگاه فردی و اجتماعی زن دیدگاه ثابت و تغییرناپذیری ارائه نکرده

۱- بارتله، کریستیا (۱۳۷۷)، زن در حقوق ساسانی، ترجمه ناصرالدین الزمانی، چاپ اول، تهران، انتشارات عطایی.  
 ۲- جواد علی (۱۴۱۲)، المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام، ج ۵، دارالعلم للملایین، چاپ دوم، بیروت، لبنان.  
 ۳- ویل دورانت (۱۳۸۰)، تاریخ تمدن، تهران، انتشارات علمی و فرهنگی.  
 ۴- بارتله، کریستیا (۱۳۷۷)، زن در حقوق ساسانی، ترجمه ناصرالدین الزمانی، چاپ اول، تهران، انتشارات عطایی.  
 ۵- کویلیام، سوزان (۱۳۷۸)، در پناه یکدیگر، ترجمه فرشته صالحی، تهران، نسل نواندیش.

است. نسخه های گوناگون شناخته شده به نام (انجیل) و رساله های به جای مانده از شخصیت های برجسته و نامدار مسیحی و کشیش ها و فرقه های مختلف و کاتولیک ها هر یک به سهم خود در مورد حقوق زن، دیدگاه های متفاوتی اظهار کرده اند. در رساله اول پولس رسول به تیموتائوس چنین آمده است: خدا اول آدم را آفرید و بعد حوا را، آدم فریب نخورد، بلکه زن فریب شیطان را خورد و در تقصیر گرفتار شد. از این جهت خداوند درد زایمان را به حوا داد اما به زاییدن رستگار خواهد شد اگر در ایمان و محبت و قدوسیّت و تقوا ثابت بماند. رساله یادشده آدم نخستین را از هر گناه تبرئه می کند و گناه فریب خوردن از شیطان را به گردن حوا به عنوان یک زن می افکند. این سخن با پیامهای شریعت و وحی، مخالف است. همچنین در رساله اول پولس رسول به افسسیسان آمده است: ای زنان شوهران خود را اطاعت کنید چنان که خداوند را زیرا که شوهر سر زن است چنان که مسیح نیز سر کلیسا و او نجات دهنده بشر است. پولس رسول در رساله اول خود به تیموتائوس می گوید: زن را اجازه نمی دهم که تعلیم دهد یا بر شوهرش مسلط شود بلکه در سکوت بماند. پولس رسول در رساله اول خویش در پاسخ سوال مسیحیان، به مجرد ماند و ازدواج نکردن توصیه می کند.<sup>۱</sup> با این مقدمه ای که در خصوص تفاوت های زن و مرد در ادیان و تمدن های مختلف بیان شد در این مبحث به تبیین مبانی تفاوت های حقوق زن و مرد می پردازیم.

## ۱- مشترکات تکوینی و تشریحی زن و مرد در قرآن

اشتراکات تکوینی و تشریحی مرد و زن را می توان در موارد ذیل مورد بررسی قرار داد:

اشتراک در ماهیت انسانی: بحث حقوق زن و تساوی یا عدم تساوی حقوق، از رهگذر جامعه بین المللی و نیز روابط با دولت های اروپایی به کشورهای اسلامی راه یافت و افکار عمومی را به خود مشغول ساخت. دشمنان اسلام و بیگانگان با شیوه های گوناگون از جمله با بهره مندی از رسانه های گروهی مثل رادیو و تلویزیون به سم پاشی پرداختند و کوشیدند تا اسلام را مخالف آزادی، استقلال و حقوق اجتماعی - انسانی زن معرفی کنند، در حالی که اندیشه یکسانی و یگانگی ماهوی زن و مرد، اندیشه ای قرآنی است. در تفکر قرآنی، زن همپای مرد تکامل پذیر است و در پرتو علم و عمل، به معراج می رود؛ زیرا این دو از نفسی واحد آفریده شده اند؛ یعنی نفس آن دو برابر است: «یا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَ خَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا؛ ای مردم، از پروردگارتان بپرهیز که همه شما را از نفسی واحد آفرید و همسر وی را نیز از جنس او خلق کرد».

طبق آیه مذکور، مرد و زن از لحاظ ماهیت و لوازم آن یکسانند؛ یعنی هر دو انسانند. نهایت اینکه در عین داشتن وحدت نوعی، به دو صنف منطقی یا به تعبیر دیگر، به دو جنس تعلق دارند. برای توضیح، می توان گفت: اشتراک حضرت آدم و حوا در فریفته شدن با وسوسوس شیطانی بیانگر اشتراک سرنوشت آنان است. به عبارت دیگر، فریفتگی آن دو در عرض یکدیگر قرار دارد و مرد و زن در انسانیت و لوازم آن برابرند.<sup>۲</sup> بنابراین، همه انسان ها از هر صنف، خواه زن و خواه مرد، از یک ذات آفریده شده اند و اولین زنی که همسر اولین مرد است، از همان ذات و گوهر عینی خلق شده است.<sup>۳</sup>

ماهیت انسانی مشترک زن و مرد، چهره خود را در اجرای برابر برخی مجازات ها نیز نمایان کرده است.

۱- جواد علی (۱۴۱۲)، المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام، ج ۵، دارالعلم للملایین، چاپ دوم، بیروت، لبنان.

۲- نساء، ۱

۳- کویلیام، سوزان (۱۳۷۸)، در پناه یکدیگر، ترجمه فرشته صالحی، تهران، نسل نواندیش.

۴- جواد امّلی، عبدالله (۱۳۸۸)، زن در آیینه جلال و جمال، قم: نشر اسراء.

در اسلام، مجازات بسیاری از جرایم درباره زن و مرد، یکسان اجرا می شود. برای مثال، قرآن کریم مجازات سرق آن دو را با جمله «السَّارِقِ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا قِرِينَ هَمْ بِيَانِ نَمُودَه وَ كَيْفَرِ زَنَائِیْ أَنَهَا رَا بِ جَمَلَه «الزَّانِيَةِ وَ الزَّانِيِ فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ مَسَاوِي خَوَانَدَه اَسْت.»

با مروری اجمالی در آیات قرآن، این نکته به خوبی اثبات می شود که زن و مرد از یک حقیقت هستند و قرآن بدان تصریح دارد. اصل بیستم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز در این خصوص مقرر می دارد: «همه افراد ملت، اعم از زن و مرد، یکسان در حمایت قانون قرار دارند و از حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلام برخوردارند. در مقام اجرای این حق، قانون مدنی در ماده ۹۵۸ مقرر می دارد: «هر انسان متمتع از حقوق مدنی خواهد بود، لیکن هیچ کس نمی تواند حقوق خود را اجرا کند، مگر اینکه برای این امر اهلیت قانونی داشته باشد. بنابراین، قانون اساسی و قوانین عادی انسان بودن زن و مرد را بدون توجه به جنسیت آنان، در حمایت قانون قرار داده اند، به گونه ای که نه تنها دیگران، حتی خود انسان نیز حق سلب حقوق خویش را ندارد، هر چند می تواند جزئی از حق خویش را سلب کند که در بحث اهلیت متمتع و استیفا مطرح می شود. از این رو، حمایت یکسان قانون از زن و مرد در حقیقت، حمایت از حقوق مشترک و اختصاصی آن دو است!»

الف- تساوی در تکامل: مرد و زن با عبودیت خدای متعال و به انجام رساندن تکالیفی که بر عهده شان است، به طور مساوی استکمال می یابند. راه رسیدن به کمالات انسانی و تقرب به خدای متعال؛ برای هر دو باز است. خدای متعال می فرماید: «وَمَنْ يَعْمَلْ مِنَ الصَّالِحَاتِ مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَأُولَٰئِكَ يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ وَلَا يُظْلَمُونَ نَبْرًا؛ هر کس کاری شایسته کند، خواه مرد باشد و خواه زن، در حالی که ایمان داشته باشد، چنان کسانی داخل بهشت می شوند و کمترین ستمی به آنها نخواهد شد.» با این آیه، خداوند متعال به همه اهل تکلیف - اعم از زن و مرد - وعده داده است که هرگاه اهل ایمان باشند و خدا را به یکتایی پرستش کنند و پیامبر گرامی را تصدیق نمایند، آنها را داخل بهشت گرداند و در آنجا سکونت دهد و از ثواب و مزدی که استحقاق دارند به اندازه ذره ای نکاهد.»

ب- تساوی در ایمان و کفر: آنچه انسان ها را، اعم از مرد و زن، در دو جناح حق و باطل جای می دهد، ایمان حقیقی و کفر باطنی و نفاق است. مرد یا زنی بودن موضوعیت ندارد. قرآن می فرماید: «الْخَبِيثَاتُ لِلْخَبِيثِينَ وَالْخَبِيثُونَ لِلْخَبِيثَاتِ وَالطَّيِّبَاتُ لِلطَّيِّبِينَ وَالطَّيِّبُونَ لِلطَّيِّبَاتِ أُولَٰئِكَ مُبَرَّءُونَ مِمَّا يَقُولُونَ لَهُمْ مَغْفِرَةٌ وَرِزْقٌ كَرِيمٌ؛ زنان خبیث برای مردان خبیث، و مردان خبیث برای زنان خبیث، و زنان پاک برای مردان پاک، و مردان پاک برای زنان پاک هستند.» این معنا از امام باقر و امام صادق (علیهما السلام) نیز روایت شده است؛ فرمودند: این آیه نظیر «الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً...» است که گروهی از مردان می خواستند با زنان بدکاره ازدواج کنند و خداوند آنها را از این کار نهی کرد و این کار را برای ایشان مکروه شمرد.»

پ- اشتراک در تکالیف: بسیاری از تکالیف میان مردان و زنان مشترک است. از دیگر موارد اشتراک زن و مرد، می توان به «حق مشارکت سیاسی همان گونه که مرد حق مشارکت در فعالیت های سیاسی و اجتماعی دارد، زن نیز در این عرصه مستقل است، مگر در مواردی که مربوط به تفاوت های جسمی و روانی آنان می گردد. بنابراین، زن در پذیرش اسلام، هجرت، بیعت، شرکت در انتخابات و اظهار نظر در

۱- کاظم زاده، علی (۱۳۸۶)، تفاوت حقوقی زن و مرد، تهران: بنیاد حقوقی میزان.

۲- نساء، ۱۲۴

۳- طبرسی، حسن بن فضل (۱۳۷۲)، تفسیر طبرسی، تهران، ناصر خسرو.

۴- همان



مسائل و مشکلات اجتماعی و نظایر آن استقلال کامل دارد و «حق مالکیت در اسلام، به موجب تعالیم قرآنی، از چهارده قرن پیش، حق مالکیت و سهم ارث زنان به رسمیت شناخته شده است.

## ۲- تمایزات و تشابهات زن و مرد

همان گونه که نشناختن تفاوت های طبیعی عالم خلقت و عدم درک صحیح و دقیق فلسفه وجودی این تفاوت ها و نیز زشتی و زیبایی ها، سبب می شود که انسان با بدبینی، جهان هستی را سراسر بی عدالتی و غرق در تبعیض بداند، بدیهی است که این عدم شناخت وقتی با بی توجهی به مستندات فقهی احکام درباره دو جنس زن و مرد تقویت شده، قطعاً دین را در معرض اتهام بی عدالتی و تبعیض قرار می دهد که نوعی ظلم و ستم مشهود و دیرینه را بر نیمی از پیکره خلقت آدمی روا داشته است و با استناد آن به دین خدا، مهر سکوت را بر لب ها می زند تا کسی جسارت اعتراض پیدا نکند از منظر سیر تکوین آموزه های علمی نیز، مقوله عنایت به حقوق زنان از زمان صدور اعلامیه استقلال آمریکا در سال ۱۷۷۶ میلادی و اعلامیه حقوق بشر فرانسه در سال ۱۷۸۹ میلادی در غرب مطرح گردید. زمانی که ایی گیل آدامز همسر رئیس جمهور وقت آمریکا و از سردمداران اعلامیه استقلال آمریکا، با صدور نامه ای به عنوان «خانم ها را به خاطر داشته باشیم» گوشزد می کند اگر حقوق خانم ها در این اعلامیه مورد توجه قرار نگیرد آنها سر به شورش می گذارند و همین طور از زمانی که خانم اولیامپ دگونگ، از رهبران انقلابی پاریس و هم زمانش پس از انتشار اعلامیه حقوق بشر که مختص حقوق مردان بود در اعتراض به آن، به جرم ضد انقلابی بودن، گردنشان زیر تیغ گیوتین قرار می گیرد! لیکن در حدود بیش از یک قرا است که تفاوت بین حقوق زن و مرد به یکی از مباحث جنجالی و پر اهمیت بسیاری از محافل و سازمان های علمی و حقوق بشری داخل و بین المملی تبدیل گشته است مسائلی نظیر تنش و تاثیر جنسیت در حقوق و تکالیف و برابری یا تشابه زن و مرد در کلیه امور، از جمله امور حقوقی موضوع مطالعات همایش های فراوان در سطح ملی و بین المللی قرار گرفته است.

## ۳- ملاک تفاوت های تشریعی میان زن و مرد

مهم ترین تفاوت های تشریعی زن و مرد در دو زمینه اجتماعی و خانوادگی است که در این قسمت به بررسی آنها می پردازیم.

الف- اختلافات اجتماعی: مهم ترین تفاوت های حقوقی اجتماعی میان زن و مرد عبارت است از: اختصاص جهاد ابتدایی به مردان، اولویت مردان بر زنان در جهاد دفاعی، اختصاص حکومت و امارت و تصدی امر قضا به مردان، و اختصاص مرجعیت تقلید به مردان. از دیدگاه قرآن کریم، میان مرد و زن در زمینه اجتماعی، دو تفاوت حقوقی وجود دارد: یکی اینکه نبوت مختص مردان است: «و ما أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ إِلَّا رِجَالًا نُوْحِي إِلَيْهِمْ؛ پیش از تو جز مردانی که به ایشان وحی می کردیم، نفرستادیم»<sup>۱</sup>.

دیگر اینکه شهادت دو زن هم تراز شهادت یک مرد است: «وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ رِجَالِكُمْ فَرَجُلٍ وَ امْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشَّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى؛ دو گواه از مردان خویش به گواهی گیرید، و اگر دو مرد نباشند یک مرد و دو زن از گواهانی که از آنان خرسندید، تا اگر یکی از آن دو از یاد برد، یکی از آن دو به یاد آن دیگر بیاورد»<sup>۲</sup>.

۱- ظهیری، عباس (۱۳۷۵)، قصاص در بوته نقد و تحقیق، نشریه پاسدار اسلام، شماره ۱۷۱ و ۱۷۲.

۲- یوسف، ۱۰۹

۳- بقره، ۲۸۲

از جمله اختلافات حقوقی زن و مرد، مسئله اختلاف در شهادت است. از نظر قرآن کریم، شهادت دو زن معادل شهادت یک مرد است. قرآن اصل را بر شهادت دادن مرد گرفته است. دلیل آن این است که شاهد گرفتن و ادای شهادت بدین منظور است که حقی پایمال نشود. پس شهادت دو شرط دارد: یکی اینکه شاهد در مقام ادای شهادت، هوشیار و زیرک باشد و موضوع را به دقت و درستی ضبط کند. دیگر آنکه در مقام ادای شهادت، تحت تأثیر احساسات و عواطف واقع نشود و هرچه را شاهد بوده، بی کم و کاست بازگو کند و شهادت دهد.

ممکن است شاهد در مقام ادای شهادت، آنچه را ناظر بوده است، باز گوید و شهادت دهد؛ چنان که ممکن است شاهد تحت تأثیر احساسات قرار گیرد و به هر دلیلی، حق را زیر پا بگذارد و برخلاف واقع شهادت دهد. خدای متعال می فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا؛ ای کسانی که ایمان آورده اید، به دادگری رفتار کنید و برای خدای متعال گواهی دهید؛ اگر چه به زیان خودتان یا پدر و مادر و نزدیکانتان باشد. اگر کسی که به سود او گواهی می دهید توانگر یا مستمند باشد، خدای متعال به (رعایت حال) ایشان شایسته تر است»<sup>۱</sup>

با این وصف، اگر جنس زن و مرد مقایسه شوند، معلوم خواهد شد که مردان در هر دو جهت، از زنان قوی ترند. بنابراین، برای تحمل و ادای شهادت، مردان از زنان شایسته ترند. روشن است که عامل فراموشی مذکور - یعنی تأثیر احساسات و عواطف ناشی از حوادث، به ویژه حوادث کیفری که به مراتب ناگوارتر است - در زنان بیش از مردان یافت می شود و این حقیقتی غیر قابل انکار است. البته رقت قلب و عاطفه شدید در زنان در جای خود، یکی از نعمت های الهی است که به زنان اعطا شده است. همین رقت قلب و عاطفه شدید در زنان موجب شده است تا ایشان در مسائل خانوادگی و بسیاری از حوادث تاریخی، نقش بسیار مهمی ایفا نمایند.

ب- اختلافات خانوادگی: خانواده مهم ترین نهاد حقوقی در اسلام است. در رویکرد اسلام، زن و مرد مکمل یکدیگرند. ازدواج قانونی، تقسیم کار، قانون ارث و مدیریت مرد راه کار هایی هستند که برای استحکام خانواده، محل عنایت شارع بوده اند. توصیه اسلام این است که هر یک از زن و مرد به جای اعتراض، باید واقعیت را بپذیرد و آرزوی تغییر تفاوت های تکوینی یا تشریعی تأثیری در واقع ندارد. مهم آن است که هر انسانی استعداد و توانایی خود را در مسیر تکامل به کار بگیرد. اسلام خانواده را هسته اولیه تشکّل و تکوّن جامعه می داند. در این رویکرد، خانواده خاستگاه همه مصالح و مفاسد اجتماعی است. با عنایت به جایگاه رفیع این نهاد بارزش، اسلام سعی کرده است از طریق ازدواج مشروع و ترویج آن، بنیان خانواده را مستحکم کند و برای تأمین مصالح فردی و اجتماعی انسان ها، خدای متعال احکام را براساس مصالح بندگانش تشریح کرده است.

### نتیجه

عدالت اجتماعی یکی از اهداف مناقشه ناپذیر بشر در طول تاریخ حیات سیاسی او بوده است و نمیتوان زمانی را تصور کرد که انسان تصویری از عدالت داشته باشد و در عین حال آن را نفی کند. از جمله مباحثی که امروزه در ذیل عدالت اجتماعی به معنای کلان آن طرح میشود بحث از عدالت جنسیتی است که به بررسی نابرابریهای اعمال شده در حق زنان به عنوان یکی از گروههای انسانی میپردازد که مورد ظلم

۱- نساء، ۱۳۵

۲- مصباح، محمدتقی (۱۳۸۷)، خودشناسی برای خودسازی، قم، انتشارات موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.

هم نوعان مذکر خود قرار گرفته است و در این میان مؤلفه های مختلفی در راستای بیان مفهوم عدالت جنسیتی ذکر شده است؛ این مؤلفه ها عبارتند از: «حذف محرومیت به دلیل جنس»، «حق انتخاب آزاد»، «فراهم آوردن فرصتها»، «تناسب در حقوق و مسئولیتها»، «شرط انصاف»، «توجه به تفاوت بیولوژیک زنان و مردان». عدالت جنسیتی معنای تحقق برابری نیست و منوط به رعایت تناسب ها است. در واقع از نگاه اسلام، عدالت در تناسب با فرد و وظایفش تعریف می گردد و تساوی و برابری تصویری سطحی از این مفهوم است. داعیه داران این نگاه، راه حل نیل به عدالت را نه یکسان سازی زن و مرد، بلکه توجه به مقدرات و محظورات دو جنس در انجام وظایف و تکالیف می دانند. با این حال و علیرغم تلاش های صورت گرفته باید گفت در زمینه عدالت جنسیتی بیشترین وفاق بر سر مسائلی چون حقوق انسانی، آموزش و سلامت است و همچنان برخی از ابعاد عدالت جنسیتی با چالش هایی مواجه است که این ابعاد عبارتند از برابری در قانون مانند تساوی در حق قضا، دیه، عدم قصاص در قتل فرزند، اقتصاد و اشتغال و مشارکت و قدرت سیاسی و حضور در راس نهادهای تصمیم گیر و تصمیم ساز و انتصاب در موقعیت های سیاسی؛ در واقع در ابعاد ذکر شده ملاک برقرار نمودن عدالت جنسیتی همچنان با چالش مواجه است که دلیل این امر مواردی چون فقدان تعریف عدالت جنسیتی، فقدان وفاق در زمینه مفاهیم و واژه ها، اولویتها و شیوه های برنامه ریزی، بی توجهی به اولویت های ملی و محلی، ضعف برنامه نویسی، فقدان شناخت و آگاهی در برنامه ریزان، سیاست زدگی، حکومت زدگی، ناکارآمدی نیروهای مدیریتی و اجرایی، شکاف بین نهادهای پژوهشی و سیاستگذاری، فقدان ضمانت های حقوقی، ضعف در نظام داده و آمار، توسعه ناموزون ابعاد عدالت جنسیتی، تفاوت ادراک و احسان ذی نفعان، مردسالاری در نهادهای سیاستگذار؛ می باشد. لذا با توجه به موانع و چالش های ذکر شده دسترسی زنان به فرصت ها و منابع مختلف متوازن نیست و این مسأله با وجود تنظیم شش برنامه توسعه همچنان در تمامی جنبه های زندگی فردی، خانوادگی و اجتماعی به وضوح قابل مشاهده است. در نتیجه برای مواجهه با جامعه جهانی بایستی عدالت جنسیتی بر مبنای الگوی ایرانی - اسلامی شاخص سازی گردد و معرفی شاخص ها و مؤلفه های عدالت جنسیتی متناسب با فرهنگ و انتظارات جامعه در اولویت برنامه ریزی ها و سیاستگذاری ها قرار گیرد.

- آشوری، محمد (۱۳۸۳)، حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، تهران، انتشارات دانشگاه تهران (دانشکده حقوق و علوم سیاسی).
- استیفن، رابینز (۱۳۸۹)، مدیریت رفتار سازمانی، تهران، نشر کتاب مهربان نشر.
- بیات، عبدالرسول و دیگران (۱۳۸۱)، فرهنگ ها و واژه ها، قم، مؤسسه اندیشه و فرهنگ دینی.
- بارتله، کریستیا (۱۳۷۷)، زن در حقوق ساسانی، ترجمه ناصرالدین الزمانی، چاپ اول، تهران، انتشارات عطایی.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- جواد علی (۱۴۱۲)، المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام، ج ۵، دارالعلم للملایین، چاپ دوم، بیروت، لبنان.
- جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۸)، زن در آینه جلال و جمال، قم: نشر اسراء.
- حیدری، حسن، ابراهیمی نسب، یوسف (۱۳۸۹)، جایگاه زن در گذر تاریخ و سیری در حقوق آن، فصلنامه علمی پژوهشی زن و فرهنگ، شماره ۵.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۷)، لغت نامه دهخدا، ج ۲۹، تهران، چاپ دانشگاه تهران.
- طباطبایی مومتمنی، منوچهر (۱۳۸۲)، آزادی های عمومی و حقوق بشر، تهران، دانشگاه تهران.
- طباطبایی، سید محمدحسین (۱۴۱۵)، المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۲، بیروت: موسسه الاعلمی للمطبوعات.
- طبرسی، حسن بن فضل (۱۳۷۲)، تفسیر طبرسی، تهران، ناصر خسرو.
- ظهیری، عباس (۱۳۷۵)، قصاص در بوته نقد و تحقیق، نشریه پاسدار اسلام، شماره ۱۷۱ و ۱۷۲.
- عبادی، شیرین (۱۳۷۴)، حق حیات زنانه، نشریه جامعه سالم، سال پنجم، شماره ۲۲.
- کاتوزیان، محمد علی (۱۳۸۳)، فرهنگ کاتوزیان، تهران، نشر دادگستر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹)، گامی به سوی عدالت (مجموعه مقالات)، ج ۲، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
- کاظم زاده، علی (۱۳۸۶)، تفاوت حقوقی زن و مرد، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- کوبیلیام، سوزان (۱۳۷۸)، در پناه یکدیگر، ترجمه فرشته صالحی، تهران، نسل نواندیش.

گری، جان (۱۳۸۱)، زن، مرد، ارتباط، ترجمه مهدی قراچه داغی، مشهد، راهیان سبز.

لمبرزو، جینا (۱۳۸۰)، روح زن، ترجمه پری حسام شهرنئیس، تهران، نشر دانش.

موحد شریعت پناهی، ژیلا (۱۳۷۴)، قصاص از دیدگاه قرآن، مجله ایران فردا، شماره ۱۹.

مصباح، محمدتقی (۱۳۸۷)، خودشناسی برای خودسازی، قم، انتشارات موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.

مجد، محمد (۱۳۷۸)، روان شناسی زن و مرد، تهران، نسل نواندیش.

محبان، مسعود (۱۳۹۳)، بررسی فقهی حقوقی تاثیر جنسیت بر نوع و میزان مجازات ها و تطبیق آن با حقوق فرانسه، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، دانشکده الهیات و معارف اسلامی.

مطهری، مرتضی (۱۳۷۷)، مجموعه آثار، جلد ۱، تهران، نشر صدرا.

ویل دورانت (۱۳۸۰)، تاریخ تمدن، تهران، انتشارات علمی و فرهنگی.

ویسی، مریم (۱۴۰۰)، لزوم بازنگری در حکم عدم اجرای قصاص پدر در قتل عمدی فرزند از مجرای فقه پویا و اصلاح قانون مجازات اسلامی، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه پیام نور استان تهران، مرکز پیام نور تهران.

هاشمی رکاوندی، سید مجتبی (۱۳۷۰)، روان شناسی زن، قم، نشر شفق.

## **The response of the Islamic Republic of Iran to the aggression of the Zionist regime**

**Dr. Khosrow Vafae and Fereshteh Abdolrahimi**

**Submission Date: 15 November 2024 | Acceptance Date: 24 November 2024**

### **Abstract**

The recent Middle Eastern conflicts, rooted in a century of historical developments, entered a new phase on October 7, 2023, with the unprecedented and heroic operation by the Palestinian movement “ Hamas.” The Zionist regime’s astonishing vulnerability to this historic operation, coupled with its hasty, confused, and overly ambitious responses, gradually placed it in a severe security dilemma. This marked the collapse of its primary security and military doctrine: deterrence. In an effort to restore its deterrence capability, Israel committed numerous atrocities in search of a way out of its predicament. Given the decisive role of Western governments—especially the United States and the United Kingdom—in the creation and continuation of this illegitimate regime, Israel exerted significant efforts to involve major powers in the conflict. One of these efforts was to provoke direct confrontation between the United States and Iran. However, as these governments have adopted strategies to prevent the expansion of the conflict to other regional and international states, the Zionist regime’s policy has so far failed. Nevertheless, Israel has taken reckless measures to involve Iran in the conflict. These actions include attacks on Iran’s consulate in Damascus, the assassination of seven senior commanders of the Islamic Revolutionary Guard Corps (IRGC), the attempted assassination of Ismail Haniyeh, the leader of Hamas, on Iranian soil, the assassination of Sayyed Hassan Nasrallah, the leader of Hezbollah, and several other Hezbollah commanders, as well as the martyrdom of IRGC General Nilforoushan in Beirut. In response, the Islamic Republic of Iran, adhering to its principle of deterrence and supporting the resistance front, has conducted two military operations titled “The Truthful Promise 1” and “The Truthful Promise 2.” These operations have astonished not only Israel and the United States but also international observers and analysts. These actions, targeting Israeli entities backed by the United States and NATO, were executed to demonstrate Iran’s capabilities and strength on the global stage and to establish the resistance front as an emerging power in the Middle East. This article aims to explore the dimensions of these operations and their connection to the Islamic Republic of Iran’s diplomatic strategies in the current geopolitical landscape.

**Keywords:** Vadeh sadegh 1, Vadeh sadegh 2, Deterrence, Balance of Power, Resistance Front, Zionist Regime



## پاسخ جمهوری اسلامی ایران به تجاوزات رژیم صهیونیستی

دکتر خسرو وفائی، فرشته عبدالرحیمی

تاریخ پذیرش ۳ / ۹ / ۱۴۰۳

تاریخ ارسال ۲۵ / ۸ / ۱۴۰۳

### چکیده :

منازعات اخیر خاورمیانه که ریشه در تحولات یک قرن گذشته دارد، از ۷ اکتبر ۲۰۲۳، با عملیات بی نظیر و قهرمانانه جنبش فلسطینی «حماس» وارد مرحله جدیدی گردید. غافلگیری عجیب رژیم صهیونیستی در مقابل این عملیات تاریخی از یکسو، و پاسخ شتاب زده، سردرگم، و همراه با اعلام اهدافی دست نیافتنی، موجب شد تا بتدریج این رژیم را در تنگنای شدید امنیتی قرار دهد بطوری که مهمترین اصل امنیتی و نظامی این رژیم، یعنی اصل بازدارندگی را دچار فروپاشی نمود. در راستای احیای این اصل، اسرائیل دست به هر جنایتی زد تا راهی برای برون رفت از این مخمصه پیدا کند، و از آنجا که دولت‌های غربی، بویژه آمریکا و انگلیس در ایجاد و استمرار حیات این رژیم جعلی نقش تعیین کننده داشته اند، تلاش فراوانی از سوی اسرائیل بعمل آمد تا قدرت‌های بزرگ را درگیر این منازعه نماید. از جمله این تلاش‌ها، رو در رو قرار دادن ایالات متحده آمریکا با ایران بوده است، اما، از آنجا که این دولت‌ها، استراتژی خود را در عدم گسترش جنگ به سایر دولت‌ها منطقه ای و فرمانطقه‌ای تعیین کرده اند، این سیاست رژیم صهیونیستی تاکنون با شکست مواجه شده است. البته در خصوص درگیر کردن ایران در این منازعه، عملیات‌های جنون آمیزی داشته است. حمله به کنسولگری ایران در دمشق و ترور هفت تن از فرماندهان ارشد سپاه پاسداران، ترور اسماعیل هنیه رهبر حماس در خاک ایران، ترور سید حسن نصرالله رهبر حزب‌الله لبنان و تعدادی دیگر از فرماندهان این گروه و نیز سردار شهید نیلفروشان در بیروت، از جمله این اقدامات بوده است. جمهوری اسلامی نیز بر اساس اصل بازدارندگی و حمایت از جبهه مقاومت، تاکنون دو عملیات نظامی با عنوان وعده صادق ۱ و ۲ داشته است که نه تنها اسرائیل و آمریکا، بلکه ناظران و تحلیلگران بین‌المللی را نیز دچار حیرت ساخته است. در واقع این عملیات‌ها در اسرائیل متکی به آمریکا و ناتو انجام شده است، تا توانمندی و اقتدار ایران را به رخ جهان بکشد و جبهه مقاومت را بعنوان قدرتی نوظهور در خاورمیانه در منصفه دید متجاوزان و قدرتهای جهانی قرار دهد. این مقاله بر آن است تا ابعاد این عملیات‌ها که امروز در پیوند با عرصه دیپلماسی جمهوری اسلامی ایران قرار گرفته است مورد بحث و بررسی قرار دهد.

**واژگان کلیدی:** وعده صادق ۱، وعده صادق ۲، بازدارندگی، توازن قدرت، جبهه مقاومت، رژیم صهیونیستی

۱. خسرو وفائی، استادیار گروه علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان، رفسنجان، ایران (نویسنده مسئول)

۲. فرشته عبدالرحیمی، دانشجوی دکتری، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان، رفسنجان، ایران

پژوهش، و بحث و بررسی پیرامون تحولات خاورمیانه طی یکسال گذشته، حتی اگر جمهوری اسلامی ایران بطور مستقیم در آن مداخله ای نداشته باشد، دارای اهمیت بسزائی است، اما جمهوری اسلامی ایران بعنوان مرکز تحولات خاورمیانه و پشتیبان جبهه مقاومت در مرکزیت این تحولات قرار دارد، و نتیجه اهمیت پژوهش در این رابطه دو چندان میشود. نکته دیگر در رابطه با اهمیت و ضرورت پژوهش در این رابطه، به نسبت دو طرفه بین ایران و جبهه مقاومت باز میگردد. در واقع جمهوری اسلامی ایران و جبهه مقاومت، به لحاظ مباحث ژئواستراتژیک، عمق استراتژیک یکدیگر به حساب می آیند، و در نتیجه، تحولاتشان کاملاً مرتبط بوده و از همبستگی متقابل برخوردار است. امروز سرنوشت جمهوری اسلامی با جبهه مقاومت به هم گره خورده و از این جهت، مطالعه و پژوهش در حوزه سیاست خارجی ایران، جدای از جبهه مقاومت نیست. نکته دیگری که در این نوع پژوهش ها دارای اهمیت است، نشان دادن پیوند مستحکم بین دو قلمرو دیپلماسی و میدان کارزار است. در واقع معرفی کارکردهای میدان کارزار، از جمله عملیات وعده صادق ۱ و ۲، بعنوان بخشی از سیاست خارجی و روابط بین الملل ایران، ضرورتی انکار ناپذیر است. شهید بزرگوار حسین امیر عبداللهمیان، وزیر خارجه دولت شهید ابراهیم رئیسی، قوی ترین وزیر خارجه ایران از این جهت بود و بخوبی توانست پیوند دو قلمرو دیپلماسی و میدان را تثبیت نماید.

هدف این نوشته نیز، نشان دادن ابعاد سرنوشت ساز بخش دیگری از سیاست خارجی، یعنی معرفی قدرت بازدارندگی ایران که لازمه حیات سیاسی است میباشد که جلوه این قدرت، در دو عملیات تاریخی و بی نظیر وعده صادق ۱ و ۲ نمایان شده است.

۱. بیان مسئله: نقطه عزیمت در منازعه ایران و رژیم صهیونیستی :

« نقطه عزیمت » در تحولات بین ج ۱ ایران و رژیم صهیونیستی، مهمترین متغیر تعیین کننده در بیان «مسئله» پیرامون این موضوع است. در حالی که برخی تحلیلگران روابط بین الملل، همچون دولت های غربی، چنان غیر منصفانه و ناعادلانه، اتفاقات اخیر بین ایران و رژیم صهیونیستی را تجزیه و تحلیل می کنند که گوئی چشم خود را بطور مطلق بر اصل ۵۱ مشور ملل متحد یعنی اصل حقوقی دفاع مشروع بسته اند! و شروع درگیری را به عملیات ۲ گانه ایران تحت عنوان « وعده صادق » نسبت می دهند، برخی دیگر عملیات های نظامی ایران را پاسخ به تجاوزات رژیم صهیونیستی معرفی می کنند.



کنت پولاک در مقاله خود در فارن افرز تحت عنوان: « ایا احتمال جنگ تمام عیار در خاور میانه در شرف وقوع است » ، طوری از اتفاقات اخیر صحبت می کند که گویی شروع کننده این اتفاقات ایران بوده است! ، وی در همین رابطه می گوید: « ایران دو حمله مستقیم به اسرائیل انجام داده است ، در حالی که اسرائیل یک حمله را در پاسخ انجام داده است و تقریباً دومین حمله را نیز آماده می کند. بیش از نیمی از متحدان و نیروهای نیابتی ایران به اسرائیل حمله کرده اند، اسرائیل نیز تعدادی از رهبران کلیدی متحدان ایران را ترور کرده است ، و هر دو طرف حملاتی سایبری علیه یکدیگر انجام داده اند.»<sup>۱</sup>

افشان استوار طی مقاله « جنگ ایران و اسرائیل از سایه بیرون می آید» ، در مجله فارن افرز بر همین سیاق تحلیل خود را سامان داده و اظهار می دارد: « رگبار بیش از ۳۰۰ پهپاد و موشک ایران به رهبری این کشور این امکان را می دهد که انتقام ترور هفت فرمانده ارشد سپاه پاسداران در اول آوریل توسط اسرائیل را بگیرد.»<sup>۲</sup>

در مقابل ، و در حالی که این اتفاقات در منظر جهانیان حادث می شود، گروهی دیگر از تحلیلگران ، پاسخ ایران را نوعی واکنش به اقدامات اسرائیل می دانند.

سوزان مالونی نیز که جزو این پژوهشگران روابط بین الملل است ، عملیات ایران را نوعی واکنش به رفتار اسرائیل میدانند و در این رابطه می گوید: « رگبار بیش از ۳۰۰ پهپاد و موشک ایران به رهبری این کشور این امکان را می دهد که انتقام ترور هفت تن از فرماندهان ارشد سپاه پاسداران در اول آوریل توسط اسرائیل را بگیرد.»<sup>۳</sup>

بلکه فراتر از آن، مالونی ، ایالات متحده آمریکا را متغیر اصلی و عامل این بی ثباتی معرفی می کند. وی در این رابطه می گوید: « این آمریکا، انگلیس، و فرانسه بودند که مانع برخورد اکثر پهپاد ها و موشک های ایران به مراکز اسرائیل شدند و به همین دلیل ، آمریکا می تواند مانع گسترش جنگ در خاورمیانه شود.»<sup>۴</sup>

ولی نصر نیز جزو همین گروهی است که پاسخ ایران را واکنش به تجاوزات اسرائیل میدانند. وی در مقاله خود تحت عنوان: « همه در مقابل هم » میگوید: « رگبار حملات و ضد حملات ایران و اسرائیل در دو هفته اول آوریل ، چشم انداز استراتژیک خاورمیانه را به شدت تغییر داد. در اول آوریل ، حمله هوایی اسرائیل به کنسولگری ایران در دمشق

۱- Pollack, K. M. «دسترسی پذیر در <https://www.foreignaffairs.com/israel/full-scale-middle-east-war-already-here-iran>

۲- Ostovar, A. «دسترسی پذیر در <https://www.foreignaffairs.com/israel/iran-and-israels-war-comes-out-shadows>

۳- Maloney, S. «دسترسی پذیر در <https://www.foreignaffairs.com/israel/how-america-can-prevent-war-between-iran-and-israel>

۴- Ibid \_

، هفت فرمانده ارشد سپاه پاسداران از جمله دو ژنرال را کشت . دو هفته بعد ، ایران با رگبار پهپاد ها و موشک ها تلافی کرد که تقریباً عمده آنها رهگیری شدند<sup>۱</sup> .

شاید مهمترین متغیر در تعیین صورت مسئله ، یعنی دفاع مشروع بودن پاسخ ایران را بتوان گرایشات سیاسی این تحلیل گران عنوان کرد و این خود ، « مسئله » ای دیرینه در تاریخ روابط بین‌الملل است . در روابط بین‌الملل بجز مواردی نادر ، اساساً حقوق بین‌الملل و مواضع حقوقی و حقوق بشر و حقوق بشر دوستانه ، تحت‌الشعاع سیاست بین‌الملل قرار می‌گیرد .

به عبارتی صورت مسائل و چالش‌های حقوقی ، در روابط بین‌الملل ، به راحتی تحت تأثیر قدرت و اراده سیاسی قدرت‌های بزرگ جهانی قرار می‌گیرد ، اما این واقعیت تلخ سبب نمی‌شود تا حقیقت تحریف شده توسط قدرت‌های بزرگ و وابستگان به آنها ، از سوی ناظران بی طرف مغفول بماند .

## ۲. تجاوزات رژیم صهیونیستی:

### ۲.۱. حمله به کنسولگری ایران:

تجاوزات رژیم صهیونیستی به حریم جمهوری اسلامی ایران با حمله به کنسولگری ایران در دمشق آغاز شد . در عصر روز دوشنبه ۱۳ فروردین ماه ۱۴۰۳ ، اول آوریل ۲۰۲۴ میلادی ، ساختمان ضمیمه کنسولگری ایران در مجاورت سفارت ایران در دمشق ، هدف حمله هوایی قرار گرفت و تخریب شد . این حمله توسط نیروی هوایی اسرائیل انجام شد و آنگونه که سفیر ایران در سوریه اظهار کرد ساختمان کنسولگری ایران با شش موشک هوایی ماهای جنگی اف ۳۵ اسرائیل مورد هدف قرار گرفت . هدف اصلی این حمله ، سردار محمد رضا زاهدی از فرماندهان ارشد نیروی قدس سپاه پاسداران بوده است . علاوه بر این فرمانده سپاه ، هفت تن دیگر از مستشاران نظامی ایران در سوریه که یکی از آنها سردار محمد هادی حاجی رحیمی از اعضای سپاه قدس بود ، در تجاوز به محل کنسولگری به شهادت رسیدند . ( خبرگزاری دانشجو ، ۱۴۰۳/۱/۱۳ )

این حمله ، در واقع گذشتن از خط قرمز امنیتی ایران بود و پاسخ به این تجاوز آشکار که در تضاد با اصول حقوقی ناظر بر روابط بین‌الملل از جمله اصل حاکمیت ملی بود ، انتظاری عمومی بود زیرا عدم پاسخ به این گستاخی رژیم صهیونیستی می‌توانست پیامدهای بدتری برای ایران داشته باشد ، به همین دلیل نیروهای مسلح ایران با تدبیر

مقام معظم رهبری « پاسخ پشیمان کننده » را در دستور کار قرار دادند و عملیاتی بی نظیر در تاریخ گذشته جمهوری اسلامی به اجرا درآمد که در بخش سوم مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

## ۲.۲. ترور رهبر سیاسی حماس در خاک ایران:

اسماعیل هنیه، رئیس دفتر سیاسی و یکی از رهبران جنبش فلسطینی حماس در ساعت ۱:۳۷ بامداد ۱۰ مرداد ۱۴۰۳، ۳۱ ژوئیه ۲۰۲۴، به همراه محافظ شخصی خود در تهران، در حالی که میهمان جمهوری اسلامی ایران بود، توسط اسرائیل ترور شد. هنیه پس از حضور در مراسم تحلیف رئیس جمهور ایران، مسعود پزشکیان و پس از بازگشت به محل اقامت خود در اقامتگاه سپاه پاسداران مورد حمله قرار گرفته و به شهادت رسید. ( ایسنا، ۱۴۰۳/۱۰/۵ )

سپاه پاسداران طی اطلاعیه ای در این ارتباط اعلام کرد: « این اقدام که با طراحی و اجرای رژیم صهیونیستی و حمایت دولت جنایتکار آمریکا انجام شده است، با شلیک پرتابه کوتاه برد با سر جنگی حدود ۷ کیلو گرمی، همراه با انفجار شدید، از خارج از محدوده استقرار اقامت میهمانان صورت گرفته است. تاکید می شود که خونخواهی شهید اسماعیل هنیه قطعی و رژیم ماجراجو و تروریست صهیونیستی پاسخ این جنایت را که « مجازات سخت » است در زمان و مکان و کیفیت مقتضی، قاطعانه دریافت خواهد کرد. ( همان )

واکنش اعضای دائم شورای امنیت سازمان ملل متحد به این گستاخی صهیونیست ها متفاوت بود .

۵۱

سفیر و نماینده چین در سازمان ملل با محکوم کردن این ترور گفت: ترور اسماعیل هنیه تلاش آشکار برای تخریب تلاش های صلح بود .

نماینده روسیه در سازمان ملل اعلام کرد هر کسی که پشت این ترور است و کسانی که این ترور را انجام دادند باید آگاه باشند که چنین اقداماتی، چقدر می تواند برای صلح بین الملل خطرناک باشد. ترور اسماعیل هنیه را محکوم می کنیم زیرا ضربه محکمی به میانجی گری و مذاکرات است .

نماینده آمریکا در سازمان ملل نیز با حمایت از اسرائیل اعلام داشت: اسرائیل حق دارد از خود در برابر حملات حزب الله و دیگران دفاع کند. ما از ترور هنیه آگاه نبودیم و در آن عملیات هم هیچ نقشی نداشته ایم .

نماینده فرانسه در سازمان ملل در واکنشی غیر مسئولانه اعلام کرد ما خواستار خویشتن

داری در سراسر خاورمیانه و دور شدن از هرگونه تنش نظامی هستیم. و در نهایت نماینده انگلیس در سازمان ملل هم بدون محکوم کردن این ترور خواستار خویشتن داری شد. (همان)

این ترور در واقع نادیده گرفتن حداقل های حقوق بین الملل بود. لری جانسون تحلیلگر آمریکایی در این رابطه اظهار داشت: « ترور اسماعیل هنیه رهبر سیاسی حماس، عبور از خط قرمزها است و این ترور با اطلاع و حمایت آمریکا و انگلیس صورت گرفته است (شبکه العالم، ۱۰ / ۵ / ۱۴۰۳). پاسخ جمهوری اسلامی ایران با وجود اعلام واکنش سخت به این ترور، با تأخیر همراه شد و بعدا معلوم شد علت این تأخیر وعده آتش بس در غزه از سوی آمریکا به ایران بوده است که چیزی جز فریب نبوده است.

رژیم صهیونیستی، هنگامی که با این وعده دروغ آمریکا و پذیرش آن از سوی جمهوری اسلامی ایران مواجه شد، گستاخ تر شده و جبهه دوم علیه لبنان را با عملیات پیچرها باز کرد.

### ۲.۳. عملیات علیه حزب الله و لبنان :

« ماریچ عمیق خونریزی ۱۷ و ۱۸ سپتامبر با انفجار هزاران پیجر و رادیو های تاکی واکی در دست عوامل حزب الله در سراسر لبنان آغاز شد. برخی از تحلیلگران عملیات بی سابقه اسرائیل را گسترده ترین حمله زنجیره تأمین فیزیکی در تاریخ می دانند و بدنبال آن، تشدید حملات هوایی مداوم در بیروت و جنوب لبنان به تشدید تنش در ۱۱ ماه گذشته انجامیده است<sup>۱</sup>»

این عملیات رژیم صهیونیستی علیه شهروندان عادی با تخریب مناطق مسکونی در جنوب بیروت، و ترور برخی فرماندهان حزب الله مانند فؤاد شکر و اسماعیل عقیل همراه شد و در نهایت، با هدف قرار دادن سید حسن نصرالله رهبر حزب الله لبنان به اوج خود رسید.

دانیل بایمن در مقاله ای که در فارن پالیسی چاپ شد، تلویحا مدعی شد این حوادث را پیش بینی می کرده است. وی در همین رابطه می گوید: « یک مقام امنیتی سابق اسرائیل، در سال گذشته، زمانی که از مرز شمالی اسرائیل بازدید می کردم به من گفت: « ما نگران ایران هستیم، علیه حزب الله تمرین میکنیم، و با فلسطینی ها می جنگیم ». اکنون آموزش نتیجه داده است. سرویس های اطلاعاتی و ارتش سرشناس اسرائیل مجموعه ای

از موفقیت های اطلاعاتی چشمگیر را در برابر دشمن بسیار مهیب تر از حماس، یعنی حزب الله لبنان به دست آورده است که با ترور حسن نصرالله به اوج خود رسیده است. نصرالله بمدت ۳۲ سال رهبری حزب الله را بر عهده داشت و این گروه را به یک نیروی نظامی مهم تبدیل کرد. قبل از حسن نصرالله نیز فؤاد شکر و اسماعیل عقیل، در عملیات پیچیده اطلاعاتی ترور شده اند. این ترورها پس از آن صورت گرفت که اطلاعات اسرائیل، در پیچرها و برنامه های تلویزیونی حزب الله خرابکاری کرد و هزاران نفر را منفجر کرد، صدها تن از نظامیان حزب الله را زخمی کرد و دهها نفر از جمله زنان و کودکان را کشت.<sup>۱</sup>

دالیا داسه کایه در مقاله ای که در فارن افرز چاپ شد در میزان اهمیت این تحولات می گوید: « ترور حسن نصرالله رهبر حزب الله توسط اسرائیل، لحظه ای دگرگون کننده برای خاورمیانه بود. در دوران نصرالله، حزب الله نزدیک ترین متحد و نیروی بازدارنده حیاتی ایران، ستون مرکزی « محور مقاومت » تهران تبدیل شد. مرگ او نه تنها برای حزب الله، بلکه برای صف آراییی نیروهای مورد حمایت ایران در سراسر منطقه، ضربه سخت و تکان دهنده ای بود. برای اسرائیل، این کشتار، منطقی و جسورانه بود، اما نردبان تشدید بحران را متصاعد ساخت. این حرکت، با گام بعدی اسرائیل در تهاجم زمینی به لبنان، به سمت جنگ تمام عیار حرکت کرد.<sup>۲</sup>

بدین ترتیب اتفاقاتی که طی حدود دو ماه از سوی اسرائیل علیه جبهه مقاومت رخ داد، این حقیقت را بر دولت تازه استقرار یافته مسعود پزشکیان آشکار ساخت که اعتماد به وعده های کذب آمریکا می تواند چنین سرنوشتی تلخ و خسارتی جبران ناپذیر را به ارمغان آورد.

جمهوری اسلامی، در چنین شرایطی، تنها راه مقابله با ابن همه گستاخی را پاسخ کوبنده به رژیم صهیونیستی متجاوز دید و عملیاتی بمراتب شدید تر از قبل را به اجرا درآورد.

### ۳. پاسخ جمهوری اسلامی ایران :

#### ۳.۱. عملیات وعده صادق ۱ :

۱- Byman, D. « دسترسی پذیر در -hezbollah-israel-intelligence-pager-attacks-bombings/ » <https://foreignpolicy.com/2024/09/28/hezbollah-israel-intelligence-pager-attacks-bombings/>

۲- Kaye, D. « دسترسی پذیر در -israel/where-will-israels-multifront-war-end/ » <https://www.foreignaffairs.com/israel/where-will-israels-multifront-war-end/>

در پاسخ به تجاوز رژیم صهیونیستی به کنسولگری جمهوری اسلامی ایران در دمشق و شهادت هفت تن از فرماندهان و مستشاران سپاه پاسداران، « ایران در نیمه شب ۱۳ آوریل، اسرائیل را هدف موشک های خود قرار داد. طی این حمله که از لحظه آغاز آن و شلیک پرتابه ها، تحت رصد آمریکا و اسرائیل قرار داشت، حدود ۳۰۰ پهپاد و موشک کروز و بالستیک به سمت اسرائیل پرتاب شد که تعدادی از آنها در اماکن خاصی از سرزمین های اشغالی فرود آمدند.

ایران از قبل، زمان و مکان عملیات خود را اعلام کرده بود.

تعدادی از موشک ها، با عبور از سامانه های دفاعی اسرائیل، آمریکا، فرانسه، انگلیس، و اردن، به اهداف نظامی اسرائیل از جمله پایگاه هوایی « نواتیم » اصابت کردند. (ویکی شیعه، ۲۶ / ۱ / ۱۴۰۳)

یورونیوز این عملیات را « بزرگترین حمله پهپادی جهان، بزرگترین حمله موشکی تاریخ ایران، و بی سابقه ترین حمله در نوع خود خوانده است. (همان)

نیویورک تایمز نیز در توصیف این عملیات می گوید: « اسرائیل در حمله ایران، با تسلیحاتی بسیار پیچیده و پیشرفته روبرو شد. این حمله پیچیده تر از هر چیزی است که تل آویو در شش ماه جنگ علیه غزه و متحدان حماس در منطقه تا کنون با آن مواجه بوده است. این سلاح ها می توانند بسیار دورتر بروند و برخی از آنها می توانند بسیار سریعتر حرکت کنند. » (ایسنا، ۲۶ / ۱ / ۱۴۰۳)

اسکات ریتر افسر اطلاعاتی سابق آمریکا اینگونه توصیفی از عملیات وعده صادق یک دارد: « حمله ایران به اسرائیل قدرت بازدارندگی ایران را تثبیت کرد، اسرائیل حالا می داند هر نوع تشدید در تنش ها مساوی با نابودی این رژیم است. اسرائیل فکر می کرد می تواند بدون هیچ تبعاتی به ایران حمله کند، اکنون دیگر چنین نیست. در حال حاضر مقامات اسرائیل در حال ارزیابی خسارات وارده به پایگاه های خود بوده و این را دریافته اند که ایران عامدانه تصمیم گرفت اقدام فوق العاده مرگباری علیه اسرائیل انجام ندهد. ایران با پیام به اسرائیل و آمریکا نشان داد که می تواند حمله به « نواتیم » و « رامون » را در هر کجای اسرائیل و خاورمیانه اجرا کند و آمریکا و اسرائیل هم در مقابل، هیچ کاری نمی توانند بکنند. این یعنی بازدارندگی، این یعنی در آینده هرگاه آمریکا و اسرائیل بخواهند اقدامی علیه ایران انجام دهند، باید ابتدا تبعاتش را در نظر بگیرند، زیرا می دانند ایران توان حمله به هر هدفی در هر نقطه ای از منطقه را دارد. هیچکس هم نمی تواند آنها را متوقف کند. در واقع عملیات وعده صادق نه تنها برای ایران، بلکه برای تمام جهان بسیار مهم و موفقیت آمیز بوده است زیرا بازدارندگی ایران اکنون واقعی است که می تواند آمریکا و اسرائیل را کنترل کند. » (ایسنا، ۲۶ / ۱ / ۱۴۰۳)

### ۳.۲. عملیات وعده صادق ۲ :

پاسخ دوم به تجاوزات اسرائیل در به شهادت رساندن شهید اسماعیل هنیه، شهید سید حسن نصرالله، و دیگر فرماندهان حزب الله و حمله به جنوب لبنان به امری اجتناب ناپذیر تبدیل شد، خصوصا که آمریکا در وعده کاذب خود مبنی بر ایجاد آتش بس در غزه، بار دیگر چهره فریب کار خود را حتی به تیم دیپلماسی گرای جدید در دولت پزشکیان هم نشان داد تا به ادراکی واقع بینانه از سیاست در صحنه عمل دست یابد.

پاسخ ایران به اسرائیل به دلایل مختلف بایستی انجام می شد از جمله دستور رهبر معظم انقلاب اسلامی و فرماندهی کل قوا مبنی بر خونخواهی میهمان عزیز جمهوری اسلامی ایران یعنی شهید اسماعیل هنیه که در اولین روز کاری رئیس جمهور جدید، مسعود پزشکیان، اتفاق افتاده بود. دلیل دوم این بود که علاوه بر تعرض به میهمان، تعرض به خانه و جان میزبان نیز شده بود. در واقع عدم پاسخ به رژیم شرور صهیونیستی موجب جری تر شدن و تکرار وقایع گذشته میشد. دلیل دیگر اینکه تامین امنیت مهمانان خارجی، از این پس زیر سوال می رود و لازمه تصحیح این دیدگاه، پاسخ مناسب به این حمله ددمنشانه است. دلیل بعدی این است که بایستی ابزار ترور از دست این رژیم تروریستی گرفته شود و بداند حرکت های مشابه پر هزینه است، و بالاخره مهمترین دلیل برای پاسخگویی این است که موازنه قدرت و سطح بازدارندگی ایران تضعیف شده و بایستی با احیا و ارتقا سطح بازدارندگی، ایران نشان دهد که دست برتر را دارد.

مجموعه این دلایل باعث شد تا ایران پاسخی به مراتب شدیدتر از قبل را در عملیات وعده صادق ۲ به رژیم صهیونیستی بدهد.

افسر اطلاعاتی سابق آمریکا، اسکات ریتر در مورد عملیات وعده صادق ۲ می گوید: « فیلم های منتشر شده از حمله اخیر ایران نشان می دهد که موشک های هایپرسونیک به تعداد قابل توجهی به اهداف خود در اسرائیل اصابت کرده اند. استفاده از موشک های پیشرفته باعث آشفته شدن سامانه های دفاعی این کشور شده است و دفاع هوایی اسرائیل، با وجود حمایت های آمریکا، نتوانستند به طور مؤثر در برابر این حملات عمل کنند. این واقعیت دفاع هوایی اسرائیل است که عمل نمی کند و برخی برآوردها نشان می دهد ایران می تواند بطور همزمان ۱۵۰۰ موشک پرتاب کند که همه دارائی اسرائیل و آمریکا را در هم بکوبد. اگر ایران در این مسیر موفق شود، این به معنای نابودی فیزیکی اسرائیل خواهد بود. » (ایسنا، ۱۴۰۳/۷/۱۱)

ریتر همچنین در مورد احتمال درگیری مستقیم بین ایران و آمریکا می گوید: « جنگی بین ایران و آمریکا وجود نخواهد داشت، آمریکا به صراحت اعلام در منطقه است تا از اسرائیل دفاع کند. اما آمریکا عملیات تهاجمی علیه ایران انجام نخواهد داد، زیرا می

داند عواقب حمله به ایران چه خواهد بود. ما در عراق، سوریه، قطر، کویت، و بحرین نیروهای آمریکایی داریم که در برابر حمله احتمالی ایران بسیار آسیب پذیر هستند و ما هیچ دفاعی در مقابل حمله ایران نداریم. ایرانی ها هم به آمریکایی ها گفته اند که دفاع شما از اسرائیل برای ما اهمیتی ندارد، اما اگر به ما حمله کنید، بشدت به شما حمله میکنیم.» (همان)

ولی نصر در توصیف پاسخ دوم ایران به اسرائیل می گوید: «در اول اکتبر، برای دومین بار در در سال جاری، ایران مواضع اسرائیل را هدف ۲۰۰ موشک قرار داد. این بار، تهران در بمباران مواضع اسرائیل از موشک های پیشرفته تر استفاده کرد و این حمله بر خلاف گذشته، بدون هشدار انجام شد. موشک های پرتابی نشان می دهد اراده و توانایی ایران برای حمله به اسرائیل و نفوذ به سیستم های دفاعی این بازیگر، با روش هایی بالقوه مخرب بوده است. بنابراین آنچه رخ داده است نقطه عطف بزرگی در جنگ یکساله غزه و همچنین آینده امنیت و ثبات خاورمیانه بوده است. با این حال، پاسخ ایران می تواند آغاز کننده بازی خطرناکی باشد زیرا پاسخ تهران احتمالاً با پاسخ اسرائیل روبرو خواهد شد و از آن پس، ماریپیچی پر هزینه به واسطه رویارویی احتمالی ایران با اسرائیل آمریکا ایجاد می شود.»<sup>۱</sup>

به ادعای نصر، از نظر مقام های ایران، جنگ اسرائیل و حماس در غزه، نوعی فرصت استراتژیک برای خاورمیانه بود، به این معنا که بار دیگر مسئله فلسطین به کانون اصلی توجهات بازگشت و واکنش های منطقه ای و جهانی به این جنگ، چالشی دیپلماتیک برای اسرائیل ایجاد کرد، بطوری که از زمان حمله حماس در ۷ اکتبر ۲۰۲۳، تهران و متحدانش (محور مقاومت) از هر گونه جنگ منطقه ای در ابعاد وسیع اجتناب کرده اند، زیرا چنین جنگی می تواند زمینه ساز رویارویی مستقیم بین ایران و ایالات متحده شود. در مقابل، اسرائیل میخواهد با گسترش جنگ غزه و قرار دادن ایران و ایالات متحده در مسیر رویارویی، از تنگنایی که در آن قرار دارد رها شود. ایالات متحده حضور خود در خاورمیانه را برای حمایت از اسرائیل در برابر حملات ایران و حزب الله افزایش داده است و اگر رویارویی اسرائیل، حزب الله و ایران، به رویارویی علنی تبدیل شود، واشنگتن به حمایت اسرائیل وارد میدان خواهد شد. ایران به این نتیجه رسیده است که ترور اسماعیل هنیه در قلب تهران و سپس ترور نصرالله در بیروت، با هدف قرار دادن ایران در تله بوده است. بنابراین ایران بدنبال راهی بود که با توسل بدان، استراتژی خود را بدون بازی در زمین اسرائیل اجرا کند. از همین رو، تهران تصمیم گرفت در آن بازه



زمانی واکنشی نشان ندهد، اما با ترور سید حسن نصرالله شرایط تغییر کرد. زیرا حزب الله مهمترین متحد منطقه ای ایران است و تهران باید از این گروه حراست کند، علاوه بر این، سید حسن نصرالله از نفوذ گسترده ای در جهان عرب برخوردار بود. او مغز متفکر و محور اصلی محور مقاومت قلمداد میشد و عدم پاسخگویی ایران قابل قبول نبود. حمله برق آسای اسرائیل به مواضع حزب الله، که با انفجار صدها پیجر در ۱۷ سپتامبر ۲۰۲۴ آغاز شد و با ترور سید حسن نصرالله به اوج خود رسید نشان داد که اسرائیل تصور می کند در این رویارویی دست برتر را دارد. ایران نمی خواست اجازه دهد این تصور بدون چالش باقی بماند. از طرفی دیگر، ترور دبیر کل حزب الله، واکنش بخش هایی از جهان عرب که با ایران همسو هستند و محافظه کاران در داخل ایران را بدنبال داشت. به همین دلیل، حمله موشکی ایران اگرچه یک مانور خطرناک بود، اما واکنش احساسی تند نبود، بلکه نشان داد که در ایران برای این پاسخ، محاسباتی پیچیده انجام شده است. ایران میخواست نشان دهد که هم جسارت و هم توانایی ضربه زدن به اسرائیل را دارد. علاوه بر این، ایران قصد داشت بدین گونه نشان دهد تنها کشوری در خاورمیانه است که رویاروی اسرائیل قرار می گیرد. چنین موضع گیری، در خیابان های عربی مورد استقبال قرار می گیرد، اما ممکن است سطحی از پاسخ اسرائیل را بدنبال داشته باشد و در نهایت، به همان رویارویی ختم شود که ایران تاکنون از آن اجتناب می کرده است.<sup>۱</sup>

نصر در مورد آینده این پاسخ ایران نیز بر این باور است که از نظر ایران، اسرائیل می خواهد همه امنیت خود در منطقه را، یکبار و برای همیشه از طریق جنگ بزرگ تر و طولانی تر، که حماس، حزب الله، حوثی ها و دیگر گروه های متحد ایران، را از طریق رویارویی با آنها فراهم می شود، طی کند، و چنین جنگی نیز، مستلزم دخالت ایالات متحده است. اگرچه ایالات متحده مشتاق است تا از درگیری نظامی پر هزینه دیگری در خاورمیانه جلوگیری کند اما تا کنون ثابت کرده است که قادر به عقب نشینی در برابر اسرائیل نیست.<sup>۲</sup>

نصر در تحلیل چرایی عملیات وعده صادق ۲ نیز می گوید: محتمل ترین دلیل حمله اخیر ایران، انتقام جویی است. ایران میگوید که در واکنش به ترور اسماعیل هنیه، رهبر حماس توسط اسرائیل در تهران، و ترور سید حسن نصرالله و عباس نیلفروشان، فرمانده ارشد سپاه پاسداران انقلاب اسلامی در بیروت مواضع اسرائیل را بمباران کرده است، اما فراتر از انتقام سخت، تهران می خواست همزمان با عملیات نظامی و اطلاعاتی اسرائیل در لبنان که در جریان آن مواضع حزب الله مورد هدف قرار گرفت، « بازدارندگی » خود را نیز احیا و افزایش دهد.<sup>۳</sup>

۱- Ibid

۲- Ibid

۳- Ibid

در مورد گستره جنگ کنونی دیدگاه های گوناگون و متنوعی وجود دارد . شایسته ، تحلیلگر صهیونیست معتقد است گستره جنگ موجود، نه تنها اکنون، بلکه از همان ابتدای ۷ اکتبر تا به امروز ، گستره ای جهانی بوده است، و این ساده اندیشانه است که ما آن را به جنگ اسرائیل و حماس تقلیل دهیم . وی می گوید: « این جنگ ، بین حماس اسرائیل ، همیشه بزرگتر از اسرائیل و حماس بوده است، و تهدید اصلی در این جنگ ، ایران است که توسط روسیه و چین حمایت می شود.<sup>۱</sup> البته این نوع تحلیل ها و توسعه گستره آن به روسیه و چین ، در دنیای واقعی با تردید جدی روبرو میشود ، و در واقع ، این گونه گستره شناسی موهوم ، بیشتر در راستای تلاش و تقوای اسرائیل برای مشارکت دادن بیشتر ایالات متحده آمریکا به حمایت از اسرائیل در این جنگ ، ارزیابی می شود .

برخی تحلیلگران دیگر نیز ، پس از کنش و واکنش های نظامی بین اسرائیل و ایران ، معتقدند برنده این منازعه، ایران و سپاه پاسداران است . از نظر آنها ، « با نزدیک شدن جنگ ایران و اسرائیل به یک جنگ تمام عیار، حمله بزرگ موشکی بالستیک جمهوری اسلامی به تل آویو در اول اکتبر ، ممکن است به عنوان یک نقطه عطف تعیین کننده، تلقی شود . پس از ضربات پی در پی از جمله ترور سید حسن نصرالله، رهبر حزب الله لبنان توسط اسرائیل، برای آیت الله علی خامنه ای، رهبر ایران ، چاره ای جز پاسخ دادن باقی نگذاشت و اکنون منطقه، چشم انداز درگیری بزرگتری است . اگرچه حمله ایران به اسرائیل اجتناب ناپذیر بود ، اما نوع عملیات، بسیاری از ناظران بین المللی را از این غافلگیری بزرگ دچار حیرت کرد.<sup>۲</sup>

برخی از تحلیلگران غربی این عملیات را ، فراتر از اسرائیل، شکستی بزرگ برای ایالات متحده آمریکا به حساب آوردند. با پاسخ ایران به اسرائیل در عملیات کم نظیر وعده صادق ۲ که طی آن ۲۰۰ موشک بالستیک روانه سرزمین های اشغالی شد و مراکز نظامی را در هم کوبید ، برخی تحلیلگران سیاست های آمریکا در خاورمیانه را شکست خورده تلقی کردند و خواستار تجدیدنظر در این سیاست ها شدند . اندرو میلر در مقاله خود با عنوان « آمریکا برای جلوگیری از فاجعه بزرگتر در خاورمیانه به یک استراتژی جدید نیاز دارد » ، که در مجله معتبر فارن افرز چاپ شد می گوید : « نزدیک به یکسال پس از حمله حماس در ۷ اکتبر، تشدید مداوم درگیری های اسرائیل با حزب الله، خاورمیانه را در لبه پرتگاه یک جنگ منطقه ای قرار داده است. جنگی که براحتی می تواند ایالات متحده را درگیر کند . اگرچه رهبران اسرائیل بر این باورند که تشدید اقدامات نظامی باعث عقب نشینی گروه های شبه نظامی می شود، اما این نوع استراتژی « تشدید برای

۱- Shavit, A \_ <https://www.foreignaffairs.com/middle-east/october-seven-anniversary-israel-hamas-attacks-ari-shavit>

۲- Golkar, S., & Aarabi, K \_ <https://www.foreignaffairs.com/israel/brewing-war-israel-boosting-irans-young-hard-liners>

کاهش تنش «، به ندرت به نتایج مطلوب می‌رسد. حزب الله پیوسته توقف حملات خود به اسرائیل را، به آتش بس در نوار غزه گره زده است و بعید به نظر می‌رسد که پس از آن، این سیاست را تغییر دهد. بنابراین، این ایالات متحده آمریکا است که برای وارد نشدن در جنگ خاورمیانه بایستی سیاست شکست خورده خود را مورد تجدیدنظر قرار داده و تغییر دهد.<sup>۱</sup>

برخی کارشناسان روابط بین الملل نیز فراتر از جنگ اسرائیل و حماس و حزب الله، مهمترین مسئله آمریکا را شکست استراتژی کلانی می‌دانند که حدود ۸۰ سال کارآمدی داشته است. کارتر مالکاسیان استراتژی "بازدارندگی مطلق" آمریکا که در اواخر جنگ جهانی دوم آغاز شده و در دوران جنگ سرد و پس از آن تاکنون استمرار داشته است زیر سوال برده و کارآمدی آن را مورد تردید قرار می‌دهد. از نظر ایشان، "ایالات متحده و متحدانش، با بحران بازدارندگی روبرو هستند. چین کشتی های فیلیپین را در دریای چین جنوبی تهدید میکند و احتمالاً ارتش خود را برای حمله به تایوان آماده می‌کند. روسیه هیچ نشانه ای از دست کشیدن از جنگ خود در اوکراین نشان نمی‌دهد. در خاورمیانه، ایران تهدید به انتقام از اسرائیل برای ترور اسماعیل هنیه رهبر حماس در تهران می‌کند، حزب الله حملات موشکی خود به اسرائیل را افزایش می‌دهد و حوثی‌ها به حمله و گاهی غرق کردن کشتی های تجاری در دریای سرخ ادامه می‌دهند، و همچنین حملات ترکیبی طرفداران ایران در منطقه، موجب مرگ پرسنل نظامی ایالات متحده می‌شود. مجموعه این اتفاقات نشان می‌دهد که قدرت بازدارندگی ایالات متحده آمریکا دچار ناکارآمدی شده است"<sup>۲</sup>

مالکاسیان در مورد کارآمدی یا ناکارآمدی استراتژی بازدارندگی ایالات متحده آمریکا، تحولات تاریخی قرن بیستم را مورد بررسی و ارزیابی مقایسه ای قرار داده و اظهار می‌دارد: "قبل از سال ۱۹۴۵، بازدارندگی، موضوع اصلی در مطالعات جنگ نبود. در نوشته های متفکرانی مانند نیکولا ماکیاولی و کارل فون کلاوزویتس به سختی می‌توان رد پای آن را یافت. اما در اواخر دهه ۱۹۴۰، با طلوع عصر هسته‌ای، استراتژیست هایی مانند شلینگ، برنارد برودی، و آلبرت جیمز وولستر، شروع به تدوین مبانی تئوری بازدارندگی کردند.

اساس بازدارندگی هسته‌ای، توان ضربه دوم است، به این معنا که هر یک از طرفین می‌توانند در پاسخ به حمله دشمن خود، حمله دوم ویرانگر انجام دهند، نوعی پاسخ پویا که به عنوان "تخریب با تضمین بالا" شناخته می‌شود.

۱- Miller, A. P. دسترسی پذیر در <https://www.foreignaffairs.com/israel/america-needs-new-strategy-avert-even-greater-catastrophe-middle-east>

۲- Malkasian, C. دسترسی پذیر در <https://www.foreignaffairs.com/united-states/americas-crisis-deterrence>

چین، فرانسه، روسیه، بریتانیا، و ایالات متحده آمریکا، این قابلیت را دارند و این، موضوعی است که شلینگ در کتاب خود با نام "سلاح و نفوذ"، در سال ۱۹۶۶ به آن پرداخت. اما شلینگ و معاصران او، تئوری بازدارندگی را برای توضیح نحوه برخورد با کشورهای غیر هسته‌ای توسعه ندادند، و زمانی که مقامات سعی کردند آن را از این طریق اعمال کنند نتایج ضعیف بود. در سال ۱۹۶۴ و اوائل ۱۹۶۵، دولت جانسون تلاش کرد تا تفکر شلینگ را در ویتنام شمالی اعمال کند و با انجام یکسری حملات هوایی تدریجی نشان دهد که اگر هانوی عقب‌نشینی نکند، خسارات بیشتری وارد خواهد شد، اما همه چیز آنطور که واشنگتن انتظار داشت، پیش نرفت.<sup>۱</sup>

## نتیجه گیری:

کنش و واکنش اولیه بین حماس و اسرائیل در ۷ اکتبر ۲۰۲۳ و پس از آن، اکنون وارد مرحله ای دیگر، و گستره ای بزرگتر و خطرناک تر شده است. این رویارویی، اگرچه هنوز به مرحله جنگ تمام عیار نرسیده است، اما اکنون بطور نسبی توانسته جبهه مقاومت را در مقابل ناتو قرار دهد. ناتو اگرچه رسماً اعلام جنگ علیه جبهه مقاومت نکرده است، اما در عمل، با پشتیبانی های بی سابقه اطلاعاتی، امنیتی، دفاعی، و اخیراً تهاجمی از اسرائیل، رودرروی این جبهه قرار گرفته است.

بطور مسلم و قطعی، اگر جبهه مقاومت و در مرکزیت این جبهه، جمهوری اسلامی ایران، نتواند قدرت بازدارندگی خود را حفظ و ارتقا دهند، بازنده این منازعه خواهند بود، و باید منتظر تحمل خسارات بیشتر در آینده باشند. روند حوادث و منازعات در یکسال گذشته نشان می دهد که جبهه مقاومت با وحدت فرماندهی حاکم بر اطاق فرماندهی این جبهه، بیشتر از حوزه دیپلماسی و حقوق و مذاکرات در سطح منطقه و نظام بین الملل، به توانمندی بومی و خودساخته خود در میدان اهمیت می دهد و با ادراک درست از شرایط خاص خاورمیانه و جهان، بدنبال تثبیت موازنه قدرت بسود خود است، و عملیات های وعده صادق ۱ و ۲، در این رابطه قابل ارزیابی هستند. نفس عملیات در اسرائیل، در ۲ دولت سیزدهم شهید ابراهیم رئیسی، دولت چهاردهم مسعود پزشکیان، آنهم در فقدان ظاهری بزرگان جبهه مقاومت همچون مجاهد کبیر سید حسن نصرالله، رهبر بزرگ حماس اسماعیل هنیه، و مغز متفکر نظامی، و مرد اول میدان غزه یحیی سنوار، نشان دهنده پایداری استراتژی کلان جبهه مقاومت است و دشمنان این جبهه، حتی با پشتوانه های بزرگی همچون ناتو، چاره ای جز به رسیمیت شناختن قدرت جبهه مقاومت ندارند حتی اگر در جنگ تبلیغاتی و روانی و رسانه ای، و در مجامع بین المللی، تن به این حقیقت ندهند. شهید بزرگوار سید حسن نصرالله در آخرین سخنرانی خود فرمود آنچه روابط بین ما و دشمنان را تعیین می کند، روز و شب های آینده در میدان است. روندهای عملیاتی در این میدان نشان می دهد که قائد بزرگ حسن نصرالله نسبت به حقایق میدان، مردی روشن اندیش بوده است.

1. Byman, D. (2024). Pinpoint Israeli Intelligence Enabled Strike on Nasrallah in Lebanon. *Foreign Policy*. <https://foreignpolicy.com/2024/09/28/hezbollah-israel-intelligence-pager-attacks-bombings/>  
[https://foreignpolicy.com/2024/09/28/hezbollah-israel-intelligence-pager-attacks-bombings/#cookie\\_message\\_anchor](https://foreignpolicy.com/2024/09/28/hezbollah-israel-intelligence-pager-attacks-bombings/#cookie_message_anchor)
2. Golkar, S., & Aarabi, K. (2024, 2024/10/11/). The Brewing War With Israel Is Boosting Iran's Young Hard-Liners. *Foreign Affairs*. <https://www.foreignaffairs.com/israel/brewing-war-israel-boosting-irans-young-hard-liners>
3. Kaye, D. D. (2024, 2024/10/02/). Where Will Israel's Multifront War End? *Foreign Affairs*. <https://www.foreignaffairs.com/israel/where-will-israels-multifront-war-end>
4. Malkasian, C. (2024, 2024/09/20/). America's Crisis of Deterrence. *Foreign Affairs*. <https://www.foreignaffairs.com/united-states/americas-crisis-deterrence>
5. Maloney, S. (2024, 2024/04/18/). How America Can Prevent War Between Iran and Israel. *Foreign Affairs*. <https://www.foreignaffairs.com/israel/how-america-can-prevent-war-between-iran-and-israel>
6. Miller, A. P. (2024, 2024/09/29/). America Needs a New Strategy to Avert Even Greater Catastrophe in the Middle East. *Foreign Affairs*. <https://www.foreignaffairs.com/israel/america-needs-new-strategy-avert-even-greater-catastrophe-middle-east>
7. Nasr, V. (2024a). What Is Iran Trying to Prove? *Foreign*

*Policy*. <https://foreignpolicy.com/2024/10/03/iran-israel-hezbollah-biden-netanyahu-war/>

8. Nasr, V. (2024b, 2024/05/14/). Why Iran and Israel Stepped Back From the Brink. *Foreign Affairs*. <https://www.foreignaffairs.com/israel/why-iran-and-israel-stepped-back-brink>

9. Ostovar, A. (2024, 2024/04/19/). Iran and Israel's War Comes Out of the Shadows. *Foreign Affairs*. <https://www.foreignaffairs.com/israel/iran-and-israels-war-comes-out-shadows>

10. Pollack, K. M. (2024, 2024/10/16/). Is a Full-Scale Middle East War Already Here? *Foreign Affairs*. <https://www.foreignaffairs.com/israel/full-scale-middle-east-war-already-here-iran>

11. Shavit, A. (2024, 2024/10/05/). What Israel Has Lost. *Foreign Affairs*. <https://www.foreignaffairs.com/middle-east/october-seven-anniversary-israel-hamas-attacks-ari-shavit>

12. Yacoubian, M. (2024, 2024/10/03/). The Middle East on Fire. *Foreign Affairs*. <https://www.foreignaffairs.com/israel/middle-east-fire>

**Examining the arbitration conditions in dealing  
with family disputes and alternative dispute resolution  
methods from a jurisprudential point of view**  
Masoud Bagheri, Samira Taj Khorasani

Submission Date: 17 October 2024 | Acceptance Date: 24 November 2024

**Abstract :**

The family is the foundation of human society and the primary center for the growth and development of individuals. However, like any institution, it may face conflicts and disputes. In such cases, efforts should be made to resolve disagreements in a way that preserves the family's valued position and the ethical principles governing it.

To strengthen the family institution and reduce divorce cases in judicial courts, the Iranian legislator, following the principles of Islam, has provided for arbitration in family disputes and specified the conditions for arbitrators in family-related cases. Given the significance of this matter, the legislator has even mandated arbitration in certain family disputes. This is because the regulations on arbitration hold considerable importance within family law, aiming to ensure the stability of family relationships.

To achieve this goal and better solidify family bonds, the legislator has frequently revised the arbitration-related regulations in family law, making this area of legislation subject to continuous change. Therefore, it is essential to study and examine the conditions and impacts of arbitration in addressing family disputes.

**Keywords:** Arbitration, Family Law, Family Disputes

---





## بررسی شرایط داوری در رسیدگی به اختلافات خانوادگی و شیوه های جایگزین حل و فصل اختلاف از منظر فقهی

مسعود باقری<sup>۱</sup>، سمیرا تاج خراسانی<sup>۲</sup>

تاریخ ارسال: ۱۴۰۳ / ۷ / ۲۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳ / ۹ / ۳

چکیده:

خانواده شالوده جامعه انسانی و کانون اصلی رشد و تعالی افراد محسوب می شود. با این حال همچون هر نهاد دیگری ممکن است تعارضات و اختلافاتی در آن به وجود آید. در این موارد باید تا حد امکان کوشید که اختلافات به نحوی حل و فصل شوند که به جایگاه ارزشمند خانواده و قواعد اخلاقی حاکم بر آن لطمه ای وارد نشود. در جهت تحکیم نهاد خانواده و کاستن از پرونده های طلاق در مراجع قضایی، قانونگذار ایران نیز به تبع دین مقدس اسلام، داوری در دعاوی خانوادگی و احکام مربوط به شرایط داوران در دعاوی خانوادگی را در قانون پیش بینی کرده و حتی با توجه به اهمیت موضوع در برخی موارد به داوری اجباری در دعاوی خانوادگی نیز تصریح نموده است. زیرا نتایج نشان می دهد در میان قوانین مربوط به خانواده، مقررات مربوط به حکمیت یا داوری نیز واجد اهمیت است، زیرا هدف آن استواری روابط خانوادگی است. قانونگذار برای نیل به هدف مذکور که بهتر بتواند استحکام روابط خانوادگی را تأمین نماید، مقررات مربوط به داوری در حقوق خانواده را بارها تغییر داده و این بخش از قوانین مایبوسته در حال تغییر بوده است. از این رو مطالعه و بررسی شرایط و آثار داوری در رسیدگی به اختلافات خانوادگی ضروری می باشد.

کلید واژگان: داوری، حقوق خانواده، اختلافات خانوادگی

۱. مسعود باقری، استادیار گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان، رفسنجان، ایران (نویسنده مسئول)

۲. سمیرا تاج خراسانی، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان، رفسنجان، ایران

خانواده واحد بنیادین جامعه و کانون اصلی رشد و تعالی انسان است و به عنوان یک ساختار اجتماعی تصادفی محسوب نمی شود (توحیدی، ۱۳۹۱: ۱۰). اهمیت این نهاد به قدری است که اندیشمندان تدبیر منزل را در کنار سیاست مدرن از محورهای اساسی حکمت عملی قرار داده اند (هدایت نیا، ۱۳۸۸: ۱۱). امروزه نیز در دنیا به خانواده و نقش بنیادین آن در پیشگیری از انحرافات جنسی و فساد اجتماعی اهمیت داده شده است (اسدی و شکری، ۱۳۹۳: ۲). و از آن به عنوان سنگ بنای جامعه ی موفق یاد می شود. حفظ بنیان خانواده در قوانین کشورها، اعلامیه ها و میثاق های بین المللی در اولویت توجه دولتمردان قرار گرفته است. اسلام نیز برای خانواده جایگاه و منزلت خاصی قائل است و آن را به عنوان محبوبترین و عزیزترین بنا نزد خداوند متعال معرفی کرده (حرعاملی، ۱۳۸۷: ۲۶۶). و از هم گسستن آن را لرزانندهی عرش عظیم الهی دانسته است (همان) بر این اساس برای تشکیل و استحکام این بنیان مقدس طرح و برنامه ی خاصی ارائه کرده و علاوه بر وضع اوامر و نواهی متعدد اخلاقی، احکام حقوقی خاصی نیز برای آن قرار داده است. برخی از این احکام و قواعد مربوط به مواردی است که در روابط زوجین مشکلی پیش آمده و بین آنها اختلاف ایجاد شده باشد. خداوند متعال در این موارد تدابیری وضع نموده تا از یک طرف به روشی معقول از تزلزل بی جهت بنیان خانواده جلوگیری به عمل آید و در عین حال در مواردی که امکان ادامه ی زندگی مشترک وجود نداشته باشد به روشی منصفانه و متعارف از یکدیگر جدا شوند. از جمله تدابیر قرآنی در این موارد، ارجاع اختلاف پیش آمده به داوری یا حکمیت خانوادگی است. در سیستم حقوقی ما نیز با الهام از این تدبیر قرآنی، ارجاع اختلافات خانوادگی به داوری پیش بینی شده و قانون- گذار در موارد خاصی از ایجاد اختلاف بین زوجین ایشان را به ارجاع امر به داور یا حکم مورد نظر طرفین ملزم نموده است.

داوری (حکمیت) تدبیری قرآنی برای حل مناقشات خانوادگی است. این حکم قرآن کریم مورد توجه قانونگذار قرار گرفته و مقرراتی در همین خصوص وضع شده است. از این رو داوران باید دارای شرایطی از جمله از فامیل زوجین، مورد اعتماد زوجین و دادگاه باشند و از آثار آن فصل خصومت و تعیین نظم حقوق جدید در رابطه با طرفین و داعتبار امر مختومه و صلح و سازش ایجاد کردن بین زوجین و خانوادهها می باشد. علاوه بر این، قطعی و لازم الاجرا بودن مهمترین ضمانت اجرایی آرای داوری بشمار می رود. به بیان دیگر، رأی داور قابل رسیدگی مجدد نیست و دارای قدرت اجرایی است. همانطور که مشخص هست رأی داور باید واجد شرایطی باشد تا معتبر و قابلیت اجرایی داشته باشد و گرنه فاقد اثر قانونی و در واقع باطل و کان لم یکن تلقی می شود.

به عبارت دیگر، داوری فرآیندی است که بر اساس آن طرفین اختلاف، به جای مراجعه

به دادگاه، اختلاف موجود یا احتمالی نسبت به حقوق و تعهدات خود را به داوری یک یا چند نفر ارجاع داده تا داور یا داوران بر اساس اصول حقوقی، اختلاف را حل و فصل نموده و رأی لازم الاجرا صادرکنند. مهمترین ویژگی و حسن داوری در مقابل دادرسی، تراضی طرفین در ارجاع اختلاف خود به داوری است، در واقع فصل تمایز داوری و دادرسی، تراضی طرفین در ارجاع اختلاف موجود یا احتمالی خود به داوری است. در حالی که این خصیصه در دادرسی وجود ندارد.

## ۱- شرط داوری در اختلافات خانوادگی

شرط داوری بطور معمول به تعهدی فرعی که ضمن یک قرارداد دیگر میآید و موضوع آن ارجاع اختلافات آتی به داوری است شرط داوری گفته میشود. قانون آیین دادرسی مدنی، قرارداد داوری را به لحاظ چگونگی انعقاد به دو نوع ضمنی و جداگانه تقسیم کرده و در ماده ۴۵۵ مقرر «متعاملین میدارد میتوانند ضمن معامله ملزم شوند و یا به موجب قرارداد جداگانه تراضینمایند که در صورت بروز اختلاف بین آنان به داوری مراجعه کنند.» موضوع این است که آیا قرارداد داوری دربارهی عقد نکاح به هر دو نوع آن معتبر است. (شریعت کرمانی، گرغانی، ۱۹۴، ۱۴۰۰).

## ۱-۱ شرط ضمنی داوری در حقوق خانواده

طرفین قرارداد میتوانند از طریق شرط ضمن عقد، بعضی آثار شرعی و قانونی عقد را تغییر دهند و توافق خود را جایگزین آن کنند یا آثار آن را تکمیل کرده و مواردی را بر آن بیفزایند. شروط ضمنی در عقد نکاح و غیر آن به لحاظ فقهی نافذ و الزامآور است. بعضی فقها در کتاب النکاح مبحثی را به شروط مذکور در عقد نکاح اختصاص داده و نوشتهاند: جایز است در ضمن عقد نکاح هر شرط جایزی درج شود و بر مشروط علیه واجب است به آن وفاء نماید (موسوی الخمینی، ۱۳۶۳) شرط ضمنی، تعهدی تبعی است که در متن عقد ذکر نمی شود، خواه پیش از عقد ذکر شود و عقد با لحاظ آن تشکیل شود که شرط بنایی هم نامیده می شود. خواه هرگز ذکر نشود و از اوضاع و احوال یا سیره عرفی با سایر قرائن استنباط شود، مانند صفت سالم بودن مبیع که به رغم عدم تصریح به آن، نه در متن عقد و نه پیش از آن، صرفاً به دلیل تفاهم عرفی، شرط ضمن عقد شناخته می شود

## ۲-۱ قرارداد جداگانه داوری

توافق ارجاع به داوری هم میتواند به صورت مستقل (به شکل قراردادی جداگانه) و یا به صورت شرط ضمن عقد واقع شود. در هر صورت توافق داوری ممکن است به صورت سند رسمی و یا عادی به موجب لایحه ای جداگانه و یا مشترک که به امضای طرفین

رسیده تنظیم و به مرجع قضایی تسلیم گردد و یا در جلسه دادرسی اعلام و در صورت جلسه درج گردد و به امضای طرفین برسد و یا حتی شفها واقع گردد، که البته در این صورت طرف مدعی وجود (توافق شفاهی) در صورت انکار طرف مقابل باید وجود آن را اثبات کند. برخالف شروط ضمن عقد نکاح که در لزوم وفای آن به لحاظ فقهی و حقوقی اختلافی نیست، درباره قرارداد جداگانه داوری مناقشاتی مطرح می شود (شریعت کرمانی، گرغانی، ۱۴۰۰، ص ۱۹۶) مطابق ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی، قرارداد داوری در معاملات ممکن است جداگانه منعقد شود. چنین قراردادی در حقوق مدنی ایران معتبر قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن، و الزام آور است. مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی مقصود از قرارداد. را منعقدنموده اند، در صورتیکه مخالف صریح قانون نباشد نافذ است قراردادهای خصوصی در این قانون، عقود جدیدی است که نام معینی در فقه اسلامی و قانون مدنی ندارد. براساس نظر بعضی حقوقدانان این ماده حاوی اصل آزادی قرارداد است و به حکومت اراده نیز دامنه گسترده ای می بخشد و آن را از حصار عقود معین خارج می کند. این ماده نفوذ شرط را از این قید که ضمن عقد واقع شود رها سازد. (کاتوزیان ۱۳۷۴، ۱۴۴، ۶۱) قرارداد مستقل داوری در معاملات نافذ و لازم الوفاء است، ولی در عقد نکاح شرط بدوی محسوب شده و الزام آور نیست. توافق داوری دربارهی عقد نکاح و آثار آن باید به صورت شرط در ضمن عقد نکاح یا شرط بنایی باشد (هدایت نیا ۱۳۹۸، ص ۲۶).

## ۲- الزامات و شرایط داوری

قانونگذار جمهوری اسلامی ایران در مواد ۴۵۴ الی ۵۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی باب هفتم به بحث درباره داوری پرداخته است. گاهی داور، شخصیت حقیقی است یعنی طرفین قرارداد فردی را به عنوان داور انتخاب و در متن قرارداد به آن اشاره می کنند و گاهی نیز به صورت شخصیت حقوقی است، یعنی شرکت یا مؤسسه ای را به عنوان داور تعیین می کنند، نکته مهم در خصوص زمان انتخاب داور این است که انتخاب داور در هر مرحله ای اعم از زمان انعقاد قرارداد یا در زمان اجرای مفاد آن و حتی پس از طرح دعوی در دادگاه امکانپذیر است، به هر حال شرایط داوری در واقع ناظر به سه مورد است:

۱- شرایط اشخاصی که امری را به داوری محول می کنند، موافقت نامه داوری را اشخاصی می توانند منعقد کنند که اهلیت اقامه دعوا را داشته باشند. چه بسا ماده ۲۱۰ قانون مدنی راجع به اهلیت طرفین مقرر میدارد که: متعاملین باید برای معامله اهلیت داشته باشند و در ماده ۲۱۱ می گوید: برای این که متعاملین اهل محسوب شوند باید بالغ و عاقل و رشید باشند.

۲- شرایط کسانی که به عنوان داور انتخاب میشوند، بنابر ماده ۴۶۶ ق.آ.د.م. اشخاص زیر

را هر چند با تراضی طرفین دعوا، نمیتوان به عنوان داور انتخاب کرد:

الف) اشخاصی که فاقد اهلیت قانونی هستند.

ب) اشخاصی که به حکم قطعی دادگاه و یا در اثر آن از داوری محروم شده اند. بنابر ماده ۴۶۹ ق.ا.د.م. دادگاه نمیتواند اشخاص زیر را به سمت داور معین نماید مگر با تراضی طرفین: الف) کسانی که سن آنها کمتر از ۲۵ سال باشد. ب) کسانی که در دعوا ذینفع باشند.

ج) کسانی که با یکی از اصحاب دعوا قرابت سببی یا نسبی تا درجه دوم از طبقه سوم داشته باشند،

د) کسانی که قیم یا کفیل یا وکیل یا مباشر امور یکی از اصحاب دعوا میباشند، ذ) کسانی که خود یا همسرانشان وارث یکی از اصحاب دعوا باشد،

ر) کسانی که خود یا همسرانشان و یا یکی از اقربای سببی یا نسبی تا درجه دوم از طبقه سوم او با یکی از اصحاب دعوا یا زوجه و یا یکی از اقربای نسبی یا سببی تا درجه دوم از طبقه سوم او دادرسی مدنی دارند.

ز) کسانی که با یکی از اصحاب دعوا یا با اشخاصی که قرابت نسبی یا سببی تا درجه دوم از طبقه سوم با یکی از اصحاب دعوا دارند، در گذشته یا حال دادرسی کیفری داشته باشند.

ط) کارمندان دولت در حوزه مأموریت آن (واحدی ۱۳۸۳، جلد ۳، ۵۷۰).

### ۳- شرایط رسیدگی به اختلافات خانوادگی

برای آن که شرایط داوران در منابع اولیه آن بررسی و معرفی شوند و نیز بروز عینی و قانونی شرایط داوران در دعاوی خانوادگی مبرهن گردد؛ ابتدا جایگاه بحث در متون دینی گزارش میشود و سپس انعکاس آن مطالب در قالب مقررات موضوعه نشان داده می شود، تا دخل و تصرفات مرجع تقنینی نمایان گردد و به لحاظ کاربردی نیز مطالب ارائه شده قابل استفاده باشد. بعد اجرایی و حکومتی داشتن نهاد داوری در یک نظام حقوقی و حاکم بودن فقه اهل سنت، ما را بر آن داشت که در کنار فقه امامیه به منابع اهل سنت نیز مراجعه نماییم. در ارجاع به منابع، جهت رعایت تناسب حجم مقاله، بنا را بر اختصار و گزینش قرار داده ایم.

### ۳-۱ شرایط داوران در منابع اسلامی

اهم شرایطی که از سوی علمای اسلامی (اعم از مفسران و فقها) در مورد داوران خانوادگی یا همان حکمین مورد اشاره قرار گرفته است و به ندرت در مورد آنها بررسی های مفصل معمول گردیده به قرار زیر است:

۱) بلوغ: دو حکم باید از بلوغ شرعی برخوردار باشند، از این رو، صغیر، اعم از ممیز و یا غیر ممیز را نمی توان داور قرار داد.

۲- عقل: حکمین نباید دیوانه باشند اعم از ادواری و اطباقی

۳) رشد گفته شده است که داوران باید از سفه بدور باشند. اگر مراد از «سفه» غیر عقلایی بودن عموم تصرفات مالی شخص باشد، با این اشکال مواجه است که داوری خانوادگی ماهیتا عملی غیر مالی است؛ اگرچه از پارهای جهات نیازمند اظهار نظر در روابط مالی زن و شوهر است.

۴) اسلام: لزوم مسلمان بودن حکمین اگر چه در کالم بعضی از دانشمندان مسلمان تصریح شده است ولی این شرط در عبارات بسیاری دیگر مسکوت مانده است؛ با این حال، تصریح بسیاری بر شرایطی چون عدالت، به گونه ای است که لزوم مسلمان بودن داوران بالملازمه با خود دارد.

۵) عدالت: در این که آیا الزم است حکمین، عادل باشند به این معنا که دارای ملکه اجتناب از کبائر و عدم اصرار بر انجام ضغائر از گناهان باشند، میان دانشمندان مسلمان اختلاف نظر وجود دارد. بسیاری از علمای اهل سنت، عدالت ایشان را مطلق شرط میدانند؛ چه تحکیم و داوری را از باب توکیل بدانیم و چه از مقوله حکومت و قضاوت.

۶) خویشاوند بودن با زوجین: آیا الزم است حکمین با زوجین قرابت سببی یا نسبی یا رضاعی داشته باشند، یعنی حکم مرد از فامیل مرد و حکم زن از ارقاب زن باشد، یا اگر از غیر اقارب هم باشند ایرادی ندارد؟ یا وجه دیگری در این بین وجود دارد؟ بعضی از علمای عامه معتقدند ابتدائاً نمی توان حکمین را از غیر خویشان زوجین انتخاب نمود بلکه در وهله اول باید سراغ حکمین دارای شرایط لازمه را از جمع فامیل زوجین گرفت؛ اما اگر از این جستجو نسبت به هر دو یا یکی از ایشان مایوس شدیم، آنگاه می توانیم اقدام به تعیین حکمین از غیر اقارب ایشان نماییم. در وجه تقدم اقارب نیز گفته شده است « که فامیل زوجین از دیگران نسبت به باطن قضیه و اوضاع و احوال مربوطه آگاهتر می باشند و از دلسوزی بیشتری برخوردارند» همین ویژگی باعث شده که در فرض عدم وجدان حکمین در میان خویشان زوجین گفته شود: مستحب است که آن دو را از میان همسایگان ایشان انتخاب نماییم.

۷- مرد یا زن بودن داوران: سوال این است، آیا الزم است حکمین هر دو مرد باشند یا چنین چیزی الزم نبوده و هر دو می توانند زن باشند و یا آنکه حکم زن، زن و حکم شوهر مرد باشند و بالعکس؟ آنچه که از آیه مربوطه بر می آید این است که خداوند در این آیه از لفظ حکم استفاده کرده است و با فرض مذکر بودن این لفظ از آنجا که روال قرآن بر این بوده که نوعاً «به صیغه» مذکر احکام را تشریح نماید لذا نمی توان خصوص رجل بودن حکم را از این آیه استفاده کرد. اما در مورد روایات باید بگوییم که در روایات منقول از ائمه علیهم السلام تصریحی بر لزوم مرد بودن حکمین نشده است.

۸- خیره بودن در حل و فصل مسائل خانوادگی: صالح الازهری با تاکید بر اشتراط چنین امری اظهار میدارد: «حکم حکمی که فقه و اطلاع دقیق از احکام مربوط به نشوز و خیر و شر امور مربوط به زن و شوهر را ندارد باطل می باشد؛ زیرا شرط حکومت هر کسی که عهده دار این منصب در هر کاری می شود آن است که نسبت به آن مورد علم داشته باشد

بعضی دیگر از فقهای اهل سنت با پیش کشیدن همان تفصیل معروف در مورد تحکیم یا توکیل بودن داوری می گویند: «اگر آن دو را حاکم بدانیم قطعاً باید فقیه باشند ولی اگر آن دو را وکیل از جانب زوجین میدانیم نیازی به این شرایط نبوده و می توانند از مردم عامی باشند. با این حال، همان طور که در شرط قبلی متذکر شدیم چنین تفصیل و برقراری ملازمه میان حکومتی دانستن داوری و لزوم رعایت تمام شرایط قاضی در داور، نزد فقهای امامیه مسلم دانسته نشده است؛ لذا در لسان بسیاری از فقهای امامیه از این شرط به عنوان «بصیر بودن حکمین در کار خود» یا «التهتاء الی ما هو القصد من بعثها» یاد شده است. به نظر میرسد عمدهترین دلیل بر لزوم وجود این شرایط این باشد که عقل، حصول غرض مورد انتظار از بحث حکمین را منوط می داند به قدرت و آگاهی حکمین در انجام مسئولیتی که عهده دار انجام آن شده اند. یعنی اطلاع از مسائل خانوادگی.

۹- دو نفر بودن داوران: چنانکه می دانیم در قرآن کریم لفظ حکمین به صیغه تثنیه ادا شده است که ظهور در خصوص دو نفر دارد، نه بیشتر و نه کمتر، نتیجه این ظهور آن است که بگوییم برای مشروعیت تحکیم، حکمین باید دو نفر، یکی از جانب زوج و یکی از طرف زوج، برگزیده شوند و الغیر. تا آنجا که ما بررسی کرده ایم فقها و مفسرین نیز همین لفظ حکمین را استعمال کرده و عموماً احتمال خلاف آن را به بررسی نشسته اند. با این وجود هستند کسانی که می گویند یک حکم واحد نیز برای انجام حکمیت میان زوجین کفایت کرده و حکم او مانند حکم دو حوکم از اعتبار برخوردار می باشد.

حضرت امام خمینی (ره) نیز می فرمایند: « لزومی ندارد از هر طرف فقط یک حکم

معرفی شود بلکه اگر مصلحت ایجاب کند که بیش از یک نفر از هر طرف معرفی شوند، همان تعداد معین میگردد. به نظر می رسد که وجه این دو اظهار نظر آن است که چون، موضوع بحث حکمین، اصلاح است لذا با هر تعداد حوکم که به این هدف برسیم، همان مشروع خواهد بود، و ظاهر آیه را نیز به مورد اغلب حمل کرده یا آن را بر استحباب حمل می نماییم.

۱۰- خلوص نیت در اصلاح میان زوجین: چنانکه قبال نیز از نظر گذرانیدم خداوند کریم در ادامه تشریح تأسیس حکمیت در فرض شقاق میان زوجین میفرماید «.. ان یریدا اصلاحا یوفق الله بینهما» در برداشت از این آیه و اینکه چه کسانی موظف به داشتن خلوص نیت و قصد اصلاح هستند، اظهار نظرات گوناگونی از طرف اندیشمندان مسلمان ارائه شده است.

### ۲-۳- موضع قانون گذار نسبت به شرایط داوران

با آنکه به تناسب عنوان و مجال این نوشتار، درصدد معرفی تفصیلی سیر تاریخی قوانین موضوعه مربوط به داوری خانوادگی نمی باشد؛ ولی همین مقدار اشاره می نمایم که از سال ۱۳۱۸ و طی ماده ۶۷۶ از قانون آیین دادرسی سابق و به تصریح نویسنده قانون مزبور، آیه قرآن (و ان خفتم) الهام بخش وارد ساختن نهاد داوری خانوادگی در این متن قانونی بوده است. تقریباً همین روند در قانون حمایت خانواده سال ۴۶ و نیز قانون حمایت خانواده سال ۵۳ آیین نامه اجرایی آن مصوب سال ۱۳۵۴ علی رغم جهت گیری حاکم بر این دو قانون در الئیک نمودن نظام حقوق خانواده در ایران قابل مشاهده است. در قانون تشکیل دادگاههای مدنی خاص مصوب سال ۱۳۵۸ شورای انقلاب طی ماده ۳ به آیه داوری صریحا اشاره می شود. نکته مشترک در تمام این قوانین آن است که به طور مستقل و مستوفای به مسئله اوصاف داوران پرداخته نشده است. ابهام و اجمال موجود در مورد شرایط داوران که علی القاعده و مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۷۸ و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۷۹ از طریق مراجعه به متون فقهی می بایست بر طرف میشد؛ در سال ۱۳۷۱ و با تصویب نهایی «قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق» از سوی مجمع تشخیص مصلحت نظام، این امکان را یافت که در دل متون قانونی بر طرف شود به این صورت که مطابق تبصره ماده واحده مزبور مقرر شد که آیین نامه اجرایی حکمیت توسط وزیر دادگستری تهیه و به امضای رئیس قوه قضائیه برسد.

از مطالعه مواد نه گانه آیین نامه اجرایی مزبور که در تاریخ ۱۳۷۱/۱۲/۲ به تصویب رئیس



قوه قضائیه وقت رسید؛ گذشته از آن که در ماده ۳ به لزوم انتخاب بدوی داوران از بین اقارب زوجین تصریح گردید طی ماده ۴، شرایط ۶ گانه زیر به عنوان شرایط داوران معرفی شد:

۱- مسلمان ۲- آشنا به مسائل شرعی، خانوادگی و اجتماعی ۳- حداقل ۴۰ سال تمام ۴- متاهل ۵- معتمد ۶- عدم اشتغال به فسق و فساد

در ماده ۷ این آیین نامه نیز «سعی و اهتمام داوران برای اصلاح و دفع اختلاف» مورد تأکید واقع شده است. همان گونه که ملاحظه می شود قانون گذار در جعل بسیاری از شرایط یاد شده از نظر مشهور فقها پیروی کرده است؛ اگر چه تعدادی از شرایط، از لزوم داشتن چهل سال یا متاهل بودن، از سابقه فقهی روشنی برخوردار نیست. آنچه که جالب توجه است اینکه در این قانون به صراحت از لزوم مرد بودن داوران ذکری به بیان نیامده است و چون قانونگذار در مقام میان شرایط داوران و احصای آن بوده است این امر می تواند دلیل بر بی اعتباری شرط رجلیت برای داوران خانوادگی از نقطه نظر قانون گذار به شمار می آید. استفاده چنین ظهوری مانع از آن است که به بهانه سکوت قانونگذار، مراجعه به فقه را تجویز نماییم حتی اگر بتوان به مشهور فقها نیز اشتراط رجلیت داوران را نسبت داد؛ زیرا مطابق ضوابط قانونی موجود (مانند اصل ۱۶۷ قانون اساسی) مراجعه به فقه در طول مراجعه به قانون و بعد از آن تجویز شده است.

مؤید این برداشت آن است که در بعضی از قوانین کشورهای اسلامی و اهل سنت در باب داوری خانوادگی که با تأثیر از آرای فقهای عامه تدوین شده است و مقنن، تحت این تأثیر بوده است. به صراحت از مرد بودن داوران نام برده است. به طور نمونه مطابق ماده ۷ قانون سال ۱۹۲۹ مصر که مورد پذیرش کشور امارات متحده عربی نیز قرار گرفته است. «دو مرد عادل بودن حکمین» مورد تصریح قرار گرفته است. به نظر میرسد مسلم نبودن این شرط در متون فقهی و تفاوت منصب قضاوت به معنای دقیق آن با داوری؛ علی رغم برخوردار بودن نهاد داوری از بعضی خصیصه های حکومت مثل لازم الاجرا بودن بخشی از نظرات داوران برای زوجین، باعث شده است تا قانون گذار بعد از پیروزی انقلاب، رجلیت را در داوران شرط نداند؛ اگر چه مطابق رویه جاری این مردان هستند که توسط دادگاههای خانواده به سمت داوری برگزیده می شوند.

۳-۳ تحولات نهاد داوری در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱

قانون حمایت خانواده که در تاریخ ۱۳۹۱/۱۲/۱ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید

در ۵۸ ماده تنظیم شده و ناسخ بسیاری از قوانین پیش از خود در قلمرو خانواده است (عناوین این قوانین منسوخ در ماده ی ۵۸ این قانون درج شده است). بیشتر مواد این قانون به تشریفات و شرایط و رسیدگی در دادگاه های خانواده پرداخته و در برگیرنده ی قواعد شکلی برای رسیدگی به دعاوی خانوادگی است که در قوانین قبلی سابقه نداشته است. در این قانون نیز ارجاع اختلاف به داوری منحصر به مورد طلاق شده و حتی در مورد طالق نیز طلاق توافقی از موارد ارجاع به داوری استثنا شده است (اسدی و شکری، ۱۳۹۳: ۱۸۹). البته شاید بتوان گفت بتوان گفت دلیل استثنا کردن طلاق توافقی از ارجاع به داوری علاوه بر توافق و نظر مشترک خود زوجین نسبت به طالق، ارجاع پرونده ی این نوع طلاق به مراکز مشاوره خانواده باشد.

این مراکز نیز با هدف تحکیم مبانی خانواده و سعی در جهت صلح و سازش زوجین تشکیل شده است. با وجود این شاید از نظر قانونگذار ارجاع مجدد پرونده به داوری (آن هم با هدف ایجاد صلح و سازش) کاری عبث باشد. به علاوه می توان گفت در صورتی که طلاق، توافقی باشد. نظر داوران منتخب نیز از پیش مشخص است و شاید بدین لحاظ قانونگذار ضرورتی به صرف زمانی برای اخذ نظر داوران ندیده باشد.

در موارد ارجاع پرونده به داوری، دادگاه میبایست با توجه به نظر داوران رأی خود را صادر کند. در صورت نپذیرفتن نظر داوران باید با ذکر دلیل از نظر ایشان عدول کند. به موجب ماده ۲۸ قانون حمایت خانواده، داوران می بایست ظرف مدت یک هفته از تاریخ ابالغ، توسط زوجین به دادگاه معرفی شوند. این امر در ماده ی ۱۲ آیین نامه اجرایی نیز تأکید مجدد شده است. این داوران باید از اقارب متأهل بوده و حداقل ۳۰ ال سن داشته باشند و آشنا به مسائل شرعی و خانوادگی و اجتماعی باشند. البته شرط تأهل در خصوص داور زوج شرایطی دربرداشته شده و به موجب تبصره ۱ این ماده محارم زوج که همسرشان فوت کرده یا از هم جدا شده باشند در صورت وجود سایر شرایط می توانند به عنوان داور انتخاب شوند. به نظرمی رسد دلیل این امر به نحوی حمایت ویژه تر از زوجی طرف دعوی نسبت به زوج و با در نظر گرفتن ویژگی های روحی و عاطفی زنان باشد. چراکه زن ممکن است تمایل داشته باشد یکی از محارمش که به نحو دقیق تری در جریان مسائل زندگی اوست و حس عاطفی قوی تری نسبت به سایرین با او دارد را به عنوان داورش انتخاب شود تا بتواند حمایت لازم و تصمیم گیری درست تری نسبت به وضعیت او انجام دهد. و چنان چه زوجین خودشان از انتخاب داور امتناع کنند یا به دلیلی توانایی این کار را نداشته باشند، از طرف دادگاه رأسای یا به درخواست هر یک از طرفین داور تعیین می شود.

نکته ای که قانونگذار برای اولین بار در این قانون مطرح کرده است. لزوم (رعایت نظر

داوران در صدور حکم دادگاه و یا رد نظر داوران با ذکر دلیل است). براین اساس، قاضی نمی تواند بی جهت و بدون ذکر دلیل نظر نهایی داوران را نپذیرد و اگر به هر دلیل تصمیم به عدول از این نظر را دارد. باید دلیل خود را برای رد نظر ایشان اعلام دارد. این لزوم در حالی است که قانونگذار در خصوص مشاوران خانوادگی چنین الزامی را قرار نداده است و قاضی حتی در ارجاع پرونده به این مرکز مختار است. این نحوه ی برخورد قانونگذار با داوری، اهمیت این نهاد در خانوادگی را دوچندان نموده است. درحقیقت سرنوشت یک زندگی به دست داوران سپرده می شود. لذا می بایست در انتخاب داوران دقت ویژه ای به عمل آید و خود ایشان نیز به اهمیت مسئولیتی که بر عهده ایشان نهاده شده است واقف شوند.

#### ۴- شیوه های جایگزین حل و فصل اختلاف از منظر فقهی

در باب شیوه های جایگزین حل و فصل اختلاف مبانی و مصادیق فقهی منسجمی وجود ندارد و اغلب به صورت پراکنده و جزئی بدان ها پرداخته شده است. و این موضوع نیز جای تامل دارد. لذا به نظر می رسد که در این راستا هم به لحاظ حقوقی و هم به لحاظ فقهی نیاز به باب های جداگانه و منسجمی می باشد تا بتوان با دقت نظر در آن مبانی پویاتر نسبت به این شیوه ها اتخاذ و ارائه شود. در این جای قسمت به چند نمونه پراکنده از مبانی فقهی شیوه های فوق می پردازیم.

#### ۱-۴ داوری از دیدگاه فقهی

داوری از شیوه های بسیار قدیمی است و به همین دلیل از اعتبار بسیاری بین افراد برخوردار است. داوری در اسلام نیز معمول بوده و وقتی دو نفر با هم در امور مالی یا غیر مالی اختلاف پیدا می کردند می توانستند توافق نمایند که برای فیصله دادن به اختلاف یک نفر را به عنوان حکم یا داور انتخاب کنند، داوری در فقه تحکیم نامیده می شود. تحکیم آن است که طرفین دعوی شخص یا اشخاصی را برای رسیدگی صدور رأی در مورد امر مورد نزاع خود برگزینند که در این صورت هر یک از طرفین را محکم و داور نیز قاضی تحکیم نامیده می شود. پس از دادن این اختیار به داور آن را در اصطلاح ولایت تحکیم می نامند. هر چند در مورد قلمرو داوری میان مذاهب مختلف اسلامی وجود دارد اما میتوان گفت که اصل جواز داوری مورد قبول همه مذاهب مختلف قرار گرفته است. قرآن کریم در دعاوی خانواده از داوری به «حکمیت» تعبیر نموده است. واژه «حکم» در اصل از آیه ی ۳۵ سوره مبارکه نساء گرفته شده است. در این آیه دستور داده شده است که در صورت وقوع اختلاف بین زن و شوهر، حکمی از دو طرف برگزیده شود:

«وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ

اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا» یعنی: و اگر از ناسازگاری میان زن و مرد بیم دارید، داوری از اقوام مرد و داوری از اقوام زن تعیین کنید. اگر آن ها سر سازگاری داشته باشند، خدا میانشان آشتی خواهد داد. بی شک خداوند، دانای آگاه است.

فقه‌های اهل سنت برای جواز داوری که در کلیه مذاهب با عنوان «قاضی تحکیم» از آن یاد می شود علاوه بر آیه مبارکه فوق، به حدیث نبوی (من حکم بین اثنین فتراضیا به فلم یعدل فعلیه لعنه الله) و نیز سنت پیامبر اکرم (ص) در عمل به داوری در بعضی از موارد از جمله داوری سعد بن معاذ در اختلاف بین پیامبر (ص) و قبیله بنی قریظه و هم چنین اجماع صحابه و عمل به آن از جمله در مورد داوری عبدالرحمن بن عوف برای تعیین خلیفه پس از فوت عمر و داوری ابوموسی اشعری و عمروعاص در جنگ صفین استناد کرده اند (ساکت، ۱۳۸۲: ۸۸).

مشروعیت داوری اصولاً مورد تأیید فقهای بزرگ اسلام بوده و دلیل عمده بعضی از فقهای امامیه نیز برای جواز و نفوذ داوری به روایت احمد بن فضل کناسی از کشتی از امام صادق (ع) و نیز حدیث مرسله از پیامبر اسلام (ص) که میفرماید «من حکم بین اثنین فتراضیا به فلم یعدل فعلیه لعنه الله» یعنی: «آن کس که بین دو نفری که او را برگزیده اند بدون رعایت عدالت حکم کند، لعنت خداوند بر او باد». استناد کرده اند. اما به دلیل اینکه ظاهر روایت احمد بن فضل کناسی دلالت بر تعیین قاضی تحکیم و ولایت وی ندارد و حدیث مرسله نیز از سوی اهل سنت نقل شده است و همچنین این حدیث نیز برای بیان کیفیت حکم و لزوم رعایت عدالت از سوی قاضی است و نه برای بیان جواز قضاوت تحکیمی، فقهای شیعه عمدتاً جهت مشروعیت قاضی تحکیم و جایز بودن آن به اجماع تمسک جسته اند (النجفی، ۱۳۶۲: ۲).

فقه‌ها در آثار فقهی خود و در بخش «کتاب القضاء» قضاات را به دو نوع تقسیم می کنند: یکی قاضی منصوب است که از طرف امام منصوب می شود و دیگری قاضی تحکیم (داور) است که بدون داشتن اذن از سوی امام، اصحاب دعوی بر داوری وی توافق میکنند. قول مشهور فقها، کلیه شرایطی را که برای قاضی منصوب لازم می داند از قبیل بلوغ، عقل، اسالم، عدالت، علم (اجتهاد) و ذکوریت، در مورد قاضی تحکیم نیز لازماً الرعایه می داند و تنها تفاوت این دو را لازم نبودن اذن و نصب از سوی امام در مورد قاضی تحکیم دانسته است.

در مورد اثر حکم داوری نیز باید گفت که بعضی از فقها در صورتی حکم داور را الزام آور می دانند که طرفین پس از صدور حکم بر آن تراضی نمایند (الموسوی خوئی، ۱۴۱۲: ۶). اما بعضی دیگر از فقها مانند صاحب شرائع، حکم داور را الزام آور می داند بدون آنکه لزومی به توافق طرفین وجود داشته باشد. به گفته صاحب شرائع «اگر دو طرف دعوا بر

(داوری) یک شخص توافق نمایند و دعوا را نزد وی طرح نمایند و آن شخص بین این دو داوری کند حکمش الزام آور است و به رضایت طرفین بعد از صدور حکم نیازی نیست». به هر حال صرف نظر از اینکه در مورد برخی از مسائل مربوط به داوری و به ویژه در مورد قلمرو آن و جایز بودن داوری در غیر اموال در میان فقها اختلاف وجود دارد، این نکته مسلم است که اصل داوری (تحکیم) از لحاظ فقهی جایز و بلا اشکال است و طرفین می توانند حل و فصل دعوی خود را به قاضی تحکیم و اگذار نمایند (سنگلجی، ۱۳۸۱: ۳۸).

## ۲-۴ سایر شیوه های جایگزین حل و فصل اختلاف از لحاظ فقهی

سایر شیوه های جایگزین حل و فصل اختلاف نیز از آن جایی که هم چون سازش، به صورت دوستانه و با تراضی طرفین ختلاف حل و فصل می گردد. نتایج حاصل از این شیوه ها که در غالب موارد در قالب قرارداد جای می گیرد. به لحاظ قراردادی بودن از نظر فقهی مورد تأیید است و بنابراین ادله ای که بر اعتبار قراردادها و لزوم وفای به عهد و پیمان دلالت دارد (مانند قاعده اوفوا بالعقود) نتایج مزبور در بر میگیرد. پس طرفین اختلاف باید قراردادی را که در خصوص حل و فصل اختلاف منعقد می کنند محترم شمارند و گرنه مسئولیت قراردادی عهد شکن هم چون سایر قراردادها مطرح خواهد شد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۴۵۳).

## ۳-۴ صلح و سازش از نگاه فقه اسلامی

دین مبین اسلام دین صلح و دوستی است اسلام ذاتا دین صلح است و مصلحت اجتماعی جامعه بشری را در زیباترین واژه ادبیاتی صلح بیان نموده است و تمام افراد جامعه را از بهترین اعمال انسانی برشمرده است به گونه ای که ایجاد صلح و آشتی در بین برادران دینی را از نیکوترین ویژگیهای انسانیت و از اخلاق حسنه برشمرده است.

در مورد سازش (صلح) بین مسلمانان و جواز حل و فصل از این طریق نیز همانند داوری، تردیدی وجود ندارد. آیات و روایات زیادی مسلمانان را به صلح و سازش و حل منازعات از این طریق فرا می خواند. در قرآن کریم آمده است: «و الصلح خیر» (سوره نساء، آیه ی ۱۲۸). یعنی: صلح بهتر است.

«انما المومنون اخوه فاضلحو بین اخویکم» (الحجرات، آیه ۱۰). یعنی: همانا مومنان با هم برادرند پس میان برادران خود صلح و سازش برقرار نمایید.

در آیات دیگری نیز هم چون آیه ۳۶ و ۱۱۴ سوره نساء و آیه ۱ سوره انفال و آیه ۹ سوره حجرات تأکید قرآن کریم بر صلح و سازش مشاهده می شود. در روایات اسلامی نیز به این مقوله توجه زیادی شده است. در اصول کافی از امام صادق (ع) نقل شده است: «ان الصلح لیس بکذاب» یعنی: مصلح دروغگو نیست. در منابع اسلامی صلح و آشتی از چنان اهمیتی برخوردار است که امام صادق (ع) اجازه داده بودند که نزاع بین شیعیان با پرداخت از مال آن حضرت رفع گردد. ایشان به مفضل بن عمر کارگزار مالی خود فرمودند: «إذا رأیت بین اثین من شیعتنا منازعه فافتدها من مالی» یعنی: زمانی که بین دو نفر از پیروان ما نزاعی را دیدی از مال من بپرداز تا با یکدیگر آشتی کنند (حر عاملی، ۱۳۹۳، ۱۶۱).

آیات و روایات مزبور نشانه اهمیت صلح و سازش در اسلام و تأکید بر حل و فصل دوستانه در این دین آسمانی است. بالاتر از آن در بسیاری از متون اسلامی تشویق به سازش از سوی قاضی به عنوان یکی از آداب شایسته قضاوت، مورد تأکید قرار گرفته است. به همین منظور قاضی می تواند بین اصحاب دعوا اقدام به میانجیگری نماید و آنها را به سازش و حل و فصل دوستانه اختلاف ترغیب نماید و این اقدام و اختیار که بعضی از فقها بر استحباب آن نظر داده اند، مختص امور مدنی نیست و امور کیفری (جرایم تعزیری) را نیز در بر می گیرد (صادقی، ۱۳۸۴: ۱۶۵).

ز طرفی دیگر در مورد داوری و جواز و نفوذ آن تردیدهایی ابراز شده است و فقها قاضی تحکیم را همانند قاضی منصوب مشمول بعضی از سختگیری ها دانسته و حکم کرده اند که قضات تحکیم نیز باید غالب شرایط قضات منصوب را دارا باشند، در مورد اشخاص ثالثی که در سایر شیوه های دوستانه حل اختلاف، اقدام می نماید، حداقل کلیه شرایط و سختگیری های مزبور را نمیتوان قابل اعمال دانست. این تفاوت ناشی از نحوه حل و فصل اختلاف در داوری و سایر شیوه های جایگزین حل و فصل اختلاف است. همان گونه که گفته شد، داور هم چون قاضی، به تمییز حق از ناحق میپردازد و رأی وی هم چون حکم قاضی، حقوق طرفین دعوا را مشخص می سازد. بنابراین طبیعی است که در مورد روش داوری و شخصی که به داوری می پردازد حساسیت های زیادی وجود داشته باشد که احیانا حقوق اشخاص بازیچه افراد ناصالح قرار نگیرد و عدالت در برابر خواست ها و یا ناآگاهی این اشخاص قربانی نشود. اما در سایر شیوه ها مسئولیت تعیین و تمییز حقوق برعهده خود طرفین قرار می گیرد. شخص ثالث هم اگر در این میان دخالت دارد، نقش وی تنها نزدیک کردن طرفین به هم و تسهیل حل و فصل اختلاف است. پس به عنوان مثال اگر در مورد داوری بسیاری از فقها عقیده دارند که شرط رجولیت در مورد قاضی تحکیم نیز جاری است، نمی توان این حکم را به میانجی نیز تعمیم داد. چرا که میانجی رأی الزام آور صادر نمی کند و تنها تلاش میکند که اختلاف را با تراضی طرفین

فیصله دهد. بنابراین می توان نتیجه گرفت که غیر از داوری مشروعیت و نفوذ سایر شیوه های جایگزین حل و فصل اختلاف نیز از نظر شرعی با مشکلی مواجه نیست و اشخاص می توانند خود را از طریق این شیوه ها حل و فصل نمایند (ساکت، ۱۳۸۲: ۳۸).

نهاد خانواده از مهمترین نهادهای اجتماعی است و به همین دلیل، قوانین و مقررات مربوط به خانواده نیز اهمیت خاصی دارد. در میان قوانین مربوط به خانواده، مقررات مربوط به حکمیت یا داوری نیز واجد اهمیت است، زیرا هدف آن استواری روابط خانوادگی و قداست آن است. قانونگذار برای نیل به هدف مذکور و به منظور یافتن راه حلی که بهتر بتواند استحکام روابط خانوادگی را تأمین نماید، مقررات مربوط به داوری در حقوق خانواده را بارها تغییر داده و این بخش از قوانین ما پیوسته در حال تغییر بوده است. اما انجام داوری و تلاش در جهت حل اختلاف، زمانی مفید است که زوجین به مراجع قضایی، شبه قضایی و مراجع انتظامی مراجعه نکرده اند چون در محاکم قضایی بیشتر به فصل خصومت می پردازند تا حل اختلاف.

در نتیجه، در میان قوانین مربوط به خانواده، مقررات مربوط به حکمیت یا داوری نیز واجد اهمیت است، زیرا هدف آن استواری روابط خانوادگی است. قانونگذار برای نیل به هدف مذکور که بهتر بتواند استحکام روابط خانوادگی را تأمین نماید، شرایط و آثاری را برای داوری در رسیدگی به اختلافات خانوادگی در نظر گرفته است که در این مقاله به آنها پرداختیم.



**فهرست منابع:**

- ر الکلام، تهران، المكتبة السلامية، چاپ چهارم، ج ۳ و ۳۰ و ۳
- نوری طبرسی، میرزا حسین (۳۹۰). مستدرک الوس - اباذری فومشی، منصور (۱۳۸۸) نحوه عملی رسیدگی به دعاوی و شکایات خانوادگی، قم - اهل بیت چاپ ۸
- امامی، سید حسن (۱۳۶۴) حقوق مدنی، انتشارات ابوریحان بهار
- داغی - فاطمه (۱۳۸۸) آیین دادرسی در دادگاه های خانواده، نشر بنیاد حقوقی میزان، چاپ پنجم
- بهبهانی، محمد رحیم (۱۳۹۵)، جایگاه نهاد داوری در حقوق ایران با رویکرد فقهی، نشریه مبانی فقهی حقوق اسلامی، شماره ۱۸، ص ۲ تا ۹
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۲). ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش چاپ ششم تهران
- سبحانی (۱۳۸۰). نظام الطلاق، قم، مؤسسه امام الصادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق
- دادمرزی، سید مهدی (۱۳۹۲). شرایط داوران در داوری خانوادگی، حوراء، چاپ دوم، شماره ۱
- صدرزاده افشار، سید محسن (۱۳۷۴). آیین دادرسی مدنی، بازرگانی، جهاد دانشگاهی چاپ چهارم
- طباطبایی، سید علی (۱۳۹۰). ریاض المسائل، قم، مؤسسه النشر السلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق، ج ۱۰.
- ۸۱ -علیمردانی، صدیقه (۱۳۸۶). نقش داوری در حل و فصل اختلافات خانوادگی زوجین متقاضی طلاق، پایان نامه کارشناسی ارشد رشته مطالعات زنان.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۳۸۰). جامع المسائل، قم، امیر العلم، چاپ دهم، ج ۲
- محمد زاده اصل، حیدر (۱۳۷۹) داوری در حقوق ایران، تهران، انتشارت ققنوس، چاپ اول،
- مدنی، سید جلال الدین (۱۳۸۵) حقوق مدنی، انتشارات پایدار،
- مرندی، محمدرضا، اسعد، محمد تقی (۱۳۹۶). مزایای داوری اختلافات خانوادگی بر رسیدگی توسط شورای حل اختلاف و دادگاه. فصلنامه مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، دوره: ۳ شماره: ۱
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۳۷۱) مصباح الفقاهه، وجدانی، چاپ سوم، ج ۵.

- مکی عاملی (شهید اول). محمد بن جمال الدین، اللمعة الدمشقیة، قم، دار الفکر، چاپ اول، قم
- موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا (۱۳۹۰). کتاب القضاء، قم، دار القرآن الکریم، بی تا، ج ۱.
- نجفی خوانساری، شیخ موسی (۱۳۸۴). حاشیة المکاسب، مؤسسه النشر السلامی، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق، ج ۳
- نجفی، محمد حسن (۱۳۷۴). جواه ائل، بیروت، آل البیت، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق، ج ۱۴
- هدایت نیا، فرج الله (۱۳۸۴) نقد داوری در دعاوی خانوادگی: از مقررات تا اجرا، نشریه مطالعات راهبردی زنان، شماره ۲۷، ص ۱ تا ۷۶.



پژوهش های بنیادین در حقوق

The Fundamental Researches in Law

# Analysis of the Feasibility of Regulation and Legal Formalism in Medical Censure

Seyed Eisa Mousavi<sup>1</sup>, Hassan Heydari<sup>2</sup>, Hormoz Asadi Kouh Bad<sup>3\*</sup>

## Abstract :

The use of censure in the Iranian legal system, with no specific criteria for its procedural determination, indicates that the lack of proper strategy in its utilization imposes limitations and negative reactions towards physicians, affecting the enhancement of public health and their morale. Therefore, the perception of inadequate legal support for the medical community, along with careful analysis of the wrongful portrayal of medical practices and assessing their conflict level with the law, leads to incompatible censure reactions for physicians and unsatisfactory legal system performance. Consequently, proposing a progressive model focused on an insightful interpretation of censure, and reviewing medical censure in specific cases, creates support and protection for physicians and eliminates unjust attribution of certain offenses. Furthermore, the feasibility of regulation and legal formalism in medical censure, along with assessing potential risk effects and establishing differential penal policies in response to medical censure and shifting lawmakers' views on unauthorized interventions and supportive exemplars, enhances the societal health context. Moreover, it reduces doctors' indifference and reluctance towards treatment by minimizing the application of censure.

Key words: Censure, Physician, Regulation and Legal Formalism, Public Health Enhancement

---

<sup>1</sup>. PhD Student, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Ramhormoz Branch, Islamic Azad University, Ramhormoz, Iran.

<sup>2</sup>. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Ramhormoz Branch, Islamic Azad University, Ramhormoz, Iran (Corresponding Author).

<sup>3</sup>. Associate Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Ramhormoz Branch, Islamic Azad University, Ramhormoz, Iran.



## واکاوی نحوه امکان‌پذیری تنظیم‌گری و شکل‌گرایی حقوقی تعزیر پزشکی

سیدعیسی موسوی<sup>۱</sup>، حسن حیدری<sup>۲\*</sup>، هرمز اسدی کوه‌باد<sup>۳</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳ / ۸ / ۲۹

تاریخ ارسال: ۱۴۰۳ / ۱۲ / ۶

### چکیده:

بکارگیری تعزیر در نظام حقوقی ایران و عدم ضابطه مشخص در تعیین فرآیند آن حاکی است که عدم تدبیر صحیح در بهره‌برداری، محدودیت‌ها و واکنش‌هایی منفی نسبت به پزشکان جهت ارتقاء جامعه سلامت و روحیه آنان دارد. لذا خوانش عدم حمایت‌آمیزی قوانین از جامعه پزشکی با مذاقه و ملاحظه چگونگی طرح ناصواب واقعیت اعمال پزشکی و تعیین سطح تعارض آن با قانون باعث تعیین واکنش ناسازگار تعزیر در پاسخگویی به فعالیت پزشکان و عملکرد ناشایست نظام حقوقی می‌شود. بنابراین، ارائه الگویی نوگرا با محوریت عرضه تفسیری با تدبیر از تعزیر و بازبینی تعزیر پزشکی در موارد خاص سبب‌ساز پشتیبانی و حمایت‌گرایی از پزشکان و عدم احراز انتسابی برخی بزه‌ها می‌شود. افزون بر این، امکان‌پذیری تنظیم‌گری و شکل‌گرایی حقوقی تعزیر پزشکی با سنجش اثرات خطر احتمالی و ایجاد سیاست کیفری افتراقی در ازاء تعزیر پزشکان و تغییر نگرش قانون‌گذار در تصرفات بدون اذن و مصادیق حمایت‌گری، تنظیم‌گری و شکل‌گرایی حقوقی تعزیر پزشکی در کلونینگ، اتانازی و... موجب ارتقاء سیاق سلامت جامعه و مضافاً بی‌تفاوتی پزشکان به درمان و معضل بی‌علاقگی و بی‌اعتنایی پزشکان به معالجه با عدم کاربست تعزیر را تقلیل می‌هد.

**کلید واژه‌ها:** تعزیر، پزشکی، تنظیم‌گری و شکل‌گرایی حقوقی، ارتقاء سلامت جامعه

۱. دانشجوی دکتری، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران.

۲. استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران (نویسنده مسئول).

۳. دانشیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران.

پیشینه تعزیر در نظام کیفری ایران حاکی است که به علت عدم بهره‌برداری از مفهوم تنظیم‌گری در فرایند کیفری و ایجاد محدودیت برای قاضی در این باره، الگو و ضابطه مشخصی درباره فرایند تعیین کیفر مناسب وجود ندارد. افزون بر این، چشم‌انداز قانونگذار در قوانین تعزیری نسبت به پزشکان و قانون‌پذیری پزشکان در بلند مدت به مثابه معیاری جهت اقدامات پزشکی در موارد خاص موجب بی‌علاقگی پزشکان به درمان و کاهش سطح سلامت جامعه می‌گردد.

کلیت موضوع تعزیر با افتراق کامل در مفهوم و بکارگیری آن در احکام، باعث اجحاف در حقوق پزشکان گردیده است. لذا برای جلوگیری از این معضل و گویایی حقیقت در مساله نیازمند تحقیقاتی است که با بررسی ابعاد فقهی و حقوقی، خلاء موجود برطرف شود. پژوهش پیش رو با دیدگاهی فرانکر و با هدف بیان راهکارهایی برای رفع مشکلات جامعه پزشکی است.

سیر مطالب نوشتار پیش‌رو این گونه است که در ابتدا به تعریف فقهی و حقوقی «تعزیر» پرداخته و ضمن تشریح افتراق معنایی «تعزیر با حد» سعی داریم تا نقدهای وارد بر تطبیق مذکور را مطرح و حتی‌المقدور پاسخ دهیم؛ در نهایت با چاره‌جویی زمینه‌مند درک صحیحی از فعالیت پزشکان ارائه دهد و از مجازات و تعزیر در موارد خاص خودداری نموده و با تحلیل منابعی فقهی و حقوقی، خوانش مدنظر خویش را جهت پشتیبانی و حمایت‌گرایی از پزشکان و عدم احراز انتسابی برخی بزه‌ها نهادینه‌سازی نماید.

نگارنده از طریق جستجوی روایاتی که دارای احکام یا تجمیع الفاظ و تنقیح مناط در پی اثبات نظریه تنظیم‌گری و شکل‌گرایی حقوقی تعزیر پزشک می‌باشد؛ لذا تحقیق پیش‌رو، توصیفی - تحلیلی، و روش گردآوری اطلاعات مبتنی بر مطالعات کتابخانه‌ای و تحلیل منابع و با امعان‌نظر از فقها و حقوق‌دانان، موضوع را تبیین و تشریح نماید؛ ابزار گردآوری اطلاعات از طریق فیش‌برداری، بانک‌های اطلاعاتی، شبکه‌های کامپیوتری و استفاده از نرم افزارهای تخصصی می‌باشد.

## ۱- مفهوم‌شناسی تنظیم‌گری حقوقی تعزیر پزشک

قانونگذار به اتکاء خط مشی‌های اخذ شده عمومی، جامعه را مدیریت می‌کنند. از این رو برخورد صحیح با موضوعات در گرو بکارگیری عالمانه و سنجیده چنین خط‌مشی‌هایی است. تنظیم‌گری و شکل‌گرایی حقوقی تعزیر پزشک از جمله خط‌مشی‌هاست که در ذیل به تبیین و تشریح آن خواهیم پرداخت.

## ۱-۱ مفهوم تنظیم‌گری حقوقی

حمایت‌گری و تنظیم‌گری حقوقی تعزیر پزشکان از بسیاری جهات مسائل مثبت و منفی خلق کرده است. با توجه به اینکه خدمات پزشکان دارای ابعاد اجتماعی، اقتصادی و قانونی است، اما با وجود بحث‌های جامعی که دربارهٔ چارچوب فعالیت آنان صورت گرفته است، زمینه‌های نظری آن همچنان سست به نظر می‌رسد. در ذیل قصد داریم تا مطالبی درباره تعریف تنظیم‌گری ارائه کنیم.

### ۱-۲-۱ تعریف تنظیم‌گری

تنظیم‌گری حرکت از پاسخ‌های تنبیهی صرف در واکنش به جرائم، به سمت تنظیم و حل مسئله در هر مورد خاص است؛ به طوری که نوع مجازات‌ها بسته به نوع جرم، شخصیت بزه‌کار و آمادگی او برای پذیرش تقصیر و مسئولیت خود در برابر آسیب‌های ناشی از جرم ارتكابی خود، وجود یا نبود بزه‌دیده و توجه به درخواست‌های او در صورت وجود، میزان آسیبی که در نتیجه وقوع جرم به نظم عمومی وارد آمده است و دیگر ویژگی‌های مرتبط با پدیده مجرمانه، شایان تغییرند<sup>۱</sup>. در تعریفی دیگر، تنظیم‌گری مجموعه اقداماتی است که جامعه هنگامی که ارزش‌ها و هنجارهای خود را نقض شده می‌یابد، در راستای اعاده وضع به وضعیت بهنجار انجام می‌دهد. قانون به مثابه ابزار با هدف تنظیم‌گری وضع می‌شود و قانونی که در تنظیم‌گری ناکارآمد است، قانونی خنثی می‌باشد<sup>۲</sup>.

### ۱-۲-۲ انواع تنظیم‌گری

تنظیم‌گری حاکمیتی: در این الگو، حاکمیت مستقیماً مقررات‌گذاری می‌کند و وظیفه پیاده‌سازی آن را بر عهده می‌گیرد. همه نهادها و بازیگران عرصه قضا ملزم به تبعیت از مقررات حاکمیت هستند. در شرایطی که حاکمیت مسئولیت مستقیم تنظیم‌گری را برعهده بگیرد، درمورد همه اجزای پاسخگویی مستقیم خواهد داشت<sup>۳</sup>.

تنظیم‌گری تأییدی: در این الگو، نقش نظام قضایی در انتهای زنجیره تنظیم‌گری قرار دارد و به صورت پسینی است. در واقع، نقش حاکمیت تنها تأییدکننده تصمیمات اتخاذی

۱- ابن فهد حلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۷ق). المذهب البارع. قم: دفتر انتشارات اسلامی حوزه علمیه قم.  
 ۲- ابن‌منظور، جمال‌الدین محمد بن مکرم. (۱۴۲۶ق). لسان العرب، بیروت: دارالاعلمی.  
 ۳- ابن‌اثیر جزیری، مبارک بن محمد. (۱۳۶۷ش). النهایة فی غریب الحدیث والأثر، قم: موسسه اسماعیلیان.

تنظیم‌گر است. در این الگو، وظیفه حاکمیت نظارت بر فرایند تنظیم‌گری و ایجاد پشتوانه اجرایی و حقوقی تصمیمات نهاد خود تنظیم‌گر از طریق تأیید یا تصویب آنها خواهد بود.<sup>۱</sup>

## ۱-۲ مفهوم تعزیر

تعریف موضع تعزیر همواره مورد توجه محققان و متخصصان در رشته‌های مختلف حقوق، پزشکی، روانشناسی و... مورد استفاده قرار گرفته است. با این حال، پژوهشگران حقوقی از دیدگاه خاص خود به این مفهوم و تعریف آن توجه کرده‌اند که در موارد بسیار دارای اختلاف و تفاوت‌های فراوانی است که در ذیل به تبیین و تشریح آن خواهیم پرداخت.

### ۱-۲-۱ تعریف تعزیر

«تعزیر» و دیگر مشتقات آن همانند «یعزّر» و «عزّر» وارد شده است. «عزیر» به معنای سرزنش است؛ عزّره و عزّره یعنی او را بازداشت؛ عزیر و تعزیر یعنی زدن به کمتر از حد برای بازداشتن مجرم از تکرار جرم و گناه...<sup>۲</sup>؛ افزون بر این، العزّر در لغت به معنای بازداشتن و مانع شدن است و عزّرت فلانا، یعنی او را به واسطه کاری که او را از ارتکاب قبیح بازدارد تأدیب کردم... بزرگ داشتن داخل در مفهوم یاری کردن است؛ زیرا یاری کردن انبیا چیزی جز دفاع از آنان و حمایت از دینشان و بزرگداشت و احترام گذاردن به آنان نیست». در کتاب العین فراهیدی، در تاج العروس و نیز در النهایه ابن اثیر، عباراتی قریب به همین مضامین بیان شده است.<sup>۳</sup> همچنین در مصباح المنیر تعزیر اینگونه معنا شده است: «تعزیر کردن یعنی تأدیب به میزان کمتر از حد. در کلام خداوند متعال «و تُعزّروهُ» به معنای یاری کردن و بزرگداشتن است».<sup>۴</sup> راغب معتقد است که تعزیر در معنای اول به معنای یاری و نصرت همراه با احترام است.<sup>۵</sup> در اصطلاح نیز فقها در صدد تعریف این لفظ بر آمده‌اند؛ محقق داماد به نقل از تقی الدین حلبی بیان نموده است: «تعزیر عبارت است از تأدیب که خداوند تعبد آن را جعل نموده است؛ به منظور اینکه تعزیر شوند و دیگر مکلفین را از ارتکاب عمل

۱- امامیان، سیدمحمدصادق؛ ذوالفقاری، امیراحمد؛ زمانیان، مرتضی؛ و محمدزاده، احسان. (۱۴۰۰ش)، درآمدی بر دولت تنظیم‌گری، تهران: راهبرد.

۲- بروجردی، حسین. (۱۳۸۶ش). منابع فقه شیعه، تهران: فرهنگ سبز.

۳- توحیدی، محمدعلی. (۱۴۱۸ق). تقریرات مصباح الفقاهه. تهران: مکتبه الداوری.

۴- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لإحياء التراث.

۵- شریف کاشانی، ملاحیبیب. (۱۴۰۴ق). تسهیل المسالک، قم: مکتبه الملیه.



ممنوع بازدارد». صاحب ریاض نیز چنین اظهار داشته است: و اذا لم تقدّر العقوبة سمي تعزیرا، و هو لغة التأديب...؛ اگر مجازات معین نشد نامش تعزیر است که معنای لغوی آن تأدیب است<sup>۱</sup>. قانون مجازات اسلامی در ماده ۱۶، تعزیر را چنین تعریف کرده است: «تعزیر، تأدیب و یا عقوبتی است که نوع و مقدار آن در شرع تعیین نشده و به نظر حاکم واگذار شده است از قبیل حبس و جزای نقدی و شلاق که میزان شلاق بایستی از مقدار حد کمتر باشد»<sup>۲</sup>.

## ۱-۲-۲ کاربست تعزیر در آیات و روایات

احادیث و روایات اسلامی درباره مقدار و کمیت تعزیر چهار گروه‌اند<sup>۳</sup>. گروه اول: مقدار در اختیار حاکم شرع است. سماعه می‌گوید: از او در مورد تعزیر شاهدان زور پرسیدم؟ «قال: يُجْلَدُونَ حَدًّا لَيْسَ لَهُ وَتُّ فَذَلِكَ أَلَى الْإِمَامِ»؛ «آنها تازیانه می‌خورند، و مقدار آن بستگی به نظر حاکم شرع و امام دارد». باید اظهار داشت که تمام روایاتی که سخن از لزوم اجرای تعزیر می‌گوید، و از جهت مقدار عدد خاصی را مطرح نکرده، نیز مؤید این مطلب می‌باشد.

گروه دوم: مقدار آن کمتر از حد شرعی است. از امام صادق و امام کاظم (علیهما السلام) سؤال زیر را پرسیده است: «زنی آلوده زنا شد، و فرزند نامشروعی به دنیا آورد. سپس نزد حاکم شرع به گناهش اقرار کرد، و نیز اعتراف نمود که فرزندش نامشروع است. حاکم شرع حد زنا بروی جاری کرد [و از گناه پاکش نمود] فرزند مذکور رشد کرد و بزرگ شد. شخصی به او نسبت ناروا داد. آیا این شخص مجازات می‌شود؟ امام (علیه السلام) در پاسخ فرمود: «يُجْلَدُ وَ لَا يُجْلَدُ! قُلْتُ: كَيْفَ يُجْلَدُ وَ لَا يُجْلَدُ؟ فَقَالَ: مَنْ قَالَ لَهُ يَا وَدَّ الزَّانَا لَمْ يُجْلَدِ وَ يُعَزَّرُ وَ هُوَ دُونَ الْحَدِّ»؛ «هم مجازات می‌شود و هم نمی‌شود! گفتیم: چگونه؟ فرمود: شخصی به فرزند نامشروع ولد الزنا گفته، حد شرعی نمی‌خورد، ولی تعزیر می‌شود و تعزیر کمتر از حد شرعی است».

گروه سوم: مطلق تعزیرات محدود است. امام ابو ابراهیم موسی بن جعفر (علیهما السلام) در پاسخ اسحاق بن عمار در مورد مقدار تعزیر می‌فرماید: «بِضْعَةِ عَشْرٍ سَوَاطِ، مَا بَيْنَ الْعَشْرَةِ إِلَى الْعَشْرِينَ»<sup>۴</sup>. «مقدار آن ده شلاق و خرده‌ای است؛ بین ده ضربه تا بیست تازیانه».

۱- خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۸۱ش). فقه فتوایی، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.  
 ۲- راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق). مفردات الفاظ القرآن، شام: دارالعلم.  
 ۳- حکمت‌نیا، محمود. (۱۳۸۶ش). مسئولیت مدنی در فقه امامیه، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.  
 ۴- حسینی عاملی، محمدجواد. (۱۴۱۷ق). مفتاح الکرامه، قم: مؤسسه آل‌البیت.  
 ۵- حسینی زبیدی، محمد مرتضی. (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت: دارالفکر.  
 ۶- شهیدی، مهدی. (۱۳۹۱ش). اصول قراردادهای و تعهدات، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.  
 ۷- شیرازی، سید محمد حسینی. (۱۴۱۸ق). إيصال الطالب الی المکاسب، قم: مدرسین حوزه علمیه قم.

گروه چهارم: برای برخی از تعزیرات عدد تعیین شده است. امام صادق (علیه السلام) در مورد برده‌ای که به انسان آزادی بهتان زده بود فرمودند: «يُجْلَدُ حَدًّا إِلَّا سَوْطًا أَوْ سَوْطَيْنِ!»<sup>۱</sup> «چنین شخصی مستحق هفتاد و نه، یا هفتاد و هشت، تازیانه است».

## ۲- الگوهای حاکم بر تفسیر تعزیر

در قوانین کیفری ایران دسته‌ای از جرائم با عنوان تعزیرات ایجاد شد که در کوتاه سخن، مشتمل بر رفتارهای ناقض ارزش‌ها و هنجارهای ایدئولوژی اسلامی است. باید توجه نمود که گسترده بودن دامنه کیفرهای تعزیری نسبت به دیگر کیفرهای قانونی، توجه به مقوله تنظیم‌گری در آنها را جایگاه ویژه‌ای می‌بخشد.<sup>۲</sup> در مبحث الگوهای حاکم بر تفسیر تعزیر به دنبال دو مقوله برای امکان‌پذیری تنظیم‌گری و شکل‌گرایی حقوقی تعزیر پزشکی هستیم.

### ۱-۲- عمومیت مفهوم تعزیر

اول اینکه از موضوعات تأمل‌برانگیز مطرح در حوزه تعزیرات این است که در شرایطی که تعذیب جسمانی، ماهیت رایج و متداول کیفر در جامعه عرب و سایر جوامع را تشکیل می‌داده است، شارع اسلام در کنار مجازات شلاق تعزیری، بر لزوم اعمال سایر واکنشهای تعزیری همچون توبیخ، کیفرهای مالی و مجازاتهای محدودکننده آزادی، تأکید کرده است.<sup>۳</sup> بنابراین، در شریعت اسلامی، اعمال مجازاتهایی غیر از تازیانه برای بعضی از جرائم و در خصوص برخی از مجرمان تجویز یا واجب شده است.<sup>۴</sup> این مهم نشانگر پذیرش نظریه عمومیت مفهوم تعزیر با دلایل و قراین از جمله ظهور واژه تعزیر در مطلق تأدیب و روایات است. باید اظهار داشت مصادیق ذکر شده تعزیر جنبه تمثیلی دارد نه حصری و تعزیر محدود به این چند مورد نیست.<sup>۵</sup>

### ۲-۲- ایجاد سیاست کیفری افتراقی در تعزیر

سیاست جنایی افتراقی در جرم‌شناسی یکی از اولین جلوه‌های تکثرگرایی در نظام‌های حقوق کیفری محسوب می‌شود. نگاه به عالم حقوق از زاویه پست مدرنیسم و پیچیده

۱- شیخ بهایی، محمدبن حسین. (۱۴۱۵ق). مفتاح الفلاح فی عمل الیوم واللیل، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.

۲- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر. (بی‌تا). جواهر الکلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

۳- طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۶۳ش). الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، تهران: دار الکتب الإسلامیه.

۴- علامه حلی، حسن بن یوسف اسدی. (۱۳۸۸ش). تذکره الفقها. قم: مؤسسه آل‌البیت.

۵- طباطبایی کربلایی، علی بن محمد علی. (۱۴۰۴ق). ریاض المسائل، قم: آل‌البیت (ع) لإحياء التراث.

شدن روابط تابعان حقوق باعث شده است که در عالم حقوق، شکست و انکسار ایجاد شود؛ بدین معنا که طبقه بندی‌های سنتی، نمی‌تواند روابط پیچیده فعلی تابعان حقوق را پوشش دهد. سیاست جنایی افتراقی در ارتباط با جرائم غیرعمد موجب دبه نیز از این اصل مستثنی نیست. از این منظر، نمی‌توان یک نظم سراسری و یکپارچه برای تمام حوزه های حقوق کیفری در نظر گرفت! در واقع علیرغم اینکه حقوق کیفری دارای اصول و قواعد کلی می‌باشد و یک نظم کلی و منعطف بر تمام قلمرو آن حاکم است، در عین حال، به واسطه پیچیدگی‌هایی که در روابط افراد در سطح جامعه ایجاد شده است، نظم‌های کوچکتری در حوزه‌های جزئی‌تر حقوق کیفری شکل گرفته است که هر کدام به نوبه خود دارای اصول و قواعد اختصاصی می‌باشند. در واقع وضعیت جرائم غیرعمدی موجب دبه نیز در نظام حقوق کیفری به همین صورت می‌باشد؛ به تعبیری، نظم حاکم بر جرائم مزبور یک نظم اختصاصی کوچک در بطن نظم سراسری نظام حقوق کیفری محسوب می‌شود. به نظر می‌رسد باید سیاست کیفری افتراقی در مورد پزشکان رعایت نمود که آن تمسک به معنای اخف تعزیر است. لذا تعیین واکنش کیفری نسبت به جرم که از مهمترین مراحل دادرسی کیفری است به گونه‌ای باید عملکرد ناصواب نظام کیفری نسبت به پزشکان را مرتفع و زمینه بی‌اعتمادی عمومی (متقابل جامعه و پزشکان) نسبت به مشروعیت نظام قضایی را زائل نماید تا قانون را در به دست آوردن اهدافش ناکام نگذارد.

### ۳- حمایت‌گری پزشکان به مثابه الزام شرعی به ارتقاء حقوق عامه

در این قسمت از پژوهش قصد داریم تا در ارتباط با حمایت‌گری پزشکان به مثابه الزام شرعی به ارتقاء حقوق عامه به تبیین دلایل بپردازیم.

#### ۳-۱ تبیین دلایل حمایت‌گری از پزشکان

پیشینه تعزیر در نظام کیفری ایران حاکی است که به علت عدم بهره‌برداری از مفهوم تنظیم‌گری در فرایند کیفری و ایجاد محدودیت برای قاضی در این باره، الگو و ضابطه مشخصی درباره فرایند تعیین کیفر مناسب وجود ندارد. وجوب تعزیر در مورد هر شخصی است که واجبی از واجبات الهی را ترک کند، یا آلوده به یکی از محرّمات

۱- صفایی، علی. (۱۳۸۹ش). مقالات حقوقی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

۲- فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۰۵ق). کتاب العین، قم: مؤسسه دارالهیجره.

۳- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی. (۱۴۰۶ق). الوافی، اصفهان: مکتبه الإمام امیرالمؤمنین علی (ع).

گردد<sup>۱</sup>. پزشک که عملش حرام نیست. لذا شاکله اصلی بحث بر این است که پزشکان باعث ارتقاء سلامت جامعه می‌شوند که یکی از حقوق عامه می‌باشد؛ لذا تعزیر وی ایجاد منفعت نمی‌کند. بلکه تبعات سویی بر جامعه دارد. با توجه به اینکه در حوزه سلامت و درمان خطرپذیری پزشک ممنوع است و نیز اینکه گاهی مواردی پیش می‌آید که پزشک ناگزیر از خطرپذیری است؛ بنابراین پرداختن به قاعده ضرورت (الضرورات تبيح المحظورات) مطرح می‌گردد و حکمت اقتضا می‌کند که ابراء پزشک و سقوط ضمان از او صحیح باشد و اگر شارع در این مورد به ضمان حکم کند، باعث ضرر و عسر و حرج مریض می‌گردد، زیرا در این صورت پزشکان به سبب ترس از ضمان از معالجه بیماران خودداری می‌کنند<sup>۲</sup>. مضافاً اینکه طبیب در فعل خویش مُحسن است و با اقدامات درمانی خود درباره بیمار احسان و نیکی می‌کند و نیکوکار را نمی‌توان مسئول شمرد<sup>۳</sup>. ما عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَهَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ؛ لذا این قاعده حکم عقْل است که به منعم نباید اسأته کرد. آیه شریفه هَمْ كَهْ مَيَّ كَوَيْد: «هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ»، اشاره به همین حکم عقلی دارد و محسن بر گردن دیگری حق پیدا می‌کند. پس باید در مقابل احسان به او احسان کرد و قاعده ملازمه (کل ما حکم به العقل حکم به الشرع) در آن جاری است<sup>۴</sup>. لازم به ذکر است که در ارتباط با حکم تکلیفی درمان مریض در معرض هلاکت می‌توان به انقاز فرد در معرض هلاکت اشاره نمود. شهید ثانی در بحث انقاز، از حیث وجوب انقاز شخص مشرف به هلاکت، ادعای ضرورت می‌کند<sup>۵</sup>. فقیهان دیگر نیز در مباحث مختلف، وجوب انقاز را امری روشن و مفروغ‌عنه به شمار آورده‌اند<sup>۶</sup>، بلکه آن را ارسال مسلمات شمرده‌اند و به همین دلیل ارتکاب برخی از محرمات و یا قطع پاره‌ای از واجبات را برای نجات و انقاز کسی که مشرف به هلاکت است مباح شمرده‌اند. برخی از فقیهان معاصر<sup>۷</sup> میان بیماری‌های کوچک و کم‌خطر و بیماری‌های سبب هلاکت، تفصیل داده‌اند و درمان و معالجه توسط پزشک در بیماری‌های مشرف به هلاکت از واجبات کفایی شمرده شده است. بنابراین، روشن می‌شود که انقاز مریض مسلمان از مرگ، بر پزشک واجب است؛ البته به صورت وجوب فوری کفایی توصلی<sup>۸</sup>. البته باید این معیار را مدنظر گرفت که اباحه محظور تا زمانی است که ضرورت باقی باشد، زیرا مجوز ارتکاب محظور تا زمان وجود ضرورت است و با رفع ضرورت، مجوزی برای بعد از آن

۱- فیومی‌الحموی، احمد بن محمد. (۱۴۱۴ق) مصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر، قم: دارالهجره.

۲- قاسمی، محمدعلی. (۱۳۹۵ش). فقه درمان. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.

۳- محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الاسلام، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

۴- (توبه، ۹۱)

۵- مدنی، جلال الدین. (۱۳۹۰ش). حقوق مدنی، تهران: انتشارات قوه قضائیه.

۶- لنگرانی، فاضل. (۱۳۸۵ش). احکام پزشکان و بیماران، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.

۷- محقق داماد، مصطفی. (۱۳۸۳ش). قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

۸- قاننی، محمد. (۱۴۲۴ق). المبسوط فی فقه المسائل المعاصرة: المسائل الطبیه، قم: فقه الأئمة الأطهار.

۹- محسنی، محمدآصف. (۱۳۸۲ش). الفقه و مسائل طبیه، قم: بوستان کتاب.

نیست<sup>۱</sup>. معیار دیگر خطرپذیری، درمان با وجود داروهای مؤثر<sup>۲</sup>، درمان قبل از رسیدن به تسلط کامل بر امور پزشکی<sup>۳</sup> و خطرپذیری با درمان بر اساس روش های قدیمی ممنوع است. بر این اساس، در صورتی که با تصمیم کادر پزشکی انجام درمان ضروری باشد، در صورت بروز مشکل و ایراد خسارت، وزارت بهداشت باید به نمایندگی از دولت جبران خسارت را برعهده گیرد که در بخش بعد مطالبی در این زمینه بیان خواهد شد.

### ۲-۳ منابع قانونی و شرعی حمایت گری از پزشکان

باید بیان نمود خیلی از موارد حمایت گری از پزشکان را می شود با شکل گرایی و تنظیم گرایی حقوقی در قانونگذاری انجام داد. به این صورت که قاضی با مبانی شرعی از قبیل قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» به تعزیر پزشکان را تغییر و الگوهای حاکم بر تفسیر تعزیر به حمایت از پزشکان بپردازد. لذا به نظر می رسد می توان با تحلیل معناشناختی قاعده مذکور به ساماندهی تعزیر پرداخت و بدین سان خصیصه «شکل گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر به نفع پزشکان» در موارد خاص عینیت می یابد. البته باید بیان نمود قاعده و اصل شرعی در این زمینه «التعزیر بما یراه الحاکم» به قضات اختصاص دارد؛<sup>۴</sup> از منظر قانونی نیز، قانونگذار در بندهای چهارگانه ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲، دادگاه را درباره توجه به انگیزه و وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی متهم و چندین مؤلفه دیگر در کیفیت تعزیر محکومان مکلف کرده و باتمسک به آن می توان شکل گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر به نفع پزشکان را محقق کرد؛<sup>۵</sup> اما از طرف دیگر، باید به تخصص گرایی قضات در زمینه پزشکی و بر حسب ضرورت و حفظ مصلحت نظام اسلامی توجه نمود. در واقع کیاست، فراست، فطانت و حذاقت قاضی در اینجا نقش مؤثری ایفا می نماید.<sup>۶</sup>

### ۳-۳ راهکارهای حمایت گری از پزشکان

یکی از راهکارهای حمایت گری از پزشکان تنظیم گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان متأثر از حضور دولت است که در ذیل به تبیین و تشریح آن خواهیم

۱- قمی، سید صادق حسینی روحانی. (۱۴۱۲ق). فقه الامام الصادق، قم: دار الکتب.  
 ۲- گلدوزیان، ایرج. (۱۳۸۴ش). محشای قانون مجازات اسلامی، تهران، مجد.  
 ۳- مراغی، میرعبدالفتاح. (۱۴۱۷ق). العناوین، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.  
 ۴- محقق داماد، مصطفی. (۱۳۸۳ش). قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.  
 ۵- مراغی، میرعبدالفتاح. (۱۴۱۷ق). العناوین، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.  
 ۶- معین، محمد. (۱۳۸۱ش). لغت نامه، تهران: انتشارات امیرکبیر.

### ۳-۳-۱ تنظیم گرای حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان متأثر از حضور دولت

در ارتباط با تنظیم گرای حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان متأثر از حضور دولت ذکر این نکته ضروریست که شکل گرای و تنظیم گرای حقوقی در قانونگذاری صرفاً شامل اقدامات سلبی نمی‌شود، بلکه مجموعه‌ای از سیاست‌های حمایتی و تحدیدگرانه را دربردارد. همچنین، شکل گرای و تنظیم گرای حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان متأثر از حضور دولت و اجزای آن در امر تنظیم‌گری است. زیرا که مسئولیت مدنی دولت برگرفته از استدلال قیاسی با نوعی استدلال منطقی است که در آن از قضیه‌ای کلی به نتیجه‌ای جزئی رسید و تغییری به دست آورد که بر اساس علیت، رابطه یا پیامد مشاهده‌شده را بررسی کرد؛ به این صورت که با تعمیم جبران خسارت بیمار به دولت، جامعه پزشکی دلسوز و مسئولیت‌پذیر داشته باشیم. کفایت توجیهی مسئولیت دولت در موعد ضرورت باعث ایجاد آینده‌نگری برای پزشکان شده که متعهد به سلامت بیماران باشند و این مهم باعث تقویت حس مسئولیت اخلاقی پزشکان در جامعه می‌گردد. به عبارتی مسئولیت دولت در قبال خسارات پزشک در صورت ضرورت، مابازای منفعتی است که پزشک به جامعه می‌رساند. باید تأکید نمود که مسئولیت مدنی را نباید تنها از منظر ضرر و... مشاهده نمود، بلکه می‌توان آن را با تکیه بر انتفاع ثابت کرد. همچنین بر اساس قاعده «من له الغنم فعلیه الغنم»، باید دید چه کسانی از درمان پزشکان دلسوز منتفع می‌شوند<sup>۱</sup> که قطعاً دولت یکی از آنها است. لذا باید در صورتی که خسارتی به بیمار وارد شود، آن را جبران نماید. همچنین، از عدالت به دور است که منفعت پزشک به تمام جامعه برگردد، ولی خسارت در صورت درمان ضروری بر جامعه پزشکی تحمیل شود. با این وجود، مسئولیت مدنی دولت برای جبران خسارت بیمار قابل تأمل است.<sup>۲</sup>

### ۳-۳-۲ تنظیم گرای حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان متأثر از تفسیر تعزیر

علاوه بر مسئولیت مدنی دولت نسبت به شکل‌گرای حقوقی در قانونگذاری تعزیر

۱- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۳ش). تعزیر و گستره آن، قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب (ع).  
 ۲- منتظری، حسینعلی. (۱۴۰۹ق). دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الإسلامیة، قم: المركز العالمی للدراسات الإسلامیة.

نسبت به پزشکان می‌توان به معنای تعزیر در معنای یاری و نصرت همراه با احترام اشاره نمود<sup>۱</sup> و از این طریق با سیاست افتراقی نسبت به تعزیر پزشک آن را در یاری و نصرت همراه با احترام عینیت بخشید. به نظر می‌رسد علاوه بر شرایط حاکم بر پرونده در نظام پزشکی، نگرش مقام قضایی نسبت به رفتار معارض با قانون پزشکان نیز نقش چشمگیری در تعریف واقعیت رفتار مرتکب و جهت‌دهی به فرایند رسیدگی ایفا می‌کند. لذا لازم است جهت تنظیم گرایي حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان متأثر از تفسیر تعزیر انتظار می‌رود تفسیر به نفع پزشک گردد. البته کاربرد راه‌حل‌های اصلاحی بویژه حمایتی، از نظر تأمین مصالح عالیة پزشکان می‌تواند مناقشه برانگیز نیز باشد، چراکه اجماعی در مورد ماهیت تدابیر مناسب اصلاحی وجود ندارد و حول محور خوانش‌های متفاوت کنشگران صاحب قدرت از تدابیر مناسب بر ساخته می‌شود.

### ۳-۳-۳ تنظیم‌گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان متأثر از شفاعت در تعزیر

پذیرفتن شفاعت در تعزیر<sup>۲</sup> نمونه دیگر از شکل‌گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان است. هدف از شفاعت، جلب خیر و دفع ضرر است شایستگی که مهمترین شرط شفاعت است، حتماً باید وجود داشته باشد تا شفاعت تأثیر نماید، در غیر این صورت شفاعت معنای درستی نخواهد داشت<sup>۳</sup>. روایتی که به وصف عام بر ترغیب به شفاعت دلالت دارد «اقبلوا ذوی الهیئات عثراتهم إلا الحدود» لغزش‌های شخصیت‌های موجه را ببخشید<sup>۴</sup>. در کتاب دعایم آمده است «روینا عن رسول الله «ص» أنه قال: «ادروا الحدود بالشبهات، و اقبلوا الکرام عثراتهم إلا فی حد من حدود الله»<sup>۵</sup>. بدین‌سان روایات تغییر در اجرای کیفیت حد به اعتبار شأن و منزلت اجتماعی افراد را هم تجویز کرده است<sup>۶</sup>. به طریق اولی زمانی که شفاعت در حدود پذیرفته است، در تعزیر نیز پذیرفته شدنش قابل توجیه است. البته باید بیان نمود که در مورد شفاعت پزشک در تعزیر باید ارتباطی با مسئولیت مدنی دولت ایجاد گردد که در زمان شفاعت، جبران ضرر و زیان توسط دولت جبران گردد؛ زیرا که شفاعت در حق تاناس مورد تردید است<sup>۷</sup>.

۱- مومن قمی، محمد. (۱۳۸۹ش). مبانی تحریر الوسیلة، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

۲- موسوی اردبیلی، عبد‌الکریم. (۱۴۲۷ق). فقه الحدود و التعزیرات، قم: جامعه‌المفید. مؤسسه‌النشر.

۳- منتظری، حسینعلی. (بی‌تا). کتاب الحدود، قم: دار الفکر.

۴- موسوی بجنوردی، محمد. (۱۳۷۹ش). قواعد فقهیه، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

۵- امیری فرد، زهرا. (۱۳۹۵ش). بازخوانی ماهیت قاعده اقدام و کاربرد آن در مسئله اتانازی، مجله فقه و اجتهاد، شماره ۵.

۶- حکمت‌نیا، محمود. (۱۳۸۶ش). مسئولیت مدنی در فقه امامیه. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

۷- نوری همدانی، حسین. (۱۳۸۸ش). هزار و یک مسئله (مجموعه استفتاءات)، قم: مهدی موعود (عج).

### ۳-۳-۴ تنظیم‌گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان متأثر از تغییر نگرش قانونگذار

یکی از موارد تنظیم‌گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان متأثر از تغییر نگرش قانونگذار در تصرف پزشک در درمان و تلقی به تصرف در مال است. در این رابطه ماده ۳۵ قانون مدنی با توجه به کلمه «مالکیت» که در آن قید گردیده چنین مستفاد می‌گردد که فرض حقوقی مذکور در خصوص اعیان است، ولی قانون مزبور به پیروی از اکثر فقهای امامیه، موضوع را به حقوق نیز توسعه داده است. مال در لغت به معنای ثروت، دارایی یا چیزی است که در تصرف شخصی باشد.<sup>۱</sup> بررسی ظاهرگرایانه موضوع نشان می‌دهد که تصرف در اعضای بیمار توسط پزشک تلقی به تصرف در مال می‌شود و نحوه جبران خسارت آن نیز مالی است. این دیدگاه در ردّ ادعای عدم مالیت اعضای بدن اظهار می‌دارد که زمانی که انسان حق تصرف بر بدن خود را به دست می‌آورد، آن بدن مال شمرده می‌شود و قابلیت خرید و فروش را در برخی اعضا دارا است؛ مانند «صحّه بیع الأعضاء المقطوعه فإنها مال عند العقلاء إن لم يدل دليل آخر علی خلافها»<sup>۲</sup> افزون بر این در استدلال به مالیت اعضای بدن آمده است که: «ومن جمله ما یمکن الاستدلال به لجواز المعامله والبیع فی الأعضاء ما دل علی «أَنَّ اللَّهَ فَوَّضَ إِلَى الْمُؤْمِنِ أُمُورَهُ كُلَّهَا عِدَا إِذْلالِ نَفْسِهِ» فَإِنَّ بَیْعَهُ لِأَعْضَائِهِ مِنْ جُمْلَةِ أُمُورِهِ وَشُؤُونِهِ فَهُوَ مَفْوُضٌ إِلَيْهِ»<sup>۳</sup>. مضافاً منافعی که در خون، اجزای مردار و مانند آن کشف شد به این موضوعات ارزش و اعتبار و مالیت بخشید، به گونه‌ای که امروز همانند سایر کالاها، بلکه به قیمت گزاف خرید و فروش می‌شود.<sup>۴</sup> افزون بر این، برخی فقها تصریح نموده‌اند که نفع و فایده بالقوه برای تحقق مالیت کافی است و لازم نیست مال حتماً منجر به برآورده شدن نیاز فعلی انسان گردد و همین میزان که شأنیت انتفاع داشته باشد، می‌توان تلقی و اعتبار مال بودن را نمود.<sup>۵</sup> بنابراین اذن یا عدم اذن مالک به شخص ثالث، باعث جواز یا عدم جواز تصرف در ملک وی می‌شود؛ اعم از اینکه عدم اذن بودن به مال یا بدن مالک باشد و بالعکس.<sup>۶</sup> با پذیرش مالیت اعضای بدن به صورت اعتبار عرفی، منفعت عقلایی و اقتصادی، اذن و رخصت فرد، در حکم تصرف و اثبات ید بر مال است؛ همچنین عدم اذن در مال و نفس بر اساس

۱- هاشمی شاهرودی، محمود. (۱۳۸۲ش). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).  
 ۲- نوری، محمدتقی. (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل، بیروت: مؤسسه آل البيت (ع) لإحياء التراث.  
 ۳- خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۸۱ش). فقه فتاوی، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.  
 ۴- شهیدی، مهدی. (۱۳۹۱ش). اصول قراردادها و تعهدات، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.  
 ۵- شیرازی، سید محمد حسینی. (۱۴۱۸ق). ایصال الطالب الی المکاسب، قم: مدرسین حوزه علمیه قم.  
 ۶- صفایی، علی. (۱۳۸۹ش). مقالات حقوقی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.



قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم وانفسهم» پذیرفته شده و منع شرعی ندارد<sup>۱</sup>. ممکن است ایرادی در زمینه مالیت اعضای میت یا انتقال در مالیت مطرح گردد که در پاسخ می توان بیان نمود که آیات و روایاتی که از آن منع نموده اند، به جنبه حلال و محله میته توجه نکرده اند و اگر انتفاع محله از میته متصور باشد، انتفاع جایز می شود. در ارتباط با انتقال اعضا می توان ابراز نمود که خیلی از اموال هستند که قابلیت انتقال ندارند ولی مال محسوب می شوند؛ مانند اموال وقفی یا اموال عمومی<sup>۲</sup>. به عبارت دیگر، انتقال از الزامات جوهری مال نیست. به نظر می رسد برای جمع میان نظریات مالیت اعضای بدن و عدم فروش اعضا، باید بر این نظر قائل بود که مالیت و مالکیت انسان بر اعضای بدن خود ذاتی است<sup>۳</sup>، اما حق واگذاری به ثالث را نداشته باشد. با نگرش عدم امتناع از تصرف پزشک، تحقق در حکم غصب به دلیل اثبات بدون مجوز بر مال غیر، در ذیل بررسی می گردد. تئوریزه کردن نظریه مالیت اعضای بدن توسط نگارنده باعث می گردد که عدم امتناع پزشک از درمان و مداخله در بدن بیمار با وجود رجوع بیمار از اذن ابتدایی، منجر به تحقق حکم غصب و مصداق مفاد شق دوم ماده ۳۰۸ ق.م.تلقی شود و ضمانت اجرا و جبران خسارت برای پزشک را مطرح نماید. نگارنده در نظریه ای نوین اظهار می دارد که رجوع از اذن ابتدایی بیمار، با عدم امتناع از درمان توسط پزشک، اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز محقق می گردد. بر این اساس، در حقوق موضوعه ایران بر اساس ماده ۳۰۸ ق.م: «غصب، استیلا بر حق غیر است به نحو عدوان و اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب محسوب می شود.» با ژرف نگری در شق دوم ماده مذکور و استدلال به احتساب تسلط انسان بر اعضای بدن خود از باب مالکیت در اموال، کلیت موضوع اثبات ید در تصرف (درمان) بر مال غیر (بیمار)، و «در حکم غصب» نمایان است. نگارنده معتقد است که این نظریه هر چند اقوی به نظر می رسد، ولی به دلیل ایرادات مبنایی جهت در حکم بودن ذیل ماده ۳۰۸ ق.م. نسبت به صدر ماده و هم چنین تفارق در مفهوم و احکام و عدم وجود دلایل کافی برای اثبات مالیت بدن، در حکم غصب بودن رجوع بیمار از اذن سابق محرز نمی شود<sup>۴</sup>. به نظر میرسد که این موضوع نیز با مسئولیت مدنی دولت ارتباط دارد و خسارت به بیمار را دولت در قبال فعالیت پزشک پرداخت می نماید.

۴- مصادیق تمثیلی شکل گزایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان

یکی از موارد شکل گزایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان در موضوع اتانازی قابل مشاهده است که در ذیل به تبیین و تشریح آن خواهیم پرداخت.

۱- شیخ بهایی، محمد بن حسین. (۱۴۱۵ق). مفتاح الفلاح فی عمل الیوم واللیلۃ، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.

۲- راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق). مفردات الفاظ القرآن، شام: دارالعلم.

۳- شریف کاشانی، ملاحیب. (۱۴۰۴ق). تسهیل المسالک، قم: مکتبه الملیه.

۴- طباطبایی کربلایی، علی بن محمد علی. (۱۴۰۴ق). ریاض المسائل، قم: آل البیت (ع) لإحیاء التراث.

#### ۴-۱ شکل گرای حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان در اتانازی

در ارتباط با شکل گرای حقوقی در قانونگذاری باید اظهار نمود در برخی مواقع باید عدم احراز انتساب بزه به پزشکان مدنظر قرار گیرد. به عنوان مثال در اتانازی هر چند انجام فعل توسط پزشک حرام، ولی چون با اقدام و رضایت بیمار بوده، مستحق قصاص نمی باشد؛<sup>۱</sup> به نظر می رسد در چنین مواردی در صورت بیماری مزمن شخص، تعزیر از پزشک زائل و پزشک تبرئه گردد. این خصیصه را در بحث شیوع ویروس کرونا حتی از باب ضرورت می توان مشاهده نمود. پیشنهاد می گردد که به موجب یک قانون خاص یا ماده ای جداگانه جرم انگاری از این مورد را بردارد.

#### ۴-۲ شکل گرای حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان در بیماران ناعلاج انفعالی

در برخی استفتائات در ارتباط با بیماران ناعلاج انفعالی به صورت خودداری از ادامه مداوا آمده است درمان بیماری که امید بهبود وی نمی رود بر پزشک واجب نیست؛ از این رو، خود داری از ادامه درمان بیمار محتضر جایز است؛<sup>۲</sup> هر چند در این زمینه نظرات معارض و نقیض وجود دارد؛ اما ملاک قانون باید نظراتی باشد که بهره مندی پزشک را مدنظر قرار داده است.<sup>۳</sup>

#### ۴-۳ شکل گرای حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان در کلونینگ

کلونینگ در علم زیست شناسی به معنای تکثیر موجود زنده بدون آمیزشی جنسی است.<sup>۴</sup> لوئینگ انسانی در دین مبین اسلام براساس دیدگاه شیعه که مبتنی بر آیات و روایات، حکم عقل و اصل است فی نفسه به حکم اولی مانعی ندارد. زیرا براساس آیه «افرأیتم ما تخرثون أنتم تزرعونه ام نحن الزارعون»<sup>۵</sup> کلون سازی با مفهوم آفرینش منافاتی ندارد و انسان علت معده و فراهم کننده مقتضیات است و علت تامه در خلقت خداوند است. اما به حکم ثانوی عدم جواز و حرمت این عمل است زیرا این پدیده طبیعت انسان و روابط انسانی را متأثر می کند و در سطح وسیع اگر انجام شود نظام جامعه را مختل می کند و اسلام هرگونه

۱- طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۶۳ش). الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، تهران: دار الکتب الإسلامیه.  
 ۲- شیخ بهایی، محمد بن حسین. (۱۴۱۵ق). مفتاح الفلاح فی عمل الیوم واللیل، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.  
 ۳- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۵ش). دائرةالمعارف فقه مقارن، قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب.  
 ۴- محقق داماد، مصطفی. (۱۳۸۳ش). قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.  
 ۵- (واقعه، آیه ۶۴-۶۳)

دخالت در طبیعت انسان از هر طریق بجز روش های بهبود مشروع را منع می نماید و تحقیقات پیرامون شبیه سازی تا زمانی که منافع آن بیش از مضرات آن است مشکلی ایجاد نمی کند.<sup>۱</sup> آیت الله خامنه ای می فرماید: «تلقیح زن از طریق نطفه نامحرم فی نفسه مشکل ندارد ولی باید از مقدمات حرام از قبیل نگاه و لمس حرام و غیر آنها اجتناب شود».<sup>۲</sup>

## یافته های پژوهش

بکارگیری تعزیر در نظام حقوقی ایران و عدم ضابطه مشخص در تعیین فرآیند آن حاکی است که عدم تدبیر صحیح در بهره برداری، محدودیت ها و واکنش هایی منفی نسبت به پزشکان جهت ارتقاء جامعه سلامت و روحیه آنان دارد. لذا خوانش حمایت آمیز از جامعه پزشکی با ملاحظه چگونگی طرح ناصواب واقعیت اعمال پزشک و تعیین سطح تعارض آن با قانون و تعیین واکنش ناسازگار تعزیر در پاسخگویی به فعالیت پزشکان باعث عملکرد ناشایست نظام حقوقی می باشد. از طرفی تنظیم گری حرکت از پاسخ های تنبیهی صرف در واکنش به جرائم، به سمت تنظیم و حل مسئله در هر مورد خاص است؛ به طوری که نوع مجازات ها بسته به نوع جرم، شخصیت بزهدار و آمادگی او برای پذیرش تقصیر و مسئولیت خود در برابر آسیب های ناشی از جرم ارتكابی خود، وجود یا نبود بزه دیده و توجه به درخواست های او در صورت وجود، میزان آسیبی که در نتیجه وقوع جرم به نظم عمومی وارد آمده است و دیگر ویژگی های مرتبط با پدیده مجرمانه، شایان تغییرند. بنابراین ارائه الگویی نوگرا با محوریت عرضه تفسیری با تدبیر از تعزیر و بازبینی تعزیر پزشک در موارد خاص سبب ساز پشتیبانی و حمایت گرایی از پزشکان و عدم احراز انتسابی برخی بزه ها با تنظیم گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان متأثر از حضور دولت، تنظیم گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان متأثر از تفسیر تعزیر، تنظیم گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان متأثر از شفاعت در تعزیر و تنظیم گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان متأثر از تغییر نگرش قانونگذار می شود. افزون بر این، امکان پذیری تنظیم گری و شکل گرایی حقوقی تعزیر پزشک با سنجش اثرات خطر احتمالی و ایجاد سیاست کیفی افتراقی در ازاء پزشکان موجب ارتقاء سیاق سلامت جامعه و مضافاً بی تفاوتی پزشکان به درمان و معضل بی علاقتگی و بی اعتنائی پزشکان به معالجه با عدم کاربست تعزیر را تقلیل می دهد. مصادیق تمثیلی شکل گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان را می توان در اتانازی، شکل گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان در بیماران ناعلاج انفعالی و شکل گرایی حقوقی در قانونگذاری تعزیر نسبت به پزشکان در کلونینگ مشاهده نمود.

۱- ابن فهد حلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۷ق). المذهب البارع. قم: دفتر انتشارات اسلامی حوزه علمیه قم.

۲- شیرازی، سید محمد حسینی. (۱۴۱۸ق). ایصال الطالب الی المکاسب. قم: مدرسین حوزه علمیه قم.

الف) کتاب های فقهی و حقوقی

۱. ابن فهد حلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۷ق). المذهب البارع. قم: دفتر انتشارات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲. ابن اثیر جزری، مبارک بن محمد. (۱۳۶۷ش). النهایة فی غریب الحدیث والأثر، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳. ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم. (۱۴۲۶ق). لسان العرب، بیروت: دارالأعلمی.
۴. امامیان، سید محمد صادق؛ ذوالفقاری، امیراحمد؛ زمانیان، مرتضی؛ و محمدزاده، احسان. (۱۴۰۰ش)، درآمدی بر دولت تنظیم گری، تهران: راهبرد.
۵. بروجردی، حسین. (۱۳۸۶ش). منابع فقه شیعه، تهران: فرهنگ سبز.
۶. توحیدی، محمدعلی. (۱۴۱۸ق). تقریرات مصباح الفقاهه. تهران: مکتبه الداوری.
۷. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لإحياء التراث.
۸. حسینی زبیدی، محمد مرتضی. (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت: دارالفکر.
۹. حسینی عاملی، محمدجواد. (۱۴۱۷ق). مفتاح الکرامه. قم: مؤسسه آل البيت.
۱۰. حکمت نیا، محمود. (۱۳۸۶ش). مسئولیت مدنی در فقه امامیه. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۱۱. خمینی، سید روح الله. (۱۳۸۱ش). فقه فتاوی، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۲. دهخدا، علی اکبر. (۱۳۷۶ش). لغت نامه، تهران: انتشارات سمت.
۱۳. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق). مفردات الفاظ القرآن، شام: درالعلم.
۱۴. شریف کاشانی، ملاحیب. (۱۴۰۴ق). تسهیل المسالک، قم: مکتبه الملیه.
۱۵. شهیدی، مهدی. (۱۳۹۱ش). اصول قراردادها و تعهدات، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۶. شیخ بهایی، محمد بن حسین. (۱۴۱۵ق). مفتاح الفلاح فی عمل الیوم واللیله، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۱۷. شیرازی، سید محمد حسینی. (۱۴۱۸ق). ایصال الطالب الی المکاسب. قم: مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۸. صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر. (بی تا). جواهر الکلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۱۹. صفایی، علی. (۱۳۸۹ش). مقالات حقوقی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۲۰. طباطبایی کربلایی، علی بن محمد علی. (۱۴۰۴ق). ریاض المسائل، قم: آل البيت (ع) لإحياء التراث.

۲۱. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۶۳ش). الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۲۲. عاملی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام. قم: المعارف الإسلامیه.
۲۳. علامه حلی، حسن بن یوسف اسدی. (۱۳۸۸ش). تذکره الفقها. قم: مؤسسه آل البيت.
۲۴. فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۰۵ق). کتاب العین، قم: مؤسسه دارالهجره.
۲۵. فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی. (۱۴۰۶ق). الوافی، اصفهان: مکتبه الإمام امیرالمؤمنین علی (ع).
۲۶. فیومی الحموی، احمد بن محمد. (۱۴۱۴ق) مصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير، قم: دارالهجره.
۲۷. قاسمی، محمدعلی. (۱۳۹۵ش). فقه درمان. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
۲۸. قائنی، محمد. (۱۴۲۴ق). المبسوط فی فقه المسائل المعاصره: المسائل الطبیه، قم: فقه الأئمة الأطهار.
۲۹. قمی، سید صادق حسینی روحانی. (۱۴۱۲ق). فقه الامام الصادق، قم: دار الکتاب.
۳۰. گلدوزیان، ایرج. (۱۳۸۴ش). محشای قانون مجازات اسلامی، تهران، مجد.
۳۱. لنکرانی، فاضل. (۱۳۸۵ش). احکام پزشکان و بیماران، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
۳۲. محسنی، محمدآصف. (۱۳۸۲ش). الفقه و مسائل طبیه، قم: بوستان کتاب.
۳۳. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الاسلام، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۴. محقق داماد، مصطفی. (۱۳۸۳ش). قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۵. مدنی، جلال الدین. (۱۳۹۰ش). حقوق مدنی، تهران: انتشارات قوه قضائیه.
۳۶. مراغی، میرعبدالفتاح. (۱۴۱۷ق). العناوین، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۷. معین، محمد. (۱۳۸۱ش). لغت نامه، تهران: انتشارات امیرکبیر.
۳۸. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۳ش). تعزیر و گستره آن، قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب (ع).
۳۹. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۵ش). دائرةالمعارف فقه مقارن، قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب.
۴۰. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۹ق). احکام پزشکی. قم: انتشارات مدرسه امیرالمؤمنین (ع).
۴۱. منتظری، حسینعلی. (۱۴۰۹ق). دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الإسلامیه، قم: المركز العالمی للدراسات الإسلامیه.
۴۲. منتظری، حسینعلی. (بی تا). کتاب الحدود، قم: دار الفکر.
۴۳. موسوی اردبیلی، عبد الکریم. (۱۴۲۷ق). فقه الحدود و التعزیرات، قم: جامعه المفید. مؤسسه النشر.
۴۴. موسوی بجنوردی، محمد. (۱۳۷۹ش). قواعد فقهیه، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۴۵. مومن قمی، محمد. (۱۳۸۹ش). مبانی تحریر الوسیله، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر

- آثار امام خمینی.
۴۶. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار إحياء التراث.
۴۷. نوری همدانی، حسین. (۱۳۸۸ش). هزار و یک مسئله (مجموعه استفتاءات)، قم: مهدی موعود (عج).
۴۸. نوری، محمدتقی. (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل، بیروت: مؤسسه آل البيت (ع) لإحياء التراث.
۴۹. هاشمی شاهرودی، محمود. (۱۳۸۲ش). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).

### ب) مقاله ها و پایان نامه ها

۱. امیری فرد، زهرا. (۱۳۹۵ش). بازخوانی ماهیت قاعده اقدام و کاربرد آن در مسئله اتانازی، مجله فقه و اجتهاد، شماره ۵.
۲. داوودی، مریم. (۱۳۸۷ش). شبیه سازی از منظر فقه شیعه، فقه و تاریخ تمدن، شماره ۲.
۳. رستمی نجفآبادی، حامد. (۱۳۹۰ش). بررسی قواعد فقهی تعزیرات، نشریه مطالعات تقریبی مذاهب اسلامی، شماره ۲۳.
۴. ریاحی، جواد. (۱۳۹۷ش). بررسی نظریه عمومیت مفهوم تعزیر، مطالعات فقه امامیه، شماره ۱۰.
۵. سجادی نسب، سیف الله. (۱۳۹۸ش). رویکرد جامعه شناختی فقهی-حقوقی به شفاعت در تعزیرات، مجله نشریه جامعه شناسی سیاسی ایران، شماره ۷.
۶. شاهبیگی، ایمان، (۱۳۹۸ش)، رویکرد نظریه تنظیم‌گری پاسخگو به مداخله‌های عدالت کیفری در جرائم علیه عفت عمومی در ایران (رساله دکتری)، تهران: دانشگاه تربیت مدرس.
۷. قربانی، فتح الله. (۱۳۹۶ش). رهیافتی فقهی به معیار مشروعیت باروری زوجه توسط گامت بیگانه، فصلنامه حقوق پزشکی، شماره ۴۲.
۸. کافی، مصطفی. (۱۴۰۰ش). سیاست جنایی افتراقی در جرایم غیرعمد مستوجب دیه در پرتو کثرت گرایبی نظام حقوق کیفری، مجله علمی پژوهشی حقوق پزشکی، شماره ۱۵.
۹. کیان مهر، مهدی، (۱۴۰۰ش)، تاثیر رجوع از اذن سابق بیمار در انگاره اثبات یا انکار مسئولیت پزشک، مجله فقه، شماره ۳.
۱۰. لطفی، اسدالله. (۱۳۹۸ش). رویکرد جامعه شناختی فقهی-حقوقی به شفاعت در تعزیرات، فصلنامه جامعه شناسی سیاسی ای ران،
۱۱. محمدی، روح الله. (۱۳۹۵ش). معایب و محاسن شبیه سازی انسان و آثار آن در فقه

- و حقوق، نشریه مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، شماره ۴.
۱۲. الهام، غلامحسین. (۱۴۰۲ش). امکان‌سنجی تنظیم‌گری کیفی در تعزیرات از منظر فقه‌امامیه، پژوهش نامه فقه اجتماعی، شماره ۲۲.
۱۳. یآوری، اسدالله. (۱۳۹۳ش). درآمدی بر مفهوم تنظیم‌گری، مطالعات حقوق تطبیقی، شماره ۵.

## Legal Feasibility of Guatemala's Accession to the Escazú Agreement

Mohammadreza Joudi Vash, Pooneh Tabibzadeh

Submission Date: 12 November 2024 | Acceptance Date: 24 November 2024

### Abstract:

This article examines the legal feasibility of Guatemala's accession to the Escazú Agreement, highlighting the significant challenges this agreement faces within the framework of Guatemala's Constitution and domestic laws. The Escazú Agreement aims to enhance public access to environmental information, promote public participation in environmental decision-making, and ensure environmental justice for all. However, Guatemala's legal system, particularly certain constitutional provisions, poses substantial obstacles to the effective implementation of these ambitious goals. In addition, political and legal factors further limit the practical enforceability of the agreement. Using a descriptive-analytical method, this study identifies the primary legal barriers to implementing the provisions of the Escazú Agreement and demonstrates how Guatemala's current legal structure complicates full compliance with the agreement's obligations. The research suggests that until key legal reforms are undertaken—particularly through amendments to existing laws or the introduction of new regulations—it will be challenging to achieve the intended benefits of the agreement in Guatemala. To address these critical issues, the article provides detailed recommendations for legal reforms aimed at aligning Guatemala's domestic laws with the international commitments outlined in the Escazú Agreement. These reforms seek to establish a more conducive legal environment, facilitating Guatemala's potential accession and enabling better protection of the environment and the rights of its defenders.

**Keywords:** Escazú Agreement; Constitution of Guatemala; Vienna Convention; Environmental Law; Constitutional Court of Guatemala





امکان‌سنجی حقوقی پیوستن گواتمالا به توافق‌نامه اسکازو

محمدرضا جودی وش<sup>۱</sup>، پونه طیب زاده<sup>۲</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳ / ۹ / ۳

تاریخ ارسال: ۱۴۰۳ / ۸ / ۲۲

### چکیده:

این مقاله به بررسی امکان‌سنجی حقوقی پیوستن گواتمالا به توافق‌نامه اسکازو پرداخته و چالش‌های مهمی که این توافق‌نامه در چارچوب قانون اساسی و قوانین داخلی گواتمالا با آن‌ها مواجه است را برجسته می‌کند. توافق‌نامه اسکازو با هدف افزایش دسترسی عمومی به اطلاعات محیط‌زیستی، ترویج مشارکت عمومی در تصمیم‌گیری‌های محیط‌زیستی، و تضمین عدالت زیست‌محیطی برای همگان تنظیم شده است. با این حال، نظام حقوقی گواتمالا، به‌ویژه برخی از مقررات قانون اساسی، موانع بزرگی برای اجرای مؤثر این اهداف بلندپروازانه ایجاد می‌کند. علاوه بر این، عوامل سیاسی و حقوقی نیز قابلیت اجرایی این توافق‌نامه را در عمل محدود می‌سازند. این مطالعه با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی، موانع اصلی حقوقی در برابر اجرای مفاد توافق‌نامه اسکازو را شناسایی کرده و نشان می‌دهد که ساختار حقوقی فعلی گواتمالا، پایبندی کامل به تعهدات این توافق‌نامه را پیچیده می‌سازد. این پژوهش پیشنهاد می‌کند که تا زمانی که اصلاحات حقوقی کلیدی، به‌ویژه از طریق تغییر برخی قوانین موجود یا معرفی مقررات جدید، انجام نشود، دستیابی به منافع مورد نظر این توافق‌نامه در گواتمالا دشوار خواهد بود. برای حل این مسائل مهم، مقاله به‌طور دقیق پیشنهادهایی برای اصلاحات قانونی ارائه می‌دهد که هدف آن‌ها هم‌راستا کردن قوانین داخلی گواتمالا با تعهدات بین‌المللی مندرج در توافق‌نامه اسکازو است. هدف این اصلاحات، ایجاد محیط حقوقی مناسب‌تری است که پیوستن احتمالی گواتمالا را تسهیل کرده و امکان محافظت بهتر از محیط‌زیست و حقوق مدافعان آن را فراهم کند.

**کلیدواژه‌ها:** توافق‌نامه اسکازو؛ قانون اساسی گواتمالا؛ کنوانسیون وین؛ حقوق محیط زیست؛ دادگاه قانون اساسی گواتمالا

۱. محمدرضا جودی وش، دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بین الملل دانشگاه شیراز، شیراز، ایران (نویسنده مسئول)

jvmohammadov@gmail.com

۲. پونه طیب زاده، اسنادیارگروه حقوق بین الملل، دانشگاه آزاد اسلامی واحد رفسنجان، رفسنجان، ایران

p\_tabibzadeh@yahoo.com

توافقنامه اسکازو<sup>۱</sup> که در سال ۲۰۱۸ در کاستاریکا به امضا رسید، به عنوان نخستین معاهده حقوقی الزام آور در منطقه آمریکای لاتین و کارائیب طراحی شده تا حقوق محیط زیستی و محافظت از مدافعان محیط زیست را به شکلی ویژه تضمین کند.<sup>۲</sup> این توافق بر اصول کلیدی مانند حق دسترسی به اطلاعات، مشارکت عمومی در تصمیم گیری های محیط زیستی، و عدالت زیست محیطی تأکید دارد و هدف آن، ایجاد شفافیت بیشتر در فرایندهای قانونی و تقویت مسئولیت پذیری اجتماعی است. تعهدات این معاهده به گونه ای تنظیم شده که کشورهای عضو را ملزم به ایجاد شرایطی برای پیشگیری از آسیب های محیطی، شناسایی و کاهش خطرات زیست محیطی و تضمین حقوق گروه های آسیب پذیر کند. همچنین، این معاهده از کشورهای عضو می خواهد تا چارچوب های حمایتی مناسبی برای حفاظت از محیط زیست و مدافعان آن ارائه دهند.<sup>۳</sup>

در سال ۲۰۱۸، گواتمالا به طور رسمی تمایل خود برای پیوستن به توافقنامه اسکازو را اعلام کرد که نشان دهنده عزم این کشور برای تقویت حمایت های قانونی از حقوق محیط زیستی و ارتقای مشارکت عمومی در فرایندهای زیست محیطی است.<sup>۴</sup> اما چالش های جدی در مسیر پیوستن و اجرای تعهدات این توافق وجود دارد، از جمله بررسی سازگاری اصول توافق با قانون اساسی و قوانین موجود در گواتمالا، که برای تأیید نهایی به موافقت کنگره نیاز دارد.<sup>۵</sup> ساختار حقوقی گواتمالا شامل اصولی است که حاکمیت دائمی بر منابع طبیعی و اولویت دادن به قوانین داخلی بر معاهدات بین المللی را تضمین می کند.<sup>۶</sup> این امر می تواند موجب تضاد با برخی اصول توافقنامه اسکازو، مانند حمایت از مدافعان محیط زیست و حق مشارکت عمومی، شود. توافقنامه اسکازو با هدف تضمین دسترسی عمومی به اطلاعات و مشارکت در تصمیم گیری های زیست محیطی به دنبال ایجاد شفافیت است،

۱- Escazu Agreement

۲- De Silva, Lalanath. "Escazú Agreement 2018: A Landmark for the LAC Region." *Chinese Journal of Environmental Law* ۹۸-۹۳: (۲۰۱۸) ۲,۱.

۳- López-Cubillos, Sofía, et al. "The landmark Escazú Agreement: An opportunity to integrate democracy, human rights, and transboundary conservation." *Conservation Letters* ۲۰(۲۲) ۱۵(۱): e۱۲۸۲۸.

۴- Oxford Analytica. "Escazu offers framework for progress in Latin America." *Emerald Expert Briefings* oxan-db (۲۰۲۱).

۵- Cheatham, Shea, Rodrigo Fernández, and Carlos Ruiz. "Securing a National Water Policy in Guatemala: Understanding Barriers and Potential Implementation Strategies through Comparison with the Establishment of Regional Mining Laws." *Environmental Sciences Proceedings* ۶۴: (۲۰۲۲) ۱۵,۱.

۶- Tyagi, Yogesh. "Permanent sovereignty over natural resources." *Cambridge International Law Journal* ۶۱۵-۵۸۸: (۲۰۱۵) ۴,۳.

اما واقعیت‌های اجتماعی و سیاسی در گواتمالا مانع اجرای کامل این اصول می‌شود. تجربیات گذشته نشان می‌دهد که سیستم قضایی گواتمالا اغلب به قوانین داخلی اولویت می‌دهد، حتی به قیمت نقض تعهدات بین‌المللی. با این حال، در برخی موارد، مانند حق مشارکت جوامع بومی در پروژه‌های معدنی، دادگاه قانون اساسی تلاش کرده تا حقوق جامعه محلی را با استناد به کنوانسیون‌های بین‌المللی لحاظ کند. این تلاش‌ها با وجود چالش‌های ساختاری و کمبود مکانیسم‌های اجرایی مؤثر، همچنان در راستای حمایت از حقوق محیط زیستی در گواتمالا محدود است.

بیشتر مفاد توافقنامه اسکازو به گونه‌ای طراحی شده‌اند که اجرای آن‌ها باید در چارچوب قوانین داخلی کشورها قرار گیرد؛ به همین دلیل، عدم وجود شفافیت و استانداردهای حقوقی مشخص در اجرای برخی از این مفاد می‌تواند باعث ایجاد تناقض‌هایی بین تعهدات بین‌المللی و قوانین داخلی شود. برای مثال، توافقنامه اسکازو در برخی موارد نظیر «تحریم‌ها» که به عنوان ابزارهای بازدارنده برای مقابله با نقض حقوق محیط زیستی در نظر گرفته شده‌اند، تنها به ذکر کلی آن‌ها بسنده کرده و چارچوب مشخصی برای اجرایی‌سازی آن‌ها ارائه نداده است. این ابهام باعث می‌شود که گواتمالا نیاز به تعیین مقررات دقیق‌تر و استانداردهای شفاف‌تری در اجرای این توافق‌نامه داشته باشد. این مسئله نشان‌دهنده یکی از چالش‌های اساسی این کشور در انطباق با توافقات بین‌المللی و تضمین تعهدات حقوقی آن است.

در این راستا، مقاله قصد دارد بررسی کند که آیا این توافق از نظر حقوقی با ساختار قانونی گواتمالا سازگار است و آیا می‌تواند به طور مؤثر حقوق بشر محیط زیستی مندرج در توافقنامه اسکازو را در چارچوب قوانین آن کشور تضمین کند یا خیر. همچنین این مقاله نشان می‌دهد که چگونه وارد کردن مقررات اسکازو به سیستم قانونی گواتمالا تحت تأثیر شرایط حقوقی خاص این کشور قرار گرفته و ممکن است ادغام این دو مولفه اثرات ناخوشایندی داشته باشد. در نهایت، برای حل این معضل مقاله حاضر پیشنهاداتی خواهد داد.

## ۲. توافقنامه اسکازو

توافق‌نامه اسکازو که در سال ۲۰۱۸ در کاستاریکا به امضا رسید، نخستین معاهده حقوقی الزام‌آور در آمریکای لاتین و منطقه کارائیب است که با هدف تضمین حقوق محیط‌زیستی و حفاظت از مدافعان حقوق محیط زیست تدوین شده است.<sup>۱</sup> این معاهده با تأکید بر حق مردم در دسترسی به اطلاعات، مشارکت در تصمیم‌گیری‌های محیط زیستی و

۱- Ibid, n3.

عدالت محیط زیستی، اصولی را به‌ویژه در زمینه شفافیت، پاسخگویی و رعایت حقوق بشر ارائه می‌کند. یکی از نکات مهم در طبیعت حقوقی این معاهده آن است که به‌جای تمرکز بر حقوق دولت‌ها، حقوق و منافع افراد و جوامع محلی را در اولویت قرار می‌دهد. این توافق‌نامه از اصل پیشگیرانه<sup>۱</sup> استفاده می‌کند، به این معنی که کشورهای عضو ملزم به پیشگیری از آسیب‌های محیطی بالقوه به‌واسطه دسترسی به اطلاعات و مشارکت مردمی هستند و باید با اتخاذ تدابیر لازم، شرایطی فراهم کنند که پیش از وقوع آسیب، اقدامات مناسبی انجام شود.<sup>۲</sup> همچنین، اصل مشارکت عمومی<sup>۳</sup> که در اسکازو به‌کار گرفته شده است، با ارائه بسترهای حقوقی مناسب، تلاش دارد تا فرآیندهای تصمیم‌گیری و ارزیابی‌های محیط زیستی را به شفافیت بیشتری سوق دهد و از منافع و حقوق گروه‌های مختلف، به‌ویژه گروه‌های آسیب‌پذیر، حفاظت کند. این معاهده یک چارچوب منطقه‌ای منحصر به فرد برای حمایت از مدافعان حقوق محیط زیست و کاهش مخاطرات پیش روی آن‌ها ایجاد کرده و از اصول متداول حقوق بین‌الملل محیط زیست همچون اصل حق بر محیط زیست سالم<sup>۴</sup> بهره می‌برد.

اسکازو به عنوان یک توافق‌نامه چندجانبه که شامل تعهدات الزام‌آور حقوقی برای طرفین است، به کشورهای عضو نه‌تنها تعهداتی حقوقی بلکه مسئولیت‌های اخلاقی و اجتماعی نیز تحمیل می‌کند که در راستای حفظ محیط زیست و احترام به حقوق بشر و کرامت انسانی قرار دارد. از منظر حقوقی، این توافق‌نامه به‌دنبال تقویت دسترسی عموم به دادخواهی محیط زیستی است و سازوکارهایی را برای تضمین این حق در سطح منطقه‌ای فراهم می‌کند. افزون بر آن، این توافق با تکیه بر اصول شفافیت، مشارکت عمومی، و مسئولیت‌پذیری اجتماعی تلاش دارد تا چارچوبی برای تحقق توسعه پایدار و عدالت محیط زیستی فراهم آورد. یکی دیگر از اصول کلیدی اسکازو، اصل عدم تبعیض<sup>۵</sup> است که به‌ویژه برای حمایت از گروه‌های آسیب‌پذیر و حاشیه‌نشین ضروری است؛ این اصل بر تعهد دولت‌ها برای حمایت برابر از تمامی افراد جامعه در بهره‌مندی از حقوق محیط زیستی تأکید دارد.<sup>۶</sup> از آن‌جا که این معاهده در پاسخ به ضرورت‌های اقلیمی و زیست‌محیطی منطقه کارائیب و آمریکای لاتین تدوین شده است، به معضلات خاص این

۱- Precautionary Principle

۲- Santos, Silas Silva, and Geovanna Carrijo dos Santos Dalefi Andrade. "TUTELA PROVISÓRIA ANTECEDENTE: EM BUSCA DA EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE NO CONTEXTO DO ACORDO DE ESCAZÚ." *Colloquium Socialis*. ISSN: 2526-7035. Vol. 5. No. 1. 2021.

۳- Public Participation Principle

۴- Right to a Healthy Environment

۵- Principle of Non-Discrimination

۶- Andrade-Goffe, Danielle, Carole Excell, and Andrea Sanhueza. "The Escazú Agreement: Seeking Rights to Information, Participation, and Justice for the Most Vulnerable in Latin America and the Caribbean." (2023).

مناطق از جمله تغییرات اقلیمی و حفاظت از تنوع زیستی توجه ویژه‌ای دارد.

توافقنامه اسکازو، با هدف تقویت حقوق محیط زیستی و انسانی در آمریکای لاتین و کارائیب، سازوکاری است که بر مبنای اصول بنیادینی همچون دسترسی به اطلاعات، مشارکت عمومی، و دسترسی به عدالت در موضوعات محیط زیستی شکل گرفته است. هر یک از این اصول، نه تنها به‌عنوان مقررات خشک و قانونی، بلکه به‌عنوان ارزش‌هایی در خدمت عدالت و مسئولیت اجتماعی عمل می‌کنند. این اصول به کشورها امکان می‌دهند تا با توجه به نیازهای خاص خود، در تدوین و اجرای قوانین محیط زیستی موثر باشند. توافقنامه اسکازو، با رویکردی پیشگیرانه و حامیانه نسبت به مدافعان محیط زیست، بر آن است تا حفاظت از محیط زیست را از طریق ارتقای شفافیت و مسئولیت‌پذیری تقویت کند. این اصول بر ضرورت تعادل بین منافع عمومی و محیط زیست تأکید داشته و دولت‌ها را به استفاده از مکانیسم‌های قانونی برای شناسایی و کاهش خطرات محیطی و احترام به حقوق جوامع محلی و بومی ملزم می‌کند.<sup>۱</sup> این تعهدات نه تنها به معنای حمایت حقوقی از محیط زیست، بلکه گامی برای تضمین کرامت و حقوق انسانی مرتبط با آن نیز هستند. به علاوه، اسکازو این امکان را فراهم می‌آورد که مردم، به‌ویژه گروه‌های آسیب‌پذیر، در تصمیم‌گیری‌های کلان و محلی مرتبط با محیط زیست نقش داشته باشند.<sup>۲</sup> مشارکت عمومی به‌عنوان یکی از اصول محوری توافق، راهی است برای انعکاس دیدگاه‌ها و نگرانی‌های جامعه که به تقویت اعتماد عمومی نسبت به سیاست‌های محیط زیستی می‌انجامد. از این رو، اسکازو به کشورها فرصتی داده تا قوانین خود را نه فقط در پاسخ به چالش‌های زیست‌محیطی، بلکه در راستای نیازهای انسانی و ارزش‌های اخلاقی توسعه دهند. به این ترتیب، هر یک از این اصول با ایجاد بستری برای پیوند بین مقررات قانونی و واقعیت‌های اجتماعی، به اصولی پویا و کارآمد تبدیل می‌شوند. این فرآیند باعث می‌شود که اصول موجود در توافقنامه اسکازو نه تنها به‌عنوان قواعد حقوقی، بلکه به‌عنوان ابزارهایی برای تحقق عدالت و حفاظت از محیط زیست و حقوق بشر در نظر گرفته شوند.

اصول موجود در توافقنامه اسکازو بخشی از اصول کلی حقوق بین‌الملل محیط زیست هستند. ما می‌توانیم این اصول را که در ماده ۳ توافق ذکر شده اند، مشاهده کنیم. این اصول شامل ۱۱ اصل کلیدی در حقوق بین‌الملل محیط زیست هستند که برخی از آن‌ها

۱- Notarnicola, Angela, et al. "Clinical experience of extracorporeal shockwave treatment on diaphyseal forearm non-union: effects on healing and bone density." *Journal of biological regulators and homeostatic agents* ۲۳۳۰-۲۳۲۵: (۲۰۲۰): ۳۴، ۶.

۲- López-Cubillos, Sofia, et al. "The landmark Escazú Agreement: An opportunity to integrate democracy, human rights, and transboundary conservation." *Conservation Letters* ۲۰۲۲ (۱۵/۱): e۱۲۸۲۸.

اهمیت ویژه‌ای دارند.<sup>۱</sup> یکی از مهم‌ترین اصول، اصل حاکمیت دائمی بر منابع طبیعی است، به این معنی که هر کشوری حق دارد منابع طبیعی موجود در قلمرو خود را بر اساس منافع ملی‌اش مدیریت کند<sup>۲</sup> و این حق به عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی پذیرفته شده است، یعنی اصولی که به مرور زمان و با توافق عمومی کشورهای مختلف به عنوان قواعد حقوقی الزام‌آور پذیرفته شده‌اند.<sup>۳</sup> علاوه بر این، اصل پیشگیری از آسیب به محیط زیست، از جمله اصول مورد اهمیتی هست که در قالب ماده ۳ این توافقنامه ذکر شده است. این اصل تأکید دارد که کشورها باید از اقداماتی که می‌تواند به محیط زیست کشورهای دیگر آسیب برساند خودداری کنند.<sup>۴</sup> اصل همکاری نیز بیان می‌کند که کشورها باید در مسائل محیط زیستی به صورت هماهنگ و همیارانه فعالیت کنند تا به حفاظت از محیط زیست در سطح جهانی کمک کنند.<sup>۵</sup> اصول مورد نظر به تدریج جایگاه محکمی در رفتار و نظام حقوقی بین‌المللی کشورها پیدا کرده‌اند و حضور آن‌ها به وضوح در قوانین و سیاست‌های داخلی و بین‌المللی کشورهای آمریکای لاتین دیده می‌شود. از این منظر، توافقنامه اسکازو نیز به عنوان ابزاری حقوقی طراحی شده تا با تکیه بر این اصول، نقش موثری در تقویت و اجرای عملی آن‌ها در سطوح ملی و بین‌المللی ایفا کند. این توافق می‌تواند چارچوبی پایدار برای پیشبرد حقوق بشر و حفاظت محیط زیست در منطقه فراهم کند و به این ترتیب به تحکیم این ارزش‌ها کمک کند.

### ۳. ساختار حقوقی و فرآیندهای قانونی گواتمالا در پذیرش و اجرای معاهدات بین‌المللی

قانون اساسی جمهوری گواتمالا ساختاری حقوقی را فراهم می‌کند که شرایط و الزامات مربوط به ادغام، تصویب، و تأیید توافقات و معاهدات بین‌المللی را در نظام حقوقی این کشور تعیین می‌کند. این ساختار قانونی به دولت گواتمالا اختیار می‌دهد که معاهدات

۱- REGIONAL AGREEMENT ON ACCESS TO INFORMATION, PUBLIC PARTICIPATION AND JUSTICE IN ENVIRONMENTAL MATTERS IN LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN, 2018, <https://treaties.un.org/doc/Treaties/2018/03/20180312%2003-04%20PM/CTC-XXVII-18.pdf>

۲- نعیمی‌زاد، "بررسی اصل حاکمیت دولتها بر منابع طبیعی و ملی". همایش ملی پژوهش‌های مدیریت و علوم انسانی در ایران ۱، ۲ (۲۰۱۶): ۲۱۵۸-۲۱۶۷.

۳- حجار و دیگران. "جایگاه حقوق بین‌الملل عرفی در تفسیر معاهدات". فصلنامه تحقیقات حقوقی (۲۰۲۴).

۴- Santos, Silas Silva, and Geovanna Carrijo dos Santos Dalefi Andrade. "TUTELA PROVISÓRIA ANTECEDENTE: EM BUSCA DA EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE NO CONTEXTO DO ACORDO DE ESCAZÚ." *Colloquium Socialis*. ISSN: 2526-7035. Vol. 5. No. 1. 2021.

۵- Onebunne, Jude IfeanyiChukwu. "Shallow Morality and Hollow Religiosity: A Critical Appraisal of 21st Religio-Moral Syncretism." *Journal Of Moral Education In Africa* (۲۰۱۸).

بین‌المللی را امضا و تایید کند، به شرط آنکه محتوای این معاهدات با اصول و مقررات مندرج در قانون اساسی مغایرت نداشته باشد.<sup>۱</sup> در این نظام، حقوقی که به‌طور رسمی در قانون اساسی ذکر نشده‌اند، اما به‌عنوان اصول بنیادین پذیرفته شده‌اند، به‌عنوان معیارهایی برای سازگاری قوانین داخلی با اصول کلی قانون اساسی مورد استفاده قرار می‌گیرند. این اصول به‌عنوان «اصول عرفی»<sup>۲</sup> شناخته می‌شوند و تمامی قوانینی را که به‌صورت غیررسمی پذیرفته شده‌اند، اما برای حفظ انسجام حقوقی و تطبیق با قانون اساسی مورد نیازند، در بر می‌گیرند.<sup>۳</sup> از طریق قانون اساسی، دولت گواتمالا همچنین صلاحیت‌هایی برای تصویب معاهدات به نهادهای خاصی مانند کنگره اعطا می‌کند. اصول ۱۷۱ و ۱۷۲ قانون اساسی تأکید دارند که کنگره، به‌عنوان رکن اصلی قانونگذاری، صلاحیت دارد تا درباره موضوعات حساسی چون معاهدات تصمیم بگیرد و در برخی موارد، این تصمیمات نیاز به اکثریت ویژه دارد تا از پشتیبانی گسترده‌تری برخوردار باشند. این اکثریت ویژه در کنگره برای تصمیماتی که به امنیت و ثبات کشور مربوط می‌شوند، به عنوان معیار حاکمیت قانون و توازن قدرت‌ها در نظر گرفته می‌شود.<sup>۴</sup>

در همین راستا، توافق‌نامه‌ها و معاهدات بین‌المللی باید در چارچوب مقررات مشخص شده توسط کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات قرار گیرند.<sup>۵</sup> این کنوانسیون که گواتمالا آن را در ۲۳ مه ۱۹۶۹ امضا و در ۱۴ مه ۱۹۹۷ تصویب کرده است،<sup>۶</sup> به تعیین اصول کلی در حل و فصل اختلافات ناشی از معاهدات پرداخته و تلاش می‌کند تا از طریق رعایت عدالت و احترام به تعهدات بین‌المللی، اطمینان از اجرای صحیح و پایدار این توافق‌ها را فراهم آورد. علاوه بر این، قانون اساسی گواتمالا، اصل ۴۶ را به اولویت دادن به معاهدات بین‌المللی در صورت تعارض با قوانین داخلی اختصاص داده است؛ بدین معنا که در هر موردی که مقررات داخلی با معاهدات بین‌المللی امضا شده توسط گواتمالا در تعارض باشد، اصول و مقررات معاهده بر قوانین داخلی اولویت خواهند داشت.<sup>۷</sup>

۱- *Political Constitution of the Republic of Guatemala*. Decreed by the National Constituent Assembly, 31 May 1985. Amended by Legislative Decree No. 18-93, 17 Nov. 1993, <https://constitutionnet.org/sites/default/files/Guatemala%20Constitution.pdf>

۲- Customary Principles

۳- پروین و خیرالله . "از قانون اساسی عرفی تا عرف حقوق اساسی." مطالعات حقوق خصوصی ۲، ۴۳، (۲۰۱۳) : ۷۹-۹۹.

۴- *Ibid*, n16

۵- Tyagi, Yogesh. "Permanent sovereignty over natural resources." *Cambridge International*

*Law Journal* ۴، ۳ (۲۰۱۵) : ۵۸۸-۶۱۵.

۶- Wilson, Richard J., and Jan Perlin. "The Inter-American Human Rights Systems: Activities

During 1999 Through October 2000." *Am. U. Int'l L. Rev* ۱۶ (۲۰۰۰) : ۳۱۵.

۷- *Ibid*, n16

هر چند قانون اساسی گواتمالا به طور دقیق روند قانونی تصویب معاهدات بین‌المللی را مشخص نکرده، اما برخی اصول مرتبط، این روند را توضیح می‌دهند. طبق این اصول، رئیس‌جمهور گواتمالا وظایف مختلفی دارد، از جمله هدایت سیاست خارجی و نظارت بر مذاکرات و توافق‌نامه‌ها. رئیس‌جمهور باید اطمینان حاصل کند که معاهدات بین‌المللی با اصول قانون اساسی گواتمالا تطابق دارند. اگر معاهده‌ای با اصول قانون اساسی مغایر باشد، رئیس‌جمهور موظف است که آن را لغو یا به حالت تعلیق درآورد.<sup>۱</sup>

بر اساس مقررات کنوانسیون وین و قانون اساسی گواتمالا، در صورت امضای یک معاهده بین‌المللی جدید، کشور باید مذاکراتی را به منظور تأیید تعهدات جدید انجام دهد تا بتواند رضایت خود را نسبت به این تعهدات ابراز کند.<sup>۲</sup> این فرآیند براساس مواد ۹ و ۱۰ کنوانسیون وین صورت می‌گیرد که به شرایط و مراحل مورد نیاز برای ابراز رضایت به معاهدات اشاره دارند. پس از تصویب، معاهدات بین‌المللی باید به گونه‌ای اعمال شوند که تضمین‌کننده تاریخ اجرا و تعهدات مورد نظر باشند. ماده ۲۴ کنوانسیون به وضوح به زمان‌بندی و شرایط اجرای معاهدات می‌پردازد تا از رعایت این تعهدات اطمینان حاصل شود.<sup>۳</sup>

همچنین، اصل ۱۸۳ بند «و» از قانون اساسی گواتمالا به رئیس‌جمهور اختیار می‌دهد تا در موارد خاص، معاهدات بین‌المللی که با اهداف قانون اساسی در تضاد هستند، لغو یا تأیید کند. این بند بر اهمیت استقلال کشور در اتخاذ تصمیمات بین‌المللی تأکید می‌کند و رئیس‌جمهور را ملزم می‌سازد تا در جهت حفظ تعادل بین تعهدات بین‌المللی و منافع داخلی کشور عمل کند.<sup>۴</sup> در نهایت، برای معاهدات بین‌المللی گواتمالا می‌تواند شروط و استثنائاتی را تعیین کند. به عبارت دیگر، کشور این اختیار را دارد تا بعضی از بندهای معاهده را مستثنی کند یا تغییراتی در شرایط آن‌ها ایجاد نماید. این امکان از طریق ماده ۲، بند «ه» کنوانسیون وین مورد تأیید قرار گرفته و به کشور اجازه می‌دهد تا با تعیین شروط و قیود مشخص، توافق‌های بین‌المللی را با توجه به شرایط داخلی خود تنظیم کند.<sup>۵</sup>

۱- Ibid, n16.

۲- Niebruegge, Alex M. "Provisional application of the Energy Charter Treaty: the Yukos arbitration and the future place of provisional application in international law." *Chi. J. Int'l L.* ۸ (۲۰۰۷): ۳۵۵.

۳- Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf)

۴- Sieder, Rachel. "“To speak the law”: Contested jurisdictions, legal legibility, and sovereignty in Guatemala." *PolAR: Political and Legal Anthropology Review* ۳۵۱-۳۳۴: (۲۰۲۰) ۴۳,۲.

۵- Ibid, n24



#### ۴. تضاد بین توافقنامه اسکازو و نظام حقوقی داخلی گواتمالا

پس از بررسی محتوای توافقنامه اسکازو، میتوان به این نتیجه رسید که این توافق با قانون اساسی گواتمالا مغایرت دارد. در این بخش دلایل این مغایرت توضیح داده می‌شود تا مشخص شود چرا و چگونه توافقنامه اسکازو با اصول و مفاد قانون اساسی جمهوری گواتمالا سازگار نیست. مورد اول، این است که بر اساس ماده ۷، ۸، این توافقنامه به هیچ وجه نباید حقوق و تضمین‌های دیگری را که در قوانین ملی تعیین شده‌اند، محدود یا لغو کند.<sup>۱</sup> به عبارت دیگر، اگر یک کشور عضو اسکازو باشد، همچنان می‌تواند قوانینی را داشته باشد که حقوق گسترده‌تری را نسبت به آنچه در اسکازو تعیین شده است، فراهم کند. همچنین، اگر یک کشور قوانین موجودی دارد که در راستای حقوق اسکازو هستند، این توافق نمی‌تواند آن‌ها را تضعیف یا از بین ببرد.<sup>۲</sup> هدف این ماده، اطمینان از این است که اسکازو به‌عنوان یک توافق بین‌المللی، حداقل استانداردی را تعیین کند و هیچ‌یک از حقوق یا تضمین‌های داخلی کشورها را کاهش ندهد یا محدود نکند. در گواتمالا مجموعه‌ای از قوانین اساسی و مقررات عادی وجود دارد که به‌طور گسترده به حقوق بنیادی محیط زیستی و حفاظت‌های قانونی برای همه افراد، از جمله کسانی که فعالیت‌های مربوط به حفاظت از محیط زیست را انجام می‌دهند، اهمیت می‌دهد. این قوانین و مقررات به افراد اجازه می‌دهند تا بدون هیچ گونه تبعیض، در فعالیت‌های زیست‌محیطی مشارکت کنند و از حقوق خود در زمینه محیط زیست دفاع کنند. به این معنا، افراد در گواتمالا از حمایت‌های قانونی بهره‌مند هستند که بدون توجه به جنسیت، نژاد، مذهب، یا فعالیت خاصی که انجام می‌دهند، از حقوق محیط زیستی آن‌ها محافظت می‌کند.<sup>۳</sup> براساس موارد فوق، در گواتمالا، معاهدات حقوق بشری که توسط کشور امضا می‌شوند، بخشی از "اصول عرفی قانون اساسی" محسوب می‌شوند و به عنوان معیاری برای ارزیابی قوانین داخلی به کار می‌روند.<sup>۴</sup> به عبارتی، قبل از این که چنین معاهداتی به‌طور رسمی وارد سیستم حقوقی گواتمالا شوند و اجرا شوند، لازم است با دقت بررسی شوند تا مطمئن شوند که با اصول قانون اساسی این کشور هماهنگ و سازگارند. در این زمینه رجوع به رویه قضایی گواتمالا امری واجب است. دیوان قانون اساسی در پرونده ۱۸۲۲-۲۰۱۱ به این نکته اشاره کرده است:

۱- Ibid, n11.

۲- Muñoz-Ávila, Lina, and María Alejandra Lozano-Amaya. "La democracia ambiental y el Acuerdo de Escazú en Colombia a partir de la Constitución Ecológica de 1991." *Revista Derecho del Estado* ۲۰۰-۱۶۵: (۲۰۲۱) ۵۰.

۳- Caumartin, Corinne. *Racism, violence, and inequality: An overview of the Guatemalan case*. Centre for Research on Inequality, Human Security and Ethnicity, 2005.

۴- Amry, René Paul. "Indigenous Peoples, Customary Law and the Peace-Process in Guatemala." *Law & Anthropology*. Brill Nijhoff, 1999. 52-79.

«دامنه اصول عرفی قانون اساسی عمدتاً یک فرآیند است که تعیین می‌کند کدام ابزارهای بین‌المللی حقوق بشر جزء آن هستند و به‌عنوان معیاری برای کنترل قوانین داخلی به کار می‌روند. بنابراین، به نظر این دیوان، اصل ۴۶ قانون اساسی شامل گنجاندن معاهدات در اصول عرفی قانون اساسی است. احترام به این معاهدات بر دیگر قوانین سیستم حقوقی الزامی است و تطابق قوانین درجه پایین‌تر با دستورات موجود در این ابزارها ضروری است. محتوای اصول عرفی قانون اساسی توسط خود قانون اساسی مشخص می‌شود و این دیوان، به‌عنوان بالاترین مرجع تفسیر قانون اساسی، مسئول تعیین این است که در هر مورد، کدام ابزارها در این ساختار وجود دارند و تصمیمات آن برای نهادهای عمومی الزام‌آور است.»<sup>۱</sup>

این دیدگاه دیوان تأکید می‌کند که بررسی دقیق محتوای توافقنامه اسکازو برای گواتمالا از اهمیت بالایی برخوردار است، زیرا این توافق ممکن است به عنوان معاهدات یا توافقات مبهم و غیرشفاف در این کشور شناخته شود. این موضوع به این معنی است که نیاز به تلاش بیشتری برای هم‌راستایی و انطباق این توافقات با واقعیت‌های اجتماعی و زیست‌محیطی گواتمالا وجود دارد. به عبارت دیگر، ممکن است قوانین یا مقرراتی تصویب شوند که با تعهدات بین‌المللی پذیرفته‌شده همخوانی نداشته باشند، که این می‌تواند موجب ایجاد تضاد بین قوانین ملی و تعهدات بین‌المللی شود. در صورتی که گواتمالا به تعهدات خود پایبند نباشد، این کشور به جای پاسخگویی به قوانین ملی، به دیوان بین‌المللی دادگستری پاسخگو خواهد بود، البته مشروط بر اینکه صلاحیت این دیوان را بپذیرد. این نکته نشان می‌دهد که در صورت بروز اختلاف یا عدم پایبندی به توافق، تبعات بین‌المللی ممکن است بیشتر از تبعات داخلی باشد، مگر اینکه طرفین توافقی متفاوت برای حل اختلافات داشته باشند. این وضعیت می‌تواند فشار بیشتری بر گواتمالا وارد کند تا به تعهدات خود پایبند باشد و نیاز به توجه و مدیریت دقیق در زمینه اجرای توافقات بین‌المللی را ضروری می‌سازد.

و اما دو رأیی که در ادامه بررسی خواهند شد نشان می‌دهند که رویه قضایی در گواتمالا همواره تایید کننده دیدگاه فوق دیوان نبوده است. یکی از این دعاوی، پرونده *Myrna Mack Chang v. Guatemala* بود. میرنا مک چانگ، فعال حقوق بشر و یکی از قربانیان جنگ داخلی گواتمالا، در سال ۱۹۹۰ به طرز فجیعی به قتل رسید. او به عنوان یک مدافع حقوق بشر و نماینده جامعه گواتمالا در برابر دولت نظامی عمل می‌کرد. قتل او

1- In the Constitutional Court of Guatemala, in the Constitutional Actions of Amparo, Files Numbers: 859-2020, 860-2020, 879-2020, 895-2020, 896-2020, 904-2020, 905-2020, and 1029-2020." Constitutional Court of Guatemala, Apr. 2020, <https://freeassemblyandassociation.net/wp-content/uploads/2021/01/Guatemala-Amicus-Brief-Guatemala-ENG.pdf>

باعث واکنش های گسترده ای در سطح ملی و بین المللی شد و نشان دهنده شرایط سخت حقوق بشر در گواتمالا در آن زمان بود. در سال ۲۰۰۲، یک دادگاه گواتمالایی سرهنگ خوان والنسیا اوزوریو، افسر نظامی، را به دلیل سازماندهی قتل مک چانگ محکوم کرد. این محکومیت به عنوان یک دستاورد تاریخی در راستای پاسخگویی برای نقض حقوق بشر در طول جنگ داخلی گواتمالا تلقی شد، زیرا این اولین باری بود که یک مقام نظامی به دلیل جنایتی در گواتمالا به محاکمه و محکومیت رسید. اما این موفقیت به سرعت تحت تأثیر چالش های سیستم قضایی گواتمالا قرار گرفت. در سال ۲۰۰۳، دادگاه تجدیدنظر این محکومیت را لغو کرد و نشان داد رویه قضایی در گواتمالا در عمل بیشتر تمایل به رجوع قوانین داخلی دارند.<sup>۱</sup> پرونده *Ríos Montt* دیگر پرونده شناخته شده در این زمینه محسوب میشود. خوزه افراین ریوس مونت، که از سال ۱۹۸۲ تا ۱۹۸۳ دیکتاتور گواتمالا بود، به خاطر سیاست های سرکوب گرانه اش و نقش او در جنگ داخلی گواتمالا (۱۹۶۰-۱۹۹۶) شناخته می شود. در این دوره، دولت او مسئول نقض های گسترده حقوق بشر، از جمله قتل، ناپدیدسازی، و نسل کشی در برابر جمعیت های بومی مایان بود. پس از پایان جنگ داخلی و در پی تلاش های جامعه بین المللی و گروه های حقوق بشری، ریوس مونت در سال ۲۰۱۱ به اتهام نسل کشی و جنایات علیه بشریت به دادگاه فراخوانده شد. در مه ۲۰۱۳، ریوس مونت به دلیل مسئولیت در نسل کشی ۱۷۵۱ نفر از مایان ای کوس به ۸۰ سال زندان محکوم شد. با وجود این محکومیت، در سال ۲۰۱۴، دادگاه قانون اساسی گواتمالا حکم صادره را لغو کرد و اعلام کرد که حق دفاع ریوس مونت به طور کامل رعایت نشده است.<sup>۲</sup> بنابر آرای صادره از قوه قضائیه گواتمالا، در نشان دهنده این امر است که رویه قضایی این کشور در برخی موارد به اجرای قوانین داخلی متمایل است؛ حتی اگر به قیمت نقض حقوق بشر باشد.

توافقنامه اسکازو در گواتمالا به دلیل عدم کارایی خود، تأثیرات قابل توجهی بر قوانین موجود ندارد. این توافق بر اساس ماده ۶ ( (آنها به ذکر عبارت "تحریم ها" بسنده می کند و مشخص نمی کند که این تحریم ها چه نوعی هستند و چگونه باید اجرا شوند.<sup>۳</sup> این فقدان شفافیت باعث می شود که توافق به جای ایجاد تغییرات عملی و مؤثر در نظام حقوقی گواتمالا، به ذکر کلی تحریم ها که قبلاً در قوانین داخلی هر کشور وجود دارد، اکتفا کند. در نتیجه، این عدم وضوح و جزئیات می تواند منجر به سردرگمی در اجرای توافق و جلوگیری از تحقق اهداف آن شود، چرا که برای ایجاد تغییرات مؤثر در

۱- Inter-American Court of Human Rights Case of Myrna Mack Chang v. Guatemala Judgment of November 25, 2003 (Merits, Reparations and Costs), [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_101\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_ing.pdf)

۲- Constitutional Court of Guatemala, Tribunal Primero A, Guatemala, Case number: Exp 1904-2013, 20 May 2013, Rigoberta Menchu et al. v Ríos Montt et al, <https://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/948/R%C3%ADos-Montt/>

۳- Ibid, n11.

سیاست‌ها و قوانین، نیاز به چارچوبی مشخص و واضح از تحریم‌ها و اقدامات مورد نیاز وجود دارد.<sup>۱</sup> با این حال، گواتمالا به سایر چارچوب‌های حقوقی بین‌المللی نیز پیوسته است که در حال حاضر فاقد پارامترهای قانونی مشخص هستند. برای مثال، گواتمالا به کنوانسیون ۱۶۹ سازمان بین‌المللی کار پیوسته است، اما این کنوانسیون در حال حاضر بدون وجود قوانین مشخصی برای تعیین نحوه مشاوره با جوامع عمل می‌کند.<sup>۲</sup> به این معنی که هنوز قوانین و مقررات واضحی برای اجرای این فرآیندها وجود ندارد و این مسئله باعث ایجاد ابهام و عدم شفافیت در روند مشاوره با جوامع محلی شده است. به همین دلیل، دادگاه قانون اساسی گواتمالا در چندین پرونده، از جمله پرونده‌های ۱۵۶-۲۰۱۳ و ۲۰۱۷-۴۷۸۵،<sup>۳</sup> یک فرآیند پایه‌ای یا اولیه برای پیروی در موارد خاص تعیین کرده است. این اقدام به نوعی تلاش برای ایجاد چارچوبی قانونی در راستای تضمین مشاوره با جوامع است. همچنین، برخی از سازمان‌های مسئول در این زمینه، به منظور توسعه این فرآیند، دستورالعمل‌هایی را منتشر کرده‌اند تا به ایجاد روش‌های مشخص و عملی در مشاوره با جوامع محلی کمک کنند و برنامه‌هایشان مشخص باشد. عنوان مثال، در زمینه بهداشت، برنامه‌های آموزشی برای اعضای جامعه با همکاری مروجین بهداشت محلی طراحی شده‌اند تا دستورالعمل‌های سازمان بهداشت جهانی را به واقعیت‌های محلی ترجمه کنند و موانع اجتماعی و فرهنگی را در ارائه مراقبت‌ها برطرف کنند.<sup>۴</sup> همچنین، در زمینه حفاظت از محیط زیست، تلاش‌هایی برای بهبود روابط تحقیقاتی با جوامع بومی و ارتقاء رهبری بومی در علم حفاظت از محیط زیست صورت گرفته است.

۱- Steinbach, Armin, et al. "Economic sanctions and human rights: Quantifying the legal proportionality principle." *Harv. Hum. Rts. J.* ۱ : (۲۰۲۳) ۳۶.

۲- Waye, L. Ashley. "How Can Indigenous Voices Be Maximized in Existing Mechanisms for Holding Multinational Corporations Accountable for Environmental Harm? A study of international environmental, human rights, and investment law mechanisms through the Inter-American lens." *A study of international environmental, human rights, and investment law mechanisms through the Inter-American lens (June 22, 2023)* (۲۰۲۳).

۳- United Nations. *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Combined Eighteenth to Twentieth Periodic Reports Submitted by Guatemala under Article 9 of the Convention, Due in 2022*. 21 Feb. 2022, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g22/289/11/pdf/g2228911.pdf>

۴- *Comparative Tables of Coincidences Regarding the Recognition of the Obligatory, Recognition and Characteristics of the Prior Consultations: San Rafael (4785-2017)*, [https://www.mineco.gob.gt/images/viceministerio\\_integracion\\_comercio/direccion\\_administracion\\_comercio\\_exterior/defensa\\_comercial/CONTROVERSIAS\\_INVERSIONISTA\\_ESTADO/DANIEL\\_W\\_KAPPES\\_Y\\_KAPPES\\_C.REP.de\\_guatemala\\_arb\\_18\\_43/memorial\\_contestacion\\_demanda/ing/3.Anexo\\_B.Consultas\\_Previas.pdf](https://www.mineco.gob.gt/images/viceministerio_integracion_comercio/direccion_administracion_comercio_exterior/defensa_comercial/CONTROVERSIAS_INVERSIONISTA_ESTADO/DANIEL_W_KAPPES_Y_KAPPES_C.REP.de_guatemala_arb_18_43/memorial_contestacion_demanda/ing/3.Anexo_B.Consultas_Previas.pdf)

۵- Hall-Clifford, Rachel, and Roxanne Emerson. "From Guidelines to Local Realities: Evaluation of Oral Rehydration Therapy and Zinc Supplementation in Guatemala," -1, 2017. <https://iris.paho.org/handle/10665.2/33838>

این تلاش‌ها شامل طراحی و ارزیابی پروژه‌های تحقیقاتی بر اساس مدل علم رابطه‌ای است که راهنمایی‌هایی برای بهبود روابط تحقیقاتی با جوامع بومی ارائه می‌دهد.<sup>۱</sup>

بر اساس مفاد توافقنامه اسکازو، ماده ۱۹ به استفاده از روش‌های بین‌المللی و جایگزین برای حل اختلافات زیست‌محیطی اشاره دارد؛ این رویکرد در واقع روش‌هایی را که در گواتمالا توسط نهادهای دولتی و گروه‌های اجتماعی در بخش‌های مختلف عمومی و خصوصی به کار گرفته شده‌اند، تأیید می‌کند.<sup>۲</sup> در این راستا، برای حل اختلافات بین کشورها یا تفسیر مفاد توافقنامه‌ها، امکان ارجاع موضوعات به دیوان بین‌المللی دادگستری فراهم شده است. برای این منظور، کشورها باید به‌طور صریح و کتبی صلاحیت دیوان را به رسمیت بشناسند. این شناسایی معمولاً هنگام امضا، تصویب، یا پیوستن به توافقنامه صورت می‌گیرد.<sup>۳</sup> اگر کشوری تصمیم بگیرد که صلاحیت دیوان بین‌المللی را نپذیرد، این امر می‌تواند نگرانی‌هایی ایجاد کند، زیرا در این صورت اختلاف بدون حل باقی خواهد ماند.

نکته مهم این است که موضوعات محدودی که در توافقنامه اسکازو توسعه یافته‌اند، عمدتاً به نظام حقوقی داخلی کشورهای عضو مربوط می‌شوند. این امر در ماده ۸.۲ مشهود است که تأکید می‌کند: «هر طرف در چارچوب قانون‌گذاری ملی خود اطمینان حاصل خواهد کرد.» همچنین در ماده ۴.۳ آمده است: «هر طرف باید در چارچوب مقررات داخلی خود، تدابیر لازم را از جمله تدابیر قانون‌گذاری، مقرراتی، اداری یا از هر نوع دیگری اتخاذ نماید تا اجرای مفاد این توافق‌نامه را تضمین کند.» علاوه بر این، مواد ۵، ۶، ۷ و ۸ نیز بر «اساس قانون‌گذاری ملی» تنظیم شده‌اند. این عبارات به‌وضوح محدودیت تأثیرگذاری توافقنامه اسکازو در زمینه حفاظت از محیط زیست در کشورهایمانند گواتمالا را نشان می‌دهند.<sup>۴</sup>

۱۱۷

در رابطه با حقوق مدافعان محیط زیست، توافقنامه اسکازو برای حمایت از حقوق بشر مدافعان محیط زیست، هیچ نهاد یا رویه‌ی حقوقی جدیدی فراتر از آنچه در قوانین و معاهدات ملی و بین‌المللی حقوق بشر موجود است، به‌وجود نمی‌آورد. افرادی که به‌عنوان "مدافعان محیط زیست" شناخته می‌شوند، حقوقی مشابه سایر شهروندان دارند و مانند همه افراد، تحت حمایت‌های بین‌المللی قرار دارند.<sup>۵</sup> این حمایت‌ها از طریق اسنادی

۱- Layden, Tamara J., et al. "Shifting Power in Practice: Implementing Relational Research and Evaluation in Conservation Science." *Social Sciences* ۵۵۵ (۲۰۲۴): ۱۳,۱۰.

۲- Ibid, n11.

۳- دیهیم و دیگران. "شرط کلی ایران بر کنوانسیون مقابله با تأمین مالی تروریسم (CFT) از منظر حقوق بین‌الملل". *مجله حقوقی دادگستری* ۱۲۲، ۸۷ (۲۰۲۳): ۴۵-۶۶.

۴- Ibid, n11.

۵- Ibid, n11.

همچون کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر،<sup>۱</sup> کنوانسیون ۱۶۹ سازمان بین‌المللی کار<sup>۲</sup> و سایر معاهدات بین‌المللی اعمال می‌شود.<sup>۳</sup> در واقع، مدافعان محیط زیست حقوق ویژه و متمایزی ندارند، بلکه حقوق آن‌ها در چارچوب همان قوانین و معاهدات بین‌المللی که برای همه شهروندان تضمین شده، تأمین می‌شود. با این حساب، گواتمالا حتی بدون الزام به اجرای توافقی خاص، باید اقداماتی را برای حفاظت و تضمین حقوق اساسی افراد انجام دهد. این حقوق شامل حق زندگی، سلامت جسمی و روانی، آزادی بیان، حق تجمع و تظاهرات، حق رفت‌وآمد آزاد و دیگر حقوق بنیادینی است که برای همه افراد به رسمیت شناخته شده است.<sup>۴</sup> به عبارت دیگر، تعهد گواتمالا به حمایت از این حقوق، مستقل از هر توافق یا معاهده خاص بوده و بر اساس اصول حقوق بشر است که در سطح ملی و بین‌المللی پذیرفته شده‌اند.

مورد آخر این است که، اسکازو به افراد یا سازمان‌هایی که می‌خواهند در تصمیمات زیست‌محیطی مشارکت داشته باشند، اختیارات جدید یا ویژه‌ای نمی‌دهد. این توافق تنها تأکید می‌کند که مشارکت این افراد همچنان باید مطابق با اصول و قوانین موجود در نظام حقوقی گواتمالا باشد. در واقع رویکرد این توافقنامه در قبال اشخاصی که خواهان مشارکت در تصمیمات زیست‌محیطی هستند، تاسیسی نبوده و تأکیدی است. برای مثال، افراد همچنان می‌توانند درخواست‌های خود را ارائه دهند و اقدام قانونی برای حمایت از محیط زیست انجام دهند، اما این اقدامات باید در چارچوب قوانین جاری گواتمالا صورت گیرد و توافقنامه اسکازو هیچ قدرت یا حمایت قانونی اضافه‌ای برای این فعالیت‌ها ایجاد نمی‌کند.

## ۵. ابهام در محتوای توافقنامه اسکازو

توافقنامه اسکازو ممکن است با چالش‌هایی از نظر جامعه بین‌المللی روبه‌رو شود، به ویژه به دلیل استفاده از عبارات حقوقی که دارای تفسیرهای مختلف هستند. این عبارات ممکن است به گونه‌ای طراحی شده باشند که ابهام ایجاد کنند، که می‌تواند اجرای صحیح

۱- AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (Signed at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights, San José, Costa Rica, 22 November 1969), <https://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/3.AMERICAN%20CONVENTION.pdf>

۲- ILO Convention No. 169

۳- Ituarte-Lima, Claudia, Maria Andrea Nardi, and Liisa Varumo. "Just pathways to sustainability: from environmental human rights defenders to biosphere defenders." *Environmental policy and law* ۳۳۶-۳۴۷: (۲۰۲۴) ۶-۵۳, ۵.

۴- سپهری و "نورسزم محیط‌زیستی با محوریت مخلصات مسلحانه در پرتو حقوق کیفری بین‌المللی." علوم و تکنولوژی محیط زیست ۲۵، ۱ (۲۰۲۳): ۱۰۷-۱۲۳.

و مؤثر مفاد توافق را در راستای تضمین حقوق بشر زیست محیطی در گواتمالا با مشکل مواجه کند. به عبارت دیگر، وجود این ابهامات می‌تواند مانع از تحقق اهداف توافق شود و ممکن است در عمل، اجرای آن با چالش‌هایی روبه‌رو شود که نیاز به شفاف‌سازی و تفسیر دقیق‌تر دارد.

ثبات نظام حقوقی کشورهای مختلف به میزان احترامی که آن کشورها به توافقی‌های بین‌المللی که امضا کرده‌اند، بستگی دارد.<sup>۱</sup> به عبارت دیگر، هرچه کشورها بیشتر به تعهدات بین‌المللی خود پایبند باشند، نظام حقوقی آن‌ها پایدارتر خواهد بود. با این حال، ممکن است در مورد تفسیر یا اجرای این توافقی‌ها اختلافاتی به وجود آید. برای حل و فصل این اختلافات، باید از قواعد تفسیر و اصولی که در کنوانسیون وین درباره حقوق معاهدات تعیین شده است، استفاده شود.<sup>۲</sup> تفسیر یک معاهده می‌تواند توسط اشخاص مختلفی (اعم از مقامات یا نهادهای قانونی ذیربط) انجام شود که به‌طور خاص برای این منظور تعیین شده‌اند و دارای صلاحیت قانونی هستند. به‌عنوان مثال، در مورد معدن سان رافائل، پرونده شماره ۶۷۸۵-۲۰۱۷ که<sup>۳</sup> در تاریخ ۳ سپتامبر ۲۰۱۸ از سوی دیوان قانون اساسی رسیدگی شده، چنین تفسیر و تصمیم‌گیری‌ای به وقوع پیوسته است (همانطور که در قسمت ۴ این مقاله نیز اشاره شد). این به این معناست که دیوان قانون اساسی می‌تواند به‌عنوان یک نهاد رسمی، معاهده را تفسیر کند و آثار حقوقی مشخصی از این تفسیر به وجود آید. پرونده معدن سان رافائل به‌عنوان یک مورد مهم در زمینه مشارکت جوامع محلی در مسائل زیست محیطی محسوب می‌شود. این اهمیت ناشی از این است که دیوان قانون اساسی در این پرونده، از کنوانسیون ۱۶۹ سازمان بین‌المللی کار، که به حقوق اقلیت‌ها و جوامع بومی مربوط می‌شود، استفاده کرده و به تحلیل ابهامات موجود در عبارات این کنوانسیون پرداخته است. به‌عبارتی، این پرونده نمونه‌ای از نحوه تعامل نظام حقوقی با مسائل زیست محیطی و حقوق جوامع محلی است. دیوان با تفسیر و توضیح عبارات مبهم کنوانسیون ۱۶۹، تلاش کرده است تا اطمینان حاصل کند که حقوق و مشارکت جوامع محلی در فرآیندهای تصمیم‌گیری مربوط به مسائل زیست محیطی در نظر گرفته می‌شود. این امر نشان‌دهنده اهمیت توجه به نظرات و حقوق جوامع بومی در پروژه‌های زیست محیطی و استخراج منابع طبیعی است و می‌تواند به ایجاد الگوهایی برای آینده در زمینه مشارکت اجتماعی در تصمیم‌گیری‌های زیست محیطی کمک کند.

در توافقی‌نامه اسکازو، مسئولیت تفسیر مفاد توافق به ارکان قضائی ملی هر کشور عضو و

۱- Welch, David A. *The American Political Science Review*, vol. 94, no. 2, 2000, pp. 522-24. *JSTOR*, <https://doi.org/10.2307/2586105>. Accessed 1 Nov. 2024.

۲- انصاری و حاجیان. "اصول حقوقی و تفسیر مقررات سازمان جهانی تجارت." پژوهش حقوق خصوصی ۱۴، ۴ (۲۰۱۶): ۵۱-۲۹.

۳- Ibid, n37.

همچنین کنفرانس طرفین (یعنی نهادهایی که برای نظارت و تصمیم‌گیری در مورد اجرای توافق تشکیل شده‌اند) واگذار شده است.<sup>۱</sup> اگرچه تفسیر می‌تواند توسط هر کشور یا نهاد بین‌المللی تعیین شده انجام شود، اما حقوق بین‌الملل قواعد خاصی برای تفسیر معاهدات دارد که عام‌الشمول هستند.<sup>۲</sup> این قواعد در کنوانسیون وین درباره حقوق معاهدات مشخص شده‌اند:

- ماده ۳۱: قاعده عمومی تفسیر:

یک معاهده باید به صورت حسن‌نیت و مطابق با معنای متداول واژه‌های آن در زمینه معاهده و با در نظر گرفتن هدف و مقصود آن تفسیر شود (...).

- ماده ۳۲: وسایل تفسیر مکمل:

می‌توان از وسایل تفسیر مکمل، به ویژه از کارهای مقدماتی معاهده و شرایط انعقاد آن، برای تأیید معنای حاصل از اعمال ماده ۳۱ یا برای تعیین معنی استفاده کرد، زمانی که تفسیر ارائه شده مطابق با ماده ۳۱: الف) معنی را مبهم یا نامشخص بگذارد؛ ب) به نتیجه‌ای به‌طور واضح ناپسند یا غیرمنطقی منجر شود.<sup>۳</sup>

در این راستا، ادواردو خیمناز د آرچاگا به تأکید بر اهمیت قواعد تفسیر معاهدات در کنوانسیون وین می‌پردازد و بیان می‌کند که این قواعد بخشی از الزامات حقوقی هستند که با اجماع کامل کنفرانس امضا شده‌اند، به این معنا که هیچ مخالفتی در تصویب آن‌ها وجود نداشته است. به علاوه، او توضیح می‌دهد که این قواعد بر اساس رویه قضائی مستقر<sup>۴</sup> دیوان بین‌المللی دادگستری شکل گرفته‌اند؛ به این معنا که آن‌ها از تجارب و آرای قبلی دیوان ناشی می‌شوند و به‌عنوان مبنایی برای تفسیر معاهدات به کار می‌روند. این قواعد نه تنها به عنوان راهنماهای کلی بلکه به‌عنوان اصول بنیادین حقوق بین‌الملل تلقی می‌شوند که می‌توانند در تفسیر و اجرای معاهدات مختلف به کار گرفته شوند. به عبارت دیگر، این نرم‌های حقوقی به‌طور خاص طراحی شده‌اند تا شفافیت و یکپارچگی را در تفسیر معاهدات تضمین کنند و از این رو، آن‌ها نمی‌توانند به‌عنوان قواعدی عادی که به هر نوع معاهده‌ای تعلق دارند، در نظر گرفته شوند. در نتیجه، این اصول باید به‌عنوان چارچوب‌های مشخصی برای تفسیر معاهدات و تعیین تعهدات بین‌المللی در نظر گرفته

۱- Ibid, n11.

۲- حدادی مهدی و کریمی سیامک. "نقض حقوق بشر و جدایی طلبی: رویکرد انتقادی به نظریه جدایی چاره ساز در حقوق بین‌الملل." (۲۰۱۶): ۷۱۵-۷۳۶.

۳- Ibid, n24.

۴- jurisprudence established



شوند تا به تحقق بهتر حقوق بین‌الملل و تضمین اجرای درست توافقات بین کشورها کمک کنند.<sup>۱</sup> براساس تحلیل مرکوریس، رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری نمایانگر رویکردی سنتی به تفسیر معاهدات است و به شدت با قواعد مندرج در کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات ارتباط دارد. کمیسیون حقوق بین‌الملل برای توسعه این قواعد، که بعداً به مواد ۳۱ تا ۳۳ کنوانسیون وین تبدیل شدند، تا حد زیادی به رویه قضایی دیوان و نهادهای پیشین آن متکی بوده است. مرکوریس اشاره می‌کند که دیوان بین‌المللی دادگستری از رویکردی عمل‌گرایانه پیروی می‌کند که امکان می‌دهد تفسیر معاهدات فراتر از قواعد تدوین‌شده صورت گیرد.<sup>۲</sup> از سوی دیگر، دوردسکا به این موضوع می‌پردازد که دیوان بین‌المللی دادگستری چگونه با تکیه بر پیش‌نویس مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل، که اغلب به رویه قضایی دیوان اشاره دارد، به شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی کمک می‌کند. این اتکا نه تنها به تولید هنجارهای حقوق بین‌الملل عرفی منجر می‌شود، بلکه نقش مهم رویه قضایی دیوان در آینده حقوق بین‌الملل را نیز تأیید می‌کند. این تفسیرها و کاربردهای رویه قضایی، شفافیت و یکپارچگی در تفسیر معاهدات را تضمین می‌کنند و به عنوان اصول بنیادین حقوق بین‌الملل عمل می‌کنند، نه به عنوان قواعد عادی که به هر معاهده‌ای تعلق دارند.<sup>۳</sup>

با توجه به این پیش‌فرض‌ها، لازم است اصول اساسی حقوق بین‌الملل که در رابطه با معاهدات وضع شده‌اند، به‌طور جدی به اجرا گذاشته شوند. یکی از مهم‌ترین این اصول، اصل لزوم وفای به عهد<sup>۴</sup> است. این اصل بیانگر این است که هر معاهده‌ای که به‌صورت قانونی بین طرفین آن امضا شده باشد، باید محترم شمرده شود و طرفین متعهد به اجرای آن هستند.<sup>۵</sup> در واقع، این اصل تأکید دارد که تعهدات ناشی از معاهدات باید به‌طور کامل رعایت و انجام شوند و هیچ‌یک از طرفین حق ندارد بدون دلیل قانونی از تعهدات خود شانه خالی کند. مورد دوم، اصل "حسن نیت"<sup>۶</sup>، یکی از اصول بنیادی در حقوق

۱- Aréchaga, E. J. *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos. 1980.

۲- Fitzmaurice, Malgosia, Olufemi A. Elias, and Panos Merkouris, eds. *Treaty interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 years on*. Vol. 1. Brill, 2010.

۳- Đorđeska, Marija. "The process of international law-making: the relationship between the international Court of Justice and the international law commission." *International and Comparative Law Review* ۵۷-۷: (۲۰۱۵) ۱۵، ۱.

۴- pacta sunt servanda

۵- عباسی سمرمدی، امانی و گوهریان. "نقض اصل لزوم وفای به عهد به موجب اصل حاکمیت دایمی دولت بر منابع طبیعی: جبران خسارت یا پرداخت غرامت؟" مطالعات حقوق انرژی ۱، ۴ (۲۰۱۸): ۱۸۳-۲۱۰.

۶- bona fide

بین الملل است که در نظر مشورتی شماره ۲۱ کمیسیون بین آمریکایی حقوق بشر<sup>۱</sup> به رسمیت شناخته شده است. این اصل بیان می کند که در تفسیر و اجرای قوانین و تعهدات بین المللی، کشورها باید با حسن نیت عمل کنند. اگر در تفسیر یک معاهده یا اجرای یک قانون بین المللی این اصل نادیده گرفته شود، آن تفسیر معتبر نخواهد بود.<sup>۲</sup>

## ۶. گامی بسوی آینده

برای تسهیل پیوستن گواتمالا به توافق نامه اسکازو، اصلاحات و تغییرات قانونی ضروری است تا چارچوب ملی گواتمالا با الزامات و اصول مندرج در این پیمان منطقه ای زیست محیطی هم راستا شود. توافق نامه اسکازو بر سه اصل دسترسی به اطلاعات زیست محیطی، مشارکت عمومی در تصمیم گیری های زیست محیطی، و حق دسترسی به عدالت زیست محیطی تأکید دارد که اصولی بنیادی برای ارتقاء شفافیت و حفاظت از مدافعان محیط زیست هستند. با توجه به چارچوب قانونی منحصر به فرد گواتمالا، برخی از اصول در قانون اساسی این کشور باید بازنگری شده و شاید به طور خاص برای تطابق با الزامات اسکازو اصلاح شوند.

اولاً، گواتمالا باید اصل ۴۶ قانون اساسی خود را اصلاح کند که در حال حاضر مقرر می دارد که توافقات بین المللی، از جمله توافقات محیط زیستی، نباید با قوانین موجود کشور و اصول حاکمیت آن در تضاد باشند. اصلاح این اصل می تواند هم راستایی قوی تری با توافق نامه اسکازو ایجاد کند و اجازه دهد توافقات محیط زیستی حتی اگر نیاز به تغییرات خاصی در سیاست های ملی داشته باشند، اجرا شوند. به طور خاص، این اصلاحیه می تواند تضمین کند که تعهدات بین المللی گواتمالا در زمینه محیط زیست از همان اهمیت قانونی برخوردار باشند که قوانین داخلی آن، به ویژه در مواردی که به حفاظت از محیط زیست مربوط می شود. این تطبیق قانونی می تواند تضادهای موجود بین توافق نامه اسکازو و دستور کار قانون اساسی گواتمالا در مورد منابع طبیعی را کاهش

۱- نظر مشورتی شماره ۲۱ دیوان بین المللی حقوق بشر آمریکایی به رابطه بین حقوق بشر و محیط زیست می پردازد. این نظر مشورتی در پاسخ به درخواست کلمبیا درباره صلاحیت فراسرزمینی دولت های عضو کنوانسیون آمریکایی و تعهدات آنها در قبال حقوق زندگی و تمامیت شخصی صادر شد. دیوان تأکید کرد که دولت ها باید اقداماتی برای جلوگیری از آسیب های زیست محیطی قابل توجه به افراد در داخل و خارج از قلمرو خود انجام دهند. این نظر مشورتی به ویژه در مورد پروژه های زیرساختی بزرگ مقیاس فرامرزی، صلاحیت فراسرزمینی دولت ها را تحت شرایط خاصی تأیید می کند و مسئولیت آنها را در قبال حقوق بشر افراد در مناطق تحت تأثیر قرار می دهد. همچنین، دیوان حق برخورداری از محیط زیست سالم را به عنوان یک حق مستقل و اساسی برای بقای بشریت به رسمیت شناخت و این حق را با اصول کلی حقوق بین الملل زیست محیطی مرتبط کرد

۲- مهدی زاده و سلیمانان. "بررسی جایگاه اصل حسن نیت در قضیه جزایر مارشال در دیوان بین المللی دادگستری". دستاوردهای نوین در حقوق عمومی (۲۰۲۳).

علاوه بر این، اصول ۱۷۱ و ۱۷۲ باید اصلاح شوند تا اختیارات کنگره برای پذیرش و یکپارچه سازی توافقات بین‌المللی محیط‌زیستی مانند اسکازو گسترش یابد. نقش کنگره در تصویب توافق‌نامه‌ها باید به طور صریح شامل دستور کارهای حفاظت از محیط‌زیست باشد و چارچوبی ایجاد کند که در آن تعهدات بین‌المللی محیط‌زیستی به عنوان تحمیل‌های خارجی در نظر گرفته نشوند بلکه به عنوان گسترش‌های یکپارچه تعهد گواتمالا به توسعه پایدار تلقی شوند. با این اصلاح، کنگره دستورالعمل‌های روشنی برای گنجاندن حفاظت از محیط‌زیست در سیستم حقوقی خواهد داشت و این امر مقاومت‌های مبتنی بر نگرانی‌های حاکمیتی را کاهش خواهد داد و به جای آن تأکید بر نقش کشور در نظارت بر محیط‌زیست منطقه‌ای خواهد داشت.

علاوه بر این، اصل ۱۸۳ (و) که به رئیس‌جمهور اختیاراتی از جمله تأسیس یا رد توافقات براساس منافع ملی می‌دهد، باید اصلاح شود تا شرایطی را که در آن توافقات محیط‌زیستی باید اولویت داشته باشند، مشخص کند. اصلاح این اصل می‌تواند تعهد گواتمالا به حفاظت از منابع طبیعی خود را تقویت کند و در عین حال با اصول توافق‌نامه اسکازو هم‌راستا شود. توانمندسازی رئیس‌جمهور برای معرفی توافقات محیط‌زیستی به عنوان ابزارهایی برای منافع ملی و همکاری بین‌المللی می‌تواند تأخیرهای اداری را کاهش دهد و از بروز تضادهای احتمالی بین منافع ملی و بین‌المللی جلوگیری کند.

یک حوزه حیاتی دیگر برای اصلاح، ایجاد یا اصلاح قوانین فرعی به منظور تقویت حقوق جوامع بومی و محلی است که چارچوب گواتمالا را با اهداف توافق‌نامه اسکازو هم‌راستا می‌کند. تأکید توافق‌نامه اسکازو بر مشارکت عمومی به ویژه در گواتمالا که جمعیت بومی زیادی دارد و تاریخچه‌ای از عدم مشارکت در تصمیم‌گیری‌های محیط‌زیستی تأثیرگذار بر اراضی آنان دارد، بسیار حائز اهمیت است. تنظیمات جدید در قوانین موجود، مانند ایجاد دستورالعمل‌های واضح برای مشورت‌های قبلی، ضروری است. این دستورالعمل‌ها باید نه تنها مشارکت بومی‌ها را رسمی کنند بلکه باید اطمینان حاصل شود که نگرانی‌های آنان به صورت شفاف و عادلانه در فرآیندهای تصمیم‌گیری، به ویژه در بخش‌هایی مانند معدن‌کاری و جنگلداری که مستقیماً بر این جوامع تأثیر می‌گذارد، مورد توجه قرار گیرد.

در راستای توافق‌نامه اسکازو، اصلاحات باید دسترسی به اطلاعات محیط‌زیست را نیز تقویت کنند. برای تحقق این امر، گواتمالا می‌تواند یک نهاد مستقل برای مدیریت و انتشار داده‌های محیط‌زیستی ایجاد کند که اطلاعات را به صورت قابل دسترس و دقیق برای عموم منتشر کند. این نهاد می‌تواند بر اساس دستورالعمل‌هایی عمل کند که شفافیت را الزامی کرده و از پلتفرم‌های دیجیتال برای ارائه اطلاعات به‌موقع و به‌راحتی قابل دسترسی در مورد تأثیرات محیط‌زیستی، سطوح آلودگی و مدیریت منابع طبیعی استفاده کند. چنین

نهادی نه تنها الزامات توافق نامه اسکازو را برآورده می کند بلکه فرهنگ شفافیت را ترویج کرده و به جوامع امکان می دهد تا به طور مؤثری از حقوق محیط زیستی خود دفاع کنند

اصلاح چارچوب عدالت محیط زیستی گواتمالا برای هم راستایی با حق دسترسی به عدالت در مسائل محیط زیستی از الزامات توافق نامه اسکازو است. در حال حاضر، قوه قضائیه گواتمالا برخلاف قانون اساسی تمایل دارد قوانین داخلی را بر تعهدات بین المللی اولویت دهد. ایجاد دادگاه های محیط زیستی تخصصی یا تعیین بخش های خاص قضائی برای رسیدگی به پرونده های محیط زیستی می تواند به تحقق اهداف این توافق نامه کمک کند. این اقدام ظرفیت قضائی لازم برای رسیدگی به مسائل پیچیده محیط زیستی و پاسخگو کردن ناقضان، به ویژه کسانی که به جوامع حاشیه نشین آسیب می زنند، را فراهم می آورد. این دادگاه های تخصصی می توانند با قضات و کارکنان آموزش دیده در حقوق محیط زیست فعالیت کنند تا اطمینان حاصل شود که پرونده ها به طور منصفانه و مؤثر رسیدگی می شوند و در عین حال کارآمدی کلی مقررات محیط زیستی نیز افزایش می یابد

در نهایت، برای این که گواتمالا به طور موفقیت آمیزی توافق نامه اسکازو را در چارچوب قانونی خود یکپارچه کند، اصلاحات در اصول ۴۶، ۱۷۱، ۱۷۲ و ۱۸۳ (و) قانون اساسی لازم است تا تعهدات بین المللی محیط زیستی را اولویت دهد و حمایت های قانونی از حقوق بومیان، دسترسی عمومی به اطلاعات و عدالت محیط زیستی را تقویت کند. ایجاد نهادهای اختصاصی و دادگاه های محیط زیستی همچنین به گواتمالا کمک خواهد کرد تا تعهدات خود به توافق نامه اسکازو را انجام دهد، در حالی که حاکمیت ملی خود را حفظ کرده و توسعه پایدار را ترویج می کند.

برای اطمینان از پایداری به این تعهدات، باید سازوکارهای نظارتی کارآمد و سیستم های ارزیابی منظم عملکرد کشورها بخصوص گواتمالا ایجاد شود تا امکان پیگیری و ارزیابی پیشرفت ها فراهم گردد. بهره گیری از تجربیات موفق سایر کشورها و سازمان های بین المللی نیز می تواند در ایجاد روش های مؤثر و بومی سازی شده در هر کشور کمک کند. به علاوه، برای جلوگیری از بروز اختلافات احتمالی، تمامی کشورهای عضو توافق نامه اسکازو باید به اصولی مانند «حسن نیت» و «لزوم وفای به عهد» پایبند باشند تا از تنش های بین المللی و اختلافات قضایی در آینده جلوگیری شود. در نهایت، پیشنهاد می شود که کشورهای عضو، برای بهره برداری مؤثرتر از توافق نامه اسکازو و تضمین تأثیرات مثبت آن بر محیط زیست و حقوق بشر، یک برنامه ریزی دقیق و بلندمدت تدوین نمایند که در آن نقش تمامی ذی نفعان از جمله نهادهای دولتی، سازمان های غیردولتی، بخش خصوصی و جوامع محلی به طور مشخص تعیین شود.

توافقنامه اسکازو، نخستین معاهده منطقه‌ای در آمریکای لاتین و کارائیب برای حفاظت از محیط زیست و حمایت از حقوق مدافعان آن، بر اصول دسترسی به اطلاعات، مشارکت عمومی و عدالت زیست‌محیطی تأکید دارد. با این حال، اجرای این توافقنامه در گواتمالا با چالش‌هایی روبروست؛ زیرا ساختار حقوقی داخلی این کشور، به‌ویژه قانون اساسی، مانع از انطباق کامل با تعهدات بین‌المللی می‌شود و سازوکارهای نظارتی و اجرایی کافی برای پایبندی به این تعهدات هنوز وجود ندارد. همچنین، ابهام در برخی مفاد اسکازو، مانند شفافیت در اجرای تحریم‌ها، مانع از تغییرات معنادار در سیاست‌های زیست‌محیطی گواتمالا می‌گردد. برای حل این مسائل، اصلاحات حقوقی و ایجاد چارچوب‌های شفاف‌تر ضروری است. از سوی دیگر، تقویت مکانیسم‌های شفافیت و پاسخگویی، مشارکت جوامع محلی و افزایش آگاهی عمومی از حقوق زیست‌محیطی می‌تواند به تحقق اهداف اسکازو در گواتمالا کمک کند. تعهد به اصولی مانند «لزوم وفای به عهد» و «حسن نیت» در اجرای این توافقنامه، راه را برای پیشرفت گواتمالا در حفاظت پایدار از محیط زیست و حقوق بشر هموار می‌سازد.

۱. انصاری و حاجیان. "اصول حقوقی و تفسیر مقررات سازمان جهانی تجارت." پژوهش حقوق خصوصی ۴، ۱۴ (۲۰۱۶): ۲۹-۵۱.
۲. پروین و خیرالله. "از قانون اساسی عرفی تا عرف حقوق اساسی." مطالعات حقوق خصوصی ۴۳، ۲ (۲۰۱۳): ۷۹-۹۹.
۳. حجار و دیگران. "جایگاه حقوق بین الملل عرفی در تفسیر معاهدات." فصلنامه تحقیقات حقوقی (۲۰۲۴).
۴. حدادی مهدی و کریمی سیامک. "نقض حقوق بشر و جدایی طلبی: رویکرد انتقادی به نظریه جدایی چاره ساز در حقوق بین الملل." (۲۰۱۶): ۷۱۵-۷۳۶.
۵. دیهیم و دیگران. "شرط کلی ایران بر کنوانسیون مقابله با تأمین مالی تروریسم (CFT) از منظر حقوق بین الملل." مجله حقوقی دادگستری ۸۷، ۱۲۲ (۲۰۲۳): ۴۵-۶۶.
۶. سپهری و "تروریسم محیط زیستی با محوریت مخاصمات مسلحانه در پرتو حقوق کیفری بین المللی." علوم و تکنولوژی محیط زیست ۲۵، ۱ (۲۰۲۳): ۱۰۷-۱۲۳.
۷. عباسی سرمدی، امانی و گوهریان. "نقض اصل لزوم وفای به عهد به موجب اصل حاکمیت دایمی دولت بر منابع طبیعی: جبران خسارت یا پرداخت غرامت؟" مطالعات حقوق انرژی ۴، ۱ (۲۰۱۸): ۱۸۳-۲۱۰.
۸. مهدی زاده و سلیمانیان. "بررسی جایگاه اصل حسن نیت در قضیه جزایر مارشال در دیوان بین المللی دادگستری." دستاوردهای نوین در حقوق عمومی (۲۰۲۳).
۹. نعیمی زاده، "بررسی اصل حاکمیت دولتها بر منابع طبیعی و ملی." همایش ملی پژوهش های مدیریت و علوم انسانی در ایران ۱، ۲ (۲۰۱۶): ۲۱۵۸-۲۱۶۷.

**-Books**

1. Aréchaga, E. J. *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos. 1980.
2. Fitzmaurice, Malgosia, Olufemi A. Elias, and Panos Merkouris, eds. *Treaty interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 years on*. Vol. 1. Brill, 2010.

**-Articles:**

1. Amry, René Paul. "Indigenous Peoples, Customary Law and the Peace-Process in Guatemala." *Law & Anthropology*. Brill Nijhoff, 1999. 52-79.
2. Andrade-Goffe, Danielle, Carole Excell, and Andrea Sanhueza. "The Escazú Agreement: Seeking Rights to Information, Participation, and Justice for the Most Vulnerable in Latin America and the Caribbean." (2023).
3. Caumartin, Corinne. *Racism, violence, and inequality: An overview of the Guatemalan case*. Centre for Research on Inequality, Human Security and Ethnicity, 2005.
4. Cheatham, Shea, Rodrigo Fernández, and Carlos Ruiz. "Securing a National Water Policy in Guatemala: Understanding Barriers and Potential Implementation Strategies through Comparison with the Establishment of Regional Mining Laws." *Environmental Sciences Proceedings* 15.1 (2022): 64.
5. De Silva, Lalanath. "Escazú Agreement 2018: A Landmark for the LAC Region." *Chinese Journal of Environmental Law* 2.1 (2018): 93-98.
6. Dordeska, Marija. "The process of international law-making: the relationship between the international Court of Justice and the international law commission." *International and Compara-*

tive *Law Review* 15.1 (2015): 7-57.

7. Hall-Clifford, Rachel, and Roxanne Amerson. "From Guidelines to Local Realities: Evaluation of Oral Rehydration Therapy and Zinc Supplementation in Guatemala," -1, 2017. <https://iris.paho.org/handle/10665.2/33838>
8. Ituarte-Lima, Claudia, Maria Andrea Nardi, and Liisa Varumo. "Just pathways to sustainability: from environmental human rights defenders to biosphere defenders." *Environmental policy and law* 53.5-6 (2024): 347-366.
9. Layden, Tamara J., et al. "Shifting Power in Practice: Implementing Relational Research and Evaluation in Conservation Science." *Social Sciences* 13.10 (2024): 555.
10. López-Cubillos, Sofía, et al. "The landmark Escazú Agreement: An opportunity to integrate democracy, human rights, and transboundary conservation." *Conservation Letters* 15.1 (2022): e12838.
11. López-Cubillos, Sofía, et al. "The landmark Escazú Agreement: An opportunity to integrate democracy, human rights, and transboundary conservation." *Conservation Letters* 15.1 (2022): e12838.
12. Muñoz-Ávila, Lina, and María Alejandra Lozano-Amaya. "La democracia ambiental y el Acuerdo de Escazú en Colombia a partir de la Constitución Ecológica de 1991." *Revista Derecho del Estado* 50 (2021): 165-200.
13. Niebruegge, Alex M. "Provisional application of the Energy Charter Treaty: the Yukos arbitration and the future place of provisional application in international law." *Chi. J. Int'l L.* 8 (2007): 355.
14. Notarnicola, Angela, et al. "Clinical experience of extracorporeal shockwave treatment on diaphyseal forearm non-union: effects on healing and bone density." *Journal of biological regu-*



15. Onebunne, Jude IfeanyiChukwu. "Shallow Morality and Hollow Religiosity: A Critical Appraisal of 21st Religio-Moral Syncretism." *Journal Of Moral Education In Africa* 3 (2018).
16. Oxford Analytica. "Escazu offers framework for progress in Latin America." *Emerald Expert Briefings* oxa-db (2021).
17. Santos, Silas Silva, and Geovanna Carrijo dos Santos Dalefi Andrade. "TUTELA PROVISÓRIA ANTECEDENTE: EM BUSCA DA EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE NO CONTEXTO DO ACORDO DE ESCAZÚ." *Colloquium Socialis. ISSN: 2526-7035*. Vol. 5. No. 1. 2021.
18. Santos, Silas Silva, and Geovanna Carrijo dos Santos Dalefi Andrade. "TUTELA PROVISÓRIA ANTECEDENTE: EM BUSCA DA EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE NO CONTEXTO DO ACORDO DE ESCAZÚ." *Colloquium Socialis. ISSN: 2526-7035*. Vol. 5. No. 1. 2021.
19. Sieder, Rachel. "'To speak the law': Contested jurisdictions, legal legibility, and sovereignty in Guatemala." *PoLAR: Political and Legal Anthropology Review* 43.2 (2020): 334-351.
20. Steinbach, Armin, et al. "Economic sanctions and human rights: Quantifying the legal proportionality principle." *Harv. Hum. Rts. J.* 36 (2023): 1.
21. Tyagi, Yogesh. "Permanent sovereignty over natural resources." *Cambridge International Law Journal* 4.3 (2015): 588-615.
22. Tyagi, Yogesh. "Permanent sovereignty over natural resources." *Cambridge International Law Journal* 4.3 (2015): 588-615.
23. Waye, L. Ashley. "How Can Indigenous Voices Be Maximized

in Existing Mechanisms for Holding Multinational Corporations Accountable for Environmental Harm? A study of international environmental, human rights, and investment law mechanisms through the Inter-American lens.” *A study of international environmental, human rights, and investment law mechanisms through the Inter-American lens* (June 22, 2023) (2023).

24. Welch, David A. *The American Political Science Review*, vol. 94, no. 2, 2000, pp. 522–24. *JSTOR*, <https://doi.org/10.2307/2586105>. Accessed 1 Nov. 2024.
25. Wilson, Richard J., and Jan Perlin. “The Inter-American Human Rights Systems: Activities During 1999 Through October 2000.” *Am. U. Int’l L. Rev.* 16 (2000): 315.

### Document

1. AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (Signed at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights, San José, Costa Rica, 22 November 1969), <https://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/3.AMERICAN%20CONVENTION.pdf>
2. *Comparative Tables of Coincidences Regarding the Recognition of the Obligatory, Recognition and Characteristics of the Prior Consultations: San Rafael (4785-2017)*, [https://www.mineco.gob.gt/images/viceministerio\\_integracion\\_comercio/direccion\\_administracion\\_comercio\\_exterior/defensa\\_comercial/CONTROVERSIAS\\_INVERSIONISTA\\_ESTADO/DANIEL\\_W.\\_KAPPES\\_Y\\_KAPPES\\_C.\\_REP.\\_de\\_guatemala\\_arb\\_18\\_43/memorial\\_contestacion\\_demanda/ing/3.Anexo\\_B\\_Consultas\\_Previas.pdf](https://www.mineco.gob.gt/images/viceministerio_integracion_comercio/direccion_administracion_comercio_exterior/defensa_comercial/CONTROVERSIAS_INVERSIONISTA_ESTADO/DANIEL_W._KAPPES_Y_KAPPES_C._REP._de_guatemala_arb_18_43/memorial_contestacion_demanda/ing/3.Anexo_B_Consultas_Previas.pdf)
3. In the Constitutional Court of Guatemala, in the Constitutional Actions of Amparo, Files Numbers: 859-2020, 860-2020, 879-2020, 895-2020, 896-2020, 904-2020, 905-2020, and 1029-2020.” Constitutional Court of Guatemala, Apr. 2020, <https://freeassemblyandassociation.net/wp-content/up->

4. *Political Constitution of the Republic of Guatemala*. Decreed by the National Constituent Assembly, 31 May 1985. Amended by Legislative Decree No. 18-93, 17 Nov. 1993, <https://constitutionnet.org/sites/default/files/Guatemala%20Constitution.pdf>

5. REGIONAL AGREEMENT ON ACCESS TO INFORMATION, PUBLIC PARTICIPATION AND JUSTICE IN ENVIRONMENTAL MATTERS IN LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN, 2018, <https://treaties.un.org/doc/Treaties/2018/03/20180312%2003-04%20PM/CTC-XXVII-18.pdf>

6. United Nations. *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Combined Eighteenth to Twentieth Periodic Reports Submitted by Guatemala under Article 9 of the Convention, Due in 2022*. 21 Feb. 2022, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g22/289/11/pdf/g2228911.pdf>

7. Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf)

### ۱۳۱ -cases

1. Constitutional Court of Guatemala, Tribunal Primero A, Guatemala, Case number: Exp 1904-2013, 20 May 2013, Rigoberta Menchu et al. v Ríos Montt et al, <https://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/948/R%C3%ADos-Montt/>

2. Inter-American Court of Human Rights Case of Myrna Mack Chang v. Guatemala Judgment of November 25, 2003 (Merits, Reparations and Costs), [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_101\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_ing.pdf)

## Methods of Protecting the Weaker Party in Commercial Contracts under the Legal Systems of Iran and France

Jamshid Mirzaei, Hamidreza Ghorbani Amniyeh

Date Received : 2024/08/02    Date accepted : 2024/11/24

### Abstract

Under the principle of freedom of contract, each party is free to voluntarily accept the terms and engage in a contract. However, there are instances where, due to factors such as economic and social power or superior bargaining ability, one party finds themselves in a weaker position. This issue has driven legal systems worldwide to develop provisions and mechanisms aimed at protecting the weaker party in contracts. Given the importance of this matter, the present article examines these issues within the legal systems of Iran and France. The study first investigates the French legal system, concluding that the French Civil Code recognizes extreme hardship, contractual imbalance, and excessive, undue advantage by one party as grounds for protection. Similarly, in Iran's legal system, certain laws and interpretive methods for contracts have been enacted to safeguard the weaker party.

**Key words:** Freedom of Contract, Iranian Law, French Law, Weaker Party in Contracts



شیوه‌های حمایت از طرف ضعیف در قراردادهای تجاری در نظام حقوقی  
ایران و فرانسه  
جمشید میرزائی<sup>۱</sup>، حمیدرضا قربانی امنیه<sup>۲</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳ / ۹ / ۳

تاریخ ارسال: ۱۴۰۳ / ۵ / ۱۲

### چکیده

بر اساس اصل آزادی قراردادی هر یک از طرفین قرارداد آزادند تا با اختیار خود مفاد قرارداد را بپذیرند و دست به انعقاد آن بزنند. لیکن، گاه اتفاق می‌افتد که به دلایلی نظیر قدرت اقتصادی و اجتماعی یا توان چانه‌زنی بالاتر، یکی از طرفین در موضع ضعف قرار می‌گیرد. همین عامل سبب شد تا نظام‌های حقوقی دنیا به تدوین مقررات و مکانیزم‌هایی در جهت حمایت از طرف ضعیف قرارداد، اقدام ورزند. مقاله حاضر با توجه به اهمیت موضوع به بررسی مسئله مذکور در نظام‌های حقوقی ایران و فرانسه پرداخت. ابتدا این مسئله در حقوق فرانسه بررسی شد و مشخص گردید که قانون مدنی فرانسه برای حمایت از طرف ضعیف قرارداد، سختی بیش از حد، عدم تعادل قراردادی و مزیت آشکارای بیش از حد یکی از طرفین را پیش بینی کرده است. در حقوق ایران نیز با تصویب برخی قوانین و بهره‌گیری از تفسیر قراردادها سعی شده است تا از طرف ضعیف قرارداد حمایت شود.

**کلید واژه‌ها:** آزادی قراردادی، حقوق ایران، حقوق فرانسه، طرف ضعیف قرارداد

۱- استادیار حقوق خصوصی، واحد خرم آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، خرم آباد، ایران  
(نویسنده مسئول) (mirzaie.1348@yahoo.com)

۲- دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد خرم آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، خرم آباد، ایران  
(private.law213@gmail.com)

اصل آزادی قراردادی<sup>۱</sup> اصلی پذیرفته شده در حقوق تجارت است به این مضمون که اشخاص و متعاملین در انعقاد قراردادها آزاد هستند و هیچگونه محدودیتی در اراده خود مبنی بر انعقاد قرارداد ندارند و هیچکس نمی‌تواند هیچ گونه محدودیتی بر اراده انسان برای مشخص نمودن شروط و حدود قراردادها و مذاکرات آن تحمیل کند.<sup>۲</sup> به عبارت دیگر، هر شخصی می‌تواند با تکیه بر اراده خویش، قراردادهایی را که قانون قابل اجرا می‌داند و برای آن ضمانت اجرائی در نظر گرفته است، بپذیرد یا از پذیرش آن امتناع ورزد.<sup>۳</sup>

قانونگذار از طریق ماده ۱۰ قانون مدنی، این اصل را به عنوان بخشی از اصل حاکمیت قانونی در نظام حقوقی ایران به رسمیت شناخته است. به موجب این ماده: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که خلاف صریح قانون نباشد نافذ است». «پس جز در مواردی که قانون مانعی در راه نفوذ قرارداد ایجاد کرده است اراده اشخاص، حاکم بر سرنوشت پیمان‌های آنها است و آزادی اراده را باید به عنوان اصل پذیرفت». <sup>۴</sup> برخی از حقوق‌دانان منشأ الهام این ماده را از ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه می‌دانند اما برخی دیگر با توجه به سابقه آن در فقه، ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه را به عنوان تأییدی بر قانون مدنی ایران تلقی کرده‌اند نه منشأ الهام آن.<sup>۵</sup> اصل مزبور مورد تأکید برخی آیات قرآن کریم نیز هست و در آیاتی مثل آیه ۲۹ سوره مبارکه نساء<sup>۶</sup> نیز بیان گردیده است.

وفق ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه: «قراردادهایی که به صورت قانونی شکل گرفته‌اند، نسبت به کسانی که آنها را منعقد نموده‌اند نافذ هستند و تنها با رضایت طرفین و یا دلایل قانونی قابل فسخ می‌باشند».<sup>۷</sup> در واقع اصل آزادی قراردادها در هر دو نظام حقوقی ایران و فرانسه پذیرفته شده است. بر اساس چنین اصلی هیچ قراردادی نباید از یک طرف به طرف دیگر تحمیل شود. لیکن گاه اتفاق می‌افتد که در انعقاد قراردادها یکی از طرفین نسبت به دیگری در موضع ضعف قرار دارد؛ به عبارت دیگر، یکی از طرفین از

۱- Liberate Contractually

- ۲- طاهری، محمد علی و همکاران، دانشنامه حقوق خصوصی، تهران، انتشارات مجراب فکر، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۱۸
- ۳- پاشا صالح، علی، فرهنگنامه صالح، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۲۶۲
- ۴- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۱۴۴
- ۵- صفایی، سید حسین، قواعد عمومی قراردادها، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۴، ج ۲، ص ۴۷
- ۶- یا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ.

۷- Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise

توان چانه‌زنی بیشتری برخوردار است.<sup>۱</sup> این موارد بیشتر در قراردادهای مصرف‌کنندگان دیده می‌شود. این امر باعث گردید تا عدالت‌خواهان به دنبال راهی باشند تا از طرف‌های ضعیف قرارداد حمایت کنند.

از این رو، پس از ارائه نظریه جدید حمایت از طرف ضعیف قراردادی در قرن پانزدهم میلادی، تحولات شگرفی در نظام‌های حقوقی دنیا به وجود آمد و امروزه کمتر کشوری را می‌توان یافت که قواعدی برای حمایت از طرف ضعیف قرارداد که بیشتر در قراردادهای مصرف‌کنندگان مشاهده می‌شود، در نظر نگرفته باشد.<sup>۲</sup> پژوهش حاضر نیز به بررسی همین مسئله می‌پردازد. مقاله حاضر با روش توصیفی-تحلیلی و بهره‌گیری از داده‌های کتابخانه‌ای و اسنادی به بررسی مکانیزم‌های پیش‌بینی شده برای حمایت از طرف ضعیف قرارداد در نظام‌های حقوقی ایران و فرانسه می‌پردازد و نتایج حاصله را به صورت تطبیقی بررسی و مقایسه می‌کند. سعی نگارنده بر اینست که با استفاده از روش تحقیق مناسب و داده‌های منتخب و کاربردی، نتیجه‌گیری مناسب و معقولی در این خصوص ارائه دهد و حتی‌المقدور پیشنهادهایی برای اصلاح و بهبود قوانین موضوعه ایران ارائه کند تا رسالت مطالعه و پژوهش تطبیقی را نیز به انجام رسانده باشد.

## ۲- عقود تحمیلی

برخی از نویسندگان حقوق، عقد تحمیلی را بدون قائل شدن تمایز با سایر عقود یک عقد حقیقی می‌دانند و در مقابل برخی دیگر، عقد تحمیلی را یک «مرکز حقوقی سازمان یافته» دانسته و صفت قراردادی برای آن قائل نیستند.<sup>۳</sup> نظریه اول مقبول‌تر به نظر می‌رسد؛ در چنین قراردادهایی اگرچه یکی از طرفین تقریباً مجبور به پذیرش شرایط و مفاد پیشنهادی طرف مقابل است، اما از آنجایی که در هیچ کدام از متون قانونی از لزوم تساوی قدرت و برابری اقتصادی و جایگاه طرفین صحبتی به میان نیامده، لذا برابری وضعیت طرفین شرط صحت قرارداد نیست<sup>۴</sup> و چنین قراردادهایی از قواعد عمومی قراردادها تبعیت می‌کنند.<sup>۵</sup>

در اکثر قوانین موضوعه کشورهای دنیا نیز از عقود تحمیلی بحثی نشده است و

۱- کرمی، سکینه، «نابرابری قدرت چانه‌زنی به عنوان مبنایی برای کنترل قرارداد»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۷، شماره ۲،

۱۳۹۵، ص ۶۹۶

۲- کاظم پور، سید جعفر، «بررسی تطبیقی حمایت از طرف ضعیف قرارداد در ایتالیا و دکترین نامعقول بودن در ایالات متحده آمریکا»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۱، ۱۳۸۹، ص ۱۴۰

۳- نقیبی، سید ابوالقاسم و همکاران، «اعتبارسنجی شروط تحمیلی و حمایت از طرف ضعیف در عقود تحمیلی»، آموزه‌های فقه مدنی، دوره ۱۴، شماره ۲۶، ۱۴۰۱، ص ۲۴۸

۴- کاتوزیان، ناصر، پیشین، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۳۴

۵- سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید؛ نظریه الالتزام بوجه عام، بیروت، دار الفکر، ۱۹۹۸م، ص ۲۴۷

حتی در نظام حقوقی ایران و فرانسه نیز در این باره صحبتی به میان نیامده است. به طور کلی نمی‌توان شرط برابری طرفین از لحاظ اقتصادی و اجتماعی را شرط صحت معامله دانست؛ چرا که بسیاری از معاملات روزانه مردم با مشکل مواجه می‌شود. با فرض شرط دانستن چنین وضعیتی، چگونه فردی که برای ساختن یک ساختمان کوچک از یک کارخانه بزرگ و ثروتمند، مصالح مورد نیاز را خریداری می‌نماید، قادر به انجام معامله خواهد بود؟ لذا عقلا و منطقاً چنین شرطی را نمی‌توان از شروط صحت معاملات قرار داد.

برای سنجش اعتبار عقد تحمیلی در نظام‌های حقوقی ایران و فرانسه باید ویژگی‌ها و شرایط عقد تحمیلی را با شرایط صحت معامله در دو نظام حقوقی مذکور مقایسه کرد. از آنجایی که عقد تحمیلی هیچ‌گونه منافاتی با شرایط صحت معامله در قوانین موضوعه ایران و فرانسه ندارد، لذا محل تردیدی برای صحت عقد تحمیلی وجود ندارد. به همین جهت است که نظام‌های حقوقی مذکور برای حمایت از طرف ضعیف قراردادها راهکارهایی مقرر کرده‌اند.

### ۳- حمایت از طرف ضعیف قرارداد در حقوق فرانسه

به دلیل ماهیت ناهمگونی که اصطلاح «طرف ضعیف قرارداد» دارد، نمی‌توان تعریفی روشن و دقیق از این مفهوم ارائه کرد. در واقع، ضعف قراردادی می‌تواند اشکال مختلفی داشته باشد و در بسیاری از شرایط رخ دهد. علاوه بر این، هنگامی که در یک رابطه قراردادی، یکی از طرفین ضعیف‌تر در نظر گرفته می‌شود، اغلب به افرادی مانند مصرف‌کنندگان، خردسالان یا سایر افراد غیرحرفه‌ای فکر می‌کنیم. با این حال، بسیاری از متخصصان نیز می‌توانند خود را در موقعیت ضعیفی بیابند.<sup>۱</sup>

هرچند که حمایت از طرف ضعیف‌تر در قانون مدنی که اغلب به عنوان مخالف اصل آزادی قراردادی و اصل برابری حقوقی طرف‌های متعاقد معرفی می‌شود، غیرقابل تصور به نظر می‌رسید اما قانونگذار در قانون مدنی فرانسه دست به اصلاحاتی زد و مواردی را معین نمود تا ملاک تشخیص ضعیف واقع شدن یک طرف باشند. این موارد عبارتند از: سختی بیش از حد، عدم تعادل قابل توجه و مزیت آشکارای بیش از حد. اصلاح قانون قراردادها با آگاهی کامل از شکل‌های جدید سوء استفاده از ضعف طرف مقابل، با تأکید بر دفاع از طرف ضعیف قرارداد و با کنترل بیشتر تعادل قراردادی، پاسخی عالی ارائه می‌کند. در ادامه به بررسی موارد اخیرالذکر در نظام حقوقی فرانسه می‌پردازیم

Troisfontaine, Ralph, "La protection de la partie faible en droit commercial : le franchi- sé", Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, Prom. : De Cordt, Yves, 2016, p4



یکی از مواردی که قانونگذار از طرف ضعیف قرارداد حمایت کرده است، سختی بیش از حد برای انجام تعهدات است. بر اساس ماده ۱۱۹۵ قانون مدنی فرانسه: «اگر تغییر غیرقابل پیش‌بینی در شرایط زمانی که قرارداد منعقد می‌شود، اجرای آن را برای طرفی که قبول خطر نکرده بود [چون تغییر غیرقابل پیش‌بینی بوده، لذا پذیرش خسارت برای طرف ضعیف امکان‌پذیر نبوده است]، به شدت طاقت فرسا کند، می‌تواند از طرف مقابل خود درخواست مذاکره مجدد درباره قرارداد کند. در طول مذاکره مجدد به انجام تعهدات خود ادامه می‌دهد. در صورت امتناع یا شکست مذاکره مجدد، طرفین می‌توانند در تاریخ و شرایطی که تعیین می‌کنند قرارداد را فسخ کنند یا با توافق دوجانبه از قاضی درخواست کنند که نسبت به تطبیق آن [با توجه به شرایط پیش آمده قاضی مفاد و شروط قرارداد را تعدیل نماید] اقدام کند. در صورت عدم توافق در مدت معقول، قاضی می‌تواند بنا به درخواست یکی از طرفین قرارداد را در تاریخ و با شرایطی که تعیین می‌کند تجدید نظر کند یا آن را فسخ کند»<sup>۲</sup>.

یکی از مفاهیم پیچیده حقوق قرارداد همین سختی اجرای تعهدات است. برخی نویسندگان حقوقی اعتقاد دارند که این پیچیدگی از دو علت ناشی می‌شود: یک علت به ماهیت هاردشپ وابسته است؛ زیرا هاردشپ یک مفهوم نسبی است و در موارد مختلف، می‌تواند متفاوت باشد؛ و علت دوم به دیدگاه‌های سختگیرانه برخی از مکاتب فکری برای استفاده از هاردشپ به عنوان دلیلی برای فسخ و تعدیل قرارداد و مفاد آن وابسته است.<sup>۳</sup> به همین علت است که برخی حقوق‌دانان برجسته هاردشپ و سختی بیش از حد در اجرای تعهدات قراردادی را همان غیرممکن شدن اجرای آن می‌دانند. اکثر حقوق‌دانان اجرا نشدن قرارداد را دو گونه می‌دانند: اولاً، اجرا نشدن مطلق قرارداد، و ثانیاً، اجرا نشدن عملی آن. در نوع اول، اجرای تعهدات از لحاظ مادی یا قانونی امکان‌پذیر نیست، یعنی متعهد تحت هیچ حالتی نمی‌تواند تعهدات خویش را عملی سازد. لیکن، در

Hardship -۱

Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe

Ahmadpour, Ayoub, Economic Hardship in Performance of Contract: A Comparative Study of English, American and German Law and CISG, the UNIDROIT Principle and PECL Aberdeen, 2005, p5

نوع دوم، اجرای مفاد قرارداد به طور مطلق و به مانند نوع اول، غیرممکن نمی‌شود، بلکه به خاطر اوضاع و احوال جدیدی که پیش آمده و در حین انعقاد قرارداد قابل پیش بینی نبوده است، دشوار و پرهزینه می‌شود و اجرای تعهدات را با سختی بیش از حد مواجه می‌سازد.<sup>۱</sup> بر اساس مفاهیم مذکور و مقرر ماده ۱۱۹۵ قانون مدنی، قانونگذار در برابر دشوار شدن شرایط اجرای مفاد قرارداد دو اقدام پیش‌بینی نموده است: تعدیل قرارداد و یا فسخ آن.

### ۳-۱-۱- تعدیل قرارداد

بر اساس ماده ۱۱۹۳ قانون مزبور: «قراردادها را فقط می‌توان با رضایت طرفین یا به دلایلی که قانون اجازه داده است، اصلاح یا لغو کرد».<sup>۲</sup> هدف از تعدیل قرارداد منطبق کردن مفاد آن با خواست طرفین و ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی است. حقوق‌دانان عمدتاً سه روش برای چنین انطباقی مطرح نموده‌اند: الف- تعلیق اجرای قرارداد؛ ب- افزایش میزان تعهد طرف مقابل؛ و ج- کاهش میزان تعهد ناعادلانه.<sup>۳</sup> تعلیق اجرای قرارداد یعنی قاضی اجرای تعهدات را تا برطرف شدن اوضاع جدیدی که پیش آمده متوقف سازد. تعلیق اجرای قرارداد زمانی توسط دادرس عملی می‌شود که اوضاع پیش آمده موقتی باشد.<sup>۴</sup>

کاهش میزان تعهد گزاف نیز یعنی اینکه اوضاع، ماهیت و موضوع قرارداد طوری است که با کاهش تعهدات موجود در قرارداد، خسارت وارده به متضرر جبران می‌شود و امکان اجرای قرارداد با شروط و اوضاع جدید، امکان‌پذیر می‌شود.<sup>۵</sup> آخرین روش تعدیل قرارداد افزایش میزان تعهد طرف مقابل است. دادرس با چنین عملی می‌کوشد تا تعادل را در اجرای تعهدات بین طرفین برقرار کند.

### ۳-۱-۲- فسخ

حق فسخ قرارداد، اختیاری است که قانون به طرفین یک قرارداد داده تا در صورت وجود شرایط خاصی، به آن خاتمه دهند. فسخ نمودن قرارداد از قوانین و شرایط مشخصی

۱- Jowit, Earl, The Dictionary of English Law, 2th edition, by John Bark, vol.1, Sweet Maxwell, London, 1997, p942

۲- Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise

۳- شفاپی، محمدرضا، بررسی تطبیقی تغییر اوضاع و احوال در قراردادها، تهران، انتشارات ققنوس، ۱۳۷۶، ص ۱۴۹

۴- صادقی مقدم، محمد حسن، تغییر در شرایط قرارداد، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۰، ص ۸۶

۵- شفاپی، محمدرضا، پیشین، ۱۳۷۶، ص ۱۵۰

پیروی می‌کند و نسبت به قراردادی قابل اعمال است که به طور صحیح و قانونی شکل گرفته باشد. مبنای فسخ قرارداد می‌تواند متفاوت باشد؛ یعنی اینکه یا فسخ ناشی از حقی است که طرفین در مذاکرات خویش پذیرفته‌اند (پیش بینی شروطی برای فسخ در متن قرارداد) و یا ناشی از حکم مستقیم قانون است.<sup>۱</sup> وفق ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی فرانسه: «تعهدات دائمی در قراردادها ممنوع است و هر کدام از طرفین می‌تواند با شرایطی که برای قرارداد مدت نامحدود پیش بینی شده است آن را فسخ کند».<sup>۲</sup> این امکان توسط قانونگذار به طرفین و دادرس داده شده است تا در صورت بروز دشواری و سختی بیش از حد که مانعی برای اجرای تعهدات باشد، قرارداد را فسخ کنند. این حمایتی قانونی توسط قانونگذار از طرف ضعیف قراردادی خوانده می‌شود.

### ۲-۳- عدم تعادل قابل توجه

عوامل متعددی من جمله نوسانات پولی، بحران‌های اقتصادی ناشی از وقوع جنگ و انقلاب و امثالهم، تعادل اقتصادی قرارداد را دگرگون می‌سازند، به طوری که اجرای کامل تعهدات قرارداد باعث به دست آمدن سود کلان برای یک طرف و ورشکستگی طرف دیگر می‌شود.<sup>۳</sup> به عبارت دیگر، با برهم خوردن تعادل قرارداد یکی از طرفین در موضع ضعف قرار می‌گیرد. از لحاظ مفهومی برهم خوردن تعادل قرارداد با بروز سختی بیش از حد که در بخش قبلی بررسی شد، شباهت بسیاری دارد.

از دیگر روش‌های حمایتی قانون مدنی فرانسه از طرف ضعیف قرارداد، حفظ تعادل قرارداد است. وفق ماده ۱۱۷۱ قانون مزبور: «در قرارداد الحاق، هر بند غیر قابل مذاکره که از قبل توسط یکی از طرفین تعیین شده باشد و عدم تعادل قابل توجهی بین حقوق و تعهدات طرفین قرارداد ایجاد کند، نانوشته تلقی می‌شود. ارزیابی عدم تعادل قابل توجه نه به هدف اصلی قرارداد و نه به کفایت قیمت برای خدمات مربوط می‌شود».<sup>۴</sup> نحوه برخورد قانونگذار با چنین مواردی مشابه بخش قبلی می‌باشد؛ فسخ و تعدیل قرارداد روش‌های حمایتی قانونگذار از طرف ضعیف قرارداد هستند.

۱- شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، چاپ ۵، تهران، مجمع علمی فرهنگی مجد، ۱۳۸۱، ص ۲۰۲

۲- Les engagements perpétuels sont prohibés. Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée

۳- توسلی نایینی، منوچهر و بهزادی پور، سعید، «بر هم خوردن تعادل اقتصادی قرارداد و پیش بینی شرط هاردشپ در قراردادهای بین المللی»، دانش حقوق مدنی، دوره ۵، شماره ۱، ۱۳۹۵، ص ۲

۴- Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation

اجرای حقوق ناشی از قرارداد باید به شکل قابل قبول و متعارف انجام بگیرد و عدول از چنین وضعیتی منجر به سوءاستفاده از حق قراردادی می‌شود. به هر اندازه هم که سعی و کوشش شود تا جلوی سوءاستفاده از حق قراردادی گرفته شود و راهکارهای قانونی و ضمانت اجراهای سنگین برای آن اندیشیده شود، باز هم سوءاستفاده از حق قراردادی امری اجتناب ناپذیر است، چراکه این امر بسته به نگرش صاحب حق و ذی‌حق در مورد استفاده از حق خویش دارد، اگر او بخواهد از حق ایجاد شده از قرارداد منعقد با دیگران سوءاستفاده نماید و از محدوده‌ی حق تجاوز کند، بدون شک سوءاستفاده از حق قراردادی به وقوع خواهد پیوست و گریزی از آن نخواهد بود.

قراردادهایی مانند قراردادهای دربردارنده شروط تحمیلی، قراردادهای متضمن وجه التزام، قراردادهای متأثر از تغییر اوضاع واحوال، قراردادهای الحاقی و قراردادهای مصرف‌کننده، قابلیت سوء استفاده از حق برای یکی از طرفین را ایجاد می‌کنند. وجود ضمانت‌اجراهایی مانند «فسخ قرارداد»، «تعدیل قرارداد» و «جبران خسارت»، عواملی اساسی در پیشگیری از وقوع سوءاستفاده از حق در مرحله اجرای قرارداد هستند. قانون مدنی فرانسه نیز، در صورت وقوع سوء استفاده از حق توسط یکی از طرفین، از طرف ضعیف قرارداد حمایت کرده (ماده ۱۱۴۳<sup>۱</sup>) و بازهم مشابه دو بخش قبلی یعنی سختی بیش از حد اجرای قرارداد و برهم خوردن تعادل قراردادی، روش‌های مشابهی برای حمایت از طرف ضعیف قرارداد در نظر گرفته است.

#### ۴- حمایت از طرف ضعیف قرارداد در حقوق ایران

امروزه اکثر نظام‌های حقوقی دنیا راهکارها و تدابیری برای حمایت از طرف ضعیف قرارداد اندیشیده‌اند؛ نظام حقوقی ایران نیز از این وضعیت مستثنا نیست. مهم‌ترین سند حمایت قانونگذار در قوانین ایران از طرف ضعیف قرارداد در اصل ۴۰ قانون اساسی<sup>۲</sup> قابل مشاهده است. بر اساس اصل مذکور، در حقوق ایران، اختیار مالک مطلق نیست و در هر مورد که باعث اضرار ناروا به حقوق دیگران یا منافع عمومی گردد، محدود می‌شود. به بیان دیگر در تراحم قاعده لاضرر و تسلیط، قاعده لاضرر مقدم است.<sup>۳</sup> به عبارت دیگر حقوق و آزادی‌های فردی باید به نوعی تفسیر شود که به حقوق و آزادی‌های دیگران

۱- Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif

۲- هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.

۳- کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد، چاپ ۹، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۱۷۳

لطمه وارد نشود.<sup>۱</sup> این اصل در ماده ۱۳۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و مواد ۱۰۶<sup>۲</sup>، ۱۳۲<sup>۳</sup> و ۳۳۱<sup>۴</sup> قانون مدنی تبلور یافته است.

همچنین قانونگذار با تصویب قوانینی چون قانون کار، قانون حمایت از مصرف کنندگان، قانون روابط موجر و مستاجر و ... گام‌هایی در جهت حمایت از طرف ضعیف قرارداد برداشته است. اما نمی‌توان مدعی شد که قانونگذار یک ساختار منظم و هدفمند برای حمایت از طرف ضعیف در نظر گرفته است. همچنان که ساختار نظام‌مندی در خصوص حمایت از طرف ضعیف قرارداد در نظام حقوقی ایران یافت نمی‌شود، لکن روش‌های تعدیل قراردادی برای حمایت از طرف ضعیف، آنهم به صورت جسته و گریخته و گاه ناقص در قوانین موضوعه ایران یافت می‌شود. در ادامه به بررسی روش‌های مذکور می‌پردازیم.

## ۴-۱- تعدیل قرارداد

درباره تعدیل قراردادی در روش‌های حمایت از طرف ضعیف قرارداد در حقوق فرانسه بحث شد. به طور کلی سه روش تعدیل قرارداد وجود دارد: تعدیل قانونی، تعدیل قراردادی و تعدیل قضایی. منظور از تعدیل قراردادی این است که طرفین قرارداد یا یکی از طرفین بتوانند بدون نیاز به حضور در مراجع قضایی مفاد یا شروط قراردادی را تغییر دهند. تعدیل قانونی هم این است که قانونگذار به قاضی این اجازه را اعطا کرده است تا در موارد خاصی، با احراز شرایطی مفاد یا شروط قراردادی را تعدیل نماید. تعدیل قضایی هم این است که دادگاه بتواند بدون استناد به مواد قانون و با نظر خود مفاد یا شرایط قراردادی را تغییر دهد. با فرض علم به تعاریف مذکور و عدم ضرورت تشریح بیشتر به بحث ورود می‌نماییم.

## ۴-۱-۱- تعدیل قراردادی

در نظام حقوقی ایران تعدیل قراردادی پذیرفته شده است. تعدیل قراردادی به دو صورت تعدیل قرارداد با توافق بعدی طرفین و شرط تعدیل قرارداد توسط یکی از طرفین قرارداد، در قوانین موضوعه ایران قابل مشاهده است. صورت اول همان اقاله است. اقاله

۱- عمید زنجانی، عباسعلی، کلیات حقوق اساسی، چاپ ۳، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۷، ص ۳۹

۲- چنانچه تفتیش و بازرسی با حقوق اشخاص در تراحم باشد، در صورتی مجاز است که از حقوق آنان مهم‌تر باشد.

۳- مالک ملکی که مورد حق‌الارتفاق غیر است نمی‌تواند در ملک خود تصرفاتی نماید که باعث تضییع یا تعطیل حق مزبور باشد مگر با اجازه صاحب حق.

۴- کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد.

۵- هرکس سبب تلف مالی بشود باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر سبب نقص یا عیب آن شده باشد باید از عهده نقص قیمت آن برآید.

یا تفاسخ اصطلاحی حقوقی است بر توافق دو طرف یک قرارداد، به منظور برهم زدن و از میان بردن آثار آن قرارداد در آینده و معنای لغوی آن رهایی می‌باشد. در واقع اقاله خود نیز نوعی عقد است و یکی از سه سبب اصلی انحلال قرارداد در کنار خیارات و انفساخ (انحلال قهری قرارداد) است.<sup>۱</sup> قانونگذار در ماده ۲۸۳ قانون مدنی مقرر داشته است که طرفین می‌توانند پس از معامله، به تراضی آن را اقاله یا تفاسخ نمایند.

صورت دوم نیز در قوانین ایران و خصوصاً در قراردادهای پیمانکاری به وضوح قابل مشاهده است. در برخی از قراردادها ممکن است به یکی از طرفین قرارداد این اختیار اعطا شود تا بتواند بدون نیاز به مراجعه به دادگاه و بدون نیاز به توافق با طرف دیگر قرارداد، برخی از مفاد یا شروط قرارداد را تغییر دهد. این موضوع بیشتر در قراردادهای پیمانکاری مشاهده می‌شود. برای نمونه ممکن است در برخی از قراردادهای پیمانکاری این شرط قید شود که کارفرما می‌تواند تا سقف ۲۵ درصد موضوع قرارداد را افزایش دهد.

#### ۴-۱-۲- تعدیل قانونی

در نظام حقوقی ایران تعدیل قانونی به رسمیت شناخته شده است. مثلاً مطابق با ماده ۴ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶، موجر و مستأجر می‌توانند با توجه به افزایش یا کاهش مخارج، از دادگاه درخواست تعدیل اجاره بها را بنمایند. به عبارت دیگر، موجر و مستأجر می‌توانند از دادگاه بخواهند که به دلیل افزایش مخارج، اجاره بها را افزایش یا کاهش دهد. در ماده ۱۷۹ قانون دریایی ایران مصوب ۱۳۴۳ نیز تعدیل قانونی قراردادها قابل مشاهده است. تعدیل قانونی در تعدیل مهریه به نرخ روز نیز در قوانین موضوعه ایران یافت می‌شود.

#### ۴-۱-۳- تعدیل قضایی

در رویه قضایی ایران رأی دال بر تعدیل قضایی و دخالت قاضی در مفاد قرارداد مشاهده نشده است، بلکه صرفاً با استناد به قواعدی چون «قاعده لاضرر»، «قاعده عسر و حرج»، «قاعده اضطرار» و «قاعده تسعیر»، صدور رأی به فسخ قرارداد توسط خواهان دیده شده است.<sup>۳</sup> به بیان بهتر، تعدیل قضایی در قانون ایران پیش‌بینی نشده است. یعنی

۱- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ اعمال حقوقی قرارداد-ایقاع، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵، ص ۳۲۹  
۲- هر قرارداد کمک و نجات که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده و شرائط آن بتشخیص دادگاه غیرعادلانه باشد ممکن است بتقاضای هر یک از طرفین بوسیله دادگاه باطل و یا تغییر داده شود. در کلیه موارد چنانچه ثابت شود رضایت یکی از طرفین قرارداد بر اثر حيله یا خدعه یا اغفال جلب شده است و یا اجرت مذکور در قرارداد ذکر شده به نسبت خدمت انجام یافته فوق العاده زیاد و یا کم است دادگاه میتواند به تقاضای یکی از طرفین قرارداد را تغییر داده و یا بطلان آنرا اعلام نماید.  
۳- نجفی، آزاده و همکاران، «سازوکارهای حقوقی حمایت از طرف ضعیف در عقود تحمیلی»، دانش حقوق مدنی، سال دهم، شماره ۱۹، ۱۴۰۰، ص ۱۵

قانونگذار این اجازه را به دادگاه‌ها نداده است تا بتوانند بر مبنای نظر خود و با استناد به اصولی مانند عدالت و انصاف، مفاد یا شروط قراردادی را تغییر دهند و آن را تعدیل نمایند.

در واقع در قانون ایران تعدیل قضایی خلاف اصل الزام‌آور بودن قراردادها است و ممنوع می‌باشد. «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد، بین متعاملین و قائم مقام آن‌ها لازم‌الاتباع است، مگر اینکه به رضای طرفین اقاله و یا به علت قانونی فسخ شود»<sup>۱</sup> (تعدیل قراردادی و قانونی مورد پذیرش قانونگذار است). بنابراین قانونگذار در قانون مدنی، اصلی را تاسیس کرده است که اعلام می‌دارد، هر عقد لازم است و باید اجرا شود مگر در مواردی که قانون معین کرده است. این اصل همان نهادی است که «اصل لزوم قراردادها» نام گرفته است.<sup>۲</sup> رویه قضایی نیز با قاطعیت و جدیت از اصل لزوم قراردادها تبعیت کرده است.<sup>۳</sup>

## ۴-۲- تفسیر قراردادها

تفسیر قرارداد یعنی رفع ابهام از قرارداد در راستای احراز قصد مشترک طرفین.<sup>۴</sup> تفسیر باید با روشی علمی و قابل نظارت صورت پذیرد و روح نظام قراردادی حاکم بر آن باشد. برخی از نویسندگان حقوقی به اداره عقد و قرارداد تمایل دارند و عقد را همانند پدیده‌ای اجتماعی می‌دانند که تابع مصالح و ضرورت‌ها است. هدف این گروه از حقوقدانان اجرای عدالت است؛ هر چند که به تعدیل شروط غیرمنصفانه بیانجامد.<sup>۵</sup> اصل کلی در تفسیر قراردادها این است که عبارات مبهم و مجمل باید به نفع متعهد تفسیر شوند ولی در حمایت از طرف ضعیف قرارداد تفسیر به گونه‌ای دیگر است؛ عبارات مبهم و مجمل در حمایت از طرف ضعیف قرارداد باید به نفع طرف ضعیف قرارداد (چه داین باشد و چه مدیون) تفسیر شوند.<sup>۶</sup> اما این دیدگاه عدالت خواهان است و در قوانین موضوعه ایران ماده‌ای صریح برای تفسیر قراردادها به نفع طرف ضعیف مشاهده نمی‌شود.

## ۴-۳- حذف شروط غیرمنصفانه

۱- ماده ۲۱۹ قانون مدنی  
 ۲- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی اصول قراردادها و تعهدات، چاپ ۳، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۲۵۶  
 ۳- رای وحدت رویه شماره ۸۱۰ مورخ ۱۴۰۱/۰۳/۰۴ هیات عمومی دیوان عالی کشور درباره استرداد میبع به بائع به علت اعمال حق فسخ ناشی از عدم پرداخت ثمن حتی در صورت انتقال میبع  
 ۴- براتی، رویا سادات، «بررسی قواعد و اصول تفسیر قرارداد و آثار آن»، فصلنامه داخلی کانون وکلای دادگستری، شماره ۱۸، ۱۳۹۸، ص ۶۱  
 ۵- کاتوزیان، ناصر، «تفسیر قرارداد»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۷۰، ۱۳۸۴، ص ۲۷۷  
 ۶- نجفی، آزاده و همکاران، پیشین، ۱۴۰۰، ص ۱۷

منظور از حذف شروط غیرمنصفانه این است که دادرس بدون اینکه شروط قرارداد یا تعهدات آن را تعدیل نماید، شروطی که به صورت غیرمنصفانه و تحمیلی به یکی از طرفین تحمیل شده‌اند را به طور کلی حذف نماید، بدون آنکه به عقد لطمه‌ای وارد سازد. مثلاً اگر عقد متشکل از ده شرط است که از دیدگاه دادرس و با بررسی عرفی، یکی از این شروط غیرمنصفانه و تحمیلی به نظر می‌رسد، دادرس بدون وارد ساختن خدشه به شروط دیگر و ماهیت و صحت عقد، شرط مزبور را حذف نماید.

هرچند که در برخی از نظام‌های حقوقی دنیا برای حمایت از طرف ضعیف قراردادی راهکارهایی برای شناسایی شروط غیرمنصفانه پیش‌بینی شده است و به تبع آن به دادرس این اختیار داده شده است تا پس از شناسایی شروط تحمیلی و غیرمنصفانه آن‌ها را از قرارداد حذف نماید؛ لیکن، در قوانین موضوعه ایران، قانونی که به دادرس امکان چنین مداخله‌ای را داده باشد، یافت نمی‌شود.

## ۵- نتیجه گیری

گفته شد که امروزه اکثر نظام‌های حقوقی دنیا از طرف ضعیف قرارداد حمایت کرده و سازوکارهایی در این خصوص اندیشیده‌اند. نظام‌های حقوقی ایران و فرانسه نیز از این قضیه مستثنا نیستند و حمایت از طرف ضعیف قراردادی را پذیرفته‌اند. در حقوق فرانسه حمایت از طرف ضعیف قراردادی در سه حالت سختی بیش از حد، عدم تعادل قابل توجه و مزیت آشکارای بیش از حد پیش‌بینی شده است. با توجه به مفهومی که از اصطلاح «طرف ضعیف قرارداد» به ذهن متبادر می‌گردد، طبیعی است که هر سه حالت پیش‌بینی شده توسط قانونگذار فرانسوی، مفاهیم تقریباً یکسانی به نظر برسند. لیکن، با دقت در آن‌ها می‌توان دریافت که تفاوت‌هایی با یکدیگر دارند. روش‌هایی هم که در نظام حقوقی فرانسه برای حمایت از طرف ضعیف قرارداد در سه حالت مذکور پیش‌بینی شده است، تعدیل قرارداد و فسخ آن می‌باشد.

در نظام حقوقی ایران نیز با الهام از مفاهیم و اهداف عدالت محور فقه امامیه و تبعیت از نظریه دکترین حقوقی، حمایت از طرف ضعیف قرارداد پذیرفته شده است. هرچند که ساختار نظام‌مند و مشخص و روشی جامع و کامل برای آن سنجیده نشده است؛ لیکن، در حد قابل قبولی می‌تواند به سمت اهداف حمایت از طرف ضعیف قرارداد حرکت کند. البته قانونگذار ایرانی با تصویب قوانینی مانند قانون حمایت از مصرف‌کنندگان، قانون دریایی و ... تمایل خود نسبت به حمایت از طرف ضعیف را نشان داده است. روش‌های حمایت از طرف ضعیف قرارداد در این نظام حقوقی هم به مانند کشور فرانسه، تعدیل و فسخ به شمار می‌روند.

اگرچه قانونگذاران و حقوقدانان ایرانی و فرانسوی در بیان و تقسیم‌بندی روش‌های



حمایت از طرف ضعیف، به روش مشابهی عمل نکرده‌اند؛ اما مفاهیم تقریباً یکسانی تدوین نموده‌اند. می‌توان ادعا نمود که حقوق ایران در حمایت از طرف ضعیف قرارداد چندین گام از حقوق فرانسه عقب است. به طور خلاصه، نتایج مقایسه‌ای حمایت از طرف ضعیف در نظام‌های حقوقی مذکور به شرح ذیل بیان می‌شوند:

۱- روش‌های کلی هر دو نظام حقوقی برای حمایت از طرف ضعیف قرارداد، تعدیل قرارداد و فسخ آن می‌باشند.

۲- در نظام حقوقی فرانسه به استناد ماده ۱۱۹۵ قانون مدنی، تعدیل قضایی به رسمیت شناخته شده است، اما در نظام حقوقی ایران، خیر.

۳- در هر دو نظام حقوقی مورد مطالعه، تعدیل قراردادی و قانونی به رسمیت شناخته شده است.

۴- در نظام حقوقی ایران، قانونی که اجازه حذف شروط تحمیلی و غیرمنصفانه را به دادرس بدهد یافت نشد، لکن قانون مدنی فرانسه چنین اجازه‌ای را به قضات داده است

۵- در نظام حقوقی ایران، قانونی برای تفسیر قرارداد به نفع طرف ضعیف قرارداد تصریح نشده است، لیکن در قانون مدنی فرانسه، دادرس با تفسیر قرارداد است که می‌تواند شروط تحمیلی و غیرمنصفانه را شناسایی و نهایتاً آن‌ها را حذف و یا تعدیل نماید.

## منابع

### الف) منابع پارسی

- ۱۴۵
- ۱- براتی، رویا سادات، «بررسی قواعد و اصول تفسیر قرارداد و آثار آن»، فصلنامه داخلی کانون وکلای دادگستری، شماره ۱۸، ۱۳۹۸.
  - ۲- پاشا صالح، علی، فرهنگنامه صالح، جلد ۲، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۵.
  - ۳- توسلی نایینی، منوچهر و بهزادی پور، سعید، «برهم خوردن تعادل اقتصادی قرارداد و پیش بینی شرط هاردشیپ در قراردادهای بین المللی»، دانش حقوق مدنی، دوره ۵، شماره ۱، ۱۳۹۵.
  - ۴- سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید؛ نظریه الالتزام بوجه عام، بیروت، دار الفکر، ۱۹۹۸م.

- ۵- شفایی، محمدرضا، بررسی تطبیقی تغییر اوضاع و احوال در قراردادهای، تهران، انتشارات ققنوس، ۱۳۷۶.
- ۶- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی اصول قراردادهای و تعهدات، جلد ۲، چاپ ۳، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۳.
- ۷- شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، چاپ ۵، تهران، مجمع علمی فرهنگی مجد، ۱۳۸۱.
- ۸- صادقی مقدم، محمد حسن، تغییر در شرایط قرارداد، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۰.
- ۹- صفایی، سید حسین، قواعد عمومی قراردادهای، جلد ۲، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۴.
- ۱۰- طاهری، محمد علی و همکاران، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد ۱، تهران، انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۴.
- ۱۱- عمید زنجانی، عباسعلی، کلیات حقوق اساسی، چاپ ۳، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۷.
- ۱۲- کاتوزیان، ناصر، الزامهای خارج از قرارداد، جلد ۲، چاپ ۹، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۰.
- ۱۳- کاتوزیان، ناصر، «تفسیر قرارداد»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۷۰، ۱۳۸۴.
- ۱۴- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ اعمال حقوقی قرارداد-ایقاع، چاپ ۱۰، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.
- ۱۵- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادهای، جلد ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۴.
- ۱۶- کاظم پور، سید جعفر، «بررسی تطبیقی حمایت از طرف ضعیف قرارداد در ایتالیا و دکترین نامعقول بودن در ایالات متحده آمریکا»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۱، ۱۳۸۹.
- ۱۷- کرمی، سکینه، «نابرابری قدرت چانه زنی به عنوان مبنایی برای کنترل قرارداد»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۷، شماره ۲، ۱۳۹۵.
- ۱۸- نجفی، آزاده و تقی زاده، ابراهیم و چهکندی نژاد، علی، «سازوکارهای حقوقی حمایت از طرف ضعیف در عقود تحمیلی»، دانش حقوق مدنی، سال دهم، شماره ۱۹،

۱۹- نقیبی، سید ابوالقاسم و تقی زاده، ابراهیم و حسینی، عدنان، «اعتبارسنجی شروط تحمیلی و حمایت از طرف ضعیف در عقود تحمیلی»، آموزه‌های فقه مدنی، دوره ۱۴، شماره ۲۶، ۱۴۰۱.

ب) منابع غیرپارسی

20- Ahmadpour, Ayoub, Economic Hardship in Performance of Contract: A Comparative Study of English, American and German Law and CISG, the UNIDROIT Principle and PECL Aberdeen, 2005.

21- Jowitz, Earl, The Dictionary of English Law, 2th edition ,by John Bark, vol.1, Sweet Maxwell, London, 1997.

22- Troisfontaine, Ralph, “La protection de la partie faible en droit commercial : le franchisé”, Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, Prom. : De Cordt, Yves, 2016.